

International Compliance Update

2/2015

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.

Kommentar

Die optimale Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Dr. Andreas Pohlmann

- Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex ("**Regierungskommission**") hat am 5. Mai 2015 drei Kodexänderungen beschlossen, die vor allem auf eine bestmögliche Zusammensetzung des Aufsichtsrats zielen.
- In der Tat ist die optimale Mischung von fachlicher Expertise, beruflicher Erfahrung, Alter und Geschlecht sowie Internationalität der Aufsichtsratsmitglieder der entscheidende Erfolgsfaktor für eine effektive Aufsichtsratsstätigkeit.
- Ob die als "materiell" bezeichneten Kodexänderungen im Sinne der bestmöglichen Zusammensetzung des Gremiums wirklich zielführend sind, ist allerdings zweifelhaft.

>>>

Weitere Themen:

- N. Willms* | **Keine Haftung der Geschäftsführung für Kartellrechtsbußen des Unternehmens (Urteil des LAG Düsseldorf zum "Schienenkartell")**
- E. Mayer* | **Organisatorische Mindestanforderungen bei Compliance-Prüfungen von Geschäftspartnern**
- S. Bartsch* | **Der Ermittlungsdruck nimmt weltweit zu – Global Enforcement Report 2014 im Juni erschienen**
- J. Kahlenberg* | **Tiger verbringt den Rest seines Lebens im Gefängnis**

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

Regelgrenze für die Zugehörigkeitsdauer zum Aufsichtsrat

Die Festlegung einer unternehmensspezifischen Regelgrenze für die Zugehörigkeitsdauer zum Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft kann sogar kontraproduktiv wirken, weil zu befürchten steht, dass die Empfehlung eine suboptimale Zusammensetzung des Aufsichtsrats für die Regelverweildauer zementiert und damit wünschenswerte Dynamik und notwendige Veränderungen in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats blockiert. Die sich ständig verändernden strategischen und operativen Herausforderungen für Unternehmen im globalen Wettbewerb erfordern indessen hohe Wachsamkeit und große Flexibilität in der Aufstellung der Aufsichtsrats-"Mannschaft". Was in einer Phase des Wachstums durch Fusionen und Akquisitionen gilt, wird in der pathologischen Situation der Restrukturierung oder gar Krise schnell obsolet.

Zeitliche Anforderungen an die Aufsichtsrats-tätigkeit

Geradezu banal mutet die Empfehlung der Regierungskommission an, nach der sich der Aufsichtsrat vergewissern soll, dass zur Wahl gestellte Aufsichtsratsmitglieder auch zeitlich zur Ausübung des Mandats in der Lage sind. Im eigenen Interesse und insbesondere vor dem Hintergrund der deutlich verschärften persönlichen Organhaftung wird ein prospektives Aufsichtsratsmitglied seine ureigene Due Diligence zum Unternehmen und den spezifischen Anforderungen an seine Aufsichtsrats-tätigkeit verantwortungsvoll und gründlich durchführen sowie folgerichtig mit seinem tatsächlich verfügbaren Zeitbudget entsprechend genau abgleichen. Zahlreiche aktuelle Unternehmenskrisen mit nachfolgender Haftung von Organmitgliedern haben das Bewusstsein der Beteiligten deutlich gestärkt. Von einem Harakiri durch unreflektierte Mandatsübernahme sollte die Regierungskommission deshalb nicht ausgehen.

Transparenz der Sitzungsdisziplin

Die dritte sog. materielle Kodexänderung zielt auf eine Erhöhung der Transparenz der Sitzungsdisziplin von Aufsichtsratsmitgliedern. Im Bericht des Aufsichtsrats soll künftig vermerkt werden, wenn ein Mitglied des Aufsichtsrats in einem Geschäftsjahr nur an der Hälfte der Sitzungen des Aufsichtsrats und der Ausschüsse, denen er angehört, oder weniger teilgenommen hat. In ihrer Pressemitteilung vom 11. Mai 2015 führt die Regierungskommission dazu aus, es sei "von besonderer Bedeutung, dass ein Aufsichtsratsmitglied nicht nur anhand von schriftlichen Vorlagen an der Beschlussfassung teilnimmt, sondern sich in den ergebnisoffenen und unterschiedliche Standpunkte abwägenden Kommunikationsprozess im Aufsichtsrat einbringt". Dem ist ohne weiteres zuzustimmen, aber bedarf es bei dieser offensichtlichen Selbstverständlichkeit überhaupt dieser ausdrücklichen Erwähnung?



Dr. Andreas Pohlmann
ist Gründungspartner von Pohlmann & Company in Frankfurt und München. Er hat mehr als 25 Jahre internationale Erfahrung in leitenden Funktionen der Chemie- und der Elektro- und Elektronikindustrie sowie in Unternehmen des Anlagenbaus.

Deutschland

Keine Haftung der Geschäftsführung für Kartellrechtsbußen des Unternehmens (Urteil des LAG Düsseldorf zum "Schienenkartell")*Nicole Willms*

- Anzahl und Höhe der gegen Unternehmen wegen Kartellrechtsverstößen verhängten Straf- und Bußgelder steigen kontinuierlich. Allein das Bundeskartellamt hat im Jahr 2014 Bußgelder in einer Gesamthöhe von mehr als 1 Milliarde Euro verhängt. Der stetig wachsende Verfolgungsdruck steigert das Interesse der betroffenen Unternehmen an der eigenen Schadloshaltung und Umwälzung von Bußgeldern auf ihre pflichtwidrig handelnde Geschäftsleitung.
- Es erscheint durchaus naheliegend, bußgeldrelevante Vorgänge mit Pflichtverstößen verantwortlicher Organe, d.h. Geschäftsführer, Vorstände und auch Aufsichtsräte, in Verbindung zu bringen. Zentrale Frage ist jedoch, ob das gegen ein Unternehmen verhängte Bußgeld überhaupt ersatzfähige Schadensposition eines Regressanspruchs gegen handelnde Organe sein kann.
- Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat diese Frage in einer aktuellen Entscheidung verneint. Normadressat der streitgegenständlichen Kartellrechtsbuße sei eindeutig das Unternehmen gewesen; eine Erstattung der Strafzahlung durch den Geschäftsführer liefere dem Zweck der beabsichtigten Maßregelung von Unternehmen und Unternehmensträgern zuwider.

