

recht

3/22

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

40. Jahrgang

Inhalt

- 119 *Monika Roth*
Compliance: Verantwortung und Verantwortlichkeit von Bankmitarbeitenden
- 131 *René Wiederkehr/Christian Meyer/Anna Böhme*
Transparenz als Verfahrensgrundsatz: Gesetzliche Transparenztechniken und praktische Argumentationsfelder
- 149 *Reto Pfeiffer*
«Bewirtschaftung» nach Artikel 679a ZGB
- 159 *Yasmine Müller/Wolfgang Wohlers*
Der Umgang mit pornografischen Darstellungen Minderjähriger

online+

Ihre Vorteile
auf einen Blick:
Seite 170



Stämpfli Verlag

Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.com

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2022

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 261.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 190.–

Ausland: Europa CHF 271.–

Welt CHF 287.–

Onlineabo: CHF 216.–

Einzelheft: CHF 68.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
zeitschriften@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 82,

mediavermarktung@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2022

Gesamtherstellung: Stämpfli Kommunikation, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

TANJA DOMEJ

Professorin für Zivilprozessrecht,
Privatrecht und Rechtsvergleichung,
Universität Zürich

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und
Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht
und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und
Zivilprozessrecht, Universität Basel

ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,
Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung,
Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,
Wirtschafts- und Europarecht,
Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-
prozessrecht und Internationales
Strafrecht, Universität Zürich

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-
prozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Rechtsverglei-
chung im öffentlichen Recht,
Universität Luzern

NICOLAS F. DIEBOLD

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Wirtschaftsrecht,
Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie,
Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,
insb. Verwaltungsrecht und
öffentliches Prozessrecht,
Universität Basel

Monika Roth

Compliance: Verantwortung und Verantwortlichkeit von Bankmitarbeitenden*

«Doch der Wald, darauf bestehe ich,
ist eine reine Behauptung, ein abstraktes System,
das in der Wirklichkeit nicht zu finden ist.
Der Wald zerfällt in lauter Bäume,
genau wie der Himmel in Planeten zerfällt,
in Sterne und Meteore.»¹

Compliance Officers sollen Unternehmen vor Rechts- und Reputationsrisiken schützen. Sie sind selber diesen Risiken ausgesetzt. Es handelt sich namentlich um aufsichtsrechtliche Verfahren und solche der Strafjustiz. Die persönlichen und finanziellen Folgen können schwerwiegend sein. Die Anforderungen an Compliance Officers sind hoch. Sie müssen jederzeit integer, unabhängig, kompetent und fehlerfrei arbeiten. Dies oft in einem schwierigen Umfeld. Um zu bestehen, müssen sie ihre Rolle gut begreifen und es vorziehen, gefürchtet statt geliebt zu werden.

Inhaltsübersicht

- I. Verantwortung und Verantwortlichkeit
- II. Ein weites Feld von Fragen
- III. Compliance im Bankensektor
- IV. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen erhöht den Stellenwert der Compliance – aber auch die Risiken der Compliance Officer
 1. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen (Art. 102 StGB)
 2. Organisationsdefizit und Anlasstat
- V. Die Bundesanwaltschaft und die Unternehmenshaftung
- VI. Compliance und Integrität
- VII. Catch me if you can
- VIII. Compliance Officers sind nicht Wirtschaftsanwälte
- IX. Denken im Konjunktiv genügt nicht
- X. Whatever you do, don't just go with the flow. Go deep. Smell right
- XI. Schlussbemerkungen

I. Verantwortung und Verantwortlichkeit

Verantwortung und Verantwortlichkeit sind nicht dasselbe. Ein Compliance Officer etwa, der für die Erfüllung der Meldepflicht nach Geldwäschereige-

setz Unterlagen konsultiert und Informationen verarbeitet, übernimmt viel Verantwortung. Trifft er die Entscheidung «Meldung ja oder nein» allein, ohne beispielsweise einen Vorgesetzten konsultieren zu müssen, so trifft ihn die persönliche Verantwortlichkeit. Ihm ist die Entscheidung zuzurechnen. Muss er auf einen Vorgesetzten zugehen und bedarf es dessen Zustimmung, so ist davon auszugehen, dass dieser weniger Dossierkenntnis hat als der Mitarbeiter. Er trägt nicht die Verantwortung für den Fragenkomplex an sich, aber er wird für das Ja oder Nein der Meldung persönlich (mit) verantwortlich. *Luhmann* formuliert es so: «Auch Verantwortung ist (...) etwas, was laufend passiert und allenfalls sekundär einem Entscheider als Fehler zugerechnet werden kann. Nur soweit dies der Fall ist und soweit es erwartet werden kann, hat es Sinn, von *Verantwortlichkeit* zu sprechen».²

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass dann, wenn die vorgeschriebenen und erforderlichen Pflichten nicht befolgt wurden, die zum Schutz des Einziehungsinteresses der Rechtspflege sowie im Interesse der Vortat-Geschädigten gelten, sich beim Finanzintermediär die Frage stellt, wer gemäss Gesetz, Aufsichtsrecht und internen Regeln (Normgefüge) eine besondere Verhinderungspflicht bezüglich Geldwäscherei getragen hat.³ Geht es um eine Verletzung der Meldepflicht, so kommt die nebenstrafrechtliche Verantwortlichkeit des designierten Pflichtträgers nach Art. 37 GwG zum

Monika Roth, Dr. iur., Prof. em. der Hochschule Luzern, Advokatin, Kanzlei roth schwarz roth, Binningen/BL.

Der Beitrag ist die erweiterte Fassung des Keynote-Referats, gehalten am 5. Mai 2022 anlässlich der 11. Legal & Compliance-Tagung des Verbands Schweizerischer Kantonalbanken in Lugano unter dem Titel: «Mit einem Bein im Gefängnis? Verantwortlichkeit von Bankmitarbeitenden». Der Aufsatz befasst sich mit der Rolle und den Risiken der Compliance Officer.

* Der Beitrag wurde am 24. Mai 2022 Online First publiziert (www.recht.recht.ch).

¹ Lukas Bärfuss, Hagard.

² Niklas Luhmann: Organisation und Entscheidung, 2. Auflage, Wiesbaden 2006, 197.

³ Vgl. dazu Jürg-Beat Ackermann, § 4 Tatbestandsmässigkeit, in: Ackermann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2021, N 144 f.

Zuge.⁴ Die Verantwortlichkeit kann sich zudem für die gleiche Person, den Compliance Officer, auf die Geldwäschereिनorm des StGB erstrecken, indem aufgrund seiner Garantenstellung eine Verletzung der Garantenpflicht angenommen wird.⁵ Die Verantwortlichkeit kann mannigfaltig sein und bildet ein erhebliches Risiko, zumal die FINMA ihre Anzeigepraxis verschärft hat, das Eidgenössische Finanzdepartement personell stark aufgerüstet hat und auch das Bundesstrafgericht sowie das Bundesgericht in ihrer Rechtsprechung für Compliance Officers insgesamt nun die Rechtsrisiken konkretisiert (und ausgedehnt) haben. Man kann feststellen, dass die Belastung für Compliance Officers massiv gewachsen ist, wohingegen die Führungsetagen entlastet sind, weil das Strafbarkeitsrisiko in Unterlassungsfällen «nach unten» verschoben wird durch interne Compliance-Regelungen, welche die Verantwortung und die Verantwortlichkeit den Compliance Officers auferlegen.⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht ist es angesichts der damit verbundenen Rechtsrisiken unangemessen, einem Einzelnen allein den Entscheid hinsichtlich Meldepflicht aufzuerlegen bzw. zu überlassen. Jeder Geldwäschereibeauftragte steht ohnehin rechtlich in einem grossen vielfachen persönlichen Rechtsrisiko, das dadurch verstärkt wird, dass die FINMA Strafanzeigen erstattet und dass für den Betroffenen noch viele Jahre nach allenfalls falschen Einschätzungen, Fehlentscheidungen und Versäumnissen vielfache Verfahren drohen, die teuer und langwierig sind und bei denen unterschiedliche Mitwirkungspflichten bzw. Rechte gelten.⁷ Es besteht Handlungsbedarf dahingehend, dass im Rahmen einer ordnungsgemässen Organisation gerade eine solche Entscheidung nicht von einer Einzelperson getroffen wird, sondern dass darüber ein Gremium entscheidet, das informiert, dokumentiert und nachvollziehbar die Abwägungen festhält und das Vorgehen bestimmt. In einem gewissen Mass kann dies zur Eingrenzung von «Rückschaufehlern» (*hindsight bias*) dienen. Damit umschreibt man die nachträglich verzerrte Einschätzung der Vorausssehbarkeit von Ereignissen. In gerichtlichen Verfahren zivilrechtlicher, aber auch strafrechtlicher Art ist die Gefahr gross, in diese «Rückschau»-Fälle zu geraten.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Individuums knüpft an die ihm persönlich vorwerfbare pflichtwidrige und schuldhaftige Pflichtverletzung an. Es geht um individuelles Fehlverhalten. Dieses kann nicht auf einen anderen überwältigt werden.

⁴ Vgl. Ackermann, Fn. 3, § 4 Tatbestandsmässigkeit, N 145.

⁵ Vgl. Ackermann, Fn. 3, § 4 Tatbestandsmässigkeit, N 139.

⁶ Vgl. Ackermann, Fn. 3, § 1 Grundlagen des schweizerischen Wirtschaftsstrafrechts, N 40.

