

## CB-BEITRAG

Dr. Stefan Bartz, RA

# Die neuen Leitlinien für Unternehmenskooperation des UK Serious Fraud Office

Am 6.8.2019 veröffentlichte das britische Serious Fraud Office („SFO“) seine lang erwartete Corporate Cooperation Guidance („Guidance“). In dieser sind die Schritte aufgeführt, die das SFO von Unternehmen erwartet, um Cooperation Credits oder ein sogenanntes Deferred Prosecution Agreement („DPA“) zu erlangen. Das SFO weist ausdrücklich darauf hin, dass die Befolgung der Guidance keine Garantie für ein vom Unternehmen gewünschtes Ergebnis (DPA oder Strafminderung) ist, sondern die Bewertung der Kooperation stets vom Einzelfall abhängig bleibt. Dieser Beitrag stellt die wesentlichen Aspekte der Guidance dar und untersucht ihre Wechselwirkungen mit der Corporate Enforcement Policy des US Department of Justice (DOJ).

## I. Überblick

Das SFO ist für die Verfolgung komplexer und umfangreicher Korruptionsverfahren nach dem UK Bribery Act 2010 („UK Bribery Act“)<sup>1</sup> mit internationalem Bezug zuständig. Dieser erhebt einen weiten extritorialen Geltungsanspruch, da er für alle Unternehmen gilt, die jedenfalls einen Teil ihrer Geschäftstätigkeit in Großbritannien ausüben (§ 6 Abs. 5 lit. (b) UK Bribery Act).<sup>2</sup> Der UK Bribery Act ist damit auch für deutsche Unternehmen, die geschäftlich in Großbritannien tätig sind, von hoher Bedeutung, da die Höhe der Strafen unbegrenzt ist.<sup>3</sup> Die nun veröffentlichte Guidance<sup>4</sup> ist in zwei Abschnitte unterteilt: (1) Aufbewahrung und Bereitstellung von Material (Preserving and providing material) und (2) Bereitstellung von Zeugenaussagen und Verzicht auf Zeugnisverweigerungsrechte (Witness Accounts and Waiving Privilege). Insbesondere dieser Abschnitt dürfte zu Kontroversen und Herausforderungen führen. Zwar bietet er Unternehmen zumindest eine gewisse Klarheit, andererseits bleiben wesentliche Fragen noch immer unbeantwortet und mögliche Konflikte mit den Leitlinien des US-Justizministeriums („DOJ“) zeichnen sich ab.

## II. Die Elemente einer umfassenden Kooperation aus Sicht des SFO

Das SFO benennt unter anderem die folgenden Maßnahmen, die Unternehmen als Teil einer umfassenden Kooperation befolgen sollten:

- 1) Unternehmen sollen tatsächliches oder vermutetes Fehlverhalten innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntnis von der Verdachtslage melden.<sup>5</sup> Welche Frist es als „angemessen“ ansieht, lässt das SFO offen. Dies ist insoweit verständlich, als dass interne Ermittlungen im Umfang stark voneinander abweichen können und strikte Zeitvorgaben kaum sinnvoll sind.
- 2) Das SFO formuliert zudem, was aus seiner Sicht gegen eine Kooperation spricht. Hierzu zählen der Schutz bestimmter Mitarbeiter,

unangemessene Schuldzuweisungen, leichtfertiger Umgang mit Beweismitteln, das Zurückhalten von Informationen, Verzögerungen aus taktischen Gründen sowie eine Überfrachtung des SFO mit Informationen.<sup>6</sup>

3) Das SFO verlangt weiter die Einhaltung von „Good general practices“ bei der Aufbewahrung und Zurverfügungstellung von Unternehmensdaten.<sup>7</sup> Diese beziehen sich nicht nur auf die Untersuchung als solche, sondern auch auf die ordnungsgemäße Datenspeicherung, rechtzeitige Bereitstellung von Material sowie die Einhaltung vereinbarter Fristen. Unterlagen sollen in organisierter, nützlicher und strukturierter Weise bereitgestellt werden.<sup>8</sup> Weiter verlangt das SFO eine kontinuierliche Bereitstellung von relevantem Material.<sup>9</sup> Zudem soll das Unternehmen das SFO benachrichtigen, wenn es vermutet, dass Daten verloren gegangen sind, gelöscht oder zerstört wurden.<sup>10</sup> Dies alles betrifft ebenfalls relevantes Material, das sich im Ausland befindet, aber noch im Besitz oder unter der Kontrolle des Unternehmens ist,<sup>11</sup> wobei die Begriffe Besitz und Kontrolle nicht in der Guidance definiert werden. Letzteres wird zweifellos zu Konflikten mit ausländischen Datenschutzgesetzen – einschließlich der Datenschutzgrundverordnung („DSGVO“) mit ihren potentiell hohen Bußgeldern – führen.

