

International Compliance Update

1/2018

In unserem "International Compliance Update" stellen wir aktuelle Entwicklungen in der internationalen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis im Bereich Compliance vor. Der Schwerpunkt liegt dabei auf deren Relevanz für den deutschen Rechtsraum.

Sonderthema

Wie bereitet man sich auf ein Monitorship vor?

Nicole Willms / Clemens Blettgen

- Unternehmen, die gegen den *Foreign Corrupt Practices Act* von 1977 ("**FCPA**") oder ähnliche internationale Compliance-Vorschriften verstoßen haben, sehen sich zunehmend mit sogenannten *Deferred* oder *Non-Prosecution Agreements* ("**DPAs**" bzw. "**NDA**s") konfrontiert. Diese verpflichten die straffällig gewordenen Unternehmen oft, neben den auferlegten Bußgeldern auch einen unabhängigen Compliance-Monitor einzusetzen, der die verschiedenen Bestandteile des Compliance-Programms des Unternehmens bewertet.
- Hui Chen, Compliance-Expertin und ehemalige Beraterin des US-Justizministeriums ("**DoJ**"), sprach bei der ersten *Pohlmann & Company Compliance Roundtable Discussion* im September in München über ihre entsprechenden Erfahrungen beim DoJ und die Kriterien, die ihrer Meinung nach ein robustes und nachhaltiges Compliance-Programm ausmachen.
- Neben diesen Ausführungen und den Richtlinien der US-Behörden und anderer Institutionen verfügt Pohlmann & Company selbst über umfangreiche Einblicke und Erfahrungen hinsichtlich dieser Anforderungen – sowohl aus Sicht des Unternehmens als auch aus der Sicht des Monitors.

>>>

Weitere Themen:

S. Petri / N. Neumann

| **Entwicklungen von Deferred Prosecution Agreements (DPAs) und Non-Prosecution Agreements (NPA)**

D. Abrokwa / C. Meckenstock

| **Bußgeldminderung und andere Anreize für Unternehmen mit Compliance Management Systemen**

Das International Compliance Update können Sie [hier](#) abonnieren.

Mit dem signifikanten Anstieg von Monitorships im Rahmen von Deferred- oder Non-Prosecution-Agreements ("DPAs" oder "NDAs")¹ stellt sich heutzutage für immer mehr Unternehmen die Frage, wie sie sich bestmöglich auf ein (möglicherweise) bevorstehendes Monitorship vorbereiten können. Eine Frage, die die ehemalige DoJ-Compliance-Expertin Hui Chen nur allzu gut kennt. Über ihre Sichtweise und Erfahrungen mit den US-Behörden berichtete sie ausführlich im Rahmen der ersten "Pohlmann & Company Compliance Roundtable Discussion" am 14. September 2017 in München. Ergänzend dazu stellt dieser Artikel die eigenen Erfahrungen der Berater von Pohlmann & Company auf diesem Gebiet vor – sowohl auf Unternehmensseite als auch aus der Perspektive als Monitor.

Das Konzept eines Monitorships

Die Grundidee eines Monitorships ist im sogenannten "Morford Memorandum"² von 2008 festgelegt, das nach dem damals amtierenden stellvertretenden US-Justizminister Craig S. Morford benannt ist. Es erläutert neun Prinzipien³, die für den gesamten Prozess des Monitorships gelten und in drei Schwerpunktbereiche aufgeteilt sind:

Auswahl des Monitors

Die wesentlichen Auswahlkriterien für einen Monitor bilden die Qualifikation der betreffenden Person sowie das Nicht-Vorliegen von Interessenkonflikten. In vielen Fällen kann die Erfüllung dieser allgemeinen Kriterien kompli-

zierter sein, als man es zunächst annehmen würde. In der Regel verfügen verschiedene Personen über das notwendige Wissen und die Fachkenntnisse, die für das Mandat erforderlich sind (hierzu zählen beispielsweise Sprachkenntnisse und industriespezifische Erfahrung). Allerdings haben oder hatten diese Personen oder jedenfalls die mit diesen Personen verbundenen Firmen bzw. Kanzleien oftmals bereits Geschäftsbeziehungen mit dem relevanten Unternehmen.

Grundsätzlich wünscht sich keines der Unternehmen, das mit einem Monitorship konfrontiert ist, einen langwierigen Auswahlprozess, weil möglicherweise zusätzliche Bußgelder drohen und es so schnell wie möglich aus dem Monitorship entlassen werden möchte. Gleichwohl gibt die Zeit des Auswahlprozesses dem Unternehmen Gelegenheit, sich auf das Monitorship vorzubereiten und sein Compliance-Programm proaktiv zu verbessern, bevor der Monitor eintrifft und mit seiner Bewertung beginnt.

Umfang der Aufgaben

Der festgelegte Umfang des Monitorships ist entscheidend für die Zusammenarbeit zwischen dem Unternehmen und dem Monitor. Da der Monitor völlig unabhängig zu sein hat, agiert er weder als verlängerter Arm der US-Behörden noch ist er Berater des Unternehmens. Auch wenn sich das Unternehmen und der Monitor dieser strikten Anwendung des Prinzips der Unabhängigkeit bewusst sein müssen, ist es im Hinblick auf den Erfolg des Monitorships erstrebenswert, eine kooperative Atmosphäre zwischen dem Unternehmen und dem Monitor zu schaffen, volle Transparenz zu gewährleisten und etwaiges Taktieren zu vermeiden.

Die Hauptaufgabe eines Monitors wird in der Regel explizit in dem jeweiligen DPA oder NDA festgelegt: Er soll das Risiko, dass sich das ursprüngliche Fehlverhalten des Unternehmens wiederholt, minimieren. Bei einigen Monitorships muss der Monitor abschließend bestätigen, dass das Compliance-Programm des Unternehmens in dieser Hinsicht wirksam ist.

¹ Zu dieser Thematik finden sich weitere Ausführungen in: S. Petri / N. Neumann: "Entwicklungen von Deferred Prosecution Agreements (DPAs) und Non-Prosecution Agreements (NPA)" in dieser Ausgabe.

² Abrufbar unter:

<https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>

³ Die neun Prinzipien: (1) Qualifikation und Nicht-Vorliegen von Interessenkonflikten, (2) Unabhängigkeit des Monitors, (3) Hauptaufgabe des Monitors, (4) zusätzliche Aufgaben des Monitors, (5) Kommunikation und Berichte, (6) Umsetzung von Empfehlungen durch das Unternehmen, (7) Meldung von bislang nicht offengelegten oder neuem Fehlverhalten, (8) Dauer des Monitorships und (9) Verlängerung oder vorzeitige Beendigung des Monitorships.

Auch wenn der Monitor kein Ermittler ist, muss er die Behörden über jedes zuvor nicht offengelegte oder neue Fehlverhalten informieren, das ihm im Zuge des Monitorships bekannt wird.

Häufiger Grund für Diskussionen zwischen dem Monitor und dem Unternehmen sind die Empfehlungen, die der Monitor dem Unternehmen in seinen Berichten zur Verbesserung des Compliance-Programms gibt. Diese Empfehlungen müssen vom Unternehmen umgesetzt werden – oftmals innerhalb eines kurzen Zeitraums. Sie sollten aber zugleich nicht unangemessen belastend sein. Das Unternehmen hat die Möglichkeit, gegen die Empfehlungen des Monitors Beschwerde bei den Behörden einzulegen. Wie bereits erwähnt sollte es aber das Ziel sowohl des Monitors als auch des Unternehmens sein, einen kooperativen Ansatz zu verfolgen und die Umsetzbarkeit etwaiger Empfehlungen bereits vor der Abgabe des Berichts zu klären. Auf diese Weise kann das Unternehmen ohne Verzögerungen mit der Umsetzung der Empfehlungen beginnen, statt sich in Eskalationsprozesse zu vertiefen. So können auch die Probleme vermieden werden, die auftreten, wenn die Behörden im Streitfall entscheiden, dass die Empfehlungen des Monitors nicht angemessen bzw. nicht dem Zweck der Vereinbarung zwischen dem Unternehmen und den Behörden entsprechen.

Dauer

Oftmals beträgt die Standardlaufzeit für ein Monitorship drei Jahre. Das Monitorship beginnt mit einer ersten Beurteilung des Compliance-Programms und der Erstellung eines ersten Berichts, der entsprechende Empfehlungen enthält. Daran schließen sich mehrere Folgeprüfungen an mit dem Ziel, die ordnungsgemäße Umsetzung der früheren Empfehlungen zu überprüfen und gegebenenfalls neue Empfehlungen auszusprechen. Die Dauer des Monitorships sollte so bemessen sein, dass alle Parteien darauf vertrauen können, dass das Compliance-Programm des Unternehmens letztlich ein effektives und nachhaltiges Niveau erreicht. Für den Fall, dass der Monitor das Compliance-Programm des Unternehmens am Ende der ursprünglich definierten Laufzeit nicht als vollumfänglich

effektiv einschätzt, sehen die DPAs/NPAs in der Regel eine Option zur Verlängerung des Monitorships vor.

