



Das Yates-Memorandum: Verschärfung im amerikanischen Unternehmensstrafrecht

SUSAN EMMENEGGER*

Bei den Ermittlungen gegen Banken im Zusammenhang mit der Finanzkrise erzielte das US-amerikanische Justizdepartement Vergleichszahlungen von über 85 Milliarden Dollar. Verurteilt wurde ein einziger Banker. Das soll sich ändern. Im September 2015 kündigte Deputy U.S. Attorney Sally Q. Yates den Erlass neuer Richtlinien bei der Verfolgung von Unternehmensstrafaten an. Die Quintessenz des sogenannten Yates-Memorandum lautet: Manager an den Galgen! Das Rezept: Eine Vergleichslösung steht nur zur Verfügung, wenn das betroffene Unternehmen über alle Hierarchiestufen hindurch die fehlbaren Personen identifiziert und meldet.

Lors de ses investigations menées contre les banques dans le cadre de la crise financière, le Département américain de la justice a obtenu des paiements transactionnels dépassant les 85 milliards de dollars. Un seul banquier a été condamné. Mais cela est en passe de changer. En septembre 2015, le procureur général adjoint des Etats-Unis, Sally Q. Yates, a annoncé l'adoption de nouvelles directives pour la poursuite des infractions des entreprises. L'essentiel du mémorandum Yates peut se résumer comme suit : les managers au gibet ! Le moyen : un accord transactionnel ne sera possible que si l'entreprise concernée identifie les personnes fautives à tous les niveaux hiérarchiques et annonce.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Unternehmensverantwortung im US-amerikanischen Recht
 - A. Strafrechtliche und «zivilrechtliche» Verantwortung
 - B. Die Organisation der Rechtsdurchsetzung
- III. Die Vergleichskultur
 - A. Attraktivität von Vergleichen
 - B. Übliche Bestimmungen
 - C. Zentrale Bedingung: Kooperation des Unternehmens
- IV. Das Yates-Memorandum: «Focus on Individual Wrongdoers»
 - A. Hintergrund
 - B. Sechs Programmpunkte und ihre Formalisierung
 1. Die key steps
 2. Revision der *Principles of Federal Prosecution*
 - C. Der grosse Hebel: Ohne «Köpfe» kein Kooperationskredit
 - D. Weitere Anweisungen
 1. Frühestmöglicher Fokus auf Einzelpersonen
 2. Einzelverfolgung trotz Unternehmensvergleich
 3. Klarer Plan für die Fortsetzung der Einzelverfolgung
 4. Verzicht auf Einzelverfolgung bedarf der Genehmigung
 5. Zivilklagen nicht nur gegen zahlungsstarke Einzelpersonen
- V. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Dass die US-amerikanischen Behörden wenig Hemmung kennen, wenn es um die Verhängung von Bussgeldern gegenüber Unternehmen geht, ist hierzulande hinlänglich bekannt. In Fahrt gekommen ist diese Entwicklung im Nachgang zur Finanzkrise von 2008. Spitzenreiterin ist noch immer die Bank JPMorgan, die im Jahr 2013 ihren Streit mit diversen Behörden und Bundesstaaten für rund 13 Mrd. USD beilegte.¹ Während aber die Finanzkrise weltweit Vermögenswerte im Umfang von bis zu 15 Billionen USD vernichtete und rund 61 Millionen Arbeitsplätze verloren gingen,² sind nur eine Handvoll Finanzmarktakteure persönlich zur Verantwortung gezogen worden.³ In den USA, wo aufgrund der Subprime-Krise

* SUSAN EMMENEGGER, Prof. Dr., LL.M., Ordinaria für Privatrecht und Bankrecht, Direktorin des Instituts für Bankrecht an der Universität Bern.

Ich danke Herrn stud. iur. RAMIN PAYDAR und Frau BLaw LÉONIE LUTERBACHER für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags. I also thank Professors GEOFFREY MILLER and JENNIFER ARLEN for welcoming me as a Fellow at the NYU Program for Corporate Compliance and Enforcement (PCCE).

The present article was inspired by the workshops and conferences organized by the PCCE.

¹ Siehe DEPARTMENT OF JUSTICE, Justice Department, Federal and State Partners Secure Record \$13 Billion Global Settlement with JPMorgan for Misleading Investors About Securities Containing Toxic Mortgages, 19. November 2013, <http://www.justice.gov/justice-news> > November 19, 2013 (Abruf 5.7.2016).

² Zu den Kosten der Finanzkrise siehe etwa MARK ADELSON, The Deeper Causes of the Financial Crisis: Mortgages Alone Cannot Explain It, *The Journal of Portfolio Management* Spring 2013, 16 ff. Zu den Arbeitsplatzverlusten siehe INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, World Employment Social Outlook, Trends 2015, 11.

³ Strafrechtlich verurteilt wurde lediglich der CS-Top-Banker Kareem Serageldin (30 Monate, kein Mitglied der GL oder des VR). Andere Verfahren endeten in Freisprüchen (Ralph Cioffi und Matthew Tannin von Bear Stearns, 2009) oder in Vergleichen (Jamie Diamon von JPMorgan Chase, 2014). Siehe dazu WILLIAM D. COHAN, How Wall Street's Bankers Stayed Out of Jail, *The Atlantic*, September 2015. Siehe insgesamt: JESSE EISINGER, Why Only One Top Banker Went to Jail for the Financial Crisis, *N.Y. Times*, 30. April 2014; JED S. RAKOFF, The Financial Crisis: Why

rund 5 Millionen Menschen ihre Häuser verloren,⁴ wurde die Unzufriedenheit darüber von der Strasse in die Politik getragen und von dort an Behörden weitergereicht. Hohe Bussen, die letztlich vor allem von den Aktionären (einschliesslich Pensionskassen) getragen wurden, beruhigten die Gemüter nur bedingt. Man wollte Köpfe rollen sehen. «Banker an den Galgen» – so lautete der Titel eines Vortrags von DANIEL ZUBERBÜHLER an der Bankrechtstagung von 2014.⁵ Was sich damals abzeichnete, ist nunmehr in den USA institutionalisierte Realität geworden.⁶ Im September 2015 veröffentlichte das US-amerikanische Justizdepartement ein Memorandum mit dem Titel «Individual Accountability of Corporate Wrongdoing», das sogenannte Yates-Memorandum.⁷ Die Kurzformel dafür lautet: Manager an den Galgen! Da die US-Justiz bekanntlich sehr lange Arme hat, betrifft das Yates-Memorandum auch die Unternehmen in der Schweiz, und zwar keineswegs nur die Banken. Der vorliegende Beitrag enthält eine Übersicht zum Yates-Memorandum.

II. Unternehmensverantwortung im US-amerikanischen Recht

A. Strafrechtliche und «zivilrechtliche» Verantwortung

Die Strafbarkeit von Unternehmen ist im US-amerikanischen Recht seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts anerkannt.⁸ Sie folgt dem Grundsatz der Geschäftsherrenhaftung und ist gegeben, wenn Mitarbeitende oder Beauftragte im Rahmen ihres Beschäftigungsverhältnisses strafbare Handlungen begehen und sie dabei zumindest teilweise bezwecken, dem Unternehmen dadurch einen Vorteil zu verschaffen. Nur solche Verhaltensweisen, die in keinerlei Beziehung zur Tätigkeit des Angestellten für das Unternehmen stehen, werden ausgegrenzt.⁹ Anders als im schweizerischen Unternehmensstrafrecht ist mithin die gleichzeitige Strafbarkeit von Unternehmen und natürlichen (unternehmensverbundenen) Personen der Normalfall.¹⁰

Neben der klassischen strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die auf Bundesebene primär von der Criminal Division des Department of Justice (DOJ) durchgesetzt wird, kennt das US-amerikanische Recht eine *civil liability*, die vorrangig in den Kompetenzbereich der Civil Division des DOJ fällt.¹¹ Beide Divisions finden ihre Entsprechung in den 93 U.S. Attorney Offices, die über die gesamten Einzelstaaten verteilt sind. Nach schweizeri-

Have No High-Level Executives Been Prosecuted? The New York Review of Books, 9. Januar 2014, sowie «Reply» zu «Why Have Top Executives Escaped Prosecution», The New York Review of Books, 14. März 2014. In anderen Bereichen gab es durchaus Verurteilungen von «High-Level-Executives», man denke nur an Madoff. Siehe auch unten FN 44.