⁷ Vgl. dazu Monika Roth, Geldwäschereibeauftragte: Von Jägern zu Gejagten, in NZZ 7.9.2021, 18.

Im schweizerischen Strafrecht gibt es keine Figur der «Kollegialhaftung» oder der «Office-Haftung». Insofern sind die individuelle Handlung oder Unterlassung und die Zurechenbarkeit derselben ausschlaggebend.

II. Ein weites Feld von Fragen

Es gibt nicht DIE Bank, es gibt nicht DEN Compliance Officer und es gibt nicht DIE Situation. Es besteht auch hier eine Gausssche Normalverteilung. Lassen Sie mich dazu als Einstieg und zur Verdeutlichung beginnen mit drei wahren Vorfällen, zwei etwas älter, der andere ganz aktuell. Ich benenne die Personen immer als Compliance Officer. Das Geschlecht spielt keine Rolle. Die Fälle dienen als Beispiele dazu, auf ein weites Feld von Fragen und Umständen hinzuweisen.

Im Juli 2020 erhielt ich überraschend einen Anruf eines Compliance Officer, der vor Jahren die von mir während 20 Jahren geleitete Compliance-Ausbildung an der Hochschule Luzern absolviert hatte und den ich seither nie mehr gesehen habe. Es war leider – dies vorweg – überhaupt nicht der erste Anruf dieser Art, aber doch ein sehr dramatischer Hilferuf, der im Jahr 2020 besonders betroffen machte, weil ich mir wünschte, dass solches nicht mehr möglich ist.

Die Situation, mit der sich die erfahrene Fachkraft konfrontiert sah, war im Wesentlichen die Folgende: Ein CEO eines kleineren Instituts, der gegenüber den Private Bankern, die es mit Regeln – wie er selbst auch – gar nicht so hatten und der von den Mitarbeitenden des Compliance Office in seiner sehr risikofreudigen Bank von den «Compliance-Fuzzis» redete, von den «Affen des Compliance Office». Sein ausgesprochen offenes Ohr für Kundenbetreuer, welche die Nachfragen des Compliance Office nicht bearbeiten wollten, war in der ganzen Bank bekannt. Ebenso natürlich seine absolute und laute Geringschätzung für die Bemühungen der Verantwortlichen im Compliance Office. Die Compliance-aversen Berater profitierten davon und desavouierten die Compliance Officer unter dem Schutz der Bankorgane.

Aus der gleichen Umgebung der Hochschule kommt ursprünglich das zweite Beispiel: Vor wenigen Jahren hatte mich ein Compliance Officer darüber informiert, dass er ein tolles Angebot habe in einer Bank. Dieses Institut war compliancemässig nicht gut aufgestellt und hatte einen CEO, der Compliance auch nicht so wichtig, vor allem aber zu teuer fand. Also wenig Personal, kaum IT-Unterstützung, wenige Weisungen und keine Prozesse, in welche die Weisungen eingebettet waren. Er bat mich um ein Gespräch und einen Rat:

Stellenangebot annehmen oder ablehnen. Es war ein Angebot mit grossen Risiken und Herausforderungen; es war aber auch ein Karrieresprung. Mein Rat war unter anderem: wenn annehmen, dann *erstens* sich selber immer gut dokumentieren und *zweitens* von Anfang an ansprechen und sich zusichern lassen, dass wenn «etwas passiert», sprich FINMA (aufsichtsrechtliches Verfahren), sprich EFD (verwaltungsstrafrechtliches Verfahren), sprich Strafverfahren insbesondere wegen Geldwäscherei durch Unterlassung, dann wird ein Anwalt nach freier Wahl von der Bank bezahlt. Der Fall ist leider nach ein paar Jahren eingetreten.

Und schliesslich ein dritter Fall: Vor ein paar Jahren hatte ich in meinem Kurs drei Compliance Officers, die den Kurs an der HSLU vor allem dazu nutzten, bei Abwesenheit der Studienleitung abzuschleichen und sich in Geschäften und Bars zu vergnügen. Mindestens einer dieser Compliance Officer hatte nachweislich mehrfach bei der Präsenzkontrolle das Formular nicht wahrheitsgetreu ausgefüllt – auch noch nach einer entsprechenden Verwarnung – und zudem in einem Examen betrogen (offensichtliches Abschreiben, fortgeführt trotz Abmahnung durch die Prüfungsaufsicht). Dieses zuvor genannte Formular diente zum einen als Selbstdeklaration, damit die geforderte Kurspräsenz überprüft werden konnte, und andererseits auch als Bewertungsformular (Qualität der Dozierenden). Nach den zwei Betrugsfällen sah ich mich als Studiengangleiterin gezwungen zu handeln, und ich ordnete den sofortigen Studienausschluss der Person an. Diese ging gegen den Entscheid vor, und die erste Verteidigungslinie in der Bank, die über den Verbleib des Compliance Officer im Institut zu entscheiden hatte, fand das alles nicht so schlimm und hielt an ihm fest. Erst als auch die zweite kantonale Gerichtsstanz den Ausschluss und damit insbesondere meine Entscheid stützte (ich hätte mich in jedem Fall geweigert, dieser Person ein Diplom mit meiner Unterschrift auszuhändigen), wurde der Fall auch bei der Bank endlich im Rahmen eines Disziplinarverfahrens angegangen. Aus dem rechtskräftigen Urteil des Kantonsgerichts ist folgende Erwägung im gegebenen Kontext von Interesse (verändert wurde im Zitat lediglich die Benennung der Prozesspartei):

«So handelt es sich beim zu verleihenden «Diploma of Advanced Studies Hochschule Luzern/FHZ in Compliance Management» um einen geschützten Titel (vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 Studienordnung). Es liegt daher sowohl im Interesse der HSLU als auch im Interesse der Kommilitonen, dass die Qualität der Ausbildung und der damit verbundene Ruf gewährleistet bleiben. Daran vermag der allfällige Umstand, dass der Studiengang in der Zwischenzeit beendet wurde und XY die Anforderungen an die Promotion erfüllt hat, nichts zu ändern. Entgegen der Auffassung von XY ist vorliegend auch nicht von Belang, dass charakterliche Eigenschaften oder das persönliche Verhalten für einen Studienabschluss nicht vorgeschrieben werden. Streitgegenstand ist der Ausschluss aus dem Studiengang, bei dessen Beurteilung auch persönliche Anforderungen an das Berufsbild berücksichtigt werden können (vgl. LGVE 2004 II Nr. 5⁸). Dabei ist nicht zu verkennen, dass die erhöhte Anforderung an die persönliche Integrität im Berufsbild des Compliance Officer offenkundig eine entscheidende Rolle spielt. Insofern hat die Vorinstanz zu Recht den mit dem Weiterbildungsstudium verbundenen Erwartungen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung des Ausschlusses Rechnung getragen.»

Ich lasse diese drei Fälle einfach so stehen mit der Ergänzung, dass es beim Betrugsfall unter den Studierenden eine grosse Auseinandersetzung darüber gab, ob man als Compliance Officer denn privat nicht tun könne, was man wolle. Integer tun müsse man nur am Arbeitsplatz. Da werde man ja auch dafür bezahlt.

III. Compliance im Bankensektor

III. Compliance im Bankensektor

Seit wann sind Begriff und Konzept «Compliance» in der Schweiz ein Thema? Seit wann gibt es die Funktion des Compliance Officer?

Der damalige Schweizerische Bankverein (SBV) war die erste Schweizer Bank, die konzernweit einen Compliance Officer einsetzte: Im Jahre 1992 wurde neu die Funktion eines Group Compliance Officer geschaffen. Der Stelleninhaber war direkt dem Präsidenten der Konzernleitung unterstellt. 1994 stiess eine zweite Person dazu. Später begann die Bank für wenige Jahre, ältere Führungspersonen für ihre letzten Jahre bei der Bank dorthin zu verschieben; Compliance diente als «Stöckli», als Alterssitz sozusagen. Der SBV war nicht die einzige Bank, die so operierte, und für viele «Versetzte» war Compliance die so empfundene Strafaufgabe der letzten Arbeitsjahre.

Es waren strategische Überlegungen, die beim SBV zur Einsetzung eines Compliance Officer führten. Die Bank war sich bewusst, dass sie einem stark gewachsenen und sich weiter vergrössernden Risiko von Regelverstössen Herr werden

⁸ In diesem Urteil zu einem Vorfall im MAS Economic Crime Investigation wird festgehalten: «Wer eine Spezialausbildung im Hinblick auf die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität absolviert, muss moralisch integer sein. Wer im Rahmen einer Haupt-Prüfung unredlich vorgeht und dies auch auf Rückfragen hin beharrlich zu verschleiern trachtet, darf von der weiteren Ausbildung, die dem erwähnten, besonderen beruflichen Betätigungsfeld dient, ausgeschlossen werden.»

musste. «Weder vom Controlling noch vom Risikomanagement sichergestellt wird die Vermeidung eines sehr spezifischen Risikos, dem ein weltweit in den verschiedensten Zweigen der Finanzmärkte tätiges Institut wie der Bankverein ausgesetzt ist: dem Risiko nämlich, irgendwo, irgendwie, irgendwann einmal der rasch wachsenden Zahl von einschlägigen Gesetzen, Verordnungen und internationalen Regulierungen vor dem Hintergrund der zunehmenden Komplexität der Bankgeschäfte und der ebenfalls zunehmenden internationalen Verflechtung der Bankverein-Gruppe nicht zu genügen.»⁹

Weitere wichtige Eckpunkte und Treiber in der Entwicklung von Compliance im Bankensektor waren in den 90er-Jahren die Verhinderung der Geldwäscherei und das Börsengesetz. In der Präambel der «Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes» der SBVg (Stand 1997) fand sich ein Verweis auf Compliance: «Die Verhaltensregeln verpflichten die Effektenhändler, eine ihrer Struktur und Geschäftstätigkeit entsprechende Betriebsorganisation, Ausbildung und Kontrolle (Compliance) zu gewährleisten.» Ein weiterer früher Hinweis auf Compliance war zudem im Rundschreiben 98/1 der Eidgenössischen Bankenkommission «Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei» vom 26. März 1998 enthalten. Unter Ziff. 4.3 wurde als mögliche interne Geldwäscherei-Fachstelle die Compliance-Abteilung genannt.