Erwartung seitens der Behörden und anderer Institutionen

Was also können Unternehmen tun, um sich auf ein Monitorship vorzubereiten, beziehungsweise auf welche Art von Prüfung müssen sie sich einstellen? Während die spezifischen Themen, auf die sich der Monitor konzentriert, individuell von der Vereinbarung zwischen dem Unternehmen und den Behörden abhängen, können die Unternehmen davon ausgehen, dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit anhand der Vorgaben des *Resource Guide to the FCPA*⁴ beurteilt werden.

Darin werfen DoJ und SEC drei Schlüsselfragen auf: *"Ist das Compliance-Programm des Unternehmens gut konzipiert? Wird es nach bestem Wissen angewandt? Ist es effektiv?"*⁵ Der *Resource Guide* legt auch zehn Merkmale fest, die ein effektives Compliance-Programm ausmachen, welche im Folgenden ausführlich erläutert werden. Außerdem erläutert dieser Artikel auch die Anfang 2017 veröffentlichten, detaillierten und von vielen Praktikern begrüßten Leitlinien des DoJ⁶ zu den elf Elementen, die es bei der Bewertung eines Compliance-Programms als unerlässlich erachtet. Diese Leitlinien fassen einige Beispielfragen zusammen, die das DoJ bezüglich dieser Elemente stellt. Die nachfolgende Auflistung der Schlüsselemente eines effektiven Compliance-Programms orientiert sich an dieser Leitlinien-Struktur. Es existieren darüber hinaus noch weitere Informationsquellen, wie die *Integrity Compliance Guidelines* der Weltbank-Gruppe⁷ und die *US Sentencing Guidelines*, § 8 B 2.1⁸,

⁴ Abrufbar unter: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>

⁵ FCPA Resource Guide, S. 56.

⁶ US Department of Justice, Criminal Division, Fraud Section, *"Evaluation of Corporate Compliance Programs"*; abrufbar unter:

<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

⁷ Abrufbar unter:

http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Integrity_Compliance_Guidelines.pdf

⁸ Abrufbar unter:

die im folgenden Überblick über die Kriterien eines wirksamen Compliance-Programms berücksichtigt wurden.

Die Schlüsselemente eines effektiven Compliance-Programms

Analyse und Beseitigung des zugrunde liegenden Fehlverhaltens

Wie bereits erwähnt, ist eine der wichtigsten Aufgaben des Monitors, das Wiederauftreten des zugrunde liegenden Fehlverhaltens zu verhindern. Das DoJ erwartet deutliche Verbesserungen im Hinblick auf das gesamte Compliance-Programm des Unternehmens, insbesondere natürlich in dem Bereich, in dem das Fehlverhalten aufgetreten ist. So sollte neben internen Untersuchungen eine Ursachenanalyse durchgeführt werden, um systematische Defizite im Compliance-Programm aufzudecken und zu beseitigen. Das Unternehmen muss konkrete Lehren aus dem aufgedeckten Fehlverhalten ziehen und diese auf alle relevanten Elemente seines Compliance-Programms anwenden.

Top-Management und mittlere Führungsebene

Wenn es um den persönlichen Einsatz der Führungskräfte auf den höheren und mittleren Führungsebenen in Bezug auf das Compliance-Programm geht, konzentrieren sich die Unternehmen oft auf den sog. "Tone-at-the-top". Das DoJ und Hui Chen heben stattdessen den Begriff "Conduct-at-the-top" hervor: Es geht nicht nur um das gesprochene Wort der Führungskräfte, sondern vielmehr um deren Handeln und Vorleben im Geschäftsalltag. Das Management muss sich in vehemente, expliziter und sichtbarer Form für die Einhaltung der Gesetze und der internen Vorgaben und Richtlinien einsetzen. Zwar werden sich Mitarbeiter auch die mündlichen Aufforderungen des Managements anhören, doch letztendlich wird ihnen nur das eigene Handeln der Manager das nötige Vertrauen in die Prozesse geben und eine praktische Anleitung bieten, wie sie die Compliance-Grundsätze bei ihren täglichen To-dos anwenden können. Entscheidend sind dabei nicht nur das Top-Management des Un-

ternehmens, sondern vor allem auch die Führungskräfte auf der mittleren Ebene.⁹ Denn diese können durch ihre tägliche Interaktion mit den Mitarbeitern eine wesentlich breitere Basis erreichen und somit als Vorbilder in Sachen Ethik und Compliance fungieren.

Darüber hinaus wird eine ethische Unternehmenskultur als tragende Säule für das Compliance-Programm eines Unternehmens angesehen. Ein Unternehmen sollte anhand von entsprechenden Anreizen signalisieren, dass es ethisches Verhalten erwartet. Die höhere und mittlere Führungsebene sollte regelmäßig in klarer, verständlicher und eindeutiger Weise vermitteln, dass es keine Toleranz für jedes Compliance-Fehlverhalten gibt. Doch wie kann man diese schwer greifbare Unternehmenskultur messen? Chen empfiehlt: "Gehen Sie als Compliance Officer durch das Unternehmen und suchen Sie Gespräche mit beliebig ausgewählten Mitarbeitern. Diese werden Ihnen ein Gefühl für die Unternehmenskultur und die Reife Ihres Compliance-Programms geben."

Das Engagement der hohen und mittleren Führungsebenen sollte nicht nur sichtbar sein, sondern sich auch in einer Compliance-Strategie manifestieren. Eine solche Strategie sollte kein internes Arbeitspapier der Compliance-Funktion und nicht nur eine "Check-the-Box"-Maßnahme sein, sondern ebenfalls vom Top-Management des Unternehmens anerkannt, verantwortet und vorangetrieben werden. Sie sollte konkret messbare Meilensteine festlegen, aus denen der operative Compliance-Plan des Unternehmens entsteht. "Es gibt kein allgemeines Rezept für alle Unternehmen", erklärt Chen. Unternehmen sollten sich deshalb auf ihre spezifischen Compliance-Risiken und Herausforderungen konzentrieren, die durch (nachfolgend noch erläuterte) Risikoanalysen identifiziert werden können.

Das Unternehmen sollte auch bestrebt sein, sein Engagement durch regelmäßige Kommunikation mit allen Stakeholdern nach außen zu zeigen, z.B. über seine Website, wo eine Erklärung des CEO platziert werden kann, um

<https://www.usc.gov/guidelines/2015-guidelines->

manual/2015-chapter-8

⁹ FCPA Resource Guide, S. 57.

die Verantwortung des Managements nicht nur intern, sondern auch extern zu demonstrieren.

Unabhängigkeit und Ressourcen

Ein Unternehmen muss sicherstellen, dass seine Compliance-Funktion insbesondere auch unabhängig von allen anderen wichtigen Kontrollfunktionen ist. Die Schnittstellen zwischen der Compliance-Funktion und anderen Kontrollfunktionen sollten klar definiert sein, um Überschneidungen zu minimieren und negative Kompetenzkonflikte zu vermeiden. Gleichzeitig muss darauf geachtet werden, dass im Unternehmen keine funktionalen oder regionalen Silos entstehen. Im Gegenteil sollte eher auf Synergien geachtet werden. Laut Chen kann die Compliance-Funktion hierbei einen wichtigen Beitrag leisten: *"Als 'Integrator' aller Funktionen im Unternehmen dient Compliance nicht mehr nur dazu, sich gegen etwaige rechtliche Maßnahmen zu wehren oder Fehlverhalten zu verhindern und aufzudecken. Stattdessen fungiert sie als Wegbereiter und Hüter der Werte und Missionen des Unternehmens in allen Aspekten des Geschäfts – wie ein Unternehmen mit seinen Lieferanten und Partnern umgeht, reflektiert ebenso viel über das Unternehmen selbst wie über dessen Umgang mit den Kunden und darüber, wie ein respektvoller Arbeitsplatz direkt für einen produktiven Arbeitsplatz relevant ist."*¹⁰

Um die Reputation und Wahrnehmung der Compliance-Funktion innerhalb eines Unternehmens zu verbessern, sollten alle Mitarbeiter mit den Rollen, Verantwortlichkeiten und Kompetenzen der Compliance-Funktion sowie deren einzelner Mitarbeiter vertraut sein. Ebenso sollten Compliance-Mitarbeiter in allen Phasen wichtiger Transaktionen involviert sein. Um das Vertrauen der operativen Funktionen und anderer Kontrollfunktionen zu erlangen, müssen persönliche Beziehungen aufgebaut werden. Hierbei sind unternehmerische Fähigkeiten der Compliance-Verantwortlichen und ein gleichbleibender Ansprechpartner von besonderer Wichtigkeit.

¹⁰ Chen, Hui (13. Dezember 2017): *Rethinking Risk and Compliance*; retrieved from: <https://www.bna.com/rethinking-risk-compliance-n73014473314/>.

