

Prof. Dr. Monika Roth

Aufsichtsrechtliche Vorgaben für Banken und Art. 102 StGB

Ein Diskussionsbeitrag zu den beiden Alstom-Entscheiden der Bundesanwaltschaft

Zwei Entscheide der Schweizerischen Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011 liegen vor. Sie betreffen die Compliance und befassen sich mit der strafrechtlichen Haftung des Unternehmens. Die Entscheide richten sich gegen den Mutter-Konzern Alstom SA und die Tochtergesellschaft Alstom Network Schweiz AG.

Rechtsgebiet(e): Corporate Governance; Beiträge

Zitiervorschlag: Monika Roth, Aufsichtsrechtliche Vorgaben für Banken und Art. 102 StGB, in: Jusletter 18. Juni 2012

Inhaltsübersicht

Einleitung

- I. Die beiden Entscheide
- II. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens
 1. Subsidiäre Strafbarkeit (Art. 102 Abs. 1 StGB)
 2. Konkurrierende Strafbarkeit (Art. 102 Abs. 2 StGB)
- III. Die Fakten und ihre Würdigung
- IV. Aufsichtsrecht der Banken und Art. 102 StGB
 1. Das Verhältnis Aufsichtsrecht und Art. 102 StGB
 2. Organisationsvorgaben für Banken
 3. Organisationsstandards für Banken-Compliance: Der Fall Alstom wäre aufsichtsrechtlich ein Problem gewesen
 4. Offene Frage: Code of Conduct
- V. Fazit

Literaturübersicht

Einleitung

[Rz 1] Entgegen einiger Würdigungen dieser beiden Entscheide der Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011¹ gilt nicht ein neuer hoher Standard²; er wurde nur vielmehr erstmals von der Strafverfolgungsbehörde beurteilt. Dass Korruption – hier die Bestechung fremder Amtsträger – verboten ist, ist nicht neu; dass Regeln eingehalten werden müssen ebenso wenig; und dass die gelebte Compliance (nicht die auf dem Papier) im Fokus stehen muss, ist auch bekannt. Mit diesem Beitrag wird aufgezeigt, dass grundsätzlich davon ausgegangen werden darf, dass eine Bank, welche die aufsichtsrechtlichen Vorgaben der FINMA namentlich in Bezug auf ihre Organisation und auf compliancerelevante Fragestellungen umfassend erfüllt, wohl eher nicht die Norm des Art. 102 StGB zu fürchten hat – es sei denn, es mangle an der Umsetzung bzw. Durchsetzung der Regeln. Allerdings bleiben Fragen offen.

I. Die beiden Entscheide

[Rz 2] Es handelt sich *erstens* um eine Einstellungsverfügung i.S. Konzernmutter Alstom SA (F) sowie *zweitens* um einen Strafbefehl, mit welchem die Tochtergesellschaft Alstom Network Schweiz AG zu einer Busse von 2,5 Mio. CHF³ und zu einer Ersatzforderung im Betrag von CHF 36,4 Mio. verurteilt

wurde. Beurteilt wurden Bestechungszahlungen an Amtsträger in Lettland, Tunesien und Malaysia.⁴

II. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens

[Rz 3] Seit dem 1. Oktober 2003 gilt Art. 102 StGB.⁵

[Rz 4] Im gegebenen Zusammenhang ist bemerkenswert, dass der in Frankreich beheimatete Konzern ebenfalls in den Fokus der Schweizer Justiz geraten ist. Es wurde somit die Unternehmenseigenschaft des Konzerns bejaht.⁶ So schreibt die Bundesanwaltschaft z.B. in Erwägung III Ziff. 1.2.1 der Einstellungsverfügung: «Die ALSTOM SA war als oberste Konzerngesellschaft zuständig und verantwortlich für die Ausgestaltung der Organisation, die Implementierung, das Controlling sowie die personelle Ausgestaltung der Compliance. Das Organisationsverschulden, das verbunden mit den festgestellten Bestechungszahlungen zur Verurteilung der ALSTOM Network Schweiz AG geführt hat, ist der ALSTOM SA in diesen drei Fällen ebenfalls anzulasten.» Die Bundesanwaltschaft stellte das Verfahren gegen die Alstom-Konzernzentrale ein, obwohl die Alstom SA «als Konzernzentrale nach der Überzeugung der Behörde für die festgestellte Organisationsmängel eine Mitverantwortung» trägt.⁷ Es wurde klar gestellt, dass Unternehmen mit Sitz im Ausland dann dem schweizerischen Unternehmensstrafrecht unterstehen,

¹ Der vorliegende Beitrag bezieht sich auf die zwei am 22. November 2011 für kurze Zeit auf der Website der Schweizerischen Bundesanwaltschaft veröffentlichten, heute nicht mehr zugänglichen Entscheide dieser Behörde (Einstellungsverfügung und Strafbefehl je vom 22. November 2011). Die Autorin setzt sich in einem im August 2012 in der Zeitschrift Risk, Fraud and Compliance (ZRFC) erscheinenden Beitrag mit den generell aus den beiden Entscheiden zu ziehenden Schlussfolgerungen auseinander. Was die Fakten und gewisse Feststellungen der Bundesanwaltschaft anbelangt, sind einzelne Passagen der Beiträge deckungsgleich.

