

RECHTSANWALT DR. MICHAEL PANT, DÜSSELDORF*

„...so mag alßdann peinlich frag gebraucht werden.“¹**Zum sog. „Yates-Memorandum“: Das U.S.-Justizministerium gewährt künftig Strafrabatt nur noch gegen Auslieferung von Managern****A. Vorbemerkung**

Die Auseinandersetzungen zwischen US-amerikanischen Ermittlungsbehörden, allen voran dem US-Justizministerium (*Department of Justice*, „DOJ“), und international agierenden Konzernen sind legendär und nahezu täglich Gegenstand von Presseberichten weltweit. In der Regel gewinnt dabei das DOJ, und global operierende Konzerne müssen sich mit hohen Strafzahlungen am Ende freikaufen, um einen langwierigen und öffentlichen Prozess zu vermeiden. Aus deutscher Sicht fallen dem interessierten Beobachter hierzu u.a. Siemens,² Deutsche Bank,³ Volkswagen,⁴ Bosch,⁵ und viele andere mehr ein. Diese und andere Konzerne, die mit Verstößen gegen US-Recht konfrontiert wurden, gleichgültig, ob es sich dabei um strafrechtliche oder zivilrechtliche Delikte gehandelt hat, versuchten in der Regel, Art und Umfang der zu erwartenden Sanktionen ohne öffentliche Gerichtsverhandlung durch eine „freiwillige“ Vereinbarung mit dem US-Justizministerium beizulegen. Die Liste der auf diese Weise erzielten sog. *Plea Agreements* wird wöchentlich länger, die Inhalte dieser Vereinbarungen sind zum großen Teil öffentlich auf der Homepage des DOJ abrufbar.⁶

Diese Vereinbarungen ähneln sich in Aufbau und Inhalt frappierend, gleichgültig, welcher Branche das jeweilige Unternehmen angehört. Es beginnt in aller Regel mit einem Geständnis (*Guilty Plea*) bestimmter Delikte, dem Versprechen, es in Zukunft besser zu machen, wozu in der Regel die Einrichtung oder Verbesserung eines internen Compliance-Systems gehört, sowie der vereinbarten Strafzahlung und der Zusage des Justizministeriums, wegen der in der Vereinbarung angesprochenen Taten keine weiteren Verfolgungsmaßnahmen gegen das Unternehmen oder seiner Mitarbeiter auf den Weg zu bringen. Die durch derartige zivil- und strafrechtliche Vereinbarungen erzielten Jahres„einnahmen“ des DOJ beliefen sich zum 30. 9. 2014 (Ende des DOJ-Fiskaljahres 2014) auf immerhin mehr als US\$ 24 Mrd.,⁷ dies entsprach dem rund

achteinhalffachen Betrag, der für die Kosten aller 94 DOJ- Ermittlungsbüros (*Attorneys Offices*) der USA aufgewendet wurde. Ein glänzendes Geschäft zu Lasten der Aktionäre, ermöglicht durch kriminell handelnde Manager. Die Kritik an diesem Ablasshandel, der die eigentlichen Täter mit weißem Kragen außen vorließ, wurde in den letzten Jahren in den USA vernehmlicher und erreichte jetzt auch das DOJ. Dieses verkündete kürzlich eine ab sofort gültige, bemerkenswerte Änderung im Umgang mit verdächtigen Unternehmen/Organisationen:

Es wird keinem Unternehmen mehr Rabatt für eine noch so intensive Kooperation zugebilligt, wenn dieses Unternehmen sich im Rahmen dieser Kooperation nicht (auch) verpflichtet, alle schuldigen Mitarbeiter und Führungskräfte unter Beifügung von Beweismitteln namhaft zu machen, damit diese vom DOJ weiter (straf- und zivilrechtlich) verfolgt werden können. Diese neue Strategie, die vor allem auf die Namhaftmachung der unternehmensinternen Täter setzt, teilte das DOJ in einem am 9. 9. 2015 veröffentlichten und sofort in Kraft getretenen Memorandum (sog. „Yates-Memorandum“) mit. Darin wird in deutlicher Sprache von den kooperationswilligen Unternehmen quasi ein Geständnis zu Lasten Dritter (Manager, Vorstände, Aufsichtsräte usw.) verlangt, um im Gegenzug eine Absenkung der häufig als existenzbedrohend empfundenen hohen Geldstrafen durch einen Kooperationsbonus zu erreichen.

Ziel dieses Beitrags ist es, die möglichen Auswirkungen dieser geänderten DOJ-Strategie auf deutsche Unternehmen zu untersuchen.

B. Zum US-Unternehmensstrafrecht

In den USA verfügen alle 50 Bundesstaaten und der Bund selber über ihr jeweils eigenes Strafrecht bzw. Strafprozessrecht. Für international operierende Unternehmen spielen in der Regel mögliche Verletzungen von US-Bundesrecht eine Rolle, z.B. Kartellverstöße (*Sherman Act*), Korruptionsdelikte (*Foreign Corrupt Practices Act*), Betrug (*fraud*) und Submissionsabsprachen (*False Claims Act*), um nur einige zu nennen. Die eingangs geschilderte Änderung der Ermittlungsstrategie des DOJ betrifft folglich nur die Verfolgung von Bundesstrafataten oder die Ahnung von zivilen Verstößen gegen Bundesrecht. Hierauf soll sich auch dieser Beitrag beschränken.