Hintergrund

Seit einigen Jahren lässt sich ein kontinuierlich zunehmender Eifer bei der Verfolgung und Ahndung von strafrechtlich relevantem Unternehmenshandeln und damit verbunden auch eine Erhöhung der in diesem Zusammenhang verhängten Bußgelder beobachten. Noch immer wird in Politik und Praxis die Einführung eines Unternehmensstrafrechts gefordert und konkrete Entwürfe bereits diskutiert.

Für betroffene Unternehmen wird im Lichte dieser Entwicklung immer relevanter die Frage nach der Möglichkeit, hinsichtlich auferlegter Bußgelder bei den tatsächlich pflichtwidrig handelnden natürlichen Personen Regress zu nehmen. Als Schuldner eines solchen Regresses bieten sich insbesondere Vorstände und Geschäftsführer an, unter Umständen aber auch Aufsichtsräte. Im Rahmen ihrer umfassenden Sorgfalts-, Organisations- und Aufsichtspflichten haben sie dafür Sorge zu tragen, dass sich das Unternehmen nach außen rechtmäßig verhält und insbesondere die ihr auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten,

inklusive einschlägiger kartellrechtlicher Vorgaben, erfüllt (sog. Legalitätspflicht). Kommen die Organmitglieder dieser Legalitätspflicht nicht nach, so sind sie für die Folgen grundsätzlich haftungsrechtlich verantwortlich.

Mit der insoweit steten Zunahme gerichtlicher Verfahren zur Organhaftung ist auch die Diskussion um eine Entschärfung des Haftungsregimes gegenüber Vorständen, Geschäftsführern und Aufsichtsräten entfacht. Vertreter in der Rechtsliteratur machen sich für die Beschränkung der zum Teil als existenzvernichtend bezeichneten Innenhaftung von Organmitgliedern stark. In diesem Kontext verdient das Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) Düsseldorf¹ Beachtung: Soweit ersichtlich hatte sich erstmalig ein Obergericht mit der Frage auseinandersetzen, ob ein gegen das Unternehmen verhängtes Kartellbußgeld als ersatzfähiger Schaden im Wege des Innenregresses an ein Unternehmensorgan weitergereicht werden kann.

¹ LAG Düsseldorf, Beschl. v. 20.01.2015, Az.: 16 Sa 458/14.

Sachverhalt

Anlass für das streitige Verfahren war das sog. *Schienenkartell* verschiedener Unternehmen der Stahlindustrie und dessen Ahndung durch das Bundeskartellamt. Gegen die nunmehr als Klägerin auftretende Thyssen-Konzerngesellschaft waren in diesem Zusammenhang in den Jahren 2012 und 2013 Kartellrechtsbußgelder in Höhe von insgesamt 191 Millionen Euro verhängt worden. Hintergrund dieser Bußgelder waren Vorwürfe der Exklusivitätsvereinbarung mit einem Lieferanten von Schienen sowie von Quoten- und Preisabsprachen zwischen den Wettbewerbern auf dem Privatmarkt und gegenüber der Deutschen Bahn AG.

Mit ihrer arbeitsgerichtlichen Klage verklagte die Thyssen-Gesellschaft nunmehr einen ehemaligen Geschäftsführer auf Ersatz aller durch die Begründung dieses Schienenkartells verursachten Schäden, einschließlich der verhängten Kartellrechtsbußen.

Die Entscheidung des LAG Düsseldorf

Hatte das ArbG Essen in erster Instanz den Regress für Kartellrechtsbußen in einem *obiter dictum* noch für grundsätzlich möglich erachtet und lediglich der Höhe nach auf den im unmittelbaren Vorgehen gegen die verantwortlichen natürlichen Personen vorgesehenen Höchstbetrag von 1 Million Euro (§ 81 Abs. 4 GWB) begrenzt², verwarf das LAG Düsseldorf die Berufung der Klägerin als unbegründet: Ein Innenregress im Hinblick auf die gegen die Klägerin verhängten Kartellbußgelder sei von vornherein ausgeschlossen.

Hierbei argumentierte das LAG im Wesentlichen wie folgt: Die Verhängung von Unternehmensbußgeldern basiere auf dem Schuldprinzip und habe ausdrücklich den Zweck, die Unternehmen selbst zu sanktionieren und so auch die Unternehmensträger zur Etablierung und Aufrechterhaltung einer angemessenen Organisation und Kontrolle der zuständigen Unternehmensorgane zu bewegen. Wäre es dem Unternehmen möglich, entsprechende Geldbußen an die für sie handelnden Personen

weiterzureichen, liefe dieser generalpräventive Sanktionszweck ins Leere. Dies gelte jedenfalls für vom Bundeskartellamt verhängte Geldbußen, welche – in unterschiedlicher Höhe – nach § 81 Abs. 4 GWB bewusst gegen unterschiedliche Normadressaten verhängt werden könnten, nämlich sowohl gegen das Unternehmen selbst, als auch gegen die für das Unternehmen handelnden Personen.

Ausblick

Die Klägerin hat Revision beim Bundesarbeitsgericht eingelegt. Ob dieses die Auffassung des LAG bestätigen wird, bleibt abzuwarten. Immerhin werden in Literatur und Diskussion auch triftige Argumente dafür angeführt, Unternehmensbußen in den Regress gegen hierfür nachweislich verantwortliche Organmitglieder einzubeziehen.