² Von einem neuen hohen Standard gehen aus: NADELHOFER DE CANTO: Millionenbusse gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung, GesKR 1/2012, S. 135; MEINHARDT/LABHART, in: NZZ vom 6. März 2012, S. 19, die von «Härteren Saiten im Korruptionsstrafrecht» sprechen.

³ Gemäss Strafgesetz kann sie höchstens CHF 5 Mio. betragen.

⁴ OECD WORKING GROUP ON BRIBERY: Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Switzerland (Dezember 2011) fasst das lange und ausgedehnte Verfahren wie folgt zusammen (S. 9, Ziff. 12): «This conviction was the result of a long investigation by the OAG (Anm. der Autorin: Bundesanwaltschaft) initiated in 2004 and reopened in 2007, and led to the opening of proceedings in Argentina, Brazil, Latvia, Poland, the UK and the US, in certain cases, following the spontaneous provision of evidence by the OAG. In the context of this investigation, the OAG prosecutors examined hundreds of contracts concluded all around the world.» In der Pressemitteilung der Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011 schreibt die Behörde, dass sich die Ermittlungen auf rund 15 Länder fokussiert hätten.

⁵ Die Anknüpfung an die Unternehmensorganisation für die Zurechnung von innerhalb des Unternehmens begangenen Straftaten wurde vom Bundesgericht schon in BGE 120 IV 310 E. 3bb – also lange vor der Einführung der Strafnorm im Jahre 2003 – wie folgt vermittelt: «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Organisationsstruktur eines Unternehmens als Anknüpfungspunkt für eine Zurechnung von Verbandsdelikten bedeutsam. Denn grundsätzlich besteht die Handlungspflicht nur innerhalb der sachlichen und zeitlichen Grenzen der jeweiligen Aufgaben und der Kompetenz (BGE 113 IV 68 E. 6d und 7).»

⁶ Vgl. dazu ausführlich HEINIGER: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, namentlich S. 9 ff., S. 21 ff. sowie S. 199 ff.; ebenso die Erwägungen der Bundesanwaltschaft in der bereits erwähnten Einstellungsverfügung.

⁷ Pressemitteilung der Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011; siehe auch Einstellungsverfügung, S. 9, Ziff. III, 1.2.1 und S. 7, Ziff. II, 2.11: «Die ALSTOM SA war als oberste Holdinggesellschaft für die Einsetzung der Compliance, das entsprechende Erlassen der Richtlinien und Weisungen, der Umsetzungen des gesamten Regelwerkes, der internen Kontrollen und der entsprechenden Durchsetzung schliesslich verantwortlich.»

wenn die Straftat in der Schweiz begangen wurde oder wenn der Organisationsfehler (auch) in einem in der Schweiz gelegenen Teil des Unternehmens auftritt.⁸ Das heisst, dass ausländische Gesellschaften von Art. 102 StGB erfasst sind, wenn ein örtlicher Anknüpfungspunkt vorliegt. Unternehmen mit Sitz im Ausland können also vom schweizerischen Unternehmensstrafrecht betroffen sein.

[Rz 5] Sowohl die Konzerntochter- wie die Konzernmuttergesellschaft wurden parallel strafrechtlich in die Verantwortung genommen, denn beide traf letztlich ein selbständiges Organisationsverschulden.⁹

[Rz 6] Die Strafnorm des Art. 102 StGB unterscheidet zwischen subsidiärer und konkurrierender Strafbarkeit. Bei beiden Kategorien der Unternehmensverantwortlichkeit gilt: Das Unternehmen hat nicht in erster Linie einzustehen für den Unrechts- und Schuldgehalt der Anlasstat, sondern für denjenigen des Organisationsdefizits.¹⁰ Damit ist Compliance direkt angesprochen.¹¹ Der Grund dafür, dass sich die Justiz überhaupt mit dem Unternehmen befasst, bildet die Anlasstat; sie ist indessen nicht Inhalt des Vorwurfs, sondern Strafbarkeitsbedingung. Dem Unternehmen wird ein Organisationsmangel vorgeworfen. Die Organisation ist vom Unternehmen ohne weiteres zu verantworten. POSTIZZI schreibt vom «risikoorientierten Präventionsstrafrecht».¹²

1. Subsidiäre Strafbarkeit (Art. 102 Abs. 1 StGB)

[Rz 7] Die subsidiäre Strafbarkeit ist an zwei Voraussetzungen gebunden:

1. Die Straftat ist in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen worden.
2. Die Straftat kann wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner natürlichen Person zugerechnet werden.

⁸ Vgl. Einstellungsverfügung, S. 2, Ziff. I 3.

⁹ Vgl. HEINIGER (FN 6), S. 225 N 527.

¹⁰ Vgl. HEINIGER (FN 6), S. 110 N 276, mit Verweisen.

¹¹ HEINIGER (FN 6), S. 138 Rz 336: Die Unternehmensleitung ist verpflichtet, «die ihr untergeordneten Betriebsangehörigen verbindlich auf die Beachtung der Gesetze einzuschwören und ihnen glaubwürdig zu vermitteln, dass das Unternehmen einer gesetzeskonformen wirtschaftlichen Tätigkeit höhere Priorität einräumt als der Erzielung eines maximalen Unternehmensgewinns. Dabei ist die Unternehmensleitung auch gefordert, das rechtstreuere Verhalten der Betriebsangehörigen durch Vorkehrungen zu fördern, indem sie zum Beispiel Anlaufstellen für Mitarbeitende schafft, damit diese anonym Gesetzesverstösse melden können («Whistleblowing».)» Siehe dazu auch ROTH: Compliance – Voraussetzung für nachhaltige Unternehmensführung, S. 137 ff. und ROTH: Kompetenz und Verantwortung: Non-Compliance als strategisches Risiko, S. 67 ff.

