



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Compliance als unternehmerische Herausforderung im Hinblick auf die Konzeption und Umsetzung in einer Organisation sowie das Verhältnis zum Kartellrecht“

verfasst von / submitted by

Milijana Bozic, LL.B.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2018 / Vienna 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht /
European and International Business Law

Betreut von / Supervisor:

Dr. Maria Elisabeth Sturm, LL.M.

1 INHALTSVERZEICHNIS

1	<i>Inhaltsverzeichnis</i>	2
2	<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	5
3	<i>Vorwort</i>	6
4	<i>Compliance</i>	7
4.1	Was ist „Compliance“?	7
4.2	Der Bedeutungszuwachs von Compliance	9
4.3	Die wirtschaftlichen Gründe	9
4.4	Aufdeckung und Umgang von Compliance Verstößen	10
4.5	Sanktionen und Konsequenzen eines Compliance-Verstoßes	11
4.6	Remediation	14
4.7	Detection Audits	14
4.8	Kosten von Compliance	15
4.9	Kritische Betrachtung von Compliance	16
4.10	Die rechtlichen Gründe	17
4.11	Die gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflicht	18
4.12	Verbindliche Compliance Systeme	19
4.13	Abwägung zwischen Risiken und den Kosten	19
4.14	CMS	19
4.15	Zentrale Elemente eines CMS	21
4.15.1	Compliance Kultur	22
4.15.2	Compliance-Ziele	24
4.15.2.1	Positionierung der Compliance-Ziele	25
4.15.2.2	Reputationsrisiken	25
4.15.2.3	Geltungsbereiche der Compliance-Ziele	25
4.15.3	Compliance-Risiken	25
4.15.3.1	IKS - Internes Kontrollsystem	26
4.15.4	Compliance-Programm	28
4.15.5	Compliance-Organisation	28
4.15.5.1	Zuordnung der Compliance-Verantwortung	28
4.15.5.2	Personal	28
4.15.5.3	IT	29
4.15.5.4	Rechtsabteilung	29
4.15.5.5	Interne Revision	29
4.15.5.6	Personalabteilung	30
4.15.5.7	Compliance-Abteilung	30
4.16	Der Compliance Officer	30
4.16.1	Die Verantwortlichkeit im Innen- und Außenverhältnis	31
4.16.1.1	Die Verantwortung im Innenverhältnis	31

4.16.1.2	Verantwortung im Außenverhältnis	32
4.16.1.2.1	Die strafrechtliche Verantwortung	32
4.16.1.2.2	Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung	34
4.16.1.2.2.1	Verantwortlicher Beauftragter	34
4.16.2	Compliance Kommunikation	36
4.16.2.1	Definitionen	36
4.16.2.2	Das neue gesellschaftliche und digitale Umfeld	37
4.16.2.3	Funktionen der Compliance-Kommunikation	38
4.16.2.3.1	Risikomanagement	39
4.16.2.3.1.1	Krisenfestigkeit	40
4.16.2.3.2	Relations- und Emotionsmanagement	40
4.16.2.3.3	Reputationsaufbau	40
4.16.3	Überwachung und Verbesserung	41
4.16.3.1	Die Überprüfung eines CMS	41
4.16.3.2	Nutzen der CMS-Prüfung	41
4.17	Weitere wichtige Angelegenheiten	42
4.17.1.1	Whistleblowing	42
4.17.2	Nationale und internationale Standards	43
4.17.2.1	IDW PS 980	43
4.17.2.2	ONR 192050	44
4.17.2.3	UK Bribery Act	45
4.17.2.4	Foreign Corrupt Practices Act	45
5	Kartellrecht	47
5.1	Die Säulen des Kartellrechts	47
5.1.1	Das Kartellverbot	48
5.1.1.1	Unterschied Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen	48
5.1.1.2	Unterschied – Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen	48
5.1.1.2.1	Spürbarkeit	49
5.1.1.3	Die Marktabgrenzung und Bedeutung des relevanten Marktes	50
5.1.1.4	Ausnahmen und Freistellungsmöglichkeiten	50
5.1.1.4.1	Prinzip der Legalausnahme	50
5.1.1.4.2	Branchenbezogene Ausnahmen	51
5.1.1.4.3	„De-minimis“ und Bagatellkartelle	51
5.1.1.4.4	Freistellungen	51
5.1.2	Das Marktmissbrauchsverbot	52
5.1.2.1	Die marktbeherrschende Stellung	52
5.1.2.1.1	Europäisches Kartellrecht	53
5.1.2.1.2	Österreichisches Kartellrecht	53
5.1.2.2	Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	55
5.1.2.2.1	Preismisbrauch	55
5.1.2.2.2	Rabatte	55
5.1.2.2.3	Diskriminierung	56
5.1.2.2.4	Ausschließlichkeitsbindung	56
5.1.2.2.5	Kopplung	56
5.1.2.2.6	Beendigung oder Verweigerung geschäftlicher Beziehungen	56
5.1.2.3	Rechtfertigung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	57
5.1.3	Fusionskontrolle	58
5.1.3.1	Die Zusammenschlussanmeldung	59
5.2	Die möglichen Sanktionen bei einem Gesetzesverstoß	60
5.2.1	Geldbußen	60
5.2.2	Zivilrechtliche Folgen	61

5.2.3	Strafrechtliche Folgen	62
5.2.3.1.1	Kronzeugenregelung	63
5.3	Verhältnis: Europäisches- österreichisches – Ausländisches Kartellrecht	64
5.4	Überblick materielles Recht	65
5.4.1	Österreichische Rechtsquellen	65
5.4.2	Europäische Rechtsquellen	66
5.5	Adressaten und des Kartellrechts	66
5.6	Haftungsbefreiung/-minderung aufgrund CMS?	67
5.7	Die Vollzugsbehörden	68
5.7.1	Österreich	68
5.7.2	Europäische Union	68
5.8	Ablauf eines Kartellverfahrens	68
5.8.1	Nachprüfung/Hausdurchsuchung	69
5.8.2	Befragung	69
5.8.3	Auskunftsverlangen	70
5.8.4	Untersuchung bestimmter Wirtschaftszweige	70
5.9	Aktuelle Rechtsentwicklungen	72
6	<i>Das Kartellrechts-Compliance</i>	74
6.1	Gründe zur Vermeidung eines Kartellrechtsverstoßes	74
6.2	Prävention von Kartellrechtsverstößen	74
6.2.1	Der Kartellrechtsleitfaden	75
6.2.2	Die Kartellrechtsschulung	75
6.2.2.1	Wer soll geschult werden?	76
7	<i>Schlusswort</i>	77
8	<i>Literaturverzeichnis</i>	79
9	<i>Zusammenfassung</i>	81
10	<i>Abstract</i>	82

2 ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

BWB	Bundeswettbewerbsbehörde
bzw.	beziehungsweise
bspw.	beispielsweise
CMS	Compliance-Management-System
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuK	Europäische Kommission
Etc	Et cetera
IKS	Internes Kontrollsystem
KG	Kartellgericht
KOG	Kartellobergericht
o.a.	oben angeführt
RMS	Risikomanagementsystem
u.a.	unten angeführt

3 VORWORT

Die vorliegende Master Thesis beschäftigt sich mit dem Thema Compliance, welches aus Sicht eines Unternehmens heutzutage als Herausforderung gesehen werden kann. Schon immer mussten sich Unternehmen an Vorschriften und Regelungen halten. Da es jedoch immer wieder zu Änderungen und neuen Vorschriften kommt, ist es notwendig, wenn sich eine Abteilung oder zumindest eine Person mit dem Thema der Einhaltung von sowohl internen als auch externen Vorschriften befasst.

In dieser Arbeit wird zunächst mit einer Erklärung des Compliance-Bereichs begonnen, vor allem beschäftigen sich die nachfolgenden Seiten mit den Fragen, welche Elemente unbedingt notwendig sind, damit ein Compliance-System erfolgreich und zielführend funktionieren kann und auf welche Herausforderungen Unternehmen in diesem Zusammenhang stoßen können.

Compliance spielt in einer Vielzahl von Rechtsbereichen eine essentielle Rolle. Um jedoch den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, wurde aus der Auswahl an Rechtsbereichen das Kartellrecht ausgewählt um es etwas zu erläutern. Das Kartellrecht gewinnt immer mehr an Bedeutung, da die Geldbußen oder Imageschäden als Konsequenz auf ein kartellrechtswidriges Verhalten gesetzt werden können und somit Folgen für das betroffene Unternehmen nach sich zieht.

Außerdem handelt es sich um ein umfangreiches, aber dennoch um ein sehr interessantes Rechtsgebiet, da für eine Vielzahl von Gesellschaften das Kartellrecht im alltäglichen Wirtschaftsleben ein maßgebender Faktor ist.

Am Ende dieser Arbeit wird erläutert, wie sich Compliance zum Kartellrecht verhält und was im Rahmen der Kartellrechts-Compliance von großer Bedeutung ist.

4 COMPLIANCE

4.1 WAS IST „COMPLIANCE“?

Mithilfe von Compliance soll die Befolgung beziehungsweise Einhaltung von Regeln gewährleistet werden. Je nach Aufbau des Unternehmens, der Größe des betroffenen Unternehmens oder auch der Branchenzugehörigkeit wird eine Vielzahl von differenzierten Regeln und Vorschriften einzuhalten sein. Die zu befolgenden Regeln können sich sowohl durch nationale als auch durch europäische und internationale Rechtsvorschriften ergeben. Zu beachten ist hingegen, dass nicht nur gesetzlich vorgeschriebene Vorschriften einer Einhaltung bedürfen. Eine Organisation kann auch für sich selbst gesehen Regelungen treffen, welche einzuhalten sind. Unter den unternehmensinternen Regeln können bspw. Arbeitsweisungen, freiwillige Kodizes sowie interne Richtlinien subsumiert werden. Nicht zu vergessen ist jedoch noch die Tatsache, dass auch Lieferantenverträge, Verträge mit anderen Dritten sowie technische Normen als auch Branchenstandards ebenfalls zu den Regeln gehören, welche seitens eines Unternehmens zur Einhaltung geboten sind.¹

Unter dem Begriff der Compliance-Organisation versteht man organisatorische Maßnahmen, welche auf die Implementierung eines ordnungsgemäßen CMS abzielen, vor allem auf die Ausgestaltung, Eingliederung sowie Einbettung der Compliance-Prozesse in das Unternehmen.

Innerhalb einer Organisation fungiert die Compliance Hand in Hand mit der Corporate Social Responsibility und bildet somit samt dem CSR ein einheitliches Managementsystem zur Umsetzung einer ethisch korrekten Unternehmensführung. Compliance kann in zweierlei Hinsicht unterschieden werden: Einerseits in „Business Process Compliance“ und andererseits in „Business Conduct Compliance“², wobei das Erstere auf die organisatorischen Prozesse und das Zweite auf das menschliche Verhalten der Mitarbeiter Bezug nimmt.

Eine weitere Differenzierung des Business Conduct Compliance-Begriffes kann in „Compliance im engeren Sinne“ als auch in „Compliance im weiteren Sinne“ erfol-

¹ Fabits/Sartor/Schwab in Praxisleitfaden Compliance, S 3.

² Wieland in Wieland/Steinmeyer/Grüniger (Hrsg), Handbuch Compliance-Management² (2014) 15 (30ff).

gen.³ Das Compliance im engeren Sinn verfolgt den Zweck aufgrund der Einhaltung der oben angeführten Regelungen ein mögliches Fehlverhalten schon im Vorfeld abzuwenden oder falls eine solche Verhaltensweise aufgetreten ist, diese zu identifizieren. Dieser Umstand soll durch Anreize, vor allem durch Belohnungen und Bestrafungen, erreicht werden. Es liegt somit die Annahme nahe, dass menschliches Verhalten durch extrinsische Motivation beeinflusst werden kann. Außerdem ist davon auszugehen, dass unabhängig zu jeder Situation ein bestimmtes Verhalten als Reaktion folgen wird. Dies ist jedoch nur in einer statischen Umwelt möglich.

Bei der Compliance im weiteren Sinne geht man jedoch davon aus, dass das Unternehmen mit einem umfangreicheren und offenen System in Berührung kommt und somit die Verhaltensnormen nicht ausnahmslos sind oder gar nicht ausreichend konkretisiert. Aus diesem Grund soll Mitarbeitern die Chance geboten werden auf eigene Verantwortung und intrinsisch motiviert auf vorher nicht bekannte Situationen unter Einsatz eines regelkonformen Verhaltens zu reagieren. Bei der Compliance im weiteren Sinn spielt daher neben den bereits genannten Vorschriften auch die Ethik eine bedeutende Rolle. Aus unternehmenspraktischer Sicht ist der Compliance im weiteren Sinn im Gegenzug zur Compliance im engeren Sinn der Vorzug zu gewähren.⁴

Zu erwähnen ist, dass nicht jede Handlung unter Verweis auf die Compliance zu durchleuchten ist, da nur jene von Relevanz sind, bei welchen seitens eines Unternehmensangehörigen eine vorsätzliche Schädigung der Organisation oder eines Dritten beabsichtigt wird oder möglich erscheint. Würde jede einzelne Handlung unter Compliance-relevanten Aspekten geprüft werden, würde dies den alltäglichen Geschäftsablauf innerhalb des betroffenen Unternehmens massiv beeinträchtigen und erschweren, wobei die Compliance-Abteilung mit unnötiger Arbeit überschwemmt werden würde.

Um Compliance in der richtigen Art und Weise in ein Unternehmen integrieren zu können, bedarf es eines Compliance-Management-Systems. In diesem Zusammenhang ist es wichtig zu erwähnen, dass es kein einheitlich vorgeschriebenes CMS für alle Gesellschaften gibt, da die Struktur dieses Systems aufgrund einer Vielzahl von

³ Vgl hierzu den Aufsatz von *Paine*, *Managing for Organizational Integrity*, *Harvard Business Review* 1994, 106.

⁴ *Walter* in *Kofler-Senoner* (Hrsg), *Compliance-Management für Unternehmen, Prävention und Krisenmanagement*, Rz 22 ff

verschiedenen Faktoren unterschiedlich ausfallen kann. Mithilfe dieses CMS sollen sogenannte compliance-relevante Handlungen der Unternehmensangehörigen zukünftig vermieden werden oder aber bei einem gesetzten Fehlverhalten entsprechend bestraft werden.⁵

4.2 DER BEDEUTUNGSZUWACHS VON COMPLIANCE

Ihre frühen Anfänge hatte die Compliance in Amerika im Rahmen der Finanzindustrie. Im Jahr 1980 nahm Compliance konkrete Gestalt an und wurde durch die Bankenbranche zu Beginn der 1990-er Jahre auch für Europa zunehmend interessanter. Mithilfe von Compliance kann die Befolgung bzw. die Einhaltung der stetig steigenden Anzahl von Vorschriften und Regelungen besser gewährleistet werden. Heutzutage steht bei einem Kartellverstoß nicht nur das Unternehmen im Mittelpunkt, sondern auch die Führungsebene dieser Gesellschaft. Dies mit dem Hintergrund, dass die vermeintlichen Handlungen von diesen Personen genehmigt und in weiterer Folge von jemandem umgesetzt wurden. Aufgrund der Tatsache, dass die Personen durch einen solchen Verstoß und den daraus resultierenden Folgen persönlich betroffen sind, ist es nachvollziehbar, dass sie sich mit Compliance in verstärkter Form befassen möchten. Aus diesem Grund ist zumeist die Compliance-Abteilung einem Mitglied des Vorstandes oder der Geschäftsführung unterstellt. Das verstärkte Interesse der Führungsebene an Compliance ist auch auf die finanziellen Konsequenzen eines nicht-regelkonformen Verhaltens zurückzuführen. Diese genannten Folgen können sich in Umsatzeinbußen sowie in Strafzahlungen oder in Bußgeldern äußern.

4.3 DIE WIRTSCHAFTLICHEN GRÜNDE

Das Compliance Thema gewinnt seit der jüngeren Vergangenheit immer mehr an Bedeutung, vor allem bei internationalen Großunternehmen. Diese begannen mit der Einführung von Compliance-Maßnahmen und stellten somit eine Vorbildfunktion für andere dar. Kritiker vertreten die Annahme, dass sich Compliance negativ auf das tägliche Geschäft auswirken kann und es unter anderem im äußersten Fall sogar verhindern kann. Diese Annahme beruht auf den Tatsachen, dass der Aufbau eines CMS

⁵ Walter in *Kofler-Senoner* (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, Prävention und Krisenmanagement, Rz 25 ff.

sowohl personelle als auch finanzielle Ressourcen erfordert und eine Compliance-Organisation nur funktionieren kann, wenn vorliegende Vorschriften oder auch Regelungen eingehalten sowie beachtet werden. Vor allem die Aufnahme dieser Tätigkeit ist zu Beginn mit hohem Aufwand verbunden, welcher jedoch im Laufe der Zeit abnimmt bzw. geringer wird. Als aufwendig gestaltet sich beispielsweise die Risikoanalyse, die Erstellung der Richtlinien oder auch die Implementierung von Prozessen.

Compliance ist aus der heutigen Unternehmensführung fast nicht mehr wegzudenken. Immer mehr Unternehmen sprechen sich für ethische Werte aus, weshalb ein System zur Überwachung der Einhaltung von Regeln und Vorschriften als sinnvoll erscheint. Dem Wunsch nach Regelkonformität steht hingegen der hohe Kostenfaktor bei der Implementierung von Compliance-Maßnahmen gegenüber. In diesem Zusammenhang ist es wichtig zu erwähnen, dass die anfallenden Kosten für die Einführung später durch Vorteile, welche die Einführung solcher Maßnahmen mit sich bringt, überwogen werden.

Laut internationalen Umfragen erleiden Unternehmen aufgrund betrügerischer Handlungen einen Schaden in der Höhe von etwa fünf Prozent der Umsatzerlöse.⁶ Es gibt Annahmen, dass etwa fünfzig Prozent der Unternehmen Schäden aufgrund eines kriminellen Verhaltens erlitten haben. Ohne Compliance werden heutzutage sowohl die Risiken als auch die Kosten als zu hoch angesehen, weshalb einiges für CMS spricht.

4.4 AUFDECKUNG UND UMGANG VON COMPLIANCE VERSTÖßEN

Es ist von großer Wichtigkeit, dass die geforderte Einhaltung von internen oder auch externen festgesetzten Vorschriften oder Regelungen mittels eines Verfahrens überwacht und somit Compliance-Verstöße erkannt werden.

Auf diese Untersuchungen folgend wird ein Prüfungsbericht oder eine Präsentation erstellt.

⁶ Siehe Bericht der ACFE abrufbar unter: <http://www.acfe.com/rttm-summary.aspx> (15.05.2018).

Es gibt gewisse Grundsätze, welche bei den aufgedeckten Compliance Verstößen beachtet werden müssen. Solche Verstöße müssen sowohl rasch, gewissenhaft, fachmännisch als auch verschwiegen behandelt werden. Um diesen Grundsätzen gerecht zu werden, ist es zweckmäßig, wenn Compliance-Komitee eingerichtet wird. Dieses Komitee kann bspw aus dem Chief Compliance Officer sowie den Führungspersönlichkeiten der Unternehmensbereiche Recht, Accounting, Interne Revision und auch Personal bestehen. Im Rahmen eines solchen Treffens des Compliance Komitees wird pro Compliance Fall ein Fallmanager ernannt und die weitere Vorgehensweise zur Ermittlung und Aufklärung des gegenständlichen Sachverhaltes festgesetzt. Nach Erhalt der relevanten Informationen zu den jeweiligen Angelegenheiten werden im Komitee die notwendigen Maßnahmen besprochen oder auch Empfehlungen ausgesprochen.⁷

Bei Vorliegen eines solchen Verstoßes eröffnet sich eine Vielzahl von möglichen wirtschaftlichen Konsequenzen. Bei Verstößen ist eine Unterscheidung dahingehend wichtig, ob dieser Verstoß der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird oder firmenintern behandelt wird. Es ist hingegen zu erwarten, dass gewisse Verstöße in einer bestimmten Dimension nicht der Öffentlichkeit unentdeckt bleiben können. Sicherlich kann davon ausgegangen werden, dass Compliance-Verstöße innerhalb des Unternehmens diskutiert werden. Sollten die Maßnahmen, welche auf einen solchen Verstoß sich stützten, in einem erheblichen Maß erfolgen, besteht die Möglichkeit, dass unternehmensexterne Personen Kenntnis über die vorliegende Missachtung von Vorschriften erlangen.

4.5 SANKTIONEN UND KONSEQUENZEN EINES COMPLIANCE-VERSTOßES

Nachstehende Sanktionen können ein Unternehmen aufgrund getätigter Compliance-Verstöße treffen.

Geldstrafen kommen bei Verwaltungsübertretungen und auch bei strafrechtlichen Delikten vor. Bei Freiheitsstrafen ist der Adressat dieser Strafe der Täter, wobei Freiheitsstrafen bei Korruptionsdelikten zur Anwendung kommen.

⁷ Walter in *Kofler-Senoner* (Hrsg), *Compliance Management für Unternehmen*, Rz 66-67.

Eine Verhängung von einem Bußgeld kann sowohl nach dem europäischen Wettbewerbsrecht als auch nach dem österreichischen Kartellgesetz erfolgen.⁸ Das Bußgeld kommt dann entweder dem Bund oder dem EU-Haushalt zu Gute. Die Höhe des Bußgeldes orientiert sich nach dem gesamtconsolidierten Jahresumsatzes aus dem abgelaufenen Geschäftsjahr der involvierten Gesellschaft.

Das Verbandverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) determiniert, dass aufgrund einer durch einen Entscheidungsträger begangenen Straftat das Unternehmen zu bestrafen ist, wenn die verbotene Handlung „zu Gunsten des Unternehmens“ durchgeführt wurde.⁹ Diese Straftat wird mit einem Bußgeld geahndet, wobei die Höhe sich aus dem Jahresumsatz ergibt.

Die Verhängung eines Bußgeldes bedeutet nicht, dass ein kartellbeteiligtes Unternehmen keine Schadenersatzforderungen von Geschädigten treffen können. Derartige Ansprüche können von Unternehmen erhoben werden, welche beispielsweise aufgrund von unrechtmäßigen Preisabsprachen einen überhöhten Kaufpreis zahlen mussten. Schadenersatzforderungen können auch aufgrund von Verletzungen von Datenschutzbestimmungen gestellt werden.¹⁰ Schadenersatzforderungen werden gegenüber der Geschäftsleitung bzw gegenüber den Aufsichtsorganen geltend gemacht.

Bei einem Imageschaden ist eine Bezifferung des zu erwartenden bzw. des eingetretenen Schadens fast nicht möglich und somit handelt es sich um ein schwer erfassbares Risiko. Unternehmen, welche der breiten Öffentlichkeit bekannt sind, müssen damit rechnen, dass über Compliance-Verstöße, welche ihnen zurechenbar sind, seitens der Medien berichtet wird. Als problematisch anzusehen ist jedoch die Tatsache, dass negative Äußerungen der Medien von der Öffentlichkeit stärker wahrgenommen werden und auch länger in Erinnerung bleiben. Dies hat zur Folge, dass über einen gewissen Zeitraum hindurch das verwerfliche Ereignis mit dem betroffenen Unternehmen in Assoziation gebracht wird und somit ein schlechter Nachgeschmack bei der Organisation haften bleibt. Es handelt sich oftmals um einen langwierigen und

⁸ Vgl § 29 ff Kartellgesetz 2005 und Art 103 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

⁹ Vgl § 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, BGBl I

¹⁰ Vgl § 33 Datenschutzgesetz 2000.

aufwendigen Prozess, welcher von den betroffenen Unternehmen durchlaufen werden muss, um das beschädigte Image zu verbessern.