4) Die Guidance enthält zudem Anweisungen, wie mit elektronischen Dokumenten umzugehen ist. Diese sind in einem für das SFO les-

1 Originalfassung abrufbar unter: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga\\_20100023\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 9.9.2019).

2 Siehe hierzu *Hugger/Pasewaldt* RIW 2018, 115, 116.

3 Siehe hierzu *Hugger/Röhrich* BB 2010, 2643, 2647.

4 Abrufbar unter: <https://www.sfo.gov.uk/download/corporate-co-operation-guidance/> (zuletzt abgerufen am 9.9.2019).

5 Guidance, Seite 1.

6 Guidance, Seite 1.

7 Guidance, Seite 2.

8 Guidance, Teil „Preserving and providing material“, Ziffer 1(v).

9 Guidance, Teil „Preserving and providing material“ Ziffer 1(vi).

10 Guidance, Teil „Preserving and providing material“ Ziffer 1(vii).

11 Guidance, Teil „Preserving and providing material“ Ziffer 1(ix).

baren Format zu übermitteln. Die chain of custody/continuity, also der Nachweis darüber, wer wann Daten erstellt/bearbeitet hat und deren weiteren Verlauf, ist durch eine schriftliche Zeugenaussage nachzuweisen. Passwörter und Schlüsseldateien für geschützte Daten sind dem SFO zu übermitteln.<sup>12</sup>

5) Für die Überprüfung von Zahlungsströmen sollen die Unternehmen für die Zwecke der Kooperation Buchhalter oder andere geeignete Mitarbeiter bereithalten, um auf Wunsch des SFO über bestimmte Geldflüsse aufklären zu können.<sup>13</sup> Darüber hinaus soll das SFO mit Hintergrundinformationen über die Branche und Geschäftspraktiken versorgt werden.<sup>14</sup>

6) Bei der Vernehmung von Zeugen verlangt das SFO, dass es über wichtige Entwicklungen in Bezug auf (potenzielle) Zeugen informiert wird.<sup>15</sup> Unternehmen sollen sich daher mit dem SFO beraten, bevor es zu Interviews mit Zeugen kommt oder Disziplinarmaßnahmen gegen beteiligte Mitarbeiter getroffen werden.<sup>16</sup> Eine Beeinflussung potentieller Zeugen soll möglichst vermieden werden. Als Beispiele nennt die Guidance die Kommentierung von Aussagen oder die Vorlage von dem Zeugen nicht bekannten Dokumenten.<sup>17</sup>

7) Vermutlich wichtigster und kritischer Punkt der neuen Guidance ist der Abschnitt zu Zeugenaussagen und dem Verzicht auf das Legal Privilege („Witness Accounts and Waiving Privilege“). Das SFO verweist zunächst auf den Deferred Prosecution Agreements Code of Practice,<sup>18</sup> wonach eine Kooperation die Offenlegung von Interviewprotokollen und Dokumenten, die Zeugen vorgelegt wurden, beinhaltet.<sup>19</sup> Das SFO verlangt weiter, dass das Unternehmen Aufzeichnungen und Protokolle von Zeugeninterviews zur Verfügung stellt. Solche Unterlagen unterfallen jedoch regelmäßig – jedenfalls in den USA – dem Attorney-Client Privilege und/oder der Work Product Doctrine.<sup>20</sup> Die Guidance erkennt dies. Zwar soll eine Entscheidung, auf das Legal Privilege nicht zu verzichten, nicht bestraft werden, eine Kooperation soll in diesem Fall dennoch nicht vorliegen. Sofern sich ein Unternehmen auf das Legal Privilege beruft, soll es nicht nur diesen begründen, sondern ein unabhängiger Rechtsbeistand soll zusätzlich dessen Bestehen bescheinigen müssen.<sup>21</sup> Selbst wenn ein gewisses Misstrauen im Einzelfall nachvollziehbar sein kann, wird die Anforderung vermutlich zu zusätzlichen Kosten und Zeitaufwand führen.

