INHALTSÜBERSICHT

INHALTSÜBERSICHT VII
INHALTSVERZEICHNIS XI
LITERATURVERZEICHNIS XXI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS XLI

Einführung 3

TEIL I

Interessenkonflikte und Chinese Walls

I. Einleitung 5

II. Aufkommen und Verbreitung der Chinese Walls in den USA 6

III. Chinese Walls in Grossbritannien 18

IV. Vergleich des amerikanischen und des englischen Regelungssystems zur Chinese Wall 22

V. Zur Diskussion um die Wirksamkeit bzw. Notwendigkeit der Chinese Wall 22

TEIL II

Interessenkonflikte im schweizerischen Universalbankensystem

1. Kapitel: Grundlagen 26

I. Das schweizerische Bankensystem als Universalbankensystem 26

II. Art. 11 BEHG und seine Bedeutung für die Problematik der Interessenkonflikte innerhalb einer Bank 29

III. Der Begründungsansatz des Berufsrechts für Verhaltenspflichten der Bank zur Bewältigung von Interessenkonflikten 36

IV. Aufklärungs- und Beratungspflichten der Bank im Zusammenhang mit der Diskussion um Interessenkonflikte 52

V. Interessenkonflikte 54

2. Kapitel: Arten von Interessenkonflikten 65

Einleitung 65

A Interessenkonflikte innerhalb des Wertpapiermarktes 66

AA Insiderrecht und Bankpflichten 66

I. Allgemeines 66

II. Regelungszusammenhang des Insiderrechts 68

III. Ad-hoc-Publizität in Relation zum Insiderrecht 78

IV. Die Funktion von Art. 161 StGB in der Informationsordnung des Kapitalmarktes 82

V. Zum Norminhalt von Art. 72 KR und Art. 161 StGB 84

VI. Kritische Würdigung des Norminhalts von Art. 161 StGB 102

VII. Berufsrechtliches Insiderhandelsverbot auch für Wertpapiergeschäfte von Banken mit ausschliesslich ausserbörslich gehandelten Titeln? 116

VIII. Insiderrechtlich relevante Informationskanäle innerhalb einer Bank 120

IX. Behandlung von Insiderinformationen im Verhältnis der Bank zu ihren Kunden 131

X. Zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung von Bankorganen für Insiderverstösse innerhalb der Bank 145

BB Verhaltensregeln für Banken bei Interessenkonflikten innerhalb des Wertpapiermarktes 149

I. Fälle im Zusammenhang mit der Diversifikaton der Banktätigkeit am Markt, aber ohne Bezug zu einem konkreten Effektengeschäft 149

II. Fälle im Zusammenhang mit Vergütungsinteressen der Bank 153

III. Fälle im Zusammenhang mit der Erledigung von Kundenaufträgen 156

IV. Fälle im Zusammenhang mit der (aktiven) Empfehlung von Wertpapieren (Anlageberatung) bzw. der Vermögensverwaltung 163

B Verhaltensregeln für Banken bei Interessenkonflikten ausserhalb des Wertpapiermarktes 169

I. Problemumriss 169

II. Ansatz von HOPT 170

III. Stellungnahme 173

3. Kapitel: Das Compliance-Konzept 176

I. Zum Begriff Compliance und zur Funktion des Konzepts 176

II. Verankerung des Konzepts in verschiedenen Rechtsordnungen 178

III. Hierarchische Einbindung der Compliance-Abteilungen 179

IV. Normative Grundlagen des Compliance-Konzeptes 180

V. Ausgestaltung des Compliance-Konzeptes 187

4. Kapitel: Materiellrechtliche und prozessuale Implikationen der Compliance-Konzepte 204

I. Compliance-Konzepte und Wissenszurechnung innerhalb der Bank 204

II. Haftungsrechtliche und beweisrechtliche Auswirkungen der Compliance-Konzepte bzw. der durch sie determinierten Wissenszurechnungsordnung 207

