

Die Garantenstellung und die Garantenpflicht des Compliance Officers einer Bank

unter Berücksichtigung der
strafrechtlichen Bestimmungen
des Finanzmarktrechts

Madeleine von Rotz

Schulthess § 2019

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis	XXXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Kapitel 1: Einleitung	1
I. Motivation	1
II. Ziel	3
III. Aufbau und Methodik	3
Kapitel 2: Compliance – Begrifflichkeiten und Grundkonzepte	7
I. Zur Compliance	7
1. Definition	7
2. Ursprung	9
3. Zweck und Ziel.....	10
4. Inhalte.....	12
5. Organisationsverantwortung.....	13
5.1 Vorbemerkung	13
5.2 Zur Compliance-Organisation	15
5.3 Umsetzung der Compliance-Organisation.....	19
5.4 Mit der Umsetzung der Compliance-Organisation einhergehende Pflichten.....	21
6. Abgrenzungen.....	22
6.1 Zum Risikomanagement.....	22
6.2 Zum IKS.....	23
6.3 Zur internen Revision	24
6.4 Zum Rechnungswesen.....	24
II. Zum Compliance Officer	25
1. Begriffe.....	25
1.1 Compliance Officer	25
1.2 Chief Compliance Officer	26
2. Generelle Aufgaben	27
2.1 Erstellung eines internen Regelwerks	28

2.2	Beratung	29
a	Allgemein	29
b	In Bezug auf die Verhinderung von Geldwäscherei im Besonderen	30
2.3	Überwachung	31
2.4	Aufdeckung und Untersuchung	33
2.5	Risikoeinschätzung, Berichterstattung und Disziplinar- massnahmen	35
2.6	Ausbildung	38
2.7	Zum Chief Compliance Officer im Besonderen	39
3.	Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen	39
3.1	Weisungsrecht	40
3.2	Fachliche Weisungsfreiheit.....	40
3.3	Sorgfalts- und Treuepflicht	41
4.	Kompetenzen.....	41
4.1	Auskunfts-, Zugangs- und Einsichtsrecht.....	41
4.2	Unterstützungsfunktion	42
4.3	Weisungs- und Anordnungsrecht.....	43
a	Darstellung der Literatur und der Rechtsprechung	43
b	Würdigung	46
5.	Organisatorische Eingliederung.....	48
5.1	Organisatorischer Gestaltungsfreiraum	48
5.2	Organisatorische Anforderungen.....	50
5.3	Stellung des Chief Compliance Officers im Besonderen.....	53
a	Leitender Angestellter.....	53
b	Chief Compliance Officer als faktisches Organ?.....	54
c	Berichterstattung an die Geschäftsleitung und den Verwaltungsrat	55
6.	Fazit.....	55

**Kapitel 3: Strafrechtliche Grundlagen zur Erörterung einer
Garantenstellung und einer Garantspflicht des Compliance
Officers einer Bank**

I.	Grundsätzliches zur Garantenstellung und zur Garantpflicht	57
1.	Art. 11 StGB de lege lata.....	57
2.	Entstehung von Art. 11 StGB	59
2.1	Gewohnheitsrecht als Ausgangspunkt.....	59
2.2	Vorentwurf.....	60

2.3 Entwurf.....	62
3. Begriff der Garantenstellung und der Garantenpflicht.....	64
4. Abgrenzung Tun – Unterlassen	67
4.1 Problematik	67
4.2 Theorien zur Abgrenzung.....	69
II. Formelle und funktionelle Einteilung der Garantenstellung	74
1. Qualifizierte Rechtspflicht als Ausgangspunkt	74
2. Umfang der Überwachungs- und der Obhutsgarantenpflichten im Allgemeinen	76
2.1 Kriterien zur Festlegung des Umfangs einer qualifizierten Rechtspflicht.....	76
2.2 Auf ein Verletzungsverbot zurückzuführende Handlungspflich- ten des Obhutsgaranten	79
2.3 Auf ein Verletzungsverbot zurückzuführende Handlungspflich- ten des Überwachungsgaranten	81
2.4 Zusammenspiel der formellen und der funktionellen Einteilung der Garantenstellung	82
3. Entstehung der Garantenstellung gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. a StGB aus Gesetz.....	83
3.1 Legitimation und Umfang	83
3.2 Obhutspflichten aus Gesetz	85
3.3 Überwachungspflichten aus Gesetz.....	87
4. Entstehung der Garantenstellung gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. b StGB aus Vertrag.....	89
4.1 Umfang.....	89
4.2 Obhutspflichten aus Vertrag	91
4.3 Überwachungspflichten aus Vertrag	93
5. Entstehung der Garantenstellung gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. c StGB aus freiwillig eingegangener Gefahrengemeinschaft	94
6. Entstehung der Garantenstellung gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB aus Schaffung einer Gefahr	95
6.1 Überwachungsgarantenstellung aus Ingerenz.....	95
6.2 Sorgfaltswidriges Vorverhalten	96
7. Weitere Entstehungsgründe	99
7.1 Herrschaft über eine Gefahrenquelle.....	100
7.2 Enge Lebensgemeinschaft.....	102
7.3 Solidaritätspflichten.....	102
8. Zwischenfazit	103

