

B u c h r e z e n s i o n

Mike Koehler, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA 2014, 416 S., € 110,-.

I. Der *Autor*¹ wähnt den US-amerikanischen Foreign Corrupt Practices Act („FCPA“) von 1977² in einer neuen Ära: Ursprünglich sei das Gesetz im Nachgang der Watergate-Affäre und der Aufdeckung umfangreicher Zahlungen von US-Unternehmen an ausländische Regierungsbeamte zur Regelung der Geschäftspraktiken dieser Unternehmen auf dem internationalen Markt erlassen worden. Bald habe es sich jedoch zu einem globalen Instrumentarium zur Verfolgung von Bestechung weiterentwickelt. Ursächlich hierfür seien in erheblichem Maße die Ausdehnung des rechtlichen Zuständigkeitsbereichs der US Securities and Exchange Commission („SEC“) und die Verstärkung der Strafverfolgung insgesamt.

Diese Entwicklung hat auch in der deutschen Rechtswissenschaft Beachtung gefunden und so gibt es angesichts der wachsenden Bedeutung des FCPA mittlerweile eine Vielzahl an wissenschaftlichen Abhandlungen zu diesem Thema.³ Im Rahmen dieser Veröffentlichungen liegt der Fokus überwiegend auf Compliance-Maßnahmen und damit primär der Prävention von FCPA-Verstößen, während die Strafverfolgung (noch) wenig Beachtung findet.⁴

Koehler versucht nun mit seinem Werk einen Überblick über die Entwicklung, die Bestimmungen wie auch die Zukunft der Durchsetzung des FCPA zu bieten, der sich durchaus kritisch mit der Expansionspolitik im Rahmen der Anti-Korruptionsmaßnahmen befasst.

II. Im Rahmen seiner Ausführungen beleuchtet *Koehler* im Einzelnen folgende Aspekte, um seine Hauptthese von einer neuen Ära in der Durchsetzung des FCPA zu belegen:

¹ *Mike Koehler* ist Strafrechtsprofessor an der Southern Illinois University School of Law in Carbondale, Illinois (USA).

² Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub. L. No. 95-213 (1977), 91 Stat. 1494 – 15 U.S.C. §§ 78dd-1 ff.

³ Vgl. *Cohen/Holland*, CCZ 2008, 7; *Zierenberg*, Der Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) in deutschen Verträgen am Beispiel der Pharmaindustrie, 2011; *Wimmer*, Haftungsrisiken und Compliance Maßnahmen nach dem „Foreign Corrupt Practices Act“ der USA, 2011; *Wysong/Pinto/Hugger*, CCZ 2011, 30; *Schwarz*, CCZ 2011, 59; *Rübenstahl*, NZWiSt 2012, 401; 2013, 6; *Rübenstahl/Boerger*, NZWiSt 2013, 124; 2013, 281; 2013, 367; *Grützner/Behr*, CCZ 2013, 71; *Spehl/Grützner*, CCZ 2013, 198; *Rübenstahl/Skoupil*, wistra 2013, 209; *Di Bianco*, in: Wessing/Dann (Hrsg.), Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 2013; § 2; *Siegler*, CCZ 2014, 186; *Kraft*, in: Ahlbrecht/Dann/Wessing/Frister/Bock (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 79; *Hugger/Pasewaldt*, in: Nietsch (Hrsg.), Unternehmenssanktionen im Umbruch, 2016, S. 135; *Weiss*, HRRS 2016, 156; *Grützner*, CCZ 2016, 231.

⁴ Zum präventiven und repressiven Charakter der „Criminal Compliance“ vgl. nur *Rotsch*, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 1 Rn. 43 f.

