

Empfehlungen für die Ausgestaltung und Beurteilung von Compliance- Management-Systemen

KONSTANZ INSTITUT FÜR CORPORATE GOVERNANCE



KICG CMS-ANNEX 2014 –
Spezifische Anforderungen und Risikotreiber für die
Ausgestaltung von Compliance-Management-Systemen

*Empfehlungen für die Ausgestaltung
und Beurteilung von Compliance-
Management-Systemen*

KONSTANZ INSTITUT FÜR CORPORATE GOVERNANCE

AX

KICG CMS-ANNEX 2014 –

Spezifische Anforderungen und Risikotreiber für die
Ausgestaltung von Compliance-Management-Systemen

Impressum

Herausgeber

Konstanz Institut für Corporate Governance (KICG)
der Hochschule Konstanz Technik, Wirtschaft und Gestaltung

Prof. Dr. Stephan Grüninger
Wissenschaftlicher Direktor des KICG

Brauneggerstraße 55

78462 Konstanz

T. +49 [0] 7531 206 251

compliance-pflichten@htwg-konstanz.de

www.kicg.htwg-konstanz.de

Autoren

Stephan Grüninger

Maximilian Jantz

Christine Schweikert

Roland Steinmeyer

Gestaltung

Stefan Klär

Das diesem Dokument zugrundeliegende Vorhaben wurde mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung unter dem Förderkennzeichen 17044X11 gefördert. Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autoren.

Dieses Dokument kann als Digitalversion unter www.kicg.htwg-konstanz.de bezogen werden. Die vorliegende Publikation einschließlich aller Teile ist urheberrechtlich geschützt und Eigentum des KICG. Alle Rechte, auch der auszugsweisen Vervielfältigung, liegen beim KICG. Verwertungen sind nur unter Angabe der vollständigen Quelle »KICG CMS-ANNEX 2014« zulässig.

Rechtliche Hinweise/Haftungsausschluss:

Die in dieser Publikation des Konstanz Institut für Corporate Governance (KICG) dargestellten Inhalte sind lediglich als allgemeine Informationen und Empfehlungen zu verstehen. Sie geben die Auffassung des KICG zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wieder und müssen nicht mit den Auffassungen der einzelnen beteiligten Projektpartner übereinstimmen. Obwohl die Informationen und Empfehlungen mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität. Insbesondere haben sie weder rechtsverbindlichen Charakter noch stellen sie eine Rechtsberatung dar und können eine individuelle Beratung der Unternehmen bei der Implementierung eines Compliance-Management-Systems durch fachlich qualifizierte Stellen nicht ersetzen. Das KICG übernimmt daher keine Garantie oder Haftung für die Fehlerfreiheit, Genauigkeit, Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Informationen.

Die Digitalversion dieses Dokuments enthält sog. »externe Links« (Verknüpfungen zu Webseiten Dritter), auf deren Inhalt wir keinen Einfluss haben und für den wir aus diesem Grund keine Gewähr übernehmen. Für die Inhalte und Richtigkeit der Informationen ist der jeweilige Informationsanbieter der verlinkten Webseite verantwortlich. Als die Verlinkung vorgenommen wurde, waren für uns keine Rechtsverstöße erkennbar. Sollte uns eine Rechtsverletzung bekannt werden, wird der jeweilige Link umgehend von uns entfernt.

Impressum

I	<i>Spezifische Anforderungen und Risikotreiber</i>	7
1.	<i>Kapitalmarktorientierung</i>	9
2.	<i>Internationalisierungsgrad</i>	13
2.1	<i>UK Bribery Act</i>	14
2.2	<i>Sarbances-Oxley-Act (SOA)</i>	15
2.3	<i>Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)</i>	17
3	<i>Amtsträger und Facilitation Payments (Beschleunigungszahlungen)</i>	19
4	<i>Branche</i>	23
5	<i>Compliance im Konzern und in Kooperationen</i>	29
6	<i>Compliance-Remediation nach entdecktem systematischem Fehlverhalten</i>	35
II	<i>Übersicht über betriebliche Unternehmensbeauftragte</i>	45
III	<i>Projektbeteiligte</i>	49

Spezifische Anforderungen und Risikotreiber

KAPITEL



In den Leitlinien 1-4 werden den Unternehmen und ihren Entscheidungsträgern konkrete spezifische Empfehlungen für die Ausgestaltung von Compliance-Maßnahmen dargelegt, die geeignet sind, die unternehmerischen Sorgfalts- und Aufsichtspflichten zu erfüllen. Dabei adressieren die Leitlinien Unternehmen unterschiedlicher Größe bzw. Compliance-Komplexitätsstufen.

Unternehmen haben sich allerdings unabhängig von ihrer Größe weiteren unterschiedlichen Herausforderungen zu stellen und bei der Erfüllung ihrer Sorgfalts- und Aufsichtspflichten spezifische Anforderungen zu berücksichtigen.

In diesem Annex werden verschiedene spezifische Anforderungen und Risikotreiber dargelegt, die für alle Unternehmen unabhängig von ihrer Größe bei der Erfüllung ihrer Sorgfalts- und Aufsichtspflichten relevant sein können und den Compliance-Komplexitätsgrad eines Unternehmens *erhöhen* mit der Folge, dass das Unternehmen damit in eine *höhere Compliance-Komplexitätsstufe* gelangen kann und denen die Unternehmen daher eine besondere Aufmerksamkeit zukommen lassen sollten.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für beiderlei Geschlecht.

Kapitalmarktorientierung

Die Kapitalmarktorientierung hat Einfluss auf die Organisations- und Aufsichtspflichten des Aufsichtsrats.



Mit Inkrafttreten⁰¹ des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) hat der Gesetzgeber in §264 d HGB den Begriff ›kapitalmarktorientiert‹ definiert⁰² und in diesem Zuge in verschiedenen Gesetzen weitere Regelungen erlassen bzw. modifiziert, die auf den Begriff ›kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaft‹ Bezug nehmen. Für kapitalmarktorientierte Unternehmen greifen dabei spezielle Vorschriften, die auch Einfluss auf die Organisation des Aufsichtsrats und damit auch die Corporate Governance dieser Unternehmen haben. So muss bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen. Die gleichen Voraussetzungen hat ein Mitglied eines Prüfungsausschusses zu erfüllen, den das Unternehmen eingerichtet und mit der Aufgabe betraut hat, sich mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung (insbesondere der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen) zu befassen. Kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften haben hierbei zu beachten, dass sie *verpflichtet* sind, einen Prüfungsausschuss einzurichten, der die zuvor beschriebenen Aufgaben wahrnimmt, falls sie keinen Aufsichts- oder Verwaltungsrat haben, der die beiden Voraussetzungen ›Unabhängigkeit‹ und ›Fachkenntnisse‹ erfüllt.

Im Falle des Bekanntwerdens von schwerwiegenden Verstößen seitens des Managements oder seitens der Mitarbeiter der Gesellschaft kann die Funktionalität des cms schnell in Frage gestellt werden und damit auch die Frage aufkommen, ob der Aufsichtsrat seine Aufgabe sachgerecht und am (Überwachungs-)Interesse der Gesellschaft ausgerichtet erfüllt und eine effektive Überwachungstätigkeit geleistet hat. Im Hinblick auf das Haftungsrisiko der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft bei schuldhafter Pflichtverletzung seiner Aufgaben, empfiehlt sich insbesondere für den Aufsichtsrat von kapitalmarktorientierten Unternehmen, unter anderem folgende Punkte zu berücksichtigen:

⁰¹ Das BilMoG ist gem. Art. 15 am 29.05.2009 in Kraft getreten.

⁰² Nach §264 d HGB ist eine Kapitalgesellschaft kapitalmarktorientiert, »wenn sie einen organisierten Markt im Sinn des §2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes durch von ihr ausgegebene Wertpapiere im Sinn des §2 Abs. 1 Satz 1 des Wertpapierhandelsgesetzes in Anspruch nimmt oder die Zulassung solcher Wertpapiere zum Handel an einem organisierten Markt beantragt hat.« Kapitalmarktorientierte Gesellschaften sind nach dieser Norm nicht nur börsennotierte Aktiengesellschaften und Kapitalgesellschaften mit börsennotierten Wertpapieren, sondern alle Gesellschaften, die einen organisierten Markt durch von ihnen ausgegebene Wertpapiere (z.B. Aktien, Genussscheine und Inhaberschuldverschreibungen) in Anspruch nehmen oder Zulassung beantragt haben.

✓ Gemäß §107 Abs. 3 S. 2 AktG kann der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss bestellen. Die Organisationsautonomie des Aufsichtsrats bleibt vom Gesetz unberührt und überlässt das *Ob* der Bildung eines Prüfungsausschusses dem Aufsichtsrat. Dem Aufsichtsrat von kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften wird hingegen nach Ziffer 5.3.2 des DCGK empfohlen, einen Prüfungsausschuss (Audit Committee) einzurichten, »der sich insbesondere mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems und des internen Revisionssystems, der Abschlussprüfung, hier insbesondere der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers, der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen, der Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer, der Bestimmung von Prüfungsschwerpunkten und der Honorarvereinbarung sowie – falls kein anderer Ausschuss damit betraut ist – der Compliance, befasst. Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses soll über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen. Er soll unabhängig und kein ehemaliges Vorstandsmitglied der Gesellschaft sein, dessen Bestellung vor weniger als zwei Jahren endete.«

✓ Bildung eines Nominierungsausschusses, der ausschließlich mit Vertretern der Anteilseigner besetzt ist und dem Aufsichtsrat für dessen Wahlvorschläge an die Hauptversammlung geeignete Kandidaten vorschlägt (vgl. Ziff. 5.3.3 DCGK). Die Funktionstüchtigkeit des Aufsichtsrats in Bezug auf seine Überwachungsaufgaben erfordert eine hinreichende Qualifikation und Unabhängigkeit⁰³ seiner Mitglieder. Dabei kann das Merkmal der ›Unabhängigkeit‹ schnell in Frage gezogen werden, wenn im Rahmen der Wahl der (neuen) Aufsichtsratsmitglieder der Kandidatenauswahlprozess vom Vorstand beeinflusst wird. Einer Studie zufolge wird in der Rechtswirklichkeit der Kandidatenauswahlprozess vom Vorstand dominiert und die Gesellschaften, bei denen allein die Aufsichtsratsmitglieder am Kandidatenauswahlprozess mitwirken, befinden sich danach in der Minderheit.⁰⁴ Die Einflussnahme des Vorstandes kann durch einen Nominierungsausschuss, der sich eingehend mit der Suche nach geeigneten Kandidaten befasst und bei der Kandidatenauswahl eine wesentliche Stellung einnimmt, abgefedert werden. Zwar kann eine Mitwirkung des Vorstands am Kandidatenauswahlprozess auch insofern vorteilhaft sein, als der Vorstand in der Regel die Gesellschaft am besten kennt und somit gut beurteilen kann, welche Qualifikationen ein zukünftiges Aufsichtsratsmitglied mitbringen sollte.

⁰³

⁰⁴

⁰³ Gem. Ziff. 5.4.2 des DCGK ist ein Aufsichtsratsmitglied insbesondere dann nicht als unabhängig anzusehen, wenn es in einer persönlichen oder einer geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft, deren Organen, einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann.