Ein bedeutendes Ereignis bildete sodann die Abacha-Affäre, bei der die Credit Suisse eine prominente Rolle spielte. Mit der namentlichen Nennung der in das Untersuchungsverfahren involvierten Institute hat die Aufsichtsbehörde damals erstmals ihre Praxis der Diskretion verlassen:¹⁰ Wer nämlich früher in ihr Visier geriet, musste nicht damit rechnen, mit Namen genannt zu werden. «Davon hatte im Zusammenhang mit den schmutzigen Abacha-Geldern just die Schweizer Tochter der angesehenen Hamburger Bank M. M. Warburg noch profitieren können. Über das Geldinstitut waren 300 Millionen DM an Korruptionsgeldern in die Taschen des Abacha-Clans geflossen. 1998 untersuchte die EBK die Vorgänge und warf den Bankern gravierende Mängel vor, worauf drei Mitglieder der Geschäftsleitung ihre Büros räumten. Im Jahresbericht 1998 der EBK wurde der Fall in anonymisierter Form dargestellt. Damit ist Schluss: Nun figurierte der Name zusammen mit der Credit Suisse Group in der Kategorie jener Geldinstitute,

die sich besonders schwerwiegende Mängel und Fehlverhalten vorwerfen lassen müssen.»¹¹

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang eine Äusserung, die der damalige Präsident der EBK, Kurt Hauri, in einem Gespräch mit der NZZ machte.¹² Die NZZ gab den Inhalt wie folgt wieder: «Im Visier stehe nun primär die Organisation der Bank, nicht mehr nur der einzelne Gewährsträger. Zu fragen sei also, ob die Bank im Bereich Compliance genügend vorgekehrt habe, und dann seien direkt der Verwaltungsrat und die Konzernleitung gefordert. Es könne wesentlich mehr wirken, wenn man öffentlich festhalte, diese oder jene Bank sei nicht gut organisiert, als wenn man einfach und allein für den Ausschluss der leitenden Personen besorgt sei.» Es fällt auf, dass Hauri die *public opinion* als durchsetzungsfähige Macht ansah – das Reputationsrisiko also. Es steckte genau der Gedanke des «*name and shame*» hinter dem Vorgehen der EBK bei der Publikation der Erkenntnisse zum Verhalten von Banken im Fall Abacha. Da steht die aus Erfahrung gewonnene Überzeugung dahinter, dass sich Akteure eher wohl verhalten, wenn sie damit rechnen müssen, dass bei Non-Compliance ihr Name publik wird und der öffentliche Pranger droht.

Im «Bulletin» 41/2000 der EBK fand sich zudem die Verfügung gegen die CS publiziert (ohne Namensnennung).¹³ Die Aufsichtsbehörde führte bei der Bank eine ausserordentliche Revision der globalen Compliance-Funktion durch.¹⁴ Sie äusserte sich sodann erstmals überhaupt zur Compliance-Funktion.¹⁵ «In der Schweiz existiert bisher keine verbindliche Beschreibung der Aufgaben einer Compliance-Funktion einer Bank, (...). Zu den Kernaufgaben einer Compliance-Funktion gehören in der Regel

- die Erstellung eines internen Regelwerks, das die Respektierung von Vorschriften des Heimatlandes und von Gastländern sowie von ethischen Normen, die durch das Management definiert werden, sicherstellt. Bei den länderspezifischen Vorschriften kann es sich sowohl um privatrechtliche als auch um öffentlich-rechtliche Bestimmungen handeln;
- die Unterstützung der übrigen Geschäftseinheiten bei der Interpretation von Vorschriften des Heimatlandes und von Gastländern und des internen Regelwerkes sowie bei deren Auswirkungen auf konkrete Geschäftsfälle;
- die Organisation eines internen Kontrollsystems, um die gesamte Geschäftstätigkeit eines

⁹ Peter G. Rogge, Die Dynamik des Wandels, Schweizerischer Bankverein 1872–1997: Das fünfte Vierteljahrhundert, 300.

¹⁰ Bericht der EBK, «Abacha-Gelder bei Schweizer Banken», September 2000, nachstehend Abacha-Bericht genannt.

¹¹ So der *Tages-Anzeiger*, 5. 9. 2000.

¹² Vgl. NZZ, Privatbanken-Beilage, 16. 5. 2000 in Bezug auf die Abacha-Gelder.

¹³ Vgl. EBK-«Bulletin» 41/2000, 15 ff.

¹⁴ Vgl. EBK-Jahresbericht 2000, 14 und 47 ff.

¹⁵ EBK-Jahresbericht 2000, 47 f., Ziff. 3.4.2.

- Instituts zu überwachen und konkrete oder drohende Verletzungen von Vorschriften des Heimatlandes oder von Gastländern oder des internen Regelwerkes festzustellen;
- die Kontakte zu aussenstehenden Dritten wie z. B. Aufsichtsbehörden.»

Später erliess die Aufsicht ab 2006 Rundschreiben, die sich unter anderem mit Compliance als Bestandteil des internen Kontrollsystems auseinandersetzen.¹⁶

Weitere Themen, welche die Entwicklung von Compliance beförderten, sind insbesondere der Umgang mit Interessenkonflikten, die Korruptionsbekämpfung sowie das Kartellrecht.¹⁷

IV. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen erhöht den Stellenwert der Compliance – aber auch die Risiken der Compliance Officer

1. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen (Art. 102 StGB)

Art. 102 StGB bzw. zunächst Strafbefehle der Bundesanwaltschaft führten schliesslich dazu, dass Compliance in Unternehmen generell vermehrt zum Thema wurde. Am 22. November 2011 erliess die Bundesanwaltschaft (BA) nach zweijährigen Ermittlungen einen Strafbefehl gegen die Alstom Network Schweiz AG wegen Widerhandlung gegen Art. 102 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 322^{septies} StGB. Gleichentags stellte die BA ihr Strafverfahren gegen Alstom SA, die französische Muttergesellschaft der Alstom Network Schweiz AG, gestützt auf Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) ein.¹⁸ Die Bundesanwaltschaft stellte damals fest:

«Der von der betroffenen Gesellschaft akzeptierte Schuldspruch stellt zusammen mit der fest-

¹⁶ Vgl. EBK-RS 06/6 (2006) Überwachung und interne Kontrolle; FINMA-RS 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken sowie FINMA RS 2017/1 *Corporate Governance* – Banken.

¹⁷ Darauf wird im Rahmen dieses Beitrags nicht weiter eingegangen. Im Schweizer Kartellrecht gibt es eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für natürliche Personen im Falle von Widerhandlungen gegen Verfügungen, einvernehmliche Regelungen usw. Strafdrohung ist Busse bis CHF 100 000.– (Art. 54 und 55 Kartellgesetz). Daneben besteht die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für natürliche Personen, die gegen das Kartellgesetz verstossen. BGer 2C_383/2020 vom 8.3.2021 setzt sich ausführlich mit der Verfahrensstellung von Mitarbeitenden und (aktiven) Organen einer juristischen Person im verwaltungsrechtlichen Verfahren betreffend Kartellrecht auseinander (E. 4.6), mit der Verfahrensstellung von ehemaligen Organen einer juristischen Person im verwaltungsrechtlichen Verfahren (E. 4.7) sowie der Abgrenzung vom Strafprozessrecht.