Entstehungsgeschichte und Durchsetzung des FCPA (S. 1 ff.), Grundlagen der gesetzlichen Regelungen (S. 46 ff.), Bestechungstatbestände (S. 79 ff.), Buchführungs-, Aufzeichnungs- und Bilanzierungspflichten (S. 136 ff.), Strafverfolgung im Rahmen des FCPA (S. 169 ff.), Gründe für die Zunahme der Strafverfolgung auf der Grundlage des FCPA (S. 234 ff.), die weitreichende Zuständigkeit im Rahmen des FCPA (S. 260 ff.), Compliance und Best Practices (S. 304 ff.) und Reformvorschläge (S. 340 ff.).

III. Zu Beginn des Handbuchs geht der *Autor* intensiv auf die Zusammenhänge der Entstehungsgeschichte des FCPA ein. Im Zuge der Ermittlungen der Watergate-Affäre sei bekannt geworden, dass zahlreiche US-amerikanische Unternehmen kleine Zahlungen an Entscheidungsträger im Ausland geleistet hätten, die aus damaliger Perspektive im jeweils betroffenen Ausland größtenteils nicht zwingend als unangebracht oder gar illegal angesehen worden seien (S. 3 ff.). Beispielhaft ließen sich hier etwa Zahlungen zur Vereinfachung der Durchführungen von sog. „Oil Deals“ mit süd-amerikanischen Staaten nennen (S. 4). Befragungen der SEC hätten seinerzeit ergeben, dass US-amerikanische Unternehmen im Laufe der Jahre eine Gesamtsumme von etwa 100 Millionen Dollar zur Bestechung ausländischer Entscheidungsträger ausgegeben hätten (S. 10). Diese Zahlungen hätten nach Auffassung der Ermittler eine mittelbare Wirkung auf den US-Markt wie auch auf die US-Außenpolitik gehabt, da viele multinationale Konzerne betroffen gewesen seien. Insgesamt seien die geleisteten Zahlungen neben der unlauteren Beeinflussung des Marktes als Gefahr für die allgemeinen Interessen der USA in der Welt angesehen worden (S. 5 ff.).

Nachdem die Bestechungszahlungen aufgedeckt worden seien, habe der US-Kongress im Zuge eigener Untersuchungen festgestellt, dass die seinerzeit geltenden rechtlichen Bestimmungen nicht ausreichen würden, um die betroffenen Unternehmen oder Einzelpersonen erfolgreich anzuklagen oder gar zu verurteilen (S. 9 ff.). Vielmehr seien die Bestechungsaktivitäten offiziell mit geltendem Recht vereinbar gewesen, sodass der Kongress sich der Aufgabe habe annehmen müssen, entsprechende gesetzliche Regelungen zur Eindämmung des Korruptionsproblems zu schaffen. Bereits damals habe der Gesetzgeber das Risiko erkannt, dass ein umfangreiches Gesetz im Ausland als Ausdruck US-amerikanischer Arroganz verstanden werden könnte, da offensichtlich gewesen sei, dass die Durchsetzung eines Auslandsbestechungsgesetzes überwiegend im Ausland stattfinden würde und man sich deshalb bei der Normierung vom Grundsatz der Territorialität wegbewegen müsse (S. 14 ff.).

Bis zur Verabschiedung des FCPA im Jahre 1977 habe der Kongress sich mehr als zwei Jahre lang mit den unterschiedlichsten Gesetzesentwürfen befasst, bevor er sich schließlich für eine Gesetzesfassung mit einer sehr eingeschränkten Erfassung von Auslandsbestechung entschieden habe, auch wenn dem Kongress viele weitere verschiedene Facetten korrupten Verhaltens im Ausland bekannt gewesen seien, da man den Unternehmen lediglich eine geringe organisatorische Last habe auferlegen wollen (S. 19 ff.). Damit sei mit dem FCPA zwar ein wegweisendes Gesetz („pioneer-

ring statute“) verabschiedet worden, das aber aufgrund seiner geringen Reichweite von der Allgemeinheit als „eingeschränktes Gesetz“ („limited statute“) wahrgenommen worden sei (S. 26).

