

Genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime aus aufsichts- und strafrechtlicher Perspektive

Nina Reiser | Nora Markwalder*

In supervisory law, as well as in criminal law, it is often difficult to attribute individual responsibility to the most senior bank managers for a violation of the law. This article therefore examines the design of a responsibility regime for banks that requires approval, based on the UK Senior Managers and Certification Regime, and its consequences for the liability of banks and its senior managers from both a supervisory and a criminal law perspective. In this context, the term «responsibility regime subject to approval» refers only to the internal allocation of responsibility to senior managers, which is subsequently approved by the Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA. The article concludes that the postulated prior approval requirement of such a responsibility regime by

FINMA does not constitute a major legal change, as the obligation for a transparent management and responsibility structure already exists under current law, and violations of supervisory and criminal law often arise from an inadequate implementation of the existing organizational structures. However, it should have a positive prophylactic effect on the culture of the bank. Ideally, a not too granular amendment to the Banking Act, the Banking Ordinance or at least the FINMA Circular Corporate Governance – Banks would create legal certainty. However, even the best liability regime must be put into action accordingly in day-to-day banking and its implementation must be constantly monitored by the bank.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Aufsichtsrechtliche Perspektive
 - 1. Diffuse Verantwortlichkeiten auf höchster Managementstufe
 - 2. Verantwortlichkeitsregime in Grossbritannien
 - 3. Genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime in der Schweiz?
- III. Strafrechtliche Perspektive
 - 1. Einleitung
 - 2. Grundlagen der Individualstrafbarkeit
 - 3. Grundlagen der Unternehmensstrafbarkeit
 - 4. Strafbarkeit bei mangelhaftem Verantwortlichkeitsregime *de lege lata*
 - 5. Einfluss einer vorgängigen Genehmigungspflicht auf die Strafbarkeit eines Unternehmens
- IV. Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Die Vertrauenskrise, mit der sich die Credit Suisse Gruppe (nachfolgend CS) seit Jahren konfrontiert sah, verschärfte sich im März 2023.¹ Aufgrund etlicher Skandale, verfehlter Strategien, schlechter Profitabilität der Bank und zahlreicher Führungswechsel während Jahren hatten die Kunden das Vertrauen in das Management und das Geschäftsgebaren der Bank verloren. Dieser Vertrauensverlust, beschleunigt durch die anhaltende Krise von mehreren Spezial- und Regionalbanken in den USA, führte zu einem massiven Liquiditätsabzug und damit zum Untergang der CS.²

Nach den Ereignissen rund um die CS-Krise wird die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA kritisiert, nicht genügend wirksam und scharf gegen die höchsten Bankmanager vorgegangen zu sein. Speziell bei der CS sei die Unternehmenskultur schon lange mangelhaft gewesen, es sei Aufsichtsrecht schwer verletzt worden und doch habe die FINMA nicht sichtbar etwas gegen das Bankkader unternommen.³ Die

* Prof. Dr. Nina Reiser, Rechtsanwältin, LL.M., ist Assoziierte Professorin für Finanzmarktrecht an der Universität St. Gallen (HSG). Prof. Dr. Nora Markwalder, Rechtsanwältin, ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität St. Gallen (HSG). Die Autorinnen danken Rechtsanwalt Friedrich Frank und Dr. iur. Marc Mauerhofer, Rechtsanwalt, für den wertvollen Austausch und die hilfreichen Hinweise zum Text sowie Denis Loher, B.A. HSG in Law and Economics, und Simone Brunner, M.A. HSG in Law, für die geschätzte Unterstützung bei den Recherchen und der Bewirtschaftung des Fussnotenapparates.

¹ Bericht der FINMA, Lessons Learned aus der CS-Krise, 19. Dezember 2023, 6.

² Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» 2023 vom 1. September 2023, 10; Bericht der FINMA (Fn. 1), 6 f.

³ Vgl. zum Ganzen etwa Lorenz Honegger/André Müller in der NZZ vom 15. Juni 2023, «Beisshemmung, miserable Kommunikation, falsches Personal: Warum ist die Finma an der Credit Suisse gescheitert?», verfügbar unter <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/beisshemmung-miserable-kommunikation-falsches-personal-warum-ist-die-finma-an-der-credit->

Aufsichtsbehörde hält dem zunächst entgegen, dass sie seit 2012 elf Enforcementverfahren gegen das Institut und immerhin drei gegen Individuen abgeschlossen habe.⁴

Wenn die FINMA im Aufsichtsdialog nicht mehr weiterkommt, ist das Enforcementverfahren das letzte Eskalationsmittel.⁵ Um gegen eine natürliche Person vorzugehen, müsse sie ihr eine kausale Verantwortlichkeit zuordnen können. Dies sei schwierig und akzentuiere sich bei grossen, komplexen und hochgradig arbeitsteiligen Organisationen wie derjenigen einer Grossbank. Zur besseren Zuordenbarkeit der individuellen Verantwortlichkeiten fordert die FINMA daher die Implementierung eines «Senior Managers Regime».⁶ Der Expertenbericht Bankenstabilität 2023 postuliert ebenfalls die Stärkung des FINMA-Instrumentariums und der FINMA als Behörde.⁷ Zudem verlangt auch der Bundesratsbericht Bankenstabilität 2024 für eine verbesserte Zuordnung der individuellen Verantwortlichkeit die Einführung eines sog. Verantwortlichkeitsregimes.⁸

Neben der aufsichtsrechtlichen Verantwortlichkeit kann für Bankmitarbeitende sowie die Bank selbst aber auch noch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit drohen. Dies ist dann der Fall, wenn eine natürliche Person im Rahmen der Unternehmenstätigkeit eine Straftat begeht (individuelle Strafbarkeit) oder wenn Verantwortlichkeitsstrukturen unklar sind und sich aufgrund dieser mangelhaften Organisation das begangene Delikt keiner natürlichen Person zuordnen lässt resp. gewisse Delikte wie beispielsweise Geldwäscherei oder Korruptionshandlungen innerhalb der Bank nicht verhindert worden sind (Unternehmensstrafbarkeit). Dazu kommt die Möglichkeit, im Verwaltungsstrafrecht basierend auf Art. 49 FINMAG dem Unternehmen eine Busse aufzuerlegen, wenn die Verfolgung der Einzelperson aus prozessökonomischen Gründen zu aufwendig wäre. Klar definierte und auch gelebte Verantwortlichkeitsstrukturen erleichtern damit die Verfolgung von Individualstraftäterinnen und reduzieren somit gleichzeitig das Strafbarkeitsrisiko einer Bank im Kern- und Nebenstrafrecht.

Ausgelöst durch die erwähnten Ereignisse rund um die CS, aber nicht beschränkt auf diese bzw. auf Grossbanken, untersucht der vorliegende Beitrag daher die Ausgestaltung eines genehmigungspflichtigen Verantwortlichkeitsregimes für (alle) Banken in Anlehnung an das Senior Managers Regime in Grossbritannien sowie dessen Konsequenzen auf die Verantwortlichkeit von Banken und Mitarbeitenden sowohl aus aufsichtsrechtlicher (II.) als auch aus strafrechtlicher Perspektive (III.). Als genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime wird dabei vorliegend bloss die bankinterne Zuweisung der Verantwortung an verschiedene Personen mit Führungs- oder Leitungsaufgaben, die anschliessend von der FINMA genehmigt wird, verstanden. Damit ist nicht die Summe der gesetzlichen Rahmenbedingungen, welche die Verantwortlichkeit festlegen, sowie die Massnahmen, die bei einer Verletzung der Rahmenbedingungen ergriffen werden, gemeint. Die vorliegend analysierte Genehmigung betrifft vielmehr nur einen Teil des gesamten Verantwortlichkeitsregimes. Abschluss bilden eine Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussfolgerungen (IV.).

suisse-gescheitert-ld.1740286 > (alle Internetquellen zuletzt besucht am 28. Juni 2024).

⁴ Vgl. Bericht der FINMA (Fn. 1), 6. Von den elf gegen die CS geführten Verfahren hat die FINMA sechs publiziert (Expertenbericht «Bankenstabilität» [Fn. 2], 57). Von diesen sechs veröffentlichten Verfahren wurden gemäss öffentlichen Informationen im Nachgang zu zwei gegen die Bank geführten Verfahren zusätzlich solche gegen Individuen initiiert (FINMA, Medienmitteilung, «Credit Suisse» Beschattungsaffäre», vom 19. Oktober 2021, 1 und 3; FINMA, Medienmitteilung, «FINMA schliesst «Greensill»-Verfahren gegen Credit Suisse ab», vom 28. Februar 2023, 1 und 4).

⁵ Vgl. *Patric Eymann*, in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), *Finanzmarktenforcement*, 3. Aufl., Bern 2022, 8.

⁶ Vgl. Bericht der FINMA (Fn. 1), 8 und 46 ff.; *Marlene Amstad*, Mediengespräch vom 5. April 2023, verfügbar unter <<https://www.finma.ch//referate-und-artikel/20230405-ref-amme-mediengespraech.pdf>>, 5; *Marlene Amstad* in der NZZ vom 25. März 2023, «Die CS hatte ein kulturelles Problem, das sich in fehlenden Verantwortlichkeiten niederschlug», verfügbar unter <<https://www.nzz.ch/nzzas/nzz-am-sonntag/letztlich-war-es-ein-bank-run-ld.1732167>>.

⁷ Expertenbericht «Bankenstabilität» (Fn. 2), 57 ff. und 81; vgl. spezifisch in Bezug auf die persönliche Verantwortlichkeit von Bankkadern etwa bereits Postulat *Andrey* (21.3893), verfügbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20213893>>.

⁸ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität einschliesslich Evaluation gemäss Artikel 52 des Bankengesetzes vom 10. April 2024, vgl. insbes. 4, 41 f. und 250 ff.