¹⁸ Strafbefehl und Einstellungsverfügung datieren vom gleichen Tag.

gesetzten Rückerstattungspflicht für illegal erzielte Gewinne einen wichtigen Meilenstein in den Bestrebungen der BA zur Bekämpfung illegaler Praktiken und des Missbrauchs des schweizerischen Finanzplatzes durch international tätige Unternehmen bei der Vergabe von Infrastrukturprojekten in Entwicklungs- und Schwellenländern dar. Er ist gleichzeitig ein von der interessierten Öffentlichkeit und der Lehre seit langem geforderter, erfolgreicher Anwendungsfall der im Oktober 2003 in Kraft getretenen Unternehmensstrafnorm Art. 102 StGB.»¹⁹

Man ging davon aus, dass der Art. 102 StGB eine institutionelle Rückenstütze für Compliance als Verhaltens- und Organisationskonzept darstellte und so letztlich die Arbeit der Compliance Officer erleichtern würde. Gleichzeitig stand bei diesem Fall die persönliche Haftung des Compliance Officer ebenfalls zur Debatte. Beim betroffenen Compliance Officer wurden die Büroräume und sein privater Wohnsitz einer Hausdurchsuchung unterzogen, und er musste in Untersuchungshaft.²⁰

2. Organisationsdefizit und Anlasstat

Einen für Compliance Officers in der Konsequenz einschneidenden Meilenstein bildete das Urteil des Bundesgerichts, das die Schweizerische Post vom Vorwurf der Geldwäscherei freisprach. Notwendige Zwischenstation und *conditio sine qua non*, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer Bank wegen Geldwäscherei zu begründen (Art. 102 Abs. 2 StGB), bildet seither durch höchstrichterliche Rechtsprechung gefordert bzw. geklärt eine physische Person als Täter. Das Bundesgericht hielt fest (E. 4.2): «Auch die originäre Haftung setzt indes voraus, dass im Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks – aus dem Bereich des aufgeführten Katalogs – eine Anlasstat begangen worden ist. Auch in dieser Hinsicht begründet die Bestimmung mithin keine Kausalhaftung. Erforderlich ist darüber hinaus ein Zurechnungszusammenhang zwischen Organisationsdefizit und Anlasstat. Dass ein entsprechendes Delikt begangen wurde, genügt als Beweis dafür, dass das Unternehmen seinen Pflichten nicht nachgekommen ist, für sich allein noch nicht. Es muss vielmehr nachgewiesen sein, dass konkrete Organisationsmassnahmen erforderlich gewesen wären und tatsächlich nicht bestanden haben.»

Eine weitere klare Aussage des Bundesgerichts ist die folgende: «Die Behauptung, das Unterneh-

¹⁹ Tätigkeitsbericht der Bundesanwaltschaft 2011, 23.

²⁰ Vgl. dazu *Monika Roth*, Compliance darf weder Papiertiger noch lahme Ente sein, in *ZRFC* 4/12, 74–179.

men werde in Art. 102 StGB nicht für die Anlassstat, sondern lediglich für das Organisationsdefizit bestraft, trifft daher nicht zu.»²¹ Zusätzlich zu dieser Rechtsprechung ist insbesondere noch die Gerichtspraxis zur Geldwäscherei durch Unterlassung zu berücksichtigen, die in BGE 136 IV 188 ihren Anfang nahm. Compliance Officers drängen sich angesichts ihrer Funktion für die Anlassstat geradezu auf, was ihr individuelles Rechtsrisiko massiv erhöht.

V. Die Bundesanwaltschaft und die Unternehmenshaftung

Die Praxis der Bundesanwaltschaft ist in vielerlei Hinsicht umstritten und bildet nicht hauptsächlichen Gegenstand dieser Darlegungen. Immerhin aber ist ein Fall zu erwähnen, nämlich ein Strafbefehl der BA vom 1. Mai 2017:²² Er handelt vom Fall Dredging International Services (Cyprus) Ltd, einer Tochter des belgischen Hafeninfrastuktur-Konzerns DEME.²³ Dredging International war mit der Ausbaggerung eines Meereskanals beauftragt, der Öltankern den Zugang zur nigerianischen Küste bzw. zu dortigen Häfen erleichtern sollte. Das Bauprojekt bestand in der Ausbaggerung, d. h. der Vergrösserung des Meereskanals Bonny Channel. Dredging International hatte im Zusammenhang mit diesem Infrastrukturprojekt über einen Genfer Finanzintermediär und eine Reihe von Sitzgesellschaften mit Bankverbindungen in Genf in den Jahren 2006–2011 über 21 Mio. USD an vier nigerianische Amtsträger und an neun Gesellschaften bezahlt, hinter denen mutmasslich politisch exponierte Personen aus Nigeria standen. Die Zahlungen erfolgten nach den Feststellungen der BA, um ausstehende Schulden von 105 Mio. USD einzubringen, um die Sicherheit der Angestellten zu gewährleisten und um eine Beschlagnahme von Schiffen von Dredging International zu verhindern.

Seltsam wirkt am Strafbefehl gegen Dredging International jedenfalls, dass sich die Bundesanwaltschaft im Zusammenhang mit der Festlegung der Bussenhöhe von 1 Franken auf Art. 18 StGB bezog und einen entschuldigen Notstand annahm, was schwer nachvollziehbar ist. Dabei wurde von einer «Quasi-Zwangslage» des beschuldigten Unternehmens gesprochen, das sich offenbar Drohungen gegen Leib und Leben der Angestellten und gegen das Gesellschaftsvermögen

ausgesetzt sah. Im französischen Wortlaut waren die Erwägungen der BA die folgenden:

«En l'espèce, pour déterminer le montant de l'amende [...], sont pris en compte: [...] la situation de «quasi-contrainte», respectivement d'état de nécessité au sens de l'art. 18 CP, dans laquelle se trouvait [la société] face à la situation au [Nigeria] (menaces pour la vie de ses employés, ainsi que pour le patrimoine de la société); [...].»

Es befremdet, dass sich die Bundesanwaltschaft in diesem Fall auf die offenbar seitens der Verteidigung des Unternehmens geltend gemachte Notstandsargumentation überhaupt eingelassen hat. Bereits anlässlich der Aufnahme der Geschäftstätigkeit im bekanntermassen hoch korrupten Staat Nigeria hätte das Unternehmen die gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB «erforderlichen und zumutbaren Vorkehren» gegen Korruption treffen müssen, was es nicht getan hat. Die BA unterläuft die Nulltoleranz und Prinzipientreue, die es für die Bekämpfung von Korruption braucht. Sinn und Zweck von Art. 102 StGB werden geschwächt.

Im Übrigen liesse sich der behauptete Notstand, wenn überhaupt, höchstens als Rechtfertigungsgrund für die Anlassstat(en) geltend machen. In diesem Fall wären weitere Fragen zu beantworten, so etwa die, was das für die Strafbarkeit des Unternehmens bedeuten würde. Es wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass dann, wenn beim Anlasstäter Rechtfertigungsgründe vorliegen, die Tat auch nicht einem Unternehmen zugeordnet werden kann; «das gilt auch für die bloss entschuldigenden Formen von Notwehr (Art. 16) und Notstand (Art. 18); (...).»²⁴ Diese Meinung ist nach Ansicht der Verfasserin falsch: Verlangt wird eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat. Dass und ob der Täter aus individuellen Gründen nicht schuldhaft handelt, kann keine Rolle spielen. Wenn ein entschuldbarer Notstand die Strafbarkeit des Unternehmens aufheben könnte, hätte dies nicht gewollte Konsequenzen. Das Unternehmen könnte seine Angestellten derart unter Druck setzen, dass sie für sich einen solchen Notstand in Anspruch nehmen könnten, was gleichzeitig zur Straflosigkeit des Unternehmens führen würde. Das kann nicht der Sinn von Art. 102 StGB sein.

Zu erwähnen ist weiter der Fall Gunvor. Die Bundesanwaltschaft hat im Entscheid gegen die Rohstoffhändlerin Gunvor festgehalten, was sie in Bezug auf die erforderlichen Vorkehrungen zur Verhinderung von Korruption verlangt.²⁵ Nicht nur nationale, auch internationale Vorgaben und Emp-

²¹ BGE 146 IV 68 E. 2.3.4 in fine.

²² Bundesanwaltschaft, Strafbefehl SV.14.0177.

²³ Vgl. *Jonny Wrate*, Four Ex-Nigerian Officials Named in Swiss Bribery Scandal, Organized Crime and Corruption Reporting Project (online) 5.6.2017. <https://www.occrp.org/en/daily/6541-four-ex-nigerian-officials-named-in-swiss-bribery-scandal> sowie *Musikilu Mojeed*, Sahara Report, 4.6.2017.

²⁴ *Stefan Trechsel/Marc Jean-Richard-dit-Bressel*, in *Stefan Trechsel / Mark Pieth* (Hrsg.), *Praxiskommentar StGB*, 4. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021, N. 9 zu Art. 102 StGB.

²⁵ Bundesanwaltschaft, Strafbefehl vom 14.10.2019, Ziff. 3.2. Er ist in französischer Sprache ergangen. Die Übersetzung stammt von der Verfasserin.

fehlungen sind zu beachten. Das stellt für Compliance Officers eine spezielle Herausforderung dar. In ihrem Tätigkeitsbericht über das Jahr 2019 schildert die Bundesanwaltschaft dieses Verfahren im Bereich Rohstoffhandel zusammenfassend wie folgt:²⁶

«Die BA hat mehrere Gesellschaften der Gunvor-Gruppe mit Strafbefehl vom 14. Oktober 2019 zur Zahlung von insgesamt rund CHF 94 Millionen verurteilt, davon CHF 4 Millionen als Busse. Infolge schwerer Mängel in der internen Organisation hatte der Erdölhändler keine Massnahmen getroffen, um zwischen 2008 und 2011 die Bestechung von Amtsträgern der Republik Kongo und der Elfenbeinküste zu verhindern. Die eigentlichen Bestechungshandlungen bezweckten den Zugang zu den Erdölmärkten beider Staaten und bildeten Gegenstand eines früheren Urteils der Strafkammer des Bundesstrafgerichts vom 28. August 2018.²⁷

Die Ermittlungen ergaben, dass Gunvor im Untersuchungszeitraum auf Organisationsebene nichts unternommen hatte, um Korruption im Rahmen der Geschäftstätigkeit des Unternehmens zu bekämpfen: Der Rohstoffhändler verfügte weder über einen Verhaltenskodex als klares Signal und Handlungsrichtlinie für die Angestellten noch über ein Compliance-Programm. Der Erdölhändler hatte auch nicht versucht, das Korruptionsrisiko in der Zusammenarbeit mit Vermittlern von Erdölfrachten zu reduzieren, welchen zwischen 2009 und 2012 Kommissionen von mehreren Dutzend Millionen US-Dollar bezahlt wurden. Gunvor hatte die eingesetzten Vermittler weder selektiert noch beaufsichtigt.