⁰⁴ Vgl. Deloitte, *Entwicklungen der Aufsichtsratspraxis in Deutschland*, 2004, abrufbar unter: <http://www.presseportal.de/pm/60247/542501/entwicklung-der-aufsichtsratspraxis-in-deutschland-deloitte-studie-zeigt-aktuellen-stand-auf-noch> (16.04.2014).

Dennoch obliegt dem Nominierungsausschuss auch in diesem Fall, den Kandidaten genau und kritisch auf seine Eignung hin zu überprüfen, wodurch die Einflussnahme des Vorstands wieder abgeschwächt werden kann.

- ✓ Die gesetzliche Berichtspflicht des Aufsichtsrats gegenüber der Hauptversammlung über die Prüfung der Rechnungslegung und der Geschäftsführung gem. §171 Abs. 2 S. 1, 2 AktG ist nach der Rechtsprechung insbesondere bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens oder risikoträchtigen, wegweisenden Entscheidungen zu intensivieren. So müssen dem Bericht die Schwerpunkte und zentralen Fragestellungen der Überwachungs- und Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats im maßgeblichen Geschäftsjahr entnommen werden können. Die Hauptversammlung muss durch den schriftlichen

»Der Aufsichtsrat hat zumindest bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Gesellschaft über alle außergewöhnlichen oder problematischen Vorkommnisse eingehend zu berichten. Gegenstand der Berichterstattung müssen dann insbesondere außergewöhnliche Prüfungsmaßnahmen wie Anforderungsberichte nach §90 Abs. 3 AktG, Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände nach §111 Abs. 2 S. 1 AktG, die Beauftragung besonderer Sachverständiger für bestimmte Aufgaben nach §111 Abs. 2 S. 2 AktG sowie Zustimmungsvorbehalte nach §111 Abs. 4 AktG bis hin zur Bestellung oder Abberufung der Mitglieder des Vorstands, oder aber eine Darlegung der Gründe für die bewusste Nichtausübung solcher gesetzlichen Befugnisse des Aufsichtsrats sein.«
(Urteil des OLG Stuttgart vom 15.03.2006, Az. 20 U 25/05).

Bericht des Aufsichtsrats eine konkrete, am tatsächlichen Überwachungsaufwand gemessene Vorstellung von der Überwachungstätigkeit erlangen, um auf dieser Grundlage über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats entscheiden zu können. Fehlt eine aussagekräftige individuelle Darlegung der während des Berichtsjahres erfolgten Überwachungstätigkeit, so kann dies zur Verweigerung der Entlastung des Aufsichtsrats führen.

Internationalisierungsgrad

Unternehmen haben bei internationaler Geschäftstätigkeit verschiedene internationale Gesetze und Verordnungen zu berücksichtigen.

2

⁰⁵ Gemäß dem KfW-Mittelstandspanel 2013⁰⁵ waren im Jahr 2012 ca. ein Fünftel der ca. 3,64 Mio. in Deutschland vertretenen mittelständischen Unternehmen im Ausland tätig. Die zunehmende Internationalisierung bietet Unternehmen nicht nur ökonomische Chancen, sondern stellt sie auch vor zusätzliche Herausforderungen aufgrund weiterer Risiken, die sich aus der internationalen Geschäftstätigkeit ergeben können.

2.1 UK Bribery Act

⁰⁶ Im Jahr 2011 ist im Vereinigten Königreich der UK Bribery Act in Kraft getreten und wird häufig als eines der härtesten Anti-Korruptionsgesetze der Welt bezeichnet.⁰⁶ Der UK Bribery Act sanktioniert zum einen die aktive und passive Bestechung sowie die Bestechung ausländischer Amtsträger und regelt zum anderen die Strafbarkeit von Unternehmen für das Unterlassen der Verhinderung von Bestechungshandlungen durch ihre Mitarbeiter und anderer mit dem Unternehmen verbundener Personen. Nach diesem Antikorruptionsgesetz kann sich beispielsweise das Unternehmen – im Gegensatz zum deutschen Recht – selbst strafbar machen, wenn die Korruptionstat im Zusammenhang mit Geschäften für das Unternehmen begangen wird und das Unternehmen es versäumt hat, die Straftat durch *adäquate Vorkehrungen* zur Bekämpfung von Korruption zu verhindern (Section 7 des UK Bribery Act). Ein besonders hohes Schadensrisiko für Unternehmen ist darin zu sehen, dass die verhängbare Geldstrafe nach oben nicht begrenzt ist. Das Unternehmen kann eine Strafbarkeit nur vermeiden, wenn es nachweislich adäquate Vorkehrungen zur Vorbeugung von Korruption geschaffen hat. Ferner haben Unternehmen auch die extraterritoriale Wirkung des UK Bribery Acts zu beachten, was bedeutet, dass der UK Bribery Act auch auf deutsche Unternehmen Anwendung finden kann, die eine Tochtergesellschaft, unselbständige Betriebsstätten oder Zweigniederlassungen in UK oder geschäftliche Verbindungen nach Großbritannien haben.

⁰⁵ Vgl. <https://www.kfw.de/KfW-Konzern/KfW-Research/Economic-Research/Publikationen/KfW-Mittelstandspanel/Aktueller-Ergebnisbericht/index.html> (16.04.2014). Zum Mittelstand zählen nach der Definition der KfW sämtliche Unternehmen in Deutschland, deren Jahresumsatz 500 Mio. EUR nicht überschreitet (vgl. S.9 des KfW-Mittelstandspanel 2013).

⁰⁶ Vgl. z.B. Handelsblatt v. 22.05.2012 (<http://www.handelsblatt.com/unternehmen/buero-special/compliance-kleineren-unternehmen-fehlt-oft-die-kontrolle/6640652-3.html>) (16.04.2014)

2.2 Sarbanes-Oxley-Act (SOA)

⁰⁷ Bei dem Sarbanes-Oxley-Act (SOA) handelt es sich um ein US-Bundesgesetz, dessen Anwendungsbereich sich unter anderem auf alle deutschen Unternehmen erstreckt, deren Wertpapiere an den US-amerikanischen Börsen gehandelt werden oder die aus sonstigen Gründen verpflichtet sind, Berichte bei der Securities Exchange Commission (SEC) einzureichen. Damit werden vom SOA zunächst die wenigen vier⁰⁷ deutschen DAX-Konzerne erfasst, die aktuell noch an der an der US-Börse (NYSE) gelistet sind. Mengenmäßig viel wichtiger ist die Bedeutung des SOA jedoch für die in Deutschland ansässigen Tochter- oder Enkelunternehmen einer SEC-beaufsichtigten Muttergesellschaft, auf die sich der Geltungsbereich des SOA ebenfalls erstreckt. Dieses komplexe Regelwerk stellt hohe Anforderungen an die Unternehmensleitung, von denen zwei im Folgenden näher betrachtet werden.

Einrichtung eines internen Kontrollsystems zur Finanzberichterstattung

⁰⁸ Die dem SOA unterliegenden Unternehmen sind verpflichtet, ein adäquates unternehmensinternes Kontrollsystem zur Finanzberichterstattung (sog. »Internal Control over Financial Reporting«) einzurichten, dessen Effektivität das Management am Ende eines jeden Geschäftsjahres durch eine umfassende Dokumentation zu bewerten hat. Die Bewertung der Effektivität der *Internal Control over Financial Reporting* muss hierbei auf einem passenden und allgemein anerkannten Kontrollrahmenwerk beruhen. Diesbezüglich wird empfohlen, im Rahmen der Bewertung auf den von der Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) erstellten Standard für interne Kontrollen »Internal Control – Integrated Framework«⁰⁸ – abzustellen. Hierbei handelt es sich um das einzige *offiziell* von der SEC anerkannte Referenzmodell zur Bewertung der Effektivität der Internal Control over Financial Reporting.

Die Verletzung der Vorgaben des SOA kann drastische Strafen, wie Geldstrafen und Freiheitsstrafen bis zu 20 Jahren, zur Folge haben.

⁰⁷ Im Januar 2014 ließ Siemens mitteilen, dass es sich von der New Yorker Börse (NYSE) zurückziehen will und das Delisting plane. Von den einst 16 deutschen, an der US-Börse gelisteten Dax-Konzernen bleiben somit künftig noch drei übrig: Deutsche Bank, SAP und Fresenius (vgl. Mitteilung Handelsblatt vom 28.01.2014 abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/finanzen/boerse-maerkte/boerse-inside/delisting-siemens-fluechtet-von-der-wall-street/9395648.html>, 16.04.2014).

⁰⁸ Das Internal Control – Integrated Framework kann käuflich erworben werden über <http://www.coso.org/ic-integratedframework-summary.htm> (16.04.2014).

Implementierung von Whistleblower-Hotlines

Die dem SOA unterliegenden Unternehmen haben ferner ein Hinweisgebersystem (Whistleblower-System) zu etablieren, das Beschäftigten die Möglichkeit gibt, auf anonyme Weise vertrauliche Hinweise zu fragwürdigen Rechnungslegungs- oder Revisionspraktiken zu geben. Deutsche Unternehmen, die als Tochtergesellschaft eines an der US-Börse gelisteten amerikanischen Unternehmens die Vorgaben des SOA bezüglich der Einführung von Whistleblower-Hotlines zu beachten haben, sehen sich dabei besonderen Herausforderungen ausgesetzt. Insbesondere die vom SOA vorausgesetzte anonyme Meldemöglichkeit stößt in Europa aus arbeitsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Hinsicht auf erhebliche Bedenken.⁰⁹ Für deutsche Unternehmen, die dem SOA unterliegen gilt es somit, ihre Systeme zum Whistleblowing so auszugestalten, dass diese sowohl den US-amerikanischen Anforderungen an die Möglichkeit von »vertraulichen und anonymen« Meldemöglichkeiten als auch dem europäischen und deutschen Datenschutzrecht genügen.

Kleine und mittlere deutsche Unternehmen werden in der Regel oftmals kein umfassendes Hinweisgebersystem im Wege einer Telefonhotline, sondern lediglich Informationskanäle eingerichtet haben, die es Mitarbeitern ermöglichen, auf mögliche Missstände im Unternehmen hinzuweisen (vgl. CMS-Element → 5 COMPLIANCE-KOMMUNIKATION & SCHULUNG in der GUIDANCE und den LEITLINIEN). Unternehmen, die dem SOA unterfallen, werden mit weniger formal eingerichteten Informationskanälen jedoch die gesetzlichen Voraussetzungen des SOA grundsätzlich nicht erfüllen. Für diese Unternehmen kann es daher vorzugswürdig sein, zumindest eine Hotline außerhalb Deutschlands/Europas, die in den USA Anwendung findet, zu implementieren, um den Anforderungen des SOA gerecht zu werden. Beabsichtigt das Unternehmen zugleich ein entsprechendes Meldesystem in Deutschland/Europa einzurichten, so hat es sicherzustellen, dass mit einer gemeinsamen Hotline für die USA und Deutschland/Europa keine jeweiligen Datenschutzregeln verletzt werden oder widerstreitende Normen möglicherweise die Einrichtung einer gemeinsamen Hotline erschweren oder gar verhindern. Solchen Schwierigkeiten können Unternehmen aus dem Weg gehen, indem sie neben einem Meldesystem für die USA eine zweite Telefonhotline oder den Einsatz von sog. Ombudspersonen einrichten und hierbei die europäischen Vorgaben zum Arbeitsrecht und Datenschutz entsprechend berücksichtigen.