Bei kleineren Unternehmen wird die mediale Berichterstattung zwar nicht von so großer Bedeutung sein, wie bei Großkonzernen und international agierenden Unternehmen, dennoch kann negative Mundpropaganda zu denselben Probleme führen. Eine solche missgünstige Nachrede kann vor allem den Unternehmen Schaden zufügen, welche jahrelang für ihre Zuverlässigkeit bekannt waren.

Im alltäglichen Wirtschaftstreiben kann sich eine Missachtung der Compliance-Ideologie zu einem echten Wettbewerbsnachteil entwickeln.

Es gibt auch die Möglichkeit von einer öffentlichen Ausschreibung ausgeschlossen zu werden. Um an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmen zu können, ist es für Unternehmen von großer Bedeutung, dass keiner der im österreichischen Vergabegesetz normierten Ausschlussgründe vorliegt.¹¹ Unter einen dieser Gründe fällt beispielsweise die Verurteilung der Geschäftsleitung wegen bestimmter, überwiegend strafrechtlicher Tatbestände. Unter diesen Tatbestand fallen unter anderem Betrug, Untreue, Bestechung oder auch die Geschenkkannahme. Eines der wichtigen Themen, welche im Rahmen des Compliance behandelt werden, ist die Korruptionsprävention. Im Rahmen der Angebotsabgabe müssen Unternehmen, welche als Bieter in dem Vergabeverfahren auftreten, immer öfter bestätigen, dass ihrerseits alle Maßnahmen gesetzt wurden um eine Korruption hintanzuhalten.

Bei einem Verstoß droht der compliance-widrigen Firma eine Sanktion, welche sogar bis zu einer Sperre bei Vergabeverfahren führen kann. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass ein Unternehmen von einem Auftraggeber vollständig gesperrt wird und auf einer sogenannten „black list“ aufscheint. Eine derartige Liste wird sowohl von Auftraggebern geführt als auch bei nicht-öffentlichen Geschäftsabwicklungen herangezogen.

Mittlerweile gibt es auch schon Bestreben hinsichtlich der Vermeidung von Folgen mangelhafter oder fehlender Compliance Dritter. Es soll die Möglichkeit aus dem

¹¹ Vgl § 229 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I.

Weg geräumt werden, dass aufgrund Compliance-Verstöße Dritter das eigene Unternehmen einen Schaden erleiden soll.

Somit kann zusammengefasst festgehalten werden, dass die Folgen eines Compliance-Verstoßes nicht nur vielfältig, sondern auch schwerwiegend für ein Unternehmen sein können. Im äußersten Szenario kann ein schwerwiegender Compliance-Verstoß zur Insolvenz der betroffenen Organisation führen.

4.6 REMEDIATION

Nach einer Fallbehandlung kommt man oftmals zur Erkenntnis, dass es meist Umstände gibt, welche ein solches Fehlverhalten begünstigt oder gar ausgelöst haben. Um ein solches Fehlverhalten zukünftig hintanzuhalten, werden geeignete Schritte diesbezüglich ausfindig gemacht und in weiterer Folge auch umgesetzt. Der Ablauf einer solchen Maßnahmenumsetzung wird durch den Compliance Bereich kontrolliert und falls notwendig wird auch in die Umsetzung durch Aufforderung zu stärkerem Einsatz der betroffenen Fachbereiche eingeschritten.¹²

Trotz aller Bemühungen kann nie zur Gänze ausgeschlossen werden, dass von Einzelpersonen ein Fehlverhalten gesetzt wird. Aus diesem Grund ist es sehr maßgebend, dass solche Fälle rechtzeitig erkannt und in der richtigen Art und Weise abgewickelt werden können. Empfehlenswert ist dabei die Kategorisierung des Fehlverhaltens¹³ in zwei Gruppen einerseits in „Fraud against the company“ und andererseits in „Corporate Misconduct“. Bei der ersten Art trägt das Unternehmen die Opferrolle in Bezug auf das gesetzte Fehlverhalten. In diesem Fall ist der Einsatz von Überwachung und Sanktionen unentbehrlich. Bei der zweiten Gruppe wird das Unternehmen als Täter angesehen und hat somit diese Unterteilung eine wesentlichere Bedeutung für das Unternehmen selbst und die dazugehörigen Führungskräfte.

4.7 DETECTION AUDITS

Innerhalb eines Unternehmens kann auch gezielt nach Compliance Verstößen gesucht werden. Einer solchen Untersuchung unterliegen zumeist Bereiche oder auch

¹² Walter in Kofler-Senoner (Hrsg), Compliance Management für Unternehmen, Rz 68-69.

¹³ Grüninger in Wieland/Steinmeyer/Grüninger (Hrsg), Handbuch Compliance-Management. Konzeptionelle Grundlagen, praktische Erfolgsfaktoren, globale Herausforderungen (2010), 45.

Prozesse, bei denen eine erhöhte Möglichkeit von gesetztem Fehlverhalten erwartet bzw. angenommen wird, wobei hierzu gültige Vorschriften zum Datenschutz eingehalten werden müssen.¹⁴

4.8 KOSTEN VON COMPLIANCE

Im Rahmen der Compliance-Maßnahmen besteht die Eventualität, dass sowohl interne als auch externe Kosten anfallen können. Unter den externen Kosten können Beraterkosten subsumiert werden. Beraterkosten spielen zu Anfang in der Startphase eines Compliance-Projektes eine maßgebliche Rolle, da in dieser Phase die Risikoanalyse und die Konzeption eines solchen CMS erfolgt. Aufgrund der hohen Aufwendungen im Bereich der Risikoanalyse besteht die Gefahr, dass wenn man sich mit dieser Analyse nicht ausreichend beschäftigt, die Compliance-Maßnahmen nicht effektiv bzw. zielführend angewendet werden und somit als nutzlos angesehen werden können. Deshalb ist es von großer Notwendigkeit, dass alle Risiken vorab genau identifiziert, analysiert und ihrer Wichtigkeit nach richtig gereiht werden.

Die Kosten eines eigens für diesen Bereich eingestellten Compliance-Officer sind den internen Kosten zuzuordnen, wobei vor allem bei mittleren Unternehmen Compliance-Aufgaben auf die bereits im Unternehmen beschäftigten Personen aufgeteilt werden. Bei international tätigen Organisationen kann jedoch die Wahrnehmung von Compliance-Aufgaben mit größeren Kosten verbunden sein, da aufgrund der Unternehmensgröße und der vorhandenen Komplexität eine eigene Compliance-Abteilung gegründet wird, welche sich mit Compliance-relevanten-Themen befasst. Neben Compliance-Schulungen besteht auch noch die Möglichkeit zu bestimmten IT-Plattformen oder auch E-Learning-Tools, welche von verschiedenen Anbietern an Markt angeboten werden.

Sowohl die persönlich durchgeführten Schulungen als auch die elektronisch angebotenen Programme bieten sowohl Vor-als auch Nachteile. Welche dieser Varianten den größeren Nutzen mit sich bringt, ist einerseits von der Unternehmensgröße als auch von der Unternehmenskultur sowie der Kenntnisse der Mitarbeiter im Umgang mit der IT abhängig.

¹⁴ *Walter in Kofler-Senoner (Hrsg), Compliance Management für Unternehmen, Prävention und Krisenmanagement, Rz 64-65.*

Ein weiterer Kostenfaktor kann die Bearbeitung von geschehenen Compliance-Verstößen sein und vor allem diese Kosten sollen mithilfe von einem funktionierenden CMS zukünftig vermindert bzw sogar verhindert werden. Unter diesen Kosten fallen bspw. die Honorare für Berater und auch Personalkosten für die bestehenden Mitarbeiter, welche in den Aufklärungsprozess mit einbezogen werden und ihren Beitrag dazu leisten. Auch die Geschäftsführung wird in diesen Prozess eingebunden, da eine interne Koordination sowie Kommunikation durch sie erfolgt. Auch für Auftritte in der Öffentlichkeit ist die Unternehmensleitung zuständig. In solchen Fällen zählt es zu den Hauptaufgaben der Geschäftsführung, dass Imageschäden und die daraus resultierenden weiteren Schäden so gut wie nur möglich hintangehalten werden.¹⁵

4.9 KRITISCHE BETRACHTUNG VON COMPLIANCE

Compliance ist ein Gebiet, welches oftmals mit kritischen Augen betrachtet wird.¹⁶ Es war auch schon in der Vergangenheit so, dass Unternehmen sich mit einer Vielzahl von Vorschriften und Regeln auseinandersetzen mussten, weshalb Compliance keinen absolut neuen Unternehmensbereich darstellt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Gesellschaften heutzutage mit immer komplexeren Gesetzen und Vorschriften konfrontiert werden. Das Thema Compliance wurde vor allem durch die mediale Berichterstattung wieder in den Vordergrund gedrängt. Diese Medienpräsenz bildet unter anderem den Grundstein für die skeptische Betrachtung dieses Bereichs durch die Kritiker. Die Compliance-Maßnahmen werden meist dann als überflüssig betrachtet, wenn im Vorfeld der Sinn dieser Maßnahmen nicht ausreichend erläutert wurde oder aufgrund fehlender oder auch mangelhafter Risikoanalyse die Maßnahmen nicht zielführend angewendet werden. Außerdem werden Compliance-Maßnahmen als kosten-, personal- und zeitintensiv betrachtet.

Bei einem Kosten-Nutzen-Vergleich wird ohne weiteres die Compliance als Gewinner hervorgehen, sofern die gesetzten oder geplanten Compliance-Maßnahmen als sinnvoll und effizient betrachtet werden. Unternehmen, welche erst zu einem späte-

¹⁵ *Trettnak in Kofler-Senoner* (Hrsg.), *Compliance-Management für Unternehmen* (2016), 43.

¹⁶ Siehe bspw <http://www.tt.com/wirtschaft/standorttirol/7232079-91/korruption-scharfe-kritik-am-compliance-wahn.csp>; <https://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/1381552/Compliance-oder-reicht-Hausverstand> ; <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/a-789115.html>.

ren Zeitpunkt Compliance-Maßnahmen in die Tat umsetzen, können von den Fehlern der Unternehmen, welche diese schon zu einem früheren Zeitpunkt gesetzt haben, lernen. Unternehmen hingegen, welche schon auf eine gewisse jahrelange Erfahrung in diesem Bereich zurückgreifen können, realisieren, dass es sich bei einem Compliance-Management-System um kein festgefahrenes System handelt, sondern um eines, welches sich aufgrund der Erfordernisse auch verändern kann und somit als flexibel gilt. Gerade diese Eigenschaft zählt zu einer der Vorteile von Compliance-Maßnahmen. Je nachdem wie sich das Umfeld des Unternehmens verändert, so unterliegen auch die Compliance-Maßnahmen einem ständigen Wandel.

4.10 DIE RECHTLICHEN GRÜNDE

Mithilfe von Compliance soll eine Einhaltung von geltenden Rechtsvorschriften mit dem Ziel rechtswidriges Verhalten zu unterbinden, gewährleistet werden. Nach österreichischem Recht besteht jedoch zur Implementierung eines solchen Systems grundsätzlich nicht. Als rechtliche Basis für die Einführung eines Compliance-Systems kann die Gesamtrechtsordnung angesehen werden. Die Kompetenz zur Umsetzung eines solchen Systems obliegt der Geschäftsführung¹⁷, wobei die tatsächliche Ausgestaltung in Abhängigkeit zur Unternehmensgröße, -komplexität und der Risikoeignung der betroffenen Organisation steht. Die Unternehmen können sich aber aufgrund des Zieles zur Abwehr von möglichen Haftungen des Unternehmens und der Personen, die ihr zurechenbar sind, indirekt dazu verpflichten. Wie schon erwähnt, hat Compliance im Laufe der Zeit immer mehr an Bedeutung gewonnen und wurde für Unternehmen immer wichtiger. Heutzutage befasst sich die mediale Berichterstattung immer häufiger mit Themen, welche der Compliance zurechenbar sind. Vor allem Verstöße aus dem Kartellrecht, Korruptionsskandale aber auch die Verletzung von datenschutzrechtlichen Vorschriften wecken das Interesse der Medien

Es gibt jedoch auch gesetzlich vorgesehene Pflichten zur Einbettung eines solchen Systems innerhalb einer bestehenden Organisation bspw für Kreditinstitute.¹⁸

¹⁷ Lewisch in Lewisch, Zauberwort Compliance? (2012) 11.

¹⁸ § 39 BWB

4.11 DIE GESELLSCHAFTSRECHTLICHE SORGFALTS- PFLICHT

In gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen findet man Anhaltspunkte hinsichtlich der allgemeinen Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer. § 84 AktG normiert, dass Vorstandsmitglieder im Rahmen der Geschäftsführung jene Sorgfalt anzuwenden haben, welche einen anständigen und bedächtigen Geschäftsführer auszeichnet. § 25 GmbHG sieht vor, dass die Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft eine Verpflichtung haben, welche dadurch gekennzeichnet ist, dass im Rahmen der Geschäftsführung die Behutsamkeit eines ordentlichen Geschäftsführers anzuwenden ist. Somit ist seitens der Geschäftsführung zu gewährleisten, dass die betroffene Organisation im Sinne der Gesetze handelt und in diesem Zusammenhang angemessene organisatorische Handlungen getroffen werden. Die persönliche Haftung der Geschäftsführung resultiert aus einer Verletzung der allgemeinen gesellschaftlichen Sorgfaltspflicht und ist somit ein wichtiger Anhaltspunkt, weshalb Compliance Maßnahmen in der Praxis immer mehr an Bedeutung gewinnen.

Ein wichtiger Grund für die Einführung von Compliance-Systemen ergibt sich aus der Pflicht zur Implementierung eines internen Kontrollsystems. § 82 AktG normiert neben der Verpflichtung zur Anwendung einer ordnungsgemäßen Sorgfalt der Geschäftsleitung auch die Pflicht des Vorstandes zur Einführung eines internen Kontrollsystems, welches den Ansprüchen des Unternehmens gleichkommt. Selbige Verpflichtung der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann man § 22 GmbH entnehmen. Die Kontrolle der Effizienz eines solchen internen Kontrollsystems obliegt dem Prüfungsausschuss des Aufsichtsrates.¹⁹ Bei dem internen Kontrollsystem handelt es sich um ein Bündel von Handlungen, welche zur Aufgabe haben, die Ziele der Sicherheit sowie der Wirtschaftlichkeit und der Ordnungsmäßigkeit im Unternehmen zu gewährleisten.²⁰

¹⁹ *Kofler-Senoner* in *Kofler-Senoner* (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, S 47.

²⁰ *Kalss*, Das interne Kontrollsystem (IKS) als Angelpunkt der Corporate Governance in Kapitalgesellschaften in FS Krejci (2001) 699.

4.12 VERBINDLICHE COMPLIANCE SYSTEME

Um Insidergeschäfte zu vermeiden werden Compliance-Maßnahmen gemäß § 82 Abs 5 Börsegesetz BGBl 1989/555 von börsennotierten Emittenten gefordert. Dies hat auch zur Folge, dass unternehmensinterne Richtlinien hinsichtlich der Weiterreichung von Informationen erlassen werden und ihre Befolgung auch kontrolliert wird. Außerdem ist eine Einführung von zweckdienlichen Maßnahmen zur Vermeidung einer missbräuchlichen Nutzung oder Übermittlung von Informationen notwendig.²¹ Auch für Kreditinstitute gibt es festgelegte Pflichten zur Implementierung einer Compliance-Organisation.

4.13 ABWÄGUNG ZWISCHEN RISIKEN UND DEN KOSTEN

Ein wichtiger Grund für die Konzeptionierung und Umsetzung eines CMS innerhalb einer Organisation ist die angestrebte Abwehr von Haftungen für das Unternehmen sowie deren Geschäftsführung und der dort beschäftigten Arbeitnehmer. Aufgrund drohender Sanktionen für die Unternehmen und den betroffenen Personen, die bei einem Verstoß verhängt werden können, ist die Abwägung zwischen den Risiken und den Kosten eines CMS wichtig. Die Implementierung eines CMS ist oftmals mit hohen Kosten verbunden, da die Möglichkeit der Beiziehung eines externen Beraters besteht oder Mitarbeiter, welche im betroffenen Unternehmen tätig sind, bei der Risikoermittlung und Umsetzung involviert werden und somit höhere Kosten für das Unternehmen entstehen. Folgen, welche hingegen das Unternehmen treffen können, wenn es nicht dem Compliance entsprechend agiert, können hingegen schwerwiegender das Unternehmen treffen, als es die Kosten für die Implementierung des CMS tun.

4.14 CMS

Das CMS dient als Unterstützung für die Einhaltung und Überwachung von regelkonformen Verhalten sowohl von der Geschäftsleitung als auch von den im Unternehmen beschäftigten Personen. Bei der Implementierung einer Compliance-Organisation sollte eine Analyse durchgeführt werden. Diese Analyse soll von den

²¹ *Kofler-Senoner in Kofler-Senoner (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, S 47.*

Bereichen Recht, Organisation und Personal zusammen mit dem Vorstandsmitglied, welcher die Compliance-Zuständigkeit über hat, durchgeführt und besprochen werden.²²

Mithilfe eines solchen CMS soll gewährleistet werden, dass mögliche Compliance-Risiken erkannt, analysiert und laufend überwacht werden. Man kann jedoch von einem CMS nicht erwarten, dass alle möglichen Risiken des alltäglichen Geschäftsbetriebes entdeckt werden, da dies eindeutig zu einer Überforderung führen würde. Es ist von maßgebender Bedeutung, dass man im sich Vorfeld sich darüber Gedanken macht, welche Risiken im Vordergrund stehen könnten und im Hinblick darauf Prioritäten festlegt. Bei einer solchen Risikobewertung sind zwei Faktoren zu beachten. Einerseits muss überlegt werden, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass gegen jede der Regeln ein Verstoß erfolgt und andererseits ist zu bedenken, wie hoch der zu erwartende Schaden bei einem solchen Vergehen sein könnte.

Aus Sicht von Compliance sind jene Risiken von Bedeutung, welche aufgrund einer Nichteinhaltung von existierenden Vorschriften entstehen. Um also die bedeutsamen Gefahren für ein Unternehmen zu kennen, muss Kenntnis darüber erlangt werden, an welche Bestimmungen das Unternehmen sich halten muss oder in Zukunft zu befolgen gedenkt.²³

Ein wichtiger weiterer Anhaltspunkt für die weitere Vorgehensweise ist die Vergangenheit des Unternehmens also vorhandene Schwachstellen und sich daraus ergebende Verbesserungsmöglichkeiten. Eine solche Durchleuchtung erfolgt beispielsweise auf Basis der Gesellschaftsverträge, der Satzung oder auch der Geschäftsordnung. Hinsichtlich der Risiken muss jedoch bedacht werden, dass es allgemeine und spezielle Risiken gibt.²⁴ Inwieweit die einzelnen Abteilungen in den Risikomanagementprozess eingebunden werden, ist ein entscheidender Faktor für die Qualität der Risikoerhebung, -analyse und -bewertung. In solchen Prozessen ist es von Vorteil, wenn die Rechtsabteilung neben der operativen Ebene miteingebunden wird. Auch externe Berater sollten bei vorliegender Notwendigkeit ebenfalls in den Prozess involviert werden. Im Rahmen dieses Risikomanagementprozesses werden zunächst die allge-

²² Vgl dazu *Tauber/Campos Nave*, Compliance Audit (Analysephase), in *Jäger/Rödl/Campos Nave* (Hrsg), Praxishandbuch Corporate Compliance 391 ff.

²³ *Fabits* in *Sartor/Freiler-Waldburger*, Praxisleitfaden Compliance.

²⁴ *Trettnak* in *Kofler-Senoner* (Hrsg.), Compliance-Management für Unternehmen (2016), 50.

meinen Risiken behandelt, wobei im nächsten Schritt das Augenmerk auf die speziellen Risiken gelegt wird. Diese Art von Risiken nimmt Bezug auf die Branche, Unternehmenstätigkeit sowie der Unternehmensstruktur.

Nachdem dieser Prozess durchlaufen wurde, sollen die aufgedeckten bzw. identifizierten Risiken den betroffenen Personen oder Abteilungen zugeordnet werden. Dies soll eine zukünftig bessere Steuerung gewährleisten.²⁵ Ein erwähnenswerter Nutzen dieser Analysen ist es, dass man einen Überblick erhält, welcher Auskunft darüber gibt, wo sich Schwachstellen befinden und somit ein Handlungsbedarf besteht. Um wie erwähnt, die Prioritäten herausfiltern zu können, ist es am besten, wenn der Ist-Zustand, welcher derzeit im Unternehmen herrscht, mit dem Soll-Zustand verglichen wird. Es wird mit den identifizierten Risiken eine Reihung basierend auf die hohe Eintrittswahrscheinlichkeit und dem hohen Schadenspotential vorgenommen. Risiken, welche diese Merkmale vorweisen, werden bevorzugt behandelt.

Um ein erfolgreiches CMS schaffen zu können, ist es unentbehrlich, dass Mitarbeiter den Sinn und Zweck dieses Vorhabens verstehen und in weiterer Folge im alltäglichen Geschäftsbetrieb auch leben. Nur wenn der Wunsch nach Regelkonformität akzeptiert und gelebt wird, kann ein Funktionieren des CMS gewährleistet werden. Um ein Bewusstsein dafür beim betroffenen Personal zu schaffen, ist es bedeutsam, dass die Ergebnisse des Risikomanagementprozesses an diese auch kommuniziert werden.²⁶ Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Ziel ist bekannte Risiken präventiv zu verhindern.²⁷

4.15 ZENTRALE ELEMENTE EINES CMS

Einem ordnungsgemäßen Compliance-Management-System werden sieben Basiselemente²⁸ zugeschrieben, welche nachstehend beschrieben werden.

Auf diese Elemente ist im Rahmen der Ausgestaltung und Einrichtung eines solchen Systems Bedacht zu nehmen, wobei die genaue Ausgestaltung in einem Abhängig-

²⁵ Fabits in Sartor/Freiler-Waldburger, Praxisleitfaden Compliance 12.

²⁶ Trettnak in Bernhard Kofler-Senoner (Hrsg.), Compliance-Management für Unternehmen (2016), 51.

²⁷ Schubert, Konzeptionierung und Implementierung eines Compliance-Systems, 17.

²⁸ Vgl IDW PS 980, Tz 23.

keitsverhältnis zu der Unternehmensgröße, den geplanten Compliance-Zielen sowie der Unternehmenstätigkeit steht. Das erste Grundelement, die Compliance-Kultur²⁹, worunter das Verhalten der Geschäftsführung verstanden wird, ist als Grundstein für ein funktionierendes CMS anzusehen. Welche Compliance-Ziele³⁰ verfolgt werden, wird für jedes Unternehmen eigens entschieden.

