



Urs Zulauf / Nadine Studer\*

## Masters of Compliance?

### Monitore als Förderer der Unternehmens-Compliance



#### Inhaltsübersicht

- I. Compliance-Programme als strafrechtliche Schuld und Reue? – Einleitung vor dem Hintergrund des Unternehmensstrafrechts
- II. Regulation by Prosecutors? – Einsatz von Compliance-Programmen und Monitoren im US-Unternehmensstrafrecht
- III. Europäische Gesellschaften als Ziel? – US-Monitore bei europäischen Unternehmen
  1. Siemens (2008)
  2. Daimler (2010)
  3. HSBC (2012)
  4. Credit Suisse (2014)
  5. BNP Paribas (2014)
  6. Bilfinger (2014)
  7. Deutsche Bank (2015–2017)
  8. Volkswagen (2017)
- IV. Kreativität ohne Grenzen? – US-Rechtsgrundlagen zum Einsatz von Monitoren
- V. Helfer oder Vollstrecker? – Aufgaben eines Monitors
- VI. Ruhiges Gewissen? – Vorteile eines Monitors für die einsetzende Behörde
- VII. Friends and Family? – Auswahl von Monitoren
- VIII. Offenes Buch? – Zur Einsicht in Berichte der Monitore durch interessierte Dritte
- IX. Fass ohne Boden? – Kosten von Monitoren
- X. Vorauseilender Gehorsam? – Vermeiden eines Monitors
- XI. Erdulden oder profitieren? – Zum Umgang des betroffenen Unternehmens mit Monitoren
- XII. Schweizer Strafe für US-Monitore? – Beschränkung ausländischer Monitore durch Art. 271 StGB
- XIII. Monitore als US-Exportartikel? – Monitore ausserhalb der USA
- XIV. Monitore als Gehilfen der Finanzaufsicht? – Der Einsatz von Monitoren durch die FINMA
- XV. Nutzen oder nur Kosten? – Versuch einer Bilanz
- XVI. More regulation by prosecutors? – Versuch eines Ausblicks

*«What is clear is that monitors are highly paid, have ill-defined roles, and are chosen by prosecutors with little oversight»<sup>1</sup>*

#### Zusammenfassung/Abstract

Vor allem in den USA ist in Strafverfahren gegen Gesellschaften die Frage wichtig, ob die Compliance-Organisation der Unternehmen kunstgerecht ausgestaltet und effektiv umgesetzt ist. In Vergleichen mit den Unternehmen verlangen die US-Strafbehörden, aber auch die US-Aufsichtsbehörden von Unternehmen häufig Compliance-Verbesserungen und die Einsetzung eines Monitors. Dieser soll die Umsetzung der Verbesserungen begleiten, fördern und kontrollieren. In verschiedenen Fällen setzten US-Behörden Monitore auch bei europäischen (einschliesslich Schweizer) Unternehmen ein. Der vorliegende Aufsatz nennt Beispiele, beleuchtet die US-Rechtsgrundlagen sowie die Funktion und Aufgaben eingesetzter Monitore und schildert die Vorteile dieses Instituts aus der Sicht der Behörden. Er beschreibt den Auswahlprozess und die Versuche Dritter, Einsicht in Arbeitsunterlagen der Monitore zu erhalten. Für die betroffenen Unternehmen sind die Monitorprozesse mit hohen Kosten verbunden, die sie nur beschränken, aber nicht vermeiden können. Mit gezielten Massnahmen kann ein Unternehmen aber allenfalls die Einsetzung eines Monitors abwenden. Gelingt dies nicht, sollte es beim Umgang mit Monitoren einige fundamentale Punkte beachten. Der Einsatz ausländischer Monitore in der Schweiz bedarf aufgrund der Schweizer *Blocking Statutes* einer Bewilligung durch eine zuständige Schweizer Behörde. Durch die zunehmende globale Verbreitung des Instruments des *«Deferred Prosecution Agreement»* setzen auch Strafbehörden anderer Länder Monitore ein. In der Schweiz tut dies bisher die FINMA als Finanzaufsichtsbehörde, allerdings agiert sie direkt als Auftraggeberin. Eine empirisch gesicherte

\* URS ZULAUF, Adjunct Professor Universität Genf/Cornell Law School, Berater in Finanzmarktregulierung, -aufsicht und -verfahren in Bern, Konsulent ENQUIRE Rechtsanwälte Zürich; NADINE STUDER, Senior Legal Counsel, ENQUIRE Rechtsanwälte Zürich.

<sup>1</sup> BRANDON L. GARRET, Too big to jail – How Prosecutors Compromise with Corporations, Cambridge, MA / London 2014, elektronische Ausgabe, 176.

Aussage über die Effektivität von Monitoren ist, wenn überhaupt, höchstens über Langzeitstudien denkbar, ihre Wirkung scheint aber bereits heute plausibel. Durch den global zunehmenden Einsatz von Monitoren drohen die Strafbehörden in das Feld der Aufsichtsbehörden zu treten, was für eine intensivere funktionale Abstimmung zwischen den Behörden spricht.

In criminal proceedings against corporations, in particular in the US, it is important whether the companies' compliance organization is well designed and effectively implemented. In their settlements with corporations US prosecutors as well as supervisory authorities often request compliance improvements and the appointment of an independent monitor. The latter's task is to accompany, promote and monitor the implementation of the compliance improvements. In various cases, US authorities also appointed monitors at European (including Swiss) corporations. This article gives examples, examines the US legal basis as well as the function and tasks of the appointed monitors and describes the advantages of monitorships from the point of view of the authorities. It describes the selection process and the attempts of third parties to access working documents of monitors. For the corporations concerned, the monitoring processes are associated with high costs, which they can only limit but not avoid. With targeted measures, however, a corporation can at best avoid the appointment of a monitor. If this does not succeed, some fundamental points should be taken into account when facing a monitorship. In view of the Swiss blocking statutes, the appointment of foreign monitors who become active in Switzerland requires a permit from a competent Swiss authority. Due to the increasing global spread of the instrument of the Deferred Prosecution Agreement, criminal authorities of other countries are also increasingly using monitors. In Switzerland, FINMA has been doing this as the financial market supervisory authority, whereby it elects, appoints and instructs its mandataries directly. An empirically verified statement about the effectiveness of monitorships is conceivable, if at all, at most through long-term studies, but their effect already seems plausible today. With the increasing global use of monitors, the criminal authorities are entering the field of supervisory authorities, which speaks in favour of enhanced functional coordination among these authorities.

## I. Compliance-Programme als strafrechtliche Schuld und Reue? – Einleitung vor dem Hintergrund des Unternehmensstrafrechts

Ausgehend von den USA und anderen Common Law-Jurisdiktionen haben in den letzten Jahrzehnten zahlreiche Staaten die Strafbarkeit der juristischen Person

in ihren Strafgesetzen oder besonderen Verantwortlichkeitsgesetzen für juristische Personen verankert.<sup>2</sup> Dazu gehört seit 2003 bekanntlich auch die Schweiz.<sup>3</sup>

Eine der Grundfragen, welche jedes Unternehmensstrafrecht zu beantworten hat, ist die Definition eines vom Verschulden der Individualtäter losgelösten Verschuldens der juristischen Person. Im Schweizer Recht übernimmt der Organisationsmangel diese Funktion: Dem Unternehmen muss vorgeworfen werden können, dass es nicht «alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen» getroffen hat, um eine Katalogtat zu verhindern (Art. 102 StGB). Nach US-Unternehmensstrafrecht muss sich das Unternehmen strafbare Handlungen oder Unterlassungen von Individuen zwar grundsätzlich zurechnen lassen. Dabei gibt es grundsätzlich keine «*Compliance Defence*». Nur unter ganz eingeschränkten Voraussetzungen ist ein Fehlverhalten der für sie tätigen Individuen der Gesellschaft nicht zurechenbar. In der Praxis ist aber die Unternehmens-Compliance dennoch wichtig. So ist das Bestehen eines umfassenden und effektiven Compliance-Systems zum Beispiel ein Element, das die Bundesanwälte abwägen sollen, wenn sie darüber entscheiden, ob Anklage gegen eine Gesellschaft erhoben werden soll.<sup>4</sup>

Nach beiden Ansätzen ist damit eine robuste Compliance-Organisation des Unternehmens zentral. Entspricht diese allen Regeln der Kunst und begehen Mitarbeitende dennoch strafbare Handlungen, ist das Unternehmen selbst Opfer solcher strafbaren Handlungen. Im umgekehrten Fall wird es quasi zum Mittäter und neben oder sogar unabhängig von den Individualtätern strafrechtlich verantwortlich. Die Mängel in der Compliance-Organisation werden zum Ersatz seiner strafrechtlichen Schuld.

Kann das Unternehmen die Strafverfolgung bzw. Untersuchung einer Aufsichtsbehörde nicht abwenden, wird die Verbesserung der Compliance-Organisation zum Gegenstand der durch die Straf- oder Aufsichtsbehörden angeordneten tätigen Reue und Deliktsprävention. Sie soll solche strafrechtlich oder regulatorisch verbotenen Handlungen in Zukunft verhindern. Da sich die Straf- oder Aufsichtsbehörden nicht mit blossen Versprechen der betroffenen Unternehmen zufriedengeben wollen und können, ordnen sie die Kontrolle der Umsetzung der von ihnen angeordneten Compliance-Verbesserun-

<sup>2</sup> Ein Überblick und weitere Hinweise geben die «Sachstände» der wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Unternehmensstrafrecht in Europa und in den USA – Ein Überblick (18. November 2013, WD 7 – 3000 – 195/13), Eine Übersicht zum Unternehmensstrafrecht in einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (28. Juni 2017, WD 7 – 3000 – 070/17).

<sup>3</sup> Zur Entstehungsgeschichte von Art. 102 Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0): MARK PIETH, Plädoyer für die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, Jusletter 19. Februar 2018, Rz. 2 ff.

<sup>4</sup> MATTHIAS FORSTER, Aufgeschoben ist nicht aufgehoben – «Pretrial Diversion»-Vereinbarungen im US-amerikanischen Unternehmensstrafrecht, AJP 1/2008, 31–42, 32 f.

gen an. Damit schlägt die Stunde der Monitore. Sind sie die neuen «Corporate Czars»<sup>5</sup> oder, wie wir hier fragen, die «Masters of Compliance»? Oder sind sie eher nutzlos und im Sinne des Eingangszitats von GARRET «*highly paid, have ill-defined roles, and are chosen by prosecutors with little oversight*»?

## II. Regulation by Prosecutors? – Einsatz von Compliance-Programmen und Monitoren im US-Unternehmensstrafrecht

Monitore werden in den USA in Vergleichen von Gesellschaften mit den US-Behörden auf Bundes- oder Gliedstaatenebene eingesetzt. In der Praxis der letzten Jahre waren dabei auf Bundesebene drei Formen für Vergleiche (*Settlements*) zwischen Strafverfolgungsbehörden und Gesellschaften wichtig:

- In einer Strafverzichtsvereinbarung («*Non-Prosecution Agreement*» oder NPA) verzichtet das US Department of Justice (DOJ) auf eine Strafverfolgung, während sich die Gesellschaft zu einer Strafzahlung und andauernder Kooperation sowie je nach Situation zur Umsetzung von Compliance-Massnahmen verpflichtet. Das NPA wird keinem Gericht zur Genehmigung eingereicht.
- Eine Strafaufschubvereinbarung («*Deferred Prosecution Agreement*» oder DPA) umfasst grundsätzlich die gleichen Elemente wie das NPA. Zusätzlich muss das Unternehmen aber eine Schilderung der vom DOJ als strafbar erachteten Handlungen in einem «*Statement of Facts*» anerkennen, nicht hingegen eine Schuld im Rechtssinne. Anders als im Rahmen eines NPAs erfolgt eine förmliche, aber aufgeschobene Anklage, welche einem Gericht zur Genehmigung unterbreitet wird. Allerdings hat dieses nur eine sehr beschränkte Überprüfungsbefugnis.<sup>6</sup>
- Eine «Schuldvereinbarung» («*Guilty Plea Agreement*» oder «*Guilty Plea*») übernimmt inhaltlich die Vergleichselemente eines DPAs. Darüber hinaus muss die Gesellschaft aber nicht nur einen Sachverhalt, sondern auch eine Schuld im Rechtssinne anerkennen. Zudem muss das *Guilty Plea* weitergehender

als das DPA von einem Richter förmlich genehmigt werden. Das *Guilty Plea* gilt als strafrechtliche Verurteilung, womit die Gesellschaft als Verbrecherin («*Felon*») zu qualifizieren ist, was negative geschäftliche und regulatorische Kollateralwirkungen haben kann. Anders als viele NPAs und einzelne DPAs enthalten *Guilty Plea Agreements* praktisch immer Auflagen zur Verbesserung der Compliance und einen Monitor zu deren Kontrolle.<sup>7</sup>

In den Jahren 2008 bis 2012 waren Monitore noch relativ selten Bestandteil von DPAs und NPAs: Nur in rund 25 der in dieser Zeitspanne vom DOJ abgeschlossenen 154 NPAs und DPAs wurde ein Monitor verlangt, was rund 16 % der Fälle entspricht.<sup>8</sup> In den Jahren 2013 bis 2017 nahm dieser Anteil markant zu: in 50 (36 %) der insgesamt 138 DPAs und NPAs<sup>9</sup> wurde ein Monitor eingesetzt.<sup>10</sup>

Dieser breite Einsatz von Massnahmen zur Verbesserung der Unternehmens-Compliance und zur Kontrolle ihrer Umsetzung durch Monitore warf und wirft die Frage auf, ob die Strafbehörden sich damit nicht an die Stelle von Regulatoren setzen («*Regulation by Prosecutors*»).<sup>11</sup> Zumindest in einzelnen Fällen dürfte dies auch das offene Ziel von US-Staatsanwälten sein, wenn sie nach ihrer eigenen Einschätzung ein Regulierungsversagen diagnostizieren. So betrachtete sich der (damalige) *New York Attorney General* Eliot Spitzer offenbar als «*prosecutor-slash-regulator*» mit dem Ziel «*to change how Wall Street operates*».<sup>12</sup>

Die Anleitung des DOJ an seine Staatsanwälte macht diese Verbindung zwischen Regulierung und Strafverfolgung ganz offiziell, indem sie ihnen (durchaus sinnvoll) aufträgt, bei Entscheiden über Strafverfolgung und Vergleiche zu berücksichtigen, ob ein Regulator Com-

<sup>5</sup> VIKAMADITYA KHANNA/TIMOTHY L. DICKINSON, The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?, Michigan Law Review, 2007, Vol. 105, Issue 8, 1714 ff.

<sup>6</sup> United States v. HSBC Bank USA, N.A., Nos. 16-308, 16-353, 16-1068, 16-1094 (2d Cir. July 12, 2017). Danach ist die gerichtliche Überprüfung die absolute Ausnahme, etwa bei Hinweisen auf ein Fehlverhalten bei der Abwicklung des DPAs oder bei der Beurteilung der Frage, ob das DPA verletzt wurde und damit die Anklage zu vollziehen sei. Der Entscheid ist zugänglich auf <http://www.wlrk.com/docs/HSBCOpinion.pdf>. Auf diese und alle nachstehend angegebenen Internetquellen haben wir zuletzt am 12. Juli 2018 zugegriffen.

<sup>7</sup> U.S. Attorney's Manual, Section 9-28.1500 B., Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, abrufbar unter [www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations](http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations).

<sup>8</sup> GARRET (FN 1), 174 f.

<sup>9</sup> Gibson Dunn, Year-End Update on Corporate Non-Prosecution Agreements (NPAs) and Deferred Prosecution Agreements (DPAs); die entsprechende Statistik wird jährlich veröffentlicht, für 2017: <https://gibsondunn.com/2017-year-end-npa-dpa-update/>.

<sup>10</sup> Im Jahr 2015 schloss das DOJ insgesamt 105 NPAs und DPAs ab. Allerdings handelte es sich in 80 Fällen um die Beilegung der Streitigkeit zwischen einer Schweizer Bank und dem DOJ. Da das US-Schweizerische Steuerprogramm zu aussergewöhnlich vielen Vereinbarungen zwischen dem DOJ und Unternehmen geführt hat und damit die Statistik i.S. NPAs/DPAs verfälscht wird, wurden für diese Berechnungen nur jene Vergleiche beachtet, welche nicht auf dem Steuerprogramm basieren.