IV. Neben der Darstellung der Entstehungsgeschichte befasst sich der *Autor* mit der Durchsetzungspraxis des FCPA (S. 169 ff.). Die Strafverfolgung auf der Grundlage des FCPA sei in den ersten Jahren nach Verabschiedung des Gesetzes – im Vergleich zu heute – nur mit einer geringen Intensität durchgeführt worden (siehe dazu insbesondere die Statistik auf S. 204 f.). Als maßgebliche Ursachen macht *Koehler* hier vor allem materiell-rechtliche Unterschiede zur heutigen Fassung des FCPA wie auch behördeninterne politische Vorgaben innerhalb der Strafverfolgungsbehörden aus (S. 193 f., 234 ff.). Eine Rolle hätten aber auch die Gegebenheiten des weniger globalisierten Weltmarktes gespielt (S. 194, 234 f.).

Gesetzesänderungen zur Intensivierung der zurückhaltenen Strafverfolgung wurden erst 1988 und 1998 vorgenommen. Diese seien im politischen Diskurs zunehmend lautstark gefordert worden. Allem voran sei das politische Interesse gestiegen, sich mit diesem schwierigen politischen Thema zu befassen, welches auch als „hot potato“ bezeichnet worden sei. Insgesamt habe die politische Führung in Washington, D.C. den wirtschaftlichen Vorteil, den die USA durch einen expansiven Kampf gegen Auslandsbestechung erlangen könne, höher eingeschätzt als zuvor. Während 1988⁵ nur kleinere Änderungen vorgenommen worden seien, sei 1998⁶ eine umfangreichere Gesetzesreform als Reaktion auf das Übereinkommen der OECD zur Bekämpfung der Korruption erfolgt, im Rahmen derer vor allem eine Erweiterung bzgl. ausländischer Unternehmen und „foreign officials“ wie auch eine Ausweitung der Jurisdiktion verabschiedet worden sei.

V. Zunächst beschränkten sich die Regelungen des FCPA auf in den USA organisierte Unternehmen, während nicht-amerikanische Unternehmen (auch ausländische Tochterunternehmen) nicht betroffen waren.⁷ Seit den 1998 vorgenommenen Ergänzungen fallen in den Anwendungsbereich des FCPA nunmehr 1. Emittenten von Wertpapieren, 2. amerikanische Unternehmen, 3. sämtliche Mitarbeiter unter 1. und 2. wie auch jeder für 1. oder 2. tätige Anteilseigner, 4. ausländische Unternehmen und 5. ausländische Einzelpersonen, wenn sie unmittelbar oder mittelbar einen Rechtsverstoß innerhalb der USA begehen.⁸

VI. Bei der Strafverfolgung im Rahmen des FCPA spielen nach Auffassung des *Autors* zudem schon immer Behördenrichtlinien, wie etwa die „Department of Justice („DOJ“) Principles of Prosecution“, die „Sentencing Guidelines“ oder die „SEC Policy“, eine entscheidende Rolle (S. 234 ff.). Diese Bestimmungen beinhalteten bereits seit der Einführung der Anti-Korruptionsvorschriften die Möglichkeit, „Deferred Prosecution Agreements – DPAs“ (Vereinbarungen über den Aufschub von Strafverfolgungsmaßnahmen) und „Non-Prosecution Agreements – NPAs“ (Vereinbarungen über den

Verzicht auf Strafverfolgungsmaßnahmen) mit den Strafverfolgungsbehörden zu schließen.

