

fahrens an die französischen Behörden zu wenden und sich so Kenntnis über den vollständigen Report zu verschaffen.¹⁴⁸

F. Ausblick

Ist ein (ausländisches) Unternehmen einmal in den Fokus des DOJ oder der SEC gerückt, wird es sich zwangsläufig mit den in diesem Aufsatz beschriebenen prozessualen Besonderheiten des US-Rechts auseinandersetzen müssen. Das Ergebnis der Verhandlungen mit den US-Behörden muss jedoch nicht notwendigerweise die Bestellung eines Monitors sein. Ob ein Monitor bestellt wird oder nicht hängt von vielen Faktoren ab. So etwa, ob das Unternehmen „Wiederholungstäter“ ist, dessen zukünftige Gesetzestreue überwacht werden muss. Gleichzeitig darf das Unternehmen aber auch kein „Unverbesserlicher“ sein: Denn die Berufung eines Monitor setzt stets voraus, dass das Unternehmen bereit ist, aus vergangenen Fehlern zu lernen und Reformen umzusetzen.¹⁴⁹ Ein Trugschluss wäre es jedoch zu glauben, dass nur große Unternehmen von Monitoren „betroffen“ sein können. Die US-Behörden haben in der Vergangenheit auch mittelständische Unternehmen nicht verschont. Monitore könnten theoretisch sogar in Familienunternehmen eingesetzt werden. Denn kleine und mittelgroße Unternehmen, insbesondere ausländische, verfügen oftmals nicht über ein ausreichendes Know-how, das sie befähigen würde, ein robustes Compliance Systems zur Vorbeugung vor potentiell korruptivem Handeln von Mitarbeitern einzusetzen. Die Einsetzung eines solchen Systems ist aber anerkanntermaßen die beste Lösung für alle Beteiligten.¹⁵⁰ Sollte es doch zu einem Rechtsverstoß kommen wird die Einrichtung des Monitors trotz aller alternativen Reformmethoden eine nicht zu vernachlässigende Rolle in dem nachfolgenden Verfahren vor den US-Behörden spielen.¹⁵¹ Der Leiter des FCPA Referats im

DOJ, Charles Duroso, hat jedenfalls angekündigt: Der Corporate Monitor wird nicht verschwinden. Wir setzen ihn jedoch heute strukturierter und differenzierter ein.¹⁵²

Kontakt:

Nadège Reyhn, LL.M.
GSK Stockmann + Kollegen
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft
Karl-Scharnagl-Ring 8
80539 München
Tel.: 089/28 81 74-74
Fax: 089/28 81 74-44
reyhn@gsk.de

148 Technip DPA, S. 56.

149 Ford/Hess, 34 J. Corp. L. 2008-2009, 679, 699.

150 Das Compliance System muss hierfür mindestens folgenden Anforderungen genügen: (1) Nach außen kommuniziertes System zur Korruptionsbekämpfung, (2) Bekenntnis der Unternehmensführung zum Kampf gegen Korruption, (3) Interne Richtlinien und Verfahren zu (a) Geschenken und Bewirtung, (b) Kundenreisen, (c) Politischen Spenden, (4) Verträgen mit Regierungen, (5) Jährliche Überprüfung der o.g. Richtlinien und Prozesse, (6) Direkte Berichtspflichten zum Vorstand (7) Einsetzung von (IT-basierten) Finanzkontrollen zur Verhinderung der Zahlung von Schmiergeldern, (8) Weiterbildung und Zertifizierung der Mitarbeiter, (9) Beratung der Mitarbeiter aber auch Kunden in Anti-Korruptionsfragen, Bereitstellung einer Hotline für Fragen aber auch Hinweise der Mitarbeiter (10) geeignetes Sanktionssystem, (11) Due Diligence bei Erwerb neuer Gesellschaften aber auch im Hinblick auf Kunden und Berater, (12) Selbstverpflichtungserklärungen für Vertragspartner zur Einhaltung von Gesetzen.

151 Als kostengünstigere Alternative wird etwa die Möglichkeit eines „Automonitoring“, eines „internal Monitors“ diskutiert, also der konzerninternen Durchführung von Kontrollen mit bestehendem Personal, statt der Hinzuziehung eines Dritten.

152 Harmon, *Confronting the New Challenges of FCPA Compliance: Recent Trends in FCPA Enforcement and Practical Guidance for Meeting These Challenges in: Foreign Corrupt Practices Act Compliance Issues* (2010), S. 8.

Rechtsanwalt Dr. Benno Schwarz, München*

FCPA Compliance Monitorships – US Marotte oder Flavor of the New Times?