Rund 85 % aller nach Bundesrecht abzuhandelnden Straftaten enden mit einer Vereinbarung zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigten (sog. *Plea Agreements*).⁸ Geregelt wird die Möglichkeit zum Abschluss derartiger Vereinbarungen, die in den USA von Beginn

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Inhaber der Kanzlei PANT LEGAL Rechtsanwälte in Düsseldorf.

1 Zitat aus Artikel 28 der *Constitutio Criminalis Carolina*, der regelte, wann die Folter („peinlich Frag“) im Rahmen der Beweiserhebung angewendet werden darf.

2 www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/05/02/12-15-08siemensakt-plea.pdf.

3 www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/04/23/db_dpa.pdf (Hierbei handelte es sich um ein sog. *Deferred Prosecution Agreement*, das das DOJ gemäß seines U.S. *Attorneys' Manual* (Kap. 9-16.325) alternativ verhandeln kann).

4 www.handelsblatt.com/my/unternehmen/industrie/sparprogramm-wird-verschaerft-volkswagen-startet-operation-rotstift/12440760.html, nach diesem Presseartikel wird der durch die Manipulationen verursachte Schaden für VW vorläufig auf € 40 Mrd. geschätzt.

5 www.justice.gov/atr/file/624261/download.

6 www.justice.gov/.

7 Pressemitteilung des DOJ vom 19. 11. 2014 www.justice.gov/opa/pr/justice-department-collects-more-24-billion-civil-and-criminal-cases-fiscal-year-2014.

8 *Wright/Leipold*, *Federal Praxis and Procedure: Criminal* 4th § 180, S. 284.

an üblich waren, in Rule 11 der *Federal Rules of Criminal Procedure* („FRCP“). Nach dieser Regel kann sich der Beschuldigte zunächst vor Gericht und Ermittlungsbehörde für schuldig (guilty) oder nicht schuldig (not guilty) erklären (plea).⁹ In Rule 11(c)(1) werden dann im Einzelnen die Voraussetzungen geregelt, um zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem bzw. dessen Verteidigung auch vertragliche Vereinbarungen über die Strafbarkeit zu treffen (plea bargaining), indem z.B. der Beschuldigte auf „schuldig“ plädiert, und die Staatsanwaltschaft im Gegenzug darauf verzichtet, etwa weitere in Aussicht gestellte Delikte anzuklagen, und/oder damit einverstanden ist, dass die vertraglich vereinbarte Strafe, z.B. bei Selbstanzeige oder Kooperation, deutlich geringer ausfällt, als von den Strafzumessungsregeln (*U.S. Sentencing Guidelines*) vorgesehen. Ein solches *Plea Agreement* muss allerdings am Ende gemäß Rule 11(c)(2) vor einem US-Bundesgericht offenbart und von diesem genehmigt werden. Alternativ kann das DOJ vorläufig auf Grund einer Vereinbarung mit dem beschuldigten Unternehmen von der Anklage absehen, wenn das Unternehmen im Gegenzug eine (hohe) Buße zahlt und weitere vereinbarte Bedingungen (z.B. Verbesserung des Compliance-Systems) innerhalb des vereinbarten Zeitraums erfüllt.¹⁰ Bei dieser Variante wird kein formelles Geständnis abgelegt (guilty plea), allerdings werden die dem Unternehmen vorgeworfenen Verstöße substantiiert geschildert und das Unternehmen erkennt an, dass es deswegen angeklagt werden wird, falls die Vereinbarungen nicht erfüllt werden.

Es wurde bereits erwähnt,¹¹ dass derartige Vereinbarungen, auch wenn sie zwischen der Staatsanwaltschaft und Unternehmen abgeschlossen werden, relativ ähnlich aufgebaut sind. Welche Spielräume dabei den US-Ermittlungsbehörden zustehen, kann man den *U.S. Sentencing Guidelines*¹² und dem *U.S. Attorneys' Manual*¹³ („USAM“) entnehmen. In Ziffer 9-28.750 USAM ist geregelt, wann sich Unternehmen für Amnestie oder eine verminderte Strafzahlung qualifizieren können, z.B. wenn sie in Anwendung ihres Compliance Programms, und nach Durchführung einer internen Untersuchung deren Ermittlungsergebnisse, soweit sie einen Gesetzesbruch ergeben, im Wege der Selbstanzeige unverzüglich an die zuständigen Behörden melden. In speziell geregelten Bereichen, wie z.B. im Kartellrecht (Kronzeugenregelung), können nur bestimmte Unternehmen von Strafnachlässen profitieren, derartige Sonderregelungen gehen den allgemeinen und hier näher beschriebenen Bestimmungen für Abschluss und Inhalt von *Plea Agreements* vor.

