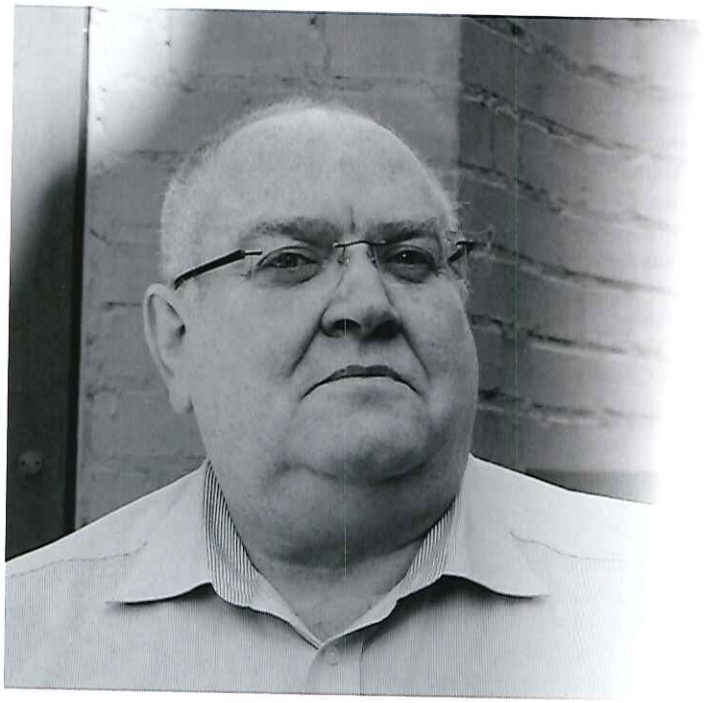
Zur gerichtlichen Bedeutung von Compliance-Management-Systemen

Prof. Dr. Bartosz Makowicz im Gespräch mit Prof. Dr. Thomas Fischer, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D., zur Entwicklung der Compliance in Deutschland und zur Bedeutung des Urteils des BGH vom 09.05.2017, 1 StR 265/16 über die bußgeldmindernde Wirkung von Compliance-Management-Systemen.



comply: *Lieber Herr Professor Fischer, herzlichen Dank für Ihre Bereitschaft, der comply. für ein Interview zur Verfügung zu stehen! Seit inzwischen rund 20 Jahren verzeichnen wir in Deutschland eine rasante Entwicklung der Compliance-Idee. Eine solche ist auch in den anderen Ländern zu beobachten, nicht zuletzt gibt es auch auf der globalen Ebene entsprechende Bestrebungen, die Idee von Compliance durch diverse Initiativen zu stärken. Nun sieht auch der Bundesgerichtshof eine Funktion, die Compliance-Management-Systeme im deutschen Recht erfüllen könnten und bestätigt die sanktionsmildernde Wirkung solcher Systeme. Das Urteil hat durch seine knappe Formulierung und einige offene Fragen durchaus für Brisanz gesorgt. Hierzu möchten wir Ihnen, als dem ehemaligen Richter des 2. Strafsenats des BGH einige Fragen stellen. Bevor wir aber zur Sache kommen: Wie bewerten Sie die bisherige Entwicklung der Compliance in Deutschland? Zu viel, zu wenig, schlecht, gut?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Ich muss vorausschicken, dass ich mich wahrlich nicht als Compliance-Spezialisten bezeichnen kann. Ich beobachte die Entwicklung der Compliance vielmehr als (ehemaliger) Justizjurist nur von außen.

