

Finanzkriminalität

Wie intern sind interne Untersuchungsberichte?

Verdachtsfällen im Bereich der Finanzkriminalität (Geldwäscherei, Korruption, Steuer- und Betrugsdelikte) müssen Finanzinstitute aus regulatorischen Gründen immer nachgehen. Je nach Ausmass der Vorwürfe werden in der Praxis entweder die internen Rechtsabteilungen oder aber externe Dienstleister, zumeist Anwaltskanzleien, beauftragt, den Sachverhalt abzuklären und die Ergebnisse in einem Untersuchungsbericht festzuhalten.

Für Diskussionsstoff haben in jüngster Zeit zwei Urteile des Bundesgerichts gesorgt, die sich beide aus unterschiedlichen Gründen mit der Frage beschäftigt haben, ob ein interner Untersuchungsbericht von den Strafbehörden herausverlangt werden kann. In beiden Fällen stützte das Bundesgericht letztlich die Herausgabe sowohl eines von internen Mitarbeitern des Finanzinstituts verfassten Memorandums als auch des von externen Rechtsanwälten erstellten Untersuchungsberichts. Sowohl für Finanzinstitute wie auch generell für Unternehmen stellt sich daher die Frage, welche Auswirkungen diese Rechtsprechung auf die Planung und Durchführung von internen Untersuchungen haben wird.

Juristisch formuliert: Führt die aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflicht indirekt zum Zwang zur strafrechtlichen Selbstbelastung? Im ersten Fall hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob das von der Finanzmarktaufsicht (Finma), gestützt auf die aufsichtsrechtliche Auskunftspflicht, verlangte und von der Bank erstellte Memorandum für die Zwecke der laufenden Strafuntersuchung bei der Bank beschlagnahmt werden darf.

Bundesgericht: Banken dürfen sich nicht auf Umwegen aus der Verantwortung stehlen

Das Bundesgericht führte in diesem Urteil aus, dass die ein Finanzinstitut treffende Pflicht zur Dokumentation der internen Abklärungen geldwäschereirelevanter Sachverhalte vom Finanzinstitut nicht dadurch unterlaufen werden könne, dass sich das Finanzinstitut auf das vor allem im Strafprozess bekannte Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung berufe.

Selbst wenn man dieser Sichtweise grundsätzlich noch folgen kann, vermag sie nicht zu überzeugen. Denn ein nachträglich von einem Finanzinstitut für die Finma erstellter Bericht mit einer rechtlichen Beurteilung (Risk-Assessment) betreffend Einhaltung von Sorgfalts- und Organisationspflichten ist gerade nicht Gegenstand der geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflicht.

Geldwäschereirechtliche Dokumentationspflichten und aufsichtsrechtliche Pflichten von beaufsichtigten Finanzinstituten sind auseinanderzuhalten. So verpflichtet das Aufsichtsrecht beaufsichtigte Finanzinstitute, aktiv an der Ermittlung eines aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalts mitzuwirken und dabei wahrheitsgemäss Auskunft zu geben. Die Finma hat gar die Möglichkeit, auf Kosten des Finanzinstituts den Sachverhalt durch einen Prüf- oder Untersuchungsbeauftragten abklären zu lassen. Ausfluss dieser Abklärungen ist stets ein Untersuchungsbericht, den das Finanzinstitut aufgrund der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht für die Finma erstellen muss.

Dennoch ging das Bundesgericht – unseres Erachtens zu Unrecht – davon aus, dass das bankintern erstellte Memorandum von der geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflicht erfasst ist, weshalb es eine Herausgabe des Berichts an die Strafbehörden bejaht hat. Entsprechend sind allfällig zu befragende Personen über mögliche Offenlegungsrisiken aufzuklären. Dies



Andreas Länzlinger
Partner
Bär & Karrer



Roman Huber
Senior Associate
Bär & Karrer

«Das Bundesgericht stützte die Herausgabe von internen Berichten an die Strafbehörden. Das hat unerwünschte Folgen.»

wird indes die Gesprächsbereitschaft und damit die interne Untersuchung kaum fördern.

Das Bundesgericht hat sich im zweiten Fall eingehend mit der Abgrenzung zwischen berufstypischer anwaltlicher Tätigkeit, welche durch das Anwaltsgeheimnis geschützt ist, und nicht vom Anwaltsgeheimnis geschützter Geschäftstätigkeit auseinandergesetzt.

Entscheidend ist: Was gehört zum Bankgeschäft und was nicht?

Laut den Erwägungen ist das entscheidende Abgrenzungskriterium, ob bei den fraglichen Dienstleistungen die kaufmännisch-operativen (Beispiel: die Verwaltung einer Gesellschaft) oder die anwaltspezifischen Elemente objektiv überwiegen.

Dabei kam das Gericht zum Schluss, dass die geldwäschereirechtliche Compliance und das interne Controlling über rechtskonformes Geschäftsverhalten gemäss dem Geldwäschereigesetz zu den Kernaufgaben der Banken gehören. Daher könne sich eine Bank bei einer Auslagerung dieser Kernaufgaben an eine Anwaltskanzlei nicht integral auf das anwaltliche Berufsgeheimnis berufen, da ansonsten die Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes unterlaufen werden könnten, indem die Bank ihre gesetzlichen Compliance-, Controlling- und Dokumentations-Aufgaben nicht wie gesetzlich vorgesehen selber vornimmt, sondern an eine Anwaltskanzlei überträgt.

Davon zu unterscheiden ist aber, wenn eine vom Finanzinstitut beigezogene Anwaltskanzlei unabhängig von und parallel zu den gesetzlich geforderten internen Abklärungen und Dokumentationsbemühungen eine Untersuchung beim Finanzinstitut durchführt, die im Dienste der rechtlichen Beratung und Vertretung des Finanzinstituts durch die Anwaltskanzlei steht. Diese Tätigkeit untersteht weiterhin dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses.

Interne Untersuchungen sorgfältig planen

Liegt nun ein mutmasslicher Geldwäschereifall vor und wird aufgrund der Dimension des abzuklärenden Sachverhalts der Beizug von externen Rechtsanwälten notwendig, so ist frühzeitig eine Auftrennung der jeweiligen Aufgaben vorzunehmen. Insbesondere sind personelle und organisatorische Massnahmen zu treffen, damit die interne Untersuchung klar von den gesetzlich vorgesehenen Compliance-Pflichten des Finanzinstituts getrennt wird und dadurch die rechtserhebliche Sachverhaltsabklärung durch den externen Rechtsanwalt dem Anwaltsgeheimnis unterstellt bleibt.

Nur mit einer sorgfältigen Planung und Durchführung der internen Untersuchung besteht die Aussicht darauf, dass der Inhalt des internen Untersuchungsberichts nicht Gegenstand der Akten der Strafverfolgungsbehörden wird. Und nur dann besteht auch Aussicht darauf, dass interne Untersuchungen in einem hinreichend geschützten Rahmen stattfinden können.

Bestünde die Gefahr, dass Berichte aus internen Untersuchungen, die unter der Ägide von externen Rechtsanwälten geführt worden sind, von Strafuntersuchungsbehörden herausverlangt werden können, würde dies nicht nur die Kooperationsbereitschaft allfällig von der Untersuchung betroffener Mitarbeiter, sondern wohl auch generell die Aufsichtstätigkeit der Finma negativ beeinträchtigen. Im Zuge der gestiegenen Anforderungen an die Compliance-Organisation eines Unternehmens ist dies kontraproduktiv und unerwünscht.