

RECHTSANWALT DR. STEFAN BARTZ UND WISSENSCHAFTLICHER MITARBEITER JULIUS WEIDIG\*

## Aktuelle Entwicklungen in den USA – Zweite Auflage des FCPA-Guide

Dieser Beitrag der CCZ-Reihe „Aktuelle Entwicklungen in den USA“<sup>1</sup> befasst sich mit der Neuauflage des „Resource Guide to the U. S. Foreign Corrupt Practices Act“ („Guide“). Der Guide ist und bleibt eine der zentralen Informationsquellen, um sich über die Compliance-Risiken im Geltungsbereich des FCPA zu informieren, den die U. S.-Justizbehörden immer weiter ausdehnen. Die zweite Auflage des Guide enthält die neusten behördlichen Durchsetzungspraktiken, Gerichtsentscheidungen und Richtlinien. Zugleich verdeutlichen jüngere Trends, dass auch der FCPA-Guide nicht alle Fragen beantwortet.

### A. Einleitung

Am 3.7.2020 veröffentlichten das U. S.-Justizministerium („DOJ“) und die U. S.-Börsenaufsicht („SEC“) die zweite Auflage ihres Guide zum „U.S. Foreign Corrupt Practices Act“ („FCPA“) (nachfolgend „Zweite Auflage“).<sup>2</sup>

Die zweite Auflage ist das erste große Update nach der Erstveröffentlichung des Guide im Jahr 2012.<sup>3</sup> Sie stellt Informationen über die behördlichen Durchsetzungsmaß-

nahmen, Gerichtsentscheidungen<sup>4</sup> und Aktualisierungen behördlicher Richtlinien<sup>5</sup> aus den letzten acht Jahre zusammen und enthält zudem einige aktuelle Hinweise des DOJ. Wie der ursprüngliche Guide enthält auch die zweite Auflage unverbindliche Leitlinien und Informationen über die strategischen Ziele und Praktiken des DOJ und der SEC bei der Vollstreckung des FCPA. Zugleich bildet er einige jüngere Trends nicht ab.

Der Guide umfasst insgesamt 123 Seiten und gliedert sich zwischen Einleitung (Kapitel 1) und Schlussbemerkungen (Kapitel 10) wie folgt:

Kapitel 2: Der FCPA: Anti-Korruptionsbestimmungen

Kapitel 3: Der FCPA: Buchhaltungsvorschriften

Kapitel 4: Verwandtes U. S.-Recht

\* Dr. Stefan Bartz ist Senior Associate im Hamburger Büro der Kanzlei Latham & Watkins LLP; er ist Mitglied der White Collar & Investigations Practice Group; Julius Weidig ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Hamburger Büro der Kanzlei Latham & Watkins LLP.

1 Vgl. CCZ 2020, 236 ff.; CCZ 2019, 45 ff., 59 ff., 139 ff., 189 ff., 236 ff., 305 ff.

2 U.S. Department of Justice, Criminal Division and U.S. Securities and Exchange Commission, Enforcement Division, A Resource Guide to the U. S. Foreign Corrupt Practices Act: Second Edition (July 2020), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>; zu den Schlussfolgerungen daraus für das deutsche Recht bereits Wiedmann Newsdienst Compliance 2020, 210003.