Gemäß Rule 11(b)(2) muss sich das Gericht vor einer Entscheidung über die Genehmigung oder Zurückweisung des vorgelegten *Plea Agreements* davon überzeugen, dass das beschuldigte Unternehmen die Vereinbarungen freiwillig und ohne Zwang eingegangen ist. Ein „Zwang“ im Sinne dieser Bestimmung liegt dabei allerdings nicht vor, wenn die Vereinbarung nur deshalb zustande kommt, um eine Absenkung der als existenzbedrohend empfundenen Geldstrafen zu erreichen, oder

um zu verhindern, dass der Staatsanwalt – wie angedroht – die Anklage um weitere Delikte erweitert.¹⁴

In der Praxis werden nahezu alle Ermittlungsverfahren gegen in- oder ausländische Unternehmen durch eine Vereinbarung zwischen Ermittlungsbehörde und Unternehmen (in der Regel durch *Plea Agreements*) beigelegt. Die Gründe hierfür liegen auf der Hand: In den USA wird das Ob der Strafverfolgung ebenso wenig in Frage gestellt wie in Deutschland (Legalitätsprinzip), sehr unterschiedlich ist aber das Ziel der Ermittlungen: Nach dem deutschen Legalitätsprinzip gibt es, von Bagatelldelikten abgesehen, nur die Möglichkeit, Straftaten anzuklagen oder das Verfahren einzustellen, wobei dann nur im Rahmen der Hauptverhandlung über eine – sehr begrenzte – Verständigung nach § 257c StPO verhandelt werden kann.¹⁵ Demgegenüber eröffnet sich den Beteiligten eines Strafverfahrens in den USA die Möglichkeit, außerhalb einer Gerichtsverhandlung eine Vereinbarung über alle Aspekte der abzuurteilenden Tat zu treffen. Dies bietet einerseits für die Ermittlungsbehörden den Vorteil, kostspielige Maßnahmen zur gerichtsfesten Untermauerung der erhobenen Strafvorwürfe und die sich daran anschließende, oft sehr langwierige Gerichtsverhandlung zu ersparen, während sich andererseits Unternehmen durch Zahlung einer (durch Kooperation verminderten) Strafe und Übernahme zusätzlicher, meist Compliance-relevanter Verpflichtungen verhältnismäßig schnell und geräuschlos das (ebenfalls sehr teure) Verfahren beenden können. Auch wenn das DOJ regelmäßig die abgeschlossenen *Plea Agreements* auf seiner Homepage veröffentlicht und den Abschluss meist auch mit einer Presseerklärung begleitet, gerät der Fall in der Regel nach kurzer Zeit wieder aus dem Visier der Öffentlichkeit, was im Falle einer monatelangen öffentlichen Jury-Verhandlung nicht unbedingt zu erwarten wäre. Dieses Verständnis von Strafrechtspflege, auch in Fällen von Wirtschaftskriminalität, wäre hierzulande kaum vermittelbar, es betont aber gleichzeitig die (auch) kommerzielle Ausrichtung der U.S. Strafrechtspflege bei Wirtschaftsdelikten durch die Androhung drakonischer Geldstrafen, die unabhängig von zivilrechtlichen Ansprüchen erhoben werden. Die potentielle Höhe dieser Geldstrafen, in Verbindung mit einem schon institutionell verankerten Whistleblower-System,¹⁶ tragen entscheidend zum weltweiten Respekt vor dieser Strafrechtspflege, auch und gerade bei global operierenden Unternehmen bei, was aber empirisch nicht immer dazu führt, dass sich die Manager auch an diese Regeln halten. In vielen Fällen mag der Griff in die Konzernkasse, um derartige US-Verbindlichkeiten zu bezahlen, als kalkuliertes Risiko in Kauf genommen werden, wenn andererseits erhöhte Boni oder andere berufliche Vorteile winken.

Bislang war in der Regel Bestandteil eines mit juristischen Personen abgeschlossenen *Plea Agreements* eine Immunitätsregelung zu Gunsten aller Konzerngesellschaften bzw. -Mitarbeiter bezüglich der mit dieser Vereinbarung erledigten Vorwürfe. Diese Immunitätsregelungen galten entweder für alle Konzernangehörigen, oder es wurde eine sehr überschaubare Anzahl hiervon nach Vorgabe des DOJ ausgenommen (entsprechend der

9 Die dritte Möglichkeit, auf „nolo contendere“ zu plädieren, ist in der Praxis sehr selten und wird deswegen in diesem Artikel nicht weiter behandelt.

10 Sog. Deferred Prosecution Agreements, s. oben Fn. 3.

11 Siehe oben S. 242.

12 „USSG“ z.B. § 6 B 1.1.

13 „USAM“ Kap. 9-28.100 bis 9-28.1300.

14 *Wright/Leipold*, a.a.O., § 178, S. 250, m.w.N.

15 Bittmann *NStZ* 2015, 545 [548 ff.].

16 Auf der DOJ Homepage erscheint auf der ersten Seite die Rubrik „Report a Crime“, geht man dann auf diese Seite, findet man u.a. Formulare für die Anzeige von Antitrust concerns, Fraud oder Public Corruption.