Neben den bereits beschriebenen materiell-rechtlichen Gesetzesänderungen habe es insbesondere in diesem Bereich Anstrengungen gegeben, die Strafverfolgung zu intensivieren. So sei der Fokus statt auf Einzelpersonen („individual FCPA enforcement“) nunmehr verstärkt auf Unternehmen („corporate FCPA enforcement“) gelegt worden (S. 193 ff., 203 ff.). Diese politische Entscheidung sei überwiegend deshalb getroffen worden, weil Unternehmen sich in der Vergangenheit tendenziell eher auf außergerichtliche Vereinbarungen eingelassen hätten, während Einzelpersonen es regelmäßig auf ein Gerichtsverfahren hätten ankommen lassen, um die Strafverfolgungsbehörden vor Gericht unter Zugzwang zu bringen, da diese die Anschuldigungen ohne berechtigten Zweifel beweisen müssten. An dieser Stelle kritisiert *Koehler* nicht nur, dass damit eine gewisse Doppelmoral geherrscht habe und noch herrsche (S. 200 ff.), sondern er prangert auch den Umstand an, dass im Rahmen der Strafverfolgung einzelne Branchen aus politischen Erwägungen vernachlässigt worden seien (S. 196 ff.). Darüber hinaus beanstandet *Koehler*, dass in der „neuen Ära“ des FCPA vor allem die Summen der Bußgelder im Rahmen der außergerichtlich geschlossenen Vergleiche als Maßstab für den Erfolg und die Durchsetzungskraft des FCPA angewendet werden.

VII. Der *Autor* belässt es in seinem Handbuch jedoch nicht nur bei der Beschreibung der Entwicklung der Strafverfolgungspraxis. Vielmehr erarbeitet er auch Gründe für die Verstärkung der Durchsetzung des FCPA. Als praktische Ursachen der Intensivierung der Strafverfolgung sieht er zum einen den Umstand, dass mehr Unternehmen auf dem Weltmarkt tätig seien als je zuvor und so auch mehr Unternehmen und Einzelpersonen dem FCPA unterlägen (S. 234 ff.). Zum anderen habe aber auch die Einführung des Sarbanes-Oxley Act⁹ im Jahre 2002 dazu geführt, dass bei Befolgung der Auskunftspflicht zahlreiche Verstöße offengelegt worden seien. Als politische Gründe führt *Koehler* an, dass der FCPA in erster Linie für die US-Regierung lukrativ sei. Weiterhin profitiere mit der Rechtsberatung auch eine gesamte Branche von einer rigorosen Durchsetzungspraxis (S. 238 ff.). Die FCPA-Prävention, aber auch die FCPA-Verteidigung stellten ein großes Geschäftsfeld dar, in welchem auch ein reger Wechsel der Akteure von Ermittlern zu Beratern und umgekehrt herrsche („revolving door“), der eine Interessenvermischung erkennen lasse.

VIII. Vor diesem Hintergrund macht der *Autor* am Ende seiner Ausführungen eigene Reformvorschläge (S. 340 ff.), die insbesondere eine verstärkte Besinnung auf die Bindung an geltendes Recht („rule of law“) beinhalten und die Gewährleistung von Transparenz und Konsistenz propagieren (etwa durch die Abschaffung von DPAs und NPAs).

IX. Der von *Koehler* detailreich beschriebene und belegbare Eintritt des FCPA in eine neue Ära, in der eine Verschärfung der Durchsetzungspraxis im Bereich von FCPA-Verstößen stattgefunden hat und laufend stattfindet, lässt sich auch international wahrnehmen.

⁵ Pub. L. No. 100-418 (1988).

⁶ Pub. L. No. 105-366 (1998).

⁷ Vgl. auch Wessing, in: Wessing/Dann (Fn. 3), § 1 Rn. 57.

⁸ Vgl. Wessing (Fn. 7), § 1 Rn. 57.

⁹ Pub. L. 107-204 (2002).