¹² POSTIZZI: Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts, S. 7 mit Hinweisen.

2. Konkurrierende Strafbarkeit (Art. 102 Abs. 2 StGB)

[Rz 8] Die konkurrierende Strafbarkeit ist auf bestimmte Delikte beschränkt. Hier gilt: Das Unternehmen wird unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn ihm vorgeworfen wird, nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen zu haben, um eine solche Straftat zu verhindern. Der Pflichtverstoss besteht in der Missachtung von Organisationspflichten, welche die Anlasstat begünstigt.

[Rz 9] Die Anlasstaten sind abschliessend in Art. 102 Abs. 2 StGB aufgezählt. In casu geht es um Art. 102 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 322^{septies} StGB (Bestechungszahlungen an Amtsträger in Lettland, Tunesien und Malaysia). Die Bestechung fremder Amtsträger bildete also die Anlasstat

III. Die Fakten und ihre Würdigung

1. Alstom Network Schweiz AG (nachstehend ANS AG) wurde von Alstom für die Zentralisierung der Compliance-Aufgaben und die Honorarabwicklung gegründet. Für die Geschäftsbereiche «Power Systems» und «Power Services» war seit ca. dem Jahr 2000 somit die ANS AG für die Compliance-Arbeiten des Konzerns beim Einsatz von Vermittlern (Consultants) zuständig. Sie unterstand funktional dem «International Network Representation and Compliance (R&C)» am Hauptsitz der Alstom in Paris. Konkret bestanden die Pflichten darin, die Consultants zu überprüfen und an den Vermittlungsverträgen mitzuwirken. Weiter wurden von ANS AG die Honorarrechnungen überprüft, es wurden Zahlungen freigegeben und die Zahlungsabwicklung besorgt. Sie musste auch Verkaufsbemühungen der Business Unit unterstützen. Es standen ihr 200 Stellenprozent zu Verfügung sowie 10–15 Mitarbeitende der Abteilung R&C in Paris.
2. Dem Leiter der Abteilung R&C sowie den beiden anderen Mitarbeitenden der ANS AG in Baden fehlte es an Ausbildung und Berufserfahrung in Compliance. Dieselbe Feststellung gilt für die in Paris in diesem Bereich Tätigen.
3. Die den Mitarbeitenden gebotene Ausbildung im Bereich Compliance war ungenügend.
4. In der relevanten Periode verfügte Alstom bei einem Personalbestand von über 75'000 Mitarbeitenden über eine ungenügende Ausstattung des Compliance-Bereichs – quantitativ und qualitativ.¹³
5. Die vorgesehenen und grundsätzlich richtigen und

¹³ Heute hat der Konzern, der in zwei Bereichen tätig ist, nämlich Transport und Energie, weltweit 90'000 Mitarbeitende, davon 18'000 in Frankreich.

tauglichen Massnahmen betreffend Zahlungen an Consultants wurden vereinzelt nicht oder ungenügend umgesetzt.

6. Angesichts der Tatsache, dass durch R&C Verkaufsbemühungen der Ländergesellschaften unterstützt werden mussten, wurde das Gebot der Unabhängigkeit (keine Interessenkonflikte) der Compliance-Funktion verletzt. Was die Bundesanwaltschaft indessen nicht weiter bewertet: ANS AG hatte die Aufgabe, die in der Regel von den Verkaufsabteilungen vorgeschlagenen Consultants auf deren Konformität mit den internen Compliance Regeln und später die Abwicklung der Zahlungen auf ihre Vertragskonformität zu überprüfen. War der Honoraranspruch eines Consultants fällig, so wurde die entsprechende Rechnung von ANS AG an die zuständige Business Unit weitergeleitet. Genehmigte diese die Rechnung, so stellte die erstgenannte – gestützt auf einen vorgängig mit der betroffenen Ländergesellschaft abgeschlossenen Treuhandvertrag – in der Höhe der Rechnung des Consultants ihrerseits Rechnung an die betreffende Ländergesellschaft. Diese wiederum zahlte diese Summe auf das Konto von ANS AG ein und der Consultant wurde dann von dieser mit einer Zahlung bedient. Die Alstom Network Schweiz AG wurde von den Ländergesellschaften für diese Tätigkeit mit 0,3 und später mit 0,4% des über sie abgewickelten Transaktionsvolumens entschädigt. Je höher die Transaktionsvolumen, umso höher die Honorareinnahmen der mit Compliance beauftragten Firma. Somit wurde ganz grundsätzlich und vom «business case» her die Unabhängigkeit der Compliance Funktion nicht gewährleistet – im Gegenteil.
7. Weiter wurde festgehalten, dass Alstom zwar ein Compliance-Regelwerk eingeführt und laufend verbessert hatte, dass aber dieses nicht immer mit der notwendigen Hartnäckigkeit durchgesetzt wurde, obwohl Unzulänglichkeiten und Verfehlungen bekannt waren, und daher in den drei zur Verurteilung führenden Fällen seine Wirkung verfehlte.¹⁴