3 Der Guide wurde bereits 2015 geringfügig überholt; siehe zur ersten Auflage Schulz/Block CCZ 2020, 49.

4 Unter anderem enthält die zweite Auflage Neuerungen aus folgenden jüngeren Entscheidungen über folgende Aspekte des FCPA: Geltungsbereich des FCPA (United States v. Nervis G. Villalobos-Cardenas, et al., No. 17-cr-514 (S. D. Tex. Apr. 24, 2019)); der Maßstab für Vorsatz („intent“) (United States v. Joo Hyun Bahn, et al., No. 16-cr-831 (S. D. N. Y. Dec. 15, 2016)); Rechtsbrüche durch Reisen und Unterhaltung („travel and entertainment violations“) (United States v. SBM Offshore, N. V., No. 17-cr-686 (S. D. Tex. Nov. 21, 2017)); Gastgeschenke („hospitality“) (United States v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, No. 19-cr-884 (S. D. N. Y. Dec. 6, 2019)); Ausnahmen durch regionales Recht („local law exceptions“) (United States v. Ng Lap Seng, No. 15-cr-706 (S. D. N. Y. July 26, 2017)); sowie Rechtsverletzungen bei Geschäftsbüchern und -Unterlagen (United States v. SGA Société Générale Acceptance, N. V., No. 18-cr-274 (E. D. N. Y. May 30, 2018)).

5 Der Guide berücksichtigt unter anderem die Richtlinien des DOJ zur Evaluation of Corporate Compliance Programs und die Corporate Enforcement Policy.

- Kapitel 5: Leitlinien der Rechtsdurchsetzung
- Kapitel 6: FCPA-Strafen, -Sanktionen und -„remedies“
- Kapitel 7: Beendigungsmöglichkeiten („resolutions“)
- Kapitel 8: (Schutz-)Vorschriften für Whistle Blower
- Kapitel 9: Verfahren bei Stellungnahmen des DOJ

## B. Beachtenswerte Klarstellungen und Neuerungen

Neben den aktualisierten Richtlinien sowie der erneuerten Rechtsprechung sind die folgenden sechs Neuerungen der zweiten Auflage besonders bemerkenswert:

### I. Neues Merkmal für die Beurteilung von Compliance Management Systemen

Die zweite Auflage des Guide befasst sich unter anderem mit den Kriterien für die Bewertung effektiver Compliance Management Systeme.<sup>6</sup> Wie auch in der Erstaufgabe empfehlen die Herausgeber, dass das Compliance System an das spezifische Geschäft des Unternehmens und die damit verbundenen Risiken angepasst werden soll. Es gibt kein „one-size-fits-all program“.<sup>7</sup> Als zusätzliches Kriterium wurden nun „Ermittlungen, Analyse und Abhilfe vorheriger Verstöße“ aufgenommen, wonach insbesondere Erkenntnisse aus der Aufarbeitung früherer Verstöße Eingang in das Compliance-Programm finden sollen.<sup>8</sup> Damit wird der Guide weiter an die erneuerten Leitlinien des DOJ zur *Evaluation of Corporate Compliance Programs* angeglichen. Letztere gehen allerdings noch weiter, indem sie auch die Berücksichtigung von Erkenntnissen aus dem Fehlverhalten Dritter einfordern.<sup>9</sup>

### II. M&A-Due Diligence

Mit Unternehmenskäufen gehen bekanntlich erhebliche FCPA-Haftungsrisiken für den Erwerber einher. Dies macht – wie auch die zweite Auflage des Guide anerkennt – eine sorgfältige Compliance-Due Diligence im Vorfeld des Erwerbs erforderlich. Weiter soll nach dem Guide eine gewissenhafte Due Diligence-Prüfung nach Abschluss des Kaufs stattfinden.<sup>10</sup> Als positiv wird zudem bewertet, wenn der Erwerber ein starkes Compliance-Programm im eigenen Unternehmen implementiert hat und dieses möglichst zeitnah auch bei dem übernommenen Unternehmen einführt.<sup>11</sup> Die Regulierungsbehörden bewerten es weiter positiv, wenn der Erwerber etwaige Verstöße des übernommenen Unternehmens, welche bei der Due Diligence bekannt werden, den Behörden mitteilt und Abhilfe schafft.<sup>12</sup> In solchen Fällen hätten das DOJ und die SEC in der Vergangenheit auf Maßnahmen gegen die

erwerbende Gesellschaft verzichtet und stattdessen ausschließlich Maßnahmen gegen die erworbene Tochtergesellschaft ergriffen.<sup>13</sup>

Es ist daher bei M&A-Transaktionen stets zu einer sorgfältigen Compliance-Due Diligence zu raten, sowohl vor als auch nach dem Deal. Sollten sich im Nachgang Rechtsverstöße herausstellen, sollte eine zeitnahe Kontaktaufnahme mit den Regulierungsbehörden erwogen werden.