Praktische Erfahrungen mit FCPA Compliance Monitorships

Zur Jahreswende 2011 laufen gegen 73 Unternehmen Ermittlungen des amerikanischen Department of Justice wegen möglicher Verstöße gegen den Foreign Corrupt Practices Act („FCPA“). Die Liste liest sich wie ein Who-is-Who der internationalen Großindustrie¹ und enthält eine Vielzahl europäischer Unternehmen. Für jedes dieser Unternehmen kann ein FCPA Compliance Monitorship eines Tages zum Unternehmensalltag werden. Grund genug einen Versuch zu unternehmen, die Erfahrungen aus den bisherigen FCPA Compliance Monitorships etwas genauer zu analysieren und einige Lehren daraus zu ziehen.

Allgemeine Trends bei Vergleichen (Settlements) mit SEC und DoJ

Betrachtet man die schieren Vergleichssummen, die Unternehmen zur Abwendung einer Verurteilung wegen

Verstößen gegen den FCPA aufzubringen bereit waren, fällt auf, dass acht der zehn größten Vergleichssummen aus dem Jahre 2010 stammen. Weiter fällt auf, dass sieben von zehn Vergleichen zwischen den U.S. Behörden und europäischen Unternehmen zustande gekommen sind, während nur zwei amerikanische Unternehmen betreffen. Letztlich ist es bemerkenswert, dass nicht jedes FCPA Verfahren – auch nicht jedes Großverfahren – automatisch zu einem Vergleich mit nachfolgender Benennung eines Compliance Monitors führt. Zwei der zehn größten FCPA-Vergleiche überhaupt² und acht der zehn größten Vergleiche in 2009 führten zu einem Vergleich ohne einen Monitor³.

Der FCPA Compliance Monitor ist damit nur eine Spielart im Sanktionskatalog der Securities Exchange Com-

* Der Autor ist Partner der Sozietät Gibson, Dunn & Crutcher LLP in München.

1 <http://www.mainjustice.com/justanticorruption/2011/01/04/list-of-companies-under-fcpa-investigation/>.

2 Snamprogetti Netherlands B.V./ENI S.p.A (2010) und Chevron (2007).

3 AGCO Corp., Novo Nordisk A/S, UTStarcom, Inc., Latin Node, Inc., ITT Corp., Helmerich & Payne, Inc., Nature's Sunshine Products, Avery Dennison.

mission („SEC“) und des Department of Justice („DoJ“). Bei der Entscheidung über den Einsatz eines Compliance Monitors ist den U.S. Behörden und dem Gericht ein großer Ermessensspielraum eingeräumt, den man auf Seiten des betroffenen Unternehmens durch geschickte Verhandlung nutzen sollte.

Wann wird üblicherweise ein Monitor eingesetzt?

Für den Einsatz eines Compliance Monitors gibt es keine gesetzlichen Regeln, die das Ermessen der Behörden einschränken⁴. Es gibt allerdings Stellungnahmen maßgeblicher Behördenvertreter⁵, die die Praxis erläutern und den Entscheidungsprozess hinter Türen der SEC und des DoJ aufhellen. Wesentliche Faktoren, die die Entscheidung begünstigen, von einem Monitor abzusehen sind:

- das Bestehen eines umfassend etablierten und klar artikulierten Compliance Programms im beschuldigten Unternehmen,
- das Vorhandensein eines effizienten internen Kontrollsystems sowie
- eine vorbildliche artikuliert und gelebte Compliance-Kultur, die keinerlei Verstöße gegen Anti-Korruptionsgesetze duldet.

Umgekehrt, haben sich durch die im Strafverfahren erkannten Verstöße gerade wesentliche Unzulänglichkeiten des Compliance-Programms manifestiert (z.B. durch unklare Zuständigkeiten oder mangelnde Schulung der Funktionsträger) oder ist das Compliance-Programm nur auf dem Papier existent, wird aber nicht durch sinnvoll und effizient ausgeübte Kontrollen flankiert oder haben sich leitende Mitarbeiter des Unternehmens durch ihr Verhalten mitschuldig gemacht, so wird es durch die amerikanischen Behörden als fast unumgänglich erachtet, neben der Strafe und Abschöpfung von Gewinnen auch sicherzustellen, dass sich die gesamte Unternehmensorganisation und -kultur nachhaltig ändert. Hierfür wird der für einige Jahre eingesetzte unabhängige Compliance Monitor als ein überaus geeignetes und sinnvolles Mittel erkannt.

