

NIEDERER KRAFT FREY

Haftung der Bank und des Vermögensverwalters für Straftaten, insb. Geldwäscherei

Martin Schaub

17. Tagung zur Vermögensverwaltung
Europa Institut an der Universität Zürich
Zürich, 9. November 2023

Übersicht

I. Haftung für Geldwäscherei

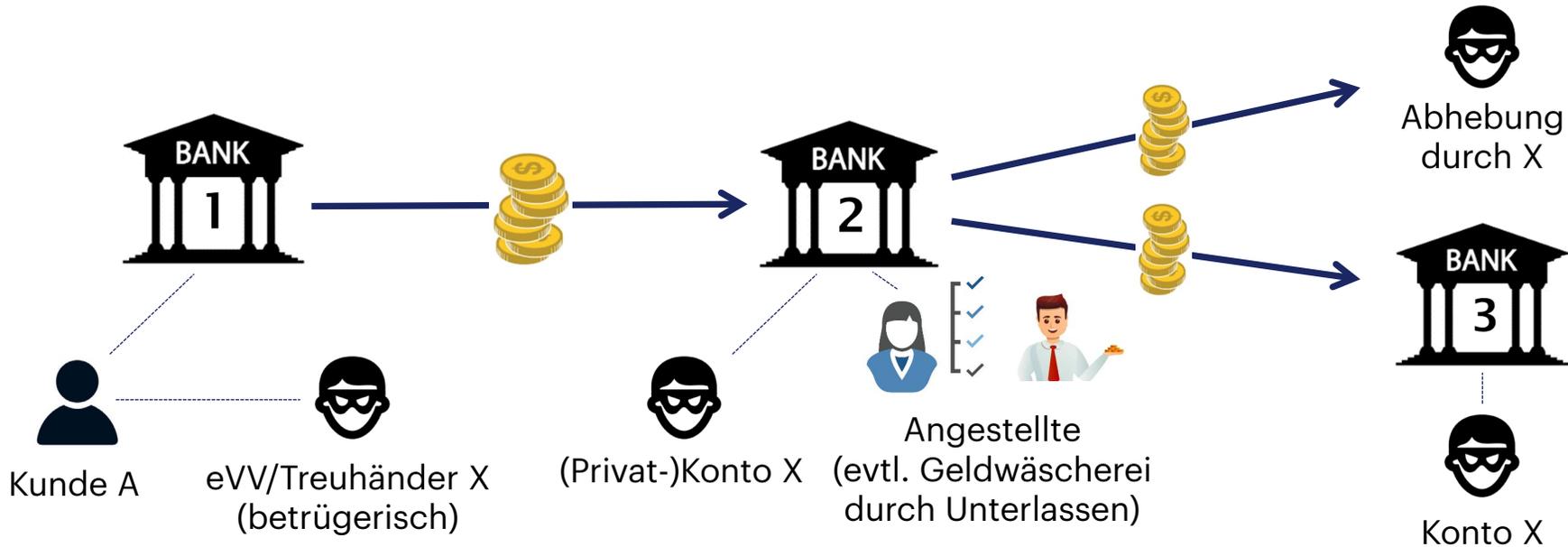
- Musterfall
- Art. 55 OR
- Widerrechtlichkeit:
 - Nachweis einer Straftat, insb. bei komplexen Abläufen und Unterlassungen
 - Art. 102 StGB, Art. 7 VStrR u.Ä.
- Besonderheiten bei Einsatz von Software, insb. KI
- Möglicher Änderungsbedarf und Lösungen

II. Haftung für Vermögensdelikte

- Musterfall
- Vor- und Nachteile Anspruch aus Delikt oder Vertrag

Geldwäscherei

Musterfall



Anspruch Kunde A gegen Bank 2?

