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.

Sonderdruck aus Ausgabe #1-2018

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. "**NDAs**") 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.

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 Prinzipien[3], 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 komplizierter 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

---

1 Zu dieser Thematik finden sich weitere Ausführungen in: S. Petri / N. Neumann: "Entwicklungen von Deferred Prosecution Agreements (DPAs) und Non-Prosecution Agreements (NPA)", International Compliance Update 1 (2018), 11-14.

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.

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.

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

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

[5] FCPA Resource Guide, S. 56.

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 DoJ[6] 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 Schlüsselelemente eines effektiven ComplianceProgramms orientiert sich an dieser Leitlinien-Struktur. Es existieren darüber hinaus noch weitere Informationsquellen, wie die *Integrity Compliance Guidelines* der Weltbank-Gruppe[7] und die *US Sentencing Guidelines*, § 8 B 2.1[8], die im folgenden Überblick über die Kriterien eines wirksamen Compliance-Programms berücksichtigt wurden.

Die Schlüsselelemente 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 vehementer, 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 Unternehmens, 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

[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: https://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8

[9] FCPA Resource Guide, S. 57.

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 jedwedes 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 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 Prüfungsausschuss[11]. Die hierdurch erreichte Unabhängigkeit und Autonomie muss sich auch in einer angemessenen personellen Ausstattung der Compliance-Funktion widerspiegeln[12], 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 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*". Natür-

[11] FCPA Resource Guide, S. 58.

[12] Abschnitt 2.3 der World Bank Group Integrity Compliance Guidelines.

lich 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).

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

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

[14] FCPA Resource Guide, S. 59.

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.

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 einem eine klare "Berichtspflicht" aufzuerlegen, zum anderen auch für eine starke "Speak up"-Kultur zu sorgen[16]. 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 über robuste Prozesse verfügen, um diejenigen angemessen zu disziplinieren, die ihrer Verantwortung nicht ausreichend nachkommen.[18]

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

[16] Abschnitt 9.1 der World Bank Group Integrity Compliance Guidelines.

[17] US Sentencing Guidelines, § 8 B.2.1 (b) (5) (C).

[18] FCPA Resource Guide, S. 59.

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 abzielen, 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.

[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 Geschäftsgebaren, 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

[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.

den Bereichen Unternehmens-, Treue- und Compliance-Pflichten geschult werden.

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 2017[25] 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]

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.

[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", International Compliance Update 1 (2018), 15-18.

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

Nicole Willms
ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Pohlmann & Company. Sie ist leitendes Mitglied des US Independent Compliance Monitor Teams (DoJ und SEC) bei einem NASDAQ 100 Unternehmen sowie German Counsel des US Monitors für die Volkswagen AG, Larry Thompson.

Clemens Blettgen
ist Manager bei Pohlmann & Company in Frankfurt. Er ist Mitglied sowie Leiter des PMO im US Independent Compliance Monitor Team (DoJ und SEC) bei einem NASDAQ 100 Unternehmen.

Compliance. Corporate. Governance

Frankfurt/Main
Pohlmann & Company
Guiollettstraße 48
60325 Frankfurt/Main
Deutschland

T +49 69 260 1171 40
F +49 69 260 1171 67

München
Pohlmann & Company
Nymphenburger Straße 4
80335 München
Deutschland

T +49 89 217 5841 70
F +49 89 217 5841 71

Montreal
Pohlmann & Company
1000 Rue de la Gauchètiere West, 24th floor
Montreal, QC H3B 4W5
Kanada

T +1 514 448 7487
M +1 438 494 3514

www.pohlmann-company.com

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.