Unternehmen sollten sicherstellen, dass der Chief Compliance Officer ("**CCO**") direkt an den CEO und den Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat berichtet, einschließlich dessen Unterausschüsse, wie beispielsweise den Prüfungsausschuss¹¹. Die hierdurch erreichte Unabhängigkeit und Autonomie muss sich auch in einer angemessenen personellen Ausstattung der Compliance-Funktion widerspiegeln¹², und zwar nicht nur in Bezug auf die Anzahl der Personen, sondern auch in Bezug auf deren Erfahrung, Fachwissen und Betriebszugehörigkeit. Ein CCO sollte die Rollen und Verantwortlichkeiten jedes einzelnen Teammitglieds innerhalb der Compliance-Funktion klar definieren und kommunizieren. Im Hinblick auf die maßgeblichen Eigenschaften eines CCOs hat Chen klare Vorstellungen: *"Ich erwarte soziale Kompetenz, gesunden Menschenverstand und Rückgrat."* Diese Eigenschaften sind nicht nur wichtig, um in schwierigen Situationen bestehende Berichtswege auch tatsächlich zu nutzen, sondern auch um eine angemessene Positionierung der Compliance-Funktion im Unternehmen, insbesondere im Verhältnis zu anderen Funktionen, zu gewährleisten.

Darüber hinaus sollte das Unternehmen seine Compliance-Funktion mit einem eigenen Budget ausstatten. Da es für ein Unternehmen von entscheidender Bedeutung ist, interne Fähigkeiten insbesondere in Bezug auf individuelle Compliance-Risiken und Erfahrungen aufzubauen, sollte ein solches Compliance-Budget keinesfalls nur dazu verwendet werden, die meisten oder sogar alle Compliance-Aufgaben an externe Anwälte oder Berater auszulagern.

Richtlinien und Prozesse

Ein Unternehmen sollte über ein solides Compliance-Regelwerk verfügen, das in Abhängigkeit von seinem Geschäftsmodell und seiner geografischen Präsenz auf seine Risikoexposition zugeschnitten ist. Den Grundpfeiler eines solchen Compliance-Regelwerks bildet der Verhaltenskodex (*Code of Conduct*), der zugleich die Basis für alle weiteren Richtlinien

¹¹ FCPA Resource Guide, S. 58.

¹² Abschnitt 2.3 der World Bank Group Integrity Compliance Guidelines.

und Verfahren ist. Dieser sollte anschaulich, klar und strukturiert verfasst und gestaltet sein, bestenfalls ergänzt mit Praxisbeispielen. Der Verhaltenskodex sollte außerdem sowohl den internen als auch den externen Stakeholdern klar kommuniziert werden und leicht zugänglich sein. Da ist gegebenenfalls auch die Bereitstellung in verschiedenen Landessprachen erforderlich. In Abhängigkeit von der operativen Tätigkeit des Unternehmens sind aus dem Verhaltenskodex gegebenenfalls weitere detailliertere Richtlinien und Verfahren, wie beispielsweise eine Richtlinie zum geschäftlichen Umgang mit Amtsträgern, abzuleiten. Es versteht sich von selbst, dass konzernweit geltende Regelungen teilweise angepasst werden müssen, um auch den lokalen gesetzlichen Anforderungen gerecht werden zu können. Auch müssen alle weitergehenden Richtlinien klar, verständlich und leicht zugänglich vermittelt und lokal implementiert werden, denn nur so bilden sie gemeinsam unter dem Schirm des Verhaltenskodex ein einheitliches und robustes "House of Policies".

Für ein Unternehmen wird es jedoch entscheidend sein, nicht nur die Existenz angemessener Richtlinien und Prozesse zu gewährleisten, sondern auch sicherzustellen, dass diese von allen Mitarbeitern im gesamten Unternehmen richtig verstanden und effektiv umgesetzt werden. Laut Chen müssen Unternehmen darauf achten, nicht "*lediglich ein papierbasiertes Compliance-Programm einzuführen*". Natürlich werden nicht alle Richtlinien von allen Mitarbeitern gelesen, aber die Mitarbeiter sollten zumindest wissen, wo diese zu finden sind oder an wen sie sich für Beratung und Unterstützung in Compliance-Fragen wenden können. Chen betont, dass jede dieser Fragen, die sich im Zusammenhang mit den Richtlinien und Verfahren eines Unternehmens stellt, als Hinweis darauf verstanden werden sollte, dass diese möglicherweise einer Überarbeitung bedürfen. Da sich die Geschäftsrisiken ständig weiterentwickeln und sich im Laufe der Zeit verändern, sollten Unternehmen einen kontinuierlichen Prüfungs- und Anpassungsprozess in Bezug auf ihr Regelwerk einrichten.

Risikoanalyse

Compliance-Risikoanalysen helfen dem Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat, dem Management sowie der Compliance-Funktion, sich auf die wesentlichen Compliance-spezifischen Risiken zu konzentrieren und darauf abgestimmte adäquate Gegenmaßnahmen zu definieren, insbesondere mit Blick auf Präventions- oder Schadensminderungsmaßnahmen und deren Nachverfolgung. Chen zufolge sollte die Identifizierung dieser Risiken als Chance gesehen werden: "*Wie wäre es, wenn wir den Begriff des Risikos neu definieren, als 'alles, was das Unternehmen daran hindern könnte, sein Potenzial zu realisieren, seine Aufgaben zu erfüllen oder seine Werte zu leben?' Mit anderen Worten: Anstatt das Risikomanagement als Reaktion auf externe Faktoren zu verstehen, betrachten Sie es als proaktive Beseitigung von Hindernissen für die intern gesetzten Ziele.*"¹³ Risikoanalysen sind somit ein entscheidendes Instrument zur Bestimmung der richtigen Zuteilungen von Ressourcen und der Priorisierung von Handlungsfeldern. "*Unternehmen im Allgemeinen sowie Compliance-Abteilungen im Besonderen sollten Daten verwenden und sich die Frage stellen: 'Welche Daten weisen uns auf die Compliance-Risiken in unserem Unternehmen hin?'*", sagt Chen. Eine regelmäßige Neubewertung dieser Compliance-Risiken ist erforderlich, um das sich ständig verändernde Umfeld des Unternehmens zu verstehen, angemessen auf Veränderungen zu reagieren sowie um das Unternehmen an die sich ständig weiterentwickelnden Compliance-Risikofaktoren anzupassen. Bezüglich aller Risikoanalysen muss ein Unternehmen aber stets eine wesentliche Grundregel beachten: Geschäftsrisiken können nach dem unternehmerischen Ermessen der Geschäftsführung, basierend auf der individuellen Risikoneigung und den Schwellenwerten des Unternehmens, akzeptiert und eingegangen werden. Risiken bezüglich Rechtsverstößen müssen jedoch im Sinne einer Null-Toleranz-Politik bestmöglich verhindert werden (Legalitätspflicht).

¹³ Chen, Hui (13. Dezember 2017): *Rethinking Risk and Compliance*; abrufbar unter: <https://www.bna.com/rethinking-risk-compliance-n73014473314/>

Schulungen und Kommunikation

Wie bereits dargestellt, sollte ein Unternehmen seine Richtlinien und Prozesse nicht nur allen Mitarbeitern zur Verfügung stellen, sondern auch sicherstellen, dass diese verstanden werden. Dies setzt voraus, dass die Mitarbeiter bezüglich der Richtlinien und Prozesse geschult werden und kurzfristig bedarfsgerechte Unterstützung bezüglich etwaiger Fragen erhalten können.¹⁴

Dies kann auf zwei Wegen erreicht werden: Durch regelmäßige Schulungen sowie eine Helpline-Funktion. Die Schulung jedes Mitarbeiters sollte angepasst an seine individuelle Risikoexposition, in einer für ihn verständlichen Sprache und auch sonst in einer anschaulichen und mit Praxisbeispielen untermauerten Weise erfolgen. Ein effektives Schulungskonzept setzt daher einen risikobasierten Ansatz voraus: Es gilt, einzelne Risikogruppen zu identifizieren und die Schulungsinhalte sowie Häufigkeit und Art der Schulung (entweder Präsenz- oder Online-Schulung) genau auf die jeweiligen Zielgruppen abzustimmen. Hierzu gehören neben den Mitarbeitern oftmals auch ausgewählte Geschäftspartner des Unternehmens. Nach dem *FCPA Resource Guide* muss ein Unternehmen *"regelmäßige Schulungen für alle Führungskräfte, alle Mitarbeiter in Führungs- oder Vertrauenspositionen, alle sonstigen Mitarbeiter in Positionen, die aufgrund anderweitiger Berührungspunkte zu Korruptionsrisiken eine solche Schulung benötigen, sowie erforderlichenfalls auch für Beauftragte oder andere risikobehaftete Geschäftspartner anbieten"*.¹⁵ Darüber hinaus müssen Compliance-Schulungen Teil des Onboarding-Prozesses für neue Mitarbeiter sein. Die Teilnahme der jeweiligen Personen an den Schulungen sollte erfasst und im Anschluss an die Schulungen Feedback eingeholt werden, um diese kontinuierlich zu verbessern. Eine weitere Maßnahme zur Beurteilung der Wirksamkeit der Schulung sind Tests, die im Anschluss an oder während der Schulung den Wissensstand der Mitarbeiter ermitteln und somit helfen können, jene Bereiche zu ermitteln, die zusätzlichen Schulungsaufwand erfordern.

¹⁴ FCPA Resource Guide, S. 59.

¹⁵ US Sentencing Guidelines § 8 B.2.1 (b) (4).