(Vgl. BGer 4A_603/2020 vom 16. November 2022, besprochen vom Referenten in SZW 2023, S. 501–510)

Haftungsgrundlage

- Mangels Vertrag (oder Bereicherung der Bank) nur Haftung aus *Delikt*
- Potentiell widerrechtlich handelnde Angestellte unterhalb Organschwelle → *Art. 55 OR* (nicht Art. 55 Abs. 2 ZGB)

Art. 55 OR

- ¹ Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.³⁰
- Arbeitnehmer-/Hilfspersoneneigenschaft und Handeln "in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen" unproblematisch
- Entlastungsbeweis unrealistisch, weil gerade systemischer oder kollektiver Fehler
- Verschulden der Hilfsperson (oder des Geschäftsherrn) nicht nötig (BGE 110 II 456, 460), aber Widerrechtlichkeit (BSK OR I-KESSLER, Art. 55 N 2, 6)

Widerrechtlichkeit (1/3)

- Da reiner Vermögensschaden, Verletzung einer Schutznorm nötig
- GwG (Aufsichtsrecht): Kein Schutznormcharakter der Sorgfaltspflichten nach Art. 3–6 oder der Meldepflicht nach Art. 9 (BGE 143 III 653, 661 [u.H. auf BGE 134 III 529]: "*Est [...] d'emblée exclue la responsabilité délictuelle de la banque, les dispositions de la LBA n'étant pas des normes de comportement destinées à protéger le lésé. [...] Visant à protéger l'intégrité de la place financière suisse, les dispositions de la LBA ne sont pas des normes de comportement qui servent à protéger des valeurs patrimoniales individuelles*")
- Dito Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB (BGer 6B_1321/2019 vom 15. Januar 2020, E. 3.4.2)

Widerrechtlichkeit (2/3)

- Allgemeine Organisations- und Risikomanagementpflichten, z.B. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG?
 - Finanzmarktgesetze und damit auch Organisations- und Risikomanagementpflichten dienen zwar dem Schutz der Bankgläubiger (s.a. Art. 4 FINMAG), aber fraglich, ob damit auch Nicht-Kunden gemeint und die Pflichten genügend spezifisch für eine Schutznorm sind (vgl. zur Staatshaftung wegen mangelhafter EBK/FINMA-Aufsicht BGE 116 Ib 193, 196 und BVGer A-985/2021 vom 2. Oktober 2023, E. 5.4: *"Der Zweck des Bankengesetzes liegt unter anderem im Schutz der Bankgläubiger [...]. Dieser Schutz [...] genügt – für sich allein genommen – nicht, um eine Haftung des Bundes für den als Gläubiger einer Bank erlittenen Vermögensschaden zu begründen. Für die Widerrechtlichkeit ist vielmehr vorausgesetzt, dass das von den Klägern beanstandete Verhalten der Organe der Bankenkommission gegen Vorschriften verstösst, die diesen Schutz konkretisieren"*)
 - Zudem "Umgehung" des fehlenden Schutznormcharakters der (spezifischeren und inhaltlich praktisch kongruenten) GwG-Pflichten
 - Nachweis einer Verletzung ohne FINMA-Feststellung (Enforcementverfügung) ohnehin schwierig

Widerrechtlichkeit (3/3)

- Keine Teilnahme an Vermögensdelikt von X, weil mit Transfer zu Bank 2 abgeschlossen
- Verbleibt Geldwäscherei, Art. 305^{bis} StGB – Schutznormcharakter anerkannt (BGE 129 IV 322)

Geldwäscherei (1/4)

— Durch Unterlassung (Annahme), Art. 11 StGB:

¹ Ein Verbrechen oder Vergehen kann auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden.

² Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtstellung dazu verpflichtet ist, namentlich auf Grund:

- a. des Gesetzes;
- b. eines Vertrages;
- c. einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft; oder
- d. der Schaffung einer Gefahr.

Geldwäscherei (2/4)

- Handlungspflicht/Garantenstellung aus "Gesetz": GwG
 - Schutznormcharakter nicht nötig
 - Pflicht richtet sich an *Finanzintermediär*, daher Art. 29 StGB (BGer 4A_603/2020, E. 6.1)

Eine besondere Pflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit begründet oder erhöht, und die nur der juristischen Person, der Gesellschaft oder der Einzelfirma¹⁹ obliegt, wird einer natürlichen Person zugerechnet, wenn diese handelt:

- als Organ oder als Mitglied eines Organs einer juristischen Person;
- als Gesellschafter;
- als Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen in seinem Tätigkeitsbereich einer juristischen Person, einer Gesellschaft oder einer Einzelfirma²⁰; oder
- ohne Organ, Mitglied eines Organs, Gesellschafter oder Mitarbeiter zu sein, als tatsächlicher Leiter.