⁰⁹ Die Artikel-29-Datenschutzgruppe (ein aufgrund des Artikels 29 der Europäischen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG gegründetes, unabhängiges Beratungsgremium der EU) hat in einer Stellungnahme auf Grundlage der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG Anforderungen an die Einführung von anonymen Whistleblowing-Systemen formuliert. Die Stellungnahme ist abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_de.pdf (16.04.2014)

Weltweit agierende Konzerne könnten beispielsweise die Einrichtung einer weltweiten Hotline in Betracht ziehen, welche die Vorgaben des SOA sowie die Anforderungen der jeweils landesspezifischen Gesetze, der Länder, in denen das Unternehmen Tochterunternehmen unterhält, berücksichtigt. Allerdings dürfte eine solche Variante einen erheblichen operativen Aufwand als auch enorme Kosten erfordern, weshalb ggf. auch für große Unternehmen die Einrichtung einzelner spezifischer Länder- bzw. bereichsbezogener Hinweisgebersysteme vorteilhaft sein kann.

2.3 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

Der Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) ist ein US-amerikanisches Antikorruptionsgesetz, das vor allem die Bestechung ausländischer Amtsträger (Foreign Officials) oder diesen gleichgestellten Personen verbietet und hierzu verschiedene Buchhaltungs- und Organisationsregeln enthält, die solche Verstöße vermeiden sollen. Verstöße gegen den FCPA werden hart sanktioniert und können mit Geldstrafen bis zu USD 5.000.000 für natürliche Personen sowie bis zu USD 25.000.000 für juristische Personen und Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren geahndet werden.¹⁰

Ebenso wie der UK Bribery Act entfaltet auch der FCPA extraterritoriale Wirkung und kann somit auf deutsche Unternehmen anwendbar sein. Vom direkten Anwendungsbereich des FCPA werden zunächst auch ausländische Unternehmen erfasst, die an einer US-amerikanischen Börse gelistet sind oder bei denen es sich um Tochtergesellschaften US-amerikanischer Gesellschaften handelt. Des Weiteren findet der FCPA auch auf alle ausländischen natürlichen Personen und Gesellschaften Anwendung, die Handlungen zu Korruptionszwecken auf dem Territorium der USA begangen haben. Dabei ist der Anwendungsbereich sehr weit gefasst. So können Handlungen zu Korruptionszwecken wie beispielsweise das Absenden einer E-Mail, das Führen eines Telefongesprächs innerhalb der USA oder das Tätigen einer Überweisung von Geld durch eine US-Bank bereits zu einer Strafbarkeit nach dem FCPA führen.¹¹

¹⁰ Vgl. Title 15 United States Code, §78 ff. (a), abrufbar unter: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-german.pdf> (16.04.2014).

¹¹ Cohen, J.M., Holland, M.P. (2008): »Fünf Punkte, die ausländische Unternehmen über den United States Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) wissen sollten«, in: CCZ 1/2008, 7.

Für international agierende Unternehmen mit Bezug zu den USA besteht daher ein nicht zu unterschätzendes Haftungs- und Schadensrisiko. In den USA wenden Richter bei der Festsetzung des Strafmaßes dabei in der Regel die Strafzumessungsregeln des amerikanischen Bundesstrafrechts, die sog. United States Sentencing Guidelines (USSG)¹², an, die u.a. auch Regelungen für die Bestrafung von Unternehmen enthalten. Im Bereich der Sanktionen gegen Unternehmen kommt den USSG eine besondere Bedeutung zu, weil sie Compliance-Programme zu einem zentralen Bestandteil der Strafzumessung gemacht haben und es bei einem Unternehmen im Falle von Verstößen zu einer Verringerung des Strafmaßes führen kann, wenn das Unternehmen entsprechend Kapitel 8 der USSG ein »effective compliance & ethics program« zur Verhinderung und Aufdeckung von Gesetzesverstößen (also ein Compliance-Programm) vorweisen kann, welches die Vorgaben der USSG umgesetzt hat.¹³ Dazu gehören unter anderem der Aufbau und die Förderung einer Unternehmenskultur zu ethischem Verhalten, klare Festlegung von Verantwortlichkeiten, Schulung der Mitarbeiter und permanentes Monitoring des Compliance & Ethik-Programms. Unternehmen, die aufgrund ihrer internationalen Tätigkeit in den Anwendungsbereich des FCPA fallen können, wird daher empfohlen, im Rahmen der Ausgestaltung ihres CMS insbesondere einen Schwerpunkt auf entsprechende Antikorruptionsmaßnahmen zu setzen, wie z.B. Antikorruptionsrichtlinien, Mitarbeiterschulungen, Kontrolle der Befolgung von Antikorruptionsmaßnahmen.

¹² Die USSG sind abrufbar unter: http://www.uscc.gov/Guidelines/2010_guidelines/index.cfm (16.04.2014).

¹³ Abrufbar unter: http://www.uscc.gov/Guidelines/Organizational_Guidelines/guidelines_chapter_8.htm (16.04.2014).

Amtsträger und Facilitation Payments (Beschleunigungszahlungen)

Der Amtsträgerbegriff wird im internationalen Kontext unterschiedlich ausgelegt.

Mitarbeiter, die Geschäfte mit Amtsträgern durchführen, sollten besonders geschult werden.

Die Strafbarkeit von sog. Facilitation Payments wird in verschiedenen Ländern unterschiedlich gehandhabt.

3

Unternehmen, die (in größerem Umfang) Geschäfte mit Unternehmen und Personen aus dem öffentlichen Sektor tätigen oder im Bereich Sponsoring und Spenden aktiv sind, kommen nicht umhin, sich intensiver mit dem *Amtsträgerbegriff* auseinanderzusetzen. Denn der Amtsträgerbegriff nimmt insbesondere im Bereich der Korruptionsdelikte (z.B. § 333 StGB Vorteilsgewährung oder § 334 StGB Bestechung) eine zentrale Rolle ein. Unternehmen haben dabei zu beachten, dass der Amtsträgerbegriff von den verschiedenen (internationalen) Antikorruptionsgesetzen unterschiedlich definiert wird.

Unter den Amtsträgerbegriff können nach deutschem Recht neben Beamten und Richtern u.a. folgende Personen fallen:

- Notare, Landesminister, politische Staatssekretäre
- Vorstandsmitglieder einer Landesbank
- Angestellte Ärzte in einer Uni-Klinik oder städtischen Klinik
- Gutachter, Ausschussmitglieder im Auftrag einer Behörde
- Beliehene Personen (z.B. Prüfingenieure)

beispielsweise Industrie- und Handelskammern, Kreiskrankenhäuser oder Universitätskliniken in Betracht. Aber auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand – z.B. im Bereich der Infrastruktur und Daseinsvorsorge (Abfallentsorgung, Energie- und Wasserversorgung, Stadtwerke) – können nach der Rechtsprechung des BGH ›sonstige Stellen‹ sein, wenn sie derart staatlicher bzw. kommunaler Steuerung unterliegen, und bei einer Gesamtbetrachtung als *verlängerter Arm* des Staates erscheinen.¹⁴

Ist das Unternehmen international tätig, so hat es zu berücksichtigen, dass nach deutschem Recht auch die Bestechung ausländischer Amtsträger unter Strafe gestellt ist.¹⁵ Im Gegensatz zu der Bestechung von inländischen Amtsträgern setzt die Strafbarkeit der Bestechung von *ausländischen Amtsträgern* voraus, dass die ausländischen Amtsträger durch die Bestechungshandlung eine *pflichtwidrige* Diensthandlung

¹⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 14.11.2003 - 2 StR 164/03 (LG Erfurt) in NJW 2004, 693; BGH, Urteil vom 18.04.2007 - 5 StR 506/06 (LG Hildesheim) in NJW 2007, 2932; BGH, Beschluss vom 9.12.2010 - 3 StR 312/10 (LG Duisburg) in NSTZ 2011, 394.

¹⁵ Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, BGBl. II, 1998, 21.09.1998, S. 2329.

begehen. Diese Unterscheidung spielt nach deutschem Recht insbesondere hinsichtlich der Strafbarkeit von sogenannten ›Facilitation Payments‹ (auch Beschleunigungszahlungen genannt) eine Rolle. Facilitation Payments sind geringfügige Zahlungen von Unternehmen, die dem Zweck dienen, den Amtsträger zu veranlassen, eine (pflichtgemäße) Diensthandlung zu beschleunigen oder vorzunehmen, auf die das Unternehmen grundsätzlich einen Anspruch hat. Typische Fälle sind geringfügige Zahlungen zur Beschleunigung der Zollabwicklung im Bereich von Importen und Exporten oder zur Beschleunigung von Routinehandlungen in Genehmigungsverfahren, wie z.B. von Anträgen auf Erteilung einer Baugenehmigung. Während entsprechende Zahlungen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig als Vorteilsgewährung nach § 333 StGB strafbar sind, unterliegen im Ausland gezahlte Facilitation Payments nach bisheriger Rechtslage in Deutschland grundsätzlich nicht der Strafverfolgung. Eine Strafbarkeit im Ausland kann jedoch in Betracht kommen, wenn die Beschleunigungszahlung an einen ausländischen Amtsträger vorgenommen wird und dieser daraufhin eine Handlung vornimmt, die gegen verwaltungsinterne Vorgaben verstößt (z.B. gegen eine interne Dienstanweisung, welche die Reihenfolge der Bearbeitung nicht in das Belieben des jeweiligen Amtsträgers stellt, sondern vielmehr eine Reihenfolge der Bearbeitung festlegt) und dadurch Dritte benachteiligt werden. Den Unternehmen ist von daher anzuraten, grundsätzlich jegliche Art von Facilitation Payments im In- und Ausland zu unterlassen, denn der Grat zwischen straffreier und strafbarer Handlung ist schmal.

Wie das deutsche Strafrecht, so stellt auch der US-amerikanische FCPA die Korruption von ausländischen Amtsträgern unter Strafe. Ein wesentlicher Unterschied ist allerdings darin zu sehen, dass nach dem FCPA der Begriff des ausländischen Amtsträgers (Foreign Official) noch weiter gefasst ist als der deutsche Amtsträgerbegriff und auch Vertreter von Unternehmen als Amtsträger gelten, deren Anteile teilweise in staatlicher Hand liegen.¹⁶ Ebenso wie das deutsche Recht erlaubt der FCPA in sehr engen Grenzen Facilitation Payments an ausländische Amtsträger, um Routineabläufe in der Verwaltung zu beschleunigen oder sicherzustellen. Anders verhält es sich hingegen mit dem UK Bribery Act, der nicht nur die Bestechung von ausländischen Amtsträgern, sondern auch jegliche Beschleunigungszahlungen (Facilitation Payments) zur Durchführung von routinemäßigen Verwaltungsabläufen unter Strafe stellt und hierzu keinerlei Ausnahmen vorsieht.

¹⁶ Gäbel, K. (2012): ›Bericht des Komitees zu internationalen Transaktionen der Anwaltskammer der Stadt New York. Der FCPA und seine Auswirkungen auf internationale Transaktionen – Sollte sich an der US-amerikanischen Sonderstellung bei der Bekämpfung der Korruption im Ausland etwas ändern? (Komprimierte Fassung des Berichtes)‹, in: CCZ 6/2012, 229.