DOJ „carve out policy“). Mit diesen Personen schloss das DOJ in der Regel separate *Plea Agreements* ab, die meist (z.B. bei Kartellverstößen) auch individuelle Freiheitsstrafen vorsahen. Diese bis vor kurzem durchaus bewährte Praxis hat sich seit dem 9. 9. 2015, zumindest auf dem Papier, entscheidend zu Lasten aller an den Delikten beteiligten Unternehmensangehörigen geändert, da sich das DOJ künftig vor allem auf die Verfolgung der verantwortlichen Manager konzentrieren wird.

C. Das sogenannte Yates-Memorandum vom 9. 9. 2015

Am 9. 9. 2015 veröffentlichte das DOJ ein Memorandum der stellvertretenden Justizministerin (*Deputy Attorney General*) Sally Q. Yates zum Thema „Persönliche Haftung für Unternehmensdelikte“.¹⁷ Einen Tag später erläuterte Frau Yates vor der juristischen Fakultät der Universität New York diese geänderte Politik (*new policy*) des DOJ und die Gründe für ihre Einführung.¹⁸

Bevor nachstehend auf die wesentlichen Elemente dieser neuen DOJ-Politik eingegangen wird, soll zunächst kurz auf den Grund für die verschärfte Strategie bei Unternehmensdelikten eingegangen werden. Frau Yates, die nach eigenen Angaben selbst über eine jahrzehntelange Erfahrung mit der Bekämpfung von Unternehmensstrafaten verfügt, fasste das Resultat der bisher geübten Praxis mit den Worten zusammen: „*There are complex corporate hierarchies, enormous volumes of electronic documents and a variety of legal and practical challenges that can limit access to the evidence we need.*“ Mit anderen Worten: Die im Rahmen der bisherigen Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und US-Ermittlungsbehörden (zum Zwecke der Erzielung eines signifikanten Strafnachlasses) geübte Praxis, dem DOJ Zugang zu allen denkbaren elektronischen und nicht-elektronischen Dokumenten zu verschaffen, die im Zuge der Aufklärung der erhobenen Vorwürfe relevant sein könnten, scheint sich oft als Bumerang für das DOJ erwiesen zu haben. Es fehlen ihm häufig die personellen und technischen Ressourcen, um hieraus geeignete Beweismittel in kurzer Zeit „herauszufiltern“. Hinzu kommt, dass aufgrund vieler (meist ausländischer) Datenschutzregeln der unbeschränkte Zugriff auf Unternehmensdateien ebenso verboten ist¹⁹ wie eine der bevorzugten Ermittlungsmethoden des FBI, auch im Ausland kooperierende Mitarbeiter zu „verdrahten“, damit diese weitere verdächtige Personen innerhalb und außerhalb des Unternehmens in konspirative Gespräche verwickeln, um auf diese Weise dem FBI Gelegenheit zu geben, diese Personen „auf frischer Tat“ zu ertappen. Frau Yates hat dies mit den Worten beschrieben „[...]it can be extremely difficult to identify the single person or group of people who possess the knowledge or criminal intent necessary to establish proof beyond a reasonable doubt. This is particularly true of high-level executives, who are often insulated from the day-to-day activity in which the misconduct occurs. Without an inside cooperating witness, preferably one identified early enough to wear a wire, investigators

are left to reconstruct what happened based on a painstaking review of corporate documents [...] And since virtually all of these corporations operate worldwide, restrictive foreign data privacy laws and a limited ability to compel the testimony of witnesses abroad make it even more challenging to obtain the necessary evidence to bring individuals to justice.“ (Hervorhebung d. Verf.)

Diese Ausführungen enthalten in sehr klarer Sprache das Eingeständnis des DOJ, dass es trotz der intensiv praktizierten Zusammenarbeit mit internationalen Konzernen, die regelmäßig zu einem *Plea Agreement* führen, an der Überführung hochrangiger Manager häufig scheitert, weil der individuelle Schuldvorwurf nicht zu erbringen ist. Dies hat mehrere Gründe, genannt wurden die Komplexität der Unternehmensorganisation, die faktische Unmöglichkeit einer sinnvollen Auswertung riesiger Datenmengen (die oft noch in nicht-englischer Sprache erstellt wurden) und hinderliche gesetzliche Restriktionen außerhalb der USA. Während also die Verfolgung hochrangiger Führungskräfte trotz unbeschränkter Zusammenarbeit mit den Unternehmen häufig nicht die gewünschten Ergebnisse brachte, gilt dies nicht für die wesentlich einfacher zu überführenden Unternehmen: Das DOJ hatte in den vergangenen Jahren aufgrund immer höher werdenden Strafdrohungen ein exzellentes Geschäft gemacht, alleine im Geschäftsjahr 2014 durch Einnahmen in Höhe von über US\$ 24 Mrd.²⁰

Diesen Zustand will das DOJ nunmehr ändern. Schwerpunkt der künftigen Ermittlungsarbeit soll die Überführung und Bestrafung der individuellen Täter auf Leitungsebene werden, je höher in der Hierarchie, desto besser. Das DOJ ist dabei bereit, vorübergehend auch auf den Zufluss substantieller Bußgeldzahlungen zu verzichten, weil es damit rechnet, dass die Kooperationsbereitschaft internationaler Konzerne aufgrund dieser neuen Politik zurückgehen wird. Denn das DOJ stellt seit dem 9. 9. 2015 nicht mehr die absolute Höhe der durch den vom US-plea-bargaining-System favorisierten Ablasshandel erzielten Umsätze in den Vordergrund, sondern die Dingfestmachung der aus Sicht der Staatsanwaltschaft verantwortlichen natürlichen Personen, an deren Überführung künftig ihr eigenes (früheres) Unternehmen entscheidend mitwirken muss, will es auf einen Strafnachlass für Kooperation hoffen. Wie soll dies geschehen?