<sup>11</sup> Vgl. ANTHONY S. BARKOW/RACHEL E. BARKOW (Hrsg.), Prosecutors in the Boardroom, Using Criminal Law to regulate Corporate Conduct, New York, 2011, elektronische Ausgabe, *passim*.

<sup>12</sup> BARKOW/BARKOW (FN 11), 3/99; CNN Money, 8. Januar 2004, abrufbar unter [http://money.cnn.com/2004/01/08/markets/spitzer\\_grasso/index.htm](http://money.cnn.com/2004/01/08/markets/spitzer_grasso/index.htm).

pliance-Massnahmen anordnen kann und will und dabei genügend abschreckende Wirkung erzielt.<sup>13</sup>

Der Einsatz von Monitoren zur Anregung, Begleitung und Kontrolle von Compliance-Verbesserungen ist jedoch nicht nur ein Instrument der US-Strafjustiz. Compliance-Massnahmen und Monitore wurden auch in Vergleichen des DOJ verankert, welche nur Zivilstrafen («*Civil Penalties*») umfassten. Auch in Vergleichen mit anderen Bundesbehörden (wie der *Securities and Exchange Commission* SEC) oder Gliedstaatenbehörden (wie dem *New York State Department of Financial Services*, NY DFS) wurden Monitore eingesetzt. Es gibt in den USA zahlreiche weitere Behörden auf Bundes- und Gliedstaatenebene, welche im Rahmen von Vergleichen mit Unternehmen den Einsatz eines Monitors anordnen können, darunter z.B. die *Drug Enforcement Agency*, die *Environmental Protection Agency*, das *Department of Health and Human Services* oder die *National Highway Traffic Safety Administration*.<sup>14</sup>

Schliesslich sind Monitore nicht eine auf die USA beschränkte Erscheinung. Zum einen werden sie zum Instrument des Unternehmensstrafrechts der immer zahlreicheren Staaten, welche das Instrument des DPAs einführen.<sup>15</sup> Zum anderen werden sie auch durch Aufsichtsbehörden verschiedener Staaten eingesetzt, so beispielsweise im Finanzbereich durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA oder im Vereinigten Königreich durch die *Financial Conduct Authority* (FCA).<sup>16</sup>

### III. Europäische Gesellschaften als Ziel? – US-Monitore bei europäischen Unternehmen

US-Behörden setzen Monitore nicht nur bei fehlbaren US-Gesellschaften ein, sondern auch bei ausländischen Unternehmen, die sie wegen Verletzung von extraterritorial wirkenden Bestimmungen des US-Wirtschaftsrechts verfolgen.

Wir haben dazu Daten ausgewertet, welche von der *University of Virginia School of Law* erfasst und publiziert werden.<sup>17</sup> Danach haben seit dem Jahr 2013 europäische Unternehmen in 29 Fällen DPAs und *Guilty Plea Agreements* mit US-Bundesbehörden abgeschlossen. Die Anschuldigungen betrafen die Themen Korruption, Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht, Betrug sowie Geld-

wäscherei. In acht dieser Fälle wurde ein Monitor eingesetzt. In weiteren vier Fällen wurde ein Monitoreinsatz für den Fall des Nichteinhaltens gewisser Rahmenbedingungen des Vergleichs vorbehalten.

Die nachfolgenden Beispiele von durch US-Behörden angeordneten Monitoren betreffen international tätige europäische Unternehmen aus diversen Branchen. Die Auswahl der Beispiele darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass US-Monitore auch bei anderen Nicht-US-Unternehmen mit Hauptsitz etwa in Lateinamerika oder Japan eingesetzt wurden.<sup>18</sup> In den nachstehend genannten Fällen war oder ist es Aufgabe der Monitore, die Verbesserung der Compliance-Organisation global, also auch ausserhalb der USA, zu kontrollieren.

#### 1. Siemens (2008)

Der erste Monitor nach US-Recht in Europa kam bei Siemens in Deutschland zum Einsatz: Die Information eines *Whistleblowers* führte ab 2003 zu internen Untersuchungen und zur Aufdeckung der Zahlung von Bestechungsgeldern durch Siemens. Nachfolgende strafrechtliche Untersuchungen brachten ein flächendeckendes System von Bestechungszahlungen durch Siemens in Milliardenhöhe ans Tageslicht. Aufgrund des Handels von Siemens-Aktien an der *New York Stock Exchange* eröffneten auch die SEC und das DOJ ein Verfahren gegen das deutsche Unternehmen. Im Dezember 2008 erklärte sich Siemens in den USA schuldig (*Guilty Plea*), den *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) bewusst verletzt und über keine angemessenen Kontrollmechanismen zur Verhinderung entsprechender Verletzungen verfügt zu haben. Basierend auf diesem Schuldeingeständnis willigte Siemens in eine Strafzahlung in der Höhe von USD 450 Mio. ans DOJ und in eine zivilrechtliche Busse in der Höhe von USD 350 Mio. an die SEC ein.

Weiter erklärte sich Siemens damit einverstanden, einen Monitor für eine Periode von mindestens vier Jahren zu engagieren, welcher den US-Behörden regelmässig über die Fortschritte des Unternehmens bei der Verbesserung seiner Compliance-Organisation berichten sollte. Diese Rolle übernahm auf Vorschlag von Siemens Theo Waigel, ehemaliger deutscher Finanzminister. Zum ersten Mal setzte das DOJ damit einen nicht US-amerikanischen Monitor ein.<sup>19</sup> Ihm stand allerdings mit F. Joseph Warin ein früherer Verantwortlicher für Korruptionsverfahren beim DOJ und seit 1994 Partner der Anwaltskanz-

<sup>13</sup> U.S. Attorney's Manual (FN 7), Section 9-28.1200.

<sup>14</sup> JONNY J. FRANK, SEC Compliance and Enforcement Answer Book 2017, Chapter 9, SEC-Imposed Monitors, Q 9.2

<sup>15</sup> Vgl. hinten Ziffer XIII.

<sup>16</sup> Vgl. hinten Ziffer XIV.

<sup>17</sup> BRANDON L. GARRETT/JON ASHLEY, Corporate Prosecution Registry, University of Virginia School of Law, abrufbar unter <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/index.html>.

<sup>18</sup> Für einen Überblick vgl. Gibson Dunn (FN 9) sowie die Übersicht der *International Association of Independent Corporate Monitors* IAICM, abrufbar unter <http://iaicm.org/resource/>.

<sup>19</sup> BENNO SCHWARZ, FCPA Compliance Monitorships – US Marotte oder Flavor of the New Times? Praktische Erfahrungen mit FCPA Compliance Monitorships, *Corporate Compliance Zeitschrift* CCZ 2/2011, 59–63, 60.



lei Gibson Dunn als Berater zur Seite.<sup>20</sup> Am Ende seines Mandats war Waigel «*very proud*» über den Kulturwandel und die umfassende Verbesserung der Compliance-Organisation durch Siemens.<sup>21</sup> Waigels Honorar für die in den vier Jahren von ihm geleisteten rund hundert Arbeitstage soll nach Angaben des damaligen CEO von Siemens, Peter Löscher, rund EUR 500'000 betragen haben.<sup>22</sup>

## 2. Daimler (2010)

Im April 2010 schloss der deutsche Fahrzeugbauer Daimler mit dem DOJ und der SEC ein DPA wegen Verstößen gegen den FCPA.<sup>23</sup> Das Unternehmen bekannte sich schuldig, über einen Zeitraum von zehn Jahren in 22 Ländern Regierungsbeamte bestochen zu haben. Basierend auf dem DPA mit dem DOJ bezahlte Daimler eine Busse von USD 93.6 Mio. und einigte sich mit der SEC auf eine Gewinnabschöpfung in der Höhe von USD 91.4 Mio. Zudem musste Daimler für drei Jahre einen Monitor einsetzen, welcher unter anderem das Programm zur Verhinderung von Korruption überwachen sollte. Mit dem ehemaligen Direktor des FBI Louis Freeh wurde jene Person als Monitor eingesetzt, welche bereits ab 2006 die interne Untersuchung bei Daimler in deren Auftrag durchgeführt hatte.<sup>24</sup> Am Ende seines Mandats im März 2013 stellte der Monitor dem deutschen Konzern (und damit sich selbst) ein gutes Zeugnis aus: «*Das Unternehmen hat Gold-Standard erreicht beim Thema Compliance und Integrität*».<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Ausführlich zu seinen Erfahrungen u.a. aus dem Siemens-Mandat: F. JOSEPH WARIN/MICHAEL S. DIAMANT/VERONICA S. ROOT, *Somebody's watching me: FCPA Monitorships and how they can work better*, University of Pennsylvania Journal of Business Law, Volume 13, 321 (2011), abrufbar unter <http://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol13/iss2/1>.

<sup>21</sup> Vgl. die ausführliche Schilderung des Siemens-Mandats und die Notizen über sein Gespräch mit Waigel bei GARRET (FN 1), 184.

<sup>22</sup> Handelsblatt vom 23. Januar 2013, Ex-Bundesfinanzminister Waigel verdiente halbe Million Euro, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/ex-bundesfinanzminister-waigel-verdiente-bei-siemens-eine-halbe-million-euro/7678922.html?ticket=ST-79366-DVxcmO5w6wiRJjgxREXL-ap1>.

<sup>23</sup> Medienmitteilung des DOJ vom 1. April 2010, abrufbar unter [www.justice.gov/opa/pr/daimler-ag-and-three-subsidiaries-resolve-for-ign-corrup-practices-act-investigation-and](http://www.justice.gov/opa/pr/daimler-ag-and-three-subsidiaries-resolve-for-ign-corrup-practices-act-investigation-and).

<sup>24</sup> Handelsblatt vom 24. Juni 2016, Deutschlands beste Anwälte: Das boomende Geschäft mit der Angst, abrufbar unter [www.handelsblatt.com/unternehmen/dienstleister/deutschlands-beste-anwaelte-die-hausanwaelte-von-daimler-vw-und-der-deutschen-bank/13779982-2.html?ticket=ST-200998-r9num6Q5jmbT2GaPMmvR-ap3](http://www.handelsblatt.com/unternehmen/dienstleister/deutschlands-beste-anwaelte-die-hausanwaelte-von-daimler-vw-und-der-deutschen-bank/13779982-2.html?ticket=ST-200998-r9num6Q5jmbT2GaPMmvR-ap3), sowie *manager magazin* vom 11. Januar 2017, Wie deutsche Konzerne mit US-Aufpassern klarkommen, abrufbar unter [www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/compliance-monitor-fuer-vw-so-lief-es-bei-daimler-siemens-bilfinger-a-1129561-2.html](http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/compliance-monitor-fuer-vw-so-lief-es-bei-daimler-siemens-bilfinger-a-1129561-2.html).

<sup>25</sup> *Süddeutsche Zeitung* vom 28. März 2013, Anti-Korruptionsberater vergibt Bestnote für Daimler, abrufbar unter [www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bestechung-bei-grosskonzernen-anti-korruptionsberater-vergibt-bestnote-fuer-daimler-1.1635324](http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bestechung-bei-grosskonzernen-anti-korruptionsberater-vergibt-bestnote-fuer-daimler-1.1635324).

## 3. HSBC (2012)

Im Dezember 2012 verglich sich die britische Bank HSBC mit dem DOJ im Rahmen eines DPAs über Geldwäschereivorwürfe im Zusammenhang mit Drogengeldern aus Mexiko sowie umfangreiche Verletzungen von US-Sanktionen gegen diverse Staaten.<sup>26</sup> Das DPA sah neben Strafzahlungen in der Höhe von USD 1.9 Mia.<sup>27</sup> die Überprüfung des Compliance-Programms der Bank durch einen Monitor vor. Den Auftrag erhielt Michael Cherkasky, ehemaliger *District Attorney* und Vorsitzender der *New York State Commission on Public Integrity*. Parallel zum Monitormandat für das DOJ erhielt Cherkasky auch ein solches für die (damalige) *UK Financial Services Authority* (FSA), welche parallel ein Aufsichtsverfahren gegen die HSBC führte.<sup>28</sup> Das Mandat des Monitors für das DOJ endete gemäss Medienberichten im Juli 2018, dasjenige für die britische Aufsicht dauert noch an.<sup>29</sup>

## 4. Credit Suisse (2014)

In einem *Guilty Plea* bekannte sich die Credit Suisse im Mai 2014 gegenüber dem DOJ schuldig, US-Steuerzahlern bei der Umgehung ihrer Steuerpflichten behilflich gewesen zu sein und damit US-Steuerrecht verletzt zu haben.<sup>30</sup> Die Credit Suisse akzeptierte Strafzahlungen in der Höhe von insgesamt rund USD 2.8 Mia. Am *Settlement* beteiligt war auch das NY DFS, welches die Einsetzung eines Monitors verlangte.<sup>31</sup> Neil Barofsky, Partner der US-Anwaltskanzlei Jenner & Block, ein ehemaliger Staatsanwalt und früherer Generalinspektor zur Überwachung des amerikanischen Bankenrettungsprogramms nach der Finanzkrise 2008, wurde ursprünglich für zwei Jahre eingesetzt und begann seine Arbeit im Oktober 2014. Die Abwicklung des Mandats verzögerte sich aber<sup>32</sup> und der Abschluss der Arbeiten des Monitors wird nun im Sommer oder Herbst 2018 erwartet. Die Honorare Barofskys, seines Teams sowie der mit deren

<sup>26</sup> Medienmitteilung des DOJ vom 11. Dezember 2012, abrufbar unter [www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-and-hsbc-bank-usa-na-admit-anti-money-laundering-and-sanctions-violations](http://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-and-hsbc-bank-usa-na-admit-anti-money-laundering-and-sanctions-violations).

<sup>27</sup> BBC News vom 11. Dezember 2017, HSBC prosecution threat in US lifted, abrufbar unter [www.bbc.com/news/business-42308703](http://www.bbc.com/news/business-42308703).

<sup>28</sup> Medienmitteilung der (damaligen) UK FSA vom 11. Dezember 2012, abrufbar unter [www.fca.org.uk/publications/documents/fsa-requires-action-hsbc-group](http://www.fca.org.uk/publications/documents/fsa-requires-action-hsbc-group).

<sup>29</sup> *The Guardian* vom 11. Dezember 2017, US authorities lift threat to prosecute HSBC, abrufbar unter [www.theguardian.com/business/2017/dec/11/hsbc-prosecution-threat-us-money-laundering](http://www.theguardian.com/business/2017/dec/11/hsbc-prosecution-threat-us-money-laundering).

<sup>30</sup> Medienmitteilung des DOJ vom 19. Mai 2014, abrufbar unter [www.justice.gov/opa/pr/credit-suisse-pleads-guilty-conspiracy-aid-and-assist-us-taxpayers-filing-false-returns](http://www.justice.gov/opa/pr/credit-suisse-pleads-guilty-conspiracy-aid-and-assist-us-taxpayers-filing-false-returns).

<sup>31</sup> NY DFS, Consent Order in the matter of Credit Suisse, 18. Mai 2014, abrufbar unter [www.dfs.ny.gov/about/ea/ea140519.pdf](http://www.dfs.ny.gov/about/ea/ea140519.pdf).

<sup>32</sup> *Wall Street Journal* vom 6. Januar 2016, Credit Suisse's Tardiness Likely to Extend Monitor's Sojourn, abrufbar unter [www.wsj.com/articles/credit-suisse-tardiness-likely-to-extend-monitors-sojourn-1452084986](http://www.wsj.com/articles/credit-suisse-tardiness-likely-to-extend-monitors-sojourn-1452084986).

