



St. Galler Juristenverein

2. Juni 2010

# **Zur Rolle der Banken bei der Rechtsdurchsetzung**

Referent:

**Prof. Dr. Othmar Strasser,  
Rechtsanwalt**

General Counsel Zürcher Kantonalbank  
Titularprofessor an der Universität St. Gallen (HSG)

# Inhaltsübersicht

- Überwachung von Bankbeziehungen im Strafverfahren nach Art. 284 f. CH-StPO
- Zur Rolle der Bank bei Abklärungen durch einen von der FINMA eingesetzten Untersuchungsbeauftragten gemäss Art. 36 FINMAG
- Zur Meldepflicht nach Art. 9 GwG
- Meldepflichten der Bank gemäss Embargo-Gesetz

# Inhaltsübersicht

- Pflicht der Bank zu "privaten" Ermittlungen bei Gesetzesverstößen
- Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank
- Die Compliance-Funktion der Bank im Auftrage des Staates und im Interesse von Kunden und Anlegern ?
- Fazit

# Überwachung von Bankbeziehungen nach Art. 284 f. CH-StPO

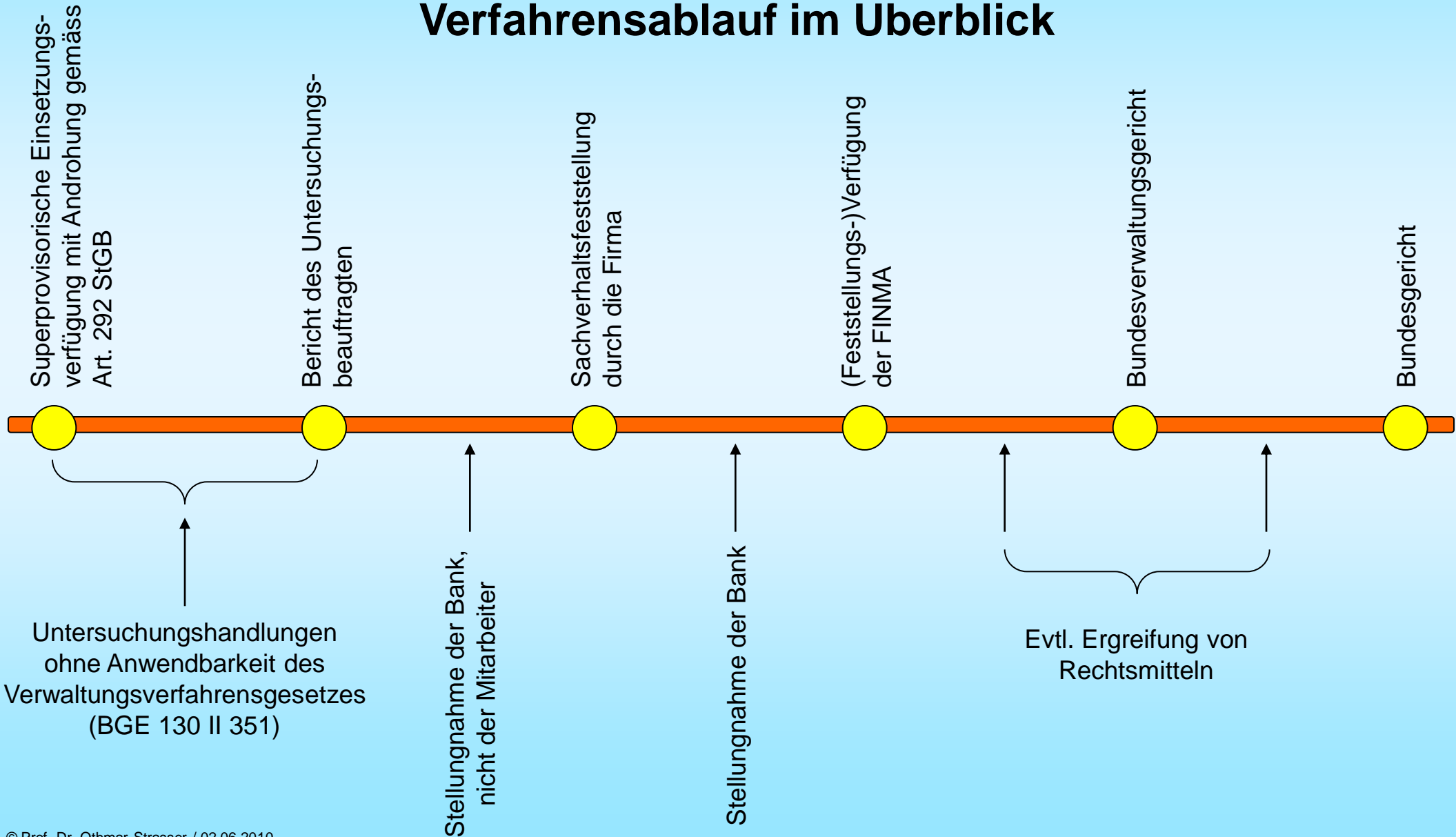
- Grundlage:  
Übereinkommen des Europarates vom 8.11.1990 über die Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (SR 0.311.53)
- Anordnung durch das Zwangsmassnahmegericht
- Überwachung auch *künftiger* Bankbeziehungen
- Anordnung eines Informationsverbotes, damit die Überwachung der beschuldigten Person nicht bekannt wird