Das Yates-Memorandum listet in diesem Kontext sechs Punkte auf, die die geänderte Strategie des DOJ bei Wirtschaftsdelikten deutlich benennen:

- **To be eligible for any cooperation credit, corporations must provide to the Department all relevant facts about the individuals involved in corporate misconduct.**

Bei dieser Bestimmung muss man unwillkürlich an Art. 28 der in der Überschrift zitierten und im Jahre 1532 verkündeten *Constitutio Criminalis Carolina* denken, wenn man sich vorstellt, dass jetzt aufgrund dieser neu und schärfer formulierten DOJ-Anforderungen in allen Fällen einer versuchten Kooperation von einem Unternehmen verlangt wird, dass es selbst oder durch U.S.-Kanzleien peinliche Befragungen über alle Hierarchieebenen hinweg durchführen muss mit dem Ziel, die verantwortlichen Täter zu ermitteln. Es genügt also künftig

17 Individual Accountability for Corporate Wrongdoing, der Text des Memorandums ist veröffentlicht und kann unter der DOJ-Homepage abgerufen werden: www.justice.gov/dag/file/769036/download.

18 Siehe www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-quillian-yates-delivers-remarks-new-york-university-school.

19 Vgl. z.B.: *Schürle/Olbers*, CCZ 2010, 178 [179 ff.].

20 Siehe oben Rn. 7.

nicht mehr, nur geeignete Unterlagen und Zeugen auffindig zu machen und dem DOJ zu übermitteln, die im Zusammenhang mit einem möglichen Wirtschaftsdelikt von Bedeutung sein könnten. Das Unternehmen muss darüber hinaus als unternehmensinterner Ermittler mit oberster Priorität unternehmensinterne „Anklageschriften“ verfassen, die die Namen aller (vermutlich) schuldiger Personen enthalten, die mit Unterstützung der beigefügten Beweismittel hinreichend sicher (*beyond a reasonable doubt*) beweisen sollen, dass es sich bei diesen Personen um die vom DOJ geforderten und nach U.S.-Recht strafbaren Täter handelt.

Gleiches gilt im Übrigen für die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche, z.B. nach dem *False Claims Act*,²¹ die gegenüber Unternehmen und schuldigen natürlichen Personen erhoben werden können. Hinzu kommt, dass die Ermittlung dieser Beweismittel von den U.S.-Ermittlern des DOJ zeitgleich kontrolliert und kritisch auf Vollständigkeit geprüft werden soll. Nur wenn ein Unternehmen diese Vorbedingung für einen Kooperations-Strafnachlass zur Überzeugung des DOJ erfüllt hat, kann es damit rechnen, am Ende im Rahmen eines *Plea Agreement* auch tatsächlich einen Strafnachlass zu erhalten.

- **Both criminal and civil corporate investigations should focus on individuals from the inception of the investigation.**

In dieser Anweisung ist nicht eine Wiederholung des soeben angesprochenen Ziels, möglichst hochrangige Unternehmensvertreter als Beschuldigte durch das Unternehmen ausgeliefert zu bekommen, zu sehen. Sie richtet sich vielmehr an alle potentiell verdächtigen, aber rangniedrigeren Führungskräfte des Unternehmens. Diese sollen schnell identifiziert werden mit dem Ziel, im Rahmen einer individuellen Zusammenarbeit mit dem DOJ einen deutlichen Strafnachlass dafür zu erhalten, dass sie höherrangige Manager identifizieren, die sich persönlich schuldig gemacht haben (könnten). In dem Yates-Memorandum heißt es hierzu ausdrücklich: „[...] *we can increase the likelihood that individuals with knowledge of the corporate misconduct will cooperate with the investigation and provide information against individuals higher up the corporate hierarchy.*“ Damit wird vom DOJ bewusst ein Wettlauf in Gang gesetzt, der zum einen die Unternehmen zwingen soll, möglichst schnell die höchstrangigen Verantwortlichen für die den Gegenstand des Verfahrens bildenden Delikte zu präsentieren, während gleichzeitig den in der Hierarchie tiefer angesiedelten Unternehmensmitarbeitern, die im Tagesgeschäft häufig die inkriminierten Handlungen vorgenommen haben, eingeladen werden, gegen ihre früheren oder gegenwärtigen Vorgesetzten auszusagen, um dann im Rahmen eines individuellen *Plea Agreements* für sich Immunität oder einen deutlichen Kronzeugenrabatt auszuhandeln. Während ein solcher Aussage-„Wettbewerb“ in Antitrust-Ermittlungen bekannt ist, und zwar zwischen Wettbewerbern, haben wir hier die nicht einfache zu steuernde Situation eines (auch) unternehmensinternen Kooperations-„Wettbewerbs“, der durchaus mit

quasi einprogrammierten Interessenkonflikten im Lager der internen Ermittler verbunden sein kann, denn wie kann z.B. ein Chefjurist oder Chief Compliance Officer zugleich den Vorstand in dieser Sache beraten und dessen Mitglieder gleichzeitig auf Verwicklung in die Untersuchungsgegenstände überprüfen?

