

Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht
Susan Emmenegger (Hrsg.)

Institut für Bankrecht, Universität Bern

SBT 2014 – Schweizerische Bankrechtstagung 2014

Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von

Michael Lauber

Marianne Hilf

Daniel Zuberbühler

David Wyss

Christopher Geth

Thomas Geiser

Claudia Fritsche

Othmar Strasser

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Die Druckvorlagen wurden von der Herausgeberin reprofertig geliefert.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (graphisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3430-2

© 2014 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Vorwort

Seit der Herausgabe von 250 Kundennamen durch die UBS im Februar 2009 haben sich die rechtlichen Orientierungspunkte für die Schweizer Banken stark verschoben. Standen zunächst die ausländischen Steuerstrafgesetze im Zentrum, verzeichnet mittlerweile auch das inländische Strafrecht (Geldwäschereigesetz, Börsendelikte) einen Bedeutungszuwachs. Parallel dazu hat sich das Aufsichtsrecht weiterentwickelt. Auch hier geht es immer häufiger um Enforcementfragen (Marktmissbrauch, Bankeninsolvenz, Verhaltensregeln). Insgesamt bewegen sich die Banken mehr denn je im schwierigen Spannungsfeld zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht. Gleichzeitig verschiebt sich aufgrund der zunehmenden behördlichen Ermittlungen der privatrechtliche Fokus auf die Rechtsverhältnisse zwischen der Bank auf der einen Seite und ihren Mitarbeitenden, externen Zulieferern und Beratern auf der anderen Seite. Die schweizerische Bankrechtstagung 2014 war dieser neuen Bankenrealität gewidmet.

Wie MICHAEL LAUBER und ALEXANDER MEDVED aufzeigen, erleben die Strafverfolgungsbehörden die Banken keineswegs nur als «Täter», sondern auch als «Opfer» von Straftaten und schliesslich auch als «Partner», auf deren Mithilfe sie angewiesen sind. Der Beitrag von MARIANNE JOHANNA HILF untersucht das Nebeneinander von Opfer- und Täterrolle der Banken mit besonderem Fokus auf die Retrozessionsproblematik. Hier zeigt sich, dass das aktuelle Unternehmensstrafrecht das Haftungsrisiko der Banken beträchtlich einschränkt.

Einen kritischen Blick auf die skandalgetriebenen Forderungen der Politik an die Bankenregulierung wirft DANIEL ZUBERBÜHLER. Er wendet sich gegen das Bussen-Wettrüsten und plädiert stattdessen für Eigenkapitalzuschläge gegenüber fehlbaren Banken. Derweil legt DAVID WYSS in seinem Beitrag dar, wie die FINMA das Finanzmarktaufsichtsrecht über ihre Enforcement-Organisation und die Enforcement-Funktion durchsetzt. Im Ergebnis verfügt die FINMA über die notwendigen Instrumente zur Regulierung des Finanzplatzes; deren stetige Überprüfung ist angesichts der vielfältigen Entwicklungen aber unerlässlich. Vor ein schwieriges Dilemma hat der Gesetzgeber die Aufsichts- und Strafbehörden sowie die Banken gestellt, als er aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten statuiert hat, die im Einzelfall mit dem strafrechtlichen Grundsatz des *nemo tenetur* kollidieren können. Für CHRISTOPHER GETH ist das Dilemma zugunsten eines Beweisverwertungsverbots im Strafverfahren aufzulösen.

Kommt es zu einer behördlichen oder einer internen Untersuchung von Vorfällen innerhalb der Bank, so sind davon in aller Regel auch die Mitarbeitenden betroffen. THOMAS GEISER zeigt in seinem Beitrag auf, dass sowohl das Arbeitsrecht als auch das Datenschutzrecht einer Überwachung von Mitarbeitenden enge Grenzen setzen. Besondere Herausforderungen sind sodann mit internen Untersuchungen verbunden, die im Rahmen von grenzüberschreitenden Ermittlungen stattfinden, zumal das geltende Recht die Kooperation der Banken mit ausländischen Behörden nicht ohne weiteres erlaubt. CLAUDIA M. FRITSCHKE zeigt in ihrem Beitrag die Risiken auf, die eine Bank in diesem Kontext eingeht und formuliert die notwendigen Voraussetzungen für ein funktionsfähiges zukünftiges Zusammenarbeits- und Souveränitätsgesetz. Schliesslich ist nicht zu übersehen, dass interne Untersuchungen zwar (wortgetreu) intern geführt werden, ihr Ausgangspunkt aber regelmässig in einem behördlichen Auskunftsbegehren liegt. OTHMAR STRASSER wirft einen kritischen Blick auf diese Art der Delegation von staatlichen Aufgaben an die Banken, namentlich im Hinblick auf die Konfliktfelder, die damit für die Compliance-Abteilungen der Banken geschaffen werden. Aus seiner Sicht überwiegen bei internen Untersuchungen die Nachteile sowohl für die Bank als auch für die betroffenen Mitarbeitenden und die Organmitglieder.

Den Referentinnen und Referenten sei an dieser Stelle herzlich gedankt für ihre Bereitschaft, am Dialog zwischen Politik und Recht sowie zwischen Wissenschaft und Praxis mitzuwirken. Dank gebührt weiter dem Team des Instituts für Bankrecht für die Organisation dieser Tagung. Ich konnte mich in jeder Phase voll und ganz auf Euch verlassen – herzlichen Dank für den tollen und erfolgreichen Einsatz! Besonderen Dank gebührt Herrn MLaw SEBASTIAN MÜLLER und Frau MLaw MIRJAM FRITSCHI für die Federführung bei der Organisation der Tagung. Danken möchte ich weiter Frau BLaw MARGARET TYLER, die für die Erstellung des Tagungsbandes verantwortlich zeichnet, sowie Herrn MLaw SEBASTIAN MÜLLER, der sie dabei unterstützt hat.

Bern, im Juli 2014

Susan Emmenegger

Inhaltsübersicht

Kriminelle Banken? Die Banken im Fokus der Strafverfolgungsbehörden.....	1
MICHAEL LAUBER/ALEXANDER MEDVED Bundesanwalt/Rechtskonsulent des Bundesanwalts	
Bankenstrafrecht: Die Strafbarkeit der Mitarbeitenden, des Managements, der Bank.....	15
Prof. Dr. MARIANNE JOHANNA HILF Professorin an der Universität Bern	
Banker an den Galgen? Erwartungen und Realitäten.....	53
DANIEL ZUBERBÜHLER Fürsprecher	
Finanzmarktenforcement der FINMA: Die Instrumente und ihr Einsatz in der Praxis.....	83
Dr. DAVID WYSS Leiter des Geschäftsbereich Enforcement, FINMA	
Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur.....	141
Prof. Dr. CHRISTOPHER GETH Assistenzprofessor an der Universität Bern	
Behördliche und interne Untersuchungen: Die arbeits- und datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen.....	165
Prof. Dr. THOMAS GEISER Professor an der Universität St. Gallen	
Interne Untersuchungen im Kontext grenzüberschreitender Ermittlungen: Arbeitnehmerrechte und strafrechtliche Risiken.....	193
Dr. CLAUDIA M. FRITSCHÉ, LL.M. Rechtsanwältin	
Interne Untersuchungen: Compliance im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Mitarbeitenden.....	241
Prof. Dr. OTHMAR STRASSER Rechtsanwalt, General Counsel der Zürcher Kantonalbank	

Kriminelle Banken? Die Banken im Fokus der Strafverfolgungsbehörden

Michael Lauber, Bern*
Alexander Medved, Bern**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	2
II.	Banken / Bankangestellte als «Täter»	2
1.	«Neue» Kompetenzen der Bundesanwaltschaft	2
a)	Geldwäscherei / Garantstellung	2
b)	Geldwäscherei / subjektiver Tatbestand	5
2.	«Alte» Kompetenzen der Bundesanwaltschaft	6
a)	Bankdatendiebstahl bei der Credit Suisse	7
b)	Bankdatendiebstahl bei der Hyposwiss Privatbank	8
c)	Exkurs: Politisches Delikt.....	9
3.	Strafbarkeit der Bank als Unternehmen	10
III.	Banken als «Opfer»	11
IV.	Banken als «Partner» im Strafverfahren	12
V.	Schlusswort	13

* Bundesanwalt.

** Rechtskonsulent des Bundesanwalts.

I. Einleitung

Der Titel unseres Tagungsbeitrages mag den Eindruck erwecken, dass wir als Strafverfolger die Banken generell nur als «Täter» erleben. Dem ist nicht so. Die Banken und ihre Mitarbeitenden können als «Täter» in den Fokus der Bundesanwaltschaft gelangen, wie nachfolgend einige Beispiele aus unserer Praxis zeigen werden. Die Banken können aber ebenso selber «Opfer» von Straftaten sein, welche von der Bundesanwaltschaft untersucht werden. Schliesslich sind die Banken auch wichtige «Partner», auf deren Zusammenarbeit und Mithilfe wir in unseren Verfahren in organisatorisch-technischer Hinsicht immer wieder angewiesen sind. Diese differenzierte Betrachtungsweise bildet gleichzeitig die Gliederung des nun folgenden Beitrages.

II. Banken / Bankangestellte als «Täter»

1. «Neue» Kompetenzen der Bundesanwaltschaft

Als «Täter» können die Banken bzw. Bankangestellten zunächst dann in den Fokus der Bundesanwaltschaft gelangen, wenn diese im Bereich ihrer «neuen» Kompetenzen gemäss Art. 24 Abs. 1 StPO ermittelt.¹ Es handelt sich hierbei insbesondere um Strafuntersuchungen im Bereich der internationalen Geldwäscherei und Korruption, wie die folgenden Beispiele zeigen.

a) Geldwäscherei / Garantenstellung

So ging es in einem grossen, von der Bundesanwaltschaft geführten Geldwäschereiverfahren hinsichtlich der Vortat um einen Ring von brasilianischen Steuerrevisoren und hochrangigen Steuerbeamten, welche aus Korruptionshandlungen stammende Gelder auf Konten bei einer schweizerischen Bank hatten fliessen lassen. Diese korrupten ausländischen Staatsbediensteten waren in Brasilien zu hohen Freiheitsstrafen verurteilt worden, dies insbesondere unter den Titeln der Korruption und Geldwäsche für eine kriminelle Organisation. In der Schweiz erhob die Bundesanwaltschaft An-

¹ Die Bundesanwaltschaft verfügt über diese Strafverfolgungskompetenzen seit dem 1. Januar 2002, dem Inkrafttreten der sogenannten «Effizienzvorlage»; vgl. die Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuches, der Bundesstrafrechtspflege und des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes (Massnahmen zur Verbesserung der Effizienz und der Rechtsstaatlichkeit in der Strafverfolgung) vom 28. Januar 1998, BBl 1998 II 1529.

klage gegen fünf Angestellte des mittleren und höheren Kaders einer schweizerischen Bank. Diesen wurden vorgeworfen, für die brasilianischen Steuerbeamten Konten unterhalten zu haben, auf welche in einem Zeitraum von mehreren Jahren Gelder in Millionenhöhe geflossen waren.

Nachdem das Bundesstrafgericht die fünf Bankangestellten wegen Geldwäscherei durch Unterlassung verurteilt hatte, bestätigte das Bundesgericht die Verurteilungen.²

Das Bundesgericht folgte dabei insbesondere der Auffassung der Bundesanwaltschaft, wonach dem Mitglied eines Bankorgans, zu dessen Aufgaben die Bekämpfung der Geldwäscherei gehört, eine *Garantenstellung* zukommt. Aus den Normen zur Geldwäschereibekämpfung ergibt sich die Pflicht des Finanzintermediärs, den wirtschaftlichen Hintergrund und den Zweck einer Geschäftsbeziehung abzuklären, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen stammen. Bejahendenfalls besteht eine Meldepflicht an die Meldestelle für Geldwäscherei, das heisst es besteht eine Pflicht zur Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden. Aus diesen gesetzlichen Pflichten ergibt sich eine *Garantenstellung*.

Obwohl im konkreten Fall ein starker Verdacht bestand, dass die fraglichen Gelder deliktischen Ursprunges waren, hatten die fünf Bankangestellten nicht angemessen und ihren Verantwortlichkeiten gemäss reagiert. Trotz widersprüchlicher Erklärungen der ausländischen Steuerbeamten, trotz einer auffallend raschen Vermögensvermehrung und obwohl eine bankinterne Untersuchung die Vermutung nahe legte, dass die Vermögenswerte einen deliktischen Ursprung hatten, unterliessen es die befassen Organe der Bank, das gemäss internen Richtlinien zuständige, vorgesetzte Gremium zu informieren und damit für eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei nach Art. 9 GwG zu sorgen. Nebst einer Verletzung des Geldwäschereigesetzes wurde vom Bundesgericht auch ein Verstoss gegen die damalige Geldwäscherei-Richtlinie der Eidgenössischen Bankenkommission (RS 98/1) und gegen interne Richtlinien der Bank bestätigt.

Weiter unterstrich das Bundesgericht, dass mehrere zuständige Bankorgane nicht die Verantwortung auf ein Organ abschieben können, auch wenn von fünf Beschuldigten nur einer für die Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei direkt zuständig war. Der Strategie, einen «Sündenbock» zu opfern, beispielsweise den Compliance-Verantwortlichen, wurde eine Abfuhr erteilt.

² BGer Urteil 6B_908/2009 vom 3. November 2010 (BGE 136 IV 188).

In subjektiver Hinsicht hat das Bundesgericht aufgrund der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzungen und der Wahrscheinlichkeit, dass die Vermögenswerte kriminellen Ursprunges waren, auch das Vorliegen des Eventualvorsatzes bejaht.

Seine Rechtsprechung zur Garantenstellung hat das Bundesgericht in einem weiteren Verfahren der Bundesanwaltschaft bestätigt.³ In diesem Verfahren ging es – was die Vortat betrifft – um einen ehemaligen brasilianischen Bundesrichter und dessen ehemalige Lebensgefährtin, welche in Brasilien unter anderem wegen Korruption und organisierter Kriminalität zu mehrjährigen Freiheitsstrafen verurteilt worden waren. Der ehemalige brasilianische Bundesrichter war einer der Anführer einer kriminellen Organisation, welche sich der Korruption, Erpressung und dem Handel mit Gerichtsentscheiden verschrieben hatte.

Das Bundesgericht bestätigte auch in diesem Fall die Verurteilung des Bankangestellten, welcher die schweizerischen Konten der ehemaligen Lebensgefährtin des brasilianischen Bundesrichters verwaltet hatte, wegen Geldwäscherei durch Unterlassung. Wie sich aus den Erwägungen des Bundesgerichts ergibt, erscheint die Verletzung der Handlungspflichten gemäss Geldwäschereigesetz (Art. 6 und 9 GwG), der Richtlinien der Bankenaufsicht und der bankinternen Weisungen umso gravierender, wenn die Kundenbeziehung als PEP-Beziehung zu qualifizieren ist (also eine politisch exponierte Person involviert ist), der Bankangestellte diese Qualifizierung aber ebenfalls unterlässt.

Die Qualifizierung als PEP weist nicht zuletzt auf ein besonderes Risiko in der Bankkundenbeziehung hin, was zu einer noch sorgfältigeren Überwachung aller Transaktionen, zur Beobachtung der politischen Entwicklung im Herkunftsland der PEP-Kunden und deren politischer Position verpflichtet. Nur so ist ein rasches Eingreifen bei ungewöhnlichen Ereignissen bzw. Transaktionen gewährleistet. Die Missachtung dieser Sorgfaltspflichten war laut Gericht geeignet, um die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung der inkriminierten Vermögenswerte zu vereiteln.

³ BGer Urteil 6B_729/2010 vom 8. Dezember 2011 (BGE 138 IV 1).

b) Geldwäscherei / subjektiver Tatbestand

Nebst der Frage der Garantenstellung stellte auch die Frage des *subjektiven Tatbestandes* bei Bankangestellten eine rechtliche Grundsatzfrage dar, welche von höchstrichterlicher Seite abschliessend zu beantworten war. So zeigte sich in einem weiteren Geldwäschereiverfahren der Bundesanwaltschaft, dass die Bejahung des zumindest verlangten Eventualvorsatzes keine Selbstverständlichkeit ist. In besagtem Fall wurde zwei schweizerischen Bankangestellten vorgeworfen, Gelder eines korrupten italienischen Beamten gewaschen zu haben, welcher für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge zuständig gewesen war und sich von privaten Unternehmern hatte bestechen lassen.

In einem ersten Urteil des Bundesstrafgerichts wurden die beiden Bankangestellten freigesprochen.⁴ Es vertrat die Ansicht, dass die beiden Bankangestellten mit den ihnen vorgeworfenen Verhaltensweisen zwar die objektiven Tatbestandselemente der Geldwäscherei erfüllt, sie jedoch nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig gehandelt hätten. Das Bundesstrafgericht befand, dass nicht zweifelsfrei festgestellt werden könne, dass die beiden Bankangestellten wussten oder wissen mussten, dass die fraglichen Gelder aus einer schweren Straftat wie der Bestechung herrührten.

Das Bundesgericht beurteilte den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt anders.⁵ Es stellte klar, dass es in subjektiver Hinsicht genügt, wenn konkrete Umstände vorliegen, welche den Verdacht nahe legen, dass die Vermögenswerte aus einer strafrechtlich relevanten Vortat stammen. Es genügt somit, dass der Täter Kenntnis von Umständen hat, aufgrund welcher er wissen oder zumindest annehmen muss, dass es sich um Gelder krimineller Herkunft handelt. Es ist indes nicht nötig, dass der Täter die konkret begangene Straftat bzw. Vortat kennt. Je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung des Bankangestellten ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass er um die Realisierung einer Geldwäschereihandlung weiss und eine solche in Kauf nimmt.

Entsprechende Umstände und Sorgfaltspflichtverletzungen lagen im betreffenden Fall vor. So warfen die rasche und erhebliche Vermögenszunahme sowie die systematischen und ausschliesslichen Bareinzahlungen hoher Geldbeträge zwingend Fragen auf. Zweifel mussten auch aufgrund des

⁴ BstGer Urteil SK.2008.22 vom 20. und 27. Juli 2009.

⁵ BGer Urteil 6B_900/2009 vom 21. Oktober 2010.

Wunsches des Kunden aufkommen, für telefonische Gespräche einen Code zu verwenden, um die besprochenen Themen vor allfälligen Telefonüberwachungen zu tarnen. Anstatt die Plausibilität der finanziellen Möglichkeiten des Kunden minimal zu überprüfen, wurden seine vagen Erklärungen unbesehen akzeptiert. Auch wurden keine Informationen über weitere berufliche Aktivitäten des Kunden eingeholt, obwohl beide Bankangestellte wussten, dass er Beamter war und die hohen Beträge schwerlich aus einem ordentlichen Beamtengehalt stammen konnten. Selbst eine minimale Dokumentation wurde vom Kunden nicht verlangt, obwohl beide Bankangestellte über eine Ausbildung im Bereich der Geldwäschereibekämpfung verfügten.

Angesichts dieser Elemente kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die beiden Bankangestellten die deliktische Herkunft der Vermögenswerte zumindest vermuten mussten und dass sie diese deliktische Herkunft bei ihren Handlungen bewusst in Kauf genommen hatten. Das Bundesgericht bejahte das Vorliegen des Eventualvorsatzes.

2. «Alte» Kompetenzen der Bundesanwaltschaft

Nach diesen Praxisbeispielen aus dem Bereich der Bundesgerichtsbarkeit gemäss Art. 24 Abs. 1 StPO, kommen wir nun zu Fällen, für deren Verfolgung die Bundesanwaltschaft gestützt auf ihre «alten» Kompetenzen nach Art. 23 Abs. 1 Bst. h StPO zuständig ist. Wir bewegen uns jetzt also im Bereich der Staatsschutzdelikte, zu denen der sogenannte wirtschaftliche Nachrichtendienst gemäss Art. 273 StGB gehört. Auf dessen Grundlage behandelt die Bundesanwaltschaft unter anderem Diebstähle von Bankkundendaten.

Der Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes wurde in den 1930-er Jahren mit einem dringlichen Bundesbeschluss,⁶ dem sogenannten «Spitzelgesetz», eingeführt. Wie die Botschaft⁷ zum «Spitzelgesetz» von 1935 erklärt, geht es bei diesem Tatbestand darum, Angriffe auf die schweizerische Gebietshoheit abzuwehren und die wirtschaftliche Spitzeltätigkeit zu bekämpfen. Die Strafnorm richtet sich gegen jede «landesverräterische», das

⁶ Bundesbeschluss betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft vom 21. Juni 1935, AS 51 482; siehe auch BGE 117 Ia 202 E. 4c.

⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft und die Erweiterung der Bundesanwaltschaft vom 29. April 1935, BBl 1935 I 742, S. 745.

heisst im Interesse ausländischer Regierungen, Behörden oder Parteien ausgeübte Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses. Die Einführung dieses Tatbestandes wurde unter anderem dadurch veranlasst, dass es in besagter Zeit vorgekommen war, dass zugunsten ausländischer Finanzämter Erhebungen bei Bankinstituten gemacht worden waren.

Offensichtlich wiederholt sich die Geschichte. In der heutigen Zeit befasst sich die Bundesanwaltschaft wieder vermehrt mit Informationsgelüsten ausländischer Finanz- und Steuerämter. Gegen willfähige Täter, darunter eben auch Bankangestellte, die bereit sind, diesen ausländischen Behörden Bankkundendaten zu beschaffen und zu verkaufen, führt die Bundesanwaltschaft Untersuchungen wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes gemäss Art. 273 StGB. Häufig kommen weitere Tatbestände wie die Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG) oder die unbefugte Datenbeschaffung (Art. 143 StGB) hinzu, welche für sich alleine die Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft nicht begründen könnten, weil sie kantonaler Gerichtsbarkeit unterliegen. Die Bundesanwaltschaft verfügt in solchen Fällen eine Vereinigung gemäss Art. 26 Abs. 2 StPO.

a) Bankdatendiebstahl bei der Credit Suisse

In einem konkreten Fall hatte die Bundesanwaltschaft Hinweise erhalten, wonach offenbar deutsche Behörden von einer Schweizer Grossbank stammende Kundendaten deutscher Staatsbürger gegen Entgelt erworben hatten, weshalb sie eine Strafuntersuchung wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes und weiterer Tatbestände eröffnete.

Im Rahmen dieser Untersuchung konnten zwei mutmassliche Täter ermittelt werden. Einer der Täter hatte als Angestellter der Credit Suisse eine Vielzahl von Kundendaten deutscher Bankkunden sowie bankinterne Dokumente beschafft. Sein Komplize hatte diese Unterlagen nach erfolgreichen Verhandlungen gegen Bezahlung von 2,5 Mio. Euro an das Bundesland Nordrhein-Westfalen verkauft. Das Geld wurde auf mehreren Konten in Tschechien deponiert.

Der ehemalige Angestellte der Credit Suisse wurde von der Strafkammer des Bundesstrafgerichts⁸ im abgekürzten Verfahren schuldig gesprochen des qualifizierten wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (Art. 273 Abs. 2 StGB), der Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG), der Geldwäscherei

⁸ BstGer Urteil SK.2011.21 vom 15. Dezember 2011.

(Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB) und der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB). Er wurde bestraft mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten und einer Busse von 3'500.- Franken. Sein Komplize hatte sich vor Abschluss der Untersuchung in der Untersuchungshaft das Leben genommen.

b) Bankdatendiebstahl bei der Hyposwiss Privatbank

Auch im Fall eines Bankdatendiebstahls bei der Hyposwiss sah die Bundesanwaltschaft eine Verfahrenserledigung im abgekürzten Verfahren vor. In diesem Fall hatte ein ehemaliger externer IT-Mitarbeiter der Hyposwiss interne Bankdaten aus der Bank geschafft und sie später dem Rechtsanwalt einer ausländischen privaten Unternehmung für 2 Mio. Franken angeboten.

Der Beschuldigte war von Anfang an geständig, weshalb man sich relativ rasch nach Verfahrensbeginn auf die Durchführung eines abgekürzten Verfahrens verständigen konnte. Im weiteren Verfahrensverlauf akzeptierte der Beschuldigte ein Strafmass von 3 Jahren Freiheitsstrafe (davon 12 Monate unbedingte). Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts lehnte die Genehmigung der Anklage im abgekürzten Verfahren jedoch ab, weil sich der Beschuldigte bei der Befragung durch den vorsitzenden Richter in Widersprüche zur ausgehandelten Anklageschrift verstrickte.

Deshalb erhob die Bundesanwaltschaft eine Anklage im ordentlichen Verfahren. Mit dem im ordentlichen Verfahren ausgefallenen Urteil⁹ wurde der Beschuldigte wegen der von der Bundesanwaltschaft angeklagten Tatbestände (Art. 273 und 162 StGB sowie 47 BankG) schuldig gesprochen. Das Strafmass wurde vom Gericht allerdings auf lediglich 15 Monate bedingte Freiheitsstrafe festgelegt, weil es die Begehung von Art. 273 StGB als blossen Versuch wertete und zudem den angeklagten qualifizierten Tatbestand, also den schweren Fall, nicht als erfüllt ansah, da es sich bei der Hyposwiss nicht um eine systemrelevante Bank handle.

Insbesondere die letzte, seitens des Gerichts anlässlich der mündlichen Urteileröffnung gemachte Aussage wirft Fragen auf. Die Bundesanwaltschaft wird diese nach Erhalt der schriftlichen Urteilsbegründung vertieft prüfen.

Anzumerken ist ebenfalls, dass das Bundesstrafgericht rund eine Woche vor der Verhandlung im abgekürzten Verfahren im Fall Hyposwiss in einem

⁹ BstGer Urteil SK.2013.37 vom 10. Dezember 2013.

anderen Verfahren das Instrument des abgekürzten Verfahrens generell kritisiert hatte. In der Verhandlung zum Fall des Bankdatendiebstahls in der Bank Julius Bär erachtete das Gericht das Strafmass als an der untersten, nur knapp schuldangemessenen Grenze. Weiter erklärte der vorsitzende Richter sinngemäss, dass es nicht angehe, dass die Bundesanwaltschaft als Anklagebehörde in einem derart heiklen Bereich die Rechtsprechung präge, indem sie mit dem abgekürzten Verfahren das Strafmass festlege. Dies sei vielmehr Aufgabe des Gerichts. Das Bundesstrafgericht wolle deshalb in solchen Fällen nicht mehr bloss Zaungast sein.¹⁰

Die Bundesanwaltschaft hält am Instrument des abgekürzten Verfahrens ganz grundsätzlich fest. Sie respektiert damit den Willen des Gesetzgebers, welcher dieses Instrument ohne Beschränkung auf bestimmte Deliktsbereiche eingeführt hat. Als Strafverfolgungsbehörde wird die Bundesanwaltschaft diese Verfahrensform ihrem gesetzlichen Auftrag gemäss weiterhin anwenden, wenn die strafprozessualen Voraussetzungen dazu erfüllt sind. Die Bundesanwaltschaft respektiert aber die in einzelnen Fällen kritischen Erwägungen des Bundesstrafgerichts zur Frage des Strafmasses und nimmt diese ernst. Das Gericht prüft von Gesetzes wegen die Angemessenheit der Sanktionen und leistet damit einen wichtigen Beitrag an die Praxisentwicklung in diesem Bereich.

Die Bundesanwaltschaft wird auch in der Frage des abgekürzten Verfahrens den konstruktiven Dialog mit dem Bundesstrafgericht pflegen, dies in steter Achtung der institutionellen Unabhängigkeit beider Behörden.

c) Exkurs: Politisches Delikt

Auf prozessualer Ebene weisen die Verfahren, welche gestützt auf Art. 273 StGB geführt werden, eine Besonderheit auf. Da es sich bei Art. 273 StGB um ein politisches Delikt handelt, bedarf dessen Verfolgung einer Ermächtigung durch den Bundesrat (Art. 66 StBOG).

Es handelt sich um Fälle, in denen unter Umständen die politischen Interessen – namentlich die aussenpolitischen – jene der Strafverfolgung überwiegen, weshalb hier die Regierung ausnahmsweise in den Hoheitsbereich der Justiz eingreifen darf. Der Bundesrat hat es damit in der Hand, allfällige

¹⁰ Vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 29. August 2013, «Disput um abgekürztes Verfahren – Bundesanwalt widerspricht Bundesstrafgericht», abrufbar unter: <www.nzz.ch/aktuell/schweiz/bundesanwalt-widerspricht-bundesstrafgericht-1.18140728> (Stand 14.05.14).

der Strafverfolgung entgegenstehende, höher bewertete Staatsinteressen zu berücksichtigen. Zur Wahrung der Interessen des Landes kann er die Ermächtigung verweigern.

Der Bundesrat hat seine Ermächtigungskompetenz an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) delegiert.¹¹ In Fällen, welche die Beziehungen zum Ausland betreffen, entscheidet das EJPD nach Rücksprache mit dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA); Fälle von besonderer Bedeutung kann es dem Bundesrat vorlegen. Gemäss konstanter Praxis des EJPD und des Bundesrates wird die Ermächtigung nur in Ausnahmefällen verweigert, das heisst wenn übergeordnete Staatsinteressen gewahrt werden müssen.

Verweigert die Ermächtigungsbehörde die Ermächtigung und fehlt es damit dauerhaft an dieser Prozessvoraussetzung, ist die Einstellung der Strafuntersuchung oder eine Nichtanhandnahme zu verfügen (Art. 319 Abs. 1 Bst. d bzw. 310 Abs. 1 Bst. a StPO).

3. Strafbarkeit der Bank als Unternehmen

In Fällen wie den eingangs dargestellten, in denen Bankangestellte wegen Geldwäscherei belangt werden, käme an sich auch eine konkurrenzierende strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bank gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB in Frage, zumal es sich bei der Geldwäscherei um eine Katalogtat handelt.

Die Bundesanwaltschaft wendet die Norm von Art. 102 StGB an. So hat sie bekanntlich in einem Verfahren gegen die Alstom Network Schweiz AG 2011 einen Strafbefehl wegen Widerhandlung gegen Art. 102 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 322^{septies} StGB (Bestechung fremder Amtsträger) erlassen und diese unter anderem zu einer Busse von 2,5 Mio. Franken und zur Begleichung einer Ersatzforderung von 36,4 Mio. Franken verurteilt.¹²

Zur Verurteilung einer Bank ist es bislang noch nicht gekommen. Dies will jedoch nicht heissen, dass die Bundesanwaltschaft die Strafbarkeit der Bank jeweils nicht prüfen würde.

Die Bundesanwaltschaft führt gegenwärtig ein Geldwäschereiverfahren im Zusammenhang mit Korruptionshandlungen in Griechenland. Die Ver-

¹¹ Art. 3 Bst. a der Organisationsverordnung für das EJPD (OV-EJPD; SR 172.213.1).

¹² Vgl. die Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011, abrufbar unter: <www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=42300> (Stand 14.05.14).

haftung eines ehemaligen Verteidigungsministers und hochrangigen Parteifunktionärs sowie von dessen Cousin in Griechenland veranlasste diverse Banken in der Schweiz zur Überprüfung von Geschäftsbeziehungen. Die Folge waren Meldungen der Banken an die Meldestelle für Geldwäscherei. Die in diesem Kontext in Griechenland gegen eine Vielzahl von Personen geführte Untersuchung führte zu Rechtshilfeersuchen, deren Vollzug der Bundesanwaltschaft übertragen wurde. Die Ersuchen betreffen verschiedene Bankinstitute und Bankverbindungen. Im Rahmen der von der Bundesanwaltschaft geführten Untersuchung wird auch zu klären sein, ob in der Schweiz handelnden Personen eine Beteiligung an Geldwäscherei nachzuweisen ist und ob allenfalls bezüglich der Banken ein Organisationsverschulden nach Art. 102 StGB vorliegt.

Dass die Banken ihre Verantwortung und ihre Sorgfaltspflichten ernst nehmen und zweifellos auch allfällige Haftungs- und Reputationsrisiken minimieren wollen, äussert sich am Ende in einer tendenziell umfassenden Meldeerstattung an die Meldestelle für Geldwäscherei. Im Zweifel wird gemeldet, dies ganz im Sinne eines *all crimes approach*.

III. Banken als «Opfer»

Wie unsere bisherigen Ausführungen zeigen, stehen die Banken selbst als Institutionen in der Regel nicht im Fokus der Bundesanwaltschaft. Als mutmassliche Täter bzw. Beschuldigte sind vielmehr einzelne Mitarbeitende der Banken in unsere Verfahren involviert. Wenn diese letzten Endes zum Schaden der Bank gehandelt haben, ist die Bank in einem untechnischen Sinne auch als «Opfer» anzusehen. Dies ist beispielsweise bei den dargestellten Diebstählen von Bankkundendaten und dem damit verbundenen Geheimnisverrat der Fall.

Ähnliches gilt – wie unsere Erfahrungen zeigen – im Bereich der Cyberkriminalität und den zahlreichen Phishing-Fällen. Die Bundesanwaltschaft befasst sich mit diesen Fällen, weil durch die Rechtsprechung der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts¹³ in diesem Bereich faktisch eine neue Bundeskompetenz geschaffen wurde. Dies hat wiederum dazu geführt, dass

¹³ Vgl. BstGer Beschlüsse BG.2011.27 vom 12. Oktober 2011 und BG.2012.28 vom 10. Oktober 2012.

von den Kantonen bis Ende 2013 rund 150 Verfahren an die Bundesanwaltschaft weitergeleitet wurden.

In solchen Fällen, in denen die Bank gleichsam zum «Opfer» von Straftaten wurde, ist es äusserst wichtig, dass die Bank möglichst rasch mit der Bundesanwaltschaft Kontakt aufnimmt und mit ihr zusammenarbeitet. Nur so können die relevanten Beweise – insbesondere auch elektronische Daten – rechtzeitig sichergestellt und die mutmassliche Täterschaft an weiteren, schädigenden Handlungen – beispielsweise dem Weiterverkauf gestohlener Bankkundendaten – gehindert werden. Deshalb plädieren wir seitens der Bundesanwaltschaft für eine frühe Anzeigepflicht.

IV. Banken als «Partner» im Strafverfahren

Schliesslich nehmen die Banken sehr oft die Rolle von «Partnern» in den Verfahren der Bundesanwaltschaft ein. In einem Grossteil dieser Verfahren werden Editionsverfügungen zuhanden der Banken erlassen, um Kontounterlagen über Bankverbindungen von Beschuldigten oder Drittpersonen zu erheben. Ohnehin beruhen viele der Verfahren der Bundesanwaltschaft auf von der Meldestelle für Geldwäscherei weitergeleiteten Verdachtsmeldungen von Bankinstituten.

Gerade die grossen Verfahren der Bundesanwaltschaft im Zuständigkeitsbereich von Art. 24 StPO bedingen regelmässig ausgedehnte Finanzanalysen erheblicher Mengen von Bankverbindungen, um die von den Tätern bewusst kompliziert angelegten Finanzflüsse zu ermitteln und zu rekonstruieren. Damit sind in der Bundesanwaltschaft vornehmlich die Spezialisten des internen Kompetenzzentrums Wirtschaft und Finanzen befasst.

In diesem Bereich ist die Bundesanwaltschaft auf die zeitnahe und kompetente Zusammenarbeit mit den Bankinstituten und ihren Compliance-Abteilungen angewiesen. Ein besonderes Anliegen der Bundesanwaltschaft und der kantonalen Staatsanwaltschaften an die Banken ist die elektronische Aktenedition. Die Lieferung von edierten Bankdaten in elektronischer Form würde die Arbeit der Finanzexperten und -analysten der Strafverfolgungsbehörden in wesentlichem Masse erleichtern. Die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK), in welcher sich auch die Bundesanwaltschaft engagiert, steht hierzu mit der Schweizerischen Bankiervereinigung in Verbindung.

V. Schlusswort

Wie aus unserem Beitrag geschlossen werden kann, besteht zwischen der Bundesanwaltschaft und den Banken nicht das Verhältnis eines Jägers zum Gejagten.

Zu den Kernaufgaben der Bundesanwaltschaft gehören das Bewahren der schweizerischen Rechtsordnung und der strafrechtliche Schutz des schweizerischen Finanzplatzes. Damit erweist sich die Bundesanwaltschaft als urschweizerische Behörde. Sie denkt und arbeitet aber – wie die Banken auch – international, denn das Bewahren unserer Rechtsordnung und der Schutz unseres Finanzplatzes beginnen jenseits unserer Landesgrenzen.

Bankstrafrecht: Die Strafbarkeit der Mitarbeitenden, des Managements, der Bank

**am Beispiel der ungetreuen Geschäftsbesorgung und Privatbestechung im
Zusammenhang mit Bestandespflegekommissionen**

Marianne Johanna Hilf, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	16
Materialien.....	17
I. Einleitung	18
II. «Bankstrafrecht».....	20
III. Grundkonstellationen.....	22
IV. Grundlegendes zum strafrechtlichen Haftungsrisiko der Bank gem. Art. 102 StGB.....	24
V. Einzelprobleme – am Beispiel der Bestandespflegekommissionen.....	28
1. Szenario 1	30
a) Ungetreue Geschäftsbesorgung	30
aa) Individualstrafbarkeit	30
bb) Unternehmensstrafbarkeit.....	42
b) Privatbestechung.....	42
aa) Individualstrafbarkeit	42
bb) Unternehmensstrafbarkeit.....	45
2. Szenario 2	46
a) Ungetreue Geschäftsbesorgung	46
aa) Individualstrafbarkeit	46
bb) Unternehmensstrafbarkeit.....	48
b) Privatbestechung.....	50

* Ordentliche Professorin für Strafrecht, Wirtschafts- und internationales Strafrecht an der Universität Bern.

aa) Individualstrafbarkeit	50
bb) Unternehmensstrafbarkeit.....	50
c) Geldwäscherei	50
VI. Fazit.....	51

Literaturverzeichnis

- ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Finanzkrise als Krise des Finanzmarktstrafrechts?, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, 3. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2009, S. 1-25.
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT/HEINE GÜNTER (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013.
- ARZT GUNTHER, Strafrechtliche Risiken aus Sicht des schweizerischen Rechts für Bankmitarbeiter und Vermögensverwalter bei Dienstleistungen für ausländische Klienten, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, 3. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2009, S. 26-53.
- Unternehmensstrafbarkeit – Fernwirkungen im materiellen Strafrecht (Fahrlässigkeit, Begünstigung, Urkundendelikte, Geschäftsbesorgung), recht 2004, S. 213-223.
- EICKER ANDREAS/FRANK FRIEDRICH/ACHERMANN JONAS, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012.
- EMMENEGGER SUSAN, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.) Anlagerecht, SBT 2007, Basel 2007, S. 59-127.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC, Das schweizerische Bankprivatrecht 2010–2011, SZW 2011, S. 372-386.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC/GOOD RAHEL/MACHADO GOMES DIANA, Das schweizerische Bankprivatrecht 2012–2013, SZW 2013, S. 309-329.
- ENGLER MARC, Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive, Ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung, Betrug, ST 3/10, S. 137-140.
- HABERBECK PHILIPP, Überlegungen zur Retrozessions-Thematik bezüglich Anlageberatungsverhältnisse, Jusletter 4. November 2013.
- HEINE GÜNTER, Straftäter Unternehmen: Das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, recht 2005, S. 1-10.
- HILF MARIANNE JOHANNA, System des Wirtschaftsstrafrechts, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Wien 2008, S. 13-31.
- Das neue Unternehmensstrafrecht in Liechtenstein im Spiegel seiner Nachbarrechtsordnungen, ZStrR 2011, S. 258-277.

- (Wieder)Belebung des Unternehmensstrafrechts durch Geldwäschereiverantwortlichkeit, in: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Hrsg.), Geldwäscherei – Asset Recovery, 6. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2012, S. 175-195.
 - Herausforderungen der neuen Normen über Produkthaftungspflicht und -sicherheit für das Unternehmensstrafrecht, in: Theodor Bühler/Martin Killias (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit, Zürich 2013, S. 7-18.
 - Die Strafbarkeit juristischer Personen im schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Recht, ZStW 2014, 126 (1), S. 1-32.
 - Vom Rechtsgut, vom Opfer und von der Privatkorruption, Insbesondere von der Macht des Nicht-Rechtsgutsträgers im Wirtschaftsstrafrecht, in: Peter V. Kunz et al. (Hrsg.), Festgabe Berner Gedanken zum Recht, Bern 2014, S. 457-470 (im Druck).
- ROTH MONIKA, Retrozessionen und Interessenkonflikte – wenn der Berater in Tat und Wahrheit ein Verkäufer ist, Ein Beitrag zur Diskussion um die Retrozessionen mit speziellem Blick auf die Reputationsrisiken und Vertrauen, ZBJV 2010, S. 521-553.
- SCHORK ALEXANDER/GROß BERND (Hrsg.), Bankstrafrecht, München 2013.
- SCHUBARTH MARTIN, Retrozession und Ungetreue Geschäftsbesorgung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.) Anlagerecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2007, Basel 2007, S. 169-171.
- SCHWOB RENATE, Retrozessionen: Betrachtungen zur strafrechtlichen Relevanz für eine Bank, ZStrR 2012, S. 121-143.
- VEST HANS, § 13 Allgemeine Vermögensdelikte, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, S. 261-354.
- VON GLEICHENSTEIN NIKODEMUS, Strafrechtliche Bankhaftung, Anforderungen an organisatorische Vorkehrungen der Banken zur Verhinderung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 102 StGB, Bern 2011.
- WOHLERS WOLFGANG, Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, S. 355-405.
- Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht: (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, 3. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2009, S. 268-314.

Materialien

FINMA-Mitteilung 41 (2012) vom 26. November 2012: Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen, Banken.

ERLÄUTERNDER BERICHT zum Vorentwurf «Korruptionsstrafrecht» vom 15. Mai 2013 <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/past.html>.

BOTSCHAFT über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption (Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom 10. November 2004, in: BBl 2004, S. 6983-7042.

BOTSCHAFT über die Änderung des Strafgesetzbuches (Korruptionsstrafrecht), am 30. April 2014 vom Bundesrat verabschiedet.

I. Einleitung

Der in gewisser Hinsicht sehr weit gefasste, zugleich aber auch sehr spezifische Titel dieses Beitrags – «Bankstrafrecht» – löst vermutlich mehrere, aber vorrangig auch eine spezielle Assoziation aus, die hier als Frage formuliert und vorangestellt werden soll, auf dass diese dann an späterer Stelle verneint werden kann: Ist das «Bankstrafrecht» nun ein eigenes Strafrechtsgebiet, das primär dazu dienen soll, im Bereich der strafrechtlichen Haftung Sondermassstäbe an Banken anzulegen, um dadurch die Bankentätigkeit aus strafrechtlicher Sicht strenger zu erfassen, wodurch der Boden des ultima-ratio-Prinzips des Strafrechts zu schwinden droht?

Es kommt nicht von Ungefähr, sondern ist einer Verkettung von Umständen mit überwiegend internationalem Hintergrund zu verdanken, dass sich der Begriff des Bankstrafrechts hat erfinden lassen und sich auch schon fast etablieren konnte. So erscheinen vermehrt Bücher nicht mehr nur zum «Wirtschaftsstrafrecht» als Ganzem, sondern zum Bankstrafrecht gleichsam als Ausschnitt des Wirtschaftsstrafrechts.¹ Was allerdings schon für das Wirtschaftsstrafrecht als ausgedehntes, nicht gerade homogenes Teilgebiet des Strafrechts² insgesamt gilt, hat gleichermassen Gültigkeit für das Bankstrafrecht: Es ist charakterisiert durch seine starken Bezüge zu ausserstrafrechtlichen Normen und provoziert immer wieder die Frage, ob es spezifischer, vom Allgemeinen Teil des Strafrechts abweichender Regelungen bedarf.³ In diesen Kontext fügt sich auch ein nunmehr an der Universität Luxemburg geplantes Forschungsprojekt zur Notwendigkeit eines «EU Ban-

¹ Siehe nur zuletzt VON GLEICHENSTEIN, Strafrechtliche Bankhaftung, Bern 2011; SCHORK/GROß, Bankstrafrecht, München 2013.

² Vgl. HILF, in: Wirtschaftsstrafrecht (2008), S. 13 ff.

³ Der vorliegende Beitrag fokussiert sich auf das materielle Strafrecht.

king Criminal Law» bzw. zur Autonomie des Konzepts eines «Banking Criminal Law».

Zur zitierten Verkettung von Umständen: Die Gründe für die Entwicklung des Bankstrafrechts liegen wohl in der Sensibilisierung der Öffentlichkeit in Bezug auf die Rolle und Tätigkeit von Finanzdienstleistern insgesamt, aber besonders auch von Banken, die schliesslich eine besondere Bedeutung im Finanzmarkt geniessen. Das Spektrum, durch nicht legale Tätigkeiten im Bankensektor auf der einen Seite viel Geld zu verdienen und auf der anderen Seite immense wirtschaftliche Schäden anzurichten, ist gross. Es reicht von Schädigungen durch ungetreue Geschäftsbesorgung über Betrug, Insiderhandel, Geldwäscherei, (Gehilfenschaft zu) Steuerdelikten bis zu Korruption, abgesehen von sonstigen Finanzmarktdelikten sowie Delikten im Bereich des (bargeldlosen) Zahlungsverkehrs. Manche dieser Delikte betreffen konkrete Geschädigte bzw. Gruppen von Geschädigten, manche betreffen in ihren negativen Auswirkungen letztlich die Allgemeinheit (der Wirtschaftsteilnehmer).

Die öffentliche Meinung ist kritischer, die Regulierung und Überwachung intensiver geworden. Es kommt immer häufiger zu Strafverfahren mit grossem medialen Echo gegen Bankmanager, Banken selbst sowie deren Mitarbeiter. Hilfreich war freilich sehr, dass als Verantwortliche für die Finanzmarktkrise die Banken und ihre Manager ausgemacht wurden, also (vermeintlich) besonders risikofreudige, aber scheinbar ohne persönliches Risiko handelnde Akteure.⁴

Mit der angesprochenen steigenden Sensibilität ist eine weitere Entwicklung verbunden, nämlich jene des sich verstärkenden Unrechtsbewusstseins auf Bankenseite. Manche sprechen sogar von «Kulturwandel».⁵ So haben nach SCHORK/GROß auch interne Verfolgungen und Ahndungen von Verstössen zunächst zu einer grösseren Anzahl an Strafverfahren geführt, die kurzfristig betrachtet dem Ansehen der Banken zwar nicht förderlich waren bzw. sind, mittel- bis langfristig jedoch wohl dazu beitragen werden oder gar «unvermeidlich und geeignet» sind, «das Vertrauen wieder herzustellen».⁶

Nicht zuletzt unter diesem Aspekt erscheint die Beachtung des ultima-ratio-Prinzips des Strafrechts von besonderer Wichtigkeit. Nur solche

⁴ Vgl. SCHORK/GROß, Bankstrafrecht, Vorwort.

⁵ SCHORK/GROß, § 1 N 4.

⁶ SCHORK/GROß, § 1 N 4.

sozialinadäquate Verhaltensweisen sollen vom Strafrichter beurteilt und allenfalls geahndet werden, deren Verhinderung durch andere (rechtliche) Massnahmen und Mittel nicht möglich ist.

II. «Bankstrafrecht»

Man kann zum plakativen Begriff des Bankstrafrechts freilich stehen wie man möchte. Jedenfalls gelingt es ihm anschaulich, einen hochkomplexen, facettenreichen Teilbereich des Strafrechts zusammenzufassen, der aber eben gerade als *Teilbereich* den Grundprinzipien des Strafrechts verpflichtet ist und sich insofern gerade nicht als Spezifikum darstellt, sich allerdings, wenn man den Schritt aus der Strafrechts-Innenperspektive hinauswagt, in einem hochspezifisch und dicht gewebten ausserstrafrechtlichen, v.a. zivil- und aufsichtsrechtlichen Regelungsumfeld wiederfindet.

Bankstrafrecht kann dabei nicht lediglich unternehmensbezogenes «Strafrecht der Banken» sein, sondern ist vielmehr «Strafrecht des Banking». Es geht um strafrechtliche Aspekte der Bankentätigkeit, d.h. in erster Linie um die strafrechtliche Verantwortlichkeit der einzelnen – individuellen und kollektiven – Akteure (das sind insbesondere die Banken, aber zunächst auch deren Manager und Mitarbeiter) im Rahmen des spezifischen Bankenbetätigungsfeldes. Die im öffentlichen Interesse gelegene besondere Stellung und Bedeutung der Banken sowie das konsequentermassen geschaffene Regulierungsumfeld rechtfertigt deren Herausheben aus dem grösseren Kreis der Finanzinstitutionen und Finanzintermediäre.

Aus Bankenperspektive bildet das Finanzmarktstrafrecht einen Ausschnitt des Bankenstrafrechts, ebenso wie das Kapitalmarktstrafrecht lediglich einen Teilbereich darstellt.

Vom Bankstrafrecht erfasst werden oftmals allerdings auch Akteure, die keine Banken sind, konkret deren Kunden und (andere) Dritte. Diese betätigen sich als Beteiligte (sei es als Täter oder Teilnehmer), aber auch etwa im Bereich der Delikte zum Schutz des (bargeldlosen) Zahlungsverkehrs bzw. zum Schutz der Banken.

Was zunächst überschaubar klingt, zieht sogleich ungeahnte Komplexitäten nach sich, die in dem Zusammenspiel von Individualverantwortlichkeiten und Bankverantwortlichkeit als Unternehmensverantwortlichkeit (also Fragen des Allgemeinen Teils des Strafrechts) sowie in den höchst unterschiedlichen relevanten Deliktsbereichen (Besonderer Teil) begründet liegen. Betrachtet man individuellen Akteure – Mitarbeiter und Manager der

Bank – und deren Möglichkeiten, zu delinquieren (oder aus wirtschaftlicher Perspektive: deren Risiko, in strafrechtliche Verantwortung zu geraten), so zeigt sich, dass deren individuelle Verhaltensweisen und individuelle Verantwortlichkeit – für Tun, Unterlassen, Täterschaft oder bloße Teilnahme, Vorsatz oder Fahrlässigkeit – zum Teil eng miteinander verknüpft sind sowie entweder Voraussetzung oder sogar Hindernis für die Strafbarkeit anderer Akteure, insbesondere der Bank selbst, bilden. Diese Zusammenhänge und wechselseitigen Abhängigkeiten werden überdies Teil spezifischer Problematiken, die abhängig vom jeweils betrachteten Deliktsbereich sind.

Banken (also Unternehmen) selbst als verantwortlichen Zurechnungs-subjekten bzw. ihren Managern und Mitarbeitern bietet sich ein breites potenzielles kriminelles Betätigungsfeld, das ohne Anspruch auf Vollständigkeit insbesondere folgende Delikte erfasst: Klassische Vermögensdelikte (wie insbesondere ungetreue Geschäftsbesorgung, Veruntreuung oder Betrug); Geldwäscherei; Korruption; Insiderhandel und Kursmanipulation; Delikte gem. FINMAG, BankG, KAG, NBG, GwG; Steuerdelikte; Kartell-delikte; Wettbewerbsdelikte. Eine wichtige Unterscheidung betrifft die Rechtsgüter, die von den jeweiligen Straftatbeständen geschützt werden (Individual- und Allgemeinrechtsgüter, vom Vermögen bis hin zum Wettbewerb und Rechtspflege) sowie den Umstand, dass es sich – gerade auch mit Blick auf die Rechtsgüter – sowohl um «selbständiges» Bankstrafrecht als auch um «akzessorisches» Aufsichts- und Regulierungsstrafrecht handelt, also um Strafbestimmungen, welche die den Banken auferlegten Pflichten aus dem Aufsichtsrecht selbst strafbewehren.⁷

Im Lichte des Themas der Tagung «Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht» spielt nun die Unterscheidung zwischen «selbständigem» Strafrecht und Aufsichtsstrafrecht insoweit eine Rolle als es um die Zuordnung zum Kern- oder Nebenstrafrecht und hier allenfalls zum Verwaltungsstrafrecht und somit um unterschiedliche Zuständigkeiten und Verfahren geht. Aus materiell-strafrechtlicher Sicht, auf die sich der vorliegende Beitrag beschränkt, interessieren die unterschiedlichen Delikts-einstufungen als Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen, vorrangig aber allenfalls existierende unterschiedliche Verantwortlichkeitsregeln, wie sie etwa im VStrR in den Art. 6 und 7 im Unterschied zum Allgemeinen Teil des

⁷ Zum von ACKERMANN geprägten Begriff des Aufsichtsstrafrechts siehe ACKERMANN, in: Finanzmarkt, S. 8 ff.

StGB vorkommen. Im Übrigen spielen aufsichtsrechtliche Pflichten materiell-strafrechtlich (also aus Sicht der Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Akteuren) als – nicht eingehaltene – Sorgfalts-,⁸ Melde- und damit allenfalls sogar Garantenpflichten eine Rolle, die eine weitreichende Unterlassungsstrafbarkeit von Leitungspersonen und darauf fussend (theoretisch auch) der Banken begründen können.

Im Lichte der beschriebenen Weite und Komplexität des potenziell strafrechtlich relevanten Betätigungsfeldes der Banken sowie des Umstands des sich entwickelnden «Bankstrafrechts» sollen die nachstehenden strafrechtsdogmatischen Bemerkungen von folgendem von GUNTHER ARZT formulierten Motto getragen sein: «Der Sinn dessen, was wir altmodisch als 'Dogmatik' bezeichnen, liegt in der Sperre gegen politisch wirklich oder vermeintlich opportune Ausdehnungen der Strafbarkeit.»⁹

III. Grundkonstellationen

Betrachtet man die relevanten Akteure im Kontext der einschlägigen Kriminalitätsbereiche im Bankenwesen, so ergeben sich aus Sicht der Bank folgende Grundkonstellationen:¹⁰

- Bank als «Opfer»
 - strafbaren Verhaltens eigener Mitarbeiter oder Manager, z.B. Veruntreuung oder ungetreue Geschäftsbesorgung (etwa durch risikoreiche Kreditvergabe);
 - strafbaren Verhaltens Dritter, z.B. Vermögensdelikte (Betrug durch Kunden), Wettbewerbsdelikte;
- Bank als «Täter»
 - sei es als Täter aufgrund von sog. Anlasstaten von Mitarbeitern oder Managern gegenüber Dritten in Verbindung mit eigenem

⁸ Siehe WOHLERS, in: Finanzmarkt, S. 302 ff.

⁹ ARZT, in: Finanzmarkt, Fn. 14.

¹⁰ Im gegebenen Kontext wird bewusst die Terminologie «Täter» und «Opfer» verwendet. Dies dient allein der Verdeutlichung der Rollen im Hinblick auf die Rechtsgutträgerschaft und hat keinen Bezug zu straf(prozess)rechtlichen Kategorien i.e.S.

- Organisationsverschulden der Bank (z.B. Anlagebetrug, ungetreue Geschäftsbesorgung, Geldwäscherei,¹¹ Korruption);
von aufsichtsstrafrechtlichen Delikten;
- sei es als Teilnehmer (vorrangig Gehilfe)
an Straftaten Dritter (Kunden) aufgrund von Anlasstaten (in Form der Teilnahme) durch Mitarbeiter oder Manager in Verbindung mit eigenem Organisationsverschulden der Bank (z.B. Steuerdelikte, ungetreue Geschäftsbesorgung, Korruption);
 - Bank weder Opfer noch Täter
bezüglich sog. Exzesstaten von eigenen Mitarbeitern oder Managern (d.h. zu deren ausschliesslich individuellem Vorteil).

Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass die Schaffung eines Unternehmensanktionsrisikos (in Form der Unternehmensstrafe gem. Art. 102 StGB) aufgrund der Begehung einer Anlasstat, wie etwa Geldwäscherei durch einen Bankmanager das Unternehmen freilich gerade nicht zum Opfer macht und nicht als Pflichtwidrigkeit und Schadenszufügung i.S.d. Art. 158 StGB zu werten ist, die – neben der Geldwäschereistrafbarkeit zusätzlich – zu einer Strafbarkeit des Bankmanagers wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung führen würde. Darin läge eine unzulässige Strafbarkeitsausdehnung, die im Lichte des Zwecks des Unternehmensstrafrechts nachgerade absurd erscheint. Eine solche Überdehnung der Individualstrafbarkeit liegt im Übrigen auch in der Annahme, die Bildung von (oder Bezahlung von Schmiergeldern aus) schwarzen Kassen stelle ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil des (letztlich profitierenden) Unternehmens dar.¹² Dasselbe gilt für den Fall, den Geschäftsführer der B wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verantwortlich zu machen, wenn er – ohne zuvor alle gebotenen und zumutbaren Compliancemassnahmen ergriffen zu haben – die Strafverfolgungsbehörden über eine im Verantwortungsbereich der B begangene ungetreue Geschäftsbesorgung informiert und dadurch seine

¹¹ Bankmitarbeiter oder die Bank werden aufgrund der weit gefassten Tathandlung des Art. 305^{bis} StGB kaum je blosser Teilnehmer einer Geldwäschereihandlung von Kunden sein.

¹² Vgl. HILF, Festgabe, S. 461 m.N., S. 462 ff.

Schweigepflicht verletzt.¹³ Hier etwa ist die Dogmatik gefordert, gegen kriminalpolitisch nicht sachgerechte Ausdehnungen des Individualstrafrechts zu wirken.

IV. Grundlegendes zum strafrechtlichen Haftungsrisiko der Bank gem. Art. 102 StGB

Zunächst sollen die Voraussetzungen der Unternehmensstrafbarkeit gem. Art. 102 StGB, der in seiner geltenden Fassung am 1. Oktober 2003 in Kraft trat, grob skizziert werden, um im folgenden Fallbeispiel sowohl die Bedeutung des Verhaltens des einzelnen Bankmitarbeiters als auch des Verhaltens der Bank selbst für das Strafrechtsrisiko der Bank analysieren zu können.¹⁴

Gem. Art. 102 Abs. 1 StGB wird (unter dem Titel: «Verantwortlichkeit des Unternehmens», unter der Überschrift «Strafbarkeit») ein Verbrechen oder Vergehen einem Unternehmen dann zugerechnet, wenn dieses in dem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks (Unternehmensbezug) begangen wird und wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Art. 260^{ter} (Kriminelle Organisation), 260^{quinquies} (Finanzierung des Terrorismus), 305^{bis} (Geldwäscherei), 322^{ter} (Bestechung schweizerischer Amtsträger), 322^{quinquies} (Vorteilsgewährung) oder 322^{septies} Abs. 1 (Bestechung fremder Amtsträger) oder um eine Straftat nach Art. 4a Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (Bestechen), so wird das Unternehmen gem. Art. 102 Abs. 2 StGB unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

Art. 102 StGB sieht somit – für unterschiedliche Deliktsbereiche – zwei höchst unterschiedliche, systematisch zusammenhanglose Unternehmensstrafbarkeitsfälle vor: Das – generelle – subsidiäre Modell gründend auf einem personalen (sog. «unechten») Organisationsdefizit (Abs. 1) steht neben dem – lediglich für bestimmte Delikte zur Anwendung kommenden –

¹³ So aber NIGGLI, BSK StGB, Art. 158 N. 121 m.w.N.; ARZT, recht 2004, S. 222 f.

¹⁴ Zu Art. 7 VStrR siehe unten V. 1. b) bb).

konkurrierenden (originären) Modell basierend auf einem tatbezogenen (sog. «echten») Organisationsversagen (Abs. 2).

Sowohl ungetreue Geschäftsbesorgung gem. Art. 158 StGB als auch passive Privatbestechung gem. Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG fallen – mangels Aufzählung in Abs. 2 – in den Anwendungsbereich des Art. 102 Abs. 1 StGB. Dies gilt stets mit der Einschränkung, dass konkrete Fallkonstellationen, in denen das Unternehmen als (aus Sicht der durch den Tatbestand geschützten Rechtsgüter: alleiniges) Opfer der Tat erscheint, vom Anwendungsbereich des Unternehmensstrafrechts schon von vornherein ausgenommen sind, da schliesslich das Unternehmen als «Täter» und nicht als «Opfer» bestraft werden soll. Die Anwendbarkeit des Art. 102 StGB steht und fällt daher mit der Beurteilung der Täter- bzw. Opferrolle des Unternehmens.

Gerade am Beispiel der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Kontext der Entgegennahme von Bestandespflegekommissionen lässt sich anschaulich aufzeigen, dass die Zuordnung dieser Rollen nicht immer einfach vorzunehmen ist.

Beim Delikt der passiven Privatbestechung stösst man auf ein zusätzliches Problem. Der Schweizer Strafgesetzgeber hat soeben einmal mehr bekräftigt, dass er aus Gründen, die in der «Systematik und der grundsätzlichen Konzeption der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens» liegen, trotz immerhin bescheinigter «möglicher» präventiver Wirkung, eine Ausdehnung der kumulativen Unternehmensstrafbarkeit gem. Art. 102 Abs. 2 StGB auf die passive Bestechung ablehnt: «Die passive Bestechung» schade – im Gegensatz zur aktiven Bestechung – «in der Regel dem Unternehmen, in dem sie stattfindet. Das strafbare Verhalten der bestochenen Person verletzt deren rechtliche Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen. [...] So gesehen wäre es widersprüchlich, das bereits geschädigte Unternehmen auch noch zu bestrafen.»¹⁵

¹⁵ Botschaft über das Korruptionsstrafrecht 2014, S. 17. Immerhin scheint auch nach dieser Auffassung zumindest der Abs. 1 des Art. 102 StGB anwendbar zu sein, wenn gleich dies nicht explizit festgestellt wird. Die Straflosigkeit nach Abs. 2 schadet zumindest insoweit nicht, als es ohnehin das Unternehmen des Bestochenen qua vertraglicher Genehmigungsmöglichkeit in der Hand hat, über die Strafbarkeit (Tatbestandsmässigkeit) der Anlasstat zu bestimmen; dies gilt allerdings auch im Rahmen des Abs. 1. Insofern zeigt sich einmal mehr, dass – wenn es die Genehmigungsmöglichkeit nun schon einmal gibt – die Genehmigung zumindest vorgängig zu erfolgen hat, wenn sie strafbefreiende Wirkung entfalten soll; siehe dazu im Übrigen unten V. 1. b) aa).

Dagegen ist – und dies spricht zum einen für die Anwendbarkeit des Art. 102 Abs. 1 StGB *de lege lata* und stützt zum anderen die dringliche Forderung nach Einbeziehung auch der passiven Bestechung in Art. 102 Abs. 2 StGB – einmal mehr einzuwenden, dass nicht das Unternehmen (des bestochenen treuepflichtverletzenden Mitarbeiters) allein Rechtsgutsträger des Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG ist, sondern durch den Tatbestand darüber hinaus andere Personen, konkret die Mitbewerber, geschützt werden sollen. Das Unternehmen ist nach geltender Rechtslage daher jedenfalls nicht alleiniges Opfer der Tat.¹⁶ Selbst wenn im Sinne des seit kurzem vorliegenden Entwurfs des Bundesrates zum Korruptionsstrafrecht Art. 4a UWG begrüssenswerter Weise vom Rechtsgut des fairen Wettbewerbs abgekoppelt, als Art. 322^{octies} und 322^{novies} in das StGB überführt und als von Amts wegen zu verfolgendes Delikt ausgestaltet wird,¹⁷ so gilt nichts anderes, wie auch aus der systematischen Einordnung der Privatbestechung in den Bereich des Schutzes der Allgemeinrechtsgüter zu entnehmen ist. Die Botschaft selbst äussert sich – wenngleich unter Betonung der Opfereigenschaft (auch) des Unternehmens – entsprechend:

«Geschützt werden weiterhin hauptsächlich die Rechtsgüter der Treuepflicht der Arbeitnehmer [...] bzw. das Interesse des Arbeitgebers [...] an der lauterer und sachgemässen Erfüllung der anvertrauten Aufgaben sowie das *öffentliche Interesse an einem freien Markt*. Dieses ist weiter gefasst als die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Unter bestimmten Umständen können die *Interessen von Dritten* auch direkt betroffen sein.»¹⁸

Im vorliegenden nachfolgend zu analysierenden Sachverhalt¹⁹ kommt im Übrigen hinzu, dass das strafrechtlich zu beurteilende Unternehmen (die Bank B) tatsächlich überhaupt nicht Opfer der von ihrem Mitarbeiter X begangenen passiven Privatbestechung ist, was eine Sonderkonstellation darstellt.

Als Unternehmen gelten nach Art. 102 Abs. 4: juristische Personen des Privatrechts (lit. a), juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Aus-

¹⁶ Nach hier vertretener Auffassung auch nicht vorrangiges Opfer; siehe auch unten V. 1. b) aa).

¹⁷ Zu bedauern ist lediglich, dass die Strafdrohung nicht einmal für einen neu zu schaffenden Qualifikationstatbestand der schweren Fälle angehoben wurde, sodass Privatbestechung weiterhin keine geldwäschereitaugliche Vortat bildet.

¹⁸ Botschaft über das Korruptionsstrafrecht 2014, S. 2, 11 f., 18 f., insbes. 19. Hervorhebung von der Verfasserin.

¹⁹ Siehe unten V. 1. b) bb).

nahme der Gebietskörperschaften (lit. b), Gesellschaften (lit. c) und Einzel-firmen (lit. d; sic!).

Als Sanktion sieht Art. 102 StGB eine Busse bis zu 5 Mio. Franken gegen das Unternehmen vor. Bei der Busse handelt es sich nach dem Willen des Gesetzgebers um eine kriminalrechtliche Strafe, die aufgrund des gegenüber dem Unternehmen erhobenen Vorwurfs eines (personalen oder tatbezogenen) Organisationsversagens aus Anlass der Tat einer natürlichen Person ausgesprochen wird. Die Gesetzesmaterialien sprechen explizit von Organisationsverschulden bzw. einer Schuld sui generis des Unternehmens, betonen jedoch zugleich, dass die Busse nicht direkt, sondern lediglich mittelbar auf Grundlage der Unternehmensschuld bemessen werde.²⁰ Wesentliche Masskriterien sind die Schwere der Tat und des Schadens sowie die Schwere des Organisationsmangels; die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens ist zu berücksichtigen. Die Busse wird nicht nach einem Tagessatzsystem berechnet. Explizit kann sie im Übrigen nicht (teil)bedingt nachgesehen werden.

Voraussetzung für die Unternehmensstrafbarkeit ist – neben dem Unternehmensbezug und dem echten oder unechten Organisationsverschulden – stets die Begehung einer objektiv und subjektiv²¹ tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Anlasstat durch eine dem Unternehmen zuzurechnende natürliche Person. Die Anlasstat kann in einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Tun oder Unterlassen bestehen, versucht oder vollendet sowie in Täterschaft oder blosser Teilnahme²² begangen worden sein. Die Strafbarkeit des Unternehmens ist daher vom Ergebnis der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit der Tat des Individualtäters abhängig.

²⁰ BBl 1999, S. 2144.

²¹ Ob für die Erfüllung der subjektiven Tatseite eine kollektive Vorsatzbegründung ausreichend ist, ist str. (siehe dazu – unter Berücksichtigung des erstinstanzlichen Urteils im PostFinance-Fall – HILF, in: Geldwäscherei, S. 175 ff.)

²² Gegen eine blosser «Gehilfenschaftsprävention» demgegenüber: ARZT, in: Finanzmarkt, S. 53.

V. Einzelprobleme – am Beispiel der Bestandespflegekommissionen

Die Täter- oder Opferrolle der Bank soll im Folgenden anhand eines aktuellen Fallbeispiels aus dem Bereich der Retrozessionen bzw. Bestandespflegekommissionen veranschaulicht werden. Dabei wird aus der Perspektive der Bank das Zusammenspiel von Individual- und Unternehmensverantwortlichkeit aufgezeigt.

Ausgangspunkt für die folgende Analyse ist ein Fallbeispiel, das in seinen Grundzügen einem Sachverhalt entspricht, den die strafrechtliche Abteilung des BGer im Jahr 2011 zu beurteilen hatte, wobei hier für die vorliegenden Zwecke zwei verschiedene Szenarien gebildet werden.²³ Es geht dabei nicht um den Standard- oder Normalfall von Retrozessionen, die einem unabhängigen Vermögensverwalter von einem Produkthanbieter (allenfalls einer Bank) für den Vertrieb der Produkte aus den vom Kunden zu entrichtenden Verwaltungsgebühren geleistet werden, sondern um das aus Bankensicht komplexere Beispiel der Bestandespflegekommissionen, in dem die Bank als Vermögensverwalter von Kunden sowie als Vertriebsstelle von Produkthanbietern agiert.

Sachverhalt: Gestützt auf einen Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Bank B (juristische Person) und dem Kunden K verwaltet die Bank einerseits gegen Entgelt dessen Wertschriftenvermögen, wobei sie das Kundenvermögen zu einem grossen Teil in Anlagefonds und strukturierte Produkte anlegt. Andererseits vertreibt die Bank Fondsanteile des konzerneigenen Produkthanbieters PA, in welche sie Teile von Ks Vermögen investiert. Für den Fondsvertrieb²⁴ erhält die Bank Bestandespflegekommissionen, also einen Anteil der dem Fondsvermögen belasteten Verwaltungskommission (Management-Fee), die periodisch von der Fondsleitung erhoben wird. Der in der Bank B als (zu zweien) kollektivzeichnungsberechtigter Direktor angestellte X ist konkret für die Verwaltung des Vermögens des Kunden K

²³ Urteil des BGer 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011. Der Umstand, dass dieses Urteil zeitlich vor dem sog. Retro III-Entscheid der I. zivilrechtlichen Abteilung des BGer (BGE 138 III 755 vom 30. Oktober 2012) erging und im Nachhinein vom Retro III-Entscheid als «kein Grundsatzurteil bezüglich des Herausgabeanspruchs gem. Art. 400 Abs. 1 OR» bezeichnet wurde, spielt für den Sachverhalt an sich keine Rolle, wird aber bei der (straf)rechtlichen Würdigung zu berücksichtigen sein.

²⁴ Für das Halten der Fonds in den Anlageportefeuilles der Kunden, nicht für eine Transaktion (vgl. FINMA-Mitteilung 41 [2012]).

zuständig. Die Fondsanteile werden über die Zweigniederlassung Z der Bank B vertrieben. Die im Zuge dieser Vermögensverwaltungstätigkeit fällig werdenden Vergütungen (Bestandspflegekommissionen) werden von PA an die Z überwiesen.

Szenario 1: Diese im Zuge der durch X ausgeübten Vermögensverwaltungstätigkeit eingenommenen Bestandspflegekommissionen legt X dem K weder offen noch leitet er diese an K weiter, sondern behält sie für die Bank B ein, indem er über diese an die B Rechenschaft ablegt und an B herausgibt.

Szenario 2: Diese im Zuge der Vermögensverwaltungstätigkeit eingenommenen Bestandspflegekommissionen legt X dem K weder offen noch leitet er sie an K weiter, manövriert sie überdies an der Bank B vorbei und behält sie für sich selbst ein, indem er diese zur eigenen Bereicherung auf ein Offshore-Konto überweisen lässt, dessen wirtschaftlich Berechtigter er ist. Die für die Überweisung zuständigen Bankmitarbeiter der Z gehen davon aus, dass es sich bei dem angegebenen Offshore-Konto um ein Endkundenkonto handelt. Szenario 2 entspricht im Wesentlichen jenem Sachverhalt, den das BGer – vor Retro III – zu beurteilen hatte.

Bei der (individual- und unternehmens-)strafrechtlichen Beurteilung der beiden Sachverhaltsvarianten ist es jeweils von entscheidender Bedeutung, wer als Geschädigter (bzw. nach hier gewählter Terminologie als Opfer) zu betrachten ist. Zu prüfen ist überdies die Relevanz der subjektiven (rechtlichen) Annahmen der handelnden bzw. unterlassenden Beteiligten. In dem von der Rsp. zu beurteilenden Szenario 2 wurden durch die Instanzen hindurch unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Zuweisung der Opferrolle – konkret also an B oder K – vertreten, auf die in der folgenden Analyse jeweils zurückzukommen sein wird. Die folgende strafrechtliche Würdigung des Sachverhalts nimmt keinen Bezug auf die im Rahmen des tatsächlich durchgeführten Strafverfahrens gewonnenen konkreten Beweisergebnisse, sondern bemüht sich einzig und allein um eine auf dem erst später ergangenen Retro III-Entscheid basierende grundlegende Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von X und B.

In beiden Szenarien stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der Straftatbestände der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), Bestechung im privaten Sektor (Art. 4a i.V.m. 23 UWG) sowie Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB). Veruntreuung (Art. 138 StGB) scheidet bereits am mangelnden Anvertrautsein der Vergütungen (Bestandspflegekommissionen), weil diese vom Produkthanbieter für die Bank und nicht für den Geschäftsherrn, also den Kunden, gegeben werden, d.h. B empfängt die Vergütungen

(via X) für sich selbst. Dies gilt unabhängig von der bestehenden zivilrechtlichen Herausgabepflicht gegenüber den Kunden.²⁵ Eine allfällige Betrugsstrafbarkeit soll hier nicht näher thematisiert werden.²⁶

1. Szenario 1

a) Ungetreue Geschäftsbesorgung

aa) Individualstrafbarkeit

Das Vergehen der ungetreuen Geschäftsbesorgung begeht gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird (Treubruchstatbestand). Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so verwirklicht er den qualifizierten Tatbestand gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, der ein Verbrechen darstellt. Der Straftatbestand will somit fremdes Vermögen vor vertrauensmissbrauchenden Angriffen durch den Schutzgaranten bewahren.

Für die strafrechtliche Beurteilung des Sachverhalts stellen sich folgende entscheidende Fragen: Wer kommt als Täter dieses Sonderdelikts in Betracht und kommt im konkreten Fall X diese Sonderdeliktstätereigenschaft zu? Ist in der Handlung des X ein treuepflichtwidriges Verhalten in der von Art. 158 StGB geforderten Art zu erblicken? Wird dadurch ein Vermögensschaden bewirkt? Wer ist Geschädigter der Verhaltensweise des X? Wird (auch) die Bank B gem. Art. 102 StGB zu bestrafen sein?

In gewisser Hinsicht sind die erste und die letzte Frage miteinander verknüpft. Das zu verwaltende Vermögen, um das es in diesem Fall geht, ist jenes des Kunden K. Der Vermögensverwaltungsvertrag besteht zwischen K

²⁵ So EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 104 f. m.N. aus der Rsp.; ENGLER, ST 3/10, S. 138 f.; a.A. SCHWOB, ZStrR 2012, S. 130; vgl. grundsätzlich NIGGLI, BSK StGB, Art. 138 N. 46 ff., N. 49, der im Kontext von Provisionen, Schmier- und Korruptionszahlungen sowie Kickbacks/Retrozessionen allerdings feststellt, dass «diese Vorteile regelmässig vom Dritten dem Geschäftsherrn (dem Vertretenen) zugedacht sein» werden, ausser es handle sich lediglich um ein internes Vertretungsverhältnis (BSK StGB, Art. 158 N. 119).

²⁶ Siehe hierzu EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 105 ff.; SCHUBARTH, in: Anlagerecht, S. 171; ENGLER, ST 3/10, S. 139.

und der Bank B. Aus diesem entspringt die Vermögensfürsorgepflicht von B gegenüber K. B muss als juristische Person strukturbedingt mittels natürlicher Personen agieren. Ausführender, d.h. die Vermögensverwaltungsaufgaben erfüllender, Repräsentant der B ist X. Die strafrechtliche Abteilung des BGer sagt nun (aber), «diese Vermögensverwaltungsaufgabe» bestehe gegenüber der Bank und nicht unmittelbar gegenüber den Endkunden der Bank; X verwalte «die Gelder als Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB nämlich nicht als externer Vermögensverwalter, sondern im Rahmen seiner (leitenden) Anstellung als [...] Direktor» der Bank.²⁷ Dem ist jedoch nicht so, da das hier interessierende zu verwaltende Vermögen das Kundenvermögen ist.²⁸ In der Tat ist X allerdings nicht Vertragspartner des Vermögensverwaltungsvertrages mit K. X kann daher mangels Sonderpflichtenstellung den Tatbestand des Art. 158 StGB gegenüber K nicht begehen. Die Bank B kann wiederum – trotz der Existenz des Art. 102 StGB, wonach Unternehmen bestraft werden können – den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nicht als solche begehen, da sich Straftatbestände nach wie vor an Menschen richten und daher konsequentermassen Art. 102 StGB die Strafbarkeit der Bank von der Zurechenbarkeit der von einer unternehmenszugehörigen Person (hier X) begangenen Anlasstat abhängig macht. Wäre dies nun bereits das Ergebnis, so würde wohl kaum jemand bezweifeln, dass wir es hier mit einer vom Gesetzgeber schleunigst zu schliessenden Strafbarkeitslücke zu tun hätten. Für solche Fälle hält jedoch das StGB Art. 29 vor. Demnach wird eine besondere Pflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit begründet und die nur der juristischen Person, der Gesellschaft oder der Einzelfirma obliegt, einer natürlichen Person zugerechnet, wenn diese z.B. als Organ(mitglied), als Gesellschafter, als Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen in seinem Tätigkeitsbereich oder als tatsächlicher Leiter handelt. Durch diese Pflichtenzurechnung wird X im konkreten Fall als Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen im Bereich der Kundenvermögensverwaltung zum tauglichen Täter gegenüber K, da ihm die von B zu erfüllende Vermögensfürsorgepflicht obliegt. Dies schliesst keineswegs aus, dass X als Direktor der Bank B zugleich Geschäftsführer i.S.d. Art. 158 StGB mit Vermögensfürsorgepflichten gegenüber B ist, die er ebenfalls missbrauchen kann. Dies ist vorliegend jedoch nicht von Relevanz. Sollten die übrigen objektiven und subjektiven Tatbestandselemente erfüllt

²⁷ BGer 13. Januar 2011, 6B_223/2010, E. 3.4.2.

²⁸ Vgl. auch EMMENEGGER et al., SZW 2011, S. 375.

sein, wird Xs rechtswidrige Anlasstat über Art. 102 Abs. 1 StGB wiederum der Bank B (zurück) zugerechnet.

Zu prüfen bleiben also insbesondere das Vorliegen einer Treuepflichtwidrigkeit und eines Schadens sowie die Frage nach dem konkreten Geschädigten: Liegt in der Nichtoffenlegung bzw. Nichtherausgabe der Bestandespflegekommissionen eine Pflichtverletzung i.S.d. Art. 158 StGB gegenüber K, wodurch K am Vermögen geschädigt wird?

Gemäss dem sog. Retro III-Urteil des BGer²⁹ gelten die von der Rsp.³⁰ entwickelten Grundsätze zu den Offenlegungs- und Herausgabepflichten von Retrozessionen gem. Art. 400 Abs. 1 OR auch für Kundenvermögen verwaltende Banken, wenn sie für den Kunden (konzernfremde oder konzern-eigene) Anlagefonds und strukturierte Produkte erwerben und hierbei Bestandespflegekommissionen erhalten. Wenn die Bestandespflegekommissionen der Bank nur zugeflossen sind, weil es B (vertreten durch X) im Rahmen ihres Vermögensverwaltungsauftrages möglich war, selbstständige Anlageentscheide zu fällen, so besteht ein innerer Zusammenhang zwischen den Vergütungen und der Auftragsausführung, wodurch die Herausgabepflicht begründet wird. Bestandespflegekommissionen «gehören dem Kunden», sofern der genannte innere Zusammenhang besteht.³¹ Für die Herausgabepflicht, die nicht losgelöst vom konkreten Vertragsverhältnis beurteilt werden kann, ist massgebend bzw. sogar hinreichend,³² dass die an die beauftragte Bank gezahlten Bestandespflegekommissionen die Besorgnis begründen, die Bank könnte möglicherweise die Interessen des Kunden nicht ausreichend wahrnehmen. Abgestellt wird also auf eine bloss «abstrakt-generelle Möglichkeit eines Interessenkonflikts».³³ Dieser Interessenkonflikt verschärft sich in der Regel bei konzernerneigenen Produkten. Im vorliegenden Fall trifft daher die B eine Pflicht zur Offenlegung und Herausgabe der

²⁹ BGE 138 III 755; siehe auch EMMENEGGER et al., SZW 2013, S. 310; FINMA Mitteilung 41 (2012) vom 26. November 2012, S. 3.

³⁰ BGE 132 III 460 (Retro I) und BGE 137 III 393 (Retro II).

³¹ FINMA-Mitteilung 41 (2012), S. 4. Eben diese Mitteilung hält im Übrigen fest, dass sich das BGer nicht vertieft mit der Frage auseinandersetze, ob ein Entgelt, das einen Vertriebsträger konkret für seinen Vertriebsaufwand entschädige, von der Herausgabepflicht ausgenommen sei.

³² So auch FINMA-Mitteilung 41 (2012) vom 26. November 2012, S. 4.

³³ HABERBECK, Jusletter 4. November 2013.

Vergütungen an K.³⁴ (Auch) diese Pflicht ist von X im Rahmen seiner Tätigkeit wahrzunehmen.

Fraglich bleibt allein, ob diese zivilrechtliche Pflichtverletzung eine Treuepflichtwidrigkeit i.S.d. Art. 158 StGB darstellt, die in weiterer Folge zur Schädigung des Vermögens von K führt. Das BGer erblickt in st.Rsp.³⁵ «in der Verletzung der vertraglich vereinbarten Herausgabepflicht angenommener Gelder allein noch keine strafwürdige ungetreue Geschäftsbesorgung». Der «Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 StGB» ist nach dem BGer «nur erfüllt, wenn der Empfänger» – vorliegend X – «durch die Zahlung von Provisionen oder Schmiergeldern zu einem Verhalten verleitet wird, das sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn» – vorliegend K – «richtet und sich daher schädigend auswirkt. [...] Mit anderen Worten wird die Schwelle zur Strafbarkeit erst erreicht, wenn» X «durch die Zahlung dazu verleitet wurde, nachteilige Verwaltungsentscheide zu treffen, die» bei K «zu einem Schaden geführt haben.»³⁶ Dies bedeutet, dass die reine Annahme und Nichtweiterleitung der Vergütungen laut BGer keine ungetreue Geschäftsbesorgung darstellt, sei es weil es an der strafrechtlichen Pflichtwidrigkeit oder zumindest an der Schädigung fehlt; letzteres wird vom BGer nicht explizit unterschieden, es ist stets nur vom «Tatbestand» der ungetreuen Geschäftsbesorgung insgesamt die Rede.³⁷ Jedenfalls bedarf es nach

³⁴ A.A. – vor Retro III – BGer vom 13. Januar 2011, 6B_223/2010, E. 3.4.4. (arbeitsvertragliche Pflicht des X, alle derartigen Zahlungen der B zuzuführen).

³⁵ BGer 13. Januar 2011, 6B_223/2010, E. 3.4.3. (im konkreten – vor Retro III ergangenen – Entscheid ging das BGer davon aus, dass die Bestandespflegekommissionen der Bank zustünden, dies ändert jedoch nichts an der hier relevanten auch in diesem Entscheid wiederum bestätigten Grundaussage zu den Erfordernissen für die Erfüllung des Tatbestands der ungetreuen Geschäftsbesorgung); BGE 129 IV 124 E. 4.1.; weitere Nachweise aus der Rsp. bei EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 98 Fn. 118, die sich der bundesgerichtlichen Rsp. anschliesst.

³⁶ BGer 13. Januar 2011, 6B_223/2010, E. 3.4.3.

³⁷ Zwar spricht das BGer in BGE 129 IV 124 E. 4.1. davon, dass in der Nichtablieferung der Vergütung eine Verletzung der «Treuepflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin» bestehe, doch lässt sich daraus nicht zwingend schliessen, ob in dieser «Vertragsverletzung» eine «strafrechtliche» (dazu siehe im Übrigen sogleich unten) Treuepflichtverletzung, wie dies i.d.R. die kantonalen Instanzen annehmen, zu erblicken ist. EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 98 f., interpretiert die Auffassung des BGer denn auch dahingehend, dass eben «der Verstoss gegen die zivilrechtliche Herausgabepflicht» nicht genüge, «um die strafrechtliche Pflichtverletzung zu bejahen» (so übrigens auch ENGLER, ST 3/10, S. 138). Eine solche liege erst vor, «wenn der Geschäftsführer darüber hinaus seine Verfügungsmacht missbraucht, indem er sich durch die

dem BGer für die Erfüllung des Art. 158 StGB eines über (jenen durch) die Annahme und Nichtweiterleitung der Vergütungen (entstandenen) hinausgehenden Schadens.³⁸

Diese Auffassung wird von einem Teil des Schrifttums schon seit Längerem kritisiert bzw. erfährt sie – mittlerweile verstärkt gerade im Retrozessions-Kontext – eine differenzierte Betrachtung.³⁹

Dazu ist Folgendes festzustellen: Zunächst ist – auch wenn der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung insgesamt freilich nur bestimmte schädigende Pflichtverletzungen unter Strafe stellt – zwischen dem Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung und dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens, der kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführen sein muss, zu unterscheiden. Die vom Tatbestand geforderte Schädigung des Geschäftsherrn wird formuliert als Vermögensschaden, dessen Eintritt

Zuwendung in seiner Geschäftsführung ungebührlich beeinflussen lässt. Ungebührlich ist die Einflussnahme dann, wenn sie eine Verletzung der Vermögensinteressen des Geschäftsherrn bewirkt. Die Vermögensinteressen sind namentlich dann verletzt, wenn der Geschäftsabschluss nicht zu den bestmöglichen Konditionen erfolgt.» Dem steht jedoch folgende Überlegung entgegen: Bedürfte es für die Annahme der «strafrechtlichen» Pflichtverletzung tatsächlich des Zusatzerfordernisses der Schädigung, so würde dies bedeuten, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens seine eigenständige Bedeutung verlöre.

³⁸ Vgl. auch EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 96 ff. VEST, in: Wirtschaftsstrafrecht, N. 334, der in weiterer Folge jedoch im Lichte der zivilrechtlichen Rsp. Danach differenziert, ob im Herausgabeanspruch eine vertragliche Haupt- oder lediglich eine Nebenpflicht zu erblicken ist. Im letzteren Fall sei eine «(zusätzliche) Interessenverletzung» zu fordern und insoweit BGE 129 IV 124 zu folgen. Bei Verletzung der Herausgabepflicht als Hauptpflicht liege ein Treuebruch vor (N. 335). Vgl. auch BGH (BGHSt 47, S. 295; NStZ 2001, S. 545; NStZ 1998, S. 91); siehe hierzu jedoch DIERLAMM, MüKo zum StGB, 2. Aufl. (2014), § 266 N. 272: Bei der Herausgabepflicht handle es sich um eine blosser Schuldnerpflicht, die nicht über die Untreue strafbewehrt sei. Sei ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht feststellbar, komme eine Pflichtverletzung i.S.d. Untreue nur, aber immerhin, in Betracht, «wenn der Zuwendende bereit war, seine Leistung auch zu einem um die Kick-Back-Zahlung reduzierten Entgelt zu erbringen». Im Falle der Retrozessionen bzw. Bestandespflegekommissionen hat aber doch K jedenfalls um die Höhe des Betrages der Vergütungen zu viel bezahlt, wenn er diese nicht (zurück) erhält bzw. hätte sein Vermögen wiederum durch Zufluss (Herausgabe) dieses Betrages erhöht werden müssen, sodass jedenfalls ein Missverhältnis gegeben ist. Es stellt sich freilich gerade aufgrund der Herausgabepflicht die Frage nach dem Sinn von Retrozessionen.

³⁹ Siehe nur NIGGLI, BSK StGB, Art. 158 N. 120 m.w.N.; SCHUBARTH, in: Anlagerecht, S. 170; ENGLER, ST 3/10, S. 138; SCHWOB, ZStrR 2012, S. 134.

durch die Treuepflichtwidrigkeit «bewirkt oder zugelassen» wird. Das tatbestandsmässige Verhalten ist damit denkbar weit umschrieben. Die Pflichtverletzung muss eigenständig, d.h. unabhängig von der – dadurch erst in weiterer Folge bewirkten oder zugelassenen – Vermögensschädigung definiert werden, was nicht ausschliesst, dass im Einzelfall die Pflichtverletzung per se die schädigende Verhaltensweise darstellt und somit unmittelbar vermögensschädigend wirkt. Dies ist aber eben nicht notwendige Voraussetzung.

Was nun die geforderte Qualität der Pflichtverletzung gem. Art. 158 StGB betrifft, so ist von einer Zivilrechtsakzessorietät dergestalt auszugehen, dass jede zivilrechtliche Vermögensfürsorgepflichtverletzung hinreichend ist. Die Frage kann daher nicht lauten, wann stellt eine zivilrechtliche Pflichtverletzung eine «strafrechtliche» Pflichtverletzung dar, sondern nur: Stellt eine (jedenfalls ausserstrafrechtliche) Pflicht, die im Einzelfall verletzt wurde, (überhaupt) eine Vermögensfürsorgepflicht dar, d.h. eine rechtliche Schutzgarantenpflicht gegenüber dem Vermögen eines anderen.⁴⁰ Dies ist aber (gerade) keine genuin strafrechtliche Frage. Der Strafrechtsbezug beginnt erst damit, dass der Straftatbestand des Art. 158 StGB auf solche (ausserstrafrechtliche) Vermögensfürsorgepflichten abstellt und darüber hinaus den kausal damit verknüpften Eintritt eines Schadens fordert. Auch insofern erfährt die Pflichtdefinition keine Einschränkung im eigentlichen Sinn als Vermögensfürsorgepflichten von vornherein nur solche sind, bei deren Nichteinhaltung das Risiko einer Vermögensschädigung gegeben ist. Die Vermögensschädigung ist aber gerade nicht notwendiger Teilaspekt der Pflichtdefinition selbst. Die – auch die «strafrechtliche» – Pflichtverletzung liegt bereits unabhängig von einer Schädigung vor bzw. kann sie unabhängig davon vorliegen. (Zivilrechtliche) Herausgabepflichten von Vermögensverwaltern dienen (unmittelbar) dem Schutz des Vermögens des anderen, was sie als Teil einer umfassenden Vermögensfürsorgepflicht erscheinen lässt, was sie wiederum entgegen der st. Rsp. des BGer zu Pflichten i.S.d. Art. 158 StGB macht. Nach dem BGer lässt sich die «Herausgabepflicht» gem. Art. 400 Abs. 1 OR «als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Sie garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte

⁴⁰ Also eine spezifische Treuepflicht. «Gewöhnliche Schuldpflichten genügen nicht» (VEST, in: Wirtschaftsstrafrecht, N. 327).

könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen».⁴¹ Die Herausgabepflicht schützt (auf dieser Basis) zugleich unmittelbar die Vermögensinteressen des Kunden, nämlich am Erhalt der Vergütungen selbst. Gerade mit der Herausgabepflichtverletzung ist im Übrigen eine (tatbestandsrelevante) Vermögensschädigung untrennbar verbunden. Aus welchem Grund diese nicht ausreichen sollte, leuchtet nicht ein.⁴²

Teils als Gegenmeinung, teils aber gerade um einen Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rsp., wonach der Verstoss gegen die Herausgabepflicht allein nicht genüge, zu vermeiden, wird sowohl im Schrifttum⁴³ als auch in der Rsp.⁴⁴ (zum sog. «Retrozessions-Normalfall»⁴⁵) nicht die Verletzung der Herausgabepflicht, sondern vielmehr (schon bzw. allein) die Verletzung der Abrechnungspflicht (Rechenschaftspflicht) zur Begründung der tatbestandsmässigen Pflichtwidrigkeit herangezogen. Pflichtwidrig soll demnach bereits die Nichtoffenlegung (der Entgegennahme) sein. Während SCHUBARTH⁴⁶ allein auf die Verletzung der Abrechnungspflicht abstellt (entscheidend sei unter dem Gesichtspunkt der tatbestandsmässigen Pflichtverletzung nicht die Nichtablieferung bzw. das Vorenthalten der Retrozessionen, sondern die Verletzung der Abrechnungspflicht) und konsequent feststellt, dass daher bei Einhaltung der Offenlegungspflicht unter Missachtung allein der Ablieferungspflicht (und damit der Herausgabepflicht) keine ungetreue Geschäftsbesorgung vorliege (sic!), formulieren ENGLER sowie das Obergericht des Kantons Bern zwar bezüglich der Konsequenzen zurückhaltender, stellen aber – ebenso wie SCHUBARTH – dennoch klar, dass die bundesgerichtliche Rsp. zu den (zusätzlichen) Erfordernissen der Herausgabepflichtverletzung auf die Abrechnungspflichtverletzung nicht übertragbar sei.⁴⁷ Nach ENGLER liegt die «eigentliche» Pflichtverletzung «nicht in der unterlassenen Herausgabe, sondern in der Verletzung der Ab-

⁴¹ BGE 138 III 755 E. 5.3.