Die gegen Gunvor ausgesprochene Busse von CHF 4 Millionen berücksichtigt die nach anerkannten Standards ausgerichteten Massnahmen zur Korruptionsbekämpfung, welche das Unternehmen seit 2012 kontinuierlich eingeführt und umgesetzt hat. Die BA erkennt ausserdem auf eine Ersatzforderung von fast CHF 90 Millionen Franken (*sic!*). Diese Summe entspricht dem Profit, den Gunvor mit den untersuchten Geschäftstätigkeiten in der Republik Kongo und in der Elfenbeinküste erwirtschaftet hat.»

Die BA benutzt bezüglich der Vorkehren, die ein Unternehmen gegen Korruption zu treffen hat, die Formulierung «devront» (sollten, müssten). Sie nennt Beispiele von nationalen und internationalen Standards, die berücksichtigt werden sollten. Sie nimmt speziell Bezug auf die OECD-Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger vom 21. November 1997 sowie die dazugehörigen Dokumente, wie die *Good Practice Guidance on*

Internal Controls, Ethics, and Compliance vom 18. Februar 2010,²⁸ die Broschüre des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO)²⁹ sowie die Regeln zur Bekämpfung von Korruption der Internationalen Handelskammer.³⁰

Zusammengefasst gelten im Speziellen folgende Anforderungen an die Organisation zur Verhinderung von Korruption:

- Analyse des Korruptionsrisikos im Unternehmen aufgrund der (Geschäfts-)Tätigkeit, deren Kontext (insbesondere Länderrisiko und Zusammenarbeit mit politisch exponierten Personen, PEP) und der Grösse des Unternehmens
- Anti-Korruptionsmassnahmen, namentlich ein adäquates Compliance-Programm
- Verhaltenskodex (*tone from the top*), interne Richtlinien (insbesondere zum Umgang mit Agenten und anderen Intermediären) und Prozesse zur Korruptionsbekämpfung
- Internes Bewusstsein und Schulung im Kampf gegen Korruption
- Interne Kontrolle zur Einhaltung der Antikorruptionsrichtlinien und -prozesse und der damit verbundenen Disziplinarverfahren
- Prozess der Bewertung und kontinuierlichen Verbesserung des Antikorruptionssystems
- Hinweisgebersystem (*Whistleblowing*)

VI. Compliance und Integrität

Ich habe in der Zeit damals um das Jahr 2000 nicht wenige Banker getroffen, die meinten, mit der Einhaltung des geschriebenen Rechts sei es getan. Was nicht ausdrücklich verboten ist, so die Argumentation, ist unproblematisch. Dass es Compliance ohne Integrität nicht geben kann, ist zum Teil sogar bis heute nicht in allen Köpfen angekommen. Auch nicht bei allen Compliance Officers – leider. Das Verständnis, es gehe vor allem um Haftungsvermeidung, ist viel zu eng. Dieses eingeschränkte Verständnis überrascht. Die Frage der Integrität des Finanzplatzes ist eine alte Bekannte. Man denke an die Chiasso-Affäre der damaligen Schweizerischen Kreditanstalt (1977); dieses Ereignis war die Geburtsstunde der Sorgfaltspflichtvereinbarung. Durch die kriminellen Machenschaften in der Filiale Chiasso waren der Grossbank Verluste von rund

²⁸ OECD, *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*, 2010 (<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf> [besucht: 16. 4. 2020]).

²⁹ SECO, «Korruption vermeiden – Hinweise für im Ausland tätige Schweizer Unternehmen», 2017 (https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Aussenwirtschafts/broschueren/korruption_vermeiden.html [besucht: 16. 4. 2020]).

³⁰ International Chamber on Commerce (ICC), *ICC Rules on Combating Corruption*, 2011 (<https://iccwbo.org/publication/icc-rules-on-combating-corruption/> [besucht: 16. 4. 2020]).

²⁶ Bundesanwaltschaft, *Tätigkeitsbericht 2019*, 20, Ziff. 3.12 Korruptionsverfahren im Bereich Rohstoffhandel.

²⁷ Bundesstrafgericht, *Entscheid SK.2018.38 vom 28. 8. 2018*.

CHF 2 Milliarden entstanden. Die NZZ titelte später in Zusammenhang mit einer Revision der VSB: «Ein zeitraubender Kampf um Integrität».³¹ Hinzuweisen ist nicht zuletzt auf die Gewährsanforderung, die sich in verschiedenen, den Finanzmarkt betreffenden Gesetzen findet und den Aspekt der Integrität mitbeinhaltet. *Lynn S. Paine* hat bereits 1994 klargestellt, dass es ausser Frage steht, dass eine *legal compliance* zwingend ist. Aber auch, dass diese allein nicht genügt; es braucht mehr. Dieses Mehr besteht aus Integrität und Ethik. «Ethical values shape the search for opportunities and, one must add, also the creation of products and services.»³² Der integritätsbezogene Ansatz befasst sich nicht nur mit der Frage der Legalität, sondern mit dem Aspekt der Legitimität. «But an integrity strategy is broader, deeper, and more demanding than a legal compliance initiative. Broader in that it seeks to enable responsible conduct.»³³ In Zusammenhang mit den Trading-Aktivitäten von Philipp Hildebrand³⁴ schrieb *The Economist*³⁵ von der erforderlichen «unimpeachable integrity», von unanfechtbarer Integrität, was nichts anderes heisst, als dass jemand vollkommen ehrlich und verlässlich ist. Das schafft Vertrauen und Reputation.

VII. Catch me if you can

Es gibt leider noch heute Unternehmen, die verstehen Compliance ganz relativ: Das Risiko des Erwischtwerdens ist für sie massgeblich. Hierzu ein Fall, den ich vor kurzer Zeit bei der Begutachtung der Situation in einem bedeutenden Unternehmen angetroffen habe. Dort wurde tatsächlich ein derartiger relativierender Ansatz hinsichtlich der Einhaltung von Gesetzen gepflegt. Mit dem gewählten Approach wurde so bei diesem Unternehmen eine unzulässige Distanzierung von geltenden Normen und der Rechtsprechung signalisiert, die quasi mehr oder weniger zur Disposition stehen sollen. Ganz bewusst wurde ein falscher Ansatz gewählt und an Mitarbeitende vermittelt mit dem Ergebnis, dass die Einhaltung von Vorgaben «verhandelbar» wurde, anstatt als striktes, festes Gebot wahrgenommen zu werden. Die Non-Compliance wurde – gefördert und gefordert vom CEO und unterstützt vom Leiter Compliance – als Alternativlösung gepflegt und umgesetzt. Wollte sich die Front nicht an Empfehlungen von Compliance halten, so konnte sie ein Akzept der damit einhergehenden Risiken

³¹ Vgl. NZZ, 4. 6. 1988 (Ein zeitraubender Kampf um Integrität).

³² Siehe *Lynn Sharp Paine*, *Managing for Organizational Integrity*, *Harvard Business Review*, 72 (1994), 111.

³³ *Lynn Sharp Paine*, Fn. 32, 111.

³⁴ Während seiner Funktion als Präsident der Schweizerischen Nationalbank, sie führten zu seinem Rücktritt Anfang 2021.

³⁵ *The Economist*, 14. 1. 2012, 65 (Damage Control).

unterzeichnen. Das wurde verkauft als «conscious risk taking». Das lässt einen ratlos zurück.

VIII. Compliance Officers sind nicht Wirtschaftsanwälte

Compliance Officers sollen Unternehmen nicht nur vor Verstössen gegen Gesetze und Regulierungen schützen; sie müssen den Aspekt der Integrität immer mitberücksichtigen. Es darf nicht darum gehen, Schlupflöcher zu finden für Zweifelhafes. Es gilt, für die Einhaltung des Rechts im wohlverstandenen Sinne und für ein ethisches Geschäftsgebahren ohne Wenn und Aber einzustehen und so das Unternehmen vor Rechts- und Reputationsrisiken zu schützen. Es geht also nicht um die Schöpfungskraft von Wirtschaftsanwälten, wie sie *Katharina Pistor* in ihrem Werk «*The Code of Capital*» umschreibt.³⁶ Sie hat das in einem Interview geschildert bzw. konkretisiert, indem sie eine Wirtschaftsanzwältin zitiert:³⁷ «Ich schaue mir die existierenden Gesetze und Regulierungen weltweit an. Dann versuche ich, einen neuen Anspruch zu schaffen, der durch die Lücken des bestehenden Rechtsgerüsts passt. Damit bleibt der neue Anspruch legal, auch wenn das nicht im Sinne der Gesetzgeber oder Regulierungsbehörden ist.» Der Cum-ex-Skandal bildet dafür ein eindrückliches Beispiel.³⁸

Pistor weist in diesem Interview darauf hin, dass so Vertrauen in die Rechtsordnung und deren Legitimation schwindet.³⁹ *Chuck Collins* bezeichnet diese Anwälte als «wealth defense professionals» und «ballerinas doing an elaborate and contorted dance along the blurry borders of «tax efficiency», «tax avoidance» and «tax evasion»» usw.⁴⁰ Sie täten dies alles mit dem Hinweis, in Übereinstimmung mit den Gesetzen zu handeln.⁴¹ In einem Kapitel

³⁶ *Katharina Pistor: The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton and Oxford 2019, insbes. 158.