IV. Aufsichtsrecht der Banken und Art. 102 StGB

[Rz 10] Das rechtliche Umfeld ist für Unternehmen generell

dichter und komplizierter geworden. Die Verantwortung von Verwaltungsräten im Hinblick auf die zweckmässige und den Risiken des Unternehmens angepasste Organisation und dort wiederum namentlich die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung des Führungspersonals ist gewachsen. Für prudentiell beaufsichtigte Akteure gilt diese Feststellung noch mehr. Verwaltungsräte und Geschäftsleitung müssen die rechtlichen, regulatorischen und sonstigen compliancerelevanten Aspekte ihrer Tätigkeit kennen, beurteilen und konsequent beachten und durchsetzen. Dies können sie nur, wenn sie sich diesbezüglich richtig informiert und organisiert haben. Um mit DÜRRENMATT zu sprechen: «Ehrlichkeit ist keine Angelegenheit des Innenlebens, sondern der Organisation.»¹⁵

1. Das Verhältnis Aufsichtsrecht und Art. 102 StGB

[Rz 11] Die Anwendung von Art. 102 StGB und damit die Strafbarkeit der Unternehmung im Finanzbereich als solche sollte bei prudentiell beaufsichtigten Akteuren eine seltene Ausnahme darstellen.¹⁶ Denn die entsprechenden aufsichtsrechtlichen Vorgaben enthalten organisatorische Ansprüche, welche nicht nur im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung, sondern immer gewährleistet sein müssen. Werden diese mit der erforderlichen Sorgfalt umgesetzt, so dürfte ein Indiz dafür gegeben sein, dass kein Organisationsmangel im strafrechtlichen Sinne besteht. Allerdings ist der Strafrichter in seiner Würdigung frei und letztlich bedeutet die Respektierung der entsprechenden Vorgaben nicht *per se* eine Entlastung von strafrechtlicher Verantwortung.¹⁷ Ob nämlich die aufsichtsrechtlichen Vorgaben in jedem Fall und jederzeit als Referenz für eine angemessene Organisation genügen, ist letztlich eine offene Frage. Sie ergibt sich daraus, dass die Finanzmarktaufsicht das Thema nicht allein besetzt, dass sie teilweise auch zögerlich reguliert und handelt (z.B. Themen wie Code of Conduct oder Whistleblowing) und dabei auch internationale Standards ausser Acht lässt.¹⁸

[Rz 12] Umgekehrt aber ist es so, dass wohl dann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Organisationsmängeln zu bejahen sein wird, wenn ein Institut in Verletzung von aufsichtsrechtlichen Vorgaben eine der in Art. 102 Abs. 2 StGB erwähnten Straftaten begeht. Eine den konkreten Verhältnissen angepasste Organisation der Bank sowie entsprechende Compliance-Systeme und Prozesse sind somit elementare

¹⁴ Die Bundesanwaltschaft erachtet es als erwiesen, dass in diesen 3 Fällen Konsulenten einen erheblichen Teil ihrer Erfolgshonorare zu illegalen Zwecken verwendet hatten. Sie hielt fest (Einstellungsverfügung S. 7, Ziff. II, 2.12.): «Durch dieses Organisationsverschulden, welches sich in der Schweiz v.a. durch die Handlungen bzw. Unterlassungen der ALSTOM Network Schweiz AG sowie der entsprechenden Mitarbeiter manifestiert hat, wurden die nach dem 1. Oktober 2003 festgestellten Bestechungszahlungen in den Projekten in Lettland, Tunesien und Malaysia erst möglich.»

¹⁵ DÜRRENMATT: Frank der Fünfte, S. 71.

¹⁶ Vgl. dazu KUNZ: Strafbarkeit von Unternehmen: Eingeschränkte Anwendbarkeit bei Geldwäscherei im Finanzsektor, in: Jusletter 27. Januar 2003.

¹⁷ Vgl. ZUFFEREY: «Private Banking Governance», ZSR 2007 I S. 245. Siehe ROTH: Good Corporate Governance, S. 68, Rz 82 und 83.

¹⁸ So hat das Basel Committee on Banking Supervision im Oktober 2010 die *Principles for enhancing corporate governance* publiziert. Darin heisst es (Rz 27), dass ein Code of Conduct (oder ein anderes vergleichbares Papier) vorhanden sein sollte.

Massnahmen, um das Risiko der Verantwortlichkeit des Unternehmens zu reduzieren.

[Rz 13] Aus aufsichtsrechtlicher Sicht kann ein Organisationsmangel bejaht werden, auch wenn kein strafrechtlich relevanter Vorwurf im Raum steht: Finanzintermediäre, welche der Aufsicht der FINMA unterstellt sind, dürfen ihre Tätigkeit erst nach Erhalt einer Bewilligung ausüben. Deren Erteilung und Aufrechterhaltung hängt davon ab, dass gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Dazu zählt insbesondere die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.¹⁹ Diese bezieht sich nicht nur auf die Organisation, sondern auch auf Eigenschaften des obersten Managements. Man muss sich leider angesichts der nicht enden wollenden Vorfälle im Bankensektor fragen, ob dieses Erfordernis an die *high level leadership* der gelebten Wirklichkeit entspricht. Dies auch deshalb, weil die FINMA nicht alles erfährt. Das Gewährserfordernis ist als institutionelle Barriere wichtig, aber es bietet keinesfalls einen Schutzwall gegen Missbräuche. Ein solcher Wall wäre zudem dann effektiver, wenn die FINMA Verwaltungsbussen aussprechen könnte.²⁰ Ein Nachdenken darüber wäre angebracht, was «clawbacks» bewirken könnten. Es geht darum, dass Saläre und Boni des Senior Management zurückverlangt werden können; dies mit der Idee, dass eine solche Drohung das Verantwortungsgefühl des Top Führungspersonals steigern würde.²¹