⁴² In diesem Sinne schon NIGGLI, BSK StGB, Art. 158 N. 120 (siehe dazu sogleich unten).

⁴³ SCHUBARTH, in: Anlagerecht, S. 170; ENGLER, ST 3/10, S. 138.

⁴⁴ OGer des Kantons Bern vom 4. Juli 2013, SK 2012, S. 218.

⁴⁵ EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 96.

⁴⁶ SCHUBARTH, in: Anlagerecht, S. 170; siehe auch VEST, in: Wirtschaftsstrafrecht, Fn. 506.

⁴⁷ A.A. (nämlich für eine – insofern konsequentere – Gleichbehandlung hinsichtlich der Voraussetzungen für die strafrechtliche Relevanz der Herausgabe- und Abrechnungspflichtverletzung) EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 99 und Fn. 133, unter Berufung auf die ultima ratio-Funktion des Strafrechts.

rechnungspflicht».⁴⁸ Der Vermögensverwalter informiere den Kunden nicht über ihm zustehende Retrozessionen, in der Absicht, diese Zahlungen selbst einzubehalten.⁴⁹ Das OGer des Kantons Bern stellt fest, dass ungetreue Geschäftsbesorgung vorliegen kann, wenn neben der Herausgabepflicht zusätzlich die Aufklärungspflicht sowie die Rechnungslegungs- bzw. Abrechnungspflicht verletzt werden.⁵⁰ Das OGer führt zunächst (zwar) aus, die tatbestandsmässige (qualifizierte) Pflichtverletzung liege nicht in der Verletzung der Herausgabepflicht, sondern vielmehr in der Verletzung der Informations- und Abrechnungspflicht.⁵¹ Das BGer habe sich noch nicht dazu geäußert, «wie es sich mit dem Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung verhält, wenn ein unabhängiger Vermögensverwalter neben der Herausgabepflicht auch seine Informations- bzw. Abrechnungspflicht» verletze.⁵² Im Ergebnis bejaht das OGer das Vorliegen der ungetreuen Geschäftsbesorgung durch «das Entgegennehmen und unrechtmässige Einbehalten der Retrozessionen durch den Beschuldigten ohne entsprechende Aufklärung und Information seiner Kunden (betreffend ihren Anspruch sowie Erhalt und Höhe der Retrozessionen)», wobei es zusätzlich eine Verletzung der Herausgabepflicht annimmt (mit seinem Verhalten «verletzte der Beschuldigte nicht nur seine Herausgabepflicht, sondern zugleich die auftragsrechtlich essentiellen Aufklärungs-, Informations- und Abrechnungspflichten».⁵³

Und genau bzw. nur darauf kommt es letztlich an: Entgegen SCHUBARTH kann es nicht genügen, dass lediglich eine Offenlegungs- bzw. Aufklärungs-

⁴⁸ ENGLER, ST 3/10, S. 138. Deutlich wird dadurch im Übrigen zugleich, dass auch nach SCHUBARTH und ENGLER, die eine ungetreue Geschäftsbesorgung bei Verletzung der Abrechnungspflicht schliesslich bejahen, das Vorenthalten der Vergütungen – bzw. eigentlich das Nichtgeltendmachen des Herausgabeanspruchs (doch dazu siehe sogleich unten) – als tatbestandsmässiger Schaden betrachtet wird, es jedenfalls keines darüber hinausgehenden Nachteils bedarf.

⁴⁹ ENGLER beruft sich im Übrigen auf die Kriminalisierung der passiven Privatbestechung gem. Art. 4a i.V.m. 23 UWG (so schon NIGGLI, BSK StGB, Art. 158 N. 120; vgl. auch SCHWOB, ZStrR 2012, S. 134): Heute erscheine daher «auch die Entgegennahme von Retrozessionen ohne Kenntnis und Zustimmung des Kunden als ungetreue Geschäftsbesorgung». Dies ist allerdings wohl differenziert zu betrachten, siehe unten V. 1. b) aa).

⁵⁰ So in der Regeste.

⁵¹ OGer des Kantons Bern vom 4. Juli 2013, SK 2012, 218, S. 6 f.

⁵² OGer des Kantons Bern vom 4. Juli 2013, SK 2012, 218, S. 8.

⁵³ OGer des Kantons Bern vom 4. Juli 2013, SK 2012, 218, S. 9.

oder Informationspflicht verletzt worden ist. Es ist vielmehr stets erforderlich, dass (zusätzlich) die Herausgabepflicht⁵⁴ nicht erfüllt wurde (diese ist per se von hinreichender Vermögensschutzqualität),⁵⁵ weil es letztlich – im Schadenskontext – darauf ankommt, dass K die ihm zustehende Vergütung nicht erhält, was zwangsläufig die Verletzung (auch) der Herausgabepflicht voraussetzt. In der Nichtablieferung der zustehenden Vergütungen keinen tatbestandsrelevanten Schaden zu erblicken, ist nicht nachvollziehbar. Insofern steht die Bejahung der ungetreuen Geschäftsbesorgung letztlich wiederum im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Auch wenn nach SCHUBARTH und ENGLER die Abrechnungspflichtverletzung (i.d.R.) zu einem Vermögensschaden bei K führen soll, weil K mangels Offenlegung der Retrozessionen seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen könne,⁵⁶ so bleibt es doch dabei, dass dem K der Schaden schon durch das – trotz Herausgabepflicht vorgenommene – Vorenthalten, d.h. Nichtabliefern, der ihm zustehenden Vergütungen entstanden ist.

In diesem Sinne beruft sich schliesslich auch das OGer des Kantons Bern auf SCHWOB, wonach «sich eine Vorenthaltung von Informationen über Retrozessionen *und* eine Zuführung von Zahlungen, auf die der Kunde mangels Information nicht rechtsgültig verzichten konnte, zum Vermögen des uVV⁵⁷ durchaus schädigend auf das Vermögen des Kunden» auswirke, «ohne dass es darüber hinaus weiterer schädigender Handlungen des uVV bedürfte»⁵⁸ – oder eben des K selbst, indem er seinen Herausgabeanspruch nicht geltend macht.⁵⁹ Das heisst nichts anderes als dass der Schaden im (pflichtwidrigen) Vorenthalten der Vergütungen liegt. Darin liegt freilich ein unübersehbarer Widerspruch zur oben zitierten st. Rsp. des BGer und bestätigt vollumfänglich die im Schrifttum bereits geübte Kritik an der Auffassung des BGer, mit der auf den Punkt gebrachten Begründung von

⁵⁴ Auch die Verletzung der Herausgabepflicht allein (ohne Verletzung der Offenlegungspflicht) ist pflichtwidrig i.S.d. Art. 158 StGB (a.A. SCHUBARTH, in: Anlagerecht, S. 170).

⁵⁵ Siehe oben.

⁵⁶ Folgt man SCHUBARTH'S Auffassung, so liegt die Schädigung (also das pflichtwidrige Bewirken oder Zulassen des Schadenseintritts) nicht unmittelbar im Nichtabliefern bzw. Vorenthalten der Vergütungen selbst, sondern in der Verhinderung der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch K.

⁵⁷ uVV: unabhängiger Vermögensverwalter.

⁵⁸ SCHWOB, ZStrR 2012, S. 134. Hervorhebung von der Verfasserin. Was im Übrigen der Auffassung von NIGGLI entspricht (siehe sogleich unten).

⁵⁹ Anmerkung von der Verfasserin.

NIGGLI, dass nämlich ein «schädigungsfreies Vorenthalten»⁶⁰ – nun in den Worten der Verfasserin – denkunmöglich ist. Wie lässt sich erklären, dass in einer durch das Vorenthalten von zustehenden Vergütungen bewirkten Nichtvermehrung der Aktiven des K kein Vermögensschaden i.S.d. Art. 158 StGB liegen soll? Das BezGer Zürich (als Vorinstanz im vorliegenden Szenario 2) sah die strafrechtliche Pflichtwidrigkeit in der (arbeits)vertraglichen Pflichtverletzung sowie den Schaden im vorenthaltenen Betrag (allerdings gegenüber B). Auch das OGer des Kantons Zürich sah als Vorinstanz im ersten Rechtsgang den Schaden im vorenthaltenen Betrag, der dem K somit nicht als ihm zustehender Rabatt zugute kam.⁶¹

Das OGer des Kantons Bern⁶² stellt überdies zu Recht fest, dass die Rechenschaftspflicht des Beauftragten «die Grundlage und *Voraussetzung*⁶³ der Ablieferungs- und Herausgabepflicht» bilde. Nur der «informierte Auftraggeber» könne «Klarheit darüber gewinnen, ob der Beauftragte die Geschäfte vertragsgemäss und getreu besorgt hat, und – falls das zu verneinen wäre – Schadenersatz geltend machen». Die «Verletzung der Rechenschaftspflicht» an sich stellt nach dem OGer wiederum «eine unmittelbare und schwerwiegende Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht dar»; die Rechenschaftspflicht habe «im konkret vorliegenden Fall als wesentlicher Bestandteil der Vermögensfürsorgepflicht des unabhängigen Vermögensverwalters bzw. als Schutzpflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen zu gelten». Dies muss nach dem Gesagten umso mehr für die Herausgabepflicht als Teilaspekt der umfassenden Treuepflicht gelten. Im konkreten Fall stellte das OGer explizit fest, dass den unabhängigen Vermögensverwalter «eine umfassende Informations-, Rechenschafts- und Herausgabepflicht gegenüber seinen Auftraggebern» getroffen habe. Im konkreten Fall habe der Beschuldigte – wie bereits oben zitiert – «nicht nur seine Herausgabepflicht» verletzt. Das pflichtwidrige Verhalten habe sich unmittelbar schädigend auf das Vermögen des K ausgewirkt, da dem Vermögensverwalter «nicht nur die Pflicht zur Erhaltung des vorhandenen Kundenvermögens, sondern auch zu dessen Vermehrung» oblag. Mit seinem Verhalten habe er bewirkt, dass die Kunden «mangels Kenntnis ihres Anspruchs die ihnen

⁶⁰ NIGGLI, BSK StGB, Art. 158 N. 120.

⁶¹ Zur Pflichtwidrigkeit vertrat das OGer jedoch einen im Grundsätzlichen dem BGer folgenden Ansatz.

⁶² OGer des Kantons Bern vom 4. Juli 2013, SK 2012, 218, S. 7 f.

⁶³ Hervorhebung von der Verfasserin.

zustehenden Retrozessionen gar nicht erst geltend machen *bzw.* rechtsgültig darauf *verzichten* konnten. Es bedurfte somit keiner weiteren Handlung» des Vermögensverwalters, um die Kunden «am Vermögen zu schädigen. Sie erlitten unmittelbar einen Vermögensschaden im Umfang der durch den» Vermögensverwalter «empfangenen und zu Unrecht einbehaltenen Retrozessionen. [...] Zusammenfassend erfüllt das Entgegennehmen und unrechtmässige *Einbehalten*» daher – wie bereits oben zitiert – den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung.⁶⁴

Hinzu kommt, dass gerade im zitierten Entscheid das BGer selbst – entgegen den von ihm formulierten Erfordernissen – offensichtlich sehr wohl von der Erfüllung des Tatbestands der ungetreuen Geschäftsbesorgung ausging, andernfalls es den Freispruch durch die Vorinstanz nicht für bundesrechtswidrig hätte erklären können, was bedeutet, dass sowohl Treuepflichtverletzung als auch Schädigung als gegeben erachtet wurden, obwohl sich das zu beurteilende Verhalten im (arbeits)vertragswidrigen Vorenthalten der Bestandespflegekommissionen (allerdings gegenüber der B) erschöpfte.⁶⁵ Dasselbe trifft auf den in diesem Kontext stets zitierten Entscheid des BGer zu, in welchem festgestellt wurde, dass die fragliche Anlageentscheidung zu marktkonformen Konditionen erfolgt war und die Verletzung der Vermögensinteressen allein darauf gegründet wurde, dass der Geschäftsführer «den Abschluss des Geschäfts von dieser Zuwendung an ihn persönlich abhängig» gemacht und somit «seine privaten Interessen pflichtwidrig vor diejenigen seiner Arbeitgeberin» gestellt hatte.⁶⁶ Auch wenn wie EMMENEGGER⁶⁷ festgestellt – diesem Entscheid eine Sonderkonstellation zugrunde lag, so zeigt sich doch insgesamt, dass sich auch das BGer selbst im Ergebnis nicht strikt an die von ihm formulierten Erfordernisse hält. Im Übrigen sei –

⁶⁴ Hervorhebungen von der Verfasserin.

⁶⁵ BGer 13. Januar 2011, 6B_223/2010, E. 3.4.6.

⁶⁶ BGE 129 IV 124 E. 4.1.

⁶⁷ EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 99 ff. und Fn. 124, die sich der bundesgerichtlichen Rsp. anschliesst und in der blossen Zurückbehaltung von Retrozessionen keine ungetreue Geschäftsbesorgung erblickt, weil in der Verletzung der zivilrechtlichen Herausgabepflicht allein noch keine strafrechtliche Pflichtverletzung zu sehen sei (wenngleich die Rückbehaltung der Retrozessionen eine unterbliebene Vermögensvermehrung darstelle, S. 98). Für die Annahme einer strafrechtlichen Pflichtverletzung bedürfe es aber eben einer zusätzlichen unvorteilhaften Anlageentscheidung, die kausal und nachweisbar auf die Zahlung der Vergütung zurückzuführen ist, woran es in der Praxis oft scheitern werde.

in Kommentierung der weiteren bundesgerichtlichen Ausführungen – noch eines vermerkt: Ein Verwaltungsentscheid zugunsten bestimmter, allenfalls konzerneigener, Produkte kann im Einzelfall von Nachteil, allenfalls aber auch von Vorteil für den Kunden sein (worauf es aber nach der hier vertretenen Meinung ohnehin nicht ankommt). Im konkret entschiedenen Fall ging das BGer offensichtlich von einer nachteiligen Entscheidung und somit einer Schädigung (von B) aus, obwohl nicht ersichtlich ist, inwiefern hier eine Benachteiligung vorgelegen haben soll, insbesondere da X – im Übrigen – sogar verpflichtet war, in konzerneigene Produkte zu investieren (und das BGer ja die B als Geschädigte annahm).⁶⁸

Für die Verwirklichung der subjektiven Tatseite des Grundtatbestands gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB genügt *dolus eventualis*, der sich auf die Geschäftsführereigenschaft, die Pflichtverletzung sowie die Schadenszufügung zu beziehen hat.

Nimmt der Täter, konkret X, irrtümlich an, an den Vergütungen sei die B (und nicht K) berechtigt, so fehlt ihm im vorliegenden Szenario 1 der Pflichtwidrigkeits- und Schädigungsvorsatz. Zwar irrt X über eine zivilrechtliche Regelung, konkret darüber, dass Bestandespflegekommissionen dem K herauszugeben sind, doch handelt es sich aufgrund deren Tatbestandswirkung um einen – vorsatzausschliessenden – Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 13 StGB und nicht um einen Rechtsirrtum gem. Art. 21 StGB.⁶⁹ Lediglich (grob) fahrlässige ungetreue Geschäftsbesorgung ist trotz diesbezüglicher Vorstösse nicht strafbar. Fraglich ist allerdings, ob nicht seit den Retro-Entscheiden des BGer, insbesondere seit Retro III, i.d.R. zumindest *dolus eventualis* vorliegen wird.⁷⁰ Auch für die unrechtmässige Bereicherungsabsicht nach dem Qualifikationstatbestand des Abs. 3 genügt im Übrigen *Eventualabsicht*.

⁶⁸ So schon EMMENEGGER et al., SZW 2011, S. 375. Siehe im Übrigen unten zu Szenario 2, in welchem X die Vergütungen sowohl dem K als auch der B vorenthält.

⁶⁹ SCHUBARTH, in: Anlagerecht, S. 170.

⁷⁰ So offenbar SCHUBARTH, in: Anlagerecht, S. 170, wenn er feststellt, bis zur Grundsatzentscheidung Retro I sei ein Irrtum über den Umfang der zivilrechtlichen Abrechnungspflicht «möglich» gewesen.

bb) Unternehmensstrafbarkeit

Da im vorliegenden Szenario 1 die Vergütungen zwar nicht an K abgeführt, aber für die B einbehalten wurden, kann B freilich von vornherein nicht Opfer der soeben geprüften ungetreuen Geschäftsbesorgung sein. B steht vielmehr auf Täterseite. Die Anlasstat des X ist nicht nur unter Verletzung der die B treffenden Herausgabepflicht, sondern (sogar) zu ihren Gunsten begangen worden. Es kommt allerdings lediglich die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit gem. Art. 102 Abs. 1 StGB zur Anwendung,⁷¹ die daher mangels der Voraussetzung eines «echten» Organisationsverschuldens kein «echtes» Strafbarkeitsrisiko für B darstellt.⁷²

Für die Beurteilung des Vorliegens eines unechten Organisationsverschuldens in Form eines personalen Organisationsdefizits, welches die Zurechnung der Anlasstat zu einer bestimmten unternehmenszugehörigen Person verhindert, ist es im Übrigen irrelevant, ob «die Bank» – sprich: jene Repräsentanten der B, die für die ordnungsgemäße Organisation der B zuständig sind – allenfalls davon ausgegangen ist, selbst Opfer der ungetreuen Geschäftsbesorgung von X zu sein.⁷³

b) Privatbestechung

aa) Individualstrafbarkeit

Der passiven Privatbestechung macht sich gem. Art. 4a Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 23 UWG strafbar, wer als Arbeitnehmer, Gesellschafter, Beauftragter oder als andere Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit seiner dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.

⁷¹ Zu deren grundsätzlicher Anwendbarkeit siehe oben IV.

⁷² Zu den – sattsam bekannten – grundlegenden Unzulänglichkeiten des Abs. 1 des Art. 102 StGB siehe HILF, in: Unternehmensstrafrecht, S. 7 ff.

⁷³ Gem. Art. 102 StGB geht es eben nicht um einen Tatvorsatz «der Bank» (siehe auch V. 2. b) bb)). Selbst im Rahmen eines – wie erwähnt – hier zwar nicht relevanten, aber grundsätzlich sachgerechteren – echten Organisationsverschuldens, also der Nichtverhinderung der ungetreuen Geschäftsbesorgung durch gebotene und zumutbare Massnahmen, würde dieser Einwand nicht zur Strafbefreiung der B führen, sondern Teil eben des Organisationsverschuldensvorwurfs bilden.

Obwohl zu den geschützten Rechtsgütern neben den (einwilligungsfähigen) Individualrechtsgütern des Vermögens und der Loyalitätserwartung des Geschäftsherrn nicht gerade an letzter Stelle auch das Allgemeinrechtsgut des fairen Wettbewerbs zählt, wofür auch die Strafbarkeit bei blosser (für den Geschäftsherrn nicht nachteiliger) Ermessensausübung spricht, entfällt die Tatbestandsmässigkeit im Falle der vom Geschäftsherrn erteilten vertraglichen Genehmigung des Vorteils, der dadurch nämlich seine Ungebührlichkeit einbüsst (Art. 4a Abs. 2 UWG).⁷⁴

EMMENEGGER⁷⁵ identifiziert zu Recht die Tatbestandsmerkmale des nicht gebührenden Vorteils sowie der Ermessensausübung als «Risikofaktoren» im Hinblick auf die Strafbarkeit des Vermögensverwalters, im vorliegenden Sachverhalt daher sowohl des Bankdirektors X als auch der Bank B.

Eine Vergütung ist nun nicht per se ein «nicht gebührender» Vorteil i.S.d. Tatbestands, sondern – entsprechend den Gesetzesmaterialien⁷⁶ – nur dann, wenn der Empfänger entweder kein Recht auf deren Entgegennahme oder kein Recht auf deren Einbehaltung hat. Die Entgegennahme der Retrozessionen oder Bestandespflegekommission an sich ist demnach strafrechtlich unbedenklich (und bleibt es wohl auch),⁷⁷ das Einbehalten aber nur dann, wenn der Kunde über den Erhalt informiert wurde und dieser rechtsgültig auf seinen Anspruch bzw. auf die Herausgabe verzichtet hat bzw. eine vertragliche Genehmigung i.S.d. Abs. 2 des Art. 4a UWG erteilt hat.

⁷⁴ Krit. HILF, in: Festgabe, S. 465 m.w.N.; SCHWOB, ZStrR 2012, S. 136 m.w.N.

⁷⁵ EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 116 ff.

⁷⁶ So EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 116 f. unter Bezugnahme auf die Botschaft zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats, BBl 2004, S. 7011; vgl. auch ENGLER, ST 3/10, S. 138. Zur in Art. 4a UWG formulierten Tathandlung: Insofern stellt die Entgegennahme einer Retrozession – obwohl die Tathandlung des «Annehmens» an sich – erfüllt ist, keine passive Privatbestechung dar. Die Entgegennahme als solche wird auch nicht nachträglich strafrechtlich relevant; relevant wird sie allerdings – trotz Fehlens einer entsprechend lautenden Tathandlung in Art. 4a UWG – offenbar als Annehmen in der Form des *Behaltens*, was zwar dem Gesetzlichkeitsprinzip widerspricht, aber der Auslegung auf internationaler wie auch auf nationaler Ebene entspricht. Insoweit spielt es auch keine Rolle, ob eine nachträgliche (vertragliche) Genehmigung der Annahme möglich ist oder nicht, weil es dieser schlicht gar nicht bedarf. Die Tathandlungen des Forderns sowie Sich-Versprechen-Lassens haben insoweit gar keine Bedeutung. Auf die Abhängigkeit der Strafbarkeit des aktiv Bestechenden von der (allenfalls erst nachträglichen) Reaktion des Geschäftsherrn auf der Bestochenseite wurde im Schrifttum schon mehrfach hingewiesen (siehe nur SCHWOB, ZStrR 2012, S. 136).

⁷⁷ Vgl. SCHWOB, ZStrR 2012, S. 136.

Spätestens seit der aktuellen Botschaft zum Korruptionsstrafrecht ist klar gestellt, dass es einer vorgängigen vertraglichen Genehmigung bedarf, ein erst nachträglich erfolgter Verzicht ist nicht hinreichend (es müsse «jedoch vor der betreffenden Handlung festgelegt worden sein, welche Vorteile erlaubt oder genehmigt sind»⁷⁸). Die betreffende Handlung ist im konkreten Fall das Einbehalten der Vergütungen. Für deren Straflosigkeit hängt es von der Genehmigung durch K ab. Sollte die vertragliche Genehmigung schon vor der Entgegennahme erteilt werden müssen, um die Tatbestandsmässigkeit der Privatbestechung zu verhindern, so wäre letztlich doch wieder die Entgegennahme an sich strafbar, was sie ja nach den Gesetzesmaterialien per se nicht ist, wenn es sich (noch) nicht um einen ungebührlicher Vorteil handelt. Insofern ist der Zeitpunkt für eine nicht erst als nachträglich erteilt zu betrachtende Genehmigung schwierig festzulegen.^{79 80}

Wie EMMENEGGER⁸¹ ebenfalls zu Recht festhält, bedarf es schliesslich für eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit auch keines für den Geschäftsherrn nachteiligen Verwaltungsentscheids, es genügt vielmehr jede – durch die Vorteilsannahme beeinflusste – Ermessensentscheidung, selbst wenn sie zum Besten des Geschäftsherrn erfolgt.

Mit EMMENEGGER⁸² kann im Übrigen festgestellt werden, dass im Retrozessionskontext regelmässig auch die übrigen Tatbestandselemente erfüllt sein werden. Hier sollen lediglich zwei weitere Aspekte hervorgehoben

⁷⁸ Botschaft über das Korruptionsstrafrecht 2014, S. 20 f.

⁷⁹ In diesem Sinne bereits EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 116 f. m.w.N., wonach für die Wirksamkeit der vertraglichen Genehmigung deren zivilrechtliche Gültigkeit erforderlich ist, die nur bei vorgängiger Erteilung und vollständiger sowie wahrheitsgetreuer Information gegeben ist, was nach EMMENEGGER in der Praxis im Retro-Normalfall regelmässig nicht erfüllt sei. A.A. SCHWOB, ZStrR 2012, S. 136 m.w.N.

⁸⁰ Dies ist nicht nur aus dem freilich vorrangigen Grund, den auch die Botschaft heranzieht, nämlich dass andernfalls der Tatbestand «jeglicher Substanz entbehrt», zu begrüssen, sondern auch unter dem Aspekt, dass es nicht beliebig lange in der Hand des Geschäftsherrn liegen kann, über die Strafbarkeit nicht nur seines eigenen Mitarbeiters, sondern auch des aktiv Bestechenden sowie dessen Unternehmens zu bestimmen. Insofern ist freilich Art. 4a Abs. 2 UWG, der als Art. 322^{decies} Abs. 1 lit. a in das StGB übernommen werden soll, insgesamt problematisch (vgl. HILF, in Festgabe, S. 457 ff.; SCHWOB, ZStrR 2012, S. 136 m.w.N.).

⁸¹ EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 118; vgl. auch ENGLER, ST 3/10, S. 138. Krit. SCHWOB, ZStrR 2012, S. 136 m.w.N.

⁸² EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 119 f.

werden: zum einen die Tätereigenschaft von X sowie zum anderen die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bank B bezüglich passiver Bestechung.

Gemäss EMMENEGGER⁸³ handelt ein Vermögensverwalter «unstreitig als Beauftragter im Privatsektor». Ist – wie im vorliegenden Fall – der Vermögensverwalter keine Einzelperson, sondern eine Bank, so ergibt sich eine Besonderheit. Es bedarf im Hinblick auf eine allfällige Strafbarkeit des konkret vermögensverwaltenden Bankmitarbeiters wiederum einer Art strafrechtlicher Pflichtenüberwälzung, vergleichbar mit Art. 29 StGB.⁸⁴ Für den Bereich der im UWG normierten Tatbestände existiert die Spezialbestimmung des Art. 26 UWG, wonach für «Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben, durch Beauftragte und dergleichen [...] die Artikel 6 und 7 des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes» für anwendbar erklärt werden. Nach Art. 6 Abs. 1 VStrR, der mit Blick auf Art. 29 StGB eine Spezialnorm darstellt und zugleich einen weit darüber hinausgehenden Anwendungsbereich hat, sind im Falle der Begehung einer «Widerhandlung beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzelfirma oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit oder sonst in Ausübung geschäftlicher oder dienstlicher Verrichtungen für einen andern [...] die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar, welche die Tat verübt haben», was nicht nur das sog. Täterprinzip statuiert, sondern darüber hinaus X erst zum tauglichen Täter macht.

bb) Unternehmensstrafbarkeit

Die (Annahme und) Einbehaltung des nicht gebührenden Vorteils (in Form der Bestandespflegekommissionen) erfolgt in Szenario 1 durch X zugunsten der Bank bzw. – was hier für die Strafbarkeit der B einzig von Relevanz ist – in Verletzung von die Bank selbst gegenüber K treffenden Pflichten (also mit Unternehmensbezug) entgegen der Loyalitätserwartung des Geschäftsherrn K.

Für ein Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangene Vergehen, wie etwa auch passive Privatbestechung, ist die B wiederum nur unter den Kautelen des Art. 102 Abs. 1 StGB strafrechtlich verantwortlich, also wenn die Tat wegen mangel-

⁸³ EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 119.

⁸⁴ Siehe oben V. 1. a) aa).

hafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann.⁸⁵

Der vorliegende Fall ist im Übrigen gerade nicht der Normalfall einer passiven Privatbestechung zum Nachteil des *eigenen* Unternehmens (B ist nicht Opfer, sondern K, sowie die Mitbewerber), bei welchem immer wieder – so gerade auch im aktuellen Gesetzgebungsprozess zur Privatkorruption – zu Unrecht argumentiert wird, das Unternehmen sei das (alleinige) Opfer der Tat und könne daher nicht strafrechtlich für die Tat verantwortlich sein, übersehend, dass auch andere Rechtsgutsträger beeinträchtigt werden.⁸⁶

Solange nicht alle Verbrechen und Vergehen dem Verantwortlichkeitsmodell des Art. 102 Abs. 2 StGB unterstellt werden, hat also die B selbst in diesem Spezialfall der passiven Bestechung zulasten eines Dritten (K) nichts zu befürchten.

Art. 7 VStrR ist von vornherein nicht anwendbar, weil er – aufgrund – des Gesetzeswortlauts (verlangt wird eine verwirkte «Busse von höchstens 5000 Franken») – keine Anwendung auf Vergehen und Verbrechen finden kann.⁸⁷ Hinzu kommt, dass es sich lediglich um eine verfahrensökonomisch begründete Ausfallhaftung des Unternehmens handelt.

2. Szenario 2

a) Ungetreue Geschäftsbesorgung

aa) Individualstrafbarkeit

Behält nun bei gleichem Ausgangssachverhalt X die Vergütungen für sich selbst ein, führt er sie also weder dem K noch der B ab, sondern transferiert sie zur persönlichen Bereicherung auf sein eigenes Offshore-Konto, so ändert sich an der strafrechtlichen Beurteilung mit Blick auf die ungetreue Geschäftsbesorgung aufgrund der bisherigen Ausführungen nichts, ausser dass die unrechtmässige Bereicherungsabsicht nunmehr nicht zu Gunsten eines anderen – nämlich der B – , sondern zu Gunsten seiner selbst vorliegt.

⁸⁵ Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 102 Abs. 1 StGB siehe oben IV.

⁸⁶ Vgl. dazu HILF, in: Festgabe, S. 466 ff.

⁸⁷ Str. wie hier HEINE, recht 2005, S. 7 f.; SCHWOB, ZStrR 2012, S. 138; VON GLEICHENSTEIN, Bankhaftung, S. 31; a.A. EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht, S. 69 f.

Zur Anwendung kommt daher Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB für X und Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 102 Abs. 1 StGB für B zum Nachteil des K.

Dies ergibt sich daraus, dass auf Opferseite (nach wie vor) allein K steht. Seit dem Retro III-Entscheid ist klargestellt, dass die an den Bestandespflegekommissionen Berechtigten die Kunden sind. Die Bank ist aufgrund ihrer vertraglichen Haftung gegenüber den Kunden lediglich mittelbares Opfer, was sie im konkreten Fall daher nicht als unmittelbare Rechtsgutträgerin des Art. 158 StGB qualifiziert.

Dem widerspricht die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich⁸⁸ – in dem Szenario 2 zugrunde liegenden Strafverfahren – ihrer als Eventualstandpunkt vorgetragene Begründung: Selbst wenn die Kunden die Berechtigten wären, wäre die Bank das Opfer, gerade weil die Kunden zivilrechtliche Ansprüche gegen B hätten. Die Haftpflicht der Bank gegenüber ihren Kunden sei die unmittelbare Folge, dass X der B gegenüber seine Geschäftsführerplichten gem. Art. 158 Ziff. 1 StGB verletzt habe,⁸⁹ weshalb ein direkter Schaden vorliege. In diesem Sinne argumentierte auch das BezGer Zürich.⁹⁰ Das BezGer vertrat die Auffassung, dass X die Gelder für B entgegengenommen hatte, «ungeachtet des Umstandes, wem die Gelder letztendlich effektiv zustanden (wobei gemäss Rechtsprechung hierfür vor allem die Endkunden in Betracht kommen»); «selbst für den Fall, dass» die B «an den Geldern keine ‚eigene‘ Berechtigung hatte» stand doch «dem effektiv Berechtigten eine entsprechende Forderung gegen die Bank zu». Durch sein Vorgehen (das Abzweigen der Gelder für sich selbst) habe X daher die B am Vermögen geschädigt.

Dazu sowie zu der oben angeführten Ansicht der strafrechtlichen Abteilung des BGer,⁹¹ die – vor Retro III – ebenfalls von einer Verletzung der Geschäftsführerplichten des X gegenüber B und dem (direkten) Schadenseintritt bei (der an den Vergütungen vermeintlich berechtigten) B ausgeht, ist jedoch – mit der Begründung des OGer im ersten Rechtsgang – folgendes auszuführen. Im ersten Rechtsgang entschied das OGer des Kantons Zürich zu Recht wie folgt: Die Berechtigten an den Vergütungen sind die Kunden,

⁸⁸ Siehe BGer vom 13. Januar 2011, 6B_223/2010, E. 3.1.2.

⁸⁹ Was – wie oben in V. 1. a) aa) dargelegt – nicht zutrifft.

⁹⁰ BezGer Zürich vom 17. Juni 2009, S. 26 f.

⁹¹ BGer vom 13. Januar 2011, 6B_223/2010; ebenso wie die StA, das BezGer, die OStA sowie das OGer im zweiten Rechtsgang.

die somit die direkt Geschädigten sind, weil X diesen die als Rabatt zustehenden Kommissionen vorenthalten hat. Gegenüber der Bank stehen den Kunden lediglich zivilrechtliche Ansprüche in Form von Kompensationsforderungen für den durch X angerichteten Schaden aus dem Bank-Kunden-Verhältnis zu. B erleidet daher nur einen indirekten, rein zivilrechtlich relevanten Schaden als Folge der vertraglichen Haftung gegenüber den von X geprellten Kunden, der aber eben den objektiven Tatbestand des Art. 158 StGB nicht zu erfüllen vermag. Einzig die direkt geschädigten Kunden sind die Träger des von Art. 158 StGB geschützten Rechtsguts.⁹²

Glaukt X, er schädige die B, während er objektiv betrachtet den K schädigt, so liegt ein unerheblicher Irrtum vor, der den Vorsatz bezüglich der tatbestandsrelevanten Pflichtwidrigkeit sowie des Schadens nicht auszuschliessen vermag.

bb) Unternehmensstrafbarkeit

Die Argumentation des OGer findet eine weitere Stütze in der unternehmensstrafrechtlichen Perspektive, wenngleich nicht jener *de lege lata*, sondern lediglich *de lege ferenda*, die allerdings – rechtsvergleichend betrachtet – in vielen Ländern bereits die geltende Rechtslage darstellt. In einem kriminalpolitisch sachgerechten, d.h. präventiven Zwecken verpflichteten, Unternehmensstrafrecht⁹³ wäre die Bank dazu angehalten, dafür zu sorgen, dass die für sie tätigen Mitarbeiter gegenüber den Kunden, deren Vermögen sie im Namen der Bank verwalten, rechtmässig agieren und daher auch die den Kunden zustehenden Vergütungen an diese herausgeben. Es ist immer noch die B, d.h. ihre Leitungsebene, die sicherzustellen hat, dass sie ihre Pflichten – und die Pflicht zur Herausgabe der Bestandespflegekommissionen trifft die Bank selbst – nach aussen gehörig erfüllt, auch wenn sie sich im Einzelnen zur Kundenvermögensverwaltung ihrer Mitarbeiter bedienen muss.

Würde B die Vergütungen für sich selbst einbehalten (lassen durch X), so bestünde in einem präventiv ausgerichteten, an sachgerechten Verantwort-

⁹² OGer des Kantons Zürich vom 27. Januar 2010, S. 15, 17, 19. Nach dem OGer lag daher der Verdacht einer Veruntreuung oder ungetreuen Geschäftsbesorgung zu Lasten der Bankkunden nahe (S. 20). Im zweiten Rechtsgang folgte das OGer der gegenteiligen Ansicht des BGer.

⁹³ D.h. also, wenn das Verantwortlichkeitsmodell des Art. 102 Abs. 2 StGB auf alle Delikte, so auch auf Art. 158 StGB anwendbar wäre.

lichkeitskriterien anknüpfenden Unternehmensstrafrecht kein Zweifel, dass die B als Verwalterin des Kundenvermögens dafür strafrechtlich wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung gegenüber den Kunden zur Verantwortung zu ziehen wäre, wenn ihr ein Organisationsverschuldensvorwurf in Form etwa eines Schulungs-, Aufsichts- oder Kontrolldefizits zu machen wäre. Bereichert sich nun der konkret das Kundenvermögen verwaltende Mitarbeiter X selbst an den den Kunden zustehenden Vergütungen, so könnte nichts anderes gelten. Auch in diesem Fall erhalten die Kunden die ihnen zustehenden Vergütungen nicht, die ihnen im Zuge der durch die Bank zu verantwortenden Vermögensverwaltung herauszugeben wären.

Nach geltendem Recht kommt freilich lediglich der subsidiäre Art. 102 Abs. 1 StGB zur Anwendung. In diesem Rahmen ist aber auch der Qualifikationstatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB von der Bank zu vertreten, da die Tat in diesem Fall zwar nicht zu ihren Gunsten, jedoch sehr wohl im Rahmen ihres Pflichtenkreises (d.h. unter Verletzung der die B treffenden Pflichten) – und somit mit dem erforderlichen Unternehmensbezug – begangen wurde. Weder ist die ungetreue Geschäftsbesorgung von X daher eine – von der Bank nicht zu verantwortende – Exzesstat noch mutiert die Bank in dieser Fallvariante zum Opfer.

Das hier die Grundlage für die strafrechtlichen Überlegungen bildende Strafverfahren nahm seinen Ausgang mit einer Strafanzeige der B gegen X. Dies bedeutet, dass gerade auch die Bank davon ausgegangen ist, das unmittelbare Opfer der Tat von X zu sein, weil B sich selbst als die Berechtigte an den Vergütungen wähnte und der Schaden nach ihrer Auffassung wohl zumindest darin zu erblicken war, dass X der B vorsätzlich Vermögenswerte entzogen hat, welche die Verpflichtungen der B gegenüber den Kunden abdecken sollten.

Folgte man dieser Ansicht, so wäre B das Opfer der ungetreuen Geschäftsbesorgung des X und könnte freilich nicht selbst als «Täterin» gem. Art. 102 Abs. 1 StGB dafür zur Verantwortung gezogen werden (falls X nicht eruiierbar wäre). Dem ist jedoch objektiv betrachtet – wie soeben ausgeführt – nicht so.

Bleibt die Frage, ob sich B erfolgreich – d.h. strafbefreiend – auf ihren Irrtum berufen könnte. Dieser Irrtum ist jedoch im Lichte des unechten Organisationsverschuldens des Art. 102 Abs. 1 StGB irrelevant.⁹⁴

⁹⁴ Siehe dazu oben V. 1. a) bb) am Ende.

b) Privatbestechung

aa) Individualstrafbarkeit

Hinsichtlich der Strafbarkeit des X wegen Bestechlichkeit ergibt sich nach Szenario 2 kein abweichender Befund. Das Annehmen bzw. Einbehalten eines nicht gebührenden Vorteils ist sowohl zu eigenen Gunsten (wie hier) als auch zu Gunsten eines Dritten (wie in Szenario 1 der Bank B) strafbar. Der in Bezug auf das fragliche Verhalten neben den übrigen Wettbewerbsbeteiligten als Geschäftsherr Betroffene ist K.

bb) Unternehmensstrafbarkeit

Auch hinsichtlich der Beurteilung der Unternehmensstrafbarkeit macht Szenario 2 keinen Unterschied, da es für ihre allfällige Strafbarkeit gem. Art. 102 Abs. 1 StGB nicht darauf ankommt, ob ihr der ungebührliche Vorteil selbst zugute kommt oder nicht (siehe oben V. 1. b) bb)).

Ergänzend sei in diesem Kontext noch eines festgehalten: Eine Strafbarkeit wegen aktiver Bestechung kommt im vorliegenden Fall für den Produkthanbieter (PA) in Betracht. Aufgrund der Anwendbarkeit des Abs. 2 des Art. 102 StGB (falls PA ein Unternehmen ist), der auf ein echtes Organisationsverschulden abstellt, spielt hier die Einhaltung der von EMMENEGGER umschriebenen tatbezogenen Compliancemassnahmen die entscheidende Rolle.⁹⁵

c) Geldwäscherei

Transferiert X die aus der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung stammenden Vermögenswerte auf ein Offshore-Konto, so ist darin jedenfalls eine mit dem erforderlichen Tatvorsatz gesetzte Handlung, die geeignet ist, den staatlichen Einziehungsanspruch zu vereiteln, zu erblicken.

Die Strafbarkeit der B bestimmt sich nach Art. 102 Abs. 2 StGB und verlangt somit neben der objektiv und subjektiv tatbestandmässigen und

⁹⁵ Siehe auch FINMA-Mitteilung 41 (2012), S. 5. Es geht dabei allerdings nicht im eigentlichen Sinn um die «subjektive Seite» in Form des Wissens und Wollens (allenfalls blossen Inkaufnehmens) der Bank (vgl. EMMENEGGER, in: Anlagerecht, S. 121 ff.), sondern um das Organisationsverschulden des Unternehmens. (Eventual-) Vorsatz ist keine Kategorie, die gem. Art. 102 StGB dem Unternehmen als solchem zugeschrieben werden kann (was für ein ideales Unternehmensstrafrechtsmodell allenfalls angedacht werden könnte), sondern stets nur mit der Anlasstat der natürlichen Person verknüpft ist.

rechtswidrigen Anlasstatbegehung ein echtes Organisationsverschulden auf Seiten der B. Hat also B nicht alle gebotenen und zumutbaren Anti-Geldwäscherei-Massnahmen in ihrem Unternehmensbereich ergriffen, so wird auch B gem. Art. 305^{bis} i.V.m. Art. 102 Abs. 2 StGB zu bestrafen sein.

Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass – wie in Szenario 1 denkbar– X (oder jeder andere Mitarbeiter der B) die Vermögenswerte im Interesse der Bank auf ein Offshore-Konto transferiert.

Doch selbst in Szenario 2, in dem X das Buchgeld im ausschliesslichen Eigeninteresse einem Waschvorgang unterzieht, indem er es auf sein eigenes Offshore-Konto in Sicherheit zu bringen sucht, ist die B keineswegs ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit enthoben, da B verpflichtet ist, sämtliche Geldwäschereihandlungen ihrer Mitarbeiter, die den von Art. 102 StGB geforderten Unternehmensbezug aufweisen, zu verhindern. Insofern gibt es keine Exzesstaten von Mitarbeitern.⁹⁶

Schon gar nicht ist die Bank Opfer der Geldwäschereihandlung, deren betroffenes Rechtsgut (jedenfalls auch) die Rechtspflege ist. Die B müsste Geldwäscherei in ihrem Unternehmenstätigkeitsbereich sogar verhindern, wenn die Vermögenswerte aus einem Verbrechen gegen die B selbst stammten (was im vorliegenden Fall aus den oben angeführten Gründen entgegen der Auffassung des BGer ohnehin nicht der Fall ist).

Die ungetreue Geschäftsbesorgung ist bereits mit dem Einbehalten bzw. der Nichtherausgabe der Vergütungen vollendet, sodass sie nicht erst mit dem Transfer des Buchgeldes zusammenfällt, wodurch es ansonsten an einer geldwäschereitauglichen Vortat fehlen würde.

VI. Fazit

Das Risiko der Bank, im Falle der Nichtweiterleitung von Bestandespflegekommissionen an die Kunden wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verurteilt zu werden, strebt bei praxisnaher Betrachtung gegen Null. Dies liegt weniger an dem Umstand, dass der Tatbestand des Art. 158 StGB nicht erfüllt wäre – wenngleich selbst hier zumindest die st. Rsp. des BGer zum «schädigungsfreien Vorenthalten» von Vergütungen noch einen Riegel vor-

⁹⁶ Geldwäscherei wird nur in den seltensten Fällen im unmittelbaren Eigeninteresse einer Bank (nämlich im Interesse der [Unterstützung der] Reintegration bestimmter kontaminierter Vermögenswerte) liegen, sondern allenfalls in ihrem – aus Tatbestandssicht mittelbaren – Interesse an Transaktionen betreffend grosse Geldvolumina.

schiebt – als (wieder einmal) an der Konstruktion des einschlägigen Abs. 1 des Art. 102 StGB. Das Strafbarkeitsrisiko für den einzelnen Bankmitarbeiter, der die Vermögensverwaltung für den Kunden ausübt, ist insofern eindeutig höher als jenes der Bank.

Dasselbe gilt für eine allfällige Strafbarkeit wegen passiver Privatbestechung, zumal auch aktuelle Aktivitäten des Strafgesetzgebers derzeit keine Ausdehnung des Art. 102 Abs. 2 StGB auf passive Bestechung erwarten lassen.

Das Risiko für die Bank, in die Geldwäschereistrafbarkeit zu geraten, ist hingegen beträchtlich; dies nicht nur aufgrund der Anwendbarkeit des Abs. 2 des Art. 102 StGB, sondern auch aufgrund des Umstands, dass es in diesem Bereich keine Exzesstaten im eigentlichen Sinne gibt, bezüglich derer eine strafrechtliche Bankverantwortlichkeit ausscheiden würde.

Ein Reststrafbarkeitsrisiko verbleibt im Übrigen bei den Bankmanagern, die – auch wenn die Bank selbst aufgrund der Anwendbarkeit von Art. 102 Abs. 1 StGB gerade nicht für ein allenfalls vorliegendes echtes Organisationsverschulden «gerade stehen» muss – sehr wohl nach den Grundsätzen des Art. 11 StGB bzw. Art. 6 VStrR, insbesondere im Rahmen der strafrechtlichen Geschäftsherrnhaftung für das Unterlassen gebotener und zumutbarer Tatverhinderungsmassnahmen zur Verantwortung gezogen werden können.

Banker an den Galgen? Erwartungen und Realitäten

Daniel Zuberbühler, Bern*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	54
II.	Personelle Sanktionen gegen leitende Bankorgane.....	55
	1. Schweiz: Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen i.S. UBS.....	56
	2. UK Parliamentary Commission on Banking Standards.....	60
	3. § 54a: Strafbestimmung im deutschen Kreditwesengesetz	65
III.	Sanktionen gegen Banken als Unternehmungen.....	67
	1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Banken	67
	2. Bussen-Wettrüsten gegen grosse Finanzinstitute	68
IV.	Prudentielle Alternativen zu personellen oder monetären Sanktionen.....	75
	1. Viel mehr hartes Eigenkapital / Capital Punishment	75
	2. Organisatorische Vereinfachung / Komplexitätsreduktion.....	78

* Fürsprecher Daniel Zuberbühler war von 2009-2011 Vizepräsident des Verwaltungsrates der FINMA und vorher Direktor der Eidg. Bankenkommission. Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 14. Mai 2014.

I. Einleitung

Vorweg ein **Disclaimer** zum provokativen Referatstitel, den Susan Emmenegger mit mir bei einem Nachtessen ausgeheckt hat: Ich plädiere nicht für die Wiedereinführung der Todesstrafe, erst recht nicht für Banker. Das wäre nicht nur ein Rückfall in finsterstes Mittelalter, sondern zudem ein gefährliches **Eigentor** auch für die Bankaufseher, mit denen ich mich nach 35 Jahren bei EBK und FINMA auch im Ruhestand voll identifiziere. Wenn nämlich unsere Beaufsichtigten Milliarden in den Sand setzen, das Finanzsystem an den Rand des Kollapses fahren und vom Staat gerettet werden müssen oder im nachhinein reihenweise schwerer Regelverstöße beschuldigt werden, folgt unweigerlich die **Suche nach den Versagern** und der **Ruf nach Sanktionen**. Diese Jagd macht nicht bei den direkt involvierten Banken Halt, sondern nimmt auf der nächsten Stufe auch die für die externe Kontrolle zuständigen Wirtschaftsprüfer und Aufsichtsbehörden als indirekt Verantwortliche ins Visier. Bei jedem Unfall oder Skandal der Finanzmarktakteure hängen die Aufseher also mit, wenn auch nicht am imaginären Galgen, so doch zumindest als Teile des Finanzsystems, welches die Gefahr nicht rechtzeitig erkannt, geschweige denn verhindert hat. Bei meinen vielen Vorträgen über die Lehren aus der Finanzkrise pflegte ich deshalb jeweils zu sagen, «**niemand sieht gut aus**», wenn es um die Verantwortlichkeit für die Krisenursachen auch der Aufseher, Zentralbanken, Regulierung und Politik ging. Diese ernüchternde Erkenntnis zwingt zur **Zurückhaltung** im Urteil über das Verhalten der primär verantwortlichen Akteure der Finanzbranche und zu **bescheidenen Erwartungen** an den Nutzen von aufsichts- oder gar strafrechtlichen Sanktionen zur Vermeidung zukünftiger Finanzkrisen oder schwerer Regelverstöße.

Das gesagt, ist es nachvollziehbar, wenn nach einer grossen Finanzkrise unter dem Schlachtruf «nie wieder!» neben den m.E. viel wichtigeren laufenden Reformen der prudentiellen Finanzmarktregulierung (IV hiernach) von Medien und Politik versucht wird, die Sünder der Vergangenheit zur Rechenschaft zu ziehen. Und weil das meist nicht gelingt, will man wenigstens ihre Nachfolger stärker in die Pflicht nehmen. **Banker** eignen sich als **Projektionsfläche** deshalb vorzüglich, weil sie – wie generell die Finanzbranche im Vergleich zur Realwirtschaft (mit Ausnahme der Pharmaindustrie) – immer noch **überbezahlt** sind und die Bezüger der schamlosesten Löhne durch ihre Fehler **entzaubert** wurden – oder in den Worten der UK Parliamentary Commission on Banking Standards: «*paid too much for doing the wrong things, with bonuses awarded and paid before the long-term consequences*

became apparent».¹ Gemeint sind in der weltweiten öffentlichen Debatte zwar meist die systemrelevanten Grossinstitute und insbesondere ihre Investmentbanker, aber die Bankbranche leidet als Folge der Krise unter einem **pauschalen Vertrauensschwund**. Ungerechterweise wird sogar allen Banken in der Schweiz von vergesslichen oder hypokritischen Politikern und Medien der Vorwurf kriminellen Verhaltens gemacht, weil sie unter dem Schutz des **Steuerbankgeheimnisses** jahrzehntelang das grenzüberschreitende Vermögensverwaltungsgeschäft mit ausländischen Privatkunden betrieben, ohne sich um die korrekte Versteuerung im Herkunftsland zu kümmern. Das war aus heutiger Sicht unvorsichtig und muss korrigiert werden, aber es war direkt-demokratisch legitimiert durch die wuchtige Ablehnung der SP-Bankeninitiative von 1984 und wurde vom politischen Mainstream bis im März 2009 durch dick und dünn verteidigt. Also kann die Bankbranche nicht auch im Inland rückwirkend für dieses Geschäftsmodell geahndet werden, und meine nachfolgenden Ausführungen betreffen ausdrücklich nicht diesen Sachverhalt.

Ich behandle drei Aspekte: personelle Sanktionen gegen leitende Bankorgane (II), Sanktionen gegen Banken als Unternehmungen (III) und prudenzielle Alternativen (IV).

II. Personelle Sanktionen gegen leitende Bankorgane

In praktisch allen Fällen, wo Banken im Gefolge der Finanzkrise solvenzgefährdende Verluste erlitten oder gar mit staatlichen Beihilfen gerettet werden mussten, traten die als verantwortlich erachteten **Topmanager oder Verwaltungsräte** ohne formelles aufsichtsrechtliches Enforcement-Verfahren zurück. Für diese formell «**freiwilligen**» **Rücktritte** reichte der Druck des Marktes, vor allem das Missfallen grosser Aktionäre und negative Kundenreaktionen, die medial befeuerte Aufforderung durch Politiker und nicht zuletzt ein unmissverständlicher Wink der Aufsichtsbehörde. Wo Banken – wie vor allem in den USA – von anderen Instituten mit behördlichem Begleitschutz übernommen wurden, musste die alte Equipe ohnehin ihren Platz räumen. Wenige Spitzenmanager überwinterten in diskreteren fachtechnischen Funktionen, wo sie beim Aufräumen helfen durften. Bob Diamond als CEO von Barclays, dessen Bank ohne Staatshilfe durchkam, wurde

¹ Vgl. II.2 hiernach.

erst vom LIBOR-Skandal eingeholt. Formell **entlassen** oder gar **strafrechtlich verfolgt** wurden aber **nur untere Chargen**, denen eindeutige Regelverstösse oder Fehler angelastet werden konnten. Weil das als unbefriedigend und ungerecht empfunden wird, suchte die Politik nach Lösungen, wie Spitzenbanker zur persönlichen Verantwortung gezogen werden könnten. Schauen wir uns dazu die Bemühungen in der Schweiz, dem Vereinigten Königreich und Deutschland an.

1. Schweiz: Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen i.S. UBS

Über das Debakel der UBS bei den finanziellen Verlusten mit US Subprime-Hypothekenverbriefungen und beim grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäft mit US-Kunden sind so viele öffentliche Berichte und Folgeberichte geschrieben worden – von der UBS selbst, der EBK/FINMA, dem Bundesrat und den Geschäftsprüfungskommissionen der Eidg. Räte (GPK) –, dass ich bald den Versuch aufgab, sie nur schon auf einer einzigen PowerPoint-Folie aufzulisten. Weil wir die Berichte zum Teil bereits mitten in der Krise erstellten und auf den einzigen Intensivstation-Patienten konzentrieren konnten, hatte die **öffentliche Debatte in der Schweiz** einen **zeitlichen Vorsprung** z.B. gegenüber dem UK. Die Emotionen sind auch insofern abgeklungen, als die finanzielle Rettung der UBS durch Bund und Nationalbank dank Können und Glück auch für den Staat definitiv positiv ausgegangen ist, was bis jetzt eher die Ausnahme darstellt.

Die **GPK** konnte als parlamentarische Obergrenze über Regierung und Verwaltung **nur das Verhalten der Bundesbehörden** untersuchen, nicht aber dasjenige der UBS als privates Unternehmen. Die Motionen, Postulate und Empfehlungen des 360-seitigen GPK-Berichts vom 30. Mai 2010² richteten sich folgerichtig in erster Linie an die Behörden.³ Mit Bezug auf die Ver-

² Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 30. Mai 2010 «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Datenhe- ausgabe an die USA», abrufbar unter: <www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-aufsichtskommissionen/geschaeftspruefungskommission-GPK/berichte-2010/Documents/bericht-gpk-ns-ubs-kundendaten-usa-2010-05-30-d.pdf>.

³ GPK-Bericht, Anhang 8, Liste der Motionen, Postulate und Empfehlungen. Als Folge der GPK-Motion 5 wurde z.B. der Bundesrat gegen seinen Willen vom Parlament beauftragt, eine Revision des Strafgesetzbuchs vorzuschlagen, welche eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Schuldners gegenüber den Gläubigern schafft, falls der system-

antwortlichkeit der UBS wurde die FINMA aufgefordert, die Frage vertieft abzuklären, wie viel die oberste Leitung von den Verletzungen des mit der US-Steuerbehörde abgeschlossenen Qualified Intermediary Agreement durch die Bank und ihre Mitarbeiter wusste.⁴ Die von der Politik erhoffte Mobilisierung des neuen Berufsverbotes von Art. 33 FINMAG gegen ausgeschiedene UBS-Banker scheiterte im vornherein am Rückwirkungsverbot. Die **Empfehlung 19** richtete sich jedoch unter dem Titel «**GPK nehmen die UBS in die Pflicht**» klarerweise an die Bank, auch wenn der Bundesrat gleichzeitig um Unterstützung ersucht wurde.⁵ Mit Blick auf das grosse Bedürfnis der Öffentlichkeit nach **Transparenz** bezüglich der bankinternen Vorgänge und Verantwortlichkeiten sollte der bankinterne Umgang, insbesondere von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Revisionsstelle durch ein unabhängiges Expertengremium aufgearbeitet werden (namentlich bez. Opportunität der Einleitung von Strafanzeigen und Verantwortlichkeitsklagen durch die UBS, Traktandierung der Décharge für die Jahre 2007-2009 an der Generalversammlung vom April 2010 sowie Abgangsregelungen für das höhere und mittlere Management). Der neue UBS-Verwaltungsrat sollte Transparenz herstellen für seinen Entscheid in Sachen Verzicht auf Einleitung strafrechtlicher und zivilrechtlicher Schritte gegen das frühere UBS-Management.

Die **UBS** kam der GPK-Aufforderung im Oktober 2010 mit ihrem sog. **Transparenzbericht**⁶ nach und legte dar, weshalb jahrelange Verantwortlichkeitsprozesse nicht im Interesse ihrer Aktionäre lägen. Die Plausibilität seines Verzichtsentscheides liess der UBS-Verwaltungsrat durch Gutachten von zwei unabhängigen Experten überprüfen. TOBIAS STRAUMANN hält in seinem lesenswerten Expertenbericht zur UBS-Krise aus **wirtschaftshistori-**

relevante Schuldner durch eine staatliche Intervention massgeblich finanziell unterstützt wird und diese Notwendigkeit durch die Misswirtschaft des Schuldners bedingt wurde. Vgl. dazu Motion 10.3634 der GPK-SR, in der vom Nationalrat am 2.3.2011 und vom Ständerat am 19.3.2014 genehmigten Form, <www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103634>.

⁴ GPK-Empfehlung 10.

⁵ GPK-Bericht, Kapitel 4, S. 3423.

⁶ «Transparenzbericht an die Aktionärinnen und Aktionäre der UBS» vom 14. Oktober 2010, abrufbar unter: <www.ubs.com/global/en/about_ubs/transparencyreport.html>.

scher Sicht⁷ fest, was ich aus eigener Wahrnehmung über die damals verantwortlichen Personen ebenso empfinde:

- Entgegen der öffentlichen Meinung «verhielten sich die UBS-Topmanager nicht wie Casino-Besucher, die mit wachsendem Gewinn und steigendem Bonus fortlaufend die Risiken erhöhten, bis sie am Schluss alles wieder verloren und fast im Gefängnis landeten. [...] Das Problem der UBS bestand nicht darin, dass die Bankleitung voranstürmte und die Zügel fahren liess. Sie verhielt sich im Gegenteil zu passiv und glaubte fälschlicherweise, alles im Griff zu haben, weil die zahlreichen Risikoberichte, internen Audits und externen Prüfungen fast immer positiv ausfielen. Es mangelte nicht an Risikobewusstsein, sondern an gesundem Misstrauen, unabhängigem Urteilsvermögen und Führungsstärke.» (S. 3). Sie waren mit anderen Worten keine Hasardeure, sondern in ihrer Selbstwahrnehmung ebenso wie in der externen Einschätzung **risikovers** und eher **konservativ vorsichtig**, aber ohne Spürsinn für verdeckte Risiken (S. 6 und 21).
- «Die Fehlleistungen der UBS waren teilweise vermeidbar, weil sie durch falsche Einschätzungen einiger weniger Führungspersonen verursacht worden waren. [...] Der **historische Vergleich** zeigt allerdings, dass die UBS **keine aussergewöhnlichen Fehler** beging. Wenn immer sich Finanzblasen aufbauen, lassen sich viele Marktteilnehmer dazu verleiten, bewährte Regeln des Bankgeschäfts zu vernachlässigen. Auch die Fehlleistungen im Crossborder-Geschäft mit US-Kunden sind aus der historischen Rückschau weniger einzigartig, als sie zunächst scheinen. Dass eine Schweizer Bank Probleme bekundete, die traditionelle Vermögensverwaltung an ein dramatisch verschärftes regulatorisches Umfeld anzupassen, war fast zu erwarten, wenn auch nicht mit diesen Schadensfolgen. Die UBS hat nur **besonders unvorsichtig gehandelt, aber nicht fundamental anders als die übrigen Banken**, die seit Jahrzehnten das grenzüberschreitende Geschäft mit ausländischen Kunden betrieben.» (S. 21 f.). Mit dem Tax Program des US Department of Justice für Schweizer Banken ist die Richtigkeit dieser letzten Aussage inzwischen jedermann klar geworden.

⁷ TOBIAS STRAUMANN, Die UBS-Krise aus wirtschaftshistorischer Sicht, Expertenbericht erstellt zuhanden der UBS AG vom 28. September 2010, Beilage zum Transparenzbericht.

Aus seiner Analyse folgert STRAUMANN, dass es wenig helfe, die verantwortlichen Personen immer wieder ins Visier zu nehmen. Vielmehr müsse die Schweizer Öffentlichkeit die **Grundsatzfrage** diskutieren, wie sich die beiden international tätigen Grossbanken inskünftig aufstellen sollen. Ehrlicherweise gebe es nur die **binäre Wahl** zwischen einem **international ausgerichteten Geschäftsmodell** inklusive Investmentbanking und grenzüberschreitender Vermögensverwaltung mit den weiterhin entsprechend hohen Risiken oder – verkürzt ausgedrückt – dem **Rückzug ins schweizerische Reduit**, der auch nicht risikolos wäre (z.B. inländische Immobilienkrisen) und mit dem als Preis für die insgesamt erhöhte Sicherheit eine starke Schrumpfung unseres Finanzplatzes und ein Verlust an internationalem Ansehen in Kauf zu nehmen wären. Dazu kann ich aus heutiger Sicht nur feststellen: Es gibt eben keinen «free lunch» und wir befinden uns mit unseren Grossbanken immer noch näher am ersten der beiden Pole: geschrumpfte Bilanzsummen, abgespecktes Investmentbanking und etwas mehr und besseres Eigenkapital, aber eben nicht annähernd genügend (IV.1 hiernach). STRAUMANN nimmt uns in seinem Fazit, ohne das Reformbedürfnis zu bestreiten, auch noch die letzte **Illusion bezüglich Regulierung und Aufsicht**: «Aber es ist unrealistisch zu erwarten, dass mit einer graduellen Optimierung aller verfügbaren Instrumente zukünftige Verluste ein für allemal verhindert werden können. Zu viel Vertrauen in neue Regeln dürfte im Gegenteil die Wahrscheinlichkeit neuer schwerer Finanzkrisen noch erhöhen.» (S. 22 f.).

Braucht es für **Manager von Banken mit formeller oder faktischer Staatsgarantie besonders strenge Sanktionen**, weil bei ihnen die Konkursandrohung fehlt und sie deshalb zu unvorsichtigem Geschäftsgebaren geradezu ermuntert wären? Ich habe die These des **personalisierten moral hazard** bereits bezüglich der **Kantonalbankorgane verneint**, weil Steuerzahler äusserst empfindlich und nachtagend reagieren und die Peinlichkeit einer im Rampenlicht der Medien ausgetragenen Debatte über die Fehler der Leitungs- und Aufsichtsorgane, die Rügen einer parlamentarischen Kommission oder gar eine Volksabstimmung über die Sanierung oder den Verkauf der Kantonalbank wohl nur noch durch die Schmach einer strafrechtlichen Verurteilung zu überbieten wäre. Es **widerspricht** somit jeglicher **Lebenserfahrung**, dass Manager und exponierte Politiker derartige Risiken bewusst

in Kauf nehmen würden.⁸ Das gilt aber ebenso für privatwirtschaftliche **Grossbankorgane**, denen eine Rettung durch den Staat und die damit unvermeidliche Einmischung der Politik in die Geschäftsausrichtung und Entlohnung schon ideologisch ein Gräuel sein muss. Die Schmach der partiellen Verstaatlichung wiegt für diese Leute besonders schwer – fast wie eine Todesstrafe – und für **gesellschaftliche Ächtung** als überbezahlter Versager ist dank medialer Emotionsbewirtschaftung auch ohne Strafverfahren gesorgt. Der **falsche Anreiz** wird vielmehr durch die Erwartung an das staatliche Auffangnetz seitens der **Kunden, Gegenparteien und Aktionäre** gesetzt, welche der Bank ihre Vermögenswerte zu nicht risikogerechten Preisen anvertrauen und es so dem Bankmanagement erlauben, mit minimaler Eigenmitteldecke systemgefährdende Risiken einzugehen. Diesem Missstand hilft man anstelle unrealistischer Strafdrohungen für Manager besser mit Anforderungen an mehr Eigenkapital, Abwickelbarkeit und der Drohung der Verlustbeteiligung von Gläubigern (Bail-in) sowie der primären Verlusttragung durch die Aktionäre ab (IV.1 hiernach).

2. UK Parliamentary Commission on Banking Standards

Die Reaktion des **United Kingdom** auf die Finanzkrise ist für die Schweiz von besonderem Interesse, denn die Ausgangslagen sind nicht so verschieden: UK ist ein globales Finanzzentrum mit einer mittel-grossen Volkswirtschaft, und seine Steuerzahler mussten nicht nur eine, sondern mehrere Banken mit einem Maximaleinsatz von 133 Milliarden GBP retten, darunter auch die beiden Grossbanken Royal Bank of Scotland (RBS) und Lloyds Banking Group, die noch heute am Tropf des Staates hängen (vor allem RBS ist immer noch zu 81% staatlich dominiert und produzierte auch 2013 Milliardenverluste⁹). Obschon EU-Mitglied, aber ausserhalb der Euro-Zone ist UK ebenso skeptisch gegenüber Zentralisierungstendenzen in Brüssel, wenn sie unter dem Dogma des Binnenmarktes den Spielraum für regulatorische Massnahmen der Mitgliedländer nach oben begrenzen wollen. Im Basler Ausschuss und im Financial Stability Board waren wir deshalb bei den Verhandlungen über Basel III und Too Big to Fail **enge Verbündete**. Schweizer Finanzplatzvertretern, welche immer noch behaupten, anders als bei uns

⁸ Die Kantonalbanken im Bankengesetz, Jubiläumsschrift Verband Schweizerischer Kantonalbanken 1907 – 2007, S. 168 f.

⁹ NZZ vom 28.2.2014, S. 26.

bestehe im UK eine geeinte Front zwischen Politik, Medien und Banken (City of London), sei deshalb die Lektüre des Berichts der **UK Parliamentary Commission on Banking** unter dem Vorsitz des Konservativen MP Andrew Tyrie (kurz Tyrie Commission) vom 19. Juni 2013 mit dem vielsagenden Titel «**Changing banking for good**»¹⁰ empfohlen. Ein derart vernichtendes Urteil über (Gross)Banken oder Spitzenbanker und die zu behebenden Missstände in der Branche könnten sie bei uns nicht finden, und entsprechend radikal sind die Vorschläge. Die grosse Mehrheit der Empfehlungen der Tyrie Commission sind von Regierung und Parlament übernommen worden und – zusammen mit den Empfehlungen der Vickers Commission für strukturelle Reformen zur Abschottung («ringfencing») der systemrelevanten Funktionen vom riskanten Handel der Investmentbanken – mit dem **Financial Services (Banking Reform) Act** vom 18. Dezember 2013 Gesetz geworden¹¹. Ich greife hier nur und erst noch summarisch die Massnahmen zur persönlichen Verantwortlichkeit und den Sanktionen heraus:

Die Tyrie Commission geht vom Befund aus, dass zu viele Banker, vor allem auf der obersten Stufe, in einem Umfeld mit **ungenügender persönlicher Verantwortlichkeit** operierten. Sie entzogen sich der Verantwortung für desaströse Vorfälle oder Praktiken unter ihrem Kommando durch den Verweis auf **Nichtwissen** oder versteckten sich hinter **kollektiven Entscheidprozessen** in komplexen Grossorganisationen mit Corporate Governance-Strukturen, die eher **potemkinschen Dörfern** glichen, welche eine effektive Kontrolle und Überwachung nur vorspiegelten. Daraus werden Massnahmen abgeleitet, um die **persönliche Verantwortung zu verwirklichen**¹²:

- Ein sog. **Senior Persons Regime** für die Spitzenorgane, mit welchem alle **Schlüssel-Verantwortungen einzelnen Individuen präzise zugeordnet** werden. Als Senior Persons gelten vorweg alle Mitglieder des Verwaltungsrats und der obersten Geschäftsleitung sowie einige weitere von der Bank zu bezeichnende Schlüsselpersonen sowohl für prudentielle Aufgaben wie auch für Verhaltensregeln (z.B. Produktegestaltung und

¹⁰ Abrufbar unter: <www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/professional-standards-in-the-banking-industry/news/changing-banking-for-good-report/>, siehe v.a. die Teile Summary sowie Conclusions and recommendations.

¹¹ HM Treasury News story, abrufbar unter: <www.gov.uk/government/news/banking-reform-act-becomes-law>.

¹² Tyrie Commission report, Conclusions and recommendations, Chapter 6 and 7.

Vertrieb). Das dürfte in etwa dem schweizerischen Kreis der bankengesetzlichen Gewährsträger entsprechen. Wenn eine Senior Person ihre Aufgabe abgibt, hat sie eine Art **Übergabeprotokoll** (handover certificate) zu erstellen, mit dem sie die bisherige Erfüllung ihrer Aufgaben beschreibt und zuhänden des Nachfolgers kritische Punkte festhält. Die Senior Persons sollen auch dann **verantwortlich bleiben**, wenn sie Kompetenzen delegiert haben oder Entscheide einem kollektiven Beschluss unterstanden. Wenn gegen die Bank im Falle eines groben Versagens erfolgreich ein Enforcement-Verfahren durchgeführt wurde, muss die zuständige Senior Person den Nachweis erbringen, dass sie alle vernünftigen Schritte zur Verhinderung oder Milderung der Auswirkungen des Versagens unternommen hat. Es erfolgt also eine **Umkehr der Beweislast für aufsichtsrechtliche Sanktionen** gegen leitende Organe wie Bussen, Aktivitätsbeschränkungen und Berufsverbote. Diese **formalisierte Verantwortung** erinnert an eine **extremere Variante**, die wir in der **EBK** ein paar Jahre vor der Finanzkrise aus derselben Frustration über Compliance-Fehler unterhalb der Gewährsträgerebene bei den Grossbanken diskutierten: Jede Bank sollte vorweg ein **verantwortliches Geschäftsleitungsmitglied als Sündenbock** bezeichnen, das für schwere Compliance-Verstösse die Verantwortung übernehmen und ausscheiden müsste. Wir haben diese Idee rasch wieder verworfen, weil wir uns ausrechneten, die Banken würden als Reaktion das gesteigerte Risiko des Winkelrieds mit entsprechend höherem Salär bzw. Abfindung vertraglich abgelenken und den **Schleudersitz** ohne nachhaltige Wirkung nach jedem Unfall mit neuen Opferlämmern besetzen. Die Tyrie Commission beugt der **finanziellen Abfederung** mit der Vorschrift vor, dass von Senior Persons im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung wegen «reckless misconduct» (siehe unten) in einem separaten aufsichtsrechtlichen Verfahren nicht nur die aufgeschobenen Vergütungen, sondern die ganze während der Periode ihres Fehlverhaltens erhaltene **Entlöhnung zurückgefordert** werden können. Es bleiben aber ernsthafte **Zweifel** an der Gerechtigkeit formalisierter Verantwortlichkeiten und der Effizienz des bürokratischen Aufwands. Letzterer wird noch erhöht durch den nächsten Reformpunkt.

- Das Senior Persons Regime wird ergänzt durch ein **Licensing Regime für andere Bankmitarbeiter**, deren Handlungen oder Verhalten die Bank, ihre Reputation oder ihre Kunden **schwer schädigen** könnte. Es ist weiter gefasst als das bisherige, offenbar nutzlose Approved Persons

Regime der vormaligen Financial Services Authority (FSA), um ebenso das Enforcement gegen untere Verantwortungsträger zu erleichtern. Diese **Licensed Persons** werden arbeitsvertraglich von der Bank auf von den Regulatoren noch zu erlassende **Banking Standards Rules**, die auch für die Senior Persons gelten, verpflichtet und müssen von der Bank instruiert und überwacht werden. Immerhin müssen die Licensed Persons – anders als Senior Persons – von den Aufsichtsbehörden nicht auch noch vorgängig geprüft und bewilligt werden, sondern die Bank trägt dafür die Verantwortung. Beide Kategorien werden alsdann in einem zentralen öffentlichen **Register** eingetragen. Das erinnert fatal an das vom Eidg. Finanzdepartement verfolgte **FIDLEG-Projekt** mit seiner Aus- und Weiterbildungspflicht sowie Registrierungspflicht für Kundenberater des Finanzbereichs.¹³

- Für Senior Persons wird der **Straftatbestand des «reckless misconduct»** – frei übersetzt: grobfahrlässiges, rücksichtsloses, unverantwortliches Fehlverhalten – eingeführt, bedroht mit **Gefängnisstrafe** von bis zu **sieben Jahren** und / oder unlimitierter Busse. Die verantwortliche Führungsperson wird bestraft, wenn die Bank durch ihre Handlungen oder Unterlassungen versagt («**failed**»), was **mehrdeutig** zu verstehen ist als **Zahlungsunfähigkeit** bzw. substanzielle Kosten für die **Steuerzahler** oder bleibende Konsequenzen für das **Finanzsystem**, aber auch bei grossem **Kundenschaden** z.B. durch den massenweisen Vertrieb toxischer oder unnützer Produkte an Kleinkunden.¹⁴ Für die **subjektive Strafbarkeit** ist erforderlich, dass das Verhalten der Senior Person **weit unter dem Standard** lag, der vernünftigerweise in ihrer Position erwartet werden durfte und sie sich überdies des **Risikos bewusst** war, dass ihr Verhalten zum Versagen der Bank führen könnte.¹⁵ Der Straftatbestand soll

¹³ Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) – Stossrichtungen möglicher Regulierung, Hearingbericht des EFD vom 18.2.2013, abrufbar unter: <www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31589.pdf>.

¹⁴ Lloyds Bank z.B. musste über die letzten Jahre total 10 Milliarden £ für den missbräuchlichen Verkauf von Finanzprodukten an Kleinkunden zurückzahlen, NZZ vom 14.2.2014, S. 34.

¹⁵ Section 36 «Offence relating to a decision causing a financial institution to fail», abrufbar unter: <www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/33/section/36/enacted>; HM Treasury, Financial Services (Banking Reform) Bill, Government Amendements: criminal sanction, briefing for Peers, October 2013; Tyrie Commission report, Conclusions and recommendations, Para. 243-236, abrufbar unter: <www.gov.uk/government/uploads/>

- also nur auf die schwersten Fälle – gewissermassen die **grossen Fische** oder Fat Cats – und nicht vor allem auf kleinere Banken angewendet werden, wo der Nachweis der individuellen Verantwortlichkeit leichter falle, aber auch das Schadenspotential viel geringer sei.
- Wie in jeder politischen Debatte üblich, widmet die Tyrie Commission ihre Aufmerksamkeit schliesslich auch dem **Entlöhnungssystem** für Senior Persons und Licensed Persons, das sie unter dem Motto von **Anreizen für besseres Verhalten** einer radikalen Reformkur unterziehen möchte. Ziel eines neuen Remuneration Code müsse es sein, ein längerfristiges Gleichgewicht zwischen Geschäftsrisiken und Belohnung herzustellen. Da man sich in Bonusdiskussionen endlos verlaufen kann, hier nur stichwortartig die Vorschläge:¹⁶
 - Ein wesentlich höherer Anteil **aufgeschobener** Vergütungen, und in vielen Fällen auch für deutlich **längere Perioden** von bis zu **zehn Jahren**, was mein Favorit Andrew Haldane mit Blick auf die längeren Risikozyklen schon früher gefordert hatte.¹⁷
 - Mehr aufgeschobene Vergütungen in Form von Instrumenten wie Bail-in Bonds, welche den **langfristigen Erfolg** und die **finanzielle Gesundheit** (soundness) bevorzugt behandeln; unsere Grossbanken tun dies mit bedingten Pflichtwandelanleihen (sog. CoCo Bonds), was zu begrüessen ist, wenn auch diese innovativen Finanzinstrumente wiederum unbeabsichtigte Wirkungen haben könnten.¹⁸
 - Ein zu enges **Mass für die Bankprofitabilität** als Basis für die Entlöhnung ist zu vermeiden, mit besonderer Skepsis gegenüber der **Eigenkapitalrentabilität** (return on equity).
 - Verwirkung von Ansprüchen auf aufgeschobene Vergütungen bei individuellem oder breiterem Fehlverhalten oder bei Rückgang der Profitabilität der Gesamtbank oder eines Geschäftsbereiches.

system/uploads/attachment_data/file/245758/HoL_Policy_Brief_-_Criminal_Sanctions.pdf>.

¹⁶ Tyrie Comission, Summary und Conclusions and recommendations, Chapter 8, Para. 153-180.

¹⁷ ANDREW HALDANE, Financial arms races, 24.4.2012, abrufbar unter: <www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/speeches/2012/speech565.pdf>.

¹⁸ Cash News vom 24.2.2014, Coco Bonds als Boni für CS-Banker, abrufbar unter: <www.cash.ch/news/alle-news/cocobonds_als_boni_fuer_csbanker-3165290-448>.

PETER BÖCKLI, CoCos, Write-offs: Eigenkapitalbeschaffung mit dem Zauberstab, SZW 3/2012, S. 181 ff.

- Wenn eine Bank **direkte Beihilfe durch die Steuerzahler** benötigt, können den Senior und Licensed Persons ihre Ansprüche auf **aufgeschobene Vergütungen, verfallbare Pensionsansprüche und Abfindungen entzogen** werden. Das entspricht der Stossrichtung der **Lex UBS** (Art. 10a BankG), wonach der Bundesrat im Falle der direkten oder indirekten Beihilfe des Bundes an eine systemrelevante Bank die **Auszahlung variabler Vergütungen** ganz oder teilweise **verbieten** sowie Anpassungen des Vergütungssystems verlangen kann und die Banken entsprechende vertragliche Vorbehalte vorsehen müssen.

3. § 54a: Strafbestimmung im deutschen Kreditwesengesetz

Der deutsche Gesetzgeber hat 2013 durch das sog. «Trennbankengesetz» im Kreditwesengesetz (KWG)¹⁹ die **Aufgaben der Geschäftsleiter zum Risikomanagement** im Rahmen ihrer Gesamtverantwortung für die ordnungsgemässe Geschäftsorganisation eines Kreditinstituts in § 25c Abs. 4a detailliert umschrieben. Damit erfolgte ein gesetzliches Upgrade der bisher bloss in einem Rundschreiben der Aufsichtsbehörde BaFin aufgestellten «Mindestanforderungen an das Risikomanagement» (MaRisk). Die persönliche Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter für eine Verletzung der Risikomanagementpflichten wird durch die neue **Strafbestimmung des § 54a KWG** untermauert. Danach wird ein Geschäftsleiter bzw. Vorstandsmitglied bei Vorsatz mit **Freiheitsstrafe** bis zu **fünf Jahren** oder Geldstrafe bestraft, wenn dadurch eine «**Bestandesgefährdung** des Kreditinstituts, des übergeordneten Unternehmens oder eines gruppenangehörigen Instituts herbeigeführt wird» (Abs. 1); bei Fahrlässigkeit droht eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe (Abs. 2). Der Täter ist allerdings nur strafbar, wenn ihm die **BaFin** vorgängig eine «Beseitigung des Verstosses [...] aufgegeben hat, der Täter dieser vollziehbaren **Anordnung zuwiderhandelt** und hierdurch die Bestandesgefährdung herbeigeführt hat.» Der im Juristendeutsch verfasste Straftatbestand hätte vereinfacht auch heißen können: «Missachtet ein Geschäftsleiter die Risikomanagementaufgaben des § 25c, beseitigt er den Ver-

¹⁹ Abrufbar unter: <www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Aufgaben/Bankenaufsicht/Gesetze_Verordnungen_Richtlinien/gesetz_ueber_das_kreditwesen_kwg.pdf?ns=true&https=1&__blob=publicationFile>.

stoß trotz Anordnung der BaFin nicht und bringt sein Institut hierdurch in existentielle Gefahr, so muss er mit persönlichen Strafen rechnen.»²⁰

Die Einführung der neuen Strafnorm wurde fast durchgängig **kritisiert**. Die wesentliche Schwäche des Tatbestandes liege darin, dass er als Blankettnorm nicht auf Regeln, sondern viel unbestimmtere Organisationsprinzipien verweise, womit der Tatbestand für eine Strafnorm **nicht hinreichend bestimmt** sein dürfte.²¹ Weil der Gesetzgeber die Problematik der Unbestimmtheit der Strafnorm erkannt habe, sei die **Anordnungsbefugnis der BaFin dazwischengeschaltet** worden, welche die komplexen Organisationspflichten durch einen rechtskräftigen Verwaltungsakt konkretisieren muss. Damit hänge aber die Strafbarkeit vom Ermessen der Aufsichtsbehörde ab, was mit der **Gewaltenteilung nicht zu vereinbaren** sei.²² Mir scheint aus aufsichtsrechtlicher Sicht eher das Konstrukt problematisch, dass die BaFin für den Erlass einer Verfügung zuerst einmal **erkennen müsste, dass das Risikomanagement ungenügend** ist. Daran hat es aber vor der Finanzkrise im Falle der UBS und einer Reihe ausländischer Banken eben gerade bei allen beteiligten Aufsichtsbehörden gefehlt. Und wenn Mängel trotzdem rechtzeitig erkannt werden, dann wäre doch der Erlass einer Verfügung zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG), unter der ernst zu nehmenden **Androhung des Bewilligungsentzuges** (Art. 37 FINMAG) bzw. der Entfernung säumiger Gewährsträger sowie der (allerdings geringen) Strafe für Missachten von Verfügungen der FINMA (Art. 48 FINMAG) zielführender als eine nachträgliche Freiheitsstrafe zur Beruhigung der Volksseele.

²⁰ SVEND REUSE, FCH Blog vom 25.9.13, KWG und Strafrecht: Auswirkungen des neuen §54a KWG-E auf die Risikosteuerung nach MaRisk, abrufbar unter: <blog.fc-
heidelberg.de/2013/09/20/kwg-und-strafrecht-auswirkungen-des-neuen-§54a-kwg-e-
auf-die-risikosteuerung-nach-marisk/>. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 18.1.2014,
Neues Gesetz kann Bankvorstände hinter Gitter bringen.

²¹ TOBIAS EGGERS in: Szesny / Kuthe (Hrsg.), Kapitalmarkt Compliance, 2014, Kapitel 29
Ziff. 2, S. 958 ff., insbes. Rz. 33.

²² EGGERS, a.a.O., Rz. 56.

III. Sanktionen gegen Banken als Unternehmungen

1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Banken

Zum schweizerischen **Unternehmensstrafrecht von Art. 102 StGB** und seiner Anwendung auf Banken will ich mich angesichts viel kompetenterer Referenten an dieser Tagung nicht äussern. Mir reichte schon der kritische Befund eines erfahrenen Zürcher Wirtschafts-Staatsanwaltes: **symbolisch statt praxistauglich**.²³ Das ist natürlich nicht ideal, aber wenigstens droht **kein Overkill**, weil sich bei einer Anklageerhebung jedermann sagen wird, da werde ohnehin nichts rausschauen.

Was uns nämlich mehr beunruhigen muss, ist das **zerstörerische Potential** von Strafanklagen gegen Unternehmen in den **USA**, das uns bekanntlich im Falle **UBS** am 18. Februar 2009 zur Kundendatenherausgabe zwecks zweiter Notrettung dieser systemrelevanten Bank veranlasste und auch Hintergrund für das wenig erfreuliche **US Tax Program** für die übrigen Schweizer Banken ist. Das Ende der 272-jährigen Bank **Wegelin & Co.** zeigte exemplarisch, dass eine Bank auch ohne US-Niederlassung von Uncle Sam – wie Terroristen im Hindukusch mit einer fernbedienten Drohne – selbst im Schweizer **Reduit** zur Aufgabe der Banktätigkeit gezwungen werden kann, weil ihr der Schnauf vor der gerichtlichen Beurteilung ausgeht.²⁴ Die Prüfungsgesellschaft **Arthur Andersen** wurde drei Jahre nach der Anklageerhebung wegen Justizbehinderung durch Aktenvernichtung i.S. Enron vom obersten Gericht wegen Verfahrensfehlern freigesprochen. Aber da war sie schon längst tot und das vormalige Oligopol der Big Five um einen weiteren Wettbewerber gekürzt.²⁵ Die US-Strafdrohung gegen Unternehmen ist offensichtlich **sehr effizient**, aber ich wünsche mir für die Zwecke der Finanzmarktregulierung keine derart **unverhältnismässige, rechtsstaatlich bedenkliche**

²³ MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Unternehmensstrafnorm: Symbolisch statt praxistauglich, plädoyer 5/13, S. 29 ff.

²⁴ PETER NOBEL, Zum Fall Wegelin, SZW 6/2013, S. 529 ff.

²⁵ DANIEL ZUBERBÜHLER, Oligopol der Prüfungsgesellschaften als Aufsichtsproblem, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 795 ff., insbes. S. 799 u. 815; Indictment des DoJ vom 7.3.2002, abrufbar unter: <news.findlaw.com/hdocs/docs/enron/usandersen030702ind.html>; New York Times vom 31.5.2005, Justices Unanimously Overturn Conviction of Arthur Andersen, abrufbar unter: <www.nytimes.com/2005/05/31/business/31wire-andersen.html?ex=1275192000&en=81116419b16d4140&ei=5090&partner=rssuserland&emc=rss&_r=0>.

Waffe. Also nicht nur für Banker, sondern auch für Banken lieber **keine unfaire Todesstrafe**, und sei es auch nur durch Aushungern anstatt Aufhängen am Galgen. Da ziehe ich den **aufsichtsrechtlichen Bewilligungsentzug** vor: er hat zwar bei Banken auch die Liquidation zur Folge, aber in einem rechtsstaatlich korrekten Verfahren und bei Insolvenzgefahr kombiniert mit Schutzmassnahmen, Sanierungsverfahren oder Konkursliquidation.²⁶

2. Bussen-Wettrüsten gegen grosse Finanzinstitute

Wie wir vorher gesehen haben, fällt die Zurechnung individueller Verantwortlichkeiten in grossen, komplexen Organisationen vor allem bei den obersten Organen schwer. Also behilft man sich mit **Vermögenssanktionen gegen grosse Banken** (und andere Unternehmen), um für die vor oder während der Finanzkrise begangenen und teilweise erst später aufgedeckten Sünden doch noch Sühne und Abschreckung für die Zukunft zu erreichen. In der **Finanzkrisenbewältigung** sind wir damit in die **Endphase** gelangt, die noch andauern kann: 1. Krisenmanagement und Notoperationen; 2. Systemstabilisierung durch Geldmengenausweitung der Zentralbanken und staatliche Konjunkturbelebung (gefolgt von Staatsschuldenkrisen und ihrer Bekämpfung, v.a. in der Eurozone);²⁷ 3. Auswechslung von Führungspersonal, organisatorische Korrekturmassnahmen (remediation) und De-Leverageing von Banken; 4. Ursachenanalyse und Re-Regulierung; 5. Umsetzung neuer Regulierungen und Wiederaufbau. 6. folgt jetzt eine **nachträgliche Umverteilung der Krisenverluste** vom Staat oder geschädigten Anlegern zu den Banken. Zur Umverteilung gehören auch die v.a. in den USA gebräuchlichen **zivilrechtlichen Schadenersatzklagen** privater oder staatlicher Investoren oder Gegenparteien, die selbständig oder im Sog behördlicher Enforcement-Aktionen lanciert werden.

Die **Sieger der Finanzkrise** können dabei nachträglich auch zu **Verlierern** werden, wie sich am Beispiel der desaströsen **Subprime** Hypotheken-Verbriefungen zeigt: Banken, welche vor dem Marktzusammenbruch die toxischen Papiere **erfolgreich verkauft** und dank **besserer Einschätzung der Risiken Verluste** durch Herunterfahren der eigenen Handelsbestände **ver-**

²⁶ Art. 23^{quinquies} i.V.m. Art. 25 ff. BankG.

²⁷ Der geldpolitische Exit und der Staatsschulden-Abbau stehen noch bevor, vgl. AYMO BRUNETTI, Wirtschaftsaufschwung – wie lange?: Krisenbewältigung vor der schwierigeren zweiten Hälfte, NZZ vom 14.2.2014, S. 37.

mieden hatten, sehen sich nun mit dem **Vorwurf** konfrontiert, unschuldige Anleger und Gegenparteien **betrogen** zu haben. Und wer wie die grössten US-Banken **J.P. Morgan** und **Bank of America** in der Krise **insolvente Banken** mit behördlichem Segen und teils finanzieller Unterstützung zu einem vermeintlichen Schnäppchenpreis **übernommen** hatte, zahlt nun auch für Fehler der übernommenen Zombie-Banken.²⁸ Geradezu frivol erscheint, wenn 18 Banken von der Federal Housing Finance Agency (FHFA) für Verluste der vom US-Staat mit 187 Milliarden USD geretteten Hypothekenfinanzierer **Fannie Mae und Freddy Mac** mit Forderungen von total 200 Milliarden USD belangt werden. So stimmte u.a. die **UBS**, die ja zu den unmittelbaren Krisenverlierern gehörte und selber an den auf der eigenen Bilanz zurückbehaltenen toxischen Papieren fast zugrunde ging, der Zahlung von 885 Millionen USD für Verkäufe von Retail-Hypotheken-Verbriefungen zwischen 2004 und 2007 zu.²⁹ Exakt denselben Betrag zahlte die Credit Suisse an die FHFA³⁰. Die Bank of America musste sogar 9.5 Milliarden USD für Fannie Mae und Freddy Mac hinblättern und zahlte insgesamt 50 Milliarden USD für Rechtsstreitigkeiten um diverse Hypothekenspapiere³¹. Die beiden gigantischen Government Sponsored Entities sind indessen **keine unschuldigen** Witwen und Waisen, sondern hätten als marktbeherrschende Institute am besten wissen müssen, was sie da an Schrott zusammenkauften oder garantierten. US-Kollegen halten dem entgegen, die Verkäufer hätten eben ver-

²⁸ J.P. Morgan hatte während der Krise die maroden Bear Stearns und Washington Mutual übernommen. Allein für Retail Mortgage Backed Securities, wovon gemäss dem DoJ 33 Milliarden USD niemals an Investoren hätten verkauft werden dürfen, musste J.P. Morgan in einem Vergleich mit dem DoJ in die Zahlung von 13 Milliarden USD einwilligen, wovon der grössere Teil auf die übernommenen Institute entfiel, Wall Street Journal vom 19.11.2013, J.P. Morgan, US. Settle for \$ 13 billion, abrufbar unter: <online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304439804579207701974094982>; NZZ vom 28.10.2014, S. 17. Bank of America einigte sich auf die Bezahlung von 8.5 Milliarden USD für Subprime-Hypotheken der von ihr übernommenen Countrywide Financial Corp.; Reuters, 31.1.2014, Court approves Bank of America's \$ 8.5 billion settlement, abrufbar unter: <www.reuters.com/article/2014/01/31/us-bankofamerica-mbs-settlement-idUSBREA0U1FH20140131>.

²⁹ Federal Housing Finance Agency Media Release, 25.7.2013, FHFA announces Settlement with UBS, abrufbar unter: <www.fhfa.gov/Media/PublicAffairs/Pages/FHFA-Announces-Settlement-with-UBS.aspx>.

³⁰ NZZ vom 22.3.2014, S. 31.