II. Aufsichtsrechtliche Perspektive

1. Diffuse Verantwortlichkeiten auf höchster Managementstufe

Die Enforcementmassnahmen gemäss Art. 31 ff. FINMAG adressieren in erster Linie die beaufsichtigten Institute.⁹ Bei Mängeln in der erforderlichen Organisation¹⁰ ist ein Vorgehen gegen die Bank somit die Regel. So auferlegte die FINMA der CS etwa in der Beschattungsaffäre 2021 wegen schwerer Verstösse gegen Organisationserfordernisse und die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit organisatorische und operationelle Massnahmen bei der Sicherheit und den Kommunikationsmitteln, um stufengerechte Zuständigkeiten und klare Entscheidungs- und Überwachungsprozesse zu erreichen.¹¹ Die Enforcementmassnahmen können sich aber auch gegen natürliche Personen richten.¹² Bei Individuen auf höchster Führungsstufe stehen insbesondere der Gewährsentszug und das Berufsverbot im Vordergrund.¹³

Unter Berücksichtigung der Ziele der Finanzmarktaufsicht, des Anleger- und Funktionsschutzes¹⁴ und ihrer eigenen Vorgaben hat die FINMA nicht bei jeder Aufsichtsrechtsverletzung aktiv zu werden, da sie gerade keine dem Verfolgungszwang unterliegende Strafbehörde ist.¹⁵ Sie soll vielmehr nur dann ein Verfahren eröffnen, wenn dies zur Erreichung der

Aufsichtsziele notwendig ist. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich die Prozesschancen.¹⁶ Diese sind nur intakt, wenn die betreffende natürliche Person die Aufsichtsrechtsverletzung kausal und schuldhaft bewirkt hat, ihr das Fehlverhalten also individuell zurechenbar ist.¹⁷ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Berufsverbot muss es sich bei der Aufsichtsrechtsverletzung nicht zwingend um ein aktives Tun handeln. Vielmehr erfasst die Pflichtverletzung auch das pflichtwidrige Nichteinschreiten bei Kenntnis der Pflichtverletzung oder die pflichtwidrige Unkenntnis der Pflichtverletzung.¹⁸ Gemäss einem neuen, angefochtenen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts kann sich eine zustimmende Entscheidungsträgerin eines Gremiums indes nicht ihrer Verantwortung entziehen, indem sie diese den jeweils anderen Akteuren zuschiebt. Vielmehr gilt als relevante Verantwortung auch diejenige innerhalb eines Entscheidungsgremiums.¹⁹ Sodann ist einem neueren Bundesgerichtsentscheid sinngemäss zu entnehmen, dass die Hierarchie den Kausalzusammenhang nicht unterbricht bzw. «die Verantwortlichkeit nicht mit dem Hinweis auf die interne Aufgabenteilung ausgehebelt werden kann».²⁰

Ein Tätigwerden der FINMA macht sodann umso weniger Sinn, je tiefer sich das betreffende Individuum innerhalb der Bank in der Hierarchie befindet. Im Zentrum des Finanzmarktenforcements steht, im Gegensatz zum Strafrecht,²¹ gerade nicht die Pönalisierung von Individuen.²² Daher sollen bei einer persönlichen Verantwortlichkeit jene Personen belangt wer-

⁹ Christoph Kuhn/David Wyss, in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, 352; Bericht des Bundesrates (Fn. 8), 250.

¹⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG.

¹¹ Bericht der FINMA (Fn. 1), 28; FINMA, Medienmitteilung «Beschattungsaffäre» (Fn. 4), 2 f.

¹² Vgl. zum Individuum im Finanzmarktrecht eingehend *Guillaume Braid*, L'individu en droit de la surveillance financière, Autorisation, obligations et interdiction d'exercer, in: AISUF – Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 358, Diss. Freiburg, Zürich 2016.

¹³ Vgl. Kuhn/Wyss (Fn. 9), 352.

¹⁴ Gemäss Art. 4 FINMAG bezweckt die Finanzmarktaufsicht nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Damit trägt sie zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.

¹⁵ Bericht «Pekuniäre Verwaltungsanktionen» des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 vom 1. November 2018, BBl 2022 776, 52. Siehe auch *Nina Reiser*, Verfügt die FINMA über genügend wirksame und scharfe Instrumente gegen (höchste) Bankmanager?, SZW 2024, 80 ff., 91.

¹⁶ Vgl. auch *Eymann* (Fn. 5), 106 f. sowie *Claudia Carole Beck*, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Diss. Zürich 2018, Zürich/Basel/Genf 2019 (= SSFM 128), N 110 für weitere relevante Kriterien.

¹⁷ BGE 142 II 243 E. 2.2; BGer 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3.2; *Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Daniel Flühmann*, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar, FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 33 FINMAG N 16; vgl. auch *Nina Reiser*, Missmanagement im Bankensektor und die FINMA-Gewährsprüfung, SZW 2022, 543 ff., 548 ff., 549.

¹⁸ BGer 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3.2.

¹⁹ Vgl. BVerfGE B-4750/2019 vom 16. Mai 2023 E. 7.2.2.

²⁰ BGer 2C_747/2021 vom 30. März 2023 E. 13.4.3; vgl. zu den Merkmalen des Berufsverbots in diesem Kontext etwa auch kürzlich *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2022 bis ins vierte Quartal 2023, SZW 2023, 714 ff., 731 f.

²¹ Siehe dazu Kap. III.1.

²² *Reiser* (Fn. 17), 546.

den, die das Institut vertreten und die Kultur innerhalb eines Instituts wesentlich prägen.²³ Es erweist sich in der Praxis insbesondere bei Grossbanken aber oftmals als schwierig, den Vertretern auf höchster Managementstufe eine etwa für die Verfügung eines Berufsverbots erforderliche (schwere) Aufsichtsrechtsverletzung individuell zuzuweisen bzw. kausal nachzuweisen.²⁴ So waren beispielsweise im Fall Archegos die Geschäftsleitungsmitglieder der Bank trotz der enormen Grösse dieser Kundenposition und der damit verbundenen Risiken nicht über den Sachverhalt informiert. Es gab keine Regelung, wonach sich zuständige Geschäftsleitungsmitglieder standardmässig von sich aus mit bedeutenden und riskanten Geschäftsbeziehungen auseinandersetzen mussten.²⁵ Die Verantwortlichkeiten sind regelmässig diffus, was sich negativ auf die Kultur innerhalb von Banken und das Verhalten von Bankmanagern auswirkt.²⁶ Dies wird zusätzlich akzentuiert, wenn die relevanten Entscheidungsträger nur für eine bestimmte Zeitdauer involviert sind, die Informationen bloss partiell fliessen, d.h. niemand den Überblick hat, und der Paper Trail fehlt. Das geltende Verantwortlichkeitsregime in Grossbritannien, ein Bestandteil des Senior Managers Regime, bietet für diese Probleme allenfalls Lösungsansätze.

2. Verantwortlichkeitsregime in Grossbritannien²⁷

Die Prudential Regulation Authority (PRA) und die Financial Conduct Authority (FCA) führten das Senior Managers and Certification Regime (SMCR) im März 2016²⁸ mit dem Ziel ein, die Verantwortlichkeit von In-

dividuen zu erhöhen und es den Instituten und deren Regulatoren zu erleichtern, diese zur Verantwortung zu ziehen.²⁹ Banken fallen in den Geltungsbereich des SMCR.³⁰ Der Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA 2000) enthält dessen Grundsätze.³¹

Das Senior Managers Regime (SMR) ist zunächst vom auf tiefere Managementstufen anwendbaren Certification Regime (CR) abzugrenzen.³² Vorliegend sind sodann insbesondere drei Aspekte des SMR von Interesse. Im mit dem Schweizer Gewährsprüfungsverfahren vergleichbaren Zulassungsverfahren muss erstens ein klar formuliertes «Statement of Responsibility» (SoR) die jeweiligen Verantwortlichkeiten aufzeigen.³³ Einerseits sind dabei den einzelnen «Senior

verfügbar unter <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9168/CBP-9168.pdf>>, 10); vgl. zur Entstehungsgeschichte Gavin Vaughan/Liam Finch, *The Fix: How Bankers Lied, Cheated and Colluded to Rig the World's Most Important Number*, Chichester 2017.

²⁹ Vgl. FCA (Financial Conduct Authority), «Senior Managers and Certification Regime», verfügbar unter <<https://www.fca.org.uk/firms/senior-managers-certification-regime>>; FCA, *Strengthening Accountability in Banking: A New Regulatory Framework for Individuals*, FCA Consultation Paper (CP) 14/13, PRA CP 14/14, Juli 2014, verfügbar unter <<https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp14-13.pdf>>, 5; Diese Ziele ergeben sich auch aus dem zweiteiligen Bericht PCBS (Parliamentary Commission on Banking Standards), *Changing Banking for Good, First Report of Session 2013–14, Volume I: Summary, and Conclusions and recommendations*, Juni 2013, verfügbar unter <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/banking-commission/Banking-final-report-volume-i.pdf>> und PCBS, *Changing Banking for Good, Report of the Parliamentary Commission on Banking Standards, Volume II: Chapters 1 to 11 and Annexes, together with formal minutes*, Juni 2013, verfügbar unter <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/banking-commission/Banking-final-report-vol-ii.pdf>>.

³⁰ FCA, *The Senior Managers and Certification Regime: Guide for FCA solo-regulated firms*, Juli 2019, verfügbar unter <<https://www.fca.org.uk/publication/policy/guide-for-fca-solo-regulated-firms.pdf>>, 5.

³¹ Vgl. Introductory Text (Part I) FSMA 2000.

³² Vgl. Bank of England, *Strengthening the link between seniority and accountability: the Senior Managers and Certification Regime*, Quarterly Bulletin Q3, 2018, verfügbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/quarterly-bulletin/2018/senior-managers-certification-regime.pdf>>, 1.

³³ Bank of England (Fn. 32), 3 f.; FCA, *Handbook SYSC (Senior Management Arrangements, Systems and Controls)*, verfügbar unter <<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/SYSC/>>, Ziff. 25.4.2; PRA CRR Rulebook, *Fitness and Propriety 5.2*; Sec. 60(2A) und 60(2B) FSMA 2000; FCA Handbook, SUP (Supervision) 10C.11.3. Eine Vorlage ist verfügbar

²³ Reiser (Fn. 15), 91.

²⁴ Bericht des Bundesrates (Fn. 8), 250. Ähnlich auch *Bertschinger* (Fn. 20), 729.

²⁵ FINMA, Medienmitteilung, «Archegos: FINMA schliesst Verfahren gegen Credit Suisse ab», vom 24. Juli 2023.

²⁶ Reiser (Fn. 15), 91.

²⁷ Vgl. eingehend zum Senior Managers and Certification Regime (SMCR) Susan Emmenegger, *Das UK Senior Managers and Certification Regime (SMCR)*, AJP 2022, 817 ff. Siehe dazu zudem Reiser (Fn. 17), 550 ff. und Reiser (Fn. 15), 92 f., je m.w.H.