⁴ Siehe CORELOGIC, National Foreclosure Report, März 2014, 2.

⁵ DANIEL ZUBERBÜHLER, Banker an den Galgen?, Erwartungen und Realitäten, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2014, Basel 2014, 53 ff.

⁶ Für eine rechtsvergleichende Sicht auf (finanzsektorspezifische) Entwicklungen im UK und in Deutschland siehe ZUBERBÜHLER (FN 5), 60 ff. Auch in der Schweiz gibt es – wenngleich deutlich weniger weitgehende – Tendenzen: So wurde der Bundesrat 2014 per Motion beauftragt, eine Revision des StGB vorzuschlagen, welche eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Schuldners gegenüber den Gläubigern schafft, falls der systemrelevante Schuldner durch staatliche Intervention massgeblich finanziell unterstützt wird und diese Notwendigkeit durch die Misswirtschaft des Schuldners bedingt wurde. Motion (10.3634) gestützt auf den GPK-Bericht (10.054), Motion vom SR angenommen (22.9.2010, AB 2010 S 877), in geänderter Fassung vom NR angenommen (2.3.2011, AB 2011 N 107), Zustimmung SR (19.3.2014, AB 2014 S 309).

⁷ Das Memorandum trägt den Namen seiner Verfasserin, Vize-Staatsanwältin (Deputy Attorney General) Sally Q. Yates. Abrufbar unter: <http://www.justice.gov/dag/file/769036/download> (Abruf 5.7.2016).

⁸ Grundlegend *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S.*, 212 U.S. 481 (1909). Zu den Entwicklungen siehe auch KATJA RÖDIGER, Strafverfolgung von Unternehmen, Internal Investigations und strafrechtliche Verwertbarkeit von «Mitarbeitergeständnissen», Frankfurt a.M. 2012, 119 ff.; ANNE EHRHARDT, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Berlin 1994, 98 ff.

⁹ Siehe dazu U.S. Attorneys' Manual (USAM), <https://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual> (Abruf 5.7.2016), USAM 9-28.210 (2015) – Focus on Individual Wrongdoers, B. Comment, Abs. 3: «Under the doctrine of *respondeat superior*, a corporation may be held criminally liable for the illegal acts of its directors, officers, employees, and agents. To hold a corporation liable for these actions, the government must establish that the corporate agent's actions (i) were within the scope of its duties, and (ii) were intended, at least in part, to benefit the corporation.» Ausführlich auch RÖDIGER (FN 8), 122 ff., EHRHARDT (FN 8), 102 ff.

¹⁰ In der Schweiz ist die beidseitige (unabhängige) Strafbarkeit auf die Katalogstraftaten in Art. 102 Abs. 2 StGB beschränkt. Zur Struktur von Art. 102 StGB siehe MARCEL ALEXANDER NIGGLI/DIEGO R. GFELLER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtinger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. A., Basel 2013, Art. 102 StGB N 18 ff. und 118.

¹¹ Für einen Überblick siehe die Homepage des DOJ (<http://www.justice.gov>) unter der Sektion «Civil Division».

schem Verständnis handelt es sich bei den *civil claims* des DOJ häufig um verwaltungsrechtliche Angelegenheiten.¹² Allerdings übernimmt das DOJ auch in diesen Verfahren die Rolle einer Prozesspartei, welche die Ansprüche vor einem Gericht durchsetzen muss. Das Strafverfahren und das «Zivilverfahren» sind also ähnlich strukturiert. Entsprechend sind auch bei der Civil Division des Justizdepartements Staatsanwältinnen und Staatsanwälte tätig. Kurz: In der schweizerischen Lesart umfasst die *civil liability* eines Unternehmens nicht nur dessen klassische zivilrechtliche, sondern auch dessen von Amtes wegen verfolgte verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit.

Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf das DOJ und die Attorney Offices und deren verstärkte Ausrichtung auf die individuelle Strafverfolgung im Rahmen von Unternehmensstraftaten. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass in den USA für die Durchsetzung von rechtlichen Rahmenbedingungen eine Vielzahl von staatlichen Stellen zuständig sind, deren Kompetenzen sich grossflächig überschneiden. Beispielhaft erwähnt sei die eingangs erwähnte Strafzahlung von JPMorgan im Zusammenhang mit der Finanzkrise. Davon gingen 4 Mrd. USD an geschädigte Privatleute und die restlichen 9 Mrd. USD wurden zwischen neun verschiedenen Behörden aufgeteilt.¹³

B. Die Organisation der Rechtsdurchsetzung

In den USA sind massgebliche Gesetzgebungskompetenzen den einzelnen Bundesstaaten vorbehalten. Das gilt namentlich auch für das Strafrecht, das Verwaltungsrecht und das Zivilrecht. Sie werden in Einzelgebieten durch Bundeskompetenzen überlagert. Wichtige Bundesgesetze, die gerade auch ausländische Unternehmen betreffen, bestehen insbesondere auf den Gebieten des Steuerrechts, des Anti-Korruptionsrechts, des Embargorechts, des Wertpapierrechts und des Kartellrechts.

¹² Die Kompetenzbereiche der Civil Division sind ausserordentlich vielfältig. Einerseits ist die Civil Division zuständig für Klagen, die sich gegen den Staat bzw. die Regierung richten. Andererseits verfolgt sie staatliche Ansprüche in Bereichen wie dem Patentrecht, dem Ausländerrecht, dem Sozialversicherungsrecht, der Energiegesetzgebung, dem Konsumentenschutz, dem Vergaberecht und dem Bereich der nationalen Sicherheit. Wichtige (proaktive) Klagen betreffen alle Arten von Missbrauch im Zusammenhang mit der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und öffentlichen Unterstützungsgeldern sowie Bestechungshandlungen, Retrozessionen (Kickbacks) und Interessenkonflikte. In diesen Bereichen sind nicht nur Zivilansprüche, sondern auch Straftatbestände vorgesehen. Für den Kompetenzkatalog der *civil division* siehe 28 U.S.C. § 547.

¹³ DEPARTMENT OF JUSTICE (FN 1).

Die Staatsanwälte des DOJ verfügen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit über einen sehr weitgehenden Ermessensspielraum. Insbesondere entscheiden sie eigenständig darüber, ob sie überhaupt Anklage erheben. Aus diesem *Nichtverfolgungsrecht* ergeben sich die weitgehenden Kompetenzen hinsichtlich der Vorgehensweise im Einzelnen, einschliesslich der Frage, ob und welche Vereinbarung sie mit potentiell oder tatsächlich angeklagten Personen oder Unternehmen treffen.¹⁴

Um dennoch eine möglichst gleichmässige Rechtsanwendung zu gewährleisten, bestehen DOJ-interne Richtlinien – das sogenannte U.S. Attorneys' Manual (USAM).¹⁵ Im Zusammenhang mit der Unternehmensstrafbarkeit sind insbesondere die «Principles of Federal Prosecution of Business Organizations» von Bedeutung, die innerhalb des USAM ein separates Kapitel bilden.¹⁶ Für die «Civil Prosecution» existieren separate Richtlinien.¹⁷ Die Richtlinien werden jeweils von den zuständigen Amtsführerinnen bzw. Amtsführern geprägt (regelmässig einem Deputy Attorney General). Diese verfassen ein Memorandum darüber, wie die unter ihrer Amtsführung agierenden Staatsanwälte und Staatsanwältinnen ihr Ermessen ausüben sollen.¹⁸ Die massgeblichen Punkte der Memoranden fliessen jeweils in die Principles of Federal Prosecution of Business Organizations ein.¹⁹

¹⁴ Siehe dazu auch die Ausführungen in USAM 9-28.200 (2015) – General Considerations of Corporate Liability, B. Comment, Abs. 3: «Prosecutors have substantial latitude in determining when, whom, how and even whether to prosecute for violations of federal criminal law.» Für einen Überblick siehe auch RÖDIGER (FN 8), 107 ff.; NIKLAUS SCHMID, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, 2. A., Heidelberg 1993, 40 f.