³¹ NZZ vom 17.4.2014, S. 31.

traglich die einwandfreie Qualität zugesichert und müssten nun dafür ein-
stehen, dass sie Fannie und Freddy getäuscht hätten.

Aber es waren nicht nur die Subprime Hypotheken, wofür den Banken
nachträglich von Behörden und Schadenersatzklägern eine gesalzene
Rechnung präsentiert wird. Hinzugekommen sind **Milliarden an Bussen,
Gewinneinziehungen** (disgorgement of profits) und **Schadenersatzleis-
tungen für andere schwere Compliance-Verstöße**: Sanktionsbestim-
mungen, Korruption, Geldwäscherei, Wettbewerbsrecht, Vertrieb nutzloser
Finanzprodukte, Leitzinsmanipulationen (LIBOR etc.) und demnächst
Devisenkursmanipulationen. **J.P. Morgan**, welche die Krise ohne einen
einzigsten Quartalsverlust erfolgreich gemeistert hatte, zahlte allein im Jahre
2013 22 Milliarden USD zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten (inkl.
Subprime); sie erzielte trotzdem noch einen Jahresgewinn von fast
18 Milliarden USD.³² Inbegriffen sind auch Bussen von insgesamt
920 Millionen USD, welche die Bank an britische (FCA) und amerikanische
Finanzaufseher (OCC, Federal Reserve Bank, SEC) bezahlte für Kontroll-
mängel und «unsound practices» bei riskanten Derivatgeschäften ihres
Central Investment Office in London, mit welchen der Händler Bruno Iksil –
Übernahme «**London Whale**» – der Bank 2012 einen Handelsverlust von
6.2 Milliarden USD eingebracht hatte.³³ Für den **LIBOR-Skandal** bezahlte
die **UBS** Geldstrafen und Gewinneinziehungen in den USA, UK und der
Schweiz von insgesamt 1.4 Milliarden Franken, wovon allein die US-
Behörden (DoJ, Commodity Futures Trading Commission) 1.2 Milliarden
USD für sich beanspruchten.³⁴ Wenn man bedenkt, dass die Zins-
manipulationen vor allem in Tokyo, London und Zürich-Opfikon erfolgten,
ging die Beute eindeutig ins **falsche Land**, aber die US-Behörden haben eben
keine extraterritorialen Hemmungen. Einer Busse von 2.5 Milliarden € für
Verletzung des **EU-Wettbewerbsrechts** entging die UBS (wie auch Barclays)
nur dank der Kronzeugenregelung. Acht Banken wurden von der EU-
Kommission mit insgesamt 1.7 Milliarden € gebüsst,³⁵ am höchsten die

³² NZZ vom 15.1.2014, S. 27, und vom 25.1.2014, S. 33.

³³ The Telegraph, 19.9.2014, JP Morgan fined \$ 920 m over «London Whale» scandal.

³⁴ UBS-Medienmitteilung vom 19.12.2014, abrufbar unter: <www.ubs.com/global/de/about_ubs/media/switzerland/releases/news-display-media-switzerland.html/de/2012/12/19/20121219a.html>.

³⁵ Tages Anzeiger vom 4.12.2013, abrufbar unter: <www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/LiborSkandal-UBS-entgeht-Busse-vonbr-25-Milliarden-Euro/story/24331610>.

Deutsche Bank mit 725 Mio. €, wobei alle Sünder Rabatte für ihre Verfahrens-Kooperation erhielten.

Es findet also ein eigentliches **Wettrüsten der Aufseher und Strafverfolger um immer höhere monetäre Sanktionen** statt, die auf dem Wege des **Vergleichs** (settlement) von grossen Banken herausgepresst und von den US-Gerichten meist abgesegnet werden.³⁶ Die **Behörden** gehen dabei **international koordiniert** vor, indem sie zumindest ihre **Untersuchungen** und die **Kommunikation** des Verfahrensabschlusses aufeinander abstimmen. Das ist bei grenzüberschreitenden Verstössen global tätiger Institute an sich zu begrüssen, aber angesichts konkurrierender sachlicher und geographischer Zuständigkeiten kommt es unweigerlich zu einer **kumulativen Bestrafung**. Insbesondere die **US-Behörden**, von denen es im historisch gewachsenen, fragmentierten Finanzmarktaufsichtssystem viel zu viele gibt, stehen in einem andauernden **Kompetenz-Wettbewerb** (turf battle) und sie sind auch individuell die stärksten Treiber der Bussenspirale. Immerhin kann man ihnen nicht vorwerfen, dass sie nur ausländische Banken zur Kasse bitten. Was sind die **Beweggründe für das Sanktionswettrüsten?**

- **Deklariertes Ziel** ist die **Bestrafung** für vergangenes Fehlverhalten von Unternehmen sowie die **Abschreckung** gegen zukünftiges Fehlverhalten bzw. monetäre Anreize für präventive Massnahmen der Unternehmensleitungen («get the attention from boards and CEOs»).
- Unter dem **öffentlichen Erwartungsdruck** können empfindliche Sanktionen gegen eine unpopuläre, überbezahlte und in den USA wieder sehr profitable Branche nicht hoch genug sein, zumal wenn die Bürger unter einschneidenden Sparprogrammen zur Sanierung des defizitären, hoch verschuldeten Staatshaushaltes und hoher Arbeitslosigkeit leiden («Main Street vs. Wall Street»).
- Für die **Behörden** fördern schlagzeilenträchtige Bussen den **Ruf als harte Aufseher**, womit sie den Vorwurf früherer Laxheit und zu grosser Branchennähe (regulatory capture) kompensieren können. Happpige Verfahrenserfolge fördern ebenso die **Karriere von leitenden Beamten und Staatsanwälten**, vor allem wenn sie wie in den USA politisch gewählt werden oder in besser bezahlte Positionen des Privatsektors wechseln wollen (revolving door). Als Nebeneffekt lassen sich die defizitären

³⁶ 95% der Gerichtsfälle, angestrengt vom US-Staat, endeten mit Vergleichen, vgl. NZZ am Sonntag vom 16.2.2014, S. 39.

Staatsfinanzen durch Bussen-Einnahmen und Schadenersatz aufpolieren. Durch die vergleichsweise Erledigung mit einem Unternehmen können knapp dotierte Behörden sodann **Aufwand und Verfahrensrisiken begrenzen**. Man erspart sich die mühsame Suche nach individuell verantwortlichen Personen, die sich eventuell erst noch verzweifelt zur Wehr setzen. Und dank der vergleichweisen Erledigung wird auch der **Overkill** einer formellen Strafanklage gegen eine systemrelevante Bank vermieden. Hinzu kommt der vorerwähnte nationale und internationale **Wettbewerb unter Behörden**: da muss jede Behörde ihr Revier markieren und sich im Hyänenrudel ihren Anteil an der Beute holen.

Indessen bestehen ernste **Zweifel an der Zielerreichung der Bussenspirale**

- Der **Fokus auf Unternehmen schwächt die individuelle Verantwortung**, weil aus der Unternehmenskasse bezahlt wird und die Wahrscheinlichkeit sinkt, individuell belangt zu werden.
 - Eine **Altlasten-Bereinigung** schädigt den Ruf des aktuellen Managements nicht (schuldig sind die Vorgänger: «blame it on previous management»), oder wenn es noch mitverantwortlich war, kann es das Unternehmen und sich selbst ohne persönliches Schuldeingeständnis mit der Busse als geläutert darstellen («Wir haben die Lehren gezogen und unsere Bank ist heute ein ganz anderes Unternehmen»).
 - Wenn sich der Vorgang indessen häufig wiederholt, beschleicht uns ein böser **Verdacht**: Die **ordentlichen Gewinne von heute werden zu den Altlasten von morgen**, die von den Nachfolgern ebenso als ausserordentlicher Verlust bzw. Sonderfaktoren schönfärberisch ausgeklammert werden («bereinigtes» Ergebnis). Oder mit anderen Worten: **Operationelle Risiken** aus Regelverstössen und darauf folgende exorbitante monetäre Sanktionen werden bei grossen Finanzinstituten zum **Normalzustand** (business as usual) und einkalkuliert.
 - Dank dem Ausblenden monetärer Sanktionen als Sonderfaktoren werden auch **Bonuszahlungen** bei einem Reinverlust ermöglicht, die durch das positive operative Ergebnis als leistungsgerecht begründet werden. So konnte J.P. Morgan ihrem CEO-Krisenveteranen Jamie Dimon für das durch Rekordbussen belastete (aber immer noch hoch profitable) Jahr 2013 einen Bonus von 18.5 Mio. USD in Form von Bezugsrechten ausrichten. Die UBS führte dieselbe Begründung für Boni von total 2.5 Milliarden Franken in dem u.a. wegen des LIBOR-Skandals mit einem ebenso hohen Reinverlust abgeschlossenen Jahr

2012 an. Immerhin wurden die LIBOR-Bussen für die Berechnung des Bonus-Pools der UBS-Konzernleitung nicht ausgeklammert; auch so reichte es im Durchschnitt pro Mitglied noch für eine Gesamtvergütung von 6.4 Mio. Franken.³⁷

- Wenn Gewinneinziehung und aufsichtsrechtliche oder gar strafrechtliche Bussen beim Unternehmen als geschäftsmässig begründeter Aufwand **von den Steuern abgezogen** werden können, **schmerzen** sie umso **weniger**. Dazu besteht in der Schweiz zwar keine einheitliche Praxis, aber zumindest lässt sich das Argument vertreten, bei einer vergleichsweisen Erledigung ohne Schuldeingeständnis sei die Zahlung zur Abwendung langwieriger Prozesse und noch grösseren Schadens geschäftsmässig begründet.³⁸ Aus schweizerischer Sicht besonders ärgerlich ist andererseits, wenn die **Bussenexzesse** in den USA **zulasten unserer Steuerzahler** mitfinanziert werden. Demgegenüber verzichtet die niederländische Rabobank freiwillig auf den Steuerabzug für ihre Strafzahlung von 774 Mio. € im LIBOR-Fall.³⁹ Es ist schon unerfreulich genug, dass die Grossbanken dank Verlustvorträgen (deferred tax assets) jahrelang keine Gewinnsteuern mehr bezahlen.⁴⁰
- Wenn hohe Bussen zum Normalfall werden, muss wie beim Drogenkonsum die **Dosis ständig erhöht** werden, um noch einen Effekt auf die Unternehmen und das Publikum zu erzielen. So wie man sich in der Finanzkrise auf Milliardenverluste einstellte, wird man sich auch an Milliardenbussen gewöhnen.
- Die **Kosten** der hohen Bussen und Schadenersatzleistungen werden aber von den **Aktionären** des Unternehmens getragen. Das ist zumindest gegenüber passiven Anlegern («buy and hold») wie Publikumsaktionären, Indexinvestoren oder Destinatären von Pensionskassen ungerecht, denn sie können die Unternehmensführung und die Compliance einer grossen Bank ja nicht direkt beeinflussen. Natürlich lässt sich einwenden, jeder Aktionär könne mit den Füßen abstimmen und Anlagen in Unterneh-

³⁷ NZZ vom 14.3.2013, abrufbar unter:
<www.nzz.ch/aktuell/wirtschaft/wirtschaftsnachrichten/ubs-boni-trotz-milliardenverlust-1.18046556>.

³⁸ NZZ vom 18.1.2014. PETER HONGLER / THOMAS MÜLLER, Können Banken US-Bussen von der Steuer absetzen?, Der Bund vom 26.2.2014, S. 10.

³⁹ NZZ vom 28.2.2014, S. 27.

⁴⁰ NZZ vom 5.2.2014, S. 15.

men mit derart hohen operationellen Risiken abstossen oder meiden. Es widerspricht aber dem prudentiellen Interesse an einer **hohen Eigenkapitalausstattung** vor allem der systemrelevanten Banken, wenn ihre Aktien für Anleger tabu werden. Wer wie ich (IV.1 hiernach) die Auffassung vertritt, unsere beiden Grossbanken seien immer noch massiv unterkapitalisiert, der kann sich über Rekordbussen oder fehlende Attraktivität ihrer Aktien keinesfalls freuen.

- Die moralische Argumentation der Behörden wird durch die Verfolgung **eigennütziger Motive** untergraben.

Jede Sanktion sollte schliesslich den Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** beachten. Wenn man als **Leitschnur** für eine Sanktion gegen ein Unternehmen die Maxime nimmt, dass sich ein Regelverstoss nicht lohnen darf, dann müsste sie sich an dem damit **erzielten Gewinn** ausrichten. Wie beim Metzger darf es auch noch ein bisschen mehr sein, damit das Unternehmen neben dem eingezogenen Reingewinn auch noch ein gewisses Verlustrisiko trägt. Dazu kommen natürlich noch die Verfahrenskosten der Behörden, die eigenen Parteikosten sowie die prudentiell gerechtfertigten Kosten eines zukunftsgerichteten Verbesserungsprogramms und der externen Kontrolle seiner Umsetzung. Davon haben sich die schlagzeilenträchtigen Rekordbussen jedoch **weit nach oben entfernt**, denn die meisten der beanstandeten Aktivitäten wiesen eine geringe Profitabilität auf. Da lobe ich mir die **verhältnismässige Verfügung der FINMA** vom 14. Dezember 2012 im Fall der UBS-LIBOR-Manipulationen, mit welcher in Anwendung von Art. 35 FINMAG die **Einziehung von Gewinnen** in der Höhe von 59 Millionen Franken angeordnet wurde, die durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt wurden.⁴¹ Weil in den Sanktionen anderer Behörden auch Gewinneinzahlungen enthalten sein könnten, ist eine Mehrfachbelastung nicht auszuschliessen. Aber wir wollen hier nicht kleinlich sein, denn mit einer blossen «Parkbusse» hätte sich die FINMA nur lächerlich gemacht. Jedenfalls habe ich es nie bedauert, dass der EBK oder FINMA **keine Befugnis für happige Vermögensstrafen** eingeräumt wurde, mit denen man sich obendrein nur Ärger mit der EMRK eingehandelt hätte.⁴²

⁴¹ FINMA-Medienmitteilung vom 19.12.2012, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/mm-ubs-libor-20121219.aspx>.

⁴² Vgl. HANSUELI SCHÖCHLI, Warum die FINMA die UBS nicht büssen kann, NZZ vom 22.12.2012, abrufbar unter: <www.nzz.ch/aktuell/wirtschaft/wirtschaftsnachrichten/warum-die-finma-die-ubs-nicht-buessen-kann-1.17905609>.

IV. Prudentielle Alternativen zu personellen oder monetären Sanktionen

Die Sanktionsdiskussion ist richtigerweise auf grosse, komplexe und meist international ausgerichtete Banken und ihre Organe ausgerichtet. Für **kleine und mittlere Banken** oder **untere Verantwortungsträger in Grossinstituten** braucht es **keine Verschärfung** des straf- oder aufsichtsrechtlichen Sanktionsarsenals. Und für national oder global systemrelevante **Grossbanken** sind die vorher aufgezeigten Ansätze für Sanktionen gegen leitende Organe oder das Unternehmen je nach Ausprägung zur Zielerreichung **untauglich, zu aufwendig bürokratisch, ungerecht, rechtsstaatlich bedenklich oder schlicht unverhältnismässig**. Mit Sanktionsdrohungen lassen sich weder zukünftige grosse Verluste und schwere Finanzkrisen ausschliessen⁴³ noch ernsthafte Regel-Verletzungen («shit happens») verhindern. Und selbst ein paar eingesperrte oder enteignete Spitzenbanker werden Milliarden Schäden nicht aufwiegen können. **Realistischer** ist es, mit **präventiven prudentiellen Mitteln** dafür zu sorgen, dass grosse Verluste von den Banken ohne Gläubiger- oder Systemgefährdung aufgefangen werden können und dass das Risiko schwerwiegender Fehler durch organisatorische Vereinfachung komplexer Organisationen herabgesetzt wird.

1. Viel mehr hartes Eigenkapital / Capital Punishment

Ich erwähne diesen zentralen Pfeiler der Bankenaufsicht und der Regulierung systemrelevanter Banken nur als mein ewiges **ceterum censeo** und will an diesem Ort nicht auf technische Details eintreten. Es soll die Feststellung genügen, dass die Schweizer Grossbanken nach voller Umsetzung des Too Big to Fail-Regimes Anfang 2019 weniger Eigenkapital werden halten müssen, als die 40 Milliarden Franken, welche die UBS während der Finanzkrise von Mitte 2007 bis Ende 2009 netto verloren hat, und dies erst noch dank staatlicher Rettung bei laufendem Geschäftsbetrieb. Im Liquidations- bzw. Abwicklungsfall hätte der Verlust ein Mehrfaches betragen, wie das Beispiel des Lehman Brothers-Konkurses zeigt. Die Milliarden-Verluste der UBS aus den im Nachgang zur Finanzkrise abgearbeiteten Rechtsstreitigkeiten sind im vorerwähnten Verlustbetrag nicht einmal eingerechnet. Die immer noch **viel zu knappe Eigenmitteldotierung** ist im Wesentlichen darauf zurückzu-

⁴³ Vgl. STRAUMANN, II.1 hiervor.

führen, dass die Grossbanken dank internen Modellen ihre risikogewichteten Anforderungen klein-rechnen können und die als Gegenmittel gedachte ungewichtete Höchstverschuldungsquote (Leverage Ratio) so tief angesetzt wurde, dass sie nicht greifen kann. Kommt hinzu, dass die erforderlichen Eigenmittel teilweise in Form tief-auslösender bedingter Pflichtwandelanleihen (Conditional Convertible Bonds, CoCos) gehalten werden dürfen, die eigentlich nur zur Finanzierung der Abwicklung (gone concern) gedacht sind, vergleichbar dem Reservefond für die Stilllegung und Entsorgung von Atomkraftwerken. Will man also sicherstellen, dass unsere Grossbanken ähnlich hohe Verluste wie die UBS in der letzten Finanzkrise ohne das hässliche Abwicklungsszenario absorbieren können, dann müsste die **Leverage Ratio auf mindestens 7-8%** ihres Gesamtengagements (sehr vereinfacht ausgedrückt: der Bilanzsumme) **verdoppelt** werden. Zudem müsste das Eigenkapital am besten in Form von **hartem Kernkapital** (Aktienkapital und offene Reserven) gehalten werden, weil nur dieses im laufenden Geschäftsbetrieb (going concern) voll und bedingungslos Verlust-tragend ist; bei sehr wohlwollender Betrachtung kann man auch in beschränktem Mass hoch-auslösende CoCos anrechnen. Diese Debatte wird im Rahmen der spätestens im Frühjahr 2015 gesetzlich vorgesehenen Überprüfung des Too Big to Fail-Regimes⁴⁴ zu führen sein.

Als **aufsichtsrechtliche Alternative zu hohen Bussen**, welche das Eigenkapital der Bank dezimieren und damit dem prudentiellen Interesse zuwiderlaufen sowie unschuldige Aktionäre bestrafen (vgl. III.2 hiervoor), ziehe ich ein **capital punishment** vor: nicht im ursprünglichen englischen Sprachgebrauch der (köpfenden) Todesstrafe, sondern des moderneren **Eigenkapitalzuschlages** für grosse Verluste oder schwere Compliance-Verstösse. Anstatt die Bank und ihre Aktionäre durch den Entzug von Eigenkapital zu **schwächen**, wird sie durch die aufsichtsrechtlich verfügte institutsspezifische Erhöhung der Eigenmittelanforderungen verpflichtet, entweder ihr **Eigenkapital zu erhöhen** oder ihre **riskantesten Aktivitäten zu reduzieren** und damit ihre **Verlustabsorptionsfähigkeit gestärkt**. Da es sich um **keine Strafe** handelt, muss die **Verschuldensfrage** ebenso wenig beantwortet werden wie bei den Bussen-Vergleichen. Es genügt die objektive Feststellung, dass die Bank bzw. die Leitung angesichts der Verluste oder Compliance-Verstösse offensichtlich ihre **Risiken nicht im Griff** hat und deshalb

⁴⁴ Art. 52 der Übergangs- und Schlussbestimmungen des BankG in der Fassung vom 30. September 2011.

ein **höheres Sicherheitspolster** benötigt. Die **Aktionäre** werden zwar auch nicht Freude haben an einem institutsspezifischen Eigenmittelzuschlag, weil er bei knapper Ausstattung die **Gewinn-Ausschüttung begrenzt**. Aber damit müssen sie sich im Interesse der eigenen Sicherheit (im Insolvenzfall verlieren sie alles), der Gläubiger und der Systemstabilität abfinden. Es gibt auch hier keinen «free lunch» und ein bisschen weh tun darf es allen. Und wenn es keine oder magere Dividenden gibt, müssten die Aktionäre zum fairen Ausgleich unter den Stakeholdern dafür sorgen, dass auch überhöhte **Saläre** der Banker, allen voran der Investmentbanker reduziert werden.

Ähnlich – aber mit anderer, aufgrund des geltenden Rechts solider Begründung – ging die FINMA vor, als sie der **UBS** im 3. Quartal 2013 einen temporären **Eigenmittelzuschlag von 50%** auf ihren risikogewichteten Aktiven für **operationelle Risiken** «*in Bezug auf bekannte oder unbekanntete Rechts-, Compliance- oder sonstige operationelle Risikobereiche*» auferlegte. Ihre Begründung – soweit sie aus der zerknirschten öffentlichen Erklärung der UBS⁴⁵ abgeleitet werden kann – bestand darin, dass das bankinterne Modell (Advanced Measurement Approach) zur Messung und Eigenmittelunterlegung operationeller Risiken in Anbetracht der bereits eingetretenen Verluste und der noch hängigen Rechtsstreitigkeiten die realen Risiken massiv unterschätzte. Die FINMA werde «*diesen Zuschlag periodisch im Hinblick auf mögliche Reduktionen überprüfen, abhängig von den vorgenommenen Rückstellungen sowie der Entwicklung der relevanten Rechtsfälle im Zeitverlauf*». Diese FINMA-Anordnung ist aufsichtsrechtlich also nur eine – absolut richtige und notwendige – **Korrektur eines zu tief kalibrierten institutsspezifischen Modells** für die regulatorische Eigenmittelberechnung, das von der Aufsichtsbehörde ja genehmigt und bei ungenügender Performance aufgrund von Back-Testing-Vergleichen oder Stresstests angepasst werden muss.⁴⁶ Das gehört zur Nahkampf-Waffe der Aufsichtsbehörden im Katz

⁴⁵ UBS-Medienmitteilung vom 29.10.2013 zur Publikation der Resultate des 3. Quartals 2013, abrufbar unter: <www.ubs.com/global/en/about_ubs/investor_relations/shared/quarterlies/2013/3q13/_jcr_content/par/columncontrol_3/col2/linklist/link.149241431.file/bGluay9wYXRoPS9jb250ZW50L2RhbS9zdGF0aWMvcXVhcnRlcmxpZXMvMjAxMy8zcTEzLzNMTMtbWVkaWEtcmVsZWZzS1kZS5wZGY=/3q13-media-release-de.pdf>.

⁴⁶ Desgleichen verfügte die FINMA im Jahre 2012 institutsspezifische Multiplikatoren auf den internen Modellen zur Eigenmittelunterlegung von Kreditrisiken (Internal Ratings Based Approach) für inländische Wohnbauhypotheken, um die Schönwettermodelle

und Maus-Spiel mit den Grossbanken um die Höhe ihrer schwindsüchtigen risikogewichteten Aktiven. Man könnte auch meine Idee aus den 90er-Jahren umsetzen, einen **generellen Eigenmittelzuschlag für alle US-Aktivitäten** unserer Banken – nicht nur der Grossbanken – zu verlangen, um den erhöhten operationellen Risiken von Geschäften in oder mit den USA bzw. US-Persons Rechnung zu tragen. Die Grundidee und Wirkung ist dieselbe wie beim Capital Punishment für riskantes oder regelwidriges Verhalten der Bank: Anstatt Bussen mehr Eigenkapital.

2. Organisatorische Vereinfachung / Komplexitätsreduktion

«**Cutting through complexity**», so lautet die Werbemarke der Prüf- und Beratungsgesellschaft KPMG, meines letzten Arbeitgebers vor der Pensionierung. Das Problem grosser, komplexer globaler Konzerne mit quer durch die vielen Rechtseinheiten und Regionen oder Länder verlaufenden Geschäftsbereichen sowie matrixartigen Befehls- und Kontroll-Strukturen oder auch der komplexen Portfolios, Transaktionen und Produkte ist nicht nur, dass es **für Sanktionen** schwerfällt, die **individuelle Verantwortlichkeit** für Fehlbeurteilungen von Risiken oder für Compliance-Verstösse zuzuordnen. Wenn man keine «Schuldigen» unter den leitenden Organen für ein Versagen findet, hat das auch damit zu tun, dass derart komplexe Kolosse gar **nicht mehr führ- und kontrollierbar** geworden sind. Oder mit anderen Worten: nicht nur too big to fail, sondern auch **zu gross und komplex, um von der Konzernleitung geführt, vom Verwaltungsrat kontrolliert und von den Regulatoren beaufsichtigt zu werden**. Anstelle bürokratisch-formalistischer bzw. kausalhaftungsähnlicher Zuordnung von Verantwortlichkeiten (II.2 und II.3 hiervoor) liegt eine **organisatorische Vereinfachung und strukturelle Kompartimentierung** komplexer Konzerne näher, damit sie wieder überschaubarer und damit besser führ- und kontrollierbar werden.

Die nationalen und internationalen Massnahmen zur verbesserten **Abwickelbarkeit** (resolvability) systemrelevanter Banken, die hier nicht näher darzustellen sind,⁴⁷ haben einen **anderen Hauptzweck**: Weil auch bei ange-

anhand von Stressszenarien nach oben anzupassen. Siehe FINMA-Jahresbericht 2012, S. 29 f.

⁴⁷ Dazu EVA HÜPKES, Resolution in an international context – what's new?, SZW 6/2013, S. 486 ff.; RETO SCHILTKNECHT, Das neue schweizerische Bankinsolvenzrecht, in:

messener Eigenmittelausstattung und verbessertem Risikomanagement Insolvenzen nie ausgeschlossen sind, sollen im Sinne der Schadensbegrenzung wenigstens die systemrelevanten, volkswirtschaftlich notwendigen und nicht kurzfristig ersetzbaren Funktionen der Bank erhalten und die übrigen Teile des Konzerns geordnet liquidiert werden, ohne dass die Steuerzahler zur Kasse gebeten werden. Dies bedingt – neben (nicht unproblematischen) Eingriffen in die Gläubigerrechte (Bail-in) und der bisher ungelösten grenzüberschreitenden Kooperation⁴⁸ – **präventive Eingriffe in die Konzernstruktur**, mit denen entweder die systemrelevanten Teile vom Rest des Konzerns organisatorisch und finanziell **abgeschottet** werden (ringfencing gemäss UK **Vickers** Commission) oder der riskante Handel der Investmentbank (EU **Liikanen** Commission) isoliert wird. Bildlich gesprochen wird im ersten Modell das Pferd (im Inland systemrelevante Einlagen, Kredite und Zahlungsverkehr) eingezäunt, damit es der Löwe (Investmentbank) nicht auffressen kann; im zweiten Modell wird der Löwe in den Käfig gesperrt, damit das Pferd unversehrt bleibt. In den **USA**, wo mit dem Glass-Steagall Act von 1933 bis Ende der 90-er Jahre das Trennbankensystem galt, wird der Löwe nicht eingesperrt, aber es werden ihm einige Zähne und Klauen gezogen durch ein **Verbot des Eigenhandels (Volcker rule)**. Alle Abgrenzungen sind äusserst anspruchsvoll und eröffnen den Banken ein neues Feld für regulatorische Arbitrage.⁴⁹ Überdies werden nicht nur in den **Herkunftsländern** strukturelle Eingriffe vorgenommen, sondern auch die **Gastländer** internationaler Bankkonzerne verlangen zusehends eine rechtliche Verselbständigung und eigenständige Eigenmittel- und Liquiditätsausstattung lokaler Einheiten (**Subsidiarisation**).⁵⁰

Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III, Schwerpunkt: Das neue Bankinsolvenzrecht, Zürich 2013, S. 57 ff.

⁴⁸ SERAINA GRÜNEWALD / ROLF H. WEBER, Bail-in: Zaubertrank oder Pandorabüchse der Bankensanierung?, SZW 6/2013, S. 554 ff.

⁴⁹ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 7.2.2014, Aufsicht lockert das Verbot des Bankeneigenhandels – Amerikanische Banken erreichen erste Korrekturen an der neuen Volcker-Regel.

⁵⁰ Vgl. Credit Suisse Pressemitteilung vom 21.11.2013, Die Credit Suisse Group gibt Programm für die Anpassung ihrer Rechtsstruktur bekannt, abrufbar unter: <www.credit-suisse.com/upload/news-live/42229_1002.pdf>; Credit Suisse, Fourth Quarter and Full-Year 2013 Results, Presentation to Investors, 6.2.2014, Slide 36: Proposed evolution to Credit Suisse legal entity structure, abrufbar unter: <www.credit-suisse.com/investors/doc/csg_4q2013_slides.pdf>. Board of Governors of the FRB Press Release 18.2.2014, Federal Reserve Board approves final rule strengthening supervision and

Als **Nebeneffekt der organisatorisch-strukturellen Massnahmen** (Abschottung, Subsidiarisation, Eigenhandelsverbot) werden die einzelnen Geschäftsbereiche und die rechtlichen Einheiten wieder **besser überschaubar und einfacher führ- und kontrollierbar**. Ebenso kann die **Investmentbank**, wenn sie eigenständig kapitalisiert und refinanziert werden oder den Eigenhandel aufgeben muss, ein **weniger grosses und komplexes Geschäft** betreiben, als wenn sie vom Konzern grosszügig alimentiert wird. Den gleichen Effekt haben die neuen Eigenmittelvorschriften von **Basel III**, welche das Handels- und Derivatgeschäft stärker belasten und damit **weniger rentabel** machen, was unsere Grossbanken zur Reduktion vor allem des Zinsgeschäfts (Fixed Income) ihrer Investmentbanken veranlasste. Immerhin sei illusionslos angemerkt, dass die **Abschottungsdoktrin vielleicht** auch nur eine **Modeerscheinung** ist, die nach der nächsten Finanzkrise wieder umgekrempelt wird, weil man zum Schluss kommt, ein globaler Konzern mit vielen selbständigen Einheiten erschwere eine zentrale Steuerung und Kontrolle. Erinnert sei an eine Phase vor der Finanzkrise 2008, wo wir als Aufseher den Grossbanken im Stammhaus Erleichterungen von den Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften für konzerninterne Finanzierungen an Tochtergesellschaften in G10-Ländern (sog. G-10 Relief) gewährten, um eine **zentrale Tresorerie** zu ermöglichen, in der unerfüllten Erwartung, das Stammhaus könne so den Löwen Investmentbank und die sonstigen Töchter besser zähmen. Das war kreuzfalsch, weil die Ausnahmen primär die Kapitalisierung des im Inland systemrelevanten und damit besonders schützenswerten Stammhauses schwächten. Dieser Fehler wurde nun sogar in letzter Minute im Parlament in der Too Big to Fail-Vorlage festgeschrieben.⁵¹ Das Argument der zentralen Steuerung an sich war indessen plausibel, nur wurde es vor allem von der UBS zur verhängnisvollen Expansion der Investmentbank missbraucht. Man könnte bei der nächsten Krise auch ernüchert feststellen, dass konzerninterne Abschottungsmassnahmen die Abwicklung zwar etwas erleichtern, aber den **faktischen Beistandszwang** in der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns nicht aufzuheben vermögen.

regulation of large U.S. bank holding companies and foreign banking organizations, abrufbar unter: <www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/20140218a.htm>. Auch die UBS will sich eine Holdingstruktur geben mit drei separaten Tochtergesellschaften in der Schweiz (für das systemrelevante Geschäft), USA (dort mit einer Zwischenholding) und UK, NZZ vom 8. Mai 2014, S. 27.

⁵¹ Art. 125 Eigenmittelverordnung, SR 952.03.

Wenn das neue Experiment wiederum scheitern sollte, drängt sich vielleicht der radikalere Schluss auf, globale Grossbanken seien **schlicht zu gross** und müssten deshalb nicht nur konzernintern kompartimentiert, sondern ganz **zerschlagen** werden. **Trial and error** also in der Finanzmarktregulierung, aber emotional befeuerte Sanktionen gegen natürliche oder juristische Personen leisten dazu keinen sinnvollen Beitrag.

Finanzmarktenforcement der FINMA: Die Instrumente und ihr Einsatz in der Praxis

David Wyss, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	84
Materialien.....	85
I. Einleitung	87
II. Einsatz von Enforcement aus der Sicht der FINMA: Eine Vogelperspektive.....	89
1. Strategische Vorgaben.....	89
2. Enforcement-Policy	90
3. Eröffnung von Enforcementverfahren	92
4. Zahlen.....	93
III. Enforcement	94
1. Begriff	94
2. Organisation	96
3. Aufgaben / Tätigkeit.....	98
a) Vorgehen gegen Bewilligungsträger	99
b) Vorgehen wegen unerlaubter Tätigkeit	102
c) Insolvenzabwicklung.....	104
d) Marktaufsicht.....	107
e) Vorgehen gegen Unternehmen und natürliche Personen.....	110

* David Wyss ist Leiter des Geschäftsbereichs Enforcement und Mitglied der Geschäftsleitung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA. Er vertritt hier ausschliesslich seine eigene Meinung. Der Autor dankt Nina Arquint, Rainer Borer, Patric Eyermann, Michel Kähr und Kathrin Tanner für ihre Anregungen. Aus Zeitgründen war es dem Autor auch nicht annähernd möglich, sämtliche relevante Literatur einzuarbeiten.

f) Internationale Amtshilfe	111
g) Zusammenarbeit mit Strafbehörden	113
h) Exkurs: Mitwirkungspflicht vs. Nemo tenetur	115
IV. Enforcement-Instrumente	119
1. Mittel zur Sachverhaltserhebung	122
2. Mittel zur Abwehr unmittelbarer Gefahren: vorsorgliche Massnahmen.....	123
a) Schutzmassnahmen bei Bewilligungsträgern	124
b) Börsengesetzliche Stimmrechtssuspendierung und Zukaufsverbot.....	124
3. Massnahmen- und Sanktionsinstrumente	125
a) Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands.....	125
b) Feststellungsverfügung	126
c) Berufsverbot	127
d) Tätigkeits- oder Werbeverbot und Händlerverbot	127
e) Veröffentlichung.....	129
f) Einziehung	130
g) Bewilligungsentzug, Liquidation und Konkursliquidation	132
4. Wirkungsmittel der Verwaltungsrechtspflege.....	133
5. Exkurs: keine Zwangsmassnahmen- und keine Bussen	135
V. Ausblick.....	138

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 1. April 2014.

BERNASCONI PAOLO, Banken und Finanzintermediäre im Verfahrensgestrüpp, SZW 2011, S. 577-584.

BERTSCHINGER URS, Zur Abwicklung unbewilligter Finanzaktivitäten, SZW 2013, S. 519-527.

BRAIDI GUILLAUME, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, SZW 2013, S. 204-219.

GRÜNEWALD SERAINA, Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA, GesKR 2013, S. 432-437.

IFFLAND JACQUES, Les procédures d'enforcement de la FINMA ou de la difficulté de coordonner les procédures coercitives administratives et les procédures pénales

- sous l'empire du nouveau CPP et de la LFINMA, in: Luc Thévenoz et Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2010 de droit bancaire et financier, Genf 2011, S. 121-142.
- JUTZI THOMAS/SCHÄREN SIMON, Erfassung bewilligungspflichtiger Gruppen-sachverhalte in der Finanzmarktaufsicht, GesKR 2012, S. 411-419.
- KÄHR MICHEL, Die Voraussetzungen für die Ergreifung von Massnahmen bei Insolvenzgefahr, SZW 2013, S. 472-485.
- Sanierungsrecht für Banken, Der Schweizer Treuhänder 2014, S. 204-208.
- LORENZ KARIN/DORBAUZ-SALDAPENNA, Die revidierte Schweizer Insiderhandels- und Marktmissbrauchsregulierung, SZW 2014, S. 38-48.
- LORANDI FRANCO, Bankengesetzliches Insolvenzrecht und SchKG – Schnittstellen und Unterschiede, SZW 2013, S. 497-507.
- NOBEL PETER, Sanktionen gemäss FINMAG, GesKR 2009, S. 59-65.
- PFLAUM SONJA/WOHLERS WOLFGANG, Kurs- und Marktmanipulation; Straf- und aufsichtsrechtliche Relevanz der Manipulation von Börsenkursen, GesKR 2013, S. 523-540.
- SCHILTKNECHT RETO, Stabilität und Instabilität des schweizerischen Bankensystems, SZW 2013, S. 461-471.
- SEILER HANSJÖRG, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, S. 11-20.
- UHLMANN FELIX, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, S. 437-448.
- WYSS DAVID, Reinigendes Gewitter? Blech- oder Totalschaden?, in: Peter R. Isler/Romeo Cerutti (Hrsg.), Vermögensverwaltung III, Zürich 2010, S. 109-111.
- Marktaufsicht in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme, SZW 2011, S. 560-576.
- ZUBERBÜHLER DANIEL, Banker an den Galgen? Erwartungen und Realitäten, Jusletter 24. März 2014, S. 1-14.
- ZULAUF URS/WYSS DAVID, Fiktiver Sitz oder faktische Zweigniederlassung?, in: Karl Spuhler (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht, Band 37, Zürich 2010, S. 117-152.
- ZULAUF URS/WYSS DAVID/TANNER KATHRIN/KÄHR MICHEL/FRITSCHÉ CLAUDIA/EY-MANN PATRICK/AMMANN FRITZ, Finanzmarktenforcement, Bern 2014.

Materialien

- BOTSCHAFT zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006, S. 2829-2962.
- BOTSCHAFT zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch) vom 31. August 2011, BBl 2011, S. 6873-6913.
- BUNDESGERICHT, diverse Urteile aus der Urteilsdatenbank, unter <www.bger.ch>.
- BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, diverse Urteile aus der Urteilsdatenbank, abrufbar unter: <www.bvger.ch>.

EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION (EBK), diverse Publikationen, abrufbar unter: www.finma.ch/archiv/ebk/d/index.html

- Jahresbericht der EBK 2003.
- Jahresbericht der EBK 2007.
- EBK-Sanktionenbericht; Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission über die Sanktionsbefugnisse in der Aufsicht über Banken, Effekthändler und Fondsleitungen («Institutsaufsicht») und in der Überwachung der Märkte hinsichtlich Insiderdelikten, Kursmanipulationen und anderen Marktverhaltensregeln («Marktaufsicht») im Hinblick auf die Neugestaltung der Finanzmarktaufsicht in der Schweiz, April 2003.

EIDG. FINANZMARKTAUFSICHT (FINMA), diverse Publikationen und Regularien, abrufbar unter: www.finma.ch

- Enforcement-Policy der FINMA vom 17. Dezember 2009; aktualisierte Fassung: 10. November 2011.
- Jahresbericht 2013.
- Medienmitteilungen der FINMA:
 - «FINMA schliesst Untersuchung in Sachen sia Abrasives ab» vom 16. März 2011.
 - «UBS-Handelsverlust: FINMA und UK FSA starten Untersuchung» vom 16. September 2011.
 - «Sanktionen im Fall KPT» vom 11. Januar 2012.
 - «Nicht autorisierte Handelsaktivitäten der UBS: FINMA leitet Enforcementverfahren ein» vom 3. Februar 2012.
 - «FINMA rügt Valiant wegen Verletzung der Marktverhaltensregeln» vom 25. April 2012.
 - «Vorsorgliche Massnahmen der FINMA bei der Divesa-Gruppe» vom 14. November 2012.
 - «UBS Handelsverlust in London: Die FINMA beanstandet erhebliche Kontrollmängel» vom 21. November 2012.
 - «LIBOR: FINMA schliesst Verfahren gegen UBS und zieht unrechtmässige Gewinne ein» vom 19. Dezember 2012.
 - «FINMA eröffnet Konkurs über PANVICALife» vom 18. Dezember 2013.
 - «FINMA zieht bei der InCore Bank Gewinne ein» vom 19. Dezember 2013.
- Strategische Ziele 2013-2016.
- FINMA Rundschreiben vom 29. August 2013: Marktverhaltensregeln; Aufsichtsregeln zum Marktverhalten im Effektenhandel (zit. FINMA-RS 2013/8 Marktverhaltensregeln).

- GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION UND GESCHÄFTSPRÜFUNGSDELEGATION DER EIDGENÖSSISCHEN RÄTE, Jahresbericht 2011 vom 27. Januar 2012, BBl 2012, S. 6783-6872.

I. Einleitung

In diesem Artikel legt der Autor dar, wie die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA das Finanzmarktaufsichtsrecht über ihre Enforcement-Organisation und die Enforcement-Funktion durchsetzt. Er gibt einen Überblick über die aktuelle strategische und organisatorische Ausrichtung des Geschäftsbereichs Enforcement, die Enforcementthemen sowie die Anwendung der Aufsichtsinstrumente im Rahmen des Enforcements.

Mit der Schaffung einer integrierten Finanzmarktaufsicht beabsichtigte der Gesetzgeber, der FINMA im Vergleich zu ihren drei Vorgängerbehörden¹ ein konsistenteres und dosiert einschneidender wirkendes Instrumentarium zur Verfügung zu stellen. Dieses Instrumentarium sollte zudem neu auf alle Kategorien von Beaufsichtigten Anwendung finden. Einer der Grundgedanken der Vorlage für das Finanzmarktaufsichtsgesetz² war eine strikte Trennung zwischen der präventiv ausgerichteten Aufsichtstätigkeit und dem vor allem repressiv wirkenden Sanktionierungsapparat, der das (Verwaltungs-)Strafrecht anwendet:³

¹ Die drei Vorgängerbehörden der FINMA waren die Eidg. Bankenkommission (EBK), zuständig für die Aufsicht über Banken, das Börsenwesen und den Effektenhandel sowie kollektive Kapitalanlagen, das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV), zuständig für die Aufsicht über Versicherungsunternehmen und die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, zuständig für die Aufsicht über Selbstregulierungsorganisationen und Finanzintermediäre, die der Aufsichtsbehörde direkt unterstellt sind («Dufi»).

² BG über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (FINMAG; SR 956.1).

³ BOTSCHAFT FINMAG. Die Vorlage zum FINMAG war auch ein indirekter Gegenentwurf zu einer anderen Vision von Massnahmenkompetenzen einer Aufsichtsbehörde, den die EBK in ihrem Sanktionenbericht vom April 2003 beschrieben hatte. Darin wurde aufgezeigt, inwiefern sich weitergehende Sanktionskompetenzen der Aufsichtsbehörde unter Einhaltung der Vorgaben von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfrei-

«Mit der Neuorganisation der Finanzmarktaufsicht soll auch das Sanktionsinstrumentarium der Finanzmarktaufsicht verbessert werden, da sich dieses in der Vergangenheit als zu wenig differenziert und griffig erwiesen hat. Der vorliegende Entwurf sieht eine neue, gestraffte und harmonisierte Sanktionenordnung vor, die einerseits aus überarbeiteten Strafbestimmungen und andererseits aus neuen Verwaltungssanktionen besteht. Die Strafbestimmungen werden verwesentlich und harmonisiert und die Strafraumen angehoben. Nicht praxisrelevante Straftatbestände werden gestrichen. Daneben werden neue verwaltungsrechtliche Instrumente vorgeschlagen (z.B. Einziehung und Berufsverbot). Die Harmonisierung und Straffung der Sanktionsinstrumente führt zu einer wesentlichen Entschlackung der Finanzmarktgesetze und fördert die Wettbewerbsgleichheit.

Im Bereich des Finanzmarktstrafrechts werden die Strafraumen wie folgt angepasst: Vergehen werden mit einer maximalen Strafe von Gefängnis bis zu drei Jahren oder Busse bis zu 1 000 000 Franken bedroht. Bei Übertretungen wird eine maximale Strafdrohung von 500 000 Franken vorgesehen. Die fahrlässige Begehungsweise bei Vergehen wird mit einer Busse bis maximal 250 000 Franken und bei Übertretungen mit einer Busse bis zu 150'000 Franken bestraft.

Das verwaltungsrechtliche Sanktionsinstrumentarium wird der FINMA erlauben, präventive und repressive Massnahmen zu ergreifen, die die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sicherstellen und den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger und der Versicherten gewährleisten. Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen sind deshalb ausgebaut und verstärkt worden. So wird das Sanktionsspektrum mit dem Berufsverbot um ein wichtiges Instrument ergänzt. [...]

Mit dem FINMAG wird der Aufsichtsbehörde überdies die Befugnis eingeräumt, Gewinne einzuziehen, welche eine Beaufschlagte, ein Beaufschlagter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Mit der Einziehung wird im Bereich der Finanzmarktaufsicht ein neues verwaltungsrechtliches Instrument mit Ausgleichsfunktion eingeführt, welches die Beaufschlagten oder Personen in leitender Stellung davon abhalten soll, aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu verletzen. [...].»⁴

Das Finanzmarktaufsichtsgesetz weist im Vergleich zum vorher geltenden Regime die Zuständigkeiten klar zu: Die FINMA wendet – ausschliesslich –

heiten vom 4. November 1950; SR 0.101) praxistauglich ins Schweizer Recht einfügen liessen, ohne das anwendbare Verfahren übermässig zu belasten.

⁴ BOTSCHAFT FINMAG, S. 2848 f.

das Verwaltungsverfahren an.⁵ Zuständig für die Strafverfolgung sind der Strafrechtsdienst des Eidgenössischen Finanzdepartements,⁶ für einzelne Straftatbestände die kantonalen Strafverfolgungsbehörden und für die Verfolgung von Insiderdelikten und Kursmanipulation seit 1. Mai 2013 die Bundesanwaltschaft.⁷

II. Einsatz von Enforcement aus der Sicht der FINMA: Eine Vogelperspektive

1. Strategische Vorgaben

In ihrem Papier «Strategische Ziele 2013-2016» hat die FINMA fünf grundsätzliche Stossrichtungen formuliert. Drei davon haben direkte Auswirkungen auf die Organisation und den Einsatz von Enforcement:⁸

Ziel 1: «Die Stabilität und die Krisenresistenz des Schweizer Finanzplatzes werden durch konstant eingehaltene und international anerkannte prudenzielle Standards gestärkt. Geordnete und rasch umgesetzte Marktaustritte erfolgen möglichst ohne Schädigung für die Finanzmarktkunden.»⁹

Ziel 2: «Zur Stärkung der Reputation des Finanzplatzes und zur Förderung von fairem Geschäftsverhalten und der Integrität der Finanzmarktakteure führt die FINMA Bewilligungsverfahren konsequent, schafft Transparenz über die unterschiedlichen Überwachungsintensitäten und setzt sich ein für international anerkannte Vorschriften im Kunden- und Anlegerschutz.»¹⁰

Ziel 3: «Bei den internationalen Tätigkeiten bündelt die FINMA ihre Kräfte und setzt sich für die wichtigen Kernthemen ein. In der nationalen Zusammenarbeit funktioniert der Informationsfluss effizient, und die Kompetenzen der Behörden sind klar.»¹¹

Das Kapitel Aufsichtskonzept konkretisiert sodann, dass die FINMA «*Enforcement*» als ausführendes Element sozusagen subsidiär zur Erreichung der übergeordneten FINMA-Ziele versteht:

⁵ Art. 53 FINMAG.

⁶ Art. 50 Abs. 1 FINMAG.

⁷ Vgl. Kapitel III, Ziffern 3d und 3g.

⁸ Zum Begriff «*Enforcement*» siehe Kapitel III, Ziffer 1.

⁹ FINMA Strategische Ziele 2013-2016, S. 10.

¹⁰ FINMA Strategische Ziele 2013-2016, S. 11.

¹¹ FINMA Strategische Ziele 2013-2016, S. 12.

«Wo angezeigt, setzt die FINMA das Aufsichtsrecht mit den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmitteln durch (Enforcement). Liegt ein Verstoss gegen das Aufsichtsrecht vor, trifft die FINMA Massnahmen zur Bereinigung und Sanktionierung von Gesetzesverletzungen und Missständen in Form von gerichtlich anfechtbaren Verfügungen.

Die FINMA setzt die Instrumente des Enforcements stets mit Blick auf die Aufsichtsziele ein, wenn keine alternativen Handlungsmöglichkeiten bestehen. Sie führt Enforcementverfahren konzentriert und fair, ist zurückhaltend in Verfahren gegen natürliche Personen und beachtet die zentralen Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben). Die FINMA leitet gegenüber Gesellschaften und Personen, die unerlaubt in der Finanzbranche tätig sind, die nötigen Massnahmen ein. Sie schafft Transparenz und informiert öffentlich unter Wahrung der Verhältnismässigkeit. In der Marktaufsicht schreitet die FINMA gegen Marktmissbrauch wie Insiderdelikte, Marktmanipulation oder unlautere Übernahmen ein. Ziel ist es, Kunden vor unlauteren Geschäftspraktiken und Ungleichbehandlung zu schützen.»¹²

2. Enforcement-Policy

Die FINMA stellt für ihr Enforcement beträchtliche Ressourcen bereit.¹³ Dennoch ist sie angesichts der Fülle von Aufgaben und der permanent hohen Geschäftslast gezwungen, ihre Kapazitäten haushälterisch und risikobasiert einzusetzen. Nicht jeder Verstoss gegen Aufsichtsrecht rechtfertigt es, mittels einschneidendem Enforcementverfahren aufgearbeitet und mittels anfechtbarer (Massnahmen-) Verfügung abgeschlossen zu werden.¹⁴ Um die ersten strategischen Ziele der FINMA für die Jahre 2009-2013 zu konkretisieren und um Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit herzustellen, hat die FINMA 2009 den Rahmen für Enforcementverfahren und die weitere En-

¹² FINMA Strategische Ziele 2013-2016, S. 8; die konzeptionelle Subsidiarität von Enforcement schliesst nicht aus, dass in einzelnen Aufsichtsthemen der Geschäftsbereich Enforcement allein zuständig ist zur Durchsetzung des Aufsichtsrecht. So in der Marktaufsicht, im Vorgehen gegen unerlaubte Tätigkeit oder in der internationalen Amtshilfe im Wertpapierbereich; vgl. Kapitel III, Ziffer 2.

¹³ Vgl. FINMA Jahresbericht 2013, S. 72.

¹⁴ Es ist dies ein Ausfluss des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 Bundesverfassung [BV; SR 101]), das im Bereich der Verfolgung von Verstössen gegen Finanzmarktstrafrecht sein Gegenstück im Opportunitätsprinzip findet (vgl. Art. 52 Strafgesetzbuch [StGB; SR 311.0], Art. 2 und 7 des BG über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR; SR 313.0]) sowie Art. 49 FINMAG.

forcementtätigkeit in einer Policy bekanntgeben. In 13 Grundsätzen wird dargelegt, dass die FINMA den Einsatz von Enforcement als eine der zentralen Aufgaben versteht (was im kontinentaleuropäischen Kontext durchaus bemerkenswert ist), wie die FINMA vorgeht und von welchen Gesichtspunkten sie sich leiten lässt:

	Grundsatz	Gegenstand
1	Die FINMA setzt das Aufsichtsrecht notfalls mittels Zwangsmassnahmen durch («Enforcement») ¹⁵	Strategische Ausrichtung FINMA
2	Gewährleisten integrier Märkte als gesetzlicher Auftrag	Strategische Ausrichtung FINMA
3	Enforcement mit Augenmass	Verfahrensführung / Verhältnismässigkeit
4	Rasche und konzentrierte Verfahren	Verfahrensführung
5	Faire und transparente Verfahren	Verfahrensführung
6	Zurückhaltung bei Verfahren gegen natürliche Personen	Einsatz Aufsichtsinstrumente / Ressourceneinsatz
7	Grundsätzlich keine Verfahren gegen ausgeschiedene Gewährsträger	Einsatz Aufsichtsinstrumente
8	Abgewogener Einsatz von Berufsverboten	Einsatz Aufsichtsinstrumente
9	Bewusster Einsatz von FINMA-Beauftragten	Verfahrensführung / Ressourceneinsatz
10	Interne Funktionentrennung und Organisation	Governance FINMA
11	Zusammenarbeit mit Straf- und anderen Behörden	Umgang mit externen Schnittstellen
12	Zusammenarbeit mit Selbstregulierungsorganisationen	Umgang mit externen Schnittstellen
13	Zurückhaltende Kommunikation über Enforcement	Aussagen zum Kommunikationsverhalten der FINMA vor, während und bei Abschluss von Verfahren

Die Enforcement-Policy der FINMA ist eine Verwaltungsverordnung und bindet damit in erster Linie die FINMA. Das Bundesverwaltungsgericht misst das Wirken der FINMA im Einzelfall daran.¹⁶

¹⁵ Vgl. Grundsatz 1 der Enforcement-Policy: «Wenn nötig setzt die FINMA das Aufsichtsrecht mit verwaltungsrechtlichen Zwangsmitteln durch («Enforcement»). Sie stellt Gesetzesverletzungen und Missstände fest und trifft Massnahmen zu ihrer Beseitigung und Sanktionierung, soweit sie dazu gesetzlich befugt ist. Sie unterstützt und ergänzt dadurch ihre Überwachungstätigkeit bei Beaufsichtigten und im Markt.»

¹⁶ Vgl. Urteil B-798/2012 des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. November 2013 E. 9.3.6: «Zu beachten ist dabei, dass es sich bei der Enforcement-Policy um eine Verwaltungsverordnung handelt. Als solche ist sie für das Bundesverwaltungsgericht nicht bindend. Soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der

3. Eröffnung von Enforcementverfahren

Die FINMA ist sich der Bedeutung und Signalwirkung der Eröffnung oder einer Nichteröffnung eines Enforcementverfahrens bewusst: Die Eröffnung eines Verfahrens stellt, zumal bei einer ständigen Aufsichtsbeziehung der FINMA zu einem Bewilligungsträger, eine bedeutsame Eskalation dar. Die Beziehung wird in Bezug auf den Verfahrensgegenstand stark formalisiert, d.h. es gelten die Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes, insbesondere auch betreffend die Wahrung der Parteirechte. In der Regel beginnt mit der Verfahrenseröffnung auch die Kostenpflicht für den Aufwand der FINMA.¹⁷ Bei Verfahren gegen Personen oder Unternehmen, die keiner ständigen Aufsicht unterstehen (z.B. Marktteilnehmer im Rahmen von Verfahren wegen Marktmissbrauchs¹⁸), entsteht spätestens mit der Verfahrenseröffnung eine Beziehung auf Zeit, die mitunter einschneidende Konsequenzen im Sinn von angeordnete Massnahmen wie auch erhebliche Verfahrenskosten zur Folge haben kann.

Die FINMA bereitet den Entscheid über die Verfahrenseröffnung sorgfältig vor und trifft ihn wohl überlegt. Geprüft wird immer, ob alternative Vorgehensweisen ein überzeugenderes Resultat für die Aufsicht zu zeitigen versprechen. Grundsatz 3 der Enforcement-Policy der FINMA hält die wesentlichen Entscheidungsfaktoren fest, wobei festzuhalten ist, dass die Gewichtungen der Kriterien (bewusst) offengelassen werden:

«[Die FINMA] prüft Kriterien wie die Gefahr für Anleger, Versicherte, Gläubiger, Investoren, Beaufsichtigte und die Reputation des Finanzplatzes, Schwere und Zeitpunkt der in Frage stehenden Verletzungen des Aufsichtsrechts und die Funktion der für die Verletzung Verantwortlichen. Wesentlich sind aber auch Elemente wie die vorhandenen Ressourcen, öffentliche Erwartungen und (Korrektur-) Massnahmen der Parteien.»¹⁹

anwendbaren gesetzlichen Vorschriften zulässt, kann sie gleichwohl mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 132 V 200 E. 5.1.2, BGE 130 V 163 E. 4.3.1, BGE 115 V 4 E. Ib).»

¹⁷ Art. 15 Abs. 1 FINMAG. In Ausnahmefällen, etwa wenn bereits vor Verfahrenseröffnung, umfangreiche und dem Verursacher klar zuzuordnender Aufwand notwendig war, wird auch der FINMA-Aufwand der in Abklärungen oder sogar im Rahmen der intensivierten Institutsaufsicht betrieben werden musste, dem Verursacher in Rechnung gestellt (vgl. Art. 5 und 8 FINMA-Gebühren- und Abgabeverordnung).

¹⁸ Art. 33e und 33f i.V.m. Art. 34 und 35 f. Börsengesetz (BEHG; SR 954.1).

¹⁹ FINMA Enforcement-Policy, Grundsatz 3 (Auszug).

Zuständig für den Entscheid über die Eröffnung von Verfahren gegen Bewilligungsträger oder deren Organe, Mitarbeiter oder Eigner ist der aus Mitgliedern der Geschäftsleitung bestehende Enforcementausschuss der FINMA.²⁰ Zuständig für Verfahrenseröffnungen gegenüber Unternehmen oder Personen, wegen vermuteter Verletzung aufsichtsrechtlicher Bewilligungspflichten ist der Geschäftsbereich Enforcement, der für solche Fragen ein «Fallkomitee» gebildet hat. Die Verfahrenseröffnung ist den Betroffenen mitzuteilen.²¹ Hat die FINMA über die Eröffnung eines Verfahrens öffentlich informiert, ist dessen Einstellung ebenfalls öffentlich zu kommunizieren.²²

4. Zahlen

	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Abklärungen ²³	269	309	402	443	771	2194
Enforcementverfügungen	84	52	56	80	109	381
Verfügungsadressaten	k/A	k/A	81	102	166	345
Abgeschlossene Konkursverfahren	13	27	25	34	31	90
Abgeschlossene Liquidationsverfahren	k/A	4	6	19	11	36
Urteile Bundesverwaltungsgericht	22	19	16	20	19	96
Urteile Bundesgericht	8	7	10	5	10	40
Strafanzeigen	2	33	79	82	79	295

Die hier aufgeführten Zahlen²⁴ geben nur einen kleinen Einblick in die Vielfalt und das Geschäftsvolumen der mit Enforcement zusammenhängenden Aktivitäten. Nicht abgebildet sind zum Beispiel Fälle, in denen die FINMA-Aufsichtsbereiche organisatorische, kapitalmässige oder personelle Anpassungen oder Verhaltensänderungen bewirken, indem sie explizit oder implizit darauf hinweisen, dass ohne die notwendigen Kursänderungen der Fall ans Enforcement übergeben werde. Ebenso wenig abgebildet sind diejenigen Fälle, in denen die Betroffenen nach Einleitung von Abklärungen die erforderlichen (Korrektur-) Massnahmen schon von sich aus ergreifen und

²⁰ Vgl. Jahresbericht FINMA 2013, S. 90.

²¹ Art. 30 FINMAG.

²² Art. 22 Abs. 2 und 3 FINMAG.

²³ Vgl. Kapitel III, Ziffer 2.

²⁴ Vgl. auch die ausführlichen Zahlen und Grafiken zum Enforcement in den Jahren 2011-2013 im FINMA Jahresbericht 2013, S. 84 f.

im Anschluss daran Enforcement oder die Aufsichtsbereiche zum Schluss kommen, dass deshalb kein formelles Enforcementverfahren zu eröffnen sei.

III. Enforcement

Die Aufsicht über Finanzintermediäre hat sich in den vergangenen zwei Jahrzehnten kontinuierlich entwickelt und wurde von Jahr zu Jahr griffiger. Dies hat sich über die Jahre auch im Aufsichtsvokabular und Jargon niederschlagen. So verwendete die EBK im Jahr 2003 erstmals den bisweilen noch heute als zu aggressiv empfundenen Begriff «Enforcement» zur Beschreibung ihrer diesbezüglichen Tätigkeit im Jahresbericht.²⁵ 2007 veröffentlichte die EBK erstmals eine «Enforcement-Strategie».²⁶ Mit dem Übergang der Aufsichtsverantwortung von der EBK auf die FINMA wurde Enforcement zusätzlich namensgeben für eine FINMA-Organisationseinheit.²⁷

1. Begriff

Dem Anglizismus «Enforcement» kommen im Kontext der FINMA zwei Bedeutungen zu:

- Erstens umschreibt er treffender als jedes deutsche Wort eine der Kernaufgaben der FINMA: Bei Verdacht auf Verletzungen von Aufsichtsrecht muss die Behörde der Sache auf den Grund gehen, notwendige Korrekturmassnahmen oder (Verwaltungs-) Sanktionen anordnen, deren Umsetzung begleiten oder, im Fall von Sanierungen, Liquidationen oder Insolvenzen, selbst durchführen. Damit stellt die FINMA sicher, dass Beaufsichtigte und Marktteilnehmer das Aufsichtsrecht einhalten.
- Zweitens dient der Begriff «Enforcement» der Abgrenzung der Zuständigkeiten innerhalb der FINMA-Geschäftsbereiche. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde hat ihre Aufsichtstätigkeit in die Kernprozesse Bewilligung, Aufsicht, Enforcement, internationale Zusammenarbeit und Regulierung unterteilt. Während die Prozesse Bewilligung und Aufsicht eher von Ökonomen geprägt sind und von den Geschäftsbereichen Ban-

²⁵ Vgl. EBK Jahresbericht 2003, S. 13 und S. 100.

²⁶ Vgl. EBK Jahresbericht 2007, S. 76 f.

²⁷ Per 1. Januar 2009 war «Enforcement» Teil des Geschäftsbereichs «*Recht, Enforcement, Internationales*», der die operativen Querschnittsaufgaben umfasste. Seit dem 1. April 2011 bezeichnet Enforcement einen eigenen Geschäftsbereich.

ken, Versicherungen, Asset Management und Märkte²⁸ wahrgenommen werden, nimmt der mehrheitlich aus Juristen mit Anwaltsausbildung zusammengesetzte Geschäftsbereich Enforcement eine operative Querschnittsaufgabe wahr: Er ist mit der Durchführung der Enforcementverfahren der FINMA betraut, die den Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu genügen haben. Entsprechend müssen die damit befassten Personen anders vorgehen und anders gelagerten Anforderungen genügen.²⁹ Mit dieser FINMA-weiten Aufgabenverteilung wird auch berücksichtigt, dass wesentliche Teile der Tätigkeit der Aufsichtsbereiche dem informellen Verwaltungshandeln zuzuordnen ist.³⁰

Mit der prominenten Verwendung von «*Enforcement*» sowohl in der Bezeichnung eines ihrer Geschäftsbereiche wie auch in ihren Prozessen bekräftigt die FINMA, dass sie es als ihre zentrale Aufgabe sieht, der Geltung des Aufsichtsrechts Nachachtung zu verschaffen. Die FINMA will das Aufsichtsrecht durchsetzen.³¹ Dies geschieht begriffsinhärent bei Bedarf auch gegen den Willen der Betroffenen. Dabei geht es nicht nur um den Vollzug bereits rechtskräftiger Entscheide, sondern hauptsächlich (1) um die Triage eingehender Informationen zu möglichen Gesetzesverletzungen oder anderen Missständen, (2) notfalls um die Anordnung sofort wirkender vorsorglicher Massnahmen zum Schutz von Einlegern, Versicherten und Anlegern, (3) um die Erhebung der Sachverhalte, die für die Beurteilung der Einhaltung von Aufsichtsrecht relevant sind, auch und gerade bei fehlender Ko-

²⁸ Am 1. April 2014 ist der bisherige Geschäftsbereich Märkte in die Geschäftsbereiche «*Asset Management*» und «*Märkte*» aufgeteilt worden. Der Geschäftsbereich «*Asset Management*» ist zuständig für die Bewilligung von und Aufsicht über Vermögensverwalter und kollektive Kapitalanlagen. Der neue Geschäftsbereich «*Märkte*» ist für die Geldwäschereibekämpfung zuständig und umfasst die Aufsicht über Finanzmarktinfrastrukturen, Selbstregulierungsorganisationen, Dufi und Prüfgesellschaften.

²⁹ Vgl. zum Thema der Verfahrensführung im Finanzmarktbereich ausführlich ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 88 ff.

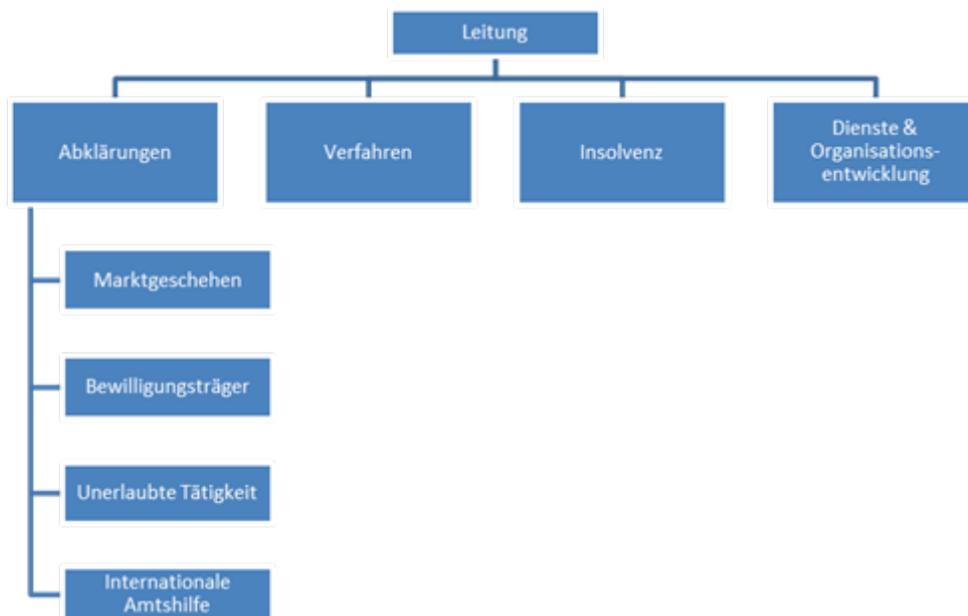
³⁰ Bewilligungsverfügungen, wie auch Verfügungen betreffend Auflagen und Einschränkungen werden im Zuge der normalen Aufsichtstätigkeit in der Regel einvernehmlich getroffen. Dort wo absehbar davon auszugehen ist, dass der Verfügungsadressat nicht einverstanden ist, geht die Zuständigkeit für den Erlass der Verfügung auf den Geschäftsbereich Enforcement über und geht die FINMA vor Erlass ihrer Verfügung formalisierter vor.

³¹ Zur Verwendung von Enforcement im Zusammenhang mit der Aufsichtstätigkeit kritisch NOBEL, Sanktionen, S. 64 f. («gute Dauerüberwachung muss aber vor Kraftakten («mad-offs») kommen»).

operation und Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten und (4) um die Anordnung von Korrekturmaßnahmen oder von Verwaltungsanktionen. Ebenfalls mit «*Enforcement der FINMA*» in Verbindung zu bringen ist (5) der Austausch mit Strafbehörden im Inland, (6) die fallbezogene internationale Amtshilfe, vorab auf dem Gebiet der Wertpapieraufsicht, und (7) die Sanierung und Abwicklung von Insolvenzen von Beaufsichtigten.³²

2. Organisation

Enforcement als eigenständiger Geschäftsbereich der FINMA wurde per 1. April 2011 neu geschaffen. Seine Organisation ist auf die Abbildung von Prozessen und Fachzuständigkeiten hin ausgerichtet:



Der Grundgedanke liegt darin,³³ dass ein Team von Spezialisten in der Abteilung Abklärungen themenbezogen die Triage von erkannten Fällen vornimmt und festlegt, welche Probleme gemeinsam mit den Aufsichtsbereichen im Kontakt mit den Beaufsichtigten oder Marktteilnehmern ohne Eskalation abgearbeitet werden können und in welchen Situationen ein formel-

³² Vgl. Kapitel III, Ziffer 3c.

³³ Stand per 1.4.2014: 76 Personen / 68 FTE.

les Enforcementverfahren zu eröffnen ist. Die Abteilung Abklärungen ist auch zuständig für die Abwicklung der internationalen Amtshilfe³⁴ und für die Zusammenarbeit mit Strafbehörden, soweit es nicht um konkrete Enforcementverfahren geht. Die Abteilung Verfahren führt die Enforcementverfahren, arbeitet den Entscheid aus und übernimmt die Nachbehandlung entschiedener Fälle, zur Hauptsache die Wahrung der Interessen der FINMA in allfällige Rechtsmittelverfahren vor den Beschwerdeinstanzen Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht.³⁵

Die Abteilung Insolvenz ist zuständig für die Abwicklung von Insolvenzen im Zuständigkeitsbereich der FINMA.³⁶ Sie überwacht die von ihr eingesetzten Konkursliquidatoren (FINMA-Beauftragte) oder wird selbst als Konkursverwalterin tätig.³⁷ Überdies führt die Abteilung Insolvenz Verfahren, die zum Ziel haben, Schutzmassnahmen zu erlassen, Sanierungen durchzuführen oder ausländische Insolvenzmassnahmen in der Schweiz anzuerkennen und zu vollstrecken. Schliesslich überwacht diese Abteilung auch von der FINMA angeordnete obligationenrechtlichen Liquidationen von Beaufsichtigten.

Entscheide zur Eröffnung eines Enforcementverfahrens, zu vorsorglichen Massnahmen und zum Abschluss von Enforcementverfahren (Verfügung oder Einstellung) werden nach den Vorgaben des Organisations- und Geschäftsreglements der FINMA getroffen. Bei Verfügungen, die das Verfahren abschliessen, entscheidet der Enforcementausschuss der FINMA.³⁸ Verfahrensleitende Entscheide sowie Sachentscheide von geringerer Bedeutung sind an den Geschäftsbereich Enforcement delegiert.

³⁴ Der Geschäftsbereich Enforcement übernahm die Zuständigkeit für die Abwicklung der internationalen Amtshilfe per 1.2.2013 vom Geschäftsbereich strategische Grundlagen.

³⁵ Verfügungen und Rechtsmittelverfahren betreffend die internationalen Amtshilfe oder in Sanierungs- oder Insolvenzfällen werden von den in diesen Rechtsgebieten spezialisierten Organisationseinheiten des Enforcements geführt. Die Gruppe Marktgeschehen ist zudem zuständig für Empfehlungen der Offenlegungsstellen (Art. 20 Abs. 6 BEHG), die an die FINMA eskaliert oder von ihr attrahiert werden sowie für die Instruktion von Rechtsmittelverfahren in Übernahmesachen (Art. 33c BEHG).

³⁶ Vgl. Kapitel III, Ziffer 3c.

³⁷ Vgl. Art. 12 Abs. 1 Bankinsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA; SR 952.05) und Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.3.2.

³⁸ Ausnahme: Geschäfte von grosser Tragweite entscheidet der Verwaltungsrat der FINMA (Art. 9 Abs. 1 Bst. b FINMAG).

Mit der Zuweisung der Zuständigkeit für das Enforcement an einen eigenen Geschäftsbereich hat die FINMA organisatorische Voraussetzungen für ein effizientes und effektives Vorgehen geschaffen. Dies ermöglicht im Fall des Enforcements gegen Bewilligungsträger die Abgrenzung dieser spezifischen Problembehandlung von den übrigen Aspekten der laufenden Aufsicht. Zudem ist die Funktionentrennung auch fundamental wichtig für die Wahrung der erforderlichen Standards in der Verfahrensführung und damit die Aufgabenerfüllung der FINMA insgesamt.³⁹

3. Aufgaben / Tätigkeit

Die Aufgaben und Tätigkeitsgebiete des Geschäftsbereichs Enforcement bzw. die verschiedenen Facetten des Finanzmarktenforcements lassen sich am ehesten stringent darstellen, indem man mehrere Perspektiven wählt. Es drängt sich zum besseren Verständnis eine Mischform von markt-, themen- wie auch adressatenbezogener Betrachtung auf.

Neben der (a) den Aufsichtsbereichen zudienenden Funktion (Vorgehen gegen Bewilligungsträger⁴⁰) nimmt der Geschäftsbereich Enforcement auch eigenständige Aufgaben wahr: Er ist (b) allein zuständig für das Vorgehen bei Verdacht auf eine nach dem Finanzmarktaufsichtsgesetz oder einem der Finanzmarktgesetze⁴¹ unerlaubte Tätigkeit,⁴² (c) für die Abwicklung von Sanierungs- oder Insolvenzverfahren⁴³ und, (d) für die Marktaufsicht.⁴⁴ Das Vorgehen der FINMA im Rahmen von Enforcement betrifft (e) sowohl Unternehmen als auch natürliche Personen,⁴⁵ (f) die internationale Amtshilfe⁴⁶

³⁹ Vgl. FINMA Enforcement-Policy, Grundsatz 10.

⁴⁰ Vgl. Kapitel III, Ziffer 3a.

⁴¹ Finanzmarktgesetze sind gemäss Art. 1 Abs. 1 FINMAG das Pfandbriefgesetz (SR 211.423.4), das Versicherungsvertragsgesetz (VVG; SR 221.229.1), das Kollektivanlagengesetz (KAG; SR 951.31), das Bankengesetz (BankG; SR 952.0), das Börsengesetz (BEHG; SR 954.1), das Geldwäschereigesetz (GwG; SR 955.0) und das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG; SR 961.01).

⁴² Es geht im Wesentlichen um die Verletzung strafbewehrter aufsichtsrechtlicher Bewilligungspflichten (Art. 13 KAG, Art. 3 BankG, Art. 10 BEHG, Art. 14 GwG und Art. 3 VAG i.V.m. Art. 44 FINMAG) sowie das strafbewehrte Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 Bst. a BankG); siehe Kapitel III, Ziffer 3b.

⁴³ Vgl. Kapitel III, Ziffer 3c.

⁴⁴ Vgl. Kapitel III, Ziffer 3d.

⁴⁵ Vgl. Kapitel III, Ziffer 3e.

und (g) die meist lose, bisweilen aber auch sehr enge Zusammenarbeit mit den Strafbehörden.⁴⁷

a) Vorgehen gegen Bewilligungsträger

Ziel beim Enforcement gegen Bewilligungsträger ist stets, die Anleger und Versicherten vor Schaden zu bewahren, indem darauf hin gearbeitet wird, dass die Bewilligungsträger das Aufsichtsrecht (wieder) einhalten (können). Steht es um einen Bewilligungsträger sehr schlimm, arbeitet die FINMA auf einen geordneten Marktaustritt hin.⁴⁸

Nach dem Verständnis der FINMA liegt der Hauptauftrag von Enforcement im Bereich der Beaufsichtigten, als verlängerter Arm der Aufsichtsbe-
reiche zu wirken und dort einzuspringen, wo Probleme nicht mehr allein mit den Mitteln der laufenden Aufsicht adäquat angegangen werden können, sei es aufgrund der Qualität der festgestellten Mängel, sei es wegen Unklarheiten über den Sachverhalt und/oder deren rechtliche Einordnung. Ein solcher Verantwortlichkeitsübergang kann auch die Ablehnung eines Bewilligungsgesuchs oder Feststellungsbegehrens⁴⁹ im Vorfeld zu Bewilligungsgesuchen betreffen. In der überwiegenden Zahl der Fälle geht es jedoch um die Untersuchung mutmasslicher Verletzungen von Bewilligungsvoraussetzungen, von Verhaltens- oder Organisationspflichten oder von Vorgaben und Vorschriften zur finanziellen Ausstattung, zur Risikoverteilung und zur Rechnungslegung.

Die Vielfalt der Verfahrensthemen lässt sich am Beispiel der regulatorischen Vorgaben für einen Effektenhändler aufzeigen: Er und seine Organe haben dauernd die Bewilligungsvoraussetzungen zu erfüllen,⁵⁰ Verhaltens- und Organisationspflichten⁵¹ sowie Eigenmittel-, Risikoverteilungs- und Rechnungslegungsvorschriften⁵² einzuhalten. Dazu kommen die Anforderungen betreffend Sorgfalts- und Organisationspflichten nach Geldwä-

⁴⁶ Vgl. Kapitel III, Ziffer 3f.

⁴⁷ Vgl. Kapitel IV, Ziffer 3g.

⁴⁸ FINMA Strategische Ziele 2013-2016, S. 7.

⁴⁹ Vgl. Art. 25 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021).

⁵⁰ Art. 10 BEHG und Art. 17 Börsenverordnung (BEHV; SR 954.11).

⁵¹ Art. 11, 11a und 15 BEHG und Art. 19 ff. BEHV.

⁵² Art. 12 f. und 16 BEHG.

schereigesetz.⁵³ Und schliesslich hat der Bewilligungsträger auch generell die Rechtsordnung einzuhalten.⁵⁴

Eine wirksame Aufsicht manifestiert sich mitunter auch in informellen Gesprächen mit konkreten Hinweisen auf erkannte Schwachstellen. Die FINMA formuliert im Aufsichtsdialo­g oft, welche Handlungen sie von den Beaufsichtigten erwartet. Im Unterschied dazu stehen im formellen Verwaltungsverfahren Erwartungen erst am Ende einer verfahrensrechtlich einwandfreien Verfahrensführung, in einer anfechtbaren Verfügung. Wird das Verfahren nicht sauber geführt, könnte sich die FINMA allzu leicht dem Vorwurf der Voreingenommenheit und damit einem Ausstandsbegehren ausgesetzt sehen.⁵⁵ Die hauptsächliche Herausforderung für den Geschäftsbereich Enforcement bei den von der Institutsaufsicht übernommenen Fällen liegt entsprechend darin, die Dynamik und Geschwindigkeit ordentlicher Aufsichtsprozesse möglichst auch im Rahmen einer «*Enforcementbeziehung*» beizubehalten. Der Austausch wird, durch die Vorgaben des Verwaltungsverfahrens­gesetzes «*verrechtlicht*»; er wird spürbar verlangsamt, und er verliert an Spontaneität und Dynamik.⁵⁶ Bevor die Behörde in Form einer Verfügung⁵⁷ etwas anordnen kann, hat sie den Sachverhalt gehörig zu erheben, den Parteien hinreichend Akteneinsicht zu gewähren, ihnen das Recht auf zusätzliche Beweiserhebungsmassnahmen zuzugestehen und ihnen die Gelegenheit zu geben, bei Einvernahmen präsent zu sein, Zusatzfragen zu stellen, die Partei(en) – allenfalls zum erhobenen Sachverhalt und den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen anzuhören und last but not least ihren Entscheidung hinreichend zu begründen.⁵⁸ Kommt hinzu, dass Parteien eines Enforcementverfahrens der FINMA sich nicht selten (zu Recht) anwaltliche Unterstützung suchen.⁵⁹

⁵³ Art. 1 Abs. 2 Bst. d i.V.m. Art. 3 ff. GwG.

⁵⁴ Beispielsweise könnte eine systematische Verletzung von zivilrechtlichen Pflichten gegenüber Anlegern unter dem Gesichtspunkt des Gewährserfordernisses relevant sein (Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG).

⁵⁵ Vgl. Art. 10 VwVG und ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 117 ff.

⁵⁶ Wesentliches Instrument ist dabei der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen eine Anordnung der FINMA; siehe dazu Kapitel IV, Ziffer 4.

⁵⁷ Art. 5 VwVG.

⁵⁸ Die Verfahrensrecht und -pflichten der Parteien ergeben sich aus dem Verwaltungsverfahrens­gesetz; zu den einzelnen Aspekten, vgl. eingehend ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 102 ff.

⁵⁹ Vgl. Art. 11 VwVG.

Im Ausnahmefall übernimmt das Enforcement die Verantwortung für den Bewilligungsträger insgesamt. Normalerweise geht bloss die Verantwortung für die eigentliche Problembehandlung (den «Unfall») auf das Enforcement über, während die Verantwortung für die laufende Aufsicht weiterhin beim Aufsichtsbereich verbleibt. Dies bringt FINMA-intern erheblichen Abstimmungsbedarf mit sich und stellt auch an die Kommunikation mit dem Beaufsichtigten hohe Anforderungen. Besonders anspruchsvoll sind Fälle, in denen der (mutmassliche) Gesetzesverstoss erheblichen (raschen) Handlungsbedarf nahelegt, eine ordentliche und unvoreingenommene Verfahrensführung aber längere Zeit beanspruchen würde. Die potentiell sich zuwiderlaufenden Sachzwänge von (zukunftsorientierter) laufender Aufsichtsverantwortung und verfahrenstechnisch soliderem, aber langsamerem (und tendenziell rückwärts blickendem) Enforcement manifestieren sich etwa darin, dass die Aufsicht möglichst sofort umfangreiche und unmittelbar Wirkung entfaltende Sofortmassnahmen anordnen möchte. Verfügungen sind aber anfechtbar.⁶⁰ Wird eine Massnahme angefochten, stellt sich dann rasch die Frage des Umgangs mit dem Devolutiveffekt, d.h mit dem Übergang der Zuständigkeit für die Behandlung der Streitsache an die Rechtsmittelinstanz.⁶¹ Häufig kommt es andererseits vor, dass ein Bewilligungsträger während eines Enforcementverfahrens Massnahmen zur Beseitigung der Misstände ergreift und von der Aufsicht eine Bestätigung wünscht, dass diese in die richtige Richtung gehen. Auch hier stellt sich die

⁶⁰ Hinzuweisen ist, dass ein Betroffener jederzeit den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen kann. Der Grundmechanismus des Nebeneinanders von Aufsicht und Enforcement beim Umgang mit Bewilligungsträgern lässt sich am Fall des im September 2011 bekanntgewordenen Handelsverlusts der Investment Bank der UBS von 2,3 Milliarden USD veranschaulichen: Unmittelbar nach Bekanntwerden des Verlusts startete die Bankenaufsicht der FINMA gegenüber der UBS eine Untersuchung, um die manifest gewordenen Mängel in der Bankführung bzw. im Risikomanagement zu adressieren (Medienmitteilung FINMA vom 16. September 2011 «*UBS-Handelsverlust: FINMA und UK FSA starten Untersuchung*»). Zudem ordnete die Bankenaufsicht flankierende Sofortmassnahmen an. Im Februar 2012 gab die FINMA die Eröffnung eines Enforcementverfahrens bekannt (Medienmitteilung FINMA vom 3. Februar 2012 «*Nicht autorisierte Handelsaktivitäten der UBS: FINMA leitet Enforcementverfahren ein*»), das sie im November 2012 mit Verfügung abschloss (Medienmitteilung FINMA vom 21. November 2012 «*UBS Handelsverlust in London: Die FINMA beanstandet erhebliche Kontrollmängel*»). Vgl. zur Frage der Grenzen des informellen Verwaltungshandelns andeutungsweise auch das Urteil des Bundesgerichts 2C_829/2013 vom 7. März 2014 E. 2.3.

⁶¹ Art. 58 VwVG; vgl. Kapitel IV, Ziffer 2 und 4.

Frage, ob Äusserungen der Aufsicht vor dem Erlass der Massnahmenverfügung verfahrenstechnisch nicht problematisch sind.

Aus dem hier geschilderten wird klar, dass Enforcementverfahren gegen Bewilligungsträger, die während der Dauer des Verfahrens weiterhin geschäftstätig sind, zügig zu führen sind. Dabei ist dem Dilemma Beachtung zu schenken, dass die Abwehr von Gefahren oft rasches, entschlossenes und mitunter einschneidend wirkendes Handeln erfordert. Dagegen legen die Anforderungen der Verwaltungsrechtspflege erhebliches Gewicht auf faktische Präzision und formal einwandfreie Interaktion mit den Verfahrensparteien, was mehr Zeit beansprucht.

Bislang konnte die FINMA in der überwiegenden Mehrheit der Fälle konstruktiv mit diesem Dilemma umgehen. Zentral für die fallgerechte Kalibrierung der Vorgehensweise ist, ob sich der Bewilligungsträger frühzeitig dafür entscheidet, sich kooperativ zu verhalten. Falls dies der Fall ist, überwiegen die Vorteile einer Parallelität von Enforcementverfahren und intensiver Begleitung durch die Aufsicht bei weitem.

b) Vorgehen wegen unerlaubter Tätigkeit

Die FINMA ist von Gesetzes wegen zuständig, gegen Akteure vorzugehen, die Finanzdienstleistungen anbieten ohne über die erforderliche Bewilligung zu verfügen.⁶² In solchen Fällen muss entsprechend zunächst die Frage gestellt werden, ob eine unterstellungspflichtige Tätigkeit vorliegt. Ist diese Frage beantwortet, ist zu bestimmen, welches die Rechtsfolge einer derartigen Feststellung zu sein hat.

Da solche Akteure in den meisten Fällen keiner laufenden Aufsicht unterstehen, ist der Informationsstand der FINMA zu Beginn der Abklärung einer möglichen Unterstellungspflicht meist dürftig. Entsprechend anspruchsvoll und aufwendig ist die Beschaffung der relevanten Informationen zur Geschäftstätigkeit. Zwar sind auch mutmasslich «*illegal*» tätige Unternehmen gegenüber der FINMA auskunfts-⁶³ und nach Verfahrenseröffnung mitwirkungspflichtig,⁶⁴ doch nicht immer verhalten diese sich pflichtgemäss. Nicht selten werden der Behörde wichtige Informationen vorenthal-

⁶² Art. 3 Bst. a FINMAG: «Der Finanzmarktaufsicht unterstehen: a. die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsicht benötigen.»

⁶³ Art. 29 FINMAG.

⁶⁴ Art. 13 VwVG.

ten. Oder sie wird mit Bedacht in die Irre geführt oder mit Unwahrheiten bedient.

Um die Unterstellungsfrage zu klären, kommen vorab das auskunftspflichtige Unternehmen selbst, dann aber auch deren (sich beklagende) Kunden oder Konkurrenten, andere in- oder ausländische Behörden oder Hinweise aus Publikum oder Medien in Frage.

Wenn ein möglicherweise unterstellungspflichtigen Unternehmen auf Anfragen der FINMA nicht reagiert, unvollständig antwortet oder falsche Angaben macht, beschafft sich die FINMA bei hinreichendem Anfangsverdacht die notwendigen Informationen über ein Enforcementverfahren. Wird eine unerlaubte Tätigkeit festgestellt und wiegen die Verletzungen des Aufsichtsrechts schwer, führt das nicht nur zur Feststellung der unerlaubten Tätigkeit, sondern zur Anordnung der Liquidation der Unternehmung.⁶⁵ Ist die Unternehmung überschuldet, eröffnet die FINMA zusätzlich den Konkurs.⁶⁶

Nicht selten erbringen unerlaubt tätige Akteure die unerlaubte Dienstleistung bewusst – allenfalls sogar gemäss den Vorgaben einer professionellen Beratung – arbeitsteilig, verteilt über mehrere Firmen und Konto/Depotbeziehungen. Ziel solcher Konstrukte ist oft das Unterlaufen von Bewilligungspflichten in der Schweiz oder in anderen Ländern. In solchen Fällen geht die FINMA folgendermassen vor: Liegen genügend Anhaltspunkte für ein arbeitsteiliges Vorgehen vor, prüft die FINMA die ihr zugänglichen Informationen auf ihre finanzmarktrechtliche Relevanz. Kann von einer Unterstellungspflicht ausgegangen werden, stellt sie fest, dass die Gruppe die Finanzdienstleistung unerlaubt erbringt, benennt die Mitglieder der Gruppe und ordnet pro Mitglied (Verfahrenspartei) die erforderlichen Massnahmen an.⁶⁷

Werden ausländische Gesellschaften zur unerlaubten Erbringung von Finanzdienstleistungen in der Schweiz beigezogen, prüft die FINMA, ob ein hinreichend naher Bezug zur Schweiz besteht. Ist dies der Fall, stellt die FINMA per Verfügung regelmässig fest, dass die ausländische Gesellschaft in der Schweiz zumindest eine bewilligungspflichtige (aber nicht bewilligungsfähige) Zweigniederlassung betrieben und damit gegen Aufsichtsrecht

⁶⁵ Vgl. BGE 131 II 306, BGE 132 II 382, BGE 135 II 356 und BGE 136 II 43.

⁶⁶ Vgl. BGE 131 II 306 E. 4.

⁶⁷ Vgl. BGE 136 II 43 E. 4.3.1, das Urteil des Bundesgerichts 2C_565/2010 vom 14. April 2011 E. 3 sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4094/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2. und E. 3 sowie BGE 136 II 43 E. 4.3.1.; kritisch zur Rechtsentwicklung von FINMA und Gerichten JUTZI/SCHÄREN, Aufsichtsrechtlicher Gruppenbegriff, S. 418 f.

schwer verstossen hat. In der Folge ordnet die FINMA die Eintragung der Zweigniederlassung im Handelsregister an, um ein ordentliches Liquidationsverfahren durchzuführen.⁶⁸ Damit wird einerseits erreicht, dass Gläubiger in der Schweiz einen einklagbaren Schuldner als Gegenpartei erhalten, andererseits werden dadurch Transparenz und Publizität geschaffen.

Bei den natürlichen Personen, die für solche unerlaubten Tätigkeiten verantwortlich sind, handelt es sich meist um geschäftsführende Organe, bisweilen aber auch um bezahlte Schweizer Strohleute. Hier prüft die FINMA, ob diesen Personen formell zu verbieten ist, eine unerlaubte Tätigkeit auszuüben, und ob dieses Verbot nach Eintritt der Rechtskraft zu veröffentlichen ist.⁶⁹

Schliesslich stellt sich bei Verfahren wegen Verdachts auf eine unerlaubte Tätigkeit regelmässig die Frage, ob möglicherweise strafbare Handlungen begangen wurden. Falls Anhaltspunkte dafür bestehen, gilt es zu überlegen, wann und wie die Strafbehörden einzubeziehen sind.⁷⁰

c) Insolvenzabwicklung

Die Zuständigkeit der FINMA und ihres Geschäftsbereichs Enforcement für die Abwicklung insolventer Beaufsichtigter ist im internationalen Vergleich ein Spezialfall. Sie wickelt den Konkurs von Beaufsichtigten nach Banken-⁷¹, Börsen-⁷² und nach Versicherungsaufsichtsgesetz⁷³ ab. Ebenso ist sie zuständig für Insolvenzen von einzelnen Beaufsichtigtenkategorien nach dem Kollektivanlagengesetz.⁷⁴ Nicht zuständig ist sie bei überschuldeten Finanzintermediären nach Geldwäschereigesetz, die von der FINMA direkt beaufsichtigt werden, den «Dufi». Die Insolvenzzuständigkeit der FINMA erstreckt sich im Übrigen nicht nur auf Schweizer Beaufsichtigte. Die FINMA kann auch im Ausland ausgesprochene Konkurse gegenüber Banken, Ver-

⁶⁸ Vgl. ZULAUF/WYSS, faktische Zweigniederlassung.

⁶⁹ Vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 2012 in den Sachen 2C_30/2011 und 2C_543/2011 E. 5.

⁷⁰ Vgl. Kapitel III, Ziffer 2g.

⁷¹ Art. 25 ff., insbes. Art. 33 ff. BankG; die Insolvenzzuständigkeit schliesst die Abwicklung von Beaufsichtigten mit ein, die die Finanzdienstleistungen ohne die erforderliche Bewilligung erbracht hatten (vgl. Kapitel IV, Ziffer 3b und BERTSCHINGER, Abwicklung).

⁷² Art. 36a BEHG.

⁷³ Art. 53 ff. VAG.