Die Entwicklung eines breiteren Bewusstseins für wirtschaftsrechtliche Regelkonformität sowie von entsprechenden Strukturen in Unternehmen ist natürlich zu begrüßen. Allerdings muss man m.E. verschiedene Ebenen einer Beurteilung auseinanderhalten, vor allem natürlich die Ebene der sozusagen reflexiven Systemgerechtigkeit und diejenige der materiellen Validität. Einfach ausgedrückt: Compliance und Compliance-Systeme sind nicht dasselbe. Bei der Betrachtung des Geschehens kann man gelegentlich den Eindruck gewinnen, als werde diese banale Tatsache nicht immer gesehen. Das hat verschiedene Ursachen, die sich leider gegenseitig verstärken: Große Schwierigkeit empirischer Effektivitäts-Kontrolle, unternehmensinterne Leitungs- und Verantwortungsstrukturen, Dominanz US-amerikanischer Standards,

wirtschaftliche Interessen externer Dienstleister. Alles zusammen führt zu einer extrem formalisierten Begleit-Kultur unternehmerischen Handelns, die mir deutliche Züge von Selbstreferenzialität aufzuweisen scheint.

comply: *Sind Ihrer Ansicht nach die bisherigen teilweise umfangreichen und komplexen Bestrebungen der Unternehmen, durch ein CMS für Regeleinhaltung zu sorgen, durch die Justiz und den Gesetzgeber in Deutschland ausreichend gewürdigt worden?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Das kann ich schwer beurteilen. Ich neige dazu, die Frage zu bejahen, weil ich vermeiden möchte, die Strukturen und Logik von Compliance-Systemen ins öffentliche Rechtssystem sozusagen zu re-importieren und als Regel-Vorgaben anzusehen. Regelkonformität ist eine selbstverständliche Aufgabe von Unternehmen und Organisationen; diese Anforderung galt seit jeher. Die normativen Vorgaben des Schadens-, Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts, einschließlich der Zurechnungsmodelle, sind an den tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten der Lebenswelt zu orientieren, müssen aber zugleich autonom bleiben.

comply: *Ist ein CMS Ihrer Ansicht nach etwas nur für privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen oder für alle Organisationsarten inkl. Verbände und Behörden?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: In seiner allgemeinen Bedeutung ist ein CMS von universellem Wert und nicht auf privatwirtschaftliche Organisationen beschränkt. Das bedeutet natürlich nicht, dass die insoweit entwickelten Modelle einfach übertragbar wären. Öffentliche Verwaltung funktioniert jedenfalls in wichtigen Bereichen anders als private Unternehmensbürokratie. Im Bereich der Justiz etwa haben sich aufwändige Effizienz-Untersuchungen von Unternehmensberatungen meist als schlicht teure Flops erwiesen, die außer Unruhe und Papier wenig hervorgebracht haben. Das dürfte analog auch für Compliance-orientierte Ansätze gelten. Das heißt aber nicht, dass nicht gerade im Verzahnungsbereich von Verwaltung und Privatwirtschaft wirksame CMS erforderlich sind; das gilt im gesamten Beschaffungsbereich, aber auch im Bereich von Versorgung und Solidarkassen.

comply: *Lassen Sie uns nun langsam zum erwähnten Urteil kommen. Im vergangenen Jahr schloss die unter deutscher Präsidentschaft federführend angetriebene Gruppe B20 Cross-thematic Group for Responsible Business Conduct and Anticorruption mit einer Empfehlung an die G20-Staaten ab, Unternehmen, die sich für Regelkonformität bemühen, entsprechend zu belohnen, d.h. hierfür Anreizsysteme zu schaffen. Als ein solches kommt die Möglichkeit in Betracht, ein CMS bei der Sanktionenzumessung entsprechend zu berücksichtigen. Wir wissen, dass es nicht neu ist, ähnliche Regelungen gibt es in Spanien und Frankreich oder in Großbritannien, ähnliches wurde auch vor einigen Jahren mit der Reformen des OWiG oder der Einführung der Verbandsstrafe vorgeschlagen. Was halten Sie von einem solchen Modell im Allgemeinen?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Im Grundsatz halte ich es für zulässig und richtig, Bemühungen um Schadensverhinderung bei der Zumessung von Sanktionen (mildernd) zu berücksichtigen. Das sollte aber nicht an formalen Voraussetzungen anknüpfen, sondern auf den Einzelfall und auf den qualitativen Zusammenhang von Vorsorge und Regelverstoß abstellen. Eine schematische Regelung könnte [[müsste]] wohl entweder an formalen Standards anknüpfen, also etwa CMS einer bestimmten Ausgestaltung, Stufe, Zertifizierung usw. voraussetzen, oder müsste sich auf [[mit]] eine[r] deklaratorische[n] Verweisung auf allgemeine Zumessungsgrundsätze begnügen. Die zweite Variante hätte nur symbolischen Wert. Sie schien mir schon im Hinblick auf die Signalwirkung höchstrichterlicher Urteile nicht erforderlich. Die erste Variante erschiene auf dem Papier zuverlässiger, würde aber viele neue Fragen und Probleme aufwerfen. Das betrifft zum einen die Notwendigkeit ständiger formaler Nachbesserung, zum anderen die Möglichkeiten der Umgehung. In der Sache kann es nicht um die Installation von CMS gehen, sondern um die Wirkung funktionierender Compliance.