[Rz 14] Die aufsichtsrechtliche Würdigung ist nicht an strafrechtliche Grundsätze gebunden, kann aber die Anwendung von Art. 102 Abs. 2 StGB massgeblich mitbestimmen. Nimmt beispielsweise ein der Aufsicht der FINMA unterstelltes Institut fahrlässig Vermögenswerte entgegen, die aus einem Verbrechen stammen, kann es fraglich sein, ob die Gewähr dieses prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediärs noch erfüllt ist.²² Banken haften unter der VSB kausal und ohne Möglichkeit des Nachweises fehlenden Verschuldens (Exkulpation) für die Handlungen bzw. Unterlassungen ihrer Mitarbeitenden. Dies kann zu einer Strafbarkeit der Bank als juristische Person führen. «Diese strenge Kausalhaftung verbunden mit ihrem Eigeninteresse, rufschädigende Ereignisse

zu vermeiden, motiviert die Banken, die VSB konsequent umzusetzen.»²³

2. Organisationsvorgaben für Banken²⁴

[Rz 15] Es geht für die Bank darum, die «ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation» vorzusehen²⁵ sowie um die Pflicht, «für ein wirksames internes Kontrollsystem» zu sorgen.²⁶ Es sind die Vorschriften des Bankengesetzes, die diesbezüglich die Grundvorgaben setzen.

[Rz 16] Das StGB wirkt sich indirekt auf die Organisation aus, weil es einige Tatbestände enthält, deren Vermeidung verschiedene Instrumente und Prozesse voraussetzt, was sich in der Organisation der Bank spiegelt. Zu nennen sind etwa der Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) und der der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} StGB). Präventionsmassnahmen erfordern organisatorische Massnahmen, die von der Finanzmarktaufsicht und ihrer Praxis präzisiert werden. Namentlich die Geldwäschereiprävention hat dazu geführt, dass Compliance als Funktion in den Banken stark an Bedeutung gewann.

[Rz 17] Die innere Organisation hat bei Banken schon immer besonderes Gewicht gehabt – das Bankengesetz setzte sich seit seiner Inkraftsetzung 1935 damit auseinander. Schon der Entwurf Landmann für ein Bankengesetz im Jahre 1916 – «Bundesgesetz betreffend den Betrieb und die Beaufsichtigung von Bankunternehmungen» – enthielt als einer der vier Hauptpunkte die Einführung eines Konzessionssystems. Voraussetzung der Bewilligungserteilung war unter anderem eine angemessene Verwaltungsorganisation.²⁷

[Rz 18] Art. 3 BankG ist eine grundlegende und letztlich die sine qua non definierende Bestimmung für den Bewilligungserhalt (zusammen mit Art. 7 ff. BankV, wo die innere Organisation vertieft geregelt wird). Zentral ist das FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und internen Kontrolle Banken.²⁸ Dabei spielt die Frage der Organisation von Aufsicht und Kontrolle – neben der eigentlichen Abwicklung von Geschäften – eine wichtige Rolle. In diesem Zusammenhang müssen weitere Themen wie Umschreibung, Erlass und Kontrolle von Verhaltensrichtlinien gesehen werden, welche Bestandteil der Organisationspflichten und damit wiederum

¹⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

²⁰ Vgl. dazu auch Financial Stability Board, Peer Review of Switzerland, Bericht vom 25. Januar 2012, S. 19, wo bedauert wird, dass die FINMA nach wie vor nicht über «powers to impose civil money penalties» verfüge.

²¹ Vgl. dazu Financial Times vom 16. Mai 2012, S. 17: «NY audit chief calls for JPMorgan «clawbacks»». Vgl. auch The Wall Street Journal 18.–20. Mai 2012, S. 27 (Trading Mess Puts Pay Clawbacks on Center Stage): Das Blatt weist darauf hin, dass seit Inkrafttreten des Sarbanes-Oxley Act im 2002 die Möglichkeit von Clawbacks (d.h. die Rückforderung von Gehältern oder erfolgsabhängigen Lohnbestandteilen) besteht und dass es aber wenig Beispiele aus dem Finanzsektor gäbe, bei denen dies erfolgt sei. «Wall Street is getting its first high-profile opportunity to prove it is serious about recovering pay from executives whose blunders waste shareholder treasure.»

²² Vgl. ROTH (FN 17), S. 69, Rz 86.

²³ EBK-Bericht Selbstregulierung vom Juli 2007, S. 14. Vgl. auch ROTH (FN 17), S. 69, Rz 87.

²⁴ Banken, die ebenfalls Effektenhändler sind, unterliegen für die diesbezüglichen Tätigkeiten dem BEHG. Sie bedürfen einer Effektenhändlerbewilligung, welche nicht in der Banklizenz enthalten ist. Auf die organisatorischen Anforderungen, welche sich speziell auf die Tätigkeit als Effektenhändler beziehen, wird nachstehend nicht eingegangen.

²⁵ Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 lit. a BEHG.

²⁶ Art. 9 Abs. 4 BankV; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 BEHV.

²⁷ Vgl. dazu BÄNZIGER: Die Entwicklung der Bankenaufsicht in der Schweiz seit dem 19. Jahrhundert, S. 41 ff.