### III. Vergleich mit der US Corporate Enforcement Policy

Die Guidance weicht in wesentlichen Punkten von der entsprechenden US-Richtlinie, der Corporate Enforcement Policy des DOJ zum Foreign Corrupt Practices Act („Corporate Enforcement Policy“),<sup>22</sup> ab. Dies kann für Unternehmen, die grenzüberschreitende Verstöße aufzuklären haben und mit beiden Behörden kooperieren wollen oder auch müssen, durchaus problematisch sein. Im Einzelnen:

#### 1. Die Vorteile der Zusammenarbeit für die Unternehmen

Die erst im März 2019 aktualisierte Corporate Enforcement Policy sieht ausdrücklich eine „Vermutung“ gegen die Strafverfolgung durch das DOJ vor, wenn sich ein Unternehmen (1) freiwillig selbst angezeigt, (2) uneingeschränkt mit dem DOJ bei der Aufklärung des Vorfalls zusammenarbeitet und (3) rechtzeitig angemessene Abhilfemaßnahmen getroffen hat.<sup>23</sup> In Fällen, in denen sich Unternehmen dem DOJ gegenüber nicht freiwillig selbst offenbaren, aber dennoch an der Aufklärung mitwirken und Abhilfemaßnahmen treffen, sieht die Corporate Enforcement Policy eine Strafermäßigung von bis zu 25% vor.<sup>24</sup>

Im Einzelfall bestehen zwar immer noch Unklarheiten darüber, wie die Corporate Enforcement Policy umgesetzt wird, aber die Selbstverpflichtung der Behörde gibt den Unternehmen weitaus mehr Sicherheit darüber, was sie bei einer erfolgreichen Zusammenarbeit erwarten können. Die Guidance enthält hingegen keine konkreten Aussagen über die Vorteile einer Kooperation mit dem SFO, sondern verweist auf eine Betrachtung im Einzelfall.

#### 2. Datenschutz

Die Guidance nimmt keine Rücksicht auf die Datenschutzgesetze anderer Staaten. Seit Inkrafttreten der DSGVO wird jedoch der Konflikt zwischen dem Aufklärungsinteresse (ausländischer Behörden) und den nationalen/europäischen Datenschutzbestimmungen<sup>25</sup> immer bedeutsamer, wenngleich die DSGVO sowohl in Deutschland als auch (derzeit noch) in Großbritannien Anwendung findet.

Die Corporate Enforcement Policy erkennt zumindest an, dass es widerstreitende Datenschutzinteressen geben kann. Das DOJ sieht jedoch das Unternehmen als beweisbelastet dafür an, dass die Offenlegung von Dokumenten aufgrund von Datenschutzgesetzen oder anderen Gründen verboten ist.<sup>26</sup> Die Corporate Enforcement Policy verlangt weiter, dass Unternehmen den Rechtsrahmen ausschöpfen sollen, um die Herausgabe von Unterlagen mit personenbezogenen Daten zu ermöglichen.<sup>27</sup> Damit besteht die Möglichkeit, unter Verweis auf die DSGVO, Dokumente nicht ungeschwärzt an US-Behörden herausgeben zu müssen.<sup>28</sup>

#### 3. Umgang mit Zeugen

In seiner Aktualisierung der Corporate Enforcement Policy erklärte das DOJ, dass im Zuge einer Kooperation, staatliche Maßnahmen und solche der internen Ermittlung nicht miteinander konfliktieren sollten.<sup>29</sup> Das DOJ behält sich jedoch vor, das Unternehmen aufzufor-

12 Guidance, Teil „Preserving and providing material“ Ziffer 2(i), (ii), (v).

13 Guidance, Teil „Preserving and providing material“ Ziffer 4(iv).

14 Guidance, Teil „Preserving and providing material“ Ziffer 5.

15 Guidance, Teil „Preserving and providing material“ Ziffer 6(i).

16 Guidance, Seite 4 (Teil „Witness Accounts and Waiving Privilege“).

17 Guidance, Teil „Preserving and providing material“ Ziffer 6(iii).

18 Abrufbar unter: [https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/dpa\\_cop.pdf](https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/dpa_cop.pdf) (zuletzt abgerufen am 9.9.2019); zu DPA mit dem SFO siehe ausführlich *Hugger/Pasewaldt*, RfW 2018, 115; siehe hierzu auch *Schorn/Sprenger*, CCZ 2013, 104; *WeiB*, CCZ 2014, 81.