III. Beweislastumkehr bei Klagen von Bankkunden infolge regelwidrig gehandhabten Compliance-Systems? 209

IV. Durchsetzung der Compliance-Konzepte 213

INHALTSVERZEICHNIS

Einführung 3

TEIL I

Interessenkonflikte und Chinese Walls

I. Einleitung 5

II. Aufkommen und Verbreitung der Chinese Walls in den USA 6

1. Interessenkonflikte im Trennbankensystem 6
2. Case Law 10
   a) Anfängliche Ablehnung der Chinese Wall 10
   b) Steigende Akzeptanz der Chinese Wall 15
3. Verankerung des Chinese-Wall-Prinzips in Erlassen 16
4. Verbreitung der Chinese Wall 18

III. Chinese Walls in Grossbritannien 18

1. Insiderrecht 18
2. Gesetzgeberische Anerkennung der Chinese Wall 19
3. Verbreitung der Chinese Wall und legislatorische Vorstösse 21

IV. Vergleich des amerikanischen und des englischen Regelungssystems zur Chinese Wall 22

V. Zur Diskussion um die Wirksamkeit bzw. Notwendigkeit der Chinese Wall 22

TEIL II

Interessenkonflikte im schweizerischen Universalbankensystem

1. Kapitel: Grundlagen 26

I. Das schweizerische Bankensystem als Universalbankensystem 26

II. Art. 11 BEHG und seine Bedeutung für die Problematik der Interessenkonflikte innerhalb einer Bank 29

1. Allgemeines 29
2. Zum Geltungsbereich von Art. 11 BEHG 31
   a) Beschränkung auf den Sekundärmarkt 31
   b) Personeller Geltungsbereich 32
   c) Sachlicher Geltungsbereich 33
3. Fazit und Ausblick 34

III. Der Begründungsansatz des Berufsrechts für Verhaltenspflichten der Bank zur Bewältigung von Interessenkonflikten 36

1. Einleitung 36
2. Wertungselemente des Berufsrechts 36
3. Zur Systematisierung und Einordnung des Berufsrechts 40
4. Konkretisierung des Berufsrechts 40
   a) Allgemeines 40
   b) Insbesondere Organisationspflichten 42
5. Die Kategorie des Berufsrechts in der Schweiz 43
6. Dogmatische Verankerung des Berufsrechts 45
7. Berufsrechtliche Bankpflichten zur möglichen Vermeidung von Interessenkonflikten 47
   a) Bankentätigkeit am Kapitalmarkt 47

b) Kapitalmarkt und Kapitalmarktrecht 48
c) Funktionsschutzkonzept als Grundlage des Kapitalmarktrechts 49
d) Berufsrechtliche Pflichten der Bank als unternehmerischer Einheit 50
e) Rückhalt der berufsrechtlichen Bankpflichten im Bankengesetz 51

IV. Aufklärungs- und Beratungspflichten der Bank im Zusammenhang mit der Diskussion um Interessenkonflikte 52

V. Interessenkonflikte 54

1. Zum Begriff der Interessenkonflikte 54
2. Vermeidung von Interessenkonflikten 54
a) Ausmass und Begrenzung 54
b) Instrumentarium 55
aa) Aufklärung über Interessenkonflikte 56
aaa) Grundsätzliches zu Wirksamkeit und Intensität der Aufklärung 56
bbb) Pflicht zur Aufklärung 57
bb) Organisation 61
cc) Priorität 62
dd) Gleichbehandlung 63
ee) Ablehnung des Geschäfts 64

2. Kapitel: Arten von Interessenkonflikten 65

Einleitung 65

A Interessenkonflikte innerhalb des Wertpapiermarktes 66

AA Insiderrecht und Bankpflichten 66

I. Allgemeines 66

II. Regelungszusammenhang des Insiderrechts 68

1. Insiderrecht als Finanzmarktstrafrecht 68
2. Zum von Art. 161 StGB geschützten Rechtsgut 69
a) Problemstellung 69
b) Regelungsziele des Gesetzgebers 70
c) Stellungnahmen der Lehre 70
d) Der Rechtsgüterschutz in der Praxis 71
e) Fazit 73

Exkurs: Die Insiderstrafnorm als „lex americana" 73

3. Die Bezugsnormen für Art. 161 StGB 75
a) Ad-hoc-Publizität als spezielle Bezugsnorm 75
b) Weitere relevante kapitalmarktrechtliche Normen 77