4 In den letzten Jahren gab es verschiedene gesetzliche Eingaben betreffend Compliance Monitors, die u.a. auch die Fälle zum Einsetzen eines Monitors sowie dessen Auswahl zum Gegenstand hatten und eine größere gerichtliche Kontrolle von Compliance Monitoren vorsahen. Diese Gesetzesentwürfe wurden jedoch bislang nicht verabschiedet. Vgl. H.R. 1947 (2009), H.R. 5086 (2008). Regelungen über Compliance Monitore finden sich im U.S. Anwaltshandbuch (U.S. Attorney's Manual) sowie den U.S. Federal Sentencing Guidelines (USSG). Das U.S. Anwaltshandbuch verweist darauf, dass das Einsetzen eines Monitors das Strafprinzip sicherstellt, die Abschreckung sowie die Wiedergutmachung. Das DOJ bezieht sich auf die USSG zur Begründung warum Monitore eingesetzt werden. Die USSG sehen vor, dass ein Gericht die notwendigen Schritte zur Wiedergutmachung des durch die Straftat verursachten Schadens verpflichtet werden sollen, was die Zahlung einer Strafe sowie die Vornahme „anderer Wiedergutmachungshandlungen“ („other remedial measures“) einschließt, vgl. USSG §§ 8B1.1, 8C2.1, ff. Im Jahre 2010 wurde eine Änderung der USSG vorgeschlagen, was das Einsetzen eines Monitors als eine solche Wiedergutmachungshandlung ausdrücklich geregelt hätte. Diese Änderung wurde aber von der zuständigen U.S. Sentencing Commission abgelehnt und lediglich Kommentare aufgenommen, die vorsehen, dass die Wiedergutmachung „den Einsatz eines externen Beraters zur Sicherstellung der angemessenen Umsetzung aller Änderungen beinhaltet“ („may include the use of an outside professional advisor to ensure adequate assessment and implementation of any modifications“), vgl. USSG Commentary to § 8B2.1.

5 “It may be appropriate to use a monitor where a company does not have an effective internal compliance program, or where it needs to establish necessary internal controls.” Craig S. Morford, Acting Deputy Attorney General (March 2008).

In jüngerer Zeit lässt sich in den USA ein Trend zum sog. „Self-monitoring“ beobachten.⁶ In diesem Fall wird eine unternehmensinterne Funktion (z.B. der Chief Compliance Officer) damit betraut, ein vorher abgestimmtes Compliance-Programm durch die Durchführung von festgelegten Maßnahmen und Kontrollen zu verifizieren und hierfür gegenüber den U.S. Behörden Rechenschaft abzulegen. Diese Maßnahme stellt die Nachhaltigkeit erforderlicher Veränderungen sicher, ist aber der geringere und gegenüber dem Compliance-Monitor meistens auch kostengünstigere Weg. Voraussetzung hierfür ist aber wiederum, dass die Behörden der Auffassung sind, dass die fundamentalen Compliance-Systeme, die Kultur und die internen Kontrollen im betroffenen Unternehmen grundsätzlich intakt sind.

Wie wird der Monitor ausgewählt?

Auch bei der Auswahl des Monitors besteht ein weites Ermessen der Behörde. Üblicherweise wählen die U.S. Behörden den Monitor von einer Vorschlagsliste aus, die das betroffene Unternehmen erstellt. Allerdings haben die vorgeschlagenen Personen über ausgezeichnete Qualifikationen zu verfügen und müssen über jegliche Zweifel an ihrer Integrität erhaben sein. Im Einzelnen sind die Kriterien, die im sog. Morford Memorandum im Jahre 2008 zugrunde gelegt wurden, die Folgenden:⁷ Nachgewiesene Erfahrung in FCPA-Verfahren, einschließlich der Beratung in diesen Verfahren, Erfahrung im Erstellen und der Prüfung von unternehmensbezogenen Compliance-Programmen, ausreichende personelle und fachliche Unterstützung und Ressourcen sowie Unabhängigkeit von dem zu prüfenden Unternehmen um sicherzustellen, dass er die Verpflichtungen als unabhängiger Compliance Monitor erfüllen kann. Die Auswahl des Monitors durch die Behörden soll dann aufgrund der Leistung des Monitors („Merits“) erfolgen, insbesondere soll der Vorschlag auf der Liste geeigneter Personen gewählt werden, der die höchste Qualifikation vorweist, das höchste Ansehen genießt, öffentliches Vertrauen ausstrahlt und für die konkrete Aufgabe unter allen Umständen am besten geeignet erscheint.

Besonderheit Nicht-Amerikanischer FCPA-Compliance Monitor

Im FCPA Compliance Monitorship der Siemens AG wurde mit dem früheren Finanzminister Dr. Theo Waigel erstmals der Weg beschritten, einen nicht amerikanischen FCPA Compliance Monitor einzusetzen.