4.15.1 COMPLIANCE KULTUR

Grundsätzlich setzt sich das CMS aus sieben Compliance-Elementen zusammen, wobei die Compliance-Kultur als erstes definiert werden kann.³¹ Eine wichtige Bedingung für dieses Element ist, dass ein CMS nur dann wirksam in einem Unternehmen umgesetzt werden kann, wenn die Mitarbeiter dieses System sowohl akzeptieren als auch leben. Die Compliance-Kultur ist ausschlaggebend dafür, welche Bedeutung die Mitarbeiter eines Unternehmens der Einhaltung von Regeln zuschreiben und somit über eine Bereitschaft zu regelkonformer Verhaltensweise verfügen.

Für eine wirksame Umsetzung eines CMS sind zwei Faktoren von großer Bedeutung. Einerseits ist die Ausgestaltung und Implementierung der einzelnen Bestandteile dieses Systems wichtig andererseits muss das System von den betroffenen Mitarbeitern auch angewendet und umgesetzt werden, damit die volle Wirksamkeit dieses Vorhabens sich entfalten kann. Unwirksamkeit eines CMS erfolgt, wenn es an Akzeptanz seitens der Mitarbeiter mangelt. Im Allgemeinen ist für die Akzeptanz ein wichtiger Faktor die Unternehmenskultur, wobei für das CMS die Akzeptanz abhängig von der Compliance-Kultur im Speziellen ist.³² Eine nachhaltige und effiziente Compliance-Kultur ist nur dann möglich, wenn sowohl die Führungskräfte als auch die einzelnen Mitarbeiter des betroffenen Unternehmens ein Verständnis für dieses Thema entwickeln und daher der Einhaltung von Regeln positiv gestimmt sind. Dank dieses Konzepts wird eine Nachhaltigkeit des wirtschaftlichen Handelns gewährleistet.

²⁹ Vgl ISO 19600, Tz. 4.4., 5.1, 7.3.2.1, 7.3.2.2.

³⁰ Vgl ISO 19600, Zu 4.2; 4.3; 4.5.1; 6.2

³¹ IDW PS 980, Tz 23.

³² Vgl *Gnädiger, Jan-Hendrik und Antonia Steßl*, Im Blickpunkt: Akzeptanz von Compliance Management-Systemen auf Mitarbeiterebene (2012).

Die Art und Weise, wie die Compliance-Kultur einer Organisation gelebt wird, hängt von dem Verhalten der gesetzlichen Vertreter dieses Unternehmens ab.³³ Es ist für die Akzeptanz der Compliance-Maßnahmen von hoher Relevanz, dass sich die obere Unternehmensebene klar für die Umsetzung dieser Maßnahmen ausspricht und somit einen Einfluss auf die Mitarbeiter in dieser Angelegenheit ausübt. Nur wenn eine Akzeptanz seitens der Mitarbeiter in Bezug auf Compliance herrscht und sie einsehen, dass die eigenen Führungskräfte hinter dem was hinsichtlich Compliance kommuniziert wurde, stehen.³⁴ Es muss deutlich hervorgehen, dass die eigene Führungskraft ihr Verhalten auf die Compliance-Vorgaben abgestimmt hat und daher im Sinne dieser Vorgaben auch handelt. Dessen müssen sich die Führungskräfte bewusst sein, da sie hinsichtlich ihrer Mitarbeiter als Vorbilder fungieren. Eine Akzeptanz seitens der Mitarbeiter kann nur dann erwartet werden, wenn das Management eindeutig im Sinne der Compliance-Vorgaben handelt und Vergehen im gleichen Maße und daher unterschiedslos sanktioniert werden. Als wichtig erachtet der Prüfungsstandard zusätzlich noch „Anreizsysteme, mithilfe welcher regelkonformes Verhalten gefördert wird“.³⁵

Im Zusammenhang mit der Compliance-Kultur ist sowohl der Umgang mit Verstößen als auch die Verhängung von Sanktionen im Non-Compliance-Bereich als Unterelemente anzusehen. Bestimmte Faktoren können Einfluss auf das Verhalten der Mitarbeiter ausüben beispielsweise in welcher Art und Weise Verstöße gegen Compliance-Vorgaben sanktioniert werden und wie diese Sanktion seitens der Mitarbeiter empfunden wird. Es ist jedoch zu beachten, dass aufgrund der zur Verfügung stehenden Sanktionen eine Art Angstkultur innerhalb des Unternehmens entsteht, da sich dies negativ auf den Geschäftsbetrieb auswirken kann.³⁶

Weitere wichtige Unterelemente sind die herrschende Arbeitsatmosphäre als auch die Personalpolitik³⁷ bzw. die Wahrnehmung dieser durch die Mitarbeiter. Mitarbeiter, welche sich mit ihrem Arbeitsplatz identifizieren können, sich in ihrer Umgebung wohlfühlen und ihrer Beschäftigung gerne nachgehen, sind eher bereit den Comp-

³³ IDW PS 980, Tz A14.

³⁴ Vgl. *Gnädinger/Steßl*, Im Blickpunkt: Akzeptanz von Compliance-Management-Systemen auf Mitarbeiterebene (2012).

³⁵ IDW PS 980, Tz. A14.

³⁶ Vgl. *Gnädinger/Steßl*, Im Blickpunkt: Akzeptanz von Compliance-Management-Systemen auf Mitarbeiterebene (2012)

³⁷ IDW PS 980, Tz. A14.

liance-Vorgaben Folge zu leisten und diese auch einzuhalten. Man spricht von einer positiven Personalpolitik, wenn sowohl die Einstellungs- als auch Beförderungserfordernisse als deutlich empfunden werden und ein reger Kommunikations- als auch Informationsaustausch seitens der Personalabteilung besteht. Es ist von großer Bedeutung, dass regelkonformes Verhalten sich für den Arbeitnehmer auszahlt. Dies wird erreicht indem das Unternehmen bei welchem der Mitarbeiter beschäftigt ist, das positive Verhalten in dieser Weise würdigt, dass der betroffene Mitarbeiter bei Beförderungen in Betracht gezogen wird.

4.15.2 COMPLIANCE-ZIELE

Mithilfe der Compliance-Ziele soll das regelkonforme Verhalten der Geschäftsführung sowie der Mitarbeiter des betroffenen Unternehmens sichergestellt werden umso gravierende Compliance-Verstöße zu verhindern.³⁸ Als Basis für die Compliance-Ziele dienen die festgesetzten Unternehmensziele sowie die Identifizierung sowie Gewichtung der für die Organisation geltenden Vorschriften. Vor allem sind jene Regeln von Relevanz, welche in einem Zusammenhang mit den wichtigen Teilbereichen stehen. Es ist von großer Bedeutung, dass diese Ziele eine unternehmensweite Geltung aufweisen und keine Abhängigkeit zu unterschiedlichen kulturellen und länderspezifischen Faktoren beinhalten. Auf Basis dieser Compliance-Ziele soll sich die Angemessenheit des Verhaltens und des Handelns an ethischen Maßstäben gemessen werden. Um einen Nutzen aus den Zielen generieren zu können, müssen sie so ausgestaltet sein, dass für unterschiedliche Aufgabenbereiche und Personenkreise die jeweiligen Ziele definiert werden.

Da mithilfe der Compliance-Ziele eine Risikobeurteilung des Verhaltens und der unternehmerischen Prozesse erfolgt, ist es von großer Wichtigkeit, dass die betroffenen Bereiche klar definiert werden, umso die Gefahr zu verringern, dass mögliche Risiken im Unternehmen nicht richtig wahrgenommen, falsch interpretiert oder auch bewusst ignoriert werden. Es ist von großer Bedeutung, dass die Compliance-Ziele klar und deutlich formuliert sind und auch anwendbar sind³⁹ und die zu beachtenden Teilgebiete klar definiert werden.⁴⁰

³⁸ IDW PS 980, Tz. 6.

³⁹ IDW PS 980, Tz A 15.

⁴⁰ IDW PS 980, Tz A 15.

4.15.2.1 POSITIONIERUNG DER COMPLIANCE-ZIELE

Compliance-Ziele orientieren sich an dem betroffenen Unternehmen und somit an der Vision und der Mission einer Organisation. Unter der Vision versteht man das langfristige Zukunftsbild einer Organisation, wobei die Mission die Grundsätze innerhalb des Unternehmens sowie deren Leitsätze umfasst und somit als wichtiges Element zur Erreichung des Zukunftsbildes beiträgt.

4.15.2.2 REPUTATIONSRISIKEN

Unternehmen können neben einer Sanktionierung auch Imageschäden erleiden. Imageschäden sind dann zu erwarten, wenn ein Unternehmen mit seinem Handeln gegen die gesellschaftliche Moralvorstellung verstößt und deshalb in der Öffentlichkeit negativ wahrgenommen wird. Wird ein solches Verhalten aufgedeckt und der Öffentlichkeit bekannt, kann es bis zu Jahre dauern diesen Imageschaden aufzuwiegen.⁴¹

4.15.2.3 GELTUNGSBEREICHE DER COMPLIANCE-ZIELE⁴²

Bei dem funktionellen Geltungsbereich wird die Frage geklärt, welche Handlungen in diesem Unternehmen einer Umsetzung bedürfen, wobei der materielle Geltungsbereich die auserwählten Rechtsgebiete betrifft. Die betroffenen Personen werden im personellen Geltungsbereich definiert, damit eine Festsetzung der Arbeitsabläufe sowie der Zuständigkeiten erfolgen kann.

4.15.3 COMPLIANCE-RISIKEN

Um ein ordnungsgemäßes CMS in einem Unternehmen implementieren zu können, ist die richtige Feststellung von Compliance-Risiken eine wesentliche Voraussetzung, wobei zu diesem Zweck eine Risikoanalyse durchgeführt wird.

Es gibt verschiedene Einflüsse⁴³, welche für eine solche Risikoanalyse von Bedeutung sein können. Nur um ein paar zu nennen:

- Änderungen im unternehmerischen Umfeld in wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht
- neue Technologien

⁴¹ Vgl *Wermelt/Götz*, ZRFC 11, S 23.

⁴² KPMG AG, Das wirksame Compliance-Management-System, S 35.

⁴³ KPMG AG, Das wirksame Compliance-Management-System, S 46.

- überproportionaler Wachstum des Unternehmens
- neue Produkte
- Umstrukturierungen oder
- Personalveränderungen.

Compliance-Risiken müssen ständig im Vordergrund gehalten werden, da nur so Fortschritte hinsichtlich der Effizienz der CMS zukünftig erzielt werden können.⁴⁴

4.15.3.1 IKS - INTERNES KONTROLLSYSTEM

Unter dem IKS ist ein Bündel von Maßnahmen und Handlungen zu verstehen, welches als Ziel die

- Bewahrung und Sicherung des bestehenden Unternehmensvermögens verstehen, wobei das Unternehmen auch gegen Unterschlagungen gesichert werden soll,
- Gewährleistung der Zuverlässigkeit des Rechnungswesens, welches als Grundlage zur Finanzberichterstattung dient,
- Sicherstellung der unternehmensinternen Aufsicht und Beobachtung wichtiger Unternehmensbereiche sowie unternehmensfremder Einflüsse auf die Organisation
- Optimierung der Wirkkraft der unternehmensinternen Abläufe und Erhöhung der betrieblichen Leistungsfähigkeit,
- Sicherung der Einhaltung der Geschäftspolitik und
- Einhaltung der entsprechenden Gesetze und Verordnungen.⁴⁵

Aus diesem Grund ist das IKS als ein bedeutendes Instrument für Unternehmen anzusehen⁴⁶ und bildet somit ein Bündel aller Maßnahmen, welche als Ziel die Sicherheit, Ordnungsmäßigkeit sowie die Wirtschaftlichkeit innehaben. Unter Sicherheit subsumiert man jene Handlungen, welche Schäden beim Unternehmensvermögen minimieren sollen. Die Ordnungsmäßigkeit ist vor allem dann gegeben, wenn die Geschäftsabläufe allesamt, korrekt, verständlich und transparent dokumentiert werden. Die Überwachung der Kosten und der Kostenarten wird der Wirtschaftlichkeit

⁴⁴ Siehe IDW PS 980, Tz. 23, A16.

⁴⁵ *Löffler/Nayer in Löffler/Ahammer/Kerschbaumer/Nayer (Hrsg), Handbuch zum Internen Kontrollsystem (2011) 17.*

⁴⁶ Das interne Kontrollsystem (IKS), RWP 2012, 97.

zugeschrieben.⁴⁷ Sowohl Compliance-Maßnahmen als auch das IKS hat die Rechtskonformität zum Ziel.⁴⁸ Aufgabe des IKS ist somit mithilfe von Überwachung Risiken zu eliminieren, wobei das Risikomanagement gegen jene Risiken präventiv wirken soll, welche nicht unter Anwendung von Kontrollen beseitigt werden können.⁴⁹

Mithilfe des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes (IRÄG 1997)⁵⁰ wurde der das interne Kontrollsystem in das österreichische Gesellschaftsrecht implementiert. Es gibt eine Verpflichtung zur Umsetzung eines internen Kontrollsystems, welche durch die Insolvenzprophylaxe gerechtfertigt werden soll.⁵¹

Sowohl § 22 Abs 1 GmbHG als auch § 82 AktG sehen vor, dass es als Aufgabe des Vorstands gilt, ein internes Kontrollsystem und ein Rechnungswesen im Unternehmen einzuführen, welche im Einklang mit den unternehmerischen Anforderungen sind. Die gesetzlich vorgesehenen Rahmenbedingungen hinsichtlich der Errichtung und Kontrolle eines solchen Systems wurden durch das URÄG 2008⁵² erweitert.

Bezogen auf Risikomanagementsysteme und Compliance-Management-Systeme sieht das URÄG 2008 vor, dass gemäß § 92 Abs 4a AktG (siehe auch § 30g Abs 4a GmbH) ein Prüfungsausschuss zwecks Kontrolle der Effizienz des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems als auch falls notwendig der internen Revision eingerichtet wird. Das Vorhandensein eines Prüfungsausschusses hat nicht zur Folge, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihre Kontroll- und Sorgfaltspflichten nicht mehr ausüben müssen.⁵³ Der Prüfungsausschuss wurde mithilfe der RL 2014/56/EU⁵⁴ bekräftigt, da unter seiner Verantwortung nun die Kontrolle der Wirksamkeit des Risikomanagementsystems, des internen Kontrollsystems und auch der internen Revision zu erfolgen hat.

⁴⁷ *Napokoj* in *Napokoj* Rz 44.

⁴⁸ *Napokoj* in *Napokoj* Rz 45.

⁴⁹ *Hauer*, *Bessere Governance durch interne Kontrollen, Risikomanagement und internal Audit*, CFO aktuell 2012, 54.

⁵⁰ BGBl I 1997/144, RL 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 17.5.2006 zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG UND 83/253/EWG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, AB1. 2006 L 157/87; RL 2006/46/EG, AB1. 2006 L 224/1.

⁵¹ ErlRV 734 BlgNR 20. GP, 32.

⁵² BGBI I 2008/70.

⁵³ *Hauer*, CFO aktuell 2012, 52.

⁵⁴ RL 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 16.4.2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, AB1. 2014 L 158/196.

4.15.4 COMPLIANCE-PROGRAMM

Als Grundlage für ein Compliance-Programm dient die Identifizierung und Beurteilung von Compliance-Risiken. Das Compliance-Programm besteht aus Grundsätzen sowie Maßnahmen, welche das Ziel des regelkonformen Verhaltens verfolgen.⁵⁵ Ein Compliance-Programm ist dennoch keine Garantie, dass ein gänzlicher Ausschluss von Rechtsverstößen erfolgen wird. Die Grundsätze und Maßnahmen, welche in einem Compliance-Programm vorzufinden sind, dienen dem Zweck solche Verstöße aufzudecken.

4.15.5 COMPLIANCE-ORGANISATION

4.15.5.1 ZUORDNUNG DER COMPLIANCE-VERANTWORTUNG

Aufgrund bestimmter Aspekte, wie zum Beispiel der Unternehmensgröße, ist eine Aufsicht durch die Geschäftsleitung über Compliance-relevante-Themen fast unmöglich, daher können Compliance-Aufgaben auf schon bestehende und fest integrierte Abteilungen übertragen werden.

Um ein effektives CMS gewährleisten zu können, wird eine bestandsfeste Compliance-Infrastruktur benötigt. Diese Infrastruktur umfasst die Organisation, das unternehmerische Personal und den IT-Bereich.

4.15.5.2 PERSONAL

Die Mitarbeiter, welche im Compliance Bereich tätig sind, müssen über das notwendige Know How verfügen. Neben diesem fachlichen Aspekt müssen diese Arbeitnehmer auch gewisse Eigenschaften aufweisen, so bspw Selbstständigkeit, Teamfähigkeit, Verschwiegenheit und soziale Kompetenz. Basierend auf dem Kriterium des Know How ist es von großer Notwendigkeit, dass die Führungskraft dieses Bereiches sowohl über juristische als auch über betriebswirtschaftliche Kenntnisse verfügt. Ferner muss ihnen die Tätigkeit des Unternehmens bekannt sein und müssen darüber hinaus dem Unternehmen gegenüber als loyal gelten und im Besitz kommunikativer Qualifikationen sein.⁵⁶ Es ist von elementarer Wichtigkeit ist, dass die unterneh-

⁵⁵ Vgl IDW PS 980, Tz 6.

⁵⁶ Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmung der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., Der Betrieb (2010), 1516f.

mensinternen Mitarbeiter ein Vertrauen gegenüber der Compliance Abteilung aufbauen und über das Wissen verfügen, dass sie sich jederzeit an sie wenden kann.⁵⁷

4.15.5.3 IT

Die IT-Abteilung kann ein effizientes Arbeiten der Compliance Mitarbeiter mit Systemen, welche der Abwicklung und der Dokumentation von Compliance Fällen dienen und eLearning-Plattformen sowie IT-mäßiger Hilfestellung bei Beratungen, Hinweisgeber-Hotlines, beim Risk Assessment und Reporting, wesentlich erleichtern.⁵⁸

4.15.5.4 RECHTSABTEILUNG

Unter dem Begriff Compliance ist die Einhaltung von festgeschriebenen sowohl internen als auch externen Regeln und Vorschriften zu verstehen. Aufgrund der Tatsache, dass in dieser Abteilung das vorhandene und zu befolgende Gesetz ausgelegt und auch umgesetzt wird, ist es von Vorteil, dass existente Wissen in diesem Bereich zu nützen. Außerdem ist diese Abteilung oftmals bei Vertragsverhandlungen mit eingebunden und daher sind weitere mögliche Abstimmungen innerhalb der Organisation nicht notwendig. Ein wichtiger Nachteil in diesem Zusammenhang ist, dass bei der Einführung eines solchen CMS ein Wissen über die Ausgestaltung von Kontrollsystemen und Prozessen als notwendig angesehen ist und ein solches betriebswirtschaftliches Know-How meist in dieser Abteilung fehlt.⁵⁹

4.15.5.5 INTERNE REVISION

Die Überwachungsaufgabe im Rahmen der CMS kann auch auf Wunsch der Geschäftsleitung von der internen Revision übernommen werden. Dies aus diesem Grunde da die interne Revision mit den herrschenden Richtlinien innerhalb des Unternehmens und der Prozessen vertraut ist. Ein weiterer wichtiger Aspekt ist, dass die interne Revision über die Schwächen der Gesellschaften Bescheid weiß, welche für eventuelle Compliance-Verstöße anfällig sind. Zusätzlich sollte sich die interne Revision mit der Überwachung des Compliance-Management-Systems betraut werden.

⁵⁷ Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmung der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., Der Betrieb (2010), 1516f.

⁵⁸ Walter in *Kofler-Senoner* (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, Rz 78.

⁵⁹ Vgl *Behringer*, ZRFC 2010, S 6 ff.

4.15.5.6 PERSONALABTEILUNG

Wichtig für ein funktionierendes CMS ist die Aus- und Fortbildung der bestehenden Mitarbeiter hinsichtlich der Befolgung von geltenden Vorschriften und Gesetzen insbesondere auch betreffend den Umgang sowie der Sanktionierung bei Compliance-Verstößen. Mit diesen Aufgaben wird meist die Personalabteilung betraut, weshalb es möglich erscheint, dass diese Abteilung in die Compliance Organisation mit eingebunden wird. Aufgrund der Tatsache, dass viele Bereiche einen betriebswirtschaftlichen oder gar juristischen Kontext aufweisen, erscheint es wenig sinnvoll, wenn die Personalabteilung die alleinige Verantwortung für Compliance trägt.⁶⁰

4.15.5.7 COMPLIANCE-ABTEILUNG

Ab einer bestimmten Unternehmensgröße erscheint es sinnvoller, wenn eine eigene Compliance-Abteilung gegründet wird, innerhalb welcher die Zuständigkeiten zusammengefasst werden. Ein wesentlicher Vorteil dabei besteht darin, dass die Mitarbeiter dieser Abteilung sich zur Gänze diesem Bereich widmen können und im Rahmen ihrer Tätigkeit das dazugehörige Wissen aneignen können.

4.16 DER COMPLIANCE OFFICER

Grundsätzlich ist der Compliance Officer ungeachtet geringer Ausnahmen rechtlich nicht vorgeschrieben, wobei eine solche Benennung vor allem bei Großunternehmen sowie Unternehmen, welche in Bereichen mit einer höheren Risikowahrscheinlichkeit tätig sind, von Vorteil sein kann. Es besteht sowohl die Möglichkeit, dass nur ein CO als zuständig erklärt wird als auch mehrere CO mit den Aufgaben betraut werden, wobei diese wiederum verpflichtet sind dem CCO über Gegebenheiten zu informieren. Es ist von großer Notwendigkeit, dass die Aufgabe, welche dem CO übertragen wird, eindeutig determiniert und gegenüber anderen Zuständigkeiten und Bereichen klar abgesteckt wird. Um seiner Aufgabe gerecht werden zu können, muss dem CO das richtige Arbeitsumfeld geschaffen werden. Darunter fällt bspw die Weisungsfreiheit des CO gegenüber der Geschäftsführung oder die Möglichkeit zur direkten Kommunikation mit der Geschäftsleitung.

⁶⁰ KPMG AG, Das wirksame Compliance-Management-System, S. 95.