Exkurs: Art. 161bis StGB 77

III. Ad-hoc-Publizität in Relation zum Insiderrecht 78

1. Anlage von Art. 72 KR 78
2. Rechtssystematische Stellung von § 15 WpHG 80

IV. Die Funktion von Art. 161 StGB in der Informationsordnung des Kapitalmarktes 82

V. Zum Norminhalt von Art. 72 KR und Art. 161 StGB 84

1. Der Norminhalt von Art. 72 KR 85
2. Der Norminhalt von Art. 161 StGB 87
a) Allgemeines 87
b) Überblick über die Tatbestände von Art. 161 StGB 88
c) Zum Staftatbestand von Art. 161 Ziff. 1 StGB (Ausnützen der vertraulichen Tatsache durch den echten oder unechten Insider oder deren Weitergabe) 89
aa) Persönlicher Anwendungsbereich: Die Insider 89

bb) Sachlicher Anwendungsbereich: Die relevanten Effekten 90

cc) Die Tathandlung: Das Ausnützen der vertraulichen Tatsache zum eigenen Vorteil bzw. zum Vorteil eines Dritten oder die Weitergabe des Tips an einen Dritten 92

dd) Die Kenntnis einer kursrelevanten vertraulichen Tatsache 93

ee) Erlangen eines Vermögensvorteils als tatbestandsmässiger Erfolg 98

ff) Der subjektive Tatbestand 98

d) Der Tatbestand von Art. 161 Ziff. 2 StGB (Ausnützen einer vertraulichen Tatsache durch den Tipnehmer) 99

e) Strafbarkeit bei Ausbleiben des Vermögensvorteils 101

f) Das Insiderdelikt und die Stellung der Banken 101

VI. Kritische Würdigung des Norminhalts von Art. 161 StGB 102

1. Kritik und Interpretationsvorschlag 102

2. Publizitätspflichten 107

a) Ad-hoc-Publizität, Art. 72 KR 107

aa) Sachverhalte des Fallgruppenkatalogs als Insidertatsachen nach Art. 161 StGB 107

bb) Kritische Gedanken zur Ad-hoc-Publizität 110

b) Weitere Publizitätspflichten im Kotierungsreglement 111

c) Publizitätspflichten im BEHG 111

d) Publizitätspflichen im OR 113

e) Spezielle Publizitätspflichten für Banken im BankG 115

f) Annex: Zulassung zum Handel an der Nebenbörse; Implikationen für das Insiderrecht 116

VII. Berufsrechtliches Insiderhandelsverbot auch für Wertpapiergeschäfte von Banken mit ausschliesslich ausserbörslich gehandelten Titeln? 116

Exkurs: Generelle Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 161 StGB auf ausschliesslich ausserbörslich gehandelte Titel? 118

VIII. Insiderrechtlich relevante Informationskanäle innerhalb einer Bank 120

1. Kreditgeschäft 120
2. Emissionsgeschäft 121
3. Research 122
4. Corporate Finance 122
5. Verwaltungsratsmandate 127

Exkurs: Banken„vertreter" 129

IX. Behandlung von Insiderinformationen im Verhältnis der Bank zu ihren Kunden 131

1. Regel 131
2. Konkretisierung der Regel 132
   a) Verhalten bei Vorliegen von Insiderinformationen à la baisse 132
      aa) Unterlassen von aktiven Empfehlungen 133
      bb) Im Falle konkreter Anfragen von Kunden zu einem von der Insiderinformation betroffenen Papier 134
   b) Verhalten bei Vorliegen von Insiderinformationen à la hausse 139
      aa) Aktive Empfehlungen 139
      bb) Im Falle konkreter Anfragen von Kunden zu einem von der Insiderinformation betroffenen Papier 140
   c) Verhalten bei Kundenorders 141
      aa) Bestimmung der Aufklärungspflicht im allgemeinen 141
      bb) Informationspflicht der Bank bei Kundenorders 143
3. Das insiderrechtlich Zulässige als Verhaltenspflicht für Banken 144

X. Zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung von Bankorganen für Insiderverstösse innerhalb der Bank 145

1. Grundsätze der Geschäftsherrenhaftung 145

a) Gefahr: gesteigerte typische Betriebsgefahr 146

b) Pflicht: in einer Rechtsvorschrift begründete, konkrete Pflicht zum Eingreifen 147

c) Vorsatz: Erkennen oder eindeutiges Voraussehen der Verfehlung des Untergebenen 147

2. Konkretisierung des Tatbestandes in bezug auf die Bank; Abwehrmassnahmen 148

BB Verhaltensregeln für Banken bei Interessenkonflikten innerhalb des Wertpapiermarktes 149

I. Fälle im Zusammenhang mit der Diversifikaton der Banktätigkeit am Markt, aber ohne Bezug zu einem konkreten Effektengeschäft 149

1. Kurspflege 149

Exkurs: Kurspflege vs. Kursmanipulation 151

2. Market Maker 152

II. Fälle im Zusammenhang mit Vergütungsinteressen der Bank 153

1. Gebühreninteresse 153

2. Bonifikationen 154

III. Fälle im Zusammenhang mit der Erledigung von Kundenaufträgen 156

1. Verhältnis Bank–Kunde 156

2. Verhältnis Kunde–Kunde 159

3. Anwendung des Gleichbehandlungsprinzips 161

4. Einheitliche Erledigung von Kundenaufträgen an der Börse und Börsenpflicht zur Ausschaltung der Manipulationsgefahr 162

a) Einheitliche Erledigung von Kundenaufträgen an der Börse 162
b) Börsenpflicht 162

IV. Fälle im Zusammenhang mit der (aktiven) Empfehlung von Wertpapieren (Anlageberatung) bzw. der Vermögensverwaltung 163

1. Empfehlung von Wertpapieren 163
2. Vermögensverwaltung 168

B Verhaltensregeln für Banken bei Interessenkonflikten ausserhalb des Wertpapiermarktes 169

I. Problemumriss 169

II. Ansatz von HOPT 170

1. Kreditgeschäft 170
2. Übernahmeangebote 171

III. Stellungnahme 173

3. Kapitel: Das Compliance-Konzept 176

I. Zum Begriff Compliance und zur Funktion des Konzepts 176

II. Verankerung des Konzepts in verschiedenen Rechtsordnungen 178

III. Hierarchische Einbindung der Compliance-Abteilungen 179

IV. Normative Grundlagen des Compliance-Konzeptes 180

1. Bildung aus drei Elementen 180
2. Compliance-relevante Informationen 183
3. Träger Compliance-relevanter Information 183

4. Compliance-relevante Funktionsbereiche (Vertraulichkeitsbereiche) 184
5. Überprüfung von Art. 19 Abs. 1 BEHV 186

V. Ausgestaltung des Compliance-Konzeptes 187

1. Regeln und Richtlinien 187
2. Information, Aufklärung und Ausbildung 188
3. Organisatorische Massnahmen 188
a) Chinese Walls 189
b) Watch List 190
c) Restricted List 192
aa) Charakterisierung 192
bb) Einzelne Geschäfte in Papieren, die sich auf der Restricted List befinden und zu denen Insiderinformationen vorhanden sind 194
d) Durchbrechungstatbestände (Wall Crossing bzw. „Over the Wall"-Konstellationen) 196
aa) Permitted breaches 197
bb) Ad-hoc breaches 198
4. Beratung 200
5. Monitoring (Überwachung) 201
6. Konkrete Verbote 202

4. Kapitel: Materiellrechtliche und prozessuale Implikationen der Compliance-Konzepte 204

I. Compliance-Konzepte und Wissenszurechnung innerhalb der Bank 204

II. Haftungsrechtliche und beweisrechtliche Auswirkungen der Compliance-Konzepte bzw. der durch sie determinierten Wissenszurechnungsordnung 207

III. Beweislastumkehr bei Klagen von Bankkunden infolge regelwidrig gehandhabten Compliance-Systems? 209

1. Allgemeine Beweislastregel und Beweislastumkehr im schweizerischen Recht 209

2. Gründe für eine Beweislastumkehr 212

IV. Durchsetzung der Compliance-Konzepte 213