International agierende Unternehmen haben sich daher umfassend mit den unterschiedlichen internationalen Rechtsordnungen und Begrifflichkeiten auseinanderzusetzen. Kommt das Unternehmen im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit mit verschiedenen Rechtsordnungen in Berührung und sieht es sich (erhöhten) Korruptionsrisiken in Bezug auf Bestechungsdelikte von ausländischen Amtsträgern ausgesetzt, so erfordert die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, dass derartige Risiken durch entsprechende CMS-Maßnahmen des Unternehmens reduziert werden. Dies erfordert z.B.

- ✓ die Berücksichtigung von Geschäften mit (ausländischen) Amtsträgern im Rahmen der Risikoeinschätzung. Hierbei werden z.B. Logistikunternehmen in ihrer täglichen Praxis im Rahmen von Transport-, Import- und Exportabwicklungen sich eher dem Problem und der Gefahr von Facilitation Payments/Beschleunigungszahlungen ausgesetzt sehen als Unternehmen, die diese Geschäftsprozesse outgesourct haben.
- ✓ eine entsprechend gründliche Schulung und Sensibilisierung der Vertriebsmitarbeiter. Hierzu kann es sich empfehlen, die Mitarbeiter szenariobasiert zu schulen und Zahlungen von Facilitation Payments ggf. nur in Extremsituationen zuzulassen, in denen z.B. auf die Mitarbeiter des Unternehmens Zwang ausgeübt wird oder die Gesundheit und Sicherheit der Mitarbeiter gefährdet ist.¹⁷
- ✓ Transparenz sicherzustellen (z.B. Dokumentation von bezahlten Facilitation Payments, Empfänger notieren, Grund der Zahlung auführen)
- ✓ die Anpassung der Öffentlichkeitsarbeit (z.B. Sponsoring und Spendenaktivitäten gegenüber ausländischen Amtsträgern vermeiden)

Praxishinweis

Aufgrund der unterschiedlichen Amtsträgerdefinitionen der verschiedenen internationalen Gesetze und der damit verbundenen Schwierigkeit der Unternehmen und seiner Mitarbeiter, eine korrekte Einschätzung vorzunehmen, ob ein Geschäftspartner als Amtsträger gilt, behelfen sich viele Unternehmen in der Praxis mit der allgemeinen Vorgabe, dass alle Mitarbeiter eines Geschäftspartnerunternehmens als Amtsträger einzustufen sind, sobald ein Staat an diesem Geschäftspartnerunternehmen Anteile von mehr als 50% hält.

¹⁷ Siehe hierzu die Empfehlungen »ICC Rules on Combating Corruption (2011 edition)« der International Chamber of Commerce, im Speziellen Artikel 6, der Hinweise und Empfehlungen zum Umgang mit Facilitation Payments enthält, abrufbar unter <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/document-centre/2011/icc-rules-on-combating-corruption/> (16.04.2014).

Branche

In bestimmten Branchen liegt für bestimmte Delikte ein erhöhtes Risiko vor.

Branchenspezifische Compliance-/Integrity-Risiken oder Anforderungen sollten bei der Ausgestaltung des CMS berücksichtigt werden.

Bei Geschäften mit Rüstungsgütern und sog. Dual-Use-Gütern sind zusätzliche Vorschriften zu beachten.

4

Besondere Risikotreiber für Unternehmen können sich auch aus der Branche ergeben, in denen ein Unternehmen tätig ist. Der Bribe Payers Index (BPI) der Anti-korruptionsorganisation Transparency International erhebt regelmäßig die Korruptionsneigung verschiedener Branchen und weist vor allem in den folgenden Branchen auf ein erhöhtes Korruptionsrisiko hin:¹⁸

- Baubranche, vor allem im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe
- Grundversorgung, Infrastruktur
- Immobilien, Sachanlagen
- Gas- und Ölindustrie
- Bergbau
- Stromerzeugung und -verteilung
- Pharmaindustrie
- Schwerindustrie
- Fischereindustrie
- Waffen-/Rüstungsindustrie

Das Ranking zeigt, dass vor allem Industriezweige besonders von Korruption betroffen sind, in denen regelmäßig hohe Investitionen getätigt werden und Aufträge aus der öffentlichen Hand üblich sind (siehe hierzu auch → ABSCHNITT 1.3 ›AMTSTRÄGER‹) – beide Merkmale bieten begünstigende Ausgangsbedingungen und Anreize für korruptes Handeln.¹⁹ Darüber hinaus bergen vor allem die Branchen höhere Risiken, die für die Entwicklung und das Wachstum einer Volkswirtschaft insgesamt relevant sind. Geschäfte in diesen Bereichen betreffen nicht selten Entscheidungen über die Nutzung von Bodenschätzen und Rohstoffen sowie der Infrastruktur eines Landes, die sich auch auf den Wohlstand nachfolgender Generationen auswirken können. Unternehmen dieser Branchen sollten sich bei Vertragsabschluss und der Geschäftsabwicklung dieser Risiken bewusst sein und im Hinblick auf korruptive Praktiken besondere Aufmerksamkeit walten lassen.

¹⁸ Vgl. den Bribe Payers Index 2011 unter <http://www.transparency.de/Bribe-Payers-Index-BPI-2011.1977.o.html> (16.04.2014). Die hier aufgeführte Liste ist nicht vollständig.

¹⁹ Vgl. hierzu und im Folgenden ›Transparency International (2011): Bribe Payers Index 2011, S. 14 f., abrufbar online unter <http://www.transparency.de/uploads/media/BPI-2011-REPORT.pdf> (16.04.2014).

Um den erhöhten Risiken der Branche entgegenzutreten – und vermutlich auch in Reaktion auf Fälle in der Vergangenheit – haben sich zahlreiche Branchen, meist unter Federführung eines Verbandes, eigene Standards gegeben, nach denen sich Unternehmen der Branche richten und ggf. zertifizieren oder auditieren lassen können. Die Standards zielen wie auch die vorliegenden Dokumente darauf, Empfehlungen und Orientierung zu geben, wie Fehlverhalten im Unternehmen durch geeignete Strukturen und organisationale Maßnahmen vermieden und eine erfolgreiche, nachhaltige und verantwortungsvolle Unternehmensführung sichergestellt werden kann. Das Besondere an den Branchenstandards ist, dass sie die Möglichkeit bieten, auf branchenspezifische Charakteristika und Herausforderungen der Unternehmen speziell Bezug zu nehmen. Zu den wesentlichen Branchenstandards in Deutschland gehören u.a.:

- ›Korruption bekämpfen – Ein ICC-Verhaltenskodex für die Wirtschaft‹ des ICC Deutschland e.V., der Internationalen Handelskammer und des Deutschen Industrie- und Handelskammertages e.V. (http://www.icc-deutschland.de/fileadmin/ICC_Dokumente/ICC-Verhaltenskodex_Korruption_final.pdf) (16.04.2014)
- ›BME-Verhaltensrichtlinie Code of Conduct‹ des Bundesverbandes für Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e.V. (<http://www.bme.de/BME-Compliance-Initiative.compliance.o.html>) (16.04.2014)
- ›EMB-Wertemanagement Bau‹ des EMB-Wertemanagement Bau e.V. (<http://www.bauindustrie-bayern.de/emb.html>) (16.04.2014)
- ›Pflichtenheft zum ComplianceManagement in der Immobilienwirtschaft‹ des Initiative Corporate Governance der deutschen Immobilienwirtschaft e.V. (<http://www.immo-initiative.de/zertifizierung/pflichtenheft/>) (16.04.2014)

Daneben können sich aus den Produkten/Dienstleistungen bestimmter Branchen besondere Compliance-Risiken ergeben. Hier ist vor allem bei Rüstungsgütern sowie sog. *Dual-Use*-Gütern erhöhte Aufmerksamkeit geboten. Dual-Use-Güter sind Erzeugnisse mit doppeltem Verwendungszweck (einschließlich Software und Technologie), die sowohl für militärische als auch zivile Zwecke eingesetzt werden können. Im Rahmen nationaler und internationaler Vorschriften zur Exportkontrolle wird der Handel mit Rüstungs- und Dual-Use-Gütern beschränkt, um die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und die Anhäufung konventioneller Rüstungsgüter zu verhindern, bewaffnete Konflikte zu vermeiden oder einzudämmen und Terrorismus vorzubeugen.²⁰ Dadurch leisten die Handelseinschränkungen einen wesentlichen Beitrag zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland.

Unternehmen, die Rüstungsgüter herstellen, benötigen für deren Ausfuhr grundsätzlich eine Genehmigung. Lieferungen von Dual-Use-Gütern an nicht EU-Länder sind genehmigungspflichtig, wenn sie von der Ausfuhrliste erfasst werden. Darüber hinaus können, abhängig von der vorgesehenen Verwendung der Güter sowie des Bestimmungslandes der Lieferung, Handels- und Vermittlungsgeschäfte dieser Güter ebenfalls genehmigungspflichtig sein.

Unternehmen, die Kriegswaffen oder rüstungsrelevante Güter exportieren und für deren Export demnach eine Genehmigung erforderlich ist, sind verpflichtet, einen Ausfuhrverantwortlichen oder Exportbeauftragten zu bestellen und gegenüber dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) zu benennen. Der Ausfuhrverantwortliche ist auf Unternehmensleitungsebene anzusiedeln, d.h. je nach Rechtsform des Unternehmens kann diese Aufgabe von einem Mitglied des Vorstandes, einem Geschäftsführer oder einem vertretungsberechtigten Gesellschafter des Unternehmens wahrgenommen werden. Die Benennung eines Ausfuhrverantwortlichen gegenüber dem BAFA ist zwingende Voraussetzung für die Antragstellung auf Ausfuhrgenehmigung. Die Aufgaben des Ausfuhrverantwortlichen sowie die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Anforderungen sind in den »Grundsätzen der Bundesregierung zur Prüfung der Zuverlässigkeit von Exporteuren von Kriegswaffen und rüstungsrelevanten Gütern« geregelt. In Deutschland ist das BAFA die zuständige Exportkontrollbehörde, die auch mit der Bearbeitung der Anträge auf Ausfuhrgenehmigung betraut ist.²¹

Unternehmen, die in der Rüstungs- und Waffenindustrie oder im Handel mit Dual-Use-Gütern tätig sind, müssen sich den zusätzlichen Risiken, die mit dem Handel dieser Güter verbunden sind, bewusst sein und entsprechende Prozesse, insbesondere was den Vertrieb ihrer Produkte ins Ausland angeht, implementieren, die sicherstellen, dass den Regelungen des Exportkontroll- und Außenwirtschaftsgesetzes entsprochen wird. Dazu gehört zunächst, die eigenen Produkte zu kennen, um festzustellen, ob das Produkt möglicherweise die Kriterien eines Dual-Use-Gutes erfüllt und damit eine Genehmigung von Produktlieferungen ins Ausland erforderlich ist. Bei einer relativ kleinen Produktpalette und wenig komplexen Produkten sollte diese Überprüfung eher unproblematisch sein. Schwieriger kann diese Überprüfung werden, wenn das Unter-

²⁰ Detaillierte Informationen zur Exportkontrolle finden sich auf der Website des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) unter www.ausfuhrkontrolle.info (16.04.2014).