Auch im Rahmen der Organhaftung kommt allgemeines Schadensersatzrecht zur Anwendung, nach dem der Geschädigte vom Schädiger ganz generell in den wirtschaftlichen Zustand zu versetzen ist, der ohne das schädigende Verhalten bestanden hätte. Eine Einschränkung oder Haftungsprivilegierung im Hinblick auf gegen Unternehmen verhängte Geldbußen ist nicht vorgesehen. Auch das Argument, die Möglichkeit einer Weiterreichung etwaiger Bußgelder ließe deren abschreckende Wirkung entfallen, überzeugt nicht. Die erfolgreiche Geltendmachung eines entsprechenden Erstattungsanspruchs gegen Organmitglieder verlangt nämlich nicht nur, dass diese die sanktionierte Situation tatsächlich pflichtwidrig, adäquat-kausal und schuldhaft hervorgerufen haben, sondern auferlegt dem Unternehmen überdies auch das Prozess- und Beitreibungsrisko. Überdies dürfte die Verhängung eines Bußgelds ganz unabhängig von einem etwaigen Regress in der Regel auch mit empfindlichen Reputationsschäden verbunden sein, die einer Kompensation durch Organmitglieder nicht zugänglich sind.

² ArbG Essen, Urt. V. 19.12.2013, Az.: 1 Ca 3569/12, 1 Ca 657/13, 1 Ca 658/13.

Von der Praxis wird daher die Entscheidung des BAG mit Spannung erwartet. Gleichwohl wird auch diese Entscheidung keine abschließende Rechtssicherheit bezüglich des umstrittenen Themenkomplexes mit sich bringen, da die für Organhaftungsansprüche zuständigen Zivilgerichte nicht an Entscheidungen des BAG gebunden sind und hier durchaus Anzeichen für eine andere Rechtsauffassung vorliegen: Zum einen haben die Zivilgerichte in den letzten Jahren die Compliance-Pflichten für Unternehmensorgane wenig zimperlich weitreichend ausformuliert; zum anderen können nach gefestigter BGH-Rechtsprechung Bußgelder, die einem Unternehmen als Konsequenz pflichtwidriger Falschberatung auferlegt werden, im Wege des Schadensersatzanspruches uneingeschränkt gegen den/die betreffenden Berater geltend gemacht werden.

**Nicole Willms**

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

Welt

Organisatorische Mindestanforderungen bei Compliance-Prüfungen von Geschäftspartnern

Eric Mayer

- Eine aktuelle OECD-Studie zeigt, dass in drei von vier Auslandsbestechungsfällen dritte Parteien wie etwa vertriebsbezogene Geschäftspartner beteiligt sind.
- Damit zeigt sich einmal mehr, dass der Geschäftspartnerprüfung beim Aufbau und Betrieb eines Compliance-Management-Systems ("**CMS**") im Unternehmen ein hoher Stellenwert zukommen muss.
- *Wie* der Ablauf solcher Prüfungen organisiert werden muss wird im Folgenden analysiert.

Compliance-Risiken drohen bekanntlich nicht nur innerhalb des Unternehmens. Wie eine aktuelle OECD-Studie¹ zeigt, sind in drei von vier Auslandsbestechungsfällen dritte Parteien wie etwa vertriebsbezogene Geschäftspartner beteiligt. Damit zeigt sich einmal mehr, dass der Geschäftspartnerprüfung beim Aufbau und Betrieb eines Compliance-Management-Systems ("**CMS**") im Unternehmen ein hoher Stellenwert zukommen muss. Die Durchführung von Geschäftspartnerprüfungen im Rahmen eines CMS wird von internationaler Gesetzgebung und Rechtsprechung mehr und mehr gefordert. Zusätzlich lässt sich bei der Korruptionsbekämpfung ein aktuell zunehmender Trend zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden erkennen. Dies zeigte sich bereits bei der erfolgreichen Zusammenarbeit US-amerikanischer und deutscher Behörden im Fall Siemens. Im Mai 2013 schlossen sich Kanada, die USA und Australien zur *International Foreign Bribery Taskforce* ("**IFBT**")² zusammen. Vor diesem Hintergrund stellt sich nicht mehr die Frage, *ob* Geschäftspartnerprüfungen notwendig sind. *Wie* der Ablauf solcher Prüfungen organisiert werden muss wird im Folgenden analysiert.

¹ OECD Foreign Bribery Report – An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials vom 02.12.2014

<http://www.fcpcablog.com/blog/2014/12/2/oecd-most-bribes-are-paid-by-big-companies-with-senior-manag.html>

² RCMP, New international taskforce combats foreign bribery, 11.06.2013; <http://www.rcmp-grc.gc.ca/ottawa/ne-no/pr-cp/2013/0611-ibft-gtice-eng.htm>

Deutsches Recht

Das deutsche Gesellschaftsrecht enthält keine ausdrücklichen Regelungen zu Geschäftspartnerprüfungen. Allerdings konstituiert § 91 Abs. 2 AktG die unmittelbare Verpflichtung des Vorstands, eine Organisation zu implementieren, die auf frühzeitige Risikokontrolle und systematische Schadensvermeidung im Unternehmen abzielt. Ferner ergibt sich aus der allgemeinen Leitungspflicht im Rahmen der §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG eine Legalitätspflicht des Vorstands, die ihn dazu anhält, sich in allen gesellschaftsrechtlichen Belangen gesetzeskonform zu verhalten. Daraus resultiert unter Berücksichtigung weitgehender Führungsbefugnisse- und Pflichten hinsichtlich des Unternehmens und nachgeordneter Mitarbeiter nach herrschender Meinung auch eine Legalitätskontrollpflicht. Der Vorstand muss danach sicherstellen, dass auch die Mitarbeiter geltendes Recht befolgen und kann dieser gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung nur genügen, wenn er Compliance-Maßnahmen einsetzt. Diese Pflicht wird ferner in Ziff. 4.1.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex aufgegriffen. Hinsichtlich der Art der Durchführung solcher Maßnahmen kommt dem Vorstand nach deutschem Gesellschaftsrecht häufig ein weiter Ermessensspielraum zu. Bei der Frage, wie Compliance im Unternehmen umgesetzt wird und welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, kommt die *Business Judgement Rule* zum Tragen. Danach kann sich der Vorstand im Falle eines Verstoßes seitens seines Unternehmens exkulpieren,

wenn er nachweisen kann, dass die getroffenen Maßnahmen und die sorgfältig vorbereitete Ausgestaltung eines CMS, am Interesse des Unternehmens ausgerichtet sind. In Fällen, in denen das Unternehmen ein entsprechendes Risikoprofil aufweist, wie etwa bei international tätigen Großkonzernen, kann der Ermessensspielraum jedoch auf null reduziert werden. Eine unternehmensweite Compliance-Risikoanalyse ist in solchen Fällen nach überwiegender Auffassung Pflicht. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen zur konkreten Ausgestaltung eines Geschäftspartnerprüfungsprozesses muss hierfür auf Rechtsprechung, internationale Richtlinien und Best Practices zurückgegriffen werden.