- **Criminal and civil attorneys handling corporate investigations should be in routine communication with one another.**

Dieser Punkt hat keine direkte Außenwirkung, er betrifft nur die künftige Zusammenarbeit innerhalb der DOJ-Abteilungen (*divisions*), die bislang relativ autonom nebeneinander tätig geworden sind. Hier sollen fallbezogene und abteilungsübergreifende Task Forces eingesetzt werden, um sicherzustellen, dass die Informationen der Staatsanwälte auch den Zivilermittlern des DOJ bekannt gemacht werden, und umgekehrt.

- **Absent extraordinary circumstances, no corporate resolution will provide protection from criminal or civil liability for any individuals.**

Auch diese Regelung stellt die bisherige Praxis des DOJ auf den Kopf: Während bislang im Rahmen von *Plea Agreements*, die zwischen dem DOJ und den betroffenen Konzernen abgeschlossen wurden, stets auch Immunität für alle Konzerngesellschaften und deren Mitarbeiter, Vorstände, Geschäftsführungen etc. gewährt wurde, soweit nicht bestimmte Mitarbeiter im Rahmen eines „*carve out*“ von dieser Immunität ausgeschlossen wurden, soll es künftig gar keine Immunität für natürliche Personen mehr geben. Ausgenommen hiervon sind nur noch Sonderregelungen, wie z.B. die Kronzeugenregelung der Antitrust-Division des DOJ.

Der folgende Punkt des Yates-Memorandums ergänzt diese Restriktionen noch für den Fall, dass ein *Plea Agreement* zwischen DOJ und dem kooperationswilligen Unternehmen ausverhandelt ist, die internen Untersuchungen des Unternehmens nach den „wahren Schuldigen“ aber noch andauern:

- **Corporate cases should not be resolved without a clear plan to resolve related individual cases before the statute of limitations expires and declinations as to individuals in such cases must be memorialized.**

Hierdurch sollen die DOJ-Staatsanwälte und die zivilen Ermittler gezwungen werden, in jedem Einzelfall schriftlich zu begründen, weshalb Ermittlungen gegen in Betracht kommende natürliche Personen, die für Unternehmensdelikte verantwortlich gemacht werden sollen, eingestellt werden sollen. Parallel dazu sollen für den Fall, dass die Verhandlungen über ein *Plea Agreement* zwischen dem DOJ und dem Unternehmen erfolgreich abgeschlossen werden, während die Ermittlungen gegen verdächtige Manager noch andauern, in den *Plea Agreements* eine Regel aufgenommen werden, dass die unternehmensinternen Untersuchungen gegen diese Personen solange weitergehen müssen, bis die Schuldigen identifiziert und dem DOJ gemeldet werden. Ein Verstoß dagegen würde nach den Vertragsbestimmungen als „*material breach of the Agreement*“ angesehen werden und das DOJ ermächtigen, die getroffenen Vereinbarungen aufzukündigen.

²¹ Nach diesem Gesetz haften Personen/Unternehmen dem Staat auf den dreifachen Schaden, die bei einer Ausschreibung Aufträge durch falsche Angaben überteuert erschlichen haben. Das Gesetz hat große praktische Bedeutung für die Pharmaindustrie im Rahmen der staatlichen Gesundheitsvorsorge, und für die Bauindustrie im Rahmen staatlicher Ausschreibungen.

Der sechste und letzte Punkt des Yates-Memorandums zielt auf die persönlichen Vermögensverhältnisse der als Täter identifizierten Personen und richtet sich an die zivilen DOJ-Anwälte:

- **Civil attorneys should consistently focus on individuals as well as the company and evaluate whether to bring suit against an individual based on considerations beyond that individual's ability to pay.**

Während bislang Zivilklagen über hohe bis sehr hohe Schadensersatzforderungen gegen natürliche Personen, und seien es auch hochrangige Vorstandsmitglieder, in der Regel nicht aufgenommen wurden, soll das DOJ trotz der in der Regel nennenswerten Bezüge von Vorständen oder bonusberechtigten Mitarbeitern bei Vorliegen zivilrechtlicher Ansprüche auch dann klagen, wenn anzunehmen ist, dass die eingeklagte Summe in der Regel später im Vollstreckungswege nicht in vollem Umfang würde eintreibbar sein.

Auch hier soll es also einen Strategiewechsel geben mit dem ausdrücklichen Ziel, verantwortliche Personen künftig auch zivilrechtlich in Regress zu nehmen und dabei das Argument einer möglicherweise nicht ausreichenden Vollstreckungsgrundlage („Omas Häuschen“) nicht mehr als Grund für den Verzicht auf die Einleitung eines komplexen Zivilverfahrens gelten zu lassen.