comply: *Wäre es nicht besser, wenn der Gesetzgeber eine branchenübergreifende CMS-Pflicht, basierend auf Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Flexibilität, einführen würde?*

> „Regelkonformität ist eine selbstverständliche Aufgabe von Unternehmen und Organisationen. Die normativen Vorgaben des Schadens-, Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts, einschließlich der Zurechnungsmodelle, sind an den tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten der Lebenswelt zu orientieren, müssen aber zugleich autonom bleiben."

Prof. Dr. Thomas Fischer: Eine gesetzliche Pflicht müsste auf der Ebene einer allgemeinen Pflicht zur Sorgfalt bleiben. Eine Pflicht, „angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Regelverstößen" (welcher Art auch immer) zu treffen, ist dem Zurechnungssystem des Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts aber sowieso immanent, den Unvermeidbares kann nicht sanktioniert werden. Eine gesetzliche Regelung, die zur Einrichtung von CMS verpflichtet, zöge formalisierte Standards und Prüfungskriterien nach sich; überdies würde sie eine weitere Ebene sozusagen selbständiger Verstöße und ihrer Sanktionierung voraussetzen. Man kann m. E. Regelungsmodelle aus anderen Bereichen, etwa dem Umweltschutz, nicht einfach übertragen: man kann zwar z.B. positivrechtlich vorschreiben, dass potenziell umweltschädliche Betriebe bestimmte Filtersysteme einbauen müssen; aber das lässt sich mit dem Gesetzesbefehl, Vorsorge gegen Regelverstöße zu treffen, kaum vergleichen.

comply: *Während der Gesetzgeber in Deutschland (zumindest) bisher der Empfehlung der erwähnten B20-Gruppe und den Reformvorschlägen nicht folgte, ist nun der BGH tätig geworden und hat die bußgeldmindernde Wirkung eines CMS anerkannt. Was hat den BGH dazu bewegen können?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Ich empfinde die Entscheidung des 1. Strafsenats nicht als ungewöhnliches „Tätigwerden". Sie überträgt allgemeine Zumessungs-Grundsätze auf die von § 30 OWiG betroffene Zurechnungsebene.

comply: *Das Urteil betraf die Sanktionenzumessung nach § 30 OWiG, meinen Sie, dass das Urteil eine Ausstrahlungswirkung auch in andere Bereiche haben kann, d.h. sich als eine feste Zumessungsregel etablieren wird?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Ja.

comply: *Durch die gewählte Formulierung lässt das Urteil allerdings einige Fragen offen. Zum einen setzt die sanktionsmildernde Wirkung voraus, dass ein CMS beim Verstoß bereits vorhanden war und im Idealfall dann noch nachgebessert wird. Ist das so zu verstehen, dass ein Unternehmen, das kein CMS beim Verstoß hatte, auch dann nicht belohnt wird, wenn es infolge des Verstoßes erstmalig ein CMS einführt?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Das würde ich so nicht formulieren. „Verhalten nach der Tat" ist ein Kriterium des § 46 StGB; das gilt im Rahmen des § 17 Abs. 3 OWiG auch für die Geldbußenzumessung, die auf der Grundlage des Gesamtschuldumfangs aller an dem Verstoß beteiligten Leitungspersonen anzusetzen hat (1 StR 265/16, Rdn. 112 ff.). Der „Vorwurf", der auf dieser Grundlage der juristischen Person gemacht werden kann, kann, neben anderem, auch durch die Konsequenzen charakterisiert sein, die aus einem Verstoß gezogen werden. Dies hat auch der 1. Strafsenat in seinem abschließenden Hinweis ausdrücklich klargestellt (Rdn. 118).