4.16.1 DIE VERANTWORTLICHKEIT IM INNEN- UND AUßENVERHÄLTNIS

4.16.1.1 DIE VERANTWORTUNG IM INNENVERHÄLTNIS

Im Hinblick auf arbeitsrechtliche Gegebenheiten wird einerseits die Position des Compliance Officers bestimmt und andererseits die Konkretisierung dieser Position vorgenommen. Welche Rechte und Pflichten den CO treffen, wird im Arbeitsvertrag niedergeschrieben und müssen diese im Einklang mit gesetzlichen, arbeitsvertraglichen innerbetrieblichen Vorschriften sein. Zu den Aufgaben des CO zählt es ein effizientes CMS im Unternehmen einzuführen und es laufend zu überwachen. Den CO können neben den Informationspflichten notwendigenfalls auch Abstellaufgaben treffen.⁶¹

Gegenüber seinem Arbeitgeber haftet der CO bei Vorliegen von Pflichtverletzungen, welche sich im Rahmen der Ausübung seiner Tätigkeit ergeben. Eine daraus resultierende schadenersatzrechtliche Haftung des CO ist nach den Maßstäben des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes zu bewerten. Bei Vorliegen einer entschuldbaren Fehlleistung besteht im Sinne des DHG keine Haftung des Mitarbeiters. Die betragsmäßige Schadenersatzleistung kann bei Vorliegen von leichter und grober Fahrlässigkeit durch das Gericht gemindert werden, wobei bei leichter Fahrlässigkeit dies auch den Entfall der Haftung zur Folge haben kann.⁶²

Wenn der CO innerhalb des Unternehmens als leitender Angestellter fungiert, unterliegt er im Rahmen der Ausübung seiner Tätigkeit den allgemeinen Sorgfaltsmaßstab nach § 1297 ABGB, weshalb er so zu handeln hat, wie sich ein ordnungsgemäßer und rechtstreuer Mensch in dieser Situation verhalten würde. Der CO kann aber auch höheren Anforderungen in Bezug auf den Sorgfaltsmaßstab unterliegen. Dies ist dann gegeben, wenn der CO neben seiner CO-Tätigkeit auch der Geschäftsführung zugehörig ist und somit die Sorgfalt eines ordnungsgemäßen Geschäftsmannes aufzubringen hat (§ 25 GmbHG bzw § 84 AktG). Der Sorgfaltsmaßstab für Sachverständige §1299 ABGB greift, wenn der CO ein betriebsfremder Berater ist und er

⁶¹ *Kofler-Senoner/Schenkova/Lenhard* in *Kofler- Senoner*, Compliance-Management für Unternehmen, S 66-67.

⁶² Siehe auch weiterführende Literatur ua *Mayr*, Arbeitsrecht, §2 ff DHG; OGH 26.7.2012, 8 OB A 24/12 f, OGH 8 OB A 24/12 f, ASoK 2013, 119.

daher die üblichen Fähigkeiten und das Leistungsniveau seiner Berufsgruppe aufweisen muss.⁶³

4.16.1.2 VERANTWORTUNG IM AUßENVERHÄLTNIS

Im Außenverhältnis kommt eine Haftung des Compliance Officers nach den allgemeinen verwaltungsstrafrechtlichen sowie strafrechtlichen Vorschriften in Betracht.

4.16.1.2.1 DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTUNG

Eine Haftung des CO kann sich aus dem Verhalten ergeben, welches der CO im Laufe seiner Tätigkeit setzt. Als Straftatbestand gilt sowohl ein positives Tun als auch eine Unterlassung. Eine Unterlassung im Sinne des § 2 StGB ist dann strafbar, wenn sie auf einen Vorsatz basiert, außer es wurde gesetzlich die Fahrlässigkeit festgehalten. Auch die „unechte Unterlassung“ ist von großer Bedeutung. Darunter versteht man die Nichtumsetzung eines niedergeschriebenen aktiven Tuns zum Zwecke der Erfolgsabwendung. Somit kann geschlussfolgert werden, dass eine fahrlässige Unterlassung einer Erfolgsabwendung als strafbare Handlung des CO gewertet werden kann.

In Ergänzung zu der gesetzlichen Schutzpflicht können noch weitere Kontroll- und Schutzpflichten aufgrund des Arbeitsvertrages übernommen werden. Im Zusammenhang mit den Aufgabenbereichen des CO ist es bedeutend, dass die einzelnen Bereiche im Arbeitsvertrag genau definiert werden.⁶⁴

Aufgrund der Tatsache, dass der CO zu aktiven Handlungsweisen in Bezug auf die Erfolgsabwehr verantwortlich ist und damit verbunden die Garantenstellung des CO einhergeht, besteht die Möglichkeit, dass der CO für strafbare Handlungen von Arbeitnehmern dieses Unternehmens oder der Geschäftsführung die Verantwortung übernimmt. In Österreich gibt es derzeit keine Anhaltspunkte hinsichtlich einer eventuellen Strafbarkeit basierend auf der Übernahme einer Garantenpflicht. Die deutsche Rechtsprechung sieht hingegen vor, dass der CO im Zuge seiner Tätigkeiten unter-

⁶³ *Kofler-Senoner/Schenkova/Lenhard* in *Kofler Senoner*, Compliance-Management im Unternehmen, Prävention und Krisenmanagement, S 67.

⁶⁴ *Lewis* in *Lewis*, Zauberwort Compliance? (2012) 86.

nehmensbezogene strafbare Handlungen von Personen, welche dem Unternehmen zugehörig sind, abzuwenden hat.⁶⁵

In Österreich unterliegt die Entscheidung des BGH einer kritischen Betrachtungsweise, dazu Lewisch:

„Verpflichtet ihn [Anm: den CO] sein Vertrag (oder allenfalls das Gesetz) zum konkreten Einschreiten bei erkannten Gefahrenlagen, ist er insoweit Garant. Für den Compliance-Beauftragten ergibt sich diesbezüglich – schon nach den allgemeinen Regeln – ein entsprechendes Strafbarkeits- und Haftungspotenzial. Im Regelfall bezieht sich eine – auf solcher Grundlage vermittelte – Garantstellung allerdings nicht auf die Rechtsgüter außenstehender Dritter.“⁶⁶

Um Strafflosigkeit zu erzielen, reicht ein aktives Handeln mit Erfolgsabwendungstendenz seitens des Garanten aus.

Sollte es Hinweise zu möglichen Strafhandlungen innerhalb der Organisation geben, muss der CO auf dies reagieren, da nur so die Möglichkeit besteht dem Vorwurf der fahrlässigen Unterlassung der Erfolgsabwendung oder des bedingten Vorsatzes zu umgehen. Sobald der CO von solchen Straftaten Kenntnis erlangt, muss er so bald als möglich diesen Umstand der Geschäftsführung berichten, wobei noch nicht zur Gänze klar ist, ob der CO bei Unternehmen, die über einen Aufsichtsrat verfügen, auch unmittelbar an diesen zu berichten hat. Wenn hingegen Angelegenheiten, welche vom CO an die Geschäftsführung herangetragen wurden, ignoriert werden oder gar selbst auf gesetzeswidrige Weise in dieser Sache verstrickt ist, besteht jedenfalls die Pflicht des CO an den Aufsichtsrat heranzutreten.

Zusätzlich zu den Aufsichts- und Ermittlungstätigkeiten hat er den Schutz der Privatsphäre, des Datenschutzes sowie des Briefs- und Telekommunikationsgeheimnisses im Auge zu behalten.⁶⁷ Bei Compliance-Verstößen besteht die Verpflichtung der Berichterstattung seitens des CO gegenüber der Geschäftsführung, wobei diese Handlungen keiner Ermittlungsbehörde zur Kenntnis gebracht werden.⁶⁸

⁶⁵ BGH 17.7.2009, 5 StR 394/08.

⁶⁶ Lewisch in Lewisch, Zauberwort Compliance? (2012) 86.

⁶⁷ Kofler-Senoner/Schwank/Lenhard in Kofler-Senoner (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, S 69.

⁶⁸ Lewisch in Lewisch, Zauberwort Compliance ? (2012) 86f.

4.16.1.2.2 DIE VERWALTUNGSSTRAFRECHTLICHE VERANTWORTUNG

Den CO kann bei Zuwiderhandlungen gegen das Verwaltungsstrafrecht eine Haftung für selbstgesetztes Verhalten treffen. Die Frage der Haftung für Unterlassung ist differenzierter zu sehen. Entscheidend hierfür ist hinsichtlich der Garantenstellung wiederum die Stellenbeschreibung oder der Inhalt des Arbeitsvertrages. Bei Verwaltungsübertretungen, welche man unter § 94 Abs 1 und § 95 WAG subsumieren könnte, wäre eine Haftung für Unterlassung ungewiss.

Sowohl der VwGH als auch ein Teil der Literatur sprechen sich gegen eine analoge Anwendung des § 2 StGB auf Verwaltungsübertretungen, was bedeutet, dass in diesem Bereich keine Haftung des CO besteht. Andere hingegen vertreten die Ansicht⁶⁹, dass eine solche analoge Anwendung nicht notwendig erscheint, da die Nichtumsetzung des gebotenen Verhaltens somit eine Straftat darstellt. Eine Strafflosigkeit wird erreicht, wenn der CO seiner Kontrollfunktion gefolgt ist und die Geschäftsführung über die gegenwärtigen Angelegenheiten in Kenntnis setzt, damit diese auf die gegebene Situation rechtzeitig reagieren kann.⁷⁰

4.16.1.2.2.1 Verantwortlicher Beauftragter

Gemäß § 9 Abs 2 VStG ist eine Ernennung eines solchen gewissenhaften Beauftragten nicht verbindlich, wobei mithilfe der Bestellung eine Begrenzung der Haftung erzielt wird. Eine solche Bestellung erfolgt grundsätzlich in konkreten Bereichen, wie dem Kartellrecht, dem Arbeitsrecht oder dem Strafrecht. Damit eine Ernennung zum Beauftragten erfolgen kann, müssen bestimmte Voraussetzungen gegeben sein:

- eine Strafrechtliche Verfolgung der Person ist möglich,
- die Zustimmung der Person zur Bestellung als verantwortlicher Beauftragter ist gegeben und
- der Hauptwohnsitz des Bestellten befindet sich in Österreich.⁷¹

Diese Person kann ein Organmitglied sein oder auch ein betriebsfremder Dritter. Wichtig ist, dass durch die Bestellung des Organmitglieds die verwaltungsstrafrecht-

⁶⁹ Siehe *Lewis* in *Lewis*, *Zauberwort Compliance?* (2012) 86.

⁷⁰ *Hinterhofer*, *Der untätige Compliance Officer: Strafbare Beitrag durch Unterlassen?*
Zugleich Anmerkung zu BGH-Urteil 17.7.2009, 5 StR 394/08?, ZFR 2010, 109.

⁷¹ *Kofler-Senoner/Schenkova/Lenhard* in *Kofler-Senoner* (Hrsg), *Compliance-Management für Unternehmen*, Rz 267.

liche Verantwortung der restlichen zur Vertretung befugten Organe entfällt.⁷² Es besteht auch die Möglichkeit, dass natürliche Personen hinsichtlich festgelegter Bereiche mit der Aufgabe des verantwortlichen Beauftragten betraut werden. Die Bestellung einer natürlichen Person zum gewissenhaften Beauftragten bewirkt, dass eine echte Verantwortungsübertragung vorliegt, welche zur Folge hat, dass die Verantwortung jener Organe, welche die Organisation nach außen hin vertreten, reduziert wird.⁷³ Es können auch mehrere Personen für konkrete Abschnitte bestellt werden, solange es zwischen den einzelnen Bereichen keine Berührungspunkte bzw Überschneidungen gibt.⁷⁴

Prinzipiell unterliegt die Bestellung keiner Formvorschrift und ist somit formfrei. Um jedoch eine solche Bestellung auch beweisen zu können, ist in der Praxis eine Bestellung mittels einer Bestellsurkunde zum Usus geworden.⁷⁵ Mittels dieser Urkunde stimmt der Beauftragte der Bestellung zu. Innerhalb dieses Schriftstückes wird eine genaue Trennung der Bereiche in räumlicher und auch sachlicher Hinsicht durchgeführt,⁷⁶ wobei eine objektive Beurteilung aufgrund des Urkundeninhalts durch den VwGH erfolgt.⁷⁷ Die Trennung der einzelnen Bereiche muss so klar erfolgen, dass seitens der Behörde kein weiterer Handlungsbedarf zur Nachforschung notwendig ist.

Eine Strafbarkeit kann sich aus dem eigenen Verschulden ergeben. Es ist mit ordnungsgemäßer Sorgfalt zu handeln, was so viel bedeutet wie, es sind „alle Maßnahmen zu setzen, wodurch bei ordnungsgemäßer Sorgfalt“⁷⁸ „unter den zu erwartenden Verhältnissen“⁷⁹ der Rechtsverstoß hätte hintangehalten werden können. Der Beauftragte trägt die Verantwortung für eine Straftat, welche ihm durch seinen Auftraggeber angeschafft wurde, wenn die Einhaltung der Norm als zumutbar gewesen erscheint. Ob aus Sicht des VwGH eine Unzumutbarkeit vorliegt, ist an strikte Voraus-

⁷² VwGH 29.1.2009, 2007/03/0092; *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 34.

⁷³ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 23.

⁷⁴ VwGH 9.2.1999, 97/11/0044.

⁷⁵ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VstG § 9 Rz 27.

⁷⁶ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VstG § 9 Rz 27.

⁷⁷ VwGH 11.4.2011, 2011/17/0048; VwGH 28.11.2008, 2008/02/0300; VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243; BGH 17.7.2009, 5 StR 394/08.

⁷⁸ VwGH 25.11.1987, 86/09/0174.

⁷⁹ VwGH 7.3.1984, 84/09/0032.

setzungen geknüpft – so Vertritt er die Ansicht, dass eine zwar in Betracht gezogene jedoch nicht direkt angekündigte Kündigung keine Unzumutbarkeit sei.⁸⁰

Die Frage der Wirksamkeit der Bestellung wird im Verwaltungsstrafverfahren durch die Behörde vor allem mithilfe der Bestellungsurkunde geklärt.⁸¹ Die persönliche Sichtweise des Bestellten in dieser Angelegenheit ist ohne Relevanz.⁸²

4.16.2 COMPLIANCE KOMMUNIKATION

Die Kommunikation ist ein sehr wichtiges Element im Bezug auf Compliance sowie dessen Erfolg und Misserfolg.⁸³ Unter der Compliance Kommunikation versteht man nicht nur die Ankündigung der Einführung eines CMS im Unternehmen, sondern auch die laufende und nachhaltige Verständigung zwischen den Betroffenen. Wichtig für das Funktionieren eines CMS ist es, dass die Geschäftsführung⁸⁴ sich für die Einhaltung der bestehenden Vorschriften ausspricht und somit die Unterstützung dieses Systems gewährleistet.⁸⁵ Man spricht von einer erfolgreichen Compliance Kommunikation, wenn den Mitarbeitern des Unternehmens bewusst wird, dass das Unternehmen bestrebt ist, vorhandene sowohl interne und externe als auch freiwilligen Vorschriften bereitwillig zu befolgen und aus diesem Zweck Maßnahmen zur Vorbeugung, Überwachung und Abhilfe setzt. Es soll auch ein Bewusstsein für die bestehenden Risiken und die daraus möglichen resultierenden Konsequenzen geschaffen werden, wodurch die Einführung von geeigneten Compliance-Maßnahmen als gerechtfertigt erscheint.

4.16.2.1 DEFINITIONEN

Um die ganze Thematik etwas besser nachvollziehen zu können, werden nachstehend wichtige Begriffe im Zusammenhang mit dem Compliance Bereich näher erläutert.

⁸⁰ VwSlg 12.985 A/1989; *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 46.

⁸¹ VwGH 11.4.2011, 2011/17/0048; VwGH 23. April 2018, 2005/03/0243.

⁸² VwGH 23.11.199

⁸³ Vgl *Withus*, Betriebswirtschaftliche Grundsätze für Compliance-Management-Systeme, Struktur, Elemente und Ausgestaltung nach IDW PS 980, Berlin 2014, S 176-193; *Adam*, ZRFC 2013, S 92 ff; *Krumbach*, BUJ-Sonderedition Compliance 2015, S. 36-38; *Rodewald/Unger*, BB 2007, S 1629; *Moosmayer*, Compliance³, München 2015, S 43f; *Hauschka* in *Hauschka* (Hrsg), Corporate Compliance², 2012, §1 Rn 37

⁸⁴ *Lampert* in *Hauschka* (Hrsg), Corporate Compliance, § 9 Rn 18.

⁸⁵ Vgl *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, S 113, 123.

Unter Compliance-Verstoß versteht man jegliche Nichtbefolgung von Compliance-Prozessen oder Compliance-relevanten Vorschriften, welche sich im Ernstfall zu einer Krise entwickeln können.⁸⁶

Eine Krise ist ein Moment, welcher eine ernsthafte Gefährdung für das Image oder den Wert eines Unternehmens darstellen kann, wird als Krise bezeichnet.

Bei einem Problemthema verfügt man über eine kurze Zeitspanne innerhalb welcher man Maßnahmen zum Thema treffen kann oder schon an einer Lösung arbeiten kann.⁸⁷

Unter Kommunikation versteht man darunter die schriftliche, mündliche oder digitale Kontaktaufnahme mit den unterschiedlichen Stakeholdern des Unternehmens.⁸⁸

Unter dem Begriff Stakeholder werden jene Personen zusammengefasst die in einem Zusammenhang mit der Organisation stehen und deshalb ebenfalls von einer Gegebenheit betroffen sein können oder Einfluss darauf ausüben oder besitzen möchten.

4.16.2.2 DAS NEUE GESELLSCHAFTLICHE UND DIGITALE UMFELD

Mit der Entstehung und Einführung von digitalen Medien inklusive Social-media-Plattformen hat sich das mediale Umfeld verändert. Früher gab es nicht allzu viele Medien, weshalb eine Kontaktpflege mit einer geringen Anzahl von Fernseh- oder Zeitungsjournalisten als ausreichend galt. Heutzutage verwenden immer mehr Menschen digitale Medien und haben keine Scheu Informationen der breiten Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Dies kann jedoch zu negativen Auswirkungen für Unternehmen führen. Aufgrund der Vielzahl an Menschen, welche täglich ihre Meinung mittels Kommunikationstechnologien im Internet verbreiten, kann es auch zu Gerüchten oder Übertragung falscher Informationen kommen.

Es gestaltet sich heutzutage als sehr schwierig Informationen, welche durch einen Dritten über das eigene Unternehmen verbreitet werden, in irgendeiner Art und Weise zu beeinflussen. Um unnötige Probleme zu vermeiden, ist es von Nutzen, wenn in kommunikativer Hinsicht alle Stakeholder gleichermaßen berücksichtigt werden und der Gefahr vorgebeugt wird, dass einzelne Interessensgruppen wichtige Informatio-

⁸⁶ Lang in Kofler-Senoner (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, Rz 85.

⁸⁷ Lang in Kofler-Senoner (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, Rz 87.

⁸⁸ Lang in Kofler-Senoner (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, Rz 88.

nen von jemandem anderen erhalten als vom betroffenen Unternehmen selbst. Einige Unternehmen verfolgen das Ziel für die mediale Umwelt unsichtbar zu sein, umso das Risiko einer negativen Berichterstattung zu umgehen.

Um die Vertrauensbasis zwischen dem Unternehmen und der dortigen Belegschaft nicht zu gefährden, empfiehlt sich die Kommunikation von innen nach außen zu gestalten. Dies hat auch zur Folge, dass dem Risiko vorgebeugt wird, dass interne Angelegenheiten von Mitarbeitern an die Öffentlichkeit herangetragen werden.

Aufgrund bestimmter Gegebenheiten in jüngster Vergangenheit (bspw Fall Bawag) kam es zu einer Veränderung in der Gesellschaft. Getrieben durch eine Vielzahl von Skandalen entwickelte die Gesellschaft eine kritischere und sensiblere Sichtweise in Hinblick auf Unternehmen und ihre Verhaltensweisen. Diese Betrachtungsweise erstreckt sich von Großunternehmen bis zu kleineren Betrieben. Die negative Wahrnehmung eines Unternehmens kann sowohl zu einem finanziellen Nachteil als auch zu einem Imageschaden führen, welcher Auswirkung auf die Geschäftsbeziehungen zu den Kunden, Lieferanten und Geschäftspartnern haben kann.

Aufgrund dieser kritischer Wahrnehmung der Unternehmen durch die Menschen rücken Themen wie soziale Rechte, Umwelt oder die Mitarbeiter immer mehr in den Vordergrund.

Von der Europäischen Kommission wird auch vermehrt erwartet, dass eine Unterstützung der Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Vorgangsweise in Bezug auf Korruption, organisiertes Verbrechen oder auch Geldwäsche erfolgt. Mithilfe der Korruptionsbekämpfung soll die Wettbewerbsfähigkeit der EU gesichert werden.⁸⁹

4.16.2.3 FUNKTIONEN DER COMPLIANCE-KOMMUNIKATION

Zu den Funktionen der Compliance-Kommunikation zählen:

- Risikomanagement,
- Relations- und Emotionsmanagement und

⁸⁹ EuK, Anti-Corruption Report (2014) 3; abrufbar unter http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_de_pdf (10.06.2018).

- Reputationsaufbau.⁹⁰

4.16.2.3.1 RISIKOMANAGEMENT

Unter dem Begriff Risiko versteht man die Eventualität von misslichen künftigen Entwicklungen.⁹¹ Unter einem Risikomanagement-System versteht man ein Bündel von Richtsätzen und Maßnahmen hinsichtlich der Identifizierung von Risiken, welche ihren Bezug in der unternehmerischen Tätigkeit haben sowie die entsprechende Handhabung dieser Risiken. Die Entscheidung hinsichtlich der Ausgestaltung dieser Richtsätze und Maßnahmen obliegt den gesetzlichen Vertretern. Aufgabe des RMS ist es Risiken, welche im unternehmerischen Zusammenhang gegeben sind, rechtzeitig zu erfassen und zu identifizieren, damit genügend Zeit zur Entscheidung über eine angemessene Reaktion verbleibt. Es gibt zwei mögliche Art und Weisen, wie man sich in Bezug auf solche Risiken verhalten kann. Einerseits kann man versuchen durch ein Handeln das Risiko zu vermindern oder gar zur Gänze zu beseitigen oder man kann sich für die Akzeptanz dieses Risikos entscheiden. Auch diese Entscheidung obliegt dem gesetzlichen Vertreter des Unternehmens.

Ein wichtiger Aspekt ist, dass in Bezug auf die Einhaltung der internen und externen Vorschriften sowie auf die Compliance-Kultur die Geschäftsleitung als Vorbild gegenüber den Mitarbeitern fungiert. Außerdem ist zu beachten, dass alle Freiheiten, welcher der Unternehmensleitung zugesprochen werden, auch den Mitarbeitern zustehen.

Eine bedeutende präventive Handlung ist die Steigerung der Krisenfestigkeit⁹² eines Unternehmens bezugnehmend auf das sich ändernde Umfeld und der geforderten Transparenz. Ein wichtiges Instrument hierzu ist die Kommunikation, wobei hierbei zu bedenken ist, dass nicht nicht kommuniziert werden kann.⁹³ Sowohl der Umfang als auch die Qualität der Kommunikation, welche innerhalb der Organisation sowohl im Normal- als auch im Ausnahmezustand erfolgt, kann als Maßstab für die Eigen-

⁹⁰ Lang in Kofler-Senoner (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, Prävention und Krisenmanagement, S 32-33.

⁹¹ KPMG AG, Das wirksame Compliance-Management-System, S. 47.

⁹² Diese Krisenfestigkeit spielt sowohl bei einer Krise als auch bei Problemthemen eine wichtige Rolle.

⁹³ Vgl Watzlawick, Menschliche Kommunikation¹⁰ (2000), S 53.

wahrnehmung des Unternehmens und die Wertschätzung gegenüber den unterschiedlichen Interessensgruppen angesehen werden.⁹⁴

4.16.2.3.1.1 Krisenfestigkeit

In einer bestehenden Krisensituation ist die Widerstandsfähigkeit der betroffenen Gesellschaft einerseits von der Verhaltensweise und dem Umgang des Unternehmens mit der Situation und andererseits von dem bestehenden Reputationskapital der unterschiedlichen Stakeholder abhängig.