# Überwachung von Bankbeziehungen nach Art. 284 f. CH-StPO

- Inhalt der Informationen an Strafuntersuchungsbehörden
  - ☞ Zahlungsein- und -ausgänge
  - ☞ Über- oder Unterschreitung eines bestimmten Saldos
  - ☞ Neu erteilte oder gelöschte Vollmachten
  - ☞ Abschluss neuer Geschäfte
  - ☞ Depotbewegungen und Wertschriftenverschiebungen auf oder ab dem Depot der beschuldigten Person
  - ☞ Zustellung von Kontoauszügen und Depotverzeichnissen
  - ☞ Weitere Informationen

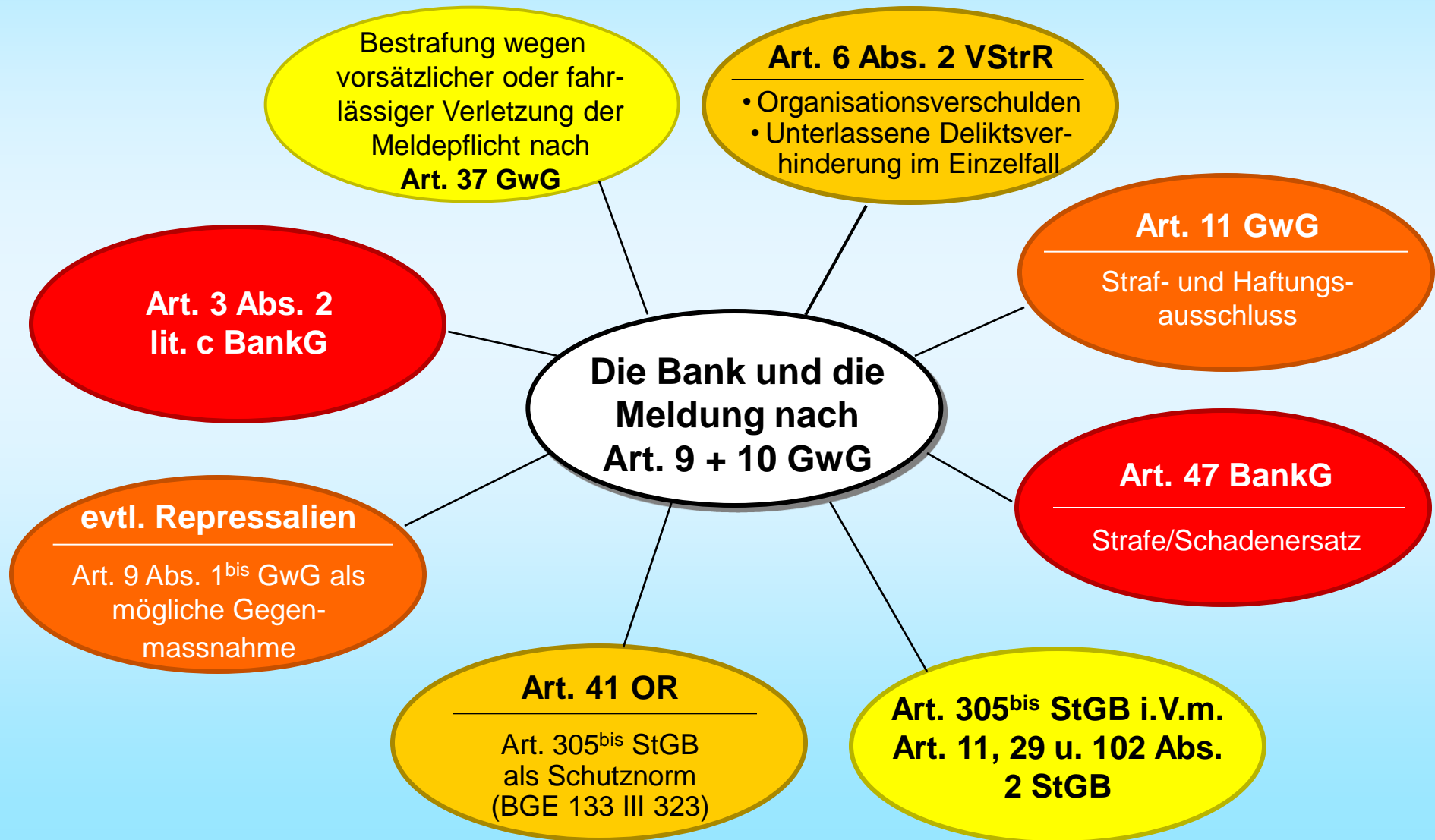
# Abklärungen durch einen Untersuchungsbeauftragten

## Verfahrensablauf im Überblick



# Zur Meldepflicht nach Art. 9 GwG

## Der Compliance Officer im regulatorischen Minenfeld



# Pflichten der Bank gemäss Embargo-Gesetz

- Rechtsgrundlagen
  - ☞ Embargo-Gesetz i.V.m.
  - ☞ jeweiliger Vollzugsverordnung (Zwangsmassnahmen im Einzelnen)
- Kontrolle des Zahlungsverkehrs (Ein- und Ausgänge)
  - ☞ Inland → SIC (*Swiss Interbank Clearing*)
  - ☞ Ausland → S.W.I.F.T. (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*)