Neben dem regulären Schulungsplan sollte ein Unternehmen eine Helpline nicht nur für Mitarbeiter, sondern auch für externe Geschäftspartner zur Verfügung stellen, die es ermöglicht, unmittelbare Rückmeldung oder Beratung zu einer bestimmten Frage aus dem geschäftlichen Alltag einzuholen. Diese Helpline sollte in den jeweiligen Landessprachen zur Verfügung stehen. Das Unternehmen sollte die an die Helpline herangetragenen Themen auch nutzen, um daraus Rückschlüsse abzuleiten. So rät auch Chen: *"Lernen Sie nicht nur aus den Berichten von Whistleblowern – bereits eine Frage über die Helpline kann aufzeigen, wo Schwächen Ihres Programms liegen."*

Hinweisgebersysteme und Untersuchungen

Jedes Unternehmen muss ein Hinweisgebersystem einrichten, das es sowohl den eigenen Mitarbeitern als auch Externen ermöglicht, unternehmensbezogenes Fehlverhalten zu melden. Die Adressaten sollten die Meldewege nicht nur kennen und leicht nutzen können, sie sollten vielmehr aktiv darin bestärkt werden, dies auch wirklich zu tun. Dazu ist es notwendig, den Mitarbeitern zum einen eine klare "Berichtspflicht" aufzuerlegen, zum anderen auch für eine starke "Speak up"-Kultur zu sorgen¹⁶. In diesem Zusammenhang ist es nicht nur entscheidend, den Hinweisgebern die Möglichkeit zu gewährleisten, anonym zu bleiben, Unternehmen müssen sie darüber hinaus unter allen Umständen aktiv vor Vergeltung sowie diskriminierenden oder disziplinarischen Maßnahmen schützen.¹⁷ Für die Aufarbeitung aller gemeldeten Fälle sollte ein hinreichender und zuverlässiger Standardprozess etabliert werden, einschließlich einer klaren Definition von Verantwortlichkeiten aller beteiligten Funktionen.

Anreize und Disziplinarmaßnahmen

Wie bereits ausgeführt, sollten Unternehmen bestrebt sein, auf der einen Seite eine starke, wertebasierte Kultur im gesamten Unternehmen zu etablieren, indem sie entsprechende Anreize bezüglich Compliance schaffen. Auf der anderen Seite muss ein Unternehmen

¹⁶ Abschnitt 9.1 der World Bank Group Integrity Compliance Guidelines.

über robuste Prozesse verfügen, um diejenigen angemessen zu disziplinieren, die ihrer Verantwortung nicht ausreichend nachkommen.¹⁸ Daher sollte Compliance auch ein Bestandteil der *Key Performance Indicators* ("**KPIs**") aller Führungskräfte sein. Auf diese Weise wird die Erwartung, dass Compliance durch Führungskräfte gefördert und Verstöße in ihren Verantwortungsbereichen ausbleiben, klar festgehalten. Um bereits vor der Anstellung die richtige Grundeinstellung sicherzustellen und das Engagement des Unternehmens für die Einhaltung von Compliance gegenüber externen Stakeholdern zu kommunizieren, sollte die Forderung nach der Einhaltung von Compliance und ethischen Standards in der Stellenausschreibung sowie in den späteren Stellenbeschreibungen aller Mitarbeiter verankert werden. Die Etablierung einer soliden und nachhaltigen Compliance-Kultur setzt voraus, dass ein Unternehmen "*Charakter zu einem wesentlichen Einstellungskriterium macht*"¹⁹.

Ebenso wichtig sind transparente Maßnahmen und die Anwendung gleicher Standards in allen Fällen von Compliance-Verstößen, unabhängig vom Senioritäts-/Führungslevel oder der persönlichen Vorgeschichte des Betroffenen. Verstöße müssen zu einer unverzüglichen und konsequenten Anwendung von Disziplinarstrafen führen, die der Schwere der Verletzung des Verhaltenskodex oder anderer Richtlinien entsprechen.²⁰ Bei der Aufdeckung von Fehlverhalten sollte ein Unternehmen auch sonstige angemessene interne Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass ein ähnliches Fehlverhalten in Zukunft nicht wieder auftreten kann. Die Aufarbeitung von Fehlverhalten sollte stets zugleich auch darauf abzie-

len, das Compliance-Programm des Unternehmens kontinuierlich zu verbessern.²¹

Kontinuierliche Verbesserung und regelmäßige Überprüfung

Ein Unternehmen sollte "*angemessene Schritte unternehmen, um die Effektivität seines Compliance- und Ethikprogramms in regelmäßigen Abständen zu bewerten*"²². Es muss sicherstellen, dass sich sein Compliance-Programm mit den Änderungen relevanter Risikofaktoren, des Geschäftsmodells, des Marktumfeldes und internationaler Standards "*ständig weiterentwickelt*"²³. Bei der Überprüfung, Erprobung und Bewertung der Wirksamkeit seines Compliance-Programms sollte ein Unternehmen einen pragmatischen Ansatz verfolgen. Daher sollten Unternehmen sicherstellen, dass die Compliance-Funktion, aber auch alle weiteren Kontrollfunktionen, regelmäßig entsprechende Analysen durchführen. Gemäß den internationalen Standards sollte ein Bestandteil der kontinuierlichen Verbesserung der Vergleich der eigenen Prozesse mit denen von anderen Unternehmen sein. Daraus lassen sich spezifische Standards und individuelle Risiken ableiten, die in einer bestimmten Branche oder Region bereits etabliert bzw. identifiziert wurden. Die Ergebnisse der Analyse und die Fortschritte bei der Behebung von Mängeln des Compliance-Programms sollten regelmäßig an die Geschäftsführung berichtet werden. Die daraus abzuleitenden Maßnahmen sollten den jeweiligen Verantwortlichen zugeordnet und ihre KPIs mit der vollständigen und rechtzeitigen Umsetzung solcher Maßnahmen verknüpft werden.

¹⁷ U.S. Sentencing Guidelines, § 8 B.2.1 (b) (5) (C).

¹⁸ FCPA Resource Guide, S. 59.

¹⁹ Stephen M. Cutler, Director, Division of Enforcement, SEC, *Tone at the Top: Getting It Right*, Second Annual General Counsel Roundtable (3. Dezember 2004), abrufbar unter: <https://www.sec.gov/news/speech/spch120304smc.htm>

²⁰ Abschnitt 8.2 der World Bank Group Integrity Compliance Guidelines; FCPA Resource Guide, S. 59.

²¹ US Sentencing Guidelines, § 8 B 2.1 (b) (7); Section 10.2 of the World Bank's Group Integrity Compliance Guidelines.

²² US Sentencing Guidelines, § 8 B 2.1. (b) (5).

²³ FCPA Resource Guide, S. 61.

Umgang mit Geschäftspartnern

Um die Zahlung von Bestechungsgeldern zu verschleiern, werden häufig externe Dritte eingesetzt. Die Einschaltung von Geschäftspartnern – insbesondere von Handelsvertretern und regierungsnahen Vermittlern – birgt eine Gefahr für rechtswidriges Verhalten. Das Unternehmen sollte daher bei der Auswahl seiner Geschäftspartner eine risikobasierte Geschäftspartnerprüfung durchführen und relevante Geschäftsbeziehungen fortwährend überwachen.

Ein risikobasiertes Verfahren sollte potenzielle Warnhinweise ("Red-Flags") aufdecken und die Struktur und Komplexität des Vertragsverhältnisses berücksichtigen, einschließlich der Risiken, die sich aus der Art der Dienstleistung (z.B. vertriebsbezogen, staatlich orientiert etc.), dem Ort oder der Region der Vertragserfüllung und dem Vergütungssystem ergeben. Der Prozess sollte unternehmensweit standardisiert und durch geeignete Systeme wirkungsvoll unterstützt werden. Um eine konsequente Anwendung der Geschäftspartnerprüfung zu gewährleisten, muss sie in die relevanten Richtlinien und Prozesse, insbesondere im Vertrieb und Einkauf, integriert werden.

Um korrektes Verhalten der Geschäftspartner erwarten zu können, ist es unerlässlich, dass ein Unternehmen seinen Geschäftspartnern ausreichende Informationen über das Compliance-Programm und sein Engagement für ein rechtmäßiges und ethisch einwandfreies Geschäftsgebahren, sowie ggf. spezifische Schulungsmaßnahmen, zur Verfügung stellt.

Mergers and Acquisitions

M&A-Transaktionen beinhalten spezifische Compliance-Risiken, die das Unternehmen identifizieren, analysieren und adäquat adressieren und minimieren muss, abhängig von der Transaktion entweder vor oder nach Abschluss derselben. Speziell im Hinblick auf mögliche Akquisitionen hat das DoJ einen Fünf-Schritte-Plan entwickelt, bei dessen Einhaltung das übernehmende Unternehmen Haftungsrisiken als Rechtsnachfolger vermeiden

kann (Halliburton-Doktrin):²⁴ (i) Durchführung einer gründlichen risikobasierten FCPA- und Anti-Korruptions-Due-Diligence; (ii) schnellstmögliche Implementierung des Verhaltenskodexes und der Anti-Korruptionsrichtlinie des übernehmenden Unternehmens; (iii) Compliance-Schulungen für die Geschäftsleiter, Mitarbeiter und Geschäftspartner des erworbenen Unternehmens; (iv) dessen schnellstmögliche FCPA-spezifische Auditierung; und (v) Offenlegung aller während der Due Diligence festgestellten korrupten Zahlungen.