Diese Variante bietet sich gerade für europäische Unternehmen als interessante Alternative an, wenn das Unternehmen stark in der Kultur eines bestimmten Landes verwurzelt ist, und das Einsetzen eines amerikanischen Monitors damit zu Irritationen im Markt oder bei den Mitarbeitern führen könnte. In einigen Ländern (z.B. Frankreich) ist das Einsetzen eines nicht französischen Monitors mit erheblichen Schwierigkeiten aufgrund nationalen Rechts verbunden. In solchen Fällen ist ein nicht-amerikanischer Monitor wohl die einzige praktikable Lösung.⁸

6 Vgl. ABB Ltd., Panalpina World Transport (Holding) Ltd., Pride International, Inc., Royal Dutch Shell plc, Transocean, Inc., Tide-water Marine International, Inc., Noble Corporation, GlobalSantaFe Corporation, UTStarcom Inc., and Helmerich & Payne, Inc.

7 The Morford Memorandum (2008) vom 7. 3. 2008, vgl. http://www.google.de/search?sourceid=navclient&ie=UTF-8&rlz=1T4ADFA_enDE406DE406&q=Morford+Memorandum.

8 In Frankreich ist auf die restriktive Praxis bei der Verwendung von wirtschaftlichen, technischen und anderen sensitiven Informatio-

Ein ausländischer Monitor wird jedoch in der Regel nur unter der Bedingung eingesetzt, dass ihm ein sog. *U.S. Counsel to the Monitor* zur Seite gestellt wird, der selbst alle Qualifikationskriterien eines Monitors erfüllen muss und sicherzustellen hat, dass den Besonderheiten des amerikanischen Rechts und dem FCPA bei der Durchführung des Monitorships Rechnung getragen wird.⁹

Das Deferred Prosecution Agreement als Ausgangspunkt für das Monitorship Agreement

Das Vergleichsdokument (z.B. das Deferred Prosecution Agreement¹⁰, „DPA“) zwischen dem Unternehmen und den U.S. Behörden enthält die zentralen Regelungen für den Ablauf des Monitorships.

Dauer des Monitorships

In den letzten Jahren hat sich hier ein gewisser Standard bei den DPAs herausgebildet: Monitorships in Großverfahren sind üblicherweise drei bis vier Jahre und nur in Ausnahmefällen kürzer.¹¹ Es sind unterschiedliche Spielarten dieser drei bis vierjährigen Dauer bekannt: Vier Jahre mit der Möglichkeit, dass der Monitor nach dem dritten Jahr eine Verkürzung auf drei Jahre vorschlägt oder drei Jahre mit der Möglichkeit einer Verlängerung auf vier Jahre. Hier besteht also eventuell Verhandlungsspielraum.

Jährliche Routine und Report

Üblicherweise ist 120 Tage nach dem so genannten *Initial Review* (beginnend mit der Bestätigung des Arbeitsplans des Monitors durch die U.S. Behörden) ein erster Bericht (*Initial Review Report*) an die U.S. Behörden zu liefern, der einen Bericht über die durchgeführten Prüfungen und Ergebnisse sowie Empfehlungen zur möglichen Verbesserung der Compliance-Systeme des Unternehmens enthalten muss. Binnen 60 Tagen nach Einrei-

nen zur Weitergabe an ausländische Behörden zu achten (Statute N° 80-538 of July 16, 1980). Der Monitor muss daher sensitive Informationen in seinen Report ggf. zunächst den französischen Behörden zugänglich machen, die dann im Wege der Rechtshilfe diese Informationen an die amerikanischen Behörden weiterleiten. Da die Vorschrift strafbewehrt ist, hat der Monitor hier besondere Sorgfalt walten zu lassen. Vgl. zu Details <http://www.gibsondunn.com/publications/Pages/FrenchSupremeCourtApplies1980BlackingStatute.aspx>.

- 9 Die Vergleiche mit Alcatel-Lucent S.A., BAE Systems plc und Technip S.A. spiegeln die Empfindlichkeiten wider, einen U.S. Monitor für eine ausländische Gesellschaft einzusetzen. Technip und Alcatel durften einen französischen Monitor einsetzen. Bei BAE sah der Vergleich vor, dass ein englischer Monitor mit der Berechtigung zur Einsicht hochsensibler Daten nationaler Verteidigungsinteressen (Sicherheitsstufe) als Monitor eingesetzt wurde.
- 10 Vergleiche mit den U.S. Behörden (SEC und DoJ) können je nach der konkreten Verfahrenssituation unterschiedlich ausgestaltet sein, z.B. als Cease and Desist Order (Unterlassungsanordnung), Restraining Order (Einstweilige Anordnung), Deferred Prosecution Agreement (Aufgeschobene Verfolgung unter bestimmten Bedingungen), a Non-Prosecution Agreement (Vereinbarung unter bestimmten Bedingungen auf eine Anlage zu verzichten) und ein Plea Agreement (Schuldeingeständnis gegen Herabsetzung der Strafe).
- 11 Compliance Monitore, die für drei Jahre eingesetzt werden, sind üblich vgl. Alliance One International, Inc., BAE Systems plc, Daimler AG, Innospec, Universal Corp., Alcatel-Lucent S.A., Control Components, Inc., Kellogg Brown & Root LLC, AGA Medical Corporation, Siemens Aktiengesellschaft, Willbros Group, Inc., York International, Vetco Gray, Schnitzer Steel Industries Inc., Statoil ASA, Monsanto Co. and Micrus Corp., die Dauer des Monitorships kann aber auch wesentlich darunter liegen vgl. Technip S.A. (zwei Jahre), Faro Technologies, Inc. (zwei Jahre), Paradigm B.V. (18 Monate), Ingersoll-Rand Co. Ltd. (sechs Monate), Westinghouse Air Brake Technologies Corp. (sechzig Tage) and Halliburton (sechzig Tage).