²⁸ Für Versicherungsdienstleister seit Dezember 2018 und für die restlichen, lediglich von der FCA beaufsichtigten Finanzdienstleister, seit Dezember 2019 in Kraft (House of Commons Library, Briefing Paper, *Executive accountability in financial services: the Senior Managers and Certification Regime*, Briefing Paper No. 9186, 15. März 2021,

Manager Functions» (SMF) gewisse Verantwortlichkeitsbereiche zugeschrieben.³⁴ Andererseits müssen (weitere) vorgegebene Verantwortlichkeitsbereiche («Prescribed Responsibilities») den betreffenden SMF Managerinnen zugeordnet werden.³⁵ Ändern die Verantwortlichkeiten eines Senior Managers, ist das SoR zu aktualisieren und neu einzureichen.³⁶ Erforderlich ist das SoR für alle Führungskräfte, die der Bank oder der Marktintegrität an sich bedeutend schaden könnten.³⁷ Im Gegensatz zur aktuellen FINMA-Praxis scheinen beim operativen Management deutlich mehr Personen als nur Geschäftsleitungsmitglieder vom SMR erfasst zu sein.³⁸ Auf Stufe Aufsichtsorgan ist der Adressatenkreis dagegen kleiner.³⁹ Hier fallen soweit ersichtlich nur Mitglieder mit spezifischen Rollen darunter, wie beispielsweise die Verwaltungsratspräsidentin oder die Vorsitzenden von Risiko- und Prüfungsausschüssen.⁴⁰

Die «Management Responsibilities Map» (MRM) soll zweitens einen Überblick über das Management und die Governance im jeweiligen Institut verschaffen.⁴¹ Die MRM enthält Informationen zur Berichterstattung, zu den Verantwortlichkeiten in den verschiedenen Bereichen und bei den beteiligten Personen. Dies umfasst auch Angaben zu den Kompetenzen der Gesamtgremien, der Ausschüsse und deren Vor-

sitzenden sowie zur Aufgabenteilung bei Gruppengesellschaften.⁴² In der Gestaltung der MRM sind die Institute freier als beim SoR. Die PRA erwartet eine Kombination aus Texten und visualisierenden Darstellungen wie etwa Organigrammen.⁴³ Wie das SoR bezweckt auch die MRM die Verbesserung der unternehmensinternen Corporate Governance durch die Festsetzung von Entscheidungsstrukturen und Kompetenzabgrenzungen.⁴⁴ Zudem soll die MRM den Aufsichtsbehörden ein klares Bild von den internen Abläufen im Entscheidungsprozess des Unternehmens vermitteln.⁴⁵

Personen mit einer SMF gelten drittens nicht nur bei einer aktiven vorsätzlichen oder fahrlässigen Rechtsverletzung oder Beteiligung daran als «Guilty of Misconduct», sondern nach der «Duty of Responsibility» allenfalls auch bei einer blossen Unterlassung. Vorausgesetzt wird dabei, dass im Verantwortlichkeitsbereich des betreffenden Senior Manager eine Rechtsverletzung vorliegt und dieser es versäumt hat, angemessene Massnahmen zu ergreifen, die von einer Person in ihrer Position vernünftigerweise erwartet werden könnten, um die Rechtsverletzung selbst oder deren Fortsetzung zu unterbinden.⁴⁶ Wie erwähnt⁴⁷ muss es sich auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Berufsverbot bei der Aufsichtsrechtsverletzung nicht zwingend um ein aktives Tun handeln. Erfasst ist auch die pflichtwidrige Unterlassung bei Kenntnis der Pflichtverletzung oder die pflichtwidrige Unkenntnis der Pflichtverletzung.⁴⁸

Was die Wirksamkeit des SMCR im Enforcement angeht, postuliert die Lehre teilweise deren stärkere Durchsetzung.⁴⁹ Die Effektivität im Enforcement ist

unter <<https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/authorisations/senior-managers-regime-approvals>>.

³⁴ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking, Dezember 2021, verfügbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/supervisory-statement/2021>>, 2.3 ff.; PRA Rulebook, Senior Management Functions, verfügbar unter <<https://www.prulebook.co.uk/rulebook/>>, 3.1 f.

³⁵ Vgl. für eine Übersicht über die vorgeschriebenen Funktionen: PRA Rulebook, Allocation of Responsibilities, 4.1 ff. Sec. 62A(2) FSMA 2000.

³⁶ FCA, The Senior Managers and Certification Regime: Guide for FCA solo-regulated firms (Fn. 30), 13.

³⁷ Reiser (Fn. 17), 550 m.w.H.

³⁸ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 34), 2.3.

³⁹ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 34), 2.3.

⁴⁰ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 34), 2.57; vgl. zudem FCA, Handbook SYSC (Fn. 33), Ziff. 25.2.1 und 25.4.2. Bestimmte Verantwortlichkeiten sind zudem nicht fix mit einer Funktion verknüpft, sondern müssen einzelnen Mitgliedern des Managements zugeteilt werden (z.B. betreffend Implementierung der Firmenkultur, Effektivität der Whistleblowing Policy und Umgang mit Outsourcing).

⁴² PRA Rulebook, Allocation of Responsibilities (Fn. 35), 7.1 f.

⁴³ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 34), 2.58 f.

⁴⁴ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 34), 2.46A.

⁴⁵ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 34), 2.58B.

⁴⁶ Sec. 66A(5)(d) [Action by FCA] und 66B(5)(d) [Action by PRA] FSMA 2000. Zu den einzelnen Kriterien, welche die PRA in Betracht zieht, siehe PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 34), 2.76. Die im ursprünglichen SMCR-Regime von 2013 angedachte Verschuldensvermutung wurde 2016 wieder abgeschafft (vgl. Emmenegger [Fn. 27], 829).

⁴⁷ Vgl. Kap. II.1.

⁴⁸ BGer 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3.2.

⁴⁹ Samantha Bourton/Demelza Hall/Diana Johnson/Nicholas Ryder, Review of the senior managers & certification re-

bislang (noch) nicht erwiesen. Die (prophylaktischen) Auswirkungen auf die Unternehmenskultur scheinen aber soweit bereits ersichtlich insgesamt positiv zu sein.⁵⁰ Das beschriebene Verantwortlichkeitsregime ist aber ohnehin nur ein Bestandteil des SMCR. Dies erschwert (abschliessende) Aussagen zu dessen Wirksamkeit zusätzlich.⁵¹

3. Genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime in der Schweiz?

Wie eingangs erläutert⁵² wird vorliegend als genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime nur die bankinterne Zuweisung der Verantwortung, und zwar, wie im Folgenden begründet wird, im Sinne der MRM des britischen SMCR, welche die FINMA anschliessend genehmigt, bezeichnet. Konkret wird nachfolgend der Frage nachgegangen, ob und ggf. inwiefern diese bankinterne Zuweisung der Verantwortung bereits nach geltendem Recht zu einer angemessenen Verwaltungsorganisation als Bewilligungsvoraussetzung einer Bank gehört (II.3.1) und bei entsprechenden Mängeln nachträglich im Enforcementverfahren mittels Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes gemäss Art. 31 FINMAG durch die Aufsichtsbehörde verfügt werden kann (II.3.2). Es folgen Überlegungen

zu den Vor- und Nachteilen einer vorgängigen Genehmigung des so verstandenen Verantwortlichkeitsregimes durch die FINMA, dessen Ausgestaltung und Regulierung (II.3.3).

3.1 Angemessene Verwaltungsorganisation als Bewilligungsvoraussetzung

Vorab ergibt sich bereits aus dem Obligationenrecht für Aktiengesellschaften, der bei Banken im Vordergrund stehenden Gesellschaftsform,⁵³ dass der Verwaltungsrat für eine klare Organisation verantwortlich ist.⁵⁴ Die Verletzung dieser Kernkompetenz kann eine aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage zur Folge haben.⁵⁵ Der Verwaltungsrat muss in der Lage sein, nachzuweisen, dass er die Informations- und Entscheidungsabläufe gezielt gestaltet hat. Nur unter dieser Voraussetzung kann er für seine Entscheidungen auf die Vermutung der pflichtgemässen Ausübung des Geschäftsermessens verweisen.⁵⁶

Aufsichtsrechtlich verlangt das Bankengesetz so dann eine der Geschäftstätigkeit der Bank angemessene Verwaltungsorganisation und die Abgrenzung der Befugnisse zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auf eine Art und Weise, die eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung sicherstellt.⁵⁷ Zudem hat eine Finanzgruppe so organisiert zu sein, dass sie insbesondere alle wesentlichen Risiken

gime. *Journal of Economic Criminology*, 2023, verfügbar unter <<https://doi.org/10.1016/j.jeconc.2023.100029>>, 1 ff.; vgl. zu den Enforcementverfahren zudem FCA, Information on investigations opened under the Senior Managers' Regime – June 2022, verfügbar unter <<https://www.fca.org.uk/information-investigations-opened-under-senior-managers-regime-june-2022>>.

⁵⁰ Vgl. Anat Keller/Andreas Kokkins, The senior managers and certification regime in financial firms: an organisational culture analysis, *Journal of Corporate Law Studies*, 2022, verfügbar unter <<https://doi.org/10.1080/14735970.2022.2054165>>, 300 ff.

⁵¹ Reiser (Fn. 15), 93. Vgl. zur Wirksamkeit des (gesamten) SMCR am Beispiel des Archegos Skandals eingehend Daniel J. Lüthi, Wirksame Krisenverhinderung? Das UK Senior Managers Regime und der Archegos-Skandal, *SZW* 2023, 442 ff. Vgl. zur Effektivität insgesamt auch die (noch provisorischen) Daten bei Urs Zulauf, Neue Enforcementinstrumente für die FINMA – Braucht es Verwaltungsbussen und ein «Senior Managers Regime»? Präsentation am Schulthess Forum Wirtschaftsstrafrecht 2022 und zum globalen Enforcement in der Finanzindustrie das interdisziplinäre SNF-Projekt Global Enforcement in the Financial Industry, verfügbar unter <<https://cdbf.ch/recherche/enforcement/#>>.

⁵² Vgl. Kap. I.

⁵³ Vgl. FINMA, Bewilligte Banken und Wertpapierhäuser, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/dokumente/bewilligungstraeger/pdf>>.

⁵⁴ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR; vgl. etwa Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 18 N 1312 ff.; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023, § 16 N 704 ff.

⁵⁵ Art. 754 ff. OR; vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 54), § 16 N 921; Bericht des Bundesrates (Fn. 8), 242 ff., insbes. 243. Bei Mängeln in der Organisation sind zudem weitere Massnahmen bis hin zur Auflösung der Gesellschaft denkbar (vgl. Art. 731 Abs. 1^{bis} OR; Bericht des Bundesrates [Fn. 8], 243 Fn. 340).

⁵⁶ Von der Crone (Fn. 54), § 18 N 1313, 1538 ff.; vgl. zum Geschäftsermessens im Aktienrecht eingehend Hans Caspar von der Crone, Geschäftsermessens im Aktienrecht, *ZSR* 2022, 103 ff.; vgl. zum Verhältnis von Aufsichts- und Aktienrecht in diesem Kontext Susan Emmenegger, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe. Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, *Habil. Univ. Freiburg* 2004, Bern 2004, *passim*.