  - ☞ Instrument "OFAC"-Filter (*Office of Foreign Assets Control*, Software benannt nach der amerikanischen Dienststelle für die Überwachung von Handelsmassnahmen)
  - ☞ Hinweis: Zu perfektionistische Überwachungsmassnahmen sind mit unverhältnismässigen Kosten verbunden.



# Pflichten der Bank zu "privaten" Ermittlungen bei schweren Gesetzesverstößen

- Rechtsgrundlagen
  - ☞ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR
  - ☞ Wahrung berechtigter Interessen durch die Bank
  - ☞ FINMA-RS 08/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken vom 20.11.2008, Rz 111
- Interessenlage der Bank
  - ☞ Vermeidung von Verfahren
  - ☞ Evtl. Strafbefreiung oder Strafreduktion nach Art. 102 StGB
  - ☞ Bonus-Regelung nach Kartellrecht

# Pflichten der Bank zu "privaten" Ermittlungen bei schweren Gesetzesverstößen

- Arbeitsrechtliche Problemstellungen privater Ermittlungen
  - ☞ Unzulässige Verdachtskündigung
  - ☞ Rechtsmissbräuchliche Kündigungen
  - ☞ Unbegrenzte Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers versus nemo tenetur
  - ☞ Gerichtsverwertbarkeit privater Ermittlungsergebnisse ?