III. Garantenpflicht	104
IV. Weitere Tatbestandselemente von Art. 11 StGB	105
1. Begehung durch Unterlassen	105
1.1 Relevanz.....	105
1.2 Objektiver Tatbestand.....	105
1.3 Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen	106
1.4 Subjektiver Tatbestand	106
a Vorsatz	106
b Fahrlässigkeit.....	107
1.5 Rechtswidrigkeit und Schuld.....	108
2. Tatmacht im Speziellen	108
2.1 Strafrechtliches Schuldprinzip und Zumutbarkeit	108
2.2 Physische und psychische Möglichkeit	109
2.3 Enger Bezug zur Garantenpflicht	110
3. Beschränkung auf Erfolgsdelikte?.....	111
3.1 Materialien	111
3.2 Literatur und Rechtsprechung	111
3.3 Würdigung.....	113
V. Täter im Unternehmen	115
1. Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung	115
1.1 Begriff und Stellung des Geschäftsherrn in einer aktienrechtlich organisierten Bank.....	115
1.2 Garantenstellung des Geschäftsherrn	116
a Strafrechtliche Mitverantwortung für Straftaten der Mitarbeiter	116
b Sonderregelungen und Rechtsprechung.....	117
c Entstehungsgründe	118
1.3 Garantenpflicht des Geschäftsherrn.....	122
1.4 Bei Tatmacht.....	123
1.5 Umfang der Delegation von Geschäftsherrenpflichten auf Mitarbeiter.....	124
1.6 Haftung des Geschäftsherrn bei Delegation	125
1.7 Kritik zum Rückgriff auf zivilrechtliche Haftungsregeln.....	127
1.8 Zwischenfazit	128
2. Vertretungshaftung gemäss Art. 29 StGB.....	130
2.1 Juristische Person als Adressat einer Rechtspflicht	130
2.2 Anwendungsbereich in Abgrenzung zu Art. 6 Abs. 1 VStrR.....	130
2.3 Verantwortliche Person gemäss Art. 29 StGB	131

2.4	Im Zusammenhang mit einer Organisationsmangelhaftung gemäss Art. 102 StGB	133
a	Überwachungsgarantenstellung des Unternehmens.....	133
b	Literatur	134
c	Würdigung.....	135
VI.	Mit Art. 11 StGB zusammenhängende Aspekte	136
1.	Täterschaft und Teilnahme	136
2.	Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip	137
VII.	Relevante finanzmarktrechtliche Strafbestimmungen für den Compliance Officer.....	138
1.	Zum Finanzmarktstrafrecht.....	139
2.	Relevante Strafbestimmungen des Finanzmarktrechts.....	139
2.1	Umfang.....	139
2.2	Bekämpfung der Geldwäscherei.....	140
a	Vorbemerkung	140
b	Geldwäscherei	141
c	Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht.....	144
d	Verletzung der Meldepflicht	146
e	Revision des GWG	148
2.3	Betrug.....	149
2.4	Veruntreuung	150
2.5	Ungetreue Geschäftsbesorgung	151
a	Treuebruch.....	151
b	Missbrauch	152
2.6	Urkundenfälschung	152
2.7	Korruption	154
2.8	Bankkundengeheimnis und AIA.....	155
a	Verletzung des Bankkundengeheimnisses	155
b	Aufweichung des Bankkundengeheimnisses	157
c	Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem FATCA- Abkommen	158
d	Verletzung der Sorgfalts- und der Meldepflichten im Rahmen des AIA.....	158
2.9	Ausnützen von Insiderinformationen und Kursmanipulation.....	159
2.10	Strafbestimmungen des FIDLEG	160
a	Hintergrund	160
b	Bestimmungen.....	161
2.11	Weitere Finanzmarktstrafrechtsnormen.....	162
VIII.	Fazit.....	163