⁵⁷ Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG.

zu begrenzen und erfassen vermag.⁵⁸ Nach Art. 12 Abs. 2 BankV regelt die Bank die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von mit Risiko verbundenen Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien. Dabei hat sie insbesondere Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Image Risiken sowie operationelle und rechtliche Risiken zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen.⁵⁹ Die detaillierte und lückenlose Zuweisung der Verantwortlichkeiten ist bereits nach geltendem Recht für ein funktionierendes Risikomanagement unabdingbar. Fehlt dagegen die Zuweisung der Verantwortlichkeiten im Sinne der MRM des britischen SMCR, fühlt sich niemand zuständig. Bereits nach geltendem Recht ist also bankintern eine Dokumentation erforderlich, die einen Überblick über das operative und strategische Management sowie die Governance im jeweiligen Institut verschafft. Wie in Grossbritannien muss diese Darstellung Informationen zur Berichtserstattung, zu den Verantwortlichkeiten in den verschiedenen Bereichen und bei den beteiligten Personen sowie zu den bankinternen Entscheidungsstrukturen und -prozessen enthalten. Dazu gehören auch Angaben zu den Kompetenzen der Gesamtgremien, der Ausschüsse und deren Vorsitzenden sowie zur Aufgabenteilung bei Gruppengesellschaften. In der Ausgestaltung dieser Dokumentation sind die Institute frei. Gemeinhin dürfte sie eine Kombination aus Texten und visualisierenden Darstellungen wie beispielsweise Organigramme umfassen. Unterlässt es die Bank, eine solche Dokumentation zu erstellen, liegt folglich schon heute eine Missorganisation und damit eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG bzw. Art. 3f Abs. 2 BankG vor.⁶⁰

3.2 Nachträgliche Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes

Nach Art. 31 Abs. 1 FINMAG sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes, wenn Beaufsichtigte das FINMAG oder ein Finanzmarktgesetz verletzt haben oder wenn sonstige Miss-

stände bestehen. Auf dieser Grundlage kann die Aufsichtsbehörde gemäss ihrem Faktenblatt Enforcement namentlich «Massnahmen anordnen, die in das Geschäftsmodell, die Organisation oder in Besetzung von Schlüsselfunktionen der betroffenen Unternehmung eingreifen».⁶¹ So ordnete die FINMA im Kontext ungenügender Vorgaben einer Bank bei der Geldwäschereibekämpfung 2022 basierend auf Art. 31 FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und weiteren im konkreten Fall verletzten Bestimmungen als organisatorische Massnahme eine schriftliche Erklärung über die Zuordnung von Verantwortlichkeiten an.⁶² Ferner verpflichtete die FINMA die CS im Februar 2023 mit Abschluss des «Greensill»-Enforcementverfahrens, «die Verantwortlichkeitsbereiche der (rund 600) höchsten Manager der Bank künftig in einem Verantwortlichkeitsdokument» festzuhalten.⁶³ Im Ergebnis kann die FINMA folglich bei einer Bank, die u.a. wegen eines mangelhaften Verantwortlichkeitsregimes die Bewilligungsvoraussetzung der angemessenen Verwaltungsorganisation verletzt, die lückenlose Zuordnung der Verantwortlichkeitsbereiche bzw. die Erstellung einer MRM im Sinne des britischen SMCR mittels Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes nachträglich anordnen.⁶⁴

3.3 Vorgängige Genehmigungspflicht?

Die FINMA prüft die Reglemente zur internen Organisation zunächst bei der Neubewilligung einer Bank. Spätere Änderungen sind ihr zu melden und von ihr zu genehmigen.⁶⁵ Auf der Basis des FINMA-Rundschreibens 2017/1 Corporate Governance – Banken hat sich diesbezüglich eine gewisse Praxis herausgebildet. So kodifiziert das genannte Rundschreiben namentlich die Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Oberlei-

⁵⁸ Art. 3f Abs. 2 BankG.

⁵⁹ Vgl. dazu auch BVGer B-4750/2019 vom 16. Mai 2023 E. 8.1.

⁶⁰ *Bertschinger* (Fn. 20), 729; vgl. dazu unter dem umfassenderen Titel «Corporate Governance Anforderungen im Finanzmarktrecht» auch den Bericht des Bundesrates (Fn. 8), 236 ff.

⁶¹ FINMA Faktenblatt Enforcement vom 1. Januar 2023, 2.

⁶² FINMA Jahresbericht 2022, 58, wo auch der Link auf die auszugsweise veröffentlichte FINMA Verfügung festgehalten ist.

⁶³ FINMA, Medienmitteilung «Greensill» (Fn. 4). Ein weiteres aktuelles Beispiel betrifft die HSBC Private Bank (Suisse) SA (FINMA, Medienmitteilung, «FINMA-Verfahren: HSBC Private Bank (Suisse) SA hat gegen Geldwäschereiregeln verstossen», vom 18. Juni 2024).

⁶⁴ Vgl. dazu auch *Bertschinger*, wonach sich die erläuterten Verfügungen der FINMA «als Ausdruck eines sog. Senior Manager Regimes verstehen» lassen (*Bertschinger* [Fn. 20], 730).

⁶⁵ Art. 3 Abs. 3 BankG.

tungsorgans als Gremium,⁶⁶ der Verwaltungsratspräsidentin,⁶⁷ des Prüf-⁶⁸ und des Risikoausschusses⁶⁹ sowie auch der Geschäftsleitung als Gremium,⁷⁰ nicht aber für einzelne Funktionsträger.⁷¹ Entsprechend prüft die Aufsichtsbehörde individuelle Pflichtenhefte und Verantwortlichkeiten von Gewährsträgern im Sinne des britischen SoR sowie Dokumentationen als Pendant der MRM des britischen SMCR nicht standardisiert, sondern nur bei konkretem Anlass im Einzelfall.⁷²

Wie erwähnt⁷³ ist die detaillierte und lückenlose Zuweisung der Verantwortlichkeiten wie bei der MRM des britischen SMCR schon nach geltendem Recht Bestandteil einer angemessenen Verwaltungsorganisation. Deren vorgängige Genehmigungspflicht durch die FINMA würde die Institute zwingen, sich mit ihren internen, teils hochkomplexen Verantwortlichkeitsstrukturen auseinanderzusetzen und mehr Klarheit in die Organisation zu bringen. Das würde sich positiv auf die Unternehmenskultur auswirken. Die vorgängige Bewilligung sinnvoll präzisierter Verantwortlichkeiten kann zudem möglicherweise eine prophylaktische Wirkung entfalten, indem sie die Bankmanager auf ihre Verantwortlichkeiten und Pflichten sensibilisiert. Dies würde umso mehr bei einer vorgängigen Genehmigung individueller Pflichtenhefte im Sinne des britischen SoR, aber bereits bei einer vorliegend postulierten vorgängigen Genehmigung des Pendants der britischen MRM gelten. Im Idealfall würde dies einen Beitrag dazu leisten, dass sich die betreffenden Personen gar nicht erst fehl verhalten.⁷⁴ Unter der Voraussetzung, dass sich dadurch das Enforcement gegen (höchste) Bankmanagerinnen verbessern würde, stärkt eine wirksame Durchsetzung generell das Ver-

trauen in den (Schweizer) Finanzplatz⁷⁵ und die Reputation der FINMA.⁷⁶

Wegen des im Schweizer Finanzmarktrecht geltenden Grundsatzes der Prinzipienbasierung⁷⁷ wäre dabei von einer zu granularen und formalistischen Regelung sowie insbesondere von einer aktiven Zuweisung von Rollen und Profilen durch die FINMA abzusehen. Auch die Implementierung eines genehmigungspflichtigen individuellen Verantwortlichkeitsdokuments in Anlehnung an das SoR in Grossbritannien im Sinne eines Pflichtenheftes für das operative Management ist u.E. daher abzulehnen. Die FINMA würde dadurch zu stark in das Management der Bank eingreifen – eine Aufgabe, die den Bankorganen und nicht der Aufsichtsbehörde obliegt. Es ist zudem fraglich, ob die Aufsichtsbehörde die damit einhergehende Verantwortung überhaupt übernehmen können resp. wollen würde. Mit der Pflicht zur vorliegend postulierten vorgängigen Einreichung einer bereits nach geltendem Recht materiell erforderlichen Übersicht in Anlehnung an die britische MRM würden die Institute zur Verschaffung eines gesamtheitlichen Überblicks über das Management und die Governance sowie die Vermittlung eines klaren Bildes der internen Abläufe im Entscheidungsprozess gezwungen. Dabei wären neben den individuellen Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten auch diejenigen von Gremien abzubilden. Bei der konkreten Ausgestaltung einer solchen Schweizer MRM sollten die Banken allerdings möglichst frei sein.⁷⁸

Darüber hinaus wäre es etwa denkbar, die Geschäftsbeziehungen eines Instituts nach Risiko zu klassifizieren. In Abhängigkeit des Risikos gälte es, eine Managementstufe zu bestimmen, die regelmäßig (beispielsweise jährlich) über die Weiterführung dieser Geschäftsbeziehung entscheidet. Bei den absolut wichtigsten Beziehungen könnte dies die Gesamtgeschäftsführung sein, bei sehr wichtigen Beziehungen das zuständige Geschäftsleitungsmitglied und bei weniger wichtigen Beziehungen entsprechend weitere Manager auf tieferer Hierarchiestufe. So hat die FINMA denn auch im Fall Greensill nachträglich über die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zu-

⁶⁶ FINMA-Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken, Rz. 9 ff.

⁶⁷ FINMA-Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken, Rz. 30.

⁶⁸ FINMA-Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken, Rz. 34 ff.

⁶⁹ FINMA-Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken, Rz. 40 ff.

⁷⁰ Vgl. FINMA-Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken, Rz. 47 ff.

⁷¹ Bericht des Bundesrates (Fn. 8), 237.

⁷² Reiser (Fn. 17), 554; Reiser (Fn. 15), 94.

⁷³ Vgl. Kap. II.3.1.

⁷⁴ Bericht des Bundesrates (Fn. 8), 250, 268. Ähnlich bereits Reiser (Fn. 17), 554; Reiser (Fn. 15), 94.

⁷⁵ Vgl. zum Vertrauen in den Kapitalmarkt *Harald Bärtschi/Yannick Hirschi*, Vertrauen im Kapitalmarkt, SZW 2017, 771 ff.

⁷⁶ Vgl. bereits Reiser (Fn. 15), 94 m.w.H.

⁷⁷ Vgl. dazu etwa Reiser (Fn. 17), 547 f. m.w.H.