chung des Initial Review Reports hat das betroffene Unternehmen die Möglichkeit, einzelne Empfehlungen abzulehnen, soweit diese ungebührlich belastend (*unduly burdensome*), rechtswidrig, zu teuer, nicht umsetzbar (*impractical*) und unvernünftig (*unreasonable*) sind. Ansonsten hat das Unternehmen die durch den Monitor ergangenen Empfehlungen nach Ablauf von weiteren 60 Tagen umzusetzen.

Die klare Begrenzung der Dauer des Reviews ist ein wichtiges Schutzelement für das Unternehmen und auf seine strikte Einhaltung sollte auch im nachfolgenden Vertrag mit dem Monitor klar verwiesen werden. Aus dem Markt sind leider viele Fälle bekannt, in denen der Monitor das Unternehmen ungebührlich lange förmlich „belagert“. Dies läuft dem Sinn eines Monitorships zuwider und muss vom Unternehmen nicht akzeptiert werden, wenn es sich vertraglich hier klar abgesichert hat. Viele Unternehmen sind aber in der Praxis noch zu zögerlich den Monitor in gebotener Maß in seine Schranken zu verweisen und ihn zu professioneller, effizienter und wertstiftender Begleitung und Prüfung anzuhalten.

Certification des Compliance Monitors

Die so genannte *Certification*, in der Regel nach dem zweiten Prüfungszeitraum (*Second Year Review*), schließt wiederum mit einem Bericht und Empfehlungen ab, enthält aber darüber hinaus eine Bestätigung des Monitors, dass die Compliance Policies, Complianceorganisation und -systeme sowie die entsprechenden Prozesse zufriedenstellend aufgebaut sind, um die Einhaltung des FCPA und anderer anwendbarer Anti-Korruptionsgesetze sicherzustellen. Bei genauerem Vergleich der verschiedenen DPAs zur konkreten Formulierung der Certification fallen aber nicht unerhebliche Unterschiede auf, die zu einem unterschiedlich hohen Standard der Certification für den Compliance Monitor führen. Formulierungen, die in aktiven DPAs zu finden sind, lauten z. B.:

- “... is appropriately designed and implemented to ensure compliance with the FCPA”;
- “... is appropriately designed and implemented to ensure compliance with the FCPA and other applicable anti-corruption laws”;
- “... is reasonably designed and implemented to detect and prevent violations within [the Company] of the anti-corruption laws and is functioning effectively.”

Bereits die Gegenüberstellung der drei Beispiele verdeutlicht, dass der erfahrene Monitor sich sehr genau überlegen muss, welche Prüfungsschritte er vornimmt, damit die von ihm abzugebende Certification tatsächlich auf durch das jeweilige Prüfungsprogramm umfassend abgedeckt wird. Gerade bei unerfahrenen Monitoren (und Unternehmen) stellt man oft erst am Ende des zweiten Jahres fest, dass bei der Verhandlung der Klausel oder beim Aufsetzen des Prüfprogramms nicht ausreichende Sorgfalt aufgewendet wurde und damit die uneingeschränkte Certification auch bei keinen besonderen Compliance-Vorkommnissen im Unternehmen im zweiten Jahr plötzlich in Frage gestellt wird.

Hier ist von Unternehmensseite auf klare Standards im DPA und im Verhältnis zum Monitor auf eine klare Regelung im Monitorship Agreement unbedingt hinzuwirken.

Monitorship Agreement, Kostentreiber und Möglichkeiten zur Kostendämpfung

Monitorship Agreement

Der Monitor übt seine Tätigkeit in vollständiger inhaltlicher Unabhängigkeit vom Unternehmen aus. Er ist hinsichtlich seiner Prüfungs- und Berichtstätigkeit nur den Bestimmungen des DPA unterworfen. Das Unternehmen hat jedoch im Rahmen des DPA vielfache Möglichkeiten, auf eine effiziente Ausgestaltung der Prüfung durch den Monitor hinzuwirken.