### III. Exterritoriale Anwendung des FCPA durch „agency theory“ und „conspiracy“

Wenig überraschend verdeutlicht die zweite Auflage des Guide, dass DOJ und SEC die Rechtsauffassung der Gerichte in der Sache *United States v. Hoskins* nicht teilen. Erst kürzlich hatte der *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* das Rechtsmittel des DOJ gegen das erstinstanzliche Urteil des *U.S. District Court for the District of Connecticut*<sup>14</sup> verworfen.<sup>15</sup> Der Hintergrund der Entscheidung war wie folgt: Hoskins, ein britischer Staatsbürger und ehemaliger Angestellter eines französischen Konzerns, musste sich wegen Verstoßes gegen den FCPA in den USA verantworten. Dies war insofern bemerkenswert, als dass Hoskins weder U.S.-Staatsbürger ist, noch sich zur Tatzeit in den USA aufhielt. Die Vorwürfe des DOJ beschränkten sich auf durch Hoskins erteilte Anweisungen an U.S.-Mitarbeiter der amerikanischen Tochtergesellschaft per Telefon und E-Mail.<sup>16</sup>

In seiner Entscheidung urteilte das erstinstanzliche Gericht, dass eine Person, die nicht direkt vom FCPA erfasst wird (namentlich eine Person mit Sitz außerhalb der USA oder ein ausländischer Staatsbürger), nicht der Verschwörung („conspiracy“) zur Verletzung des FCPA für schuldig befunden werden kann, außer wenn das DOJ nachweist, dass die Person unrechtmäßig als Vertreter („agent“) eines inländischen Unternehmens gehandelt hat.<sup>17</sup> Dafür hätte aus Sicht des Gerichts die Weisungsgebundenheit Hoskins’ nachgewiesen werden müssen, was den Justizbehörden nicht gelang.<sup>18</sup>

Entsprechend der Auffassung des DOJ im Fall *Hoskins* befürwortete die erste Auflage des Guide eine weite Ansicht zu Verschwörung („conspiracy“) und Mittäterschaft.<sup>19</sup> Die zweite Auflage erwähnt zwar die Rechtssache *Hoskins*, stellt neben der Rechtsauffassung des Gerichts aber auch die (vermeintlich) gegenteilige Auffassung dar.<sup>20</sup> Der Duktus der zweiten Auflage deutet stark darauf hin, dass das DOJ seinen Standpunkt bei der Verfolgung von Personen unter Zugrundelegung der „agency-theory“ beibehält, ebenso wie bei der Verfolgung von Verschwörung („conspiracy“) und Beihilfe.

6 Zu den Kriterien nach der ersten Auflage vgl. *Nienaber* CB 2020, 226 (227 f.).

7 Zweite Auflage des Guide, S. 58.

8 Zweite Auflage des Guide, S. 67.

9 Vgl. DOJ, „Evaluation of Corporate Compliance Programs“ (Juni 2020), <https://www.justice.gov/criminalfraud/page/file/937501/download>, S. 4; vgl. hierzu *von Laufenberg/Klaas* CCZ 2020, 296.

10 Zweite Auflage des Guide, S. 29.

11 Zweite Auflage des Guide, S. 29.

12 Zweite Auflage des Guide, S. 30: „In a significant number of instances, DOJ and SEC have declined to take action against companies that voluntarily disclosed and remediated conduct and cooperated with DOJ and SEC in the merger and acquisition context.“

13 Zweite Auflage des Guide, S. 30.

14 *United States v. Hoskins*, February 26, 2020, Criminal No. 3:12cr238 (JBA) = 2020 U. S. Dist. LEXIS 32663.