Kapitel 4: Strafrechtliche Garantenstellung und Garantenpflicht des Compliance Officers einer Bank.....	165
I. Methodik und Betrachtungsweisen	165
II. Rechtsprechung	166
1. Urteil BGH 5 StR 394/08 – Regelmässige Garantenstellung des Compliance Officers.....	166
1.1 Obiter dictum	166
1.2 Tragweite für Schweizer Banken	167
2. BGE 136 IV 188 – Geldwäscherei durch Unterlassen aller Beteiligten	168
2.1 Organisationsstruktur der Bank.....	168
2.2 Sachverhalt	168
2.3 Erwägungen.....	169
2.4 Relevanz als Leitentscheid	171
a Vorbemerkung	171
b Garantenstellung als Novum.....	171
c Kontroverse Lehrmeinungen	172
d Urteil BGer 6B_907/2009 betreffend den Compliance Officer	173
2.5 Würdigung.....	174
3. BGE 142 IV 333 – Fehlender Vorsatz des Compliance Officers	175
4. Zwischenfazit	176
III. Generelle originäre Garantenstellung	176
1. Vorbemerkung	176
2. Formelle Entstehungsgründe gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. a–d StGB unter Einbezug der Überwachungs- und Obhutsgarantenpflichten.....	177
2.1 Aus Gesetz gemäss lit. a	177
2.2 Aus Vertrag gemäss lit. b	180
2.3 Aus freiwillig eingegangener Fahrengemeinschaft gemäss lit. c	181
2.4 Aus Schaffung einer Gefahr gemäss lit. d	181
2.5 Garantenstellung aufgrund weiterer Entstehungsgründe.....	183
a Zur Herrschaft über eine Gefahrenquelle	183
b Zur engen Lebensgemeinschaft	184
c Zu den Solidaritätspflichten.....	184
2.6 Zwischenfazit	184
IV. Durch Delegation entstandene Garantenstellung und Garantenpflicht aufgrund der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung	185
1. Garantenstellung des Geschäftsherrn	185
1.1 Hintergrund	185
1.2 Umfang der Garantenstellung und der Garantenpflicht des	

Geschäftsherrn.....	186
a Vorbemerkung	186
b Aufgrund von Pflichten aus dem Gesellschaftsrecht	186
c Aufgrund von Pflichten aus dem Finanzmarktrecht	187
d Fehlende umfassende Strafverhinderungspflicht	188
e Zur Garantenpflicht.....	189
f Zwischenfazit.....	189
2. Umfang der Delegation von Pflichten an den Compliance Officer.....	190
3. Zwischenfazit	191
V. Fazit zur Garantenstellung und zur Garantenpflicht.....	192
VI. Weitere Tatbestandselemente von Art. 11 StGB.....	193
1. Vorbemerkung	193
2. Tatmacht	193
2.1 Relevanz.....	193
2.2 Tatmacht bei beschränktem Weisungs- und Anordnungsrecht	194
a Grundsätzlich.....	194
b Delegation von Kontrollpflichten durch den Geschäftsherrn an den Compliance Officer unter Berücksichtigung der Frage nach dem Umfang der gleichzeitig delegierten Weisungs- und Anordnungskompetenzen	194
c Qualifikation der Meldepflicht gegenüber dem Vorgesetzten bei Informationsvorsprung	196
2.3 Psychische Handlungsmöglichkeit.....	197
2.4 Zwischenfazit	198
3. Hypothetische Kausalität.....	199
4. Sorgfaltspflichtverletzung beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt.....	200
4.1 Vorsatz als Ausnahme.....	200
4.2 Abgrenzung zum Eventualvorsatz.....	201
VII. Der Compliance Officer als Täter und als Gehilfe.....	201
VIII. Fazit.....	202

Kapitel 5: Einzelfälle einer Garantenstellung und einer Garantenpflicht des Compliance Officers einer Bank aus einer finanzmarktstrafrechtlichen Perspektive 205

I. Methodik	205
II. Geldwäscherei als Hauptanwendungsfall	206
1. Relevanz.....	206

2.	Originäre Garantenstellung.....	206
2.1	Aus Gesetz gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. a StGB.....	206
2.2	In Verbindung mit der Erweiterung personeller Verantwortung gemäss Art. 29 lit. c StGB	207
2.3	In Verbindung mit der Erweiterung personeller Verantwortung gemäss Art. 29 lit. a und d StGB	209
2.4	Aus Vertrag gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. b StGB	209
2.5	Aus Schaffung einer Gefahr gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB	209
3.	Garantenstellung aufgrund delegierter Kontrollpflichten des Geschäftsherrn.....	210
3.1	Garantenstellung und Garantenpflicht des Geschäftsherrn.....	210
3.2	Delegation an den Compliance Officer	212
4.	Garantenpflicht	213
4.1	Hinsichtlich einer originären Garantenstellung	213
4.2	Hinsichtlich delegierter Kontrollpflichten	213
5.	Weitere Tatbestandselemente von Art. 11 StGB	214
5.1	Tatmacht	214
a	Weisungs- und Anordnungsbefugnisse	214
b	Compliance Officer als Geldwäschereifachstelle	214
c	Compliance Officer als Delegationsempfänger von Kontroll- pflichten	215
d	Zwischenfazit.....	215
5.2	Hypothetische Kausalität.....	216
5.3	Eventualvorsatz	216
6.	Gehilfenschaft gemäss Art. 305 ^{bis} StGB	216
7.	Zwischenfazit	216
III.	Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften.....	218
1.	Vorbemerkung	218
2.	In Verbindung mit der Erweiterung personeller Verantwortung gemäss Art. 29 StGB	218
3.	Auffangtatbestand.....	218
4.	Zwischenfazit	219
IV.	Verletzung der Meldepflicht	219
V.	Weitere Finanzmarktstrafrechtsnormen	219
1.	Garantenstellung aufgrund delegierter Kontrollpflichten	219
1.1	Garantenstellung und Garantenpflicht des Geschäftsherrn.....	219
a	In Bezug auf den Betrug	219
b	In Bezug auf die Veruntreuung	221