19 Deferred Prosecution Agreements Code of Practice Ziffer 2.8.2(i).

20 Vgl. sowohl zum *Attorney-Client Privilege* als auch zur *Work Product Doctrine* *Nietsch*, CCZ 2019, 49.

21 Guidance, Seite 5.

22 Im Original abrufbar unter: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download> (zuletzt abgerufen am 9.9.2019); vgl. hierzu insgesamt *Rieder/Güngör*, CCZ 2019, 139.

23 Corporate Enforcement Policy, Seite 1.

24 Corporate Enforcement Policy, Seite 1. Im Entwurf des deutschen Gesetzesentwurfs zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (sog. Verbandsstrafgesetzentwurf – „VerSanG“) ist bei einer Milderung einer Verbandsstrafsanction eine Strafermäßigung um 50% vorgesehen, § 19 VerSanG-E.

25 Vgl. hierzu etwa *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2019, 1105.

26 Corporate Enforcement Policy, Seite 2.

27 Corporate Enforcement Policy, Seite 2: „Where a company claims that disclosure of overseas documents is prohibited due to data privacy, blocking statutes, or other reasons related to foreign law, the company bears the burden of establishing the prohibition. Moreover, a company should work diligently to identify all available legal bases to provide such documents“.

28 *Rieder/Güngör*, CCZ 2019, 139, 141.

29 Corporate Enforcement Policy, Seite 3.

dern, Ermittlungsschritte zeitweise zu pausieren.<sup>30</sup> Bestimmte interne Ermittlungshandlungen des Unternehmens sollen seitens des DOJ aber ausdrücklich nicht verlangt werden.<sup>31</sup> Im Gegensatz dazu greift das SFO viel stärker in den Umgang mit Zeugen ein. Dies reicht von der Vorabgenehmigung von Interviews, über die dem Zeugen überlassenen Unterlagen bis hin zu Disziplinarmaßnahmen.<sup>32</sup> Dass sich auch das DOJ zum Teil aktiv in interne Ermittlungen einbringt, zeigt ein erst jüngst ergangenes Urteil, in welchem der U. S. District Court for the Southern District of New York Bedenken gegen eine zu intensive Einbringung der Behörden in eine interne Ermittlung geäußert hat.<sup>33</sup>

#### 4. Privilege Waiver

Schließlich legt das SFO Unternehmen zur Förderung der Kooperation nahe, auf das Legal Privilege für Interview-Protokolle zu verzichten (Privilege Waiver).<sup>34</sup> Die Corporate Enforcement Policy weist hingegen ausdrücklich darauf hin, dass ein Unternehmen für eine Kooperation nicht auf das Attorney-Client Privilege oder den Schutz der Work-Product Doctrine verzichten muss.<sup>35</sup> Für Unternehmen wird sich damit unter Umständen die Frage stellen, ob es auf ein US Privilege verzichten möchte, um einen Kooperationsvorteil im Vereinigten Königreich zu erhalten.

### IV. Wichtige Überlegungen für Unternehmen

#### 1. Was sind die Vorteile einer möglichen Kooperation?

Die Guidance besagt, dass die Zusammenarbeit lediglich ein Faktor unter vielen bei der Entscheidung über die behördliche Fortführung des Verfahrens oder die Höhe der Geldbuße ist. Die Corporate Enforcement Policy macht insoweit deutliche klarere Zusagen. Angesichts dieser Unklarheit bleibt die Entscheidung pro oder contra einer Kooperation mit dem SFO schwierig, zumal eine Kooperation immer das Risiko beinhaltet, sich (über einen längeren Zeitraum) in den Fokus des SFO zu begeben.