4.16.2.3.2 RELATIONS- UND EMOTIONSMANAGEMENT

Krisen bedeuten sowohl für das Unternehmen als auch für die Mitarbeiter, welche dort beschäftigt sind, Stress. Bei Vorliegen eines Compliance-Verstoßes ist es eines der wichtigsten Ziele, dass diese Angelegenheit soweit wie möglich innerhalb des Unternehmens bearbeitet wird. Es obliegt der Führungsebene zu entscheiden, welche Folgen das compliance-widrige Verhalten nach sich zieht. Als nächster Schritt folgt die Informationsweitergabe an die Kollegen des betroffenen Mitarbeiters sowie der Besprechung der internen Compliance-Regeln mit den restlichen Mitarbeitern. Außerdem sollte klar betont werden, dass seitens des Unternehmens keinerlei Verstöße hingenommen werden und die drohenden Konsequenzen aufgezeigt werden.

Bei Compliance-Verstößen ist eine interne Kommunikation immer gegeben und empfehlenswert, wobei man nie ausschließen kann, dass interne Angelegenheiten an die Öffentlichkeit getragen werden ungeachtet dessen, ob dies gewollt oder ungewollt passiert.

4.16.2.3.3 REPUTATIONSAUFBAU

Nachdem die Krisensituation bewältigt wurde, ist es an der Zeit die gefallene Reputation wieder aufzubauen und sogar stärker aus der Krise hervorzutreten. Um dies zu erreichen, ist es notwendig, dass die Handlungen des betroffenen Unternehmens und

⁹⁴ Die OECD hat ein Arbeitspapier zur Inanspruchnahme von Social-Media bezogen auf die Risiko- und Krisenkommunikation veröffentlicht und kommt zum Resultat, dass schon eine nicht-Kommunikation eine Botschaft übermittelt und dies heutzutage keine Möglichkeit mehr darstellen soll: *„Even silence conveys a message and may not be an option anymore. Organisations that choose not to use social media during a crisis may be taken as disorganized by the public or even sending a signal of disinterest or disdain. This choice can be seen as revealing the organisational culture of the organisation, its way to consider the public, etc”*. Vgl Wendling/Radisch/Jabobzone, The Use of Social Media in Risk and Crisis Communication, OECD Working Papers on Public Governance 25 (2013) 9.

deren Personal authentisch und stimmig sowohl nach außen hin als auch intern kommuniziert werden. Es wird zumindest in Teilbereichen als auch für einen begrenzten Zeitraum notwendig sein, dass mit erhöhter Transparenz gearbeitet wird.

4.16.3 ÜBERWACHUNG UND VERBESSERUNG

Bei der Compliance-Überwachung und Verbesserung handelt es sich um das letzte Basiselement eines CMS. Es sollte immer Bedacht darauf genommen werden, dass eine einwandfreie Dokumentation vorliegt, denn nur so kann eine sinnvolle Überwachung durchgeführt werden. In der Praxis werden sich laufend punktuell Bereiche finden lassen, welche einer Verbesserung aufgrund Compliance-Maßnahmen bedürfen. Daraus lässt sich die Tatsache ableiten, dass es sich bei Compliance um kein starres Prozess handelt, sondern immer wieder überwacht und verbessert werden muss, damit ein effizientes Funktionieren gewährleistet wird.

4.16.3.1 DIE ÜBERPRÜFUNG EINES CMS

Als Hilfsmittel zur Überprüfung der Einhaltung der Compliance Vorschriften sowie der Effizienz des gesamtheitlichen CMS bietet sich die externe Prüfung an. Eine externe Prüfung birgt den Vorteil, dass eine neutrale Person einen Blick auf das bestehende System wirft und ohne Voreingenommenheit oder Betriebsblindheit die vorhandenen Maßnahmen hinsichtlich einer eventuellen Optimierung begutachtet. Die Beauftragung einer externen Prüfung birgt auch noch den Nebeneffekt, dass seitens der Belegschaft der Eindruck entsteht, dass die Geschäftsführung dieses Thema sehr ernst nimmt und somit wird dem ganzen noch mehr Gewicht verliehen.⁹⁵

4.16.3.2 NUTZEN DER CMS-PRÜFUNG

Aus Sicht der Compliance-Abteilung äußert sich der Nutzen der externen Prüfung darin, dass sie nach erfolgter Analyse dieses Bereichs eine Rückmeldung über den derzeitigen aber auch schon für die Zukunft geplanten Zustand erhalten kann. Die Geschäftsleitung trägt die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Führung und Organisation des Unternehmens. Von dieser Verantwortung umfasst ist auch die Pflicht der Implementierung eines Internen Kontrollsystems.⁹⁶ Eine solche Überprü-

⁹⁵ *Trettnak in Kofler-Senoner* (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, Rz 240.

⁹⁶ Vgl § 22 GmbH bzw § 82 AktG.

fung kann auch zu einer Haftungsminderung der gesetzlichen Vertreter zur Folge haben.

Auch in Bezug auf die breite Öffentlichkeit bringt diese Erforschung ihren Nutzen, da inzwischen die Gesellschaft stark auf Korruptionsvorwürfe, welche einen Imageschaden nach sich ziehen können reagiert.

Die CMS Prüfung kann die Förderung der Compliance Kultur nach sich ziehen und ein stärkeres Bewusstsein der Mitarbeiter für diesen Bereich schaffen.

Bezugnehmend auf die Untersuchung ist es notwendig, dass bestehende Komponenten des CMS gewissenhaft gestaltet und dokumentiert werden, klare Aufgaben definiert werden, eine transparente Organisation geschaffen wird sowie die Kompetenzen transparent festgesetzt werden. Auf Basis des Endergebnisses der Prüfung können Rückschlüsse auf den derzeitigen Stand des CMS geschlossen werden und auch eventuelle Problembereiche aufgezeigt werden. Dies stellt die Grundlage für mögliche Verbesserungsmaßnahmen hinsichtlich dieses Systems dar.⁹⁷

4.17 WEITERE WICHTIGE ANGELEGENHEITEN

4.17.1.1 WHISTLEBLOWING

In Fällen, in denen Mitarbeiter den Eindruck haben, dass das Geschäft nicht mit rechten Dingen zugeht, sollten sie die Möglichkeit nutzen und dies in einem Gespräch mit ihrem Vorgesetzten besprechen. Es kann aber auch sein, dass aufgrund einer fehlenden Vertrauensbasis oder aus anderen triftigen Gründen ein Gespräch mit dem Vorgesetzten nicht möglich erscheint und es somit notwendig ist, dass sich eine sachliche und vertrauenswürdige Person im Unternehmen findet mit welcher man über die Angelegenheit sprechen kann. Bei dieser Person kann es sich um einen firmeninternen Mitarbeiter aus der Compliance Abteilung oder um eine externe Person handeln. Von großer Bedeutung ist, dass die Abgabe von Hinweisen so erfolgen kann, dass keine Rückschlüsse auf eine gewisse Person getroffen werden können. Eine

⁹⁷ Vgl. Berndt, Im Blickpunkt: Zertifizierung von Compliance-Management-Systemen als neues Geschäftsfeld, BB 2012, S VI.

große Relevanz weißt die Gelegenheit einer Person auf Informationen geben zu können ohne dafür mit negativen Konsequenzen konfrontiert zu werden.⁹⁸

Prinzipiell gibt es keine Vorgaben zu der Ausgestaltung eines solchen Systems, wobei es drei Kriterien gibt, welche typischerweise ein solches System kennzeichnen:

- Die Mitarbeiter haben die Möglichkeit Hinweise auf Missstände innerhalb der Gesellschaft abzugeben, ohne dass die Identität preisgegeben wird.
- Durch dieses System erhält die Führungsebene Informationen, welche sie womöglich sonst nicht erhalten hätte.
- Aus der Perspektive der Stakeholder wird der Anschein erweckt, dass sich die betroffene Gesellschaft mit ernstlichen Absichten mit dem Thema Compliance befasst.

4.17.2 NATIONALE UND INTERNATIONALE STANDARDS

Aus österreichischer Perspektive sind zwei deutschsprachige Compliance-Standards zur Verfügung: das deutsche IDW PS 980 sowie der österreichische ONR 192050. Nachfolgend werden sowohl die deutschsprachigen als auch die internationalen Normen, welche im Compliance-Bereich von Bedeutung sind, näher erläutert.

4.17.2.1 IDW PS 980

Der IDW PS 980 „Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen“ wurde 2011 durch das deutsche Institut der Wirtschaftsprüfer veröffentlicht. Dieser Standard erfüllt zwei wichtige Funktionen. Einerseits entfaltet er bindende Wirkung für deutsche Wirtschaftsprüfer hinsichtlich der Art und Weise, wie bei Prüfungen und Zertifizierungen von Compliance-Management-Systemen vorzugehen ist und andererseits stellt er einen hilfreichen Anhaltspunkt bei der Konzeption von Compliance-Maßnahmen in einer Organisation.

Der IDW PS 980 sieht im Rahmen des Compliance die Befolgung von Regeln vor, wobei sowohl interne als auch externe Vorschriften gleichermaßen davon betroffen sind. Alle Richtsätze und Maßnahmen, welche der Einhaltung von Vorschriften dienlich sind, stellen das CMS in seiner Ganzheit dar. In welchem Ausmaß das CMS

⁹⁸ Hierzu *Leisinger*, Whistleblowing und Corporate Reputation Management (2003).

erfolgen soll, obliegt der Entscheidung des Unternehmens, wobei eine Einschränkung auf einzelne Bereiche oder Prozesse im Unternehmen oder auch konkrete Rechtsgebiete möglich ist.

Damit ein CMS als effizient und ordnungsgemäß gilt und auch funktioniert, sieht dieser Standard sieben Grundelemente vor, welche das CMS aufweisen muss. Diese sieben Bausteine sind die Compliance-Kultur, die Compliance-Ziele, die Compliance-Organisation, die Compliance-Risiken, das Compliance-Programm, der Compliance-Kommunikationsprozess sowie die Compliance-Überwachung und – Verbesserung.

Eine Anwendung des IDS PS 980 ist auf jegliche Unternehmensgröße möglich, wobei eine richtige Anwendung den Vorteil hat, dass sowohl die externen als auch die internen Kosten sich im erträglichen Rahmen bewegen.

4.17.2.2 ONR 192050

Im Jahr 2013 wurde diese Norm veröffentlicht und enthält Bestimmungen für ein CMS und findet Anwendung auf alle Unternehmensgrößen, -teile und auch Organisationsformen.⁹⁹ Die ONR bezieht sich auf die Verantwortung der Unternehmensführung.

Zu den Aufgaben der Unternehmensführung zählen:

- die Sicherstellung der Entstehung, der Einführung, der Erhaltung, der stetige Kontrolle und Dokumentation sowie Verbesserung des CMS;
- die Gewährleistung, dass die notwendigen Kriterien betreffend der Implementierung eines CMS innerhalb der Organisation gegeben sind;
- die Sicherstellung, dass Maßnahmen zur Reduktion der Compliance-Risiken, welche im Rahmen der Risikoanalyse identifiziert werden gesetzt werden;
- die Zusicherung, dass das Bestehen eines CMS innerhalb der betroffenen Organisation kundgemacht wird und die diesbezüglich bedeutsamen Informationen sowie Unterlagen und Dokumente für jeden zugänglich sind.¹⁰⁰

⁹⁹ Vgl ONR 192050, 4.

¹⁰⁰ *Trettnak in Kofler-Senoner* (Hrsg), Compliance –Management für Unternehmen, S 58.

In weiterer Folge beschäftigt sich die ONR mit der Bedeutung eines CO in einem CSM, wobei es keine Pflicht zur Ernennung eines eigenen CO gibt. Die Wahrnehmung von Compliance-Aufgaben kann auch durch ein Mitglied der Unternehmensführung erfolgen. Von praktischer Bedeutung ist jedoch, dass der CO mit den für diesen Bereich notwendigen Befugnissen bzw. Rechten ausgestattet wird und der CO keiner Weisung unterliegt sowie über die Möglichkeit zur direkten Kommunikation mit der Unternehmensführung verfügt. Eine klare Definition der Aufgaben und Kompetenzen, welche dem CO zuzuordnen sind ist von hoher Wichtigkeit.

4.17.2.3 UK BRIBERY ACT

Bei dem UK Bribery Act handelt es sich um das britische Antikorruptionsgesetz, welches 2011 in Kraft getreten ist und gilt als eines der striktesten Gesetze in diesem Bereich. Aus der Sichtweise von CMS ist von großer Relevanz das Nichtsetzen von geeigneten Maßnahmen um einer Korruption vorzubeugen. Es besteht nämlich die Möglichkeit zur Straffreiheit, wenn bewiesen werden kann, dass Maßnahmen zur Kontrolle oder zur Überprüfung gesetzt wurden. Um eine Straffreiheit bewirken zu können, ist es maßgeblich, dass gewisse Grundsätze in einem CMS enthalten sind. Die Gesellschaft hat darauf zu achten, dass klare und eindeutige Regeln innerhalb des Unternehmens aufgestellt werden mithilfe welcher einer Korruption vorgebeugt werden soll. Außerdem ist es notwendig, dass die Führungsebene in die Antikorruptionsprozesse miteingezogen wird. Es sollten stetig Überprüfungen hinsichtlich der eigenen Risikosituation durchgeführt werden und die daraus resultierenden Ergebnisse niedergeschrieben werden. Die Kommunikation innerhalb der Gesellschaft sowie angemessene Schulungen können zu einer positiven Entwicklung des CMS beitragen. Ferner ist das vorhandene Compliance-Programm laufend zu kontrollieren und falls nötig anzupassen. Das CMS nach dem UK Bribery Act unterscheidet sich nur in den Feinheiten von einem CMS nach dem IDW PS 980.

4.17.2.4 FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

Das FCPA ist das US-amerikanische Pendant zum oben geschilderten UK Bribery Act, wobei ihr eine Vorreiterrolle hinsichtlich der grenzüberschreitenden Korruptionsbekämpfung zugeschrieben wird. Die FCPA wird durch zwei wichtige Bereiche gekennzeichnet. Einerseits durch das Verbot der Bestechung eines ausländischen Amtsträgers und andererseits durch eine saubere Dokumentation sowie stetige

interne Überprüfungen gefordert. Um der Korruption entgegenzuwirken sollen sowohl Compliance- als auch Ethik-Programme eingeführt werden, wobei die Einführung und Umsetzung solcher Programme eine strafmindernde Wirkung entfalten können. Außerdem wird ein Regelwerk verlangt. Von dem Unternehmen wird erwartet, dass bei der Umsetzung von Compliance-Maßnahmen mit Sorgfalt gearbeitet wird.

Das FCPA enthält sowohl eine Buchführungs- als auch Dokumentationspflicht sowie eine Pflicht zur Einführung und Umsetzung eines internen Kontrollsystems. Unternehmen, welche dem FCPA unterworfen sind, ist es nahe zu legen, dass sie solche internen Kontrollen im Rechnungswesen etablieren und auch dokumentieren.

5 KARTELLRECHT

Mithilfe des Kartellrechts sollen Handlungen, welche eine Verzerrung des Wettbewerbs zur Folge haben können, vermieden werden, da nur ein ordnungsgemäßer Wettbewerb Einfluss auf die Herabsetzung der Preise, der Qualitäts-, Innovations- und Effizienzsteigerung haben kann.

Das Kartellrecht setzt sich aus drei wichtigen Säulen zusammen und zwar aus

- dem Kartellverbot,
- dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und
- der Fusionskontrolle.

5.1 DIE SÄULEN DES KARTELLRECHTS

Die erste Säule – das Kartellverbot – wird als Kartellrecht im engeren Sinn angesehen und nimmt Bezug auf alle Unternehmen¹⁰¹ Bezug. Jegliche Vereinbarungen sowohl auf horizontaler als auch auf vertikaler Ebene, welche auf den Wettbewerb eine beschränkende Wirkung haben können, unterliegen dessen Verbot.

Die zweite Säule – das Kartellverbot – bezieht sich nicht an alle Unternehmen, sondern nur an jene, welche eine starke Positionierung am Markt aufweisen und somit die Möglichkeiten besitzen diese in einer missbräuchlichen Art und Weise auszunützen.

Bei der dritten Säule handelt es sich um die Fusionskontrolle. Diese verfolgt den Zweck die Entstehung oder Verstärkung eine marktbeherrschende Stellung zu verhindern.

¹⁰¹ Das Kartellrecht versteht unter dem Begriff des Unternehmens jede Tätigkeit wirtschaftlicher Art, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Finanzierungsart. Ohne Bedeutung ist somit auch die Gewinnerzielungsabsicht.

5.1.1 DAS KARTELLVERBOT

5.1.1.1 UNTERSCHIED VEREINBARUNGEN UND ABGESTIMMTE VERHALTENSWEISEN

Zusätzlich zu den Vereinbarungen, welche zwischen Unternehmen getroffen werden und zu den Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen werden auch abgestimmte Verhaltensweisen dem Kartellverbot unterworfen, welche die Eignung aufweisen den Wettbewerb zu verzerren.

Laut EuGH spricht man von einer Vereinbarung, wenn Parteien ihren gemeinsamen Willen kundtun, sich auf dem Markt in einer gewissen Art zu verhalten,¹⁰² somit steht die Willensübereinstimmung im Vordergrund. Diese Vereinbarung ist nicht an die Schriftform gebunden und kann daher auch mündlich erfolgen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt eine abgestimmte Verhaltensweise dann vor, wenn Unternehmen die Zusammenarbeit wählen um mit ihrer Hilfe die Risiken, welcher ein Wettbewerb birgt, zu umgehen.¹⁰³ Für das Kartellrecht ist unerheblich, ob beim vorliegenden Sachverhalt eine Vereinbarung oder gar eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt. Ein bloßes Parallelverhalten von Unternehmen ist als unproblematisch anzusehen, solange keine Verhaltensabstimmung dem Verhalten als Grundlage dient.

5.1.1.2 UNTERSCHIED – BEZWECKTE UND BEWIRKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

Eine Beschränkung wird als bezweckt eingestuft, wenn es im Wesen ihrer Natur liegt, den Wettbewerb zu beschränken, wobei die bloße Eignung dazu schon genügt.

Es gibt hingegen auch Vereinbarungen, welche eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken können. Dies ist dann gegeben, wenn diese Vereinbarung eine spürbare negative Wirkung auf einen wichtigen Wettbewerbsfaktor entfaltet, wie etwa den Preis.¹⁰⁴ Unter den Begriff der bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen fallen somit

¹⁰² EuGH 29.10.1980, 209/78 ua, *Van Landewyck*, Slg 1980, 3125; EuGH 11.1.1990, C-277/87, *Sandoz*.

¹⁰³ EuGH 16.12.1975, *Zucker*, Slg 1975, 1663.

¹⁰⁴ Siehe Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI 2011 C 11 S 1, Rn 27.

auch Vereinbarungen welche zwar einen legitimen Zweck verfolgen, schlussendlich jedoch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb ausüben.

Um beurteilen zu können, ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, ist zunächst von hoher Relevanz, ob eine Vereinbarung mit einer bezweckten Beschränkung vorliegt. Sollte dem tatsächlich so sein, erübrigen sich weitere Prüfungsschritte. Falls nicht, stellt sich die Frage, ob die Vereinbarung spürbare Auswirkungen auf den vorliegenden Wettbewerb tatsächlich oder potentiell entfalten kann.

5.1.1.2.1 SPÜRBARKEIT

Zunächst ist zu erwähnen, dass nur spürbare Vereinbarungen unter das Kartellverbot fallen. Als spürbar werden bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen qualifiziert, welche einem wettbewerbswidrigen Zweck dienen.¹⁰⁵

Bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen ist das Kriterium der Spürbarkeit nach dem EuGH erfüllt, wenn gewisse quantitative als auch qualitative Eigenschaften in der konkreten Angelegenheit vorliegen. Darunter fallen v.a. der Inhalt der getroffenen Vereinbarung sowie die gesetzten Ziele und das rechtlich-wirtschaftliche Verhältnis zueinander.¹⁰⁶

Eine Spürbarkeit ist trotz Alleinvertriebsvereinbarung inklusive Gebietsschutz gemäß EuGH nicht gegeben, wenn die involvierten Unternehmen eine dürftige Position auf dem relevanten Markt aufweisen.¹⁰⁷ In der De-minimis-Bekanntmachung der EU Kommission findet man eine Definition zu dem quantitativen Kriterium mithilfe welcher man die Spürbarkeit beurteilen kann.¹⁰⁸ Sie nimmt Bezug auf die Marktanteile der involvierten Unternehmen. Werden die Marktanteilsschwellen der De-minimis-Bekanntmachung nicht überschritten, so wird die Ansicht vertreten, dass keine spürbaren Beschränkungen des Wettbewerbs vorliegen.

¹⁰⁵ EuGH 13.12.2012, C-226/11, *Expedia*.

¹⁰⁶ EuGH 13.11.2012, C-226/11, *Expedia*.

¹⁰⁷ EuGH 9.7.1969, 5/69, Völk.

¹⁰⁸ Siehe Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, welche gemäß Art 101 Abs 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABI 2014 C 291, S 1.

5.1.1.3 DIE MARKTABGRENZUNG UND BEDEUTUNG DES RELEVANTEN MARKTES

Im Kartellrecht kommt sowohl der Marktabgrenzung als auch dem relevanten Markt eine wichtige Bedeutung zu, da die Beurteilung in rechtlicher Hinsicht häufig vom vorherrschenden Marktanteil der involvierten Unternehmen abhängig ist. Bestimmte Ausnahmebestimmungen finden nur dann Anwendung, wenn gewisse Marktanteilschwellen nicht erreicht werden. Die Marktabgrenzung ist für die marktbeherrschende Stellung von maßgebendem Interesse. Um die Anteile an einem Markt ausfindig machen zu können, bedarf es der Abgrenzung des Marktes hinsichtlich eines Produktes sowohl in sachlicher als auch geografischer Hinsicht. Zum sachlich relevanten Markt gehören alle Erzeugnisse und auch Dienstleistungen, welche seitens der Abnehmer aufgrund ihrer Eigenschaften, Preise oder des Verwendungszwecks als ersetzbar angesehen werden.¹⁰⁹

Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes in geografischer Hinsicht ist jenes Gebiet von Bedeutung innerhalb welchem die betroffenen Unternehmen die Dienstleistungen und Waren anbieten und innerhalb welchem die vorherrschenden Bedingungen im Rahmen des Wettbewerbs als ungefähr gleich anzusehen sind.¹¹⁰

5.1.1.4 AUSNAHMEN UND FREISTELLUNGSMÖGLICHKEITEN

5.1.1.4.1 PRINZIP DER LEGALAUSSNAHME

Unternehmen steht die Möglichkeit zur Verfügung für sich selbst zu überprüfen und ein Urteil zu fällen, ob ein gewisses Verhalten oder ein geplantes Vorhaben eine beschränkende Wirkung auf den Wettbewerb entfaltet oder aber konkrete Voraussetzungen für eine Ausnahme des Kartellverbots erfüllt und somit die Zulässigkeit des geplanten Vorhabens somit gegeben ist. Im Falle eines Kartellverfahrens muss das betroffene Unternehmen beweisen, dass es die Voraussetzungen, welche für eine Ausnahme notwendig sind, auch erfüllt. Kriterien, welche im Rahmen eines Gesetzes für die Freistellung vorgegeben werden und seitens des betroffenen Unternehmens hinsichtlich des geplanten Vorhabens erfüllt werden müssen, gewährleisten automatisch eine Freistellung, weshalb in diesem Zusammenhang der Begriff der Legalausnahme zur Anwendung kommt. Früher gab es die Möglichkeit einer behörd-

¹⁰⁹ Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, AB1 1997 C 372, S 5.