Einsatz sonst verbundene Aufwand sollen die Credit Suisse nach einem Medienbericht bis im November 2017 bereits CHF 570 Mio. gekostet haben.<sup>33</sup> Diese Zahl umfasst allerdings nicht nur direkte Honorare des Monitors, sondern auch andere mit dem Mandat verbundene interne und externe Kosten zur Umsetzung von dessen Empfehlungen. Dem Monitor selbst und seinen auf dem Mandat tätigen Mitarbeitenden, welche an gegen 100 intern bereit gestellten Arbeitsplätzen arbeiten, sollen nach einem Medienbericht monatlich USD 8–10 Mio. Entschädigungen bezahlt worden sein.<sup>34</sup>

## 5. BNP Paribas (2014)

Die französische Bank BNP Paribas übernahm im Juni 2014 in einem *Guilty Plea* mit dem DOJ und einer damit koordinierten Einigung mit dem *NY County District Attorney's Office* und zwei Aufsichtsbehörden (FED und NY DFS) die Verantwortung für die systematische Verletzung von US-Sanktionsvorschriften. Durch die Abwicklung von USD-Transaktionen von sudanesischen, iranischen und kubanischen Kunden über das US-Finanzsystem hatte die Bank gemäss DOJ den *International Emergency Economic Powers Act* sowie den *Trading with the Enemy Act* verletzt.<sup>35</sup> Neben Strafzahlungen in der Höhe von rund USD 9 Mia. akzeptierte die Bank auch die Verlängerung des Mandats der bereits 2013 eingesetzten Monitorin um zwei weitere Jahre. Monitorin war Shirah Neiman, eine ehemalige stellvertretende Bundesanwältin in New York. Ihr Mandat war nach dem Wortlaut des *Consent Orders* mit dem NY DFS auf die Niederlassung in New York beschränkt. Es umfasste die Aufgabe, «*to conduct a review of the BSA/AML and OFAC compliance programs, policies and procedures in place at the Branch. [...] oversee, evaluate and test BNPP's remediation efforts, the implementation of BNPP's efforts to streamline the global U.S. dollar clearing through the New York Branch and the U.S. dollar suspension requirements contained in this agreement.*»<sup>36</sup>

## 6. Bilfinger (2014)

Mit Mark Livschitz ist nach unseren Informationen erstmals ein Schweizer als Monitor gemäss US-Recht tätig: Der Zürcher Rechtsanwalt überwacht seit 2014 den deutschen Industriekonzern Bilfinger. Dieser hatte sich im Rahmen eines DPAs wegen Korruptionszahlungen in Nigeria neben der Zahlung einer Busse in der Höhe von USD 32 Mio. bereit erklärt, seine Compliance-Strukturen durch einen Monitor überwachen zu lassen.<sup>37</sup> Livschitz' Einsatz bei Bilfinger war ursprünglich für mindestens 18 Monate vereinbart, wurde aber freiwillig bis mindestens Ende 2018 verlängert, da das Unternehmen noch nicht alle Meilensteine erreicht habe. Für das neue Compliance-Regime hat Bilfinger gemäss dessen *Chief Compliance Officer* bis November 2017 insgesamt EUR 150 Mio. investiert.<sup>38</sup>

## 7. Deutsche Bank (2015–2017)

Bei der Deutschen Bank waren gemäss Medienberichten im Mai 2017 fünf Monitore mit unterschiedlichen Aufgaben im Einsatz.<sup>39</sup> Einige davon haben ausschliesslich oder schwerwiegend Compliance-Verbesserungen der US-Einheiten der Bank zum Gegenstand.<sup>40</sup> Ihre Grundlage sind unter anderem folgende Vergleiche der Deutschen Bank mit US-Behörden:

- April 2015: DOJ, die *US Commodities and Futures Trading Commission* (CFTC), das NY DFS und die UK FCA: *Guilty Plea* der UK-Tochtergesellschaft der Deutschen Bank wegen LIBOR-Manipulationen; Strafzahlungen von insgesamt USD 2.5 Mia.; Monitor für drei Jahre.<sup>41</sup>
- August/Oktober 2016: CFTC: Aufsichtsrechtlicher Vergleich; Verstoss gegen die Pflicht zur Berichterstattung über SWAP-Geschäfte unter dem *Dodd*

<sup>33</sup> ZoÉ BACHES, NZZ vom 14. November 2017, Von der Heimsuchung der Credit Suisse, abrufbar unter [www.nzz.ch/wirtschaft/von-der-heimsuchung-der-credit-suisse-ld.1328711](http://www.nzz.ch/wirtschaft/von-der-heimsuchung-der-credit-suisse-ld.1328711).

<sup>34</sup> ZoÉ BACHES, NZZ vom 6. Mai 2016, Teure Aufarbeitung der Vergangenheit, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/us-monitor-neil-barofsky-teure-aufarbeitung-der-cs-vergangenheit-ld.18225>.

<sup>35</sup> Medienmitteilung des DOJ vom 30. Juni 2014, abrufbar unter [www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial](http://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial); Medienmitteilung des NY DFS vom 30. Juni 2014, abrufbar unter [www.dfs.ny.gov/about/press/pr1406301.htm](http://www.dfs.ny.gov/about/press/pr1406301.htm).

<sup>36</sup> NY DFS, Consent Order in the Matter of BNP Paribas, S.A New York Branch, 30. Juni 2014, abrufbar unter [www.dfs.ny.gov/about/ea/ea140630.pdf](http://www.dfs.ny.gov/about/ea/ea140630.pdf).

<sup>37</sup> Medienmitteilung des DOJ vom 9. Dezember 2013, abrufbar unter [www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/12/12/bilfinger-dpa.pdf](http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/12/12/bilfinger-dpa.pdf).

<sup>38</sup> Juve.de vom 22. November 2017, Interview mit Louis Freeh und Olaf Schneider, *Chief Compliance Officer* von Bilfinger, abrufbar unter [www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2017/11/interview-mit-bilfinger-berater-louis-freeh-180-millionen-fuer-compliance-und-nun](http://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2017/11/interview-mit-bilfinger-berater-louis-freeh-180-millionen-fuer-compliance-und-nun).

<sup>39</sup> Wirtschaftswoche vom 3. Mai 2017, Die heikle Mission des Larry Thompson bei VW, abrufbar unter [www.wiwo.de/unternehmen/auto/unbeliebte-us-aufpasser-die-heikle-mission-des-larry-thompson-bei-vw/19724272.html](http://www.wiwo.de/unternehmen/auto/unbeliebte-us-aufpasser-die-heikle-mission-des-larry-thompson-bei-vw/19724272.html).

<sup>40</sup> So insbesondere nicht der im Zivilvergleich der Deutschen Bank mit dem DOJ vom Januar 2017 zum Betrug mit US-Hypothekerverbriefungen RMBS eingesetzte Monitor (Strafzahlungen USD 7.2 Mia.); Medienmitteilung des DOJ vom 17. Januar 2017, abrufbar unter [www.justice.gov/opa/pr/deutsche-bank-agrees-pay-72-billion-misleading-investors-its-sale-residential-mortgage-backed](http://www.justice.gov/opa/pr/deutsche-bank-agrees-pay-72-billion-misleading-investors-its-sale-residential-mortgage-backed).

<sup>41</sup> Medienmitteilung des DOJ vom 23. April 2015, abrufbar unter [www.justice.gov/opa/pr/deutsche-banks-london-subsidiary-agrees-plead-guilty-connection-long-running-manipulation](http://www.justice.gov/opa/pr/deutsche-banks-london-subsidiary-agrees-plead-guilty-connection-long-running-manipulation).

*Frank Act*.<sup>42</sup> Als Monitor ernannte ein Gericht Paul Atkins, einen ehemaligen Mitarbeiter und früheres Mitglied der SEC.<sup>43</sup>

- Januar 2017: NY DFS: Aufsichtsrechtlicher Vergleich; Verstoss gegen Geldwäschereivorschriften bei Handelsgeschäften in Moskau, New York und London; Strafzahlungen von USD 425 Mio. Der Monitor soll insbesondere über die Verbesserung der *Corporate Governance* und des globalen Anti-Geldwäschereiprogramms berichten.<sup>44</sup> Gleichzeitig büsste auch die FCA die Bank in der gleichen Sache mit GBP 163 Mio.<sup>45</sup>

Möglicherweise als Folge all dieser Fälle und den damit verbundenen Anstrengungen zur Verbesserung ihrer Compliance und umfassender Kooperation verzichtete das NY DFS in einem jüngsten Vergleich mit der Deutschen Bank vom Juni 2018 betreffend deren Fx-Geschäft (Strafzahlung in der Höhe von USD 205 Mio.) auf einen Monitor.<sup>46</sup>

## 8. Volkswagen (2017)

Im April 2017 bekannte sich Volkswagen in den USA schuldig, im Rahmen von US-Emissionstests bei Dieselfahrzeugen jahrzehntelang betrogen zu haben.<sup>47</sup> Volkswagen verpflichtete sich in seinem *Guilty Plea* zu Strafzahlungen in der Höhe von USD 2.8 Mia. und zu voller Kooperation mit den US-Behörden. Diese betrifft insbesondere deren fortdauernde Untersuchungen gegen Individuen, welche für das entsprechende Verhalten verantwortlich waren. Neben der genannten Busse verpflichtete sich VW zu weiteren Zahlungen in der Gesamthöhe von USD 1.5 Mia., mit welchen u.a. zivilrechtliche Forderungen sowie Forderungen der US-Zollbehörden beglichen wurden. Als Monitor während der drei Jahre dauernden Probezeit wurde Larry D. Thompson eingesetzt, ehemaliger stellvertretender Generalstaatsanwalt der USA.

## IV. Kreativität ohne Grenzen? – US-Rechtsgrundlagen zum Einsatz von Monitoren

Es gibt im US-Bundesrecht keine ausdrückliche gesetzliche Regelung von NPAs, DPAs und Monitoren. Diese Instrumente wurden in den 1990er Jahren durch die Praxis entwickelt und sind heute häufiger als *Guilty Plea Agreements*.<sup>48</sup> Das erste DPA mit einem Unternehmen schloss das DOJ im Oktober 1994 mit *Prudential Securities* ab, wo auch bereits ein Monitor eingesetzt wurde.<sup>49</sup> Seither nahmen DPAs und NPAs mit Unternehmen stark zu, was vor allem seitens der Unternehmen und ihrer Anwälte vom *White-Collar Defence Bar* den Ruf nach förmlichen Regeln weckte. Diese wurden in einer Reihe von Memoranda festgehalten, welche von stellvertretenden Justizministern bzw. Generalstaatsanwälten (*«Deputy Attorney General»*) oder ihren Divisionsleitern (*«Assistant Attorney General»*) verantwortet wurden.

Diese Entwicklung begann 1999 mit dem *Holder Memorandum* des damaligen *Deputy Attorney General* und nachmaligen *Attorney General* Eric Holder mit dem Titel *«Bringing Criminal Charges Against Corporations»*.<sup>50</sup> Es fasst die Faktoren und Aspekte bei der strafrechtlichen Belangung von Unternehmen zusammen. Zwar erwähnte das Papier weder DPAs noch die Monitore, betonte aber die Bedeutung effektiver Compliance-Programme sowohl bei der Beurteilung der Frage, ob das Unternehmen angeklagt werden soll oder nicht, als auch bei den Verhandlungen für ein *Guilty Plea Agreement*.

Die detaillierte Darstellung der weiteren Entwicklung im Nachgang zur Anklage des Revisionsunternehmens *Arthur Andersen* im Jahr 2002 würde den Rahmen des vorliegenden Aufsatzes sprengen. Nicht weniger als sechs

<sup>42</sup> Medienmitteilungen der CFTC vom 18. August 2016, abrufbar unter [www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr7430-16](http://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr7430-16).

<sup>43</sup> U.S. Commodity Futures Trading Commission v. Deutsche Bank AG, No. 1:2016cv06544 - Document 23 (S.D.N.Y. 2016), abrufbar unter <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2016cv06544/461758/23/>.

<sup>44</sup> Medienmitteilung des NY DFS vom 30. Januar 2017, abrufbar unter [www.dfs.ny.gov/about/press/pr1701301.htm](http://www.dfs.ny.gov/about/press/pr1701301.htm).

<sup>45</sup> Medienmitteilung der UK FCA vom 31. Januar 2017, abrufbar unter [www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-fines-deutsche-bank-163-million-anti-money-laundering-controls-failure](http://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-fines-deutsche-bank-163-million-anti-money-laundering-controls-failure).

<sup>46</sup> Medienmitteilung des NY DFS vom 20. Juni 2018, abrufbar unter [www.dfs.ny.gov/about/press/pr1806201.htm](http://www.dfs.ny.gov/about/press/pr1806201.htm). Ebenso ohne Monitor das *FX Settlement* mit dem FED, Medienmitteilung der FED vom 20. April 2017, abrufbar unter [www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/enforcement20170420a.htm](http://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/enforcement20170420a.htm).

<sup>47</sup> Medienmitteilung des DOJ vom 21. April 2017, abrufbar unter [www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-ag-sentenced-connection-conspiracy-cheat-us-emissions-tests](http://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-ag-sentenced-connection-conspiracy-cheat-us-emissions-tests).

<sup>48</sup> Allerdings beharrte das DOJ, jedenfalls bis zur neuen Administration Trump im Jahre 2017, zunehmend auf *Guilty Pleas* der Unternehmen, auch als Reaktion auf die Kritik an seiner *«too big to jail»*-Praxis. Für europäische Unternehmen zu nennen sind die vorne erwähnten Fälle von Siemens (Dezember 2008), Credit Suisse (Mai 2014), BNP (Juni 2014), Deutsche Bank (LIBOR-Manipulation, April 2015) und Volkswagen (April 2017), sowie die DPAs der UBS (LIBOR-Manipulation, Dezember 2012; vgl. die Medienmitteilung des DOJ vom 19. Dezember 2012, abrufbar unter <https://www.justice.gov/opa/pr/ubs-securities-japan-co-ltd-plead-guilty-felony-wire-fraud-long-running-manipulation-libor>) und von Citicorp, JP Morgan Chase, Barclays, RBS und UBS (Fx-Manipulation, Mai 2015; vgl. die Medienmitteilung des DOJ vom 20. Mai 2015, abrufbar unter <https://www.justice.gov/opa/pr/five-major-banks-agree-parent-level-guilty-pleas>).

<sup>49</sup> JESSE EISINGER, *The Chickenshit Club - Why the Justice Department fails to prosecute executives*, New York 2017, 95 f.; KHANNA/DICKINSON (FN 5), 1717 f. mit Nachweisen; GARRET (FN 1), 176 mit Hinweisen zu den Vorläufern in der *«structural reform litigation»* etwa zur Reform korrupter Gewerkschaften mit Verbindungen zum organisierten Verbrechen in den 1980er Jahren.

<sup>50</sup> Memorandum vom 16. Juni 1999, abrufbar unter [www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF](http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF).



Assistant Attorney Generals verfassten (oder unterzeichneten) im Zeitraum von 2009 bis 2017 Regeln betreffend die strafrechtliche Verfolgung von Unternehmen oder deren Angestellten und Managern für strafrechtlich relevantes geschäftliches Fehlverhalten.<sup>51</sup> Die besonderen Rahmenbedingungen für Monitore in NPAs, DPAs und *Guilty Pleas* sind heute in zwei Regelwerken und einem Memorandum verankert:

- *US Federal Sentencing Guidelines* (USSG)<sup>52</sup>: Seit 1991 sehen die USSG der *US Sentencing Commission* vor, dass die Gerichte die notwendigen Schritte zur Wiedergutmachung des durch die Straftat einer Gesellschaft verursachten Schadens anordnen sollen. Die USSG binden die US-Bundesgerichte bei der Bemessung von Strafen. Als Massstab des Verschuldens («*Culpability Score*») und der Bewährungsbedingungen («*Conditions of Probation*») sollen die Richter das Bestehen eines effektiven Compliance- und Ethik-Programms («*effective compliance and ethics program*») würdigen. Dazu gehöre die Sorgfalt des Unternehmens bei der Verhinderung und Aufdeckung von Verbrechen und die Förderung einer «*organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law*». Entdecke das Unternehmen eine Straftat, müsse es vernünftige Schritte («*reasonable steps*») als Reaktion darauf unternehmen, einschliesslich Verbesserungen des Compliance- und Ethik-Programms. Dies könne den Gebrauch eines «*outside professional advisor*» einschliessen, meint die *US Sentencing Commission* in einem Kommentar.<sup>53</sup> Eine darüberhinausgehende förmliche Verankerung des Monitors wurde 2010 diskutiert, aber abgelehnt.<sup>54</sup>
- *US Attorneys' Manual*: Das Manual<sup>55</sup> richtet sich nicht wie die USSG an die Bundesrichter, sondern an die US-Staatsanwälte. Es enthält in Kapitel «9-28.000 – Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations» zehn Faktoren zur Beurteilung,

wann sie ein Strafverfahren gegen eine Gesellschaft führen oder zu einem Vergleich Hand bieten sollen. Auch das *US Attorney's Manual* erachtet Compliance-Programme und ihre Verbesserung als Teil der Wiedergutmachung («*Remediation*») und damit als Beurteilungsfaktoren. Demnach sollen Strafverfolger folgende Aspekte beachten:

- «*the existence and adequacy of the corporation's pre-existing compliance program [...]*;
- *the corporation's remedial actions, including any efforts to implement an effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, to pay restitution, and to cooperate with the relevant government agencies.*»<sup>56</sup>

Nur am Rande wird der Einsatz von Monitoren im Zusammenhang mit *Guilty Plea Agreements* angesprochen: «*In the corporate context, punishment and deterrence are generally accomplished by substantial fines, mandatory restitution, and institution of appropriate compliance measures, including, if necessary, continued judicial oversight or the use of special masters or corporate monitors.*»<sup>57</sup>

- Zentral und ausschliesslich beschäftigt sich hingegen das *Morford Memorandum* von 2008<sup>58</sup> mit Monitoren. Es setzt einen für die Bundesanwälte verbindlichen Rahmen betreffend «*Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations*». Das *Morford Memorandum* wurde einen Tag vor den Kongressanhörungen zur Monitor-Praxis des DOJ<sup>59</sup> publiziert und war eine Reaktion auf die zunehmende Kritik an dieser angesichts der starken Zunahme von DPAs wichtigen Praxis<sup>60</sup>, welche Vertreter einer «big law» Anwaltskanzlei damals so zusammenfassten: «*Corporate monitors can be a particularly intrusive element of these agreements, as monitors in essence put a government representative inside the corporation. Depending on the specific terms of the agreement, monitors are sometimes given broad mandates to review almost any aspect of the company's activities and may attend high-level meetings, all*

<sup>51</sup> *Thompson Memorandum* (2003), *McNulty Memorandum* (2006), *Morford Memorandum* (2008), *Breuer Memorandum* (2009), *Grindler Memorandum* (2010), *Yates Memorandum* (2015); hinzu kommt das *Delery Memorandum* (2016), welches sich zu den Monitoren in Zivilvergleichen äussert. Vgl. zu den Memoranden FORSTER (FN 4), 33 ff. und CINDY R. ALEXANDER/MARK A. COHEN, Trends in the use of non-prosecution, deferred prosecution and plea agreements in the settlement of alleged corporate criminal wrongdoing, April 2015, Law & Economics Center, George Mason University of Law, abrufbar unter [http://masonlec.org/site/rte\\_uploads/files/Full%20Report%20-%20SJCJI%20NPA-DPA%2C%20April%202015%281%29.pdf](http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/Full%20Report%20-%20SJCJI%20NPA-DPA%2C%20April%202015%281%29.pdf).