15 *United States v. Hoskins*, No. 16-1010 (2 d Cir. 2018).

16 S. dazu bereits ausführlich *Bartz/Klemens* CCZ 2020, 236 ff.

17 902 F.3 d 69, 76-97 (2 d Cir. 2018).

18 Vgl. *Bartz/Klemens* CCZ 2020, 236 ff. mwN.

19 Erste Auflage des Guide, S. 12, auf S. 34 explizit: „A foreign company or individual may be held liable [...], even if the foreign company or individual did not take any act in furtherance of the corrupt payment while in the territory of the United States. In conspiracy cases, the United States generally has jurisdiction over all the conspirators where at least one conspirator is an issuer, domestic concern, or commits a reasonably foreseeable overt act within the United States.“

20 Zweite Auflage des Guide, S. 36.

## IV. Neue Richtlinie zur Vermeidung von Doppelbestrafungen („*anti-piling on policy*“)

Die zweite Auflage des Guide hebt zudem die Wichtigkeit einer behördenübergreifenden Durchsetzung des FCPA durch internationale und U.S.-amerikanische Behörden hervor. Zugleich enthält der Guide nun eine „*anti-piling on policy*“, mit der eine mehrfache Bestrafung durch verschiedene Regulierungsbehörden für denselben Verstoß vermieden werden soll.<sup>21</sup> Diese Richtlinie wendet sich an die entsprechenden Abteilungen innerhalb des DOJ und bestärkt diese darin, bei der Berechnung von Strafen die Maßnahmen anderer Behörden zu berücksichtigen, soweit diese denselben Verstoß betreffen.<sup>22</sup> Die Aufnahme dieser Richtlinie legt nahe, dass behördenübergreifende Durchsetzungsmaßnahmen weiter zunehmen werden. Unternehmen sollten daher bei Verstößen rechtzeitig erwägen, mit allen relevanten Regulierungsbehörden in Verhandlung zu treten und diese wechselseitig hierüber zu informieren, um eine Doppelbestrafung zu vermeiden.

## V. Interne „Buchhaltungs“-Kontrollen vs. Compliance-Programm

Die zweite Auflage stellt ferner klar, dass sich die Verweise der Erstaufgabe auf die Bestimmungen des FCPA zu den „internen Kontrollen“ auf die internen „Buchhaltungs“-Kontrollen („*internal accounting controls*“) eines Unternehmens beziehen.<sup>23</sup> In der zweiten Auflage des Guide heißt es, dass die internen Buchhaltungskontrollen eines Unternehmens nicht gleichbedeutend mit dem Compliance-Programm eines Unternehmens sind. Die zweite Auflage stellt jedoch zugleich fest, dass sich wirksame Compliance-Programme mit dem grundlegenden Bereich der internen Buchhaltungskontrollen überschneiden können.<sup>24</sup> Trotz dieser potentiellen Überschneidung, die sich bei Durchsetzungsmaßnahmen immer wieder zeigt, enthält die zweite Auflage keine weiteren Klarstellungen, welche Arten von Fehlern in Compliance-Programmen eine Verletzung der internen Buchhaltungskontrollbestimmungen darstellen und damit das Risiko eines FCPA-Verstoßes erhöhen.

## VI. Übernahme der *Esquenazi*-Faktoren bei der Definition von „*instrumentality*“

Im Gegensatz zur *Hoskins*-Entscheidung, übernimmt die zweite Auflage die Definition der „*instrumentality*“ zum Zwecke der Identifikation ausländischer *Government Officials* im Sinne des FCPA aus der Entscheidung *United States v. Esquenazi*.<sup>25</sup> Das Gericht entschied, dass „*Instrumentality*“ jede Einheit meint, die „von der Regierung eines ausländischen Staats kontrolliert wird und eine Funktion innehat, welche diese ausländische Regierung als ihre eigene behandelt.“ Ferner entwickelte das Gericht in *United States v. Esquenazi* eine Liste von Faktoren, die eine Ein-

stufung erleichtern sollen. Nach der Übernahme der Definition und der Faktoren durch den Guide sollten Unternehmen die Liste der Faktoren bei der Beurteilung ihrer Compliance-Programme und der Risikoeinschätzung berücksichtigen.<sup>26</sup>