c	In Bezug auf die ungetreue Geschäftsbesorgung.....	222
d	In Bezug auf die Urkundenfälschung	223
e	In Bezug auf die Korruption	224
f	In Bezug auf die Verletzung des Bankkundengeheimnisses	225
g	In Bezug auf die Pflichtverletzungen gemäss FATCA-Gesetz und AIAG	226
h	In Bezug auf den Insiderhandel und die Kursmanipulation.....	226
i	In Bezug auf die Strafbestimmungen des FIDLEG	227
1.2	Delegation der Kontrollpflichten an den Compliance Officer	229
2.	Originäre Garantenstellung.....	229
3.	Garantenpflicht	230
4.	Weitere Tatbestandsmerkmale aus Art. 11 StGB	231
VI.	Fazit.....	231
Kapitel 6:	Einordnung	233
I.	Abgrenzung zur Garantenstellung.....	233
1.	Abgrenzung Tun – Unterlassen	233
2.	Qualifizierte Rechtspflicht	233
3.	Beschränkung auf Erfolgsdelikte.....	234
4.	Zuständigkeitsbereich einer anderen Abteilung.....	234
5.	Fazit.....	234
II.	Grenzen	235
1.	Vorbemerkung	235
2.	Der Garantenstellung	235
3.	Der Garantenpflicht	237
3.1	Vorbemerkung	237
3.2	Compliance als Verpflichtung jedes Mitarbeiters	237
3.3	Im Zusammenhang mit der Delegation von Kontrollpflichten des Geschäftsherrn	237
3.4	Pflichtenkollision.....	238
3.5	Zumutbarkeit, Eigenverantwortung und objektive Zurechnung.....	238
3.6	Mittelbare Täterschaft	239
4.	Der Strafbarkeit durch Unterlassen unter Einbezug der übrigen Tatbestandsmerkmale	239
4.1	Vorbemerkung	239
4.2	Tatmacht.....	240
4.3	Hypothetische Kausalität.....	240
4.4	Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen	241

4.5 Gebotsirrtum.....	241
4.6 Risikoentscheidung	242
5. Fazit.....	242
Kapitel 7: Erkenntnisse, Lösungsansätze und Ausblick.....	243
I. Zusammenfassende Analyse der Position des Compliance Officers einer Bank als Garant für unechte Unterlassungsdelikte im Finanzmarktrecht.....	243
1. Die Position des Compliance Officers einer Bank.....	243
2. Auf Einzelfälle bezogene Garantienstellung und Garantienpflicht.....	244
3. Abgrenzung zur Garantienstellung und Grenzen der Strafbarkeit durch Unterlassen	245
4. Bedeutung im Lichte des Legalitätsprinzips.....	246
5. Fazit.....	247
II. Überlegungen zur Verbesserung der Rechtssicherheit und der bankinternen Position des Compliance Officers.....	249
1. Notwendigkeit	249
2. Schaffung klarer strafrechtlicher Rahmenbedingungen.....	249
2.1 Vergleich mit ausländischen Strafnormen	249
a UK	249
b USA	254
c Deutschland	258
d Zwischenfazit.....	259
2.2 Anpassung von Art. 11 StGB	260
2.3 Schaffung eines echten Unterlassungstatbestands	261
a Begründung	261
b Umfang der Garantienstellung	261
c Vorlage und Entwurf.....	262
2.4 Normierung der Geschäftsherrenhaftung im StGB	264
2.5 Zwischenfazit	265
3. Normierung der Unterstützungsfunktion	265
4. Anpassung des Berufsbilds eines in einer Bank tätigen Kundenberaters	267
5. Fazit.....	269
III. Ausblick	269
IV. Schlusswort	269