⁷⁴ Art. 137 ff. KAG.

sicherungsunternehmen oder kollektive Kapitalanlagen ebenso wie Insolvenzmassnahmen anerkennen. Die FINMA kann schliesslich auch Hilfskonkurse durchführen, um in der Schweiz gelegene Vermögenswerte ausländischer Konkursmassen zu sichern.⁷⁵

Wird ein prudentiell überwachter Beaufsichtigter insolvent, so kann die FINMA den Anlegern rasch ihre Ansprüche anteilmässig und nach Massgabe der vorhandenen Mittel auszahlen. Dafür schuf der Gesetzgeber ein spezielles Verfahren, nämlich die im Vergleich zum ordentlichen Insolvenzverfahren⁷⁶ auf gesteigerte Geschwindigkeit hin ausgelegte «Bankinsolvenz». Die FINMA hat dazu auf Verordnungsstufe ergänzende Bestimmungen erlassen.⁷⁷

Das Aufgabenspektrum der FINMA bei Insolvenz lässt sich exemplarisch anhand der Bestimmungen zur Bankensanierung und dem Bankenkurs zeigen:⁷⁸ Die FINMA greift bei Insolvenzgefahr ein. Diese manifestiert sich insbesondere dann, wenn begründete Besorgnis besteht, dass eine Bank überschuldet ist, ernsthaft Liquiditätsprobleme hat oder die Eigenmittelanforderungen nicht mehr erfüllt.⁷⁹ Die FINMA prüft bei Insolvenzgefahr immer, ob sie spezielle Schutzmassnahmen anzuordnen hat (Einschränkung der Geschäftstätigkeit, Stundung oder Fälligkeitsschub etc.⁸⁰). Gibt es eine begründete Aussicht auf eine Sanierung, so ist zu prüfen, ob ein Sanierungsverfahren durchzuführen ist.⁸¹ Wenn eine erfolgreiche Sanierung aussichtslos ist oder wenn die Sanierungsbemühungen gescheitert sind, entzieht die FINMA der betroffenen Bank die Bewilligung und eröffnet den Konkurs.⁸² Danach ist die FINMA zuständig für das Insolvenzverfahren, wobei sie entweder selbst als Konkursverwalterin agiert oder dafür einen Dritten einsetzt.⁸³

⁷⁵ Vgl. Art. 37g BankG und Art. 10 BIV-FINMA bzw. für die Koordination mit ausländischen Verfahren Art. 37f BankG und Art. 9 BIV-FINMA.

⁷⁶ Vgl. das BG über die Schuldbetreibung und den Konkurs (SchKG; SR 281.1).

⁷⁷ BIV-FINMA; siehe auch die Versicherungskonkursverordnung-FINMA (VKV-FINMA; SR 961.015.2) und die Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA (KAKV-FINMA; SR 951.315.2).

⁷⁸ Vgl. ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 341 ff.

⁷⁹ Vgl. KÄHR, Voraussetzungen.

⁸⁰ Art. 25 und 26 BankG.

⁸¹ Art. 28 ff. BankG; vgl. KÄHR, Sanierungsrecht für Banken.

⁸² Art. 33 ff. BankG.

⁸³ Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 12. März 2013 in der Sache B-3771 E. 2.

Im gleichen Ausmass, in dem die FINMA für die Abwicklung allfälliger Insolvenzen eines Bewilligungsträgers zuständig ist, ist sie auch zuständig für die Insolvenzabwicklung unerlaubt tätiger Unternehmen, die also die entsprechende bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben, ohne über die notwendige Bewilligung zu verfügen.⁸⁴ Im Fall der Überschuldung unerlaubt tätiger Unternehmen ordnet die FINMA direkt die Konkursliquidation an.⁸⁵ Anders als bei Bewilligungs-trägern prüft sie die Durchführbarkeit eines Sanierungsverfahrens bei unerlaubt tätigen Unternehmen grundsätzlich nicht.⁸⁶

Der grösste Unterschied zum ordentlichen Konkursverfahren nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz⁸⁷ liegt darin, dass das Verfahren der Bankeninsolvenz darauf ausgerichtet wird, möglichst rasch eine Befriedigung der Gläubiger (zur Hauptsache Einleger oder Versicherte) zu erreichen. Dieses Interesse der Gläubigergesamtheit wird zum Teil dadurch gewahrt, dass die Rechte der einzelnen Gläubiger nach einer gerichtlichen Überprüfung auf wenige Rügegründe eingeschränkt werden.⁸⁸ Dies bringt u.a. mit sich, dass es im Bankinsolvenzverfahren keine Entsprechung zur Aufsichtsbeschwerde nach Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz gibt.⁸⁹ Diesbezüglich fragt sich, ob *de lege lata* bereits die richtige Balance zwischen rascher Verfahrensführung und Überprüfungsmöglichkeiten der Entscheidungen gefunden wurde.⁹⁰ Auch ergeben sich praktische Abgrenzungsschwierigkeiten, indem bei den Insolvenzverfahren der FINMA die (eingeschränkte) Rechtskontrolle grundsätzlich im Rahmen der Bundesverwal-

⁸⁴ Art. 3 Bst. a FINMAG.

⁸⁵ Was das im konkreten Fall alles bedeuten kann, ist stellvertretend für viele andere Gerichtsentscheide aus BGE 131 II 306 E.4 und BGE 135 II 382 E. 7 sowie dem Urteil 2C_101/2011 vom 21. September 2011 ersichtlich.

⁸⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 2 BIV-FINMA.

⁸⁷ BG über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG SR 281.1).

⁸⁸ Vgl. Art. 24 BankG; *de lege lata* fehlen entsprechende gesetzliche Beschränkungen der Beschwerdegründe im Versicherungsaufsichtsgesetz und im Kollektivanlagengesetz, Art. 54 FINMAG findet Anwendung.

⁸⁹ Art. 17 SchKG.

⁹⁰ So wäre *de lege ferenda* etwa an die Möglichkeit zu denken, dass die FINMA insofern Rechenschaft über das Ergebnis einer Insolvenzabwicklung ablegt, indem sie von Gesetzes wegen die Schlussrechnung offenlegt und auf Verlangen hin dazu eine anfechtbare Verfügung erlässt.

tungsrechtspflege erfolgt⁹¹ und nicht etwa, wie bei Insolvenzverfahren nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, allgemein nach den Grundsätzen des Zivilprozesses.

d) Marktaufsicht

Am 1. Mai 2013 wurde der FINMA die «*allgemeine Marktaufsicht*» gegenüber allen Marktteilnehmern übertragen. Dabei geht es um die Ahndung von Marktmissbrauch bzw. aufsichtsrechtlich unzulässigem Marktverhalten betreffend Effekten, die an einer Schweizer Börse kotiert sind.⁹² Unter die allgemeine Aufsichtszuständigkeit der FINMA fallen das aufsichtsrechtliche Insidervergehen⁹³ und die Marktmanipulation.⁹⁴ Ebenfalls zur Marktaufsicht gehört die Überwachung der Einhaltung der börsengesetzlichen Meldepflichten beim Über- oder Unterschreiten bestimmter Schwellenwerte.⁹⁵ Gestützt auf das Gewährserfordernis überwacht die FINMA ferner die Einhaltung der Marktverhaltensregeln auch von Effekten, die im Ausland kotiert sind, sowie die Referenzzinssätze, Devisenkurse etc.⁹⁶

⁹¹ Vgl. aber den Verweis auf Art. 250 SchKG in Art. 30 Abs. 1 BIV-FINMA betreffend Kollisionsklagen.

⁹² Vgl. Bundesgesetz vom 28. September 2012 (AS 2013 1103; BBl 2011 6873). Vor dem Inkrafttreten der Teilrevision des Börsengesetzes war die FINMA nur zuständig für die Überwachung des Marktverhaltens der Bewilligungsträger, ihrer Organe, Mitarbeiter und Eigner. Schon seit Inkrafttreten des Börsengesetzes per 1. Februar 1997 war die Aufsichtsbehörde gegenüber jedermann zuständig zur Durchsetzung der Beachtung der börsengesetzlichen Meldepflichten (vgl. das Urteil B-1215/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. November 2011 E. 4).

⁹³ Art. 33e BEHG (Ausnützen von Insiderinformationen).

⁹⁴ Art. 33f BEHG. Dem «*Tatbestand*» der aufsichtsrechtlichen Marktmanipulation kommt insofern besondere praktische Bedeutung zu, als der Gesetzgeber im Gegensatz zu ausländischen Regelungen die Manipulation eines Kurses nur dann als strafwürdig erachtete, wenn Scheingeschäfte getätigt werden. Häufig anzutreffen sind indessen Situationen, in denen Marktteilnehmer versuchen, mit echten Transaktionen den Kurs einer bestimmten Effekte in die gewünschte Richtung zu treiben (vgl. die Medienmitteilungen der FINMA «*FINMA rügt Valiant wegen Verletzung der Marktverhaltensregeln*» vom 25. April 2012, «*FINMA rügt Basler Kantonalbank wegen Verletzung der Marktverhaltensregeln und zieht Gewinne ein*» vom 21. November 2013 und «*FINMA zieht bei der In-Core Bank Gewinne ein*» vom 19. Dezember 2013).

⁹⁵ Art. 20 BEHG.

⁹⁶ Vgl. Rz. 41 ff. des FINMA-RS 2013/8 Marktverhaltensregeln. Das banken- und börsengesetzliche Gewährserfordernis war beispielsweise zentrale Rechtsgrundlage für das Vorgehen der FINMA gegen die UBS in Bezug auf die Manipulationen des LIBOR-

Die Notwendigkeit der Einführung der allgemeinen Marktaufsicht begründete der Bundesrat in der Botschaft zur Teilrevision des Börsengesetzes wie folgt:

«Insiderhandel und Marktmanipulation werden neu aufsichtsrechtlich für sämtliche Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer verboten. Das Verbot der Marktmanipulation umfasst dabei neben Scheingeschäften auch sämtliche echten Transaktionen mit manipulatorischem Charakter. Zur Durchsetzung der genannten Verbote und der Bestimmungen über die Offenlegung von Beteiligungen kann die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) nicht nur gegenüber den Beaufsichtigten, sondern neu auch gegenüber den übrigen Marktteilnehmerinnen und -teilnehmern die Aufsichtsinstrumente der Auskunftspflicht, der Feststellungsverfügung, der Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung sowie der Einziehung des Gewinns einsetzen. Zusätzlich wird der FINMA die Möglichkeit eingeräumt, bei hinreichenden Anhaltspunkten für eine Verletzung der Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen als vorsorgliche Massnahmen eine Stimmrechtssuspension und ein Zukaufsverbot auszusprechen.»⁹⁷

«Die Verletzung der aufsichtsrechtlichen Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation wird von der FINMA im Aufsichtsverfahren geahndet. Gegenüber den Beaufsichtigten kann die FINMA dabei die im FINMAG vorgesehenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen sowie ein Tätigkeitsverbot nach Artikel 35a BEHG aussprechen. Gegenüber den übrigen Marktteilnehmerinnen und -teilnehmern kann die FINMA folgende Aufsichtsinstrumente einsetzen: Auskunftspflicht, Feststellungsverfügung, Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung sowie Einziehung des Gewinns. Die Anwendbarkeit der anderen Aufsichtsinstrumente des FINMAG, wie insbesondere das Berufsverbot, wäre für die übrigen Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer ungeeignet und unverhältnismässig.»⁹⁸

«Aufgrund ihrer grossen Schädlichkeit für den Finanzmarkt sowie, um eine Lücke im Vergleich zum europäischen Recht zu schliessen, werden Insiderhandel und Marktmanipulation auf Ebene des Aufsichtsrechts für sämtliche Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer verboten. Das Verbot der Marktmanipulation umfasst dabei – im Gegensatz zum strafrechtlichen Tatbestand der Kursmanipulation – nebst Scheingeschäften auch sämtliche echte Transaktionen mit manipulatorischem Charakter.

Zinssatzes (vgl. Medienmitteilung «LIBOR: FINMA schliesst Verfahren gegen UBS und zieht unrechtmässige Gewinne ein» vom 19. Dezember 2012).

⁹⁷ BOTSCHAFT Börsendelikte und Marktmissbrauch, S. 6874 f.

⁹⁸ BOTSCHAFT Börsendelikte und Marktmissbrauch, S. 6889.

Da das Aufsichtsrecht im Unterschied zum Strafrecht nicht auf die Vergeltung eines Fehlverhaltens, sondern auf den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte abzielt, setzen die aufsichtsrechtlichen Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation im Unterschied zu den strafrechtlichen Tatbeständen des Insiderhandels und der Kursmanipulation keinen Vermögensvorteil, keine Bereicherungsabsicht und kein subjektives Verschulden voraus. Damit die Verbote nicht zu weit greifen, wird der Bundesrat Vorschriften über zulässige Verhaltensweisen erlassen.»⁹⁹

Mit der Revision wurde auch das Aufsichtsinstrumentarium der FINMA zur Ahndung von Verstössen gegen die börsengesetzlichen Meldepflichten erweitert.¹⁰⁰ Zusätzlich wurde der Straftatbestand des Insiderdelikts verschärft und zusammen mit dem Straftatbestand der Kursmanipulation vom Strafgesetzbuch ins Börsengesetz¹⁰¹ verschoben. Die Zuständigkeit für die Strafverfolgung wurde gleichzeitig von den Kantonen auf den Bund übertragen; sie kann nicht an die Kantone zurückdelegiert werden.¹⁰²

Weiter ist es Aufgabe der FINMA in der Marktaufsicht, die Offenlegungs- und Handelsüberwachungsstellen der Börsen im Sinn einer (zurückhaltenden) Oberaufsicht zu überwachen,¹⁰³ Untersuchungsberichte der Handelsüberwachungsstellen zu bearbeiten und eigene Marktabklärungen durchzuführen, allenfalls unter Beschaffung von Informationen aus dem Ausland über die Amtshilfe.¹⁰⁴ Hinzu kommt die permanente Abstimmung

⁹⁹ BOTSCHAFT Börsendelikte und Marktmissbrauch, S. 6888 f.

¹⁰⁰ Art. 34 BEHG; seit dem 1. Mai 2013 kann die FINMA die Verletzung der börsengesetzlichen Meldepflicht nicht nur bloss feststellen (wie z.B. im Fall des Investors G.B. betreffend eine Beteiligung in *sia abrasives*; Medienmitteilung «FINMA schliesst Untersuchung in Sachen *sia Abrasives ab*» vom 16. März 2011), sondern auch einen allfällig damit erzielten Gewinn oder vermiedenen Verlust einziehen (Art. 35 FINMAG) und die verfügte Massnahme veröffentlichen (Art. 34 FINMAG).

¹⁰¹ Art. 40 BEHG bzw. Art. 161 aStGB (Insiderdelikt) und Art. 40a BEHG bzw. Art. 161^{bis} aStGB (Kursmanipulation).

¹⁰² Art. 44 BEHG.

¹⁰³ Die FINMA steht in regelmässigem Kontakt mit diesen Stellen, prüft die Empfehlungen der Offenlegungsstellen auf ihre Konsistenz mit den Vorgaben des Börsengesetzes und hält die Überwachungsstelle bei Bedarf an, bei auffälligen Marktbewegungen Überwachungsberichte zu erstellen.

¹⁰⁴ Ausführlicher zum Thema, wenn auch auf dem Stand vor der Einführung der allgemeinen Marktaufsicht per 1. Mai 2013, vgl. WYSS, Marktaufsicht, und zu den Heraus-

der Überwachungsarbeit mit der Bundesanwaltschaft, die für die Strafverfolgung von Börsendelikten zuständig ist.¹⁰⁵

e) Vorgehen gegen Unternehmen und natürliche Personen

Enforcementverfahren der FINMA richten sich primär gegen Bewilligungsträger und unerlaubt tätige Unternehmen, beides Beaufsichtigte im Sinne des Finanzmarktaufsichtsgesetzes.¹⁰⁶ In begründeten Fällen kann die FINMA indessen auch gegen natürliche Personen vorgehen und Feststellungsverfügungen erlassen,¹⁰⁷ zu Unrecht erzielte Gewinne oder vermiedene Verluste einziehen,¹⁰⁸ Berufs-¹⁰⁹ oder Tätigkeitsverbote¹¹⁰ verhängen und die Veröffentlichung einer rechtskräftigen Verfügung anordnen.¹¹¹ Zudem können auch formell gegen Bewilligungsträger (oder Gesuchsteller) gerichtete Enforcementverfahren mittelbare Auswirkungen auf natürliche Personen zeitigen: So etwa, wenn die FINMA vorsorglich Organe suspendiert, von einem beaufsichtigten Institut unter Androhung des Bewilligungsentzugs die Abberufung oder Abwahl bisheriger Organe verlangt,¹¹² oder wenn sie eine Bewilligung nicht erteilt, weil nicht sämtliche Organe Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Gerade bei Verfahren wegen Marktmissbrauchs kommen neben Unternehmen oft auch natürliche Personen als Verfügungsadressaten in Frage.¹¹³ Massnahmen ergreift die FINMA schliess-

forderungen aufgrund des Nebeneinanders von Aufsichts- und Strafverfahren unter neuem Recht PFLAUM/WOHLERS, Kurs- und Marktmanipulation, S. 535 ff.

¹⁰⁵ Vgl. Kapitel III, Ziffer 3g.

¹⁰⁶ Art. 3 Bst. a FINMAG.

¹⁰⁷ Art. 32 FINMAG, vgl. Kapitel IV, Ziffer 3b.

¹⁰⁸ Art. 35 FINMAG, vgl. Kapitel IV, Ziffer 3f.

¹⁰⁹ Art. 33 FINMAG, vgl. Kapitel IV, Ziffer 3c.

¹¹⁰ Vgl. Kapitel IV, Ziffer 3d.

¹¹¹ Art. 34 FINMAG; vgl. Kapitel IV, Ziffer 3e.

¹¹² Vgl. Medienmitteilung FINMA vom 11. Januar 2012 «Sanktionen im Fall KPT».

¹¹³ Noch vor Inkrafttreten der Marktmissbrauchs-Novelle hatten die FINMA und ihre Vorgängerin, die EBK, verschiedentlich natürliche Personen, die als Investoren auftraten, wegen Verletzung der börsengesetzlichen Offenlegungspflicht gerügt (vgl. stellvertretend für andere Verfahren die Medienmitteilung «FINMA schliesst Untersuchung in Sachen *sia Abrasives ab*» vom 16. März 2011 sowie die Sachverhaltsschilderung im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2204/2011 vom 24. Juli 2012 sowie das Urteil B-1215/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. November 2010).

lich regelmässig gegenüber Personen, die für die Aktivitäten eines unerlaubt tätigen Finanzintermediärs verantwortlich waren.¹¹⁴

Die FINMA hat sich bei der Eröffnung von Verfahren im Einklang mit der Enforcement-Policy eine gewisse Zurückhaltung auferlegt.¹¹⁵ Dies galt bislang noch in stärkerem Mass für die Eröffnung von Verfahren gegen natürliche Personen. Einerseits liegt dies darin begründet, dass die primäre Aufgabe der FINMA in der Aufsicht über die Bewilligungsträger liegt. Andererseits sind gegen natürliche Personen gerichtete Verfahren sehr aufwändig. Daher stellt sich jedes Mal die Frage, ob die Eröffnung von ressourcenintensiven Verfahren gegen natürliche Personen mit Blick auf die Aufgabenerfüllung der FINMA zu rechtfertigen ist.

Es kommt vor, dass in der gleichen Sache parallel gegen Unternehmen und gegen natürliche Personen ein Enforcementverfahren geführt wird. Je nach Verfahrensgegenstand, Priorität, Beweis- und Ressourcenlage sowie Geheimhaltungsinteressen (Geschäftsgeheimnisse¹¹⁶) werden solche Verfahren getrennt oder auch als Mehrparteienverfahren geführt.¹¹⁷

f) Internationale Amtshilfe

Eng verbunden mit der Zuständigkeit der FINMA für die Schweiz bezogene Marktaufsicht¹¹⁸ ist ihre Aufgabe, Informationersuchen ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden zu behandeln.¹¹⁹ Dabei geht es häufig darum, zuhanden ausländischer Behörden zu ermitteln, wer auf einer ausländischen Finanzmarktinfrastuktur Transaktionen ausgelöst hat bzw. wer von Transaktionen profitiert hat, die im Ausland getätigt wurden. Da Investoren oder Anleger häufig grenzüberschreitend tätig sind, ist die internationale Amtshilfe oft der einzige Weg, dank der ausländische Aufsichtsbehörden abschätzen zu können, ob der Verdacht für Marktmissbrauch auf dem ausländischen Finanzplatz begründet ist.¹²⁰

¹¹⁴ Vgl. Kapitel IV, Ziffern 3d und 3f.

¹¹⁵ Vgl. die Grundsätze 3,6, 7 und 8 der FINMA Enforcement-Policy.

¹¹⁶ Vgl. Art. 27 f. VwVG.

¹¹⁷ Vgl. ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 102 ff.

¹¹⁸ Vgl. Kapitel III, Ziffer 3d.

¹¹⁹ Rechtsgrundlage für die internationale Amtshilfe sind die Art. 42 FINMAG, Art. 38 BEHG sowie Art. 141 KAG.

¹²⁰ Vgl. beispielhaft das Urteil B-2697/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Juni 2013 sowie ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 42 ff.

Nicht selten gelangen ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden auch an die FINMA, um vorsorgliche Sicherungsmassnahmen zu erhalten, zum Beispiel um Fälle von unerlaubter Tätigkeit zu untersuchen oder um Geldern zu finden und sicherzustellen, die unter Verletzung von ausländischem Aufsichtsrecht verschwunden sind. Schliesslich wird um internationalen Amtshilfe nachgesucht, um abzuklären, ob eine Person, die im Ausland bei um eine Bewilligung nachsucht oder eine leitenden Funktion übernimmt, bei der FINMA bekannt ist. Dabei geht es darum, sachdienliche Hinweise zu erhalten, ob die Person Gewähr für eine einwandfreie Tätigkeit bietet.

Der Aufwand für die Behandlung ausländischer Amtshilfeersuchen ist erheblich und kontinuierlich im Steigen begriffen.¹²¹ Dafür gibt es verschiedene Gründe: Wegen der starken Position der Schweiz im Private Banking werden erstens über Finanzintermediäre in der Schweiz viele Transaktionen im Ausland ausgelöst. Zweitens wird immer häufiger um die Übermittlung nicht bloss der Namen, sondern umfangreicherer Informationen ersucht.¹²² Drittens, ist bei fehlendem Einverständnis des Kunden¹²³ die Informationsübermittlung zu verfügen.¹²⁴ Das bindet zusätzliche Ressourcen bei gleichzeitiger substantieller Verzögerung der internationalen Amtshilfe. Die Amtshilfeverfügung kann – ein im Vergleich mit namenhaften ausländischen Finanzplätzen schweizerischer Sonderfall – vor Bundesverwaltungsgericht als einziger Rechtsmittelinstanz angefochten werden.¹²⁵

¹²¹ Vgl. FINMA Jahresbericht 2013, S. 76 f.

¹²² Um sich als zuständige Marktaufsichtsbehörde eine fundierte Meinung bilden zu können, ob begründeter Verdacht besteht, dass jemand Marktmissbrauch betrieben haben könnte, ist u.a. nicht nur die Kenntnis der Identität des Auftragsgebers für die beobachteten Transaktionen wichtig, sondern auch die Anzahl der von ihm erworbenen oder veräusserten Titel, die Zusammensetzung des Depots, die verfolgte Anlagestrategie, die Häufigkeit von Transaktionen u.a.m. Beispielsweise macht es einen Unterschied, ob jemand wiederholt kleine Mengen der Aktie A kauft und in ein gut diversifiziertes Depot legt oder ob er an einem einzigen Tag den Titel A kauft, um ihn gleich darauf wieder gewinnbringend zu verkaufen (und vorher nie in einen vergleichbaren Titel investiert hatte).

¹²³ Weitaus häufiger von Interesse als der Name des Kunden (häufig eine Sitzgesellschaft) ist der ebenfalls zu übermittelnde Name des wirtschaftlich Berechtigten der Konto-/Depotbeziehung. Dieser kann gemäss ständiger Gerichtspraxis keine eigenständigen Parteirechte geltend machen.

¹²⁴ Art. 38 Abs. 3 und 6 BEHG.

¹²⁵ Art. 38 Abs. 5 BEHG i.V.m. Art. 83 Bst. h Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110); zu beachten ist die Anfechtungsfrist von 10 Tagen.

Die FINMA leistet aber nicht nur internationale Amtshilfe, sie ersucht auch regelmässig ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden um Amtshilfe, vor allem im Zusammenhang mit Marktuntersuchungen sowie bei Verdacht auf eine unerlaubte Tätigkeit eines Finanzintermediärs. Angesichts globalisierter Finanzmärkte wird der Amtshilfeweg zunehmend wichtig für die Koordination internationaler Enforcementaktivitäten, so beispielsweise im Fall LIBOR, und generell für das Führen von Enforcementverfahren mit internationalem Bezug.¹²⁶

Die Gruppe internationale Amtshilfe innerhalb des Geschäftsbereichs Enforcement ist schliesslich die zuständige Anlaufstelle, wenn ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden Vor-Ort-Kontrollen¹²⁷ durchführen wollen. In diesem Zusammenhang sind die damit verbundenen Begleitmassnahmen festzulegen sowie die Fragen zum Umgang mit dem Damoklesschwert der strafbewehrten Souveränitätsschutzbestimmung¹²⁸ zu klären (Zusammenspiel des Aufsichtsrechts mit den allgemeinen Regeln der internationalen Zusammenarbeit).¹²⁹

g) Zusammenarbeit mit Strafbehörden

Viele Berührungspunkte gibt es zwischen der FINMA und diversen Strafbehörden. Der Strafrechtsdienst des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) ist zuständig für die Untersuchung und Bestrafung von Verletzungen von Straftatbeständen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes und der Finanzmarktgesetze, die dem Verwaltungsstrafrecht zuzurechnenden sind.¹³⁰ Die

¹²⁶ Denkbar sind u.a. Enforcementverfahren der FINMA, in denen sich wesentliche Sachverhaltselemente im Ausland zugetragen haben, wo eine oder mehrere Parteien eines Verfahrens der FINMA im Ausland wohnen bzw. domiziliert sind und oder einen ausländischen Pass besitzen, wo sich Vermögenswerte, wesentliche Beweisstücke oder Gruppenteile im Ausland befinden.

¹²⁷ Vgl. Art. 43 FINMAG, Art. 23^{septies} BankG, Art. 38a BHEG und Art. 143 KAG.

¹²⁸ Art. 271 StGB.

¹²⁹ Vgl. dazu auch den am 20. Februar 2013 vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz; www.bj.admin.ch).

¹³⁰ Art. 44 ff. FINMAG; siehe auch Art. 46 und 49 BankG, Art. 41 ff. BEHG, Art. 148 f. KAG, Art. 86 f. VAG und Art. 37 GwG. Das Verfahren richtet sich nach dem BG über das Verwaltungsstrafrecht. Betreffend des Verwaltungsstrafverfahren vgl. ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 388 ff. Der Strafrechtsdienst des EFD ist auch die zuständige Stelle für den Erlass von Bewilligungen gemäss Art. 271 StGB (vgl. Art.

kantonalen Strafbehörden sind zuständig für Verletzungen spezifischer Geheimhaltungsnormen,¹³¹ wie dem «Bankkündengeheimnis».¹³² Die Bundesanwaltschaft verfolgt Börsendelikte,¹³³ organisiertes Verbrechen, die Finanzierung des Terrorismus und Wirtschaftskriminalität.¹³⁴

Das Bundesrecht ruft die FINMA und die Strafbehörden auf, zusammenzuarbeiten und im Einzelfall die Nützlichkeit von Koordination zu prüfen.¹³⁵ Die FINMA hat überdies – nach dem Wortlaut des Gesetzes zwingend – Strafanzeige zu erstatten, wenn sie Kenntnis hat von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie von Widerhandlungen gegen das Finanzmarktaufsichtsgesetz oder eines der Finanzmarktgesetze.¹³⁶ Diesbezüglich steht ihr *de lege lata* kein Ermessensspielraum zu;¹³⁷ allerdings kann sie Zeitpunkt und Detaillierungsgrad der Anzeige selbst bestimmen.¹³⁸ Der Geschäftsbereich Enforcement stellt die Kontakte mit den Strafbehörden her und ist federführend bei der Erstattung der Strafanzeigen.¹³⁹

Die Formen der Zusammenarbeit mit den Strafbehörden variieren. Sie sind abhängig von der möglichen Straftat, dem aufsichtsrechtlichen Status der potentiellen Straftäter, der Flucht- und Kollusionsgefahr sowie Aspekten wie der Gefährdungslage der zu schützenden Rechtsgüter. Bei bewilligten Instituten stellt sich für die FINMA in jedem Fall die Frage nach der Gefahr für Anleger oder Versicherte. Das kann dazu führen, dass die FINMA zunächst dafür sorgt, dass sie ihren primären gesetzlichen Auftrag erfüllt. Bei der Marktaufsicht wiederum ist eine frühzeitige Absprache mit der Bundesanwaltschaft zentral, um den unterschiedlichen prozessualen Rahmenbedingungen bestmöglich Rechnung zu tragen. Bei Verdacht auf unerlaubte

31 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung; RVOV; SR 172.010.1), soweit nicht der Bundesrat aufgrund der politischen Bedeutung zu entscheiden hat.

¹³¹ Art. 43 BEHG und Art. 149 Abs. 1 Bst. k i.V.m. Art. 150 KAG.

¹³² Art. 47 BankG.

¹³³ Art. 40 und 40a i.V.m. Art. 44 BEHG; anwendbares Verfahrensrecht ist die Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0).

¹³⁴ Art. 24 StPO.

¹³⁵ Art. 38 Abs. 1 und 2 FINMAG, Art. 29a GwG und Art. 68 Strafbehördenorganisationsgesetz (StBOG; SR 173.71).

¹³⁶ Art. 38 Abs. 3 FINMAG.

¹³⁷ Vgl. Jahresbericht GPK 2011, S. 6807 ff.

¹³⁸ Vgl. Enforcement-Policy FINMA, Grundsatz 11.

¹³⁹ Art. 38 Abs. 3 FINMAG, vgl. ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 190 ff.

Tätigkeit oder auch im Zusammenhang mit Insolvenzen wird fallweise geprüft, inwiefern ein abgestimmtes Vorgehen förderlich oder notwendig ist.¹⁴⁰

h) Exkurs: Mitwirkungspflicht vs. Nemo tenetur

Die Parallelität von Verwaltungsverfahren und Strafverfahren bzw. die Aussicht auf ein Strafverfahren, das einem Enforcementverfahren nachgelagert ist, stellt die betroffenen Parteien und Behörden mitunter vor grosse Herausforderungen.¹⁴¹ Während im Verwaltungsverfahren für Verfahrensparteien Mitwirkungspflicht gilt,¹⁴² muss sich eine beschuldigte Person im Strafverfahren nicht selbst belasten,¹⁴³ darf also die Mitwirkung ganz verweigern, ohne Nachteile befürchten zu müssen.

Das kann vorab Personen,¹⁴⁴ die in einem Daueraufsichtsverhältnis zur FINMA stehen, vor ein Dilemma stellen: Wenn sie ihrer Mitwirkungspflicht gegenüber der Aufsicht nachkommen, um keine administrativen Nachteile zu riskieren (z.B. Gefährdung der erteilten Bewilligung), belasten sie sich allenfalls damit strafrechtlich relevant selbst, obwohl ihnen in einem parallel geführten oder nachgelagerten Strafverfahren ein Aussageverweigerungsrecht zusteht. Aufgrund der Rechtshilfe- und Strafanzeigespflicht der FINMA

¹⁴⁰ Vgl. ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 184 ff. und PFLAUM/WOHLERS, Kurs- und Marktmanipulation.

¹⁴¹ Zum Thema aus Sicht der Aufsicht ausführlich ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 263 ff.; dem Vorgehen der Aufsicht gegenüber kritisch IFFLAND, Les procédures d'enforcement, und PFLAUM/WOHLERS, Kurs- und Marktmanipulation, S. 535 ff., anschaulich BERNASCONI, Verfahrensgestrüpp, S. 579 und S. 581; zum strafprozessualen Schweigerecht kritisch Seiler, Schweigerecht, S. 20: «Die Auffassung, es gebe ein verfassungs- oder menschenrechtliches Schweigerecht, ist rational nicht begründbar und findet weder in der Verfassung noch in den Menschenrechtskonventionen eine Grundlage. Sie führt zu nicht erklärbaren normativen, logischen und praktischen Widersprüchen mit dem Verwaltungsrecht, in welchem eine Mitwirkungspflicht der Parteien gilt, auch wenn sich die Auskunft zum Nachteil des Rechtsunterworfenen auswirkt.»

¹⁴² Anwendbar sind u.a. Art. 13 VwVG (Mitwirkungspflicht der Parteien), Art. 29 Abs. 1 FINMAG (Auskunftspflicht von Beaufsichtigten), Art. 34 BEHG (Auskunftspflicht im Zusammenhang mit Marktuntersuchungen) sowie Art. 12 Bst. b und c VwVG (Auskünfte von Parteien bzw. Auskünfte und Zeugnis von Drittpersonen) i.V.m. Art. 16 ff. VwVG.

¹⁴³ Art. 113 und Art. 157 ff. StPO. Siehe auch Art. 169 Abs. 1 StPO (Zeugnisverweigerungsrecht bei drohender Selbstbelastung).

¹⁴⁴ Insbesondere Bewilligungsträger, deren Organe oder Mitarbeiter.

müssen diese Personen davon ausgehen, dass die Strafbehörden von ihren Äusserungen im Enforcementverfahren Kenntnis erhalten.

Folgendes Beispiel veranschaulicht die Zwickmühle: Ein Beaufchtigter, der eine strafbewehrte aufsichtsrechtliche Verpflichtung verletzt hat,¹⁴⁵ will seine aufsichtsrechtliche Situation bereinigen. Er räumt gegenüber der FINMA die Verstösse (proaktiv oder auf Nachfrage hin) ein und ergreift resolut sämtliche Massnahmen, um eine Wiederholung des Verstosses zu verhindern. Zudem entschädigt er Geschädigte. Gestützt auf dieses Vorgehen, das aus der Sicht der Aufsicht sachgerecht war und im Licht des Gewährserfordernisses erwartet worden war, verfügt die FINMA die erforderlichen Massnahmen. Dabei berücksichtigt sie explizit oder implizit das kooperative Verhalten des Beaufchtigten. Nun ist die FINMA indes verpflichtet, den Sachverhalt der Strafbehörde anzuzeigen und es ihr zu überlassen, ob sie — was allenfalls sachgerecht wäre — in Anwendung des Opportunitätsprinzips auf die Strafverfolgung verzichtet. Mit Blick auf eine drohende Strafverfolgung könnte sich die eine oder andere Verfahrenspartei veranlasst sehen, im aufsichtsrechtlichen Verfahren nicht mehr vollumfänglich zu kooperieren. Oder sie werden gar versuchen, den Missstand aktiv zu vertuschen.¹⁴⁶

Der Gesetzgeber hat die Pflichten- bzw. Rechtekollision von Verfahrensparteien im Aufsichtsverfahren und gleichzeitig (potentiell) Angeschuldigten im Strafverfahren nicht im Detail adressiert. Es gelten die allgemeinen Regeln der Strafprozessordnung, die die bestehenden Konflikte zumindest für die Zwecke der Strafverfolgung teilweise adressieren.¹⁴⁷ Zudem hat der Gesetzgeber der FINMA und den Strafbehörden die Pflicht auferlegt, fallweise die Möglichkeit der Koordination ihrer Verfahren im Lichte ihres gesetzlichen Auftrags zu prüfen.¹⁴⁸

Den potentiellen Konflikt entgegengesetzter Pflichten der Verfahrensbeteiligten im Verwaltungs- und Strafverfahren entlang der unterschiedlich

¹⁴⁵ Zu denken ist etwa an aufsichtsrechtliche strafbewehrte Meldepflichten Börsen- oder Geldwäschereigesetz (Art. 20 und 41 BEHG bzw. Art. 9 und 37 GwG) oder betreffend den Vertrieb von Fondsprodukten (Art. 3 und Art. 148 Abs. 1 Bst. d KAG).

¹⁴⁶ Dem Antagonismus zwischen aufsichtsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafrechtlichem Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen und die Mitwirkung zu verweigern, dürfte weniger Bedeutung zukommen, wo die fragliche Verfahrenspartei in keinem Daueraufsichtsverhältnis zur FINMA steht.

¹⁴⁷ Art. 139 ff., Art. 282 Abs. 5 StPO.

¹⁴⁸ Art. 38 Abs. 2 FINMAG.

konzipierten Verfahrensordnungen können weder die Verwaltungsbehörde noch die Strafbehörde vollständig beseitigen. Auch der Gesetzgeber kann das Problem *de lege ferenda* nicht vollständig aus dem Weg räumen,¹⁴⁹ da ein gewisses Spannungsfeld zwischen den verfahrensrechtlichen Spielregeln im Verwaltungsrecht einerseits und im Strafprozess andererseits begriffsinhärent ist. Insbesondere wäre ein absoluter Vorrang des Strafprozessrechts bzw. der Beweisführung für die Zwecke der Strafverfolgung sachwidrig. Angesichts unterschiedlicher Prioritäten, Ressourcen und (vor allem) Verfahrensgeschwindigkeiten könnte ein solcher Vorrang in der Konsequenz bedeuten, dass die FINMA dringend gebotene Massnahmen zum Schutz der Gläubiger oder Versicherten aufgrund von Beweisschwierigkeiten nicht vornehmen könnte: Bei unklarem Sachverhalt könnte sie mangels Mitwirkung und daher mangels hinreichendem Beweis nicht verfügen. Ein solches Resultat wäre insbesondere dort stossend, wo die Tätigkeit allein gestützt auf eine behördliche Bewilligung überhaupt ausgeübt werden kann.

In der Praxis gibt es eine Vielzahl von Möglichkeiten, den in der Lehre in seiner praktischen Bedeutung bisweilen überbetonten Antagonismus zwischen Mitwirkungspflicht und dem Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen («*nemo tenetur se ipsum accusare*»), zu entschärfen. Zunächst darf die Verwaltungsbehörde aus einer Verweigerung der Mitwirkung nicht automatisch schliessen, ein bestimmter, von ihr angenommener Umstand sei Fakt. Die verfügende Behörde braucht hinreichende Indizien. Ein Anwendungsfall zum beweisrechtlichen Umgang mit einer verweigerter Mitwirkung könnte etwa so aussehen: Eine Verfahrenspartei schweigt auf die Frage, ob sie ein bestimmtes Ergebnis bewusst habe herbeiführen wollen oder ob das einfach passiert sei. Während sich beispielsweise strafrechtlich die Frage nach dem Vorsatz stellen könnte, kann sich aus aufsichtsrechtlicher Sicht die Klärung der Frage erübrigen, ob Vorsatz oder Nichtwissen vorliegt. Mit Blick auf die Pflichten als Organ eines Bewilligungsträgers und das Gewährserfordernis sind in beiden Fällen Probleme erkennbar.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Das ergibt sich auch sinngemäss aus dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 3 FINMAG: «Sie [FINMA und Strafverfolgungsbehörden] koordinieren ihre Untersuchungen, soweit möglich und erforderlich.»

¹⁵⁰ Kommt hinzu, dass die Reaktionsmöglichkeiten der FINMA bei Verweigerung der Mitwirkung von Bereich zu Bereich differieren. Bei Beaufichtigten kann sie neben den ordentlichen Mitteln zur Informationsbeschaffung (Art. 12 VwVG) allenfalls auch einen FINMA-Beauftragten (Art. 36 FINMAG) zur Informationsbeschaffung vor Ort einsetzen. Dieses Mittel steht ihr dagegen nicht zur Verfügung bei Marktuntersuchungen

Weiter ist anzuführen, dass dem Verfasser kein einziger Anwendungsfall bekannt ist, in dem die FINMA oder auch deren Vorgängerin EBK bei Verweigerung der Mitwirkung in «freier Beweiswürdigung» einen Sachverhalt als gegeben betrachtet hätte, den sie nicht beweisen konnte. Häufig verzichten Strafbehörden zur Vermeidung langwieriger Diskussionen mit den Verfahrensparteien von sich aus auf die Edition der Einvernahmeprotokolle und anderer Unterlagen der FINMA. Und schliesslich stimmen sich FINMA und Strafverfolgungsbehörden nach Möglichkeit ab, damit sich das Problem der Beweisverwertung für die Strafverfolger möglichst gar nicht stellt. So kann die FINMA beispielsweise mit bestimmten Beweismassnahmen zuwarten und einer ebenfalls involvierten Strafverfolgungsbehörde zur Klärung bestimmter Fragen den Vortritt lassen.¹⁵¹

Auf jeden Fall drängt sich aufgrund der unterschiedlichen Funktionen von (Finanzmarkt) Aufsicht und Strafverfolgung und den damit zusammenhängenden unterschiedlichen Verfahrensthemen und Schutzaufträgen der rechtsanwendenden Behörden auf, das Problem der Verwertbarkeit von Beweismitteln aus dem Aufsichtsverfahren im Zweifelsfall nicht (vorgelagert) im Verwaltungsverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht, sondern im Strafverfahren nach den Regeln des Strafprozesses durch die berufene Behörde entscheiden zu lassen.¹⁵² Es ist ureigene Sache der Strafbehörden zu entscheiden, was verwertbar ist und was nicht. Soweit eine fundierte Analyse ergeben sollte, dass der Strafprozess diesbezüglich keine zufriedenstellende Antwort bereithält, wäre an diesem Punkt anzusetzen.¹⁵³

von nicht dauernd überwachten Marktteilnehmern (Art. 34 BEHG): Hier kann einzig noch geprüft werden, ob bei der Verweigerung von Auskünften eine strafbewehrte Verfügung betreffend Erfüllung der Auskunftspflicht Wirkung zeigt (Art. 29 Abs. 2 FINMAG i.V.m. Art. 34 BEHG und Art. 48 FINMAG).

¹⁵¹ Bei näherer Betrachtung der Diskussion des «Aussagedilemmas» in den publizierten Meinungsbeiträgen könnte einen mitunter der Verdacht beschleichen, möglicherweise gehe es gar nicht so sehr um die Wahrung der Verfassungsmässigkeit des Verwaltungsverfahrens (wo aber vielfach angesetzt wird), sondern vielmehr darum, sicherzustellen, dass die bereits *per se* anspruchsvolle Strafverfolgung es möglichst auch bleibt.

¹⁵² Vgl. auch das Urteil B-5051/2012 und B-3142/2012 des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. April 2014 E. 5.4.3.

¹⁵³ Angesichts der in Teilbereichen des regulierten Zusammenlebens zunehmenden Verzahnung von Zuständigkeiten von Verwaltungs- und Strafbehörden braucht es aber auf jeden Fall *pro futuro* tragfähige, belastbare Lösungen, und sei es auch bloss aufgrund einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung *de lege lata*.

IV. Enforcement-Instrumente

Die FINMA entfaltet ihre unmittelbare Wirkung über die Anwendung ihrer «Aufsichtsinstrumente». Diese sind im entsprechend betitelten zentralen dritten Kapitel des Finanzmarktaufsichtsgesetzes zusammengefasst und vier Abschnitten zugeordnet. Die Überschriften lauten «Prüfung»,¹⁵⁴ «weitere Aufsichtsinstrumente»,¹⁵⁵ «Zusammenarbeit mit inländischen Behörden»¹⁵⁶ und «Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden.»¹⁵⁷

Auf prudentiell überwachte Bewilligungsträger (=Beaufsichtigte) sind sämtliche Aufsichtsinstrumente anwendbar.¹⁵⁸ Auf unerlaubte tätige Unternehmen (ebenfalls Beaufsichtigte) sind die «weiteren Aufsichtsinstrumente» sowie die Bestimmungen zur Zusammenarbeit mit andern Behörden anwendbar. Keine Anwendung finden dagegen die Aufsichtsinstrumente des Finanzmarktaufsichtsgesetzes auf Finanzintermediäre,¹⁵⁹ die einer Selbstregulierungsorganisation gemäss Geldwäschereigesetz¹⁶⁰ angeschlossen sind. Bloss eingeschränkt Anwendung finden die Aufsichtsinstrumente überdies auf die Vertriebsträger,¹⁶¹ Vertreter kollektiver Kapitalanlagen¹⁶² und registrierten Versicherungsvermittler,¹⁶³ die keiner kontinuierlichen Aufsicht der FINMA unterstehen.

Für Marktteilnehmer, die nicht dauernd von der FINMA überwacht werden, erklärt das Börsengesetz ausgewählte «weitere Aufsichtsinstrumente» des Finanzmarktaufsichtsgesetzes für anwendbar, so etwa die Auskunftspflicht und die Möglichkeit der aufsichtsrechtlichen Gewinneinziehung,¹⁶⁴

¹⁵⁴ Art. 24 ff. FINMAG; Modell der Prüfung und Zulassung von Prüfgesellschaft, leitenden Prüfern sowie Zusammenarbeit mit der Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde.

¹⁵⁵ Art. 29 ff. FINMAG.

¹⁵⁶ Art. 38 ff. FINMAG; vgl. auch Art. 23 BankG, Art. 34a BEHG, Art. 29 f. GwG und Art. 80 VAG.

¹⁵⁷ Art. 42 und 43 FINMAG sowie Art. 38 f. BEHG und Art. 141 f. KAG.

¹⁵⁸ Art. 24 FINMAG i.V.m. Art. 18 BankG, Art. 17 BEHG, Art. 126 KAG und Art. 28 VAG. Für die Prüfung von Dufi und die Zulassung von Prüfgesellschaften nach Geldwäschereigesetz, siehe die Art. 19a und 19b GwG.

¹⁵⁹ Art. 12 Bst. c Ziff. 1, Art. 14 Abs. 1 und 3 GwG.

¹⁶⁰ Art. 24 ff. GwG.

¹⁶¹ Art. 13 Abs. 2 Bst. g und Art. 19 KAG sowie Art. 30 f. Kollektivanlagenverordnung (KKV; SR 951.311).

¹⁶² Art. 13 Abs. 2 Bst. h und Art. 123 ff. KAG sowie Art. 131 ff. KKV.

¹⁶³ Art. 40 ff. VAG.

¹⁶⁴ Art. 34 BEHG.

während das Kollektivanlagengesetz bestimmt, dass bei Verletzung vertraglicher, statutarischer und reglementarischer Bestimmungen die «weiteren Aufsichtsinstrumente» des Finanzmarktaufsichtsgesetzes mit Ausnahme der Auskunftspflicht sinngemäss anwendbar sind.¹⁶⁵

Über das Instrumentarium des Finanzmarktaufsichtsgesetzes hinaus enthalten die Finanzmarktgesetze ausgewählte, bloss auf einzelne Kategorien von Beaufsichtigten oder Personen anwendbare Aufsichtsinstrumente: Beispielsweise das Tätigkeits- bzw. sogenannte «Händlerverbot» für Personen, die im Effektenhandel tätig sind;¹⁶⁶ oder die Kompetenz der FINMA, bei Banken Schutzmassnahmen anzuordnen;¹⁶⁷ die Insolvenzzuständigkeit der FINMA betreffend Versicherungsunternehmen;¹⁶⁸ die Auskunftspflicht für alle Personen, die eine Funktion nach dem Kollektivanlagengesetz ausüben;¹⁶⁹ die Rechtsfolgen beim Entzug einer Bewilligung als «Dufi»¹⁷⁰ oder Selbstregulierungsorganisation nach dem Geldwäschereigesetz.¹⁷¹ Das Spektrum der Instrumente der FINMA rundet schliesslich das Verwaltungsverfahrensgesetz ab mit seinen Verfahrenspflichten für die Parteien, (Duldungs-)Pflichten von Dritten (z.B. Auskunfts- oder Zeugnispflicht¹⁷²) und seinen Regeln für die Anordnung sofortiger Wirksamkeit von behördlichen Anordnungen.¹⁷³

Nicht ins Vokabular der hauptsächlich auf Prävention ausgerichteten FINMA gehören laut Terminologie und Systematik von Finanzmarktaufsichtsgesetz und den Finanzmarktgesetzen Ausdrücke wie «Strafe» und «Busse». Diese Instrumente sind den Strafbehörden vorbehalten, die primär über die Repression Wirkung entfalten.¹⁷⁴ Von den Gerichten bislang offengelassen wurde die Frage, ob dem Verwaltungsrecht zugehörige Verwaltungsanktionen¹⁷⁵ des Finanzmarktaufsichtsgesetzes wie das Berufsverbot

¹⁶⁵ Art. 133 KAG.

¹⁶⁶ Art. 35a BEHG; vgl. Kapitel IV, Ziffer 3d.

¹⁶⁷ Art. 26 und 27 BankG.

¹⁶⁸ Art. 53 VAG.

¹⁶⁹ Art. 139 KAG.

¹⁷⁰ Art. 20 GwG.

¹⁷¹ Art. 28 GwG; vgl. Kapitel IV, Ziffer 3g.

¹⁷² Art. 12 ff. VwVG.

¹⁷³ Vgl. Kapitel IV, Ziffer 4.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 44 ff. FINMAG, die entsprechenden Bestimmungen in den Finanzmarktgesetzen sowie ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 374 ff.

¹⁷⁵ Vgl. die Verwendung des Ausdrucks «Verwaltungssanktion» und nicht Verwaltungs-massnahme in der BOTSCHAFT FINMAG, S. 2848.

oder die Veröffentlichung einer rechtskräftigen Verfügung «*Strafcharakter*» zukommt bzw. ob die auf die Verhängung einer solchen Massnahme ausgerichteten Enforcementverfahren als «*strafrechtliche Anklage*» im Sinn der EMRK zu betrachten sind.¹⁷⁶

Ihre Wirkung erzielt die FINMA auf verschiedene Weise, sei es durch informellen Austausch oder durch formelles Handeln. Das Meiste geschieht aufgrund informellen Wirkens bzw. informeller Interaktion zwischen der Aufsicht und den Beaufsichtigten. Dem Wesen der laufenden Aufsichtsbeziehung entspricht, dass auf dem informellen, konsensual geprägten Weg auch Massnahmen durchgesetzt werden, die – sofern bestritten – nur auf dem Verfügungsweg angeordnet werden können.¹⁷⁷

Lässt sich der ordnungsgemässe Zustand nicht mehr durch eigenständiges Handeln der Beaufsichtigten wieder herstellen oder bewahren und muss die Behörde autoritativ tätig werden, hält sie ihre Auffassung vom Zustand, der zu erreichen ist, in einer Verfügung fest. Sie gestaltet damit Rechtsbeziehungen, legt Rechte und Pflichten fest oder erlässt Verbote. Der Weg zu solchen Verfügungen, das Wesen der Beziehung zwischen Aufsicht und Beaufsichtigtem, wandelt sich bisweilen unmerklich vom informellen Verwaltungshandeln zum formaler ablaufenden Enforcementverfahren. In letzterem sind die Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes, insbesondere betreffend Wahrung der Parteirechte der Verfahrensparteien strikt einzuhalten. Fixpunkt auf der Eskalationsleiter hin zu einer hoheitlichen Verfügung ist der Beschluss, ein Enforcementverfahren zu eröffnen.¹⁷⁸ Spätestens ab diesem Zeitpunkt liegt die FINMA-interne Zuständigkeit für die Behandlung des Verfahrensgegenstands (und nicht der ganzen Aufsichtsbeziehung) bis zum Entscheid über den Ausgang des Verfahrens (Einstellung mit oder ohne Kostenaufgabe oder materielle Verfügung, Durchführung allfälliger Rechtsmittelverfahren) beim Geschäftsbereich Enforcement.

¹⁷⁶ Bejahend BRAIDI, *L'interdiction d'exercer*, S. 218, verneinend UHLMANN, *Berufsverbot*, S. 442 f.; das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage im Fall des ehemaligen Vizepräsidenten der KPT offengelassen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-19/2012 vom 27. November 2013 E. 9.4.1. am Ende).

¹⁷⁷ Das kann dann zu Reibungen führen, wenn die Aufsicht davon ausgeht, die von ihr kommunizierten Erwartungen zur Behebung von Mängeln akzeptiert seien, der Adressat sich aber plötzlich anders besinnt und vorbringt, die Behörde hätte verfügen müssen. Vgl. Kapitel III, Ziffer 3a.

¹⁷⁸ Art. 30 FINMAG.

1. Mittel zur Sachverhaltserhebung

Bevor die FINMA einen informierten Entscheid in Verfügungsform über anzuordnende Massnahmen treffen kann, hat sie den relevanten Sachverhalt zu erheben. Mittel der Wahl der FINMA ist die Einholung schriftlicher Auskünfte oder das persönliche Gespräch. Die Informationen erhebt sie gestützt auf die Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht der Beaufsichtigten,¹⁷⁹ der Marktteilnehmer¹⁸⁰ oder der Personen, die eine Funktion nach dem Kollektivanlagengesetz ausüben.¹⁸¹ Oftmals beschafft sich die FINMA relevante Informationen über standardisierte Fragbogen oder indem sie spezifische Fragen stellt. Hilfreich sind auch Treffen mit den Betroffenen, in denen Fragen direkt und fallbezogen angesprochen werden. Bei Bewilligungsträgern kommt als wichtige Informationsquelle die Prüfgesellschaft hinzu.¹⁸²

Darüber hinaus kann die FINMA Dritte um Auskünfte bitten (Auskunftspersonen¹⁸³), im Rahmen von Enforcementverfahren Zeugen einvernehmen,¹⁸⁴ Behörden im Inland um Rechts- oder Amtshilfe anfragen¹⁸⁵ oder ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden um Auskünfte oder andere unterstützende Handlungen ersuchen.¹⁸⁶

Bei erheblichem Abklärungsbedarf kann sich auch aufdrängen, dass die FINMA vor Ort einen Augenschein nimmt.¹⁸⁷ Sie kann aber auch einen unabhängigen Dritten damit beauftragen, im Rahmen eines von der FINMA vorgegebenen Mandats auf Rechnung des Betroffenen Sachverhaltsabklärungen vor- und gegebenenfalls weitere Funktionen wahrzunehmen.¹⁸⁸

¹⁷⁹ Art. 3 i.V.m. Art. 29 FINMAG sowie Art. 13 VwVG.

¹⁸⁰ Art. 34 BEHG.

¹⁸¹ Art. 139 KAG.

¹⁸² Art. 24 FINMAG i.V.m. Art. 18 BankG, Art. 17 BEHG, 126 KAG, Art. 28 VAG sowie Art. 19a GwG bei «Dufi».

¹⁸³ Art. 12 Bst. c VwVG.

¹⁸⁴ Art. 12 Bst. c, Art. 14 Abs. 1 Bst. e und Art. 15 VwVG.

¹⁸⁵ Art. 38 und 39 FINMAG.

¹⁸⁶ Art. 42 FINMAG und Art. 38 BEHG.

¹⁸⁷ Art. 31 FINMAG und Art. 12 Bst. d VwVG, Art. 23 BankG, Art. 17 BEHG, Art. 47 VAG, Art. 19a Abs. 4 GwG bei «Dufi».

¹⁸⁸ Art. 36 FINMAG; das Gesetz spricht von «Untersuchungsbeauftragter» doch gehen die vom Gesetzgeber angedachten Einsatzmöglichkeiten der gestützt darauf eingesetzten «FINMA-Beauftragten» darüber hinaus und beinhalten auch Mandate als reiner Beobachter, Liquidatoren, Konkursliquidatoren etc.

2. Mittel zur Abwehr unmittelbarer Gefahren: vorsorgliche Massnahmen

Wenn die FINMA erkennt, dass ein Beaufchtigten oder Marktteilnehmer eine Gefahr für Anleger, Versicherte oder Gläubiger oder eines anderen zu schützenden Rechtsguts ausgeht, trifft sie die vorsorglichen Massnahmen, die ihr geeignet erscheinen. Dies geschieht mitunter unter Ansetzung knapper Fristen zur vorgängigen Stellungnahme, oder superprovisorisch, also ohne vorgängige Anhörung. Wenn die FINMA vorsorgliche Massnahmen anordnet, erklärt sie sie für sofort vollstreckbar und entzieht damit allfällig dagegen erhobenen Rechtsmitteln die aufschiebende Wirkung.¹⁸⁹

Ein typischer Fall von vorsorglichen Massnahmen ist die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten¹⁹⁰ bei einem Unternehmen, das im Verdacht steht, unerlaubt Publikumseinlagen entgegenzunehmen.¹⁹¹ Oft muss die FINMA in einer solchen Konstellation zudem befürchten, es könnten Beweise vernichtet und (noch) vorhandene Einlagen dem Zugriff der Anleger entzogen werden. Hier wird die FINMA aufgrund der generellen Verpflichtung tätig, dass sie für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu sorgen hat.¹⁹² Je nach Verdachts- und Beweislage kann die FINMA zur Eindämmung der Risiken für die Anleger zusätzlich zur Einsetzung des Beauftragten bekannte Konto- und Depotbeziehungen sperren, die Vertretungsbefugnisse der bisherigen Gesellschaftsorgane streichen oder den FINMA-Beauftragten als vertretungsbefugtes Organ einsetzen.

Soweit die FINMA ihre vorsorglichen Anordnungen für sofort vollstreckbar erklärt und dagegen Beschwerde erhoben wird, stellt sich nicht selten die Frage, inwiefern die Aufsichtsbehörde weiterhin die Verfahrenspartei direkt betreffende Massnahmen anordnen kann: aufgrund des Übergangs der Streitsache im Beschwerdefall wird grundsätzlich die Rechtsmittelinstanz zuständig (Devolutiveffekt). Allerdings betrifft dies nicht Fragen, die von der erstverfügenden Behörde – also der FINMA – noch gar nicht behandelt worden sind. In solchen Fällen ordnet die FINMA aufgrund des sich meist weiterentwickelnden Geschehens weiterhin betreffend neue Situatio-

¹⁸⁹ Vgl. ausführlich Kapitel IV, Ziffer 4.

¹⁹⁰ Art. 36 FINMAG; vgl. ausführlich zum Thema FINMA-Beauftragte, sei es als Untersuchungsbeauftragter, Liquidator oder Sanierungsbeauftragter etc., ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 146 ff.

¹⁹¹ Art. 1 Abs. 2 BankG.

¹⁹² Art. 31 FINMAG; vgl. Kapitel IV, Ziffer 3a.

nen die ihr geeignet scheinenden Massnahmen an, die jeweils von der Rechtmittelinstantz überprüft werden können.¹⁹³

a) Schutzmassnahmen bei Bewilligungsträgern

Für den Fall, dass eine Bank oder ein Versicherungsunternehmen in Solvenz- oder Liquiditätsprobleme gerät, enthalten das Banken- und das Versicherungsaufsichtsgesetz je einen nicht (abschliessenden) Katalog möglicher einschneidender (Schutz-) Massnahmen.¹⁹⁴ Die Massnahmen nach Bankengesetz haben zum Ziel, eine in Bedrängnis geratene Bank im Interesse der Einleger nach Möglichkeit zu stabilisieren, allenfalls ein formelles Sanierungsverfahren zu ermöglichen oder – erweist sich dies als nicht gangbar – den Übergang hin zu einer geordneten (Konkurs-)Abwicklung einzuleiten. Ähnlich ist die Regelung nach Versicherungsaufsichtsgesetz, wenn die Interessen der Versicherten gefährdet sind, weil Aufsichtsrecht nicht beachtet wurde.¹⁹⁵

b) Börsengesetzliche Stimmrechtssuspendierung und Zukaufsverbot

Besteht ein Verdacht, dass ein Investor beim Erwerb oder Verkauf von kotierten Effekten seinen börsengesetzlichen Meldepflichten nicht nachkommt, kann die FINMA die Suspendierung des Stimmrechts dieses Investors anordnen.¹⁹⁶ Die Massnahme ist allein auf die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands ausgerichtet. Wenn die Abklärungen der FINMA ergeben, dass die Meldepflicht (nachträglich) erfüllt ist, hebt sie die angeordnete Stimmrechtssuspendierung sofort wieder auf.¹⁹⁷ Einer Person, deren Stimmrecht sie suspendiert hat, kann die FINMA zusätzlich verbieten, weitere Aktien sowie Erwerbs- oder Veräusserungsrechte der in Frage stehenden kotierten Gesellschaft zu erwerben.¹⁹⁸

¹⁹³ Anschauungsbeispiele sich überholender Ereignisse im Beschwerdestadium gegen vorsorgliche Massnahmen und Endverfügungen der FINMA vor Bundesverwaltungsgericht finden sich in den Sachverhaltsdarstellungen der Bundesverwaltungsgerichtsurteile B-5051/2012 und B-3142/2012 vom 10. April 2014, B-5272/2012 vom 17. Juli 2013, B-2723/2011 vom 24. April 2012 und B-1264/20110 vom 18. November 2010.

¹⁹⁴ Art. 25 ff. BankG; vgl. KÄHR, Voraussetzungen, S. 478 ff.

¹⁹⁵ Art. 51 VAG.

¹⁹⁶ Vgl. ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 249 ff.

¹⁹⁷ Art. 34b Bst. a BEHG.

¹⁹⁸ Art. 34b Bst. b BEHG.

3. Massnahmen- und Sanktionsinstrumente

Alle auf die Anordnung einer Massnahme abzielenden Aufsichtsinstrumente, sind mit der Formulierung «*so kann die FINMA*» als eigentliche Ermächtigungen konstruiert.¹⁹⁹ Einzig Artikel 31 Finanzmarktaufsichtsgesetz ist als klare Handlungsanweisung formuliert: «Verletzt eine Beaufichtigte oder ein Beaufchtigter die Bestimmungen dieses Gesetzes oder eines Finanzmarktgesetzes oder bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands.» Wie die FINMA den ordnungsgemässen Zustand herstellt, ist ihrem pflichtgemässen Ermessen überlassen. So kann sie das Problem über den ordentlichen Aufsichtsprozess oder über ein formelles Enforcementverfahren angehen. Schranken gesetzt sind der FINMA einerseits durch das Verhältnismässigkeitsprinzip, andererseits durch das Willkür- und das Rechtsgleichheitsgebot.²⁰⁰

Ein zusätzlicher Unterschied zwischen Artikel 31 Finanzmarktaufsichtsgesetz und den übrigen «*weiteren*» Aufsichtsinstrumenten sticht ins Auge: Während Artikel 31 FINMAG bereits angewandt wird, wenn (bloss) das Finanzmarktaufsichtsgesetz oder eines Finanzmarktgesetzes verletzt wurde oder wenn ein sonstiger Missstand auftritt, so setzen alle übrigen Normen voraus, dass eine «*schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen*» vorliegt.²⁰¹ Die Anforderungen an die Schwere der Verletzung variiert indessen. Eine schwere Verletzung, die den Erlass einer Feststellungsverfügung rechtfertigen würde, genügt nach Praxis der Gerichte nicht automatisch, um gestützt darauf ein Berufsverbot, eine Einziehung, eine Veröffentlichung des Entscheids oder gar einen Bewilligungsentzug anzuordnen.²⁰²

a) Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands

Die Generalklausel von Artikel 31 Finanzmarktaufsichtsgesetz gelangt hauptsächlich dann zur Anwendung, wenn Bewilligungsträger Gesetze verletzen oder andere Missstände verursacht haben. Gestützt auf diesen Artikel

¹⁹⁹ Für einen Überblick über die Instrumente siehe NOBEL, Sanktionen und ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 219 ff.

²⁰⁰ Art. 5, 8 und 9 BV.

²⁰¹ Art. 32-35 und Art. 37 FINMAG, Art. 34 BEHG und Art. 133 KAG; Art. 35a BEHG dagegen setzt eine «*grobe Verletzung des Börsengesetzes, der Ausführungsbestimmungen oder betriebsinterner Vorschriften*» voraus.

²⁰² Einschlägig: Urteil B-1186/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2013 E. 5.2.

formuliert die FINMA ihre Erwartungen an das künftige Verhalten des Bewilligungsträgers. Je nach Art der Gesetzesverletzung oder des Missstands auferlegt die FINMA dem Verfügungsadressaten (Management-)Aufgaben oder erlässt vorübergehende oder dauerhafte Einschränkungen der Geschäftstätigkeit. Anordnungen der FINMA können weiter die Änderung des organisatorischen Aufbaus oder der bestehenden Prozesse auslösen. Unter Umständen weist die FINMA den Bewilligungsträger auch an, innert einer gewissen Frist die Zusammensetzung seiner Organe zu ändern.²⁰³

b) Feststellungsverfügung

Der Gesetzgeber hat die FINMA ausdrücklich ermächtigt, schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen, die bereits bereinigt wurden, festzustellen. Die FINMA nutzt das Instrument der Feststellungsverfügung insbesondere, um bei Gesetzesverletzungen, die über normale Betriebsunfälle und Managementfehler hinausgehen, ihrem Missfallen in einer Rüge Ausdruck zu verleihen. Sie versteht dieses Instrument als Disziplinierungsmittel.

Nicht selten ist es so, dass die Beaufsichtigten im Zuge eines laufenden Enforcementverfahrens sämtliche Gesetzesverletzungen bereinigen, den Ursachen auf den Grund gehen und die nötigen Korrekturmassnahmen ergreifen. Im Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses ist damit der ordnungsgemässe Zustand bereits vollständig wiederhergestellt. Es bleibt einzig die Tatsache, dass zuvor gegen Aufsichtsrecht verstossen worden war. In solchen Fällen ist die Feststellungsverfügung das Mittel der Wahl, das Verfahren abzuschliessen. Blosser Einstellungen mit oder ohne Kostenaufgabe sind dagegen die Ausnahme.

Der Feststellungsverfügung nach Durchführung eines Enforcementverfahrens kommt aus Sicht der Aufsichtsbehörde eine stärker sanktionierende Funktion zu als der am Ende einer Abklärung versandten schriftlichen Rüge. Ein solches Schreiben ist Mittel der Wahl da, wo die Schwelle für eine Verfahrenseröffnung (noch gerade) nicht überschritten wurde, und wo das Problem nicht über ein Enforcementverfahren weiter verfolgt und geahndet, sondern über den ordentlichen Aufsichtsprozess bereinigt wird.

²⁰³ Z.B. Medienmitteilung FINMA «Sanktionen im Fall KPT» vom 11. Januar 2012.

c) Berufsverbot

Die FINMA kann Personen, die für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verantwortlich sind, die «Tätigkeit in leitender Stellung»²⁰⁴ bei einem Beaufichtigten während maximal fünf Jahren verbieten.²⁰⁵ Ziel einer solchen Massnahme ist insbesondere, das Publikum und die Bewilligungsträger vor Akteuren zu schützen, die sich manifest nicht an die geltenden Vorgaben halten. Die zeitliche Beschränkung des Berufsverbots auf maximal fünf Jahre erscheint angesichts des Schadenspotentials in einzelnen Fällen als eher kurz gegriffen. Die Möglichkeit, Gewährsträger auch für eine längere Zeit von einer Organfunktion bei einem Bewilligungsträger fernzuhalten, ist aus prudentieller Sicht ein notwendiges Korrektiv.²⁰⁶

Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots sind aufwendig und können erhebliche Kosten verursachen. Umso wichtiger ist es, dass die FINMA die Verfahren, bei denen diese Massnahme möglicherweise angeordnet wird, mit Bedacht auswählt und nicht voreilig eröffnet.

d) Tätigkeits- oder Werbeverbot und Händlerverbot

Wer ohne die erforderliche Bewilligung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgeht oder das Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen missachtet, verstösst sowohl gegen Verwaltungsrecht wie (meist) auch gegen Verwaltungsstrafrecht. Stellt die FINMA eine unerlaubte Tätigkeit eines Unternehmens fest, schliesst sie nicht selten auch diejenigen Personen mit ein, die aufsichtsrechtlich dafür verantwortlich sind. Das können die Organe oder Eigner der Gesellschaft oder auch Aussenstehende sein, die massgeblich zu den Geschäftsaktivitäten beigetragen haben.²⁰⁷

²⁰⁴ Gemeint sind damit vorab operative Funktionen auf Geschäftsleitungsebene und darunter.

²⁰⁵ Art. 33 FINMAG; siehe auch Art. 35a BEHG (Tätigkeitsverbot) bzw. Kapitel IV, Ziffer 3d. Zur Natur des Berufsverbots, siehe BRAIDI, *L'interdiction d'exercer*, NOBEL, Sanktionen, S. 62, UHLMANN, Berufsverbot und ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 229 ff.

²⁰⁶ BOTSCHAFT FINMAG, S. 2881 f.

²⁰⁷ Die Feststellung lautet in solchen Fällen beispielsweise: «[I.] Es wird festgestellt, dass die X___ AG, in D___, sowie A___, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt haben. Aufgrund ihres massgeblichen Beitrags an der unbewilligten Tätigkeit haben auch A___, und B___, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumsein-

Diesen natürlichen Personen wird zudem formell verboten, was ohnehin gilt: Sie dürfen sich nicht strafbar machen. Indem diese Anordnung ins Dispositiv aufgenommen wird, wird der Schutzzweck der Strafnorm verstärkt: Ist die Verfügung rechtskräftig, würde ein erneuter Verstoss gegen die Bewilligungspflicht eine Zuwiderhandlung gegen eine rechtskräftige Verfügung der FINMA darstellen und würde zwangsläufig härter bestraft.²⁰⁸

Die für die oben stehende Konstellation verwendete Bezeichnung «*Tätigkeitsverbot*» ist etabliert. Sie vermag jedoch nicht vollends zu überzeugen, da sie den Kern der Sache nicht ganz trifft. Präziser wenn auch technokratischer wäre es wohl, von einer (deklaratorischen) «*Unterlassungsanweisung*» auszugehen: Die Behörde wiederholt formell nochmals, was ohnehin aufsichtsrechtlich geboten und verwaltungsstrafrechtlich verboten ist.²⁰⁹

Die eingebürgerte Verwendung von «*Tätigkeitsverbot*» anstelle von «*Unterlassungsanweisung*» ist umso verwirrender, als der Gesetzgeber den Begriff eigentlich für eine andere Massnahme reserviert hat: Nach dem Börsengesetz kann die FINMA einer Person, die Bestimmungen des Börsengesetzes, seine Ausführungsvorschriften oder betriebsinterne Vorschriften (z.B. zum Verhalten im Handelsraum) grob verletzt, die Tätigkeit im Handel ganz oder für eine bestimmte Zeitdauer verbieten. Um das Ganze terminologisch

lagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.»

²⁰⁸ Im Beispiel gemäss Fn. 207 (Feststellung der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen) könnte die Anordnung wie folgt lauten: «[II.] A___, B___, und C___ wird generell verboten, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen in irgendeiner Form Werbung zu betreiben.

[III.] Für den Fall der Widerhandlung gegen das Verbot gemäss Ziff. [II] des Dispositivs werden A___, B___, und C___ auf Art. 48 FINMAG sowie die darin vorgesehene Strafdrohung hingewiesen:

Art. 48 FINMAG: Missachten von Verfügungen der FINMA

Mit Busse bis zu 100'000 Franken wird bestraft, wer einer von der FINMA unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels ergangenen rechtskräftigen Verfügung oder einem Entscheid der Rechtsmittelinstanzen vorsätzlich nicht Folge leistet.

An A___, B___ und C___ ergeht zudem der Hinweis auf Art. 44 FINMAG sowie Art. 46 und 49 BankG, welche für eine bewilligungspflichtige Tätigkeit nach den Finanzmarktgesetzen ohne entsprechende Bewilligung sowie die Werbung für die Entgegennahme von Publikumseinlagen ohne Bewilligung eine Strafe vorsehen.»

Dazu kommt, dass auch die Strafbestimmungen Mindeststrafen im Wiederholungsfall vorsehen (z.B. Art. 44 Abs. 3 FINMAG und Art. 46 Abs. 1 Bst. a und Abs. 3 BankG).

²⁰⁹ Vgl. ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 234.

noch verwirrender zu machen, ist darauf hinzuweisen, dass sich für diese Massnahme anstelle der börsengesetzlichen Bezeichnung «*Tätigkeitsverbot*» die Verwendung der Bezeichnung «*Händlerverbot*» durchgesetzt hat.²¹⁰

e) **Veröffentlichung**

Die FINMA kann die Veröffentlichung einer rechtskräftigen Verurteilung anordnen, wenn sie es im Lichte ihres gesetzlichen Auftrags für erforderlich hält. Voraussetzung ist, dass sie diese Massnahme im Verfügungsdispositiv angeordnet hat. Dieses Instrument wird häufig als «*Pranger*» bezeichnet und empfunden. Das trifft den Kern dieser Massnahme im Lichte der geltenden Gesetze und der aktuellen Praxis der FINMA kaum: Formelle Veröffentlichungen von Teilen eines Dispositivs ordnet die FINMA praktisch ausschliesslich im Zusammenhang mit Tätigkeits- und Werbeverboten an. Ziel einer Veröffentlichung ist nicht die Zurschaustellung eines Einzelnen, sondern die Warnung des Publikums: Sollte diese Person erneut Tätigkeit im oder nahe am Finanzdienstleistungssektor nachgehen, ist es ratsam, genau hinzuschauen.

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis ist im Dispositiv anzugeben, wo die Veröffentlichung erfolgt und für wie lange die Massnahme elektronisch aufgeschaltet bleibt.²¹¹

Würde die FINMA die Veröffentlichung gestützt auf Artikel 34 Finanzmarktaufsichtsgesetz effektiv als «*Pranger*» verstehen, müssten davon primär Bewilligungsträger mit intakter Reputation betroffen sein. Für einen solchen Zweck aber ist das Instrument zu schwerfällig. Die Veröffentlichung ist im Dispositiv anzuordnen und kann erst nach Eintritt der Rechtskraft er-

²¹⁰ Art. 35a BEHG bzw. Art. 35 Abs. 3 Bst. b aBEHG; vgl. EBK Jahresbericht 2007, S. 63 und ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 232 f. Beachtenswert ist auch der Umstand, dass «*Händlerverbote*» nach Art. 35a BEHG anders als «*Berufsverbote*» nach Art. 33 FINMAG nicht zwingend zeitlich zu beschränken sind, sondern gemäss Gesetzestext auch «*dauernd*» angeordnet werden könnten.

²¹¹ Im Beispiel gemäss Fn. 207 (Feststellung der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen) und Fn. 208 (Unterlassungsanweisung) könnte die Anordnung wie folgt lauten: «[IV.] Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht veröffentlicht die Ziffern [II.] und [III.] des Dispositivs betreffend A___ nach Eintritt der Rechtskraft für die Dauer von fünf Jahren und betreffend B___ und C___ für die Dauer von je zwei Jahren auf ihrer Internetseite (www.finma.ch).» Vgl. auch das Urteil 2C_30/2011 und 2C_543/2011 des Bundesgerichts vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2.

folgen. Entsprechend hat die FINMA bislang erst einmal eine Verfügung gegen ein bewilligtes Institut auszugsweise veröffentlicht.²¹²

Der Grund für diese Zurückhaltung der FINMA liegt erstens darin, dass meist nicht der Inhalt einer aufsichtsrechtlichen Verfügung bzw. der genaue Wortlaut des Dispositivs von öffentlichem Interesse ist, sondern der Umstand, *dass* ein Verfahren eröffnet oder abgeschlossen wurde und welches die wesentlichen *Massnahmen* sind.

Um das öffentliche Informationsbedürfnis in wichtigen Fällen abzudecken, bietet das Finanzmarktaufsichtsgesetz eine andere Möglichkeit: Die FINMA informiert zwar im Normalfall nicht über einzelne Verfahren. Sie darf dies jedoch tun, wenn ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis vorliegt. Explizit genannt werden drei Fälle: der Schutz der Marktteilnehmer oder der Beaufsichtigten, die Berichtigung falscher oder irreführender Informationen und die Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz.²¹³

f) Einziehung

Wenn Aufsichtsrecht schwer verletzt wurde, kann die FINMA den Gewinn oder den vermiedenen Verlust, den ein Beaufsichtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung erzielt hat, einziehen.²¹⁴

«Nur mit der Einziehung kann verhindert werden, dass sich eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen lohnt. Die Nichteinziehung von Gewinnen, die mittels schwerer Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt werden, führen zu Wettbewerbsverzerrungen. Beaufsichtigte, die sich rechtmässig verhalten, erleiden dadurch einen Nachteil, die andern profitieren von ihren Regelverletzungen. Die Einziehung stellt daher lediglich eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands dar und trägt zur Fairness unter den Finanzinstituten bei. Daneben soll die

²¹² Publikation auf der Website der FINMA «Violation grave de la garantie d'une activité irréprochable» betreffend die Bank Leumi und Jahresbericht FINMA 2009, S. 53.

²¹³ Art. 22 FINMAG; Nicht nur die FINMA schafft Öffentlichkeit. Eine wertvolle Quelle sind auch die öffentlich zugänglichen Entscheidungsdatenbanken der Rechtsmittelinstanzen. Gerade bei Urteilen über komplexere Enforcementfälle der FINMA sind die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts wahre Fundgruben, weil sie den Sachverhalt ausführlich darstellen und die sich stellenden Rechtsfragen eingehend diskutieren (siehe z.B. die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6815/2013 vom 10. Juni 2014, B-798/2012 und B-19/2012 vom 27. November 2013, B-2204/2011 vom 24. Juli 2012 sowie B-5535/2009 vom 6. Mai 2009).

²¹⁴ Art. 35 Abs. 1 und 2 FINMAG; vgl. NOBEL, Sanktionen, S. 62 f., der Zurückhaltung anmahnt, und ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 235 ff.

Aufsichtsbehörde befugt sein, bei einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen eine rechtskräftige Verfügung in einer ihr geeignet erscheinenden Form zu veröffentlichen. Auch dieses Instrument soll dazu beitragen, dass sich die Beaufsichtigten an die aufsichtsrechtlichen Vorschriften halten.»²¹⁵

Soweit sich der Einziehungsbetrag nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lässt, kann die Behörde ihn schätzen.²¹⁶ Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, ob bei einer Einziehung eine «*Brutto*» oder eine «*Nettobetrachtungsweise*» einzunehmen ist oder ob je nach Art der Verletzung eine Wahlmöglichkeit besteht.²¹⁷ Die aufsichtsrechtliche Einziehung verjährt nach sieben Jahren und ist subsidiär zur strafrechtlichen Einziehung.²¹⁸

Eingezogene Vermögenswerte fliessen in die Bundeskasse, ausser sie werden Geschädigten ausbezahlt, und dienen nicht der Finanzierung der FINMA.²¹⁹ Was die Möglichkeit der Auszahlung an Geschädigte angeht, so ist allerdings zu beachten, dass die FINMA nicht dafür prädestiniert, Schadensersatzansprüche Dritter zu beurteilen. Das Bundesgericht hat denn auch festgehalten: Einer Zivilpartei, die sich durch die Verletzung von Aufsichtsrecht geschädigt wähnt, kommt in einem allfälligen Verwaltungsverfahren nur dann (allenfalls) Parteistellung zu, wenn eine durchsetzbare zivilrechtliche Forderung vorliegt.²²⁰ Die FINMA hat diesen Umstand be-

²¹⁵ Vgl. BOTSCHAFT FINMAG, S. 2849.

²¹⁶ Der Schätzung von einzuziehenden Beträgen kommt in der Rechtsanwendung erhebliche praktische Bedeutung zu, da oftmals auch mittels sehr aufwendiger Berechnungen höchstens eine Annäherung an den «richtigen» Betrag erreicht werden kann. Hier ist entscheidend, dass die Behörde die verwendete Methodik den Betroffenen nachvollziehbar und plausibel erklärt.

²¹⁷ Es geht dabei um die Frage, ob bei Ermittlung des einziehenden Betrags im Fall eines unter Verletzung von Aufsichtsrechts erzielten Gewinns oder vermiedenen Verlusts der damit verbundene Geschäftsaufwand abzuziehen ist oder nicht. Die bisherige Praxis der FINMA lehnt sich an das Bruttoprinzip an.

²¹⁸ Art. 35 Abs. 4 und 5 FINMAG.

²¹⁹ Art. 15 und Art. 35 Abs. 6 FINMAG.

²²⁰ BGE 139 II 279 E. 4.3.3: «Auch abgesehen von intertemporalrechtlichen Aspekten kann aber der Beschwerdeführer aus Art. 35 FINMAG nichts für sich ableiten: Die dort geregelte Einziehung hat rein verwaltungsrechtlichen Charakter (BBl 2006 2849 Ziff. 1.2.13; [RENÉ BÖSCH, in: Basler Kommentar, Börsengesetz, 2. Aufl. 2011], N. 5 zu Art. 35 FINMAG). Die Rückerstattung durch die FINMA nach Abs. 6 begründet nicht anstelle oder zusätzlich zu den zivilrechtlichen eine öffentlich-rechtliche Forderung (vgl. auch vorne E. 4.2) und dient ebenso wenig der Beurteilung strittiger Zivilansprüche, son-

rücksichtigt und in Einzelfällen geprüft, ob nachvollziehbar vertretbare Leistungen des Einziehungsschuldners an mutmasslich Geschädigte vom angeordneten Einziehungsbetrag abgezogen werden dürfen.²²¹

Der Gesetzgeber gibt für natürliche Personen vor, dass nur Gewinne von Personen in leitender Funktion eingezogen werden dürfen. Dazu gehören nicht nur Organe; erfasst sind auch weitere Kader von Beaufsichtigten. Seit die FINMA zuständig ist für die allgemeine Marktaufsicht, darf sie – bei unzulässigem Marktverhalten – auch Gewinne von Organen und leitenden Mitarbeitenden von Marktteilnehmern sowie von einzelnen Investoren einziehen.²²²

g) Bewilligungsentzug, Liquidation und Konkursliquidation

Hält ein Bewilligungsträger die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr ein oder verletzt er die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen in (sehr) schwerer Weise, so entzieht ihm die FINMA die Bewilligung.²²³ In der Folge darf die bewilligungspflichtige Tätigkeit nicht mehr ausgeübt werden. Zusätzlich hat ein Bewilligungsentzug für Banken, Effektenhändler, Versicherungsunternehmen und «*Dufi*» sowie für ausgewählte Bewilligungsträger nach Kollektivanlagengesetz, von Gesetzes wegen die Liquidation zur Folge.²²⁴ Ein Bewilligungsentzug muss nicht zwingend vorgängig förmlich angedroht

dem setzt vielmehr voraus, dass unbestrittene oder gerichtlich festgestellte Schadenersatzansprüche bestehen, dient somit bloss der Durchsetzung liquider zivilrechtlicher Forderungen (BBl 2006 2884 zu Art. 35 Abs. 6; [JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/FRANCA CONTRATTO, FINMA – The Swiss Financial Market Supervisory Authority, 2009], S. 150, 155).» Vgl. auch Grünewald, Parteistellung, S. 433 f. und S. 436 f.

²²¹ Beispiel: Die FINMA ordnet in einem Fall im Dispositiv die Einziehung eines grösseren Betrags an. In den Erwägungen führte sie gleichzeitig aus, dass der «Einziehungsschuldner» Ausgleichszahlungen an Dritte vom einzuziehenden Betrag abziehen kann, sofern er nachweisen kann, dass die Ausgleichszahlung gerechtfertigt ist und aufgrund der in der Einziehungsverfügung festgestellten schweren Verletzung von Aufsichtsrecht geleistet wurde.

²²² Art. 35 FINMAG i.V.m. Art. 34 BEHG.

²²³ Art. 37 Abs. 1 FINMAG.

²²⁴ Art. 37 Abs. 2 FINMAG i.V.m. Art. 23^{quinquies} BankG, Art. 36 BEHG, Art. 134 KAG, Art. 52 VAG und Art. 20 GwG; vgl. zur Kasuistik ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 253 ff. Gleiches gilt bei Beaufsichtigten, die im Finanzdienstleistungssektor tätig waren, ohne über die notwendige Bewilligung verfügen (Art. 37 Abs. 3 FINMAG, vgl. ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 258 ff.).

werden. In jedem Fall ist jedoch sorgfältig die Verhältnismässigkeit zu prüfen.²²⁵

Wird die Bewilligung entzogen, weil der Beaufsichtigte insolvent ist, nicht saniert und auch nicht in Teilen weitergeführt werden kann, so eröffnet die FINMA gleichzeitig mit dem Bewilligungsentzug den Konkurs über das Institut²²⁶ und bestimmt den Liquidator.²²⁷ Zur Konkursliquidation kommt es auch, wenn während der obligationenrechtlichen Liquidation festgestellt wird, dass der Bewilligungsträger überschuldet ist.

4. Wirkungsmittel der Verwaltungsrechtspflege

Der «*courant normal*» in der Verwaltungsrechtspflege besteht darin, dass eine behördliche Massnahme erst vollstreckt wird, wenn sie rechtskräftig geworden ist bzw. wenn sie nicht anfechtbar ist²²⁸ oder wenn einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.²²⁹

Rechtskräftig werden Massnahmen nach unbenutztem Ablauf der Beschwerdefrist²³⁰ oder nachdem das Bundesverwaltungsgericht oder das Bundesgericht die erstinstanzlichen Anordnungen bestätigt haben.²³¹ Infolge der grossen Belastung der Gerichte einerseits und angesichts der Komplexität der Sach- und Rechtsfragen kann der ordentliche Lauf der Rechtspflege dazu führen, dass es in einzelnen Fällen deutlich länger als ein Jahr dauert, bis eine Massnahme der FINMA Wirkung zeigt.²³² Wäre die FINMA zur

²²⁵ Vgl. z.B. BGE 136 II 43 E. 7 und Urteil des Bundesgerichts 2C_571/2009 vom 5. November 2010 E. 4. Bei der Liquidation von Bewilligungsträgern ist generell darauf hinzuweisen, dass bei ordentlich organisierten Bewilligungsträgern in finanziellen Nöten der Verhältnismässigkeitsaspekt im Rahmen der Prüfung der Sanierungsfähigkeit im Sinne der Art. 28 ff. BankG geprüft wird.

²²⁶ Art. 33 ff. BankG; vgl. Kapitel III, Ziffer 3c.

²²⁷ Art. 12 BIV-FINMA.

²²⁸ Art. 54 FINMAG i.V.m. Art. 44 ff. VwVG, vgl. auch Art. 24 BankG (mit eingeschränkten Beschwerdemöglichkeiten im Insolvenzverfahren) und Art. 38 Abs. 5 BEHG.

²²⁹ Art. 39 und Art. 55 Abs. 1 VwVG.

²³⁰ Im Regelfall 30 Tage (Art. 30 Abs. 1 VwVG und Art. 100 Abs. 1 BGG), in Amtshilfefällen 10 Tagen für die Beschwerde vor dem abschliessend entscheidenden Bundesverwaltungsgericht (Art. 38 Abs. 5 BEHG i.V.m. Art. 83 Bst. h BGG).

²³¹ Art. 39 Bst. a VwVG i.V.m. Art. 103 BGG.

²³² Vgl. zur Illustration von Komplexität und Umfang von Verfahren beispielsweise die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in den Sachen B-5051/2012 und B-3142/2012 vom 10. April 2014 (nicht rechtskräftig) sowie die rechtskräftigen Urteile B-798/2012 und B-19/2012 vom 27. November 2013.

Durchsetzung gehörigen Geschäftsgebarens allein auf diesen mehr auf Gründlichkeit denn auf Geschwindigkeit hin ausgelegten Mechanismus beschränkt, wäre die Ausübung einer griffigen Aufsicht illusorisch. Die FINMA könnte die ihr vom Gesetz zugewiesene Schutzfunktion nicht mehr glaubwürdig wahrnehmen.²³³

Um die Anleger, Versicherten und Gläubiger, die Funktion des Finanzsystems und die Reputation des Finanzplatzes zu schützen, müssen die Massnahmen der FINMA wo angezeigt unmittelbare Wirkung erzielen. In diesen Fällen ordnet die FINMA an, dass die verfügbaren Massnahmen sofort vollstreckt werden. Verfahrenstechnisch entzieht sie damit einer allfälligen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung.²³⁴ Insbesondere entzieht die FINMA (begriffsinhärent) bei den vorsorglich getroffenen Massnahmen regelmässig die aufschiebende Wirkung.²³⁵ Diese Praxis wird von den Instruktionsrichtern der Rechtsmittelinstanzen²³⁶ weitgehend geschützt,²³⁷ zumal vorsorgliche Massnahmen definitionsgemäss der unmittelbaren Abwehr von Gefahren dienen.²³⁸

Die FINMA kann auch Beschwerden gegen (Sanktions-)Massnahmen die aufschiebende Wirkung entziehen, so wenn über Beauftragte der Konkurs eröffnet wird²³⁹ oder wenn im Rahmen von Sanktionspaketen einzelne Mas-

²³³ Erfreuliche Ausnahme bildet die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Amtshilfesachen: Im Einklang mit dem gesetzlichen Beschleunigungsgebot (Art. 38 Abs. 4 BEHG) hat das Bundesverwaltungsgericht jeweils innert weniger Monate nach Eingang der Beschwerde entschieden: Vgl. die Urteile B-307/2014 und B-317/2013 vom 5. März 2014 (je zwei Monate), Urteile B-6872/2013 und B-6868/2013 vom 3. März 2014 (je drei Monate), Urteil B-1258/2013 vom 25. Juli 2013 (vier Monate) und Urteil B-2697/2013 vom 11. Juli 2013 (zwei Monate).

²³⁴ Art. 39 Bst. c i.V.m. Art. 55 Abs. 2 VwVG; nicht möglich ist dagegen der Entzug der aufschiebenden Wirkung gegenüber Anordnungen, die eine Geldleistung zum Gegenstand haben.

²³⁵ Medienmitteilung «Vorsorgliche Massnahmen der FINMA bei der Divesa-Gruppe» vom 14. November 2012.

²³⁶ Art. 23 Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG; SR 172.021) i.V.m. Art. 55 Abs. 3 VwVG und Art. 32 i.V.m. Art. 102 f. BGG.

²³⁷ Art. 55 VwVG und Art. 103 BGG.

²³⁸ Vgl. die Sachverhaltsdarstellung unter den Punkten C., D., H., O. und P. im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5051/2012 und B-3142/2012 vom 10. April 2014.

²³⁹ Vgl. die Medienmitteilung «FINMA eröffnet Konkurs über PANVICALife» vom 18. Dezember 2013.

snahmen sofort greifen müssen.²⁴⁰ Bislang nicht gerichtlich überprüft wurde, ob es zulässig ist, bei Massnahmen wie einem Berufsverbot gegen eine natürliche Person die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Entscheide über den Entzug der aufschiebenden Wirkung fällt die FINMA nie leichtsinnig. Weil mit der sofortigen Vollstreckung möglicherweise rasch irreversible Fakten geschaffen werden, ordnet die Behörde einen Entzug der aufschiebenden Wirkung nur aufgrund nachvollziehbarer Gründe und nach sorgfältiger Güterabwägung an.

Bevor die Behörde verfügt, hört sie die Betroffenen an.²⁴¹ Besteht die Gefahr, dass die Beweissicherung verhindert wird oder drohen Schäden für die Anleger oder Versicherten, so kann die FINMA vorsorgliche Massnahmen auch superprovisorisch anordnen, also ohne die Betroffenen vorgängig anzuhören.²⁴² In solchen Fällen lädt sie die Betroffenen nachträglich zur Stellungnahme ein und verfügt bei Bedarf neu.²⁴³

5. Exkurs: keine Zwangsmassnahmen- und keine Bussen

Der Gesetzgeber konzipierte die FINMA bewusst als Aufsichtsbehörde, die ausschliesslich das Verwaltungsverfahren anwendet und ausschliesslich Verwaltungsmassnahmen anordnet. Entsprechend kann die FINMA die Verweigerung der Mitwirkung durch eine Partei oder die Missachtung einer Auskunftspflicht einer Partei oder einer auskunfts- oder zeugnispflichtigen

²⁴⁰ Vgl. die Medienmitteilung der FINMA «Sanktionen im Fall KPT». Bedeutendster Fall einer superprovisorischen Anordnung der FINMA ist die am 19. Februar 2009 erfolgte und sofort umgesetzte Anweisung der FINMA an die UBS, dem amerikanischen Department of Justice 285 Dossiers betreffend 255 Kunden herauszugeben. Während die FINMA sich in ihrer Verfügung auf Art. 25 f. BankG berief, befand das Bundesgericht, dieser Artikel sei zwar keine genügende gesetzliche Grundlage für eine so stark in die Rechte von Bankkunden eingreifende Massnahme, doch habe die FINMA in Anwendung der polizeilichen Generalklausel rechtmässig gehandelt (vgl. BGE 137 II 431 E. 2.2 und 2.3 sowie E. 3 und 4).