¹⁵ Bei den Anweisungen des USAM handelt sich um rein interne Dienstanweisungen, siehe USAM 1-1.100 (2015) – Purpose, sowie USAM 9-28.000 (2015) – Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, letzter Absatz.

¹⁶ USAM 9-28.000 (2015) – Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

¹⁷ USAM 4-3.000 (2015) – Compromising And Closing.

¹⁸ Wichtige Memoranden im hier interessierenden Bereich: Das Memorandum von Deputy Attorney General Larry Thompson vom 20. Januar 2003 (Thompson Memorandum); das Memorandum von Deputy Attorney General Paul McNulty vom 12. Dezember 2006 (McNulty Memorandum) und das Memorandum von Deputy Attorney General Mark Filip vom 28. August 2008 (Filip Memorandum).

¹⁹ Siehe dazu FRANK SHEEDER, DOJ's pursuit of individual liability for corporate misconduct: The Yates Memo, Compliance & Ethics Professional Magazine November 2015, 71 (hinsichtlich der Thompson, McNulty und Filip-Memoranden): «The principles that emerged [in the memoranda] were placed in the United States Attorneys' Manual in the Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.»

III. Die Vergleichskultur

Die Rechtsverfolgung im Bereich der Unternehmensverantwortung zeichnet sich durch eine ausgeprägte Vergleichskultur aus. Die Vereinbarungen erfolgen in Gestalt von Non-Prosecution Agreements (NPAs), von Deferred Prosecution Agreements (DPAs) oder in Gestalt von Plea Agreements (PAs).²⁰ Im Fall eines NPA verzichtet die Ermittlungsbehörde auf eine Anklage. Das Verfahren bleibt aber anhängig, bis das Unternehmen die ausgehandelten Bedingungen erfüllt. Beim DPA wird Anklage erhoben, aber auf Antrag der Ermittlungsbehörde ausgesetzt. Erfüllt das Unternehmen die Bedingungen, so wird die Anklage zurückgenommen. Beim PA erfolgt eine Anklage und ein Schuldeingeständnis des Unternehmens, wobei die Einzelheiten des Schuldeingeständnisses ein Verhandlungsergebnis sind.

A. Attraktivität von Vergleichen

Die Vergleichskultur wird durch die weitgehende Interessenkongruenz der Hauptakteure gefördert. Für das betroffene Unternehmen bedeutet ein Vergleich zunächst einmal die Abwendung einer existentiellen Bedrohung. Bereits die Anklage, und noch mehr ein Schuldspruch, kann das Ende des Unternehmens bedeuten – man denke nur an die Fälle Arthur Andersen²¹ und Bank Wegelin.²² Deshalb wird ein Unternehmen alles daran setzen, um sich mit den Behörden vergleichsweise zu einigen. Das geschieht vorzugsweise im Rahmen eines NPA oder eines DPA. Wenn die Behörden nicht einlenken, so wird man nichts unversucht lassen, um im Rahmen eines Plea Agreement eine sanfte Landung zu erreichen – so das Beispiel Credit Suisse.²³ Darüber hinaus kann man mit einem Vergleich

eine zügige Erledigung des Verfahrens erreichen und damit die enorme Ressourcenbindung und die negative Publizität, die mit solchen Verfahren zwangsläufig verbunden sind, in Grenzen halten.²⁴ Das kann auch einem möglichen (freien) Fall des Aktienkurses entgegenwirken.

Auch für das DOJ stellen Vergleiche eine attraktive Lösungsvariante dar. Verfahren gegen Unternehmen stellen die Behörden generell vor grosse Herausforderungen. Die Rekonstruktion von Vorgängen, die teilweise Jahre zurückliegen und sich über die verschiedenen Hierarchieebenen des Unternehmens ziehen, lässt sich nur schwer bewältigen. Oftmals haben diejenigen Personen, die man befragen müsste, das Unternehmen bereits verlassen, oder es ist aufgrund arbeitsteiliger Strukturen und geteilter Verantwortlichkeiten nicht klar, welche Personen welche Handlungen vorgenommen haben. Ausserdem sind das Personal und die Unternehmensleitung oft über mehrere Orte oder Staaten verteilt. Zudem müssen riesige Datenmengen bewältigt werden, die gerade bei den grossen, international tätigen Unternehmen keineswegs immer auf Englisch abgefasst sind.²⁵ Eine Beweisführung, die in einem Gerichtsverfahren standhalten würde, ist deshalb enorm schwierig und mit den zahlreichen Unsicherheiten eines Jury-Verfahrens behaftet. Das Ermessen bei der Erhebung einer Anklage und die starke Personalisierung des Amtes setzen die Staatsanwältinnen und -anwälte gerade bei Verfahren gegen bekannte Unternehmen einem beachtlichen Erfolgsdruck aus. Oft übernehmen sie dieses Amt als ersten Schritt auf dem Weg zu einer politischen Karriere; entsprechend möchten sie sich als erfolgreiche Verbrechensbekämpfer profilieren.²⁶ Nicht zu unter-

²⁰ Für eine Übersicht siehe RÖDIGER (FN 8), 180, 187.

²¹ 2002 klagte die US-Justiz die Arthur Andersen LLP, die bis dato zu den fünf grössten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften der Welt gehörte, wegen Behinderung der Justiz an. Bereits lange vor der Verurteilung – die der Supreme Court später aufhob – verlor das Unternehmen hunderte von Kunden und musste tausende Mitarbeiter entlassen. Es war in der Folge nicht mehr eigenständig tätig. Siehe dazu RÖDIGER (FN 8), 157 f.

²² Anfang 2012 geriet die Privatbank Wegelin im Zusammenhang mit dem US-Steuerstreit ins Visier der US-Justiz. Dabei kam die Bank bereits durch die Androhung einer Klage in eine derart schwierige Situation, dass sie sich aufspaltete und einen Grossteil des Geschäfts an die Raiffeisengruppe verkaufte. Siehe dazu CHRISTOPH EISENRING, Die USA machen Drohung wahr, NZZ vom 4. Februar 2012, 27. Sodann PETER NOBEL, Zum Fall Wegelin, SZW 2013, 534.

²³ Die Credit Suisse hat sich 2014 wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung mit den Behörden der USA geeinigt. Es wurde explizit vereinbart, dass trotz des guilty-pleas kein Lizenzentzug erfolgt. Die

Credit Suisse musste dafür eine Busse in Höhe von rund 2,6 Mrd. USD bezahlen und ein Schuldgeständnis ablegen. Ausserdem mussten grenzüberschreitende Geschäfte offengelegt, weitere Kooperationsbereitschaften versprochen, sowie die Befolgung von US Steuerrecht zugesichert werden. Siehe *United States of America v. Credit Suisse AG*, Plea Agreement, 19. Mai 2014. Siehe auch DEPARTMENT OF JUSTICE, Press Release, Credit Suisse Pleads Guilty to Conspiracy to Aid and Assist U.S. Taxpayers in Filing False Returns, 19. Mai 2014, <http://www.justice.gov/justice-news> > May 19, 2014 (Abruf 5.7.2016). Siehe weiter CHRISTOPH EISENRING, Schuldeingeständnis der Credit Suisse, NZZ vom 20. Mai 2014, 1. MICHAEL PANT, «... so mag alldann peinlich frag gebraucht werden.», CCZ 2015, 243.