²¹ Die notwendigen Anträge und detaillierte Informationen zum Thema Ausfuhr- und Exportkontrolle finden sich auf der Website des BAFA unter www.ausfuhrkontrolle.info (16.04.2014). Die Grundsätze der Bundesregierung zur Prüfung der Zuverlässigkeit von Exporteuren von Kriegswaffen und rüstungsrelevanten Gütern sind abrufbar unter: http://www.ausfuhrkontrolle.info/ausfuhrkontrolle/de/vorschriften/zuverlaessigkeit_ausfuhrverantwortlicher/index.html (16.04.2014).

nehmen komplexere Produkte beispielsweise aus verschiedenen Baugruppen und ggf. individuell auf den jeweiligen Kunden zugeschnitten herstellt. In diesem Fall ist für jede Baugruppe einzeln zu prüfen, ob eine Doppelverwendung möglich ist. Darüber hinaus kommt der systematischen und sorgfältigen Überprüfung der ausländischen Geschäftspartner eine hohe Bedeutung zu, um straf- und haftungsrechtliche Konsequenzen zu vermeiden. Hilfreich können in diesem Zusammenhang spezielle Checklisten sein, die sog. Red Flags auflisten, bei deren Zutreffen besondere Vorsicht angebracht ist oder es gar besser wäre, ganz auf das Geschäft zu verzichten.²²

²² Vgl. hierzu **GUIDANCE**, cms-Element → **4 GESCHÄFTSPARTNERPRÜFUNG** sowie beispielsweise die Checklisten »Red Flag Indicators« des US Bureau of Industry and Security (<https://www.bis.doc.gov/index.php/component/content/article/23-compliance-a-training/51-red-flag-indicators>, 16.04.2014), »Reg Flag Check List« des Schweizerischen Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO) (<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00600/00608/00610/index.html?lang=de>, 16.04.2014)

Compliance im Konzern und in Kooperationen

Wer trägt die Verantwortung für Compliance im Konzern?

Welche Maßnahmen sind aus Sicht der Mutter- als auch aus Sicht der Tochtergesellschaften empfehlenswert?

Wer trägt die Verantwortung für Compliance in einem Joint-Venture Unternehmen mit einem Beteiligungsverhältnis 50:50?

5

Innerhalb von Konzernen und Kooperationen stellt sich für die beteiligten Unternehmen die Frage, wer für die Umsetzung von Compliance verantwortlich ist. Trägt die Konzernmutter die Verantwortung dafür, innerhalb des gesamten Konzerns Compliance sicherzustellen und entsprechende Überwachungsmaßnahmen vorzunehmen, oder ist es vielmehr die Aufgabe jedes einzelnen Unternehmens, in der eigenen Gesellschaft Compliance umzusetzen?

Bei einem Konzern schließen sich mehrere rechtlich selbständige Unternehmen unter eine einheitliche Leitung zusammen. Die beteiligten Unternehmen können hierzu vertragliche Vereinbarungen zu den Leitungsbefugnissen der Obergesellschaft festlegen. Dennoch entbindet dies die Geschäftsleitung der Tochterunternehmen nicht vollends, ihrer eigenverantwortlichen Leitungspflicht im Interesse der eigenen Gesellschaft nachzukommen und Schäden von der eigenen Gesellschaft abzuwenden. Aus diesem Grund verbleibt auch im Rahmen von Konzernzusammenschlüssen und Kooperationen die Sicherstellung der Legalitätspflicht und damit die Pflicht zur Implementierung entsprechender Compliance-Maßnahmen in der *eigenverantwortlichen Leitung* jeder einzelnen (Tochter-)Gesellschaft. Handelt es sich bei den zusammengeschlossenen Unternehmen zudem um Kapitalgesellschaften wie einer Aktiengesellschaft oder GmbH, so haben deren Vorstand bzw. GmbH-Geschäftsführer die erhöhten Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit des § 93 AktG bzw. § 43 GmbHG anzuwenden.

Maßnahmen aus Sicht der Muttergesellschaft

Eine Muttergesellschaft kann aus verschiedenen Gründen ein starkes Interesse daran haben, dass die Tochterunternehmen bestimmte, seitens der Mutter vorgegebene Compliance-Maßnahmen implementieren. Dies kann auf haftungsrechtlichen wie z.B. aus dem Kartellrecht resultierenden Gründen beruhen. Nach herrschender Rechtsprechung hat eine Konzernmutter im Bereich des Kartellrechts *konzernweit* auf die Verhinderung von Kartellverstößen hinzuwirken. Somit besteht nach dem deutschen sowie europäischen Kartellrecht beispielsweise die Gefahr, dass ein Kartellverstoß einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zugerechnet wird, mit der Folge, dass die Mutter für die gegenüber der Tochtergesellschaft verhängte Geldbuße in Haftung genommen werden kann. Aber nicht nur aus (haftungs-)rechtlicher Sicht, sondern vielmehr auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten und mit Blick auf die Reputation des Unternehmens kann das Mutterunternehmen ein Interesse an der Durchsetzung und Implementierung bestimmter Compliance-Maßnahmen in den Tochterunternehmen haben. Denn treten innerhalb eines Konzerns wesentliche Compliance-Verstöße auf, so unterscheidet die Öffentlichkeit grundsätzlich nicht danach, vom wem der Verstoß – von der Konzernmutter selbst oder von einer Beteiligungsgesellschaft – begangen

worden ist. Ebenso können rechtlich zulässige, jedoch ethisch fragwürdige Praktiken der Beteiligungsgesellschaft sehr schnell auf die Mutter zurückfallen und zu erheblichen Reputationsschäden der Muttergesellschaft führen.

Damit stellt sich für Unternehmen die weitaus wichtigere Frage, inwieweit die Konzernmuttergesellschaft auf die beteiligten Tochterunternehmen in Bezug auf Compliance Einfluss nehmen kann.

Eine unmittelbare Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Tochterunternehmen ist nur in bestimmtem Umfang möglich, denn die Einwirkungsmöglichkeiten der Konzerngesellschaft auf das Beteiligungsunternehmen sind begrenzt.²³ Stehen der Obergesellschaft z.B. aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages entsprechende Einwirkungsmöglichkeiten zu, so empfiehlt sich, für ein konzernweit einheitliches CMS zu sorgen. Denn nur wenn konzernweit einheitliche Strukturen geschaffen werden und Informationen zentral zusammenfließen und daraus abgeleitet entsprechende CMS-Maßnahmen konzernweit organisiert und angeordnet werden, lassen sich die Risiken für die Konzernmuttergesellschaft angemessen minimieren. Die Muttergesellschaft sollte die Compliance-Maßnahmen, welche sie der Tochtergesellschaft zur Umsetzung aufgeben möchte, vorab darauf hin prüfen lassen, ob diese Maßnahmen auch letztendlich mit den Gesetzen des Landes, in dem sich das Tochterunternehmen befindet, vereinbar sind. Eine frühzeitige Klärung dieses Punktes kann unnötige Auseinandersetzungen mit dem Tochterunternehmen und Konfrontationen, die weitere (Vertrags-)Verhandlungen ggf. erschweren würden, vermeiden.

Gleiches gilt im Hinblick auf die Art der Verhandlungsführung durch das Mutterunternehmen. Eine tatsächlich gegebene (rechtliche) Weisungsbefugnis sollte von dem Mutterunternehmen grundsätzlich nicht als erstes Argument für die Umsetzung bestimmter Compliance-Maßnahmen herhalten und nur im äußersten Fall ins Spiel gebracht werden. Denn ein Hinweis der Mutter auf die ihr zustehende Machtposition kann bei dem Tochterunternehmen eine gewisse Abwehrhaltung auslösen, die sich auf die weiteren Implementierungsprozesse nachteilig auswirken kann. Vielmehr empfiehlt sich, das mit den Maßnahmen verfolgte Ziel und den Nutzen (nämlich Schadensvermeidung und Risikominimierung) sowohl für das Mutter- als auch Tochterunternehmen zu erläutern und darzulegen. Auch ein Hinweis auf die für das Mutterunternehmen geltenden Gesetze, nach denen das Mutterunternehmen zur Umsetzung von bestimmten Compliance-Maßnahmen verpflichtet ist, kann nützlich sein. Handelt es sich um ein ausländisches Tochterunternehmen, so sollte das Mutterunternehmen sicherstellen,

²³ Vgl. §§ 15 ff. AktG.

dass sämtliche Verhandlungen dem Tochterunternehmen im Wege von Übersetzungen auch in der Landessprache ermöglicht werden. Dies vermeidet nicht nur Missverständnisse, die sich ergeben können, wenn sich das Tochterunternehmen einer fremden Sprache bedienen muss, sondern zeugt von Respekt und erleichtert eine Verhandlung auf Augenhöhe.

Maßnahmen aus Sicht der Tochtergesellschaft

Aus Sicht des Tochterunternehmens ist zu beachten, dass die Sicherstellung der Einhaltung von Recht und Ordnung in der eigenen Gesellschaft in die Verantwortung der Geschäftsführung des Tochterunternehmens fällt. Auch wenn der Muttergesellschaft gegenüber dem Tochterunternehmen rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten zustehen, so obliegt es der Geschäftsführung des Tochterunternehmens sicherzustellen, dass durch die vorgegebenen Maßnahmen seitens der Mutter keine gesetzlichen Vorschriften verletzt werden. Für Tochterunternehmen können sich Konfliktsituationen insbesondere aufgrund von Compliance-Vorgaben einer ausländischen Muttergesellschaft ergeben. So können die jeweiligen Gesetze des Landes, in dem sich der Sitz der Muttergesellschaft befindet, bestimmte verpflichtende Maßnahmen vorsehen, die allerdings mit Gesetzen der Länder, in denen sich die Tochterunternehmen befinden, in Konflikt stehen. Derartige Konflikte können insbesondere im Bereich des Arbeits- und Datenschutzrechts in Betracht kommen (z.B. die Pflicht nach dem Sarbanes-Oxley-Act, wonach Unternehmen ein anonymes Hinweisgebersystem einzurichten haben, vgl. → **ABSCHNITT 1.2.2**). Gibt ein Mutterunternehmen bestimmte Compliance-Maßnahmen vor, so sollte das Tochterunternehmen (auch im Falle einer Einwirkungsbefugnis seitens der Mutter) diese Maßnahmen nicht unkontrolliert implementieren. Vielmehr sollten die einzelnen Maßnahmen auf die Vereinbarkeit mit nationalen Gesetzen hin geprüft werden. Fehlt im Tochterunternehmen die erforderliche Expertise, so empfiehlt sich die Hinzuziehung von externen Experten wie Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern oder sonstigen im Bereich Compliance erfahrenen Beratern.

Schließlich kann es auch vorkommen, dass die Muttergesellschaft gegenüber der Tochter keine oder nur grobe Vorgaben zur Umsetzung von Compliance-Maßnahmen macht. Das Tochterunternehmen darf sich nicht darauf verlassen, mit der Umsetzung dieser Maßnahmen seiner Pflicht und Verantwortung vollkommen nachgekommen zu sein. Vielmehr hat die Unternehmensleitung des Tochterunternehmens im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten zu prüfen und zu beurteilen, ob diese Maßnahmen für die Sicherstellung von Compliance innerhalb der Tochtergesellschaft ausreichen oder ggf. darüber hinaus aus Risikogesichtspunkten weitere unternehmensspezifische Compliance-Maßnahmen erforderlich sind.