²⁸ Vgl. dazu umfassend ROTH (FN 17), S. 163 ff., Rz 295 ff.

Bewilligungsvoraussetzung bilden. Die Organisationspflichten decken sich zum Teil mit den Sorgfaltspflichten. Dies namentlich dann, wenn Interessenkonflikte Hintergrund und Thema bilden.

[Rz 19] Die definierten Verhaltenserwartungen müssen kontrolliert werden. In alle wichtigen Prozesse sind Compliance-Checks einzubauen.²⁹ Die Organisation der Bank muss neben anderem eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleisten.³⁰

[Rz 20] Das FINMA-Rundschreiben 2008/7 Auslagerung von Geschäftsbereichen bei Banken vom 20. November 2008 umschreibt die Voraussetzungen, unter denen Outsourcing-Lösungen unter anderem den Erfordernissen einer angemessenen Organisation entsprechen, wobei für Auslagerungen innerhalb eines Konzerns gewisse Erleichterungen bestehen. Nicht auslagerbar sind Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle durch den Verwaltungsrat sowie zentrale Führungsaufgaben der Geschäftsführung. Es sind zudem nicht auslagerbar Entscheide über Aufnahme oder Abbruch einer Geschäftsbeziehung. Die Auslagerung der Compliance-Funktion ist möglich.

3. Organisationsstandards für Banken- Compliance: Der Fall Alstom wäre auf- sichtsrechtlich ein Problem gewesen

[Rz 21] «Compliance's job was to make sure that the bank was obeying all the idiotic legislation designed to make the City safe for the timid and the frightened and the conventional and the weak, all the pathetic little bits of string with which governments tried to tie down the giant» – so empfindet der Investment Banker im Buch «Capital» die Compliance-Funktion.³¹ Er hat neben anderem nicht verstanden, dass Compliance starke organisatorische und prozessorientierte Aspekte aufweist.

[Rz 22] «Zu einer angemessenen Organisation gehört unter anderem ein gut ausgebautes Weisungswesen mit klaren Aufgaben-, Kompetenz- und Verhaltensregeln. Die Bank hat dafür zu sorgen, dass die von ihr erlassenen Weisungen und Richtlinien umgesetzt und befolgt werden.»³² Dafür setzt sie die Compliance-Funktion ein. Diese muss von verschiedenen «Instanzen» evaluiert werden: Zunächst vom

Verwaltungsrat, welcher die Gesamtverantwortung für diese Funktion und deren Aufgaben trägt³³, sodann durch die interne Revision.

[Rz 23] Die Grundlage für die Tätigkeit einer internen Revision bei schweizerischen Finanzinstituten bildet das FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken. Dieses fordert, dass Banken und andere Finanzintermediäre die der FINMA unterstehen (Versicherungen, Effektenhändler, KAG und von der FINMA bewilligte Vermögensverwalter etc.) «eine interne Revision einzurichten» haben.³⁴ Zu dieser werden detaillierte *aufsichtsrechtliche Vorgaben* gemacht.³⁵ In Rz 100–120 wird spezifisch auf die *Compliance* Bezug genommen. Das bedeutet, dass die interne Revision aufgrund dieses Rundschreibens nicht nur das interne Kontrollsystem, sondern auch die Compliance prüfen muss. *Die interne Revision ist ein Organ des Verwaltungsrates, das die Geschäftstätigkeit des gesamten Unternehmens, also unter anderem auch der Compliance-Funktion zu überwachen hat.*³⁶

[Rz 24] Sodann überprüfen nicht nur die internen, sondern auch die externen Revisionsstellen von Banken im Rahmen der ordentlichen Revision deren Compliance mit den aufsichtsrechtlichen Regeln. Im Gegensatz zur Rechnungsprüfung ist «die Aufsichtsprüfung namentlich auf die organisatorischen Elemente und weitere aufsichtsrechtliche Aspekte der Institute ausgerichtet, die für das langfristige, solvente Fortbestehen eine entscheidende Rolle spielen. (...) In der Aufsichtsprüfung hat der Prüfer neben den allgemeinen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zusätzlich die von der FINMA als Mindeststandards anerkannten Richtlinien von Selbstregulierungsorganisationen zu beachten.»³⁷ Die Revision betrachtet also nebst den Abschlusszahlen unter anderem die Einhaltung der Geldwäschereibestimmungen. Sie prüft auch die Compliance-Funktion, namentlich, ob die vorerwähnten Vorgaben des FINMA-Rundschreibens 2008/24 eingehalten worden sind.

[Rz 25] Die Compliance-Funktion sowie deren Einrichtung und Unterstellung sind im FINMA-Rundschreiben geregelt.³⁸ Im gegebenen Zusammenhang ist die dortige Randziffer 101 wichtig, welche die Ausstattung der Funktion (angemessenes

²⁹ Vgl. ROHNER/CERRUTTI: Legal und Compliance im globalen (Finanz-)Unternehmen, GesKR 1/2007, S. 5.

³⁰ Vgl. EBK Bulletin 45/2003, S. 158 ff., wo festgehalten wird, dass die Organisation auch darauf ausgerichtet sein muss, allfällige Verstösse gegen externe und interne Vorschriften rasch zu entdecken. Das wiederum besagt, dass interne Vorschriften ebenfalls Bestandteil der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bilden in dem Sinne, als sie erstens vorhanden sein, zweitens genügen und drittens auf ihre Einhaltung kontrolliert werden müssen.