comply: *Zum anderen fordert zwar das Urteil für die Sanktionsmilderung ein CMS, stellt aber nicht fest, aus welchen Elementen ein solches bestehen sollte, damit es entsprechend gewürdigt wird. Wie sollen Unternehmen nun damit umgehen?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Ich glaube, dass man aus dem Urteil keine formalen Anforderungen ableiten sollte und kann. Die Unternehmen wissen oder sollten wissen, welche Gefahren im betrieblichen Zusammenhang bestehen; sie sind daher im eigenen Interesse gehalten, ihnen entgegenzuwirken. Das muss selbstverständlich auf „geeignete" Weise, in „angemessenem" Umfang und mit auf Wirksamkeit gerichteter Ernsthaftigkeit geschehen.

comply: *Hinsichtlich des CMS enthält das Urteil allerdings einen Verweis auf einen Fachbeitrag, in dem einige CMS-Elemente erwähnt sind. In der Fachliteratur werden aber Dutzende von Ansichten vertreten, wie ein CMS zu gestalten ist. Auch lässt sich die CMS-Gestaltung kaum pauschalisieren, da die einzelnen Elemente stets an die Risikolage des Unternehmens anzupassen sind. Welche Auswirkung für die Praxis und Bindungswirkung für künftige Rechtsprechung kann ein solcher Verweis haben?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Man sollte ihn nicht überbewerten und als beispielhaften Hinweis verstehen. Der BGH wird, da bin ich ziemlich sicher, sich gewiss nicht als eine Art Bundeszertifizierungsstelle für CMS betätigen.

comply: *Wenn wir noch bei den CMS-Elementen bleiben würden: In dem BGH-Urteil ist von CMS die Rede, es wird jedoch das Urteil des LG München I (sog. Neubürger-Urteil), nicht erwähnt, in dem es zwar in der Sache um das Organisationsverschulden, letztendlich jedoch auch um die CMS-Elemente ging, die im Urteil des LG relativ ausführlich beschrieben werden. Wie verhalten sich die beiden Urteile zueinander? Ist in der künftigen Spruchpraxis davon auszugehen, dass sich die BGH-Richter von einem LG-Urteil werden leiten lassen?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Das Urteil des LG München I vom 10.12.2013 hat nicht ausdrücklich auf CMS abgestellt. Hieraus ergibt sich aber keine formale Konkurrenz zum Urteil des 1. Strafsenats vom 09.05.2017. Compliance-Systeme sind Teil der Unternehmens-Organisation; daher lässt sich zwischen Organisations-Verschulden und mangelhafter Compliance weder auf der Schuld- noch auf der Zumessungsebene sinnvoll unterscheiden. Nach meinem Verständnis stehen sich daher die beiden Urteile nicht entgegen, sondern behandeln denselben Gegenstand aus unterschiedlicher Perspektive.

comply: *Dort wo Urteile einen Auslegungsspielraum zulassen, wie in diesem konkreten Falle hinsichtlich der Ausgestaltung der CMS, kommen nicht selten die sog. anerkennte Regel der Technik zur Sachstandsermittlung in Betracht. In der ständigen Rechtsprechung des BVerwG wird erwähnt, dass in solchen Situationen zwar nicht per se aber unter bestimmten Voraussetzungen die DIN ISO-Normen herangezogen werden können. Danach spricht sogar eine Vermutung dafür, dass DIN-Normen als anerkannte Regel der Technik gelten. Für die Ausgestaltung der CMS besteht bereits seit 2014 eine Norm DIN ISO 19600 Compliance Management Systems. Könnte Ihrer Ansicht nach diese Norm künftig für die Ermittlung der gebotenen CMS-Elemente für die Sanktionsminderung als ein Leitfaden herangezogen werden?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Das könnte sein. Allerdings kenne ich die von Ihnen genannte Norm nicht näher. Sorgfaltskonkretisierende Regelungen sind grundsätzlich stets geeignet, als Beurteilungskriterien herangezogen zu werden; dazu sind sie ja da. Entscheidend im Einzelfall ist, wie der 1. Strafsenat zutreffend ausgeführt hat, das Vorhandensein eines „effizienten" Systems. Die formale Erfüllung der Anforderungen einer DIN-Norm kann dazu weder allein ausreichen noch ist sie umgekehrt stets Voraussetzung der Effizienz. Es kommt auf den konkreten Fall an.