³⁷ *Tages-Anzeiger*, 22. 5. 2021, 11 («Mit Biden hat sich etwas verändert»).

³⁸ Vgl. dazu die sehr lesenswerte Schilderung des ausführlich recherchierten Falles durch *Massimo Bognanni*, *Unter den Augen des Staates. Der grösste Steuerraub in der Geschichte der Bundesrepublik*, München 2022; vgl. auch *FAZ*, 4. 4. 2022, 20 (Zahltag für den «Cum-ex-Meister»). Im Band von *Bognanni* wird unter anderem sehr deutlich, welch immensen Einfluss Wirtschaftskanzleien und Berater auf die Politik, die Gesetzgebung und auf Amtsstellen haben können. In Frankreich hat die Publikation von *Matthieu Aron/Caroline Michel-Aguirre*, *Les Infiltrés*, Paris 2022, eine grosse Debatte über den Beizug insbesondere (aber nicht nur) von McKinsey durch die Regierung Macron ausgelöst; vgl. *L'Obs*, 7. 4. 2022, 36 ff. (Affaire McKinsey, Le sparadrap du candidat Macron). Die grossen Reformprojekte seiner Regierung beispielsweise sollen von der amerikanischen Firma geleitet und geprägt worden sein.

³⁹ Vgl. dazu auch *Chuck Collins*, Interview in der *NZZ am Sonntag*, 31. 1. 2021, 18/19 «Superreiche sind bald mächtiger als Regierungen». Collins betont, dass u. a. eine globale Branche von Juristen Vermögenden hilft, ihr Geld zu verstecken.

⁴⁰ *Chuck Collins: The Wealth Hoarders*, Cambridge 2021, 129.

⁴¹ Vgl. *Collins*, Fn. 40, 130.

seines Buches unter dem Zwischentitel «New York Lawyers on Candid Camera»⁴² finden sich Gespräche mit willigen Anwälten, deren Gegenüber nicht wie vorgegeben ein reicher Kunde war, sondern ein Mitarbeiter von Global Witness, der vorspielte, den Aussenminister eines reichen afrikanischen Landes zu vertreten, der Hunderte von Millionen Dollar in die USA transferieren wolle. Diese Kritik ist Ausdruck der Tatsache, dass immer mehr Akteure hinsichtlich ihres Handelns moralisch hinterfragt werden.⁴³ Es gibt weitere Stimmen, die bei Wirtschaftsanwälten eine Erosion von ethischen Standards festmachen und dies darauf zurückführen, dass die kurzfristige finanzielle Performance der Kanzleien in den letzten 25 Jahren in den Vordergrund gerückt sei.⁴⁴ Anwälte haben immer die Wahl, ein Mandat anzunehmen oder nicht, und sind ebenfalls der Erwartung ausgesetzt, abzuwägen, wie sie als Berufsleute handeln wollen.

In einer Medienmitteilung der FINMA vom 13. Oktober 2009⁴⁵ findet sich im Sachverhalt eine Handlungsweise, welche die Kritik von *Pistor* und *Collins* an Wirtschaftsanwälten zu untermauern und zu illustrieren vermag. In einem Amtshilfeverfahren (Insidergeschäft, Ersuchen durch die französische Finanzmarktaufsicht AMF) stellte sich auf Nachfragen der EBK hin heraus, dass die Bank weder ein verlässliches Effektenhandelsjournal noch vollständige Kundendossiers zur Verfügung hatte und dass daher nichts anderes übrig blieb, als die wichtigsten Informationen aus der Erklärungen der Genfer Niederlassung zu rekonstruieren. «In der Folge wandte sich ein Anwalt an die EBK, der als Vertreter der Kunden A, B und C auftrat. Dieser Anwalt war auch der Kanzlei angegliedert, die damals als externe Rechtsberaterin der Genfer Niederlassung tätig war. Auf Initiative des Kundenanwalts und auf Basis eines von diesem verfassten Musterschreibens schickte die Genfer Niederlassung der EBK spontan ein erstes Schreiben. Dieses trug den Briefkopf der Bank und enthielt die Mitteilung, dass die Bank den X-Titel ihren Kunden – darunter A, B und C – empfohlen habe. Rund drei Wochen später verfasste die Genfer Niederlassung in Zusammenarbeit mit dem Anwalt ein zweites Schreiben, das den Inhalt des ersten bestätigte. Der Anwalt liess dieses zweite Schreiben der EBK zur Bekräftigung seines eigenen Schreibens zukommen. Die beiden Schreiben, die den Briefkopf der Bank trugen, zielten darauf ab, die EBK zu täuschen und sie glauben zu machen, dass sowohl der Kunde A als auch die Kunden B und C

von der Bank beraten worden seien. Damit sollte die EBK veranlasst werden, die Kunden A, B und C als unbeteiligte Dritte zu qualifizieren und auf eine Meldung ihrer Namen an die AMF zu verzichten.» Diese Schreiben an die EBK waren auf Wunsch des Anwalts von Managern und der Direktorin der Genfer Niederlassung unterzeichnet worden. Im Frühling 2008 erkannte die Compliance-Abteilung, was vorgefallen war und informierte die EBK.

Wirtschaftsanwälte bieten auch Compliance-Dienstleistungen an. Teilweise werden nicht nur beratende Tätigkeiten erbracht, sondern zusätzlich operative Arbeiten im Tagesgeschäft und über längere Zeit mit eigenen Mitarbeitenden vor Ort angeboten. Dies beispielsweise dann, wenn bestimmte Arbeiten in grossem Mass anfallen und institutsintern zu wenig Know-how oder Personal vorhanden ist. Dabei habe ich in meiner Praxis schon die Konstellation angetroffen, dass die Anwaltskanzlei nicht genügend eigene Mitarbeitende hatte, die sie einsetzen konnte, sondern sich solche von Drittunternehmen (von Beratern, Wirtschaftsprüfern, anderen Kanzleien) «ausleihen» musste. Diese gegenüber dem Auftraggeber als feste Mitarbeiter der Anwaltskanzlei deklarierten Personen arbeiteten dann so lange auf dem Mandat, bis deren wirklicher Arbeitgeber sie wieder brauchte, was sehr kurzfristig der Fall sein konnte. Dem auftraggebenden Institut gegenüber wurden diese temporär Eingesetzten als Mitarbeiter der eigenen Kanzlei verkauft. Abgesehen davon, dass das eine Lüge ist, ergeben sich viele Probleme: etwa die Kurzfristigkeit, die Übergabe der Arbeiten und damit Lücken, die dabei entstehen können, die Instruktion neuer, am Auftrag temporär Arbeitenden.

Das heisst, dass in solchen Konstellationen von Compliance die vertraglichen Abmachungen mit Wirtschaftskanzleien in Bezug auf das gesamte eingesetzte Fremdpersonal genau geklärt werden muss. Solche Spielchen schaffen neue Compliance-Risiken.

IX. Denken im Konjunktiv genügt nicht

Dass Boni falsche Anreize schaffen und die Mentalität in einem Unternehmen prägen, ist nichts Neues. Das Problem liegt auf den Punkt gebracht letztlich darin, dass Mitarbeitende ihr Verhalten finanziellen Zielen anpassen. Diese Schwächen führen dazu, dass ich in Bezug auf Compliance Officers und ihr Rechtsrisiko die Meinung vertrete, es sei besser, diesen Mitarbeitenden keine variablen Vergütungen, sondern ein ihrer Verantwortung, Kompetenz und Erfahrung entsprechend an-

⁴² Vgl. *Collins*, Fn. 40, 61–65.

⁴³ Vgl. dazu Interview mit *Thomas Bschorner*, in: *Tages-Anzeiger*, 24. 10. 2020, 37 («Der Kapitalismus steht unter Belagerung»).

⁴⁴ Vgl. dazu *The Economist* vom 7. 5. 2022, *Dirty capital*, S. 29–31.

⁴⁵ Die FINMA rügt Bank Leumi (Schweiz) AG für die Handlungen ihrer Genfer Niederlassung.

gemessenes fixes Salär zu bezahlen. Boni sind Anreize und können die Sorgfalt und Integrität bei der Arbeit beeinträchtigen, und dies ist für Compliance Officers abzulehnen. Anreizsysteme führen zu einer Reise ins Ungefähre und dazu, dem Ansinnen der Front nachzugeben, weil man auch etwas davon hat. Sie können in einem Verfahren vonseiten der Justiz als Grund dafür herhalten, weshalb etwas unterlassen wurde.⁴⁶

Wenn wir also über die Verantwortlichkeit von Mitarbeitenden und insbesondere von Compliance Officers reden, ist festzuhalten, dass sie selbst für integre, die Rechtsordnung respektierende Entschiede miteinstehen durch ihre Beratung, durch die Kontrolle sowie die stringente Wahrnehmung und Ausübung ihrer Pflichten. Resilienz gegen Druck und gegen die Versuchung der Käuflichkeit ist dafür erforderlich. Auf Karrieresprünge schieben, auf Lob und Beliebtheit oder auf einen Bonus, verstellt den Blick und beeinträchtigt eine unabhängige Sichtweise. Kritisches Denken, klare Sprache und ein unbestechliches Auge auf Fakten und Pflichten sind dabei zentral. Sonst stehen Compliance Officers da wie der Kaiser ohne Kleider. Es steigt die Gefahr von Unzulänglichkeiten, von Fehlern und es wachsen die Risiken für das Unternehmen und den Compliance Officer selbst. Und diese Gefahren sind nicht unerheblich.