²⁵ Siehe zu diesen Herausforderungen USAM 9-28.700 (2015) – The Value of Cooperations, B. Comment; Yates-Memorandum (FN 7), 2.

²⁶ Siehe dazu JOACHIM HERRMANN, Der amerikanische Strafprozess, in: Heike Jung (Hrsg.), Der Strafprozess im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, Berlin/New York 1990, 136. Ähnlich auch CHRISTOPH PARTSCH, The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) der USA, Das amerikanische Bestechungsverbot und seine Auswirkungen auf Deutschland, Berlin 2007, 77 f.

schätzen ist sodann die interne Konkurrenz zwischen den zahlreichen Behörden, die aufgrund überlappender Kompetenzen am Verfahren und seinem Ausgang interessiert sind.

Mit einem Vergleich, den das DOJ mit Pauken und Trompeten an einer Pressekonferenz verkünden kann, lassen sich weit einfacher Erfolge feiern, zumal die Vereinbarungen explizit oder implizit ein *mea culpa* des Unternehmens beinhalten und sodann mit Millionenbussen sowie unternehmensinternen Massnahmenplänen untermauert sind. Im Rahmen eines Vergleichs kommen sodann auch alle weiteren interessierten Behörden auf ihre Rechnung – diese bezahlt das Unternehmen mit den verschiedenen Tranchen der Gesamtbusse. Zudem vermeidet man damit auch den möglichen Kollateralschaden – nämlich den Zusammenbruch des Unternehmens als Folge einer Anklage.²⁷ Am Ende profitieren somit beide Akteure von einem aussergerichtlichen Vergleich. Es ist daher wenig erstaunlich, dass diese in den letzten Jahren zugenommen haben.²⁸

B. Übliche Bestimmungen

Die vom DOJ abgeschlossenen Vereinbarungen tragen dem Einzelfall Rechnung. Trotzdem finden sich sowohl in den NPAs als auch in den DPAs und zu einem grossen Teil auch in den Plea Agreements regelmässig ähnliche Bestimmungen. So wird von den Unternehmen regelmässig Folgendes verlangt: (1) die vollständige und aufrichtige Zusammenarbeit mit Strafverfolgungs- und sonstigen Behörden,²⁹ (2) die Zustimmung zu einem Tatsachenbe-

richt (Statement of Facts) über die vorgeworfenen Handlungen und die Übernahme der vollen Verantwortung für dieselben;³⁰ (3) die Zustimmung, wonach die festgestellten Tatsachen gegen das Unternehmen verwendet werden dürfen, sollte dieses gegen die Vereinbarung verstossen;³¹ (4) die Zusicherung, dass die festgestellten Tatsachen in keinem Kontext bestritten werden;³² (5) die Zustimmung zur Aussetzung der Verjährung der Delikte,³³ (6) die Kenntnisaufnahme, dass die Vereinbarung nicht vor Verfahren durch andere US-Behörden geschützt und – bei neueren Verfahren – dass insbesondere Einzelpersonen nicht von weiteren Verfahren geschützt sind;³⁴ (7) die Umsetzung von unternehmensinternen Massnahmen zur Vermeidung ähnlicher Vorfälle.³⁵ Und last, but not least: Die Vereinba-

erstreit), <http://www.justice.gov> (auffindbar mit Suchfunktion auf Hauptseite), 7 Ziff. 10; *United States of America v. UBS AG*, Plea Agreement, 20. Mai 2015 (FX Manipulation), <http://www.justice.gov/justice-news> > May 20, 2015 (Pressemitteilung mit Dokumentenlink; Abruf 5.7.2016), 3 Ziff. 7. Andere Plea Agreements umschreiben lediglich eine weitgehende Informationspflicht, siehe z.B. *Credit Suisse*, PA 2014 (FN 23), 5 Ziff. 7.B.: «Credit Suisse AG must promptly disclose all evidence and information described in Sections ...»

³⁰ Beispielhaft: BEKB, NPA 2015 (FN 29), 1 Abs. 2: «Berner Kantonalbank admits, accepts, and acknowledges responsibility for the conduct set forth in the Statement of Facts ...» Siehe auch UBS, DPA 2009 (FN 29), 2 Ziff. 2; *Credit Suisse*, PA 2014 (FN 23), 2 Ziff. 2.

³¹ Beispielhaft: UBS, DPA 2009 (FN 29), 12 Ziff. 17: «It is further agreed that in the event that the Government, in its sole discretion, determines that UBS has committed a material violation of this Agreement ... all statements set forth in the Statement of Facts ... shall be admissible in evidence in any and all criminal proceedings hereinafter brought by the Government against UBS.» Siehe auch BEKB, NPA 2015 (FN 29), 5 f. Abs. 6. Ähnlich *Credit Suisse*, PA 2014 (FN 23), 11 Ziff. 12.C. Hinweis: Der Verstoff gegen ein Plea Agreement muss gerichtlich festgestellt werden.

³² Beispielhaft: BEKB, NPA 2015 (FN 29), 1 Abs. 2: «Berner Kantonalbank ... agrees not to intake any public statement contradicting the Statement of Facts.» Siehe auch UBS, DPA 2009 (FN 29), 12 Ziff. 19; *Credit Suisse*, PA 2014 (FN 23), 7 Ziff. 7.E.

³³ Beispielhaft: UBS, DPA 2009 (FN 29), 11 Ziff. 16: «By this Agreement, UBS expressly intends to and hereby does waive its rights in the foregoing respects, including any right to make claims premised on the statute of limitations, as well as any constitutional, statutory, or other claim concerning pre-indictment delay.» Siehe auch BEKB, NPA 2015 (FN 29), 6 Abs. 4; *Credit Suisse*, PA 2014 (FN 23), 10 f. Ziff. 12.B.

³⁴ Beispielhaft: BEKB, NPA 2015 (FN 29), 1 Abs. 2: «This Agreement does not provide any protection against prosecution for any offenses except as set forth above and applies only to Berner Kantonalbank and does not apply to any other entities or to any individuals.» Siehe auch UBS, DPA 2009 (FN 29), 10 Ziff. 15; *Credit Suisse*, PA 2014 (FN 23), 9 f. Ziff. 9.B.

³⁵ Beispielhaft: UBS, DPA 2009 (FN 29), 5 Ziff. 6: «In addition to implementing the Exit Program, UBS agrees to implement and maintain an effective program of internal controls with respect to compliance with UBS's obligations under the Qualified Intermediary

²⁷ Zu diesem Treiber für DPAs im Nachgang zum Arthur Andersen-Fall siehe LISA KERN GRIFFIN, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, *NYU Law Review* 82 (2007), 321 ff.

²⁸ Siehe dazu CINDY R. ALEXANDER/MARK A. COHEN, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*, *American Criminal Law Review* 52 (2015), 569: Im Zeitraum 1997–2006 kamen pro Jahr durchschnittlich 23 Agreements zustande. Zwischen 2007–2011 waren es durchschnittlich 52. Siehe auch KERN GRIFFIN (FN 27), 323 (unter Hinweis auf ein Ansteigen der DPAs im Anschluss an das Thompson-Memorandum [2003, siehe FN 18]).