comply: *Im Schrifttum wird inzwischen sogar vertreten, dass das Urteil den Raum für die Anwendung eines anderen Standards und zwar des Prüfungsstandards 980 des Deutschen Instituts für Wirtschaftsprüfer e.V. eröffnet. Dabei ist zu beachten, dass es sich um bei PS 980 um – im Gegensatz zu ISO 19600 – keinen generischen Standard handelt, sondern um einen Standard für die Wirtschaftsprüfer, der von Wirtschaftsprüfern entwickelt worden ist. Ist er für einen solchen Zweck überhaupt tauglich?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Mangels näherer Kenntnis nur sehr allgemein: Vermutlich eher nicht. Jedenfalls erschiene es mir verfehlt, eine Compliance-Compliance-Ebene zu installieren und diese zum Maßstab für Einzelfallentscheidungen zu machen.

comply: *Eine weitere viel diskutierte Frage betrifft die Wortwahl im Urteil. Der BGH verlangt ein „effizientes" CMS. Dabei wird diskutiert, ob der BGH tatsächlich „Effizienz" oder nicht vielmehr die „Effektivität" meinte. Die Effizienz bezieht sich bekanntlich eher auf die Relation zwischen dem Zweck und den eingesetzten Mitteln (Einsparungsgebot), während Effektivität die möglichst sichere Erreichung der Ziele meint. Umgangssprachlich werden beide Begriffe aber auch synonym verwendet. Was hatte der BGH Ihrer Ansicht nach im Blick: Nur Effizienz, nur Effektivität oder beides?*