Wichtige Punkte sind dabei: Teamgröße, Qualifikationen und Monitorship-Erfahrung der Mitglieder des Monitorship-Teams, Vielseitigkeit in Alter und Erfahrung des Teams (Erfahrung, sprachliche Fertigkeiten, Belastbarkeit). Weiterhin ist auf klare Fristen zur Vorlage des Arbeitsplans durch den Monitor hinzuwirken. Der Arbeitsplan selbst ist auf Sinnhaftigkeit und Effizienz genau zu prüfen und zu besprechen. Letztlich sollte das Unternehmen sich auch mit einem eigenen Unterstützungs- und Begleiterteam, dessen Funktionen im Monitorship Agreement beschrieben werden, in die Prüfung mit einbringen. Ein gut funktionierendes mit hochkarätigen Mitarbeitern besetztes Kontaktbüro auf Unternehmensseite, das engen inhaltlichen und logistischen Kontakt zum Monitor und seinen Prüfungstätigkeiten hält, ist der Schlüssel zum Erfolg eines Compliance Monitorships und damit eine gute Investition.

Prüfung des Monitorship Vertrages und Workplans

Eine genaue Prüfung des vom Monitor vorgelegten Arbeitsplans für das erste Jahr durch einen in FCPA Monitorship erfahrenen unabhängigen Rechtsberater ist zwar ein zusätzlicher Kostenfaktor, wird aber durch die höhere Effizienz im Zuge der kommenden drei bis vier Jahre meistens belohnt. Der Monitor sollte vertraglich an die im DPA vorgesehenen Fristen gebunden werden und das Kommunikations- und Arbeitsprotokoll sollte klar festgelegt werden. Der Rechtsberater sollte auch regelmäßig über den Stand der Arbeiten des Monitors auf dem Laufenden gehalten werden, damit er bei Fehlentwicklungen rechtzeitig gegensteuern und in Krisen schnell eingreifen kann.

Kosten von Compliance Monitorships

FCPA Compliance Monitorships werden vielfach wegen ihrer sehr beachtlichen Kosten für das Unternehmen kritisiert. Auch hier deutet sich eine Trendwende dahingehend an, dass amerikanische Gerichte in jüngeren Verfahren mehr Einfluss auf die Gestaltung des Monitorships nehmen.¹² Für die betroffenen Unternehmen ist diese Entwicklung zu begrüßen.

Bei der Beurteilung der Kosten ist nicht zu vergessen, dass Monitorships in Krisensituationen ablaufen, die das Unternehmen oft inmitten eines schwierigen Change-Management-Prozesses erfassen, der Monitor hierbei in exponierter Stellung zu agieren hat und sein Team oft unter extremen Zeit- und Erwartungsdruck und in logistisch schwierigem Umfeld hochwertige Arbeitsprodukte abliefern muss. Aus der Erfahrung der Betreuung mehrerer Monitorships lassen sich dennoch folgende Empfehlungen zur Kostendämpfung ableiten.

¹² Der vom U.S. District Court durch Judge Huvelle bestätigte FCPA Vergleich für Innospec Inc. sah ausdrücklich vor, dass die Parteien dem Gericht die Überprüfung des Monitorship Plans und des gewählten Monitors zugestehen. Dem vorausgegangen war eine kontrovers geführte Diskussion über die durch Monitore ausgelösten Kosten.

Kostentreiber Monitor

Es klingt wie eine Banalität, aber der Monitor selbst steht zunächst im Zentrum der Kostenspirale. Personen, die ihr erstes Monitorship durchführen – ungeachtet ihrer sonstigen überragenden fachlichen Qualifikationen – haben es schwieriger, Planungssicherheit zu bieten, da sie die spezifischen Prozesse für das Aufsetzen und die Umsetzung der Prüfung selbst erst lernen müssen. Diese *Learning Curve* kann für beide Seiten überaus frustrierend und für das Unternehmen sehr teuer sein.

Da es mittlerweile eine erhebliche Zahl von FCPA Compliance Monitorships gibt¹³, hat sich jedoch ein – wenn auch überschaubarer – Markt für „Monitorleistungen“ herausgebildet und jeder Monitor hat seine spezielle Reputation. Hier sollte man unbedingt den Rat von mehreren Personen einholen, die den Markt genau kennen oder bereits konkrete Erfahrungen mit einem bestimmten Monitor oder dessen Team gemacht haben.

Einschaltung eines Externen Forensic Auditors oder der Internal Audit Funktion?