## C. Jüngere Trends bei der Durchsetzung außerhalb der zweiten Auflage

Der Guide gibt zahlreiche Vorstellungen der U.S.-Behörden bei der Durchsetzung des FCPA wieder. Es existieren dennoch jüngere Trends, die eine offensive Durchsetzung des FCPA widerspiegeln, sich jedoch nicht im Guide wiederfinden. Nachfolgend sollen zwei dieser Trends beleuchtet werden:

### I. Strafrechtliche Vollstreckung gegen ausländische Tochtergesellschaften wegen der Verursachung eines Rechnungslegungsverstoßes bei ihren „*issuer parents*“

In der Vergangenheit konzentrierten sich die Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechnungslegungsvorschriften auf Emittenten („*issuer*“), auch soweit es die Rechnungslegung ihrer Tochtergesellschaften betraf. Jüngst hat das DOJ jedoch, genau umgekehrt, eine ausländische Tochtergesellschaft strafrechtlich verfolgt, deren Handlungen Buchhaltungsverstöße bei ihrer Muttergesellschaft („*issuer parent company*“) verursachten. In dem 2016 geschlossenen „*non-prosecution agreement*“ („NPA“) befand das DOJ, dass eine ausländische Tochtergesellschaft dafür haftbar sei, dass sie wissentlich und vorsätzlich ihre Muttergesellschaft dazu veranlasst habe, ihre Bücher und Aufzeichnungen zu fälschen, indem sie unzulässige Zahlungen an Dritte geleistet und diese Zahlungen durch die Erstellung fiktiver Rechnungen verschleiert habe.<sup>27</sup>

Das DOJ berief sich in dem NPA indes nicht auf die bloße „Verursachung“, sondern auf die „wissentliche und vorsätzliche Fälschung der Bücher, Unterlagen und Konten der Muttergesellschaft“. Eine Klarstellung, ob in derartigen Konstellationen die bloße Verursachung ausreicht, findet sich nicht in der zweiten Auflage.

### II. Die Tochtergesellschaft als „Wiederholungstäterin“ bei früheren Verstößen der Muttergesellschaft

Der Guide beantwortet weiterhin nicht die Frage, ob die Regulierungsbehörden frühere Verstöße bei der Untersuchung neuerlicher Verstöße berücksichtigen. Dagegen macht die *Corporate Criminal Enforcement Policy* des

21 Zweite Auflage des Guide, S. 71.

22 Zweite Auflage des Guide, S. 71.

23 Diese Klarstellung entspricht dem Wortlaut von 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B): „[...] Every issuer [...] shall [...] devise and maintain a system of internal accounting controls sufficient to provide reasonable assurances [...]“.

24 Zweite Auflage des Guide, S. 40.

25 *United States v. Esquenazi*, No. 09-cr-21010 (S.D. Fla. Aug. 5, 2011).

26 Zweite Auflage des Guide, S. 20. Zu diesen Faktoren gehören folgende Testfragen: „[...] [Whether] the entity has a monopoly over the function it exists to carry out; whether the government subsidizes the costs associated with the entity providing services; whether the entity provides services to the public at large in the foreign country; and whether the public and the government of that foreign country generally perceive the entity to be performing a governmental function. [...] Companies should consider these factors when evaluating the risk of FCPA violations and designing compliance programs.“

27 Pressemitteilungen des DOJ: „Analogic Subsidiary Agrees to Pay More than \$ 14 Million to Resolve Foreign Bribery Charges“ (21.6.2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/analogic-subsidiary-agrees-pay-more-14-million-resolve-foreign-bribery-charges>.