Das "Neubürger"-Urteil des LG München I vom 10.12.2013³ war insoweit bahnbrechend, als dass sich hier erstmals ein deutsches Gericht detailliert zu den Compliance-Pflichten eines Unternehmensleitungsorgans äußerte – und dies mit ausdrücklicher Erwähnung von kritischen Zahlungsvorgängen an ausländische Geschäftspartner. Dabei war der Vorwurf an einen ehemaligen Finanzvorstand eines großen deutschen Technologiekonzerns, seine Sorgfalt als ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter verletzt zu haben, streitgegenständlich. In der Urteilsbegründung stellte das LG München fest, dass es die Pflicht eines jeden Vorstandsmitglieds sei, seinen Leitungsaufgaben dergestalt nachzukommen, dass systematische Gesetzesverstöße durch richtige Organisation und Überwachung gar nicht erst entstehen könnten. Hierfür seien auch internationale Regelungen zu berücksichtigen. Für den Fall, dass ein Risikoprofil dementsprechend ausgeprägt sei, erfülle ein Vorstandsmitglied seine Pflicht nur dann, wenn eine auf das Risikoprofil abgestimmte Compliance-Organisation implementiert und fortlaufend auf Angemessenheit und Wirksamkeit überwacht werde. Compliance wird hier nicht nur als Verantwortung gesehen, sondern vielmehr als "Daueraufgabe" des Vorstands. Sollten einem Vorstandsmitglied konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß vorliegen, ist es verpflichtet, den Verdachtsmomenten nachzuge-

³ LG München I, Urt. v. 10.12.2013, 5 HK O 1387/10; vgl. auch Pohlmann & Company International Compliance Update 2/2014

hen und etwaige Verstöße unverzüglich abzustellen und zu sanktionieren. Anderenfalls liege ein pflichtwidriges Unterlassen vor. Für die Delegation von Compliance-Verantwortung auf nachrangige Mitarbeiter bestimmt die Entscheidung deutliche Grenzen; die Verantwortung – auch die Auswahl und Überwachung von ausländischen Geschäftspartnern – darf nicht zu weit auf nachgeordnete Führungsebenen abgewälzt werden, insbesondere dann nicht, wenn bereits konkrete Verdachtsmomente bestehen.

US-Recht

Der im Jahr 1977 in Kraft gesetzte *Foreign Corrupt Practices Act* ("**FCPA**") stellt das erste Gesetz mit extraterritorialer Anwendbarkeit und Relevanz für Geschäftspartnerprüfungen dar. Weitere Hinweise lassen sich dem *FCPA Resource Guide* entnehmen, der Ende 2012 gemeinsam vom US-amerikanischen Department of Justice und der US Börsenaufsichtsbehörde SEC herausgegeben wurde⁴. Hier wird ausdrücklich statuiert, dass Geschäftspartnerprüfungsprozesse für sich genommen ein exponiertes Bewertungskriterium bei der Beurteilung der Tauglichkeit eines CMS im Falle der Strafverfolgung auf Grundlage des FCPA darstellen. Im FCPA Guide wird festgelegt, dass unabhängig von Standort, Größe und Branche eines Unternehmens folgende Prinzipien universell anzuwenden sind:

- Implementierung eines risiko-basierten Geschäftspartnerprüfungsprozesses
- Kenntnis des konkreten Beauftragungsbedarfs
- Festlegung von Zahlungsbedingungen
- Vergleich mit Marktüblichkeit
- Zeitlicher Bezug der Involvierung des Geschäftspartners
- Überwachung
- Kommunikation der eigenen Compliance-Anstrengungen an den Geschäftspartner

⁴ <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf>

Ausdrücklich definiert der FCPA Guide darüber hinaus keine hierarchischen Mindestanforderungen für Geschäftspartnerprüfungen. Aus den allgemeinen Ausführungen zur notwendigen Behandlung von Zahlungen an dritte Parteien jedoch lassen sich wertvolle Angaben entnehmen. Nach dem FCPA ist demnach Wissen zuzurechnen, wenn sich jemand darüber bewusst ist oder daran glaubt, dass verdächtige Umstände vorliegen oder eine Bestechung mit einem hohen Grad an Vorhersehbarkeit stattfindet. Der US-Gesetzgeber will mit diesem weiten Kenntnis-Begriff nicht nur eine Strafbarkeit für tatsächliches Wissen erreichen, sondern ganz gezielt auch diejenigen bestrafen, die bereits die Kenntniserlangung bewusst vermeiden wollen. Daraus folgt, dass ein robuster, FCPA-tauglicher Geschäftspartnerprüfungsprozess nur dann ein Unternehmen, dessen Leitungsorgane und Mitarbeiter von einer strafrechtlichen Verantwortung enthaftet, wenn eine zuverlässige Kenntniserlangung des Top-Managements bereits bei Verdacht auf Fehlverhalten bei einzelnen fragwürdigen Geschäftspartnern gewährleistet werden kann.