¹¹⁰ Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, AB1 1997 C 372, S 5.

lichen Entscheidung. Dies ist heutzutage nicht mehr der Fall. Dennoch können geplante Vorhaben vorab in einem informellen Gespräch mit den Behörden besprochen werden um vorab eine Stellungnahme dazu zu erhalten, wobei wichtig zu erwähnen ist, dass diese weder abschließend noch bindend ist.

5.1.1.4.2 BRANCHENBEZOGENE AUSNAHMEN

Zu Beginn ist zu erwähnen, dass das Kartellrecht im Zusammenhang mit staatlichen Monopolen keine Anwendung findet, bspw bei Tabakwaren. Weitere Ausnahmen findet man bei

- der Buchpreisbindung,¹¹¹
- den Genossenschaften¹¹² und
- landwirtschaftlichen Produkten¹¹³.

5.1.1.4.3 „DE-MINIMIS“ UND BAGATELLKARTELLE

Der Begriff „De Minimis“ bezeichnet eine Bagatellausnahme vom Kartellverbot. Unter Bezeichnung der „De-minimis-Bekanntmachung“¹¹⁴, welche von der Europäischen Kommission veröffentlicht wurde, können Vereinbarungen bei Vorliegen von bestimmten Kriterien vom Kartellverbot ausgenommen werden. Dies unter dem Gesichtspunkt, dass eine Spürbarkeit der Beschränkung des Wettbewerbs als nicht gegeben angenommen wird.

Eine Absprache zwischen Unternehmen unterliegt somit nicht dem Kartellverbot, wenn der Marktanteil der Unternehmen gemeinsam beim relevanten Markt 10 Prozent nicht übersteigt. Sind hingegen die Unternehmen, welche die Absprache tätigen keine Wettbewerber, sind diese Absprachen ausgenommen, solange ihr jeweiliger Marktanteil in den relevanten Märkten 15 Prozent nicht übersteigt. Die De-minimis-Bekanntmachung ist nicht anzuwenden bei Kernbeschränkungen, bspw Preisabsprachen.

5.1.1.4.4 FREISTELLUNGEN

¹¹¹ § 2 Abs 2 Z 2 KartG.

¹¹² § 2 Abs 2 Z 3 KartG.

¹¹³ § 2 Abs 2 Z 4 KartG.

¹¹⁴ Siehe Bekanntmachung über Vereinbarung von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Abs 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), AB1 2014 C 291, S 1.

Es besteht die Möglichkeit einer Freistellung vom Kartellverbot, wenn eine Vereinbarung zwar eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung aufweist, aber diese sich positiv auf die Gesamtwirtschaft auswirkt und sich somit Vorteile für den Verbraucher ergeben.

Eine solche Ausnahme ist sowohl im europäischen Kartellrecht als auch im österreichischen Kartellrecht vorzufinden.¹¹⁵ Nachstehend werden die Voraussetzungen aufgezählt, welche eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung rechtfertigen können:

- die Verbraucher erfahren eine Beteiligung beim entstandenen Gewinn,
- es kommt zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder aber zur Verstärkung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts,
- die Beschränkung ist notwendig für die Erreichung der Ziele und
- der Wettbewerb für das betroffene Produkt bleibt weiterhin bestehen.

Nur bei Vorliegen aller dieser Voraussetzungen, kann angenommen werden, dass durch die entstehenden Gewinne die beschränkende Auswirkung der Vereinbarung ausgeglichen wird. Sollte hingegen bloß eine dieser genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, so ist die Möglichkeit einer Freistellung nicht gegeben.

5.1.2 DAS MARKTMISSBRAUCHSVERBOT

5.1.2.1 DIE MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG

Um die Entscheidung treffen zu können, ob sich das Unternehmen durch eine marktbeherrschende Stellung auszeichnet, ist es von großer Bedeutsamkeit, dass der Markt in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht unterteilt wird. In diesem Zusammenhang wurden seitens der Kommission Leitlinien herausgegeben, welche die Unterteilung der maßgebenden Märkte behandeln.¹¹⁶

Sowohl das europäische als auch das innerstaatliche Kartellrecht grenzt zwischen einer Einzelmarktbeherrschung und einer gemeinsamen Marktbeherrschung ab. Man spricht von einer Einzelmarktbeherrschung, wenn bloß eine Gesellschaft eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, wobei bei einer gemeinsamen Marktbeherrschung

¹¹⁵ § 2 Abs 1 KartG bzw Art 101 Abs 3 AEUV.

¹¹⁶ Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI 1997 C 372, 5.

zwei oder mehrere Unternehmen im Kollektiv die marktbeherrschende Stellung einnehmen.

5.1.2.1.1 EUROPÄISCHES KARTELLRECHT

Gemäß dem EuGH liegt eine marktbeherrschende Stellung vor, wenn seine Machtstellung dem Unternehmen die Möglichkeit eröffnet negativen Einfluss auf den Wettbewerb am relevanten Markt zu nehmen, indem es der Gesellschaft möglich ist, unabhängig zu den Konkurrenten den Abnehmern sowie Konsumenten gegenüber im beträchtlichen Umfang sich unabhängig zu verhalten.¹¹⁷

Mittlerweile dienen bestimmte Marktanteilsschwellen als Hinweis dafür, ob eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist oder etwa nicht.¹¹⁸

Wird ein Marktanteil im Ausmaß von über 50 Prozent angenommen, liegt die Vermutung nahe, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Sollte hingegen der Marktanteil zwischen 40 und 50 Prozent angenommen werden noch weitere Aspekte benötigt, damit eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden kann. Unter diese Faktoren fallen eine umfangreiche Aufteilung der restlichen Anteile, eine hohe Distanz zum nächsten Konkurrenten oder der Mangel eines Wettbewerbsdrucks. Beläuft sich der vorhandene Marktanteil unter 25 Prozent liegt keine marktbeherrschende Stellung vor.¹¹⁹

5.1.2.1.2 ÖSTERREICHISCHES KARTELLRECHT

Ein Unternehmen wird als marktbeherrschend betrachtet, wenn es keinem oder einem geringen Wettbewerb gegenübersteht oder gegenüber den Konkurrenten eine erhabene Marktstellung hat. Dies ergibt sich aus der Finanzkraft des betroffenen Unternehmens, dem Verhältnis zu den anderen Organisationen, der Möglichkeit zum Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie der Tatsachen, welche eine Beschränkung des Marktzutritts anderer Unternehmen begrenzen.¹²⁰

¹¹⁷ EuGH 9.11.1983, Rs 322/81, *Michelin*, Slg 1983, 3461 Rz 29; EuGH 13.2.1979 Rs 85/76, *Hoffmann-LaRoche*, Slg 1979, 461 Rz 38; EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207 Rz 65.

¹¹⁸ EuGH Rs 85/76, *Hoffmann-LaRoche*; Rs 27/76, *United Brands*.

¹¹⁹ EuGH 25.10.1977, Rs 26/76, *Metro I*, Slg 1977, 1875, 1903 ff.

¹²⁰ Vgl § 4 Abs 1 KartG.

Auch in österreichischem Kartellrecht gibt es bestimmte Marktanteilsschwellen, welche eine marktbeherrschende Stellung vermuten lassen. Diese liegt vor, wenn die betroffene Organisation am relevanten Markt

- einen Anteil von mindestens 30 Prozent aufweist, oder
- der Anteil 5 Prozent übersteigt und im Wettbewerb zu zwei weiteren Unternehmen stehen, oder
- einen Anteil von mehr als fünf Prozent aufweist und daher zu einem der vier stärksten Wettbewerbern auf dem betroffenen Markt gehört und diese zusammen einen Marktanteil von mindestens 80 Prozent aufweisen.¹²¹

Bei einer sogenannten relativen Marktmacht liegt ebenfalls die Vermutung vor, dass das Unternehmen am relativen Markt als marktbeherrschend gilt. Unter der relativen Marktmacht versteht man den Umstand, wenn Abnehmer oder Lieferanten an der Aufrechterhaltung der geschäftlichen Beziehung ein Interesse hegen um mögliche negative betriebswirtschaftliche Auswirkungen hintanzuhalten.

Das österreichische Kartellrecht sieht eine gemeinsame Marktbeherrschung schon dann vor, wenn zwischen zwei oder mehr Gesellschaften kein bedeutsamer Wettbewerb zu verzeichnen ist und sie als Einheit betrachtet keinem oder einem nur geringen Wettbewerb ausgesetzt sind oder in Betrachtung auf andere Unternehmen eine erhabene Marktstellung einnehmen.¹²²

Diese Marktstellung wird dann vermutet, wenn eine Einheit von Unternehmen am betroffenen Markt zusammen einen Marktanteil von zumindest 50 Prozent aufweist und diese Einheit aus nicht mehr als drei Unternehmen besteht oder in ihrer Gesamtheit einen Marktanteil im Ausmaß von zumindest zwei Dritteln hat und sich höchstens aus fünf Unternehmen zusammensetzt.¹²³

¹²¹ § 4 Abs 2 bzw hinsichtlich der Vermutung einer gemeinsamen Marktbeherrschung § 4 Abs 2a KartG.

¹²² Vgl § 4 Abs 1a KartG.

¹²³ Vgl § 4 Abs 2a KartG.

5.1.2.2 DER MISSBRAUCH DER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG

Gemäß der Rechtsprechung des EuGH spricht man von einem solchen Missbrauch, wenn ein Unternehmen seine Position am Markt insofern missbräuchlich verwendet, indem das Unternehmen auf den Wettbewerb mithilfe seiner dortigen Anwesenheit eine negative Beeinflussung ausübt.¹²⁴

Bezüglich des Begriffs des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung besteht zwischen dem österreichischen und europäischen Kartellrecht ein nahe kommendes Verständnis, weshalb zur Beurteilung, ob nun tatsächlich der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt sowohl die Entscheidungspraxis der Kommission als auch die Rechtsprechung des EuGH in Betracht gezogen werden kann.¹²⁵

Nachstehend werden nun unterschiedliche Varianten eines missbräuchlichen Verhaltens dargestellt.

5.1.2.2.1 PREISSMISSBRAUCH

Als missbräuchliches Verhalten kann die Festlegung zu hoher, zu niedriger oder auch diskriminierender Preise gewertet werden. Mithilfe zu geringer Preise besteht die Möglichkeit, dass andere Marktteilnehmer vom Markt verdrängt werden. Von großer Bedeutung ist hierbei das vorherrschende Verhältnis zwischen der Kosten und der Preise.¹²⁶

5.1.2.2.2 RABATTE

Die Einführung von Rabattsystemen ist im alltäglichen Wirtschaftsleben eine übliche Geschäftspraxis, wobei einer Gewährung von Rabatten nichts Vorwerfbares gegenübersteht, solange die Gewährung nach objektiv nachvollziehbaren Kriterien erfolgt. Problematisch hingegen können Treue- und Zielrabatte sein, welche das Potenzial einer Ausschließlichkeitsbindung¹²⁷ aufweisen und so bewirken können, dass Abnehmer ausschließlich oder weitgehend bei dem Unternehmen mit der marktbeherrschenden Stellung kaufen.

¹²⁴ *Reidlinger/Hartung*, Österreichisches Kartellrecht³ 124.

¹²⁵ Siehe explizite Klarstellung des OGH als KOG, 15.5.2000 – *Oscar Bronner* – 16 Ok 4/00.

¹²⁶ EuGH 3.7.1991, Rs 62/86, AKZO, Slg 1991, I-3359, *Oest in Schultze*, Compliance, 73 Rz 237 ff.

¹²⁷ EuGH 15.3.2007, Rs C-95/04P, *British Airways*, Slg 2007, I-02331 Rz 68.

5.1.2.2.3 DISKRIMINIERUNG

Gesellschaften, welche eine marktbeherrschende Stellung aufweisen, müssen darauf achten, dass sie den Wettbewerb nicht benachteiligen, indem sie bei Vertragspartnern unterschiedliche Bedingungen für gleichwertige Leistungen anwenden. Ein Missbrauch liegt ebenfalls vor, wenn diverse Preise für gleichwertige Leistungen von Abnehmern aus unterschiedlichen Regionen eingehoben werden. Ein Missbrauch liegt hingegen nicht vor, wenn sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen, wie etwa Unterschiede in den Transportkosten oder in den Absatzverhältnissen.

5.1.2.2.4 AUSSCHLIEßLICHKEITSBINDUNG

Unter diesem Begriff werden Verhaltensweisen subsumiert, welche bewirken, dass ein Marktzutritt verwehrt wird. In diesem Zusammenhang ist unbedeutend, ob eine rechtliche oder bloß faktische Bindung vorliegt. Das Augenmerk liegt auf der Wirkung der Marktabschottung. Von praktischer Relevanz sind sogenannte Alleinbezugsverpflichtungen, welche seitens der Unternehmen mit der marktbeherrschenden Stellung den Abnehmern aufgezwungen werden.

5.1.2.2.5 KOPPLUNG

Von einem Kopplungsgeschäft ist dann auszugehen, wenn einem Geschäftspartner beim Kauf eines Produktes nahe gelegt wird, dass er ein weiteres Produkt ohne sachliche Rechtfertigung dazu erwirbt. Ein Missbrauch in dieser Angelegenheit liegt dann vor, wenn es sich bei den zwei Produkten um unterschiedliche Produkte handelt, welche normalerweise getrennt voneinander bezogen werden können.¹²⁸

5.1.2.2.6 BEENDIGUNG ODER VERWEIGERUNG GESCHÄFTLICHER BEZIEHUNGEN

Wird von einem marktbeherrschenden Unternehmen ohne sachliche Rechtfertigung eine bisher funktionierende Geschäftsbeziehung beendet oder eine neue verweigert, liegt ein Missbrauch vor, wobei zu bedenken ist, dass striktere Maßstäbe bei der Beendigung von bisher bestehenden Geschäftsbeziehungen zur Anwendung kommen.¹²⁹ Dies geschieht aus diesem Grunde da es Unternehmen, welche über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, es untersagt ist ihre Handelspartner in Bezug auf gleichwertige Leistungen ohne sachliche Rechtfertigung abweichend zu behan-

¹²⁸ Oest in *Schultze*, Compliance, 84 Rz 258 ff.

¹²⁹ *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht³ 139.

deln, wobei im Gegenzug marktbeherrschende Unternehmen keinem allgemeinen Kontrahierungszwang unterliegen.

Verfügt ein Unternehmen über eine gewisse Infrastruktur oder sonstige Faktoren, welche für die Konkurrenten hinsichtlich ihrer eigenen Leistungen auf dem nachgelagerten Markt als relevant erscheinen, kann eine Verweigerung des Vertragsabschlusses als missbräuchlich gewertet werden. Für die Beurteilung sind nachstehende Anforderungen („Essential-facilities“-Doktrin) zu berücksichtigen:

- die oben angeführte Infrastruktur oder sonstige wichtige Faktoren sind für den Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt unerlässlich;
- die Verweigerung kann bewirken, dass der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausgesetzt wird;
- der Verweigerung mangelt es an einer sachlichen Rechtfertigung¹³⁰;
- Geschäftsbedingungen werden forciert.

Die missbräuchliche Aufdrängung von Geschäftsbedingungen durch das marktbeherrschende Unternehmen ist u.a. dadurch gekennzeichnet, dass der Vertragspartner in seiner Handlungsfähigkeit gewaltig eingeschränkt wird und Verpflichtungen eingehen muss, welche zur Erreichung eines Ziels unzweckmäßig sind.¹³¹

5.1.2.3 RECHTFERTIGUNG DES MISSBRAUCHS EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG

Der Missbrauch einer solchen Stellung kann mithilfe von objektiven Rechtfertigungsgründen begründet werden. Die Kommission vertritt in ihrer Mitteilung hinsichtlich der Beurteilung von Behinderungsmisbrauch durch Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung die Ansicht, dass Effizienzvorteile gegebenenfalls als sachliche Rechtfertigung im Falle eines Missbrauches sein können („efficiency defense“).¹³²

Folgende Voraussetzungen müssen in diesem Zusammenhang gegeben sein:

- das gesetzte Verhalten muss gewisse Effizienzvorteile zur Folge haben,

¹³⁰ OGH 15.5.2000, 16 Ok 4/00 – *Oscar Bronner/Mediaprint*.

¹³¹ *Reidlinger/Hartung*, Österreichisches Kartellrecht³ 142.

¹³² Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (Prioritätenmitteilung) ABI 2009 C 45, 7.

- dieses Verhalten ist von großer Notwendigkeit im Zusammenhang mit der Vorteilerreichung,
- die erreichten Vorteile übersteigen die negativen Folgen auf den Wettbewerb und
- der Wettbewerb darf nicht beseitigt werden.

Die Erbringung der Beweise für das Vorliegen einer solchen Rechtfertigung obliegt jenem Unternehmen, welches die marktbeherrschende Stellung innehat,¹³³ wobei die Entscheidung der Zulässigkeit der Rechtfertigung von der Kommission unter Bezugnahme ihrer Mitteilung und nach eigenem Ermessen getroffen wird.¹³⁴

5.1.3 FUSIONSKONTROLLE

Die Fusionskontrolle dient als Instrument des Kartellrechts zur vorbeugenden Überwachung gewisser Formen des Unternehmenswachstums, da Zusammenschlüsse von Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen einer Pflicht zur Anmeldung und Genehmigung unterliegen. Dies hat zur Folge, dass solche Zusammenschlüsse einem Vollzugsverbot unterliegen.¹³⁵ Unternehmen, welche dies nicht befolgen, können mit einer Geldbuße von bis zu zehn Prozent des im abgelaufenen Geschäftsjahr erwirtschafteten Konzernumsatzes¹³⁶ bestraft werden und es droht die Nichtigkeit des Zusammenschlusses.

Ein Zusammenschluss liegt im Sinne des europäischen Kartellrechts vor, wenn:

- ein Unternehmen oder wesentliche Teile davon erworben werden,
- es zu einem direkten oder indirekten Kontrollerwerb kommt, weshalb ein erheblicher Einfluss auf das Unternehmen ausgeübt werden kann.
- es ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen gegründet wird.¹³⁷

Auf Zusammenschlüsse, welche unter das europäische Kartellrecht fallen, wird österreichisches Kartellrecht nicht angewendet.¹³⁸

¹³³ Prioritätenmitteilung ABI 2009 C 45, 7 Rz 31.

¹³⁴ *Lewis* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 102 AEUV Rz 116 ff.

¹³⁵ Art 7 FKVO 139/2004, ABI 2004 L 24, 1; § 17 KartG.

¹³⁶ Vgl Art 14 Abs 2 FKVO; § 29 Z 1 lit a KartG.

¹³⁷ Vgl Art 3 FKVO.

¹³⁸ Art 21 Abs 3 FKVO. Der österreichische Gesetzgeber hat die Ausnahme nach Art 21 Abs 4 FKVO aufgegriffen, wonach zum Schutze solcher Interessen, welche nicht durch das FKVO geschützt sind, angemessene Maßnahmen getroffen werden können und unterwirft Medienzusammenschlüsse der österreichischen Fusionskontrolle durch die Kommission – vgl *Reidlinger/Hartung*, Österreichisches Kartellrecht³, 173.

Das österreichische Kartellrecht bedient sich derselben Zusammenschlusstatbestände, welche schon oben angeführt wurden, wobei noch weitere Vorgänge als Zusammenschluss gewertet werden können:

- der Erwerb von Anteilen, welcher eine Erfüllung oder Übersteigerung von 25 Prozent bzw 50 Prozent der Anteile am bestehenden Kapital oder Stimmrechten herbeiführt,¹³⁹
- Erreichung der Personengleichheit von zumindest der Hälfte der Geschäftsführungsmitglieder oder Aufsichtsratsmitglieder,¹⁴⁰
- Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge.¹⁴¹

5.1.3.1 DIE ZUSAMMENSCHLUSSANMELDUNG

Aus Sicht des europäischen Kartellrechts unterliegt ein Zusammenschluss der Anmeldepflicht wenn:

- der weltweit erzielte Gesamtumsatz aller involvierten Unternehmen EUR 5 Milliarden übersteigt und
- der Gesamtumsatz zweier involvierter Unternehmen mehr als EUR 250 Millionen beträgt,
- außer mehr als zwei Drittel des jeweiligen gemeinschaftswerten Gesamtumsatzes der involvierten Unternehmen wurde im selben Mitgliedstaat erzielt.¹⁴²

Zusammenschlüsse, welche sich unter den o.a. Werten befinden, werden auf europäischer Ebene nur dann berücksichtigt, wenn besondere Schwellen überschritten werden.¹⁴³

Einem Zusammenschluss wird auch dann gemeinschaftsweite Relevanz zugesprochen wenn:

- der Gesamtumsatz, welcher weltweit durch die involvierten Unternehmen erzielt wurde, EUR 2,5 Milliarden übersteigt,
- der Gesamtumsatz aller Unternehmen, welche beteiligt sind, in zumindest drei Mitgliedstaaten jeweils EUR 100 Millionen übersteigt,

¹³⁹ Vgl § 7 Abs 1 Z 3 KartG.

¹⁴⁰ Vgl § 7 Abs 1 Z 4 KartG.

¹⁴¹ Vgl § 7 Abs 1 Z 2 KartG.

¹⁴² Art 1 Abs 2 FKVO.

¹⁴³ *Koenig/Schreiber*, Europäisches Wettbewerbsrecht (2010) Kapitel 7 Fusionskontrolle 198.

- sollte der letztgenannte Punkt eintreten, so soll der Gesamtumsatz in jedem der drei Mitgliedsstaaten von zumindest zwei involvierten Gesellschaften EUR 25 Millionen übersteigen, und
- der Gesamtumsatz, welcher durch zumindest zweier beteiligter Unternehmen gemeinschaftsweit erzielt wurde jeweils mehr als EUR 100 beträgt,
- außer zwei Drittel des betroffenen Gemeinschaftsumsatzes der involvierten Unternehmen wurden im selben Mitgliedstaat erzielt.¹⁴⁴

Sollten die genannten Schwellenwerte nicht erreicht werden, besteht die Eventualität, dass nationale Vorschriften hinsichtlich der Zusammenschlüsse zur Anwendung kommen.¹⁴⁵

5.2 DIE MÖGLICHEN SANKTIONEN BEI EINEM GESETZES-VERSTOß

Bei einem Verstoß gegen das Kartellrecht kommen folgende Rechtsfolgen in Betracht:

- Geldbußen und
- zivilrechtliche Folgen sowie
- strafrechtliche Konsequenzen.

5.2.1 GELDBUßEN

Sowohl das europäische als auch das österreichische Kartellrecht sieht Geldstrafen in Höhe von 10 Prozent des im abgelaufenen Wirtschaftsjahr weltweit erzielten Konzernumsatzes von allen involvierten Unternehmen vor. Mit diesem hohen Strafrahmen möchte man bezwecken, dass zukünftig Unternehmen Kartellrechtsverstöße unterlassen. Seitens der Kommission wurde ein Bußgeldleitfaden¹⁴⁶ veröffentlicht, innerhalb welchen die eigens entwickelte Methode zur Berechnung der Geldstrafe zu finden ist.