Der größte Kostentreiber neben dem Monitor und seinem Team selbst sind die Berater (oft Wirtschaftsprüfungsfirmen), die die nach dem FCPA relevanten *Books and Records Provisions* also die ordnungsgemäße Führung der Handelsbücher, aber auch die in den Finanzsystemen angelegten Compliance-Kontrollen zu prüfen haben. Hierbei handelt es sich um eine klassische Auditfähigkeit kombiniert mit der Prüfung von IT- und Risikokontrollsystemen. Soweit das Unternehmen über eine leistungsfähige Konzernrevision oder Internal Audit Abteilung verfügt, ist abzuwägen, ob eine kosteneffizientere Bearbeitung durch das Unternehmen selbst möglich ist. Die U.S. Behörden haben in Einzelfällen ein solches Verfahren akzeptiert unter der Voraussetzung, dass ein Teil der Internal Audit Abteilung des Unternehmens ausschließlich (unter Ausschluss der normalen Berichtswege) an den Monitor berichtet und ansonsten auch eine vollständige Unabhängigkeit dieser Abteilung von der sonstigen Internal Audit Funktion sichergestellt werden kann. Dies werden nur hervorragend aufgestellte Großunternehmen leisten können, für diese eröffnen sich dafür in diesem Punkt aber ganz erhebliche Einsparungs- und Effizienzpotentiale, die man sich nicht entgehen lassen sollte.

Sonstige Verhandlungspunkte zur Kostendämpfung

In dem DPA und im Vertrag mit dem Monitor sollte klargestellt werden, dass der Monitor keine Untersuchungen von Sachverhalten durchzuführen hat, die den im Vergleich behandelten Zeitraum betreffen. Die praktische Erfahrung zeigt, dass dies keine Selbstverständlichkeit ist und Monitore – insbesondere weniger erfahrene – sich gerne zunächst mit den Sachverhalten aufhalten, die bereits von den Behörden oder dem Unternehmen selbst ermittelt und im Rahmen des Vergleichs problematisiert wurden. Dies kostet unnötig Zeit und versperrt den Blick auf die nach vorne gerichtete Begleitung der Neuausrich-

¹³ Seit 2005 wurden in 22 Fällen Compliance Monitore eingesetzt, nämlich: Alliance One International, Inc. (2010), Universal Corp. (2010), BAE Systems plc. (2010), Daimler AG (2010), Innospec, Inc. (2010), Technip S.A. (2010), Control Components, Inc. (2009), Halliburton and KBR, Inc. (2009), AGA Medical Corporation (2008), Faro Technologies, Inc. (2008), Siemens Aktiengesellschaft (2008), Willbros Group, Inc. (2008), Westinghouse Air Brake Technologies Corp. (2008), York International (2007), Vetco Gray (2007), Baker Hughes, Inc. (2007), Paradigm B.V. (2007), Ingersoll-Rand Co. (2007), Schnitzer Steel Industries Inc. (2006), Statoil ASA (2006), Monsanto Co. (2005), and Micrus Corp. (2005).

tung und Prüfung der Compliance-Policies, -Prozesse und Systeme.

Das DPA kann vorsehen, dass der Monitor sich auf Studien, Analysen und Testergebnisse verlassen darf, die das Unternehmen selbst erstellt hat.¹⁴ Großunternehmen führen aus den unterschiedlichsten Überlegungen solche Arbeiten durch und in vielen Fällen sind diese Arbeiten wertvolle Ausgangspunkte oder Datenpunkte einer Prüfung. Der Zweitverwertung solcher Arbeiten durch den Monitor steht nichts entgegen, da sie die Effizienz und letztlich Qualität des Monitorberichts nur erhöhen. Zusätzlich wird auch die Akzeptanz der Tätigkeit des Monitors dadurch gesteigert, dass dieser sich mit im Unternehmen erstellten Studien und Analysen kritisch auseinandersetzt und diese ggf. zu einer zusätzlichen Grundlage seiner weiteren Arbeiten macht.

Die Prüfungstätigkeit des Monitors kann im DPA dadurch moderiert werden, dass seine Prüfung nur auf bestimmte relevante Bereiche beschränkt wird. Wird z.B. ein durch das Fehlverhalten im Unternehmen infizierter Betriebsteil verkauft, ist zu überlegen, welche sinnvollen Prüfungen der Monitor wirklich durchführen muss. Dies ist dann mit den U.S. Behörden zu verhandeln und zu einem vernünftigen Ausgleich zu bringen (z.B. Einschränkung der Prüfung auf bestimmte fehlerbehaftete Geschäftsbereiche, Märkte oder Kontrollfunktionen).