Die Strafzumessungsvorschriften der *U.S. Federal Sentencing Guidelines* ("**Sentencing Guidelines**")⁵ stellen in Ergänzung zum materiellen US-Strafrecht klar, dass Unternehmen für das Fremdverschulden Dritter haften. Zugleich sehen die Sentencing Guidelines ausdrückliche Anreize vor, interne Mechanismen zur Vermeidung, Entdeckung und Anzeige kriminellen Verhaltens zu implementieren. Gemäß § 8 B 2.1. (a) (1) der Sentencing Guidelines müssen effektive Compliance Programme ganz grundsätzlich regelmäßige Due Diligence Prüfungen vorsehen, um kriminelles Verhalten zu vermeiden beziehungsweise zu entdecken. § 8 B 2.1. (b) schreibt *expressis verbis* Mindeststandards vor, wie solche Due Diligence Prüfungen zu gestalten sind. Zunächst müssen Unternehmen verbindliche Standards festlegen und geeignete Prozesse definieren. Weiter muss das Unternehmen diese Standards und Prozesse auch befolgen, überwachen und regel-

mäßig auf ihre Wirksamkeit hin untersuchen. Standards und Prozesse in diesem Zusammenhang sind Verhaltensvorschriften und interne Kontrollen, die nach vernünftigen Maßstäben auch überhaupt geeignet sind, die Eintrittswahrscheinlichkeit kriminellen Verhaltens mindern zu können. Darüber hinaus fordert § 8 B 2.1. (b) (2) (A) unmissverständlich, dass das Leitungsorgan des Unternehmens über den Inhalt und den Betrieb des Compliance Programms gut unterrichtet sein muss. Darüber hinaus muss es die tatsächliche Einführung und Wirksamkeit des Compliance Programms beaufsichtigen. Der Begriff "Leitungsorgan" bezeichnet dabei das höchste Organ des Unternehmens, also entweder das *Board of Directors* oder – falls nicht vorhanden – das ansonsten höchste Leitungsgremium. Weiter wird in § 8 B 2.1. (b) (2) (B) oberen Führungskräften die Pflicht auferlegt, das tatsächliche Vorhandensein eines wirksamen Compliance Programms im Unternehmen sicherzustellen. Besondere Mitarbeiter innerhalb dieses Kreises der oberen Führungskräfte sollen mit der Verantwortung für das Compliance Programm betraut werden. Schließlich soll nach § 8 B 2.1. (b) (2) (C) einzelnen Mitarbeitern außerhalb des oben genannten Personenkreises – d.h. nicht notwendigerweise obere Führungskräfte – die operative Verantwortung für den Betrieb des Compliance-Programms übertragen werden. Allerdings haben die derart Beauftragten in regelmäßigen Abständen an die jeweiligen oberen Führungskräfte und, falls notwendig, zusätzlich an das oberste Leitungsgremium zu berichten. Um diese operative Verantwortung auch tatsächlich wahrnehmen zu können, müssen diese besonderen Mitarbeiter über angemessene Mittel, ausreichende Entscheidungskompetenz und einen direkten Zugang zum obersten Leitungsorgan verfügen. Mitarbeiter mit bekannt rechtswidrigen Vorverhalten dürfen gem. § 8 B 2.1. (b) (3) nicht in den Personenkreis der genannten oberen Führungskräfte oder besonderen Mitarbeiter berufen werden. Auffällig ist der hohe Detaillierungsgrad, mit dem die Sentencing Guidelines in der Kommentierung zu § 8 A 1.2 die betroffenen Mitarbeiterkreise näher bestimmen. Der "obere Führungskreis" im Sinne der Vorschrift zeichnet sich durch eine weitreichende Kontrolle über die Unternehmens-

⁵ Sentencing Guidelines in der Fassung vom 01.11.2014; Chapter 8, Introductory Comment, P. 495; http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/CHAPTER_8.pdf

organisation aus oder verfügt über maßgeblichen Einfluss zur Vorgabe verbindlicher Vorschriften innerhalb des gesamten Unternehmens. Beispielhaft werden Direktoren, Vorstände oder die Leiter von Geschäftseinheiten / Unternehmensfunktionen (z.B. Vertrieb oder Finanzen) aufgeführt. Zu diesem Kreis gehören auch die Eigentümer größerer Unternehmensanteile. Die Sentencing Guidelines führen diese Definitionen bis hin zur Beschreibung des oberen Führungskreises in Unternehmenseinheiten aus, wobei durchgehend auf Kontrollvermögen und Vorschriftenerlass – ggf. im Wirkungsbereich der jeweiligen Unternehmenseinheit – abgestellt wird. Im Rahmen der Sanktionierung eines beschuldigten Unternehmens wird dem Vorhandensein und der Ausformung eines CMS durch ein Punkte-basiertes Bewertungssystem Rechnung getragen: Verfügt das Unternehmen über ein tatsächlich wirkungsvolles Compliance-Programm, so werden in strafmildernder Weise 3 Punkte von der Gesamtwertung nach § 8 C 2.5 (f) (1), die Maßstab für die Schuld des Unternehmens ist, abgezogen. Im Falle einer Beteiligung eines Leiters einer Unternehmenseinheit an einer Rechtsverletzung werden 3 Punkte zur Strafverschärfung aufgeschlagen. Gehört der gleiche Leiter einer Unternehmenseinheit gleichzeitig dem oberen Führungskreis des Gesamtunternehmens an, werden sogar 4 (Straf-)Punkte addiert. Daraus wird ersichtlich, dass auch hier ein Unterlassen der oberen Führungskreisangehörigen ("strategisches Wegschauen") letztendlich eine schärfere Sanktionierung nach sich zieht als der gleiche Vorwurf gegenüber nachgeordneten Mitarbeitern. Deshalb sollten sich gerade auch die Mitglieder des obersten Führungskreises um eine möglichst unmittelbare Kontrolle über Compliance-Prozesse (wie eben Geschäftspartnerprüfungen) auch in ausländischen Unternehmenseinheiten bemühen.