Es braucht also für richtiges und unabhängiges, verantwortungsvolles Arbeiten eine gewisse Rücksichtslosigkeit, hier verstanden als fehlende, also als nicht zu befürwortende Kompromissbereitschaft gegenüber Anliegen der Front oder von Vorgesetzten. Meist fehlt es nicht an geeigneten Vorgaben; es geht vielmehr um die gelebte und durchgesetzte Praxis in jedem einzelnen Institut. «Von sich selber betrunkene»⁴⁷, mit einem erhöhten Selbstbild ausgestattete, gierige Mitarbeiter aus der Bank sind diesbezüglich eine Gefahr.⁴⁸ Deren Druck, deren Herablassung gegenüber Grenzen setzenden Regeln und deren Hunger nach Mehr muss man aushalten bzw. widerstehen können oder dann gehen. Das Bemerkenswerte ist,

dass ein Treiber der Kultur dieses mehr, mehr und nochmals mehr wie etwa Josef Ackermann nach Jahrzehnten ohne jede Selbstkritik selbstvergessen zu behaupten wagt, er hätte das Problem der Gier unterschätzt.⁴⁹ Dies, obschon er in seiner Zeit bei der Deutschen Bank den Investment-Bankern und den Händlern näherstand als den «stuffy German overlords».⁵⁰

Eine der diesbezüglich übelsten Formulierungen stammt nicht von einem Banker, sondern von Josef Diess, dem VW-Konzern-Chef. Für diesen Konzern arbeiten weltweit 670 000 Menschen. Er soll an einer internen Managementtagung im Jahr 2019 den Satz gesagt haben: «EBIT macht frei»⁵¹ – um sie so zu mehr Gewinn anzutreiben.⁵²

Josef Ackermann redet im Dokumentarfilm «Zeit der Gier – Josef Ackermann und die Deutsche Bank» meist nicht in der Ich-Form, sondern von «man». Dabei ist ja er der Star des Films sozusagen. Das ist ein verstecktes Subjekt – auch hier zeigt er, dass er keine Verantwortung übernehmen will für eine Bank, die unter seiner Führung eine Reise durchs Strafgesetzbuch angetreten und dabei nichts ausgelassen hat. Die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* schrieb von Geldrausch und Glücksrittertum.⁵³

Compliance Officers können sich in Verfahren nicht hinter «man» verstecken. Deshalb sollten sie die Frage von Machiavelli abwägen, ob es besser sei, geliebt oder gefürchtet zu werden. Wie Machiavelli selber sagt, wäre es schön, man könnte beides gleichzeitig sein. Aber wenn sie wählen müssen, ist es für Compliance Officers als Schutz vor Verfahren sicherer, gefürchtet zu werden. Der Preis für die Beliebtheit kann sehr hoch sein.

Die Situation eines Compliance Officer ist keine einfache: Neben den formell definierten operativen Aufgaben im Rahmen des Compliance Management Systems (CMS) obliegt ihm immer wieder, in der Dynamik des Arbeitsalltags in der Organisation und in den Konflikten mit dem Business die Legitimität seiner Arbeit und seiner Funktion zu rechtfertigen – gerade angesichts wirt-

⁴⁶ Vgl. dazu beispielsweise Bundesstrafgericht Berufungskammer Urteil CA.2020.10 vom 2. 8. 2021, Ziff. 2.2. Das Bundesstrafgericht hatte ohne jeden Beweis behauptet, das Motiv für die Verletzung der Meldepflicht liege in monetären Anreizen und der Aussicht auf Beförderung. Erst die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts würdigte das korrekt und hielt fest, dass das Motiv ungeklärt bleibe. Es war die Untersuchungsbeauftragte, die ohne Grundlage diese falsche Behauptung in die Welt gesetzt hatte, und diese blieb wie der Rauch in einer Tapete während des ganzen Verfahrens am Betroffenen haften.

⁴⁷ Der Begriff stammt von Leonhard (Lenny) Fischer, einem früheren Banker; er äussert ihn im sehenswerten Dokumentarfilm «Zeit der Gier – Josef Ackermann und die Deutsche Bank».

⁴⁸ «Ich wollte ein Held bei Goldman Sachs sein», soll Tim Leissner, der sich tief in den von Veruntreuung, Korruption und Geldwäscherei verunreinigten Sumpf von 1MDB begeben hatte, gesagt haben; siehe *FAZ*, 28. 3. 2022, 20. «Held» heisst hier: grosse Deals, riesengrosse Boni.

⁴⁹ So Josef Ackermann im Dokumentarfilm «Zeit der Gier – Josef Ackermann und die Deutsche Bank», was er selber als Beichte bezeichnet. Er strich pro Jahr ein Gehalt von 13 Mio. Euro ein; vgl. *FAZ*, 8. 10. 2016, 3 «Nach dem Geldrausch».

⁵⁰ *David Enrich*, *Dark Towers*. Deutsche Bank, Donald Trump, and an Epic Trail of Destruction, New York 2020, 82. Josef Ackermann war es, der bei der Deutschen Bank das Kompensationssystem fundamental veränderte und den kurzfristigen Erfolg über alles stellte, mit Boni attraktiv machte und kurzfristigen Profit über alles stellte und Risiken unbeachtet liess (S. 100–102. Der Autor bezeichnet dies als «profits-at-any-price approach»). Aggressives Geschäftsgebaren wurde belohnt (149).

⁵¹ Vgl. *Süddeutsche Zeitung*, 13./14. 3. 2021, 11–13 (Unterm Rad).

⁵² EBIT ist eine betriebswirtschaftliche Kennzahl, die den operativen Gewinn aus dem Leistungsbereich eines Unternehmens in einem bestimmten Zeitraum beschreibt.

⁵³ Vgl. *FAZ*, 8. 10. 2016, 3, «Nach dem Geldrausch», sowie *David Enrich*, Fn. 50, 9.

schaftlicher Ziele und Zahlen. Neben präventiv wirkenden Vorkehrungen wie Prozessanalysen und Schulung gehören detektive Massnahmen wie Kontrollen zu einem wirksamen Compliance-Programm. «Compliance is a lonely job.»⁵⁴

Das sind nicht bloss theoretische Überlegungen. Die Problematik ist von praktischer Relevanz. Pflichtwidrigkeiten werden unter Umständen begangen, weil ein Compliance Officer, eingebettet in den unternehmensinternen Beziehungen und unter dem steten Druck, sein Dasein zu rechtfertigen, nicht genau hinschaut oder nicht adäquat reagiert. Eine der grossen Herausforderungen bilden immer wieder die Kosten und die Frage, welchen *added value* diese Funktion für ein Unternehmen schafft. Studien haben gezeigt, dass Compliance Officers sich in dieser Situation gezwungen sehen, zu taktieren und ihre Legitimation zu rechtfertigen, um Widerstände in der Organisation aufzubrechen.⁵⁵ Das ist sehr unangenehm und erzeugt auch Angst. Um das auszuhalten und zu bestehen, braucht es neben absoluter Fachkompetenz Widerstandskraft, eine innere Balance und die Fähigkeit, sich abzugrenzen. Die weichen Faktoren zu leben, ist in einem Umfeld besonders schwer, wo das oberste Führungspersonal meint, man könne die Kultur quasi «sich selber überlassen», um sich den wichtigeren Aufgaben des grossen Geldes zu widmen. Als Compliance Officer ist man einer Unternehmenskultur genauso ausgeliefert wie jeder andere Mitarbeitende, aber die Last des Widerstandes und der Prinzipientreue wiegt schwerer. «Die Kultur der hohlen Phrasen»⁵⁶ verschlimmert dies, weil nach aussen etwas vorgespielt wird. Eine Unternehmenskultur ist immer mehr als die Gesamtheit von Regeln, die das Verhalten von Mitarbeitenden bestimmen.

Die Entwicklungen haben gezeigt, dass Fehler, Fehleinschätzungen, Versäumnisse und Unterlassungen zu Diskreditierung und Kriminalisierung führen können. Neben der Sachkunde kann so letztlich auch die ganz persönliche charakterliche Eignung für eine Position zur Rechtsfrage werden.⁵⁷

⁵⁴ Patrick Hunger: The Dark Side of Compliance Management Systems (CMS): Setting Compliance up to succeed, in: Business Compliance 03-04/2015, 18.

⁵⁵ Vgl. dazu auch Hunger, Fn. 54, 19. Im «EBK – UBS-Subprimebericht» vom 30. 9. 2008, Rz. 19, wurde das zwar für die UBS und für die Vergangenheit umschrieben, gilt aber heute vielerorts gleichermassen: «Die bankinternen Kontrolleure waren und sind mit dem tagtäglichen Druck der Front auf rasche und für das Geschäft positive Entscheide und mit deren Frustration bei negativen Entscheiden oder verzögerten Prozeduren konfrontiert. Die Kontrolleure neigten deshalb tendenziell dazu, die von der Front als mühsam, zeitaufwändig und mithin geschäftsverhindernd wahrgenommenen Risikokontroll- und Bewertungsprozesse möglichst zügig und schlank zu handhaben.»