¹⁴⁴ Art 1 Abs 3 FKVO 139/2004, AB1 2004 L 24, 1.

¹⁴⁵ Beachte: Selbst wenn die Schwellenwerte, welche in der FKVO vorgesehen sind, erreicht werden, kann ein Zusammenschluss dem nationalen Recht eines der Mitgliedsstaaten unterworfen werden, wenn die betroffene Angelegenheit zwar keinen Zusammenschlusstatbestand der FKVO erfüllt, jedoch einen Sondertatbestand des nationalen Rechts erfüllen.

¹⁴⁶ Leitlinien für das Verfahren zur Bestimmung von Geldstrafen gemäß Art 23 Abs 2 lit a der VO 1/2003, ABI.

Dieser Leitfaden dient auch der BWB zur Orientierung bei der Bestimmung der Höhe der Geldbußen, wobei auf nachstehende Faktoren Acht zu geben ist:

- die Schwere und der Zeitraum der Rechtsverletzung,
- die Bereicherung, welche ihren Ursprung in der Rechtsverletzung hat,
- der Verschuldensgrad und
- die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gesellschaft.¹⁴⁷

Basierend auf der Vorgehensweise des Leitfadens wird zunächst ein Grundbetrag in Höhe von bis zu 30 Prozent ermittelt, welcher sich aus dem Umsatz des letzten abgelaufenen Wirtschaftsjahres aufgrund des Verkaufs der Produkte oder Dienstleistungen aus dem Kartell ergibt. Dieser errechnete Betrag wird dann im nächsten Schritt mit der Dauer der Rechtsverletzung multipliziert. Zu erwähnen ist, dass die Hinzuziehung von erschwerenden oder mildernden Umständen bei der Bestimmung der Höhe der Geldbuße möglich ist. Unter einem erschwerenden Umstand subsumiert man die Tatsache, dass dieses Unternehmen schon im Vorfeld für einen solchen Verstoß eine Geldbuße kassiert hat oder im gegenwärtigen Fall als „Anführer“ gilt. Ein mildernder Umstand ist, wenn sich das betroffene Unternehmen eher untergeordnet beteiligt hat, die Rechtsverletzung aus eigener Motivation beendet hat oder die Kommission bei der Aufklärung dieser Angelegenheit unterstützt.¹⁴⁸

5.2.2 ZIVILRECHTLICHE FOLGEN

Absprachen, welche dem Kartellverbot entgegenstehen, sind nichtig¹⁴⁹, was die Konsequenz mit sich zieht, dass sich niemand auf eine kartellrechtswidrige Vereinbarung stützen kann.¹⁵⁰ Verträge oder Vertragsbestandteile, welche dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung entgegenstehen, sind ebenfalls nichtig.

¹⁴⁷ Siehe § 30 Abs 1 KartG; Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht³, 229-231.

¹⁴⁸ Siehe § 36 Abs 2 KartG; Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht³, 230; Wollmann in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 101 AEUV Rz 200 ff.

¹⁴⁹ Siehe Art 101 Abs 2 AEUV bzw § 1 Abs 3 KartG.

¹⁵⁰ Siehe Art 101 Abs 2 AEUV bzw § 1 Abs 3 KartG; Hoffer, Kartellgesetz Kommentar (2007) § 1 KartG 52; Wollmann in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 101 Rz 174; EuGH 14.12.1983, Rs 319/82. *Société de vente de Ciments*, Slg 1983, 4173, Rz 11 f; ebenso bei Teilnichtigkeit: EuGH 30.6.1966, Rs 56/65, *Maschinenbau Ulm*, Slg 1966, 337.

tig.¹⁵¹ Das gleiche Schicksal teilen auch Verträge, welche gegen das Durchführungsverbot in Bezug auf die Zusammenschlusskontrolle verstoßen.¹⁵²

Als Konsequenz auf das gesetzte Verhalten, kann es zu Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche Dritter kommen.

Ein Dritter kann seine Unterlassungsansprüche bei dem Kartellgericht geltend machen und zugleich seine Ansprüche auch auf UWG stützen.¹⁵³ Voraussetzung dafür ist, dass einerseits ein Verstoß des Kartellrechts vorliegt, welches dem Beklagten zurechenbar ist und andererseits der Kläger und der Beklagte in Konkurrenz zueinander stehen. Wenn dies gegeben ist, liegt auch ein UWG-Verstoß vor, welchem nachgegangen werden kann.¹⁵⁴

Bei Schäden, welche auf einen Verstoß gegen das Kartellrecht zurückzuführen sind, besteht die Möglichkeit zur Geltendmachung vor einem österreichischen Zivilgericht.¹⁵⁵ Wichtig für diese Geltendmachung ist hingegen, dass der Schaden auch nachgewiesen wird und ein kausaler Zusammenhang zwischen dem entstandenen Schaden und der Kartellrechtsverletzung vorliegt. Die Situation des Klägers wird zusätzlich dadurch noch erschwert, dass Unterlagen, welche als Beweis herangezogen werden könnten, bei den Unternehmen vorzufinden sind, welche einen solchen Verstoß zu verantworten haben. Aus diesen Gründen wurde die Kartellschadenersatz-Richtlinie erlassen, welche die Situation des Klägers verbessern soll. Die Mitgliedstaaten waren dazu verpflichtet bis Ende 2016 diese Richtlinie ins nationale Recht umzusetzen.¹⁵⁶

5.2.3 STRAFRECHTLICHE FOLGEN

Vor dem Juli 2002 wurden Kartellrechtsverstöße mit Freiheits- oder Geldstrafen der involvierten Personen geahndet.¹⁵⁷ Durch die Einführung des Systems für Geldbußen wurden die Unternehmen, welche an der Kartellrechtsverletzung beteiligt waren,

¹⁵¹ *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht³ 145.

¹⁵² Vgl § 17 Abs 3 KartG, *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht³ 207.

¹⁵³ Siehe § 1 UWG.

¹⁵⁴ *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht³ 206 ff; *Reidlinger/Zellhofer*, Die private Durchsetzung von Kartellrecht im Wege von § 1 UWG – Königsweg oder Irrweg? *Ecolex* 2004, 114.

¹⁵⁵ Siehe § 37a KartG.

¹⁵⁶ Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABI 2014 L 349, 1.

¹⁵⁷ AF §§ 129 ff KartG 1988.

mehr in der Vordergrund gedrängt und in Verantwortung gezogen, wobei daneben auch eine Strafbarkeit von natürlichen Personen in besonderen Fällen gegeben sein kann. In diesem Zusammenhang sind vor allem Submissionsabsprachen¹⁵⁸, als auch der Betrug¹⁵⁹ als Straftatbestände von hoher praktischer Relevanz.

5.2.3.1.1 KRONZEUGENREGELUNG

Die Kronzeugenregelung ermöglicht den Kartellteilnehmern durch Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden eine Reduktion oder gar den Erlass einer Geldbuße. Das Ziel dieser Regelung ist es, ein Unternehmen dazu zu bewegen, das Vorhandensein eines Kartells zu offenbaren und stellt somit ein sehr wirksames Instrument zur Aufdeckung von Kartellen dar. Es gibt mittlerweile sowohl von der Kommission als auch von der BWB eine eigene Mitteilung hinsichtlich der Anwendung und der Kriterien einer Kronzeugenregelung.¹⁶⁰ Damit eine Geldbuße erlassen wird, müssen eine gewisse Anzahl an Kriterien erfüllt werden. Nachstehend werden ein paar wichtige kurz genannt:

Die Behörde muss die Information hinsichtlich des Kartells erhalten bevor es von jemand anderem darüber informiert wird,

- das Unternehmen, welches sich an die Behörde wendet, muss das untersagte Verhalten schon eingestellt haben,
- die betroffene Gesellschaft verpflichtet sich zur Zusammenarbeit mit der Behörde und
- jenes Unternehmen, welches als Kronzeuge auftritt, darf nicht der Anführer des untersagten Verhaltens gewesen sein.¹⁶¹

Verfügt die Behörde schon vor dem Einreichen des Kronzeugenantrags über wichtige Informationen hinsichtlich des verbotenen Verhaltens, so ist die Möglichkeit gegeben, dass je nach Umfang der Zusammenarbeit und dem Zeitpunkt die Geldbuße bis zu 50 Prozent reduziert wird.

Das österreichische Kartellrecht sieht eine Kronzeugenregelung auch bei vertikalen Kernbeschränkungen vor.¹⁶²

¹⁵⁸ § 168b StGB.

¹⁵⁹ § 146 StGB.

¹⁶⁰ Mitteilung der Kommission über den Erlass und Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABI 2006, C 298, 17; Bundeswettbewerbsbehörde, Kronzeugenregelung.

¹⁶¹ Vgl Mitteilung Geldbuße, ABI 2006 C 298/17 Rz 8, § 11 Abs 4 WettbG.

Was versteht man unter einem Submissionskartell?

Unter diesem Begriff werden Absprachen im Rahmen von Vergabeverfahren verstanden, welche eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung aufweisen. Mithilfe solcher Absprachen soll bezweckt werden, dass der typische Wettbewerb unterbunden wird, damit ein konkretes Unternehmen den Zuschlag erhält.¹⁶³ Derartige Absprachen sind durch den Straftatbestand des Betruges gekennzeichnet.¹⁶⁴

5.3 VERHÄLTNIS: EUROPÄISCHES- ÖSTERREICHISCHES – AUSLÄNDISCHES KARTELLRECHT

Prinzipiell können sowohl das europäische als auch das nationale Kartellrecht nebeneinander angewendet werden, wobei zu beachten ist, dass das europäische Kartellrecht Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Kartellrecht genießt.¹⁶⁵ Das europäische Kartellrecht kommt zur Anwendung, wenn eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels als möglich erscheint oder stattgefunden hat. Seitens der Kommission wurde ein Leitfaden veröffentlicht, welcher bei Abgrenzungsthematiken vermeiden bzw Abhilfe schaffen soll.¹⁶⁶

Es steht den Mitgliedstaaten frei zu hinsichtlich der einseitigen Verhaltensweisen von Unternehmen striktere Vorschriften vorzusehen, als jene die im europäischen Kartellrecht vorzufinden sind.¹⁶⁷ Österreich hat sich dieser Ermächtigung bedient und hat bspw Empfehlungskartelle dem Kartellverbot unterstellt. Dies hat zur Folge, dass in einem solchen Fall die Ausnahmeermächtigung im Vordergrund steht und somit das strengere innerstaatliche Recht gilt.

In der jüngsten Vergangenheit wurden immer häufiger innerstaatliche Kartellrechtsordnungen in Richtung des europäischen Kartellrechts harmonisiert. Für Unterneh-

¹⁶² Bundeswettbewerbsbehörde, Kronzeugenregelung Rz 6.

¹⁶³ Zeder, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, in Schick/Hilf (Hrsg), Kartellstrafrecht – Das Spiel vom Fragen (P.Handke) (2007) 65.

¹⁶⁴ Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht³ 242.

¹⁶⁵ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht³ (2014) § 6 Rz 1-8; Vgl EuGH 13.2.1969, Rs 14/68, Walt Wilhelm, Slg 1969 1; Art 3 Abs 2 VO 1/2003, ABI 2003 L 1, 1.

¹⁶⁶ Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, ABI 2004 C 101, 07.

¹⁶⁷ Vgl Art 3 Abs 2 der Cerordnung (EG) 1/2003, ABI 2003, L 1, 1.

men, welche am internationalen Markt tätig sind, spielt das Kartellrecht auch außerhalb Europas eine bedeutende Rolle, weshalb diese Tatsache bei der Implementierung eines CMS in der Organisation zu beachten ist.¹⁶⁸

5.4 ÜBERBLICK MATERIELLES RECHT

Sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene gibt es wichtige Rechtsgrundlagen.

5.4.1 ÖSTERREICHISCHE RECHTSQUELLEN

Aus Sicht des österreichischen Kartellrechts stellt das Kartellgesetz 2005 (KartG) samt den Änderungen, welche auf dem Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017 (KaWeRÄG 2017) basieren, eine wichtige Rechtsquelle. Im KartG findet man das Kartellverbot samt den dazugehörigen Ausnahmen und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Position sowie Vorschriften zur Fusionskontrolle. Ferner enthält das KartG Regelungen für das Verfahren vor dem Kartellgericht und Kartellobergericht.

Das Wettbewerbsgesetz (WettbG) wurde durch das KaWeRÄG 2017 novelliert und enthält die Aufgaben und Befugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde.

Das Strafgesetzbuch (StGB) sieht strafrechtliche Sanktionen bei kartellrechtswidrigem Verhalten vor.

Auch das Nahversorgungsgesetz 1977 (NVG) spielt im Kartellrecht eine wichtige Rolle. Dieses Gesetz enthält Vorschriften hinsichtlich des Schutzes der Nahversorgung von Waren.¹⁶⁹

Im Rahmen der Ausübung der behördlichen Tätigkeit ist für die Bundeswettbewerbsbehörde das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) zu beachten.

¹⁶⁸ Pautke in *Schultze* (Hrsg), Compliance-Handbuch Kartellrecht (2013) 8.

¹⁶⁹ Siehe hierzu auch *Sartor/Freiler-Waldburger*, Praxisleitfaden Compliance: 278 Fragen und Antworten, S 293 f.

5.4.2 EUROPÄISCHE RECHTSQUELLEN

In Bezug auf das Kartellrecht sind im europäischen Bereich die wichtigsten Vorschriften Art 101 AEUV (das Kartellverbot) sowie Art 102 AEUV (Missbrauchsverbot einer marktbeherrschenden Stellung). Nicht zu vergessen ist die EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO).¹⁷⁰

Eine große Bedeutung in der Praxis haben die Leitlinien und Bekanntmachungen, welche von der Europäischen Kommission veröffentlicht wurden. Eine Anwendung des europäischen Kartellrechts ergibt sich dann, wenn der vorliegende Sachverhalt die Eignung aufweist den zwischenstaatlichen Handel innerhalb der Mitgliedstaaten der EU in einer spürbaren Art und Weise zu beschränken. Dies wird als Zwischenstaatlichkeits-Kriterium bezeichnet. Eine solche Zwischenstaatlichkeit liegt auch dann vor, wenn sich eine vertikale Vereinbarung auf das vollständige Territorium eines Mitgliedstaats erstreckt.¹⁷¹ Eine parallele Anwendung des europäischen und des nationalen Kartellrechts ist legitim, wobei zu beachten ist, dass europäische Rechtsquellen einen Anwendungsvorrang genießen. Sollte das oben erwähnte Zwischenstaatlichkeits-Kriterium fehlen, so sind nationale Bestimmungen anzuwenden.

Sowohl die Europäische Kommission und die europäischen Gerichte als auch die Wettbewerbsbehörden und Gerichte, welche in den Mitgliedstaaten ansässig sind, bedienen sich an dem europäischen Kartellrecht.

5.5 ADRESSATEN UND DES KARTELLRECHTS

Die Unternehmer sowie die Unternehmervereinigungen gelten als Adressaten des Kartellrechts.¹⁷² Im Gesetz hingegen ist keine Legaldefinition zum Begriff des Unternehmers vorzufinden, weshalb im Kartellrecht dieser Begriff weit ausgelegt wird und das Unternehmen als Erwerbsgelegenheit angesehen wird. Die Absicht zur Gewinnerzielung hingegen stellt keine Voraussetzung dar.¹⁷³

¹⁷⁰ Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABI Nr L 24 vom 29.1.2004, S 1.

¹⁷¹ Europäische Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, 2004/C 101/07, Rn 88.

¹⁷² Im § 1 KartG wird von einem Unternehmer sowie von Unternehmervereinigungen gesprochen. Art 101 AEUV bezieht sich hingegen auf Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, wobei inhaltlich betrachtet kein signifikanter Unterschied gegeben ist.

¹⁷³ Vgl OGH als KOG 14.06.2004, 16 Ok 5/04.

Folgt man der Ansicht des EuGH, so handelt es sich bei einem Unternehmen aus Sicht des Kartellrechts um eine wirtschaftlich tätige Einheit, ungeachtet der Rechtsform und der Art der Finanzierung, wobei die wirtschaftliche Betätigung in diesem Zusammenhang von hoher Relevanz ist.¹⁷⁴ Da die vorliegende Rechtsform für die Frage der Anwendbarkeit des Kartellrechts unbedeutend ist, sind daher sowohl Personen- und Kapitalgesellschaften, als auch natürliche Personen, sofern diese als Unternehmer auftreten¹⁷⁵ und auch Körperschaften des öffentlichen Rechts betroffen, solange sie privatwirtschaftliche Tätigkeiten ausüben.¹⁷⁶

5.6 HAFTUNGSBEFREIUNG/-MINDERUNG AUFGRUND CMS?

Sowohl die Europäische Kommission als auch die österreichischen Wettbewerbsbehörden sind prinzipiell der Ansicht, dass ein Compliance System keine geldbußenreduzierende Wirkung entfaltet.¹⁷⁷ Außerdem stellen gemäß den Europäischen Gerichten Compliance-Systeme keinen Milderungsgrund dar.¹⁷⁸ Es ist hingegen so, dass man wiederholt beobachten konnte, dass bei der Berechnung der Geldbuße die Verpflichtung zur Implementierung eines CMS als Milderungsgrund akzeptiert wurde, wodurch sich tatsächlich eine Reduktion der Geldbuße ergab. Ein CMS, welches auf kartellrechtliche Risiken ausgerichtet ist und diese auch abdeckt, soll einen Schutz vor noch beträchtlicheren Geldbußen bieten.

¹⁷⁴ EuGH 23.4.1991, C-41/1990.

¹⁷⁵ *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht³ (2014) 23; vgl OGH als KOG am 26.2.1996, 16 Ok 9/95; OGH als KOG am 15.2.2003, 16 Ok 12/03. 03; OGH als KOG am 17.12.2008. 16 Ok 12/08.

¹⁷⁶ Siehe in diesem Zusammenhang Entscheidung *Austro Control*, OGH als KOG am 26.2.1996, 16 Ok 9/95.

¹⁷⁷ Siehe etwa die Broschüre (Dezember 2012) „Wettbewerbsrechtliche Compliance – Was Unternehmen tun können, um die EU-Wettbewerbsvorschriften besser einzuhalten“.

¹⁷⁸ EuGH 28.6.2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Dansk Rørindustri A/S et al, Rz 373; EuG 12.12.2007, T-101/05 und T-111/05, BASF und UCB, Rz 52 sowie EuG 13.7.2011, T-138/07, Schindler Holding, Rz 282.

5.7 DIE VOLLZUGSBEHÖRDEN

5.7.1 ÖSTERREICH

Im österreichischen Kartellrecht wird im Rahmen des Vollzugs zwischen aufklärender und entscheidender Behörde bzw Gericht unterschieden.

5.7.2 EUROPÄISCHE UNION

Betrachtet man den Kartellrechtsvollzug auf europäischer Ebene so stellt die Europäische Kommission die Recherche- als auch Entscheidungsbehörde erster Instanz dar.¹⁷⁹ In Ausübung ihrer Funktion verfügt die Europäische Kommission über Recherche-, Verfolgungs-, Entscheidungs- sowie Sanktionsrechte.¹⁸⁰ Im Bereich des Kartellrechts sehen die Verfahrensregeln auf europäischer Ebene Zuständigkeiten sowohl auf Seiten der Europäischen Kommission als auch bei den Wettbewerbsbehörden der einzelnen Mitgliedstaaten. Die Kompetenz der nationalen Wettbewerbsbehörden erübrigt sich sobald das Verfahren von der Europäischen Kommission eröffnet wird.¹⁸¹ Wenn Absprachen oder bestimmte Verhaltensweisen Auswirkungen auf den vorherrschenden Wettbewerb in mehr als drei Mitgliedstaaten der Europäischen Union entfalten, muss die EuK ihre Zuständigkeit ausüben.¹⁸²

5.8 ABLAUF EINES KARTELLVERFAHRENS

Das Tätigwerden der Kommission oder der Bundeswettbewerbsbehörde erfolgt entweder:

- von Amts wegen,
- aufgrund einer vorliegenden Beschwerde sowie
- bei Vorliegen eines Kronzeugenantrags.

Aus europäischer Sicht hat die Europäische Kommission in Bezug auf die mögliche Aufnahme eines Verfahrens einen Ermessensspielraum. Sollte sie die Entscheidung treffen, dass sie Ermittlungen zu einem Sachverhalt aufnimmt, stehen ihr nachstehende Befugnisse zu:

¹⁷⁹ Aktuelle Themen und Entscheidungen der Europäischen Kommission in Bezug auf das Kartellrecht abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/index_en.html (11.06.2018).

¹⁸⁰ *Kofler-Senoner/Schenkova/Algün* in *Kofler-Senoner* (Hrsg), Compliance-Management für Unternehmen, , Rz 516.

¹⁸¹ Art 11 Abs 6 VO 1/2003.

¹⁸² Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rz 16.

- Nachprüfung/Hausdurchsuchung
- Befragung
- Auskunftsverlangen
- Untersuchung bestimmter Wirtschaftszweige

5.8.1 NACHPRÜFUNG/HAUSDURCHSUCHUNG

Eine Nachprüfung wird bei einer gerechtfertigten Vermutung eines Verstoßes des Kartellrechts durchgeführt. Zusätzlich zu den Räumlichkeiten, welche dem betroffenen Unternehmen zurechenbar sind, kann sich die Nachprüfung auch auf Räumlichkeiten erstrecken die keinen direkten Zusammenhang zu dem Unternehmen haben, jedoch dort wichtige Beweismittel vermutet werden.¹⁸³

5.8.2 BEFRAGUNG

Hierbei ist die Abgrenzung zwischen Befragungen vorzunehmen, welche im Rahmen einer Nachprüfung stattfindet oder außerhalb dieser Prüfung.

In erster Angelegenheit steht sowohl der Kommission als auch der Bundeswettbewerbsbehörde die Möglichkeit zu von einem Unternehmen und des dort beschäftigten Personals bestimmte Erklärung und Unterlagen anzufordern, welche einen bedeutenden Zusammenhang aufweisen.¹⁸⁴

In zweiter Angelegenheit muss eine Unterscheidung zwischen dem europäischen und österreichischen Kartellrecht durchgeführt werden. Der Kommission obliegt die Zuständigkeit zur Befragung von natürlichen und juristischen Personen, welche dem Zweck der Nachprüfung dienen. Es ist jedoch die Zustimmung des vermeintlich Befragten notwendig.¹⁸⁵ Hingegen steht es der BWB zu Personen zu befragen, wobei diese sich nur auf die gesetzlich vorgeschriebenen Aussageverweigerungsrechte berufen können.¹⁸⁶

¹⁸³ Art 20-21 VO 1/2003 bzw § 12 WettbG; *Burrichter/Hennig* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht Band 1/Teil 2 Art 20 VO 1-2003 Rz 7 ff.

¹⁸⁴ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 20 Rz 35 § 11a Abs 1 Z 3 WettbG.

¹⁸⁵ Art 19 Abs 1 VO 1/2003.

¹⁸⁶ Vgl § 49 AVG; *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht³ 291.