So ist es in den vergangenen Jahren durch Gerichtsentscheidungen in den USA zu einer zunehmenden Ausdehnung der Jurisdiktion gekommen, die ausländische Unternehmen zu spüren bekommen haben. Beispielhaft lässt sich hier der Fall „SEC v. Panalpina, Inc.“¹⁰ aus dem Jahre 2010 aufführen, in welchem die SEC ihre Zuständigkeit zur Durchsetzung des FCPA auf ausländische Emittenten erstreckt hat, die zuvor als immun gegenüber einer Verfolgung durch die SEC galten.¹¹ Die besondere Bedeutung des Falls liegt darin, dass weder Panalpina noch seine US-amerikanische Tochtergesellschaft Panalpina World Transport US-Emittenten („issuer“) im Sinne des FCPA sind – also weder an einer US-amerikanischen Börse notiert noch dazu verpflichtet sind, regelmäßig Berichte bei der SEC einzureichen.¹²

Doch auch bei der Auslegung von Tatbestandsmerkmalen hat die Rechtsprechung dazu beigetragen, dass der Anwendungsbereich des FCPA erweitert wurde. Im Fall „United States v. Esquenazi“¹³ hat ein US-Gericht das ohnehin schon vage Tatbestandsmerkmal der „Behörde“ noch weiter ausgedehnt und dabei die rechtliche Auffassung des Ursprungslandes gänzlich außer Acht gelassen.

Diese Einzelfälle verdeutlichen, dass nur ein Teil der beschriebenen Entwicklung der FCPA-Durchsetzung Ausdruck einer bewussten politischen Entscheidung oder einer einheitlichen Reformidee ist. Dies ist aber freilich auch dem Umstand geschuldet, dass das US-Recht historisch bedingt vom case law geprägt ist.

X. Die einzige Möglichkeit, politische Reformideen durchzusetzen, bieten die bereits erwähnten Behördenrichtlinien, im Rahmen derer auch Strafmilderungen geregelt werden können. Zuletzt hat der Direktor der SEC-Strafverfolgung im November 2015 angekündigt, dass eine Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden im Zuge von Ermittlungen nicht mehr ausreichen sollte, um in den Genuss von Straferlassen oder -minderungen zu kommen, sondern eine Selbstanzeige unabdingbare Voraussetzung sei.¹⁴ Es wird offensichtlich, dass die SEC es nun vermehrt auf Urteile durch die zuständigen Gerichte ankommen lassen will. Daran anknüpfend hat das DOJ mit dem sog. FCPA Pilot Program¹⁵ erstmals eine Verschriftlichung der Anforderungen vorgenommen, die Unternehmen erfüllen müssen, um eine Strafmilde-

rung zu erhalten.¹⁶ Diese Anforderungen beinhalten u.a. die Vorgabe, dass Unternehmen entdeckte Verstöße freiwillig offenlegen, umfassend mit den Behörden kooperieren und darüber hinaus unternehmensinterne Nachbesserungsmaßnahmen umsetzen müssen. Zudem hat das DOJ jüngst seine Absicht erklärt, wieder verstärkt Einzelpersonen zu verfolgen.¹⁷

Durch das Ergebnis der US-Präsidentenwahlen im November 2016 ist jedoch ein großes Fragezeichen hinter den Fortbestand der beschriebenen politischen Marschroute der Strafverfolgungsbehörden gerückt: Der nun inaugurierte Präsident Trump hat sich in der Vergangenheit kritisch im Hinblick auf den FCPA geäußert, in dem er das Gesetz als „schreckliches Gesetz“ („horrible law“) und „riesigen Nachteil“ („huge disadvantage“) für US-Unternehmen bezeichnet hat.¹⁸ Angesichts solcher Aussagen und der bisher wenig konturierten Pläne zur Korruptionsbekämpfung halten viele FCPA-Experten in den USA einen Rückgang der rigorosen Durchsetzungspraxis für wahrscheinlich,¹⁹ während vereinzelt Stimmen eine Fortführung der intensiven Strafverfolgung durch das DOJ oder die SEC erwarten.²⁰

XI. Der Geltungsbereich des FCPA – insbesondere angesichts der expansiven Durchsetzungspraxis der vergangenen Jahre – ist vor diesem Hintergrund daher nicht zu unterschätzen. Im Rahmen seiner weit ausgelegten Anti-Korruptionsvorschriften lässt sich ein territorialer Bezug zu den USA leichter herstellen als nach deutschem Recht. Grundsätzlich kann nunmehr nahezu jeder geschäftliche Bezug zu den Vereinigten Staaten ausreichen, um dem Anwendungsbereich der Korruptionsgesetze zu unterliegen.²¹

¹⁰ SEC v. Panalpina, Inc., Civil Action No. 4:10-cv-4334 (S.D. Texas, 4 November 2010). Siehe dazu auch Dobrosz, Financial Regulation International 18-10 (2015), 18 (18 f.).