²⁴¹ Art. 30 Abs. 1 VwVG.

²⁴² Vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG, Art. 55 VwVG, ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 138 ff.; als eine Faustregel gilt: bei Bewilligungsträgern sind superprovisorische Anordnungen die Ausnahme, bei Verdacht auf unerlaubte Tätigkeit ist sie wegen regelmässig bestehender Kollusionsgefahr die Regel.

²⁴³ Zur eingeschränkten direkten Anfechtbarkeit von superprovisorischen Anordnungen der FINMA, siehe das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.14, publiziert in FINMA Bulletin 1/2010, S. 61 ff.

Drittperson nicht durch die Anordnung strafrechtlicher Zwangsmassnahmen kompensieren: Sie kann weder beschlagnahmen (z.B. Kommunikations- oder Datenverarbeitungsgeräte), noch eine Hausdurchsuchung selbst durchführen oder anordnen.²⁴⁴

Gleiches gilt für die Massnahmen: Die FINMA kann keine Geldbussen – sei es als Strafbusse, Ordnungsbusse oder als Verwaltungssanktion – und schon gar nicht Gefängnisstrafen verhängen. Angesichts weitergehender Kompetenzen verschiedener Aufsichtsbehörden im Ausland steht seit einiger Zeit die Frage im Raum, ob sie nicht wenigstens Zwangsmassnahmen anordnen und Geldbussen verhängen können sollte.²⁴⁵ Dazu drängen sich einige Bemerkungen auf:

Zunächst zur fehlenden Kompetenz der FINMA, Zwangsmassnahmen anzuordnen: Der Gesetzgeber hat dies so gewollt, weil er die Zuständigkeiten für das Straf- und das Verwaltungsverfahren strikt getrennt hat. Das ist von der Aufsichtsbehörde als Rahmenbedingung hinzunehmen.²⁴⁶ In weiten Teilen ihres Zuständigkeitsbereichs reichen die Möglichkeiten der FINMA denn auch aus, jederzeit eine sachgerechte Lösung zu finden und dem Auftragsauftrag nachzukommen. Allerdings hat der Gesetzgeber damit auch in Kauf genommen, dass die Behörde u.a. auf dem Gebiet der Marktaufsicht oder mit Blick auf das Vorgehen gegen unerlaubte Tätige bloss eingeschränkt aktionsfähig ist. Sofern es sich um keinen Bewilligungsträger handelt und keine Kooperationsbereitschaft besteht oder sogar Obstruktion betrieben wird, wird es schwierig für die FINMA, ihrem Auftrag wirkungsvoll nachzukommen. Diesen Personen gegenüber sind die verwaltungsrechtlichen Mittel der FINMA zur Informationsbeschaffung mitunter stumpf.²⁴⁷

Dogmatisch weniger klar liegt der Fall dagegen bei der fehlenden Kompetenz, Bussen auszusprechen, zumal dann, wenn die Busse als Verwal-

²⁴⁴ Vgl. die Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 42 Abs. 2 Kartellgesetz i.V.m. Art. 45-50 VStrR sowie ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 400 ff.

²⁴⁵ Im Ergebnis verneinend ZUBERBÜHLER, Banker an den Galgen?, die Frage offenlassend ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 282 ff.

²⁴⁶ Die Schaffung der FINMA führte gerade dazu, dass die Strafkompetenzen des BPV nach Art. 86 Abs. 3 aVAG per 1. Januar 2009 auf den Strafrechtsdienst des EFD übertragen wurden.

²⁴⁷ Hier sind die Mittel der Wettbewerbskommission (Weko), die es nicht mit Dauerbeauftragten zu tun hat, zupackender: Gemäss Art. 42 Abs. 2 Kartellgesetz (KG; SR 251) kann die Weko u.a. Hausdurchsuchungen durchführen.

tungssanktion ausgestaltet würde: Hier zeigt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Bussentscheiden der Wettbewerbsbehörde, dass sich ein solches (Verwaltungs-) Instrument durchaus EMRK-konform im schweizerischen Rechtskontext anwenden lässt.²⁴⁸ Weniger klar ist dagegen die Antwort auf die (fast schon philosophische) Frage, ob eine Aufsichtsbehörde, damit sie als wirksam wahrgenommen wird, über die Busse als Sanktion verfügen muss – und welches angesichts der derzeitigen Sanktionsspirale im Nachgang zum LIBOR-Fall der «richtige» Bussrahmen wäre.

Vorab muss bemerkt werden, dass diese Frage aus einer Binnenperspektive möglicherweise anders beantwortet wird als aus Sicht des Auslandes. In der Schweiz besteht traditionell eine grosse Zurückhaltung betreffend das «Strafen» an sich, und es gibt nur ganz wenige Bereiche der Verwaltungstätigkeit, in denen der Gesetzgeber eine Verwaltungsbehörde in die Lage versetzt hat, wo gerechtfertigt eine empfindlich treffende (Verwaltungs-)Busse zu verhängen.²⁴⁹ Für die relevanten ausländischen Rechtsräume dagegen ist die Möglichkeit, Bussen zu verhängen, mittlerweile immer mehr ein notwendiges Attribut einer wirksamen Aufsichtsbehörde über Märkte und teilweise auch alle Finanzmarktintermediäre. Deshalb kann ein Finanzplatz, dessen Rechtsrahmen keine Bussenkompetenz der Finanzmarktaufsichtsbehörde vorsieht, möglicherweise in ein schiefes Licht geraten. Davon beeinträchtigt werden auch die Finanzintermediäre und die übrigen Marktteilnehmer dieses Finanzplatzes. Solche Wertungsunterschiede können mitunter bei bilateralen oder multilateralen Marktzutrittsdiskussionen mit Schweizer Beteiligung zu Blockaden führen oder die Bewertung des Schweizer Aufsichtsregimes im Rahmen von Länderexamen negativ beeinflussen.

Nach Auffassung des Autors sind es nicht rechtlich-dogmatische Hürden, die die Einführung eines Instruments «*Verwaltungsbusse*» unter Beibehaltung eines leistungsfähigen Verfahrens *a priori* verbieten. Eher sind es kulturelle Aspekte, die für die entsprechenden politischen Entscheide und damit die Positionierung der Schweiz zu diesem Thema entscheidend waren und sind.

Es ist nicht Aufgabe eines Exponenten der Aufsichtsbehörde, heute für oder gegen ein zusätzliches Instrument «*Verwaltungsbusse*» auf den Plan zu treten. Es ist aber sehr wohl eine Aufgabe, im Sinn von Erwartungsma-

²⁴⁸ Wegweisend dazu BGE 139 II 72 E. 4 (Publigroupe SA).

²⁴⁹ Einschlägiges Beispiel für eine Verwaltungsbusse verhängende Behörde ist die das Kartellgesetz anwendende Weko.

nagement auf die Konsequenzen des Fehlens eines solchen Mittels hinzuweisen. Sowohl was die Angemessenheit der Reaktion der Aufsichtsbehörde auf einen festgestellten Missstand, wie auch das Rollenverständnis, die Leistungsmöglichkeiten, die Kooperationsfähigkeit mit ausländischen Behörden und den Ressourcenbedarf der Aufsicht betrifft, hat die fehlende(Verwaltungs-) Bussenkompetenz Konsequenzen. Die Existenz oder das Fehlen eines solchen Instruments kann künftig von Bedeutung sein, wenn andere Akteure entscheiden, ob sie schweizerischen Marktteilnehmern Zugang zu ihrem Finanzplatz gewähren oder nicht.

V. Ausblick

Die Entwicklung der Enforcementtätigkeit schreitet auf der internationalen Ebene rasant voran. Dies gilt sowohl für das Enforcement in den einzelnen Ländern wie auch für die Fähigkeit zur Zusammenarbeit mit anderen ausländischen Behörden, die Aufgaben im Finanzmarktenforcement wahrnehmen. Will die Schweiz als respektierter und solide regulierter Finanzplatz ihren Platz behaupten oder sich gar weiterentwickeln, darf weder die Aufsichtsbehörde rasten, noch darf der Gesetzgeber die internationalen Entwicklungen unberücksichtigt lassen.

Zwar hat die Schweiz mit der Schaffung der FINMA, mit der Einführung von weitgehend einheitlichen Aufsichtsinstrumenten, mit ihren raschen gesetzgeberischen Antworten auf die Finanzkrisen,²⁵⁰ mit der Revision des Kollektivanlagengesetzes²⁵¹ und mit der Einführung der allgemeinen Marktaufsicht grosse Schritte in Richtung «*Ligaerhalt*» getan. Zudem sind weitere gewichtige Gesetzgebungsprojekte in Ausarbeitung.²⁵² Für die künftige Positionierung der Schweiz mit ihrem Finanzmarktenforcement wird indessen auch von Bedeutung sein, ob die FINMA das bestehende Aufsichtsinstrumentarium genügend sichtbar und wirksam zur Geltung bringt, ob die

²⁵⁰ Hauptsächlich die Revision des Bankengesetzes mit den Paketen I («*Sicherung der Einlagen*»; in Kraft seit dem 1. September 2011 [AS 2011 3919; BBl 2010 3993]) und II («*Stärkung der Stabilität im Finanzmarktsektor*»; in Kraft seit dem 1. März 2012 [AS 2012 811; BBl 2011 4717]).

²⁵¹ AS 2013 585; BBl 2012 3639.

²⁵² Zu erwähnen sind insbesondere die Arbeiten an einem Finanzmarktinfrastukturge-setz, an Anpassungen des Geldwäschereigesetzes sowie die Ideen für ein neues Finanzdienstleistungs- sowie ein Finanzinstitutsgesetz.

Rechtsmittelinstanzen diese Praxis hinreichend stützen und ob der Gesetzgeber bereit ist, das Aufsichtsinstrumentarium der FINMA zukunftstauglich weiter zu entwickeln. Dabei ist einerseits auf die intendierte Wirkung neuer Instrumente zu achten, andererseits sind die Auswirkungen auf das Verfahren im Auge zu behalten. Es wäre kontraproduktiv, wenn das Instrumentarium zwar ausgebaut würde, dafür im Gegenzug aber die Effektivität und Effizienz aufgrund neuer und zu hoher Hürden bei der Verfahrensführung zu stark sinken würde.

Im Ausland ist zu beobachten, dass sich die Zuständigkeiten der relevanten Finanzmarktaufsichtsbehörden auf den Gebieten des Verwaltungs-, Zivil- und auch Strafrechts zunehmend vermischen. Gepaart mit der Globalisierung der Tätigkeit der Finanzmarktakteure macht dies in der Schweiz eine Überprüfung der Fähigkeit zur internationalen Zusammenarbeit über die (traditionellen) Silogrenzen von Aufsichts-, Straf- und Zivilrecht nötig. Es braucht auch Antworten auf die Frage, wie damit umzugehen ist, wenn Rechtsunterworfenen im Hinblick auf erlassene oder drohende (verwaltungsrechtliche) Massnahmen in andere Jurisdiktion abwandern. Damit wird die Wirkung von Enforcement vereitelt. Ein solches Szenario ist denkbar etwa bei so hoch mobilen Händlern, die in der Schweiz oder im Ausland für eine bestimmte Handelstätigkeit gesperrt werden. Es stellt sich somit die Frage, ob das (verwaltungsrechtliche) Enforcement an staatlichen Grenzen halt macht oder nicht.

Die fortschreitende Technologisierung des Finanzdienstleistungssektors und die Digitalisierung des Geschäfts- und Privatlebens schliesslich beschleunigen die Prozesse und Abläufe rasant und lassen das zu bewältigende Datenvolumen enorm anwachsen. Deshalb ist eine stetige Anpassung und Weiterentwicklung des Enforcements unerlässlich, sei es betreffend Personal, Organisation und Prozesse, sei es auch bezüglich der Instrumentierung von Enforcement, damit die Daten bei hinreichendem Verdacht auf schwere Verletzungen von Aufsichtsrecht erfasst und dann auch zielgerichtet ausgewertet werden können.

Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur

Christopher Geth, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	142
Materialien.....	144
I. Einleitung	144
II. Auskunfts-, Herausgabe- und Meldepflichten gegenüber der FINMA.....	146
1. Überblick und gesetzliche Grundlagen.....	146
2. Informationspflichten gemäss FINMAG.....	147
III. Das Verhältnis von Mitwirkungspflichten und nemo tenetur im Finanzmarktrecht	150
1. Zum Verständnis von nemo tenetur.....	150
2. Mitwirkungspflichten und nemo tenetur in der Rechtsprechung	151
a) Bundesgericht	152
b) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	153
3. Art. 29 FINMAG und nemo tenetur: Lösungsansätze	156
a) Praxis der FINMA	156
b) Lösungsansätze.....	157
aa) Geltung von Art. 6 EMRK im Verwaltungsverfahren?.....	158
bb) Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren.....	159
cc) Besonderheiten bei (mutmasslichen) Straftaten von Unternehmen.....	160
IV. Fazit.....	164

* Prof. Dr. iur., Assistenzprofessor für Strafrecht an der Universität Bern.

Literaturverzeichnis

- ARZT GUNTHER, Strafverfahren ohne Menschenrechte gegen juristische Personen, in: Ursula Medigovic (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller, Wien 2004, S. 221-237.
- BAUMGARTEN MARK-OLIVER/BURCKHARDT PETER/ROESCH ALEXANDER, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 2/2006, S. 169-180.
- BÉNÉDICT JÉRÔME/TRECCANI JEAN, Vorbemerkungen zu Art. 139-141 und Art. 141, in: André Kuhn/Yvan Jeanneret (Hrsg.), Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse, Basel 2011.
- BENEDICK GILLES, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2/2011, S. 169-180.
- BERNASCONI PAOLO Nemo tenetur – Erosione di principi procedurali a scapito di banche e di imprese nel labirinto di procedure giudiziarie e amministrative, in: Rivista ticinese di diritto I-2012, S. 531-559.
- BERTOSSA CARLO, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Bern 2003.
- BÖSE MARTIN, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes «Nemo tenetur se ipsum accusare», GA 2002, 98 ff.
- DROPE KATHARINA, Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe, Berlin 2002.
- DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126/2008, S. 158-173.
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR, Züricher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010 (zit. ZK StPO).
- EICKER ANDREAS/FRANK FRIEDRICH/ACHERMANN JONAS, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, Bern 2012.
- ENGLER MARC, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Zürich 2008.
- GAEDE KARSTEN, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Berlin 2007.
- GETH CHRISTOPHER, Selbstbelastungsfreiheit im Unternehmensstrafrecht – Konflikt zwischen Moderne und Tradition aus Schweizer Perspektive, erscheint demnächst in ZStW 126 (2014), Heft 2.
- GLESS SABINE, Anmerkung zu Obergericht Zürich, Beschluss vom 24. April, UH120368, forumpenale 6/2013, S. 343-347.
- Nemo tenetur se ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten – Konflikt und Lösungsansätze am Beispiel der Schweizer Finanzmarktaufsicht, in: Festschrift für Werner Beulke, erscheint 2014.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011 (zit. BSK StPO).
- HÄRING DANIEL, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substanzielle Neuerungen?, ZStrR 127/2009, S. 225-257.

- KURZBEIN REGULA, Verletzungen der börsenrechtlichen Meldepflichten (Art. 20 und 31 BEHG) – Verwaltungs- und strafrechtliche Konsequenzen nach dem revidierten Börsengesetz (2013), Bern 2013.
- MACALUSO ALAIN, La responsabilité pénale de l'entreprise. Principe et commentaire des art. 100quater et quinquies CP, Genf 2004.
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010.
- PIETH MARK, Strafverfahren gegen das Unternehmen, in: Jörg Arnold et. al. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser, München 2005, S. 599-616.
- Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012.
- QUECK NADINE, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, Berlin 2005.
- ROTH SIMON, Die Geltung von *nemo tenetur* im Verwaltungsverfahren, Jusletter vom 17. Februar 2014.
- Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare», ZStrR 129/2011, S. 296-321.
- SCHLAURI REGULA, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren. Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung, Zürich 2003.
- SCHLICHTING LARS, Legge sulla FINMA, Annotata e commentata, Zürich 2011.
- SCHLÜTER JAN, Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung. Nach geltendem Strafprozessrecht, Frankfurt 2000.
- SCHMID NIKLAUS Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 2003, S. 201-224.
- TRECHSEL STEFAN/VEST HANS, Art. 321, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB). Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.
- TRUFFER ROLAND, Art. 29 FINMAG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar. Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011.
- VON FREIER FRIEDRICH, Selbstbelastungsfreiheit von Verbandspersonen, ZStW 122 (2010), S. 117-156.
- WOHLERS WOLFGANG/PFLAUM SONJA, Kurs- und Marktmanipulation, GesKR 2013, S. 523-540.
- WOHLERS WOLFGANG, Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht: (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, in: Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, Zürich 2009, S. 267-314.
- WYSS DAVID, Marktaufsicht in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme, SZW 2011, S. 560-576.
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/CONTRATTO FRANCA, FINMA. The Swiss Financial Market Supervisory Authority, Basel 2009.
- ZULAUF URS/WYSS DAVID u.a., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014.

Materialien

Amtliches Bulletin, Sommersession 2012, Fünfzehnte Sitzung des Nationalrats zum Geschäft 11.050.

Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2829.

Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085.

Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch, Bericht vom 29. Januar 2009 (abrufbar unter: <www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01375/>, zuletzt besucht am 2.5.14).

I. Einleitung

Ein Dilemma ist bekanntlich eine Zwickmühle, also eine Situation, die zwar theoretisch zwei Möglichkeiten der Entscheidung bietet, aber beide letztlich zu einem unerwünschten Resultat führen. Vor ein solches Dilemma hat der Schweizer Gesetzgeber die Aufsichts- und Strafbehörden sowie die Banken und ihre Mitarbeitenden gestellt, als er die Finanz- und Kapitalmärkte mit drei parallelen Instrumenten reguliert hat:

- mit dem Aufsichtsrecht,
- mit einer «gelenkten Selbstregulierung» und
- mit der Drohung des Strafrechts, das als ultima ratio des Staates immer im Hintergrund steht.

Dieses Nebeneinander von drei Regelungsebenen führt zu Problemen. Denn zwischen den einzelnen Instrumenten bestehen Zielkonflikte:

Das Aufsichtsrecht und die Selbstregulierung bezwecken eine zukunftsorientierte, präventive Kontrolle, die – wenn sie funktionieren soll – eine möglichst umfassende und ehrliche Dokumentation und Kommunikation aller relevanten Geschehnisse voraussetzt, während das Strafrecht grundsätzlich vergangenheitsorientiert und repressiv agiert (und allenfalls indirekt auf präventive Wirkungen abzielt¹) und, weil es Schuld und Strafe zu-

¹ WOHLERS, (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, S. 292 f.; ähnlich NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 146. Dagegen betrachtet WYSS, SZW 2011, S. 561 die Marktaufsicht als primär repressives und nur indirekt präventives Instrument. Der Vorschlag der EBK in einem Sanktionenbericht aus dem Jahre 2003, einem Sanktionskomitee der FINMA die Kompetenz für Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter einzuräu-

weist, dem Beschuldigten traditionell das Privileg auf Selbstbelastungsfreiheit gewährt.

Die sich überlagernden Verfahren im Bereich des Finanz- und Kapitalmarktrechts schreiben den Zielkonflikt fort: Auf der einen Seite steht die Aufsicht durch die FINMA, welche sich primär nach den Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) richtet.² In diesem aufsichtsrechtlichen Verfahren bestehen umfassende Auskunft-, Herausgabe- sowie Meldepflichten der Betroffenen und es sind weder das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), noch andere Bestimmungen anwendbar, welche strafverfahrensrechtliche Mindeststandards gewährleisten.³

Auf der anderen Seite können Verstösse gegen die Finanzmarktgesetze eben aber auch strafrechtliche Relevanz haben; die in diesem Verwaltungsverfahren gesammelten Informationen können interessante Beweismittel sein.⁴ Hier greift die Strafprozessordnung (StPO) und es gilt das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten nach Art. 113 StPO. Angesichts dieser Gemengelage von Verwaltungs- und Strafverfahren stellt sich die Grundsatzfrage:

In welchem Verhältnis stehen die Auskunft-, Herausgabe- und Meldepflichten – kurz die Informationspflichten – des Finanzmarktaufsichtsrechts zum strafrechtlichen Grundsatz des Selbstbelastungsverbots?

Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf einen möglichen Informationsfluss von der FINMA an die Strafverfolgungsbehörden. Natürlich wäre auch der umgekehrte Weg denkbar, nämlich dass Informationen z.B. von der Bundesanwaltschaft an die FINMA gegeben werden sollen. Dies ist grundsätzlich gestützt auf Art. 68 Strafbehördenorganisationsgesetz (StBOG) bzw. Art. 38 Abs. 1 FINMAG möglich.⁵

Wenn hier von Strafverfolgungsbehörden die Rede ist, sind sowohl die Bundesanwaltschaft als auch das Eidgenössische Finanzdepartement ge-

men, stiess u.a. mit Blick auf Art. 6 EMRK auf harte Kritik und wurde daher in dieser Form nicht übernommen; s. dazu: NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 154-160.

² NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 167.

³ NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 175.

⁴ Ausgeklammert wird im Folgenden die Frage, ob Massnahmen der FINMA selbst als strafrechtliche Anklage im Sinne der Engel-Kriterien anzusehen sind. Vgl. dazu: ZULAUF/WYSS u.a., Finanzmarktenforcement, S. 269 ff. m.w.N.

⁴ PFLAUM/WOHLERS, GesKR 2013 S. 537.

⁵ PFLAUM/WOHLERS, GesKR 2013 S. 537.

meint. Art. 50 FINMAG weist die Zuständigkeiten je nach Fallkonstellation eine dieser beiden Behörden zu. Für die Frage der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit ist die Zuständigkeitsfrage jedoch nicht zentral, da auch verwaltungsstrafrechtliche Verfahren den verfahrensrechtlichen Garantien der Strafprozessordnung unterstellt sind.⁶

II. Auskunfts-, Herausgabe- und Meldepflichten gegenüber der FINMA

1. Überblick und gesetzliche Grundlagen

Bevor die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG⁷ skizziert werden, ist ganz generell in Erinnerung zu rufen: Auskunfts- und Mitwirkungspflichten, aufgrund derer Mitwirkende sie belastende Informationen an Behörden liefern müssen, die quasi «zurück schlagen» könnten, existieren nicht nur zugunsten der FINMA. Jeder kennt sie bspw. aus den Steuerveranlagungsverfahren oder aus dem Strassenverkehrsrecht. Darüber hinaus etabliert Art. 13 VwVG eine allgemeine Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren.

Ausserdem fanden sich auch schon vor Erlass des FINMAG im Jahre 2007 vergleichbare Pflichten gegenüber Aufsichtsbehörden in den speziellen Finanzgesetzen.⁸ Art. 29 Abs. 1 FINMAG fasst nun die bestehenden Informationspflichten zusammen, während die einschlägigen Spezialbestimmungen zum Teil aufgehoben oder angepasst wurden.⁹ Die Regelung der Informationspflichten für sämtliche der FINMA unterstellten Finanzbereiche im FINMAG brachte so eine sinnvolle Vereinheitlichung und Harmonisie-

⁶ EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, S. 150.

⁷ Entsprechende Pflichten gegenüber Prüfgesellschaften bzw. Untersuchungsbeauftragten finden sich in anderen Normen (vgl. Art. 25 Abs. 1 bzw. Art. 36 Abs. 3 FINMAG) und sind nicht Gegenstand dieser Ausführungen.

⁸ Bei Erlass des FINMAG waren die Auskunfts- und Meldepflichten spezialgesetzlich geregelt, etwa in: Art. 61 Abs. 1 und 2 des inzwischen durch das Kollektivanlagengesetz (KAG) ersetzten Anlagenfondsgesetz (AFG), Art. 23^{bis} Abs. 2 Bankengesetz (BankG), Art. 35 Abs. 2 Börsengesetz (BEHG), Art. 19 Geldwäschereigesetz (GwG) und Art. 47 Abs. 2 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG). Diese Pflichten wurden in Art. 29 Abs. 1 FINMAG zusammengefasst, vgl. BBl 2006 2880.

⁹ Vgl. BBl 2006 2880 sowie ZUFFEREY/CONTRATTO, FINMA, S. 100.

zung mit sich.¹⁰ Die weiter bestehenden Spezialbestimmungen – etwa Art. 35 BEHG – behalten allerdings insofern noch eigenständige Bedeutung, als sie teilweise über den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 29 Abs. 1 FINMAG hinausgehen.¹¹

2. Informationspflichten gemäss FINMAG

Art. 29 FINMAG lässt sich wie folgt systematisieren: Während Art. 29 Abs. 1 FINMAG spezielle *Auskunfts- und Herausgabepflichten* gegenüber der FINMA statuiert, schreibt Art. 29 Abs. 2 FINMAG eine *allgemeine Meldepflicht* der Beaufsichtigten bezüglich jeglicher aufsichtsrelevanter Ereignisse vor. In Abs. 1 geht es primär um Informationen, welche die FINMA bei den Beaufsichtigten anfordert,¹² während sich Abs. 2 auf Informationen bezieht, die der FINMA unaufgefordert zu übermitteln sind.¹³ Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Absätzen des Art. 29 FINMAG besteht bei deren Adressaten: Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 29 Abs. 1 FINMAG ist äusserst weit gefasst¹⁴ und umfasst zunächst die Beaufsichtigten (wobei für juristische Personen umstritten ist, ob die Pflicht die juristische Person selbst oder deren Organe trifft),¹⁵ deren Prüfgesellschaften und Revisionsstellen, darüber hinaus aber auch Personen und Unternehmen, die qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligt sind.¹⁶ Hingegen richtet sich die Meldepflicht gemäss Art. 29 Abs. 2 FINMAG nur an die Beaufsichtigten selbst.¹⁷

Wie bereits erwähnt, bezieht sich die Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften und Herausgabe von Unterlagen gemäss Art. 29 Abs. 1

¹⁰ Vgl. dazu NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 81.

¹¹ Vgl. dazu BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 4; ZUFFEREY/CONTRATTO, FINMA, S. 100.

¹² Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 15.

¹³ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 32.

¹⁴ Siehe ausführlich zum Kreis der Informationspflichtigen gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG: BBI 2006 2880, SCHLICHTING, FINMA, S. 27 f. sowie BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 6 ff.

¹⁵ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 8 m.w.N.

¹⁶ Siehe dazu NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 100, der «qualifiziert» und «massgebend» als Synonyme versteht. Er verweist für die Konkretisierung dieser Begriffe auf Art. 23 Abs. 4 Börsenverordnung (BEHV), welcher bei einer Beteiligung von mindestens 10% des Kapitals oder der Stimmrechte von einer solchen qualifizierten Beteiligung ausgeht.

¹⁷ Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 37.

FINMAG auf Informationen, welche die FINMA bei den Betroffenen anfordert. Dies kann sie entweder durch das Statuieren generell-abstrakter Pflichten zu periodischen Berichten oder in Form eines individuell-konkreten Auskunftersuchens im Einzelfall tun.¹⁸

Art. 29 Abs. 1 FINMAG zielt nur auf solche Informationen, welche die FINMA für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Bei der Einschätzung, welche Informationen von besagter Relevanz sind, besteht indes ein erheblicher Ermessensspielraum der FINMA. Aufgrund des gewichtigen öffentlichen Interesses an einer effektiven Finanzmarktaufsicht, werden die Informationspflichten in Praxis und Lehre im Zweifel weit ausgelegt.¹⁹ Die Informationen müssen daher für die Aufgabenerfüllung nicht geradezu unentbehrlich sein, sondern es genügt, wenn sie ihr förderlich sind.²⁰

Bei juristischen Personen sind jene Informationen umfasst welche Personen zur Verfügung stehen, die in die Organisation der juristischen Person eingliedert und ihr gegenüber auskunftspflichtig sind.²¹ Hier ist zu beachten, dass die Informationspflichten durch die Selbständigkeit einer juristischen Person gegenüber anderen Gruppengesellschaften eine Schranke erfahren können.²² Demgegenüber stehen etwaige Berufsgeheimnisse den Auskunfts- und Herausgabepflichten grundsätzlich nicht entgegen. So sind insbesondere Kreditinstitute, Effektenhändler sowie Prüfgesellschaften und Revisionsstellen berechtigt und verpflichtet, auch Informationen an die FINMA zu übermitteln, welche eigentlich dem Bank- bzw. Berufsgeheimnis unterliegen, freilich nur so weit die Informationen von der Anfrage der FINMA umfasst sind.²³ Hingegen geht das Berufsgeheimnis der Geistlichen, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare und Medizinalpersonen gemäss Art. 321 StGB den allgemeinen Informationspflichten aus Art. 29 Abs. 1 FINMAG vor. Für eine Befreiung bedarf es hier spezifischer Auskunftspflichten des jeweiligen Geheimnisträgers.²⁴

Die Auskunftspflicht gegenüber der FINMA wird ergänzt durch eine in Art. 29 Abs. 2 FINMAG statuierte Meldepflicht bezüglich jeglicher aufsichtsrelevanter Ereignisse. Auch wenn der Zweck dieser Meldepflichten wohl-

¹⁸ Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 15 m.w.N.

¹⁹ BGE 126 II 111 E. 3a.

²⁰ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 18 m.w.N.

²¹ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 14.

²² Vgl. dazu SCHLICHTING, FINMA, S. 27 sowie BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 26 ff.

²³ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 29 m.w.N.

²⁴ TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar StGB, Art. 321 N. 38.

meinend ist, nämlich eine sofortige Reaktion der FINMA im Ernstfall zu ermöglichen,²⁵ sind die Konsequenzen vor dem Hintergrund einer möglichen strafrechtlichen Untersuchung brisant. In dem Moment, in dem irgendein Bankmitarbeiter, für den die Meldepflicht nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG greift, weiss, dass etwa ein Insiderdeal vorbereitet wird, muss er dies unaufgefordert²⁶ und unverzüglich²⁷ der FINMA melden. Eigentlich müsste er sich und andere ständig beobachten, um alle Vorkommnisse zu rapportieren, welche «für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung»²⁸ sind, was aufgrund der umfassenden Zuständigkeit der FINMA sehr viel sein kann.²⁹ Die «Alarm- und Warnsignale», welche eine Meldepflicht auslösen, werden für die einzelnen Finanzbereiche teilweise auch in Sonderbestimmungen konkretisiert.

Man kann sich jenseits von nemo tenetur fragen, ob eine solche Meldepflicht in einem Staat, der davon ausgeht, dass die Bürger sich weder gegenseitig noch selbst anzeigen müssen, wenn sie vermuten, dass eine Straftat begangen wurde, überhaupt zulässig ist. Zu Recht wird deshalb auch im Finanzmarktrecht davon ausgegangen, dass der Beaufsichtigte eine Meldepflicht nur bezüglich jener Vorkommnisse hat, welche für die ihn selbst betreffende Aufsicht wesentlich sind. Eine Pflicht zu «Denunziation Dritter» besteht mithin nicht.³⁰

²⁵ ZUFFEREY/CONTRATTO, FINMA, S. 103.

²⁶ Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 32.

²⁷ D.h. ohne im konkreten Fall zweckwidrige Verzögerung Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 44.

²⁸ Art. 29 Abs. 2 FINMAG.

²⁹ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 28. Mit Blick auf den Zweck der Norm umfasst dies allgemein Ereignisse, welche eine unverzügliche Reaktion durch die FINMA erforderlich erscheinen lassen. Dies sind etwa schwerwiegende finanzielle Probleme (insb. «solvenzgefährdende Vorkommnisse»), gravierende Probleme personeller oder organisatorischer Natur sowie «Schwierigkeiten mit ausländischen Behörden oder Änderungen der Geschäftsstrategie, welche sich wesentlich auf die Risiken einer oder eines Beaufsichtigten auswirken».

³⁰ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 28.

III. Das Verhältnis von Mitwirkungspflichten und nemo tenetur im Finanzmarktrecht

Nachdem der Inhalt und die Reichweite der Informationspflichten nach Art. 29 FINMAG abgesteckt sind, ist in einem zweiten Schritt auf das Verhältnis dieser Mitwirkungspflichten zu nemo tenetur einzugehen. Wie könnte das Dilemma zwischen verwaltungsrechtlichen Auskunftspflichten und strafprozessualen Selbstbelastungsverbot aufgelöst werden?

Praktisch wird die Frage vor allem deshalb relevant, weil die FINMA nach Art. 38 FINMAG gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zur Rechts- und Amtshilfe verpflichtet ist. In Art. 38 Abs. 2 FINMAG heisst es ausserdem, dass die Verfahren der Aufsichts- und Strafbehörden soweit möglich und erforderlich zu koordinieren seien. Darüber hinaus trifft die FINMA eine Anzeigepflicht bei gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Widerhandlungen gegen das FINMAG und die Finanzmarktgesetze.

1. Zum Verständnis von nemo tenetur

Im Schweizer Recht finden sich – wie in allen anderen westlichen Rechtsordnungen – verschiedene gesetzliche Grundlagen, die wir auf nemo tenetur zurückführen und im Lichte der Selbstbelastungsfreiheit interpretieren.

Die zentrale Norm ist Art. 113 StPO, wonach der beschuldigten Person das Recht zusteht, sich nicht selbst belasten zu müssen. Dazu gehört namentlich das Recht, die Aussage und die Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern. Aus dem nemo-tenetur-Grundsatz folgt auch ein sog. Editionsverweigerungsrecht, d.h. die beschuldigte Person kann nicht verpflichtet werden, sie selbst belastende Beweisstücke (Urkunden, Tatwaffen etc.) herauszugeben.

Die Selbstbelastungsfreiheit geniesst darüber hinaus völkerrechtlichen Schutz, in Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR (= UNO-Pakt II) sowie im europäischen Rechtsraum in Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wobei anzufügen ist, dass die Europäische Menschenrechtskonvention gar keine ausdrückliche Garantie ausspricht, die Selbstbelastungsfreiheit allerdings als Bestandteil des Fairnessgebots angesehen wird.

Die exakte Herleitung dieses Rechtsprinzips und die Reichweite sowie die möglichen Grenzen der Selbstbelastungsfreiheit sind freilich nach wie vor umstritten. Während nemo tenetur teilweise aus der Menschenwürde bzw. dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts hergeleitet wird, verstehen

das Bundesgericht, der EGMR und eine Reihe von Autoren die Selbstbelastungsfreiheit als Prozessgrundrecht, nämlich als Bestandteil des Fairnessgebots von Art. 6 EMRK.³¹

Umstritten sind aber nicht nur die Herleitung von nemo tenetur, sondern auch mögliche Grenzen. Dies gilt etwa für die zeitliche Dimension von nemo tenetur:

Wer die Selbstbelastungsfreiheit eng interpretiert und darunter nur das Recht des Beschuldigten versteht, zur Anklage schweigen zu dürfen, sieht in einer aufsichtsrechtlichen Mitwirkungspflicht kein Problem, denn die Informationspflichten nach Art. 29 FINMAG verpflichten die Bankmitarbeiter ja nicht dazu, sich in dem Moment, in dem sie vor Gericht stehen, zu einer allfälligen Strafklage zu äussern.

So verstanden wäre nemo tenetur als Recht aber weitgehend nutzlos, denn die Mitarbeiter hätten ja bereits zuvor, aufgrund der vorgelagerten Pflichten von Art. 29 FINMAG, alle Beweise auf einem Silbertablett serviert. Deshalb formuliert die Schweizer Strafprozessordnung nemo tenetur als ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht, die Selbstbelastungsfreiheit gilt bereits dann, wenn man befürchtet, Beschuldigter zu werden.³² Dies sagt freilich noch nichts darüber aus, wo die Grenze zwischen zulässiger Mitwirkungspflicht und dem Gebot der Selbstbelastungsfreiheit tatsächlich verläuft. Bekanntlich kennt auch der Strafprozess Duldungs- und Mitwirkungspflichten der beschuldigten Personen, z.B. bei Zwangsmassnahmen.

2. Mitwirkungspflichten und nemo tenetur in der Rechtsprechung

Wie löst die Rechtsprechung das Spannungsverhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit?

³¹ Vgl. etwa: BGE 131 I 272 E. 3.2.3.2; EGMR vom 17.12.1996, Saunders v. Vereinigtes Königreich, EGMR vom 30.6.2008, Gäfgen v. Deutschland = EuGRZ 35 (2008) S. 476; ausführlich: GAEDE, Fairness als Teilhabe, S. 389 ff. m.w.N; SCHLAURI, Verbot des Selbstbelastungszwangs, S. 82 ff., 98 ff.

³² ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N. 14.

a) Bundesgericht

Im Kontext der Auskunft-, Herausgabe und Meldepflichten nach Art. 29 FINMAG haben sich die Gerichte – soweit ersichtlich – noch nicht zu Fragen der Geltung von *nemo tenetur* geäußert. Das Bundesgericht hat sich bereits des Öfteren in anderen Bereichen mit der Frage der Vereinbarkeit verwaltungsrechtlicher Mitwirkungspflichten mit *nemo tenetur* befasst, insbesondere im Steuerrecht³³ oder im Strassenverkehrsrecht.³⁴

In einem Entscheid vom Jahre 1995, der im Anschluss zu einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR führte, musste das Bundesgericht entscheiden, ob ein Steuerpflichtiger durch eine Busse dazu gezwungen werden kann, im Steuerhinterziehungsverfahren über seine finanziellen Verhältnisse Auskunft zu geben.³⁵

Das Bundesgericht erachtete dies als zulässig. Die Begründung ist pragmatisch und ähnelt insofern den Begründungen, die in Zusammenhang mit den FINMAG-Pflichten abgegeben werden:

- Die Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen seien das Korrelat zur Beweislast der untersuchenden Steuerbehörde und ohne diese sei eine gesetzmässige und rechtsgleiche Besteuerung unmöglich.
- Die Mitwirkungspflichten seien ferner etwa gegenüber einer Herabsetzung der Beweisanforderungen oder einer Umkehr der Beweislast zulasten des Steuerpflichtigen das mildere Mittel, um diese Beweisprobleme zu lösen.
- Würde man ein Selbstbelastungsverbot im Hinterziehungsverfahren bejahen, müsste man ausserdem unter Umständen bereits im vorgelagerten verwaltungsrechtlichen Veranlagungsverfahren ein solches einräumen, was mit dem geltenden Steuersystem unvereinbar sei.³⁶
- Und als weiteres – schwaches – Argument, dass in vielen anderen Rechtsgebieten vergleichbare Mitwirkungspflichten bestünden.³⁷

Diesen Begründungen ist der EGMR in seinem Urteil *J. B. v. Switzerland* nicht gefolgt, sondern hat vielmehr eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK

³³ BGE 121 II 273 ff.

³⁴ BGE 131 IV 36.

³⁵ BGE 121 II 273 ff.

³⁶ BGE 121 II 285 f.

³⁷ BGE 121 II 286.

festgestellt.³⁸ Im Lichte der Selbstbelastungsfreiheit sei es unzulässig, den Steuerpflichtigen im Hinterziehungsverfahren mit Bussen zu zwingen, Belege über hinterzogene Beträge vorzulegen.

b) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Neben dieser Entscheidung hat sich der EGMR in einer Vielzahl weiterer Einzelentscheidungen wiederholt zur Geltung von nemo tenetur geäußert und trotz seiner nicht ganz widerspruchsfreien Rechtsprechung ein paar Orientierungshilfen geschaffen.³⁹ Im Einzelnen ist allerdings die Tragweite des nemo-tenetur-Prinzips in Bezug auf passive und aktive Verhaltenspflichten umstritten, insbesondere auch bezüglich Handlungspflichten, etwa Informationspflichten gegenüber Behörden oder Privatpersonen, die sich mittelbar selbstbelastend auswirken können.⁴⁰

Im Bereich des Finanzmarktrechts darf wohl der Entscheid *Saunders vs. United Kingdom*⁴¹ als leading case zur nemo tenetur-Problematik angesehen werden. Der Beschwerdeführer wurde der Kursmanipulation verdächtigt. Ihm oblag bei der Sachverhaltsabklärung gegenüber sogenannten «inspectors» Mitwirkungspflichten, welche mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert waren. Seine Aussagen sollten im anschließenden Strafverfahren als Beweismittel verwertet werden. Der EGMR sah in diesem Fall nemo tenetur als verletzt an. Das Gericht stellte allerdings darauf ab, ob die zwangsweise beschafften Beweismittel eine vom Willen des Beschuldigten unabhängige Existenz hatten.⁴² Das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurtei-

³⁸ EGMR vom 3.5.2001, *J.B. v. Switzerland*, § 71.

³⁹ Vgl. insbesondere: EGMR vom 25.2.1993, *Funke v. France*, §§ 7 ff.; EGMR vom 17.12.1996, *Saunders v. United Kingdom*, §§ 15 ff.; EGMR vom 3.5.2001, *J.B. v. Switzerland*, § 71; EGMR vom 10.9.2002, *Allen v. United Kingdom*; EGMR vom 8.4.2004, *Weh v. Austria*, §§ 10 ff.; EGMR vom 4.10.2005, *Shannon v. United Kingdom*, §§ 7 ff.; EGMR vom 27.4.2004, *Kansal v. United Kingdom*, § 29; EGMR vom 11.7.2006, *Jalloh v. Germany*, §§ 11 ff.; EGMR vom 29.6.2007, *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, §§ 53 ff.; EGMR vom 21.4.2009, *Marttinen v. Finland*, §§ 6 ff.; EGMR vom 5.4.2012, *Chambaz v. Switzerland*; ausführlich dazu: ROTH, in: ZStrR 2011, 296 ff.; DERS., in: Jusletter vom 17. Februar 2014.

⁴⁰ SCHLAURI, Verbot des Selbstbelastungszwangs, S. 112 ff., 169 ff.

⁴¹ EGMR vom 17.12.1996, *Saunders v. United Kingdom*.

⁴² «The right not to incriminate oneself] does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples

lung beitragen zu müssen, betreffe somit in erster Linie das Schweigerecht und erstrecke sich nicht auf die Verwertung von Tatsachen, die unabhängig vom Willen des Verdächtigen existierten, wie Atemluft-, Blut- und Urinproben oder Gewebeproben zum Zwecke einer DNA-Untersuchung. Teilweise wurde daraus der Schluss gezogen, dass sog. «pre-existing-documents» nicht unter den Schutzbereich von *nemo tenetur* zu fassen seien.

In *Kansal v. United Kingdom* bestätigte der EGMR die Saunders-Rechtsprechung im Zusammenhang mit strafrechtlich bewährten Mitwirkungspflichten in einem insolvenzrechtlichen Verfahren.⁴³ Die Verurteilung von Kansal wegen Betruges – er hatte ein Baudarlehen aufgenommen, ohne den Kreditgeber über das hängige Konkursverfahren zu informieren – stützte sich wesentlich auf Angaben, die Kansal gegenüber dem Konkursbeamten gemacht hatte. Obwohl das konkursrechtliche Verwaltungsverfahren nicht mit der Absicht einer Strafverfolgung geführt wurde, wurde die Verwertung der unter Mitwirkungszwang erhobenen Aussagen als Verletzung gegen *nemo tenetur* eingestuft.

In seiner späteren Rechtsprechung hat der EGMR eine Differenzierung anhand der Unterscheidung zwischen unzulässigem Zwang zur aktiven Mitwirkung und zulässigem Zwang zur passiven Duldung hingegen aufgegeben. In *Jalloh v. Deutschland*⁴⁴ und *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*⁴⁵ bedient sich das Gericht anderer Kriterien: Es hält fest, dass bei einer erzwungenen Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts *nemo tenetur* nicht ohne Weiteres verletzt sei, sondern immer eine Würdigung des Einzelfalls stattfinden müsse. Entscheidend seien die Art und das Ausmass des Zwangs, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, das Vorhandensein relevanter Schutzmassnahmen innerhalb des Verfahrens sowie die Verwertung der erlangten Beweismittel, d.h. welche Bedeutung die entsprechenden Beweismittel innerhalb des Strafverfahrens haben.

Neu an dieser Rechtsprechung ist vor allem, dass die Verletzung von *nemo tenetur* durch öffentliche Interessen gerechtfertigt werden kann.

and bodily tissue for the purpose of DNA testing.» EGMR vom 17.12.1996, *Saunders v. United Kingdom*, § 69.

⁴³ EGMR vom 11.7.2006, *Kansal v. United Kingdom*, § 29.

⁴⁴ EGMR vom 11.7.2006, *Jalloh v. Germany*, §§ 11 ff.

⁴⁵ EGMR vom 29.6.2007, *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, §§ 53 ff.

Im neuesten Urteil zu dieser Thematik (*Chambaz vs. Switzerland*)⁴⁶ – es ging um eine Busse in einem steuerlichen Veranlagungsverfahren – hat der EGMR erneut eine Kehrtwende vollzogen und zwar nicht nur deshalb, weil das Gericht in diesem Urteil die Idee einer Rechtfertigung eines Eingriffs in die Selbstbelastungsfreiheit durch öffentliche Interessen nicht mehr aufgreift. Das Urteil ist insofern bemerkenswert, als der EGMR dort zwei wesentliche Feststellungen trifft:

Erstens stellt das Gericht klar, dass auch die erzwungene Dokumentationspflicht unter den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit fällt. Ein solches Editionsverweigerungsrecht ist vor dem Hintergrund der Schutzrichtung von *nemo tenetur* konsequent und entspricht auch den Vorstellungen des Schweizer Gesetzgebers, der das Aussageverweigerungsrecht mit einem Herausgabeverweigerungsrecht flankiert.

Zweitens weitet das Gericht in *Chambaz vs. Switzerland* – soweit ersichtlich erstmalig – den Schutzbereich von *nemo tenetur* auf das Verwaltungsverfahren aus, wenn das Verfahren einen ausreichenden Bezug zum Strafverfahren aufweist. Ein solcher Bezug zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren soll vorliegen, wenn die folgenden Kriterien (alternativ) erfüllt sind:

- die Verwaltungsbehörde ist zur Rechtshilfe gegenüber den Strafbehörden verpflichtet;
- Verwaltungs- und Strafbehörde untersuchen (zumindest teilweise) den gleichen Sachverhalt;
- Verwaltungs- und Strafverfahren werden von den gleichen Behörden untersucht.

Legt man die *Chambaz*-Kriterien zugrunde, lässt sich relativ schnell ein ausreichender Bezug zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren herstellen.

Sie würden auch in der Situation des Art. 29 FINMAG zu einem Verstoss gegen Art. 6 EMRK führen, da ein ausreichender Bezug zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren bereits darin besteht, dass die FINMA gegenüber der Bundesanwaltschaft bzw. dem EFD zur Rechtshilfe verpflichtet ist und Verwaltungs- als auch Strafbehörden den gleichen Sachverhalt ermitteln.⁴⁷

⁴⁶ EGMR vom 5.04.2012, *Chambaz v. Switzerland*; ausführlich dazu: ROTH, Jusletter vom 17.2.14.

⁴⁷ In die gleiche Richtung deutet i.ü. auch das Urteil des Kantonsgerichts Fribourg aus dem Jahre 2013 bezüglich der Meldepflicht nach Art. 9 GWG; vgl. Urteil vom 17.9.2014, 502 2012-147 (noch nicht rechtskräftig).

3. Art. 29 FINMAG und nemo tenetur: Lösungsansätze

Was bedeutet die Rechtsprechung des EGMR für die Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG bzw. für eine etwaige strafrechtliche Verurteilung gestützt auf Informationen, die unter einer Mitwirkungspflicht erhoben wurden?

a) Praxis der FINMA

Bevor mögliche Lösungsansätze vorgestellt werden, wird kurz auf die Praxis der FINMA eingegangen, um aufzuzeigen, wie der Konflikt zwischen Selbstbelastungsfreiheit und Mitwirkungspflichten derzeit gehandhabt wird.

Zunächst ist entscheidend, dass die FINMA praktisch so vorgeht, dass sie die Betroffenen vor der Befragung darauf hinweist, dass sie ihre Mitwirkung verweigern können, falls die Gefahr bestehe, dass sie sich mit ihrer Aussage einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden.⁴⁸ Vordergründig wäre damit nemo tenetur Genüge getan.

Die Belehrung verknüpft sie jedoch mit dem Hinweis, dass die Verweigerung der Mitwirkung von der FINMA frei gewürdigt werde.⁴⁹ Dies bedeutet insbesondere, dass das Schweigen zu Ungunsten des Beaufsichtigten berücksichtigt werden kann.⁵⁰ Darüber hinaus kann die FINMA eine Mitwirkung mittelbar erzwingen, indem sie dem Betroffenen eine «Ungehorsams-Busse» androht.⁵¹ Doch selbst wenn sie dies nicht tut, muss ein solcher mittelbarer Zwang, verursacht durch die Möglichkeit einer nachteiligen Beweiswürdigung, ausreichen, um bei einer Verwertung dieser Beweise im Strafverfahren einen Verstoss gegen die Selbstbelastungsfreiheit anzunehmen. Denn die verwaltungsrechtlichen Folgen des Schweigens können teils gravierend sein,⁵² so dass der zur Aussage verpflichteten Person keine echte Wahlfreiheit zukommt.

⁴⁸ ZULAUF/WYSS u.a., Finanzmarktenforcement, S. 279 f.

⁴⁹ BÉNEDICK, AJP 2001, S. 178; KURZBEIN, Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten, N. 686.

⁵⁰ Vgl. Art. 19 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) i.V.m. Art. 40 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP).

⁵¹ Vgl. Art. 48 FINMAG. Diese Vorschrift ist lex specialis zu Art. 292 StGB, vgl. KURZBEIN, Verletzung der Börsenrechtlichen Meldepflichten, N. 684 Fn. 1328 m.w.N.

⁵² U.a.: Art. 33 FINMAG (Berufsverbot); Art. 35 FINMAG (Einziehung); Art. 37 FINMAG (Entzug der Bewilligung).

Daraus folgt, dass das Vorgehen der FINMA den Anforderungen an die Belehrungspflichten im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit nicht genügt.⁵³

b) Lösungsansätze

Was sind somit die Folgen des Verstosses gegen die Selbstbelastungsfreiheit?

Klar erscheint, dass sich eine schweizerische Lösung nicht allzu weit von den völkerrechtlichen Vorgaben entfernen sollte. Auch wenn die Rechtsprechung des EGMR keine unmittelbaren Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung hat, sollte bei der Anwendung oder Schaffung des nationalen Rechts ein menschenrechtskonformer Weg eingeschlagen werden.

Auch im eingangs beschriebenen steuerrechtlichen Fall (J.B. vs. Switzerland) haben der nationale Gesetzgeber und das Bundesgericht inzwischen reagiert und die Steuergesetzgebung EMRK-rechtskonform angepasst: Um den Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK gerecht zu werden, statuieren die auf den 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Bestimmungen,⁵⁴ dass Beweismittel aus einem Nachsteuerverfahren in einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung nur verwendet werden dürfen, wenn sie weder unter Androhung einer Veranlagung nach pflichtgemäsem Ermessen,⁵⁵ mit Umkehr der Beweislast⁵⁶ noch unter Androhung einer Busse wegen Verletzung von Verfahrenspflichten beschafft wurden.

Unter Hinweis auf diese Gesetzesanpassungen und mit Verweis auf die Urteile des EGMR in den Sachen Saunders v. United Kingdom sowie J.B. v. Switzerland erachtet es das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2011 als unzulässig, einen Steuerpflichtigen im Hinterziehungsverfahren mit Busse zu zwingen, Dokumente bezüglich hinterzogener Beträge herauszugeben bzw. solche im Nachsteuerverfahren zwangsweise erlangten Beweismittel im Hinterziehungsverfahren zu verwerten. Diese Bestimmungen beziehen sich zwar ausdrücklich nur auf das Steuerhinterziehungsverfahren,

⁵³ Gl. Meinung: BÉDÉDICK, AJP 2011, S. 168; KURZBEIN, Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten, N. 698 ff.; WOHLERS/PFLAUM, GesKR 2013, S. 538 f.; a.A.: ZULAUF/WYSS u.a., Finanzmarktenforcement, S. 280.

⁵⁴ Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG und Art. 57a Abs. 2 i.V.m. Art. 72g StHG.

⁵⁵ Art. 130 Abs. 2 DBG; Art. 46 Abs. 3 StHG.

⁵⁶ Art. 132 Abs. 3 DBG bzw. Art. 48 Abs. 2 StHG.

sie gelten aber gemäss Bundesgericht analog auch im Verfahren wegen Steuerbetrugs.⁵⁷

Unterfallen unter Mitwirkungszwang gewonnene Erkenntnisse im Sinne von Art. 29 FINMAG der in Art. 6 EMRK garantierten Selbstbelastungsfreiheit, muss geklärt werden, wie bzw. in welchen Verfahren dies zu berücksichtigen ist. Zwei Ansätze sind denkbar:

aa) Geltung von Art. 6 EMRK im Verwaltungsverfahren?

Der erste Lösungsansatz bestünde in der Gewährung eines Aussageverweigerungsrechts auch im Aufsichtsverfahren zugunsten von Personen, die zugleich Beschuldigte in einem Strafverfahren sind bzw. werden könnten. Konsequenterweise müsste dieses Verweigerungsrecht auch bezüglich der Herausgabe von Unterlagen gelten. Wie bereits beschrieben, wird dieser Ansatz vom EGMR präferiert.

Dieser Weg empfiehlt sich allerdings nicht und zwar primär aus der Überlegung heraus, dass anderenfalls eine funktionierende Marktaufsicht in Frage gestellt wäre. Denn anders als die Strafverfolgungsbehörden hat die FINMA keine Zwangsmassnahmenkompetenz, die es – als Kompensation zum Wegfall der Mitwirkungspflicht – ermöglichen würde, auf andere Art und Weise an die erforderlichen Informationen zu gelangen.⁵⁸ Ohne Mitwirkungspflicht des Beaufsichtigten, wäre es also der FINMA praktisch unmöglich, an die Informationen zu gelangen, die für ihre Tätigkeit von Bedeutung sind. Gerade dann, wenn schwerwiegende Pflichtverletzungen zur Diskussion stehen, also solche, die auch strafrechtlich relevant sein können, muss aus präventiven Überlegungen ein Eingreifen der FINMA möglich bleiben.

Und selbst wenn man der FINMA eine Zwangsmassnahmenkompetenz, z.B. für Durchsuchungen oder Beschlagnahmen, zusprechen würde, müsste man sich überlegen, wie eine solche konkret auszugestalten wäre. Wenn Zwangsmassnahmen im Kontext mutmasslich strafbaren Verhaltens anzuordnen wären, erschiene es stossend, wenn die FINMA mit weitergehenden Kompetenzen ausgestaltet wäre, als Strafverfolgungsbehörden, also etwa verdachtsunabhängig tätig werden dürfte.

⁵⁷ BGE 138 IV 52 f.

⁵⁸ ZULAUF/WYSS u.a., Finanzmarktenforcement, S. 263

bb) Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren

Unter strafprozessualen Gesichtspunkten ist die Geltung von nemo tenetur im verwaltungsrechtlichen Verfahren auch nicht notwendig, wenn die Tatsache, dass die Informationen unter einer verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht erlangt wurden, auch auf andere Art und Weise im Strafverfahren berücksichtigt werden kann. Vorzuziehen ist ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot.

Die Folge ist, dass es der FINMA erlaubt bleibt, die Informationen unter Mitwirkungszwang zu erlangen, in einem möglichen Strafverfahren dürfen Sie allerdings nicht gegen den Beschuldigten verwendet werden.⁵⁹ Diese Lösung wurde bereits von Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch⁶⁰ als gangbarer Weg vorgeschlagen und auch im Rahmen der Gesetzgebung diskutiert.⁶¹

Sind unter Mitwirkungszwang erhobene Beweise in einem Strafverfahren unverwertbar, stellt sich des Weiteren die Frage, ob die FINMA unverwertbare Beweise überhaupt an die Strafverfolgungsbehörden übermitteln darf. Dagegen spricht zunächst, dass Art. 141 Abs. 5 StPO vorschreibt, dass unverwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen sind und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten werden müssen. Erst danach dürfen sie vernichtet werden. Ausserdem wird sich kaum leugnen lassen, dass sich Strafbehörden im Rahmen des Untersuchungsverfahrens nicht auch von Informationen leiten lassen könnten, deren Verwertung fraglich ist, und sei es nur insoweit, als sich neue Ermittlungsansätze daraus ergeben. Selbst wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass ein wegen Verletzung des nemo tenetur Prinzips unverwertbarer Beweis mit einer sog. Fernwirkung ausgestaltet ist, also auch alle Beweise mitumfasst, die überhaupt nur gefunden werden konnten, weil den Ermittlern ein unverwertbarer Beweis zur Verfügung stand, bleibt es dabei, dass die Strafbehörden oft überhaupt nur auf Grundlage einer Strafanzeige durch die FINMA tätig werden können. Würde man ein Übermittlungsverbot der möglicherweise unverwertbaren Beweise von der FINMA an die Strafverfolgungsbehörden annehmen, bedeutete dies jedoch, dass bereits die FINMA

⁵⁹ So auch: BÉNEDICK, AJP 2011, S. 178; BERNASCONI, Nemo tenetur, S. 556; GLESS, FS Beulke, erscheint 2014, WOHLERS/PFLAUM, GesKR 2013, S. 539; BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 21a.; vgl. auch BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, AJP 2006, S. 178 f.

⁶⁰ Bericht vom 29. Januar 2009, S. 29.

⁶¹ Berichterstattung HUBER, AB 2012 NR 1134 f.

über die Frage der Verwertbarkeit der Informationen entscheiden müsste, was faktisch zu einer Art Einstellungskompetenz der FINMA führen würde.⁶² Dies widerspricht jedoch der insoweit zutreffenden Ansicht des Bundesgerichts, dass über die Frage der Verwertbarkeit der Sachrichter zu entscheiden habe.⁶³

Nach zutreffender Ansicht gelten Beweisverwertungsverbote nach ausserdem als reine Belastungsverbote.⁶⁴ Eine Separierung sollte also nicht dazu führen, dass die im aufsichtsrechtlichen Verfahren erhobenen entlastenden Beweise im Strafprozess nicht berücksichtigt werden. Ob und für wen eine Aussage be- oder entlastend ist, lässt sich in dem Verfahren vor der FINMA aber oft noch gar nicht sagen, weil zunächst der Kreis möglicher Tatverdächtiger abgesteckt werden muss und der Fokus im aufsichtsrechtlichen Verfahren ein anderer sein kann als im späteren Strafverfahren. Dies rechtfertigt es, dass die FINMA auch möglicherweise unverwertbare Beweise an die Strafverfolgungsbehörden übermitteln darf.⁶⁵

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass unter Mitwirkungszwang im Verwaltungsverfahren gewonnene Informationen an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden dürfen, diese Informationen allerdings einem Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung unterliegen.

cc) Besonderheiten bei (mutmasslichen) Straftaten von Unternehmen

Wie sieht die Situation aus, wenn sich das spätere Strafverfahren nicht gegen ein Individuum, sondern gegen das der Aufsicht unterstellte Unternehmen richtet? Kann sich das Unternehmen im Strafverfahren ebenfalls auf den

⁶² WOHLERS/PFLAUM, GesKR 2013, S. 538.

⁶³ Urteil des Bundesgerichts vom 13. April 2012 (BGer 1B_179/2012); Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juni 2013 (BGer 1B_2/2013). Das Bundesgericht geht davon aus, dass Beweismittel bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen (i.d.R. Untersuchungshaft) berücksichtigt werden dürfen, wenn die Verwertbarkeit der Beweismittel, welche den Tatverdacht begründen, nicht zum Vornherein als ausgeschlossen erscheint (Urteile 1B_326/2009 vom 11. Mai 2010; 1B_123/2008 vom 2. Juni 2008).

⁶⁴ Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen des Berner Obergerichts vom 18. Juni 2012 (BK 2012 62), E. 4.2.; Obergericht Zürich, *forum* 2013, S. 346 mit Anm. GLESS; CR CPP-BÉNÉDICT/TRECCANI, Vorbem. zu Art. 139–141, N. 18 f. sowie Art. 141 N. 31 ff; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N. 111 ff.; HÄRING, ZStrR 2009, S. 234 f.; a.A. DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 2008, S. 166 f.

⁶⁵ So auch: WOHLERS/PFLAUM, GesKR 2013, S. 538.

nemo tenetur Grundsatz mit der Konsequenz berufen, dass unter Mitwirkungszwang erlangte Informationen nicht verwertbar sind?⁶⁶

Soweit keine speziellen Regelungen vorliegen, geht die allgemeine Meinung davon aus, dass grundsätzlich alle Vorschriften zum Individualstrafverfahren auf den Unternehmensstrafprozess übertragbar sind.⁶⁷ Dies gelte insbesondere für die Verfahrensgrundsätze, die gleichermassen für Unternehmen Geltung beanspruchen sollten. In den Gesetzgebungsmaterialien wird hierzu ausgeführt:

«Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Unternehmen in ihrer Rolle als beschuldigte Gebilde die gleichen Verfahrensrechte wie natürliche Personen als Beschuldigte beanspruchen können, also beispielsweise das Recht, eine aktive Mitwirkung im Verfahren zu verweigern.»⁶⁸

Diese verfahrensrechtliche Gleichstellung des Unternehmens mit Individuen ist freilich nicht unwidersprochen geblieben. ARZT bspw. etwa hat sich vehement gegen die Geltung der Unschuldsvermutung und damit auch der Selbstbelastungsfreiheit mit folgender Begründung ausgesprochen: «Wo es nicht um echte Schuld geht, gilt die Unschuldsvermutung nicht.»⁶⁹ Neben praktischen Problemen im Unternehmensstrafprozess verweist ARZT auf die menschenrechtliche Herleitung der genannten Prinzipien, die auf ein Unternehmen nicht übertragbar seien.⁷⁰ Diese subjektiv-personalistische Sichtweise, die den nemo-tenetur-Grundsatz aus der Menschenwürde bzw. dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts herleiten will, ist zwar als Resultat der Abkehr vom alten Inquisitionsprozess zum reformierten Strafprozess geschichtlich belegt, wird aber in der neueren Literatur vermehrt in Frage gestellt. Die Selbstbelastungsfreiheit wird in der neueren Diskussion vermehrt als Prozessgrundrecht verstanden, also genuin verfahrensrechtlich begrün-

⁶⁶ Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen bereits: GETH, ZStW 2014, Heft 2, erscheint demnächst.

⁶⁷ BBl 2006 1168; ENGLER, Vertretung des beschuldigten Unternehmens, S. 90 f.; BSK StPO-ENGLER, Art. 112 N. 63; MACALUSO, La responsabilité pénale de l'entreprise, N. 1253 ff.; PIETH, FS Eser, S. 609; SCHMID, recht 2003, S. 214.

⁶⁸ BBl 2006 1168.

⁶⁹ ARZT, FS Burgstaller, S. 231.

⁷⁰ Vgl. zu dieser Diskussion: BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht, S. 143 ff.; DROPE, Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe, S. 186 ff.; QUECK, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, S. 115 ff.; SCHLÜTER, Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung, S. 100 ff.; VON FREIER, ZStW 122 (2010), 117 ff.

det, nämlich als Bestandteil des Fairnessgebots von Art. 6 EMRK.⁷¹ Der Beschuldigte wird als Prozesssubjekt anerkannt oder wie BÖSE es im Hinblick auf die Garantie des rechtlichen Gehörs formuliert hat: Dem Beschuldigten müsse seine kommunikative Autonomie erhalten bleiben, positiv durch eine kommunikative Teilhabe und negativ – als dessen Kehrseite – durch das Recht zu schweigen.⁷² Mit dieser verfahrensrechtlichen Herleitung wird der Bezug von *nemo tenetur* zur Menschenwürde zumindest relativiert. Die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Unternehmen und Individuum birgt allerdings einige Schwierigkeiten, die zumindest auch daraus resultieren, dass das Unternehmen per se nicht handlungsfähig ist, sondern auf eine natürliche Person angewiesen ist, die es vertritt.

Dies äussert sich beispielsweise darin, dass das Unternehmen sein Schweigerecht nur vermittelt über den sog. Unternehmensvertreter (vgl. Art. 112 StPO) wahrnehmen kann. Der Unternehmensvertreter und sämtliche allfällige Ersatzpersonen (potenzielle Unternehmensvertreter) werden gemäss Art. 178 lit. g StPO als sog. Auskunftspersonen einvernommen,⁷³ denen mit Ausnahme der Privatklägerschaft bezogen auf die Aussagesituation die gleichen Rechte wie der beschuldigten Person zukommen; auch sie sind nicht zur Aussage verpflichtet.⁷⁴ Neben dem Unternehmensvertreter sind auch seine Mitarbeitenden nur als Auskunftspersonen einzuvernehmen.⁷⁵ Damit soll sichergestellt werden, dass die Aussagefreiheit der Organe⁷⁶ nicht durch eine Einvernahme ihrer Hilfspersonen umgangen wird.⁷⁷ Das Zeug-

⁷¹ Vgl. etwa: BGE 131 I 272 E. 3.2.3.2; EGMR vom 17.12.1996, *Saunders v. United Kingdom*, EGMR vom 30.6.2008, *Gäfen v. Germany* = EuGRZ 35 (2008) S. 476; ausführlich: GAEDE, *Fairness als Teilhabe*, S. 389 ff. m.w.N.; SCHLAURI, *Verbot des Selbstbelastungszwangs*, S. 82 ff., 98 ff.

⁷² BÖSE, GA 2002, S. 118 ff.

⁷³ Kritisch PIETH, *Strafprozessrecht*, S. 181, der die Stellung des Unternehmensvertreters als Auskunftsperson als «Verlegenheitslösung» bezeichnet und dafür plädiert, den Unternehmensvertreter als «Verkörperung des Beschuldigten» anzusehen.

⁷⁴ Art. 180 Abs. 1 StPO. Der wichtigste Unterschied zu einem Zeugen besteht folglich darin, dass Auskunftspersonen nicht der Strafdrohung wegen Falschaussage unterstehen.

⁷⁵ Parallele zu den Hilfspersonen in Art. 321 Ziff. 1 StGB.

⁷⁶ Genauer: des Unternehmensvertreters und aller potenziell zur Unternehmensvertretung berechtigten Personen.

⁷⁷ Dieser weitreichende Schutz ist im Vergleich zu Individualbeschuldigten allerdings fraglich, da auch bei Vertrauenspersonen eines Individuums ein entsprechender Schutz fehlt, ausser wenn ausnahmsweise ein Zeugnisverweigerungsrecht eingreift, vgl. PIETH, *Strafprozessrecht*, S. 182.

nisverweigerungsrecht des Unternehmensvertreters wird durch ein Herausgabeverweigerungsrecht bei einer Beschlagnahme flankiert (Art. 265 Abs. 2 lit. a StPO).

Die besondere Problematik im Kontext mit vorverlagerten verwaltungsrechtlichen Auskunftspflichten besteht aber nun darin, dass im Zeitpunkt des Verfahrens vor der FINMA noch kein Unternehmensvertreter im Sinne von Art. 112 Abs. 1 StPO bestellt ist, weil in aller Regel noch kein Strafverfahren geführt wird. Mit anderen Worten ist zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht klar, wer sich im späteren Strafverfahren auf ein Aussageverweigerungsrecht berufen kann. Da im Strafverfahren gemäss Art. 178 lit. g StPO nicht nur der tatsächlich bestimmte Unternehmensvertreter, sondern auch alle potentiellen Unternehmensvertreter sowie deren Mitarbeitende als Auskunftspersonen einvernommen werden sollen, kann hinsichtlich der Aussagen im aufsichtsrechtlichen Verfahren nichts anderes gelten.⁷⁸ Ansonsten könnte die Geltung für nemo tenetur für das Unternehmen unterlaufen werden.

Auch an dieser Stelle zeigt sich i.ü. wieder, dass ein Aussageverweigerungsrecht bereits im Verfahren vor der FINMA nicht überzeugen kann, da im Falle einer drohenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens die gesamte Unternehmensführung ein Aussageverweigerungsrecht geltend machen könnte, was wiederum aus präventiven Überlegungen und mangels Zwangsmassnahmenkompetenz wenig überzeugend ist.

Soweit eine Person als Unternehmensvertreter in Betracht kommt, sind deren unter Mitwirkungszwang gewonnenen Informationen im Strafverfahren gegen das Unternehmen unverwertbar.⁷⁹

Es ist zuzugeben, dass mit der hier entwickelten Lösung ein gewisses Missbrauchspotential besteht, denn es bleibt dem Unternehmen unbenommen, eine Person, die im aufsichtsrechtlichen Verfahren das Unternehmen

⁷⁸ Vgl. BÉNEDICK, AJP 2011, S. 176.

⁷⁹ Die Unverwertbarkeit von Aussagen im aufsichtsrechtlichen Verfahren bei einem Strafverfahren gegen das Unternehmen muss ausserdem für Aussagen gelten, die der potentielle Unternehmensvertreter in einem Verfahren getätigt hat, das (zunächst) auf die Ermittlung der sog. Anlasstat gerichtet war. In diesem Verfahren kann der (potentielle) Unternehmensvertreter als Zeuge vernommen werden. Gerät das Unternehmen in den Fokus einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit, ist die Zeugenaussage des (potentiellen) Unternehmensvertreters als «Quasi-Beschuldigter» mit einem Beweisverwertungsverbot belegt. Vgl. zu diesem Problem des sog. Rollenwechsels: GETH, ZStW 2014, Heft 2, erscheint demnächst.

belastende Informationen geliefert hat, vor oder während eines Strafverfahrens zu einem (potentiellen) Unternehmensvertreter zu befördern, um die Verwertbarkeit der Aussage zu verhindern. Für eine vergleichbare Konstellation wird teilweise vorgeschlagen, dass die gemachten Aussagen verwertbar seien und kein Beweisverwertungsverbot greife.⁸⁰ Jedenfalls dann, wenn das Unternehmen mit der Beförderung bewusst bezweckt, den Strafverfolgungsbehörden einen Zeugen vorzuenthalten, wird man dem zustimmen können.

IV. Fazit

Das Dilemma zwischen aufsichtsrechtlichen Auskunftspflichten und der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit ist zugunsten eines Beweisverwertungsverbots im Strafverfahren aufzulösen. Dafür sprechen die *de lege lata* eingeschränkten Kompetenzen der FINMA im Bereich von Zwangsmassnahmen und die unterschiedlichen Zielsetzungen von Aufsichts- und Strafverfahren. Die Tatsache, dass die unter Mitwirkungspflicht erhobene Beweise im Strafverfahren nicht verwertbar sind, führt aber nicht zu einem Verbot, die Akten der FINMA an die Strafverfolgungsbehörden zu übermitteln, weil dies einerseits einer faktischen und nicht zulässigen Einstellungsmöglichkeit der FINMA gleich käme und andererseits die Frage der Verwertbarkeit vom Sachrichter geklärt werden muss.

Die hier aufgezeigte Lösung gilt auf für den Fall, dass sich das (spätere) Strafverfahren nicht gegen ein Individuum, sondern gegen das beaufsichtigte Unternehmen richtet. Diesfalls sind grundsätzlich alle von potentiellen Unternehmensvertretern im Verfahren vor der FINMA getätigten Aussagen im Strafverfahren unverwertbar.

⁸⁰ BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht, S. 204.

Behördliche und interne Untersuchungen: Die arbeits- und datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen

Thomas Geiser, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	166
I. Problemstellung	167
1. Überwachung als Recht oder Pflicht?	167
2. Überwachung und Untersuchung	169
3. Behördliche oder interne Überwachungen und Untersuchungen	170
II. Rechtliche Rahmenbedingungen der Überwachung	173
1. Im internationalen Arbeitsverhältnis anwendbares Recht	173
2. Persönlichkeitsschutz als Grundlage	174
3. Arbeitsvertragliche Grundlage	175
4. Grundlage im Arbeitsgesetz	176
5. Haftpflichtrechtliche Grundlagen	177
6. Prozessrechtliche Grundlagen	179
III. Fragen des konkreten Vorgehens	180
1. Eröffnung und Abschluss des Verfahren	180
a) Eröffnung	180
b) Abschluss	181
c) Aufbewahrung der Akten	182
2. Verhaltenskontrollen	183
a) Im Betrieb	183
b) Ausserhalb des Betriebes	184

* Prof. Dr. iur., Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht, Universität St. Gallen.

3. Überwachung des E-Mail- und des Telefonverkehrs.....	186
4. Besonderheiten bei behördlichen Untersuchungen.....	189
a) Eröffnung.....	189
b) Führung der Untersuchung.....	191
c) Abschluss der Untersuchung	191
IV. Folgerungen	192

Literaturverzeichnis

- AUBERT GABRIEL, Art. 319-362 OR, in: *Commentaire romand, Code des Obligations I*, Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Basel 2003.
- BREHM ROLAND, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Allgemeine Bestimmungen, 1. Abteilung: 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR, 3. Aufl., Bern 2006.*
- BRÜHWILER JÜRIG, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, Bern 1996.
- GEISER THOMAS, *Neue Arbeitsformen, Flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze*, AJP 1995, S. 557 ff.
- Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht, *Media Lex*, 2001, S. 201 ff.
 - Überwachung am Arbeitsplatz, Arbeits- und datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen bei der Überwachung der Arbeitnehmer durch die Arbeitgeberin, *digma* 2004, S. 98 ff.
 - Der internationale Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes, *ArbR* 2004, S. 25 ff.
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern 2012.
- GUYAN PETER, in Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar zu ZPO*, Basel 2010.
- GRAMIGAU RALPH/MAURER-LAMBROU URS, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz*, Basel 2006.
- HUMBERT DENIS/VOLKEN ALFONS, *Fristlose Entlassung (Art. 337 OR) unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung*, AJP 5/2004, S. 564 ff.
- MAURER-LAMBROU URS/STEINER ANDREA, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz*, Basel 2006.
- PORTMANN WOLFGANG, *Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis*, recht 2010, 1 ff.
- REHBINDER MANFRED, *Schweizerisches Arbeitsrecht*. 15. Aufl., Bern 2002.
- *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Allgemeine Bestimmungen, 2. Abteilung: 2. Teilband, 1. Abschnitt: Artikel 319-330a OR*, Bern 1985.

- RIEMER HANS MICHAEL, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band I: Die juristischen Personen, 3. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen 1. Teilband: Artikel 52-59 ZGB, Bern 1993.
- RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Diss. Zürich 2009.
- STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, Teilband V/2c: Der Arbeitsvertrag (Art. 319-330a OR), Zürich 2006.
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Zürich 2008.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLF ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, Zürich 2012.
- VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, SPR Band VII/1,III, Basel 2005.
- WINTERBERGER-YANG MARTIN, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, Basel 2006.
- WYLER RÉMY, Droit du travail, Bern 2008.

I. Problemstellung

1. Überwachung als Recht oder Pflicht?

Mit dem Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen.¹ Es obliegt grundsätzlich dem **Arbeitgeber**, die **Arbeit zu organisieren**. Gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgt diese Organisation insbesondere durch Weisungen. Diese hat der Arbeitnehmer grundsätzlich zu befolgen.²

Neben der Lohnzahlungspflicht trifft den Arbeitgeber die **Fürsorgepflicht**.³ Nach dieser hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen.⁴ Auf Grund dieser Pflicht müssen die betrieblichen Abläufe so organisiert sein, dass dem Arbeitnehmer aus seiner Tätigkeit im Betrieb kein Schaden entsteht. Aus der Fürsorgepflicht ergeben sich einerseits Schutzpflichten.⁵ Andererseits gebietet sie dem Arbeitgeber

¹ Art. 319 Abs. 1 OR; VISCHER, S. 1.

² Art. 321d OR.

³ Art. 328 ff. OR.

⁴ Art. 328 Abs. 1 OR.

⁵ Art. 328 Abs. 2 OR.

seine Rechte gegenüber dem Arbeitnehmer schonend auszuüben. Das von der Fürsorgepflicht geschützte Rechtsgut umfasst die physische und psychische Unversehrtheit sowie das leibliche und geistig Wohlbefinden des Arbeitnehmers.⁶ Darunter fällt auch der Schutz der Privatsphäre. Der Fürsorgepflicht kommt der Arbeitgeber durch die adäquate Organisation des Unternehmens und der betrieblichen Abläufe nach. Er arbeitet auch in diesem Rahmen mit Weisungen.

Überdies trifft die Arbeitgeberin eine **Vielzahl von Pflichten gegenüber Dritten**. Sie muss ihre Verträge mit den Geschäftspartnern und Partnerinnen einhalten. Namentlich wenn es sich um einen Produktionsbetrieb handelt, gehen vom Unternehmen aber auch Gefahren für Dritte und die Öffentlichkeit aus. Eine Vielzahl von Rechtsnormen gebieten zum Schutze der Arbeitnehmenden und Dritter eine den Umständen angemessene und zweckmässige Organisation des Betriebes. Auch hier wird mit Weisungen an die einzelnen Arbeitnehmenden gearbeitet.

Wir leben zwar in einer sogenannten **freien Marktwirtschaft**. Frei sind aber die Märkte schon lange nicht mehr. Viele Märkte sind staatlich reguliert. Das gilt in besonderem Masse für den Finanzmarkt und die Tätigkeiten der Banken. Sie brauchen Bewilligungen⁷ und diese sind an eine Vielzahl von Bedingungen geknüpft. Diese betreffen sehr wohl auch das Verhalten der einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. Die Bewilligung wird nur erteilt, «wenn die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.»⁸ Das setzt nicht nur bestimmte berufliche Qualifikationen sondern auch bestimmte Verhaltensweisen sowohl im beruflichen wie auch im privaten Bereich voraus. Die Bank hat als Arbeitgeberin somit sicherzustellen, dass die Voraussetzungen für die Bewilligung gegeben sind, d.h. sich die einzelnen Arbeitnehmer bewilligungskonform verhalten.

Weisungen alleine genügen dafür nicht. Die Arbeitgeberin kommt ihren Verpflichtungen nicht nach, wenn sie nicht die Einhaltung dieser Weisungen im Rahmen des Gebotenen überprüft. Sie hat deshalb die Arbeitnehmenden im entsprechenden Rahmen zu **beaufsichtigen und zu überwachen**. Die

⁶ STAEHELIN, N. 1 zu Art. 328 OR.

⁷ Art. 3 BankG.

⁸ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; vgl. auch Art. 3f BankG.

Kontrolle ist deshalb nicht nur ein Recht sondern auch eine Pflicht der Arbeitgeberin.

Auf der anderen Seite hat die Arbeitgeberin aber auch die **Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen**.⁹ Die Überwachung greift aber in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers ein. Es fragt sich damit, wie weit diese Überwachung gehen darf.

2. Überwachung und Untersuchung

Wie dargestellt muss die Arbeitgeberin sicherstellen, dass in ihrem Unternehmen ein gewisser Qualitätsstandard gehalten wird, d.h. sich die Angestellten in einer gewissen Weise verhalten. Das erfordert eine gewisse **Überwachung**. Diese wird in erster Linie **produktbezogen** erfolgen. Das ist insbesondere in der Industrie ohne weiteres möglich, indem die einzelnen Produkte generell oder stichprobeweise auf bestimmte Merkmale oder Fehler hin geprüft werden. Das ist unter Umständen auch bei Dienstleistungen möglich. Wie diese Kontrollen durchgeführt werden, hängt im Wesentlichen von der Art des Produkts bzw. der Dienstleistung ab und ist in erster Linie eine technische Frage.

Diese **Überwachung** kann aber auch **vorgang-** und damit **personenbezogen** erfolgen. Das Unternehmen kann prüfen, ob sich ein Arbeitnehmer gemäss den Vorgaben im Produktionsprozess oder bei der Erbringung der Dienstleistung verhält. Erfolgt das flächendeckend oder stichprobeweise **laufend**, handelt es sich um eine Überwachung.

Von diesen Überwachungen sind **Untersuchungen** zu unterscheiden. Sie erfolgen typischerweise nicht laufend und prophylaktisch, sondern nachfolgend an einen bestimmten Vorfall oder Verdacht. Es geht darum, im Nachhinein festzustellen, ob ein **Fehlverhalten vorliegt** und wer gegebenenfalls für dieses verantwortlich ist. In der Regel muss dafür die Vergangenheit analysiert werden. Besteht die Vermutung, dass das entsprechende Verhalten andauert, kann es sich als angezeigt erweisen, eine bestimmte laufende Überwachung vorzunehmen, und dadurch ein Verhalten festzustellen, das Rückschlüsse auf ein solches in der Vergangenheit erlaubt. Dann überschneiden sich die Untersuchung und die Überwachung.

⁹ Art. 328 OR.

3. Behördliche oder interne Überwachungen und Untersuchungen

Die Überwachung oder Untersuchung wird in der Regel in erster Linie durch das Unternehmen selber vorgenommen. Es kann aber Gründe geben, warum die Überwachung auch eine **aussenstehende Organisation** übernehmen soll. Das kann wegen einer grösseren Objektivität oder auch bloss aus organisatorischen Gründen oder wegen höherer Sachkompetenz geboten sein. Unter Umständen **schreibt gar das Gesetz externe Überprüfungen** vor, wie beispielsweise im Rechnungswesen. Schliesslich kann die Schwere des Vorfalls eine **behördlich Untersuchung** notwendig erscheinen lassen. Dabei kann es sich um eine Administrativbehörde oder um die Strafverfolgungsbehörden handeln.

Soweit die Frage nicht durch gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, muss die **Arbeitgeberin entscheiden**, ob sie einen Vorfall **intern untersuchen oder eine staatliche Behörde einschalten** will. Die Entscheidung ist für die Arbeitgeberin regelmässig heikel und es lassen sich kaum allgemeine Grundsätze aufstellen. Ist der Verdacht auf ein strafbares Verhalten gegeben, hat die Arbeitgeberin zu prüfen, ob sie nicht zur Anzeige verpflichtet ist, um sich nicht dem Vorwurf der Begünstigung oder gar der Mittäterschaft auszusetzen. Andererseits lassen sich Strafverfahren kaum je auf Dauer geheim halten und das Bekanntwerden eines Delikts in einem Unternehmen kann der Reputation des Unternehmens grossen Schaden zufügen. Überdies können durch die staatliche Untersuchung Geschäftsgeheimnisse an Behörden und die Öffentlichkeit gelangen, welche die Arbeitgeberin oder deren Kunden in jedem Fall geheim halten möchten. Schliesslich ist auch zu beachten, dass das Einschalten staatlicher Behörden in der Regel dem Arbeitsklima nicht unbedingt förderlich ist und auch dem verdächtigten Arbeitnehmer und dessen Angehörigen einen erheblichen Schaden zufügen kann, selbst wenn er sich am Schluss als unschuldig erweist. Von daher kann es sich sehr wohl rechtfertigen, auch beim Verdacht auf ein strafrechtliches Verhalten zuerst bloss interne Abklärungen vorzunehmen und die staatlichen Behörden erst einzuschalten, wenn sich der Verdacht erhärtet hat.

Dabei ist die **Abgrenzung zwischen einer internen und einer externen Untersuchung nicht immer einfach**. Es gibt nicht nur Kontrollen durch Vorgesetzte einerseits und durch die staatlichen Straf- oder Administrativbehörden andererseits. Das Unternehmen kann auch selber aussenstehende private Organisationen mit Überwachung und Untersuchung beauftragen.

Zudem gibt es auch Einheiten oder Organisationen, welche zwar Teil des Unternehmens sind, aber nicht zum betroffenen Betrieb bzw. nicht zu diesem Betriebsteil gehören. Sind die nun intern oder extern? Wie verhält es sich mit der Revisionsstelle¹⁰ einschliesslich der besonderen bankenrechtlichen Prüfstelle?¹¹ Wie ist das interne Revisorat¹² zuzuordnen?

Für die Unterscheidung sind namentlich **drei Kriterien** möglich, die allerdings alle nicht immer eine vollständig eindeutige Abgrenzung ermöglichen:

- Es kann danach unterschieden werden, ob die untersuchende Stelle gegenüber den von der Untersuchung betroffenen ein **Weisungsrecht** hat und selber Weisungen einer vorgesetzten Stelle des Unternehmens untersteht. Dann ist sie in die Organisation der Arbeitgeberin eingegliedert. Sie ist intern. Zu beachten ist allerdings, dass das Weisungsrecht delegiert werden kann. Die Arbeitgeberin kann damit auch einer aussenstehenden Stelle das Recht übertragen, den von der Untersuchung betroffenen Mitarbeitern Weisungen zu erteilen. Zudem sind Weisungen auch beim Auftrag möglich. Eine von der Auftraggeberin beauftragte aussenstehende Organisation ist gegenüber der Auftraggeberin somit auch in einem gewissen Umfang weisungsgebunden. Allerdings geht das Weisungsrecht gegenüber einer aussenstehenden nur beauftragten Organisation immer weniger weit als gegenüber den Angestellten.
- Nicht unbedeutend ist die Frage der **Geheimhaltungspflichten**. Geschäftsgeheimnisse sind in erster Linie vor Aussenstehenden zu schützen. Bestehen die Geschäftsgeheimnisse gegenüber den mit den Abklärungen betroffenen Personen? Dann ist es sicher eine externe Untersuchung. Soweit die Arbeitgeberin die Untersuchung anordnet, kann sie die betroffenen Mitarbeitenden natürlich von der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses gegenüber einer externen mit der Untersuchung betrauten Organisation entbinden. Es bedarf aber dieser Entbindung von der Geheimhaltungspflicht, was bei einer internen Untersuchung grundsätzlich nicht notwendig ist, weil hier gar keine Geheimhaltungspflicht besteht. Zu beachten ist allerdings, dass auch dieses Unterscheidungskriterium nicht immer eindeutig ist, weil namentlich Kundengeheimnisse auch zwischen einzelnen Unternehmenseinheiten bestehen können.

¹⁰ Art. 727 ff. OR.

¹¹ Art. 18 BankG.

¹² Art. 9 Abs. 4 BankV.

Das gilt insbesondere auch für das Bankkundengeheimnis.¹³ Überdies können auch aussenstehende Beauftragte in den Geheimniskreis eingebunden werden.¹⁴

- Entscheidend kann auch die Frage sein, auf Grund **welcher rechtlicher Grundlagen, die Untersuchung** bzw. Überwachung **vorgenommen** wird. Handelt es sich diesbezüglich um vertragsrechtliche Normen oder kommt öffentliches Verfahrensrecht bzw. Prozessrecht zur Anwendung. Trifft letzteres zu, wird es sich immer um eine externe Untersuchung handeln. Es wird regelmässig um die Untersuchung durch eine Behörde oder ein Gericht gehen. Damit ist in aller Regel die Arbeitgeberin nicht mehr Herr der Untersuchung und kann diese nicht einfach von sich aus stoppen oder leiten. Insoweit ist dieses Unterscheidungskriterium eindeutig. Der Umkehrschluss ist indessen nicht möglich. Nicht jede sich auf Privatrecht stützende Untersuchung ist auch eine interne.

Bei allen Überwachungen und Untersuchungen hat die Arbeitgeberin aber die **Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen**.¹⁵ Die Überwachung – externe und interne – greift aber in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers ein. Es fragt sich deshalb immer, wie weit eine Überwachung oder Untersuchung überhaupt gehen darf. Soweit diese durch staatliche Strafverfolgungs- oder Aufsichtsbehörden durchgeführt wird, finden sich die Grundsätze zur Durchführung und über die Untersuchungsmittel regelmässig im Gesetz oder den entsprechenden Verordnungen. Geht es demgegenüber um interne Untersuchungen, ist es sehr viel schwieriger, diese Grenzen zu ermitteln. Die entsprechenden Regeln finden sich in den unterschiedlichsten Normen. Hauptsächliche Rechtsquellen sind dabei das Arbeitsrecht, der allgemeine Persönlichkeitsschutz und der Datenschutz. Alle diese Rechtsquellen sind aber sehr allgemein gehalten.

¹³ Art. 47 BankG.

¹⁴ Vgl. BGE 121 IV 45 ff.

¹⁵ Art. 328 OR.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen der Überwachung

1. Im internationalen Arbeitsverhältnis anwendbares Recht

Sachverhalte, welche nach internen Untersuchungen verlangen, betreffen häufig international tätige Unternehmen. Dann muss geklärt werden, welches Recht den Rahmen für eine solche Untersuchung setzt. Dabei ist einerseits zu prüfen, welches Recht auf das Arbeitsverhältnis zur Anwendung gelangt. Andererseits muss aber immer auch beachtet werden, dass unabhängig, wo die Arbeit ausgeführt wird, gewisse Erhebungen unter Umständen in einem anderen Staat getätigt werden müssen. Dann können diese an weiteren Regeln des entsprechenden Rechts scheitern. Das gilt insbesondere, aber nicht nur, bezüglich Überwachungen des Internetverkehrs. Es sind folglich internationalprivatrechtliche Fragen zu prüfen. Betroffen sein kann aber auch das öffentliche Recht und das Strafrecht.

Soweit die zu klärenden Vorkommnisse eine **Haftung der Arbeitgeberin** gegenüber Dritten bewirken, können die unterschiedlichsten Rechte zur Anwendung gelangen bzw. beachtet werden müssen. Zum einen kann ein dem ausländischen Recht unterstehendes Rechtsverhältnis vorbestehen.¹⁶ Zum andern kann ausländisches Recht anwendbar sein, weil der Schaden im Ausland eingetreten ist und damit zu rechnen war.¹⁷ Zudem bestehen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes noch weitere Anknüpfungsmöglichkeiten.¹⁸ Schliesslich ergeben sich aus der weiten Zuständigkeit, welche das Lugano-Übereinkommen für Streitigkeiten aus unerlaubter Handlung vorsieht,¹⁹ weitere Möglichkeiten zur Anwendung ausländischen Rechts, weil Entscheidungen ausländischer Gerichte, welche nach ausländischem Recht entschieden haben, unter den im genannten Abkommen aufgestellten Voraussetzungen in der Schweiz vollstreckt werden müssen.

Bezüglich der Zulässigkeit der Überwachung kommt es demgegenüber grundsätzlich darauf an, **welchem Recht das Arbeitsverhältnis untersteht**. Zentrale Anknüpfung für den Arbeitsvertrag ist das Recht jenes Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.²⁰ Bezüglich der öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften ist demgegenüber in

¹⁶ Art. 133 Abs. 3 IPRG.

¹⁷ Art. 133 Abs. 2 IPRG.

¹⁸ Art. 139 IPRG.

¹⁹ Art. 5 Ziff. 3 LugÜ.