WEF/PACI Richtlinien

Die *Partnering Against Corruption Initiative* ("PACI") des Weltwirtschaftsforums (World Economic Forum, "WEF") hat 2013 Richtlinien zur Durchführung von Geschäftspartnerprüfungen veröffentlicht⁶, welche die schon seit 2009 eingeführten PACI Prinzipien zur Korruptionsbekämpfung konkretisieren.⁷ Darin schreibt das PACI Prinzip 5.2 Unternehmen vor, eigene Compliance-Programme auch auf alle externen Geschäftsbeziehungen auszuweiten. In diesem Zusammenhang sind Geschäftspartnerprüfungen von maßgeblicher Bedeutung und erfordern einen besonderen Prozess sowohl für das Stadium der Freigabe als auch die Phase einer Geschäftsbeziehung nach der Freigabe. Für beide Phasen empfiehlt die WEF/PACI Geschäftspartnerprüfungs-Richtlinie in Abschnitt 4. eine starke Partnerschaft zwischen der Geschäftseinheit, die einen Geschäftspartner beauftragen will und der zuständigen Compliance Abteilung – wiederholt damit aber implizit auch das bereits oben mehrfach beschriebene Prinzip einer funktionalen Trennung. Detaillierte Ausführungen in Abschnitt 4. A. beschreiben die erforderliche Unterscheidung von Geschäftspartnern mit niedriger Risikoausprägung und solchen mit mittlerer- oder hoher Risikoneigung. Während es genügen soll, dass Geschäftspartner mit niedrigem Risiko von der Leitung der für die beabsichtigte Geschäftsbeziehung zuständigen Geschäftseinheit selbst freigegeben werden, sind in Fällen von mittlerer oder hoher Risikoausprägung die Leitungsebenen von mindestens zwei Geschäftseinheiten am Freigabeprozess zu beteiligen. Dabei soll es sich neben der potentiell beauftragenden Abteilung auch um eine Geschäftseinheit handeln, die keine Vorteile aus der geplanten Geschäftspartnerbeziehung ziehen kann wie z.B. eine Compliance-Abteilung. Die PACI Prinzipien von 2009 machen deutlich, dass neben einer funktionalen Trennung mehrerer freigebender Unternehmenseinheiten auch höchstmögliche Seniorität im Sinne einer hierarchischen Stellung des Compliance Managements zu gewährleisten ist.

⁶ http://www3.weforum.org/docs/WEF_PACI_ConductingThirdPartyDueDiligence_Guidelines_2013.pdf

⁷ http://www3.weforum.org/docs/WEF_PACI_Principles_2009.pdf

Das PACI Prinzip 5.1.1 schreibt dem höchsten Unternehmensleitungsorgan nicht nur die Aufsichtspflicht für die Entwicklung und Einführung eines wirkungsvollen Compliance Programmes zu. Auch der Vorstandsvorsitzende wird *expressis verbis* in die Pflicht genommen, sich um die nachhaltige Ausführung des Compliance Programms und klare Verantwortlichkeiten zu kümmern. Die Übertragung der Aufgabe, ein Compliance-Programm – einschließlich eines Geschäftspartnerprüfungs- und Freigabe-Prozesses – zu implementieren, kann mithin an einen Angehörigen des oberen Führungskreises mit direkter Berichtslinie zum Vorstandsvorsitzenden ergehen.

Fazit

Im Ergebnis kann nach dieser Untersuchung festgehalten werden, dass derzeit noch kein weltweit einheitlicher Gesetzesstandard zur konkreten Beschreibung von Mindestanforderungen an die Freigabe von Geschäftspartnerprüfungen existiert.

Aus der "Neubürger"-Entscheidung des LG München I, den granularen Legaldefinitionen der U.S. Sentencing Guidelines sowie den ausdrücklichen Vorgaben zur der Leitungsverantwortung von Geschäftseinheiten im Geschäftspartnerprüfungs- und Freigabeprozess der WEF/PACI Richtlinien folgt jedoch, dass die Verantwortung wie auch die Aufgabe der Durchführung bzw. Freigabe von Geschäftspartnerprüfungsprozessen in international tätigen Unternehmen nicht beliebig weit delegiert werden kann.

Die Vorstände einer Aktiengesellschaft und die Geschäftsführer einer GmbH haben unmittelbare Verantwortung für Aufbau, Betrieb und Überwachung, sowie die fortlaufende Weiterentwicklung eines effektiven CMS und können diese *nicht* mit haftungsbefreiender Wirkung delegieren. Unter Berücksichtigung bestimmter Bedingungen kann aber eine Aufgaben-Delegation in gewissen Grenzen vorgenommen werden. Wenn keine konkreten Hinweise zu wiederholten Rechtsverstößen vorliegen, kann die Aufgabenübertragung zur Freigabe von Geschäftspartnerprüfungen etwa auf die Leitung von Landesgesellschaften zulässig sein.

Letztlich bietet ein konsequent im ganzen Unternehmen implementierter Geschäftspartnerprüfungsprozess aber auch aus betriebswirtschaftlicher Perspektive handfeste Vorteile. Die alltägliche Kooperation mit vielen unterschiedlichen Geschäftspartnern wird durch die aus dem Prüfprozess resultierende Transparenz und Steuerfähigkeit deutlich verbessert.



Eric Mayer

ist Partner bei Pohlmann & Company. Er berät internationale Unternehmen bei der Konzeption, beim Aufbau und bei der Umsetzung von Compliance Management Systemen und Compliance Organisationen sowie bei Transaktionen und Umstrukturierungen.

Welt

Der Ermittlungsdruck nimmt weltweit zu – Global Enforcement Report 2014 im Juni erschienen

Sebastian Bartsch

- Korruptionsermittlungen durch nicht-US Behörden nehmen weiter zu.
- China führt die meisten Ermittlungen wegen Bestechung inländischer Amtsträger.
- Im Fokus steht weltweit weiterhin die Rohstoffindustrie, gefolgt vom Maschinen- und Anlagenbau.

Im Juni 2015 veröffentlichte TRACE International, Inc. ("**TRACE**") den Global Enforcement Report 2014 ("**GER 2014**")¹. TRACE ist eine Non-profit-Vereinigung von Unternehmen und Compliance-Experten mit dem Zweck, die Anstrengungen von Unternehmen im Kampf gegen Korruption zu unterstützen. Der GER 2014 fasst die internationale Entwicklung von Ermittlungen und sonstiger Strafverfolgungsmaßnahmen für einen Zeitraum von 38 Jahren zusammen. Im Mittelpunkt des GER 2014 stehen Ermittlungen (*investigations*) und abschließende Entscheidungen (*enforcement actions*) von Gerichten und sonstigen Behörden in Bezug auf Bestechung ausländischer Amtsträger (*bribery of foreign officials*) und Amtsträger im Inland (*bribery of domestic officials*) durch ausländische Unternehmen. Der GER 2014 ist bereits die fünfte Auflage des Global Enforcement Reports.