²⁹ Beispielhaft: *Berner Kantonalbank AG*, *Non-Prosecution Agreement*, 21. Mai 2015 (Steuerstreit), <http://www.justice.gov/justice-news> > June 9, 2015 (Pressemitteilung mit Dokumentenlink, Abruf 5.7.2016), 4 Abs. 2: «Berner Kantonalbank shall also ... cooperate fully with the Department, the Internal Revenue Service, and any other federal law enforcement agency designated by the Department regarding all matters related to the conduct described in this Agreement.» Ähnlich z.B. auch UBS, *Deferred Prosecution Agreement*, Case No. 09-60033-CR-Cohn, 18. Februar 2009 (Steuer-

rungen enthalten ausnahmslos die Verpflichtung zur Zahlung einer substantiellen Geldsumme.³⁶

C. Zentrale Bedingung: Kooperation des Unternehmens

Die Principles of Federal Prosecution of Business Organizations enthalten eine Reihe von Kernpunkten, die bei der Entscheidung über die Frage, ob es zur Anklageerhebung, zum Abschluss eines Plea Agreements oder einer anderen Vereinbarung (NPA, DPA) zu beachten sind.³⁷ Dazu gehören etwa die Schwere des Vergehens, dessen Verbreitung im Unternehmen, die Existenz von «Vorstrafen», die Effektivität der Compliance-Stelle, die zeitnahe Aufdeckung und Offenlegung des Fehlverhaltens, die Abhilfemaßnahmen, die das Unternehmen bereits getroffen hat und die möglichen «Kollateralschäden» eines Strafverfahrens.

Zentral ist aber die Bereitschaft des Unternehmens, mit den Behörden zu kooperieren – ein Punkt, der auch vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass sich nach US-amerikanischem Recht nur natürliche Personen auf den Grundsatz des *nemo tenetur* berufen können.³⁸ Zur Kooperationsbereitschaft gehört, dass alle relevanten Tatsachen offengelegt werden: Wann hat das behauptete strafbare Verhalten stattgefunden, wer hat es gefördert oder genehmigt, und wer ist dafür verantwortlich?³⁹ Zur Kooperation gehört aber auch die Bereitschaft des Unternehmens, bei den Ermittlungen gegen seine Mitarbeitenden mitzuwirken – die «willingness to provide relevant information

and evidence and identify relevant actors within and outside the corporation, including senior executives».⁴⁰

All dies war bereits Bestandteil der Principles of Federal Prosecution of Business Organizations bevor das Yates-Memorandum publiziert wurde. Und man konnte sich mit Fug fragen, ob es eine weitergehende Kooperation überhaupt geben könne. Die Antwort lieferte Deputy Attorney Sally Quillian Yates mit ihrem Memorandum vom 9. September 2015.

IV. Das Yates-Memorandum: «Focus on Individual Wrongdoers»

Während die Zielsetzung, strafbares Unternehmenshandeln auch individuellen Personen anzulasten und sodann Vergleichslösungen auf Unternehmensebene mit Individualanklagen zu verbinden, für das DOJ kein Novum bedeutete,⁴¹ so wurde der Fokus auf diese Personen im Jahr 2015 doch wesentlich verstärkt. Das Yates-Memorandum trägt den Titel «Individual Accountability for Corporate Wrongdoing». Der Name ist Programm – das Yates Memorandum legt den Fokus auf die Verfolgung von individuellen Straftätern innerhalb des Unternehmens. Die Manager sollen an den Galgen!

A. Hintergrund

Das Yates-Memorandum hält einleitend fest, dass die effektivste Prävention von Unternehmenskriminalität darin bestehe, die individuellen Straftäter zur Rechenschaft zu ziehen. Damit würden künftige illegale Aktivitäten vermieden, Anreize zur Veränderung des unternehmerischen Handelns gesetzt, die richtigen Personen zur Verantwortung gezogen und insgesamt das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Rechtssystem gefördert.⁴²

Im letzten Punkt klingt ein Haupttreiber für die Stossrichtung des Yates-Memorandums an, nämlich die öffentliche Frustration darüber, dass im Anschluss an die Finanzkrise die Unternehmen hohe Straf- oder Vergleichssummen bezahlten,⁴³ aber die Unternehmensleitung prak-

(«QI») Agreement and related rules or regulations (the «QI Compliance Program»)» sowie im gleichen Agreement 13 Ziff. 21: «UBS agrees to retain, at its own expense, an independent accounting or other appropriate firm as described below (hereinafter the «Auditor»).» Siehe auch BEKB, NPA 2015 (FN 29), 4 f. Abs. 5; Credit Suisse, PA 2014 (FN 23), 6 Ziff. 7.B.5.

³⁶ Im Fall der UBS: rund 780 Mio. USD. Im Fall der BEKB: rund 4 Mio. USD. Im Fall der Credit Suisse: rund 2,6 Mia. USD.

³⁷ USAM 9-28.300 (2008) – Factors to Be Considered, A. General Principle.

³⁸ Siehe dazu MARC ENGELHART, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA, 2. A., Berlin 2012, 249, mit weiteren Nachweisen.

³⁹ USAM 9-28.720 (2008) – Cooperation: Disclosing the Relevant Facts, Abs. 2. Die im Jahr 2003 eingeführte Praxis, wonach die Unternehmen nur in den Genuss eines «Kooperationskredits» kommen, wenn sie auf das Anwaltsgeheimnis verzichten, wurde 2008 zurückgenommen – sie war im selben Jahr auch für verfassungswidrig erklärt worden. Siehe dazu RÖDIGER (FN 8), 173 f.

⁴⁰ USAM 9-28.700 (2008) – The Value of Cooperation, A. General Principle, Abs. 1.

⁴¹ Siehe dazu KERN GRIFFIN (FN 27), 311 ff.

⁴² Siehe Yates-Memorandum (FN 7), Abs. 2.

⁴³ Siehe dazu die Rede des Bundesstaatsanwaltes ERIC H. HOLDER JR., Remarks on Financial Fraud Prosecutions at NYU School of Law, 17. September 2014, <http://www.justice.gov/justice-news> > September 17, 2014 (Abruf 5.7.2016). Danach resultierten in der Zeit zwischen 2009 und 2014 aus den Verfahren gegen 60 Finanzinstitute Zahlungen von über 85 Mrd. USD.

tisch nie persönlich zur Verantwortung gezogen wurde.⁴⁴ Diesen wunden Punkt griff der damalige Bundesanwalt ERIC H. HOLDER im Herbst 2014 anlässlich einer Rede an der NYU Law School auf.⁴⁵ HOLDER gab auch ein Versprechen ab: «No company, executive, or employee is above reproach – no matter who they are, where they work, or how much they make. And my colleagues and I will never rest in our effort to catch these criminals – and to see that they are prosecuted to the fullest extent of the law».⁴⁶ Ein Jahr später präsentierte SALLY YATES am exakt gleichen Ort ihr Memorandum. Sie verweist darin extensiv auf die Holder-Rede.

B. Sechs Programmpunkte und ihre Formalisierung

Das Yates-Memorandum enthält sechs Punkte (*key steps*), die dem DOJ zu einer höheren Erfolgsquote bei der Verfolgung von individuellen Straftätern im Zusammenhang mit Unternehmensdelikten führen sollen. Formalisiert wurden sie im Rahmen einer Revision des USAM-Kapitels über die Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

1. Die *key steps*

Das Sechs-Punkte-Programm des Yates-Memorandums wird hier in der Originalsprache wiedergegeben: «(1) in order to qualify for any cooperation credit, corporations must provide to the Department all relevant facts relating to the individuals responsible for the misconduct; (2) criminal and civil corporate investigations should fo-

cus on individuals from the inception of the investigation; (3) criminal and civil attorneys handling corporate investigations should be in routine communication with one another; (4) absent extraordinary circumstances or approved departmental policy, the Department will not release culpable individuals from civil or criminal liability when resolving a matter with a corporation; (5) Department attorneys should not resolve matters with a corporation without a clear plan to resolve related individual cases, and should memorialize any declinations as to individuals in such cases; and (6) 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.»⁴⁷