⁷⁸ Vgl. bereits Reiser (Fn. 15), 95.

standes die Zuordnung der individuellen Verantwortlichkeitsbereiche im Sinne der britischen MRM mit einer solchen Massnahme kombiniert.⁷⁹ Dies wäre auch als Bestandteil eines *ex ante* zu genehmigenden Verantwortlichkeitsregimes entsprechend der MRM denkbar. Muss ein Manager jährlich über die Weiterführung von Geschäftsbeziehungen entscheiden, wird er intern verlangen, dass ihm die Informationen zur Verfügung gestellt werden. Infolgedessen würden die innerhalb der Organisation historisch gesammelten und verstreuten Informationen in einem systematischen und regelmässig stattfindenden Prozess zusammengetragen. Kritisches Wissen würde dadurch überhaupt erst erlangt und sichtbar dokumentiert. Auf dieser Basis würde dann der Manager entscheiden, womit auch seine Verantwortlichkeit dokumentiert wäre. Idealerweise hätte dies eine prophylaktische Auswirkung auf den Risikoappetit eines Unternehmens.⁸⁰

Ein weiterer Vorteil der vorgängigen Prüfung eines solchen dokumentierten Verantwortlichkeitsregimes im Sinne der britischen MRM, beispielsweise als Anhänge des Organisationsreglements, durch die FINMA⁸¹ besteht darin, dass die Aufsichtsbehörde von veränderten Verantwortlichkeiten, Zuständigkeiten und Entscheidungsprozessen (etwa bei Umstrukturierungen) erfahren würde und diese zu genehmigen hätte. In diesem Sinne verspricht die FINMA denn auch in ihren strategischen Zielen 2021 bis 2024 beim Risikomanagement und der Corporate Governance «eine gezielte Einflussnahme auf [...] die Ausgestaltung von Entscheidungs- und Kontrollprozessen».⁸²

Dass die FINMA auf der Basis von Art. 3 Abs. 3 BankG die Genehmigungspflicht eines solchen Verantwortlichkeitsregimes im Sinne der MRM des briti-

schen SMCR einführen und durchsetzen könnte, scheint möglich, weil die innere Organisation der Bank betroffen ist.⁸³ Jedenfalls sollte eine allfällige neue oder angepasste Rechtsgrundlage, sei es auf Stufe Gesetz, Verordnung oder Rundschreiben, prinzipienbasiert ausgestaltet sein. Unter Berücksichtigung des aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit abgeleiteten Prinzips der Risikoorientierung⁸⁴ könnte hier etwa eine Konkretisierung im FINMA-Rundschreiben Corporate Governance – Banken Rechtssicherheit schaffen.⁸⁵

Abschliessend vermag die Einführung eines genehmigungspflichtigen Schweizer Verantwortlichkeitsregimes im Sinne der MRM des britischen SMCR zwar wie erwähnt insbesondere einen Beitrag zu einer Verbesserung der Kultur und des Verhaltens in den obersten Führungsgremien von Banken zu leisten. Als einzige Massnahme dürfte dies aber leider kaum alle diese Probleme lösen.⁸⁶ Aktuell wird in verschiedenen Jurisdiktionen darüber diskutiert, ob, in welchem Ausmass und mit welchen Instrumenten Aufsichtsbehörden darüber hinaus die Kultur und das Verhalten von höchsten Bankmanagern prüfen und darauf einwirken können und sollen.⁸⁷ Spätestens nach den Ereignissen im März 2023 sollte darüber auch in der Schweiz weiter nachgedacht werden.⁸⁸

⁷⁹ FINMA, Medienmitteilung «Greensill» (Fn. 4).

⁸⁰ So entscheidet denn auch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA das oberste Geschäftsführungsorgan oder mindestens eines seiner Mitglieder über die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken und alljährlich über deren Weiterführung.

⁸¹ Gemäss *Bertschinger* muss die Lückenlosigkeit der internen Organisation insbesondere durch die aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaften überprüft werden, um Verantwortungsdiffusionen und damit zusammenhängende Unregelmässigkeiten in Finanzinstituten zu vermeiden (*Bertschinger* [Fn. 20], 731).

⁸² Die Strategischen Ziele der FINMA 2021 bis 2024, Ziel 3: Risikomanagement und Corporate Governance, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/de/finma/ziele/strategische-ziele/>>.

⁸³ Vgl. bereits *Reiser* (Fn. 15), 95; noch etwas kritischer *Reiser* (Fn. 17), 555 m.w.H. Gemäss *Bertschinger* ist die vorgängige Genehmigungspflicht von Art. 3 Abs. 3 BankG klar erfasst und bedarf keiner neuen oder angepassten Rechtsgrundlage (*Bertschinger* [Fn. 20], 731 f.).

⁸⁴ *Reiser* (Fn. 17), 547 m.w.H.

⁸⁵ Vgl. bereits *Reiser* (Fn. 15), 95.

⁸⁶ Vgl. etwa zur Rolle der Compliance-Funktion zur Stärkung der individuellen Haftung von fehlbaren Managern *Othmar Strasser*, Die neue Arbeitswelt und der Ruf nach mehr individueller Haftung als Gründe für einen Wandel im Verständnis der Compliance von Banken, SJZ 2023, 1035 ff., 1045 ff.

⁸⁷ Vgl. *Frank Elderson*, Mitglied des Direktoriums und stellvertretener Vorsitzender des Aufsichtsgremiums der EZB, Treading softly yet boldly: how culture drives risk in banks and what supervisors can do about it, at the 10th Conference on the Banking Union organised by Freshfields Bruckhaus Deringer, the Institute for Law and Finance at Goethe University and the Center for Financial Studies, verfügbar unter <<https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2023/html>>.

⁸⁸ Vgl. bereits *Reiser* (Fn. 15), 95.

III. Strafrechtliche Perspektive

1. Einleitung

Diffuse Verantwortlichkeitsstrukturen erschweren nicht nur aus aufsichtsrechtlicher Sicht die Festlegung von individuellen Verantwortlichkeiten innerhalb der Bank, sondern können auch die strafrechtliche Verfolgung von Delikten beeinträchtigen. Es stellt sich daher auch im Strafrecht die Frage, wie verhindert werden kann, dass sich Mitarbeitende, die Delikte innerhalb der Bank begangen haben, hinter komplexen Organisationsstrukturen «verstecken» können. Während im Finanzmarktrecht nicht die Pönalisierung von Individuen, sondern die Regulierung und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Vordergrund steht, herrscht im Strafrecht der umgekehrte Ansatz: Verantwortlich ist in erster Linie die natürliche Person, die durch ihr Handeln (resp. durch Unterlassen) ein Delikt begangen hat. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens war dem schweizerischen Rechtssystem hingegen lange Zeit fremd und wurde im Kernstrafrecht erst im Jahr 2003 eingeführt.⁸⁹ Im Verwaltungsstrafrecht besteht hingegen mit Art. 7 VStrR bereits seit 1975 die Möglichkeit, Unternehmen anstelle von Mitarbeitenden zu sanktionieren.⁹⁰ Trotz einer möglichen Verantwortlichkeit des Unternehmens bleibt als Anknüpfungspunkt eine strafrechtliche Handlung einer natürlichen Person vorausgesetzt. Aus diesem Grund werden nachfolgend kurz die Grundlagen der Individualstrafbarkeit erläutert, um danach auf die Verantwortlichkeit von Unternehmen einzugehen. Der Fokus liegt hierbei aber auf der kernstrafrechtlichen Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 StGB, wobei auch die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 7 VStrR (resp. Art. 49 FINMAG) kurz Erwähnung finden soll.

⁸⁹ Marcel A. Niggli/Diego R. Gfeller, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 102 N 9; Nora Markwalder, Die Sanktionierung von Unternehmen gemäss Art. 102 StGB in Theorie und Praxis. Teil 1: Die rechtliche Ausgestaltung der Unternehmensbestrafung, ZStrR 2022, 122 ff.

⁹⁰ Alain Macaluso/Andrew M. Garbarski, in: Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann (Hrsg.), Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020, Art. 7 N 6.

2. Grundlagen der Individualstrafbarkeit

Eine Strafbarkeit einer natürlichen Person liegt grundsätzlich vor, wenn besagte Person rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, d.h., wenn ihr ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann.⁹¹ Dabei handelt es sich je nach Delikt um vorsätzliches, sprich wissentliches und willentliches Verhalten (Art. 12 Abs. 2 StGB), oder der Vorwurf beinhaltet ein fahrlässiges Handeln im Sinne von Art. 12 Abs. 3 StGB. Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist vor allem massgebend, ob die Person eine ihrer Sorgfaltspflichten verletzt hat.⁹²

In gewissen Konstellationen kann auch eine Unterlassung zu einer Strafbarkeit führen, nämlich dann, wenn die passiv bleibende Person eine Pflicht zum Handeln gehabt hätte – sie bleibt somit pflichtwidrig untätig i.S.v. Art. 11 Abs. 1 StGB. Dabei muss jedoch bei vorsätzlichen Delikten feststehen, dass die Person auch tatsächlich mit Wissen um die Handlungspflicht sowie im Willen darum, nicht zu handeln, passiv geblieben ist.⁹³ Während in der Regel eigenes Handeln (resp. Unterlassen) eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht, kann im Unternehmenskontext auch das Handeln von Mitarbeitenden zu einer Strafbarkeit führen. Dies ist bei der sog. strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung der Fall, die vom Bundesgericht im Bührle-Entscheid zum ersten Mal Erwähnung findet.⁹⁴ Es handelt sich hierbei um eine Form eines vorsätzlichen Unterlassungsdelikts mit dem Vorwurf gegenüber einer Führungsperson, sich passiv verhalten zu haben im Wissen um Delikte von Mitarbeitenden. Im Falle von Bührle waren dies verbotene Waffenlieferungen ins Ausland, die zwar von

⁹¹ Für den Unternehmenskontext ausführlich Friedrich Frank/Nicolas Leu, Strafbarkeit von Einzelpersonen bei Compliance-Fehlverhalten, in: Rita Pikó/Laurenz Uhl/Sara Licci (Hrsg.), Handbuch Corporate Compliance, Basel 2022, N 14 ff.

⁹² Marcel A. Niggli/Stefan Maeder, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 12 N 88; Frank/Leu (Fn. 91), N 45.

⁹³ Marcel A. Niggli/Louis F. Muskens, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 11 N 146.

⁹⁴ BGE 96 IV 155; siehe dazu auch Nora Markwalder, Der Eventualvorsatz im Wirtschaftsstrafrecht, in: Marc Jean-Richard-dit-Bressel/David Zollinger (Hrsg.), Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht. 13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2022, Zürich 2023, 42 f.