Zusammenfassung und Ausblick

Allen Unkenrufen zum Trotz ist das amerikanische FCPA Compliance Monitorship-Modell in den letzten Jahren zu

¹⁴ In Frage kommen hier Mitarbeiterbefragungen, Prüfungen der Auditfunktion im Rahmen des Audit-Plans, IT-Prüfungen, Zertifizierungsarbeiten etc.

einem stetigen Begleiter von Blue-Chip-Unternehmen und international tätigen Großunternehmen geworden. Die durch die Internationalisierung der Wertschöpfungskette und Märkte für internationale Großunternehmen allgegenwärtigen Compliance-Risiken werden auch in Zukunft Schwachstellen in einzelnen Teilen der jeweiligen Organisation aufdecken, die oft zu einem Vergleich mit anschließendem Monitorship führen wird. Großbritannien hat insofern erst im letzten Jahr die Möglichkeit eines Compliance Monitorships als eine mögliche Sanktion in den neuen UK Bribery Act aufgenommen und dieses Verfahren damit auch im Europäischen Rechtsraum hoffähig gemacht.

Da der US-Trend, Unternehmen für strafrechtliche Risiken immer stärker zur Verantwortung zu ziehen, nach der Finanzkrise auch in Europa beim Gesetzgeber, Gerichten und der Verwaltung mehr und mehr Zuspruch findet, wird diese Form der „Bewährungshilfe“ für Unternehmen weitere Dynamik erhalten. Mit dieser Entwicklung geht aber auch eine Reifung des Marktes für entsprechende anwaltliche Dienstleistungen einher, die den betroffenen Unternehmen eine qualifizierte Auswahl erfahrener Berater zur sinnvollen Gestaltung dieses Instruments bieten. Dieses gilt es zu nutzen.

Kontakt:

Dr. Benno Schwarz
Gibson, Dunn & Crutcher LLP
Widenmayerstrasse 10
80538 München
Tel.: 089/189 33-210
Fax: 089 189 33-310
BSchwarz@gibsondunn.com

Karl-Heinz Withus, Berlin*

Bedeutung der geänderten Compliance Anforderungen der US Sentencing Guidelines für deutsche Unternehmen

A. Einleitung

Auch Unternehmen außerhalb der USA können sich z.B. bei Verstößen gegen das Verbot ausländische Amtsträger zu bestechen, relativ schnell der Verfolgung durch die US-Amerikanischen Strafverfolgungsbehörden ausgesetzt sehen. Diese Erfahrung mussten in den letzten Jahren auch mehrere große deutsche Unternehmen machen. Hierzu ist es noch nicht einmal erforderlich, dass das Unternehmen z.B. an einer US-Börse gelistet ist oder selbst in den USA oder mit US-amerikanischen Kunden oder Lieferanten Geschäfte tätigt.

So kann z.B. bereits ein relativ vager Bezug eines (vermeintlichen) Bestechungsvorgangs zu den USA ausreichen, um Ermittlungstätigkeiten des Department of Justice (DOJ) auszulösen. Decken diese Ermittlungen tatsächlich strafbare Handlungen auf, so kann das Vorhandensein von wirksamen Programmen zur Verhinderung von Compliance-Verstößen unter bestimmten Voraussetzungen zu einer verminderten Strafzumessung oder auch der Einstellung der Ermittlungen führen. Die hierfür einzuhaltenden Anforderungen an solche Programme wurden

jetzt verändert. Der nachfolgende Aufsatz stellt die Anforderungen der sogenannten US-Sentencing Guidelines¹ mit ihren Änderungen dar. Anhand einer in den USA durchgeführten Studie wird dabei auf die Praxisrelevanz dieser Richtlinien bei der Strafverfolgung eingegangen. Es wird auch betrachtet, ob und inwieweit die US-Sentencing Guidelines sich – mangels des Vorhandenseins verbindlicher Anforderungen an Compliance Management Systeme in Deutschland – als Referenzmodell für solche deutsche Unternehmen anbieten, die selbst keinen Bezug zum US-Rechtssystem haben.

Im Zusammenhang mit der Betrachtung der US Sentencing Guidelines werden auch die, das CMS betreffenden Ausführungen des US Attorneys Manual² betrachtet. Auch hier kann diskutiert werden, ob diese zwar insbesondere für Unternehmen mit Bezug zu den USA von Bedeutung sind, sich aber auch allgemeingültige Hinweise zu wirksamen CMS ableiten lassen und von daher auch für andere Unternehmen von Interesse sind.

* Der Autor ist als Wirtschaftsprüfer in der Grundsatzabteilung der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit der Prüfung von Compliance Management Systemen beschäftigt.

1 Die Sentencing Guidelines for United States Courts (im Weiteren US Sentencing Guidelines (USSG) genannt) sind auf der Website des US Sentencing Commission www.uscc.gov einsehbar.
 2 Das Handbuch ist unter http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/ einsehbar.