Die durchgeführte Due Diligence kann nicht nur einen signifikanten Einfluss auf den Transaktionswert des Zielunternehmens haben, sondern auch ein besseres Verständnis dafür liefern, was Chen als "*grundlegende Werte (underlying values)*" bezeichnet, nämlich die Kultur des Zielunternehmens oder eines potenziellen Joint-Venture-Partners. Auch hier ist es von zentraler Bedeutung, Compliance fortlaufend zu prüfen. Dies gilt insbesondere bei Joint Ventures, da hier ein Unternehmen auch bei einer Minderheitsbeteiligung ohne Kontrollmöglichkeit verpflichtet ist, seinen Einfluss geltend zu machen, um sicherzustellen, dass das Joint Venture über ein starkes Compliance-Programm und eine angemessene und qualifizierte interne Compliance-Organisation verfügen. Joint-Venture-Geschäftsleiter und andere Unternehmensvertreter müssen regelmäßig in den Bereichen Unternehmens-, Treue- und Compliance-Pflichten geschult werden.

²⁴ DOJ Opinion Procedure Release 08-02 (13. Juni 2008) abrufbar unter: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0802.pdf>; DOJ Opinion Procedure Release 14-02 (7. November 2014) abrufbar unter: <https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2014/14-02.pdf>.

Fazit und Ausblick

Während mehrere europäische – hierunter auch deutsche – Unternehmen in der Vergangenheit Erfahrungen mit Monitoren gemacht haben oder aktuell machen, ist das Konzept eines Monitors im deutschen Justizsystem noch nicht umgesetzt worden. Mit seiner Entscheidung vom 9. Mai 2017²⁵ hat nunmehr jedoch auch der Bundesgerichtshof dem Compliance-Programm eines Unternehmens besonderes Gewicht verliehen.²⁶

Unternehmen, die sich einem Monitor gegenübersehen, suchen nach Leitlinien für die Anforderungen an ein effektives Compliance-Programm. Hui Chen betrachtet eine solche Leitlinie und die aktuellen Entwicklungen der Compliance-Funktionen in vielen Unternehmen als Chance, aber auch als potenzielles Risiko, wenn nicht richtig gesteuert: *"In einigen Fällen kann und konnte bereits eine starke Compliance-Funktion, die über ein einfaches Compliance-Programm hinausgeht und tatsächlich ethische Gesichtspunkte in den Blick nimmt, gute Ergebnisse bei der Vorbeugung und Aufdeckung von Fehlverhalten sowie bei der Optimierung von Systemen und Prozessen erzielen und als dringend benötigte Stimme der Vernunft in unternehmerischen Entscheidungen fungieren. Wenn es richtig umgesetzt wird, kann ein effektives Ethik- und Compliance-Programm eine disziplinierende Wirkung auf Geschäftsprozesse entfalten, das Engagement der Mitarbeiter erhöhen, Betrugsfälle reduzieren, die moralische und ethische Sensibilität erhöhen und hierdurch die Reputation des Unternehmens verbessern. Bedauerlicherweise entsprechen die meisten Compliance-Programme jedoch noch nicht diesen Maßstäben. Stattdessen haben sie sich selbst eher als eine Versicherung definiert: 'get-out-of-jail-free' oder zumindest 'reduce-the-fine'."*²⁷

²⁵ BGH, NJW 2017, 3798.

²⁶ Zur Bedeutung des Corporate Compliance Systems siehe auch den Artikel von D. Abrokwa / C. Meckenstock: "Bußgeldminderung und andere Anreize für Unternehmen mit Compliance Management Systemen" in dieser Ausgabe.

²⁷ Chen, Hui (13. Dezember 2017): *40 Years of FCPA: Compliance, Past And Future*; abrufbar unter: <https://www.law360.com/articles/980408>.

Die Frage, wie sich ein bestimmtes Unternehmen auf einen Monitor vorbereiten kann, ist nicht allgemein zu beantworten, da vieles von dem aufgetretenen Fehlverhalten, den spezifischen Risiken des Unternehmens und den bereits unternommenen Anstrengungen des Unternehmens abhängt, ein robustes und effektives Compliance-Programm zu etablieren. Jedoch scheinen Unternehmen, die mit einem Monitorship konfrontiert sind und ihr Compliance-Programm aufbauen oder stärken möchten, gut beraten, die oben ausgeführten Richtlinien zu berücksichtigen. Dies gilt natürlich auch für jedes andere Unternehmen, das proaktiv an der Verbesserung und Effektivität seines Compliance-Programms arbeiten möchte.



Nicole Willms

ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Pohlmann & Company sowie Mitglied des Monitorship-Teams. Sie berät deutsche und internationale Mandanten in den Bereichen Compliance, Gesellschaftsrecht und Corporate Governance sowie bei Unternehmenstransaktionen und -restrukturierungen.



Clemens Blettgen

ist Senior Consultant bei Pohlmann & Company in Frankfurt und Mitglied des Monitorship-Teams. Während seiner Masterstudiengänge in Law & Business und International Business sammelte er internationale Erfahrungen in den Bereichen Management Consulting und Corporate Governance.

USA

Entwicklungen von Deferred Prosecution Agreements (DPAs) und Non-Prosecution Agreements (NPA)

Dr. Stephan Petri / Nicole Neumann

- Die aus dem US-Recht stammenden Rechtsinstrumente des *Deferred Prosecution Agreement* ("**DPA**") sowie des *Non-Prosecution Agreement* ("**NPA**") sind freiwillige Vereinbarungen, die zwischen einer Straf- oder Justizbehörde und einem Unternehmen, welches Rechtsverstöße begangen hat, geschlossen werden.
- Oftmals wird als Auflage die Einsetzung eines Monitors bestimmt, der die Einhaltung der Vereinbarung und der darin bestimmten Auflagen überwacht sowie Vorschläge für eine Verbesserung des Compliance Management Systems macht und nachverfolgt.

Die DPAs und NPAs in den USA*Begriff der DPA/NPA*

Die aus dem US-Recht stammenden Rechtsinstrumente des *Deferred Prosecution Agreement* ("**DPA**") sowie des *Non-Prosecution Agreement* ("**NPA**") sind freiwillige Vereinbarungen, die zwischen einer Straf- oder Justizbehörde und einem Unternehmen, welches Rechtsverstöße begangen hat, geschlossen werden. Zuständige Behörden sind u.a. die US-Börsenaufsicht (*Securities and Exchange Commission* = "**SEC**") und das US-amerikanische Justizministerium (*Department of Justice* = "**DOJ**"). Durch eine derartige Vereinbarung wird auf eine zivilrechtliche oder strafrechtliche Verfolgung bzw. Verurteilung des Unternehmens verzichtet. Im Gegenzug hat das Unternehmen jedoch eine mit den Behörden vereinbarte Strafe zu akzeptieren und bestimmte, von den Behörden gewünschte Auflagen zu erfüllen. Diese dienen insbesondere der Bekämpfung neuer Compliance-Verstöße, der Verbesserung und Weiterentwicklung des unternehmensinternen Compliance-Programms bzw. der Wiedergutmachung des Schadens. Im Falle eines DPA ist die Anklage bereits erhoben und ein Strafverfahren eingeleitet worden. Dieses wird auf Basis des DPA zunächst ausgesetzt, wenn das Unternehmen bestimmte Auflagen einhält. Im Falle eines NPA wird die Anklage erst gar nicht erhoben. Das Unternehmen hat aber wie beim

DPA auch hier bestimmte Maßnahmen zu ergreifen und Auflagen zu erfüllen. Üblicherweise wird bei einem DPA/NPA im Rahmen der zu erfüllenden Auflagen auch ein Schuldeingeständnis (*Statement of Facts*) des betroffenen Unternehmens eingefordert.¹ Während der Laufzeit eines NPAs bzw. DPAs kommt es zu keinem Gerichtsverfahren.² Erfüllt das Unternehmen wie vereinbart seine Auflagen innerhalb einer definierten Bewährungsfrist (*probation period*), wird von der Verfolgung endgültig abgesehen.

Als weitere Möglichkeiten zur einvernehmlichen Streitbeilegung bei Rechtsverstößen gibt es in den USA das sogenannte *Consent Decree*, welches – ähnlich wie bei einem Prozessvergleich – ein laufendes Gerichtsverfahren unter Mitwirkung des Gerichts im Verständigungswege beendet.³ Das *Consent Decree* wird von Behörden wie etwa der SEC oder der für die Nahrungs- und Arzneimittelsicherheit zuständigen *Food and Drug Administration* ("**FDA**") als Instrument zum Vergleichsabschluss verwendet. Dazu muss die Behörde vor dem jeweils zuständigen Bundesgericht nach Klageerhebung einen mit dem Unter-

¹ <https://www.sec.gov/divisions/enforcement/enforcementmanual.pdf> vom 21. Dezember 2017.