Trend zur weltweiten Verfolgung von Korruptionsdelikten

Insgesamt ist die Zahl der erfassten abschließenden Entscheidungen zu Bestechungsfällen ausländischer Amtsträger im Jahr 2014 im Vergleich zum Vorjahr wieder deutlich gestiegen. Über die Jahre 2012 und 2013 war sie zuletzt dagegen insgesamt rückläufig. Bemerkenswert ist jedoch vor allem, dass die Zahl der Entscheidungen durch Gerichte und Behörden außerhalb der USA bereits seit 2013

¹ Global Enforcement Report 2014, Juni 2015, TRACE International Inc.: <http://www.traceinternational.org/about-trace/publications/>

wieder zunimmt und sich im Jahr 2014 gegenüber dem Jahr 2012 mehr als verdoppelt hat. Damit übersteigt sie zuletzt sogar die Zahl der US-Entscheidungen. Außerhalb der USA führen das Vereinigte Königreich und Deutschland mit einigem Abstand die Liste der Länder an, die Ermittlungen aufgrund von Bestechungsvorwürfen mit Bezug zu ausländischen Amtsträgern führen. Auch die Liste der abschließenden Entscheidungen zu derartigen Delikten führt das Vereinigte Königreich an; wieder mit deutlichem Abstand gefolgt von Dänemark, den Niederlanden und Deutschland. Damit bleiben die USA zwar weltweit führend in der Durchsetzung ihrer Anti-Korruptions-Bestimmungen. Der Schwerpunkt liegt hier, US-Unternehmen oder Staatsbürger einmal ausgenommen, zudem weiterhin auf europäischen Unternehmen und Individuen. Die Tendenz zu einer weltweit immer stärker werdenden Verfolgung von Korruptionsdelikten im Ausland bestätigt sich aber auch in diesem Gesamtbild.

Hoher Ermittlungsdruck auch in Risikoländern

Der zunehmende Ermittlungsdruck ist auch in den Ländern selbst zu spüren, die eine hohe wahrgenommene Korruptionsanfälligkeit aufweisen. Laut aktuellem Corruption Perceptions Index 2014 von Transparency International ("**TI CPI 2014**") zählen hierzu zwar weiterhin u.a. China, Indien, Brasilien und Nigeria.² Brasilien weist hierunter mit 43 von 100 Punkten

² Corruption Perceptions Index 2014, Transparency International: <http://www.transparency.org/cpi2014>

noch den besten Wert im TI CPI 2014 auf. Die Werte für Indien, China und Nigeria liegen alle unterhalb der 40 Punkte. Außerhalb der USA wird aber laut GER 2014 wegen der Bestechung inländischer Amtsträger gerade in diesen Ländern ermittelt. Am häufigsten ist das in China der Fall, dicht gefolgt von Indien, Brasilien und Nigeria. Auch bei den abschließenden Entscheidungen zu derartigen Delikten nimmt China einen der oberen Ränge ein. Hier ist allerdings Südkorea mit Abstand Spitzenreiter, wiederum gefolgt von Nigeria und eben China.

Ermittlungen in einer Vielzahl von Branchen

In der Betrachtung der einzelnen Branchen setzt sich das bisherige Bild weitgehend fort. Die meisten Ermittlungen und abschließenden Entscheidungen betreffen weiterhin die Rohstoffindustrie. Sowohl durch die USA als auch international wird hier am häufigsten wegen Bestechung ausländischer Amtsträger und Amtsträger im Inland ermittelt. Ebenfalls regelmäßig im Fokus der Ermittlungen stehen der Maschinen- und Anlagenbau, das produzierende Gewerbe und Dienstleister sowie die Sicherheits- und Verteidigungsindustrie. Gleiches gilt für Kreditinstitute und Finanzdienstleister, die insbesondere in den USA in letzter Zeit stark in den Brennpunkt rücken, nachdem hier in der Vergangenheit nur wenige abschließende Entscheidungen verzeichnet wurden. Insgesamt zeigt sich jedoch, dass sich die zunehmenden Anstrengungen der Ermittlungsbehörden nicht nur auf einige wenige Branchen beschränken.

Fazit

In der Gesamtschau scheint die Entwicklung der Ermittlungsbemühungen parallel zur Entwicklung in den nationalen Gesetzgebungen zu laufen. Auch hier zeigen sich, wie bereits berichtet, eine Ausweitung der Reichweiten und eine allgemeine Tendenz zur Konvergenz in der inhaltlichen Ausgestaltung. Vor diesem Hintergrund bleiben die sorgfältige Prüfung der eigenen Risikolage, maßgeschneiderte Präventionsmechanismen und das konsequente Vorgehen bei festgestellten Verstößen oberste Priorität für die Unternehmensleitung.



Sebastian Bartsch

ist Senior Consultant bei Pohlmann & Company. Der Schwerpunkt seiner Arbeit liegt auf Compliance-Risikoanalysen, Reifegradanalysen von Compliance Management Systemen (CMS) sowie Geschäftspartnerprüfungen und der Einführung risikobasierter Prozesse.

China

Tiger verbringt den Rest seines Lebens im Gefängnis*Julia Kahlenberg*

- Vor wenigen Wochen wurde der Chef des mächtigen chinesischen Inlandsgeheimdienstes Zhou Yongkang zu lebenslanger Haft verurteilt.
- Er und seine Familie sollen insgesamt mindestens 129 Mio. Chinesische Yuan (rund 18 Mio EUR) Bestechungsgelder erhalten haben.

Einer der größten Boliden und meist gefürchteten Vertreter der Ein-Parteien-Diktatur der KPC war neun Monate nach seiner Verhaftung der Bestechung, des Machtmissbrauchs und des Geheimnisverrats für schuldig befunden worden. Zhou wurde bereits aller politischen Ämter enthoben und sein Vermögen von den Behörden konfisziert. Gegen viele seiner ehemaligen Mitarbeiter laufen ebenfalls Untersuchungen bzw. sind bereits Haftstrafen angekündigt.