¹¹ So auch Wysong/Pinto/Hugger, CCZ 2011, 30.

¹² Wysong/Pinto/Hugger, CCZ 2011, 30.

¹³ United States v. Esquenazi, 752 F.3d 912 (11th Cir. 2014). Siehe dazu ausführlich Weiss, HRRS 2016, 156.

¹⁴ Vgl. die Rede von Andrew Ceresney, dem Direktor der Division of Enforcement der SEC, online abrufbar unter: <https://www.sec.gov/news/speech/ceresney-fcpa-keynote-11-17-15.html> (9.3.2017). Siehe zu den Verschärfungen ausführlich Dobrosz, Financial Regulation International 18-10 (2015), 18.

¹⁵ Zum neu verabschiedeten FCPA Pilot Program ausführlich Grützner, CCZ 2016, 231.

¹⁶ Vgl. zur Diskussion in Deutschland Moosmayer, NJW 2012, 3013 (3017).

¹⁷ Siehe dazu das sog. „Yates-Memorandum“: U.S. Department of Justice (Hrsg.), Individual Accountability for Corporate Wrongdoing, 2015, online abrufbar unter: <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download> (9.3.2017).

¹⁸ Vgl. Koehler, FCPA Professor v. 9.11.2016, online abrufbar unter: <http://fcpaprofessor.com/trump-on-the-fcpa/> (9.3.2017).

¹⁹ So etwa Stephenson, The Global Anticorruption Blog v. 10.11.2016, online abrufbar unter: <https://globalanticorruptionblog.com/2016/11/10/> (9.3.2017).

²⁰ Vgl. Henning, The New York Times v. 9.11.2016, online abrufbar unter: https://www.nytimes.com/2016/11/10/business/dealbook/how-trumps-presidency-will-change-the-justice-dept-and-sec.html?_r=0 (9.3.2017).

²¹ So belegt eine Studie der internationalen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PricewaterhouseCoopers (PwC), dass fast jedes zweite deutsche Unternehmen (45%) mit mehr als 500 Beschäftigten unter mindestens eine Anwendungsvariante des FCPA fällt, vgl. dazu PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft/Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur 2013, 2013, S. 37, online abrufbar unter:

XII. Insgesamt liefert *Koehler* mit seinem Handbuch „The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era“ einen wertvollen Beitrag zum tieferen Verständnis der Strafverfolgung gegen Unternehmen auf der Grundlage des FCPA. Es zeigt hervorragend die Gründe und auch Ausmaße der erweiterten Durchsetzung des FCPA auf und stellt das einzige Einzelwerk dar, in dem eine umfassende wissenschaftliche Untersuchung und Aufarbeitung von Entwicklung, Regelung und Anwendung des FCPA vorgenommen wird. Durch umfangreiche Zitate aus den Beratungsdokumenten und -protokollen des US-Kongresses bietet *Koehler* erstmals einen detaillierten Einblick in die Entstehungsgeschichte des FCPA. Darüber hinaus bespricht *Koehler* instruktiv Einzelfälle und schließt sein Werk mit praxisnahen Reformvorschlägen ab. *Koehlers* Werk ist daher jedem zu empfehlen, der sich mit der (weltweiten) Durchsetzung des FCPA zu beschäftigen hat.

Wiss. Mitarbeiterin Natalia Dobrosz, Gießen

<https://files.vogel.de/vogelonline/vogelonline/files/5947.pdf>
(9.3.2017).