² Siehe <https://www.lexisnexis.de/whitepaper/fcpa.pdf> vom 13. Dezember 2017.

³ Reyhn, CCZ 2011, 48 (53) mit dem Hinweis, dass das *Consent Decree* – anders als ein DPA – während

nehmen verhandelten Vergleichsvorschlag einreichen. Dieser ist verbunden mit einem Antrag an das Gericht, den Vergleich durch ein *Consent Decree* zu bestätigen.⁴ Ähnlich ist es bei einem *Plea Agreement*, welches vor einem Gericht mit dessen Zustimmung geschlossen wird und das Strafverfahren durch Verurteilung erledigt unter der Voraussetzung, dass die vereinbarten Auflagen innerhalb der Bewährungsfrist erfüllt werden. Prominentes Beispiel ist hier Volkswagen, welches sich unter dem *Plea Agreement* vor dem US District Court in Michigan im Januar 2017 schuldig bekannt hat und das vom DOJ eingeleitete Strafverfahren auf diese Weise gegen Strafzahlung und Auflagen beenden konnte.⁵ Die zivilrechtlich qualifizierten Ansprüche des DOJ sowie der US-Umweltbehörde (*Environmental Protection Agency* = "EPA") wegen Verstößen von Volkswagen gegen US-Umweltgesetze etc. wurden durch drei aufeinanderfolgende *Partial Consent Decrees* unter Zustimmung des US District Court in San Francisco 2016 bzw. 2017 gegen Strafzahlungen und Auflagen im Vergleichswege beigelegt.⁶

NPAs/DPAs regeln insbesondere Verstöße gegen das US-amerikanische Antikorruptionsgesetz, den *Foreign Corruption Practices Act* ("FCPA") sowie häufig auch Betrugsfälle (*Fraud Investigations*). Weitere Anwendungsgebiete betreffen u.a. die Bereiche Lebensmittel- und Arzneimittelrecht (geregelt im *Food Drug & Cosmetic Act*), Kartellrecht, Steuerdelikte und Geldwäsche.⁷ Behörden wie das DOJ oder die SEC entscheiden nach eigenem Ermessen, ob mit einem Unternehmen ein DPA oder NPA eingegangen werden soll. Die Länge der sogenannten *probation period*, innerhalb der das Unternehmen die auferlegten Maßnahmen und Auflagen erfüllen muss, variiert je nach Einzelfall. Sie kann zwischen

der Laufzeit vom Gericht geändert oder beendet werden kann.

⁴ Vgl. Reyhn, CCZ 2011, 48 (53).

⁵ <https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-ag-agrees-plead-guilty-and-pay-43-billion-criminal-and-civil-penalties-six> vom 19. Dezember 2017.

⁶ <https://www.epa.gov/enforcement/volkswagen-clean-air-act-civil-settlement> vom 19. Dezember 2017.

⁷ <http://www.securitiesdocket.com/wp-content/uploads/2012/01/Jan-27-2012-Consolidated.pdf> vom 3. Januar 2018.

einigen Monaten bis zu vier Jahren liegen.⁸ Typischerweise beträgt sie zwei bis vier Jahre.⁹ Oftmals wird im Rahmen eines DPA/NPA als Auflage die Einsetzung eines Monitors bestimmt, der die Einhaltung der Vereinbarung und der darin bestimmten Auflagen überwacht sowie Vorschläge für eine Verbesserung des Compliance Management Systems macht und nachverfolgt.¹⁰ Das übliche Monitorship orientiert sich an der Laufzeit des DPA/NPA. Es dauert im Durchschnitt zwei bis drei Jahre und kann gegebenenfalls verlängert werden.

Bedeutungszuwachs von DPAs und NPAs

Das erste NPA wurde vom DOJ 1992 mit der Salomon Brothers Inc. eingegangen.¹¹ 1993 folgte das erste DPA mit Armour of America.¹² Im Jahr 2004 hielten DPAs und NPAs auch bei Verfahren wegen Korruptionsverstößen unter dem FCPA Einzug. Ende 2004 wurde vom DOJ erstmals ein NPA als FCPA-Durchsetzungsmaßnahme bei Ermittlungen gegen InVision Technologies und General Electrics gewählt.¹³ Danach erlebten die DPAs und NPAs einen regelrechten Höhenflug. Von 2004 bis einschließlich 2016 wurden insgesamt 444 DPAs und NPAs geschlossen. Davon wurden 94 DPAs und NPAs im Zusammenhang mit dem FCPA vereinbart.¹⁴ Laut unserer internen Datenbank zu DPAs und NPAs sind insbesondere auch Betrugsvorwürfe mit über 99 Fällen und Steuervergehen mit über 92 Fällen häufig

⁸ Warin/Diamant/Root, *FCPA Monitorships and how they can work better*, University of Pennsylvania, Journal of Business Law, S. 347.

⁹ <http://www.securitiesdocket.com/wp-content/uploads/2012/01/Jan-27-2012-Consolidated.pdf> vom 3. Januar 2018.

¹⁰ Schorn/Sprenger, CCZ 2013, 104 (106).

¹¹ https://www.rcfp.org/sites/default/files/litigation/uvafoia_2014-11-17_complaint.pdf vom 29. November 2017.

¹² <http://www.wlf.org/upload/chapter6DPAs.pdf> vom 29. November 2017.

¹³ Mike Koehler, *Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement*, 2015, S. 503, https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/2/Symposium/49-2_Koehler.pdf vom 29. November 2017.

¹⁴ *Gibson Dunn 2016 Year-end update on corporate non-prosecution agreements (NPAs) and deferred prosecution agreements (DPAs)*, <http://www.gibsondunn.com/publications/document/s/2016-Year-End-Update-Corporate-NPA-and-DPA.pdf> vom 19. Dezember 2017.

Gegenstand einer DPA/NPA-Vereinbarung. Insgesamt bilden NPAs dabei die überwiegend verwendete Form. Bei über der Hälfte aller geschlossenen DPAs und NPAs haben die betroffenen Unternehmen ihren Sitz in den USA. Danach folgen Unternehmen in der Schweiz und Deutschland. Knapp 100 DPAs und NPAs seit 2005 liefen dabei unter einem Monitorship, darunter über 60 mit US-amerikanischen Unternehmen, gefolgt von Gesellschaften in UK, Deutschland und der Schweiz.¹⁵ Das erste Monitorship datiert aus dem Jahr 1995 mit dem US-Unternehmen Consolidated Edison.¹⁶ Das erste Monitorship in Deutschland betraf Siemens mit einer Laufzeit von vier Jahren. Weitere betroffene deutsche Unternehmen sind bzw. waren Bilfinger, Commerzbank, Daimler, Deutsche Bank und Volkswagen.

Die höchste Strafe, die im Zusammenhang mit einem DPA oder NPA jemals verhängt wurde, erhielt der Telekommunikationskonzern Telia AB mit USD 965 Millionen. Dahinter folgt Siemens mit USD 800 Millionen und auf Platz 3 VimpelCom mit USD 795 Millionen. Die Plätze 4 und 5 belegen Alstom mit USD 772 Millionen und KBR/Halliburton mit USD 579 Millionen.¹⁷ Die Strafen bestehen üblicherweise aus einer Geldbuße sowie einer Gewinnabschöpfung.

¹⁵ Unternehmensinterne Datenbank von Pohlmann & Company zu DPAs/NPAs.

¹⁶ <http://globalinvestigationsreview.com/insight/the-practitioner%E2%80%99s-guide-to-global-investigations/1079360/monitorships> vom 13. Dezember 2017.

¹⁷ <http://www.fcablog.com/blog/2017/9/22/telia-tops-our-new-top-ten-list-after-we-do-some-math.html> vom 29. November 2017.

Andere Jurisdiktionen

Neben den USA, wo DPA- bzw. NPA-Vereinbarungen schon lange gängige Praxis sind, gibt es in Großbritannien nach Einführung des *UK Bribery Act* aus dem Jahre 2011 ein vergleichbares DPA-Modell. Seit Februar 2014 besteht dort die Möglichkeit, im Rahmen von Verfahren nach dem vorgenannten Antikorruptionsgesetz mit betroffenen Unternehmen eine solche Vereinbarung zu schließen.¹⁸ Die zuständigen Verfolgungsbehörden sind hierbei das *Serious Fraud Office* ("**SFO**"), welches die Strafverfolgung für Betrugsdelikte verantwortet, und der *Crown Prosecution Service* ("**CPS**"), die Strafverfolgungsbehörde für England und Wales im Namen der britischen Krone.¹⁹ Bis heute wurden seit der Einführung drei DPAs geschlossen. Den Auftakt machte ein DPA mit der Standard Bank 2015, gefolgt von einem weiteren DPA in 2016 mit einem Unternehmen, dessen Namen bisher nicht veröffentlicht werden durfte. Mit Rolls-Royce kam in 2017 ein drittes DPA hinzu.²⁰ Augenscheinlich gewinnt diese Art der Vereinbarung unter dem *UK Bribery Act* nun allmählich an Fahrt.