³¹ LANCHESTER: Capital, S. 347.

³² EBK Bulletin 42/2002, S. 137.

³³ Vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken, Rz 9 ff.

³⁴ FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken, Rz 54.

³⁵ Vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken, Rz 54 ff.

³⁶ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION: Compliance and the compliance function in banks, April 2005, Principle 8: «The scope and breadth of the activities of the compliance function should be subject to periodic review by the internal audit function».

³⁷ Analyse der FINMA «Prüfwesen 2012» vom 23.12.2011, Ziff. 2.3.

³⁸ Vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken.

Staffing und Ressourcing) behandelt. Über den Erfahrungstand und die Ausbildung des Compliance Officer wird nichts gesagt, wohl aber über die Unabhängigkeit.³⁹ Dass über die persönlichen Qualifikationen des Compliance Officer nicht ausdrücklich Standards festgelegt sind, ergibt sich daraus, dass unter dem Gewährserfordernis die FINMA davon ausgeht, dass eine Bank solche Positionen nur mit Personen besetzt, die auch etwas von der Sache verstehen. Das ist, wie man weiss, nicht der Fall. So hat die FINMA selbst in ihrer Verfügung vom 11. Januar 2010 geschildert, wie ein Versagen eines Compliance Officer aussehen kann:⁴⁰ Diese Person hatte offenkundig zu wenig Know-How.⁴¹ Auch die englische Financial Services Authority (FSA) kam in anderen Fällen zu entsprechenden Feststellungen. So beispielsweise im Fall Christchurch Investment Management Ltd., wo die FSA zu einem Compliance Officer mit dem Namen Thornberry folgendes festhielt: «Thornberry has no formal training for his compliance oversight role ...».⁴²

[Rz 26] Die aufsichtsrechtlich ausdrücklich geforderte Unabhängigkeit wäre beim Alstom-Konstrukt aus einer grundsätzlichen, von der Bundesanwaltschaft nicht genannten Überlegung heraus zu verneinen: Wie bereits in Kapitel III Ziff. 6 vorstehend beschrieben, war dieses «Business – Modell» unter diesem Aspekt sehr fragwürdig. Denn:

[Rz 27] Je höher die Transaktionsvolumen, umso höher die Honorareinnahmen der mit Compliance beauftragten Alstom Network Schweiz AG – ein grundlegender Interessenkonflikt ist auf den ersten Blick erkennbar. Das Compliance-Konzept war somit unzulänglich angelegt, weil es offensichtlich dazu verleiten konnte, die Kontrollfunktionen von Compliance nicht hinreichend wahrzunehmen. Denn diese Art der Verrechnung von Leistungen – eine Entschädigung nach Höhe einzelner Transaktionen – stellt *per se* einen Widerspruch zur unabhängigen Prüfung und Beratung dar. Es ist daher der Schluss zu ziehen, dass ein solcher Ansatz schon aus aufsichtsrechtlicher Sicht unzulässig ist und dass in jedem Fall die Prüfgesellschaft bei einer Bank dies in ihrem Bericht über die Aufsichtsprüfung hätte bemängeln müssen.⁴³ Wie nämlich bei einem solchen Geschäftsmodell die Unabhängigkeit und das notwendige Standing von Compliance, um sich gegen den Druck der Ländergesellschaften durchzusetzen, hätten gesichert werden können, bleibt ein Rätsel. Das

Geschäftsmodell selbst stellt ein ernsthaftes Risiko für die Compliance im Korruptionsbereich dar.

4. Offene Frage: Code of Conduct

[Rz 28] Die Antwort auf die Frage, ob die Erfüllung aufsichtsrechtlicher Vorgaben bei prudentiell beaufsichtigten Akteuren das Risiko einer Strafverfolgung nach Art. 102 StGB verringert, lautet an sich «Ja». Dennoch: Zweifel bleiben.

[Rz 29] Aus aufsichtsrechtlicher Sicht gibt es keinen Zwang für einen Code of Conduct. Das Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken der FINMA enthält keine diesbezügliche Vorgabe. Allerdings kann man sich fragen, ob ein Institut von einer gewissen Grösse nicht als betriebliche Massnahme im Sinne eines Beitrages an das Kontrollumfeld⁴⁴ über einen Code of Conduct verfügen müsste. Es ist jedenfalls – quasi *e contrario* – sonst schwierig zu erkennen, wie ein Unternehmen nachhaltig Grundwerte des Handelns für das Unternehmen vermitteln kann. Ein Code of Conduct ist didaktisch gesehen zwingend.

[Rz 30] Einen gesetzlichen Zwang, einen Code of Conduct zu erstellen, gibt es nicht. Allerdings kann – mit Blick auf die strafrechtliche Haftung von Unternehmen und ihrer Pflicht, organisatorische Massnahmen zur Verhinderung von Straftaten zu treffen – ein Verhaltenskodex als ein geeignetes Mittel betrachtet werden.

[Rz 31] Es erstaunt daher zum einen, dass die Finanzmarktaufsicht bis heute jedenfalls dazu nicht Stellung nimmt, obschon sie über das Gewährserfordernis hohe Anforderungen an die Integrität des Unternehmens Bank stellt, und es bleibt deshalb zum andern die Frage offen, wie ein Strafgericht im konkreten Fall das Fehlen eines Code of Conduct gewichten würde. So oder so verwundert es, dass die Raiffeisen Schweiz als viertgrösste Bank des Landes nicht über einen Code of Conduct verfügt.⁴⁵

³⁹ FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle, Rz 100 und 103.