DOJ deutlich, dass die „kriminelle Rückfälligkeit“ von Unternehmen bei der Strafbemessung eine Rolle spielt. In ähnlicher Weise sieht das *Enforcement Manual* der SEC eine Berücksichtigung vor, ob ein Unternehmen „Wiederholungstäter“ ist.<sup>28</sup> Gleiches gilt für die *U.S. Sentencing Guidelines*, „wenn die Organisation (oder ein separat geführter Geschäftsbereich)“ bereits ein ähnliches Fehlverhalten begangen hat, das Gegenstand einer zivil- oder strafrechtlichen oder administrativen Entscheidung war.<sup>29</sup>

Jüngst allerdings berücksichtigte das DOJ in einem FCPA-Fall eines Arzneimittelherstellers, als es eine ausländische Tochtergesellschaft strafrechtlich verfolgte, dass die Muttergesellschaft zuvor ein zivilrechtliches Verfahren mit der SEC beigelegt hatte. Der frühere Vorwurf betraf ein ähnliches Verhalten der Mutter in China. Dieses Fehlverhalten der Muttergesellschaft berücksichtigte das DOJ bei der Berechnung der Geldstrafe für das Tochterunternehmen, obwohl dieses kooperiert und die Vorwürfe aufgearbeitet hatte.<sup>30</sup> Unternehmen sollten daher bedenken, dass der Maßstab der U.S.-Behörden für „Rückfälligkeit“ sehr weit ist. Auch die Berücksichtigung früherer Vollstreckungsmaßnahmen durch andere Behörden und solcher gegen das Mutterunternehmen ist denkbar.

## D. Fazit und Ausblick

Auch wenn der FCPA-Guide weder verbindlich noch abschließend ist, er bleibt auch in seiner Neuauflage ein wich-

tiger Bezugspunkt für alle Fragen, welche die Anwendung und Auslegung des FCPA oder die Vorstellungen der Aufsichtsbehörden über effektive Compliance-Programme betreffen.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass der Guide durch die zweite Auflage seine zentralen Aussagen hinsichtlich der Bewertung der wesentlichen Zuständigkeits- und Rechtsfragen kaum verändert hat. Die zusätzlichen Hinweise im Hinblick auf (i) die Merkmale effektiver Compliance Management Systeme und (ii) die Pre- und Post-M&A-Due Diligence, (iii) die exterritoriale Reichweite durch die extensive Auslegung der „agency theory“ und „conspiracy“, (iv) die neuen Regelungen über die Vermeidung von Doppelbestrafungen sowie (v) die erweiterten Erläuterungen im Hinblick auf Kontrollmechanismen und Compliance Management Systeme und schließlich (vi) die Auslegung des Begriffs des *Government Official* („instrumentality“) sind aus praktischer Sicht dennoch sehr wertvoll.

Wenngleich die zweite Auflage des Guide stellenweise relativ unternehmensfreundlich daherkommt, sollte für die Einschätzung der Praxis auch die tatsächliche Durchsetzungspraxis von DOJ und SEC weiter beachtet werden. Die zweite Auflage deckt insoweit nicht alle Trends ab. Insbesondere die angesprochenen jüngeren Trends bedürfen weiterhin aufmerksamer Beobachtung.

### KONTAKT:

Dr. Stefan Bartz  
LATHAM & WATKINS LLP  
Warburgstrasse 50  
20354 Hamburg  
stefan.bartz@lw.com

28 U.S. Securities and Exchange Commission, Enforcement Division, Enforcement Manual (28.11.2017), <https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf>, S. 16.

29 § 8C2.5 lit (c) der U. S. S. G.

30 Vgl. „Deferred Pros. Agreement“, *United States v. Novartis Hellas S. A. C. I.*, No. 20-cr-538 (D.N.J. 25.6.2020), <https://www.justice.gov/usao-nj/press-release/file/1289821/download>.