Spannend bleiben ebenfalls die Entwicklungen hinsichtlich DPA/NPA bei unseren französischen Nachbarn. Nach der Einführung des *Loi Sapin 2* im Dezember 2016 wird erstmals eine DPA-ähnliche Vereinbarungsform, die sogenannte "*convention judiciaire d'intérêt public*" eingeführt, welche sich an den Vorbildern des FCPA und des *UK Bribery Act* orientiert. Wie bei einem DPA unter dem FCPA räumt das betroffene Unternehmen hier sein Vergehen zwar ein, ohne sich aber – dies in der Regel im Unterschied zu einem DPA in den USA – schuldig zu bekennen.²¹ Erst kürzlich wurde in Frankreich die erste Vereinbarung dieser Art geschlossen zwischen der Finanzbehörde *Parquet national financier* ("**PNF**") und der HSBC Private Bank Swiss ("**HSBC**"). HSBC akzeptierte eine Strafzahlung in Höhe von EUR 300 Millionen, um die strafrechtlichen

¹⁸ Süße/Püschel, CCZ 2016, 131 (133).

¹⁹ Süße/Püschel, CCZ 2016, 131.

²⁰ <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/> vom 28. Dezember 2017.

²¹ Schumacher/Saby, CCZ 2017, 68 (69).

Vorwürfe in Bezug auf Geldwäsche von Steuerbetrugserlösen beizulegen. Das DPA enthält weder ein Schuldeingeständnis noch eine Verurteilung.²²

Auch die Weltbank nutzt bei ihren Untersuchungen gegen Unternehmen sogenannte *negotiated resolution agreements* ("**NRAs**"), eine dem DPA verwandte Vereinbarung, um den Weg eines ordentlichen Sanktionsverfahrens nicht einschlagen zu müssen. Das NRA führt zu einer schnelleren und effizienteren Beendigung der Untersuchung und fordert vom sanktionierten Unternehmen gleichzeitig die Einführung eines angemessenen Compliance-Programms.²³



Dr. Stephan Petri

ist Rechtsanwalt und Partner bei Pohlmann & Company in Frankfurt. Er verfügt über langjährige Erfahrung in Führungspositionen der Pharma- und Maschinenbau-Industrie und berät deutsche und internationale Mandanten in den Bereichen Compliance und Corporate Governance, Mergers & Acquisitions, Gesellschafts- sowie Arbeitsrecht.



Nicole Neumann

war wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Pohlmann & Company in München. Nach ihrem Master-Abschluss in Rechts- und Wirtschaftswissenschaften ist sie seit Januar für die Compliance-Abteilung des Maschinenbaukonzerns MAN tätig.

²² https://www.debevoise.com/~media/files/insights/publications/2017/12/Fcpa_Update_Dec_2017.pdf vom 22. Dezember 2017.

²³ <http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/NoteOnSettlementProcess.pdf> vom 6. Dezember 2017; vgl. auch Freeh/Hernandez, in Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Auflage 2016, S.1516.

Deutschland

Bußgeldminderung und andere Anreize für Unternehmen mit Compliance Management Systemen

Dominique Abrokwa / Dr. Cordula Meckenstock

- Inzwischen ist in Deutschland weitgehend anerkannt, dass ein gelebtes und dokumentiertes Compliance Management System ("**CMS**") zur Enthftung bzw. Haftungsminde- rung zugunsten der Geschäftsleitung bei Compliance-Verstößen beiträgt.
- Bisher ist aber noch unklar, ob ein CMS überhaupt bei der Bemessung der konkreten Bußgeldhöhe für das Unternehmen "rabattierend" Berücksichtigung findet.
- Mit dem Urteil vom 9. Mai 2017 nimmt der Bundesgerichtshof ("**BGH**") erstmalig zu dieser Thematik Stellung und sendet ein wegweisendes Signal.

Einleitung / Status Quo

Im Grundsatz sind alle Fachleute sich einig, dass Unternehmen ab einer bestimmten Größe und Risikoexposition ein Compliance Management System ("**CMS**") implementiert haben sollten. Es gibt eigentlich nur Argumente, die dafür sprechen: Ein angepasstes und gelebtes CMS verhindert Rechtsverstöße, schützt die Geschäftsleitung, sendet ein positives Signal an den Markt, schafft Klarheit und Sicherheit für die Mitarbeiter und ist immer öfter Voraussetzung für die Teilnahme an Vergabeverfahren.

Allerdings verursachen Implementierung und ständige Entwicklung eines CMS erhebliche Kosten. Daher werden die Befürworter zumeist mit der Frage (üblicherweise aus Geschäftsleitung und Aufsichtsrat) konfrontiert, welcher konkrete finanzielle Nutzen neben dem unumstrittenen Nutzen eines soliden und rechtssicheren Geschäftsgebarens denn den Kosten gegenüberstehe.

Inzwischen ist in Deutschland in Rechtsprechung und Lehre weitgehend anerkannt, dass ein gelebtes und dokumentiertes CMS zur Enthftung bzw. Haftungsminde- rung zugunsten der Geschäftsleitung bei Compliance-Verstößen aus ihrem Unternehmen heraus und der daraus eventuell folgenden Aufsichtspflichtverletzung beiträgt. Diese Komponente enthält einen klar nachvollziehbaren finanziellen Nutzen, auch wenn die genauen Kriterien für

die Berechnung einer Haftungsminde- rung in Deutschland (noch) nicht kodifiziert sind.

Wesentlich unklarer ist die Lage derzeit bezogen auf die positiven finanziellen Auswirkungen für das Unternehmen als solches bei einem Compliance-Vorfall ("Belohnung"), sofern die Einordnung des Compliance-Verstoßes als "Ausreißer" und eben nicht als systemisch angelegte Verfehlung anzusehen ist. Diese Frage wird typischerweise vom Aufsichtsrat gestellt, der die Kosten-Nutzen-Abwägung für das Unternehmen und nicht insbesondere die eigene Enthftung im Blick hat.

Bisher herrscht in Deutschland Unklarheit, ob ein CMS überhaupt bei der Bemessung der konkreten Bußgeldhöhe für das Unternehmen, das über den § 30 OWiG dem Unternehmen wegen der Aufsichtspflichtverletzung seiner Leitungsebene auferlegt wird, "rabattierend" Berücksichtigung findet. Auch die genauen Kriterien für die Höhe einer möglichen Bußgeldminderung sind unklar; ebenso wie die Ausgestaltung, Voraussetzungen und Historie eines solchen womöglich bußgeldmindernden CMS.

>>>

Urteil des BGH vom 9. Mai 2017

Die Entscheidung des BGH erging im Revisionsverfahren über ein Urteil des Landgerichts München I aus dem Jahr 2015.¹ In der zu Grunde liegenden Entscheidung wurde ein Manager eines deutschen Rüstungsunternehmens im Zusammenhang mit Bestechungszahlungen an griechische Amtsträger zu einer Bewährungsstrafe verurteilt. Zugleich wurde gegen das Rüstungsunternehmen eine Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG in Höhe von EUR 175.000 verhängt. Große Teile des BGH-Urteils befassen sich mit Spezialfragen der Verbandsgeldbuße und der Steuerhinterziehung.

Am Ende des Urteils weist der BGH recht knapp darauf hin, dass ein CMS zur Bußgeldminderung beitragen kann und sollte, sogar wenn es erst nach dem in Rede stehenden Verstoß eingeführt wurde. Der BGH nimmt erstmalig zu dieser Thematik Stellung. Zwar bleiben viele Fragen offen; es handelt sich aber dennoch um ein wegweisendes Signal.

Wie also ordnet sich das Urteil in die bisherigen Vorschläge ein, die Einführung eines CMS bußgeldmindernd zu berücksichtigen bzw. anderweitige handfeste Belohnungen für ein Unternehmen bereitzuhalten?

Kodifizierungsvorschläge bisher / Vorstoß im neuen Vergaberecht

Entwurf eines Unternehmensstrafrechtes

Der ehemalige Justizminister Nordrhein-Westfalens Thomas Kutschaty hat im Jahr 2013 den Entwurf eines Unternehmensstrafrechtes vorgelegt ("Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Verantwortung von Unternehmen und sonstigen Verbänden")². Dieser sah in teils neuer, teil konsolidierter Form die Bestrafung von rechtswidrig handelnden Verbänden vor durch Ausschluss von Vergabeverfahren, durch die Abschöpfung der Gewinne nach dem Brutto-Prinzip und sogar durch die

¹ BGH, Urteil vom 9. Mai 2017 – 1 StR 265/16.

² Abrufbar unter: www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_II_5_Gesetzentwurf.pdf.

Auflösung des Verbandes. Ein weiterer Schwerpunkt des Gesetzentwurfes ist ein Belohnungs- und Anreizsystem, wie beispielweise die Enthaltung des Verbandes bei Nachweis eines vorhandenen Compliance-Systems. Der Entwurf hatte zahlreiche Fürsprecher, hat aber auch viel Kritik erfahren³ und ist bis dato nicht ins Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden.