⁵⁶ NZZ, 25. 8. 2021, 30 (Die Lust der hohlen Phrasen).

⁵⁷ Im Urteil CA.2020.10 vom 2. 8. 2020, Ziff. 2.2.1 in fine, bekundet die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts Ratlosigkeit über die unterlassene Meldung und leitet daraus ab, dass damit eine Gleichgültigkeit gegenüber der Befolgung regulatorischer Vor-

Die persönliche Zuverlässigkeit und Gewissenhaftigkeit, die erforderliche Kompetenz im Sinne der Sachkunde zur Wahrnehmung der Kontrollfunktionen der zweiten Verteidigungslinie stehen dabei im Vordergrund. Dazu kommt, dass bei komplexen Geschäften oder in einem Umfeld, in dem die Akteure «with a high degree of punch and panache»⁵⁸ handeln, also mit viel Schlagkraft und Elan, die Anforderungen höher sind als in einem ruhigeren Umfeld. Das bedeutet, dass Erschöpfung und Überforderung Themen sind, die angesprochen werden müssen. Nicht jeder hat genug Resilienz. Und es geht ebenso um die realistische Selbsteinschätzung. Man tut sich als Compliance Officer angesichts der persönlichen beruflichen Rechtsrisiken keinen Gefallen, wenn man sich überschätzt.

X. Whatever you do, don't just go with the flow. Go deep. Smell right⁵⁹

Als Beispiele für individuelles Fehlverhalten wurden im vorerwähnten Fall Abacha von der EBK in ihrem Bericht festgestellt:⁶⁰

- krasse Fehleinschätzung einer Kundenbeziehung bzw. Ignorieren von Anhaltspunkten für eine möglicherweise dubiose Herkunft der anvertrauten Gelder
- Unterlassen der Weitergabe wichtiger Informationen über eine Kundenbeziehung an die vorgesetzten Stellen oder
- Missachtung des von einer vorgesetzten Stelle angeordneten Abbruchs einer Geschäftsbeziehung

Die Aufsichtsbehörde hielt in ihrem Bericht zudem fest: «Die EBK unterliegt einer gesetzlichen Strafanzeigespflicht. Aufgrund der ihr vorliegenden Informationen hatte die EBK keinen Anlass, gegen bestimmte Personen Strafanzeige zu erstatten. Dies schliesst indes eine andere Beurteilung der zuständigen Strafverfolgungsbehörden nicht aus.»⁶¹

Heute ist das anders: Auf diese Milde und Nachsicht kann der Mitarbeitende nicht mehr zählen. Insbesondere Compliance Officers sind aufgrund von Anzeigen der FINMA, aber auch aufgrund von autonomen Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden ins Risiko geraten, sich als Beschuldigte weh-

gaben illustriert werde. Dies gegenüber einem Compliance Officer, der sich in seinem Beruf während 15 Jahren vor und dann auch seit der «Tat» während fast 10 Jahren tadellos verhalten hatte.

⁵⁸ Aus Niall Ferguson, High Financier. The Lives and Time of Siegmund Warburg, London 2010, 365.

⁵⁹ John le Carré, Silverview, 115.

⁶⁰ Bericht der EBK, Abacha-Bericht, Fn. 10.

⁶¹ Bericht der EBK, Abacha-Bericht, Fn. 10, Ziff. 2.4.

ren zu müssen. Dazu ist festzuhalten, dass Compliance Officers nicht in jedem Fall darauf vertrauen sollten, dass die Fürsorgepflicht der arbeitgebenden Bank wirklich umgesetzt wird. Die *NZZ* hat am 5. November 2019 auf zwei Seiten von einem Fall berichtet, bei dem ein Compliance Officer von der aggressiven Inkompetenz der Bundesanwaltschaft psychisch ruiniert wurde.⁶² Das Bundesstrafgericht setzte dann nach Jahren diesem Drama ein Ende. Der Schaden aber war angerichtet: Der Compliance Officer hatte einen Herzinfarkt erlitten, war stellenlos und hat den Weg zurück ins Arbeitsleben nicht mehr gefunden. Was hinsichtlich des Arbeitgebers des Mitarbeiters zu sagen ist: Die Bank – sie ist im Beitrag in der *NZZ* mit dem Namen genannt – hat sich schäbig und schädigend gegenüber einem Compliance Officer verhalten in einer Weise, wie ich es noch nie angetroffen habe. Warum ich das erwähne? Man sollte als Compliance Officer nicht wie selbstverständlich darauf zählen, dass man in dieser Not Beistand erfährt (und dass man nicht entlassen wird) und dass man eine anwaltliche Vertretung angeboten und bezahlt erhält. Man tut gut daran, sich vertraglich abzusichern, dass ein solcher Beistand freier Wahl von der Bank bezahlt wird, und dies von Anfang an, also bereits bei der Einvernahme durch einen Untersuchungsbeauftragten.

Denn die Risiken sind vielfältig. Die Strafverfolgungsbehörden haben Mitarbeitende in Compliance schon mehrfach im Fokus gehabt.⁶³ Das grosse Thema sind die Garantienstellung der Compliance Officers sowie Geldwäscherei durch Unterlassung. Sie müssen nicht nur die Geldwäschereigesetzgebung und die sich daraus ergebenden Pflichten kennen. Für die individuelle Strafbarkeit sind Arbeitsvertrag und Pflichtenheft des Einzelnen massgeblich sowie interne Richtlinien. Es ist sodann essenziell welche Pflichten jemand faktisch übernommen hat: Diese stellen ein Haftungsrisiko dar.

Die Verletzung der Meldepflicht, das heisst Verspätung oder Unterlassung der Meldung, ist ebenfalls strafbewehrt und kann einen Compliance Officer im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens einholen. Ein solches kann beispielsweise aufgrund einer Anzeige der FINMA in Gang kommen, die sich aufsichtsrechtlich mit einem Fall auseinandergesetzt hat, oder durch einen Privaten.

Damit sind die möglichen Folgen von Fehlentscheiden noch nicht abschliessend genannt, denn auch zivilrechtlich können Verfahren in Gang kom-

men. Wer Geldwäscherei begeht, haftet gemäss Bundesgericht für den Vortatschaden im Umfang der Vermögenswerte, deren Einziehung durch die Geldwäscherei vereitelt worden ist.⁶⁴ Das heisst, ein Compliance Officer, der Geldwäscherei durch Unterlassung begeht, kann sich mit entsprechenden Forderungen konfrontiert sehen. Und schliesslich ein weiterer Hinweis: Es war bisher meines Wissens nie Gegenstand von Verfahren. Aber ich habe mir die Frage gestellt, wie lange es noch dauert, bis ein Finanzintermediär gegen einen Compliance Officer vorgeht, der seinen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag grobfahrlässig oder eventualvorsätzlich nicht nachgekommen ist.

Das Berufsbild hat sich gewandelt. Etwas sehr plakativ gesagt: vom «Stöckli» in den Vernehmungsraum. Die Rechtsrisiken des Einzelnen haben sich erhöht und das spiegelt sich nicht in der Entlohnung. Aber es ist ihnen Rechnung zu tragen, wenn man sich für diesen Beruf entscheidet. Harmoniebedürftigkeit bildet keine gute Voraussetzung, ebenso wenig Oberflächlichkeit.

XI. Schlussbemerkungen

Zu schweigen bei beobachteten Fehlern, Ungeheimheiten und Missständen ist vonseiten eines Compliance Officer falsch. Es gibt ja den Satz: Reden ist Silber, Schweigen ist Gold. Ich glaube nicht, dass man in einer solchen Situation Gold höher bewerten sollte als Silber. Die höhere Bewertung mag an den Märkten stimmen, nicht jedoch in diesem Kontext. Der Maler Goya hat gemalt, was er in der Realität sah, und nichts beschönigt. Er hat gemalt, was ist, und Compliance Officers müssen klar, unabhängig, mutig und unbequem sagen, was sie sehen und was sie feststellen. Verschleppen, Vertuschen, Aufklärung verhindern sind keine Optionen. Wem das nicht liegt, wird sich persönlich überfordern.

Denis Thatcher, dem Ehemann von Margaret Thatcher, wird das folgende Bonmot zugeschrieben: «Better keep your mouth shut and be thought a fool than open it and remove all doubt.» Josef Ackermann hätte in diesem vorgenannten Dokumentarfilm besser einiges nicht gesagt und geschwiegen. Es ist nicht nur Gier. Es geht um einen Rausch (nach mir die Sintflut), um Machtpolitik, Opportunismus, Konformismus und Angst.⁶⁵ Als Compliance Officer darf man sich nicht beeindrucken lassen. Nicht *Compliance Officers* sind *the fools*.

⁶² Vgl. *NZZ*, 5. 11. 2019, 14 und 15 (Wie Bankjurist H. ohne Schuld zum Geldwäscher wurde); vgl. auch *NZZ*, 21. 8. 2019, 12 (Unsere Lust am Strafen industrialisiert die Justiz).

⁶³ Vgl. dazu *Susan Emmenegger* und *Martina Reber*: Stark exponierte Compliance Officers, in: *Schweizer Bank*, Juli/August 2019, 20–21.

⁶⁴ Vgl. BGER 6B_1202/2019 vom 9. 7. 2020.

⁶⁵ Vgl. dazu *Joris Luyendijk*: Unter Bankern. Eine Spezies wird besichtigt, Stuttgart 2015.