2. Revision der *Principles of Federal Prosecution*

Wie bereits seine Vorgänger-Versionen ist auch das Yates-Memorandum in das U.S. Attorneys' Manual und insbesondere in die Principles of Federal Prosecution of Business Organizations eingeflossen. Grössere Revisionspunkte betreffen die neue Einleitung mit dem Titel «Foundational Principles of Corporate Prosecution».⁴⁸ Darin wird die individuelle Strafverfolgung ins Zentrum gestellt, und dieses Leitmotiv bestimmt auch die weitere Tonalität für die gesamten Principles. Sodann enthalten die Principles neuerdings ein Kapitel mit dem Titel «Focus on Individual Wrongdoers».⁴⁹ Neu ist zudem das Kapitel «Adequacy of the Prosecution of Individuals».⁵⁰ Schliesslich zeigt sich die neue Stossrichtung auch daran, dass die Bereitschaft des Unternehmens, bei der Ermittlung gegen Einzelpersonen zu kooperieren, neuerdings als separater Beurteilungsfaktor für die Kooperation aufgelistet ist.⁵¹ Im Übrigen wurden die Formulierungen, die sich auf die Verfolgung von Einzelpersonen beziehen, konsequent verschärft.⁵² Für die Civil Division wurden

⁴⁴ Siehe dazu oben FN 3. Anzumerken ist, dass in anderen Bereichen sehr wohl eine grössere Anzahl von Einzelpersonen angeklagt wurde. So erhob die kartellrechtliche Abteilung des DOJ von 2010 bis 2015 fast dreimal so viele Anklagen gegen Einzelpersonen (352) als gegen Unternehmen (123). Siehe dazu BRENT C. SNYDER, Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder Delivers Remarks at the Yale Global Antitrust Enforcement Conference, 19. Februar 2016, <http://www.justice.gov/justice-news> > February 19, 2016 (Abruf 5.7.2016). Andere Untersuchungen stützen diese Ergebnisse, so z.B. MICHAEL KLAUSNER/JASON HEGLAND, Corporate and Individual Liability in SEC Enforcement Actions, Program on Corporate Compliance and Enforcement, NYU Law School, 12. Mai 2016, wp.nyu.edu/compliance_enforcement/ > Klausner (Abruf 5.7.2016).

⁴⁵ Siehe HOLDER (FN 43): «But when it comes to more complex transactions that involve more sophisticated traders ... a criminal prosecution of an individual can be difficult ... This has been a source of frustration for the public for a long time. I understand and share that frustration.»

⁴⁶ *Id.* Hinweis: Heute ist HOLDER für eine Anwaltskanzlei tätig, welche die grossen Wall-Street-Banken berät.

⁴⁷ Yates-Memorandum (FN 7), Abs. 7.

⁴⁸ USAM 9-28.010 (2015) – Foundational Principles of Corporate Prosecution.

⁴⁹ USAM 9-28.210 (2015) – Focus on Individual Wrongdoers.

⁵⁰ USAM 9-28.1300 (2015) – Adequacy of the Prosecution of Individuals.

⁵¹ USAM 9-28.300 (2015) – Factors to Be Considered, A. General Principle, Punkt 4. Der frühere Punkt 4 in der vorherigen Version (2008) fasste die Kooperationsbereitschaft zusammen mit der frühzeitigen Offenlegung des Unternehmens. Diese ist nunmehr in Punkt 6 geregelt.

⁵² Siehe dazu die nachfolgenden Beispiele im Haupttext.

die Yates-Grundsätze in einem neuen Titel des einschlägigen USAM verankert.⁵³

C. Der grosse Hebel: Ohne «Köpfe» kein Kooperationskredit

Der erste Programmpunkt des Yates-Memorandums enthält gleichzeitig den zentralen Hebel zur Verwirklichung der neuen Stossrichtung der Behörden. Er setzt bei der Kooperationsbereitschaft des betroffenen Unternehmens an. Wie bereits erwähnt, erfordert die einvernehmliche Lösung in Gestalt eines NPA oder eines DPA, dass sich das Unternehmen einen Kooperationskredit (*cooperation credit*) erarbeitet hat. Ein entscheidender Kreditfaktor liegt in der Offenlegung aller relevanten Tatsachen seitens des Unternehmens. Dazu gehören erstens allgemeine Sachverhaltselemente. Zweitens gehören dazu diejenigen Informationen, die es erlauben, fehlbares Verhalten spezifischer Einzelpersonen zuzuschreiben.⁵⁴ Diese Aspekte sind nicht vollständig neu. Bereits die Vorversion der aktuellen Principles hielt fest, dass es ohne vollständige Offenlegung im Regelfall keinen Kooperationskredit gebe.⁵⁵ Der Regelfall liess aber Ausnahmen zu, und auch sonst liessen die früheren Principles den Staatsanwälten bei der Beurteilung der Kooperation einen Ermessensspielraum: *«In gauging the extent of the corporation's cooperation, the prosecutor may consider, among other things ... the corporation's willingness to ... identify relevant actors within and outside the corporation, including senior executives.»*⁵⁶ In der Praxis führte dies dazu, dass der «Kooperationskredit» flexibel gehandhabt und dem Umfang der Kooperation angepasst wurde.⁵⁷

Das Yates-Memorandum und die entsprechend revidierten Principles von 2015 schieben dieser Praxis einen Riegel und schlagen eine dezidiert andere Richtung ein. Voraussetzung für *jedlichen* Kooperationskredit ist nunmehr die Offenlegung *aller* relevanten Tatsachen im Hinblick auf Personen, die am strafbaren Handeln des Unternehmens beteiligt waren: *«In order for a company to receive any consideration for cooperation under this section, the company must identify all individuals involved in or responsible for the misconduct at issue, regardless of their position, status or seniority, and provide to the Department all facts relating to that conduct.»*⁵⁸ Die Behörden wollen nicht nur Fakten, sie wollen Namen. In den Worten von Sally Yates: *«You have got to cough up individuals.»*⁵⁹ Nur wenn diese Schwelle überhaupt erreicht wird, kommen weitere Beurteilungsfaktoren zur Anwendung, die dann den Umfang des Kooperationskredits bestimmen. Zu diesen weiteren Faktoren zählen etwa die zeitnahe Offenlegung der strafbaren Handlungen gegenüber dem DOJ, die sorgfältige, rasche und umfassende interne Untersuchung und die proaktive Art der Kooperation.⁶⁰

Es gilt mit anderen Worten das Alles-oder-Nichts-Prinzip: Wenn das Unternehmen nicht vollumfänglich kooperiert, gibt es keinen Vergleich in Gestalt eines NPA oder eines DPA. Bei den Plea Agreements ist eine vollständige Kooperation keine zwingende Bedingung. Falls aber das Unternehmen die Kooperation zusichert, gelten dieselben Grundsätze wie bei einem NPA oder einem DPA.⁶¹ Kooperation bedeutet insbesondere: Identifikation aller Personen, die am Fehlverhalten beteiligt oder dafür

⁵³ Siehe USAM 4-3.100 (2015) – Pursuit of Claims Against Individuals, als Teil des USAM 4-3.000 (2015) – Compromising and Closing.

⁵⁴ Siehe USAM 9-28.300 (2008) – Factors to Be Considered, Punkt 4; identisch in USAM 9-28.300 (2015) – Factors to Be considered, Punkt 4 und Punkt 6 (neu auf die Punkte Offenlegung und Kooperation i.e.S. aufgeteilt).

⁵⁵ USAM 9-28.720 (2008) – Cooperation: Disclosing the Relevant Facts, (a), Abs. 5: *«A corporation that does not disclose the relevant facts about alleged misconduct – for whatever reason – typically should not be entitled to receive credit for cooperation.»*

⁵⁶ USAM 9-28.700 (2008) – The Value of Cooperation, A. General Principle, Abs. 1.

⁵⁷ SALLY Q. YATES, Deputy Attorney General Sally Quillian Yates Delivers Remarks at American Banking Association and American Bar Association Money Laundering Enforcement Conference, 16. November 2015, <http://www.justice.gov/justice-news> > November 16, 2015 (Abruf 5.7.2016), Abs. 14: *«In the past, cooperation credit was a sliding scale of sorts and companies could still receive at least some credit for cooperation, even if they failed to*

fully disclose all facts about individuals.» Der nächste Satz zeigt den Richtungswechsel an: *«That's changed now.»*

⁵⁸ USAM 9-28.700 (2015) – The Value of Cooperation, A. General Principle, Abs. 1. Siehe auch USAM 9-28.720 (2015) – Disclosing the Relevant Facts, (a), Abs. 3: *«[T]he company may be eligible for cooperation credit ... if it provides all relevant facts about the individuals who were involved in the misconduct. But if the corporation does not disclose such facts, it will not be entitled to receive any credit for cooperation.»* Praktisch wortgleich für die *civil claims* USAM 4-3.100 (2015) – Pursuit of Claims Against Individuals, Ziff. 4.