Geldwäscherei (3/4)

- Rolle von Weisungen/Arbeitspflichten?
 - Art. 11 Abs. 2 lit. b StGB: "*auf Grund eines Vertrages*" – aber kaum interne Regelungen/ Rechtsverhältnisse gemeint
 - Immerhin zur Konkretisierung individueller Zuständigkeit bei grundsätzlicher Handlungspflicht des Unternehmens (s. z.B. BGE 136 IV 188, 197–200)

Geldwäscherei (4/4)

- Bestimmbarkeit individueller Verantwortlicher durch (ausstehenden) Geschädigten, insb. für Vorsatz



Kausalzusammenhang und Schaden

- Ähnliche Zurechnungsschwierigkeiten wie bei Strafbarkeit/Widerrechtlichkeit
- Ggf. immerhin "Aggregation" der Beiträge mehrerer strafbarer Mitarbeiter (einzeln verursachter Schaden braucht nicht ermittelt zu werden)

Besonderheiten bei Einsatz von Software

- Z.B. fehlender Gw-Alert durch Transaktionsüberwachungssystem
 - Verantwortliche Person "weit entfernt" von (späterem) Delikt – Vorsatz sehr hohe Hürde
 - Ggf. autonome KI-(Vor-)Entscheidung
 - Nachvollziehbarkeit (Black-box-Problem), Eruierung verantwortlicher Personen
 - Haftung knüpft an menschliches Fehlverhalten an, keine Produkthaftung für KI (da evtl. kein "Produkt" und jedenfalls kein Schutz reiner Vermögensschäden), keine Beweiserleichterung

Unternehmensstrafbarkeit (1/3)

- Art. 102 (Abs. 2) StGB:
 - Konzept der "Zurechnungsnorm" (BGE 146 IV 68) bedeutet wohl, dass gedanklich/dogmatisch (auch) das Unternehmen die Anlasstat "(mit-)begangen" hat (s. BGE 146 IV 68, 73: *"Zurechnungsnorm bzw. eine besondere Form der Teilnahme"*) und folglich auch *für diese* bestraft wird (ebd. 74: *"Die Behauptung, das Unternehmen werde in Art. 102 StGB nicht für die Anlasstat, sondern lediglich für das Organisationsdefizit bestraft, trifft daher nicht zu"*)
 - Alternatives "Zurechnungs"-Konzept wäre blosse "Zurechnung" bzw. Einstehenmüssen für *Rechtsfolge/Sanktion*, aber Bundesgericht drückt sich anders aus
 - Folgerichtig hätte das Unternehmen selbst auch "widerrechtlich/unerlaubt" i.S.v. Art. 41 OR gehandelt (wenn Anlasstatbestand eine Schutznorm ist), aber BGer 4A_603/2020 ist skeptisch *"s'il est admissible de recourir à une norme d'imputation pénale pour fonder une responsabilité civile délictuelle de la banque"* (E. 8)

Unternehmensstrafbarkeit (2/3)

- Praktische Bedeutung ohnehin gering, da analoge Schwierigkeiten der Ermittlung einer Anlasstat wie bei Straftat eines Arbeitnehmers unter Art. 55 OR (BGer 4A_603/2020, E. 8: "*[L]on retombe sur le même écueil: [...] il faut établir qu'une infraction sous-jacente [...] a été commise, et donc que ses éléments objectifs et subjectif sont réalisés*"), ausser "additive" Anlasstat wäre möglich (angedeutet in BGE 142 IV 333, 339 f.: "*Die Arbeitsabläufe waren auch nicht derart komplex, dass der Nachweis des subjektiven Tatbestandes daran scheiterte, dass keine der handelnden natürlichen Personen den Gesamtzusammenhang überblickt hätte*"?)
- Vorteil für Geschädigten: Nach Art. 60 Abs. 2 OR strafrechtliche Verjährung (der Anlasstat [BGE 146 IV 68], typischerweise 15 Jahre); greift bei Art. 55 OR nicht (BGE 122 III 225)
- Nachteil: Organisationsmangel nachzuweisen (bei Art. 55 OR Umkehr Beweislast)