⁴⁰ FINMA Bulletin 1/2010, Rz 58, S. 115.

⁴¹ Siehe dazu eingehend ROTH: Kompetenz und Verantwortung: Non-Compliance als strategisches Risiko, S. 112 f. Auch FINMA Bulletin 1/2010, S. 115 ff.

⁴² Vgl. FSA fines Christchurch Investment Management Ltd. and compliance officer for client money breaches, 1. Mai 2012 (Ref. FSA/PN/046/2012).

⁴³ Vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken, Rz 106.

⁴⁴ «Das Kontrollumfeld umfasst alle Aspekte eines Unternehmens, die unter dem Stichwort Corporate Governance, Compliance, Organisation und Führung diskutiert werden. Es geht dabei sowohl um die Grundwerte des Unternehmens, die beispielsweise in einem Code of Conduct festgeschrieben sind, als auch um das praktische Zusammenspiel der Unternehmensorgane (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung). Diese tragen gemeinsam die Verantwortung für die Werte und deren Umsetzung.» (ROTH FN 41, S. 157).

⁴⁵ Im Rahmen einer Gruppenhausarbeit haben sich Absolventen des 12. Lehrganges DAS Compliance Management am IFZ Zug mit den Codes of Conduct der 50 grössten Schweizer Unternehmen befasst. Die Grösse ergab sich hier aus dem Adressatenkreis des Code of Conduct: Anzahl Mitarbeitende weltweit. Die Studierenden bewerteten diese Lücke bei Raiffeisen als negativ, ebenso aber auch z.B., dass ausgerechnet weder Migros noch COOP einen öffentlich zugänglichen Code of Conduct haben. Alle 3 genannten Unternehmen verfügen über ein Leitbild, was einen Code of Conduct bei weitem nicht ersetzt.

V. Fazit

[Rz 32] Zusammenfassend darf gesagt werden, dass die Alstom-Entscheidung der Bundesanwaltschaft ihre Bedeutung vor allem daraus erhalten, dass die Wichtigkeit von Compliance als Konzept und Funktion gestärkt wird und dass einmal mehr vor Augen geführt wird, dass Non-Compliance sich nicht lohnt. Weiter hat sich gezeigt, dass die Grundstandards für die Compliance-Funktion und ihr Standing – so wie im Bankenbereich definiert – auch für andere Branchen und Unternehmen über den Art. 102 StGB Geltung haben.

Literaturübersicht

BÄNZIGER, HUGO: Die Entwicklung der Bankenaufsicht in der Schweiz seit dem 19. Jahrhundert, Bern 1986 DÜRRENMATT, FRIEDRICH: Frank der Fünfte. Komödie einer Privatbank, Neufassung 1980, Zürich 1998 HEINIGER, MATTHIAS: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB. Die strafrechtliche Erfassung eines wirtschaftlichen Phänomens, Bern 2011 KUNZ, MICHAEL: Strafbarkeit von Unternehmen: Eingeschränkte Anwendbarkeit bei Geldwäscherei im Finanzsektor, in: Jusletter 27. Januar 2003 LANCHESTER, JOHN: Capital, London 2012 MEINHARDT, MARCEL/LABHART, OLIVER: Härtere Saiten im Korruptionsstrafrecht, NZZ vom 6. März 2012, S. 19 NADELHOFER DE CANTO, SIMONE: Millionenbusse gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung, GesKR 1/2012, S. 129-136 POSTIZZI, MARIO: Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts, Basel/Genf/München 2006 ROHNER, URS/CERUTTI, ROMEO: Legal und Compliance im globalen (Finanz-)Unternehmen, GesKR 1/2007, S. 1–5 ROTH, MONIKA: Good Corporate Governance: Compliance als Bestandteil des internen Kontrollsystems, Zürich/St. Gallen 2007 ROTH, MONIKA: Compliance – Voraussetzung für nachhaltige Unternehmensführung. Ein branchenübergreifendes und interdisziplinäres Handbuch mit Fallstudien, Zürich/St. Gallen 2010 ROTH, MONIKA: Kompetenz und Verantwortung: Non-Compliance als strategisches Risiko, Zürich/St. Gallen 2012 ROTH, MONIKA: Conflict of Interest: Compliance and its Contribution to Corporate Governance in the Financial Services Sector, in: PETERS, ANNE/HANDSCHIN, LUKAS (Hrsg.): Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance, Cambridge University Press 2012 ZUFFEREY, JEAN-BAPTISTE: «Private Banking Governance», ZSR 2007 I, S. 235–258

Prof. Dr. Monika Roth, Advokatin, ist Dozentin an der Hochschule Luzern – Wirtschaft und Studienleiterin des Diploma of Advanced Studies Compliance Management am Institut für Finanzdienstleistungen Zug IFZ. Sie ist Partnerin der Kanzlei roth schwarz roth in Binningen (BL) und von fintegrity gmbh in Bern, Vizepräsidentin des Strafgerichts Basel-Landschaft sowie unabhängiges Mitglied des Verwaltungsrates von Ethos Services AG, Genf, und von kmuOnline AG, Oberwil (BL). Sie hat mehrere Bücher und zahlreiche Artikel zu Compliance, zu Corporate Governance und zum Finanzmarktrecht verfasst (siehe www.roth-schwarz-roth.ch).

* * *