<sup>52</sup> *Federal Sentencing Guidelines Manual* (geltende Fassung von 2016), abrufbar unter [www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual](http://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual).

<sup>53</sup> USSG §8B2.1., und dazu: Commentary, Application Note 6.

<sup>54</sup> BENNO SCHWARZ (FN 19), 60, FN 4.

<sup>55</sup> DOJ, *U.S. Attorney's Manual*, Fassung von 1997 bzw. (betreffend Kapitel 9-28.000) letztmals revidiert im November 2015 und November 2017, abrufbar unter [www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual](http://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual).

<sup>56</sup> A.a.O., 9-28.300, Ziff. 5 und 7.

<sup>57</sup> A.a.O., 9-28.1500, Commentary.

<sup>58</sup> Memorandum vom 7. März 2008, abrufbar unter [www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-163-selection-and-use-monitors](http://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-163-selection-and-use-monitors). Das *Morford Memorandum* wurde in der Folge durch vier weitere Memoranda ergänzt; vgl. dazu FN 1 des *Delery Memorandum* vom 13. April 2016, abrufbar unter [www.justice.gov/oip/foia-library/asg\\_memo\\_statement\\_of\\_principles\\_corporate\\_monitors\\_civil\\_settlements/download](http://www.justice.gov/oip/foia-library/asg_memo_statement_of_principles_corporate_monitors_civil_settlements/download).

<sup>59</sup> New York Times vom 11. März 2008, Ashcroft Defends Receipt of No-Bid Contract, abrufbar unter [www.nytimes.com/2008/03/11/washington/11cnd-ashcroft.html](http://www.nytimes.com/2008/03/11/washington/11cnd-ashcroft.html).

<sup>60</sup> New York Times vom 10. Januar 2008, Ashcroft Deal Brings Scrutiny in Justice Dept., abrufbar unter [www.nytimes.com/2008/01/10/washington/10justice.html](http://www.nytimes.com/2008/01/10/washington/10justice.html).



*without the protection of the attorney-client privilege. DOJ has often chosen the monitors with only limited input from the company. Moreover, such monitors can be extremely expensive, costing the company tens of millions of dollars over the term of the deferred prosecution agreement. Recently, DOJ's largely unfettered discretion in this area attracted public attention and criticism when it was disclosed that former Attorney General John Ashcroft was retained as a corporate monitor and will receive as compensation from the corporation between \$28 and \$52 million under an eighteen-month agreement.»<sup>61</sup>*

Das *Morford Memorandum* formuliert neun Prinzipien zu Auswahl, Zuständigkeiten, Aufgaben und Unabhängigkeit des Monitors, zur Kommunikation zwischen den Beteiligten und zur Berichterstattung über neu entdecktes Fehlverhalten des Unternehmens sowie zur Dauer des Einsatzes des Monitors.

Seit August 2015 geben die *Standards for Criminal Justice: Monitors*<sup>62</sup> der American Bar Association (ABA), der Ständesorganisation der US-Anwälte, zusätzliche Leitlinien. Die *Standards* erheben den Anspruch, die *Best Practice* für die Ernennung und den Einsatz eines Monitors und die Führung eines Monitor-Mandates festzulegen. Sie dienen als Richtschnur für Monitore, Richter, Strafverfolger, Anwälte und sonstige Interessierte und enthalten nützliche, konkrete und detaillierte Vorschläge. So sollen Monitor-Kandidaten im Rahmen der Evaluation eine angemessene Kostenschätzung abgeben, welche auch die Ausgaben für Drittanbieter berücksichtigt. Zudem enthalten die *Standards* Anhaltspunkte, was «vernünftige Kosten und Auslagen» sind und wie diese in Rechnung gestellt werden sollen. Der Vergleich oder der *Engagement Letter* zwischen Monitor und Unternehmen soll gemäss den *Standards* einen Prozess für allfällige Streitigkeiten über Kosten festlegen.<sup>63</sup>

## V. Helfer oder Vollstrecker? – Aufgaben eines Monitors

Die Aufgaben der US-Monitore haben sich seit den Anfängen des *Compliance Monitorships* im erwähnten Fall *Prudential* stark ausgedehnt.<sup>64</sup> Zu Beginn bestand die

Aufgabe eines Monitors beispielsweise darin, die Einhaltung des Verbots zu kontrollieren, während eines Verfahrens Dokumente zu zerstören. Heute hingegen coachen und überwachen Monitore Unternehmen bei der Ausgestaltung und Implementierung globaler Compliance-Programme und drängen mitunter auch auf die Entlassung von Personen, welche irgendwie mit dem Fehlverhalten in Verbindung gebracht werden.

Nach den erwähnten, für US-Bundesanwälte geltenden Regeln sollen Monitore dem betroffenen Unternehmen helfen, die im Vergleich von ihm verlangten Compliance- und Ethik-Programme umzusetzen. Diese wiederum sollen eine Wiederholung des strafbaren Verhaltens verhindern: «*A monitor's primary responsibility should be to assess and monitor a corporation's compliance with those terms of the agreement that are specifically designed to address and reduce the risk of recurrence of the corporation's misconduct, including, in most cases, evaluating (and where appropriate proposing) internal controls and corporate ethics and compliance programs.*»<sup>65</sup>

Der Einsatz eines Monitors ist zukunftsgerichtet. Weder soll der Monitor neben den verhängten Bussen eine weitere Strafe für das Unternehmen darstellen, noch ist es die Aufgabe des Monitors, das Geschehene (ein weiteres Mal) zu analysieren oder andere, zusätzliche Verfehlungen des Unternehmens in der Vergangenheit aufzudecken: «*The monitor's mandate is not to investigate historical misconduct.*»<sup>66</sup>

Hingegen kann es durchaus innerhalb eines Monitor-Mandates liegen, andauerndes Fehlverhalten festzustellen, auch wenn dessen Ursprung in der Vergangenheit liegt. Solches soll der Monitor – je nach Wortlaut des Vergleichs – der Gesellschaft, den Strafbehörden oder beiden melden: «*The agreement should clearly identify any types of previously undisclosed or new misconduct that the monitor will be required to report directly to the Government. The agreement should also provide that as to evidence of other such misconduct, the monitor will have the discretion to report this misconduct to the Government or the corporation or both.*» Vor allem wenn ein Fehlverhalten des obersten Managements, eine Justizbehinderung oder durch die Justiz proaktiv oder verdeckt zu ermittelnde neue Delikte im Raum stehen, muss der Monitor dies den Strafbehörden – und nur diesen – berichten.<sup>67</sup>

Je breiter und unbestimmter das Mandat des Monitors ist, desto mehr Information muss dieser einholen und verarbeiten, was das Mandat länger und teurer macht. Das *Morford Memorandum* sieht das Dilemma, löst es aber nicht: «*Neither the corporation nor the public bene-*

<sup>61</sup> JOÄHN F. SAVARESE/DAVID B. ANDERS, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, DOJ Establishes Guidelines For Corporate Monitors; Congress Remains Skeptical, 31. März 2008, abrufbar unter <https://corpgov.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2008/04/doj-establishes-guidelines-for-corporate-monitors-congress-remains-skeptical.pdf>. Vgl. zudem die Schilderung der Auseinandersetzung um den «*No-Bid Contract*» von Ashcroft bei GARRET (FN 1), 186.

<sup>62</sup> The American Bar Association, Standards for Criminal Justice: Monitors, 4. A. 2015, abrufbar unter [www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/MonitorsStandardsFourthEdition-TableOfContents.html](http://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/MonitorsStandardsFourthEdition-TableOfContents.html) (zit. ABA Monitor-Standards).

<sup>63</sup> ABA Monitor-Standards 2015 (FN 62): III.D.1.-5.

<sup>64</sup> KHANNA/DICKINSON (FN 5), 1720.

<sup>65</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Principle 3.

<sup>66</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Kommentar zu Principle 4.

<sup>67</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Principle 7.

*fits from employing a monitor whose role is too narrowly defined (and, therefore, prevents the monitor from effectively evaluating the reforms intended by the parties) or too broadly defined (and, therefore, results in the monitor engaging in activities that fail to facilitate the corporation's implementation of the reforms intended by the parties).*»<sup>68</sup> Entsprechend wichtig ist für die betroffenen Firmen eine sehr sorgfältige Verhandlung und Umschreibung des Mandates im Vergleich und im darauf gestützten *Engagement Letter* mit dem Monitor.

Das ist angesichts des ungleichen Kräfteverhältnisses in solchen Verhandlungen nicht einfach, weshalb die betroffenen Gesellschaften oft gezwungen sind, sehr breite Aufträge an Monitore zu erteilen. Eindrücklich ist in dieser Hinsicht das Mandat des Monitors im *Settlement* der Credit Suisse mit dem NY DFS, für welches das *Morford Memorandum* nicht gilt:

*«Conduct ... a comprehensive review of the Bank's compliance programs, policies, and procedures in place at the time of the conduct discussed in this Consent Order through the present. The monitor will review and report on: The elements of the Bank's corporate governance that contributed to or facilitated the wrongdoing discussed in this Consent Order and that permitted it to go on; The involvement of individual employees, including but not limited to present and former officers, directors, and other employees, in the conduct discussed in this Consent Order; The timeliness and effectiveness of the Bank's efforts to correct the misconduct identified in this Consent Order; Enhancements to the Bank's reporting structure and compliance programs that will benefit the Bank's efforts to comply with U.S. and New York law in the future, and ensure safety and soundness.»*<sup>69</sup>

Obwohl der Monitor in keinem vertraglichen Verhältnis mit der Behörde steht, enthalten die Vergleiche praktisch immer die Pflicht, die Behörde regelmässig über den Fortgang seiner Arbeiten sowie über seine Erkenntnisse hinsichtlich der Einhaltung des Vergleichs durch das Unternehmen zu informieren.<sup>70</sup>

Eine aus Sicht des Unternehmens sehr wichtige Aufgabe des Monitors ist es schliesslich, der Behörde vor Ablauf der Bewährungsperiode darüber zu berichten, ob das Unternehmen die Bedingungen des Vergleichs erfüllt und die geforderten Verbesserungen erfolgreich imple-

mentiert hat. Sind die Vorgaben erfüllt und entspricht das Compliance- und Ethik-Programm des Unternehmens nun dem *State of the Art*, zertifiziert der Monitor das Unternehmen als *compliant*, und das Monitor-Mandat ist abgeschlossen. Wie die konkrete Formulierung dieser Bestätigung zuhanden der Behörden lauten muss, damit das Unternehmen von seinem «Bewährungshelfer» befreit wird, ist ebenfalls nicht gesetzlich vorgeschrieben, sondern muss im Vergleich und im *Engagement Letter* geregelt werden. Auch diese Klausel muss mit Sorgfalt und Bedacht formuliert werden, denn je nach Wortlaut der verlangten Bestätigung muss der Monitor Art und Tiefe seiner Prüfung anpassen.<sup>71</sup>

Erfüllt das Unternehmen am Ende der für das Mandat vorgesehenen Frist die Bedingungen des Vergleichs nach Einschätzung des Monitors (noch) nicht, wird er gegenüber den Strafbehörden nicht bestätigen, das Unternehmen sei *compliant*. Dies kann bei einem DPA zur Wiederaufnahme des aufgeschobenen und bei einem NPA zur Eröffnung eines Strafverfahrens führen. Offenbar ist das bisher noch nicht vorgekommen.<sup>72</sup> In einigen Fällen<sup>73</sup> – so z.B. bei Bilfinger – wurde jedoch die normalerweise auf ein bis drei Jahre befristete Bewährungszeit und damit verbunden auch das Mandat des Monitors verlängert.

## VI. Ruhiges Gewissen? – Vorteile eines Monitors für die einsetzende Behörde

Für die Strafbehörden (und für die betroffenen Gesellschaften) ist es aus verschiedenen Gründen attraktiv, ein Strafverfahren mit einem Vergleich abzuschliessen. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit fehlt der Raum, um diese Thematik näher zu erläutern. Mit Blick auf unser Thema ist jedoch ein Grund besonders wichtig: Die unter dem Titel der Wiedergutmachung («*Remediation*») nötigen Massnahmen können in einem Vergleich sehr flexibel den Erfordernissen des Einzelfalles angepasst werden. Bis zu einem gewissen Grad können diese verhandelt werden, auch wenn die Strafbehörden bei diesen Verhandlungen zweifellos am längeren Hebel sitzen. Diese Flexibilität kann so weit gehen, dass der Strafcha-

<sup>68</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Kommentar zu Principle 4.

<sup>69</sup> NY DFS, Consent Order in the matter of Credit Suisse, 19. Mai 2014, abrufbar unter [www.dfs.ny.gov/about/ea/ea140519.pdf](http://www.dfs.ny.gov/about/ea/ea140519.pdf).

<sup>70</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Principle 5: «*Communication among the Government, the corporation and the monitor is in the interest of all the parties. Depending on the facts and circumstances, it may be appropriate for the monitor to make periodic written reports to both the Government and the corporation.*» Auch hier bestimmter, klarer und detaillierter der ABA-Monitor Standard (FN 62), Chapter IV: *Conducting the Monitorship*, Standard 24-4.3: *Scheduled Reports and Other Reports and Communications*.

<sup>71</sup> SCHWARZ (FN 19), 61.

<sup>72</sup> MARK LIVSCHITZ/MURAT ÜRANÜZ, Compliance Monitoring – Fluch oder Segen für das betroffene Unternehmen?, abrufbar unter [https://www.compliance-praxis.at/Fachartikel/Compliance-Monitoring-Fluch-oder-Segen-fuer-das-betroffene-Unternehmen/\(share-Hash\)/a0e278f6f14f451f4245bc59269e3845](https://www.compliance-praxis.at/Fachartikel/Compliance-Monitoring-Fluch-oder-Segen-fuer-das-betroffene-Unternehmen/(share-Hash)/a0e278f6f14f451f4245bc59269e3845); publiziert in Compliance Praxis 2015, 12 (Heft 4).