# Pflichten der Bank zu "privaten" Ermittlungen bei schweren Gesetzesverstößen

- Interessenlage des Staates
  - ☞ Bankinterne Ermittlungen als Grundlage für staatliche Verfahren
  - ☞ Bankinternes Know-how ist für staatliche Ermittlungen unverzichtbar (Beispiel Dividend Stripping)
  - ☞ Begrenzte Ressourcen des Staates
  - ☞ Effizienzüberlegungen aus Sicht des Staates und der Bank

# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

(zur Compliance-Funktion)

## **Fatale Folgen der Verletzung von Rechtsnormen**

- Rechtliche Sanktionen (Schadenersatz, Busse, Gefängnis, Bewilligungsentzug, Lizenzverlust etc.)
- Entstehung von grossen Verlusten
- Image- und Reputationsschäden
- Wachsende Bedrohungen rufen nach Abwehredispositiven
- Prävention statt Reaktion oder Repression

# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

(zur Compliance-Funktion)

- Grosse Bedeutung des Managements von Rechtsrisiken für das Gedeihen und Überleben eines Unternehmens

☞ Grundfragestellung:

Mit welchem Instrumentarium geht ein Unternehmen dieses Problem an ?

# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

## (zur Compliance-Funktion)

- Allgemeine Definition Compliance

Compliance ist einerseits die Übereinstimmung des Verhaltens und der Handlungen der Bank und der Mitarbeitenden mit den für sie geltenden Normen des Rechts und der Ethik und andererseits die Gesamtheit aller organisatorischen Massnahmen zur Verhinderung von Gesetzesverletzungen und Verstössen gegen Regeln und Normen der Ethik durch die Bank, deren Organe und deren Mitarbeitende.

# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

(zur Compliance-Funktion)

- Definition der Compliance Risiken gemäss Rz 98 FINMA-RS 08/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken vom 20. November 2008 (in Kraft seit 1.1.2009)

*" Als Compliance-Risiko gilt das Risiko von Verstössen gegen Vorschriften, Standards und Standesregeln und entsprechenden rechtlichen und regulatorischen Sanktionen, finanziellen Verlusten oder Reputationsschäden."*

Hinweis: Von den "Vorschriften" sind auch Verträge mit Kunden erfasst !

# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

(zur Compliance-Funktion)

Folgen

## Definition der Compliance Risiken

Ursache



### Rechtliche Sanktionen

- Bussen
- Freiheitsstrafen
- Kündigungen
- Lizenzverlust
- Bewilligungsentzug
- etc.

### Finanzielle Verluste

- Abschreibung von Forderungen
- Schadenersatz
- Verlust von Creditsicherheiten
- etc.

### Reputationsschäden

- Keine neuen Kunden
- Verlust von bestehenden Kunden
- Verlust von Marktanteilen
- etc.

**Hinweis:** Management bzw. Steuerung von Compliance Risiken als Verhaltensrisiken muss demzufolge beim Verhalten bzw. Verhindern von Rechtsverletzungen ansetzen !



# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

## (zur Compliance-Funktion)

Information über die massgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die Bank

Rechtsberatung im Einzelfall

Prozessführung (bzw. Instruktion und Begleitung von Prozessen und Verfahren)

Schulung

Umsetzung von Erlassen

Risikoidentifikation und Risikobeurteilung, losgelöst vom Einzelfall

Ausarbeitung eines Tätigkeitsplans zur Begrenzung und Vermeidung von Compliance Risiken