D. Praktische Folgen für deutsche Unternehmen

Die geänderte DOJ-Politik betrifft auch alle deutsche Unternehmen, die US-Recht verletzen. Für diese Unternehmen hat sich die Lage nach dem Yates-Memorandum nicht verbessert, weil die Bedingungen zur Erreichung eines Strafnachlasses als Gegenleistung für die geleistete Kooperation im Rahmen der Aufklärung des Sachverhalts verschärft werden. Die unternehmensintern zu treffende Entscheidung, ob im Falle einer (z.B. durch interne Untersuchungen ermittelten) Verletzung (auch) von US-Recht die dort drohenden Sanktionen durch Abgabe einer Selbstanzeige gemildert werden könnten oder nicht, wird mit größeren Problemen behaftet sein, als dies vor dem Erlass des Yates-Memorandums der Fall war.

I. Keine grundsätzlich neue Ausgangslage

Schon bisher war den Unternehmen, die in den Fokus des DOJ gekommen sind, oder die aufgrund eigener interner Ermittlungen damit rechnen mussten, in den Fokus des DOJ zu kommen, klar, dass im Rahmen einer möglichen Kooperation vor allem auch solche Informationen an das DOJ weitergegeben werden müssen, die bestimmte Unternehmensangehörige betreffen, die an den illegalen Aktivitäten unmittelbar beteiligt waren. Der Unternehmensleitung, die im Zweifel die letzte Entscheidung für oder gegen eine Selbstanzeige treffen muss, wird daher klar sein, dass unter Umständen durch den Inhalt einer solche Anzeige eine Reihe von (auch ehemaligen) Mitarbeitern ein persönliches Strafverfahren in den USA drohen kann. In den bisher gültigen DOJ „Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations“²² hatte man sich auf eine „disclosing the relevant

facts“-Kooperation konzentriert und war bereit, hierfür Strafnachlaß zu gewähren: „[...] *so long as a corporation timely discloses relevant facts about the putative misconduct, the cooperation may receive due credit for such cooperation [...]*“²³ In der Praxis lief diese Bestimmung in der Regel darauf hinaus, dass dem DOJ interne Ermittlungsergebnisse inklusive Zugang zu den damit verbundenen relevanten Dokumenten, Dateien etc. eingeräumt wurde, und im Gegenzug hierfür ein angemessener Strafnachlass nebst Immunität für die nicht gesondert verfolgten Mitarbeiter und Führungskräfte erzielt werden konnte.

II. Ab jetzt heißt es: Alles oder Nichts

Neu ist jetzt der vom DOJ vertretene „Alles-oder-Nichts“-Ansatz: Es soll sowohl in schon anhängigen Verfahren, als auch in allen künftigen Fällen nur noch dann ein Strafabatt bei Selbstanzeigen oder Kooperation gewährt werden, wenn das DOJ im Ergebnis davon überzeugt ist, auch die hochrangigen (aktuellen oder ehemaligen) Führungskräfte benannt und nebst ausreichenden Beweismitteln präsentiert bekommen zu haben. Die Entscheidung darüber trifft alleine das DOJ, oftmals erst am Ende der „Kooperation“, wenn das Unternehmen bereits Terabytes von Informationen an das DOJ übergeben hat. Dieser Punkt muss von allen beteiligten Entscheidungsträgern sehr sorgfältig analysiert werden, bevor am Anfang eine Entscheidung für oder gegen eine Selbstanzeige fällt. Denn das Risiko besteht, dass trotz einer mit Millionenaufwand durchgeführten internen Untersuchung am Ende das DOJ nicht davon überzeugt ist, die wirklichen und in der Hierarchie hoch angesiedelten Verantwortlichen für die in Betracht kommenden Delikte auch präsentiert bekommen zu haben. Die früher möglicherweise in diesem Zusammenhang von Unternehmen geübte Praxis, einer handvoll aktueller oder früherer Angehöriger der operativen Arbeitsebene als Sündenbock zu opfern, verbunden mit der internen Übernahme ihrer Verteidigungskosten und möglichen sonstigen internen Absprachen, ist nunmehr erheblich riskanter geworden.

III. Einfluss auf Art und Umfang künftiger interner Ermittlungen

Gleiches gilt bezüglich des Inhalts einer möglichen Selbstanzeige, speziell, wenn hierzu (auch) nicht-amerikanisches Recht herangezogen werden muss. So wurden in mehreren Beiträgen, die in dieser Zeitschrift zum Thema „Interne Ermittlungen“ schon veröffentlicht wurden,²⁴ darauf hingewiesen, dass in Deutschland Aspekte des Datenschutzes, des Arbeitsrechts, des Verfassungsrechts (z.B. nemo tenetur-Grundsatz), des Telekommunikationsgesetzes u.v.a.m. durchaus Art und Umfang einer solchen internen Untersuchung erheblich begrenzen können. Wenn man sich daran erinnert, dass eingangs dieses Beitrags als einer der Gründe für den Erlass der neuen DOJ-Politik die andauernde Frustration über genau diese Begrenzungen des Informationszugriffs durch ausländisches Recht gewesen ist, wird man sich realistischerweise darauf einstellen dürfen (und müssen), dass derartige Beschränkungen das DOJ zumindest im Rahmen der künftig verlangten Kooperation nicht mehr allzu sehr interessieren werden.