<sup>73</sup> Die Statistik von Global Investigations Review (GIR) nannte von 2009 bis 2018 zwei Verlängerungen in 50 Monitor-Mandaten in FCPA-Fällen, vgl. <https://globalinvestigationsreview.com/benchmarking/fcpa-counsel-tracker/1068505/fcpa-monitorships-counsel-dataset>.

rakter des Vergleichs gegenüber dem regulatorischen Ziel vollständig in den Hintergrund tritt. Das gilt vor allem für NPAs und DPAs und weniger für *Guilty Plea Agreements*, die weniger weit von einem Urteil entfernt sind und bei denen der Einfluss der Gerichte grösser ist.

Ein extremes Beispiel dafür ist der Fall der im Sicherheitsbereich für verschiedene Regierungsstellen tätigen Softwaregesellschaft *Netcracker*, welche sensitive Daten ohne Erlaubnis der Regierungsstellen in Russland bearbeitet hatte. Das DOJ verlangte in einem NPA vom Dezember 2017<sup>74</sup> weder Strafzahlung noch Anerkennung fehlerhaften Verhaltens in einem *Statement of Facts*<sup>75</sup> und verzichtete auch auf die Möglichkeit, fehlbare Mitarbeitende zu einem späteren Zeitpunkt noch zu verfolgen. Stattdessen verpflichtete sich *Netcracker*, in die Entwicklung eines verbesserten Sicherheitsprotokolls zu investieren, welches die Gefahr des *Hackings* der Daten seiner Kunden verringert. Dieses Protokoll soll als *Best Practice Standard* Konkurrenten zugänglich gemacht werden.

Diese Flexibilität besteht insbesondere auch hinsichtlich der im Vergleich festzulegenden Anforderungen an die Verbesserung der Compliance-Prozesse und deren Kontrolle durch einen Monitor. Zum einen können die Anforderungen an die Compliance- und Ethik-Programme vor dem Hintergrund des als strafbar erachteten Verhaltens, des generellen Umfeldes und der Umstände des Unternehmens genau festgelegt werden. Zum andern erlaubt das Instrument des Monitors, die Umsetzungsüberwachung an einen Experten mit (im Idealfall) genau der nötigen Erfahrung und Expertise auszulagern, welche bei der Strafbehörde selber kaum vorhanden sind. Die Beurteilung von Compliance-Programmen ist zudem weder Kernaufgabe noch Kernkompetenz von Strafverfolgern<sup>76</sup>, sondern wäre eher Aufgabe von Aufsichtsbehörden. Der Monitor hilft elegant über dieses Problem hinweg und schont überdies die Ressourcen der Behörden.

Die durch die US-Behörden mit fehlbaren Unternehmen abgeschlossenen Vergleiche bezwecken nicht nur die Repression, sondern vor allem auch die Prävention. Die in den Vergleichen angeordneten Compliance-Verbesserungen sollen verhindern, dass sich das Fehlverhalten wiederholt. Aus nachvollziehbaren Gründen vertrauen die Behörden dabei nicht auf die Zusicherungen der fehl-

baren Unternehmen, sondern wollen die Umsetzung von Compliance- und Ethik-Programmen durch unabhängige Fachpersonen fördern, begleiten und kontrollieren lassen. Als angenehmer Nebeneffekt mag der Monitor auch zur Besänftigung von Kritik am Verzicht auf die Anklageerhebung beitragen.

## VII. Friends and Family? – Auswahl von Monitoren

Angesichts der weitreichenden Befugnisse der Monitore sowie des Umfangs und der Kosten dieser Mandate sind Auswahlkriterien und das entsprechende Verfahren ausserordentlich wichtig. Betrachtet man die Höhe der mit solchen Mandaten zu verdienenden Honorare, erstaunt es nicht, dass es in US-Anwaltskreisen heftige Debatten zu dieser Frage gab und noch immer gibt.<sup>77</sup>

Gemäss *Morford Memorandum* soll der Monitor aufgrund seiner Verdienste, Kenntnisse und Fähigkeiten mit Blick auf das konkrete Mandat ausgewählt werden: «*The monitor must be selected based on the merits.*»<sup>78</sup> Der Auswahlprozess müsse in einer Weise ausgestaltet sein, welche es erlaube, «*to (1) select a highly qualified and respected person or entity based on suitability for the assignment and all of the circumstances; (2) avoid potential and actual conflicts of interests, and (3) otherwise instill public confidence...*». Um dies sicherzustellen dürfen US-Staatsanwälte nicht mehr allein über die Auswahl von Monitoren entscheiden, sondern müssen diese von einem internen Komitee und dem Büro des *Deputy Attorney General* genehmigen lassen.<sup>79</sup>

Der konkrete Auswahlprozess ist nicht in allen Fällen gleich. Zum Teil werden die betroffenen Unternehmen angehalten, Kandidaten vorzuschlagen, welche die Behörden gutheissen oder ablehnen können. In anderen Fällen sind die Behörden viel stärker in die Auswahl involviert. In allen Fällen haben sie am Ende das entscheidende Wort. Wie auch immer der Prozess im Einzelfall genau definiert ist, sollten – soweit praktikabel – immer zumindest drei Kandidaten evaluiert werden. Ausnahmen vom normalen Auswahlprozess sind möglich, da dieser «*practical and flexible*» bleiben müsse, erfordern

<sup>74</sup> Medienmitteilung des DOJ vom 11. Dezember 2017, abrufbar unter [www.justice.gov/opa/pr/national-security-division-announces-agreement-netcracker-enhanced-security-protocols](http://www.justice.gov/opa/pr/national-security-division-announces-agreement-netcracker-enhanced-security-protocols).

<sup>75</sup> Was nicht ohne Kritik blieb, vgl. KELLY SWANSON, Recent NPAs set «troubling» precedent, GIR, 25. Januar 2018, abrufbar unter <https://globalinvestigationsreview.com/article/jac/1153111/recent-npas-set-troubling-precedent>.

<sup>76</sup> Unter der Obama-Administration engagierte das DOJ eine Compliance-Spezialistin mit dem Auftrag, die Staatsanwälte bei der Beurteilung der Effektivität der Unternehmens-Compliance zu unterstützen und gewisse Standards zu erreichen.

<sup>77</sup> Auslöser des *Morford Memorandums* zum Einsatz von Monitoren war das umstrittene Mandat, welches der damalige US-Attorney Christopher Christie seinem früheren Vorgesetzten John Ashcroft 2007 bei der *Zimmer Holdings Inc.* vermittelte. Vgl. vorne Ziffer IV.

<sup>78</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Principle 1. Alle nachfolgenden Zitate beziehen sich ebenfalls auf dieses Prinzip bzw. den Kommentar dazu.

<sup>79</sup> Zur Zusammensetzung dieses *Standing Committee on the Selection of Monitors* das *Breuer Memorandum* vom 24. Juni 2009, abrufbar unter [www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/response3-supp-appx-3.pdf](http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/response3-supp-appx-3.pdf).



aber die Zustimmung des *Standing Committee on the Selection of Monitors*.<sup>80</sup>

Angesichts der in den USA verbreiteten Wechsel von Anwälten zur Regierung und wieder zurück («*Revolving Doors*») und des breiten Geschäftsmodells der grossen US-Anwaltskanzleien ist die Frage von Interessenkonflikten zentral.<sup>81</sup> Mitarbeiter des DOJ müssen beim Auswahlprozess in den Ausstand treten, wenn ihre Teilnahme einen potenziellen oder tatsächlichen Interessenkonflikt generiert oder zu generieren scheint.<sup>82</sup> Dies trifft wohl zu, wenn ein Monitorkandidat bei einer Anwaltskanzlei tätig ist, in welcher der Mitarbeiter des DOJ bis vor kurzem beschäftigt war. Unternehmen ist es andererseits für die Dauer von mindestens einem Jahr nach Ablauf des Monitor-Mandats verboten, den Monitor mit einem anderen Auftrag zu betrauen.<sup>83</sup>

Die Regeln des *Morford Memorandums* sind nur für US-Bundesanwälte verbindlich. So gibt es offenbar Beispiele, welche daran zweifeln lassen, dass es Behörden von US-Gliedstaaten mit solchen Prinzipien sehr genau nehmen. Als Richtschnur für alle Behörden sollen die erwähnten *Standards* der *American Bar Association* gelten. Diese befassen sich im Detail mit der Frage von Interessenkonflikten von Monitoren. Im Ergebnis sind die Regeln grosszügig, was angesichts ihrer Verfasser nicht erstaunt. So beziehen sich diese Vorgaben nur auf die als Monitore vorgesehenen Personen selbst. Allfällige Konflikte, welche sich aus Tätigkeiten anderer Partner ihrer Kanzleien ergeben könnten, werden weitgehend ausgeblendet.<sup>84</sup> Sehr vernünftig ist die Anregung an die Behörden, zum Voraus einen Pool von «*pre-qualified monitors*» zu errichten und dauernd zu unterhalten.<sup>85</sup>

Eine Analyse der Inhaber von US-Monitor-Mandaten im Jahre 2007 ergab, dass sehr viele Monitore entweder frühere Staatsanwälte, Richter oder Mitarbeiter der SEC waren.<sup>86</sup> Das *Morford Memorandum* versuchte, die Kritiker dieser Praxis zu beschwichtigen und den Kreis der Anwärter zu erweitern: «*While attorneys, including but not limited to former Government attorneys, may have*

*certain skills that qualify them to function effectively as a monitor, other individuals, such as accountants, technical or scientific experts, and compliance experts, may have skills that are more appropriate to the tasks contemplated in a given agreement.*»<sup>87</sup> Wie weit diese Aufforderung nachgewirkt hat, kann hier nicht untersucht werden. Die in Kapitel III. erwähnten acht Beispiele von US-Monitoren bei europäischen Gesellschaften lassen daran zweifeln: Bei allen acht Gesellschaften wurden ehemalige US-Staatsanwälte oder Mitarbeiter von FBI oder SEC als Monitore oder nachträglich als *Consultant* des Unternehmens und des Monitors bestimmt.

Der Auswahlprozess des DOJ bleibt bis heute Gegenstand von Debatten und Kritik. Die Diskussionen werden auch gespiesen durch die Frustration erfolgloser Kandidaten. Insbesondere wird dem DOJ vorgeworfen, Vertreter des «*white-collar-defense bar*» – und damit oft frühere Bundesanwaltskollegen – gegenüber Personen zu bevorzugen, welche konkrete Compliance-Erfahrung aus Unternehmen mitbringen. Beklagt wird auch die Untervertretung von Frauen und Minderheiten, worauf das DOJ in einem DPA vom Mai 2018 eine «*diversity clause*» einfügte.<sup>88</sup>

Während der Obama-Administration beschäftigte das DOJ eine Compliance-Spezialistin, welche die Bundesanwälte in Compliance-Fragen schulte, einen Fragenkatalog zum Test guter Compliance erarbeitete<sup>89</sup> und Monitorkandidaten kritisch hinterfragte. Nach ihrem Abgang schlug sie vor, die Monitoraufgaben Mitarbeitenden einer neu zu schaffenden Behörde zu übertragen oder die Unternehmen zu verpflichten, bei der Auswahl von Monitorkandidaten ihre eigenen Beschaffungsrichtlinien strikt anzuwenden. Heute würden die Unternehmen vielfach Kandidaten präsentieren, die sie als dem DOJ besonders genehm einschätzten, sprich frühere Mitarbeitende des DOJ. Ob sich diese Vorschläge durchsetzen, bleibt zweifelhaft. Unter der Trump-Administration wurde die Compliance-Beratungsfunktion im DOJ bisher nicht besetzt.<sup>90</sup>

<sup>80</sup> *Breuer Memorandum* (FN 80), Kapitel E.

<sup>81</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Principle 1: «*The Government should decline to accept a monitor if he or she has an interest in, or relationship with, the corporation or its employees, officers or directors that would cause a reasonable person to question the monitor's impartiality.*»

<sup>82</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Kommentar zu Principle 1: «*creates, or appears to create, a potential or actual conflict.*»

<sup>83</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Principle 1: «*Finally, the Government should obtain a commitment from the corporation that it will not employ or be affiliated with the monitor for a period of not less than one year from the date the monitorship is terminated.*»

<sup>84</sup> ABA Monitor-Standards 2015 (FN 62), Standard 24-2.4 Selection Criteria.

<sup>85</sup> ABA Monitor Standards 2015 (FN 62), Standard 24-2.3 Pre-qualified Monitor Pool. Die FINMA kennt in der Schweiz seit langem einen solchen Prozess: vgl. [www.finma.ch/de/finma/beauftragter-finma/](http://www.finma.ch/de/finma/beauftragter-finma/).

<sup>86</sup> KHANNA/DICKINSON (FN 5), 1723.

<sup>87</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Kommentar zu Principle 1.

<sup>88</sup> GIR, FCPA Monitorships: Data Analysis, abrufbar unter <https://globalinvestigationsreview.com/benchmarking/fcpa-counsel-tracker/1068506/fcpa-monitorships-data-analysis>.

<sup>89</sup> DOJ, Criminal Division, Fraud Section, Evaluation of Corporate Compliance Programs, Februar 2017, abrufbar unter <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.

<sup>90</sup> DYLAN TOKAR, Bias in monitorship selections has become «self-perpetuating myth» GIR, 9. Januar 2018, abrufbar unter <https://globalinvestigationsreview.com/article/jac/1152471/bias-in-monitorship-selections-has-become-self-perpetuating-myth>.

## VIII. Offenes Buch? – Zur Einsicht in Berichte der Monitore durch interessierte Dritte

Meist ist der Sachverhalt, welcher zur Einsetzung eines Monitors führt, nicht nur Gegenstand eines einzigen Verfahrens, z.B. eines Strafverfahrens. Oft bestehen damit verbundene, zusätzliche Verfahren wie beispielsweise zivilrechtliche Sammelklagen. Entsprechend ist der Inhalt der Monitor-Berichte für diverse Beteiligte von Interesse, welche gerne Zugriff auf die entsprechenden Dokumente hätten. Hilfreich sind die Informationen zum einen für andere Behörden, welche den gleichen oder einen verwandten Sachverhalt bearbeiten, so insbesondere für Aufsichtsbehörden, welche Gewissheit über die Compliance-Verbesserungen haben möchten. Weiter haben Zivilkläger, welche aus dem dem Monitor-Mandat zu Grunde liegenden Sachverhalt Ansprüche ableiten, ein grosses Interesse an den Details in den Monitor-Berichten. Sie erhoffen sich dadurch Informationen über Schwachstellen in der Compliance-Organisation des Unternehmens, die sie in ihren Verfahren als Beweismittel benützen können. Und zu guter Letzt möchten Journalisten über die Angelegenheit berichten und wünschen sich ebenfalls Zugang zu den Berichten.

Bisher haben US-Gerichte die Versuche mehrheitlich privater Gesuchsteller, vom DOJ gestützt auf den *Freedom of Information Act* (FOIA)<sup>91</sup> oder andere Rechtsgrundlagen Einsicht in Berichte und Unterlagen der Monitore zu erhalten, zum Teil abgewiesen, zum Teil aber auch nur beschränkt. Die zwei Leitfälle betrafen Berichte der in Kapitel III. erwähnten Gesellschaften Siemens und HSBC:

- Im Fall Siemens verlangte *100Reporters*, eine Organisation investigativer Journalisten, 2013 vom DOJ Einblick in Berichte des Siemens-Monitors. Das DOJ weigerte sich und rief zur Begründung verschiedene Ausnahmen unter dem FOIA an. Der Fall zog sich in die Länge und führte zu Entscheiden mehrerer Gerichte. In einem jüngsten Entscheid vom Juni 2018 hielt es ein Gericht in Washington D.C. für gerechtfertigt, dass das DOJ die jährlichen Monitor-Berichte, Entwürfe von Berichten und Arbeitsplänen sowie die damit verbundene Korrespondenz mit dem Monitor und dem Anwalt des Monitors zurückhielt. Hingegen müsse das DOJ die endgültigen Arbeitspläne des Monitors, die Siemens-Compliance-Pläne, Schulungsunterlagen und zahlreiche damit zusammenhängende Dokumente (inkl. der Dokumente, welche mit dem Monitor-Bericht vorgelegt wurden) aushändigen. Das Gericht liess Schwärzungen zum

Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder Persönlichkeitsrechten zu.<sup>92</sup>

- Im Fall HSBC verlangte ein Investor Einsicht in einen Bericht des Monitors. Der Investor erhoffte sich durch den Bericht Beweismaterial für seine Zivilklage gegen die HSBC, welche jedoch in keinem Zusammenhang mit den Vorwürfen stand, welche Gegenstand des Vergleichs zwischen DOJ und HSBC bildeten. Er machte geltend, der Monitor-Bericht sei ein dem DPA-Gericht vorzulegendes und damit nach dem *First Amendment* zur US-Verfassung öffentliches «*Judicial Document*». Die Offenlegung des Berichts wurde 2016 erstinstanzlich angeordnet, im Juli 2017 von der zweiten Instanz, dem *United States Court of Appeals for the Second Circuit* in Manhattan, jedoch verweigert.<sup>93</sup>

In beiden Fällen wehrten sich das DOJ, das betroffene Unternehmen und die Monitore gemeinsam gegen die Offenlegung. Im Wesentlichen machten sie geltend, dass eine Offenlegung die zur Erreichung einer verbesserten Compliance unabdingbare offene Kommunikation zwischen dem Unternehmen, dem Monitor und dem DOJ gefährden würde. Die US-Behörden befürchten zudem, dass gerade ausländische Gesellschaften weniger offen für DPAs und die darin angeordneten Compliance-Massnahmen mit Einsatz eines Monitors sein könnten, wenn die Offenlegung von dessen Berichten droht.