Umfassende Reform des § 30 OWiG

Der Bundesverband der Unternehmensjuristen e.V. ("BUJ") hat im April 2014 einen "Gesetzgebungsvorschlag für eine Änderung der §§ 30, 130 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG)" vorgelegt.⁴ Die genannten Paragraphen des OWiG sollen dahingehend geändert werden, dass eine bußgeldmindernde Berücksichtigung eines vorhandenen CMS möglich und kodifiziert ist. Daneben sieht der Vorschlag diverse weitere Anpassungen in Richtung Belohnung für ein CMS vor. Insgesamt soll die recht spezielle deutsche Konstruktion im Ordnungswidrigkeitenrecht konsistenter, umfassender und rechtssicherer gestaltet werden.

Belohnung von Unternehmen mit CMS in neuem Vergaberecht

Das im Jahr 2016 in Deutschland in Kraft getretene neue Vergaberecht beruht auf der entsprechenden EU-Richtlinie und regelt in neuer Form, wie die so genannte "Selbstreinigung" eines Unternehmens zur Aufhebung von zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen im Vergabeverfahren führen kann⁵. Der Grundgedanke dabei ist, dass ein proaktiv agierendes Unternehmen seinen Ausschluss

³ Die Kritiker führen u.a. an, dass der Gesetzesentwurf systemfremd, unpräzise und unverhältnismäßig sei; vergleiche nur BDI: [https://bdi.eu/suche/?tx_solr\[filter\]\[0\]=tag_stringM:Compliance#/artikel/news/geplantes-unternehmensstrafrecht-unverhaeltnismaessig-und-unpraezise/](https://bdi.eu/suche/?tx_solr[filter][0]=tag_stringM:Compliance#/artikel/news/geplantes-unternehmensstrafrecht-unverhaeltnismaessig-und-unpraezise/).

⁴ http://www.buj.net/resources/Server/BUJ-Stellungnahmen/-BUJ_Gesetzgebungsvorschlag_OWIG.pdf

⁵ Die sogenannte Selbstreinigung ist in Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehen; zu den Details und offenen Fragen vgl. Frank Roth: "Selbstreinigung und Wiedergutmachung im Vergaberecht", NZBau 2016, 672ff.

von öffentlichen Vergabeverfahren wegen verschiedenartiger Verfehlungen "wiedergutmachen" kann, indem es eigenständig geeignete Maßnahmen ergreift. Viele dieser Maßnahmen werden deckungsgleich sein mit den Elementen eines gelebten und passenden CMS. Der Grundgedanke der handfesten "Belohnung" bei Vorhandensein bzw. Aufbau eines CMS ist im Bereich des Vergaberechtes also schon gesetzlich in Deutschland verankert.

Blick aus Deutschland heraus

Vereinigte Staaten

Die Vereinigten Staaten haben den prominenten *Foreign Corrupt Practices Act* ("**FCPA**") von 1977, der Straftatbestände für Bestechung ausländischer öffentlicher Amtsträger sowie fehlerhafte Rechnungslegung und Buchführung beinhaltet. Er wird komplettiert durch einen von den zuständigen Behörden herausgegebenen *Resource Guide to the FCPA*, der sehr konkret darstellt, unter welchen Voraussetzungen ein CMS strafreduzierend wirken kann.⁶ Allerdings bezieht sich der FCPA nur auf den zuvor genannten sehr begrenzten Bereich; d.h. Wettbewerbs- und Kartellrecht sowie Steuerrecht sind zum Beispiel nicht erfasst.

Großbritannien

Der 2011 in Kraft getretene *UK Bribery Act* legt mit Hilfe einer offiziellen "Guidance" dar, unter welchen Voraussetzungen Enthaltung eintritt, wenn aus dem Unternehmen heraus oder durch von ihm zuzurechnenden Dritten korruptive Handlungen vorgenommen wurden.⁷ Die Voraussetzungen bestehen in den kumulativ vorliegenden einzelnen Elementen eines modernen CMS und sind in der Guidance beispielhaft beschrieben.⁸ Der *UK Bribery Act*

⁶ Der FCPA Resource Guide ist abrufbar unter <https://assets.documentcloud.org/documents/515229/a-resource-guide-to-the-u-s-foreign-corrupt.pdf>; vgl. Chapter 5 und 6.

⁷ Zu den Vorschriften des *UK Bribery Act* vgl. Jochen Deister und Anton Geier: "Business as usual? – Die Leitlinien zum UK Bribery Act 2010 sind veröffentlicht", in: CCZ 2011, 81ff.

⁸ Sowohl *UK Bribery Act* als auch die zugehörige Guidance sind hier abrufbar: <https://www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-guidance>.

ist in puncto Rechtssicherheit und Kodifizierungsgrad derzeit wohl das am umfassendsten gestaltete Gesetz – interessanterweise im angloamerikanischen Raum, in dem die Kodifizierung von Rechtssätzen gerade nicht oberstes Gebot ist. Jedoch beziehen sich Gesetz und Enthaltungsregelung nur auf Korruptionssachverhalte.

Europäische Union

Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte sieht keine "Belohnung" für Unternehmen mit CMS vor; allerdings beziehen sich die relevanten Urteile allesamt auf kartellrechtliche Regelverstöße.⁹ Die europäischen Gerichte vertreten – verkürzt gesagt – die Auffassung: "*Was zählt, ist der Verstoß*" – so gut könne das CMS dann nicht gewesen sein.¹⁰ Im Kartellrecht ist zugegebenermaßen mit der immer stärker elaborierten Kronzeugenregelung bereits ein "geschlossenes" Belohnungssystem vorhanden.¹¹ Und dieses stellt auf die vollständige Kooperation und Offenlegung jeglicher Verstöße ab ("*Was zählt, ist der Verstoß ...*") und nicht auf die Darlegung dessen, was man (vergeblich) unternommen hat, um Kartellrechtsverstöße zu verhindern.

>>>

⁹ Kommission 91/532/EWG ABl. L 287/39 Rn. 29 – Viho/Toshiba.

¹⁰ Europäische Kommission, Wettbewerbsrechtliche Compliance, Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, 2012, S. 8, http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=KD3211985.

¹¹ Europäische Kommission, Erlass und Ermäßigung von Geldbußen: Kronzeugenregelung für Kartellsachen, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=URISERV:l26119>.

Fazit

Es wird sich kaum jemand finden lassen, der überzeugend darstellen kann, dass es eine sinnvolle Alternative ist, als Unternehmen kein CMS zu haben. Wirtschaftsethische, rechtliche, finanzielle und reputative Gründe sprechen klar dafür. Die Schwierigkeit für die Befürworter liegt jedoch immer noch darin, dass für den Schadensfall weder das "Ob" einer Bußgeldminderung noch die Berechnungskriterien des Bußgeldes geschweige denn die konkreten Anforderungen an das Compliance-System kodifiziert sind. Die weiten dargestellten Formen der Belohnung bergen ähnliche Regelungsdefizite.

Es ist nun Aufgabe des Gesetzgebers, die aufgeworfenen Fragen in kodifizierter Form zu beantworten und Rechtssicherheit zu schaffen. Es würde nicht nur Compliance-Verantwortlichen und der Beratungspraxis die Argumentation erleichtern, dass eine Investition in ein CMS sich am Standort Deutschland ohne Zweifel auszahlt. Die Bereitschaft von Geschäftsleitungen und Aufsichtsräten würde zunehmen, proaktiv in Compliance zu investieren und nicht erst widerwillig Gelder freizugeben, weil ein Compliance-Verstoß mit entsprechenden negativen Begleiterscheinungen das Unternehmen dazu zwingt. Es bleibt nun abzuwarten, was in der anstehenden Legislaturperiode geschieht.



Dominique Abrokwa

ist Rechtsanwalt und Principal bei Pohlmann & Company in Frankfurt. Zuvor war er für das kanadische Bau- und Ingenieursunternehmen SNC-Lavalin als Regional und Group Compliance Officer sowie als Head of Compliance Operations in Abu Dhabi tätig.



Dr. Cordula Meckenstock

ist Rechtsanwältin und Geschäftsführerin der Compliance Kompakt Solutions GmbH in Hamburg. Sie ist spezialisiert auf die Implementierung von maßgeschneiderten Compliance-Systemen im Energie- und Gesundheitssektor sowie für KMUs.

Compliance. Corporate. Governance.

Wir möchten wissen, was Sie interessiert.

Ihre Anregungen können Sie uns gerne per E-Mail mitteilen:

update@pohlmann-company.com

Pohlmann & Company

Guiollettstraße 48
D-60325 Frankfurt a.M.

Nymphenburger Straße 4
D-80335 München

1000 Rue de La Gauchetière West 24th Floor
Montreal, QC H3B 4W5, Kanada

T: +49 (0)69 260 1171 40

T: +49 (0)89 217 5841 70

T: +1 514 448 7487

www.pohlmann-company.com

update@pohlmann-company.com

Das International Compliance Update können Sie [hier](#) abonnieren.

[Impressum \(Link\)](#)

Diese Veröffentlichung verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie ist keine Rechtsberatung und ersetzt nicht einen anwaltlichen Rat für den jeweiligen Einzelfall. Sollten Sie weitere Fragen haben, wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei Pohlmann & Company.

© 2018 Pohlmann & Company. Alle Rechte vorbehalten.