²³ USAM Kapitel 9-28.720.

²⁴ Z.B. Speke, CCZ 2015, 77,78; Gerst CCZ 2012, 1 ff.; Kahlenberg/Schwim, CCZ 2012, 81 ff.; Schürle/Ollers, CCZ 2010, 178 ff.

Die Entscheidung für oder gegen eine Selbstanzeige wird dann in vielen Fällen bedeuten, dass neben den schon erwähnten Interessenkonflikten²⁵ auch eine weitere Konfliktsituation gelöst werden muss, die dann entsteht, wenn ein für die Aktionäre und Mitarbeiter wirtschaftlich sehr wichtiger Strafnachlass in den USA nur dadurch erzielt werden kann, dass anwendbares deutsches Recht gebrochen wird, z.B. durch unbegrenzten Zugriff auf erkennbar private E-Mails von verdächtigen Führungskräften ohne deren Zustimmung, oder beim Einsatz von als „verdeckte Ermittler“ getarnten Mitarbeitern, die vom FBI mit Abhöreinrichtungen versehen wurden. Der nächste Konflikt dürfte sich bei der Bestimmung des Umfangs der internen Ermittlungen abzeichnen, da nach dem jetzt gültigen „Alles-oder-Nichts“-Prinzip keine Begrenzung der internen Ermittlungen auf bestimmte Hierarchieebenen mehr möglich sein dürfte. Wenn dann die (meist externen) Ermittler aufgrund konkreter Hinweise auch gezwungen wären, an die Türen von Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern zu klopfen, dann wird deutlich, warum das DOJ und viele Kommentatoren in den USA davon ausgehen, dass sich auf absehbare Zeit die Zahl der Selbstanzeigen erst einmal deutlich vermindern wird, bis absehbar wird, wie sich diese neue DOJ-Politik in der Praxis bewährt.

Ein Absehen von einer Selbstanzeige und der dadurch ausgelösten Kooperation mit dem DOJ kann natürlich für das Unternehmen zu dem gesteigerten Risiko führen, dass es am Ende wegen beweisbarer Delikte angeklagt und zu Unternehmensstrafen verurteilt wird, die hierzulande kaum vorstellbar sind. Die Beweise hierfür kann das DOJ nicht nur durch die bisher schon meistens verfahrensauslösenden Whistleblower erhalten, sondern jetzt ganz konkret auch durch (aktuelle oder ehemalige) Mitarbeiter des verdächtigen Unternehmens, die durch schnelle und umfängliche Zusammenarbeit mit dem DOJ ihr eigenes, und für sie selbst dann günstiges, *Plea Agreement* mit der US-Behörde abschließen, was natürlich Auswirkungen auf die Verteidigungsfähigkeit des nicht zur Selbstanzeige gegriffen habenden Unternehmens haben dürfte.

25 Siehe oben S. 245.

Am Ende droht den Entscheidungsträgern noch das Risiko einer internen D&O-Inanspruchnahme, wenn sich z.B. später herausstellt, dass die Organisation der Kooperation mangelhaft war und das DOJ deshalb einen Strafrabatt verweigert hat.

E. Fazit

Natürlich wäre ein funktionierendes und gelebtes Compliance-System, welches derartige Unternehmensdelikte von vornherein gar nicht erst entstehen lässt, der wirksamste Mechanismus gegen jegliche „peinliche Befragung“, allein die Erfahrung lehrt, dass die Verstöße gegen die vom DOJ verfolgten Delikte eher zu- als abnehmen. Da auch die amerikanische Börsenaufsicht (SEC) erst vor wenigen Monaten angekündigt hat,²⁶ in die gleiche Richtung wie das DOJ bei der Verfolgung von Individuen zu marschieren, dürfte es für potentiell exponierte Unternehmen in Deutschland Sinn machen, sich mit dieser künftigen Risikolage so bald wie möglich gut vertraut zu machen. Aktionärsvertreter werden es sicherlich nicht nur in den USA begrüßen, dass das DOJ Ernst macht mit seinem Anspruch, die Drahtzieher für die von ihm verfolgten Delikte ausfindig zu machen, und sei es durch „peinlich frag“ des eigenen Unternehmens, das bislang zum Teil horrend Strafen zu begleichen hatte für Taten, die durchaus auch im Eigeninteresse von Führungskräften begangen wurden.

KONTAKT:

Dr. Michael Pant
 PANT LEGAL Rechtsanwälte
 Bilker Straße 11
 40213 Düsseldorf
 Tel.: 0211/87638110
 Fax: 0211/87638120
michael.pant@pantlegal.com

26 Vgl. z.B. die Rede von A. Ceresney, Leiter der SEC Vollstreckungsabteilung, vom 13. 5. 2015, www.sec.gov/news/speech/sec-cooperation-program.html.