In der Tendenz sieht es zur Zeit also danach aus, dass Monitor-Berichte nur beschränkt privaten Dritten offengelegt werden müssen. Das letzte Wort ist allerdings noch nicht gesprochen. Auch haben diese Urteile nur beschränkte präjudizielle Wirkung in Bezug auf Berichte von Monitoren, welche von Behörden von US-Bundesstaaten wie namentlich dem NY DFS eingesetzt wurden.

## IX. Fass ohne Boden? – Kosten von Monitoren

Soweit ersichtlich, gibt es keine Übersichten der an die von US-Behörden eingesetzten Monitore bezahlten Honorare oder der Kosten, welche die mit ihrem Auftrag bezweckten Compliance-Verbesserungen zur Folge hatten. Aber die Kosten sind fraglos sehr hoch. Nach Schätzungen eines US-Anwaltes sind USD 30–50 Mio. für ein

<sup>91</sup> U.S. Code, Title 5, Part I, Chapter 5, Subchapter II, § 552, abrufbar unter [www.law.cornell.edu/uscode/text/5/552#](http://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/552#).

<sup>92</sup> *100Reporters LLC v. U.S. Dept. of Justice*, No. 14-1264 (RC) (D.D.C. June 13, 2018), vgl. die Besprechung durch ABEENA MAINOO et al., 26. Juni 2018, abrufbar unter [www.clearlyenforcementwatch.com/2018/06/recent-district-court-decision-applicability-foia-siemens-fcpa-monitorship-documents-provides-guidance-scope-possible-disclosures/](http://www.clearlyenforcementwatch.com/2018/06/recent-district-court-decision-applicability-foia-siemens-fcpa-monitorship-documents-provides-guidance-scope-possible-disclosures/).

<sup>93</sup> *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*, Nos. 16-308, 16-353, 16-1068, 16-1094, slip op. at 2 (2d Cir. July 12, 2017), dazu Gibson Dunn (FN 9), FN 40 ff. Dieser Entscheid ist auch deshalb interessant, weil er den Beurteilungsspielraum der Gerichte bei der Genehmigung von DPAs sehr einschränkend interpretiert.

dreijähriges Mandat normal geworden.<sup>94</sup> Ein nach unserer Kenntnis extremes Beispiel sind die vorne erwähnten geschätzten Aufwendungen der Credit Suisse im Zusammenhang mit dem Mandat des vom NY DFS eingesetzten Monitors, welcher nun seit fast vier Jahren tätig ist.<sup>95</sup>

Jedenfalls ist sich das DOJ der Problematik durchaus bewusst. Das *Morford Memorandum* trägt den US-Bundesanwälten eine Interessenabwägung auf: «*In negotiating agreements with corporations, prosecutors should be mindful of both: (1) the potential benefits that employing a monitor may have for the corporation and the public, and (2) the cost of a monitor and its impact on the operations of a corporation.*»<sup>96</sup> Gemäss *Grindler Memorandum* sollen die Bundesanwälte zudem mindestens einmal jährlich den Monitor und das Unternehmen treffen und dabei auch Vorbringen des Unternehmens zu Umfang und Kosten des Mandats besprechen.<sup>97</sup>

Diese gut gemeinten Regeln gingen aber nicht mit einer Einschränkung des Umfangs der Mandate einher und führten somit kaum zu einer Kostenbeschränkung. Zu stark sind offenbar die gleichgerichteten Anreize der Monitore, hohe Honorare zu erzielen und wirklich alles zu tun, damit das Unternehmen künftig keine Compliance-Probleme mehr hat. So werden denn auch nicht nur konkret bestehende Fehler in den Compliance-Prozessen korrigiert, sondern – mit den entsprechenden Kostenfolgen – die Compliance in allen Bereichen generell verbessert.

Das betroffene Unternehmen ist dabei in einer schwierigen Position. Es muss den Eindruck vermeiden, es wolle sich nachträglich aus der im Vergleich eingegangenen Verpflichtung zu Compliance-Verbesserungen herauswinden oder komme seinen Kooperationspflichten ungenügend nach. Die Möglichkeiten des Unternehmens sind entsprechend beschränkt, aber es gibt sie. Wichtig ist einmal eine sorgfältige Auswahl des Monitors, soweit das in der Macht des Unternehmens liegt. Das Unternehmen sollte Kandidaten vorschlagen, welche die Anforderungen an die schwierige Aufgabe erfüllen, aber diese voraussichtlich mit Augenmass angehen. Zudem muss alles versucht werden, das Mandat des Monitors im Vergleich sorgfältig, präzise und nicht uferlos zu beschreiben. Vom Monitor dürfen und können ein Arbeitsplan, Kos-

tenschätzungen und Budgets verlangt werden. Je stärker zudem das Unternehmen die Compliance-Verbesserung aus eigener Initiative trägt und je besser es durch eigene Teams mit dem Monitor zusammenarbeitet, desto weniger Aufwand ist beim Monitor notwendig. Allenfalls gelingt es sogar, im Vergleich Meilensteine auf dem Weg der Compliance-Verbesserung zu beschreiben, bei deren Erreichen das Mandat des Monitors beendet werden soll. Schliesslich ist eine möglichst konstante, klare, vertrauensvolle und offene Kommunikation mit dem Monitor und den US-Behörden wichtig. Schliesslich kann, so paradox es tönt, auch eine Überwachung des Monitors durch einen eigenen Rechtsberater kostensenkend sein.<sup>98</sup> Trotz allem: es ist ein schwieriger Weg und er wird einiges kosten.

## X. Vorseilender Gehorsam? – Vermeiden eines Monitors

Aus Sicht des Unternehmens ist der Monitor im besten Fall ein Freund und Helfer, welcher das Unternehmen sachkundig, weise und streng, aber dennoch mit Augenmass sowie unbeirrbar mit gutem Rat auf dem Weg zur Compliance-Verbesserung unterstützt. Im schlimmsten Fall entwickelt sich ein Monitor zur Nervensäge, welche das Monitor-Mandat ohne guten Grund immer mehr ausdehnt und verlängert, dafür immer höhere Rechnungen stellt, die Zeit einer grossen Zahl von Mitarbeitenden des Unternehmens unnötig strapaziert und Empfehlungen macht, welche sogar bei gutem Willen zur Compliance-Verbesserung keinen Sinn machen. Damit droht auch eine mühselige, schwierige und kostspielige Auseinandersetzung mit der Behörde, welche vom Unsinn der Empfehlungen des Monitors überzeugt werden muss.

Auch bei aller Sorgfalt bei der Auswahl von Monitorkandidaten bleibt diesbezüglich ein Risiko, weshalb die beste Alternative aus Sicht des Unternehmens wäre, den Einsatz eines Monitors komplett zu vermeiden.

Neben den von den Bundesanwälten gemäss *Morford Memorandum* zu beachtenden Faktoren der Effektivität und der Kosten<sup>99</sup> ist ein Monitor dort angebracht, «*where a company does not have an effective compliance program, or where it needs to establish necessary internal controls*».<sup>100</sup> Damit besteht für das Unternehmen zumindest eine Chance, trotz des zu sanktionierenden Fehlverhaltens den Einsatz eines Monitors generell zu vermeiden. Allerdings ist der Weg zu diesem Ziel steinig, da die Behörden grundsätzlich von einem Versagen der Compliance-Organisation ausgehen, andernfalls hät-

<sup>94</sup> PHILIP INGLIMA, Crowing & Moring, Corporate Monitors: Peace at what cost?, Januar 2018, abrufbar unter [www.crowell.com/News/Events/Litigation-Forecast/2018/Articles/White-Collar-Corporate-Monitors-Peace-at-What-Cost](http://www.crowell.com/News/Events/Litigation-Forecast/2018/Articles/White-Collar-Corporate-Monitors-Peace-at-What-Cost).

<sup>95</sup> Vgl. vorne Ziff. III.

<sup>96</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Introduction.

<sup>97</sup> *Grindler Memorandum* vom 25. Mai 2010, abrufbar unter [www.justice.gov/archives/dag/memorandum-heads-department-components-united-states-attorneys](http://www.justice.gov/archives/dag/memorandum-heads-department-components-united-states-attorneys): «*At least annually, and more frequently if appropriate, representatives of the company and the Department will meet together to discuss the monitorship and any suggestion, comments, or improvements the company may wish to discuss with or propose to the Department, including with respect to the scope or costs of the monitorship.*»

<sup>98</sup> Dazu und generell zu möglichen Kostendämpfern SCHWARZ (FN 19), 62 f.; vgl. auch WARIN/DIAMAND/ROOT (FN 20), 372 f.

<sup>99</sup> Vgl. FN 96.

<sup>100</sup> *Morford Memorandum* (FN 58), Introduction.



te ja das Fehlverhalten verhindert werden können. Wie jedoch die Statistiken zeigen, kommt ein Verzicht auf einen Monitor im Rahmen eines Vergleichs nicht selten vor<sup>101</sup> – trotz Kritik an dieser Praxis.

Die erste Möglichkeit führt über den Nachweis, dass die Compliance-Organisation nicht nur angemessen, sondern im Industrievergleich in jeder Beziehung geradezu vorbildlich war und der oder die Täter so raffiniert vorgehen, dass ihre Handlungen dennoch nicht entdeckt werden konnten. Dieser Nachweis ist schwierig zu erbringen und praktisch unmöglich, wenn es nicht bloss um klar isolierte Handlungen einzelner untergeordneter und genau bezeichneter Personen geht, sondern um Handlungen oder Unterlassungen einer grösseren Zahl von Mitarbeitenden oder von Kadern. Zudem erfordert dieser Nachweis eine gründliche, unabhängige und glaubwürdige Aufarbeitung des Sachverhalts und eine proaktive, frühzeitige und offene Berichterstattung des Unternehmens gegenüber den Behörden. Des Weiteren ist eine zielgerichtete und glaubwürdige Verbesserung der Compliance-Organisation und der internen Prozesse nötig, um eine Wiederholung eines solchen Falles zu vermeiden. Schliesslich sind die fehlbaren Personen zu sanktionieren und allenfalls zu entlassen.

Erschwert wird die Sache, wenn das Unternehmen in den letzten Jahren bereits einmal sanktioniert wurde. Das Unternehmen droht, als Wiederholungstäter («*Recidivist*») betrachtet zu werden, der keine erleichterten Sanktionen verdient. Dem wird es kaum entgehen können ohne den glaubwürdig belegten Nachweis, dass die beiden Fälle nichts Gemeinsames haben und auch nicht Ausdruck einer fehlenden Compliance-Kultur sind.

Ist der erste Weg verbaut, etwa weil es nicht nur um isoliertes Fehlverhalten geht, kann eine Alternative darin bestehen, im Anschluss an die proaktive Aufarbeitung, Berichterstattung und Sanktionierung selbständig und glaubwürdig ein umfassendes und breites Programm zu Compliance-Verbesserung zu starten. Dieser Schritt muss unabhängig erfolgen und vor allfälligen Massnahmen und Sanktionen der Behörden initiiert werden. Die Glaubwürdigkeit der Compliance-Verbesserung wird erhöht durch den Beizug einer aussenstehenden, vertrauenswürdigen, unabhängigen und sachkundigen Drittperson. Inhalt, Umfang und Dauer eines solchen Mandats sollten die Anforderungen an einen in einem Vergleich einzusetzenden Monitor erfüllen. Zudem ist die Drittperson so zu wählen, dass die Behörden sie voraussichtlich auch als Monitor akzeptieren würden.

Trotzdem mag es nach jahrelangen Ermittlungen der Behörden und intensiven Verhandlungen über einen Vergleich am Ende unter Umständen nicht gelingen, den Einsatz eines Monitors zu verhindern. Aber es besteht

immerhin die Chance, dass die selbst gewählte Person von der Behörde als Monitor akzeptiert wird und mit zusätzlichen Pflichten zur Berichterstattung gegenüber der Behörde weiter tätig sein kann.<sup>102</sup>

Dieses Vorgehen hat zudem den Vorteil, dass der meist langwierige und schwierige Prozess zur Verbesserung der Compliance frühzeitig eingeleitet werden kann und im Zeitpunkt des Vergleichs idealerweise bereits sichtbare Fortschritte zeigt.

Ohne vorauseilenden Gehorsam wird ein Monitor kaum vermieden werden können. Wer das nicht will, kann versuchen, auf Zeit zu spielen, Kooperation zuzusichern, aber nur minimal oder überhaupt nicht zu kooperieren in der Hoffnung, der Behörde misslänge der Beweis des Sachverhaltes vor Gericht. Wie der Fall Volkswagen zeigt, ist das ein riskantes Unterfangen, welches extrem teuer und rufschädigend werden kann, vor allem wenn an oder gar jenseits der Grenze der Vertuschung operiert wird. Die für eine solche Strategie verantwortlichen Personen riskieren zudem gegen sie persönlich gerichtete Aufsichts- und Strafverfahren.

## XI. Erdulden oder profitieren? – Zum Umgang des betroffenen Unternehmens mit Monitoren

Setzen die Behörden schliesslich einen Monitor ein, weil das Unternehmen keine Compliance-Verbesserungen eingeleitet hat oder weil sie diese als unglaubwürdig oder ungenügend erachten, stellt sich für das Unternehmen die Frage, wie es mit dem Monitor umgehen soll. Soll es ihn während der Dauer des Mandats erdulden und höchstens notgedrungen das Beste daraus machen? Oder soll er als Chance für einen wirklichen Wandel betrachtet werden? «*While some companies want to take advantage of the process to turn the company around, others saw a monitorship as something to endure for the time being.*»<sup>103</sup>

In den allermeisten Fällen dürfte die richtige Reaktion sein, die Compliance-Auflagen im Vergleich und den Monitor als Chance für eine Neuausrichtung anzusehen und von den Ratschlägen und der Betreuung des (hoffentlich) klug ausgewählten, fachkundigen Monitors zu profitieren. Dies erfordert verschiedene Schritte.

Als erstes braucht es Einsicht und Unterstützung von der obersten Unternehmensführung in Verwaltungsrat

<sup>101</sup> Vgl. die Zahlen vorne in Ziffer II.

<sup>102</sup> So in den vorne in Ziff. III. erwähnten Fällen Daimler und BNP sowie im nachfolgend erwähnten Fall Rolls Royce (hinten Ziff. XIII.).