Mitarbeitern von Bührle ausgeführt wurden, allerdings im Wissen und mit Willen des Patrons. Bührle wurden diese Verstösse von Untergebenen demnach ebenfalls zugerechnet, und er wurde als Mittäter wegen Widerhandlungen gegen den Kriegsmaterialabschluss verurteilt.⁹⁵

Neben den kernstrafrechtlichen Regeln kann bei gewissen finanzmarktrechtlichen Konstellationen auch Verwaltungsstrafrecht zur Anwendung gelangen. Dies ist dann der Fall, wenn finanzmarktstrafrechtliche Regelungen explizit die Anwendung von Verwaltungsstrafrecht vorsehen, so etwa die Strafbestimmungen des FINMAG (Art. 50 FINMAG). Das Verwaltungsstrafrecht komplettiert die kernstrafrechtlichen Regeln insofern, als Art. 6 VStrR eine Kaskade der individuellen Verantwortlichkeit im Unternehmenskontext vorsieht. Als Grundlage bestätigt Art. 6 Abs. 1 VStrR zunächst das bereits im Kernstrafrecht bekannte Täterprinzip – strafbar ist demnach prinzipiell die handelnde natürliche Person.⁹⁶ In Art. 6 Abs. 2 VStrR wird dann allerdings die verwaltungsstrafrechtliche Geschäftsherrenhaftung als originäre, selbständige Strafbarkeit aufgrund einer Unterlassung reglementiert.⁹⁷ Die Bestimmung sieht explizit vor, dass Geschäftsherren, Arbeitgeberinnen, Auftraggeber oder Vertretene den Strafbestimmungen für die handelnden Täter unterstehen, wenn sie es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer Rechtspflicht unterlassen, eine Widerhandlung des Untergebenen, Beauftragten oder Vertreters abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben. Sie kodifiziert damit die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Fall Bührle im verwaltungsstrafrechtlichen Kontext.⁹⁸ Art. 6 Abs. 3 VStrR schliesslich sieht eine Organ- oder Vertreterhaftung vor in Fällen, in denen die in Abs. 2 aufgeführten Personen keine natürlichen Personen sind, sondern die Struktur von zivilrechtlichen Unternehmen aufweisen. Es findet daher in diesen Fällen ein Durchgriff

auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen statt.⁹⁹

3. Grundlagen der Unternehmensstrafbarkeit

3.1 Kernstrafrechtliche Unternehmensstrafbarkeit

Nicht nur aus aufsichtsrechtlicher, sondern auch aus strafrechtlicher Perspektive ist die Verantwortlichkeitsverteilung innerhalb eines Unternehmens zentral. Dies, weil neben der «klassischen» strafrechtlichen Verantwortlichkeit von natürlichen Personen für eigenes Handeln (resp. Unterlassen) seit 2003 auch Unternehmen strafrechtlich verantwortlich sein können. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens gemäss Art. 102 StGB wird dann ausgelöst, wenn – und hier werden Schnittstellen zum Aufsichtsrecht sichtbar – das Unternehmen eine mangelhafte Organisation aufweist. Die Unternehmensstrafbarkeit in Art. 102 StGB besteht aus zwei Haftungsgrundlagen, einer subsidiären Strafbarkeit in Abs. 1 sowie einer kumulativen (konkurrierenden) Strafbarkeit in Abs. 2.¹⁰⁰ Die in der Praxis kaum relevante Variante der subsidiären Strafbarkeit von Abs. 1 bestraft eine mangelhafte Organisation eines Unternehmens, wenn in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen wurde und diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Deutlich häufiger (wenngleich immer noch selten)¹⁰¹ gelangt jedoch Abs. 2 zur Anwendung, wenn dem Unternehmen bei bestimmten Katalogtaten vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern. Katalogtaten nach Abs. 2 sind die Mitgliedschaft in einer kriminellen und terroristischen Organisation (Art. 260^{ter} StGB), die Finanzierung von Terrorismus (Art. 260^{quinquies} StGB), Geldwäscherei (Art. 305^{bis}) sowie

⁹⁵ BGE 96 IV 155 176 f.

⁹⁶ Renate Schwob, in: Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann (Hrsg.), Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020, Art. 6 N 8; Nora Markwalder, Droit pénal de l'entreprise: Évolutions et perspectives en droit pénal administratif, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Carlo Lombardini/Andrew Garbarski, (Hrsg.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise, Bern 2022, 147.

⁹⁷ Schwob (Fn. 96), Art. 6 N 10; Frank/Leu (Fn. 91), N 73 ff.

⁹⁸ BGE 96 IV 155; siehe dazu auch Schwob (Fn. 96), Art. 6 N 10.

⁹⁹ Schwob (Fn. 96), Art. 6 N 17.

¹⁰⁰ Niggli/Gfeller (Fn. 89), Art. 102 N 18.

¹⁰¹ Für einen Überblick über die bestehenden Verurteilungen nach Art. 102 Abs. 1 und 2 StGB bis Mitte 2021 siehe Nora Markwalder, Die Sanktionierung von Unternehmen gemäss Art. 102 StGB in Theorie und Praxis. Teil 2: Daten und Rechtsprechung zur Unternehmensbestrafung, ZStrR 2022, 273 ff.

Delikte des Korruptionsstrafrechts nach Art. 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies} Abs. 1 oder 322^{octies} StGB.¹⁰²

Wann ist ein Unternehmen nun so mangelhaft organisiert, dass bei Deliktsbegehung innerhalb des Unternehmens eine strafrechtliche Verantwortlichkeit droht? Der Begriff der mangelhaften Organisation ist höchst unbestimmt. Es geht aber sicherlich darum, sich zur Verhinderung einer Strafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB organisatorisch so aufzustellen, um eine potenzielle Täterschaft innerhalb des Unternehmens zu identifizieren, was klare Zuständigkeitsregeln innerhalb des Unternehmens verlangt.¹⁰³ Daneben sind auch Dokumentationspflichten relevant, und es kann auch auf ausserstrafrechtliche Normen zurückgegriffen werden, um die nötigen organisatorischen Vorkehrungen zu konkretisieren – so etwa privat- und verwaltungsrechtliche Normen oder Standesregeln.¹⁰⁴ Die nötigen organisatorischen Vorkehrungen sind aber immer betriebstypisch und dementsprechend im Einzelfall zu prüfen.¹⁰⁵ Beim Szenario in Art. 102 Abs. 2 StGB gilt zudem eine Deliktsverhinderungspflicht, d.h., ein Organisationsdefizit liegt vor, wenn das Unternehmen nicht sämtliche erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um die aufgeführten Katalogtaten zu verhindern.¹⁰⁶ Auch hier bedarf es zur Konkretisierung der erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen eines Bezugs verwaltungs- und privatrechtlicher Regelwerke oder auch internationaler oder branchenüblicher Standards, worunter auch Verordnungen, Rundschreiben und weitere Veröffentlichungen der FINMA fallen.¹⁰⁷ Da im Bereich der Unternehmensstrafbarkeit kaum Rechtsprechung besteht, sind gerichtliche Ausführungen zum Inhalt des Organisationsmangels dementsprechend selten. Seit Einführung der Unternehmensstrafbarkeit gab es bislang lediglich drei Strafverfahren gegen Banken, die von Gerichten entschieden wurden. Das Verfahren gegen die PostFinance endete mit einem Freispruch für die Bank aufgrund

mangelnder Geldwäscherei-Anlasstat,¹⁰⁸ die erstinstanzliche Verurteilung gegen die Falcon Bank wurde von der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts aufgehoben, und die Bank wurde (allerdings noch nicht rechtskräftig) freigesprochen,¹⁰⁹ und die CS wurde durch das Bundesstrafgericht zwar wegen Art. 102 Abs. 2 StGB verurteilt, allerdings ist dieses Verfahren ebenfalls noch nicht rechtskräftig entschieden.¹¹⁰ Die meisten Entscheide im Bereich der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB betreffen Strafbefehle der Bundesanwaltschaft, wobei bislang erst eine Bank (und dies erst kürzlich) in dieser Form wegen mangelhafter Geldwäscherei-Risikoanalysen sowie mangelhafter Massnahmen und Verfahren zur Bekämpfung der Geldwäscherei verurteilt worden ist.¹¹¹ In diesen Strafbefehlen sind teilweise detaillierte Ausführungen zum Inhalt des Organisationsmangels sowie zu den Organisationspflichten der Unternehmen zu finden. Dabei wird als erforderliche und zumutbare organisatorische Vorkehrungen im Bereich der Korruptionsverhinderung beispielsweise auf das Vorliegen von Organisationsreglementen, internen Weisungen, Richtlinien, Verhaltenskodexen, die Schaffung einer internen Compliance-Stelle sowie die Implementierung eines spezifischen Ausbildungsprogramms verwiesen, wobei eine mangelhafte Ausgestaltung der Compliance-Abteilung häufig als Organisationsmangel festgestellt wurde.¹¹² Es ist aus den Strafbefehlen

¹⁰⁸ BGE 142 IV 333.

¹⁰⁹ BStGer CA.2022.12 vom 30. Juni 2023.

¹¹⁰ Bundesstrafgericht, Medienmitteilung, «Strafsache Bundesanwaltschaft gegen Credit Suisse AG und weitere Beschuldigte (SK.2020.62)», vom 27. Juni 2022; siehe weitergehende Ausführungen zum Fall CS in Kap. III.4.

¹¹¹ Nämlich die PKB Privatbank, siehe dazu Bundesanwaltschaft, Medienmitteilung, «PKB PRIVATBANK SA wegen strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Unternehmens im Zusammenhang mit schwerer Geldwäscherei verurteilt», vom 4. April 2024 (mit Verweis auf drei weitere laufende Strafverfahren gegen Finanzinstitute).

¹¹² Für eine Übersicht über die Strafbefehle der Bundesanwaltschaft sowie spezifisch zum Organisationsmangel siehe *Markwalder* (Fn. 101), 286 ff.; für die neueren Strafbefehle siehe *Nora Markwalder*, Neuste Entwicklungen im Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht, in: Marc Jean-Richard-dit-Bressel/David Zollinger (Hrsg.), *Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht*. 13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2022, Zürich 2023, 124 f.; *Nora Markwalder*, Neuste Entwicklungen im Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht, in: Marc Jean-Richard-dit-Bressel/David Zollinger (Hrsg.),

¹⁰² Zu diesem «Desorganisationsdelikt» im Kontext von Finanzdienstleistungsunternehmen siehe auch *Marc Jean-Richard-dit-Bressel*, Das Desorganisationsdelikt in Finanzdienstleistungsunternehmen, SZW 2022, 572 ff., 574.

¹⁰³ *Niggli/Gfeller* (Fn. 89), Art. 102 N 217 und 219.

¹⁰⁴ *Niggli/Gfeller* (Fn. 89), Art. 102 N 225.

¹⁰⁵ *Niggli/Gfeller* (Fn. 89), Art. 102 N 218.

¹⁰⁶ *Niggli/Gfeller* (Fn. 89), Art. 102 N 245.