²⁰ Art. 121 Abs. 1 IPRG.

der Regel massgebend, in welchem Land die konkrete Arbeit im Einzelnen ausgeführt wird.²¹ Das auf den Arbeitsvertrag anwendbare Recht braucht nicht mit jenem Übereinzustimmen, welches den öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutz beherrscht. Mit Blick auf Art. 342 Abs. 2 OR, nach welchem sich aus öffentlich-rechtlichen Bestimmungen auch vertragliche Ansprüche ergeben, können dadurch Friktionen entstehen. Soweit ausländisches Arbeitsvertragsrecht zur Anwendung gelangt, ist stets im Einzelnen zu prüfen, ob eine bestimmte Norm des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes nicht dennoch als *loi d'application immédiate* anwendbar ist.²² Dabei ist zu beachten, dass die neuen Kommunikationsmittel es ermöglicht haben, Arbeitsplätze sehr viel ortsunabhängiger auszugestalten als bis anhin. Soweit es sich um Telearbeit handelt kann diese von einem beliebigen Ort auf der Welt aus verrichtet werden, wenn dieser Ort an die weltweite Kommunikation angeschlossen ist. Überdies kann sich der Server, *mit* dem gearbeitet wird, in einem anderen Land befinden, als der Terminal, *an* dem gearbeitet wird. Für die Anknüpfung im Arbeitsrecht ist aber der Ort massgebend, an dem die Arbeit verrichtet wird. Es kommt deshalb nicht auf den Standort des Servers an, sondern den Ort, an dem sich der Terminal und damit der Arbeitnehmer befinden.²³

2. Persönlichkeitsschutz als Grundlage

Das schweizerische Recht hat bereits am Ende des neunzehnten Jahrhundert den Vorbildern der romanischen Rechtsordnungen folgend einen **allgemeinen Persönlichkeitsschutz** im Privatrecht eingeführt.²⁴

Die Grundnorm des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes findet sich in Art 28 ZGB, nach welchem jeder, der in seiner **Persönlichkeit widerrechtlich verletzt** wird, zu seinem Schutze das Gericht anrufen kann.²⁵ Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, durch überwiegende private oder öffentliche Interessen oder durch Gesetz gerechtfertigt wird.²⁶

²¹ BGE 139 III 411 ff. Der Entscheid ist allerdings zu Recht in der Literatur kritisiert worden.

²² Art. 18 IPRG; vgl. GEISER, ArbR 2004, S. 25 ff.

²³ GEISER, AJP 1995, S. 557 ff., Rz. 4.17 f.

²⁴ Ursprünglich im Obligationenrecht, seit 1912 nun im ZGB.

²⁵ Art. 28 Abs. 1 ZGB.

²⁶ Art. 28 Abs. 2 ZGB.

Zur geschützten Persönlichkeit gehört auch der Privatbereich. Geschützt wird damit auch das **informative Selbstbestimmungsrecht**, das Recht darüber selber zu bestimmen, wer welche Informationen über die betroffene Person sammelt, bekommt und verwenden darf. Dadurch gehört es auch zum Persönlichkeitsrecht jedes Einzelnen, grundsätzlich nicht überwacht zu werden. Jede Überwachung bedarf der Rechtfertigung.

Regelmässig – und so auch im vorliegenden Zusammenhang – stellt die **Einwilligung** den wichtigsten Rechtfertigungsgrund dar. Hat jemand in bestimmte Kontrollen eingewilligt, so ist diese zulässig. Einwilligungen können aber nicht blanko erteilt werden. Sie müssen vielmehr immer konkret sein. In einem gewissen Umfang stellt aber der Arbeitsvertrag an sich bereits eine Einwilligung in Kontrollen dar.

Überdies hat die Arbeitgeberin – wie bereits erwähnt – als Vertragspartnerin ein legitimes Interesse in einem gewissen Umfang zu prüfen, ob der Arbeitnehmer sich an die vertraglichen Abmachungen hält. In diesem Umfang kann sie ein eigenes **privates Interesse** an der Überwachung und damit auch am entsprechenden Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers geltend machen. Insoweit ist eine Interessenabwägung notwendig.

3. Arbeitsvertragliche Grundlage

Ausgangspunkt bildet **Art. 328 OR**, der die Arbeitgeberin verpflichtet, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu achten und zu schützen.²⁷ Im Zusammenhang mit dem Erlass des Datenschutzgesetzes ist diese allgemeine Bestimmung durch **Art. 328b OR** ergänzt worden, welcher die Datenbearbeitung durch die Arbeitgeberin auf jene persönlichen Daten des Arbeitnehmers einschränkt,²⁸ welche die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen wird das Datenschutzgesetz als anwendbar erklärt, was sich allerdings von selber versteht.

Unter dem von der Schutznorm erfassten *Bearbeiten* ist jeder Umgang mit Personendaten zu verstehen, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere fällt darunter das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten der Da-

²⁷ Fürsorgepflicht.

²⁸ Vgl. BRÜHWILER, N. II zu Art. 328b OR.

ten.²⁹ **Zum Sammeln** von Daten **gehört** regelmässig auch **das Überwachen**, wenn damit bestimmte Vorgänge aufgezeichnet werden, welche als Verhalten eindeutig einer Person zuzuordnen sind. Nicht entscheidend ist, ob die gespeicherten Daten überhaupt von jemandem wahrgenommen, namentlich abgefragt werden. Das Sammeln und Speichern an sich stellt bereits eine relevante Datenbearbeitung dar.

Damit die Aufzeichnung von Handlungen eines Arbeitnehmers zulässig ist, muss sie zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sein oder die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen. Das Gesetz schränkt somit die **zulässigen Zwecke** ein. Reine Neugierde oder ein wie auch immer geartetes politisches oder moralisches Kontrollbedürfnis der Arbeitgeberin genügt nicht. Was für die Eignung am Arbeitsplatz oder die Durchführung des Arbeitsverhältnisses als erforderlich angesehen werden kann, lässt sich grundsätzlich nur durch eine Interessenabwägung im Einzelfall bestimmen.³⁰ Die Bearbeitung muss **verhältnismässig** sein.³¹ Überdies dürfen die Daten nur für jene Zwecke weiterverwendet werden, für die sie erhoben worden sind.³² Aus irgendwelchen technischen Gründen erhobene Daten dürfen somit nicht im Nachhinein zur Überwachung des Verhaltens beziehungsweise zur Klärung eines in der Vergangenheit liegenden Verhaltens ausgewertet werden.

Überdies hat die Datenbearbeitung nach **Treu und Glauben** zu erfolgen.³³ Entsprechend ist eine *verdeckte Überwachung und Untersuchung* grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen sind nur möglich, wenn der Zweck nicht anders erreicht werden kann. Zu denken ist namentlich an eine Untersuchung, um ein Delikt in einem Betrieb aufzuklären, wenn ein offenes Vorgehen den Fahndungserfolg von vornherein in Frage stellen würde.

4. Grundlage im Arbeitsgesetz

Eine weitere Einschränkung erfährt das Recht auf Überwachung durch **Art. 26 ArGV 3**. Nach dieser Verordnungsbestimmung sind Verhaltens-

²⁹ Art. 3 Bst. e DSG.

³⁰ BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 328b OR.

³¹ Art. 4 Abs. 1 DSG.

³² Art. 4 Abs. 2 DSG.

³³ So ausdrücklich Art. 4 Abs. 1 DSG.

überwachungen grundsätzlich unzulässig.³⁴ Das allgemeine Verhalten als solches kann mit Blick auf diesen Entscheid des Verordnungsgebers auch nicht als relevante Eigenschaft für die Beurteilung der Eignung oder für die Durchführung des Arbeitsvertrages anerkannt werden. Kontrolliert werden dürfen immer nur *bestimmte* Vorgänge und Eigenschaften. Die totale Überwachung ist ausgeschlossen.³⁵ Dem Arbeitnehmer muss in jedem Fall eine vor Überwachung geschützte Privatsphäre am Arbeitsplatz verbleiben. Ansonsten beeinträchtigt das Kontrollsystem die psychische Gesundheit und Bewegungsfreiheit des Arbeitnehmers.³⁶

5. Haftpflichtrechtliche Grundlagen

In gewissen Bereichen ist eine **Kontrolle** – und damit auch interne Untersuchungen – sogar zum Schutze der anderen Mitarbeitenden und Dritter **zwingend notwendig**. Welche Kontrollen damit begründet werden können, hängt vom Tätigkeitsbereich der Arbeitgeberin und vom konkreten Arbeitsplatz ab. Fast in allen Betrieben bestehen jedenfalls im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung solche Bedürfnisse. Innerhalb eines Betriebes werden regelmässig **heikle Personendaten** bearbeitet. Diese befinden sich häufig auf dem betriebseigenen Server. Aus der Fürsorgepflicht³⁷ ergibt sich, dass die Arbeitgeberin Unbefugten den Zugriff auf diese Daten verwehren muss. Zu den Unbefugten gehören aber auch Mitarbeitende. Eine Überwachung, wer auf diese heiklen Daten zugreift, ist deshalb unumgänglich.

Gegenüber Dritten kann die Arbeitgeberin für Fehlverhalten ihrer eigenen Arbeitnehmer haften. Führende Angestellte können gleichzeitig **Organ der Arbeitgeberin** sein. Diesfalls ergibt sich eine Haftung der Arbeitgeberin für das Verhalten der Arbeitnehmer aus Art. 55 ZGB. Soweit es sich nicht um rechtsgeschäftliches Handeln sondern um das übrige Verhalten handelt, tritt eine Haftung der juristischen Person unabhängig von der Regelung des Vertretungsverhältnisses im Handelsregister ein.³⁸ Kommt dem Arbeitnehmer keine Organstellung zu, kann eine Haftung gegenüber Dritten bei einer

³⁴ Art. 26 Abs. 1 ArGV 3.

³⁵ REHBINDER, N. 15 zu Art. 328 OR.

³⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 2 ArGV 3.

³⁷ Art. 328 OR.

³⁸ RIEMER, N. 53 zu Art. 54/55 ZGB.

vertraglichen Beziehung aus **Art. 101 OR**³⁹ oder beim Fehlen einer Vertragsbeziehung aus **Art. 55 OR** folgen.⁴⁰ Nach der letztgenannten Bestimmung befreit sich der Arbeitgeber von der Haftung unter anderem mit dem Nachweis, dass er den fehlbaren Arbeitnehmer ausreichend beaufsichtigt hat. Welches Mass an Beaufsichtigung haftpflichtrechtlich erforderlich ist, hängt von der Art der Tätigkeit und den Eigenschaften der Hilfsperson ab.⁴¹ Das Mass der Sorgfalt bei der Beaufsichtigung bemisst sich grundsätzlich nach dem objektiv Nötigen.⁴² Bei grösseren Betrieben genügt es nicht, dass die Arbeitgeberin selber bzw. deren Organe die ihnen zumutbaren Handlungen vorgenommen haben. Vielmehr tritt die Haftung auch ein, wenn die mit der unmittelbaren Beaufsichtigung betrauten Angestellten ihren Aufgaben nicht nachgekommen sind.⁴³ Daraus ergibt sich eine Haftung für unsorgfältige Organisation.⁴⁴ Schon aus haftpflichtrechtlichen Gründen obliegt es somit der Arbeitgeberin, eine gewisse Beaufsichtigung ihrer Angestellten vorzunehmen.

Aus haftpflichtrechtlicher Sicht müsste die Kontrolle eine möglichst weitgehende sein. Der Persönlichkeitsschutz des überwachten einzelnen Arbeitnehmers beschränkt aber die Zulässigkeit der Überwachung. Die Beaufsichtigung im Arbeitsrecht liegt im **Spannungsfeld** dieser beiden Rechtsgebiete. Es liegt auf der Hand, dass vom **Haftpflichtrecht** her nicht verlangt werden kann, was das **Arbeitsvertragsrecht** verbietet. Es ist somit sowohl bei der haftpflichtrechtlichen wie auch bei der arbeitsrechtlichen Fragestellung jeweils auf das andere Rechtsgebiet zu schießen. Dabei darf allerdings das Argument, eine bestimmte Überwachung sei arbeitsrechtlich nicht zulässig, nicht leichthin als Entlastung im Haftpflichtstreit angenommen werden. Es ist vielmehr immer zu prüfen, ob nicht eine zulässige Kontrolle bei einer anderen technischen Organisation der Abläufe möglich gewesen wäre und den Schaden verhindert hätte.

³⁹ Haftung für Hilfspersonen.

⁴⁰ Geschäftsherrenhaftung.

⁴¹ BREHM, N. 70 zu Art. 55 OR.

⁴² BREHM, N. 46 zu Art. 55 OR.

⁴³ BREHM, N. 52 ff. zu Art. 55 OR.

⁴⁴ Vgl. BREHM, N. 77 ff. zu Art. 55 OR.

6. Prozessrechtliche Grundlagen

Untersuchungen haben häufig zum Zweck, einen rechtlich relevanten Sachverhalt zu klären. Auf Grund der Klärung des Sachverhaltes ist es anschliessend möglich, in einem Zivil- oder Strafprozess zu obsiegen. Sowohl in Zivil- wie auch in Strafprozessen sind aber nicht alle Beweismittel zugelassen. Das Beweismittel muss einerseits *Beweistauglich* und andererseits *zulässig* sein.

Die Zivilprozessordnung enthält in Art. 168 ZPO einen grundsätzlich **abschliessenden Katalog von zulässigen Beweismitteln**.⁴⁵ Zulässig sind aber auch diese Beweismittel nur, soweit sie überhaupt für den Nachweis der behaupteten Tatsache **tauglich** sind. Dabei genügt eine objektive Tauglichkeit.⁴⁶ Es ist nicht notwendig, dass sie den Beweis tatsächlich erbringen.

Die ZPO regelt ausdrücklich die Zulässigkeit bzw. **Unzulässigkeit rechtswidrig erworbener** Beweismittel. Art. 152 Abs. 2 ZPO hält fest, dass diese nur berücksichtigt werden dürfen, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.⁴⁷ Das Interesse an der materiellen Wahrheit ist dem Interesse entgegenzusetzen, das mit der Erhebung des Beweises verletzt worden ist. Dabei geht es immer um rechtlich geschützte Interessen.⁴⁸ Es ist unerheblich, auf welcher Rechtsstufe die verletzte Verbotsnorm angesiedelt ist.⁴⁹ Dem Prozessrecht ist insofern eine gewisse Gewichtung der Interessen zu entnehmen, als der materiellen Wahrheit nach dem Willen des Gesetzgebers immer dann eine hohe Bedeutung zukommt, wenn der Prozess vom Untersuchungsgrundsatz oder gar der *Offizialmaxime* beherrscht wird.⁵⁰ Demgegenüber kann es m.E. für die Bedeutung der materiellen Wahrheit nicht auf den Streitwert ankommen.⁵¹ Jedoch ist für die Interessenabwägung entscheidend, welche Bedeutung der Prozess für die Parteien hat. Mitberücksichtigt werden müssen unter Umständen auch die wirtschaftlichen Interessen der Allgemeinheit,⁵² die allerdings auf beiden Seiten bestehen kön-

⁴⁵ GUYAN, N. 5 zu Art. 152 ZPO und N. 1 zu Art. 168 ZPO.

⁴⁶ GUYAN, N. 7 zu Art. 152 ZPO.

⁴⁷ Zur Rechtslage mit Blick auf das frühere kantonale Prozessrecht vgl. BGer 4A_23/2010 vom 12.4.2010, E. 2.1.

⁴⁸ Vgl. GUYAN, N. 11 zu Art. 152 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18, Rz. 24.

⁴⁹ RÜEDI, Rz. 208; GUYAN, N. 11 zu Art. 152 ZPO.

⁵⁰ Vgl. Art. 55 ZPO und GUYAN, N. 13 zu Art. 152 ZPO.

⁵¹ So aber offenbar GUYAN, N. 13 zu Art. 152 ZPO.

⁵² BGE 136 III 410 ff.

nen. Handelt es sich um eine Straftat, kann der Deliktbetrag bezüglich der Schwere der Straftat und damit auch des öffentlichen Interesses an der Verfolgung Bedeutung haben.⁵³

Bezweckt die Überwachung die Beweissicherung, kann sie dieses Ziel nicht erreichen, wenn die damit erhobenen Unterlagen und Belege als Beweis gar nicht zugelassen sind. Damit **fehlt es an der Verhältnismässigkeit der Überwachung**. Fraglich erscheint, ob es auch ein zulässiger Zweck der Überwachung sein kann, zwar keine tauglichen Beweise zu erheben, aber dennoch einen Überblick über den Sachverhalt zu erhalten, um die Prozesschancen abschätzen zu können und anschliessend im Prozess die zulässigen und notwendigen Beweisanträge stellen zu können. Ein solches Vorgehen ist nicht im Vornherein ausgeschlossen. Allerdings ist der Umstand der nicht Verwertbarkeit in die Interessenabwägung einzubeziehen und hat zur Folge, dass die Interessen an der Überwachung schwächer sind und damit eher die Persönlichkeitsschutzinteressen des Betroffenen überwiegen. Demgegenüber kann m.E. aus dem Umstand, dass die ersten Abklärungen aus irgendeinem Grund nichtverwertbare Beweismittel hervorbringen, nicht in jedem Fall geschlossen werden, dass auch die auf Grund der aus den ersten Abklärungen gewonnen Erkenntnissen erhobenen weiteren Beweismittel unzulässig sind.⁵⁴

Die gleichen Fragen stellen sich, wenn es um die Klärung eines Straftatbestandes geht. Auch das **Strafprozessrecht** kennt Verwertbarkeitsverbote von rechtswidrig erlangten Beweismitteln. Gemäss der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auch hier eine Interessenabwägung vorzunehmen.⁵⁵

III. Fragen des konkreten Vorgehens

1. Eröffnung und Abschluss des Verfahren

a) Eröffnung

Aus den allgemeinen Grundsätzen des Datenschutzes⁵⁶ ergibt sich, dass verdeckte Ermittlungen der Arbeitgeberin grundsätzlich als unzulässig an-

⁵³ Vgl. BGer 6B_536/2009 vom 12.11.2009; BGE 139 II 7 ff.

⁵⁴ Anders offenbar GUYAN, N. 15 zu Art. 152 ZPO.

⁵⁵ Vgl. BGE 131 I 273 ff.; 133 IV 331; 137 I 218 ff.

⁵⁶ Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben.

gesehen werden müssen.⁵⁷ In aller Regel ist eine offene Ermittlung ohne Weiteres möglich, ohne den Zweck der Überwachung oder Ermittlung zu gefährden. Die Bekanntgabe der Überwachungsmaßnahme braucht nicht personenbezogen zu erfolgen. Es ist zulässig nur mitzuteilen, dass bestimmte Dinge kontrolliert werden.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn ein **konkreter Verdacht gegen eine bestimmte Person** besteht. Hier nun die Überwachung mehrerer Personen vorzunehmen, um den Betroffenen keinen Verdacht schöpfen zu lassen, lässt sich gegenüber den andern nicht rechtfertigen. Von daher muss grundsätzlich die betroffene Person vor der Überwachung informiert werden. Das wird aber unter Umständen den Ermittlungszweck vereiteln. Besteht der Verdacht auf eine strafbare Handlung, kann die Arbeitgeberin die staatlichen Untersuchungsbehörden einschalten. Von daher lässt sich eine interne verdeckte Ermittlung kaum rechtfertigen. Ganz ausschliessen lässt sie sich aber auch beim Verdacht auf Straftatbestände nicht.⁵⁸ Namentlich bei Antragsdelikten besteht kein Grund, warum die Arbeitgeberin nicht zu dem auch für die betroffene Person schonenderen Mittel der bloss internen Untersuchung greifen können soll. Es ist im Einzelfall eine Interessenabwägung vorzunehmen und zu prüfen, ob der Persönlichkeitsschutz des Betroffenen ausnahmsweise hinter den Interessen an der Ermittlung eines Fehlverhaltens zurücktreten muss. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob eine Wiederholungs- bzw. Fortsetzungsgefahr besteht oder nicht. In jedem Fall sind die Eröffnung einer Ermittlung und die einzelnen Schritte zu dokumentieren.

b) Abschluss

Auch das **Ende der Untersuchung ist zu dokumentieren**. Hat die Untersuchung ein Fehlverhalten eines Arbeitnehmers aufgedeckt, so wird dies regelmässig für diesen Arbeitnehmer Konsequenzen haben, so dass er von der Ermittlung auch unterrichtet werden muss. Zudem hat er auf Grund des Datenschutzgesetzes **Anspruch auf Einsicht** in die ihn betreffenden Personendaten.⁵⁹ Die Einsicht in eine private Datensammlung kann nur verweigert werden, wenn ein Gesetz dies besonders vorsieht oder der Einsicht überwiegende Interessen Dritter entgegenstehen.⁶⁰ Demgegenüber kann die

⁵⁷ So auch das Merkblatt des EDÖB, Überwachung am Arbeitsplatz.

⁵⁸ Anders offenbar das Merkblatt des EDÖB, Überwachung am Arbeitsplatz.

⁵⁹ Art. 8 DSGVO.

⁶⁰ Art. 9 DSGVO.

Verweigerung der Einsicht nicht mit überwiegenden eigenen Interessen der Arbeitgeberin begründet werden. Das Gesetz handelt ausdrücklich nur von Interessen Dritter. Zu diesen kann aber auch ein Informant zählen.⁶¹ Auf die Gefährdung des Zwecks eines Untersuchungsverfahrens⁶² können sich nur Bundesorgane für die Verweigerung der Auskunft berufen.⁶³

Der Anspruch auf Auskunft über die gesammelten Daten besteht nicht nur nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens sondern auch schon **während dessen Dauer**.

Dem Datenschutzgesetz ist kein **Anspruch auf aktive Information** der betroffenen Person zu entnehmen. Ein solcher ergibt sich aber m.E. aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin.⁶⁴ Sie verpflichtet die Arbeitgeberin zu einem proaktiven Schutz des Arbeitnehmers. Die Arbeitgeberin hat deshalb auch die notwendigen Vorkehren zu treffen, damit der Arbeitnehmer seine Persönlichkeitsrechte wahrnehmen kann. Sie muss ihn deshalb darüber informieren, dass es in der Datensammlung Personendaten über ihn gibt, welche ihn interessieren könnten.

c) **Aufbewahrung der Akten**

Zum Bearbeiten von Personendaten gehört auch das Aufbewahren, das blosses Archivieren und das Vernichten der Daten.⁶⁵ Jedes Verhalten gegenüber den in der Untersuchung gesammelten Daten muss somit den Anforderungen des DSG genügen. Die Arbeitgeberin kann sich diesen Anforderungen nicht durch Passivität entziehen.

Es steht ausser Zweifel, dass die Arbeitgeberin die Daten solange **aufbewahren** darf, wie sie sie für den Zweck, für den sie sie gesammelt hat, benötigt. Belegen die Daten ein Fehlverhalten der betroffenen Person, darf die Arbeitgeberin sie aufbewahren, bis der entsprechende Rechtsstreit abgeschlossen ist, bzw. sie für diesen nicht mehr gebraucht werden. Welcher Zeitpunkt dies ist, lässt sich nicht immer einfach bestimmen, weil unter Umständen Weiterungen eines Rechtsstreites möglich sind, die nicht immer vorausgesehen werden können.

⁶¹ GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, N. 22 zu Art. 9 DSG.

⁶² Art. 9 Abs. 2 Bst. b DSG.

⁶³ Kantonale Organe unterstehen nicht dem DSG.

⁶⁴ Art. 328 OR.

⁶⁵ Art. 3 Bst. e DSG.

Das DSG regelt nicht ausdrücklich, ob ein **Anspruch auf Vernichtung** nicht mehr benötigter Daten im Arbeitsverhältnis besteht. Art. 21 DSG richtet sich grundsätzlich nur an Bundesorgane. Der Anspruch auf Vernichtung nicht mehr benötigter Daten ergibt sich aber aus dem in Art. 4 DSG auch für die privatrechtliche Datenverarbeitung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip.⁶⁶ Die Aufbewahrung und Archivierung von Daten einer Untersuchung ist jedenfalls dann, wenn sich daraus ein Fehlverhalten ergeben hat, ein schwerer Eingriff in die Persönlichkeit, als deren Vernichtung. Die betroffene Person kann deshalb die Vernichtung verlangen, wenn die Daten nicht mehr für ihren ursprünglichen Zweck verwendet werden.

Die **Vernichtung** hat eine **vollständige und endgültige** zu sein. Soweit der Datenträger Papier ist, ergeben sich daraus keine besonderen Schwierigkeiten. Demgegenüber bereitet die Vernichtung elektronischer Daten insofern Probleme, als bei Geschäftsdaten in der Regel Sicherungssysteme bestehen, welche die Daten ausserhalb der Arbeitsspeicher und des Server im Betrieb archivieren. Das gilt ebenso für Daten, welche als E-Mail verschickt worden sind. Diese so genannten Backups sind eine Archivierung und damit Datenbearbeitung, welche dem DSG unterstehen. Sie müssen folglich auch den Anforderungen des Datenschutzes genügen und damit vernichtet werden, wenn sie nicht mehr benötigt werden. Das gilt aber für das einzelne Datum und nicht nur für das Backup als Ganzes. Die Unterlagen von heiklen internen Untersuchungen sollten deshalb nicht in elektronischer Form auf Servern gespeichert werden, für die regelmässig Backups erstellt werden. Gegebenenfalls sind sie ausschliesslich auf nicht an Netze angeschlossene Laptops zu bearbeiten und auf USB-Sticks zu sichern, die nach Abschluss der Untersuchung vernichtet werden können.

2. Verhaltenskontrollen

a) Im Betrieb

Überwachungssysteme zur Kontrolle des Verhaltens eines Arbeitnehmers am Arbeitsplatz sind unzulässig. Überwachungssysteme sind nur zulässig, wenn damit ein anderer Zweck verfolgt wird⁶⁷ und die Überwachung nicht permanent ist.⁶⁸ Zu beachten ist auch das Ausmass der Überwachung. So

⁶⁶ WINTERBERGER-YANG, N. 5 zu Art. 21 DSG.

⁶⁷ Art. 26 ArGV 3.

⁶⁸ CAPH GE, SAE 1997, 34; kritisch: PORTMANN, recht 2010, 7 f.

lässt sich eine blosser Überwachung des Ortes, an dem sich der Arbeitnehmer aufhält,⁶⁹ nicht mit einer permanenten Videoüberwachung vergleichen, welche auch das Verhalten erfasst. Eine Videoüberwachung eines Tresorraums aus Sicherheitsgründen, in den die Arbeitnehmer nur hin und wieder und kurzfristig gehen, ist auch zulässig, wenn die Arbeitnehmer davon nichts wissen.⁷⁰ Entsprechend ist wohl eine dauernde Videoüberwachung einer Kasse in einem Grossverteiler oder des Schalters einer Bank zulässig, sofern die Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, sich aus dem Blickfeld der Kamera zurückzuziehen. Dafür müssen sie aber von der Überwachung Kenntnis haben. Zu beachten sind selbstverständlich immer auch die strafrechtlichen Rahmenbedingungen einer Videoüberwachung.

Möglich sind auch **persönliche Kontrollen** der Arbeitnehmer, namentlich deren Taschen und weiterer Behältnisse, die sie mitführen, um Diebstähle und anderes aufzudecken. Hier geht es regelmässig nicht um eine Verhaltenskontrolle, so dass schon aus diesem Grund Art. 26 ArGV 3 nicht anwendbar ist. Solche Kontrollen greifen aber tief in die Persönlichkeit der Arbeitnehmer ein, weil sie regelmässig einen äusserst privaten Bereich betreffen. Entsprechende systematische Kontrollen können sich nur ganz ausnahmsweise rechtfertigen. Zu denken ist beispielsweise an Arbeitsorte mit hohem Sicherheitsrisiko, an denen bei allen Personen eine Sicherheitskontrolle am Eingang vorgenommen wird, wie bei Flughäfen oder Parlamentsgebäuden. Bezüglich des Umfangs der Kontrollen ist immer streng auf deren Zweck zu achten. So lässt es sich beispielsweise nicht rechtfertigen, irgendwelche Unterlagen oder andere Papiere durchzusehen, wenn es bloss um die Sicherheit des Ortes geht. Dies ergibt sich aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit. Die Kontrollen dürfen überdies nicht diskriminierend sein.

b) Ausserhalb des Betriebes

Verhaltensüberwachungen ausserhalb des Betriebes lassen sich grundsätzlich gar nicht rechtfertigen. Gezielte Videoaufnahmen ausserhalb des Betriebes werden regelmässig das Recht am eigenen Bild verletzen.⁷¹ Dabei ist immer vorausgesetzt, dass die abgebildete Person für Dritte erkennbar ist,⁷²

⁶⁹ Vgl. BGE 130 II 435 ff. (GPS-Überwachung).

⁷⁰ BGer 6B_536/2009 vom 22.5.2009, E. 3.6. ff., JAR 2010, S. 378 ff.

⁷¹ BGE 127 III 492; 129 III 723.

⁷² BGE 136 III 413; mit Hinweis auf: BGer 5C.26/2003 vom 27.5.2003, E. 2 und 5A_827/2009 vom 27.5.2010 E. 3.1.

was aber in den hier zu diskutierenden Fällen regelmässig beabsichtigt ist. Je nachdem, wo und wie sie aufgenommen werden, betreffen sie zudem auch die so genannte Privat- oder Geheimsphäre.⁷³

Persönlichkeitsverletzungen sind indessen rechtlich nur relevant, wenn sie rechtswidrig sind. Ein Rechtfertigungsgrund kann in **überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen** liegen.⁷⁴ Nach der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein solches überwiegendes Interesse gegeben sein, wenn es darum geht, mit einer Observation zu verhindern, dass eine Versicherung oder die dahinter stehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müssen.⁷⁵ Das Bundesgericht verweist ausdrücklich neben der Versichertengemeinschaft auch auf die Versicherung selber. Mit ersterer ist in einem gewissen Umfang ein öffentliches Interesse angesprochen, weil es um eine nicht im Voraus bestimmbare Vielzahl von Personen geht. Die Versicherung selber stellt aber eine Privatperson dar, so dass es insoweit nur um private Interessen gehen kann. Mit Bezug auf beide Bereiche geht es immer nur um wirtschaftliche Interessen, welche dem Persönlichkeitsrecht gegenüber gestellt werden. Das Bundesgericht anerkennt in dieser Entscheidung somit, dass private wirtschaftliche Interessen eine Observation der Freizeit einer Person rechtfertigen können. Das ist zumindest erstaunlich.

In seiner **Interessenabwägung** weist das Bundesgericht zu Recht darauf hin, dass einerseits zu beachten ist, wie schwer die Observation im konkreten Fall in das Persönlichkeitsrecht eingreift und andererseits welche weniger eingreifenden Möglichkeiten zur Klärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen. Schliesslich rechtfertigt sich die Observation nur, weil und soweit der Observierte gegenüber dem Auftraggeber der Observation Ansprüche erhebt und ihn auch eine Mitwirkungspflicht bei der Klärung des Sachverhaltes trifft.⁷⁶ Diese Voraussetzungen werden aber bei Abklärungen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses regelmässig gegeben sein. Häufig geht es bei solchen Observationen darum festzustellen, ob der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsunfähig ist, und zu Recht eine Lohnfortzahlung oder eine Verlängerung der Kündigungsfrist geltend macht. Aber auch wenn es um die Abklärung von Fehlverhalten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geht,

⁷³ BGE 136 III 413.

⁷⁴ Art. 28 Abs. 2 ZGB.

⁷⁵ BGE 136 III 413, E. 2.2.3.

⁷⁶ BGE 136 III 413 f.

dreht sich die Sachverhaltsklärung um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und die Treuepflicht des Arbeitnehmers gebietet regelmässig eine Mitwirkung bei der Aufklärung. Es lässt sich kaum rechtfertigen, die Rechtslage anders zu beurteilen, je nachdem, ob es um die Abwehr ungerechtfertigter⁷⁷ oder um die Durchsetzung gerechtfertigter Ansprüche geht.⁷⁸

3. Überwachung des E-Mail- und des Telefonverkehrs

E-Mails und Telefonie gehören heute zum privaten und zum beruflichen Alltag. Es ist unvermeidbar, dass ein Arbeitnehmer ausnahmsweise auch während der **Arbeitszeit private Telefone erledigen muss**.⁷⁹ Ein vollständiges Verbot ist deshalb unverhältnismässig. Während früher dafür in jedem Fall auch die Telefonanlage der Arbeitgeberin verwendet werden musste, sofern diese nicht gesonderte Apparate zur Verfügung stellte, kann heute davon ausgegangen werden, dass die Arbeitnehmer über eigene Mobiltelefone verfügen, so dass private Telefone auch privat geführt werden können, sofern der Arbeitsplatz wenigstens im Sendebereich der Mobiltelefonie liegt. Insofern muss die Arbeitgeberin die betriebliche Telefonanlage für ausgehende private Anrufe nicht mehr zur Verfügung stellen. Demgegenüber lässt sich jedoch nach wie vor nicht verhindern, dass der Arbeitnehmer private Telefone über die Linie der Arbeitgeberin erhält. Gleiches gilt auch für den E-Mail-Verkehr. Die moderne Technik erlaubt es ohne weiteres jederzeit private E-Mails von privaten Geräten aus zu versenden. Der Gebrauch der von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten Geräte ist nicht notwendig. Insofern ist heutzutage ein generelles Verbot möglich und zulässig.

Ein generelles Verbot, die Geräte und Linien der Arbeitgeberin für private Telefone und E-Mails zu benutzen, ist aber nicht zwingend. Arbeitgeberinnen werden häufig den privaten Gebrauch in einem gewissen Rahmen zulassen. Das entspricht auch weitgehend den geschäftlichen Gepflogenheiten. Zudem lässt sich nie ausschliessen, dass der Arbeitnehmer private Telefone und E-Mails über die Geschäftslinien erhält. Darauf hat der Arbeitnehmer nur beschränkten Einfluss. Diesem Umstand hat die Arbeitgeberin bei der Organisation dieser Einrichtungen Rechnung zu tragen und hat direkten Einfluss auf die Frage der **Zulässigkeit einer Überwachung**. Es ist nament-

⁷⁷ Z.B. von Rentenleistungen oder Lohnfortzahlung.

⁷⁸ Z.B. Schadenersatzforderungen.

⁷⁹ REHBINDER, N. 43 zu Art. 321d OR.

lich zwischen der Kontrolle, mit welchem Anschluss telefoniert wird und der Kontrolle des Gesprächsinhalts zu unterscheiden. Während erstere jedenfalls wenn sie dem Arbeitnehmer im Voraus bekannt ist, sich als wenig problematisch erweist, sind bezüglich der Aufzeichnung oder Abhörung die einschlägigen Strafbestimmungen zu beachten.⁸⁰ Die straffreie Aufzeichnung bzw. das straffreie Abhören setzt voraus, dass *alle am Gespräch Beteiligten* eingewilligt haben. Es genügt von daher nicht, dass der Arbeitnehmer im Voraus seine Einwilligung gegeben hat. Vielmehr müsste diese auch vom Gesprächspartner vorliegen. Die andern im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen von der Strafbarkeit greifen hier nicht,⁸¹ da es sich gerade nicht um geschäftliche Telefonate handelt. Andere überwiegende private Interessen sind als Rechtfertigungsgrund nicht vorbehalten. Eine allgemeine Überwachung der Gesprächsinhalte müsste somit selbst bei Vorliegen eines begründeten Verdachtes auf eine strafbare Handlung über die Strafuntersuchungsbehörden gehen.

Bezüglich des E-Mail-Verkehres ist schliesslich zu beachten, dass dieser aus technischen Gründen immer Spuren hinterlässt, die auch den Inhalt erfassen. Bezüglich des Schutzes des E-Mailverkehrs hinkt das Recht der Wirklichkeit nach. Es enthält vorerst noch sehr viel weniger spezifische Schutznormen als beim Telefon. Dennoch muss m.E. für das Zivilrecht eine Analogie gezogen werden, so dass die Arbeitgeberin auch den E-Mailverkehr nicht inhaltlich ohne Zustimmung aller daran beteiligten überwachen darf. Zu beachten ist aber immerhin, dass im Gegensatz zum Telefon es sich bei E-Mails um das geschriebene Wort handelt, dass in jedem Fall aufgezeichnet ist. Das blosses Aufbewahren hat von daher nicht den gleichen Stellenwert wie das Aufzeichnen eines Telefongesprächs.

Wie sich zeigen wird, sind gewisse Kontrollen notwendig und auch nicht zu vermeiden. Diese sind in jedem Fall *den Mitarbeitenden zu kommunizieren*.⁸² Namentlich müssen diese wissen, wer Zugriff zu welchen Informationen hat und ob und gegebenenfalls wie lange diese aufbewahrt werden.

Weil der einzelne Arbeitnehmer nicht vermeiden kann, private E-Mails zu erhalten, ist eine **systematische Kontrolle aller eingehenden E-Mails nicht zulässig**. Von betrieblichen Besonderheiten abgesehen, erscheint eine **allgemeine personenbezogene Kontrolle** der eingehenden E-Mails als **nicht**

⁸⁰ Art. 179^{bis} ff. StGB.

⁸¹ Art. 179^{quinquies} StGB.

⁸² Art. 4 Abs. 2 DSG; MAURER-LAMBROU/STEINER, N. 8 zu Art. 4 DSG.

verhältnismässig.⁸³ Allerdings lässt sich aus technischen Gründen nicht vermeiden, dass der Eingang einschliesslich des Absenders registriert wird. Organisatorisch ist aber sicher zu stellen, dass nur der Adressat Zugriff auf seine E-Mails hat. Besteht aus betrieblichen Gründen ein Bedürfnis, den E-Mailverkehr mehreren Personen zugänglich zu machen, so muss durch Weisungen sichergestellt werden, dass als «persönlich» gekennzeichnete Mails nicht von anderen Personen gelesen werden. Wohl kann heute auch verlangt werden, dass die Einhaltung der entsprechenden Weisungen durch technische Mittel abgesichert wird. Soll im Nachhinein auf die als «privat» bezeichneten Mails Zugriff genommen werden, um einen bestimmten Verdacht für ein Fehlverhalten zu klären, ist die Zustimmung des Arbeitnehmers einzuholen. Dieser kann grundsätzlich auch darüber entscheiden, ob der Absender des Mails auch gefragt werden muss oder nicht. Das hängt vom Inhalt des Mails ab. Das bedeutet aber auch, dass der Arbeitnehmer filtern kann.

Ähnliches wie bei den eingehenden E-Mails gilt auch für die **ausgehenden E-Mails**. Eine **Inhaltskontrolle** rechtfertigt sich höchstens bei den geschäftlichen E-Mails. Wie es in einem Unternehmen sinnvoll sein kann, dass Kopien der gesamten ausgehenden geschäftlichen Post bei Vorgesetzten oder der Direktion zirkulieren, kann es auch Sinn machen, dass diese auf die entsprechenden E-Mails Zugriff haben. Nicht erfasst werden dürfen dabei aber private E-Mails. Eine technische Trennung ist von daher zwingend notwendig. Allerdings erscheint mir mit Blick auf die Möglichkeit, von privaten Mobiltelefonen aus E-Mails zu versenden, ein generelles Verbot, private Mails vom Geschäftscomputer aus zu versenden, nicht mehr unverhältnismässig. Lässt die Arbeitgeberin aber den privaten E-Mailverkehr zu, muss sie auch dessen Vertraulichkeit wahren.

Aus dem datenschutzrechtlichen Grundsatz, dass die Bearbeitung nur nach Treu und Glauben erfolgen darf,⁸⁴ folgt auch für die **Überwachung des Besuchs von Internetseiten** die Verpflichtung der Arbeitgeberin, **jede Überwachung im Voraus bekannt zu geben.**⁸⁵ Eine Datenbearbeitung muss für die betroffenen Personen transparent sein.⁸⁶ Ein **schutzwürdiges Bedürfnis**

⁸³ Art. 4 Abs. 2 DSG.

⁸⁴ Art. 4 Abs. 2 DSG.

⁸⁵ Ausnahmen sind in begründeten Einzelfällen möglich, wenn es um die Aufdeckung oder Verhinderung von Straftaten geht.

⁸⁶ MAURER-LAMBROU/STEINER, N. 8 zu Art. 4 DSG.

zur Kontrolle, welche Webseiten am Arbeitsplatz aus privaten Gründen konsultiert werden, **hat der Arbeitgeber nicht**. Das Arbeitsverhältnis rechtfertigt keine Gesinnungsschnüffelei. Die Kosten, welche durch die Nutzung unentgeltlicher Webseiten entstehen sind unbedeutend. Der Arbeitgeber kann höchstens ein Interesse daran haben, festzustellen, in welchem zeitlichen Umfang am Arbeitsplatz privat Webseiten konsultiert werden. Dafür genügt es aber, die dafür eingesetzte Zeit festzuhalten.

4. Besonderheiten bei behördlichen Untersuchungen

a) Eröffnung

Ob die Arbeitgeberin eine Untersuchung selber durchführen oder eine Straf- oder allenfalls auch Administrativbehörde für eine Untersuchung einschalten will, hängt entscheidend davon ab, was vorgefallen ist. Bei Straftatbeständen ist zu beachten, dass sich die Arbeitgeberin dem Vorwurf aussetzen kann, ein **Fehlverhalten vertuschen zu wollen**, wenn sie auf ein Einschalten der Behörden verzichtet. Unter Umständen hat sie aber selber ein erhebliches Interesse daran, dass die Behörden nichts erfahren. Hier ist eine – nicht vom Recht her bestimmte – Interessenabwägung vorzunehmen. Es ist selbstverständlich auch zu prüfen, ob ausnahmsweise eine Anzeigepflicht besteht, so dass die Arbeitgeberin gar keine andere Möglichkeit hat, als die Behörden einzuschalten.

Allerdings hat die Arbeitgeberin auch hier ihre Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmern wahrzunehmen. Sie muss sie vor ungerechtfertigten Anschuldigungen schützen. Entsprechend ist Voraussetzung für ein Einschalten der Behörden immer, dass ein **begründeter Verdacht** besteht. Auch bezüglich der weiteren Informationen, welche die Arbeitgeberin den Behörden gibt, hat sie die Persönlichkeitsrechte ihrer Arbeitnehmer zu wahren. Es können sehr wohl weitere Personen betroffen werden. Auch die Datenweitergabe an die Behörde untersteht grundsätzlich Art. 328b OR.

Sobald der Verdacht eines strafbaren Verhaltens eines Mitarbeiters besteht, muss sich die Arbeitgeberin auch fragen, ob sie sich von diesem Arbeitnehmer trennen will. Ob das Vorliegen eines solchen Verdachts genügt, um eine **fristlose Kündigung** auszusprechen, ist in der Lehre umstritten.⁸⁷ Mehrheitlich wird die Ansicht vertreten, der blosse Verdacht genüge nicht

⁸⁷ Vgl. zum Ganzen: GEISER/MÜLLER, Rz. 661 ff.

zur Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung.⁸⁸ Es wird insbesondere auf die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK und auf das Unternehmerrisiko⁸⁹ verwiesen. Dagegen bezweifeln die Befürworter der Zulässigkeit die Anwendbarkeit der Unschuldsvermutung im Privatrecht. Die fristlose Verdachtskündigung kann als zulässig erachtet werden, sofern eine begangene Straftat die weitere Zusammenarbeit unzumutbar macht, wenn die Straftat im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Arbeitnehmers steht oder den Ruf der Arbeitgeberin schädigt.⁹⁰ Der Verdacht muss folglich ausreichend begründet sein und die Straftat muss genügend schwer wiegen. Die Arbeitgeberin spricht die Verdachtskündigung allerdings auf eigenes Risiko aus.⁹¹ Falls sich der Verdacht erhärtet, erweist sich die Kündigung im Sinne von Art. 337 OR als gerechtfertigt. Andernfalls, treten die Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung nach Art. 337c OR ein. Insoweit trägt die Arbeitgeberin das Risiko. Es gibt aber Ausnahmen: Sofern der Arbeitnehmer durch sein Verhalten (Lügen, Widerstand gegen die Tatbestandsfeststellung) den Verdacht erhärtet⁹² bzw. die Klärung des Sachverhalts erschwert oder trotz zumutbarer Abklärungen ein erheblicher Verdacht eines schweren Deliktes bestehen bleibt,⁹³ ist die fristlose Entlassung trotzdem gerechtfertigt.

Etwas abweichend von dieser Praxis sollte m.E. allerdings **folgendes gelten**: Bei sehr schweren Straftaten kann unter Umständen der Verdacht der Verübung einer solchen Straftat ausreichen, um einen beschuldigten Mitarbeiter fristlos zu entlassen. Dies ist einerseits dann der Fall, wenn die fristlose Entlassung dem Schutz der übrigen Mitarbeiter dient. Andererseits kann eine Arbeitgeberin z.B. auch bei Verletzung elementarer bankenrechtlicher Vorschriften durch einen Mitarbeiter, welche zu einem Entzug der Bankbewilligung führen kann, gezwungen sein, einen Mitarbeiter fristlos zu entlassen. Erweist sich der Verdacht im Nachhinein als unzutreffend, war die fristlose Kündigung auf den Zeitpunkt der Aussprechung m. E. trotzdem gerechtfertigt. Sie ist aber nicht auf eine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers zurückzuführen. Das bedeutet, dass die Arbeitgeberin den Lohn bis

⁸⁸ HUMBERT/VOLKEN, S. 566; WYLER, S. 494 f.

⁸⁹ REHBINDER, Rz. 357, welcher die Möglichkeit, dass ein Mitarbeiter in den Verdacht strafbarer Handlungen gerät, dem Unternehmerrisiko zurechnet.

⁹⁰ VISCHER, S. 257 f.

⁹¹ Gl. M. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Art. 337 OR, N. 10.

⁹² VISCHER, S. 258; AUBERT, Art. 337 OR, N. 10; BGE 127 III 310.

⁹³ JAR 2001, 304 = Pra 2000 Nr. 11.

zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu bezahlen hat. Nicht geschuldet ist demgegenüber eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR.⁹⁴

b) Führung der Untersuchung

Sobald eine Behörde die Untersuchung führt, ist sie der Disposition der Arbeitgeberin entglitten. Was sie der Behörde mitteilen darf und muss und welche Untersuchungshandlungen die Behörde vornehmen kann, richtet sich nicht mehr nach dem Privatrecht sondern nach den entsprechenden öffentlich-rechtlichen Normen einschliesslich des Verfahrensrechts. Insofern ist die **Arbeitgeberin ihrer Verantwortung** enthoben.

Allerdings ist damit kein allgemeiner Freipass verbunden. Die Arbeitgeberin bleibt aus der Fürsorgepflicht verpflichtet, ihre Arbeitnehmer zu schützen. Erweisen sich Untersuchungshandlungen der Behörden zu Lasten eines Arbeitnehmers als nicht gerechtfertigt, muss die Arbeitgeberin unter Umständen **Rechtsmittel einlegen**. Soweit die Arbeitgeberin nicht selber Geschädigte ist, sondern es um Straftaten gegen Dritte oder ein rechtswidriges Geschäftsgebaren der Arbeitgeberin geht, kann diese auch verpflichtet sein, dem Arbeitnehmer **Rechtsbeistand zu gewähren**.

c) Abschluss der Untersuchung

Je nach Ausgang des Verfahrens treffen die Arbeitgeberin wiederum Schutzpflichten. Erweist sich der Verdacht im Nachhinein als unbegründet, wird die Arbeitgeberin in aller Regel den Arbeitnehmer für die **Verfahrensunannehmlichkeiten entschädigen** müssen, da es sich bei diesen Kosten um Auslagen im Sinne von Art. 327a OR handelt.

Keine solche Verpflichtung besteht demgegenüber, wenn sich der Arbeitnehmer ein Fehlverhalten zuschulden kommen lassen und Weisungen der Arbeitgeberin verletzt hat. Dabei ist zu vermuten, dass eine Weisung zu gesetzeskonformem Verhalten besteht.

Zu **differenzieren** ist, wenn das rechtswidrige Verhalten des Arbeitnehmers im Einklang mit den Weisungen der Arbeitgeberin stand. War die Rechtswidrigkeit für den Arbeitnehmer nicht zu erkennen, hat ihn die Arbeitgeberin freizuhalten. Erkannte er demgegenüber die Rechtswidrigkeit oder hätte er diese jedenfalls erkennen müssen, hat er sich die Folgen selber zuzuschreiben, wenn er die Weisungen befolgte. Zudem kann er aus seinem

⁹⁴ GEISER/MÜLLER, Rz. 664 f.

bewusst rechtswidrigen Verhalten keine Rechte ableiten. Demgegenüber besteht eine Entschädigungspflicht durch die Arbeitgeberin, wenn die Weisungen auf Grund des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts rechtmässig waren, aber die Strafverfolgung durch einen andern Staat erfolgt, indem dieses Verhalten rechtswidrig ist.

IV. Folgerungen

Sowohl das Datenschutzgesetz, einschliesslich der in Art. 328b OR enthaltenen weitergehenden Einschränkungen, wie auch die allgemeine Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und die in Art. 26 ArGV 3 konkretisierte Gesundheitsfürsorge schränken die Zulässigkeit von Überwachungen des Arbeitnehmers erheblich ein.

Aus diesen Normen und weiteren Bestimmungen des Strafgesetzbuches ergibt sich ein grundsätzliches Verbot verdeckter Ermittlungen. Insofern sind internen Untersuchungen enge Grenzen gesetzt und die Arbeitgeberin hat sich namentlich bei einem Verdacht auf ein strafbares Verhalten sehr genau zu überlegen, ob sie sich auf eine interne Untersuchung einlassen will oder ob es nicht besser ist, die Strafverfolgungsbehörden einzuschalten.

Erstaunlicherweise sind aber nach der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts wohl sogar verdeckte Observierungen des Verhaltens in der Freizeit zulässig, wenn es darum geht, mutmasslich ungerechtfertigte Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin abzuwehren oder mutmasslich gerechtfertigte Ansprüche der Arbeitgeberin gegenüber dem Arbeitnehmer durchzusetzen. Weil die Observierung regelmässig den Zweck hat die Anspruchsgrundlagen festzustellen, kann es nicht darauf ankommen, ob die Ansprüche tatsächlich gegeben sind. Entscheidend ist nur, dass eine hinreichende Vermutung besteht. Im Einzelfall sind die Interessen der Arbeitgeberin an der Durchsetzung der tatsächlichen Rechtslage gegen das Persönlichkeitsinteresse des Arbeitnehmers und gegebenenfalls seiner Angehörigen abzuwägen.

Interne Untersuchungen im Kontext grenzüberschreitender Ermittlungen: Arbeitnehmerrechte und strafrechtliche Risiken

Claudia M. Fritsche, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	194
Materialien.....	195
Summary.....	197
I. Interne Untersuchungen	199
1. Begriff, Ziel und Zweck	199
2. Anwendungsbereiche	202
3. Anforderungen an die Unabhängigkeit	203
II. Umfeld ausländischer Ermittlungen	205
1. Völkerrechtliche Grundsätze, <i>Blocking Statutes</i>	205
2. Interessenlage	208
a) Bank.....	208
aa) Abklärungsinteresse.....	208
bb) Kooperationsinteresse.....	209
cc) Exkurs: Gefahrenpotenzial der US-Rechtsordnung	210
b) Arbeitnehmer	213
III. Arbeitnehmerrechte im grenzüberschreitenden Kontext	213
1. Arbeitsrechtliche Anforderungen	214
a) Fürsorgepflicht	214
b) Bearbeitung von Mitarbeiterdaten.....	215
2. Datenschutzrechtliche Anforderungen	216

* Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M. (Singapore). Herzlichen Dank an lic. iur. Nicole Jungen und Dr. iur. Urs Zulauf für die Durchsicht und Ihre wertvollen Kommentare.

a)	Datenschutzrechtliche Bearbeitungsgrundsätze	216
b)	Auskunftsrecht	217
c)	Grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten	219
d)	Persönlichkeitsverletzungen und Rechtfertigungsgründe	222
3.	Besonderheiten des «US-Steuerstreits»	223
IV.	Strafrechtliche Risiken im grenzüberschreitenden Kontext	225
1.	<i>Blocking Statutes</i> und andere Strafnormen	225
2.	Verbotene Handlungen für einen fremden Staat	226
3.	Wirtschaftlicher Nachrichtendienst	230
4.	Bankkunden- und Effektenhändlergeheimnis	232
V.	Ausblick: Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz	233
1.	Auslöser der Vorlage	233
2.	Zweck der Vorlage	234
3.	Vernehmlassungsergebnisse	235
4.	Berechtigung zur Vornahme von Handlungen für eine ausländische Behörde	236
5.	Erwartungen an ein Zusammenarbeits- und Souveränitäts- schutzgesetz	238

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 31. Mai 2014.

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

DEBEVOISE & PLIMPTON LLP, Compliance – Verantwortung in der Aktiengesellschaft, Ein Leitfaden zu Möglichkeiten der Begrenzung und Aufarbeitung von Compliance-Problemen, September 2009.

DELNON VERA/RÜDY ANDREAS, Strafbare Beweisführung?, ZStrR 1998, S. 314 ff.

DONATSCH ANDREAS, Art. 271 Ziff. 1 StGB und das Recht auf Befragung von Entlassungszeugen, in: Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte – Festschrift für Stefan Trechsel, Andreas Donatsch, Marc Forster, Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Zürich 2002.

FRITSCHÉ CLAUDIA M., Interne Untersuchungen in der Schweiz, Ein Handbuch für regulierte Finanzinstitute und andere Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2013.

GULLY-HART PAUL/BURKHARDT PETER, Fraud & Asset Tracing in Switzerland, in: International Fraud & Asset Tracing, Jurisdictional Comparisons, European Lawyer Reference Series, Simon Bushell of Herbert Smith LLP (General Editor), 2nd Ed., UK 2011.

- HOPF THOMAS, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2007.
- KAYE SCHOLLER LLP, Deskbook on Internal Investigations, Corporate Compliance and White Collar Issues, White Collar, Litigation and Internal Investigations Practice Group, New York, October 2011.
- KUSTER SUSANNE, Vorstudie für ein «Souveränitätsschutzgesetz», Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Spannungsfeld zwischen Kooperation mit ausländischen Behörden und Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit, Projektarbeit im Rahmen des Executive Master of Public Administration, Bern 2010.
- MOOSMAYER KLAUS/HARTWIG NIELS (Hrsg.), Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, München 2012.
- MÜLLER JÖRG PAUL/WILDHABER LUZIUS, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl., Bern 2001.
- RIEDO CHRISTOF/BONER BARBARA, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2007.
- ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.
- UBS, Transparenzbericht an die Aktionärinnen und Aktionäre der UBS AG, Finanzmarktkrise, grenzüberschreitendes US Vermögensverwaltungsgeschäft, Verantwortlichkeitsfragen und interne Aufarbeitung, 2010, abrufbar unter: <www.ubs.com/global/de/about_ubs/media/global/releases/news_display_media_global.html/de/2010/10/14/ubs_publishes_transparency_report.html>.
- VON ROSEN RÜDIGER (Hrsg.), Internal Investigations bei Compliance-Verstößen, Praxisleitfaden für die Unternehmensleitung, Studien des Deutschen Aktieninstituts, Heft 48, Frankfurt a.M. 2010.
- ZULAUF URS, Kooperation mit dem Ausland: Verrat an der Schweiz?, in: Robert Waldburger/Charlotte M. Baer et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005.
- ZULAUF URS/WYSS DAVID/TANNER KATRIN/KÄHR MICHEL/FRITSCHÉ CLAUDIA M./EYMANN PATRIC/AMMANN FRITZ, Finanzmarktenforcement, Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, Bern 2014.

Materialien

- BJ, Erläuternder Bericht zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz, E-ZSSG), abrufbar unter: <www.bj.admin.ch/bj/de/home.html>.
- BJ, Bericht zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Amtshilfe, Rechtshilfe, Souveränitätsschutz), 2011, abrufbar unter: <www.bj.admin.ch/bj/de/home.html>.
- BJ, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit

- ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (E-ZSSG), 2013, abrufbar unter: <www.bj.admin.ch/bj/de/home.html>.
- BOTSCHAFT DSG, Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.03.1988, BBl. 1988 II, S. 413 ff., abrufbar unter: <www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10050713>.
- BOTSCHAFT DSG UND STE 108 ZUSATZPROTOKOLL, Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 08.11.2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19.02.2003, BBl. 2003, S. 2101 ff., abrufbar unter: <www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2003/2101.pdf>.
- EDÖB, Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im privaten Bereich, 2009, abrufbar unter: <www.edoeb.admin.ch/>.
- EDÖB, Merkblatt für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden, 2013, abrufbar unter: <www.edoeb.admin.ch/>.
- E-ZSSG, Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz, E-ZSSG), abrufbar unter: <www.bj.admin.ch/bj/de/home.html>.
- FINMA, Jahresberichte der Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/Seiten/default.aspx>.
- FINMA, Untersuchung der FINMA des Geschäfts der Credit Suisse mit US-Kunden, Kurzbericht, 20.05.2014, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/mm-cs-20140520.aspx>.
- FINMA, LIBOR: FINMA schliesst Verfahren gegen UBS und zieht unrechtmässige Gewinne ein, abrufbar unter: <[www.finma.ch/d/aktuell /Seiten/mm-ubs-libor-20121219.aspx](http://www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/mm-ubs-libor-20121219.aspx)>.
- GPK, Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates und Ständerates, 2010, abrufbar unter: <www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/3099.pdf>.

Summary

Internal investigations are often conducted in parallel to governmental investigations. All the parties involved face particular challenges in cross-border governmental investigations whereby different legal systems, laws and cultures collide. On the one hand each jurisdiction needs to be respected, but on the other hand they can be largely incompatible. One peculiarity of Swiss law is that cross-border cooperation of private persons or firms with foreign authorities is not readily permissible. In particular the Swiss legislator has enacted so-called blocking statutes to protect the sovereignty of Switzerland as well as certain sensitive categories of data. Breaches of blocking statutes constitute a criminal offence. While foreign authorities are under pressure to effectively and efficiently enforce their laws also in a cross-border context, the bank (like any other firm) has to cope with several conflicting roles. As the subject of a foreign investigation it has to decide on its strategy. Furthermore it must continuously assess, to what extent the acting individuals (decision makers, employees, outside counsels) can interact with the investigating foreign authority without committing any criminal offences under Swiss law. In its role as an employer the bank has to consider the legitimate interests of its employees. This also applies to the cross-border cooperation with a foreign authority, in the course of which employee data shall be disclosed. The cross-border disclosure of employee data is permissible only if the bank complies with various applicable provisions of the Swiss Code of Obligations and the Data Protection Act. If it does not do so, it primarily runs civil legal risks. The efforts made to improve cross-border cooperation in a new Act on international collaboration and on the protection of sovereignty are generally appreciated. The new law will, however, only create a benefit if the parties involved are capable of acting again in the first place and thereby, from a rule of law perspective, can act on more solid ground. Beyond that the new law would have to meet a number of additional expectations.

Interne Untersuchungen finden häufig parallel zu behördlichen Ermittlungen statt. Vor besonderen Herausforderungen stehen die Beteiligten in grenzüberschreitenden behördlichen Ermittlungen. Dabei treffen unterschiedliche Rechtskreise, Rechtsordnungen und Rechtskulturen aufeinander, die über weite Strecken inkompatibel sein können, aber dennoch alle Geltung beanspruchen. Eine Eigenheit der Schweizer Rechtsordnung besteht darin, dass die grenzüberschreitende Kooperation von Privaten mit ausländischen Behörden nicht ohne weiteres erlaubt ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber zum Schutz der Souveränität der Schweiz und bestimmter sensibler Datenkategorien sogenannte *blocking statutes* erlassen. Verstöße gegen *blocking statutes* sind strafbar. Während ausländische Behörden unter dem Druck stehen, ihr Recht auch grenzüberschreitend effektiv und effizient durchzusetzen, muss die Bank (wie jedes

andere Unternehmen) mit verschiedenen Rollen fertig werden. Als Subjekt ausländischer Ermittlungen steht sie vor der Frage, welche Strategie sie fahren soll. Weiter muss sie laufend prüfen, inwiefern die für sie handelnden Individuen (Entscheidungsträger, Mitarbeiter, Rechtsvertreter) mit der ermittelnden ausländischen Behörde interagieren können, ohne dass sie sich nach Schweizer Recht strafbar machen. In ihrer Rolle als Arbeitgeberin muss die Bank auf die berechtigten Interessen ihrer Arbeitnehmer Rücksicht nehmen. Das gilt auch für die grenzüberschreitende Kooperation mit einer ausländischen Behörde, in deren Rahmen Mitarbeiterdaten offengelegt werden sollen. Mitarbeiterdaten darf die Arbeitgeberin nur grenzüberschreitend bekannt geben, wenn sie dabei die zahlreichen Bestimmungen des Obligationen- und Datenschutzrechts einhält. Tut sie das nicht, geht sie vorab zivilrechtliche Risiken ein. Die Bestrebungen, die grenzüberschreitende Kooperation in einem neuen Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz zu regeln und damit seit Jahren grassierende Rechtsunsicherheiten aus dem Weg zu räumen, sind grundsätzlich zu begrüßen. Das neue Gesetz wird aber nur dann einen Nutzen bringen, wenn die Beteiligten dadurch in Kooperations- und Souveränitätsfragen wieder handlungsfähiger werden und sich dabei auf rechtsstaatlich festerem Boden bewegen können. Darüber hinaus müsste das neue Gesetz eine Reihe zusätzlicher Erwartungen erfüllen.

Den Ausgangspunkt des vorliegenden Beitrages bilden interne Untersuchungen, die eine Bank parallel zu den Ermittlungen einer ausländischen Behörde durchführt bzw. durchführen lässt. Im Zentrum stehen dabei einerseits die Rechte, die der Arbeitnehmer hat, wenn seine Arbeitgeberin einer ermittelnden ausländischen Behörde ihn betreffende Daten bekannt gibt. Andererseits geht es um die strafrechtlichen Risiken, denen die für eine Bank handelnden Personen (Bankvertreter, Rechtsanwälte) im Rahmen der grenzüberschreitenden Kooperation mit einer ermittelnden ausländischen Behörde ausgesetzt sind. Zum Schluss wendet sich die Autorin dem in Entstehung begriffenen Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz zu und formuliert einige Erwartungen, die ein neues Gesetz unbedingt erfüllen müsste.

Die nachfolgenden Ausführungen gelten generell im grenzüberschreitenden Kontext. Aufgrund ihrer Aktualität nimmt die Autorin dabei wiederkehrend auf grenzüberschreitende Ermittlungen von US-Behörden und den «US-Steuerstreit» Bezug. Der Beitrag basiert auf dem Referat vom 7. März 2014 zum selben Thema; er wurde jedoch per Ende Mai selektiv aktualisiert, vorab um neuere Entwicklungen im «US-Steuerstreit» einzubeziehen. Die Autorin spricht stets von der «Bank» ungeachtet dessen, dass viele Aussagen auch auf andere Unternehmen zutreffen.

I. Interne Untersuchungen

1. Begriff, Ziel und Zweck

Interne Untersuchungen sind **private Sonderermittlungen**.¹ Dabei greift eine Bank Hinweise auf Regelverstöße oder andere Unregelmässigkeiten auf und klärt die relevanten Fakten systematisch ab. Je nach den Anforderungen an die Unabhängigkeit der Aufarbeitung führt sie die interne Untersuchung mit eigenen Ressourcen durch oder zieht externe Beauftragte (z.B. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer) bei.²

Interne Untersuchungen sind einmalige Unterfangen, die durch einen besonderen Anlass ausgelöst werden.³ Dadurch unterscheiden sie sich von den routinemässigen Prüfungen der internen Revision.⁴ Abzugrenzen sind sie auch von den obrigkeitlich durchgeführten Ermittlungen einer Aufsichts- oder Strafverfolgungsbehörde.⁵ Obschon es sich grundsätzlich um rein private Massnahmen handelt, werden interne Untersuchungen **häufig durch behördliche Auskunftersuchen oder Ermittlungen ausgelöst**. Damit die Bankvertreter einer Behörde überhaupt korrekt Auskunft erteilen können,⁶ müssen sie die relevanten Fakten kennen. Sind sie unklar, muss der Sachverhalt zuerst in geeigneter Weise abgeklärt werden. Die interne Untersuchung kann je nach den konkreten Umständen das hierfür geeignete Instrument sein.⁷ Behörden sind an den Ergebnissen interner Untersuchungen häufig interessiert, weil sie so ihre eigenen Ermittlungen auf effiziente Weise ergänzen können. Gerade US-Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden stellen sehr weitgehend auf die in internen Untersuchungen gewonnenen Erkenntnisse ab. Sie erwarten, dass Banken und andere Unternehmen Hinweise auf *non-compliance* ohne Zögern aufgreifen und diese dezidiert und umfassend abklären. Sie erachten ein pro-aktives, systematisches Vorgehen als Bestandteil eines robusten Compliance-Systems

¹ VON ROSEN, Internal Investigations, S. 5.

² Siehe I.3. unten; ausführlich zu den Gründen für den Beizug externer Berater: FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 3, S. 54 ff.

³ FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 20 f.; ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 162 f.

⁴ MOOSMAYER/HARTWIG, Interne Untersuchungen, S. 158.

⁵ ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 162.

⁶ Das Erteilen falscher Auskünfte ist häufig strafbewehrt, vgl. z.B. Art. 45 FINMAG.

⁷ Bezüglich der Kriterien für den Entscheid über die Lancierung einer internen Untersuchung siehe FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 47.

sowie als Manifestation des Kooperationswillens. Die Kooperation fällt bei der Auswahl und Bemessung der Sanktionen ins Gewicht,⁸ wobei den US-Behörden diesbezüglich ein grosser Ermessensspielraum zusteht.⁹ Eine Rechtspflicht, interne Untersuchungen durchzuführen, besteht auch in den USA bisher nicht. Allerdings wird kaum eine Bank oder ein anderes Unternehmen die Nachteile in Kauf nehmen wollen, die es voraussichtlich zu vergegenwärtigen hätte, würde es beispielsweise unter Berufung auf den *nemo tenetur*-Grundsatz jede Mitwirkung verweigern und die Ermittlungen gänzlich dem (an sich beweispflichtigen) Staat überlassen.

Zum Thema «Kooperation» und «interne Untersuchungen» führte James M. Cole, Deputy Attorney General des US-Department of Justice aus, in seiner Rede vom 21. Mai 2014 an der Universität Texas School of Law aus:¹⁰

«Even when a financial institution has a good compliance program in place, violations can still occur. When that happens, a critical factor in the Department’s prosecutorial decision-making process is the extent and nature of the entity’s cooperation. But I want to make clear what we mean by cooperation. In order to receive credit for cooperation, companies – including financial institutions – must provide useful and complete facts and do so in a timely manner. To that end, a truly cooperating company will disclose improper conduct, before we know about it; it will secure relevant documents and information promptly; it will conduct its own internal investigations and share with us relevant information it uncovers; it will identify relevant actors within and outside the company, including, if applicable, senior executives; it will make their employees available for interviews; and it will take remedial action to correct the problems and

⁸ Vgl. z.B. Credit Suisse, Statement of Facts, S. 13 f., worin der Bank vorgeworfen wird, sie habe mit der internen Untersuchung (zu) spät begonnen, gewisse fehlbare Mitarbeiter vor deren Weggang nicht zu den Vorgängen befragt sowie E-Mails und Dokumente weggehender Mitarbeiter nicht aufbewahrt. Anerkannt wurde jedoch, dass die Bank Schritte unternahm, so viele Informationen wie möglich wieder herzustellen, abrufbar unter: justice.gov/opa/pr/2014/May/14-ag-531.html; siehe ferner die Rede von Deputy Attorney General des US-Department of Justice, James M. Cole, am 21.05.2014 vor der University of Texas School of Law, wonach die ungenügende Kooperation beim Entscheid, von der Bank ein Schuldgeständnis (*guilty plea*) zu verlangen, schwer ins Gewicht fiel, abrufbar unter: justice.gov/iso/opa/dag/speeches/2014/dag-speech-140521.html; ferner NZZ vom 21.05.2014 «Die US-Justizbehörde tritt nach».

⁹ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 12 ff., S. 15, S. 16.

¹⁰ Abrufbar unter: justice.gov/iso/opa/dag/speeches/2014/dag-speech-140521.html.

discipline employees. I'm not telling you anything new. You have all known for years what constitutes real cooperation and what does not.»

Über das Gesagte hinaus haben die Bank und ihre Führungsverantwortlichen stets auch ein Eigeninteresse an der internen Untersuchung von Vorgängen. Sie dienen unmittelbar der Erhebung eines bestimmten Sachverhalts und dessen Beurteilung im Lichte der anwendbaren Regeln (z.B. Gesetze, Code of Conduct, interne Weisungen). Die daraus hervorgehenden Ergebnisse bilden den Ausgangspunkt für zahlreiche **Folgeschritte**, für die das oberste Management verantwortlich zeichnet:¹¹

- Zunächst versetzt sich die Bankleitung damit in die Lage, die Risiken der Bank besser erkennen, einschätzen und steuern zu können. Ausgehend von diesen Erkenntnissen kann sie die unter den konkreten Umständen geeignete Strategie im Umgang mit den eruierten Risiken festlegen (z.B. Selbstanzeige mit voller Kooperation, aggressive Verteidigung). Es handelt sich folglich um ein Risikosteuerungsinstrument der obersten Führungsebene. Interne Untersuchungen dienen auch dazu, die Compliance dauerhaft zu gewährleisten (sogleich unten). Gleichzeitig manifestiert die Bankleitung, dass sie ihre Aufgaben sorgfältig und im Institutsinteresse wahrnimmt (Haftungsvermeidung).¹²
- Bereits während der laufenden internen Untersuchung können schadensbegrenzende Massnahmen nötig sein (z.B. sofortige Einstellung der andauernden illegalen Aktivität). Die aus der internen Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse bilden die Grundlage für die Einleitung von Korrekturmassnahmen. Diese sind darauf ausgerichtet, festgestellte Mängel zu beheben und Wiederholungen durch geeignete Vorkehrungen auszuschliessen. Interne Untersuchungen sind immer auch eine (nicht zu verpassende) Chance, das Compliance-System robuster zu machen und sich als Organisation laufend zu verbessern.
- Bestehen Hinweise auf Fehlverhalten von Mitarbeitern, dienen die Untersuchungsergebnisse als Grundlage für die disziplinarische und arbeitsrechtliche Aufarbeitung von Vorfällen.

¹¹ FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 5 f.; ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 162.

¹² Vgl. ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 161.

- Die Untersuchungsergebnisse bilden häufig auch die Basis für die Wahrnehmung gesetzlicher Berichts-, Offenlegungs- und Meldepflichten (vgl. z.B. Art. 29 Abs. 2 FINMAG; Art. 9 GwG).

2. Anwendungsbereiche

Das Instrument der internen Untersuchung stammt ursprünglich aus den USA. US-Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden stellen, wie bereits erwähnt, sehr weitgehend auf Erhebungen ab, die das Ermittlungssubjekt im Rahmen einer unabhängigen internen Untersuchung gemacht hat. Für diese Mitwirkung kann es bei der Auswahl und Bemessung der Sanktionen mit Bonuspunkten belohnt werden.¹³

Auch für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz haben interne Untersuchungen in der vergangenen Dekade an Bedeutung gewonnen. Das betrifft vorab global oder grenzüberschreitend tätige Finanzinstitute, die aufgrund ihrer Geschäftsaktivitäten zahlreiche Berührungspunkte zu ausländischen Rechtsordnungen aufweisen. Die Zahl der Berührungspunkte steigt ferner durch die Zunahme extraterritorial wirkender Gesetze,¹⁴ die auch auf Rechtssubjekte ohne physische Präsenz im Erlassstaat anwendbar sind.¹⁵ Auch die Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA stellte seit 2008 verschiedentlich auf die Ergebnisse aus internen Untersuchungen von Beaufsichtigten ab; dabei ging es in erster Linie um die Aufarbeitung grenzüberschreitender Sachverhalte durch unterstellte Institute.¹⁶

Ein eminent wichtiges Feld betrifft interne Untersuchungen bei Hinweisen auf Kartellrechtsverstöße. Diese Abklärungen werden mit Hochdruck durchgeführt, um vor den Konkurrenten bei der Eidg. Wettbewerbskommission WEKO oder einer ausländischen Wettbewerbsbehörde eine Selbstanzeige zu platzieren und durch Kooperation den Kronzeugenstatus zu erlangen. Im Idealfall geht der Selbstanzeiger straffrei aus.¹⁷

¹³ Ausführlich II.2.a) unten; ferner US Federal Sentencing Guidelines (2013), CHAPTER EIGHT – Sentencing of Organizations; Filip Memorandum (2008), Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, 9-28.700 The Value of Cooperation.

¹⁴ Siehe II.1. unten.

¹⁵ ZULAUF/WYSS. ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 165.

¹⁶ FINMA, Jahresbericht (2012), S. 30; FINMA, Jahresbericht (2011), S. 22; ferner GPK, Bericht UBS (2010), S. 3321.

¹⁷ Z.B. Medienmitteilung der WEKO vom 03.02.2012 «WEKO eröffnet Untersuchung gegen Banken»; z.B. NZZ vom 05.12.2013 «Libor-Skandal, UBS entgeht als Kronzeugin

Darüber hinaus kommt das Instrument der internen Untersuchung auch im **reinen Binnenkontext** vermehrt zum Einsatz. Verschiedene Schweizer Unternehmen arbeiteten Hinweise auf eine mögliche *non-compliance* von sich aus in einer unabhängigen internen Untersuchung auf und informierten anschliessend von sich aus die Öffentlichkeit.¹⁸ Wachsende Bedeutung haben interne Untersuchungen zudem im Umgang mit **Whistleblowern**. Banken im Anwendungsbereich des *Sarbanes Oxley Act (2002)* und des *Dodd Frank Act (2010)* verfügen bereits heute über ausgereifte Whistleblowing-Systeme.¹⁹ Die interne Untersuchung der eingehenden Meldungen ist Teil solcher Systeme. Mit dem Inkrafttreten der revidierten OR-Bestimmungen (Art. 321a^{bis} ff. OR) werden die Schweizer Arbeitgeber zwar nicht zur Einführung institutionalisierter Meldeverfahren gezwungen. Der Arbeitgeber ist aber, sofern er kein internes Meldesystem einrichtet, dazu angehalten, innert einer Frist von maximal 60 Tagen ausreichende Massnahmen zur Klärung des Sachverhalts zu ergreifen sowie den Arbeitnehmer über den Eingang der Meldung, ihre Behandlung und die Ergebnisse der getätigten Abklärungen zu informieren. Kommt er diesen Pflichten nicht nach, kann der Arbeitnehmer seine Meldung der zuständigen Behörde weiterleiten, ohne dass es dadurch seine Treuepflicht verletzt.

3. Anforderungen an die Unabhängigkeit

Interne Untersuchungen haben etwas Ambivalentes, weil die Bank gegen sich selbst untersucht und sich im Hinblick auf behördliche Ermittlungen den eigenen Strick zu drehen droht. Auch können die Ergebnisse die Leistungen von Führungspersonen und Organen in Frage stellen. Folglich besteht ein inhärenter Zielkonflikt. Diesem muss die Bank mit geeigneten Massnahmen begegnen, ansonsten die Ergebnisse der internen Untersuchung keine ausreichende **Glaubwürdigkeit** geniessen. Damit schwindet

einer rekordhohen Strafe»; z.B. NZZ vom 03.05.2014 «Untersuchungen am Devisenmarkt, Unmut über die UBS als mögliche Kronzeugin»; ausführlich FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 22 ff.

¹⁸ Z.B. Medienmitteilung der Basler Kantonalbank vom 23.10.2012 «Basler Kantonalbank schliesst Untersuchung betreffend ASE Investment ab», abrufbar unter: www.bkb.ch; ferner Medienmitteilung der Sonova Holding AG vom 30.03.2011 «Wechsel im Management und Verwaltungsrat von Sonova», abrufbar unter: www.sonova.com.

¹⁹ KAYE/SCHOLER, *Deskbook on Internal Investigations*, §1:4.4 [B]; VON ROSEN, *Internal Investigations*, S. 25.

der Nutzen dieser kostspieligen und aufwendigen Übung. Die Institutsleitung muss daher die relevanten Fakten in Strukturen sowie nach Grundsätzen und Methoden aufarbeiten (lassen), die den Schluss auf eine möglichst unabhängige, objektive Abklärung zulassen. Die Anforderungen an die Unabhängigkeit sind aber nicht immer gleich hoch, sondern variieren in Funktion der Tragweite des Untersuchungsgegenstandes sowie von Interessen potenzieller Anspruchsgruppen (z.B. Audit Committee, Verwaltungsrat, Aktionariat, Behörden, Öffentlichkeit).²⁰ Besonders hoch sind sie, wenn die Ergebnisse auch Behörden zugehen sollen.²¹ In diesem Fall findet in der Regel eine Verständigung über den Umfang der Untersuchung und andere Modalitäten wie beispielsweise die *governance* oder die Berichterstattung statt.

Die Unabhängigkeit einer internen Untersuchung kann namentlich durch folgende Maßnahmen gestärkt werden:²²

- zweckmäßige *governance*²³ des Projekts bzw. der task force;
- sorgfältige Auswahl der an der Untersuchung beteiligten Mitarbeiter;
- strikte Beschränkung des Informationsflusses auf das *need-to-know*-Prinzip;
- Einrichtung einer *hotline* für die Untersuchenden im Falle ungebührlicher Beeinflussungsversuche; und
- Beizug externer Dienstleister mit prominenter Rolle.²⁴

Die interne Untersuchung ist nicht in jedem Fall das probate Instrument, so wenn die Zielkonflikte zu gross sind oder der Wille zur sauberen Aufarbeitung fehlt. In diesem Fall sind Alternativen zu prüfen. In Frage kommt, dass die Bank durch eine Anzeige behördliche Abklärungen initiiert oder die Erhebungen der bereits ermittelnden Behörde überlässt.

²⁰ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. XXI.

²¹ DEBEVOISE & PLIMPTON, Compliance-Verantwortung, S. 45.

²² ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 172.

²³ Gemeint sind damit die organisatorischen, strukturellen, personellen und anderen Rahmenbedingungen, unter denen in einer internen Untersuchung Entscheide gefällt und Arbeiten ausgeführt werden.

²⁴ Durch den Beizug externer Rechtsanwälte kann die interne Untersuchung zudem dem Schutz durch das Anwaltsgeheimnis unterstellt werden, ausführlich FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 88 f., S. 325 ff.; ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 175 f.

II. Umfeld ausländischer Ermittlungen

Wie erwähnt werden interne Untersuchungen häufig parallel zu den Ermittlungen einer ausländischen Behörde durchgeführt. Das Umfeld, in dem diese sogenannten *cross-border internal investigations* stattfinden, ist anspruchsvoll. Die Bank und die für sie handelnden Personen (Bankvertreter, Rechtsanwälte) bewegen sich dabei in zwei oder mehreren Rechtsordnungen, die alle beachtet werden wollen.²⁵ Daraus können sich ernsthafte Konflikte ergeben. Das Umfeld prägen ferner die teilweise gegenläufigen Interessen der Bank und ihrer Mitarbeiter.

1. Völkerrechtliche Grundsätze, *Blocking Statutes*

Rechtsdurchsetzungsbehörden stehen heutzutage vermehrt vor der Herausforderung, ihr Recht auch gegenüber Personen durchzusetzen, die auf ihrem Territorium nicht oder nicht dauerhaft präsent sind. Diese Entwicklung hängt zunächst mit der globaler gewordenen wirtschaftlichen Tätigkeit mit grenzüberschreitendem Kapital-, Dienstleistungs- Waren- und Personenverkehr zusammen. Vor dem Hintergrund dieser immer stärkeren Verknüpfungen ist auch der Appetit gewisser Staaten gestiegen, den Geltungsbereich ihrer Rechtsordnung durch **extraterritorial wirkende Normen** über die eigenen Landesgrenzen hinaus auszudehnen.²⁶ Man denke beispielsweise an den *Foreign Account Tax Compliance Act (2010)*, den *Foreign Corrupt Practices Act (1977)* oder den *UK Bribery Act (2010)*. Der Erlass und die Anwendung extraterritorialer Normen sind völkerrechtlich zulässig, wenn ein genügender Anknüpfungspunkt vorhanden ist und weitere Voraussetzungen erfüllt sind.²⁷ Anders ist es grundsätzlich beim zwangsweisen Vollzug solcher Normen gegenüber Personen auf für die rechtsdurchsetzende Behörde fremdem Territorium. Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch das völkerrechtliche **Personalitätsprinzip**. Danach darf ein souveräner Staat Regeln erlassen, die auf alle seine Staatsbürger anwendbar sind, unabhängig davon, wo sie sich befinden. Zu denken ist beispielsweise an die allgemeine Militärdienstpflicht von Staatsangehörigen eines Landes oder die Steuerpflicht von Personen bestimmter Nationalität (z.B. US-Personen).

²⁵ Im Vordergrund steht vorliegend das Schweizer Recht.

²⁶ MÜLLER/WILDHABER, Völkerrecht, S. 373.

²⁷ MÜLLER/WILDHABER, Völkerrecht, S. 373; FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 228 f.

Auch hier gilt, dass der Erlass und die Anwendung solcher Normen grundsätzlich völkerrechtlich erlaubt sind, während der zwangsweisen Durchsetzung gegenüber Personen auf fremdem Territorium rechtliche und faktische Hindernisse entgegenstehen.²⁸

Rechtsdurchsetzende Behörden stossen bei der zwangsweisen Rechtsdurchsetzung an Grenzen des Völkerrechts und nationaler Gesetze. Nach dem **Territorialitäts- und Souveränitätsprinzip** ist jedes Land auf seinem Territorium souverän. Der einzelne Staat ist exklusiver Träger der Hoheitsgewalt und hat das Monopol zum Erlass, zur Anwendung und zwangsweisen Rechtsdurchsetzung von Normen.²⁹ Jedes Land ist völkerrechtlich verpflichtet, die Souveränität anderer Staaten zu respektieren. Kein Land kann diese Hoheitsgewalt anderer Staaten unilateral einschränken.³⁰ Grundsätzlich duldet der souveräne Staat keine Ermittlungs- und Vollzugs-handlungen ausländischer Behörden auf seinem Territorium. Dasselbe würde für quasi-staatliche Ermittlungen gelten, die ein Privater als willensloser, «verlängerter Arm» einer ausländischen Behörde durchführt.

Jeder Staat entscheidet aber nach seinem Gutdünken darüber, ob er Eingriffe in die eigene Souveränität bewusst zulassen oder aber ausdrücklich verbieten will.³¹ Er tut dies, indem er Staatsverträge abschliesst oder nationale Gesetze mit souveränitätsbeschränkendem Inhalt erlässt. Der Schweizer Gesetzgeber hat in dieser Hinsicht folgendes getan:

- Er hat einerseits die **behördliche Zusammenarbeit** in Staatsverträgen und Gesetzen geregelt und damit bewusst Einschränkungen seiner Souveränität in Kauf genommen. Zu denken ist beispielsweise an die zahlreichen Amts- und Rechtshilfebestimmungen, an die Normen betreffend grenzüberschreitende Prüfungen oder an Abkommen etwa im Bereich der Betrugs-³² oder Korruptionsbekämpfung.³³ Aktuell ist ferner die Botschaft für ein neues Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz

²⁸ BJ, Erläuternder Bericht, S. 16; MÜLLER/WILDHABER, Völkerrecht, S. 373.

²⁹ BGE 129 I 212, E. 4.2; BJ, Erläuternder Bericht, S. 16.

³⁰ BGE 104 Ia 369, E. 2b; BJ, Erläuternder Bericht, S. 16.

³¹ KUSTER, Vorstudie, S. 4.

³² Z.B. Abkommen vom 26.10.2004 über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen (SR 0.351.926.81).

³³ Z.B. Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, in Kraft seit 30.07.2000 (SR 0.311.21).

(ZSSG) in Ausarbeitung, das die grenzüberschreitende behördliche Zusammenarbeit zum Gegenstand hat.³⁴

- Andererseits hat der Schweizer Gesetzgeber Bereiche definiert, in denen er explizit keine Eingriffe in seine Souveränität duldet. Angesprochen sind die sogenannten Verbotsgesetze oder *blocking statutes*. Widerhandlungen gegen solche Verbotsnormen sind strafbar. Man unterscheidet generelle *blocking statutes*, die dauernd und gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis gelten, und spezielle *blocking statutes*, die einen ganz spezifischen Angriff auf die Rechtsordnung abwehren. Die Schweiz kennt ausschliesslich die erste Kategorie (z.B. Art. 47 BankG;³⁵ Art. 43 BEHG;³⁶ Art. 271, Art. 273 StGB³⁷), auf die weiter unten eingegangen wird. Darüber hinaus kann der Bundesrat im Sinne eines ultima ratio-Instruments auch verfassungsunmittelbare Massnahmen anordnen (vgl. Art. 184, Art. 185 BV;³⁸ Notrecht), die unter anderem ein Kooperations- und Offenlegungsverbot zum Gegenstand haben können.³⁹
- Unschärfen bestehen in Bezug auf die Frage, inwieweit **private Rechtssubjekte** mit ausländischen Behörden direkt zusammenarbeiten dürfen. Grundsätzlich ist die Zusammenarbeit solange erlaubt als ihr keine Schweizer Bestimmung entgegensteht (was aber angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheiten nicht immer leicht zu beurteilen ist). Gewisse Konkretisierungen müssten dem künftigen Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz zu entnehmen sein.

Wohl existieren, wie gesehen, Staatsverträge und Gesetze, welche die grenzüberschreitende Zusammenarbeit unter Behörden ermöglichen. Diese Verfahren werden aber teilweise als wenig effizient und zielführend empfunden. Entsprechend versuchen ausländische Behörden, Banken in ihrem Visier möglichst zur **direkten Kooperation** auf ihrem Territorium zu bewegen. Das ist aus ihrer Perspektive in vielen Fällen eine legitime Forderung, wenn man bedenkt, dass sich die Banken durch ihre Geschäfts-

³⁴ Siehe V. unten.

³⁵ SR 952.0.

³⁶ SR 954.1.

³⁷ SR 311.0.

³⁸ SR 101.

³⁹ Vgl. *Blocking Order* im Fall Marc Rich (1983), siehe VPB 51.5 (1987); vgl. vorbehaltener *Blocking Order* im Fall UBS, siehe GPK, Bericht UBS (2010), S. 286; ferner FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 291 f.

tätigkeit klar in den Anwendungsbereich dieser fremden Rechtsordnungen begeben haben. Die direkte Kooperation ist auch deshalb gewünscht, weil die ermittelnde ausländische Behörde einen unmittelbaren Eindruck der Bank und der Führungsverantwortlichen erhalten möchte. So ist für Ermittler beispielsweise von Interesse, ob die Führungsriege Einsicht in Regelverstöße und Kooperationswillen zeigt. Dieser Kooperation sind aber, wie noch gezeigt wird, nach Schweizer Recht Grenzen gesetzt.

Zusätzliche Herausforderungen entstehen dadurch, dass im Kontext ausländischer Ermittlungen **unterschiedliche Rechtssysteme, unterschiedliche Rechtsordnungen und unterschiedliche Rechtskulturen** aufeinander treffen, die über weite Strecken inkompatibel sein können.⁴⁰ Dennoch müssen die Untersuchenden bestrebt sein, sämtliche einschlägigen Bestimmungen (z.B. Datenschutz, Offenlegungspflichten und -verbote) einzuhalten. In diesem Spannungsfeld müssen sich die ermittelnde ausländische Behörde, die Bank als Untersuchungsobjekt und deren Rechtsvertreter bewegen. Das macht solche Unterfangen derart anspruchsvoll.

2. Interessenlage

In internen Untersuchungen und noch mehr bei der damit verbundenen grenzüberschreitenden Kooperation treffen unterschiedliche Interessen von Behörden und Privaten aufeinander. Während die ausländische Behörde unter dem Erwartungsdruck steht, ihr eigenes Recht durchzusetzen, ist den hiesigen Behörden daran gelegen, die Einhaltung der Schweizer Rechtsordnung zu gewährleisten und die schweizerische Souveränität vor Beeinträchtigungen zu schützen. Im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen stehen primär die Interessen der privaten Akteure.

a) Bank

aa) Abklärungsinteresse

Zunächst hat die Bank, die mit ausländischen Ermittlungen konfrontiert ist, ein **dringendes Interesse an der Abklärung** der gegen sie erhobenen Vorwürfe. Nur so ist sie in der Lage, ihre Risiken einzuschätzen, ihre Interessen zu verteidigen und sinnvolle Korrekturmassnahmen einzuleiten. Zu diesem Zweck muss sie die relevanten Fakten durch Datenanalysen, Gespräche mit

⁴⁰ KUSTER, Vorstudie, S. 7.

Mitarbeitern und auf andere geeignete Weise aufarbeiten können. Das Bedürfnis der Bank ist dabei, möglichst rasch und pragmatisch über eine zuverlässige Informationsbasis zu verfügen.

bb) Kooperationsinteresse

Je nach Ausgangslage, hat die Bank ein vehementes Interesse an der Kooperation. Laufen nämlich die Ermittlungen aus Sicht der ausländischen Behörde unbefriedigend, steigt **das Risiko der Eskalation**. Die Risiken, die von einer Eskalation ausgehen, sind je nach Land unterschiedlich. Sie hängen unter anderem vom Sanktionsinstrumentarium sowie von der Neigung zu unilateralen Zwangsmassnahmen ab. Auch rein faktischer Druck kann zur Eskalation führen, indem ein Institut praktisch handlungsunfähig (gemacht) wird. Man denke beispielsweise an den Ausschluss von existenziellen Dienstleistungen wie dem USD-Clearing oder an die Aufkündigung bzw. Blockierung von Korrespondenzbankkonten. Die Kooperation dient folglich oftmals dazu, Schlimmeres zu vermeiden.⁴¹

Es gibt darüber hinaus **andere Gründe**, die im Einzelfall für eine Kooperation sprechen. Die Kooperationsbereitschaft hängt häufig von den Geschäftsinteressen der Bank im jeweiligen Land ab. Je nachdem wollen sie diese nicht durch Ermittlungen oder Verfahren mit unkalkulierbaren Risiken aufs Spiel setzen;⁴² gerade in Bezug auf die USA ist das ein zentrales Argument. Verschiedene Behörden setzen zudem Anreize zur Kooperation.⁴³ Die seriöse interne Untersuchung und die daran anschliessende offene Kooperation mit der ermittelnden Behörde können sich bei der Wahl und Bemessung der Sanktionen mildernd auswirken. Zuweilen – leider nicht in jedem Fall – führt die Kooperation zu einem schnelleren Abschluss der Ermittlungen. Häufig haben die Bank und ihre Führungsverantwortlichen ein vehementes Interesse daran, einen Fall möglichst zügig abzuschliessen, um den Blick wieder nach vorne und auf das eigentliche Kerngeschäft zu richten. Sie streben dies auch an, um das Vertrauen der

⁴¹ ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 165.

⁴² ZULAUF, Kooperation, S. 5.

⁴³ Vgl. z.B. UK Financial Conduct Authority, Decision Procedure and Penalties Manual, Ziff. 6.5A; UK Financial Conduct Authority, Enforcement Guide, Ziff. 3.17; US Federal Sentencing Guidelines (2013), CHAPTER EIGHT – Sentencing of Organizations; Filip Memorandum (2008), Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, 9-28.700 The Value of Cooperation; vgl. FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 10 ff.

Öffentlichkeit und anderer Anspruchsgruppen wieder herzustellen. Auch können solche Fälle immense Ressourcen binden, die anderswo gebraucht würden. Arbeitet eine Bank mit der ermittelnden ausländischen Behörde zusammen, bleibt sie näher am Geschehen.⁴⁴ Sie erfährt eher, wo die Behörde thematische Schwerpunkte setzt, wie sie den Fall einschätzt oder wo das Stimmungsbarometer ist. Das sind Indikationen, die sie für die optimale Interessenwahrung nutzen kann.