⁵⁹ MATT APUZZO/BEN PROTESS, Justice Department Sets Sights on Wall Street Executives, New York Times (Online), 9. September 2015.

⁶⁰ USAM 9-28.700 (2015) – The Value of Cooperation, A. General Principle, Abs. 1.

⁶¹ Siehe USAM 9-28.1500 (2015) – Plea Agreements with Corporations, B. Comment, Abs. 5: *«In plea agreements in which the corporation agrees to cooperate ... the prosecutor should ... take whatever other steps are necessary to ensure that the full scope of the corporate wrongdoing is disclosed and that the responsible personnel are identified ... »*

verantwortlich waren. Dies ist eine Mindestschwelle – ein «threshold requirement».⁶² Anvisiert sind nicht die kleinen Fische. Anvisiert wird die Unternehmensspitze, im europäischen Verständnis also die Geschäftsleitung und der Verwaltungsrat. Die Autorin des Memos scheut auch hier die klaren Worte nicht: «*We're not going to be accepting a company's cooperation when they just offer up the vice president in charge of going to jail.*»⁶³

D. Weitere Anweisungen

Zahlreiche weitere Anweisungen in den Principles of Federal Prosecution of Business Organizations verfolgen die Stossrichtung des Yates-Memorandums und stellen die Verfolgung von Einzelpersonen in den Vordergrund.

1. Frühestmöglicher Fokus auf Einzelpersonen

So findet auch der zweite Grundsatz des Yates-Memorandums («*criminal and civil corporate investigations should focus on individuals from the inception of the investigations*») in den Principles seinen Niederschlag, und dies an prominenter Stelle: Der dritte Absatz der einleitenden Grundprinzipien weist die Behörden an, bei Untersuchungen über Fehlverhalten von Unternehmen von Anfang an den Fokus auf individuelles Fehlverhalten zu richten.⁶⁴ Aus der Sicht des DOJ ermöglicht der Weg über die Einzelpersonen eine umfassende Beurteilung des unternehmerischen Fehlverhaltens, zudem kann man auf diese Weise über alle Hierarchiestufen hindurch Informationen über fehlbare Einzelpersonen sammeln und so die Wahrscheinlichkeit steigern, dass man nicht nur das Unternehmen, sondern auch Einzelpersonen anklagen kann.⁶⁵

⁶² USAM 9-28.700 (2015) – The Value of Cooperation, A. General Principle, Abs. 1: «If a company meets the threshold requirement of providing all relevant facts with respect to individuals, it will be eligible for consideration for cooperation credit.» Praktisch wortgleich USAM 4-3.100 (2015) – Pursuit of Claims Against Individuals (Zivilrecht), Ziff. 4.

⁶³ APUZZO/PROTESS (FN 59).

⁶⁴ USAM 9-28.010 (2015) – Foundational Principles of Corporate Prosecution, Abs. 3. Gleich auch USAM 4-3.100 (2015) – Pursuit of Claims Against Individuals (Zivilrecht), Ziff. 1.

⁶⁵ USAM 9-28.010 (2015) – Foundational Principles of Corporate Prosecution, Abs. 3.

2. Einzelverfolgung trotz Unternehmensvergleich

Weiter vertiefen die Principles den vierten Grundsatz des Yates-Memorandums,⁶⁶ wonach die individuelle Strafverfolgung unabhängig von einer einvernehmlichen Lösung mit dem Unternehmen voranzutreiben ist. Die Principles schreiben fest, dass nur im Ausnahmefall («absent extraordinary circumstances») auf die Verfolgung von Einzelpersonen verzichtet werden kann – und zwar auch dann, wenn mit dem Unternehmen eine einvernehmliche Lösung gefunden wird. Dies gelte insbesondere für den Fall, dass es sich bei den fehlbaren Personen um hochrangige Kaderleute handle.⁶⁷ Das entspricht der bestehenden Praxis: Neuere NPAs, DPAs oder PAs nehmen Einzelpersonen regelmässig vom Vergleich aus.⁶⁸ Mit den neuen Richtlinien wird diese Praxis aber nunmehr festgeschrieben.

3. Klarer Plan für die Fortsetzung der Einzelverfolgung

Die Principles enthalten zudem Anweisungen, wie die zuständigen U.S. Attorneys das weitere Verfahren handhaben müssen. Entsprechend dem fünften Grundsatz des Yates-Memorandums⁶⁹ muss bei der internen Genehmi-

⁶⁶ Siehe oben, Grundsatz 4: «Absent extraordinary circumstances ... the Department will not release culpable individuals from civil or criminal liability when resolving a matter with a corporation.»

⁶⁷ USAM 9-28.210 (2015) – Focus on Individual Wrongdoers, A. General Principle, Abs. 1: «Provable individual culpability should be pursued, particularly if it relates to high-level corporate officers, even in the face of an offer of a corporate guilty plea or some other disposition of the charges against the corporation, including a deferred prosecution or a non-prosecution agreement, or a civil resolution.» Siehe auch USAM 9-28.1500 (2015) – Plea Agreements with Corporations, A. General Principle, Abs. 1, der den zweiten *key step* des Yates-Memorandums aufnimmt: «Absent extraordinary circumstances or approved departmental policy ... no corporate resolution should provide protection from criminal or civil liability for any individuals.» Gleich auch USAM 4-3.100 (2015) – Pursuit of Claims Against Individuals (Zivilrecht), Ziff. 5.

⁶⁸ Siehe etwa BEKB, NPA 2015 (FN 29), 1 Abs. 2: «This Agreement ... applies only to Berner Kantonalbank and does not apply to any other entities or to any individuals.» UBS, DPA 2009 (FN 29), 10 Ziff. 15: «This Agreement does not ... apply to any individual or entity other than UBS as set forth herein.» Credit Suisse, PA 2014 (FN 23), 9 f. Ziff. 9.B: «This plea agreement does not affect the right of the United States to prosecute any individual, including but not limited to present and former officers, directors, employees, and agents of Credit Suisse AG ...»

⁶⁹ Siehe oben: «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.»

gung der Vergleichslösung auch ein klarer Plan für die weiteren Verfahrensschritte gegen Einzelpersonen vorgelegt werden.⁷⁰ Dabei stehen insbesondere auch die Verjährungsfristen im Vordergrund (eine Achillesferse bei der Verfolgung von Einzelpersonen im Zusammenhang mit der Finanzkrise). Der Plan muss darlegen, wie der Eintritt der Verjährung vermieden werden kann.⁷¹

Zeichnet sich ab, dass bereits die Vergleichslösung mit dem Unternehmen eine Vereinbarung über die Erstreckung der Verjährungsfristen erfordert (sog. tolling agreement), so muss alles unternommen werden, um die fehlbaren Einzelpersonen vor dem Ablauf der Verjährungsfrist anzuklagen oder sonst mit diesen eine Fristerstreckung zu vereinbaren oder eine solche vom Gericht zu beantragen.⁷²

4. Verzicht auf Einzelverfolgung bedarf der Genehmigung

Im Zusammenhang mit der soeben erwähnten Trennung der Einzelverfolgung von der einvernehmlichen Lösung mit dem Unternehmen ist auf einen weiteren Punkt hinzuweisen, der eine klare Verschärfung der bisherigen Praxis bedeutet: Verzichtet der oder die zuständige U.S. Attorney im Rahmen einer einvernehmlichen Lösung mit dem Unternehmen auf die Verfolgung von Einzelpersonen, so ist dies genehmigungsbedürftig. Zuständig für die Genehmigung ist die Bundesstaatsanwältin, die Vize-Bundesstaatsanwältin der federführenden DOJ-Abteilung oder ein bezeichneter Stellvertreter.⁷³ Wie immer man es dreht und wendet: Die Genehmigung erfolgt auf einer hohen Hierarchiestufe.