Berichterstattung

Überwachung

Kontrollen

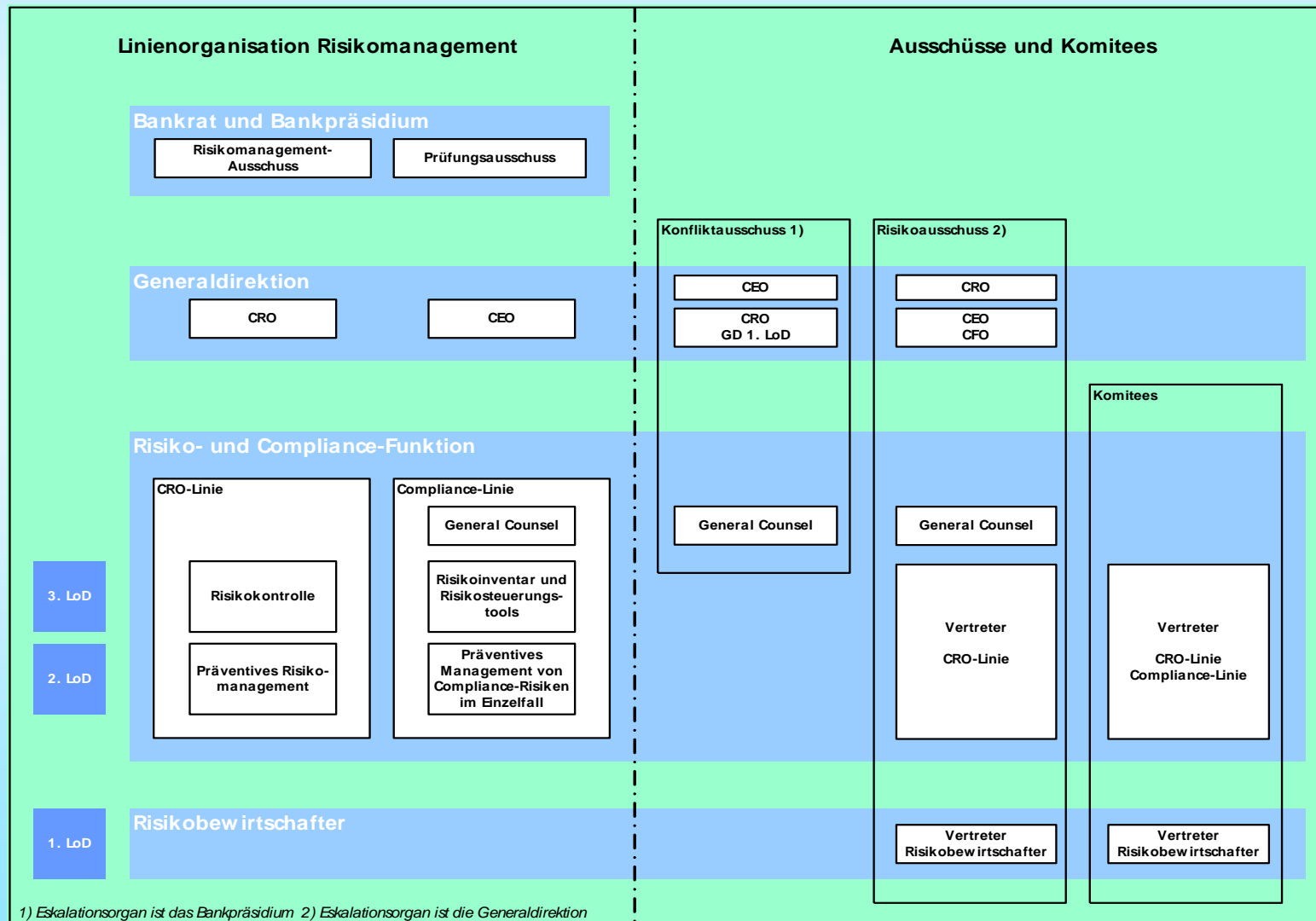
Ermittlungen/Abklärungen

Wahrnehmung von Management-Aufgaben mit Anordnungscompetenz im operativen Bereich als absoluter Ausnahmefall (z.B. Meldung gemäss Art. 9 GwG)

# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

(zur Compliance-Funktion)

Mögliche Überwachung von Compliance Risiken im Einzelfall durch entsprechende Risikoorganisation



# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

(zur Compliance-Funktion)