<sup>103</sup> HUI CHEN, Companies need to start thinking for themselves, GIR, 1. August 2017, abrufbar unter <https://globalinvestigationsreview.com/article/1145120/hui-chen-companies-need-to-start-thinking-for-themselves>. Hui Chen war bis Juni 2017 *Senior Compliance Counsel* in der *Fraud Section* der *Criminal Division* des DOJ.

und Geschäftsleitung. Sie müssen diese Haltung glaubwürdig verkörpern, vorleben und kommunizieren. Als positives Beispiel wird immer wieder Peter Löscher, von 2007 bis 2013 CEO von Siemens, dargestellt, der seine Erwartungen an die Mitarbeiter so zusammengefasst haben soll: «*Only clean business is Siemens Business*». <sup>104</sup>

Wichtig ist das Verständnis des Unternehmens, selbst für die Compliance-Verbesserungen verantwortlich zu sein. Diese können nicht an den Monitor delegiert werden. Er hat einzig die Aufgabe, diesen Prozess mit unabhängigem Blick sachkundig zu unterstützen und dazu Empfehlungen zu machen. Weder er noch die Behörden können und werden die Führung übernehmen: «*Stop asking what the DOJ wants and instead dialogue with prosecutors and regulators about what you believe is or is not working. The industry should take the leadership instead of waiting to be led. ... The best is really when companies that have taken a very self-critical evidence-based approach to compliance programmes. And the worst is coming in with things that they think DOJ wants and when we ask them why they do it, they have no idea.*» <sup>105</sup>

Eine offene und vertrauensvolle Kommunikation fördert die Erfolgchancen des Monitor-Einsatzes und der umzusetzenden Compliance-Verbesserungen. «*The worst is companies that fight monitors. So not only do they see it as something they have to endure, but they make it very clear that they're not happy at all about having to endure it so they make it difficult for a monitor to conduct his or her work every step of the way.*» <sup>106</sup>

Diese Kommunikation sollte grundsätzlich über eine einzige Kontaktperson laufen bzw. von dieser koordiniert werden. <sup>107</sup> Selbstverständlich wird der Monitor mit einer Vielzahl von Personen im Unternehmen sprechen. Die Kontaktperson muss aber jederzeit den Überblick haben und die nötigen Türen öffnen können. Das bedingt Seniorität und Unterstützung durch das oberste Management, was der Kontaktperson Zugang zu sämtlichen Stakeholdern im Unternehmen verschafft. Als Ergänzung zur Kontaktperson ist schliesslich zu bestimmen, wer auf Stufe der Geschäftsleitung die Position des Unternehmens im Monitor-Prozess vertritt. Dies kann, muss aber nicht zwingend die Person des General Counsel sein.

Schliesslich muss der Monitor durch ein internes Team bei der Informationsbeschaffung unterstützt werden. <sup>108</sup> Dies dämpft die Kosten, indem es einen ineffizienten Einsatz von Ressourcen des Monitors vermeidet. Nur wenn diese Unterstützung ohne Zweifel sichergestellt ist, ist es denkbar, dass die Behörden eine fachkundige

Einzelperson mit kleinem Team als Monitor akzeptieren, was die Kosten ebenfalls reduziert. Sonst wird die Behörde auf eine Anwaltskanzlei oder Beratungsfirma mit grossen Ressourcen bestehen, welche dann auch zum Einsatz kommen.

## XII. Schweizer Strafe für US-Monitore? – Beschränkung ausländischer Monitore durch Art. 271 StGB

Vereinbart eine in der Schweiz inkorporierte Gesellschaft in einem Vergleich mit US-Behörden ein Programm zur Verbesserung seiner Compliance und eine Begleitung und Kontrolle des Programms durch einen Monitor, steht dem nach Schweizer Recht grundsätzlich nichts entgegen. Aufgrund verschiedener Schweizer Gesetze ergeben sich aber Beschränkungen hinsichtlich der Übermittlung von Informationen an ausländische Behörden.

So fragt sich, ob sich der Monitor nach Art. 271 Ziff. 1 StGB wegen Amtshandlungen für einen fremden Staat strafbar machen kann, wenn er oder seine Mitarbeiter auf Schweizer Boden tätig werden und dafür keine Bewilligung der zuständigen Schweizer Behörde vorliegt. Auch das Unternehmen riskiert danach eine Strafe als Gehilfe bzw. nach dem Wortlaut dieser Bestimmung wegen «Vorschubleistens».

Es besteht wenig Klarheit darüber, wann genau eine strafbare Amtshandlung für einen fremden Staat vorliegt, gibt es doch nur wenig Strafurteile und ist die Bewilligungspraxis der Behörden wenig transparent. Ein Projekt für ein «Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz (ZSSG)», welches in diesem Punkt etwas Klarheit geschaffen hätte, wurde 2013 lanciert, 2015 aber wieder aufgegeben, was in diesem Zusammenhang zu bedauern ist. <sup>109</sup> Die dort gemachten Vorschläge verdienen es u.E. dennoch, als Richtschnur berücksichtigt zu werden.

US-Monitore werden rechtlich nicht von den US-Behörden, sondern vom betroffenen Unternehmen eingesetzt. Sie sind Privatpersonen und nicht Mitglied einer Behörde. Sie können dem Unternehmen nichts befehlen, sondern nur Empfehlungen machen. Ihr Auftrag gründet jedoch auf einer unter dem Zwang eines Straf- oder Verwaltungsverfahrens zur Vermeidung schärferer Sanktionen abgeschlossenen, verbindlichen und, im Falle von DPAs und *Guilty Pleas*, durch ein US-Gericht genehmigten Vereinbarung. Die Verletzung solcher Vergleiche kann ein Wiederaufleben des Strafverfahrens oder der

<sup>104</sup> GARRET (FN 1), 184.

<sup>105</sup> HUI CHEN (FN 103).

<sup>106</sup> HUI CHEN (FN 103).

<sup>107</sup> WARIN/DIAMAND/ROOT (FN 20), 373.

<sup>108</sup> WARIN/DIAMAND/ROOT (FN 20), 374.

<sup>109</sup> Alle Unterlagen sind auf der Webseite des Bundesamtes für Justiz zugänglich, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/archiv/zssg.html>.

angedrohten Behördensanktion zur Folge haben. Die Berichte des Monitors gehen zudem auch an die US-Behörde, welche letztlich darüber entscheidet, ob das Unternehmen die Bedingungen des Vergleichs erfüllt hat. Dies ist eine der Voraussetzungen zum endgültigen Verzicht auf eine Anklage bzw. die angedrohten Massnahmen.

Nach der Praxis zu Art. 271 StGB ist nicht relevant, ob die fragliche Handlung von einem ausländischen Beamten oder einer Privatperson vorgenommen wird und ob diese Person nach ausländischem Recht Zwang ausüben darf oder nicht.<sup>110</sup> Im vorliegenden Zusammenhang ist eine verbotene Handlung für einen fremden Staat u.E. zu bejahen, weil der Auftrag des Monitors in einem mit einer Behörde abgeschlossenen Vergleich begründet ist und die Verletzung der Rahmenbedingungen des Vergleichs mit Sanktionen bedroht ist, er überdies im Ergebnis durch die US-Behörde (bzw. in deren Auftrag) ausgewählt und instruiert wird und er nach ausländischem Recht an ausländische Behörden Bericht erstattet.<sup>111</sup>

Setzt eine in der Schweiz inkorporierte Gesellschaft gestützt auf einen mit einer ausländischen Behörde (insbesondere einer US-Behörde) abgeschlossenen Vergleich einen Monitor ein, bedarf dieser somit einer Bewilligung einer zuständigen Schweizer Behörde, sofern er auf Schweizer Boden tätig werden soll. Solche Bewilligungen wurden auch bereits erteilt, so im erwähnten Fall der Credit Suisse. Zuständig dafür sind «in ihrem Bereich» die Departemente und in Fällen «von politischer oder sonst grundsätzlicher Bedeutung» der Bundesrat.<sup>112</sup> Wird das Unternehmen von der FINMA beaufsichtigt, dürfte die Tätigkeit des Monitors in der Schweiz nach unserem Verständnis als «Vor-Ort-Kontrolle» unter Art. 43 FINMAG fallen, sofern der Vergleich nicht mit einer Straf-, sondern mit einer Aufsichtsbehörde wie der SEC oder dem NY DFS abgeschlossen worden ist. Diese Behörden sind «in ihrem Hoheitsgebiet für die Beaufsichtigung der Tätigkeit des geprüften Beaufsichtigten verantwortlich.»<sup>113</sup> Entsprechend ist seit dem Inkrafttreten des heutigen Art. 43 FINMAG am 1. Januar 2016 die FINMA für die Bewilligung zuständig. Als weitere Behörde mit entsprechender Zuständigkeit ist das Eidgenössische Finanzdepartement zu nennen, welches bereits solche Bewilligungen erteilt hat. Allerdings besteht hinsichtlich dieser Zuständigkeiten keine abschliessende Klarheit, weshalb sich empfiehlt, bei den in Frage kommenden Behörden anzufragen und im Falle von unklaren

oder sich widersprechenden Antworten das Gesuch an alle zu richten.

Die über ein Gesuch nach Art. 271 StGB entscheidende Verwaltungsbehörde sollte das Interesse des Unternehmens an einer möglichst einvernehmlichen Regelung seiner im Ausland (im vorliegenden Fall in den USA) hängiger Verfahren mittels Vergleich hoch gewichten. Die Umsetzung solcher Vergleiche wäre gefährdet, wenn der Monitor seine Aufgabe in der Schweiz nicht erfüllen könnte, was für die betroffenen Unternehmen schlimmstenfalls existenzbedrohend ist.

Die öffentlichen Interessen der Schweiz können und sollten aber durch entsprechende Auflagen gewahrt bleiben. Zu denken ist an die Wahrung geschützter Interessen Dritter wie Kunden oder Mitarbeitende. Ohnehin entbindet eine Bewilligung der Behörde nicht von der Einhaltung solcher gesetzlicher Beschränkungen, welche sich z.B. aus dem Datenschutzgesetz ergeben. Es schadet aber nichts, darauf in der Verfügung ausdrücklich hinzuweisen. Weiter besteht die Möglichkeit für die Schweizer Behörde, vom Monitor eine Berichterstattung über Eckdaten seiner Tätigkeit in der Schweiz zu verlangen (z.B. Dauer, grober Gegenstand und Umfang, Anzahl der Mitarbeiter). Die FINMA kann zudem je nach Situation ein eigenes Aufsichtsinteresse an der Einsicht in die Arbeitsprodukte des Monitors haben. Entsprechend kann sie – falls sie die für die Bewilligung zuständige Behörde ist – die fragliche Bewilligung an die Bedingung eines Einsichtsrechts in die Monitor-Berichte knüpfen. Schliesslich ist die Bewilligung gemäss Art. 271 StGB wohl auch zeitlich zu beschränken, versehen mit der Möglichkeit einer Verlängerung. Dabei kann die Dauer auch kürzer sein als die im Vergleich vorgesehene Bewährungsfrist. Die Schweizer Behörden sollten aber der Versuchung widerstehen, ein nach ihrem Geschmack ausuferndes Monitor-Mandat aufgrund diffuser öffentlicher Interessen beschränken zu wollen. Sie würden damit weder dem Unternehmen, noch dem Monitor, noch der ausländischen Behörde noch sich selbst einen Dienst erweisen.

Gesuchsteller sollte der Monitor selbst und nicht das betroffene Unternehmen sein – weder in eigenem Namen noch als Stellvertreter des Monitors. Das Unternehmen wird aber Partei im Verfahren und hat regelmässig ein Interesse an der Gewährung einer Bewilligung. Eine offene Kommunikation ist dabei wichtig. Nicht zu empfehlen sind Winkelzüge, um einen im Vergleich aufgezungenen weiten Umfang des Mandats des Monitors durch eine Instrumentalisierung der Schweizer Behörde nachträglich wieder zu beschränken. Der Umfang des Mandats ist vielmehr in den Vergleichsverhandlungen zu bestimmen. Das Gesuch an die Schweizer Behörde ist sinnvollerweise erst nach Abschluss des Vergleichs zu stellen, sobald der genaue Umfang des Auftrags geklärt ist, aber bevor der Monitor eine Kontrolltätigkeit in der Schweiz aufnimmt.

<sup>110</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts 9X.1/1999 vom 7. Juli 2000, E. 6b; BGE 114 IV 128, E. 2d.

<sup>111</sup> Vgl. Art. 17 Abs. 2 E-ZSSG (FN 110).

<sup>112</sup> Art. 31 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV), SR 172.110.1.

<sup>113</sup> Vgl. dazu die Botschaft zum FinfraG, BBl 2014 2621, und die Wegleitung der FINMA vom 3. März 2017 zu Treffen nach Art. 43 FINMAG, abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/amtshilfe/internationale-amtshilfe/vor-ort-kontrollen/>.



Die Situation für die betroffenen Unternehmen wird durch diese zusätzliche «Heimatfront» nicht vereinfacht, aber das gehört zum Preis, den die Unternehmen aufgrund des durch Auslegung zum wirtschaftsrechtlichen «*blocking statute*» aufgebohrten Art. 271 StGB zu zahlen haben.

### XIII. Monitore als US-Exportartikel? – Monitore ausserhalb der USA

Anders als das Finanzmarktaufsichtsrecht erlaubt das Schweizer Unternehmensstrafrecht den Strafbehörden und -gerichten nicht, Compliance-Programme als Massnahme anzuordnen und durch Monitore kontrollieren zu lassen.<sup>114</sup> Anders etwa das Vereinigte Königreich, welches im Februar 2014<sup>115</sup> das US-Vergleichsinstrument des DPAs in sein Unternehmensstrafrecht einführte. Die britischen Regeln zu den DPAs verlangen Compliance-Massnahmen und deren Kontrolle.<sup>116</sup> Folgende Beispiele dienen der Illustration:

- Januar 2017: Im DPA mit *Rolls Royce* wegen Bestechung von Funktionsträgern während dreier Jahrzehnte in sieben Ländern (Strafzahlungen GBP 497 Mio.) erlaubte der Richter, den von *Rolls Royce* bereits im Januar 2013 zur Überprüfung seiner Anti-Korruptionsmassnahmen eingesetzten Rechtsanwalt Lord David Gold als Monitor zu beauftragen.<sup>117</sup> Das Gericht erwartet von ihm Fortschrittsberichte, einen Umsetzungsplan und einen Umsetzungsbericht nach 26 Monaten.
- Bereits die DPAs gegen die *Standard Bank* vom Dezember 2015<sup>118</sup> und gegen eine bisher nicht identifizierte Gesellschaft vom Juli 2016<sup>119</sup> verlangten Compliance-Massnahmen und ihre Überprüfung durch Monitore.

Auch Frankreich kennt seit Dezember 2016 die Möglichkeit von DPAs. Der erste Anwendungsfall betraf die HSBC sowie deren Schweizer Tochtergesellschaft, welche Kunden mit Wohnsitz in Frankreich bei der Steuer-

hinterziehung geholfen haben (Strafzahlung EUR 300 Mio.). Im Rahmen des DPAs wurden die Compliance-Verbesserungen der HSBC anerkannt. Ein Monitor wurde nicht eingesetzt, obwohl gemäss Gesetz die Möglichkeit dazu bestanden hätte.

Das Instrument des DPAs und die damit verbundene Möglichkeit, Monitore als Gehilfen der Strafverfolgung einzusetzen, erweist sich somit als erfolgreiches Exportprodukt der USA. Es bleibt abzuwarten, ob nach Brasilien (2013),<sup>120</sup> Grossbritannien (2014),<sup>121</sup> Frankreich (2016),<sup>122</sup> Singapur (2018)<sup>123</sup> und Kanada (2018)<sup>124</sup> auch die Schweiz folgen wird.<sup>125</sup> Nach Auffassung des gegenwärtigen Bundesanwaltes sollte sie dies tun.<sup>126</sup>

### XIV. Monitore als Gehilfen der Finanzmarktaufsicht? – Der Einsatz von Monitoren durch die FINMA

Das Schweizer Finanzmarktrecht kennt – im Unterschied zum Schweizer Strafrecht – Monitore seit langem. Das Finanzmarktaufsichtsgesetz erlaubt der FINMA, so genannte Untersuchungsbeauftragte oder Prüfbeauftragte<sup>127</sup> einzusetzen, um «von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen». Dies umfasst auch die Kontrolle der Umsetzung angeordneter Compliance-Verbesserungen. In jüngerer Vergangenheit hat

<sup>114</sup> Die Bundesanwaltschaft berücksichtigt vom Unternehmen getroffene Compliance-Verbesserungen aber bei der Frage der Anklage und der Strafzumessung, vgl. den Alstom-Fall: Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 12. November 2011, abrufbar unter [www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-42300.html](http://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-42300.html).

<sup>115</sup> Vgl. die Nachweise auf der Webseite des *Serious Fraud Office* (SFO), [www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/](http://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/).

<sup>116</sup> *The Criminal Procedure* (Amendment No. 2) Rules 2013, Schedule, Rule 7, Section 12.3 (3) (f) (vii und viii), abrufbar unter [www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/3183/pdfs/ukxi\\_20133183\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/3183/pdfs/ukxi_20133183_en.pdf).

<sup>117</sup> Medienmitteilung des SFO sowie DPA vom 17. Januar 2017, abrufbar unter [www.sfo.gov.uk/cases/rolls-royce-plc/](http://www.sfo.gov.uk/cases/rolls-royce-plc/).