5. Zivilklagen nicht nur gegen zahlungsstarke Einzelpersonen

Im Zusammenhang mit der Verfolgung von Einzelpersonen wird zudem bei den Zivilklagen eine Kurskorrektur vorgenommen. Der sechste Grundsatz des Yates-Memorandums hält fest, dass die Entscheidung über eine Klage

gegen Einzelpersonen nicht allein im Hinblick auf die Fähigkeit einer Person, die allfällige Zivilbusse zu bezahlen, getroffen werden soll. Auch dies wird nunmehr im USAM explizit verankert.⁷⁴ Es geht also auch hier darum, die Effektivität der Rechtsdurchsetzung – und damit sowohl die Individual- als auch die Generalprävention – höher zu gewichten als deren Effizienz im Einzelfall. Um den «Sack zuzumachen» werden die Strafabteilung und die Zivilabteilung des DOJ zudem zu einer frühen und umfassenden Kooperation angehalten.⁷⁵

V. Schlussbemerkungen

Mit dem Yates-Memorandum und den entsprechend revidierten Principles of Federal Prosecution of Business Organizations hat das US-amerikanische Justizministerium eine neue Marschrichtung eingeschlagen. Einvernehmliche Lösungen in Gestalt von Non-Prosecution und Deferred Prosecution Agreements erfordern auf Unternehmensseite die zeitnahe und vollständige Information über das unternehmerische Fehlverhalten sowie – und das ist der zentrale Punkt – die Identifikation aller Personen auf allen Unternehmensebenen, die in das Fehlverhalten involviert waren. Hat das Unternehmen im Rahmen eines Plea Agreements seine Kooperation zugesichert, so gelten diese Grundsätze auch dort.

Aus Unternehmenssicht führen nur wenige Wege an einer Vergleichslösung vorbei. Im Finanzsektor sind sie existentiell. Mit der Koppelung von Vergleich und umfassender Offenlegung hat das US-Justizministerium einen Hebel gefunden, der die Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Unternehmensstraftaten ausgleichen soll. Wer als Unternehmen einen Vergleich will, muss das liefern, was die Behörde angesichts der Komplexität von Unternehmensstrukturen nur schwer erlangen kann: Informationen über Fehlverhalten, die mit einem Namensschild versehen sind. Der Coup scheint gelungen.

Aus US-amerikanischen Anwaltskreisen ist allerdings zu hören, dass sich der «Alles-oder-Nichts-Approach» des Yates-Memorandums als kontraproduktiv erweisen könnte.⁷⁶ Denn die Schwelle einer umfassenden und zeit-

⁷⁰ USAM 9-28.210 (2015) – Focus on Individual Wrongdoers, B. Comment, Abs. 2. Gleich auch USAM 4-3.100 (2015) – Pursuit of Claims Against Individuals (Zivilrecht), Ziff. 6.

⁷¹ *Id.*

⁷² USAM 9-28.210 (2015) – Focus on Individual Wrongdoers, B. Comment, Abs. 2. Gleich auch USAM 4-3.100 (2015) – Pursuit of Claims Against Individuals (Zivilrecht), Ziff. 6.

⁷³ USAM 9-28.210 (2015) – Focus on Individual Wrongdoers, B. Comment, Abs. 1. Spezifisch für die Plea Agreements siehe USAM 9-28.1500 (2015) – Plea Agreements with Corporations, B. Comment, Abs. 3. Gleich auch USAM 4-3.100 (2015) – Pursuit of Claims Against Individuals (Zivilrecht), Ziff. 5.

⁷⁴ USAM 4-3.100 (2015) – Pursuit of Claims Against Individuals, Ziff. 2. «Determinations as to whether to bring suit against an individual should not be based solely on the individual's ability to pay a judgment.»

⁷⁵ Siehe Grundsatz 3 des Yates-Memorandums (FN 7) sowie USAM 9-28.1200 (2015) – Civil or Regulatory Alternatives, B. Comment, Abs. 1.

⁷⁶ Siehe U.S. CHAMBER INSTITUTE FOR LEGAL REFORM (Report prepared by Matthew S. Miner), DOJ's New Threshold for «Co-

nahen Offenlegung zwingt die Unternehmensführung, in einem sehr frühen Stadium zu entscheiden, ob sie die Kooperationsroute einschlagen will. Einmal eingeschlagen, liefert man sich den Anforderungen des DOJ aus. Am Ende der Untersuchung steht es im Ermessen des zuständigen U.S. Attorneys, ob das Unternehmen wirklich alle potentiell fehlbaren Einzelpersonen identifiziert hat. Ist dies nicht der Fall, so gibt es überhaupt keinen Kooperationskredit – hier greift die neue Mindestschwelle. Damit ist nicht nur eine einvernehmliche Lösung vom Tisch, sondern es gibt auch keine mildernden Umstände. Auf der anderen Seite verfügt aber in einem solchen Fall das DOJ über eine Fülle von Informationen, die es in einem gerichtlichen Verfahren verwerten kann.

Für das Unternehmen kommt unter dem Yates-Szenario hinzu, dass der Fokus auf Einzelpersonen die interne Untersuchung erheblich erschwert. Potentiell fehlbare Personen werden unter diesen Vorzeichen sehr schnell einen Rechtsbeistand engagieren. Aber auch sonst wird der Informationsfluss nur spärlich fließen, wenn die interne Untersuchung als eigentliche Strafuntersuchung verstanden wird. Für die geforderte «full disclosure of the relevant facts» ist dies nicht hilfreich. Damit wird aber insgesamt die Vergleichslösung deutlich unattraktiver als vor dem Yates-Memorandum.

Wer sich als Unternehmen im Würgegriff eines Lizenzzugs befindet, wird die Yates-Pille wohl oder übel schlucken. Aber es gibt nicht nur den Finanzsektor, und andere Unternehmen könnten sich vermehrt dafür entscheiden, den Gerichtsweg zu beschreiten. Das wiederum könnte für das DOJ durchaus nachteilige Folgen haben. Denn die bisherige Vergleichspraxis hat dem DOJ eine eigenwillige Rechtsauslegung erlaubt – das haben die Banken im US-Steuerstreit zu spüren bekommen. Gerichtliche Rechtsauslegungen könnten hier zu einer Klärung von Rechtsfragen führen, die das DOJ fortan auch bei einer Vergleichslösung zu beachten hätte.

Diese Nachteile für das DOJ sollten aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass mit dem Yates-Memorandum die Risiken einer individuellen Verantwortlichkeit zugenommen haben. Das erhöht zweifellos die Anreize, um Fehlverhalten innerhalb des Unternehmens zu vermeiden. Gänzlich ausschalten kann man solche Unfälle aber

nicht. Wie schon der frühere U.S. Deputy Attorney LARRY D. THOMPSON gesagt hat: «*[N]o matter how gold-plated your corporate compliance efforts, no matter how up-standing your workforce, no matter how hard one tries, large corporations today are walking targets for criminal liability.*»⁷⁷

operation», Mai 2016, http://www.institutelegalreform.com/uploads/sites/1/YatesMemoPaper_Web.pdf (Abruf 5.7.2016), 24 ff.; DANIEL P. CHUNG ET AL., Individual Accountability for Corporate Wrongdoing, Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 21, September 2015, corpgov.law.harvard.edu/2015/09/21/individual-accountability-for-corporate-wrongdoing/ (Abruf 5.7.2016).

⁷⁷ LARRY D. THOMPSON, Keynote Speech: The Reality of Overcriminalization, *Journal of Law, Economics & Policy* 7 (2011), 578.