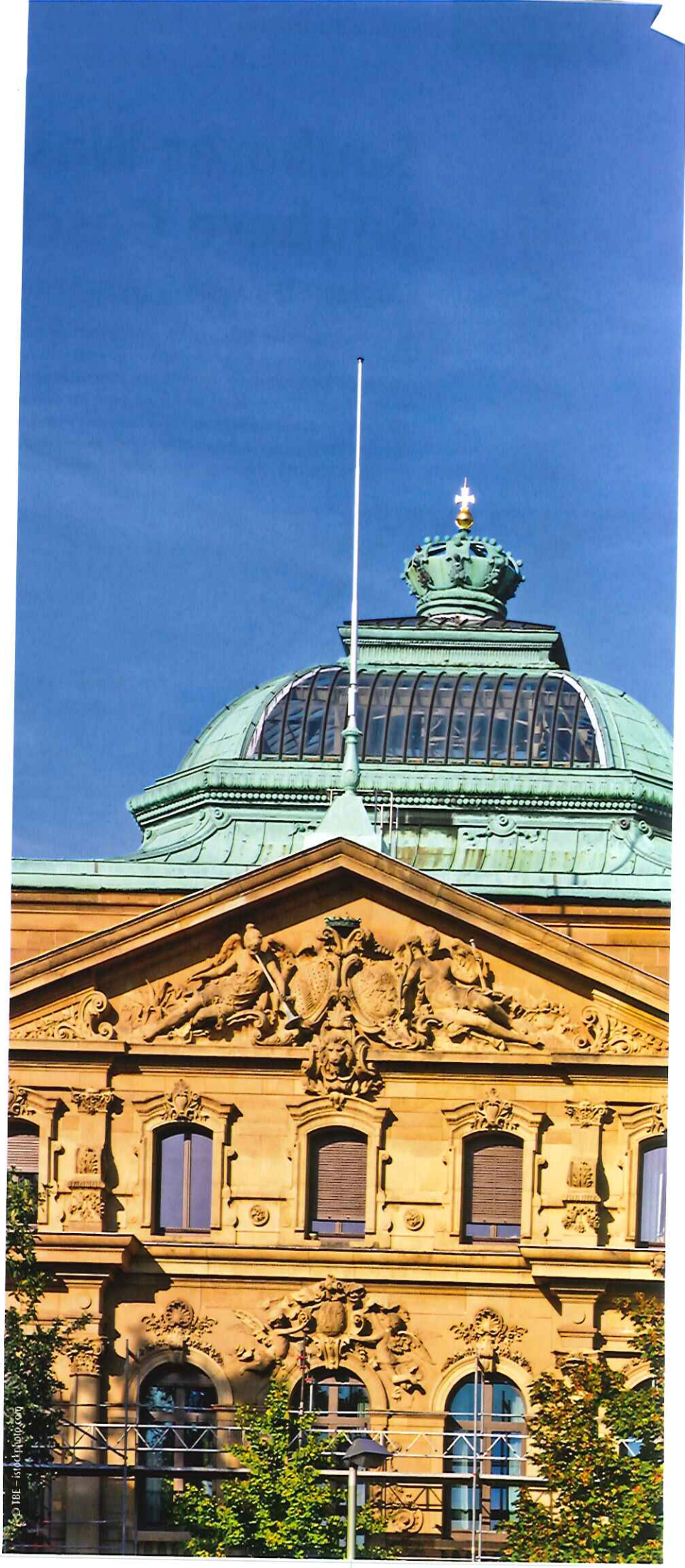
Prof. Dr. Thomas Fischer: Nach meiner Ansicht hat der Senat selbstverständlich die „Effektivität", d.h. die Wirksamkeit in der konkreten Unternehmenssituation gemeint. Dass Effektivität nicht ohne Berücksichtigung der Relation zwischen Aufwand und Nutzen bewertet werden kann, versteht sich

von selbst. Es geht also um beides, wobei die Effektivität, das Ergebnis in der Sache, im Vordergrund steht.

comply: *Könnten Sie sich vorstellen, dass der BGH in einer weiteren Entscheidung die CMS-Elemente konkretisieren oder andere Organe, wie etwa das BMJV CMS-Richtlinien erlassen werden? Ähnlich ist etwa in Großbritannien in Bezug auf den UK Bribery Act passiert, allerdings haben wir dort mit einem Gesetz und hier mit einem Urteil zu tun. Die Unsicherheit aber, wie ein CMS zu gestalten ist, damit es sanktionsmildernd wirkt, ist gleich.*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Jede höchstrichterliche Entscheidung führt zu einer Konkretisierung. Ich bin mir relativ sicher, dass kein BGH-Senat eine Entscheidung trifft, die in abstrakter Weise CMS-Anforderungen für ganze Branchen oder Wirtschaftszweige formuliert. Anhaltspunkte für Banken werden sich aus bankspezifischen Urteilen ergeben; da sagt der BGH nichts zur Logistikbranche oder zum Kraftwerksbau, und umgekehrt. Was das BMJV machen kann, möchte und wird, weiß ich nicht.

comply: *Wenn Gesetzgeber und Justiz je einen Wunsch äußern könnten, damit die Integrität und Compliance-Kultur in den deutschen Unternehmen gestärkt wird, welcher wäre es jeweils?*

Prof. Dr. Thomas Fischer: Gesetzgeber: Ruhig bleiben. Nicht eine zusätzliche Zertifizierungs-Industrie initiieren oder fördern. Justiz: Compliance-widrige Wirtschaftskriminalität nachdrücklich verfolgen; die Filterwirkung von CMS, die Vorstände von Verantwortung trennen soll, kritisch in den Blick nehmen.

comply: *Lieber Herr Professor Fischer, herzlichen Dank für Ihre Zeit und das Gespräch!*