Sonstige Unternehmenszusammenschlüsse

Auch im Falle anderweitiger Unternehmenszusammenschlüsse wie Kooperationen, Konsortien, Joint Ventures etc. bleiben die jeweils beteiligten Gesellschaften in der Regel rechtlich selbständig und haben grundsätzlich nur im Rahmen von vertraglichen Regelungen mögliche Weisungsrechte gegenüber dem anderen Beteiligungsunternehmen. Insofern wird auch diesen Unternehmen empfohlen, die zuvor für Konzerne dargelegten Handlungsmöglichkeiten zu beachten.

Joint-Venture Unternehmen mit einer Beteiligungsquote von 50:50

Für den Fall, dass zwei Joint-Venture-Partner sich mit einer Quote von 50:50 an einem Joint-Venture-Unternehmen beteiligen, so erstreckt sich die Aufsichtspflicht der Beteiligungsunternehmen grundsätzlich nicht auf das Joint-Venture-Unternehmen. Denn in einer typischen Joint-Venture-Situation mit einer Beteiligungsquote von 50:50 können Entscheidungen grundsätzlich nur im Einvernehmen mit dem anderen Joint-Venture-Partner erzielt werden. Aus diesem Grund hat ein Joint-Venture-Partner, formal gesehen, keine Möglichkeit, auf die Unternehmensleitung des Joint-Venture-Unternehmens unmittelbaren Einfluss und Durchgriff zu nehmen. Eine einseitige Lenkungsmöglichkeit und Einflussnahme auf die Geschäftspolitik durch einen Joint-Venture-Partner kann sich allerdings in den Fällen ergeben, in denen sich die Parität der Partner auf die Beteiligungsverhältnisse beschränkt, ein Partner jedoch ein deutliches Übergewicht in der unternehmerischen Führung hat. Ein Übergewicht in der Führung durch einen der Geschäftspartner kann sich selbst bei Vorliegen einer 50:50 Beteiligungsquote ergeben, z.B. aufgrund der besonderen lokalen Marktkenntnis eines der Partnerunternehmen, oder wenn der Unternehmensmarke eines der Partnerunternehmen eine größere Bedeutung auf dem Markt zukommt, oder beispielsweise die Unternehmensleitung eines Joint-Venture-Partners ausschließlich mit Mitarbeitern des (deutschen) Partnerunternehmens besetzt ist, die faktisch nach den Anweisungen des (deutschen) Partnerunternehmens handeln.

Compliance-Remediation nach entdecktem systematischem Fehlverhalten

Entdecktes Fehlverhalten und Compliance-Verstöße erfordern eine schnelle Analyse und eine angemessene Reaktion.

Sind Behörden in die Fallaufarbeitung und -abwicklung involviert, ist von Seiten des Unternehmens eine uneingeschränkte Kooperation mit den Behörden geboten.

Neben der Sanktionierung des Fehlverhaltens sind auch organisatorische und unternehmensstrukturelle Faktoren sowie betroffene Prozesse zu überprüfen und ggf. nachzubessern.

Aufgedeckte Fälle sollten immer auch einen ›Lessons learned‹-Effekt auslösen.

6

Der Ausschluss jeglichen Restrisikos von Fehlverhalten im Unternehmen ist auch vom effektivsten CMS nicht zu leisten. Die Sicherstellung von Regelkonformität im Handeln aller Unternehmensmitglieder in 100% der Fälle ist auch nicht die Zielsetzung, die mit der Implementierung eines CMS verknüpft werden darf. Vielmehr bemessen sich Angemessenheit und Qualität eines CMS daran, dass es durch die implementierten Führungs- und Steuerungsinstrumente, Regeln, Prozesse, Verfahren und Kontrollen die bestehenden Compliance-/Integrity-Risiken erheblich mildert und systemisch bedingtes Fehlverhalten ausschließt. Kommt es im Unternehmen dennoch zu Hinweisen auf Fehlverhalten und bestätigen sich diese (z.B. die Feststellung von Schmiergeldzahlungen oder wett-bewerbswidrigen Absprachen), sollten im Unternehmen schnellstmöglich Maßnahmen zur bestmöglichen Schadensbegrenzung, in ökonomischer und rechtlicher Hinsicht sowie mit Blick auf die Unternehmensreputation, und zur Fallaufarbeitung ergriffen werden (zur Reaktion auf Fehlverhalten vgl. auch **GUIDANCE, CMS-Element** → **6 INTEGRATION IN HR-PROZESSE**).

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Unternehmensleitung aufgrund ihrer Aufsichtspflicht bei der Kenntnisnahme von Hinweisen oder Fehlverhalten verpflichtet ist, den Sachverhalt aufzuklären. Informationen über Fehlverhalten oder Compliance-Verstöße können die Unternehmensleitung auf unterschiedlichen Wegen erreichen: durch interne (z.B. Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten in Revisionsprüfungen, (anonyme) Hinweise von Mitarbeitern) wie auch externe Quellen (z.B. Hinweis eines Wirtschaftsprüfers, Medienberichte), aber auch infolge behördlicher Ermittlungen.

Neben der gesetzlichen Verpflichtung sollte der Unternehmensleitung aber auch aus eigenem Interesse an einer vollständigen Sachverhaltsaufklärung gelegen sein, um das Fehlverhalten mittels geeigneter Maßnahmen abstellen und zukünftig vermeiden zu können und Schaden vom Unternehmen (Reputationsschäden, Bußgelder etc.) abzuwenden. Die Reaktion auf Hinweise oder aufgedecktes Fehlverhalten erfüllt überdies eine wichtige präventive Funktion: durch konsequente Reaktion und ggf. die Durchsetzung von Sanktionen demonstriert die Unternehmensleitung gegenüber den Mitarbeitern, dass es ihr mit der Einhaltung der Verhaltensgrundsätze und der Integrität im Geschäftsverkehr ernst ist und dass Fehlverhalten nicht geduldet und entsprechend geahndet wird (sog. Zero Tolerance). Diese klare Positionierung der Unternehmensleitung zu integrem Verhalten im Geschäftsverkehr ist für die Glaubwürdigkeit des CMS insgesamt von grundlegender Voraussetzung.

Bevor bei Verdachtsfällen, z.B. aufgrund eines Hinweises aus dem Hinweisgebersystem, umfangreichere Ermittlungsmaßnahmen eingeleitet werden, ist zunächst der Sachverhalt genauer zu prüfen. Sollte sich der Anfangsverdacht als nicht relevant

oder nicht ausreichend erweisen, sind zunächst weitere Informationen einzuholen, die den Verdacht erhärten und dann weitergehende Nachforschungen auslösen. Sollte sich der Verdacht nicht bewahrheiten, ist der Vorgang zu schließen.

Erweist sich der Verdacht als begründet bzw. wird tatsächlich ein Fehlverhalten im Unternehmen festgestellt, sind – falls noch nicht geschehen – unverzüglich Maßnahmen zum Abstellen des Verstoßes sowie ein strukturierter, professioneller Untersuchungs- und Aufarbeitungsprozess einzuleiten. Je nach Unternehmensgröße und vorhandenen Ressourcen kann die Untersuchung von der Unternehmensleitung selbst oder unterschiedlichen Abteilungen durchgeführt werden. Bei kleinen oder mittelständischen Unternehmen bzw. Unternehmen mit schlanker Compliance-Organisation können von der Unternehmensleitung ebenso geeignete Abteilungen wie z.B. die Revisionsabteilung mit der Durchführung der Untersuchungen beauftragt werden, es ist aber auch denkbar, einen externen Experten (Berater, Rechtsanwalt etc.) mit den Ermittlungen zu beauftragen. Hat das Unternehmen einen Compliance-Beauftragten bestellt, so ist dieser in die Fallbearbeitung einzubeziehen und muss die Möglichkeit und Befugnis haben, eigenständige investigative Ermittlungen durchzuführen (vgl. auch **GUIDANCE, CMS-Element** → **2 COMPLIANCE-ORGANISATION UND GOVERNANCE-SYSTEM**). In größeren Unternehmen sollten die Untersuchungen zu zentralen Fällen im Bereich Korruption, Kartellrecht und schwerer Wirtschaftskriminalität durch die Compliance-Abteilung, die Revisionsabteilung oder eine andere auf interne Untersuchungen spezialisierte Abteilung durchgeführt werden.

Generell empfiehlt es sich, Personen mit rechtlicher Expertise (z.B. interne oder externe Rechtsanwälte) zur Beratung und Unterstützung eng in die Arbeit des Ermittlungsteams einzubinden, um die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen an Ermittlungsverfahren sicherzustellen. Vor allem mit Blick auf die involvierten Mitarbeiter ist die Einhaltung arbeitsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Regelungen sicherzustellen.

Die betroffenen Mitarbeiter haben bei der Durchführung der Untersuchungen grundsätzlich eine Mitwirkungspflicht (u.a. Auskunftspflicht, Herausgabe dienstlicher Dokumente), ihnen stehen jedoch auch bestimmte Rechte zu, wie z.B. die Inanspruchnahme anwaltlichen Beistands oder das Hinzuziehen des Betriebsrates, die den Mitarbeitern zu gewähren sind. Für den Zeitraum während der Ermittlungen empfiehlt es sich, alle möglicherweise betroffenen Personen aus den Informations- und Berichtslinien zu nehmen, sowie die Notwendigkeit einer Kündigung bzw. Freistellung betroffener Mitarbeiter zu prüfen. Darüber hinaus sollte von den betroffenen Mitarbeitern im Verlauf des Untersuchungsprozesses eine Stellungnahme zu den Vorwürfen eingeholt und diese dokumentiert werden.

Grundsätzlich empfiehlt es sich, den Untersuchungsprozess von Beginn genau zu dokumentieren, um die einzelnen Untersuchungsschritte und -ergebnisse später im Rahmen behördlicher Ermittlungen oder eines anschließenden gerichtlichen Verfahrens ggf. darlegen zu können.

Nach Abschluss der Untersuchungen sollte das Ermittlungsteam einen Bericht über die Untersuchungsergebnisse für die Unternehmensleitung verfassen, in dem es auch Vorschläge zu erforderlichen, sich der Untersuchung anschließenden Schritten unterbreitet (z.B. Einleitung arbeitsrechtlicher, zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Maßnahmen gegenüber den betroffenen Mitarbeitern sowie ggf. Anpassung und Verbesserung bestehender Prozesse im CMS). Die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Maßnahmen und weiterer zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Konsequenzen obliegt der Unternehmensleitung bzw. in größeren Unternehmen den zuständigen Funktionen, im Bereich arbeitsrechtlicher Konsequenzen meist der Personalabteilung. Ebenso fällt es in den Verantwortungsbereich der Unternehmensleitung in Zusammenarbeit mit der Compliance-Abteilung bzw. dem Compliance-Beauftragten, aus der Untersuchung hervorgehende erforderliche Maßnahmen zur Anpassung und Verbesserung des bestehenden CMS einzuleiten. Dieser letzte Punkt ist vor allem für die nachhaltige Sicherstellung der Angemessenheit und Funktionsfähigkeit des CMS von großer Bedeutung.

Ein wichtiger Faktor bei der Aufdeckung, insbesondere für die Aufarbeitung von Fehlverhalten im Unternehmen stellt die unternehmensinterne und -externe Kommunikation zu Fehlverhalten dar. Bei der internen Kommunikation geht es vor allem um die Erhaltung der Glaubwürdigkeit von Compliance. Nur durch eine konsequente Reaktion auf Fehlverhalten und ggf. dessen Sanktionierung kann es der Unternehmensleitung gelingen, ihre Haltung zu nicht-integrem Verhalten glaubwürdig zu demonstrieren und von den Mitarbeitern die Beachtung von Compliance und Integrity einzufordern. Gegenüber den externen Interessengruppen, vor allem gegenüber den Geschäftspartnern, ist es ebenfalls wichtig, glaubwürdig zu kommunizieren, dass konsequent gegen Fehlverhalten vorgegangen wird und die Bestrebungen im Bereich Compliance und Integrity nicht nur ein Feigenblatt oder leere Versprechungen sind, sondern dass Compliance und Integrity die Grundlage der Geschäftstätigkeit bilden.