- Mit der Unterstützungsfunktion vereinbar ist das Interventionsrecht oder die Interventionspflicht der Compliance Funktion zur Identifikation von Risiken oder Abklärung von Verletzungen der Compliance. Die Art der Erfüllung der Interventionspflicht kann unterschiedlich sein:
  - ☞ Information des CEO oder des Verwaltungsratspräsidenten
  - ☞ Abmahnung, wenn eine Empfehlung nicht befolgt wird
  - ☞ Antragspflicht
  - ☞ Eskalation an höhere Instanzen (Pflicht zum Beschreiten des "Rechtsmittelweges")

Die Compliance Funktion kann also Geschäfte nicht verbieten, Transaktionen nicht untersagen, Produkte nicht zurückrufen etc.

# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

(zur Compliance-Funktion)

## Elemente zur Wahrung der Unabhängigkeit der Compliance-Funktion

- Verankerung der Compliance-Funktion in den Statuten und/oder im Organisationsreglement und Regelung durch einen eigens dazu geschaffenen Erlass, der vom Verwaltungsrat zu genehmigen ist
- Wahl des Leiters der Compliance-Funktion oder des General Counsels durch ein der Geschäftsleitung übergeordnetes Organ (Herleitung aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR)
- Direkte (jährliche) Berichterstattung an den Verwaltungsrat gemäss Rz 112 FINMA-RS 08/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken

# Proaktive Durchsetzung staatlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Organisationspflichten im Interesse der Bank

(zur Compliance-Funktion)

## Elemente zur Wahrung der Unabhängigkeit der Compliance-Funktion

- Wenn nötig direkter Zugang zum Verwaltungsratspräsidenten und zum Präsidenten des Audit Committee (Standard gemäss Basler Papier)
- Uneingeschränktes Einsichts- und Auskunftsrecht innerhalb der Bank
- Unterstellung und Einordnung der Compliance-Funktion in eine nicht direkt ertragsorientierte Geschäftseinheit, sofern der General Counsel nicht selbst Geschäftsleitungsmitglied ist
- Vermeidung von Interessenkonflikten durch entsprechende Ausgestaltung der Vergütung

# Die Compliance-Funktion der Bank im Auftrage des Staates und im Interesse von Anlegern und Kunden ?

- BGH-Urteil vom 17. Juli 2009, WM 2009, 1882 ff.
- Gesetzesnovelle in Deutschland zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes
  - ☞ Der Compliance-Beauftragte als Interessenvertreter von Verbrauchern
  - ☞ Der Compliance-Beauftragte als Entscheidungsträger
  - ☞ Der Compliance-Beauftragte als vom Gesetzgeber beauftragtes Überwachungsorgan innerhalb der Bank

# Fazit

- In definierten Bereichen nehmen die Banken "Hilfsfunktionen" für den Staat wahr.
- Rechtsdurchsetzung ist Kernaufgabe des Staates, seiner Behörden und seiner Gerichte. Die "Auslagerung" solcher Aufgaben an Banken darf nur in engen Grenzen erfolgen, nicht zuletzt im Interesse der Betroffenen selbst.
- Die Compliance-Funktion ist ein Element des Risikomanagements im Interesse der Bank.

# Fazit

- Die Wahrung und der Schutz von über die Interessen des Unternehmens hinausgehenden Verbraucherinteressen ist Sache von Gerichten und Aufsichtsbehörden.
- Die primäre Einhaltung von Normen des Rechts und der Ethik liegt in der Verantwortung des Managements und der Mitarbeitenden. Die Compliance-Funktion erfüllt dabei eine Unterstützungsfunktion.
- Eine wirksame Compliance-Funktion liegt auch im Interesse der Aufsichtsbehörde und des Staates. Die Folgen von Rechtsverletzungen durch eine Bank können auch für den Staat verheerende Folgen haben.
- Wie der externe Anwalt ist die Compliance-Funktion Dienerin des Rechts und wahrt die Interessen der Bank.