5.8.3 AUSKUNFTSVERLANGEN

Mithilfe eines Auskunftsverlangens soll der relevante Sachverhalt ermittelt werden. Wichtige Kriterien in diesem Zusammenhang sind, dass die Auskünfte notwendig sind um den rechtlich bedeutenden Sachverhalt zu ermitteln.¹⁸⁷ Solche Auskunftsverlangen können sich nur an Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen richten, niemals jedoch an natürliche Personen.¹⁸⁸

5.8.4 UNTERSUCHUNG BESTIMMTER WIRTSCHAFTSZWEIGE

Es steht sowohl der Kommission als auch dem BWB zu Untersuchungen in bestimmten Wirtschaftszweigen durchzuführen, solange es berechtigte Vermutungen gibt, dass es in diesen Zweigen zu Wettbewerbseinschränkungen oder –verfälschungen gekommen ist.¹⁸⁹ Im Rahmen einer Untersuchung können Auskunftsverlangen beantragt werden.

Im Rahmen des Verfahrens steht es der Kommission frei eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedsstaates um Amtshilfe zu bitten.

Im Laufe des Verfahrens erfolgt ein Anhörungsverfahren, welches in seinen Grundzügen aus:

- der Weiterleitung der Beschwerdepunkte an die betroffene Organisation,
- der Stellungnahme zu den vorliegenden Punkten durch das Unternehmen und
- einer mündlichen Anhörung mit dessen Führung der Anhörungsbeauftragte betraut wurde,

besteht.

Nach Beendigung des Anhörungsverfahrens wird seitens der Kommission die Entscheidung getroffen,¹⁹⁰ welche einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden kann. In erster Instanz obliegt die Zuständigkeit bei dem Europäischen Gericht und in zweiter Instanz dem EuGH.

¹⁸⁷ Art 18 VO 1/2003; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 20 Rz 17 ff § 11a Abs 1 Z 3 WettbG.

¹⁸⁸ Art 18 VO 1/2003 bzw § 11 a WettbG; *Burrichter/Hennig in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht Band 1/Teil 2 Art 18 VO 1-2003 Rz 8 ff.

¹⁸⁹ Art 17 VO 1/2003 bzw § 2 Abs 1 Z 3 KartG.

¹⁹⁰ Art 7-10 VO 1/2003; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 20 Rz 45 ff.

Wie schon erwähnt, obliegt auf nationaler Ebene (Österreich) der Bundeswettbewerbsbehörde die Rolle als Aufgriffs- und Ermittlungsbehörde. Auch der Bundeswettbewerbsbehörde stehen die Nachprüfung, die Befragung, das Auskunftsverlangen sowie die Untersuchung von einzelnen Wirtschaftszweigen als Instrumente zur Verfügung. Wichtig zu erwähnen ist hingegen die Tatsache, dass die Entscheidungsbefugnis nicht der Wettbewerbsbehörde sondern dem Kartellgericht zukommt.

Im Hinblick auf Angelegenheiten, welche das Kartellrecht betreffen, fungiert das OLG Wien als Kartellgericht und in zweiter Instanz der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht. Prinzipiell nimmt das Kartellrecht die Tätigkeit nur auf Antrag wahr.¹⁹¹

Bei Geldbuße- und Zusammenschlussverfahren verfügen bloß die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt über eine Antragsberechtigung. In den übrigen Angelegenheiten sind zusätzlich noch die Amtsparteien¹⁹², in einem gewissen Ausmaß auch die gesetzlichen Interessensvertretungen¹⁹³ und all jene Organisationen sowie Unternehmensvereinigungen antragsberechtigt, welche ein wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an der Entscheidung aufweisen können.¹⁹⁴

Bei der Bundeswettbewerbsbehörde¹⁹⁵, oder auch BWB, handelt es sich um eine eigenständige Behörde, welche beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend vorzufinden ist. Bei Vorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls wird die betroffene Maßnahme durch die BWB vollzogen. Als Unterstützung dient die Wettbewerbskommission. Zu den Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde zählen die Recherche des relevanten Sachverhaltes und das in Gang bringen des Verfahrens vor dem Kartellgericht sowie die Inanspruchnahme der Parteistellung in diesem Verfahren. Der Bundeskartellanwalt zeichnet sich dadurch aus, dass er dem Bundesministerium für Justiz unterstellt ist und somit Weisungen unterliegt. Zu seinen Funktionen gehört, dass er in Wettbewerbsbelangen das öffentliche Interesse vertritt.

¹⁹¹ *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht³ 267.

¹⁹² Konkret: Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt.

¹⁹³ Konkret: die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs.

¹⁹⁴ § 36 KartG.

¹⁹⁵ Neuigkeiten über derzeitige Tätigkeiten abrufbar unter: www.bwb.gv.at (11.06.2018).

Im Rahmen eines Kartellverfahrens kommt es häufig vor, dass dem EuGH Vorabentscheidungsfragen vorgelegt werden. Am Ende des Verfahrens entscheidet das Kartellgericht mittels Beschluss, wobei gegen diesen bei dem Kartellobergericht Rekurs erhoben werden kann.

Hinsichtlich der Fusionskontrolle gibt es Besonderheiten in Bezug auf das Verfahren, welche einer Beachtung bedürfen. Im europäischen Bereich bedarf der Zusammenschluss beteiligter Unternehmen¹⁹⁶ einer Anmeldung¹⁹⁷ bei der Kommission. Innerhalb einer Zeitspanne von 25 Arbeitstagen¹⁹⁸ muss die Kommission eine Entscheidung treffen. Die Kommission kann zum Entschluss kommen, dass

- kein Zusammenschluss im Sinne des FKVO vorliegt,¹⁹⁹
- dass ein Zusammenschluss im Sinne des FKVO vorliegt, dieser jedoch mit dem Binnenmarkt vereinbar ist,²⁰⁰
- ein gesondertes Verfahren eingeleitet wird, welche die Frage prüfen soll ob der Zusammenschluss mit Blick auf den Binnenmarkt vereinbar ist.²⁰¹

Der Kommission stehen im Prüfungsverfahren zur Entscheidungsfindung 90 Arbeitstage²⁰² zur Verfügung.

5.9 AKTUELLE RECHTSENTWICKLUNGEN

Mithilfe der Kartellrechtsnovelle aus dem Jahr 2013 kam es zur Erweiterung der Kompetenzen der Bundeswettbewerbsbehörde im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen und erfolgte somit eine Anpassung an das europäische Kartellrecht. Die BWB legte in den vergangenen Jahren ihr Augenmerk auf vertikale Preisabsprachen und Beschränkungen des Online-Handels, weshalb eine Vielzahl von Hausdurchsuchungen durchgeführt wurde und Entscheidungen des Kartellgerichts gefallen sind.

¹⁹⁶ Vgl Art 4 Abs 2 FKVO.

¹⁹⁷ Art 4 Abs 1 FKVO.

¹⁹⁸ Art 10 Abs 1 FKVO; mittels eines Antrages kann eine Verlängerung auf 35 Arbeitstage gemäß Art 10 Abs 1 S 2 FKVO erfolgen.

¹⁹⁹ Art 6 Abs 1 lit a FKVO.

²⁰⁰ Art 6 Abs 1 lit b FKVO.

²⁰¹ Art 6 Abs 1 lit c FKVO.

²⁰² Art 10 Abs 3 FKVO; auch hier besteht eine Verlängerungsmöglichkeit.

Auch die EuK fokussiert sich auf die Beschränkungen im Online-Handel mithilfe von Sektoruntersuchungen.²⁰³

²⁰³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 26.3.2015. Abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4701_de.htm (Stand 27.6.2018)

6 DAS KARTELLRECHTS- COMPLIANCE

6.1 GRÜNDE ZUR VERMEIDUNG EINES KARTELLRECHTS- VERSTOßES

Ein Kartellrechtsverstoß birgt eine Vielzahl von negativen Auswirkungen für das Unternehmen:

- Die Wettbewerbsbehörde ist befugt beträchtliche Geldbußen zu verhängen;
- Kartellrechtswidrigen Vereinbarungen droht die Nichtigkeit;
- Imageschäden für das Unternehmen;
- Geschädigte Parteien können Schadenersatzansprüche geltend machen;
- Verhängung strafrechtlicher Sanktionen;
- Unternehmenswert kann reduziert werden;
- Kosten des Kartellverfahrens;
- Hoher Personaleinsatz bei einem langandauernden Kartellverfahren;

6.2 PRÄVENTION VON KARTELLRECHTSVERSTÖßEN

Dem Compliance Officer steht eine Vielzahl von möglichen Maßnahmen zur Verfügung um präventiv gegen Verstöße des Kartellrechts vorzugehen oder solche aufzudecken. Als praktikabel kann sich ein Compliance-Handbuch erweisen, welches auf die wichtigsten Problemstellungen ausgerichtet ist und hilfreiche Hinweise sowie Handlungsvorschläge enthält.

Ferner ist es wichtig in regelmäßigen zeitlichen Abständen Schulungen durchzuführen, mithilfe welcher die Schwerpunkte betreffend der Risikominimierung gesetzt werden können. Innerhalb des Unternehmens soll der Compliance Officer als Vertrauenspersonen gelten und erste Ansprechperson sein sollten sich Unklarheiten in einer für den Compliance-Bereich wichtigen Angelegenheit ergeben.

Außerdem ist es wichtig unternehmensinterne Richtlinien in regelmäßigen Abständen zu kontrollieren. Es besteht auch die Möglichkeit, dass der Compliance Officer ohne vorherige Vorwarnung eine interne Prüfung durchführt und so die Einhaltung relevanter Vorschriften überprüft. Dem Compliance Officer steht es auch frei eine externe Person, einen sogenannten Ombudsmann, zu bestellen, welcher sich zur Ver-

schwiegenheit erklären muss und sowohl von externen als auch unternehmensinternen Person Hinweise im Bezug auf mögliche Kartellrechtsverstöße erhält.

6.2.1 DER KARTELLRECHTSLEITFADEN

Ein sogenannter Kartellrechtsleitfaden kann sich als sehr praktisch erweisen, solange sich dieser auf das bestehende Risikoprofil des Unternehmens bezieht. In einem solchen Leitfaden sollen die Mitarbeiter verständlich in die Thematik des Kartellrechts eingeführt werden, indem die verschiedenen Bereiche kurz erklärt werden und somit ein Gespür dafür erhalten können, welche Konsequenzen bei einem kartellrechtswidrigen Verhalten zu erwarten sind. Außerdem sollte jedem Mitarbeiter klar vor Augen geführt werden, dass jeder Einzelne dafür Sorge zu tragen hat, dass die bestehenden Kartellrechtsvorschriften auch befolgt und eingehalten werden.

Ein großes Augenmerk soll auf den Umgang mit unternehmensfremden Personen, wie bspw Lieferanten oder Konkurrenten gelegt werden. Um dies den Mitarbeitern besser zu veranschaulichen, ist es sicherlich von Nutzen, wenn Fallbeispiele angeführt werden. Bezugnehmend auf das betroffene Unternehmen sollten jene Kartellrechtsrisiken erläutert werden, welche auf das Unternehmen zutreffen. Von weiterer großer Notwendigkeit ist es den Mitarbeitern für den Fall einer Hausdurchsuchung im Rahmen dieses Leitfadens im Vorfeld schon wichtige Hinweise und Empfehlungen bezüglich des Verhaltens mitzugeben.

6.2.2 DIE KARTELLRECHTSSCHULUNG

Die Schulung im Bereich des Kartellrechts soll eine Ergänzung zu den schriftlich vorliegenden Unterlagen sein. Mithilfe von Online-Schulungen kann zwar ein breites Spektrum an Mitarbeitern erreicht werden, dennoch sind Präsenzs Schulungen von essentieller Bedeutung. Vor allem bei diesen Schulungen ist zu beachten, wer diese Schulungen durchführt. Jene Person, welche mit den Schulungen betraut wurde, muss einerseits über das rechtliche Fachwissen verfügen und auch Kenntnis über das betroffene Geschäftsmodell besitzen, da nur so unternehmensspezifische Beispiele in die Schulung mit aufgenommen werden können. Ein weiterer Vorteil von solchen Präsenzs Schulungen ist, dass der Vortragende umgehend auf Fragen des Publikums eingehen kann, sollten diese gegeben sein. Außerdem ist zu beachten, dass bei den Schulungen die Gruppen eine gewisse Dimension nicht überschreiten. Meist soll mit

diesen Schulungen eine Verhaltensänderung bezweckt werden, indem das Verhalten in der Vergangenheit unter dem Aspekt von Compliance durchleuchtet wird.

6.2.2.1 WER SOLL GESCHULT WERDEN?

Damit die Kartellrechts-Compliance in einem Unternehmen erfolgreich und effizient tätig werden kann, ist es von großer Notwendigkeit, dass alle Mitarbeiter sensibilisiert werden. Um dies zu erreichen werden Schulungen und Workshops umgesetzt. Es ist notwendig, dass auch seitens der Geschäftsführung dieses Thema ernstgenommen wird. Da das Kartellrecht nicht für alle Abteilungen innerhalb des Unternehmens eine Rolle spielt, ist es wichtig, vor der Umsetzung der Schulung, diese Maßnahmen auf jene Personen zu begrenzen, welche mit diesem Thema schon in Berührung gekommen sind. Mitarbeiter, welche erst seit einem kürzeren Zeitraum dem Unternehmen zur Verfügung stehen, dürfen in dieser Angelegenheit nicht außer Acht gelassen werden und sind bei der nächsten Schulung einzubeziehen. Auch die Empfangsmitarbeiter sind bei solchen Schulungen einzuladen, da sie im Falle einer Hausdurchsuchung die ersten Ansprechpartner der Behördenvertreter sind. Die Teilnahme an einer Schulung ist zu dokumentieren.

7 SCHLUSSWORT

Die vorliegende Arbeit verfolgte den Zweck einen Überblick zum umfangreichen Bereich des Compliance schaffen und sollte die Wichtigkeit klar zum Vorschein bringen, weshalb sich ein Unternehmen mit diesem Gebiet auseinandersetzen sollte. Ferner wurde auf die Compliance-Risiken Bezug genommen und auf den Nutzen hingewiesen. Außerdem wurde Compliance im Rahmen des Kartellrechts betrachtet. Schlussendlich kann gesagt werden, dass wohl über kurz oder lang jedes Unternehmen von Klein- und Mittelbetrieben bis hin zu international tätigen Großkonzernen sich mit Compliance beschäftigen wird und das auch muss, da die heutige Gesellschaft sehr auf regelkonformes Verhalten der Unternehmen achtet und durch die Einhaltung bsw Reputationsschäden vermieden werden können. Außerdem können Compliance-Maßnahmen präventiv in Bezug auf andere Konsequenzen wirken (z.B. enorme Geldbußen).

Für Unternehmen, welche sich derzeit in der Anfangsphase in dieser Angelegenheit befinden, ist es von hoher Wichtigkeit, dass sowohl die Geschäftsführung als auch das Management gleich zu Beginn miteingebunden werden, da so die gewährleistet wird, dass die später resultierenden Compliance-Maßnahmen bereitwilliger mitgetragen werden. Es gibt keine CMS-Lösung, die auf alle Unternehmen unterschiedlicher Art anwendbar ist. Jedes CMS ist individuell auf Basis des betroffenen Unternehmens zu entwickeln und anzupassen. Mit der Identifizierung und Gewichtung der bestehenden Compliance-Risiken sollte begonnen werden, da Compliance, wie in der Arbeit erwähnt, der Reduzierung von Haftungs- und Reputationsrisiken dienen soll. Damit ein effizientes Funktionieren des CMS gewährleistet wird, müssen relevante Elemente in einem solchen System gegeben sein:

- Sowohl die Geschäftsführung als auch die Führungskräfte nehmen eine Vorbildfunktion ein,

- Gewährleistung der Compliance bei Geschäftspartnern,
- Kommunikation, Schulungen und das Bestehen von Verhaltensgrundsätzen
- Die laufende Überwachung und Bestrafung von Compliance-Verstößen,
- die stetige Kontrolle und Anpassung des CMS

Um die Aufgaben bestmöglich wahrzunehmen ist es wichtig, dass eine klare Struktur vorherrscht und eine klare Trennung zwischen den Bereichen der Geschäftsführung, des Compliance-Bereichs, dem operativen Management und den helfenden Bereichen besteht. Außerdem ist es wichtig, dass die Mitarbeiter ein Gefühl für das ganze Thema bekommen und bei der Einhaltung der externen und internen Regelungen sowie Vorschriften „mithelfen“. Es ist essentiell, dass das Personal bspw eine hausinterne Compliance-Abteilung nicht als eine Art interne Staatsanwaltschaft erlebt wird, sondern als Hilfestellung oder erste Anlaufstelle sollten sich Fragen ergeben.

Compliance spielt in einer Vielzahl von diversen Rechtsgebieten eine bedeutsame Rolle wie z.B. im Arbeitsrecht, im Bankenrecht oder auch Kartellrecht. In der vorliegenden Arbeit wurde das Augenmerk auf das Kartellrecht gelegt, da es ein sehr interessantes Rechtsgebiet ist und die Möglichkeiten der Sanktion bei Vorliegen eines Gesetzesverstoßes enorme Folgen für das Unternehmen nach sich ziehen können. Heutzutage kann ein gut funktionierendes CMS als Wettbewerbsvorteil gewertet werden.

Klar ist jedenfalls, dass ein CMS ein dynamisches System ist, welches sich regelmäßig an die geänderten Umstände anzupassen hat und aus diesem Grunde einer Überwachung und Überprüfung unterworfen werden muss.

Somit kann festgehalten werden, dass Compliance sowohl in der Gegenwart als auch in der Zukunft eine maßgebende Rolle spielt und spielen wird.

8 LITERATURVERZEICHNIS

- Bassen, Jastram, & Meyer. (2005). Corporate Social Responsibility: Eine Begriffserläuterung. *zfwu*, S. 234.
- Becker, W. (2011). *Compliance-Management im Mittelstand*. Otto-Friedrich-Universität.
- Cordes, N. (2016). *Die Compliance-Organisation in der GmbH*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Eckel, M., & Sartor, R. (2017). *Praxisleitfaden Kartellrechts-Compliance*. Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG.
- Gnädinger, & Steßl. (2012). Im Blickpunkt: Akzeptanz von Compliance Management-Systemen auf Mitarbeiterenebene. *BB*.
- Hauer. (2012). *CFO aktuell*, S. 52.
- Jäger, Rödl, & Campos, N. (2009). *Praxishandbuch Corporate Compliance*. Wiley-VCH.
- Josef Wieland, R. S. (2014). *Handbuch Compliance-Management - Konzeptionelle Grundlagen, praktische Erfolgsfaktoren, globale Herausforderungen*. Erich Schmidt Verlag.
- Kark, A. (2013). *Compliance-Risikomanagement - Früherkennung, Prävention und operative Umsetzung*. München: C.H.BECK.
- Koenig, C., & Schreiber, K. (2010). *Europäisches Wettbewerbsrecht*. Utb GmbH.
- Kofler-Senoner, B. (2016). *Compliance-Management für Unternehmen, Prävention und Krisenmanagement*. Verlag Österreich.
- Leisinger. (2003). *Whistleblowing und Corporate Reputation Management*. Dr. Rainer Hampp.
- Lewisch, P. (2012). *Zauberwort Compliance?* Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH.
- Löffler, Ahammer, Kerschbaumer, & Nayer. (2011). *Handbuch zum Internen Kontrollsystem*. Linde Verlag.
- Lösler, T. (09. 02 2005). Das moderne Verständnis von Compliance im Finanzmarktrecht. *NZG*, S. 104 ff.
- Lucius. (2013). Nachhaltige Veranlagungen - Entwicklungen in der Veranlagungspraxis. *ÖBA*, S. 847.

- Mestmäcker, E.-J., & Schweitzer, H. (2014). *Europäisches Wettbewerbsrecht*. C. H. Beck.
- Meyer. (2014). *DB*, S. 1063.
- Paine. (1994). Managing for Organizational Integrity. *Harvard Business Review*, S. 106.
- Reidlinger, A., & Hartung, I. (2014). *Das österreichische Kartellrecht*. Linde Verlag.
- Sabine Urnik, W. J. (2015). *Gesellschaftliche Verantwortung und Gemeinwohl als Unternehmensziele*. Manz'sche.
- Schick, P. J., & Hilf, M. (2007). *Kartellstrafrecht: Das Spiel vom Fragen*. Manz Verlag Wien.
- Schubert. (2013). *Konzeptionierung und Implementierung eines Compliance-Systems*. VDM Verlag Dr. Müller.
- Schultze, J.-M. (2013). *Compliance-Handbuch Kartellrecht*. Recht Und Wirtschaft GmbH.
- Teichmann. (2014). *Compliance - Rechtliche Grundlagen für Studium und Unternehmenspraxis*. München: C.H.Beck-Verlag.
- Wecker, G., & Ohl, B. (2013). *Compliance in der Unternehmerpraxis - Grundlagen, Organisation und Umsetzung*. Gabler.
- Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, K. A. (2016). *Das wirksame Compliance-Management-System*. Herne: NWB Verlag GmbH & Co. KG.

9 ZUSAMMENFASSUNG

Immer mehr Unternehmen – sowohl Klein- und Mittelunternehmen als auch internationale Konzerne – werden mit Compliance konfrontiert. Mithilfe dieser Arbeit soll das weitreichende Thema Compliance sowie der Anknüpfungspunkt zum Kartellrecht näher erläutert werden. Die vorliegende Arbeit wird grundsätzlich in drei große Bereiche aufgeteilt: Compliance, Kartellrecht und Kartellrechts-Compliance.

Der erste Abschnitt, welcher sich auf Compliance fokussiert, enthält unter anderem Informationen darüber, was unter diesem Begriff verstanden wird und welche wirtschaftlichen und rechtlichen Gründe eine Rolle für den Bedeutungszuwachs von Compliance spielen. Außerdem wird auch auf die Vorteile und Kosten eines solchen Vorhabens eingegangen. Welche Elemente für ein effektives CMS notwendig sind, wird in der vorliegenden Arbeit definiert.

Der zweite Abschnitt befasst sich mit dem Kartellrecht. Es wird zunächst auf die rechtlichen Grundlagen Bezug genommen, einzelne Tatbestände werden erläutert und aktuelle Rechtsentwicklungen berücksichtigt. Ferner werden die Vollzugsbehörden innerhalb Österreichs und der Europäischen Union behandelt.

Abschließend wird auf die Kartellrechts-Compliance eingegangen und die Frage beantwortet, weshalb es als sinnvoll gilt, Kartellrechtsverstöße zu vermeiden und wie man solchen vorbeugen kann.

10 ABSTRACT

More and more companies - small and medium-sized enterprises as well as international corporations - are confronted with compliance. This thesis shall help to explain the far-reaching topic of compliance and also the connecting factor to antitrust law. The present work is divided into three major sections: compliance, antitrust law and antitrust compliance.

The first section, which focuses on compliance, contains information on what is meant by this term and which economic and legal reasons play a role in the increase in the importance of compliance. It also discusses the benefits and costs of such a project. The elements that are necessary for an effective CMS are defined in this paper.

The second section deals with antitrust law. It will first be referred to the legal basis, individual facts will be explained and current legal developments taken into account. Furthermore, the enforcement authorities are dealt with within Austria and the European Union.

The last section dealt with antitrust compliance and answers the question why it makes sense to avoid antitrust violations and how to prevent them.