¹⁰⁷ *Niggli/Gfeller* (Fn. 89), Art. 102 N 256 ff.

allerdings auch häufig ersichtlich, dass der Organisationsmangel nicht darin begründet lag, dass das Unternehmen keine Organisationsreglemente resp. nicht die nötigen Corporate Governance Strukturen aufwies, sondern dass diese sowie auch interne Weisungen mangelhaft umgesetzt wurden.¹¹³ Eine Strafbarkeit kann demnach auch bei einem Unternehmen vorliegen, das auf dem Papier eine einwandfreie Organisationsstruktur aufweist, wenn diese danach nicht oder nur mangelhaft in der Praxis umgesetzt wird.

3.2 Verwaltungsstrafrechtliche Unternehmensstrafbarkeit

Neben der kernstrafrechtlichen Unternehmensstrafbarkeit ermöglicht Art. 7 VStrR bereits seit mehreren Jahrzehnten, ein Unternehmen anstelle der strafbar handelnden natürlichen Person zu bestrafen. Inwiefern es sich hierbei um eine eigenständige strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen handelt, ist in der Lehre umstritten.¹¹⁴ Unabhängig von einer dogmatischen Einordnung erlaubt Art. 7 VStrR, ein Unternehmen zur Bezahlung einer Busse zu verurteilen, falls drei Voraussetzungen erfüllt sind: Es muss eine strafbare Handlung innerhalb des Unternehmens verübt worden sein, für diese Straftat kommt eine Busse von nicht mehr als CHF 5000 in Frage, und die Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der verantwortlichen natürlichen Person wären im Hinblick auf die auszusprechende Strafe unverhältnismässig.¹¹⁵ Im Gegensatz zur kernstrafrechtlichen Unternehmensstrafbarkeit muss im Verwaltungsstrafrecht hingegen kein Organisationsmangel der Deliktsbegehung zugrunde liegen, sondern die Bestrafung des Unternehmens geschieht aus rein prozessökonomischen Gründen.¹¹⁶ Allerdings kann eine mangelhafte Verantwortlichkeitsstruktur natürlich die Ermittlung der verantwortlichen natürlichen Person erschweren,

was wiederum eine Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art. 7 VStrR darstellt.

Die Unternehmensverantwortlichkeit von Art. 7 VStrR ist von grosser praktischer Tragweite, da sich ihre Anwendbarkeit mittlerweile nicht mehr nur auf das VStrR beschränkt, sondern auch in weiteren Spezialgesetzen vorgesehen ist.¹¹⁷ Im Finanzmarktrecht sei beispielsweise Art. 49 FINMAG erwähnt, der auf die Regelung von Art. 7 VStrR verweist, jedoch eine Busenkompetenz von bis zu CHF 50 000 vorsieht. Wird demnach innerhalb eines Unternehmens gegen eine Strafnorm des FINMAG verstossen, so kann dafür das Unternehmen anstelle der handelnden Täterin mit Busse bis zu CHF 50 000 bestraft werden, wenn die Ermittlung der natürlichen Person einen unverhältnismässigen Aufwand generieren würde.

4. Strafbarkeit bei mangelhaftem Verantwortlichkeitsregime *de lege lata*

Bereits heute muss eine Bank bei der Neugründung der FINMA die Reglemente zur internen Organisation einreichen und auch spezialgesetzlich vorgesehene Organisationspflichten erfüllen.¹¹⁸ Die konkreten Zuständigkeiten, Verantwortlichkeiten und Entscheidungsprozesse sind allerdings aktuell nicht im Einzelnen von dieser vorgängigen Prüfung erfasst. Auch allfällige spätere Änderungen werden nur dann durch die FINMA systematisch *ex ante* geprüft, wenn es sich um Änderungen der Organisationsreglemente handelt.¹¹⁹ Werden diese gesetzlichen Pflichten nun verletzt und sind die Verantwortlichkeiten innerhalb einer Bank mangelhaft zugeordnet, sodass dadurch die Auffindbarkeit einer strafbar handelnden Person innerhalb des Unternehmens verunmöglicht resp. die Begehung einer Katalogtat nach Art. 102 Abs. 2 StGB nicht verhindert wird, macht sich das Unternehmen allenfalls wegen Art. 102 Abs. 1 oder 2 StGB strafbar. Wird gegen eine verwaltungsstrafrechtliche Norm verstossen, kann basierend auf einer Spezialnorm wie beispielsweise Art. 49 FINMAG (mit Verweis auf Art. 7 VStrR) bei unverhältnismässigem Ermittlungsaufwand auch das Unternehmen anstelle des Anlasstäters verurteilt werden, wobei in der neueren Praxis des EFD

Finanzmarkt und Strafrecht. 14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2023, Kölliken 2024, 120 ff.

¹¹³ Markwalder (Fn. 101), 286 ff.; Markwalder, Neuste Entwicklungen 2023 (Fn. 112), 120 f.; für den Bankenkontext siehe auch den Strafbefehl der Bundesanwaltschaft SV.18.0040 vom 28. März 2024 gegen die PKB Privatbank.

¹¹⁴ Macaluso/Garbarski (Fn. 90), Art. 7 N 28.

¹¹⁵ Macaluso/Garbarski (Fn. 90), Art. 7 N 15 ff.

¹¹⁶ Markwalder (Fn. 96), 148 f.; a.M. Macaluso/Garbarski (Fn. 90), Art. 7 N 38.

¹¹⁷ Macaluso/Garbarski (Fn. 90), Art. 7 N 7; für die Praxisrelevanz im Zollstrafrecht siehe Markwalder (Fn. 96), 143–161.

¹¹⁸ Kap. II.3.1 und II.3.3, siehe dazu auch Niggli/Gfeller (Fn. 89), Art. 102 N 259.

¹¹⁹ Kap. II.3.3.

Art. 49 FINMAG offenbar keine Anwendung mehr gegenüber Banken findet.¹²⁰ Als Beispiel eines Verfahrens basierend auf der kernstrafrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit kann die (noch nicht rechtskräftige) Verurteilung der CS durch das Bundesstrafgericht im Sommer 2022 aufgeführt werden. Das Gericht verurteilte eine Kundenberaterin der CS wegen qualifizierter Geldwäscherei und die CS wegen Verstosses gegen Art. 102 Abs. 2 StGB und sprach gegen die Bank eine Busse von CHF 2 Mio. aus.¹²¹ Begründet wurde die Verurteilung der Bank mit mangelhaften Kontrollen der Vorgesetzten sowie der Compliance-Abteilung innerhalb der Bank hinsichtlich der Führung von Kundenbeziehungen mit einer kriminellen Organisation, fehlender resp. mangelhafter Abklärung und Dokumentation sowie mangelhafter Kontrolle des wirtschaftlichen Hintergrunds der Transaktionen und Versäumnissen der Abteilung Legal & Compliance, insbesondere im Prozess der Analyse, Meldung und Sperrung von Bankkonten – sprich, es lag insgesamt eine ungenügende Compliance-Struktur vor, wodurch der Abzug der Gelder der kriminellen Organisation und dementsprechend Geldwäschereihandlungen der Kundenberaterin ermöglicht worden waren.¹²² Das Verfahren ist allerdings zum Zeitpunkt der Redaktion dieses Beitrags noch hängig, und es ist fraglich, ob dieser Entscheid jemals in Rechtskraft erwachsen wird, da die CS als eigenständige juristische Person am 1. Juli 2024 aus dem Handelsregister gelöscht wurde und das Strafsubjekt somit nicht mehr existiert.¹²³ Das Bundesstrafgericht hat in diesem Fall

jedoch entschieden, dass die UBS als Rechtsnachfolgerin der CS das Strafverfahren zu übernehmen habe, weil die Aktivitäten der CS innerhalb der UBS weiterhin bestehen blieben, siehe dazu BStGer CN.2024.18 vom 19. August 2024.

Allerdings resultiert nicht automatisch eine Strafflosigkeit der Bank, wenn diese ihre Organisationspflichten erfüllt hat.¹²⁴ Denn wie bereits erwähnt kann eine Bank auf dem Papier bestens organisiert sein, für den strafrechtlichen Organisationsmangel relevant ist aber danach insbesondere auch die Umsetzung dieser Organisation in der Praxis. Aus strafrechtlicher Sicht wird demnach gerade bei der für Banken im Geldwäschereikontext relevanten kumulativen Strafbarkeit zusätzlich geprüft, ob die Bank sämtliche erforderlichen und zumutbaren Massnahmen getroffen hat und die Anlasstat weder vorhersehbar noch vermeidbar gewesen war.¹²⁵ Eine Exkulpation kann sich daher in Fällen von Art. 102 Abs. 2 StGB als äusserst schwierig erweisen, denn in so einem Fall müsste die Begehung des Delikts trotz einer angemessenen Organisations- und Verantwortlichkeitsstruktur sowie einer sorgfältigen Umsetzung derselben erfolgt und deshalb nicht von der Bank selbst verschuldet sein. Weil das Delikt aber gerade stattgefunden hat, dürfte es seitens der Strafverfolgungsbehörden einfach zu argumentieren sein, dass die Organisations- und Deliktsverhinderungspflichten offenbar mangelhaft gewesen sein müssen.

5. Einfluss einer vorgängigen Genehmigungspflicht auf die Strafbarkeit eines Unternehmens

Wenn Unternehmen nun vorgängig ihre groben Verantwortlichkeits- und Organisationsstrukturen im Sinne der britischen MRM einreichen müssen, dann obliegt der FINMA eine Genehmigungspflicht für diese Organisations- und Verantwortlichkeitsstrukturen. Genehmigt die FINMA diese vorgesehenen Strukturen, bedeutet das, dass diese im Nachgang in ihrer theore-

gemäss einem Teil der Lehre nur möglich sein, wenn das bestrafte Unternehmen vom Vermögen der Rechtsnachfolgerin getrennt bestehen bleibt; zu alledem siehe *Niggli/Gfeller* (Fn. 89), Art. 102 N 452 und *Markwalder*, Neuste Entwicklungen 2023 (Fn. 112), 128. Ob diese Kriterien bei der Übernahme der CS tatsächlich vorliegen, bleibt fraglich.

¹²⁴ *Niggli/Gfeller* (Fn. 89), Art. 102 N 259.

¹²⁵ *Niggli/Gfeller* (Fn. 89), Art. 102 N 257 ff.

¹²⁰ Zur Praxis des EFD bei Fällen von Art. 49 FINMAG gegenüber Banken siehe *Doris Hutzler*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers – it's happening! in: Marc Jean-Richard-dit-Bressel/David Zollinger (Hrsg.), Finanzmarkt und Strafrecht. 14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2023, Kölliken 2024, 23.

¹²¹ BStGer SK.2020.62 vom 27. Juli 2022.

¹²² BStGer SK.2020.62 vom 27. Juli 2022 E. 5.2.2 ff.; siehe dazu auch *Markwalder*, Neuste Entwicklungen 2023 (Fn. 112), 128.