Unternehmensstrafbarkeit (3/3)

- Art. 7 VStrR, Art. 49 FINMAG u.Ä.:
 - Nach Teil der Lehre und Praxis Konzeption einer Strafbarkeit *des Unternehmens* selbst (für die Anlasstat), nicht nur stellvertretende Zahlung der Busse o.ä. (BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI, Art. 7 N 28–31) – also wie Art. 102 StGB (Zurechnungsnorm)
 - Wie bei Art. 102 StGB somit wohl an sich "widerrechtliche/unerlaubte Handlung" des Unternehmens selbst, aber "zugerechnete" Straftat (insb. Art. 9/37 GwG) verletzt in aller Regel keine Schutznorm
 - Ausserdem kann die Anwendbarkeit von Art. 7 VStrR usw. (Unverhältnismässigkeit der Ermittlung der strafbaren Personen) kaum vom Zivilgericht abstrakt festgestellt werden, setzt praktisch Verurteilung voraus

Mass der Haftung, Solidarität

- BGE 146 IV 211: *"Die Haftung des Geldwäschers erstreckt sich auch auf den durch die Vortat verursachten Schaden im Umfang der Vermögenswerte, deren Einziehung durch die Geldwäscherei vereitelt worden ist"*
 - Einziehung müsste also versucht worden sein, bevor Haftung des Geldwäschers bestimmbar ist – was, wenn nicht?
- In diesem Umfang solidarische Haftung mit Vortäter, d.h. Geschädigter muss sich nicht zuerst an letzteren halten (BGE 146 IV 211, 217: keine *"komplizierte[] Ausfallhaftung für den Fall [...], dass der Vortäter nicht auf Schadenersatz belangt werden könne"*); dito für allfällige weitere Geldwäscher in der "Kette"

Handlungsbedarf, Lösungen? (1/2)

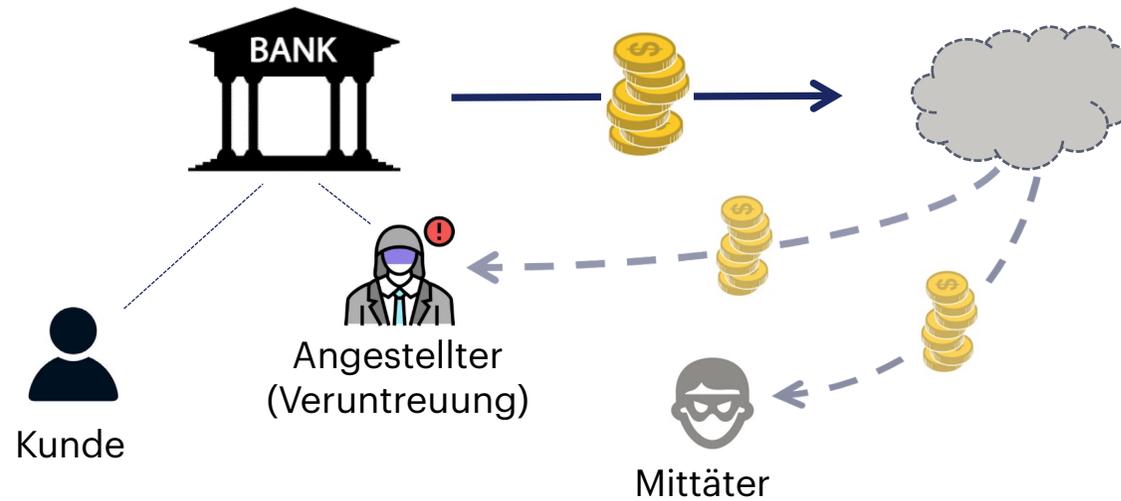
- Mögliche Lösungen spezifisch für KI-Probleme:
 - Spezifische Haftungsnorm für Hersteller und u.U. Nutzer, die auch reine Vermögensschäden abdeckt, d.h. keine Widerrechtlichkeit erfordert (vgl. Art. 59a OR für kryptografische Schlüssel)
 - Offenlegungspflichten und Beweiserleichterungen – vgl. Kommissionsentwurf vom 28. September 2022 für eine Richtlinie zur Anpassung der Vorschriften über ausservertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung) (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_5807), mit Recht auf Zugang zu Beweismitteln und Kausalitätsvermutung, ändert aber an Widerrechtlichkeits-, d.h. Strafbarkeitsvoraussetzung nichts
 - Produkthaftpflicht – vgl. Kommissionsentwurf vom 28. September 2022 für Revision Produkthaftpflichtrichtlinie der EU (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_5807): Software als "Produkt"; Datenverlust oder -beschädigung als "Schaden"; (andere) reine Vermögensschäden aber nicht erfasst, daher *in casu* nicht einschlägig