²⁴ Eine Anzeigepflicht kann sich für Unternehmen außerhalb von §138 StGB auch nach §11 Geldwäschegesetz (GWG) ergeben. Danach sind die von dieser Norm erfassten Unternehmen gegenüber den zuständigen Behörden zu einer Anzeige verpflichtet, wenn das Unternehmen Tatsachen feststellt, die darauf schließen lassen, dass eine Tat nach §261 StGB (Geldwäsche) oder eine Terrorismusfinanzierung begangen oder versucht wurde oder wird.

²⁵ Vgl. Steinmeyer, R./Crones, C. (2013): Das Unternehmen in der Compliance-Krise, 12. Frankfurter Symposium Compliance und Unternehmenssicherheit vom 14. November 2013

Zusammenarbeit mit staatlichen Behörden

Unter Umständen sind bei der Aufdeckung, Aufklärung und Aufarbeitung von Fehlverhalten im Unternehmen staatliche Ermittlungsbehörden, Wirtschaftsprüfer, Berater oder ggf. ein externer Compliance-Monitor einzuschalten. Eine Durchführung staatlicher Ermittlungen im Unternehmen kann sich zum einen aus einer Offenlegungspflicht von Verdachtsmomenten des Unternehmens ergeben. Die gesetzliche Verpflichtung zur Anzeige geplanter Straftaten ist in Deutschland in §138 StGB geregelt und erfasst nur besonders schwere Straftaten. Wirtschaftsstraftaten wie Korruption, Wettbewerbs- oder Kartellrechtsverstöße fallen zwar nicht unter den Straftatenkatalog des §138 StGB und müssen von dem Unternehmen gegenüber den deutschen Ermittlungsbehörden nicht angezeigt werden.²⁴ In vielen Fällen werden sich behördliche Ermittlungen in der Regel aus einer direkten Hinweisgabe an Behörden (z.B. durch Whistleblower) ergeben. Dennoch sollte bei Bekanntwerden schwerwiegender Compliance-Verstöße eine proaktive Anzeige des Unternehmens gegenüber den Ermittlungsbehörden in Erwägung gezogen werden. Insbesondere bei Compliance-Verstößen mit Auslandsbezug sind eventuelle Offenlegungspflichten genau zu überprüfen. So kann es nach ausländischen Regelungen erforderlich sein, die Ermittlungsbehörden über aufgedecktes Fehlverhalten zu informieren, auch um ggf. in den Genuss einer Strafmilderung zu kommen.

²⁵ Checkliste für den Fall einer Durchsuchung²⁵

1. Benachrichtigung der Geschäftsleitung und Rechtsabteilung
2. Benachrichtigung eines Rechtsanwalts/ Steuerberaters
3. Legitimationsprüfung der Ermittler
4. Prüfung des Durchsuchungsbeschlusses
5. Prüfung des staatlichen Durchsuchungsprotokolls/Sicherstellungsverzeichnisses
6. Relevante Unterlagen und Daten sichern bzw. kopieren
7. Sicherstellen, dass Gespräche mit Ermittlern nicht ohne Rechtsanwalt erfolgen
8. Anfertigung eines eigenen Durchsuchungsprotokolls/Sicherstellungsverzeichnisses
9. Festlegung einer Informationsstrategie sowie Sprachregelung
10. Kontaktaufnahme mit Kunden, Banken und Investoren sowie Presse planen
11. Schadensbegrenzung prüfen (Sperrung von Konten, Zugangsbeschränkungen etc.)
12. Strategische Überlegungen zur Kooperation mit Behörden

Unabhängig vom Auslöser der behördlichen Ermittlungen ist von Seiten des Unternehmens eine uneingeschränkte Kooperation mit den Behörden geboten, nicht nur um dem Vorwurf der Behinderung behördlicher Ermittlungen aus dem Weg zu gehen, sondern auch aus unternehmenseigenem Interesse heraus, um eine schnellstmögliche Aufklärung des Sachverhaltes herbeizuführen, das Unternehmen vor möglichen Reputationsschäden zu bewahren und – falls das Unternehmen selbst belangt werden kann – das Strafmaß abzumildern. Für die Gewährung einer Strafmilderung oder gar Straffreiheit von Seiten der Behörden sind die uneingeschränkte Bereitschaft zur Kooperation und Offenlegung aller relevanten Informationen Voraussetzung.

Die Durchführung behördlicher Ermittlungen im Unternehmen schließt die Durchführung unternehmensinterner Ermittlungen nicht aus. Unternehmenseigene Ermittlungen können die teilweise langwierigen behördlichen Prozesse unterstützen und ergänzen, sollten aber im Vorfeld mit der ermittelnden Behörde unbedingt abgestimmt werden.

Abhängig von der ermittelnden Behörde können aus dem Verfahren für das Unternehmen Auflagen für die Anpassung des CMS hervorgehen, deren Umsetzung u.U. zu einer Milderung von Sanktionen, wie z.B. die Verkürzung der Ausschlussfrist von öffentlichen Auftragsvergaben, führen kann. In der US-amerikanischen Rechtspraxis ist bei Fällen umfangreichen systematischen Fehlverhaltens die Einsetzung eines Compliance-Monitors üblich, der im Auftrag der ermittelnden Behörde überprüft, ob die vereinbarten Maßnahmen im Unternehmen umgesetzt werden.

Insbesondere in der Zusammenarbeit mit den US-amerikanischen Behörden SEC und DOJ sind Kooperation und Offenlegung von Bedeutung, so auch im Fall Morgan Stanley.²⁶ So nennen die US Sentencing Guidelines die Selbstanzeige, Kooperationsbereitschaft und die Übernahme von Verantwortung als strafmildernde Umstände:

»(1) If the organization (A) prior to an imminent threat of disclosure or government investigation; and (B) within a reasonably prompt time after becoming aware of the offense, reported the offense to appropriate governmental authorities, fully cooperated in the investigation, and clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct, subtract 5 points; or

(2) If the organization fully cooperated in the investigation and clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct, subtract 2 points; or

(3) If the organization clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct, subtract 1 point.«²⁷

Die Aufklärung und Aufarbeitung eines Falles sind, insbesondere wenn staatliche Behörden in die Fallabwicklung involviert sind, für das Unternehmen häufig mit umfangreichen organisatorischen und strukturellen Veränderungen verbunden. Um den Transparenz- und Offenlegungsanforderungen der staatlichen Behörden zu genügen, wird auf Seiten des Unternehmens ein erhöhter Dokumentations- sowie Ressourcenaufwand notwendig sein. Dabei geht es zum einen darum, die Behörden durch das Zurverfügungstellen relevanter Dokumente und Berichte über die Umstände der Vorfälle, eingeleitete Untersuchungsschritte sowie über die zum Zeitpunkt des Vorfalls bereits implementierten Präventionsmaßnahmen (CMS) zu informieren. Zum anderen ist von Bedeutung, dass das Unternehmen glaubhaft nachweisen kann, dass der vollständigen Fallaufklärung oberste Priorität zukommt, die notwendigen Konsequenzen aus dem Vorfall gezogen werden und es im

²⁶ Vgl. Grützner, T., Behr, N. (2013): Effektives Compliance Programm verhindert Bestrafung von Investmentbank wegen Verstößen gegen FCPA, in: CCZ 2013, 71.

²⁷ US Sentencing Guidelines §8 C 2.5 (g)

Unternehmen wieder »compliant« zugeht. Dazu gehört u.a., durch verstärkte Kontrollen die betroffenen Prozesse und involvierten Mitarbeiter zu identifizieren, die beteiligten Mitarbeiter konsequent zu sanktionieren (vgl. auch GUIDANCE, CMS-Element → 6 INTEGRATION IN HR-PROZESSE), aber auch das bestehende CMS auf Defizite und Schwachstellen zu prüfen und entsprechende Nach-/Verbesserungsmaßnahmen einzuleiten.

²⁸ Systematisches Fehlverhalten und Amnestieprogramm²⁸

Stellt sich im Laufe der Ermittlungen heraus, dass es sich bei dem entdeckten Fehlverhalten um systematisches Fehlverhalten (Involvierung/Duldung durch Topmanagement, Fehlsteuerungen durch ungeeignete/compliance-dysfunktionale Anreizsysteme, unterlassene/ungeeignete Compliance-Risikobewertung etc.) handelt, sind umgehend umfassende organisatorische und strukturelle Maßnahmen zur Aufarbeitung und zukünftigen Vermeidung solcher Fälle zu ergreifen.

Grundsätzlich ist jedem Unternehmen, dessen Unternehmensleitung aus mehreren Personen besteht, anzuraten, die Verantwortung von Compliance im Wege der Ressortverteilung einem Mitglied der Unternehmensleitung zu übertragen.²⁹ Bei Bekanntwerden systematischen Fehlverhaltens sollte hingegen, um die Ernsthaftigkeit des CMS und die Bestrebungen zu der Beseitigung der Missstände sowohl gegenüber der Belegschaft als auch gegenüber externen Interessengruppen zusätzlich herauszustellen, über die Einrichtung eines eigenen Vorstandsressorts zu Compliance, Recht und Integrity nachgedacht werden. Die Einrichtung eines solchen Vorstandsressorts kann auch vorübergehend erfolgen, beispielsweise bis zum Abschluss des Verfahrens bzw. der vollständigen Aufarbeitung des Fehlverhaltens.

In einem ersten Schritt gilt es, die Umstände des systematischen Fehlverhaltens vollständig aufzudecken und die Verfehlungen abzustellen. Zur Aufklärung und Identifikation der involvierten Personen, aber auch zur Vermeidung weiteren Fehlverhaltens empfiehlt es sich, die Kontrollmaßnahmen in den entsprechenden Bereichen

²⁸ Zu Vorzügen und Nachteilen sowie zur Ausgestaltung von Amnestieprogrammen vgl. ausführlich und grundlegend für die nachfolgende Ausarbeitung z.B. Annuß, G., Pelz, C. (2010): Amnestieprogramme – Fluch oder Segen? In: BB Special 4, 50/2010, S. 14-20.

²⁹ Im Rahmen einer zulässigen Geschäftsverteilung bleibt das Vorstandsmitglied bzw. Geschäftsführer in erster Linie für das ihm zugewiesene Ressort verantwortlich. Trotz Zuweisung der Verantwortlichkeit an ein Mitglied der Unternehmensleitung bleibt es bei der fortbestehenden Gesamtverantwortung aller Mitglieder der Unternehmensleitung dahingehend, dass jedes Vorstandsmitglied bzw. jeder Geschäftsführer die ressortbezogene Tätigkeit seiner Kollegen beobachtend zu überwachen hat (vgl. GUIDANCE, CMS-Element → 2 COMPLIANCE-ORGANISATION UND GOVERNANCE-SYSTEM).

zu verstärken und ggf. zu erweitern. Zusätzlich können die betroffenen Bereiche im Rahmen außerplanmäßiger Revisionsprüfungen genauer untersucht werden.