"Tiger wolle er bekämpfen, genauso wie Fliegen", hatte Chinas neuer Staatspräsident Xi Jinping zu seinem Amtsantritt 2013 verkündet. Gemeint war damit eine Antikorruptionskampagne mit dem offiziellen Titel "Neue Bescheidenheit", die große und kleine Gauner erwischen und nicht einmal vor jenen ganz oben in der Hierarchie des Partei- und Regierungsapparates Halt machen sollte. Mit ihr soll auch der allseits schwelende Groll der Bevölkerung gegenüber korrupten Kadern, der immer wieder durch Veröffentlichungen westlicher Medien zu prall gefüllten Offshore-Konten zahlreicher prominenter chinesischer Parteioberer oder auch durch einen Blick in die Offshore-Leaks-Datenbanken genährt wird, eingedämmt werden.

Dass es sich bei dem harten Vorgehen gegen Bestechung in Wirklichkeit auch um einen internen Machtkampf handelt, bei dem für das Regime einiges auf dem Spiel steht, tut der Tatsache, dass Korruption auch in China mittlerweile als stark wirtschaftsschädigend erkannt und zusehends geahndet wird, keinen Abbruch.

"Guanxi" – Kultur der Korruption?

In der Tat ist der Umgang mit Mäuscheln, Schmiergeldern und Vetternwirtschaft in China verbreiteter als in vielen anderen Ländern der Welt. Im chinesischen Geschäftsalltag spielen die "guanxi" genannten persönlichen Beziehungen – informelle Beziehungen, die mit üppigen Geschenken und generösen Einladungen gepflegt werden wollen – seit je her eine wichtige Rolle, im Zweifel eine wichtigere als das Einhalten von Regeln und Gesetzen. Nach Expertenschätzungen belaufen sich Schmiergeldzahlungen und ähnliche Delikte auf rund 15 Prozent der chinesischen Wirtschaftsleistung. Allein zwischen 2008 und 2013 sollen korrupte chinesische Regierungsbeamte 800 Milliarden Yuan (mehr als 100 Mrd. EUR) außer Landes gebracht haben.

Gestützt wird dieses Bild durch einen Blick auf die jährlich von Transparency International veröffentlichte Korruptionsrangliste, den TICPI. Danach lag die Volksrepublik 2014 bei insgesamt 175 untersuchten Ländern auf Platz 100. Am geringsten ist die wahrgenommene Korruption in Dänemark, Finnland und Neuseeland, Deutschland lag auf Platz 12. Was der chinesischen Regierung vor allem zu denken geben muss: Im Vergleich zu früheren Ranglisten hat sich China mitnichten verbessert – die bald größte Wirtschaftsnation der Welt fiel allein im letzten Jahr um 20 Plätze zurück und rangiert in Sachen saubere Geschäfte immer noch weit hinter Ländern wie Tunesien, Ruanda oder Saudi-Arabien.

Dabei lässt sich Korruption entgegen mancher Überzeugung nicht unbedingt als fester Bestandteil der chinesischen Kultur begreifen, wie der Blick in die TI-Rangliste ebenfalls zeigt. Die frühere britische Kronkolonie Hongkong und der von Chinesen dominierte Stadtstaat Singapur schaffen es mit Rang 17 bzw. Rang 7 sogar unter die am wenigsten von Korruption betroffenen Länder. Auch Taiwan steht mit Rang 35 noch wesentlich besser da als die Volksrepublik.

Rechtsrahmen und Regeln gegen traditionelle Mentalitäten

Das legt den Schluss nahe, dass dort, wo ein klarer Rechtsrahmen existiert, dessen Einhaltung systematisch kontrolliert wird, und wo Gesetze entsprechend durchgesetzt werden, traditionelle Mentalitäten durchaus weniger zum Tragen kommen. Und es besteht Hoffnung, dass Xi Jinping mit seinen Kampagnen genau dort ansetzt.

Zumindest gibt es seit einigen Jahren verbindliche Regeln und Anforderungen an das Geschäftemachen, und es lässt sich beim Studium in englischer Sprache verfügbarer Pressemeldungen beobachten, dass die chinesischen Regulierungsbehörden Verstöße gegen diese Regeln zunehmend ernst nehmen und immer öfter behördliche Untersuchungen einleiten. Allein in 2013 wurden in mehr als 27.000 Fällen Ermittlungen gegen Funktionäre wegen des Verdachts der Bestechlichkeit aufgenommen. Mehr als 100.000 Funktionäre sind wegen Korruption abgesetzt oder vor Gericht gestellt worden.

Vor diesem Hintergrund ist Integritätsmanagement auch für chinesische und in China tätige ausländische Firmen zu einem überaus wichtigen Managementthema geworden und kommt einem stabilen Compliance Management System – wobei Compliance über seine allgemeine Bedeutung als gesetzeskonformes Handeln hinaus schwerpunktmäßig auch immer der Prävention von wirtschaftskriminellen Tatbeständen wie Korruption, Betrugsdelikten, Geldwäsche und Wettbewerbsverstößen dient und auf die Gewährleistung von sauberem und transparentem Geschäft ausgerichtet ist – eine wachsende Bedeutung zu. Wie die Rahmenbedingungen und besonderen Anforderungen an Compliance für Firmen in China aussehen, habe ich in einem Beitrag zu dem neuen Buch "Compliance Management in China" ausgeführt, das am 25. Juni im Haufe Verlag erschienen ist und das ich unseren interessierten Lesern hiermit ans Herz legen will.¹



Julia Kahlenberg

ist Principal bei Pohlmann & Company. Nach Einsätzen in China, Vietnam und Hongkong umfasst ihr Aufgabengebiet sämtliche Aspekte eines Compliance Management Systems von der Risikoprävention über die Aufdeckung bis hin zur Remediation.

¹ <http://shop.haufe.de/compliance-management-in-china>

Corporate. Compliance. Governance.

Wir möchten wissen, was Sie interessiert.

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

update@pohlmann-company.com

Pohlmann & Company

Ulmenstraße 37-39
D-60325 Frankfurt a.M.

T: +49 (0)69 260 1171 40

www.pohlmann-company.com

Nymphenburger Straße 4
D-80335 München

T: +49 (0)89 217 5841 70

E: 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.

© 2015 Pohlmann & Company. Alle Rechte vorbehalten.