Handlungsbedarf, Lösungen? (2/2)

- Anpassung von Art. 55 OR mit "aggregierter Widerrechtlichkeit" für mehrere Angestellte kaum denkbar
- Art. 55 setzt damit bei reinen Vermögensschäden seinen Anspruch nicht um,
"dass der Geschädigte nicht nachweisen muss [...], welche Hilfsperson des Geschäftsherrn einen Schaden verursacht hat [...]. Dieser Beweis wäre ihm namentlich bei grösseren Betrieben nicht möglich, sofern der Unfall nicht zu einer strafrechtlichen Untersuchung Anlass gegeben hat. Aufgrund der Beweislastverteilung von OR 55 ist es aber Sache des Geschäftsherrn – der dazu viel eher in der Lage ist –, die Hilfsperson ausfindig zu machen, die den Schaden verursacht hat, und in bezug auf diese Hilfsperson den Befreiungsbeweis anzutreten. Der Geschädigte muss nur beweisen, dass die Ursache des Schadens im geschäftlichen Bereich des betreffenden Geschäftsherrn gesetzt wurde."
(OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, § 20 N 109)

Vermögensdelikte

Musterfall



Anspruch Kunde gegen Bank?

(Vgl. etwa BGE 149 III 105)

Anspruch aus Vertrag oder Delikt (1/2)

— Wahlweise Anspruch aus Vertrag oder Delikt; Vor- und Nachteile aus Geschädigtensicht:

	Vertrag (Art. 97/101 OR)	Delikt (Art. 55 OR)
Vertragsverletzung/ Widerrechtlichkeit	Vertragsverletzung offensichtlich; kein Problem individueller Zuordnung bei Kollektivverfehlungen, da Vertragsverletzung gesamthaft beurteilt wird	Potentiell hohe Hürde des Nachweises individueller Strafbarkeit insb. bei Kollektivverfehlungen und Geldwäscherei; bei ungetreuer Geschäftsbesorgung (Churning u.Ä.) Vorsatz als Hürde; bei Veruntreuung einfacher Allgemein einfacher Nachweis bei Strafurteil (ggf. Adhäsionsklage)
Verschulden	Vermutet; Beweis fehlenden Verschuldens in casu nicht denkbar	Nicht nötig (BGE 110 II 456, 460) (aber ohnehin subjektiver Tatbestand der Straftat)

Anspruch aus Vertrag oder Delikt (2/2)

	Vertrag (Art. 97/101 OR)	Delikt (Art. 55 OR)
Haftungsfrei- zeichnung u.Ä.	Grundsätzlich ja, aber bei vorsätzlicher Straftat eines Mitarbeiters nicht Art. 101 Abs. 3 OR: nur leichtes Verschulden)	Strittig (bejahend BGE 120 II 58, 61; s. etwa ZIRLICK, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im Deliktsrecht, Jusletter 22. November 2004)
Verjährung	10 Jahre (Art. 127 OR)	3/10 Jahre (Art. 60 Abs. 1 OR); <i>keine</i> Verlängerung aufgrund Straftat (Abs. 2) unter Art. 55 OR (BGE 122 III 225)
! Nota	Schadenersatz-, nicht Erfüllungsklage (Erfüllungsklage nur bei Vollmachts- überschreitung/-missbrauch eines <i>Dritten</i>) (BGE 149 III 105)	Klage aus Delikt (z.B. Adhäsionsklage) unterbricht Verjährung für Vertragsanspruch nicht (BGE 148 III 401)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Martin Schaub

Counsel – Banking, Finance & Regulatory

martin.schaub@nkf.ch