Das Gesagte soll kein Plädoyer für bedingungslose Ergebnisorientierung und Kooperation sein. Es kann auch Fälle geben, in denen volle Kooperation nicht der richtige Weg ist. Die Vor- und Nachteile wollen aber in jedem Fall sorgfältig gegeneinander abgewogen werden.

cc) Exkurs: Gefahrenpotenzial der US-Rechtsordnung

Notorisch gefährlich ist die **US-Rechtsordnung**. Sie kennt ein im europäischen Vergleich weitgehendes Unternehmensstrafrecht.⁴⁵ Die strafrechtliche Anklage (*indictment*) oder das Schuldgeständnis (*guilty plea*) einer Bank vor oder nach erfolgter Anklage können aufgrund der Besonderheiten des Bankgeschäfts einschneidende Kollateralschäden verursachen. Im schlimmsten Fall können geschäftshemmende Reaktionen von Gegenparteien, Lizenzentzüge, Rückzüge institutioneller Investoren sowie Vertrauensverluste bei Kunden und im Markt zur Aufgabe der gesamten oder mindestens von Teilen der Geschäftstätigkeit führen.

Folgende Schweizer Banken betreffende **Beispiele** illustrieren die möglichen Folgen von Schuldgeständnissen vor oder nach erfolgter Anklage durch das US-Department of Justice:

Ein Beispiel betrifft die **Bank Wegelin & Co.**, die im Januar 2013 in den USA wegen strafbarer Beihilfe zu Steuerdelikten von US-Steuerpflichtigen (*conspiracy to evade taxes*) angeklagt wurde.⁴⁶ Obschon die alteingesessene Schweizer Privatbank über keinerlei Präsenz in den USA verfügte, sah sie sich mit Blick auf die Auswirkungen der unmittelbar bevorstehenden Anklage zur raschen Aufteilung des Unternehmens in einen «gesunden» (zu verkaufenden) und einen «kontaminierten» (abzubauenen) Teil

⁴⁴ ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, S. 168.

⁴⁵ DEBEVOISE & PLIMPTON, Compliance-Verantwortung, S. 45.

⁴⁶ Siehe Medienmitteilung des US-Department of Justice vom 03.01.2013 «*Swiss Bank Pleads Guilty In Manhattan Federal Court To Conspiracy To Evade Taxes*», abrufbar unter: <www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/January13/WegelinPleaPR.php>.

gezwungen. Nach erfolgter Anklage bekannte sich die Bank, in der die abzubauenen US-Kunden verblieben, schuldig (*post-indictment guilty plea*⁴⁷) und verpflichtete sich zur Zahlung von USD 74 Mio.

Am 19. Dezember 2012 gaben verschiedene Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden weltweit den Abschluss ihrer Ermittlungen gegen die **UBS** bekannt.⁴⁸ Der Bank wurde vorgeworfen, Referenzzinssätze wie LIBOR beeinflusst zu haben. Während die Muttergesellschaft UBS AG mit dem US-Department of Justice ein *non-prosecution agreement* abschliessen konnte, sah sich die japanische Tochtergesellschaft UBS Securities Japan Co. Ltd. gezwungen, angesichts der unmittelbar drohenden Anklage ein Schuldgeständnis (*pre-indictment guilty plea*) abzulegen. Darin gab sie zu, sich nach US-Recht betrügerisch verhalten bzw. *wire fraud* begangen zu haben. Die Tochtergesellschaft wurde mit USD 100 Mio. gebüsst. Insgesamt musste sich die UBS-Gruppe zwecks Beilegung der erwähnten aufsichts- und strafrechtlichen Ermittlungen zur Zahlung von insgesamt USD 1.5 Mia. verpflichten. Das Schuldgeständnis der Tochtergesellschaft hatte keine weitreichenden Konsequenzen, indem im Vorfeld befürchtete Verwerfungen an den Märkten ausblieben. Ausserdem konnte sie, soweit ersichtlich, ihre Lizenz behalten und ist heute noch operativ. Dasselbe Vorgehen wählte das US-Department of Justice kurz darauf gegenüber der Royal Bank of Scotland.⁴⁹

Das US-Department of Justice ermittelte mindestens seit Juli 2011 wegen strafbarer Beihilfe zu Steuerdelikten von US-Steuerpflichtigen gegen die Credit Suisse.⁵⁰ Seit dem Untergang der (zuerst angeklagten und schliesslich freigesprochenen) Beratungsfirma Arthur Andersen⁵¹ waren die US-Strafverfolger bei Anklagen von Unternehmen zurückhaltender geworden. Gerade gegenüber systemrelevanten Finanzinstituten

⁴⁷ Zum Unterschied zwischen *pre-* und *post-indictment guilty plea* siehe FINMA, Untersuchung Credit Suisse, S. 17, wonach eine Bank beim *pre-indictment guilty plea* noch Möglichkeiten hat, auf den Inhalt des Schuldgeständnisses Einfluss zu nehmen, während der Inhalt beim *post-indictment guilty plea* wegen der bereits erfolgten Anklage vorgegeben ist.

⁴⁸ FINMA, Bericht UBS/LIBOR; *Agreements* des US-Department of Justice, abrufbar unter: <www.justice.gov/opa/pr/2012/December/12-ag-1522.html>; *Order* der US CFTC, abrufbar unter: <www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr6472-12>; *Final Notice* der UK FSA, abrufbar unter: <www.fsa.gov.uk/static/pubs/final/ubs.pdf>.

⁴⁹ *Agreements* des US-Department of Justice, 06.02.2013, abrufbar unter: <www.justice.gov/criminal/vns/caseup/rbssecurities.html>.

⁵⁰ Vgl. Meldung der Credit Suisse vom 15.07.2011 betreffend Zustellung eines Target Letter, abrufbar unter: <www.credit-suisse.com/news/en/media_release.jsp?ns=41815>.

⁵¹ Vgl. *Arthur Andersen LLP v. US*, abrufbar unter: <www.law.cornell.edu/supct/html/04368.ZS.html>.

nutzten sie vorab das deferred prosecution agreement (DPA) oder non-prosecution agreement (NPA), die zum Abschluss der Ermittlungen durch Vereinbarung führen. Allerdings wurde das US-Department of Justice für diese Praxis von politischer Seite zunehmend kritisiert, weil kein Unternehmen wegen seiner Systemrelevanz über dem Recht stehen kann. Die Kritik erreichte am Hearing vom 26. Februar 2014 vor dem Permanent Subcommittee on Investigations (PSI)⁵² einen Höhepunkt. Dort wurde der Spitze des US-Department of Justice öffentlich Laschheit in Bezug auf den Fall Credit Suisse vorgeworfen. Seither war die Departementsspitze offenbar darum bemüht, Mittel und Wege zu finden, um selbst systemrelevante Banken unter Abfederung der volkswirtschaftlichen und existenzgefährdenden Auswirkungen härter anpacken zu können. Am 19. Mai 2014 unterzeichnete die Credit Suisse AG (Tochter der Credit Suisse Group AG) ein Schuldgeständnis, bevor es zu einer formellen Anklage kam (pre-indictment guilty plea). Darin anerkannte sie, US-Kunden geholfen zu haben, der US-Steuerbehörde IRS falsche Steuerbelege vorzulegen (conspiracy to aid and assist US-taxpayers in filing false returns). Ausserdem verpflichtete sie sich zu einer Zahlung von insgesamt CHF 2.51 Mia., an der noch andere US-Behörden partizipieren.⁵³ Im Vorfeld koordinierte sich das US-Department of Justice mit den zuständigen Regulatoren. Entsprechend sollen Lizenzentzüge seitens der Regulatoren ausbleiben.⁵⁴ Auch gelangten immer wieder Informationen an die Öffentlichkeit, sodass im Zeitpunkt der Ankündigung Verwerfungen oder unmittelbar negative Auswirkungen auf das operative Geschäft ausblieben. Allerdings wird es Monate oder noch länger dauern bis die Auswirkungen dieses Vorgehens abschliessend beurteilt werden können.

Weiter muss eine Bank damit rechnen, dass sie mittels einer *subpoena* oder eines *John Doe Summons* zur **Herausgabe von Daten** aufgefordert wird. Die zwangsweise Durchsetzung einer solchen Aufforderung kann die Bank zwischen Hammer und Amboss bringen, wenn sie vom US-Richter unter Androhung von *contempt of court* zur Offenlegung von in der Schweiz gelegenen Daten verurteilt wird, deren Bekanntgabe ihr nach schweizerisch-

⁵² Offshore Tax Evasion: The Effort to Collect Unpaid Taxes on Billions in Hidden Offshore Accounts, abrufbar unter: <www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations>.

⁵³ Siehe Medienmitteilung des US-Department of Justice «Credit Suisse Pleads Guilty to Conspiracy to Aid and Assist US-Taxpayers in Filing False Returns» vom 19.05.2014 inklusive Vereinbarungen, abrufbar unter: <www.justice.gov/opa/pr/2014/May/14-ag-531.html>; ferner <www.credit-suisse.com/news/de/media_release.jsp?ns=42324>.

⁵⁴ So auch die FINMA als Heimregulator der Credit Suisse, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/aktuell/seiten/mm-cs-20140520.aspx>.

em Recht gerade verboten ist (z.B. Bankkundendaten, Geschäftsgeheimnisse Dritter). In solchen Justizkonflikten drohen Rechtsunterworfenen aufgerieben zu werden.⁵⁵ Zwar ist das unilaterale, zwangsweise Vorgehen unter Ausserachtlassung der etablierten behördlichen Zusammenarbeitskanäle völkerrechtswidrig, das heisst aber nicht, dass es deswegen nicht vorkommt. Im Fall UBS kam es nur deshalb nicht zu einer völkerrechtswidrigen Zwangsmassnahme, weil sich die Schweiz und die USA am 19. August 2009 aussergerichtlich über die Beilegung des sogenannten *John Doe Summons enforcement* einigen konnten.⁵⁶

b) Arbeitnehmer

Interne Untersuchungen und parallel laufende behördliche Ermittlungen gegen die Bank berühren indirekt auch die Position des Arbeitnehmers. Ihm ist in erster Linie daran gelegen, dass er **nicht in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt** wird. Geschützte Persönlichkeitsgüter sind beispielsweise die berufliche und private Reputation, das berufliche Fortkommen, die psychische und physische Integrität oder das Vermögen. Namentlich hat der Arbeitnehmer ein Interesse daran, durch das Verhalten der Arbeitgeberin keiner unter den konkreten Umständen unverhältnismässigen Belastung seiner Person ausgesetzt zu werden.

Selbstredend begegnen sich hier unterschiedliche Interessen, die es gegeneinander abzuwägen gilt – ein Vorgang der zur Beantwortung arbeits- und datenschutzrechtlicher Fragen stets von zentraler Bedeutung ist.

III. Arbeitnehmerrechte im grenzüberschreitenden Kontext

Interne Untersuchungen und die daran anschliessende grenzüberschreitende Kooperation werfen zahlreiche arbeits- und datenschutzrechtliche Fragestellungen auf.⁵⁷ Im Zentrum stehen vorliegend Fragen im Zusammenhang mit der Offenlegung von Mitarbeiterdaten gegenüber einer ausländischen Behörde. Gerade im Kontext des «US-Steuerstreits» sind zahlreiche Schweizer Banken unter anderem mit der Forderung konfrontiert, dem US-Department of Justice Mitarbeiterdaten bekanntzugeben. Sollen solche

⁵⁵ GPK, Bericht UBS (2010), S. 291; KUSTER, Vorstudie, S. 1; ZULAUF, Kooperation, S. 1077.

⁵⁶ Chronologie des US-Steuerstreits, abrufbar unter: <www.sif.admin.ch>.

⁵⁷ M.w.H. FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 137 ff.

Daten offengelegt werden, muss die Arbeitgeberin einen ganzen Blumenstrauß von Bestimmungen berücksichtigen. Aus diesen arbeitgeberseitigen Pflichten lassen sich umgekehrt verschiedene Rechte des Arbeitnehmers ableiten.

1. Arbeitsrechtliche Anforderungen

a) Fürsorgepflicht

Ausgangspunkt ist die **allgemeine Fürsorgepflicht** (Art. 328 OR⁵⁸). Sie verlangt von der Arbeitgeberin, dass sie auf die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht und von persönlichkeitsverletzendem Verhalten Abstand nimmt. Entsprechend hat sie grundsätzlich jede Form von Vorverurteilung, Rufschädigung oder Erschwerung des beruflichen Fortkommens zu unterlassen. Auch darf sie den Arbeitnehmer keiner unnötigen Belastung aussetzen. Was eine nötige und was eine unnötige Belastung darstellt, ist im Einzelfall durch Abwägung der widerstreitenden Interessen zu ermitteln.

Grundlage der Abwägung ist, dass die Fürsorgepflicht von der Arbeitgeberin verlangt, die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers in guten Treuen zu wahren; gleichzeitig findet sie ihre Grenzen in den berechtigten Eigeninteressen der Arbeitgeberin. Als Korrelat zur Fürsorgepflicht ist der Arbeitnehmer gehalten, die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in guten Treuen zu wahren (Art. 321a OR). Auch die Treuepflicht ist begrenzt durch die berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers. Diese Faktoren sind unter Berücksichtigung der konkreten Umstände in die Waagschale zu legen. Das gilt auch im Hinblick auf die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Mitarbeiterdaten.

Der Arbeitnehmer hat die Arbeitgeberin generell – und ganz besonders in Notlagen – nach seinen Kräften und im Rahmen des Zumutbaren zu unterstützen hat. Übertragen auf die Untersuchungssituation bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer die interne Untersuchung der Arbeitgeberin grundsätzlich unterstützen muss, indem er geschäftsbezogene Unterlagen zur Verfügung stellt und über geschäftsbezogene Vorgänge nach besten Wissen und Gewissen Auskunft erteilt.⁵⁹ Wie viel Aufopferung vom Arbeitnehmer

⁵⁸ SR 220.

⁵⁹ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 219 f.

für die Interessen der Arbeitgeberin verlangt werden kann, hängt auch von seiner hierarchischen Stellung ab. Je höher in der Hierarchie er steht, desto mehr Loyalität und Aufopferung darf von ihm erwartet werden.⁶⁰

Ob die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin der grenzüberschreitenden Bekanntgabe von Mitarbeiterdaten entgegensteht, ist demnach für jeden Fall (oder allenfalls eine Fallgruppe) einzeln zu erörtern. Je nach Situation (oder Notlage) der in Ermittlungen einer ausländischen Behörde verstrickten Arbeitgeberin und der Zumutbarkeit der Offenlegung für den betroffenen Mitarbeiter, kann letzterer eine Verletzung der Fürsorgepflicht geltend machen.

Darüber hinaus ist stets zu prüfen, ob der Bekanntgabe von Mitarbeiterdaten nicht weitere Bestimmungen entgegenstehen.

b) **Bearbeitung von Mitarbeiterdaten**

Die Arbeitgeberin darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (Art. 328b OR). Das bedeutet, dass jede Bearbeitung von Mitarbeiterdaten einen **genügenden Sachzusammenhang zum konkreten Arbeitsverhältnis** aufweisen muss.⁶¹ Diese Anforderung gilt auch bei der Offenlegung von Mitarbeiterdaten gegenüber einer ermittelnden ausländischen Behörde, weil auch die Bekanntgabe eine Form der Datenbearbeitung darstellt. Mitarbeiterdaten dürfen im Lichte dieser Bestimmung nur offengelegt werden, wenn die Tätigkeiten des konkreten Arbeitnehmers einen nachvollziehbaren Konnex zum Untersuchungsgegenstand aufweisen. Im Kontext des «US-Steuerstreits» wird beispielsweise vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer, dessen Daten dem US-Department of Justice offengelegt werden sollen, in die Organisation, Betreuung oder Überwachung von US-Kundenbeziehungen involviert war.⁶² Ein Arbeitnehmer kann sich unter Berufung auf Art. 328b OR gegen die Offenlegung seiner

⁶⁰ Vgl. BGE 104 II 29; BGE 101 Ia 548; BGE 97 II 145.

⁶¹ Siehe FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 160 f.

⁶² Entsprechendes reflektiert auch die Musterverfügung des Bundesrates betreffend Bewilligungen nach Art. 271 StGB, Ziff. 1.4, abrufbar unter: <www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf>; ferner Program for non-Prosecution Agreements or non-Target Letters for Swiss Banks, Sec. II.D.1.b., abrufbar unter: <www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf>.

Daten wehren, wenn der erforderliche Sachzusammenhang zwischen seiner Tätigkeit und dem Untersuchungsgegenstand nicht nachvollziehbar vorhanden ist. In einem solchen Fall sind die Datenbearbeitung und damit auch die Bekanntgabe zivilrechtlich unzulässig.

2. Datenschutzrechtliche Anforderungen

Die Arbeitgeberin muss stets auch die Vorschriften des Datenschutzgesetzes beachten. Es bezweckt den Schutz der Persönlichkeit sowie der Grundrechte von natürlichen und juristischen Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG⁶³).

Die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Mitarbeiterdaten gegenüber einer ermittelnden Behörde stellt eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des Gesetzes dar (vgl. Art. 3 lit. a/e/f DSG). Zu beachten sind insbesondere die Bestimmungen über die datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze, das Auskunftsrecht sowie zur grenzüberschreitenden Bekanntgabe von Personendaten.

a) Datenschutzrechtliche Bearbeitungsgrundsätze

Die Bank muss sämtliche der in Art. 4 DSG erwähnten datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze einhalten. Daraus ergibt sich in Bezug auf gegenwärtige und ehemalige Mitarbeiter unter anderem folgendes:

- Die Bearbeitung von Mitarbeiterdaten hat nach Treu und Glauben zu erfolgen (Art. 4 Abs. 2 DSG). Ferner müssen die Beschaffung und der Zweck der Bearbeitung für die betroffenen Arbeitnehmer erkennbar sein (Art. 4 Abs. 4 DSG). Daraus kann je nach den konkreten Umständen eine Pflicht der Arbeitgeberin abgeleitet werden, die Betroffenen über anstehende Datenübermittlungen zu informieren.⁶⁴ Damit werden sie in die Lage versetzt, Auskunft über und Einsicht in solche Dokumente zu verlangen (vgl. Art. 8 DSG) und nötigenfalls rechtliche Schritte zur Untersagung der Bekanntgabe einzuleiten (vgl. Art. 15 DSG).
- Jede Bekanntgabe von Mitarbeiterdaten muss zudem **verhältnismässig** sein. Das fordert sowohl das Arbeits- wie auch das Datenschutzrecht (Art. 328b OR; Art. 4 Abs. 2 DSG). Wie erwähnt muss aus der arbeits-

⁶³ SR 235.1.

⁶⁴ EDÖB, Leitfaden privater Bereich (2009), S. 4; ferner EDÖB, Merkblatt (2013).

rechtlichen Perspektive ein ausreichender Sachzusammenhang zwischen der Tätigkeit des konkreten Arbeitnehmers und dem Untersuchungsgegenstand vorhanden sein. Darüber hinaus muss die Offenlegung von Mitarbeiterdaten gegenüber der ermittelnden ausländischen Behörde mit Blick auf das damit verfolgte Ziel geeignet, erforderlich und dem einzelnen Arbeitnehmer auch zumutbar sein. Kann dasselbe Ziel auch ohne Namensnennung erreicht werden, ist die Bekanntgabe nicht notwendig und deshalb unverhältnismässig. Wird der Arbeitnehmer damit beispielweise unmittelbar einer individuellen strafrechtlichen Verfolgung oder einer medialen Verunglimpfung ausgesetzt, wird die Verhältnismässigkeit einer Bekanntgabe über diesen Kanal schwierig zu rechtfertigen sein. In diesem Fall sollte die Bank erwägen, ob der Verweis an die schweizerischen Amts- oder Rechtshilfebehörden angebracht ist.

b) Auskunftsrecht

Jede Person und damit auch jeder gegenwärtige oder ehemalige Mitarbeiter kann vom Inhaber einer Datensammlung – vorliegend der Arbeitgeberin – Auskunft darüber verlangen, ob und welche Daten über ihn bearbeitet werden (Art. 8 Abs. 1 DSG). Die *ratio legis* dieser Bestimmung besteht darin, dass der Mitarbeiter gestützt auf die Auskunft seine Rechte überhaupt wahrnehmen⁶⁵ und beispielsweise gegen eine ihn übermässig belastende Datenübermittlung rechtzeitig opponieren kann. Auf das Auskunftsrecht kann er grundsätzlich nicht im Voraus verzichten (Art. 8 Abs. 6 DSG). Ferner muss er für die Inanspruchnahme seines Rechts kein glaubwürdiges Interesse und keine drohende Persönlichkeitsverletzung dartun.

Das Auskunftsrecht setzt allerdings das Vorliegen einer Datensammlung voraus. Eine solche liegt vor, wenn Personendaten so organisiert sind, dass sie nach betroffenen Personen erschliessbar sind (Art. 3 lit. g DSG). Das ist in der digitalisierten Welt viel eher der Fall als in den Zeiten der physischen Dossiers. Hinzu kommt, dass gerade die zwecks Datenanalyse in internen Untersuchungen eingesetzten Applikationen über ausgegorene Suchfunktionen verfügen, wodurch die dort vorhandenen Daten relativ problemlos

⁶⁵ Botschaft DSG, S. 433.

nach Personen erschliessbar sind.⁶⁶ Umfangmässig ist das Auskunftsrecht auf Angaben beschränkt, die den einzelnen Arbeitnehmer unmittelbar betreffen und unter seinem Namen oder Kürzel auffindbar sind. Bestehen Unsicherheiten über den Umfang des Auskunftsrechts, sollte sich die Arbeitgeberin an der *ratio legis* orientieren.

Die Auskunft ist in der Regel schriftlich, in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie sowie grundsätzlich kostenlos zu erteilen (Art. 8 Abs. 5 DSG). Ausnahmsweise kann der Mitarbeiter ihn betreffende Daten im Einvernehmen mit der Arbeitgeberin oder auf ihren Vorschlag hin auch an Ort und Stelle einsehen. Die Auskunft kann auch mündlich erteilt werden, wenn der Mitarbeiter einverstanden und von der Arbeitgeberin vorgängig identifiziert worden ist (Art. 1 Abs. 3 VDSG⁶⁷).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang das zwischenzeitlich vom Obergericht des Kantons Zürich bestätigte Urteil, worin eine hiesige Bank verpflichtet wird, dem ehemaligen Bankmitarbeiter **Kopien sämtlicher in die USA übermittelter Dokumente** auszuhändigen.⁶⁸ Letzterer hatte sich dagegen gewehrt, die rund 200 Seiten umfassenden Dokumente vor Ort einzusehen. Darüber hinaus stellte das Obergericht fest, der im Arbeitsvertrag erklärte Verzicht auf das Auskunftsrecht sei datenschutzrechtlich nicht bindend. Laut Medienberichten soll die Bank das Urteil ans Bundesgericht weitergezogen haben.⁶⁹ Identische Entscheide ergingen auch in Genf.⁷⁰

Die Arbeitgeberin kann die Auskunft aus überwiegenden Eigeninteressen **verweigern, einschränken oder aufschieben**, aber nur soweit sie die Mitarbeiterdaten nicht Dritten bekannt gibt (Art. 9 DSG). Daraus folgt, dass die Arbeitgeberin, die Mitarbeiterdaten einer ermittelnden ausländischen Behörde – und damit Dritten – bekanntzugeben beabsichtigt, die Auskunft nicht mit der Begründung ihrer eigenen Interessenwahrung oder Notlage,

⁶⁶ Ausführlich FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 205 f.; vgl. hierzu die Ausführungen in der Empfehlung des EDÖB vom 15.10.2012 an die Credit Suisse, S. 9 f., abrufbar unter: <www.edoeb.admin.ch>.

⁶⁷ SR 235.11.

⁶⁸ Urteil des Obergerichts vom 28.02.2014 (Ref. LB130059-O/U), abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LB130059.pdf>.

⁶⁹ Vgl. NZZ vom 10.04.2014 «Urteil mit weitreichenden Folgen, Banken müssen Datentransfer offenlegen».

⁷⁰ Vgl. NZZ vom 25.06.2013 «Steuerstreit Schweiz – USA, Genfer Zivilgericht untersagt Credit Suisse Datenübermittlung»; 20 Minuten vom 30.10.2013 «Banker sollen Kopien von US-Daten erhalten»; Blick vom 30.10.2013 «Bankangestellte sollen bei Datenerlieferung an die USA Kopie erhalten».

verweigern, einschränken oder aufschieben kann. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die falsche oder unvollständige Auskunftserteilung strafbar ist (Art. 34 Abs. 1 lit a. DSG).

Die Auskunft oder der Entscheid über die Beschränkung des Auskunftsrechts muss grundsätzlich innert 30 Tagen nach dem Eingang des Begehrens erteilt werden. Kann die Arbeitgeberin diese **Frist** nicht einhalten, muss sie den Arbeitnehmer darüber informieren und ihm mitteilen, bis wann die Auskunft erfolgen kann (Art. 1 Abs. 4 VDSG). Ist der Arbeitnehmer mit der Offenlegung seiner Daten nicht einverstanden, verfügt er als Folge der Auskunft über die notwendigen Informationen, um sich gegen eine Übermittlung zu wehren (Art. 15 DSG).

c) **Grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten**

Eine wichtige Informationsschutznorm enthält Art. 6 DSG, der sich spezifisch mit der grenzüberschreitenden Bekanntgabe von Personen- und damit auch von Mitarbeiterdaten befasst. Diese Bestimmung ist kein eigentliches *blocking statute* und auch keine *lex specialis* der soeben diskutierten Normen, sondern tritt zu allen anderen Anforderungen hinzu.

Nach Art. 6 DSG darf die Arbeitgeberin Mitarbeiterdaten nur ins Ausland übermitteln, wenn das Zielland einen vergleichbaren Datenschutz kennt. Fehlt im Empfängerstaat ein **angemessener Schutz**, löst dies die Vermutung der Persönlichkeitsverletzung aus. Insbesondere die US-Rechtsordnung gehört zu denjenigen Staaten, die keinen vergleichbaren Datenschutz gewährleistet.⁷¹ Die Vermutung der Persönlichkeitsverletzung kann nur durch Anrufung eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes widerlegt werden.⁷² Diese sind in Abs. 2 von Art. 6 DSG abschliessend aufgezählt. Beispielsweise müssen die Schweizer Banken, gegen das US-Departement of Justice wegen strafbarer Beihilfe zu Steuerdelikten ermittelt, bei der Übermittlung von Mitarbeiterdaten mindestens einen der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe anrufen können. Als solche kommen grundsätzlich hinreichende Schutzgarantien, die Einwilligung der betroffenen Person, ein überwiegendes öffentliches Interesse oder die Feststellung, Ausübung oder

⁷¹ Vgl. die vom EDÖB gestützt auf Art. 7 VDSG veröffentlichte Staatenliste, abrufbar unter: <www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>.

⁷² Botschaft DSG und STE 108 Zusatzprotokoll, S. 2129.

Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht in Frage. Im Einzelnen ist hierzu folgendes anzumerken:

- Ein angemessenes Schutzniveau kann durch **Garantien** herbeigeführt werden (Art. 6 Abs. 2 lit. a DSGVO), namentlich durch eine Datenschutzerklärung oder -vereinbarung. Grundsätzlich können solche Abreden auch mit ermittelnden ausländischen Behörden getroffen werden, wenn deren Recht und Praxis dies zulassen. Im «US-Steuerstreit» gelang es aber beispielsweise nicht, mit dem US-Department of Justice derartige Garantien zu vereinbaren.
- Betroffene Personen können der grenzüberschreitenden Bekanntgabe ihrer Daten zustimmen (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSGVO). Kann sich die Arbeitgeberin auf die **Einwilligung** des Mitarbeiters in die Datenübermittlung berufen, hat sie einen Rechtfertigungsgrund. Voraussetzung ist dabei, dass dem Mitarbeiter «reiner Wein eingegossen» wird. Mit anderen Worten muss er in Kenntnis aller für ihn wesentlichen Tatsachen und Risiken freiwillig zustimmen. Er kann seine Entscheidung jederzeit für die Zukunft widerrufen. Das Gesetz spricht von der Einwilligung «im Einzelfall.» Nach der hier vertretenen Auffassung muss es aber im Minimum möglich sein, einmal in eine Mehrzahl gleichgearteter Datenübermittlungen an denselben Empfänger einzuwilligen.⁷³
- Die grenzüberschreitende Bekanntgabe kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, wenn sie der Wahrung eines **überwiegenden öffentlichen Interesses** dient (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSGVO). Diese Klausel kann zur Anwendung gelangen, um die schweizerische Wirtschaft oder bestimmte Wirtschaftszweige vor tiefeschürfenden Sanktionen oder Schäden zu bewahren.⁷⁴ Dieser Rechtfertigungsgrund wurde im Kontext des «US-Steuerstreits» verschiedentlich mobilisiert. Die Nicht-Kooperation und insbesondere die Verweigerung der Offenlegung von Mitarbeiterdaten gegenüber dem US-Department of Justice bringen ein Eskalationsrisiko mit sich,⁷⁵ dessen Materialisierung den betroffenen Schweizer Banken, dem Schweizer Finanzplatz und den schweizerischen volkswirtschaftlichen Interessen erheblichen Schaden zufügen kann. Dass in diesem schwierigen Dossier ein öffentliches Interesse an der Kooperation

⁷³ M.w.H. FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 261.

⁷⁴ ROSENTHAL/JÖHRI, N. 60 zu Art. 6 DSGVO; FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 262.

⁷⁵ Siehe auch II. 2. a) bb) und II. 2. a) cc) oben.

besteht, belegen auch die Aktivitäten des Bundes. Beispielsweise anerkannte der Eidg. Datenschutzbeauftragte EDÖB in seinen Empfehlungen vom 15. Oktober 2012 an fünf Banken das Vorliegen eines öffentlichen Interesses.⁷⁶ Gleichzeitig machte er aber klar, dass die Rechte der betroffenen natürlichen und juristischen Personen zu wahren sind.⁷⁷ Auch die Anstrengungen verschiedener Bundesbehörden, nach der Ablehnung der *Lex USA* durch das Parlament⁷⁸ dennoch einen ausreichenden Kooperationsrahmen zu schaffen, sind Belege dafür, dass ein öffentliches Interesse an der Bereinigung des schon mehr als sechs Jahre schwellenden «US-Steuerstreits» besteht.⁷⁹

- Laut Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO können Personendaten und damit auch Mitarbeiterdaten grenzüberschreitend bekannt gegeben werden, wenn solches zur gerichtlichen **Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen** oder zur Verteidigung unerlässlich ist. Dieser Rechtfertigungsgrund wird im Kontext des «US-Steuerstreits» kaum thematisiert, was einigermassen erstaunt. Der Eidg. Datenschutzbeauftragte EDÖB geht davon aus, dass ein Verfahren im technischen Sinn anhängig sein müsse, was auf bloss faktische Ermittlungen einer Strafuntersuchungs- oder Aufsichtsbehörde nicht zutreffe.⁸⁰ Diese restriktive Auslegung ist nach Ansicht der Autorin nicht sachgerecht. Auch in solchen (mit harten Bandagen geführten) Ermittlungen geht es ganz klar um die Verteidigung und Interessenwahrung. Angesichts der negativen Folgen einer Anklage besteht das oberste Ziel in aller Regel darin, eine Eskalation zu vermeiden und eine Vereinbarung in Form eines *non-prosecution agreement* oder *deferred prosecution agreement* abschliessen zu können.⁸¹ Ein wesentliches «Eintrittsticket», um vergleichen zu können, ist die Kooperation. Das schliesst aus Sicht der US-Aufsichts- und Straf-

⁷⁶ Vgl. Medienmitteilung des EDÖB vom 16.10.2012 «Übermittlung von Bankmitarbeiterdaten: Empfehlungen an fünf Banken», abrufbar unter: <www.edoeb.admin.ch>.

⁷⁷ Vgl. Merkblatt des EDÖB vom 20.06.2013 «Merkblatt für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden», abrufbar unter: <www.edoeb.admin.ch>.

⁷⁸ Siehe Webseite des EFD, Beratung der *Lex USA* im Parlament, abrufbar unter: <www.efd.admin.ch/themen/steuern/02729/?lang=de>.

⁷⁹ Vgl. Musterverfügung betreffend Bewilligung nach Art. 271 StGB, Ziff. 1.4, abrufbar unter: <www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf>.

⁸⁰ Z.B. Empfehlung des EDÖB vom 15.10.2012 an die Zürcher Kantonalbank, abrufbar unter: <www.edoeb.admin.ch>.

⁸¹ Siehe II. 2. a) bb) und II. 2. a) cc) oben.

verfolgungsbehörden stets die Einsichtnahme in relevantes Untersuchungsmaterial mit ein. Weil es sowohl in (formlosen) Ermittlungen als auch in (formellen) Verfahren gleichermassen um die Verteidigung der Institutsinteressen geht, muss dieser Rechtfertigungsgrund auch in beiden Konstellationen zur Verfügung stehen.

d) **Persönlichkeitsverletzungen und Rechtfertigungsgründe**

Die Arbeitgeberin darf Mitarbeiterdaten grundsätzlich nicht unter Verletzung der oben beschriebenen datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze⁸² oder gegen den ausdrücklichen Willen eines Mitarbeiters aufbereiten und Dritten bekannt geben (vgl. Art. 12 DSGVO). Anders verhält es sich nur, wenn sie einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 DSGVO anrufen kann. Als solche kommen unter anderem die Einwilligung des betroffenen Mitarbeiters sowie überwiegende private oder überwiegende öffentliche Interessen an der Datenbearbeitung in Betracht. Hinzu kommt, dass bei der grenzüberschreitenden Bekanntgabe in ein Land ohne angemessenes Schutzniveau zusätzlich ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO gegeben sein muss, da diese Bestimmungen kumulativ gelten.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Arbeitgeberin wiederkehrend gegenläufige Interessen gegeneinander abwägen muss. Übermittelt sie Mitarbeiterdaten gestützt auf eine unausgewogene Interessenabwägung und ohne ausreichenden Rechtfertigungsgrund an eine ausländische Behörde, geht sie zivilrechtliche Rechtsrisiken ein. In einem solchen Fall kann der Arbeitnehmer mit positiven Erfolgsaussichten den Rechtsweg beschreiten (vgl. Art. 15 DSGVO) und versuchen, die grenzüberschreitende Bekanntgabe durch ein gerichtliches Verbot zu unterbinden.

Beispielsweise bestätigte ein Genfer Zivilgericht am 21. Juni 2013 das zu Jahresbeginn superprovisorisch angeordnete **Übermittlungsverbot** betreffend die Daten eines ehemaligen Bankangestellten des US-Desk der Credit Suisse.⁸³ Einerseits monierte das Gericht, eine solche Datenanfrage müsse nach den Regeln über die Rechtshilfe erfolgen, was im konkreten Fall nicht geschehen sei. Das Risiko des ehemaligen Bankmitarbeiters, in den USA inhaftiert oder angeklagt zu werden, sei glaubhaft dargelegt worden. Andererseits zweifelte der Zivilrichter an der Verhältnismässigkeit der Be-

⁸² Siehe III. 2. a) oben.

⁸³ Vgl. NZZ vom 25.06.2013 «Genfer Zivilgericht untersagt Credit Suisse Datenübermittlung».

kanntgabe, indem der Nutzen dieser Daten bei der Suche nach einer aussergerichtlichen Einigung der Credit Suisse nicht erstellt sei. Ob der Entscheid inzwischen rechtskräftig wurde, ist offen.

In Betracht kann je nach den konkreten Umständen auch eine Klage des Arbeitnehmers wegen Persönlichkeitsverletzung, auf Schadenersatz und/oder Genugtuung kommen.

3. Besonderheiten des «US-Steuerstreits»

Die Schweizer Banken, die in den USA in Ermittlungen wegen strafbarer Beihilfe zu Steuerdelikten von US-Kunden verwickelt sind, wurden dazu angehalten, um eine **Bewilligung des Bundesrates** nachzusuchen (Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV). Diese ermöglicht ihnen bzw. den für sie handelnden Personen (z.B. Bankvertreter, Rechtsanwälte) die straffreie Kooperation.⁸⁴ Die Bewilligung kommt im Kleid einer Verfügung daher, die unter anderem mit Auflagen zum Schutz der Bankmitarbeiter und anderer Personen, deren Daten in die USA übermittelt werden sollen, verbunden ist. Nach Ziffer 1.4 der Musterverfügung dürfen nur Daten betreffend ehemalige und gegenwärtige Mitarbeiter herausgegeben werden, die innerhalb der Bank Geschäftsbeziehungen mit US-Kunden organisiert, betreut oder überwacht haben.⁸⁵ Darüber hinaus dürfen sie nur bekannt gegeben werden, wenn die betroffenen Personen mindestens 20 Tage vor der Herausgabe ans US-Department of Justice über Umfang und Art der Daten sowie über den Zeitraum, aus dem sie stammen, informiert worden sind. Kommt die Arbeitgeberin aufgrund ihrer Interessenabwägung zum Schluss, dass sie Daten betreffend einen Mitarbeiter gegen dessen Willen übermitteln will, muss sie ihn auf sein Klagerecht nach Art. 15 DSG hinweisen. Sie darf Daten, die einen opponierenden Mitarbeiter betreffen, frühestens 10 Tage nach dieser Mitteilung transferieren, sofern bis dahin keine Klage anhängig gemacht oder nachdem die Klage rechtskräftig abgewiesen wurde. Im Übrigen wird in der Musterverfügung explizit auf weitere Massnahmen zum Schutz von Bankmitarbeitern (z.B. Kostentragung für Anwälte, Diskriminierungsverbot,

⁸⁴ Siehe IV.2. unten.

⁸⁵ Musterverfügung betreffend Bewilligung nach Art. 271 StGB, abrufbar unter: <www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf>; ferner Program for non-Prosecution Agreements or non-Target Letters for Swiss Banks, Sec. II.D.1.b., abrufbar unter: <www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf>.

Fonds für Härtefälle) verwiesen, die durch Vereinbarungen unter den Personalverbänden weiter konkretisiert werden.⁸⁶

Widerhandlungen gegen die gesamte Ziffer 1 der Musterverfügung wurden unter die **Strafandrohung nach Art. 292 StGB** gestellt. Danach kann gebüsst werden, wer der von einer zuständigen Behörde unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet. Die Busse beträgt im Normalfall CHF 10'000.- (Art. 106 Abs. 1 StGB). Damit beabsichtigte der Bund, den arbeits- und datenschutzrechtlichen Vorgaben mehr Nachdruck zu verleihen, indem ihre Verletzung nicht bloss zivilrechtliche, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen haben sollte. Nach Ansicht der Autorin entsprach ein erhöhter Schutz für Bankmitarbeiter und Dritte insbesondere nach der Ablehnung der *Lex USA* durch das Parlament in der Sommersession 2013 einem echten Bedürfnis. Allerdings ist diese Strafandrohung im konkreten Fall primär prophylaktischer Natur. Als Täter kommt nur der Verfügungsadressat in Betracht (echtes Sonderdelikt); nur ihm werden mit der Verfügung Pflichten auferlegt. Im vorliegenden Fall wäre das also die Bank, die ein Bewilligungsgesuch gestellt hat. Dem widerspricht, dass juristische Personen nach schweizerischer Rechtsauffassung nur sehr begrenzt schuld- und straffähig sind, nämlich dann, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht. Allerdings ist Art. 102 StGB, der die Strafbarkeit des Unternehmens hauptsächlich regelt, in dieser Situation nicht einschlägig.⁸⁷ Folglich ist zu bezweifeln, dass eine fehlbare Bank tatsächlich erfolgreich gebüsst werden könnte. Insofern als natürliche Personen wie Bankvertreter oder Rechtsanwälte nicht Verfügungsadressaten sind, fallen sie als Täter ausser Betracht.⁸⁸ Näher zu prüfen wäre allenfalls noch die Anstiftung der (nicht schuld- und straffähigen) juristischen Person.⁸⁹

⁸⁶ Vgl. Vereinbarung vom 29.05.2013 zwischen SBPV, AGV und SBVg, abrufbar unter: <www.sbpv.ch/fileadmin/user_upload/Dossiers/auslieferung/Vereinbarung_USA_Unterzeichnet.pdf>.

⁸⁷ RIEDO/BONER, BSK StGB II, N. 74 ff. zu Art. 292 StGB.

⁸⁸ Vgl. RIEDO/BONER, BSK StGB II, N. 248 zu Art. 292 StGB.

⁸⁹ Vgl. RIEDO/BONER, BSK StGB II, N. 262 ff. zu Art. 292 StGB.

IV. Strafrechtliche Risiken im grenzüberschreitenden Kontext

1. *Blocking Statutes* und andere Strafnormen

Die hiesige Rechtsordnung kennt eine Reihe von *blocking statutes*,⁹⁰ welche die schweizerische Souveränität sowie besonders heikle Daten strafrechtlich schützen. Dazu zählen die verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB), der wirtschaftliche Nachrichtendienst (Art. 273 StGB) sowie das Bankkunden- und Effektenhändlergeheimnis (Art. 47 BankG; Art. 43 BEHG). Eine Bank, die mit Ermittlungen einer ausländischen Behörde konfrontiert ist und dieser Informationen offenlegt, muss sich laufend fragen, wie sie im Lichte dieser Bestimmungen mit den in der Schweiz befindlichen Daten verfahren darf, ohne dass sich die handelnden natürlichen Personen dabei strafbar machen.⁹¹ Grundsätzlich ist jeweils für **jede Datenkategorie** (z.B. eigene Daten, eigene Geheimnisse, fremde Geheimnisse, Mitarbeiterdaten, Personendaten) zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine Bekanntgabe zulässig ist.⁹²

Blocking statutes mögen für Wirtschaftssubjekte willkommene rechtliche Schutzschilder sein, solange eine Kooperation nicht gewollt oder nicht notwendig ist. Die vergangenen Jahre haben aber die Gefahren, die von den *blocking statutes* kombiniert mit ausländischem Kooperationszwang ausgehen, immer wieder aufgezeigt. In dieser **Pflichtenkollision** drohen Schweizer Banken (sowie andere Unternehmen) aufgerieben zu werden. Damit richten sich solche Verbotsnormen plötzlich gegen diejenigen, die sie unter anderem schützen wollen,⁹³ was kontraproduktiv ist. Es ist daher zu begrüssen, dass die heutige Regelung hinterfragt wird.⁹⁴

Der Fokus liegt in diesem Kapitel auf den klassischen *blocking statutes*. Strafrechtliche Risiken können sich natürlich **auch aus anderen Bestimmungen** der Schweizer Rechtsordnung ergeben (z.B. Art. 162 StGB, Art. 321 StGB, aber auch Art. 34 Abs. 1 lit a. DSG). Beispielsweise sind Geschäfts-, Fabrikations- und Berufsgeheimnisse vor unbefugter Offenlegung geschützt. Als Grundregel gilt, dass nur der Geheimnisherr über sein Geheimnis

⁹⁰ Siehe II.1. oben.

⁹¹ Juristische Personen fallen als Täter dieser Delikte ausser Betracht, vgl. Art. 102 StGB.

⁹² Ausführlich FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. XXI.

⁹³ ZULAUF, Kooperation, S. 9, S. 19; FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. XXI.

⁹⁴ Siehe V. unten.

disponieren (z.B. daran festhalten, darauf verzichten, es abändern) kann. Entsprechend hat das zuständige Gremium einer Bank⁹⁵ im Kontext ausländischer Ermittlungen über die Preisgabe oder Nicht-Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen oder von durch das Anwaltsgeheimnis geschützten Informationen zu entscheiden. Richtschnur ist dabei das Institutsinteresse. Über Geheimnisse Dritter kann die Bank nicht disponieren, weil sie nur Inhaberin aber nicht Herrin des Geheimnisses ist. Ebenso wenig kann der Bankmitarbeiter, der beispielsweise als *in-house counsel* an der Durchführung einer internen Untersuchung beteiligt ist, Geheimnisse seiner Arbeitgeberin eigenmächtig preisgeben. Durch die unbefugte Offenlegung gegenüber einer in- oder ausländischen Behörde oder einer Drittpartei würde er sich strafbar machen.⁹⁶

2. Verbotene Handlungen für einen fremden Staat

Nach Art. 271 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer auf schweizerischem Staatsgebiet, ohne Rechtsgrundlage oder besondere Erlaubnis im Interesse eines fremden Staates Handlungen vornimmt, die einer Schweizer Behörde vorbehalten sind. Ob eine bestimmte Handlung einer hiesigen Behörde vorbehalten ist, beurteilt sich ausschliesslich nach der schweizerischen Rechtsauffassung. Dabei ist unerheblich, ob die ausländische Rechtsordnung eine Handlung als private Vorkehrung einstuft.⁹⁷ Strafbar macht sich im Übrigen auch, wer verbotenen Handlungen Vorschub leistet, indem er sie beispielsweise mitorganisiert. Als Täter kommen ausländische Behördenmitglieder, aber auch Privatpersonen wie Bankvertreter, beizgezogene Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer in Frage.

Schutzzweck der Norm ist die Abwehr von Angriffen auf die Gebietshoheit und die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz. Sie wurde zusammen mit der Bestimmung zum wirtschaftlichen Nachrichtendienst in

⁹⁵ M.w.H. BÖCKLI, N. 174, S. 1606 f., N. 672, S. 1806, wonach diese Aufgabe primär dem Verwaltungsrat zufällt.

⁹⁶ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 267.

⁹⁷ Ein Beispiel betrifft das aus dem Rechtskreis des *common law* stammende *pretrial discovery*-Verfahren, das die Beweiserhebung im Zivilprozess weitgehend den Parteien überlässt. Demgegenüber stellt die Beweiserhebung nach schweizerischem Verständnis eine dem Schweizer Richter obliegende Amtshandlung dar. Aus diesem Grund ist die Bedienung von *pretrial discovery*-Begehren in der Schweiz ohne entsprechende Ermächtigung nicht zulässig; ROSENTHAL/JÖHRI, N. 12, N. 33 zu Art. 271 StGB.

den 30er-Jahren geschaffen. Auslöser war die Verschleppung des jüdischen Journalisten Berthold Jacob durch den Gestapo-Agenten Wesemann von Basel nach Deutschland.⁹⁸ Das als Reaktion auf diesen Vorfall im dringlichen Verfahren verabschiedete sogenannte «Spitzelgesetz»⁹⁹ hatte primär zum Ziel, die Schweiz vor souveränitätsverletzenden Übergriffen deutscher Agenten zu schützen. Das Risiko solcher Beeinträchtigungen ist heutzutage bedeutend weniger akut als damals. Praktisch relevanter sind **Beweiserhebungen**, die im Rahmen ausländischer Ermittlungen oder Verfahren direkt von einer ausländischen Behörde verfügt werden und in der Schweiz befindliche Daten betreffen.¹⁰⁰ Was diese aktuelleren Konstellationen angeht, kursieren teilweise völlig überholte,¹⁰¹ aber auch oszillierende Vorstellungen zur Tragweite von Art. 271 Ziff. 1 StGB.¹⁰² Dieser Umstand verursacht nicht nur erhebliche Unsicherheiten unter den Rechtsunterworfenen; vielmehr wird die Norm in vielen Fällen zum zentralen Thema, während die Lösung des ursprünglichen Problems zwangsläufig in den Hintergrund rückt. Das in Entstehung begriffene Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz unternimmt den Versuch, festgestellte Rechtsunsicherheiten zu adressieren, ohne aber die Norm an sich anzutasten.¹⁰³

Den erwähnten Unsicherheiten zum Trotz können nach Ansicht der Autorin dennoch einige klar straffreie Verhaltensweisen ausgeschieden werden.¹⁰⁴ Zu den Strafbarkeitsrisiken sei im Überblick folgendes ausgeführt:

- In grundsätzlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass sich aus schweizerischer Sicht jede Bank – auch vor dem Hintergrund konkreter ausländischer Ermittlungen – ohne Konflikt mit Art. 271 Ziff. 1 StGB selbst untersuchen darf. Die EMRK¹⁰⁵ und die Bundesverfassung gewährleisten das **Recht zur Vorbereitung der eigenen Interessenwahrung** (Art. 29 BV; Art. 6, Art. 10 EMRK).¹⁰⁶ Anders läge der Fall, wenn die für die Bank handelnden Personen als «willenloser, verlängerter Arm» der auslän-

⁹⁸ ZULAUF, Kooperation, S. 2.

⁹⁹ BBl. 1935 I 742 (744).

¹⁰⁰ BJ, Erläuternder Bericht E-ZSSG, S. 9.

¹⁰¹ Vgl. BJ, Zusammenfassung Vernehmlassungsverfahren, S. 6.

¹⁰² ZULAUF, Kooperation, S. 10, der von «eklatanten Mehrfachstandards» spricht.

¹⁰³ Siehe V.2. unten.

¹⁰⁴ Ausführlich FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 241 ff.

¹⁰⁵ SR 0.101.

¹⁰⁶ Ausführlich DELNON/RÜDY, S. 321, S. 329 ff.; BJ, Bericht Zusammenarbeit (2011), S. 28.

dischen Behörde agieren. Wie eingangs gezeigt, sind in internen Untersuchungen aber typischerweise gewichtige Eigeninteressen im Spiel.¹⁰⁷ Vom Grundrecht auf private Abklärungen zu trennen ist die Frage, wie die Bank erhobene Informationen anschliessend im Rahmen der Interessenwahrung einsetzen darf.

- Die grenzüberschreitende Kooperation mit einer ausländischen Behörde ist straffrei möglich, wenn sich die Handelnden auf eine ausreichende **Rechtsgrundlage** (z.B. Amts- oder Rechtshilfeklausel, Gesetz, Staatsvertrag, Notrecht) abstützen können. Als solche kommt auch die im Einzelfall erteilte **Bewilligung** in Betracht (Art. 271 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV¹⁰⁸). Der Bund erteilt immer wieder solche Bewilligungen, um Schweizer Unternehmen die Kooperation oder Verteidigung in ausländischen Ermittlungen oder Verfahren zu ermöglichen.¹⁰⁹
- Die für eine Bank handelnden Personen dürfen ausländischen Behörden **informelle Auskünfte** erteilen. Der Auskunftserteilung aber keine obrigkeitliche Anordnung der ausländischen Behörde zugrunde liegen; vielmehr muss sie formlos und freiwillig erfolgen können. Die Handelnden dürfen unter diesen Voraussetzungen über den Verlauf und wesentliche Erkenntnisse einer internen Untersuchung berichten, solange sie dabei keine anderweitig rechtlich geschützten Informationen (z.B. Kundendaten, Geschäftsgeheimnisse Dritter) preisgeben.
- Das Einbringen von Unterlagen in ausländische Verfahren zum Zweck der eigenen Interessenwahrung gilt als **Parteivorkehr** und ist ohne Konflikt mit Art. 271 StGB zulässig; dasselbe muss für ausländische Ermittlungen gelten. Diese Beurteilung stützt sich auf ein *obiter dictum* des Bundesgerichts im bisher einzigen Entscheid: «Bei der Einreichung von Urkunden geht es im Unterschied zur Zeugenvernehmung um eine behördliches Handeln nicht erfordernde Parteivorkehr».¹¹⁰ Die Lehre verlangt zusätzlich, dass es sich um eigene Unterlagen der Bank handelt und dass sie diese

¹⁰⁷ Siehe I.1. oben.

¹⁰⁸ SR 172.010.1.

¹⁰⁹ Z.B. im Fall des Logistikkonzerns Panalpina, siehe hierzu BJ, Bericht Zusammenarbeit (2011), S. 28; ferner erteilte der Bundesrat im Kontext des «US-Steuerstreits» in verschiedenen Phasen 271-er Bewilligungen, siehe hierzu FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 247 f.

¹¹⁰ BGE 114 IV 131 E. 2. c).

freiwillig einreicht.¹¹¹ Bezüglich Parteivorkehr ist zu beachten, dass diese laut dem Entwurf des Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetzes künftig stets einer Berechtigung bedürfte.¹¹²

- Anspruchsvoller wird es bei der Informationsgewinnung durch (formlose) Befragungen und (förmliche) Einvernahmen.¹¹³ Die in **Mitarbeiterbefragungen** gewonnenen Erkenntnisse stellen einen Teil des «unternehmerischen Erinnerungsvermögens» dar und sind der Bank zuzurechnen. Es geht dabei folglich nicht um Beweisaufnahmen bei «echten Dritten», sondern um bankeigene Sachverhaltserhebungen.¹¹⁴ Daraus darf nach der hier vertretenen Auffassung abgeleitet werden, dass sinn gemässe Zusammenfassungen von Mitarbeiterbefragungen unternehmenseigene Dokumente darstellen, die ohne Konflikt mit Art. 271 Ziff. 1 StGB als Parteivorkehr in ausländische Ermittlungen oder Verfahren eingebracht werden dürfen. Der Preisgabe können allerdings arbeits- und datenschutzrechtliche Hürden im Weg stehen.¹¹⁵ Vorsicht geboten ist allerdings bei förmlichen Einvernahmen auf schweizerischem Staatsgebiet, wenn die gewonnenen Erkenntnisse unmittelbar als Beweiswert in ausländische Ermittlungen oder Verfahren eingebracht werden sollen. Nach der zu unterstützenden Auffassung von DONATSCH ist die Schwelle zur Strafbarkeit erst dann erreicht, wenn sich die Befragenden anmassen (vgl. Art. 287 StGB), wie ein quasi-staatliches Ermittlungsorgan einen unmittelbar verwertbaren Beweis in der vom ausländischen Prozessrecht geforderten Form zu erheben. Sie werden aber mehr Komfort haben, wenn sie **förmliche Einvernahmen** ausserhalb der Schweiz durchführen,¹¹⁶ dafür eine behördliche Bewilligung einholen, die Amts- oder Rechtshilfebehörden einbinden oder sich darauf beschränken, ausschliesslich formlose Mitarbeiterbefragungen durchzuführen.

¹¹¹ M.w.H. FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 240.

¹¹² Siehe V.3. unten.

¹¹³ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 244.

¹¹⁴ G.L.M. HOPF, BSK StGB II, N. 15 f. zu Art. 271 StGB; GULLY-HART/BURCKHARDT, Fraud & Asset Tracing, S. 270.

¹¹⁵ Siehe III. oben.

¹¹⁶ Man beachte aber Art. 4 StGB, der allerdings bisher kaum praktische Wirkung entfaltetete; siehe auch ZULAUF, Kooperation, S. 6.

Die für die Bank handelnden Personen müssen sich stets fragen, ob zusätzlich noch andere Informationsschutzbestimmungen (Art. 273 StGB; Art. 47 BankG; Art. 43 BEHG; Art. 6 DSGVO) anwendbar sind.

3. Wirtschaftlicher Nachrichtendienst

Nach Art. 273 StGB ist strafbar, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet, um es einer fremden amtlichen Stelle zugänglich zu machen oder wer ein solches tatsächlich zugänglich macht. Unter den Begriff des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses fallen alle Tatsachen des Wirtschaftslebens, die Gegenstand eines Geheimnisses sind. Das Grundlagenmaterial und die aus einer internen Untersuchung hervorgehenden Arbeitsprodukte können solche Geheimnisse enthalten. Die Bestimmung gibt aktuell im Kontext des «US-Steuerstreits» zu reden, zumal die kooperierenden Banken dem US-Department of Justice auch Informationen über Drittbanken, Vermögensverwalter und andere Dritte offenlegen sollen. Im Gegensatz zu Art. 271 StGB sieht der Gesetzgeber keine Bewilligungsmöglichkeit vor. Vielmehr wird der Entscheid über die Preisgabe solcher Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse dem jeweiligen Geheimnisherrn überlassen.¹¹⁷

Art. 273 StGB bezweckt in erster Linie den Schutz der gesamtschweizerischen, volkswirtschaftlichen Interessen. Als Nebenprodukt schützt die Norm auch die Interessen privater Wirtschaftssubjekte. Mit Blick auf die Strafbarkeitsrisiken ist folgendes zu beachten:¹¹⁸

- Die Bekanntgabe von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen gegenüber einer ausländischen amtlichen Stelle ist straffrei möglich, wenn sich die Handelnden auf eine **ausreichende Rechtsgrundlage** stützen können. Diese kann in einem Gesetz (z.B. Amts- oder Rechtshilfeklausel), einem Staatsvertrag oder in Notrecht bestehen. Solche Informationen können je nach der einschlägigen Rechtsgrundlage auch über den Kanal der Amts- oder Rechtshilfe übermittelt werden.¹¹⁹
- Das **Einschwärzen** von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ist eine Variante, um die strafrechtlichen Risiken zu eliminieren.

¹¹⁷ HOPF, BSK StGB II, N. 7 zu Art. 273 StGB.

¹¹⁸ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 252 ff.

¹¹⁹ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 275.

- Interessant ist die Frage, ob bzw. wer in die Bekanntgabe von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen gegenüber einer ausländischen Stelle **einwilligen** kann. Entscheidend ist dabei, wer im konkreten Fall effektiv ein Interesse an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen hat. In Frage kommt einerseits ein gesamtschweizerisches Geheimhaltungsinteresse des Staates¹²⁰ und andererseits dasjenige privater Wirtschaftssubjekte. Eine wertvolle Anleitung enthält eine ältere Richtlinie der Bundesanwaltschaft, die vom damaligen Mitarbeiter HOPF wie folgt formuliert wurde: «1. Soweit eine Auskunft ausschliesslich Verhältnisse betrifft, an denen einzig der Auskunftserteilende ein Geheimhaltungsinteresse hat, kann der Entscheid über die Preisgabe derartiger Belange dem Betreffenden selbst überlassen werden. 2. Nach Art. 273 StGB ist es jedoch verboten und strafbar, zuhanden des Auslands über wirtschaftliche Verhältnisse Auskunft zu geben, a) an denen ein (direktes) gesamtschweizerisches Geheimhaltungsinteresse besteht, oder b) an deren Geheimhaltung ein Dritter, welcher der Preisgabe nicht vorher in aller Form zugestimmt hat, ein schutzwürdiges Interesse besitzt».
- Das Gesetz sieht bezüglich Art. 273 StGB keine Bewilligungsmöglichkeit vor. Allerdings muss der Bundesrat die **Ermächtigung zur Strafverfolgung** erteilen (Art. 105 BStP¹²¹). Er hat es folglich in der Hand, im Landesinteresse eine strafrechtliche Verfolgung abzuwenden. Dies tat er beispielsweise im Fall Marc Rich, weil ein gegen seine Person gerichtetes Strafverfahren nur vom eigentlichen Problem der Souveränitätsverletzung durch die USA ablenken würde.¹²² Wie erwähnt hat der Bundesrat im Kontext des «US-Steuerstreits» relativ grosszügig 271-er Bewilligungen erteilt. Folglich nimmt er die damit zusammenhängenden Beeinträchtigungen der schweizerischen Souveränität bewusst in Kauf. Man sollte daraus ableiten dürfen, dass sich der Bundesrat beim Entscheid über die Anhebung einer Strafverfolgung nach Art. 273 StGB von denselben Überlegungen leiten liesse.
- Hohe strafrechtliche Risiken fährt, wer Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse ohne Einwilligung der betroffenen Wirtschaftssubjekte und ohne jede behördliche Rückendeckung ausländischen Stellen offenlegt.

¹²⁰ Siehe ZULAUF, Kooperation, S. 7, wonach die Schweiz nur in seltenen Fällen ein eigenes Geheimhaltungsinteresse an wirtschaftlichen Informationen besitze.

¹²¹ SR 312.0.

¹²² Siehe VPB 51.5 (1987).

4. Bankkunden- und Effektenhändlergeheimnis

Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Busse wird bestraft, wer Kundendaten ohne entsprechende Erlaubnis des Kunden (Geheimnisherrn) unberechtigten Dritten offenlegt oder hierzu zu verleiten versucht (Art. 47 BankG; Art. 43 BEHG). Das Bankkunden- und Effektenhändlergeheimnis schützt die ökonomische Privatsphäre des Kunden. Der Geheimhaltungspflicht unterliegen sowohl persönliche als auch vermögensspezifische Angaben über den Kunden. Das Grundlagenmaterial und die aus einer internen Untersuchung hervorgehenden Arbeitsprodukte können solche Geheimnisse enthalten.

In der vergangenen Dekade änderten einige Staaten ihren Ansatz bei der Bekämpfung der Steuerflucht. Sie tun dies einerseits auf zwischenstaatlicher Ebene (z.B. OSZE, G20) und andererseits, indem sie nicht nur den Druck auf unehrliche Steuerpflichtige, sondern auch auf die Anbieter von Finanzdienstleistungen erhöhen. So kommt es seit einigen Jahren vermehrt zu ausländischen Ermittlungen wegen strafbarer Beihilfe zu Steuerdelikten gegen Schweizer Banken und andere Dienstleister. Dabei verlangen ermittelnde ausländische Behörden wiederkehrend die Offenlegung von Kundeninformationen. Dass die Banken und ihre Mitarbeiter, die bloss Trägerinnen aber nicht Herrinnen dieser Geheimnisse sind, den behördlichen Forderungen angesichts der strafrechtlichen Risiken der unbefugten Bekanntgabe nicht ohne weiteres nachkommen können, müssen sie mittlerweile teuer bezahlen. Mit Blick auf die Strafbarkeitsrisiken ist nach geltendem Recht folgendes zu beachten:¹²³

- Die Offenlegung von Bankkunden- und Effektenhändlergeheimnissen ist straffrei möglich, wenn sich die Handelnden auf eine **ausreichende Rechtsgrundlage** abstützen können. Diese kann in einem Gesetz (z.B. Amts- oder Rechtshilfeklausel), einem Staatsvertrag oder in Notrecht bestehen.
- Hat der Kunde als verfügungsberechtigter Geheimnisherr rechtsgültig auf den Schutz durch das Bankkunden- oder Effektenhändlergeheimnis verzichtet (*secrecy waiver*), können solche Informationen straffrei offengelegt werden. Dabei ist vorauszusetzen, dass der Kunde seinen Geheimhaltungswillen freiwillig sowie in Kenntnis der wesentlichen Umstände und Risiken aufgibt.

¹²³ FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 256.

- Das **Einschwärzen** sämtlicher Angaben, die direkt oder indirekt über die Identität des Kunden Aufschluss geben, ist eine geeignete Massnahme, um die strafrechtlichen Risiken zu eliminieren.
- Unter Umständen kann eine **Interessenabwägung** im Einzelfall die Bekanntgabe von Kundendaten rechtfertigen. Beispielsweise lässt sich argumentieren, dass bei nachrichtenlosen Vermögen das Interesse an der Geheimhaltung infolge des Zeitablaufs schwindet.¹²⁴
- Die Berufung auf strafrechtlichen **Notstand** ist denkbar, vermittelt aber oftmals keine ausreichende Sicherheit für die Handelnden. Die Lehre ist skeptisch. Eine allzu grosszügige Notstandspraxis droht Anreize für Druck durch ausländische Behörden zu setzen, damit anschliessend die «Notbremse des Notstandes» gezogen werden kann. Notstandssituationen werden in der Praxis wiederholt mittels Gutachten abgeklärt. Auch wenn dafür im konkreten Fall gute Gründe vorliegen, verbleiben stets Restrisiken. Als Folge davon ist kaum eine Institutsleitung bereit, die Offenlegung geheimnisgeschützter Daten unter Berufung auf Notstand zu beschliessen und sich mit unsicherem Ausgang straf-, zivil- und aufsichtsrechtlich zu exponieren.¹²⁵
- Hohe strafrechtliche Risiken fährt nach geltendem Recht nach wie vor, wer ohne Rechtsgrundlage, *secrecy waiver* oder Rechtfertigungsgrund Kundendaten direkt oder indirekt offenlegt.

V. **Ausblick: Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz**

1. **Auslöser der Vorlage**

Auslöser dieses Gesetzgebungsprojekts war der «US-Steuerstreit», der in den Jahren 2008/9 mit dem Fall UBS¹²⁶ einen ersten Höhepunkt erreichte.¹²⁷ Er führt(e) wie kaum eine andere Krise¹²⁸ anhand verschiedener Episoden vor, wie hoch das Risiko von Kollisionen mit der US-Rechtsordnung ist und

¹²⁴ Ausführlich HOPF, BSK StGB II, N. 27 ff. zu Art. 273 StGB; ZULAUF, Kooperation, S. 16.

¹²⁵ FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 268 f., S. 297.

¹²⁶ Ausführlich GPK, Bericht UBS (2010); ferner UBS, Transparenzbericht (2010).

¹²⁷ Zu den einzelnen Auslösern siehe BJ, Erläuternder Bericht, S. 4.

¹²⁸ Vgl. z.B. den Fall Marc Rich, VPB 51.5 (1987); ferner die Holocaust-Affäre, beschrieben von ZULAUF, Kooperation, S. 5.

wie verwundbar die Schweiz und ihre privaten Akteure trotz – oder vielmehr – wegen ihrer *blocking statutes* sind. Vor diesem Hintergrund schickte der Bundesrat am 20. Februar 2013 den Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (E-ZSSG) in die Vernehmlassung.¹²⁹

2. Zweck der Vorlage

Der Gesetzesentwurf verfolgt drei Hauptzwecke (Art. 1 E-ZSSG):

- Erstens, soll die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden in Verwaltungs-, Straf-, Zivil- und Handelssachen erleichtert werden (lit. a). Das künftige ZSSG soll aber nur anwendbar sein, soweit nicht in Gesetzen oder Staatsverträgen abweichende Regelungen für die internationale Zusammenarbeit (z.B. im Bereich der Finanzmarktaufsicht und der Steuern) vorgesehen sind. Es handelt sich folglich um eine Auffangregelung.
- Zweitens, konkretisiert der Gesetzesentwurf, unter welchen Voraussetzungen ausländische Amtshandlungen in der Schweiz erlaubt sind (lit. b). Mit anderen Worten geht es dabei um die Frage, in welchen Konstellationen mit Blick auf Art. 271 StGB eine Berechtigung gestützt auf einen Staatsvertrag, ein Gesetz, eine Verordnung oder eine Verfügung notwendig ist. Die Norm an sich bleibt unangetastet.
- Drittens, soll die schweizerische Souveränität besser vor Beeinträchtigungen durch andere Rechtsordnungen geschützt werden (lit. c). Namentlich soll eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, die es dem Bundesrat erlaubt, die Offenlegung bestimmter Informationen in einem blocking order explizit zu verbieten oder umgekehrt eine solche in einem disclosure order explizit anzuordnen. Dafür soll er künftig nicht mehr auf Notrecht greifen müssen, das ohnehin nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen zur Verfügung steht (vgl. Art. 184 f. BV).¹³⁰

¹²⁹ Stand der Vorlage abrufbar unter: <www.bj.admin.ch/bj/de/home.html>.

¹³⁰ BJ, Erläuternder Bericht, S. 10; FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 289.

3. Vernehmlassungsergebnisse

Die Vernehmlassung wurde Ende 2013 abgeschlossen. Die Teilnehmer sparten nicht mit Kritik an der Vorlage.¹³¹ Der Bundesrat entschied dennoch, am Projekt festzuhalten und erteilte dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) bzw. dem Bundesamt für Justiz (BJ) den Auftrag, eine Botschaft auszuarbeiten und zentrale Kritikpunkte der Vernehmlassung noch einmal eingehend zu prüfen. Die Botschaft soll noch im zweiten Quartal 2014 vorliegen.¹³²

Die Vernehmlassungsteilnehmer kritisierten unter anderem:

- Es bleibe zum Teil unklar, wann spezialgesetzliche oder staatsvertragliche Normen dem künftigen ZSSG vorgehen sollen und wann letzteres anwendbar ist. Beispielsweise sei es schwierig, das Fehlen einer spezialgesetzlichen Regelung von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers zu unterscheiden.¹³³
- Einige Teilnehmer waren der Ansicht, das künftige ZSSG werde einen derart beschränkten Anwendungsbereich haben, dass es sich nicht rechtfertige, dafür zu legislieren.
- Umstritten war die Liste der Handlungen, für die mit Blick auf Art. 271 StGB keine Berechtigung notwendig ist. Sie soll einer erneuten Prüfung durch das BJ unterzogen werden.
- Sehr kontrovers diskutiert wurden die Massnahmen, die der Bundesrat zum Schutz der schweizerischen Souveränität vor Beeinträchtigungen durch andere Rechtsordnungen ergreifen könnte (z.B. *blocking/disclosure order*). Auch diesen Punkt soll das BJ noch einmal vertiefen.
- Die bürgerlichen Parteien sowie zahlreiche Wirtschaftsorganisationen sprachen den Umstand an, dass die Schweiz nach wie vor kein Berufsgeheimnis von Unternehmensjuristen kenne und auch das künftige ZSSG ein solches nicht vorsehe.¹³⁴ An diesem Standpunkt hielt der Bun-

¹³¹ BJ, Zusammenfassung Vernehmlassungsverfahren.

¹³² Im Zeitpunkt der Drucklegung lag sie noch nicht vor.

¹³³ BJ, Erläuternder Bericht, S. 12, wonach ein qualifiziertes Schweigen durchaus Vorrang vor der Auffangregelung hat.

¹³⁴ Bereits im Jahr 2010 verzichtete der Bundesrat nach durchgeführter Vernehmlassung auf die Ausarbeitung eines Bundesgesetzes über die Unternehmensjuristinnen und -juristen (UJG), wodurch der Rechtsrat des Unternehmensjuristen fakultativ dem

desrat auch nach der Vernehmlassung fest, will aber diese Frage bei der Revision des BGFA¹³⁵ noch einmal ansehen.

- Schliesslich brachten die Kritiker vor, der Gesetzesentwurf schütze die Position von Individuen (z.B. Bankmitarbeiter, deren Daten offengelegt werden sollen) zu wenig, während er zu sehr in die Grundrechte des Einzelnen eingreife. Hier vertrat der Bundesrat die Auffassung, dass diesem Rechtsschutz in den anwendbaren Spezialgesetzen Rechnung zu tragen sei, nicht aber im künftigen ZSSG.

4. **Berechtigung zur Vornahme von Handlungen für eine ausländische Behörde**

Der E-ZSSG konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen künftig in der Schweiz Handlungen für einen fremden Staat vorgenommen werden dürfen. Grundsätzlich soll gelten, dass Personen, die auf schweizerischem Gebiet für eine ausländische Behörde Handlungen vornehmen, hierzu berechtigt sein müssen. Liegt keine Berechtigung vor, ist Art. 271 StGB anwendbar. Die Berechtigung kann sich auf einen Staatsvertrag, ein Gesetz (z.B. Rechts oder Amtshilfeklausel), eine bundesrätliche Verordnung oder eine Verfügung abstützen. Ist zu erwarten oder angesichts der Umstände anzunehmen, dass bestimmte Handlungen regelmässig oder häufig vorkommen, soll die Berechtigung nicht auf einer Verfügung, sondern auf einer generell-abstrakten Rechtsgrundlage basieren (vgl. Art. 16 E-ZSSG).

Art. 17 E-ZSSG zählt die Handlungen auf, für die künftig eine Berechtigung notwendig wäre, während Art. 18 E-ZSSG diejenigen Handlungen umschreibt, die gerade keine Berechtigung erfordern würden. Anknüpfungspunkt ist somit die Art der Handlung. Art. 17 E-ZSSG unterscheidet in Abs. 1 zwischen Amtshandlungen und qualifizierten Handlungen:

- Einer Berechtigung bedürfen grundsätzlich durch ausländische Behörden oder Privatpersonen vorgenommene **Amtshandlungen** auf schweizerischem Staatsgebiet. Amtshandlungen von Privatpersonen sollen vorliegen, wenn die relevanten Handlungen in die Zuständigkeit einer schweizerischen Behörde fallen und die Privatpersonen von der ausländischen Behörde – sei es direkt oder in deren Auftrag – ausgewählt

Schutz durch das Berufsgeheimnis hätte unterstellt werden können, abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2010/2010-0604.html.

¹³⁵ SR 935.61.

oder instruiert werden. Dasselbe gilt, wenn Privatpersonen in Anwendung ausländischen Rechts tätig werden (Art. 17 Abs. 2 E-ZSSG). Hier drängt sich die Frage auf, ob Rechtsanwälte künftig eine Berechtigung bräuchten, wenn sie für ihre in ausländische Ermittlungen verstrickte Klientin eine unabhängige interne Untersuchung durchführen, deren Ergebnisse der Behörde zugehen sollen. Eine Berechtigung sollte nach Ansicht der Autorin nicht notwendig sein, solange die Bank die Rechtsanwälte selbst auswählt und letztere ihr Mandat im Wesentlichen frei von spezifischen, behördlichen Handlungsanweisungen, die sie zum «verlängerten Arm» machen, erledigen können. Davon zu trennen ist die Frage, inwiefern im Rahmen der internen Untersuchung gewonnene Erkenntnisse anschliessend offengelegt werden dürfen.¹³⁶

- Als **qualifizierte Handlung** gilt die Herausgabe von öffentlich nicht zugänglichen Informationen, die Dritte betreffen oder in einem ausländischen Verfahren als Beweismittel dienen sollen (Art. 17 Abs. 3 E-ZSSG). Daraus folgt zunächst, dass die Bank nur dann keine Berechtigung benötigt, wenn sie eigene Daten oder öffentlich zugängliche Daten Dritter offenlegt. Ob Dritte in die Offenlegung einwilligen können und was daraus folgt, bleibt offen. Darüber hinaus benötigt die Bank künftig für die reine Parteivorkehr eine Berechtigung, selbst wenn sie ausschliesslich eigene Daten ins ausländische Verfahren einbringen will. Diese Regelung steht im Widerspruch zum bisherigen Meinungsstand und ist aus Sicht der Autorin überrissen, mindestens soweit es um eigene Daten geht. Wie das Bundesgericht in seinem *obiter dictum* feststellte, ist das Einreichen von Unterlagen keine einer Schweizer Behörde vorbehaltene Handlung und gilt als reine Parteivorkehr.¹³⁷ Durch diese restriktive Regelung droht das Recht auf Selbstverteidigung eingeschränkt zu werden, das unabhängig davon gelten muss, ob ein Verfahren im In- oder im Ausland stattfindet. Hinzu kommt, dass die Banken für jedes zivil-, aufsichts- oder strafrechtliche Verfahren im Ausland eine Berechtigung einholen müssten. Führt man sich vor Augen, wie viele Verfahren global tätige Banken gezwungenermassen im Ausland führen müssen,¹³⁸ scheint diese

¹³⁶ Vgl. auch IV.2., erstes Lemma, oben.

¹³⁷ Siehe IV.2. oben.

¹³⁸ Z.B. weil aufgrund des lokalen Konsumentenschutzrechts zwingend das Forum am Wohnsitz des Kunden vorgeht.

Regelung reichlich unpraktisch. Im Minimum müsste das so geregelt werden, dass betroffene Banken für eine bestimmte Periode eine individuell-abstrakte Bewilligung nachsuchen können.

Art. 18 E-ZSSG nennt die Handlungen, für die künftig **keine Berechtigung** notwendig wäre. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Darunter fallen die Beantwortung von Fragen ausländischer Behörden, Gespräche und Korrespondenz, soweit daran keine Rechtsfolgen geknüpft sind (was nicht immer leicht zu eruieren ist) und keine Drittdaten betroffen sind (vgl. Art. 17 Abs. 3 E-ZSSG). Der E-ZSSG verlangt, dass die ausländische Behörde auf die Freiwilligkeit der Auskunftserteilung hinweist.

Hinzuweisen ist ferner auf Art. 22 E-ZSSG. Diese Bestimmung nennt die Kriterien, welche die zuständige Schweizer Behörde bei der Bewilligungserteilung gegeneinander abwägen soll. Sie kamen bereits in der Vergangenheit zur Anwendung, sollen nun aber kodifiziert werden. In die Waagschale fallen zunächst **öffentliche Interessen** wie die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit, die Einhaltung internationaler Verpflichtungen, das aussenpolitische Interesse an der Zusammenarbeit mit dem Ausland sowie die Auswirkungen auf die Volkswirtschaft. Weiter soll die zuständige Schweizer Behörde **private Interessen** wie den gesetzlichen Schutz von Geheimnissen, die Verteidigungsmöglichkeit in ausländischen Verfahren sowie wirtschaftliche und andere schützenswerte Interessen berücksichtigen. Der Gesuchsteller soll immer dann keine Bewilligung erhalten, wenn das Interesse am Schutz der Rechtsordnung und der Souveränität gegenüber anderen Interessen überwiegt.

5. Erwartungen an ein Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz

Das Gesetz muss, wenn es einen realen Nutzen bringen soll, unbedingt zwei überragende Ziele erreichen:

- Erstens, in ausländische Ermittlungen oder Verfahren verstrickte Banken, ihre Entscheidungsträger, Mitarbeiter und Rechtsvertreter sowie die zuständigen Schweizer Behörden müssen im Umgang mit den *blocking statutes* und besonders in Souveränitätsfragen wieder **handlungsfähiger** werden. Dass der Bundesrat die Kooperation mit ausländischen Behörden künftig sowohl verbieten als auch anordnen kann, ist ein Schritt in die richtige Richtung. Damit hat er die Möglichkeit, *blocking*

statutes zu übersteuern und verfahrenere Situationen zu deblockieren, bevor das Institut «zu Tode geschützt» wird.

- Zweitens, die typischerweise involvierten Akteure müssen sich **rechtsstaatlich** wieder auf festerem Boden bewegen können.

Eines bleibt aber von vornherein klar: zwischenstaatliche Friktionen wird es weiterhin geben. Das nächste Debakel ist bloss eine Frage der Zeit. Daran kann auch ein Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz nichts ändern, weil es an wirtschafts- und machtpolitischen Realitäten nichts auszurichten vermag. Die Schweiz kann und sollte aber versuchen, sich besser dafür aufzustellen.

Im Einzelnen sind aus Sicht der Autorin folgende Kommentare am Platz:

- Das künftige ZSSG bietet eine Chance, um seit Jahren anhaltende Rechtsunsicherheiten aus der Welt zu schaffen. Umgekehrt besteht die Gefahr, dass damit neue Rechtsunsicherheiten geschaffen werden. Es ist daher alles daran zu setzen, ein solches Ergebnis zu vermeiden. Dieses Risiko besteht insbesondere in Bezug auf Art. 17 und Art. 18 E-ZSSG, weil sie relativ abstrakt und offen formuliert sind. Gerade hier wäre es angezeigt, dass diejenigen Konstellationen, die in der Praxis immer wieder zu Problemen führen, darin **klare Antworten** finden.
- Es ist absehbar, dass künftig viel mehr Bewilligungen notwendig sein werden, was nach Ansicht der Autorin kein wünschbares Resultat ist. Wird aber tatsächlich eine Regelung in Kraft gesetzt, die in der Praxis zu mehr Bewilligungen führt, muss dafür ein unkompliziertes Prozedere zur Verfügung stehen, das innert kurzer Fristen **verbindliche Antworten** der zuständigen Behörde produziert.
- Eine Stelle innerhalb der Bundesverwaltung sollte die Koordination souveränitätsrechtlicher Fragen übernehmen und den Überblick über souveränitätsrelevante Entwicklungen behalten. Auch muss der rasche Zugang zum Bundesrat gesichert sein, weil es letztlich um zentrale Fragen wie die Definition der schweizerischen Souveränität geht. Der Vorentwurf nimmt diesen Gedanken auf, indem er das BJ damit beauftragt, andere Dienststellen im Bereich der internationalen Zusammenarbeit zu beraten und die Koordination sicherzustellen (vgl. Art. 6 VE ZSSG). Aus Sicht der Autorin wäre sogar eine vollständige **Zentralisierung** dieser Aufgabe beim BJ oder einer anderen geeigneten Stelle denkbar, während die zuständigen Bundesstellen ihr jeweiliges Spezialwissen zur Verfügung stellen.

- Darüber hinaus ist essentiell, dass (idealerweise) das BJ die **Praxis sämtlicher Behörden** an einem Ort zugänglich macht. Auf diesem Weg können die privaten Akteure besser einschätzen, in welchen Konstellationen sie bei der zuständigen Behörde um eine Stellungnahme nachsuchen sollten und wann sich dies angesichts der behördlichen Praxis erübrigt. Im Vergleich zur heutigen Situation wäre dies ein Effizienzgewinn und würde die Rechtssicherheit für die Rechtsunterworfenen fördern.
- Zu begrüssen wäre auch eine **klarere Regelung der Zuständigkeiten** und deren Bekanntgabe. Für Rechtsunterworfene sollte ohne Aufwand erkennbar sein, ob ein Departement die Zuständigkeit für die Bewilligungserteilung an andere Dienststellen delegiert hat oder nicht. Es darf nicht angehen, dass sich Betroffene durchfragen müssen bis sie zur zuständigen Stelle finden.

Interne Untersuchungen: Compliance im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Mitarbeitenden

Othmar Strasser, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	243
Materialien.....	245
I. Problemstellung und Einleitung.....	245
1. Merkmale und Anwendungsbereich interner Untersuchungen bei Banken.....	245
2. Zur Rolle von Compliance bei internen Untersuchungen.....	248
3. Gegenstand und methodischer Ansatz dieses Beitrages	249
II. Fall-Beispiel.....	250
1. Sachverhalt.....	250
a) Vorbemerkung.....	250
b) Bildliche Darstellung	251
c) Kurze Beschreibung	251
2. Mögliche Auslöser für eine interne Untersuchung im vorliegenden Fall-Beispiel	253
a) Schreiben des Rechtsvertreters eines geschädigten Investors an die Bank.....	253
b) Auskunftersuchen der FINMA gestützt auf Art. 29 FINMAG	253
c) Editions- und Herausgabeverfügung oder Auskunftersuchen einer Strafuntersuchungsbehörde	253
d) Mitteilungen in der Presse und den Medien.....	254

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, General Counsel Zürcher Kantonalbank.

3.	Interne Untersuchung im Auftrag oder in Absprache mit der FINMA als praktisch bedeutsamer Anwendungsfall	254
4.	Risikoanalyse der Bank bei Aufnahme der internen Untersuchung.....	257
	a) In verfahrensrechtlicher Hinsicht	257
	b) In strafrechtlicher Hinsicht	258
	c) In aufsichtsrechtlicher Hinsicht	260
	d) In zivilrechtlicher Hinsicht	261
	e) Die interne Untersuchung im Spannungsfeld von verschiedenen verfahrensrechtlichen Zielkonflikten.....	262
5.	Umfang der internen Untersuchung.....	262
6.	Rolle von Compliance in der internen Untersuchung	263
III.	Compliance versus Mitarbeitende.....	265
	1. Untersuchungsgegenstand und betroffene Mitarbeitende.....	265
	2. Kritische Problemfelder	266
	a) Zielkonflikt zwischen Aufsichts- und Strafrecht.....	266
	b) Falsche Rechtsauskunft des Mitarbeitenden der Geldwäschereifachstelle als kausale Ursache?	268
	c) Mangelhafte Abklärungen des Kundenbetreuers als Ursache?.....	270
	d) Keine Geldwäscherei nach Art. 305 ^{bis} StGB und kein Organisationsverschulden der Bank nach Art. 102 Abs. 2 StGB mangels Vortat zu Geldwäscherei.....	271
IV.	Compliance versus Geschäftsleitung	272
	1. Untersuchungsgegenstand und betroffene Geschäftsleitungsmitglieder	272
	2. Problemfelder	274
	a) Die Verantwortung für die lückenhafte Weisung.....	274
	aa) Aufsichtsrechtlich	274
	bb) Strafrechtlich.....	274
	b) Loyalitätspflichten von Compliance	275
V.	Compliance versus Verwaltungsrat	276
	1. Untersuchungsgegenstand und betroffene Verwaltungsratsmitglieder	276
	2. Problemfelder	277
	a) Unterlassene Korrekturmassnahmen.....	277

b) Instruktionen des Verwaltungsratspräsidenten und/oder des Verwaltungsrates für die interne Untersuchung.....	278
VI. Zusammenfassung.....	279

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 6. Juni 2014.

- ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Unterlassungsrisiken in der Unternehmensleitung am Beispiel der Geldwäscherei, in: Ders./Marianne Johanna Hilf (Hrsg.), Geldwäscherei – Asset Recovery, 6. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2012, S. 133-173.
- Kommentar zu Geldwäscherei (StGB Art. 305^{bis}), in: Niklaus Schmid (Hrsg.), Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, Zürich 1998, S. 355-684.
- ARZT GUNTHER, Interessenkonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens, SZW 2004, S. 357-368.
- Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen, vom Märchen zum Alptraum, SZW 2002, S. 226-235.
 - Art. 146, 149 und 151 StGB, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013.
- BENEDICK GILLES, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2011, S. 169-180.
- EGLI DANIEL, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht (SSA), Heft 47, Bern 2000.
- FORSTER MATTHIAS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Abhandlungen zum schweizerischen Recht (ASR), Heft 723, Bern 2006.
- FRITSCHÉ CLAUDIA M., Interne Untersuchungen in der Schweiz. Ein Handbuch für regulierte Finanzinstitute und andere Unternehmen, Zürich u.a. 2013.
- GODENZI GUNHILD, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess. Eine Studie zu strafprozessualen Beweisverboten im schweizerischen und deutschen Recht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 154, Zürich u.a. 2008.
- GODENZI GUNHILD/WOHLERS WOLFGANG, Die strafrechtliche Verantwortung des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?, in: Angela Cavallo u.a. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch. Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich 2012, S. 223-250.
- GRABER CHRISTOPH K./OBERHOLZER DOMINIK, Das neue GwG, 3. Aufl., Zürich 2009.
- HOHLER CHRISTOPH/SCHMID NIKLAUS, Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB 100^{quater} f., AJP 2005, S. 515-526.

- NIGGLI MARCEL A./GFELLER DIEGO R., Art. 102 StGB, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB und Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013.
- PIETH MARK, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, ZStrR 121 (2003), S. 353-375.
- POSTIZZI MARIO, Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 17, Basel u.a. 2006.
- RIEDER STEFAN, Whistleblowing als interne Risikokommunikation. Ausgestaltung eines unternehmensinternen Whistleblowing-Systems aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht, Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen (RiU), Band 2, Zürich u.a. 2013.
- SCHNEIDER KLAUS, Unternehmensstrafbarkeit zwischen Obstruktion und Kooperation, Abhandlungen zum schweizerischen Recht (ASR), Heft 764, Bern 2009.
- SCHWARZ JÖRG A., Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei – Eine Bestandesaufnahme nach BGE 134 III 529, HAVE 1/2009, S. 9-16.
- SOMMER PATRICK, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, Jusletter 2005 vom 17. Oktober 2005, Rz. 1-62.
- STRASSER OTHMAR, Zur Rechtsstellung des vom Whistleblower beschuldigten Arbeitnehmers, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Whistleblowing – Multidisziplinäre Aspekte, Bern 2012, S. 55-88.
- Zur Entwicklung der Funktion Legal und Compliance unter dem Aspekt von Corporate Governance – ein Plädoyer für eine integrierte Funktion Recht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, Schweizerische Bankrechtstagung 2011, Basel 2011, S. 93-164.
 - Mangelhafte Geldwäschereidispositive in der Vermögensverwaltung, in: Peter R. Isler/Romeo Cerutti (Hrsg.), Vermögensverwaltung VI, Schriftenreihe des Europa Instituts Zürich, Band 141, Zürich u.a. 2013, S. 41-76.
 - Betrugsbekämpfung bei Banken – eine Innensicht, in: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Hrsg.), Alles Betrug? – Betrug, Betrüger und Betrogene in der Strafrechtspraxis, 7. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Schriftenreihe des Europa Instituts Zürich, Band 146, Zürich u.a. 2014, S. 127-179.
 - Die Geldwäscherei-Strafbestimmung von Art. 305^{bis} StGB als Schutznorm für geschädigte Anleger?, in: Angela Cavallo u.a. (Hrsg.), Liber Amicorum für Andreas Donatsch. Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich u.a. 2012, S. 867-890.
- TERLINDEN ANDRÉ, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht, Band 6, Zürich u.a. 2010.
- WINZELER CHRISTOPH, Art. 3 BankG, in: Rolf Watter u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013.

Materialien

FINMA-RUNDSCHREIBEN 2008/24 vom 20. November 2008: Überwachung und interne Kontrolle Banken, abrufbar unter: <www.finma.ch>.

FINMA-POSITIONSPAPIER zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft («FINMA-Positionspapier Rechtsrisiken») vom 22. Oktober 2010, abrufbar unter: <www.finma.ch>.

I. Problemstellung und Einleitung

1. Merkmale und Anwendungsbereich interner Untersuchungen bei Banken

Eine Legaldefinition der internen Untersuchung findet sich im schweizerischen Recht nicht.¹ Das FINMA-Rundschreiben 2008/24: Überwachung und interne Kontrolle Banken erwähnt in Rz. 111 die «Feststellung und Untersuchung von schwerwiegenden Verletzungen der Compliance» als Aufgabe der Compliance-Funktion. Auslöser für eine interne Untersuchung ist nach dieser Bestimmung also eine (schwerwiegende) Verletzung der Compliance in einer Bank. Hinweise über Verstösse gegen die Compliance können von verschiedenen Seiten kommen. Oft sind es Auskunftersuchen der FINMA oder von Strafuntersuchungsbehörden, denen ein Regelverstoss innerhalb der Bank zugrunde liegt. In Betracht kommen aber auch Hinweise von Kunden in Reklamationsschreiben, Meldungen von Whistleblowern,² Berichterstattungen in den Medien und der Presse, Berichte der internen Revision, Hinweise von Aktionären, etc.³ Auf Regelverletzungen stösst sehr häufig die Rechts- und Compliance-Abteilung einer Bank, welche den Hintergrund von Transaktionen gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG⁴ abzuklären oder zusätzliche Informationen bei erhöhten Risiken nach Art. 14 GwV-FINMA⁵ einzuholen hat.

¹ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 3; STRASSER, Whistleblowing, S. 59.

² RIEDER, Whistleblowing, S. 101 Rz. 203; STRASSER, Whistleblowing, S. 58 ff.

³ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 3.

⁴ SR 952.0.

⁵ SR 955.033.0.

Interne Untersuchungen haben als private Sonderermittlungen⁶ einen Sachverhalt mit Blick auf eine hängige bzw. anstehende zivil-, straf- oder aufsichtsrechtliche Auseinandersetzung zum Gegenstand.⁷ Dabei steht das Interesse im Vordergrund, den Schaden genau zu beziffern, die für den Schadenseintritt relevanten Schwachstellen zu identifizieren und Empfehlungen zur Vermeidung vergleichbarer Ereignisse zu erarbeiten.⁸ Wie FRITSCHÉ zutreffend ausführt,⁹ erfolgt diese Rekonstruktion und Beurteilung bestimmter Fakten «im Lichte der anwendbaren Normen». Dadurch soll eine spätere juristische Beurteilung möglich sein,¹⁰ die jedoch den Gerichten und Behörden vorbehalten sein muss.

In internen Untersuchungen gibt es keine Zwangsmittel und in aller Regel keine Verfahrensbestimmungen.¹¹ Vereinzelt finden sich in Personalreglementen von Banken Bestimmungen über Verfahrensgarantien und Mitwirkungspflichten für die Mitarbeitenden.¹² Was das Fehlen von Zwangsmitteln anbelangt, ist festzuhalten, dass anstelle von Zwangsbefugnissen andere Sanktionen für die von einer internen Untersuchung betroffenen Mitarbeitenden im Raum stehen. Nebst der drohenden Kündigung zufolge Aussageverweigerung als Verletzung der Mitwirkungspflicht¹³ sind auch mögliche Schadenersatzbegehren der Bank sowie die allgemeine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens zu erwähnen.¹⁴ Es lässt sich nicht bestreiten, dass auch bei internen Untersuchungen die Untersuchungshandlungen massiv in Grundrechtspositionen der Betroffenen eingreifen können.¹⁵

In aller Regel erfolgen interne Untersuchungen ohne direkte behördliche Mitwirkung.¹⁶ Allerdings gibt es in der Praxis zahlreiche interne Untersuchungen, die auf Veranlassung von Behörden, namentlich der FINMA, statt-

⁶ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 3.