#### 2. Wann ist eine Selbstanzeige sinnvoll?

Eine weitere wichtige strategische Frage ist die des richtigen Zeitpunkts für eine Selbstanzeige. Die Guidance verlangt eine Selbstanzeige in einer „angemessenen“ Zeit ab Kenntnis der Verdachtslage.<sup>36</sup> Bei strikter Befolgung der Guidance, müssen Unternehmen eine Selbstanzeige stellen, bevor der Sachverhalt durch Interviews aufklärt wurde. Denn die Guidance verlangt zugleich, dass sich Unternehmen vor der Befragung von Schlüsselzeugen mit dem SFO abstimmen.<sup>37</sup> Damit besteht jedoch das Risiko, dem SFO einen im Ergebnis unkritischen Vorgang zu melden, was potentielle Implikationen einer (unbegründeten) Selbstanzeige beinhaltet und sogar in einer Untersuchung durch das SFO münden kann. Andererseits könnte das SFO die Kooperation als gefährdet ansehen, wenn zu umfangreiche Maßnahmen vor der Selbstanzeige durchgeführt würden. Unternehmen müssen demnach sorgfältig analysieren und abwägen, wie sie die Vorstufen einer Untersuchung planen. Einerseits sollten diese eine fundierte Entscheidung über die Selbstanzeige ermöglichen, andererseits aber nicht die eigene Ermittlung des SFO beeinträchtigen.

#### 3. Ist der Verzicht auf das Legal Privilege sinnvoll?

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten gilt es zudem abzuwägen, ob man dem SFO Interviewprotokolle oder Zusammenfassungen übergeben sollte. Nach US-Recht erstreckt sich der freiwillige Verzicht des Legal Privilege in der Regel auf den gesamten Lebenssachverhalt und damit alle weiteren Dokumente, die mit diesem im Zusammenhang stehen („subject matter waiver“).<sup>38</sup> Die Offenlegung gegenüber dem SFO kann somit zu einem weitreichenden Verzicht des Legal Privilege führen, der sich dann beispielsweise auch auf zivilrechtliche Streitigkeiten in den USA erstrecken würde.

### V. Fazit

Die Guidance gibt einen Einblick, was das SFO von kooperationswilligen Unternehmen erwartet. Positiv zu bewerten ist, dass die Erwartungen des SFO an eine interne Untersuchung deutlich klarer geworden sind.

Wesentliche Kritikpunkte sind, dass die Vorteile einer Kooperation unklar bleiben und Konflikte mit Rechtsordnungen anderer Länder entstehen können. Die Entscheidung für Unternehmen, ob sie angesichts der potentiellen Nachteile mit dem SFO umfassend kooperieren wollen, bleibt damit schwierig. Dass es dabei nicht nur zu Konflikten im Hinblick auf US-Privilege Waiver, sondern auch den nationalen beziehungsweise europäischen Datenschutzgesetzen kommen kann, wird Unternehmen einmal mehr die Frage stellen lassen, inwieweit eine umfassende Kooperation mit dem SFO sinnvoll ist. Dies gilt insbesondere für grenzüberschreitende Sachverhalte, bei denen mehrere Ermittlungsbehörden (potentiell) zuständig sind.

---

#### AUTOR



**Dr. Stefan Bartz** ist Senior Associate im Hamburger Büro der Kanzlei Latham & Watkins LLP; er ist Mitglied der White Collar & Investigations Practice Group.

---

30 Insoweit hat sich der deutsche Gesetzgeber im VerSanG-E anders entschieden: Zeigt eine Unternehmen gegenüber der Verfolgungsbehörde an, eine unternehmensinterne Untersuchung durchzuführen, so kann die Verfolgungsbehörde bis zum Abschluss der internen Untersuchung – vorläufig – von der Verfolgung des Unternehmens absehen (§ 42 VerSanG-E).

31 Corporate Enforcement Policy, Seite 5, Fn. 1.

32 Guidance, Teil „Preserving and providing material“ Ziffer 6(i), (iii).

33 U. S. v. Connolly, et al., 16 CR 370 (S. D. N. Y.).

34 Guidance, Seite 4f.

35 Corporate Enforcement Policy, Seite 2.

36 Guidance, Seite 1; vgl. oben, II.1.

37 Guidance, Ziffer 6(i): „[...] consult in a timely way with the SFO before interviewing potential witnesses or suspects [...]“.

38 Für Verfahren auf Bundesebene siehe Rule 502 der Federal Rules of Evidence; vgl. In re Consol. Litig. Concerning Int'l Harvester's Disposition of Wis. Steel, 666 F. Supp. 1148, 1153 (N. D. Ill. 1987).