<sup>118</sup> Medienmitteilung des SFO sowie DPA vom 10. Dezember 2015, abrufbar unter [www.sfo.gov.uk/cases/standard-bank-plc/](http://www.sfo.gov.uk/cases/standard-bank-plc/).

<sup>119</sup> Medienmitteilung des SFO sowie DPA vom 8. Juli 2016, abrufbar unter [www.sfo.gov.uk/2016/07/08/sfo-secures-second-dpa/](http://www.sfo.gov.uk/2016/07/08/sfo-secures-second-dpa/).

<sup>120</sup> CARLOS AYRES, Brazilian Prosecutors issue guidance on leniency agreements, Blogbeitrag vom 18. Oktober 2017 auf FCPAméricas, abrufbar unter <http://fcpamericas.com/english/brazil/brazilian-federal-prosecutors-issue-guidance-leniency-agreements/>.

<sup>121</sup> Crime and Courts Act 2013, Schedule 17: Deferred Prosecution Agreements, abrufbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/schedule/17/enacted>.

<sup>122</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Loi Sapin II), abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00003558528&categorieLien=id>.

<sup>123</sup> Vgl. ZACHARY S. BREZ ET AL., Singapore Introduces Deferred Prosecution Agreements, Blogbeitrag vom 19. März 2018 auf dem NYU Blog on Compliance and Enforcement, abrufbar unter [https://wp.nyu.edu/compliance\\_enforcement/2018/04/04/singapore-introduces-deferred-prosecution-agreements/](https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2018/04/04/singapore-introduces-deferred-prosecution-agreements/).

<sup>124</sup> Global Compliance News vom 27. Juni 2018, Follow up: Deferred Prosecution Agreement Roundtable, abrufbar unter <https://globalcompliancenews.com/deferred-prosecution-agreements-20180627/>.

<sup>125</sup> Vgl. die Übersicht bei Kirkland & Ellis, Kirkland Alert vom 2. April 2018, Singapore Introduces Deferred Prosecution Agreements, abrufbar unter [https://www.kirkland.com/siteFiles/Publications/Singapore\\_Introduces\\_Deferred\\_Prosecution\\_Agreements.pdf](https://www.kirkland.com/siteFiles/Publications/Singapore_Introduces_Deferred_Prosecution_Agreements.pdf).

<sup>126</sup> «Man redet über die Schweiz – alles gehe hier viel zu langsam», Interview in der Sonntagszeitung mit Michael Lauber vom 22. April 2018, abrufbar unter [www.tagesanzeiger.ch/sonntagszeitung/standard/Warum-sollen-sich-Firmen-freikaufen-koennen-Herr-Lauber/story/17489400](http://www.tagesanzeiger.ch/sonntagszeitung/standard/Warum-sollen-sich-Firmen-freikaufen-koennen-Herr-Lauber/story/17489400).

<sup>127</sup> Art. 24a und Art. 36 Abs. 1 FINMAG, SR 956.1. Während Untersuchungsbeauftragte ein Instrument des Enforcements sind, sind Prüfbeauftragte als Aufsichtsinstrument zu qualifizieren. Die FINMA überträgt solche Kontrollaufgaben heute vermehrt Prüfbeauftragten als Untersuchungsbeauftragten. Ein praktischer Unterschied ergibt sich daraus nicht.

die FINMA diese Instrumente wiederholt zum Einsatz gebracht:

- Dezember 2017: Die FINMA informierte über den Abschluss des Enforcement-Verfahrens gegen *J.P. Morgan (Suisse) SA* wegen schwerer Verstösse gegen die Geldwäschereibestimmungen im Zusammenhang mit Transaktionen im Umfeld des malaysischen Staatsfonds 1MDB. Sie auferlegte der Bank zwar weder geschäftliche Einschränkungen noch zog sie Gewinne ein. Sie setzte aber einen Prüfbeauftragten ein, «der vor Ort die Angemessenheit und das Funktionieren der Kontrollen evaluiert und laufend überwacht».<sup>128</sup>
- Februar 2018: Die FINMA stellte in einer Verfügung fest, dass die Tessiner Bank *PKB Privatbank SA* das Geldwäschereigesetz schwer verletzt hat. Es ging um ihren Umgang mit Geschäftsbeziehungen zu Kunden, welche in die Korruptionsverfahren gegen Verantwortliche der Ölfirma *Petrobras* und des Baukonzerns *Odebrecht* involviert waren. Sie zog einen unrechtmässigen Gewinn von CHF 1.3 Mio. ein und beauftragte einen Prüfbeauftragten mit der Kontrolle der Umsetzung der eingeleiteten Massnahmen zur Stärkung der Compliance.<sup>129</sup>
- Februar 2018: Am gleichen Tag informierte die FINMA auch über ihr Verfahren gegen die *Gazprombank (Schweiz) AG*, welches sie aufgrund von Hinweisen in den «*Panama Papers*» eröffnet hatte. Auch hier stellte die FINMA schwere Mängel im Geldwäschereibehorizont fest. Sie verbot der auf Handelsfinanzierungen und kommerzielle Kreditgeschäfte fokussierten Handelsbank bis auf Weiteres, neue Privatkunden anzunehmen. Sie wies die Bank an, die Prozesse zur Bekämpfung der Geldwäscherei weiter zu überprüfen und anzupassen und setzte zu deren Kontrolle einen Prüfbeauftragten ein.<sup>130</sup>

Die «Monitor-Mandate» der FINMA unterscheiden sich rechtlich und praktisch wesentlich von Monitoren nach US-Recht. Rechtlich rapportieren sie in den meisten Fällen direkt an die FINMA, welche sie in ihrer Verfügung direkt einsetzt. Die Beauftragten und somit grundsätzlich auch ihre Berichte unterstehen dem Amtsgeheimnis. Demgegenüber werden die US-Monitore von den Unternehmen beauftragt, wenn auch aufgrund des mit einer Behörde abgeschlossenen Vergleichs und mit einem Vetorecht der Behörde zur Person des Monitors. Praktisch waren die Mandate der FINMA-Prüfbeauftragten

(jedenfalls bisher) gezielter und kürzer und verursachten entsprechend geringere Kosten.<sup>131</sup>

Anders als die Strafverfolger haben Aufsichtsbehörden wie die FINMA zudem selbst ein dauerndes gesetzliches Mandat, die beaufsichtigten Institute zu überwachen, was auch ihre Organisation und Compliance umfasst. Von daher ist der Einsatz von Monitoren im Rahmen aufsichtsrechtlicher Verfahren weniger überraschend als bei den Strafbehörden. Umgekehrt erklärt gerade das Fehlen eines Überwachungsmandats den Einsatz von Monitoren durch die Strafbehörden, welche heikle Überwachungsaufgaben gewissermassen an diese delegieren.

## XV. Nutzen oder nur Kosten? – Versuch einer Bilanz

Die Monitore sollen sicherstellen, dass die von den Unternehmen in den Vergleichen mit den Behörden versprochenen Compliance-Verbesserungen auch wirklich umgesetzt werden und sich solche oder ähnliche Compliance-Verstösse nicht wiederholen. Zum Teil halten die Behörden einen fundamentalen Kulturwandel im Unternehmen für nötig. Auch dafür soll der Monitor sorgen. Werden diese hohen Ziele erreicht?

Gemäss öffentlicher Äusserungen von Monitoren und der von ihnen betreuten Unternehmen nach Ablauf der Mandate wurden fundamentale Compliance-Verbesserungen erzielt. So Mark Livschitz (Monitor von Bilfinger): «Nahezu alle Unternehmen, die einem Compliance Monitoring unterworfen waren, haben in der Zeit erhebliche Fortschritte im Aufbau ihrer Compliance- und Integritätsstrukturen erzielt.»<sup>132</sup> Oder Olaf Schneider (*Chief Compliance Officer* von Bilfinger): «Bilfinger hat ... eine wahre Metamorphose durchlaufen. Durch Verkäufe hat sich das Unternehmen halbiert, was wiederum Bilfingers Komplexität reduziert hat. Zudem wurde das gesamte Senior Management ausgetauscht.»<sup>133</sup> Oder Theo Waigel (Monitor von Siemens): «*I can give a certification that Siemens is working well, that Siemens has an excellent compliance system and an impressive tone from the top.*»<sup>134</sup> Zum Teil werden als Beweis für den Erfolg auch die Kosten der Compliance-Programme oder die

<sup>128</sup> Medienmitteilung der FINMA vom 21. Dezember 2017, abrufbar unter [www.finma.ch/de/news/2017/12/20171221-mm-jpm/](http://www.finma.ch/de/news/2017/12/20171221-mm-jpm/).

<sup>129</sup> Medienmitteilung der FINMA vom 1. Februar 2017, abrufbar unter [www.finma.ch/de/news/2018/02/20180201-mm-pkb/](http://www.finma.ch/de/news/2018/02/20180201-mm-pkb/).

<sup>130</sup> Medienmitteilung der FINMA vom 1. Februar 2017, abrufbar unter [www.finma.ch/de/news/2018/02/20180201-mm-gazprombank-schweiz/](http://www.finma.ch/de/news/2018/02/20180201-mm-gazprombank-schweiz/).

<sup>131</sup> Wurde ein Prüfbeauftragter oder ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt, so bezahlten die betroffenen (bewilligten) Finanzinstitute in den Jahren 2015 bis 2017 durchschnittlich Honorare von CHF 0.4 Mio. (Prüfbeauftragter) bzw. CHF 1.2 Mio. (Untersuchungsbeauftragter), vgl. FINMA Jahresbericht 2017, 22.

<sup>132</sup> LIVSCHITZ/ÜRANÜZ (FN 72).

<sup>133</sup> Juve.de vom 22. November 2017, Interview mit Bilfinger-Berater Louis Freeh: 150 Millionen für Compliance – und nun?, abrufbar unter <https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2017/11/interview-mit-bilfinger-berater-louis-freeh-180-millionen-fuer-compliance-und-nun>.

<sup>134</sup> GARRET (FN 1), 185.

Zahl neuer Mitarbeitenden in den Compliance-Abteilungen angeführt.

Uns sind keine empirischen, unabhängigen Studien darüber bekannt, ob die Monitore die Ziele wirklich erreicht haben.<sup>135</sup> Sie wären auch nicht einfach durchzuführen und müssten einen längeren Zeitraum berücksichtigen. Allerdings: Ist ein Unternehmen nach Abschluss des Monitorprozesses während einiger Jahre nicht Gegenstand von Verfahren wegen Compliance-Verstössen, kann das andere Ursachen haben als eine gute Compliance-Organisation, so z.B. eine Änderung des Geschäftsmodells, andere Prioritäten der Behörden oder schlicht Glück. Umgekehrt bedeutet die Verwicklung eines grossen globalen Unternehmens in einen Compliance-Verstoss in einem anderen Geschäftsfeld nicht zwingend, dass es seine Compliance-Organisation nicht verbessert und der Monitor seine Aufgabe schlecht gelöst hat. Sogar ein Verstoss im gleichen Geschäftsfeld muss nicht zwingend auf ein Versagen des Monitor-Prozesses hinweisen, so z.B. bei raffinierten Einzeltätern oder wenn das neu entdeckte Fehlverhalten erfolgte, bevor die Compliance-Verbesserungen umgesetzt waren.

So lässt sich nicht gestützt auf gesicherte Daten Bilanz ziehen. Nach unserer Einschätzung und Erfahrung ist aber die positive Wirkung der durch Behörden angeordneten Compliance-Verbesserungen und ihrer Betreuung und Kontrolle durch Monitore plausibel. Die Wirkung von Behördensanktionen auch auf grosse Unternehmen sollte, trotz der regelmässig daran geäusserten Zweifel, nicht unterschätzt werden. Fundamentale Änderungen der Compliance-Prozesse und der Compliance-Kultur in solchen Unternehmen erfordern grosse Führungsstärke, personelle und finanzielle Ressourcen und Zeit. Aussenstehende, unabhängige und erfahrene Monitore können diese Änderungsprozesse und die im Unternehmen betrauten Personen unterstützen und ihre Durchsetzungskraft erhöhen, auch wenn (oder paradoxerweise gerade weil) dies mit hohen Kosten verbunden ist.

Zu begrüssen sind aber klare Rahmenbedingungen zu Aufgabe, Auswahl, Dauer, Berichterstattung und Kostenkontrolle von Monitoren und zum Prozess bei allfälligen Auseinandersetzungen zwischen einem Monitor und dem von ihm betreuten und kontrollierten Unternehmen.

## XVI. More regulation by prosecutors? – Versuch eines Ausblicks

Im Oktober 2017 kündigte der stellvertretende Generalstaatsanwalt Rod J. Rosenstein in einer Rede ein Projekt des DOJ an, verschiedene in Memoranden und anderen Kommunikationsformen wie Plattformen für *Frequently Asked Questions* festgehaltene Regeln zu überprüfen und in das US-Attorneys' Manual zu überführen: «*Management-by-memo is an inefficient and often ineffective method of enforcing government policies.*»<sup>136</sup> Er erwähnte auch eine Überprüfung des Einsatzes von Monitoren. Wohin diese Bestrebungen führen, ist im Juli 2018 noch nicht absehbar. Nach unserer Einschätzung wird das DOJ zweifellos weiterhin Compliance-Verbesserungen von Unternehmen verlangen und Monitore einsetzen. Der Leiter des Bereichs Korruptionsbekämpfung bestätigte dies im November 2017, d.h. zeitlich nach der Äusserung seines zweiteobersten Chefs Rosenstein: «*We will continue to impose monitors.*»<sup>137</sup>

Zudem ist davon auszugehen, dass künftig weitere Staaten DPAs als Möglichkeit zur Beendigung von Strafverfahren gegen Gesellschaften vorsehen und auch das Instrument des Monitors einführen werden. Auch in diesen Ländern werden damit die Strafbehörden unter verschiedenen Titeln die Compliance-Organisation von Unternehmen beurteilen, Verbesserungen verlangen und auf deren effektive Umsetzung und Kontrolle mittels Monitor hinwirken. Soweit es um regulatorisch beaufsichtigte Unternehmen wie Banken, Wertpapierhäuser, Vermögensverwalter, Versicherungen oder Revisionsunternehmen geht, begeben sie sich damit auf das Terrain der entsprechenden Aufsichtsbehörden.

Damit wird sich die Frage einer sinnvollen Abgrenzung der Aufgaben zwischen Aufsichts- und Strafbehörden stellen, wie sie sich in den USA oder im Vereinigten Königreich heute schon akzentuiert. Dabei werden die einen die Position vertreten, das Compliance-Versagen der beaufsichtigten Unternehmen sei zumindest auch ein Indiz für ein Versagen der Aufsicht. Zudem könne etwas Konkurrenz unter Behörden nicht schaden und die Unternehmen würden den Strafbehörden mehr Respekt zollen als ihren Aufsichtsbehörden. Vor allem aber würde mit der (zum Teil geforderten)<sup>138</sup> gewichtigeren Rolle der Strafgerichte auch eine erhöhte Transparenz und damit eine zusätzliche Kontrolle durch die Öffentlichkeit einhergehen.

<sup>135</sup> GARRET (FN 1), 173 und 192, schildert anekdotisch das (wie er meint) Versagen des Monitors im Fall des US-Pharmaunternehmens *Bristol-Myers Squibb* und die milde Reaktion des DOJ, welches trotz einer Wiederholungstat den Bruch des DPAs verneinte.

<sup>136</sup> ROD J. ROSENSTEIN, Keynote Address on Corporate Enforcement Policy, NYU, 6. Oktober 2017, abrufbar unter [www.wlrk.com/files/2018/nyu-progra.pdf](http://www.wlrk.com/files/2018/nyu-progra.pdf).

<sup>137</sup> DYLAN TOKAR, Dan Kahn: «We will continue to impose monitors», GIR, 15. November 2017, abrufbar unter <https://globalinvestigationsreview.com/article/jac/1150588/dan-kahn-we-will-continue-to-impose-monitors>.

<sup>138</sup> GARRET (FN 1), 190 f.



Die anderen werden entgegenen, es könne und dürfe weder Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden noch der Strafgerichte sein, an die Stelle von Aufsichtsbehörden zu treten. Dafür seien sie weder funktionell, noch fachlich, noch personell geeignet.

Die Dritten werden vermitteln und sagen, es brauche eine engere und institutionalisiertere Zusammenarbeit und funktionalere Rollenverteilung zwischen Aufsichts- und Strafbehörden. Wir neigen dazu, uns in diese Gruppe einzureihen. «*Histoire à suivre*» oder «*story to be monitored.*»

---