¹²³ Zur Löschung siehe SHAB-Publikation Nr. 28448 vom 1. Juli 2024, verfügbar unter <<https://www.shab.ch/#/!search/publications/detail/68dd9bc4-579a-4d2c-b0ca-79953a714909>>. In der Lehre herrscht allerdings Uneinigkeit darüber, was beim Untergang des Unternehmens resp. bei Änderung der Rechtsform mit einem allfälligen Strafverfahren geschehen soll. Klar ist, dass eine strafrechtliche Sanktion gegen ein Unternehmen als schuldabhängige Bestrafung nicht einfach auf eine Rechtsnachfolgerin übertragen werden kann – im Falle einer Fusion soll dies

tischen Ausgestaltung von den Strafverfolgungsbehörden kaum als mangelhaft qualifiziert werden dürfen – schliesslich ist die FINMA als Aufsichtsbehörde die fachlich kompetente Instanz, um die Best Practice bei der Ausgestaltung der Corporate Governance von Unternehmen zu beurteilen. Die Bank darf daher auch darauf vertrauen, dass ihr Verantwortlichkeitsregime in der beschriebenen, nicht allzu detaillierten, der FINMA eingereichten Form den Anforderungen diesbezüglich genügt. Dieses Ergebnis ist auch im Einklang mit der bestehenden Praxis der Bundesanwaltschaft für die Ausgestaltung einer genügenden Organisation auf verschiedene privat- und verwaltungsrechtliche Normen sowie auf Regelwerke von Privaten abzustützen.¹²⁶ Ein genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime würde daher Fälle, in denen gravierende Mängel wie etwa das komplette Fehlen einer Compliance-Abteilung vorliegen, bereits im Vorfeld verhindern. Solche Konstellationen kamen in gewissen Fällen der Bundesanwaltschaft, in denen die Zuwiderhandlungen einige Jahre zurücklagen, noch gehäuft vor, allerdings waren keine Finanzinstitute betroffen.¹²⁷ Heutzutage dürften solche gravierenden Mängel bei grösseren Unternehmen aber im Allgemeinen kaum mehr vorzufinden sein.

Dies bedeutet nun allerdings nicht, dass die Bank auch nach einer Genehmigung ihrer Verantwortlichkeitsstrukturen nicht mangelhaft organisiert sein kann und das Risiko einer Strafbarkeit fürchten muss. Einerseits können Anpassungen im Verlauf der Jahre notwendig werden, was auch dafür spricht, das Verantwortlichkeitsregime nicht als statisches Gebilde zu verstehen. Andererseits können sich je nach Konstellation des Art. 102 StGB Risiken bei der detaillierten Ausgestaltung und Umsetzung des Verantwortlichkeitsregimes ergeben. Beim Vorwurf von Art. 102 Abs. 1 StGB, die mangelhafte Organisation habe das Auffinden einer verantwortlichen natürlichen Person verunmöglicht, bedeutet ein Regime mit einer klaren Verantwortlichkeitsdelegation natürlich auch, dass die verantwortlichen natürlichen Personen einfacher ermittelt werden können. Wenngleich vielleicht nicht

immer die direkt handelnde Person feststeht, so besteht zumindest auf einem hierarchisch übergeordneten Niveau eine klare Verantwortlichkeitsstruktur. Eine Strafbarkeit der Bank entfällt somit, wenn basierend auf der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung eine Strafbarkeit der übergeordneten Person festgestellt werden kann.¹²⁸ Allerdings dürfte in dieser Konstellation bei Vorsatzdelikten die allgemeine Schwierigkeit bestehen bleiben, dem Geschäftsherrn wissentliches und willentliches Passivbleiben nachzuweisen, sodass eine strafrechtliche Haftung auch bei klar definierten Verantwortlichkeitsstrukturen nicht immer etabliert werden kann. Diese Schwierigkeit ist im Verwaltungsstrafrecht deutlich entschärft, da dort die Delikte vielfach auch fahrlässig strafbar sind. Bei der praxisrelevanteren Variante von Art. 102 Abs. 2 StGB vermag ein vorgängig genehmigtes Verantwortlichkeitsregime die Strafbarkeit einer Bank allerdings nur dann zu reduzieren, wenn die Verantwortlichkeitsstrukturen nicht nur auf dem Papier bestehen, sondern auch in der Praxis umgesetzt werden. Denn wie bereits heute aus verschiedenen Strafbefehlen der Bundesanwaltschaft ersichtlich ist, kann sich ein Unternehmen nicht nur auf das Bestehen der Organisationsstrukturen sowie von internen Weisungen berufen, sondern muss auch dafür besorgt sein, die Implementierung derselben sowie die Compliance mit den vorgelebten Strukturen kontinuierlich zu überprüfen.¹²⁹

Neben dem Einfluss auf eine allfällige Strafbarkeit der Bank wird eine klare Verantwortlichkeitsstruktur aber auch die Strafbarkeit von natürlichen Personen beeinflussen. Zum einen dürfte das Bewusstsein bezüglich der Verantwortungsübernahme bei den Personen in Leitungsfunktionen geschärft werden, wenn ein Verantwortlichkeitsregime durch die FINMA geprüft und abgesegnet wird. Zum anderen können sich Personen in Leitungsfunktionen und auch Mitglieder des Verwaltungsrats zukünftig nicht mehr hinter einer intransparenten oder inexistenten Verantwortlichkeitsverteilung verstecken, und auch die Behauptung, man habe seine Verantwortlichkeit für einen gewissen Bereich nicht gekannt resp. diese sei an eine untergeordnete Person delegiert worden, dürfte bei einer klar geregelten und von der FINMA genehmigten Verantwortlichkeitsstruktur nicht mehr greifen. Eine for-

¹²⁶ So etwa auf den Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance oder den Leitfaden «Grundzüge eines wirksamen Compliance-Management» von SwissHoldings und Economiesuisse; siehe dafür z.B. den Strafbefehl der Bundesanwaltschaft SV.14.1681 vom 27. April 2023 E. 7.2.1 sowie E. 7.5.2; siehe dazu auch Niggli/Gfeller (Fn. 89), 102 N 256.

¹²⁷ Für diverse Fallbeispiele siehe Markwalder (Fn. 101), 286 ff.

¹²⁸ Niggli/Gfeller (Fn. 89), Art. 102 N 118.

¹²⁹ Siehe dazu Markwalder (Fn. 101), 286 ff.

melle Festlegung der Verantwortlichkeitsstrukturen bedeutet demnach auch, dass die Strafverfolgungsbehörden einer natürlichen Person mit Leitungsfunktion auch einfacher ein Unterlassungsdelikt vorwerfen können, wenn sie passiv geblieben ist, obwohl sie eine Pflicht zum Handeln gehabt hätte (sog. Geschäftsherrenhaftung) oder wenn sie bei Fahrlässigkeitsdelikten ihre Sorgfaltspflichten, die sich aus dem Verantwortungsreglement sowie aus allfälligen arbeits- oder auftragsrechtlichen Pflichten ergeben, nicht beachtet hat. Es gilt aber nochmals zu betonen, dass die Strafverfolgungsbehörden bei vorsätzlichen Unterlassungsdelikten den Nachweis des Vorsatzes, sprich des Wissens um die Delikte der Untergebenen und die Duldung derselben, erbringen müssen, was in Strukturen mit Verantwortlichkeitsdelegation weiterhin eine Schwierigkeit darstellen wird.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussfolgerungen

Während sich das FINMA-Enforcementverfahren mit Blick auf die Aufsichtsziele des Anleger- und Funktionsschutzes primär gegen Banken und nur sekundär gegen Individuen und ggf. gegen solche auf höchster Managementstufe richten und u.E. auch richten sollen, ist es im Strafrecht gerade umgekehrt. Dort stehen nämlich die Verfolgung und Bestrafung von natürlichen Personen im Vordergrund. Nur subsidiär soll gegen Unternehmen vorgegangen werden.

Sowohl im Strafrecht als auch im Aufsichtsrecht kann den Individuen auf höchster Managementebene eine Rechtsverletzung oftmals nur schwerlich individuell zugeordnet werden. Anders als die FINMA müssen die Strafverfolgungsbehörden bei vorsätzlichen Unterlassungsdelikten darüber hinaus den Nachweis des Vorsatzes erbringen. In Strukturen mit Verantwortlichkeitsdelegation dürfte dies auch mit einem vorgängig genehmigungspflichtigen Verantwortlichkeitsregime weiterhin nicht ohne Schwierigkeiten zu erbringen sein. Aus diesem Grund wurde das Unternehmensstrafrecht ursprünglich auch geschaffen, nämlich als Auffangtatbestand für die Bestrafung von

schlecht organisierten Unternehmen, hinter denen sich Individualstraftäter verstecken konnten. Können nun aber die Individuen aufgrund dieser Schwierigkeit weder von der FINMA noch von den Strafverfolgungsbehörden belangt werden und besteht der Fokus in beiden Systemen *de facto* auf den Banken, fallen die natürlichen Personen in beiden Systemen durch die Maschen. Aus diesem Grund und unter einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise sollte zumindest im Strafrecht der Hauptfokus weiterhin auf der Verfolgung und Bestrafung von Individualstraftäterinnen bleiben.

Die vorliegend postulierte vorgängige Genehmigungspflicht des beschriebenen Verantwortlichkeitsregimes durch die FINMA bedeutete materiell zumindest theoretisch bzw. wenn die Banken die aktien- und aufsichtsrechtlichen materiellen Vorgaben auch «leben» würden, keine grosse Änderung. Unter Berücksichtigung des aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz abgeleiteten Prinzips der Risikoorientierung wäre davon in erster Linie das operative und in den Grundzügen auch das strategische Management betroffen. Es dürfte aber prophylaktisch durch die Sensibilisierung auf die Verantwortlichkeiten inkl. deren Abgrenzung zwischen den Bankmanagern, Zuständigkeiten und Entscheidungsprozesse einen positiven Einfluss auf die Unternehmenskultur haben. Jede Bankmanagerin wüsste, was sie delegieren kann und wo sie informiert bleiben, überwachen und genau hinschauen muss. Idealerweise käme es dadurch zu weniger Aufsichts- und Strafrechtsverletzungen und hätte daher einen positiven Einfluss auf beide Systeme. Eine optimalerweise nicht zu granulare Ergänzung des Bankengesetzes, der Bankenverordnung bzw. zumindest des FINMA-Rundschreibens Corporate Governance – Banken, weil es auch mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit weiterhin nicht die Aufgabe der FINMA sein soll, die Banken zu «managen», würde hier Rechtssicherheit schaffen. Abschliessend ist aber darauf hinzuweisen, dass auch das beste Verantwortlichkeitsregime sowohl aus aufsichtsrechtlicher als auch aus strafrechtlicher Sicht im Bankenalltag entsprechend umgesetzt und die Implementierung durch die Bank konstant überprüft werden muss.