⁷ STRASSER, *Whistleblowing*, S. 59 f.

⁸ STRASSER, *Whistleblowing*, S. 60; GODENZI, *Beweisbeschaffung*, S. 21 f.

⁹ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 4.

¹⁰ GODENZI, *Beweisbeschaffung*, S. 20 f.

¹¹ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 4; STRASSER, *Whistleblowing*, S. 69 ff.

¹² So z.B. in § 8 des Reglementes über das Personal und die Vergütungen der Zürcher Kantonalbank vom 23. Juni 2011, in der Fassung vom 24. Oktober 2013.

¹³ EGLI, *Verdachtskündigung*, S. 60.

¹⁴ Vgl. zum Ganzen: STRASSER, *Whistleblowing*, S. 69 f.

¹⁵ STRASSER, *Whistleblowing*, S. 65 ff., 75 ff.

¹⁶ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 7.

finden.¹⁷ Oft lassen sich Auskunftsbegehren von Aufsichts- und Strafuntersuchungsbehörden nicht ohne vorgängige interne Untersuchungen beantworten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn Mitarbeitende von Banken ganze Fragenkataloge zu beantworten haben. Man kann in diesem Zusammenhang durchaus von einer Delegation von staatlichen Aufgaben durch Behörden an die Banken sprechen. FRITSCHÉ bezeichnet interne Untersuchungen als «das kleinere Übel».¹⁸ Da drängt sich die Frage auf, für wen eine interne Untersuchung das kleinere Übel ist. Wie noch zu zeigen sein wird, überwiegen deren Nachteile sowohl für die Bank als auch für die betroffenen Mitarbeitenden und Organmitglieder.¹⁹

Eine besondere Art von internen Untersuchungen ist jene zur Aufdeckung von kartellrechtlichen Verstössen zwecks Inanspruchnahme der Bonusregelung.²⁰ Bei Verdacht auf Verstösse gegen das Kartellgesetz geht es für die betroffenen Unternehmen in einem Kampf gegen die Zeit darum, als Erste den Verstoss der WEKO zu melden und dadurch eine Busse zu vermeiden.²¹ Wie SOMMER aufzeigt, stehen bei der Entscheidung über die Frage einer Bonusmeldung nach Art. 49a KG oftmals nur ökonomische Überlegungen im Vordergrund.²² POSTIZZI bezeichnet die Überschreitung der Grenzen des Strafbaren als pathologischen Fall und fügt an, dass man bei Unternehmen, die sich systematisch auf gesetzwidrigem Weg bewegen, auch von einer kriminellen Vereinigung nach Art. 260^{ter} StGB sprechen könne.²³ Sind bankinterne Untersuchungen von solchen monetären Anreizen geprägt, besteht die nicht unerhebliche Gefahr, im sog. Unternehmensinteresse vorschnell unter den Mitarbeitenden ein «Bauernopfer» zu suchen.²⁴

¹⁷ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 7.

¹⁸ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 8.

¹⁹ Vgl. dazu hinten Kapitel IV-VI.

²⁰ Vgl. dazu FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 22 ff.

²¹ Art. 49a Abs. 2 KG (SR 251).

²² Vgl. dazu SOMMER, Bonusregelung, Rz. 50.

²³ POSTIZZI, Unternehmensstrafrecht, S. 48.

²⁴ FORSTER, Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 102 StGB, S. 210; ARZT, Interessenkonflikte, S. 360.

2. Zur Rolle von Compliance bei internen Untersuchungen

Vorab ist klarzustellen, dass es um die Rolle der *Funktion Compliance* nach Rz. 108 ff. FINMA-RS 2008/24 geht.²⁵ Der Aufgabenkatalog von Compliance ist ein vielfältiger.²⁶ Im Zusammenhang mit internen Untersuchungen können der Compliance etwa folgende Aufgaben obliegen: Anlaufstelle für Auskunftersuchen von Behörden, Durchführung oder Begleitung von sog. «unabhängigen» Untersuchungen durch Dritte,²⁷ Vertretung der Bank gegenüber Behörden, Gerichten und Geschädigten, Anlaufstelle für befragte Mitarbeitende und Organmitglieder, Bearbeitung der Anfragen von Presse und Medien, etc. Nicht auszuschliessen ist sodann, dass Angehörige von Compliance als Auskunftspersonen oder gar «Beschuldigte» in die interne Untersuchung einbezogen werden, weil sie als Beteiligte bzw. Täter möglicherweise in Betracht kommen. Eine besondere Rolle in einer internen Untersuchung kann dem General Counsel zukommen, welcher bei Banken in aller Regel der Rechts- und Compliance-Abteilung vorsteht. Davon soll bei der Darstellung der einzelnen Spannungsfelder noch eingehender die Rede sein.²⁸

Eine glaubwürdige interne Aufarbeitung setzt voraus, dass eine interne Untersuchung möglichst frei von Zielkonflikten und Einflussnahme interessierter Personen stattfinden kann. In aller Regel wählt eine Bank für die Durchführung oder Begleitung einer internen Untersuchung eine von ertragsorientierten Geschäftseinheiten losgelöste, inhaltlich weisungsfrei arbeitende Funktion wie die Rechts- oder Compliance-Abteilung aus.²⁹ Auf den Punkt gebracht, ist – wie für die Vertretung des Unternehmens in einem Strafverfahren nach Art. 112 StPO – mit ARZT strikte Neutralität und Unbefangenheit der mit der Untersuchung befassten Personen der Bank zu fordern.³⁰ Dies gilt auch dann, wenn die interne Abteilung der Bank, in aller

²⁵ In der Folge wird entweder von «Compliance» oder «Compliance-Funktion» gesprochen.

²⁶ Vgl. FINMA-RS 2008/24, Rz. 107 ff.; für die Zürcher Kantonalbank vgl. § 13 des Reglementes über die Funktion Compliance der Zürcher Kantonalbank vom 23. Juni 2011, in der Fassung vom 24. Oktober 2013, abrufbar unter: <www.zkb.ch>; zum Ganzen: STRASSER, Corporate Governance, S. 119 ff.

²⁷ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 3.

²⁸ Vgl. hinten Kapitel IV-VI.

²⁹ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 3, 53 ff.

³⁰ ARZT, Interessenkonflikte, S. 365 f.; FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 53 ff.

Regel Compliance, die interne Untersuchung nur begleitet. Mit Blick auf ein pendentes oder bevorstehendes Strafverfahren gilt es etwa zu vermeiden, dass im falsch verstandenen Unternehmensinteresse strafbare Selbstbegünstigungshandlungen nach Art. 305 StGB,³¹ Urkundenunterdrückungen nach Art. 254 StGB,³² falsche Anschuldigungen nach Art. 303 StGB³³ oder Irreführung der Rechtspflege nach Art. 304 StGB³⁴ begangen werden.

3. Gegenstand und methodischer Ansatz dieses Beitrages

In einer internen Untersuchung zielen die Interessen der Bank einerseits und der betroffenen Personen andererseits in verschiedene Richtungen. Vor dem Hintergrund eines bevorstehenden Strafverfahrens unter Einbezug der Bank nach Art. 102 StGB und allfälliger aufsichtsrechtlicher Sanktionen, wie etwa eines Berufsverbotes gemäss Art. 33 FINMAG oder eines Tätigkeitsverbotes nach Art. 35a BEHG,³⁵ ist nachvollziehbar, dass alle Beteiligten ihre persönlichen Interessen in den Vordergrund stellen und alles versuchen, unter straf- und aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten ihre Haut zu retten. Dabei sind mögliche Schadenersatzbegehren von geschädigten Dritten oder Kunden nicht ausser Acht zu lassen. Von dem dadurch entstehenden Spannungsfeld soll in diesem Beitrag die Rede sein.

Aufgrund ihres breiten Aufgabenbereichs und ihrer besonderen Rolle ist Compliance Dreh- und Angelpunkt bei allen anstehenden Untersuchungshandlungen, unabhängig davon, ob sie die Untersuchung selbst durchführt oder ob damit ein unabhängiger Dritter betraut ist. Im Vordergrund der Betrachtungen stehen also persönliche Spannungen zwischen den Betroffenen untereinander und dem Unternehmen sowie den möglicherweise später involvierten Behörden. Dieses Spannungsfeld entsteht unabhängig von der Art der durchgeführten Untersuchungshandlungen. Es geht demzufolge nicht darum, die ebenfalls interessanten Rechtsprobleme rund um Fragen der Mitwirkungspflicht, des Grundsatzes «nemo tenetur», der Zulässigkeit der Überwachung des E-Mail-Verkehrs, etc. näher auszuleuchten.³⁶ Dieses

³¹ SCHNEIDER, Unternehmensstrafbarkeit, S. 129 f.

³² ARZT, Interessenkonflikte, S. 366 f.

³³ SCHNEIDER, Unternehmensstrafbarkeit, S. 130, 172.

³⁴ SCHNEIDER, Unternehmensstrafbarkeit, S. 125.

³⁵ SR 954.1.

³⁶ Vgl. dazu den Beitrag von Thomas Geiser in diesem Band der Schweizerischen Bankrechtstagung 2014.

bislang noch wenig erforschte Spannungsfeld lässt sich nicht rein wissenschaftlich untersuchen und mit höchstrichterlicher Rechtsprechung und Literatur untermauern. Daher werden entsprechende Angaben und Fundstellen eher spärlich sein. Ziel dieses Beitrages ist es, aufgrund praktischer Erfahrungen des Autors den Blick für die schwierige Aufgabe der Compliance zu schärfen, um das Instrument der internen Untersuchung kritisch zu hinterfragen. Der so verstandene Erfahrungsbericht orientiert sich an einem Fall-Beispiel.

II. Fall-Beispiel

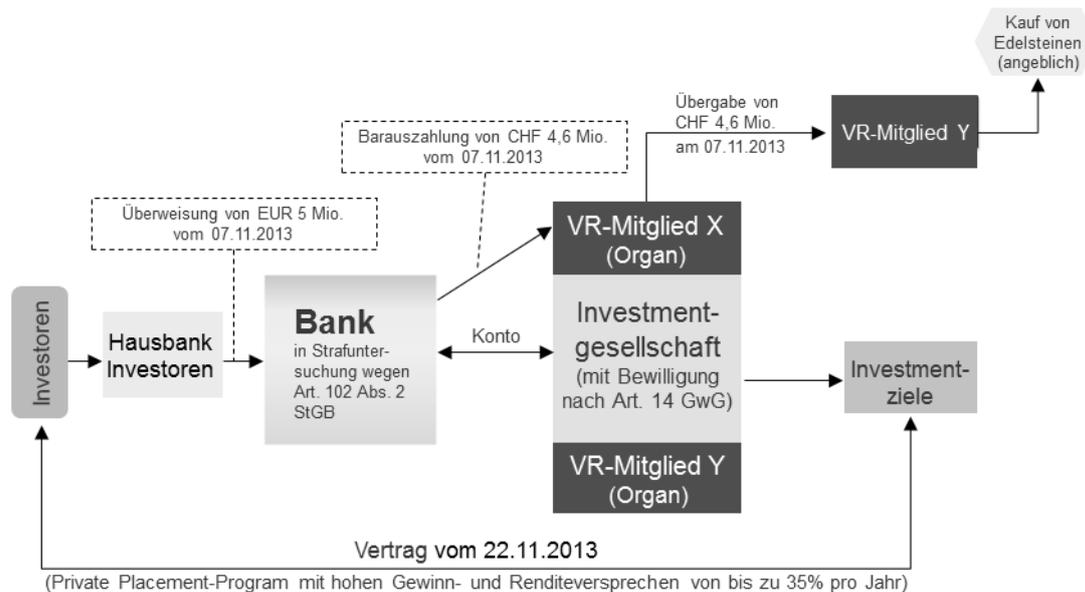
1. Sachverhalt

a) Vorbemerkung

Den folgenden Ausführungen liegt im Kern derjenige Sachverhalt zugrunde, den der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern in seinem Urteil vom 19. April 2011³⁷ im Zusammenhang mit Geldwäscherei-Vorwürfen gegen die Schweizerische Post zu beurteilen hatte. Die vom Amtsgerichtspräsidenten beurteilten tatsächlichen Gegebenheiten lassen sich ohne Weiteres auf ein schweizerisches Bankinstitut übertragen und eignen sich sehr gut, das in diesem Beitrag untersuchte Spannungsfeld zwischen Compliance einerseits und Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Mitarbeitenden andererseits anschaulich aufzuzeigen.

³⁷ Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

b) Bildliche Darstellung



(Hinweis: Gegenüber dem Urteil des Amtsgerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern vom 19. April 2011 leicht vereinfachter Sachverhalt.)

c) Kurze Beschreibung³⁸

Kundin der Bank ist eine Investmentgesellschaft mit Sitz in der Schweiz und mit einer Bewilligung nach Art. 14 GwG, welche nach Ziff. 34 VSB 08 nicht «als inländische andere» Finanzintermediärin im Sinne von Art. 2 Abs. 2 GwG qualifiziert. Auch handelt es sich nicht um eine Investmentgesellschaft nach Art. 2 Abs. 2 lit. b^{bis} GwG, sondern um eine kollektive Anlageform im Sinne von Ziff. 33 Abs. 1 VSB 08 mit 20 oder weniger Investoren, die als wirtschaftlich Berechtigte festgestellt werden müssen. Diese Gesellschaft versuchte im Rahmen eines Private Placement Programs mit hohen Gewinn- und Renditeversprechen von bis zu 35% pro Jahr Investoren im Ausland zu finden. Die Akquisition erfolgte im Wesentlichen über Vermittler. Noch vor Unterzeichnung der entsprechenden Investmentverträge lassen zwei Investoren insgesamt EUR 5 Mio. auf das Konto einer Schweizer Bank, lautend auf die Investmentgesellschaft, überweisen. Am gleichen Tag der Gutschrift auf dem Konto der schweizerischen Investmentgesellschaft hebt das VR-Mitglied X den Betrag von CHF 4,6 Mio. bar ab. Als Grund für den Barbezug gibt das VR-Mitglied an, einen Edelstein zu kaufen. Zu diesem

³⁸ Ausführliche Darstellung bei: STRASSER, Mangelhafte Geldwäschereidispositive, S. 45 ff.; vgl. auch NZZ vom 23. Juli 2010, Nr. 168, S. 9.

Zweck übergibt das VR-Mitglied X dem VR-Mitglied Y gleichentags die bar abgehobene Summe. Es ist erstellt, dass das Geld nicht in die in den Investmentverträgen angegebenen Investmentziele investiert worden ist. Die Spuren des Bargeldes verlieren sich in einer europäischen Grossstadt. Das Geld ist trotz intensiver internationaler Ermittlungen unauffindbar und damit nicht einziehbar.

Den Barbezug am Tage der Gutschrift auf dem Konto der Investmentgesellschaft kündigte das VR-Mitglied X der Bank an, worauf der zuständige Kundenbetreuer das für die Barauszahlung Nötige veranlasste. Er erkundigte sich bei einem Mitarbeitenden der Geldwäschereifachstelle der Bank, ob die Auszahlung zulässig sei. Der angefragte Mitarbeitende gab grünes Licht, nachdem er sich vergewissert hatte, dass auf dem Konto der Investmentgesellschaft der entsprechende Betrag verfügbar war. Gleichzeitig orientierte der Kundenbetreuer seinen Vorgesetzten über den bevorstehenden Barbezug über CHF 4,6 Mio. Vom Kundenbetreuer nach dem Zweck des Barbezuges befragt, antwortete das VR-Mitglied X schriftlich auf einem dazu eigens entworfenen Formular, dass er damit den Kauf eines Edelsteines beabsichtige. Weitere Abklärungen tätigte der Kundenbetreuer nicht. Weder der Mitarbeitende der Geldwäschereifachstelle noch der Kundenbetreuer klärten die Herkunft der Gelder und die wirtschaftliche Berechtigung ab. Auch überprüften sie nicht das Geschäftsgebaren der Investmentgesellschaft anhand allenfalls schon unterzeichneter bzw. verwendeter Investmentverträge, aus denen die hohen Gewinn- und Renditeversprechen und die Investmentziele ersichtlich gewesen wären.

Die Geldwäscherei-Weisung des schweizerischen Bankinstitutes enthält entgegen Art. 24 Abs. 2 lit. i GwV-FINMA keine Betragsgrenzen, ab welchen ein Barrückzug eine Transaktion mit erhöhten Risiken im Sinne von Art. 13 Abs. 2 lit. a GwV-FINMA darstellt.

Nach Art. 14 Abs. 1 GwV-FINMA hat der Finanzintermediär mit angemessenem Aufwand zusätzliche Abklärungen bei Transaktionen mit erhöhten Risiken zu treffen. Ziel einer solchen zusätzlichen Abklärung gemäss Art. 14 GwV-FINMA ist es zu prüfen, ob gegebenenfalls eine Meldung im Sinne von Art. 9 GwG an die Meldestelle für Geldwäscherei nach Art. 23 GwG zu erstatten und eine Sperre der involvierten Vermögenswerte gemäss Art. 10 GwG vorzunehmen ist. Ziel der Meldung und der Sperre ist es, die

Strafbarkeit der Bank und der Mitarbeitenden wegen einer Vereitelungshandlung nach Art. 305^{bis} StGB zu vermeiden.³⁹

2. Mögliche Auslöser für eine interne Untersuchung im vorliegenden Fall-Beispiel

a) Schreiben des Rechtsvertreters eines geschädigten Investors an die Bank

Nicht selten lösen Schreiben von Anwälten, die geschädigte Investoren vertreten, bei den adressierten Banken eine interne Untersuchung aus, so auch im vorliegenden Fall. Der Geschädigtenvertreter äussert gegenüber der Bank den Verdacht, dass über die Konten der Investmentgesellschaft Geldwäscherei im Sinne von Art. 305^{bis} StGB betrieben worden sei oder noch werde. Verbunden wird dieser Hinweis mit der Drohung, dass der Investor die Bank für den Schaden verantwortlich machen werde, der durch den Abzug der Mittel seitens der Investmentgesellschaft infolge unterlassener Meldung an die Meldestelle entstanden ist.⁴⁰ Diesem Verdacht geht die Bank unverzüglich nach, um die Einzelheiten der Barauszahlung abzuklären. Eine Kopie des Schreibens des Anwalts geht an die FINMA.

b) Auskunftersuchen der FINMA gestützt auf Art. 29 FINMAG

Nachdem die FINMA vom Sachverhalt Kenntnis erhalten hat, fordert sie die Bank auf, über die näheren Umstände der Angelegenheit alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, die sie für eine umfassende Beurteilung eines allfälligen Verstosses gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen benötigt.

c) Editions- und Herausgabeverfügung oder Auskunftersuchen einer Strafuntersuchungsbehörde

Die Bank kann von einem Fall wie dem geschilderten auch zunächst von einer Strafuntersuchungsbehörde erfahren, von der sie eine Verfügung zur Sperrung des Kontos der Investmentgesellschaft, eine Editions- bzw. Herausgabeverfügung oder ein Auskunftersuchen erhält.⁴¹ Nicht selten

³⁹ GRABER/OBERHOLZER, Das neue GwG, N. 8 zu Art. 37.

⁴⁰ Vgl. dazu ein Beispiel bei: STRASSER, Art. 305^{bis} StGB als Schutznorm, S. 869.

⁴¹ HOHLER/SCHMID, Stellung der Bank, S. 515, mit weiteren Hinweisen in Fn. 1.

ermitteln die FINMA und Strafuntersuchungsbehörden parallel.⁴² Auslöser für das Tätigwerden der Strafuntersuchungsbehörden kann eine Strafanzeige des Geschädigtenvertreters oder aber der FINMA nach Art. 38 Abs. 3 FINMAG sein. Nicht selten verbinden Strafuntersuchungsbehörden ihre Editions- und Herausgabeverfügungen bzw. ihre Auskunftersuchen mit einer Aufforderung an Mitarbeitende der Bank, als Auskunftsperson oder Zeuge zu erscheinen und auszusagen.⁴³

d) Mitteilungen in der Presse und den Medien

Presse und Medien berichten nicht erst im Falle eines Urteils⁴⁴ oder bei Anklageerhebung,⁴⁵ sondern schon im Vorfeld oder bei Anhebung der strafrechtlichen Ermittlungen.⁴⁶ Journalisten sind in solchen Fällen nicht zimperlich mit einer Bank. Mit aller Kraft führen sie die angeblich fehlbaren Finanzinstitute und deren Mitarbeitende an den Galgen in der Redaktionsstube. In einer solchen Situation ist es für eine Bank nicht einfach, bei laufenden Verfahren intern und extern adäquat zu kommunizieren. Es besteht dabei die nicht unerhebliche Gefahr, schon am Pranger der öffentlichen Meinung und der Medien zu verbluten.⁴⁷ Wenn sich das Strafverfahren sogar gegen das Unternehmen nach Art. 102 Abs. 2 StGB richtet, wird die Rufschädigung noch massiver.⁴⁸

3. Interne Untersuchung im Auftrag oder in Absprache mit der FINMA als praktisch bedeutsamer Anwendungsfall

In der jüngsten Vergangenheit geht die FINMA immer mehr dazu über, bei festgestellten Verstössen gegen die Compliance die Banken zu beauftragen, durch einen unabhängigen Dritten eine interne Untersuchung durchführen zu lassen. Der Auftrag der FINMA ist in diesen Fällen das Ergebnis eines

⁴² BENEDICK, Aussagedilemma, S. 169; TERLINDEN, Untersuchungsbeauftragter der FINMA, S. 181 f.

⁴³ HOHLER/SCHMID, Stellung der Bank, S. 515.

⁴⁴ Vgl. im Falle der Schweizerischen Post: Solothurner Zeitung vom 26. Januar 2012, abrufbar unter: <www.solothurnerzeitung.ch>.

⁴⁵ Vgl. im Falle der Schweizerischen Post: NZZ vom 23. Juli 2010, Nr. 168, S. 9.

⁴⁶ Vgl. für den Anlagebetrugsfall ASE mit rund 500 geschädigten Anlegern im Deliktstrag von ca. CHF 300 Mio.: NZZ vom 25. Oktober 2012, Nr. 249, S. 25.

⁴⁷ So sinngemäss: ARZT, Vom Märchen zum Alptraum, S. 231 f.

⁴⁸ ARZT, Vom Märchen zum Alptraum, S. 232.

engen Kontaktes zwischen Bankinstitut und FINMA, der zu diesem einvernehmlichen Verfahrensschritt führt. Am Anfang steht dabei häufig ein Auskunftersuchen der FINMA gestützt auf Art. 29 FINMAG, im Rahmen dessen die Bank Informationen, Daten und Unterlagen an die Aufsichtsbehörde übermitteln muss. Mit dem Auskunftersuchen sind in aller Regel grössere und kleinere Abklärungsaufträge verbunden, die eine Vorstufe zu einer internen Untersuchung darstellen können – dies vor allem dann, wenn damit Befragungen von Mitarbeitenden verbunden sind.

Eine interne Untersuchung im Auftrag oder in Absprache mit der FINMA ist ein bedeutender Sonderfall, der sich durch wichtige Merkmale, vor allem mit Bezug auf die Verwendung des Untersuchungsberichts, von sog. «gewöhnlichen» internen Untersuchungen unterscheidet, welche die Bank gestützt auf Rz. 111 FINMA-RS 2008/24 selber durch die Compliance-Abteilung durchführen lässt. Um eine Untersuchung durch einen Untersuchungsbeauftragten seitens der FINMA nach Art. 36 FINMAG abzuwenden, wird sich eine Bank dem Auftrag der FINMA nicht widersetzen, selbst eine interne Untersuchung durchzuführen.⁴⁹ Im Gegensatz zum Untersuchungsbeauftragten handelt es sich bei dieser Art von interner Untersuchung nicht um ein im Gesetz ausdrücklich verankertes Instrument. Untersuchungsbeauftragter und interne Untersuchung unterscheiden sich in mancher Hinsicht. «Der Untersuchungsbeauftragte führt gänzlich unabhängig vom Finanzinstitut und auf Weisung der FINMA eine öffentlich-rechtliche Ermittlung durch. Demgegenüber ist die interne Untersuchung eine private Sonderermittlung, die häufig unter Beizug externer Dienstleister (z.B. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, forensische Spezialisten, etc.) gestützt auf einen privatrechtlichen Auftrag erfolgt.»⁵⁰ Nach FRITSCHÉ ergeben sich Fragen aber dann, «wenn die FINMA ein Finanzinstitut zur Durchführung einer internen Untersuchung auffordert und dann das Zepter übernimmt, indem sie diesen Prozess sehr weitgehend kontrolliert.»⁵¹ In einem solchen Fall liege *de facto* oder *de iure* ein Untersuchungsauftrag gemäss Art. 36 FINMAG und keine interne Untersuchung vor. Enthält sich also die FINMA einer weitgehenden Kontrolle der die interne Untersuchung durchführenden Dritten (z.B. einer Anwaltskanzlei), so liegt eine interne Untersuchung vor mit dem wesentlichen Merkmal, dass die daraus

⁴⁹ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 319 ff.

⁵⁰ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 314 f.

⁵¹ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 314 f.

hervorgehenden Arbeitsprodukte durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sind.⁵² Genau dieser Schutz des Anwaltsgeheimnisses greift nach FRITSCHÉ aber nicht, wenn «ein Finanzinstitut eine interne Untersuchung auf Verlangen oder in Absprache mit der FINMA durchgeführt» habe.⁵³ FRITSCHÉ begründet ihre Auffassung damit, dass «es zumindest widersprüchlich» wäre, «wenn es [das Bankinstitut, Ergänzung durch den Verfasser] sich im Nachhinein ganz oder sehr weitgehend auf den Geheimnisschutz» berufen würde. «Ein solches Verhalten dürfte dazu führen, dass die FINMA vom Instrument der internen Untersuchung wekommt und vermehrt das invasivere Mittel des Untersuchungsbeauftragten» einsetzen würde.⁵⁴ Haben wir es also mit einer internen Untersuchung dieser besonderen Art zu tun, hat dies zur Folge, dass die betroffenen Mitarbeitenden und Organmitglieder der Bank in der internen Untersuchung in ein Aussagedilemma geraten, weil die Betroffenen vor der FINMA grundsätzlich kooperieren müssen und gegenüber den Strafbehörden jede Mitwirkung folgenlos verweigern dürfen.⁵⁵ Belasten solche im Auftrag bzw. in Absprache mit der FINMA erstellten internen Untersuchungen die Bank und deren Mitarbeitende und Organmitglieder, so ist in parallelen oder nachgelagerten Strafverfahren denkbar, dass die FINMA gestützt auf die Rechts- und Amtshilfebestimmung von Art. 38 FINMAG und die anwendbaren einschlägigen Finanzmarktgesetze den Strafuntersuchungsbehörden den Untersuchungsbericht samt Einvernahmeprotokollen aushändigen muss.⁵⁶ Ob in solchen Fällen die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote gemäss Art. 248 Abs. 1 StPO Wirkung haben, muss an dieser Stelle einstweilen offen bleiben.⁵⁷ FRITSCHÉ unterstreicht, dass eine Siegelung bei Herausgabe von internen Untersuchungsberichten an Strafuntersuchungsbehörden zumindest dazu führe, dass die Verwertungsfrage vor Ver-

⁵² FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 321; Art. 13 Abs. 1^{bis} VwVG (SR 172.021); Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO (SR 312.0).

⁵³ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 327.

⁵⁴ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 327.

⁵⁵ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 329; BENEDICK, *Aussagedilemma*, S. 170.

⁵⁶ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 330; BGE 129 IV 141 E. 3.4.1 = Pra 2003 Nr. 185 E. 3.4.1.

⁵⁷ Skeptisch: STRASSER, *Whistleblowing*, S. 79; kritisch auch: GODENZI, *Beweisbeschaffung*, S. 332.

wendung der Untersuchungsergebnisse geklärt werde.⁵⁸ Die betroffenen Personen haben allerdings nur beschränkte Möglichkeiten, diesen Prozess zu überwachen, um ihre Rechte zu sichern.

Wie eingangs festgehalten, zeichnen sich interne Untersuchungen in verfahrensmässiger Hinsicht durch das Fehlen von Zwangsmitteln einerseits und das Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie das Fehlen von Verfahrensgarantien andererseits aus. Aufgrund der möglicherweise schwerwiegenden Auswirkungen von internen Untersuchungen für die betroffenen Personen verschärft sich die Problematik dadurch weiter, dass die Untersuchungsergebnisse in parallelen oder nachgelagerten Strafverfahren Eingang finden können, wobei für die Betroffenen nicht zum Vornherein erkennbar ist, welches zusätzliche Risiko für ihre Person dadurch entstehen kann. Auf jeden Fall lässt sich für das hier untersuchte Spannungsfeld soviel ableiten, dass das Rechtsinstrument der internen Untersuchung die Interessenkonflikte zwischen Bank und den Beteiligten sowie unter diesen selbst in einer internen Untersuchung noch weiter verschärft. Je nachdem, wie ein Einzelfall vom Sachverhalt her gelagert ist, kann sich das Spannungsfeld unter den Beteiligten noch weiter akzentuieren. Davon soll im Folgenden die Rede sein.

4. Risikoanalyse der Bank bei Aufnahme der internen Untersuchung

a) In verfahrensrechtlicher Hinsicht

In unserem Fall-Beispiel gehen wir davon aus, dass die FINMA aufgrund von Auskünften und Unterlagen der Bank über den Geldwäscherei-Vorfall entschieden hat, die Bank zu beauftragen, durch einen unabhängigen Dritten, eine Anwaltskanzlei, eine interne Untersuchung durchführen zu lassen. Weiter ist davon auszugehen, dass Vertreter von angeblich geschädigten Investoren bei den zuständigen Strafuntersuchungsbehörden eine Strafanzeige erstattet und die FINMA darüber in Kenntnis gesetzt haben. Gleichzeitig verlangen die Investoren über ihre Anwälte von der Bank Schadenersatz, da die Investmentgesellschaft nicht in der Lage ist, ihnen die investierten Beträge zurückzuerstatten. Noch ist gegen die Bank formell

⁵⁸ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 330 f. Zur Frage, ob die befragte Person bei der Aussage direktem oder indirektem Zwang ausgesetzt war: vgl. BENEDICK, Aussage-dilemma, S. 177 f.

keine Strafuntersuchung eröffnet, und es sind auch noch keine Mitarbeitende oder Organmitglieder als Auskunftspersonen oder Zeugen zur Einvernahme vorgeladen. Die zuständige Staatsanwaltschaft hat der Bank ein Auskunftersuchen zugestellt und die Sperrung des Kontos der Investmentgesellschaft verlangt. Zuständig für die Bearbeitung des Auskunftersuchens und der Sperreverfügung ist eine spezielle Abteilung innerhalb der Organisationseinheit Recht & Compliance der betroffenen Bank.

b) In strafrechtlicher Hinsicht

Aufgrund eines ersten Kontaktes der Bank mit den zuständigen Strafuntersuchungsbehörden ergibt sich folgendes, vorläufiges Bild: Hauptstossrichtung der Staatsanwaltschaft scheint ein Geldwäscherei-Vorwurf gegen die Bank gestützt auf Art. 102 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 305^{bis} StGB zu sein. Als Vortat nennt die Staatsanwaltschaft den Tatbestand des Betruges gemäss Art. 146 StGB, eventuell zieht sie Veruntreuung nach Art. 138 StGB in Betracht. Sie geht von der These aus, dass die Vermittler der Investmentgesellschaft die Investoren auf betrügerische Art und Weise dazu veranlasst haben, Anlagen bei der Investmentgesellschaft zu tätigen, welche diese statt für die angegebenen Investmentziele für den Kauf eines Edelsteins verwendet haben. Die Staatsanwaltschaft nimmt die Bank deshalb ins Visier, weil deren interne Vorschriften nach ihrer Auffassung ganz offensichtlich nicht konkret genug waren, um die Mitarbeitenden bei Bar- und Schaltergeschäften vorgängig zu Abklärungen über die Herkunft der Gelder nach Art. 24 Abs. 2 lit. i in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 lit. a GwV-FINMA zu verpflichten. Die Staatsanwaltschaft erblickt darin einen Organisationsmangel, der geeignet sei, die Auffindung von Vermögenswerten zu vereiteln, weshalb der Tatbestand der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB erfüllt sei. Nach der Beurteilung der Staatsanwaltschaft habe die Bank eventualvorsätzlich in Kauf genommen, das Geld der Investmentgesellschaft könne aus einem Verbrechen stammen. Die Staatsanwaltschaft scheint die Verantwortung für die Vereitelungshandlung nach Art. 305^{bis} StGB einem bestimmten Täterkreis zuzuordnen, ohne aber einen einzelnen Täter identifizieren zu können.⁵⁹ Ob sich einzelnen Mitarbeitenden der Bank ein

⁵⁹ Zum «subsidiär-kollektiven Ansatz» für die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB: vgl. statt vieler: PIETH, *Strafrechtliche Unternehmensverantwortung*, S. 353 ff., 361.

Eventualvorsatz nachweisen lässt, ist im Zeitpunkt der Anhebung der internen Untersuchung noch offen. In Betracht kommen auf den ersten Blick der Kundenbetreuer, der die Barauszahlung vornahm, und der Mitarbeitende der Geldwäschereifachstelle, welcher für die Auszahlung grünes Licht gab. Nicht im Visier der Strafjustiz scheinen andere Mitarbeitende und Organmitglieder der Bank zu sein.

Von der Stossrichtung der Strafermittlungen nicht erfasst zu sein scheint der Tatbestand der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften nach Art. 305^{ter} StGB.⁶⁰

Offenbar scheint die Strafuntersuchungsbehörde nicht zu interessieren, wer der Verursacher des von ihr identifizierten Organisationsmangels nach Art. 102 Abs. 2 StGB ist. Mit andern Worten fragt sie nicht, wer die fehlerhafte Weisung zu vertreten hat und ob dafür allenfalls eine strafrechtliche Verantwortlichkeit besteht.⁶¹ Unter aufsichtsrechtlichen Aspekten⁶² wird diese Frage indessen von grossem Interesse sein, muss die FINMA doch unter anderem zu prüfen, ob sie wegen Verletzung der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 37 GwG Strafanzeige beim Eidgenössischen Finanzdepartement zu erstatten hat. Strafbar ist sowohl die vorsätzliche wie auch die fahrlässige Verletzung der Meldepflicht nach Art. 37 GwG. Die Verletzung der Meldepflicht ist ein möglicher Anwendungsfall für die verwaltungsrechtlich speziell geregelte Geschäftsherrenhaftung nach Art. 6 VStrR.⁶³ Nach dieser Bestimmung untersteht der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene, der es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer Rechtspflicht unterlässt, eine Widerhandlung des Untergebenen, Beauftragten oder Vertreters abzuwenden oder in ihrer Wirkung aufzuheben, den Strafbestimmungen, die für den entsprechend handelnden Täter gelten.⁶⁴

⁶⁰ Der in BGE 136 IV 127 (= Pra 5/2011 Nr. 57 S. 405 ff.) beurteilte Sachverhalt ist dem im vorliegenden Fall-Beispiel sehr ähnlich, weshalb anstelle des Tatbestandes von Art. 305^{bis} StGB auch jener von Art. 305^{ter} StGB durchaus in Betracht kommen könnte.

⁶¹ Ablehnend: ACKERMANN als Vertreter der herrschenden Lehre: ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 152 ff.; befürwortend in engen Grenzen: STRASSER, Mangelhafte Geldwäschereidispositive, S. 60.

⁶² Vgl. dazu sogleich unter lit. c).

⁶³ SR 313.0; vgl. dazu STRASSER, Mangelhafte Geldwäschereidispositive, S. 71 f.

⁶⁴ Art. 6 Abs. 2 VStrR.

c) In aufsichtsrechtlicher Hinsicht

Bekanntlich sind Ziel und Zweck einer internen Untersuchung – auch wenn diese im Auftrag der FINMA erfolgt – die «Rekonstruktion und Beurteilung bestimmter Fakten im Lichte der anwendbaren Normen».⁶⁵ Gestützt darauf kann die Unternehmensleitung den aufsichtsrechtlich ordnungsgemässen Zustand wiederherstellen, wie das sonst die FINMA gestützt auf Art. 31 FINMAG tun würde. Es steht für die FINMA und damit die Unternehmensleitung die zentrale «Frage im Raum, ob ein Compliance-Verstoss auf konzeptionelle, organisatorische oder anders geartete Schwächen des Compliance-Systems zurückzuführen ist, die es zu korrigieren gilt».⁶⁶ Letztlich geht es aber auch um die Beurteilung individuellen Fehlverhaltens auf Stufe Mitarbeitende und Leitungsorgane. Bei Letzteren geht es um die Gewährfrage nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.⁶⁷

Die FINMA interessiert sich insbesondere für Regelwerke, Abläufe, Verantwortlichkeiten, IT-Prozesse und auch für Organisationsfragen. Im Zentrum steht immer wieder die Frage: «Wer hat wann was worüber gewusst?» Im vorliegenden Fall-Beispiel stehen etwa die folgenden Bestimmungen des GwG und der GwV-FINMA im Vordergrund: Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten (Art. 4 GwG), Abklärungspflichten (Art. 6 GwG), Dokumentationspflichten (Art. 7 GwG), Meldepflicht (Art. 9 GwG), Vermögenssperre (Art. 10 GwG), verbotene Vermögenswerte (Art. 7 GwV-FINMA), erhöhte Sorgfaltspflichten bei Transaktionen mit erhöhten Risiken (Art. 13 GwV-FINMA), zusätzliche Abklärungen (Art. 14 ff. GwV-FINMA), organisatorische Massnahmen und Aufgaben der Geldwäschereifachstelle (Art. 21 ff. GwV-FINMA), interne Geldwäscherei-Weisung (Art. 24 GwV-FINMA) sowie Integrität und Ausbildung des Personals in der Geldwäschereifachstelle (Art. 25 GwV-FINMA).

In aufsichtsrechtlicher Hinsicht ist sodann noch zu erwähnen, dass im vorliegenden Fall-Beispiel möglicherweise Verletzungen der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) stattgefunden haben.⁶⁸ Im Vordergrund steht Art. 3 VSB 08 betreffend Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten. Gemäss Art. 11 VSB 08 hat im Falle der Verletzung der Standesregeln die fehlbare Bank eine Konventionalstrafe

⁶⁵ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 4.

⁶⁶ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 4.

⁶⁷ FRITSCHÉ, Interne Untersuchungen, S. 6, 102 f.

⁶⁸ Abrufbar unter: <www.swissbanking.org/20080410-vsbs-cwe.pdf>.

von bis zu CHF 10 Mio. an die Schweizerische Bankiervereinigung zu leisten. Nach Art. 10 Abs. 2 VSB 08 erfolgt die Überprüfung der Einhaltung der Standesregeln auf der Grundlage von jährlichen Einhalteprüfungen durch die externe Prüfgesellschaft, welche ihrerseits der FINMA darüber Bericht zu erstatten hat.⁶⁹ Ausserdem hat die Prüfgesellschaft nach Art. 10 Abs. 4 VSB 08 die nach den Standesregeln eingesetzte Aufsichtskommission über Verstösse zu orientieren, welche ihrerseits nach Art. 12 Abs. 2 und 3 VSB 08 einen Untersuchungsbeauftragten zur Ermittlung der festgestellten Regelverstösse einsetzt.

d) In zivilrechtlicher Hinsicht

Geschädigte Investoren werden versuchen, von der Bank und/oder von deren Mitarbeitenden den Schaden ersetzt zu bekommen, den sie durch die angeblichen Betrugshandlungen der Investmentgesellschaft erlitten haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Art. 305^{bis} StGB bekanntlich eine Schutznorm im Sinne von Art. 41 OR,⁷⁰ wenn sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand der Geldwäscherei erfüllt sind.⁷¹ Anspruchsverpflichtete von solchen Schadenersatzbegehren können Mitarbeitende und Organmitglieder der Bank sein.⁷² Lässt sich indessen eine Straftat nach Art. 305^{bis} StGB keinem Mitarbeitenden und keinem Organmitglied zuordnen und wird das Unternehmen nach dem subsidiär-kollektiven Ansatz nach Art. 102 Abs. 2 StGB strafrechtlich verantwortlich gemacht, so ist eine zivilrechtliche Haftung des Unternehmens bzw. der Bank zu verneinen.⁷³ Diese Rechtslage verschärft die Situation der allenfalls betroffenen Mitarbeitenden und Organmitglieder im vorliegenden Fall-Beispiel zusätzlich. Lässt sich ihnen zumindest ein eventualvorsätzliches Handeln im Sinne von Art. 305^{bis} StGB nachweisen, wären sie nicht nur strafrechtlich verantwortlich, sondern müssten darüber hinaus – ohne zivilrechtliche Haftung der Bank – persönlich und solidarisch für den gesamten Schaden der Investoren einstehen.

⁶⁹ Art. 27 FINMAG.

⁷⁰ SR 220.

⁷¹ Vgl. dazu STRASSER, Art. 305^{bis} StGB als Schutznorm, S. 871 ff.

⁷² STRASSER, Art. 305^{bis} StGB als Schutznorm, S. 873 ff.

⁷³ SCHWARZ, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, S. 16.

e) Die interne Untersuchung im Spannungsfeld von verschiedenen verfahrensrechtlichen Zielkonflikten

Aus den obigen Ausführungen wird klar, dass die Durchführung einer internen Untersuchung in einem verfahrensrechtlichen Spannungsfeld stattfindet. In den verschiedenen Verfahren interessieren jeweils andere Fragen, und es ist eine Vielzahl von Personen in unterschiedlicher Art und Weise betroffen. Angesichts dieses Umstandes stellt sich die wichtige Frage, wie die FINMA die erhobenen Informationen und gewonnenen Erkenntnisse voraussichtlich verwendet. Was geschieht mit den Arbeitsprodukten der internen Untersuchung und dem gesammelten Grundlagenmaterial? Für die betroffenen Mitarbeitenden und Organmitglieder ist nicht zum Vornherein erkennbar, wer nebst der FINMA Einsicht in das Material und den Untersuchungsbericht nehmen kann. Gelangen der Bericht (ohne Grundlagenmaterial) und die Arbeitsprodukte, wozu z.B. Befragungsprotokolle zählen, an die Strafuntersuchungsbehörden, können Geschädigte als Partei im Strafverfahren in die Akten Einsicht nehmen.⁷⁴ Im Zentrum dieser sich aus den verschiedenen Verfahrensarten ergebenden Zielkonflikte steht die Bank als Unternehmen. Diese Zielkonflikte haben eine grosse Auswirkung, auch auf das hier interessierende Spannungsfeld zwischen Compliance einerseits und Mitarbeitenden, Geschäftsleitung und Verwaltungsrat andererseits. Bevor diese Spannungsverhältnisse im Einzelnen zu analysieren sind, ist noch kurz auf die Problematik des Untersuchungsumfangs im vorliegenden Fall-Beispiel einzugehen.

5. Umfang der internen Untersuchung

Im vorliegenden Fall gibt es wenig Spielraum für die Umschreibung des Untersuchungsmandates. Es geht um strafbare Handlungen im Zusammenhang mit der Geldwäscherei und um Verletzungen des Geldwäschereigesetzes sowie der VSB 08. Da die FINMA den Auftrag für die Durchführung einer internen Untersuchung erteilt hat, bilden Ausgangspunkt für die interne Untersuchung alle relevanten Fragen im Zusammenhang mit der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes nach Art. 31

⁷⁴ Art. 104 Abs. 1 lit. b, Art. 105 Abs. 1 lit. a, Art. 107 Abs. 1 lit. a, Art. 118 ff. StPO. Zu speziellen Vorkehrungen vorab zum Schutz sensitiver Informationen: vgl. FRITSCHKE, Interne Untersuchungen, S. 58, mit weiteren Hinweisen in Fn. 227.

FINMAG.⁷⁵ Der aufsichtsrechtliche Fokus⁷⁶ ist im vorliegenden Fall ganz offensichtlich viel weiter als jener des Strafrechts.⁷⁷ Genau darin liegt in unserem Fall-Beispiel das Problem, weil davon auszugehen ist, dass die FINMA den Untersuchungsbericht den Strafuntersuchungsbehörden und dem Eidgenössischen Finanzdepartement zur Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens zustellen muss.⁷⁸ Ausgehend vom aufsichtsrechtlichen Fokus ist schliesslich der sachliche, zeitliche und rechtliche Umfang der Untersuchung festzulegen. In persönlicher Hinsicht interessiert für die vorliegenden Ausführungen, dass nebst den Mitarbeitenden der Geldwäschereifachstelle und dem involvierten Kundenbetreuer auch deren Vorgesetzte, Mitglieder der Geschäftsleitung und schliesslich Verwaltungsratsmitglieder von der Untersuchung betroffen sein werden.

6. Rolle von Compliance in der internen Untersuchung

Im vorliegenden Fall führt die interne Untersuchung eine externe Anwaltskanzlei durch. Die Aufgabe von Compliance ist im Wesentlichen jene einer Scharnierfunktion zwischen der Bank einerseits und der mit der Untersuchung beauftragten Anwaltskanzlei andererseits. Die Aufgabe von Compliance besteht dabei im Wesentlichen darin, dem mit der internen Untersuchung Beauftragten den Zugang zu Informationen, Akten, Unterlagen, Files, Datenbanken, etc. zu verschaffen und die Befragungen von Unternehmensangehörigen zu organisieren. Ferner obliegt der Compliance, den Ablauf der internen Untersuchung genau zu protokollieren und zu dokumentieren und die externe Anwaltskanzlei nach Möglichkeit zu unterstützen.⁷⁹

Mit einem aktiven Beitrag kann Compliance auf den Untersuchungsgegenstand und den Gang des Verfahrens entscheidend Einfluss nehmen.

Im Gegensatz zu einem staatlichen Verfahren besteht bei der internen Untersuchung die Besonderheit darin, dass Untersucher und Untersucher identisch sind. Zwar ist der die Untersuchung führende Dritte eine

⁷⁵ Vgl. dazu auch vorne Kapitel II.4.c).

⁷⁶ Vgl. dazu FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 57 f.

⁷⁷ Vgl. dazu die Ausführungen vorne in Kapitel II.4.b) und c).

⁷⁸ Vgl. dazu vorne Kapitel II.4.b). Zur Problematik des Verwendungszwecks des Berichts: FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 58.

⁷⁹ Für Einzelheiten der Durchführung einer internen Untersuchung: FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen*, S. 73 ff.

von der Bank verschiedene Person, doch allemal deren Beauftragter, der den in Absprache mit der FINMA getroffenen Rahmen in Bezug auf Ziel und Gegenstand der Untersuchung zu beachten hat. Insofern nimmt er gegenüber der Bank eine besondere Rolle ein. Der Compliance demgegenüber kommt die Funktion zu, die Interessen der Bank gegenüber der beauftragten Anwaltskanzlei stets sichtbar zu machen und darüber zu wachen, dass der Rahmen der internen Untersuchung eingehalten wird. Der oder die verantwortlichen Mitarbeitenden der Compliance nehmen quasi die Funktion der Vertretung des Unternehmens in der internen Untersuchung – ähnlich wie im Strafverfahren gegen Unternehmen nach Art. 112 StPO – wahr. Wie der Vertreter des Unternehmens im Strafverfahren müssen die Mitarbeitenden der Compliance-Funktion unbefangen und neutral die Interessen der Bank wahren.⁸⁰ Richtschnur für ihr Handeln bildet allemal die arbeitsvertragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 321a OR, wonach der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die **berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren** hat. Aus diesem Grunde kann es nie Aufgabe der Mitarbeitenden von Compliance sein, bei Befragungen Mitarbeitende oder Organmitglieder als Rechtsbeistand zu vertreten. Darauf sind alle Beteiligten deutlich hinzuweisen.

Da Compliance die Aufgabe hat, die Interessen der Bank zu wahren, und die von der internen Untersuchung betroffenen Mitarbeitenden sowie die Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates ihre Partikulärinteressen vertreten, ergibt sich logischerweise ein Interessenkonflikt bzw. ein Spannungsfeld. Dieses wird indessen nicht nur von diesen beiden Polen, Unternehmens- bzw. Bankinteressen und Partikulärinteressen, geprägt, sondern auch von möglichen gegenseitigen Anschuldigungen und Verdächtigungen der betroffenen Unternehmensangehörigen. Nicht selten wird in Fällen wie dem vorliegenden von allenfalls fehlbaren Mitarbeitenden auch gegen die Compliance-Funktion geschossen, etwa mit der Begründung, sie habe ohnehin alles gewusst oder die fehlerhaften Regelwerke zu vertreten. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, schrecken auch Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder nicht davor zurück, vorschnell auf die Rechts- oder Compliance-Abteilung zu zielen, um sich zu rechtfertigen. Dass in solchen Fällen auf Seiten Compliance Loyalitätskonflikte entstehen können, versteht sich von selbst. Von all diesen Konfliktfeldern soll im

⁸⁰ Vgl. für das Strafverfahren: ARZT, Interessenkonflikte, S. 361 ff.

Folgenden die Rede sein. Die Darstellung gliedert sich dabei nicht nach einzelnen möglichen Untersuchungshandlungen, wie beispielsweise Befragungen, Aktenedition, etc., sondern nach den betroffenen Personengruppen.

III. Compliance versus Mitarbeitende

1. Untersuchungsgegenstand und betroffene Mitarbeitende

Gegenstand der Untersuchung bildet der vorne geschilderte Sachverhalt. Ergänzend ist dazu festzuhalten, dass die Geldwäscherei-Weisung der Bank im vorliegenden Fall zwar die vorne dargestellte Lücke⁸¹ aufweist, aber immerhin regelt, dass die Geldwäschereifachstelle bei Fragen der Kundenbetreuer zur Verfügung steht und Auskunft erteilt. Diese Aufgabenumschreibung orientiert sich somit an der im FINMA-RS 2008/24 in Rz. 108 verankerten Unterstützungsfunktion einer Compliance-Abteilung.⁸² Nach diesem Verständnis stehen einer Compliance-Funktion und damit im vorliegenden Fall auch der Geldwäscherei-Abteilung weder Weisungs- noch Anordnungs-kompetenz im operativen Geschäft zu.⁸³ Wie anderswo auch, gibt es aber keine Regel ohne Ausnahme. In vielen Banken ist es so, dass die Geldwäschereifachstelle über die Erstattung oder Nichterstattung einer Geldwäscherei-Meldung gemäss Art. 9 GwG bzw. Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB entscheidet. Hat sie nach Art. 10 GwG eine Vermögenssperre vorzunehmen, greift sie damit aktiv ins operative Geschäft ein. Für die Beurteilung des vorliegenden Falles gehen wir davon aus, dass die Geschäftsleitung der Geldwäschereifachstelle diese Aufgabe delegiert hat. Wichtig ist dieser Umstand für die Frage, ob der Mitarbeitende der Geldwäschereifachstelle, welcher im vorliegenden Fall die Bar-Auszahlung freigegeben hat, Tatmacht hatte oder nicht.

Weiter ist zu prüfen, ob auch den Leiter der Geldwäschereifachstelle und den Chef des Kundenbetreuers als Vorgesetzte eine Verantwortlichkeit trifft. Der Compliance-Funktion kommt bei der Umschreibung des Personenkreises, der in die interne Untersuchung durch die externe Anwaltskanzlei

⁸¹ Vgl. Kapitel II.1.c).

⁸² Vgl. dazu STRASSER, Corporate Governance, S. 117 f.

⁸³ GODENZI/WOHLERS, Strafrechtliche Verantwortung des Compliance Officers, S. 239 f.

einzu beziehen ist, eine grosse Bedeutung zu, weshalb hier schon ein erstes Spannungsfeld entsteht.

2. Kritische Problemfelder

a) Zielkonflikt zwischen Aufsichts- und Strafrecht

Wie weiter vorne erwähnt,⁸⁴ geht es bei der aufsichtsrechtlichen Aufarbeitung des vorliegenden Sachverhaltes letztlich um die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes gemäss Art. 31 FINMAG. Dass die Geldwäscherei-Weisung der Bank im vorliegenden Fall die Betragsgrenzen nach Art. 12 Abs. 2 lit. e und f sowie Art. 13 Abs. 2 lit. a GwV-FINMA entgegen der klaren Vorschrift von Art. 24 Abs. 2 lit. i GwV-FINMA nicht regelt, lässt sich nicht von der Hand weisen. Berufte sich der Mitarbeitende in der Befragung auf diese Lücke, so ist zu prüfen, ob dieser Umstand überhaupt für den Tatverlauf relevant bzw. kausal ist oder nicht. Es lässt sich nämlich ohne Weiteres auch argumentieren, dass der fachkundige Compliance-Mitarbeitende der Geldwäschereifachstelle auch ohne entsprechende Vorschrift in der Weisung gestützt auf die Vorschriften der FINMA, namentlich aufgrund von Art. 13 Abs. 2 lit. a GwV-FINMA, und die besonderen Umstände des Einzelfalls eine andere Auskunft hätte erteilen müssen bzw. weitere Abklärungen hätte tätigen und gegebenenfalls eine Meldung im Sinne von Art. 9 GwG verbunden mit einer Vermögenssperre nach Art. 10 GwG hätte anordnen müssen. Verfolgt die interne Untersuchung diese Stossrichtung, sind alle in diesem Zusammenhang bedeutsamen Vorschriften, Abläufe, IT-Prozesse und Organisationsfragen einer näheren Prüfung zu unterziehen. So kann man sich etwa mit Fug fragen, ob im vorliegenden Fall nicht schon der Kundenbetreuer und nicht erst der Compliance-Mitarbeitende bei Eröffnung der Geschäftsbeziehung mit der Investmentgesellschaft bzw. beim Eingang der Überweisung von EUR 5 Mio. gemäss Art. 14 Abs. 2 GwV-FINMA die wirtschaftliche Berechtigung an den eingebrachten Vermögenswerten, die Art der Geschäftstätigkeit der Vertragspartei und/oder der wirtschaftlich Berechtigten sowie die Höhe der Zu- und Abflüsse – unabhängig von einem

⁸⁴ Vgl. vorne Kapitel II.4.c).

allfälligen Barrückzug – hätte abklären müssen.⁸⁵ All diese Fragen, die sich vor dem Hintergrund der anwendbaren aufsichtsrechtlichen Normen stellen, weiten den strafrechtlichen Fokus, wie ihn die Strafuntersuchungsbehörden mindestens zu Beginn haben,⁸⁶ beträchtlich aus. Nach Art. 305^{ter} StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die **Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen**.

Soll oder muss Compliance in der internen Untersuchung darauf hinwirken, die Aufmerksamkeit auch auf diese aufsichtsrechtlichen und damit neuen strafrechtlichen Aspekte zu lenken? Für dieses Vorgehen spricht der Umstand, dass damit der Beweis gelingen könnte, dass der der Bank vorgeworfene Organisationsmangel nach Art. 102 Abs. 2 StGB gar nicht kausal ist und somit die Bank einer Bestrafung entgehen könnte.⁸⁷ So sehr «eine wirksame Verteidigung gegen den Vorwurf des Organisationsverschuldens»⁸⁸ durch die Compliance im Interesse des Unternehmens als geboten erscheint, so schwierig ist die Frage zu beantworten, ob damit nicht «schlafende Hunde» geweckt werden, die voraussichtlich ohne Hinweise seitens Compliance nicht in die interne Untersuchung Eingang gefunden hätten.⁸⁹ Allerdings ist zu beachten, dass ein Vertuschen von Straftaten (z.B. Art. 305^{ter} StGB) gegenüber Strafuntersuchungsbehörden an die Grenzen der Begünstigung nach Art. 305 StGB stossen kann.⁹⁰ Im vorliegenden Fall gelangt der Bericht der internen Untersuchung von der FINMA an die parallel ermittelnden Strafuntersuchungsbehörden. In der internen Untersuchung ist Art. 305 StGB allerdings noch nicht anwendbar. Trotzdem bleibt unter dem Aspekt der Reputation ein Restrisiko.

⁸⁵ Selbstverständlich sind auch die entsprechenden Sorgfaltspflichten der VSB 08 in Bezug auf die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 4 VSB 08 relevant.

⁸⁶ Vgl. dazu vorne Kapitel II.4.b).

⁸⁷ Zur Notwendigkeit der Kausalität des Organisationsmangels: vgl. NIGGLI/GFELLER, BSK Strafrecht I, N. 245 zu Art. 102.

⁸⁸ ARZT, Interessenkonflikte, S. 365.

⁸⁹ So ähnlich: ARZT, Interessenkonflikte, S. 366.

⁹⁰ ARZT, Interessenkonflikte, S. 366.

b) Falsche Rechtsauskunft des Mitarbeitenden der Geldwäschereifachstelle als kausale Ursache?

Ursächlich für den vorliegend interessierenden Barrückzug ist die Antwort der Geldwäschereifachstelle, welche auf Anfrage des Kundenbetreuers grünes Licht für die vorbehaltlose Auszahlung gab. In aufsichtsrechtlicher Hinsicht lässt sich nicht von der Hand weisen, dass die Abklärungen der Geldwäschereifachstelle ungenügend waren. Aufsichtsrechtlich korrektes Verhalten hätte wohl zu einer Meldung gemäss Art. 9 GwG, verbunden mit einer Vermögenssperre nach Art. 10 GwG, geführt. Damit hätte die Bank wohl auch eine mögliche Strafbarkeit nach Art. 305 StGB zum Vornherein vermeiden können. Aufsichtsrechtlich wird sich die Bank von der FINMA in diesem Fall wohl zu Recht einen Tadel gefallen lassen müssen.

Schwieriger ist indessen die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz zu beurteilen. Hat sich der Compliance-Mitarbeitende durch diese Auskunft und damit die unterbliebene Unterbindung des Barrückzuges wegen Geldwäscherei nach Art. 305 StGB durch Unterlassung strafbar gemacht?⁹¹ Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist, ob der Mitarbeitende der Geldwäschereifachstelle Tatmacht hatte. Geht man davon aus, dass im vorliegenden Fall der Geldwäschereifachstelle gemäss Weisung die Ausübung der Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG und des Melderechts nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB von der Geschäftsleitung übertragen worden ist, spricht einiges für die Tatmacht. Die Anfrage des Kundenbetreuers im vorliegenden Fall hat bei der Geldwäschereifachstelle zumindest eine Prüfpflicht ausgelöst. Führt diese in Befolgung der Geldwäscherei-Weisung der Bank im vorliegenden Fall gegebenenfalls zu einer Meldung nach Art. 9 GwG, so ist aus deren Unterlassung und der dem Kundenbetreuer erteilten Auskunft zu schliessen, dass die Voraussetzungen für eine Meldung nicht gegeben sind und der Auszahlung nichts entgegensteht. Damit hat die Auskunft des Compliance-Mitarbeitenden nicht bloss den Charakter einer Empfehlung («Clearance»), sondern eher eines Entscheides. Mit andern Worten gibt die Geldwäschereifachstelle eine Zahlung im Sinne einer Anordnung frei, wenn sie auf die viel einschneidendere Managemententscheidung einer Meldung nach Art. 9 mit Sperre nach Art. 10 GwG verzichtet. Ist die Geldwäscherei-Weisung der Bank so formuliert, hat somit der Compliance-Mitarbeitende im strafrechtlichen Sinne Tatmacht. Damit wäre der Kundenbetreuer

⁹¹ Zur Geldwäscherei durch Unterlassung: vgl. BGE 136 IV 188 = Pra 2011 Nr. 79 S. 558 ff.

entlastet. Auch der Bank als Unternehmen liesse sich kein Vorwurf mehr machen, da der behauptete Kausalzusammenhang zwischen Organisationsmangel und Geldwäscherei durch das fehlerhafte Verhalten des Mitarbeitenden der Geldwäschereifachstelle unterbrochen wäre.

In aufsichts- und strafrechtlicher Hinsicht wäre weiter noch abzuklären, welche Rolle dem Leiter der Geldwäschereifachstelle als Vorgesetzter des handelnden Mitarbeitenden zukommt. Dieser müsste sich etwa die Frage gefallen lassen, ob der handelnde Mitarbeitende genügend Erfahrung besass und hinreichend ausgebildet war, um eine Entscheidung von dieser Tragweite alleine fällen zu können. War er in die Entscheidung bzw. in die Auskunftserteilung aktiv und damit wissentlich eingebunden, könnte er in strafrechtlicher Hinsicht als Geschäftsherr haften.⁹²

Dem Leiter der Fachstelle Geldwäscherei und seinen Mitarbeitenden bliebe noch der Einwand, es habe ihnen an einem Vorsatz bzw. an einem Eventualvorsatz gefehlt. Ob sich bei fachlich für die Belange der Geldwäschereibekämpfung ausgebildeten und erfahrenen Juristen ein solcher Einwand damit begründen liesse, dass die Geldwäscherei-Weisung in Bezug auf die Regelung der Barrückzüge lückenhaft sei, erscheint allerdings fraglich. Der Vorsatz bzw. Eventualvorsatz ist beim Leiter der Geldwäschereifachstelle wohl dann gegeben, wenn er bei der Freigabe des Barrückzuges involviert gewesen ist und als Redaktor der Geldwäscherei-Weisung diese bewusst lückenhaft abgefasst hat.

Aufgrund der geschilderten Sach- und Rechtslage lässt sich wohl dem Vorgesetzten des Kundenbetreuers weder in aufsichtsrechtlicher noch in strafrechtlicher Hinsicht ein Vorwurf machen.

Geht man entgegen der hier getroffenen Annahme davon aus, dass es sich bei der Auskunft des Mitarbeitenden der Geldwäschereifachstelle bloss um einen Rechtsrat handle und es somit an dessen Tatmacht fehle, stellt sich die Frage nach dem unvermeidbaren Rechtsirrtum nach Art. 21 StGB auf Seiten des Kundenbetreuers. Rechtsprechung und Literatur sind sehr zurückhaltend bei der Annahme eines unvermeidbaren Rechtsirrtums im Falle einer Rechtsberatung durch einen Anwalt oder Juristen.⁹³ Wie sogleich

⁹² ACKERMANN, Kommentar StGB Art. 305^{bis}, N. 104.

⁹³ STRASSER, Betrugsbekämpfung, S. 167, mit weiteren Hinweisen auf die höchstrichterliche Rechtsprechung und herrschende Lehre in Fn. 174.

zu zeigen sein wird, war der Kundenbetreuer kein so «gewissenhafter Mensch», der sich auch «von den Tatsachen hätte in die Irre führen lassen.»⁹⁴

c) Mangelhafte Abklärungen des Kundenbetreuers als Ursache?

Nach der Sachverhaltsdarstellung hat das Organmitglied, welches den Barrückzug tätigte, als Verwendungszweck den Kauf bzw. die Auslösung eines Edelsteines angegeben, der ganz offensichtlich für ein Darlehen verpfändet gewesen sein musste. Der Kundenbetreuer hat diese Angaben nicht daraufhin überprüft, ob dieser Bezug mit dem Zweck der Investmentgesellschaft generell und mit den auf den Verträgen mit den Kunden angegebenen Investmentzielen vereinbar war. Ihm hätte auch auffallen müssen, dass Investmentgesellschaften in aller Regel ihre Investments nicht mit Barbezügen tätigen. Die Höhe des Betrages für sich allein sowie der Bezug in bar hätte den Kundenbetreuer stutzig machen sollen und ihn zu weiteren Abklärungen veranlassen müssen. So schreibt Ziff. 33 VSB 08 für kollektive Anlageformen mit weniger als 20 Investoren⁹⁵ vor, die wirtschaftlich Berechtigten festzustellen. Von dieser Pflicht ist die Bank nur befreit, wenn die kollektive Anlageform börsenkotiert ist, was in casu nicht zutrifft. Der Umstand, dass die Investmentgesellschaft eine Bewilligung nach Art. 14 GwG besitzt, ändert an der in Ziff. 33 VSB 08 statuierten Pflicht der Bank nichts. Bei der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten hätte der Kundenbetreuer auch der Frage nachgehen müssen, gestützt auf welche Vereinbarungen Investoren Überweisungen an die Investmentgesellschaft tätigen. Renditeversprechen von 35% hätten weitere Zweifel an der Seriosität des Geschäftsgebarens der Investmentgesellschaft aufkommen lassen müssen. Weiter ist nach heutigem Standard von einer Bank zu verlangen, dass sie die Art und Weise der Akquisition der Kunden der mit ihr zusammenarbeitenden Investmentgesellschaften und externen Vermögensverwaltern überprüft. Verfügt die schweizerische Investmentgesellschaft nämlich über keine Bewilligung dafür, im Ausland aktiv Kundendienstleistungen anzubieten, liegt ein Verstoss gegen ausländisches Recht vor.⁹⁶ All diese Sorgfaltspflichten hat ein Kundenbetreuer einer Bank unabhängig von einer Transaktion mit erhöhten Risiken zu erfüllen. Die vorliegend ganz

⁹⁴ BGE 6P.162/2001/pai 6S.619/2001 E. 7b; BGE 98 IV 293 E. 4a S. 303.

⁹⁵ Zur juristischen Qualifikation dieser Investmentgesellschaft als kollektive Anlageform nach Ziff. 33 VSB 08: vgl. vorne Kapitel II.1.c).

⁹⁶ Vgl. dazu das FINMA-Positionspapier Rechtsrisiken, S. 3, 7, 10 f., 13 unten, 15.

offensichtlich unterbliebene Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten und die Verletzung weiterer Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Geldwäscherei nach Art. 12 ff. GwV-FINMA sind nicht nur aufsichtsrechtlich zu beanstanden, sondern könnten auch unter dem Aspekt von Art. 305^{ter} StGB strafrechtlich relevant sein. Für diesen Vorwurf kann sich der Kundenbetreuer nicht dadurch entlasten, dass er für die Freigabe des Barrückzugs die Geldwäschereifachstelle angefragt habe. Falls die mit der Durchführung der internen Untersuchung beauftragte externe Anwaltskanzlei nicht auf diesen Fragenkomplex stösst, stellt sich für Compliance das Problem, ob sie mit Blick auf die Verwendung des Untersuchungsberichts im parallel laufenden Strafverfahren diesen strafrechtlich «schlafenden Hund» wecken soll oder muss. Aus aufsichtsrechtlichen Überlegungen lautet die Antwort klar ja. Aus strafrechtlicher Sicht ist Compliance vielleicht versucht, davon abzusehen, weil sie noch gute Gründe hat, den Vorwurf der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB mit dem Argument der fehlenden Vortat abzuwehren.⁹⁷ Würde dieses Unterfangen gelingen, gingen die Mitarbeitenden eventuell straffrei aus. Misslingt es und würde Compliance auf die mangelnde Sorgfalt nach Art. 305^{ter} StGB hinweisen, könnten die Strafuntersuchungsbehörden auch noch in diese Richtung ermitteln und allenfalls Anklage erheben.

d) Keine Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB und kein Organisationsverschulden der Bank nach Art. 102 Abs. 2 StGB mangels Vortat zu Geldwäscherei

Die Verpflichtung von Compliance zur Wahrung der Interessen der Bank in der internen Untersuchung und vielleicht später auch in den nachfolgenden oder parallelen Verfahren wird Compliance dazu veranlassen, alle möglichen Einwände gegen das Vorliegen einer Vortat zu Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB vorzubringen, auch wenn die mit der internen Untersuchung beauftragte externe Anwaltskanzlei dazu möglicherweise eine andere Auffassung hat. Gegen den Betrug nach Art. 146 StGB spricht im vorliegenden Fall, dass die Investoren ihre Überweisungen vorgenommen hatten, bevor sie die entsprechenden Investmentverträge unterzeichneten. Unter diesen Umständen fehlt es möglicherweise am Tatbestandsmerkmal der Arglist und auch am Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und

⁹⁷ Vgl. dazu sogleich unter lit. d).

Vermögensschädigung.⁹⁸ Ebenso auf wackligen Füßen steht das Konstrukt der Veruntreuung nach Art. 138 StGB als Vortat. Ob nämlich im vorliegenden Sachverhalt von verbrecherischem Erlös aus einer Veruntreuung gemäss Art. 138 StGB die Rede sein kann, wenn die Täterschaft den Vorsatz zur Zweckentfremdung erst nach Akquisition der Investoren und Überweisung der entsprechenden Beträge auf das Konto der Investmentgesellschaft gefasst hat, erscheint äusserst fraglich.⁹⁹ Mit diesen Einwänden liesse sich der Vorsatz oder ein allfälliger Eventualvorsatz aller Mitarbeitenden der Bank am ehesten beseitigen. Die Frage nach Organisationsmängel bei der Bank würde obsolet und auch die Frage der Verletzung der Meldepflicht nach Art. 37 GwG wäre vom Tisch. Ob im späteren Strafverfahren die Anklagebehörde und das Gericht zu denselben Schlüssen kommen, ist allerdings eine andere Frage. Immerhin müsste diese Verteidigungslinie im abschliessenden Bericht über die interne Untersuchung prominent erwähnt sein, da dieser von der FINMA später an die Strafuntersuchungsbehörden geht. Würde es gelingen, auf diese Weise den Vorwurf der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB aus dem Wege zu räumen, käme in strafrechtlicher Hinsicht der Alternative von Art. 305^{ter} StGB jedoch wohl erhöhte Bedeutung zu. Dieses Dilemma lässt sich für die Compliance nicht beseitigen.

IV. Compliance versus Geschäftsleitung

1. Untersuchungsgegenstand und betroffene Geschäftsleitungsmitglieder

Vorliegend spielt die lückenhafte Geldwäscherei-Weisung der Bank eine wichtige Rolle. Unter diesem Aspekt muss für die interne Untersuchung die Frage interessieren, wer die internen Weisungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei vorbereitet und wer sie verabschiedet. Nach Art. 22 Abs. 2 GwV-FINMA bereitet die Geldwäschereifachstelle der Bank die internen Wei-

⁹⁸ Zur Opfermitverantwortung beim Kriterium der Arglist: vgl. ARZT, BSK Strafrecht II, N. 58 zu Art. 146; zum Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensschaden zufolge Verfügung durch den Getäuschten: vgl. ebenfalls ARZT, BSK Strafrecht II, N. 129 ff. und 144 ff. zu Art. 146; STRASSER, Mangelhafte Geldwäschereidispositive, S. 73 f.

⁹⁹ STRASSER, Mangelhafte Geldwäschereidispositive, S. 73.

sungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vor und plant und überwacht die interne Ausbildung zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung. Art. 24 Abs. 1 GwV-FINMA zufolge sind die internen Weisungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei der Bank durch den Verwaltungsrat oder das oberste Geschäftsführungsorgan zu verabschieden. In Ergänzung zu dem vorne geschilderten Sachverhalt¹⁰⁰ ist festzuhalten, dass in unserem Fall-Beispiel das oberste Geschäftsführungsorgan, also die Geschäftsleitung, die Geldwäscherei-Weisung im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GwV-FINMA verabschiedet hat, die jedoch die Betragsgrenzen nach Art. 12 Abs. 2 lit. e und f sowie Art. 13 Abs. 2 lit. a GwV-FINMA nicht regelt. Hat die Geldwäschereifachstelle nach Art. 22 Abs. 2 GwV-FINMA die Weisung vorbereitet und hat der General Counsel dabei mitgewirkt, entsteht ein besonderes Spannungsfeld, auf das weiter hinten zurückzukommen sein wird.¹⁰¹ Für die folgenden Ausführungen ist eine weitere Ergänzung des Sachverhaltes von noch grösserer Bedeutung: Die Geldwäschereifachstelle hat dem obersten Geschäftsführungsorgan eine vollständige Weisung zur Verabschiedung unterbreitet, welche auch die Betragsgrenzen gemäss Art. 24 Abs. 2 lit. i GwV-FINMA enthält. Die Geschäftsleitung hat jedoch nach eingehender Diskussion und mit Blick auf eine rasche Abwicklung des Schaltermgeschäfts die entsprechenden Bestimmungen wieder gestrichen. In der internen Untersuchung werden deshalb die Protokolle der entsprechenden Geschäftsleitungssitzung beizuziehen sein. Hauptstossrichtung der internen Untersuchung wird sein, die Verantwortung für die lückenhafte Geldwäscherei-Weisung abzuklären und zu eruieren, welche Bedeutung dieser Organisationsfehler in aufsichts- und strafrechtlicher Hinsicht hat. Zu diesem Zweck muss die interne Untersuchung eventuell sämtliche Geschäftsleitungsmitglieder, den General Counsel und den Leiter der Fachstelle Geldwäscherei einbeziehen.

¹⁰⁰ Vgl. vorne Kapitel II.1. und 2.

¹⁰¹ Vgl. sogleich unter Ziff. 2 lit. b).

2. Problemfelder

a) Die Verantwortung für die lückenhafte Weisung

aa) Aufsichtsrechtlich

Hat das oberste Geschäftsführungsorgan entgegen der Empfehlung der Geldwäschereifachstelle die Betragsgrenzen gemäss Art. 24 Abs. 2 lit. i GwV-FINMA aus der Weisung entfernt, und hat sie dies in Kenntnis der möglichen (auch) strafrechtlichen Folgen getan, so kann sich ohne Weiteres die Gewährsfrage nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG stellen.¹⁰² Anders zu beurteilen wäre das Verhalten der Geschäftsleitung, wenn diese lediglich den Betrag nach oben setzt, um dem Aspekt einer möglichst raschen Abwicklung von Barbezügen am Schalter Rechnung zu tragen. Auch in einem solchen Fall muss ihre Entscheidung im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens vertretbar sein.¹⁰³ Für Compliance können bei einer solchen Situation in mehrerlei Hinsicht Loyalitätskonflikte auftreten. Zunächst einmal ist die Rechts- und Compliance-Abteilung in aller Regel dem CEO oder einem anderen Geschäftsleitungsmitglied unterstellt. Zum andern sind der Leiter der Geldwäschereifachstelle und dessen Mitarbeitende möglicherweise gute Arbeitskollegen innerhalb derselben Rechts- und Compliance-Abteilung. Auch wenn es schwerfällt, sollte nach der hier vertretenen Auffassung Compliance darauf hinwirken, dass die externe Anwaltskanzlei den Sachverhalt möglichst objektiv abklärt, und gegebenenfalls den Leiter der Geldwäschereifachstelle dazu anhält, die Rolle der Geschäftsleitungsmitglieder genau zu beschreiben. Auf jeden Fall sind die Protokolle der Geschäftsleitungssitzungen beizuziehen, in welchen die Geldwäscherei-Weisung auf der Traktandenliste figuriert.

bb) Strafrechtlich

Die lückenhafte Weisung des obersten Geschäftsführungsorgans kann einen für die Bank strafrechtlichen Organisationsmangel im Sinne von Art. 102 Abs. 2 StGB darstellen.¹⁰⁴ Die Frage nach der Verantwortlichkeit für diesen Organisationsfehler ist für die Anwendung von Art. 6 Abs. 2 VStrR von

¹⁰² Art. 9 Abs. 1 GwV-FINMA; WINZELER, BSK BankG, N. 16 ff., insb. 25 f. zu Art. 3.

¹⁰³ In Analogie zur Business Judgement Rule, die im Bundesgerichtsentscheid 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 vom Bundesgericht grundsätzlich anerkannt worden ist.

¹⁰⁴ Vgl. für den Fall der Schweizerischen Post: STRASSER, Mangelhafte Geldwäschereidispositive, S. 51 f.

grosser Bedeutung.¹⁰⁵ Eine Geschäftsleitung, die eine nach Art. 24 Abs. 2 GwV-FINMA unvollständige bzw. lückenhafte Geldwäscherei-Weisung erlässt, riskiert, die Bank, Organmitglieder und Mitarbeitende einer strafrechtlichen Verantwortung auszusetzen. Überdies riskiert sie, dass geschädigte Investoren ihre zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche erfolgreich gegen die verantwortlichen Personen durchsetzen können.¹⁰⁶ Noch geht die herrschende Strafrechtslehre davon aus, dass die Voraussetzungen für eine Geschäftsherrenhaftung bei Organmitgliedern nicht gegeben sind, wenn sie von der konkreten Straftat, in casu der Vereitelungshandlung durch Freigabe des Barrückzuges, keine Kenntnis haben.¹⁰⁷ Besonders stossend könnte dies in jenen Fällen sein, in denen Organisationsmängel, wie in unserem Beispiel, wider besseres Wissen gesetzt werden, etwa durch eine nachträgliche unautorisierte Änderung bzw. Streichung der entsprechenden Bestimmungen in der Weisung durch ein Geschäftsleitungsmitglied.¹⁰⁸

b) Loyalitätspflichten von Compliance

Wie schon weiter vorne ausgeführt,¹⁰⁹ hat Compliance in einer internen Untersuchung eine Scharnierfunktion zwischen Bank einerseits und untersuchender externer Anwaltskanzlei andererseits. In dieser Rolle als Begleiterin der internen Untersuchung kann sie in mannigfacher Hinsicht in Loyalitätskonflikte geraten. Wie schon vorne dargestellt¹¹⁰, können Mitarbeitende der Compliance, welche die Untersuchung begleiten, mit Mitarbeitenden und dem Leiter der Fachstelle Geldwäscherei freundschaftlich oder kollegial verbunden sein. Andererseits bestehen funktionale Loyalitätspflichten gegenüber den Mitgliedern der Geschäftsleitung. Besonders akzentuiert sich die Problematik von Loyalitätspflichten, wenn der General Counsel als oberster Leiter der Rechts- und Compliance-Abteilung beim

¹⁰⁵ Vgl. dazu STRASSER, Mangelhafte Geldwäschereidispositive, S. 71 f.; BGE 122 IV 103 ff. in Sachen Von Roll.

¹⁰⁶ Zum Problem von Art. 305^{bis} StGB als Schutznorm: STRASSER, Art. 305^{bis} StGB als Schutznorm, S. 873 ff.

¹⁰⁷ Vgl. zu dieser Problematik: STRASSER, Mangelhafte Geldwäschereidispositive, S. 60 f., 66 ff.

¹⁰⁸ Solche Streichungen erfolgen in aller Regel ohne Konsultation der Rechts- und Compliance-Abteilung.

¹⁰⁹ Vgl. vorne Kapitel II.6.

¹¹⁰ Kapitel IV. 2. a) aa).

Erlass des Regelwerkes mit seinen Einwänden bei der Geschäftsleitung nicht durchdrang. Der General Counsel ist in besonderer Weise exponiert und darf sich nicht «aus falsch verstandener Loyalität» gegenüber Geschäftsleitungsmitgliedern passiv verhalten, ansonsten er strafrechtliche Sanktionen zu gewärtigen hat.¹¹¹

Die FINMA erwartet von einem General Counsel bzw. von der Compliance-Funktion, dass diese «nötigenfalls auch in Umgehung der verantwortlichen Geschäftsleitungsmitglieder» an den Verwaltungsrat eskaliert, wenn sie feststellt, dass die Geschäftsleitung «offensichtlich andere Interessen» (als jene der Bank) verfolgt.¹¹² Für die interne Untersuchung wird daher von Bedeutung sein, ob der Leiter der Fachstelle Geldwäscherei in unserem Fall-Beispiel an den General Counsel und dieser an den Verwaltungsrat gelangt sind, um die fehlerhafte Weisung zu korrigieren. Haben sie dies nicht getan, drohen ihnen – wie dargestellt – sowohl aufsichtsrechtliche wie strafrechtliche Konsequenzen. Aufgabe der Compliance wird es sein, die externe Anwaltskanzlei auf diese besonderen internen Abläufe aufmerksam zu machen, damit sie die Befragungen entsprechend durchführen und die dazu notwendigen Unterlagen bei der Bank herausverlangen kann. In dieser Situation ist der externe Dritte in besonderem Masse auf die Unterstützung von Compliance angewiesen. Das damit verbundene Dilemma und der dadurch entstehende Druck auf Compliance sind nicht unerheblich.

V. Compliance versus Verwaltungsrat

1. Untersuchungsgegenstand und betroffene Verwaltungsratsmitglieder

Vorab ist festzuhalten, dass dem Verwaltungsrat beim Erlass der fehlerhaften Weisung in unserem Fall-Beispiel keine Rolle zukommt. Ausserdem sind auch keine Verwaltungsratsmitglieder in die konkreten Abläufe involviert. Von Interesse für die interne Untersuchung ist indessen, ob der Verwaltungsrat von der fehlerhaften Geldwäscherei-Weisung Kenntnis hatte und was er dagegen unternahm. In diesem Zusammenhang interessiert

¹¹¹ Zum Fall der Verurteilung des Leiters der Rechtsabteilung der Berliner Stadtreinigungsbetriebe: vgl. WM 2009, S. 1882 ff., insb. 1884, Rz. 35.

¹¹² STRASSER, Corporate Governance, S. 163.

natürlich, wie die Risikoberichterstattung in Bezug auf die Compliance-Risiken in der Bank ausgestaltet ist, ob für die Angehörigen der Compliance-Funktion und den General Counsel Eskalationsmöglichkeiten bestehen und von diesen im vorliegenden Fall Gebrauch gemacht worden ist. Im Zentrum für die interne Untersuchung steht die Frage: Was hat der Verwaltungsrat wann über den konkreten Vorfall bzw. die damit verbundene Problematik gewusst und was hat er dagegen unternommen? Sedes materiae ist die Umsetzung von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR, wonach zu den unentziehbaren und nicht delegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Organe, namentlich im Hinblick auf die Einhaltung der Gesetze, Statuten und Reglemente gehört. Bei den Verwaltungsratsmitgliedern kommt in unserem Fall-Beispiel lediglich eine aufsichtsrechtliche Verantwortlichkeit in Betracht. Als Täter oder Geschäftsherren scheiden sie zum Vornherein aus. Allerdings wäre bei Vorliegen eines Organisationsverschuldens im Sinne von Art. 102 Abs. 2 StGB in aufsichtsrechtlicher Hinsicht die Rolle des Verwaltungsrates allenfalls relevant. Von der internen Untersuchung dürften im vorliegenden Fall-Beispiel der Verwaltungsratspräsident und die Mitglieder des Audit Committee betroffen sein.¹¹³

2. Problemfelder

a) Unterlassene Korrekturmaßnahmen

Eine Unterlassung seitens des Verwaltungsrates kommt nur dann in Betracht, wenn dieser von der fehlerhaften Weisung gewusst und dagegen nichts unternommen hat. Um dies herauszufinden, ist bei der internen Untersuchung zu prüfen, ob die jährliche Berichterstattung an den Verwaltungsrat über die Einschätzung des Compliance-Risikos nach Rz. 112 FINMA-RS 2008/24 einen entsprechenden Hinweis enthält. Ferner ist abzuklären, ob der General Counsel in anderer Weise – allenfalls auf dem Wege eines direkten Zugangs zum Verwaltungsrat – über den Mangel der Geldwäscherei-Weisung informiert hat. Für Compliance kann ein besonderes Spannungsfeld dann entstehen, wenn die befragten Verwaltungsratsmitglieder sich an nichts erinnern können, obwohl in der jährlichen Berichter-

¹¹³ Nach Rz. 52 FINMA-RS 2008/24 hat das Audit Committee die Funktionsfähigkeit u.a. der Compliance-Funktion zu beurteilen.

stattung über die Einschätzung des Compliance-Risikos nach Rz. 112 FINMA-RS 2008/24 ein entsprechender Hinweis zu finden ist. Die Compliance-Funktion hat aufgrund ihrer eigenen Akten die externe Anwaltskanzlei darauf aufmerksam zu machen. Dies wird sie nicht zuletzt deshalb tun, um den für die Berichterstattung verantwortlichen General Counsel vor falschen Vorwürfen der internen Untersuchung zu schützen. Solche Abmahnungen können sich für Leitungsorgane einer Bank als «poison pills» erweisen. Die Frage ist nur, ob der Verwaltungsrat ein solches Verhalten als Verletzung der Treuepflicht nach Art. 321a OR qualifiziert und die entsprechenden Konsequenzen zieht.¹¹⁴ Für untätige Bankverwaltungsräte steht einiges auf dem Spiel, sind sie doch wie die Geschäftsleitungsmitglieder Gewährsträger nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.¹¹⁵ Was für die Geschäftsleitung schon gesagt worden ist, gilt a fortiori auch für den Verwaltungsrat.

b) Instruktionen des Verwaltungsratspräsidenten und/oder des Verwaltungsrates für die interne Untersuchung

Nicht selten ist der Verwaltungsrat versucht, in Problemfällen voreilig und übereifrig den involvierten Behörden eine Kooperation zu versprechen, die über das hinausgeht, was das Bank- bzw. Unternehmensinteresse verlangt. Dazu gehören etwa die Absegnung von unverhältnismässigen – weil personell zu weit gehenden – Rasterfahndungen, etwa bei der Beschlagnahme von Festplatten bei Mitarbeitenden, die ganz offensichtlich nichts mit dem Fall zu tun haben. Aber auch zu früh angehobene und durchgeführte Disziplinarstrafverfahren gegen angeblich fehlbare Mitarbeitende können für die Bank nachteilig sein, weil sie für die späteren Verwaltungs- und Strafverfahren präjudizierende Wirkung haben können. Richtet sich die externe Anwaltskanzlei auf solche Instruktionen des Verwaltungsrates aus, kann Compliance in eine schwierige Konfliktsituation geraten, wenn sie ein solches Überschiessen verhindern will.

Konfliktsituationen können aber auch im gegenteiligen Fall entstehen, nämlich dann, wenn der Verwaltungsrat für die interne Untersuchung Restriktionen erlässt oder Auskünfte und die Herausgabe von Unterlagen

¹¹⁴ Die Belastung von Leitungsorganen durch Untergebene kann Letztere erfahrungsgemäss teuer zu stehen kommen.

¹¹⁵ WINZELER, BSK BankG, N. 16 zu Art. 3.

verweigert, weil er sich auf den Standpunkt stellt, dass er als oberste Behörde den Umfang der internen Untersuchung bestimmen könne. Auch in solchen Fällen ist Compliance nicht vor Druckversuchen seitens der Bankleitung gefeit. Es ist durchaus nicht immer so, dass die externe Anwaltskanzlei und die bankinternen Juristen einer Meinung zu sein brauchen.

VI. Zusammenfassung

Bei einer internen Untersuchung kommt der Compliance-Funktion eine wichtige Aufgabe zu. Ist die interne Untersuchung an eine externe Anwaltskanzlei delegiert, nimmt Compliance eine Scharnierfunktion zwischen der Bank einerseits und der externen Anwaltskanzlei andererseits wahr. Dank ihrer Betriebsnähe weiss sie Bescheid über die Regelwerke, die Abläufe, die IT-Prozesse, die Organisation und, was ganz besonders wichtig ist, das Personal. Mit ihren Kenntnissen kann sie die externe Anwaltskanzlei effizient und zielgerichtet bei den nötigen Abklärungen unterstützen. Ohne aktive Mitwirkung von Compliance ist eine interne Untersuchung undenkbar.

Massgebend für die Tätigkeit von Compliance in einer internen Untersuchung ist das Unternehmensinteresse der Bank. Im wohlverstandenen Interesse der Bank wird sie kooperativ agieren und alles zur objektiven Aufklärung des Sachverhaltes im Lichte der relevanten Bestimmungen beitragen. Im Auftrag der Bank hat sie die externe Anwaltskanzlei zu instruieren und gegebenenfalls auch zu überwachen.

Dies trifft insbesondere für die Betreuung der befragten Mitarbeitenden und Organmitglieder zu, wo Compliance als Ausfluss der Fürsorgepflicht der Bank als Arbeitgeberin gemäss Art. 328 OR auf eine faire Behandlung zu achten hat. Dazu gehören nach der hier vertretenen Auffassung die Aufklärung der befragten Personen über Ziel und Zweck der internen Untersuchung, die anwendbaren Verfahrensregeln und, mit Blick auf die möglichen Verwendungszwecke des Berichts über die interne Untersuchung, der Hinweis dafür, dass niemand gehalten ist, sich selbst zu belasten. Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es keine überzeugenden Argumente gegen die Anwendung des Grundsatzes «nemo tenetur» auch in der privaten Sonderermittlung.¹¹⁶ Die Nachteile für die betroffenen Mitarbeitenden und Organmitglieder bei Nichtanwendung dieses elementaren

¹¹⁶ STRASSER, Whistleblowing, S. 73 f.

rechtsstaatlichen Prinzips gehen weit über das hinaus, was mit dem Verwertungsverbot in späteren Verfahren zu erreichen ist.

Die Beachtung des Unternehmensinteresses kann aber auch zu Loyalitätskonflikten gegenüber Arbeitskollegen in und ausserhalb der Rechts- und Compliance-Abteilung, gegenüber Mitgliedern der Geschäftsleitung und schliesslich des Verwaltungsrates führen. Es gibt kein allgemeingültiges Patentrezept, wie damit umzugehen ist. Immer ist der Einzelfall genau zu prüfen. Dass der Konflikt zwischen Unternehmensinteressen einerseits und Partikulärinteressen der Betroffenen andererseits für Compliance noch grösser ist, wenn sie die interne Untersuchung selbst durchführen würde, versteht sich von selbst. Nur am Rande ist in diesen Ausführungen auf mögliche Konfliktsituationen zwischen Compliance und externer Anwaltskanzlei die Rede gewesen.

Nebst der unterschiedlichen Interessenlage zwischen Bank einerseits und betroffenen Mitarbeitenden und Organmitgliedern andererseits bildet die unterschiedliche Zielsetzung der aufsichtsrechtlichen und strafprozessualen Verfahren eine weitere Ursache für das Spannungsfeld, in welchem sich Compliance befindet. Diese Spannungen schliesslich erhöhen Interessengegensätze unter den beteiligten Mitarbeitenden und Organmitgliedern, die sich möglicherweise gegenseitig beschuldigen.

Zwar bestehen auch in staatlichen Verfahren, wie z.B. bei der Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten durch die FINMA gemäss Art. 36 FINMAG oder in der Strafuntersuchung Interessenkonflikte zwischen Bank und Mitarbeitenden bzw. Organmitgliedern. Der spezifische Unterschied besteht indessen darin, dass bei der internen Untersuchung letztlich die Bank selbst die Untersuchung führt und nicht ein von der Bank unabhängiger Untersuchungsbeauftragter oder Staatsanwalt. Die Tätigkeit von Compliance ist auch in solchen Verfahren von einer gewissen Bedeutung, doch sind die Spielregeln in staatlichen Verfahren viel klarer und der Einfluss von Compliance auf die Verfahrensführung ungleich geringer.

Mit einer internen Untersuchung kann die Bank möglicherweise ein staatliches Verfahren der FINMA abwenden und sich Vorteile in einem allfälligen Strafverfahren gegen die Bank selbst verschaffen. Der Druck zu «kooperieren» und angebliche Unternehmensinteressen über jene von Mitarbeitenden und Organmitgliedern zu stellen, ist möglicherweise ungleich höher. Allein schon aus Reputationsgründen will sich nämlich die Bank den Vorwurf ersparen, sie habe sich von der externen Anwaltskanzlei ein Gefälligkeitsgutachten über die internen Vorgänge erstellen lassen. Bei einer

allzu scharfen Gangart der externen Anwaltskanzlei muss Compliance also mit Augenmass Gegensteuer geben.

Das vorliegende Fall-Beispiel hat gezeigt, dass internen Untersuchungen, auch wenn Dritte sie durchführen, nur ein beschränkter Anwendungsbereich zukommen kann. Erfasst die Sachverhaltsermittlung Abklärungen bei mehreren Personen über mehrere Hierarchiestufen in einer Bank, sind gravierende Interessenkonflikte vorprogrammiert, die möglicherweise ein objektives Ergebnis beeinträchtigen können. Aus diesen Gründen neigt der Autor dieser Ausführungen dazu, staatlichen Verfahren vor internen Untersuchungen den Vorzug zu geben, und betrachtet Letztere nur dann für angemessen, wenn sie überschaubare Sachverhalte betreffen.