In Einzelfällen oder besonderen Situationen kann die Einrichtung eines sog. Amnestieprogramms zu einer möglichst lückenlosen Aufdeckung von systematischem Fehlverhalten erwogen werden. Insbesondere ist über die Einrichtung eines Amnestieprogramms nachzudenken, wenn davon auszugehen ist, dass die Umstände etwaiger Rechtsverstöße im bewährten Wege durch Ermittlungen der Internen Revision oder externer Berater nicht umfassend oder nicht in der gebotenen Zeit aufzuklären sind und die Mithilfe der Mitarbeiter erforderlich ist. Zudem kann die Einrichtung eines Amnestieprogramms dazu dienen, um bei einem Verdacht auf systematische Korruption behördliche Durchsuchungen abzuwehren oder bei vermuteten Kartellrechtverstößen von der Möglichkeit der sog. Kronzeugenregelung Gebrauch machen zu können. Fälle aus der Unternehmenspraxis aus der Vergangenheit haben gezeigt, dass die im Rahmen einer Amnestieregelung erlangten Informationen ein behördliches Verfahren verkürzen und sich das Bemühen um eine zügige und umfassende Klärung der Umstände sowie das unverzügliche Abstellen der Verfehlungen u. U. positiv auf die Sanktionierung des Unternehmens auswirken können.

Im Rahmen eines Amnestieprogramms wird gegenüber Mitarbeitern, die an den Vorfällen beteiligt sind oder über relevante Informationen verfügen und bei der Untersuchung uneingeschränkt kooperieren und ihre Informationen uneingeschränkt offenlegen, auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses verzichtet. Durch das Angebot des Verzichts auf arbeits- und zivilrechtliche Konsequenzen soll die unter den Mitarbeitern häufig vorhandene »Mauer des Schweigens« durchbrochen werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Inanspruchnahme der Amnestie keine Freistellung von strafrechtlichen Konsequenzen bewirken, sondern allenfalls das Absehen von arbeits- und zivilrechtlichen Konsequenzen zum Gegenstand haben kann. Darüber hinaus kann das Unternehmen im Rahmen eines Amnestieprogramms entscheiden, die Kosten einer Rechtsberatung oder Rechtsvertretung der Mitarbeiter zu übernehmen.

Die Installation eines Amnestieprogramms widerstrebt in ihrem Grundsatz der Nichtduldung von Fehlverhalten im Unternehmen. Über die Sinnhaftigkeit eines Amnestieprogramms ist daher jeweils im Einzelfall zu entscheiden und die Auflegung eines Amnestieprogramms nur mit der gebotenen Sorgfalt vorzubereiten und durchzuführen. Um unter den Mitarbeitern Denkweisen wie »Einmal ist kein Mal« zu unterbinden, muss die Installation eines Amnestieprogramms äußerst spezifisch erfolgen und von entsprechenden Kommunikationsmaßnahmen gegenüber den Mitarbeitern flankiert sein. Insbesondere gilt es, die amnestierten Sachverhalte, den Kreis der begünstigten

Mitarbeiter sowie die Voraussetzungen für die Amnestiegewährung im Vorfeld genau festzulegen. Bei direkt involvierten Geschäftsleitungsmitgliedern oder Führungskräften ist von einem Absehen von arbeitsrechtlichen und zivilrechtlichen Maßnahmen eher abzuraten. In diesem Fall sollten stets personelle Konsequenzen gezogen werden, um die Vorbildfunktion und den Vorbildcharakter von Compliance und Integrity im Unternehmen glaubwürdig aufrecht zu erhalten. Die Amnestieregelung sollte sich daher ausdrücklich an Mitwisser oder geringfügig Beteiligte richten, um an die tatsächlich handelnden Schlüsselpersonen heranzukommen.

Dem Aufklärungsprozess schließt unmittelbar ein Aufarbeitungs- und Verbesserungsprozess an. Im Rahmen der Fallaufarbeitung gilt es, innerhalb des Unternehmens die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. Dies kann im Einzelfall z.B. bedeuten, dass sich das Unternehmen im Wege eines Selbstreinigungsprozesses von beteiligten Personen trennt (v.a. bei Beteiligung von Personen aus dem (Top-)Management sollte eine Trennung in Betracht gezogen werden, um die Vorbildfunktion der Führungskräfte nicht zu unterminieren) oder dass sich das Unternehmen aus einem besonders riskanten Markt zurückzieht. Zur Fallaufarbeitung gehört es auch, im Rahmen eines Verbesserungsprozesses das bestehende CMS auf Defizite und Schwachstellen zu prüfen und diese durch Anpassungen in den entsprechenden Prozessen und Abläufen sowie ggf. durch zusätzliche Compliance-Maßnahmen zu beheben. Die Erkenntnisse aus der Fallaufarbeitung sollten sich auch in der Beurteilung der Compliance-Risiken niederschlagen und Eingang in die weiteren Compliance-Instrumente (v.a. Anpassung der Verhaltensrichtlinien, Berücksichtigung in Schulungen und in der Compliance-Kommunikation) finden.

Sind staatliche Behörden in die Fallaufklärung und -aufarbeitung mit einbezogen, sind die einzuleitenden Schritte in enger Abstimmung mit diesen zu treffen, entsprechend zu dokumentieren und zu kommunizieren (vgl. oben den Abschnitt zur Zusammenarbeit mit Dritten). Ebenso sind die im Rahmen eines Amnestieprogramms erlangten Kenntnisse den Ermittlungsbehörden zugänglich zu machen, auch um die mit behördlichen Ermittlungen einhergehenden Belastungen für das Unternehmen (Durchsuchungen, Vernehmungen etc.) zu reduzieren.

Übersicht über betriebliche Unternehmensbeauftragte

KAPITEL



Diese Aufstellung gewährt einen Überblick über verschiedene gesetzliche Normen, nach denen besondere Unternehmensbeauftragte zu bestellen sind. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

A	Abfallbeauftragter	→	§59 KrWG
	AGG- Beauftragter	→	§§12 f. AGG
	Arbeitssicherheitsfachkraft	→	§§5 ff. ASiG
	Außenwirtschafts- und Exportkontrollbeauftragter	→	Grundsätze der Bundesregierung zur Prüfung der Zuverlässigkeit von Exporteuren von Kriegswaffen und rüstungsrelevanten Gütern
B - C	Baustellenkoordinator	→	§3 BaustellenVO
	Beauftragter für biologische Sicherheit	→	§6 Absatz IV GenTG i.V.m. §16 GentechnikSicherheitsVO
	Betriebsarzt	→	§§2 ff. ASiG
	Brandschutzbeauftragter	→	§10 ArbSchG
D	Datenschutzbeauftragter	→	§§4 ff. BDSG
	Druckluftfachkraft	→	§18 DruckluftVO

E - F	Eisenbahnbetriebsleiter	→	§1 EisenbahnVO
	Elektrofachkraft	→	§7 ArbSchG
	Ersthelfer	→	§10 Absatz I ArbSchG und BGV A1
G	Gefahrgutbeauftragter	→	§9 Absatz XII GefStoffV i.V.m. §2 I und III ChemikalienverbotsVO
	Geldwäschebeauftragter	→	§§2 und 9 Absatz II Nr. 1 GWG
	Gewässerschutzbeauftragter	→	§§64 ff. WHG
H	Hygienebeauftragter	→	§5 KHygVO
I	Immissionsschutz-/Störfallbeauftragter	→	§§53 und 58a ff. BImSchG
J - K	Jugendschutzbeauftragter	→	§7 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag

L - P	Laserschutzbeauftragter	→	§5 OStrV i.V.m. §6 BGV B2
	Pharma-Informationsbeauftragter	→	§74a AMG
	Pharmazeutischer Stufenplanbeauftragter	→	§63a AMG
Q	Qualitätsbeauftragter	→	DIN EN ISO 9001
S	Schwerbehindertenbeauftragter und Schwerbehindertenvertretung	→	§§94 ff. SGB IX
	Sicherheitsbeauftragter	→	§22 SGB VII und BGV A1
	Sicherheitsbeauftragter für Kerntechnik	→	§2 Atomrechtliche Sicherheitsbeauftragten- und MeldeVO
	Sicherheitsbeauftragter für Medizinprodukte	→	§30 MPG
	Sicherheitsbeauftragter für Telekommunikation	→	§109 III TKG
	Strahlenschutzbeauftragter	→	§§31 ff. StrlSchVO und §13 ff. RöntgenVO
	Tierschutzbeauftragter	→	§8b TierSchutzG
	Umweltschutzbeauftragter	→	§53 BImSchG

Projektbeteiligte

KAPITEL



Projektleitung

Prof. Dr. Stephan Grüninger

Wissenschaftlicher Direktor Konstanz Institut für Corporate Governance,
HTWG Konstanz

RAuN Dr. Roland Steinmeyer

Partner, WilmerHale

Prof. Dr. Josef Wieland

Direktor Leadership Excellence Instituts Zeppelin,
Zeppelin Universität Friedrichshafen

Projektmitarbeit

RA Maximilian Jantz

Dipl.-Betriebswirtin (FH) Christine Schweikert

Gestaltung

Stefan Klär

www.stefanklaer.de

Projektförderer

Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF)

Förderkennzeichen: 17044X11



Projektpartner



*Leitlinien für das Management von
Organisations- und Aufsichtspflichten*

Übersicht der Projektdokumente

KICG CMS-GUIDANCE 2014

Grüniger, S., Jantz, M., Schweikert, C., Steinmeyer, R. (2014):

Empfehlungen für die Ausgestaltung und Beurteilung von Compliance-Management-Systemen –
Guidance zu den Leitlinien 1 bis 4 für das Management von Organisations- und Aufsichtspflichten

KICG CMS-LEITLINIE 1 2014

Grüniger, S., Jantz, M., Schweikert, C., Steinmeyer, R. (2014):

Empfehlungen für die Ausgestaltung und Beurteilung von Compliance-Management-Systemen –
Leitlinie 1 für das Management von Organisations- und Aufsichtspflichten

KICG CMS-LEITLINIE 2 2014

Grüniger, S., Jantz, M., Schweikert, C., Steinmeyer, R. (2014):

Empfehlungen für die Ausgestaltung und Beurteilung von Compliance-Management-Systemen –
Leitlinie 2 für das Management von Organisations- und Aufsichtspflichten

KICG CMS-LEITLINIE 3 2014

Grüniger, S., Jantz, M., Schweikert, C., Steinmeyer, R. (2014):

Empfehlungen für die Ausgestaltung und Beurteilung von Compliance-Management-Systemen –
Leitlinie 3 für das Management von Organisations- und Aufsichtspflichten

KICG CMS-LEITLINIE 4 2014

Grüniger, S., Jantz, M., Schweikert, C., Steinmeyer, R. (2014):

Empfehlungen für die Ausgestaltung und Beurteilung von Compliance-Management-Systemen –
Leitlinie 4 für das Management von Organisations- und Aufsichtspflichten

KICG CMS-ANNEX 2014

Grüniger, S., Jantz, M., Schweikert, C., Steinmeyer, R. (2014):

Empfehlungen für die Ausgestaltung und Beurteilung von Compliance-Management-Systemen –
Annex – Spezifische Anforderungen und Risikotreiber für die Ausgestaltung von Compliance-
Management-Systemen

