Markus D. Pfenninger, Johannes A. Bürgi

Legal Risk unter Basel II

Vermehrte Ausgliederung rechtlicher Risiken?

Im April des vergangenen Jahres hat der internationale Basler Ausschuss für Bankenaufsicht das 3. Konsultationspapier über die neue Basler Eigenkapitalvereinbarung (Basel II) für Banken veröffentlicht. Mit Basel II soll im Rahmen der Neuregelung der Eigenmittelvorschriften für Banken neben den traditionellen Risikokategorien Kreditrisiko und Marktrisiko neu auch operationelles Risiko für die Berechnung der Eigenkapitalquote von Banken massgebend werden. Dabei werden auch rechtliche Risiken, sog. Legal Risks, explizit in die Definition von operationellen Risiken eingeschlossen. Obwohl die Diskussion um Risikoeigenschaften und Berechnung von operationellen Risiken nach wie vor intensiv geführt wird, hat der potentielle Einfluss von Basel II auf die Behandlung rechtlicher Risiken bislang verhältnismässig wenig Beachtung erfahren. Der Beitrag vermittelt einen ersten Überblick aus Sicht des externen Rechtsberaters.

1. Basel II

1.1 Drei Säulen

Im Rahmen der Neuregelung der Eigenmittelvorschriften werden im *3. Konsultationspapier des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (CP3)* auf internationaler Ebene drei Säulen der Bankenaufsicht unterschieden [1]:

1. Mindestkapitalanforderungen durch risikodifferenzierte Unterlegung der Kredite mit Eigenkapital der Banken.
2. Bankenaufsichtsrechtlicher Überprüfungsprozess (Notwendigkeit qualitativer Bankenaufsicht zur Stärkung interner Verfahren zur Risikobewältigung bei den Banken).
3. Erweiterte Offenlegung (Transparenzanforderungen für Marktteilnehmer, die ein wirksames Risikomanagement der Banken honorieren).



Markus D. Pfenninger, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner, Head Banking & Finance, Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte, Zürich

In der Schweiz wird Basel II vollumfänglich umgesetzt werden und für alle Banken und Effektenhändler als Mindeststandard verpflichtend gelten [2]. Den Instituten steht grundsätzlich die gesamte Auswahl von Verfahren zur Bestimmung der regulatorischen Eigenmittelanforderungen, die unter Basel II vorgesehen sind, zur Verfügung. Mit einem Inkrafttreten der neuen Vorschriften wird allgemein in etwa zwei Jahren gerechnet, damit genügend Zeit für Vorbereitungsmassnahmen bleibt.

1.2 Operationelles Risiko als Novum

Bei den Mindestkapitalanforderungen (Säule 1) wird statt der bisherigen pauschalen Unterlegung mit Eigenkapital nach Risikograden unterschieden:

- Kreditrisiko (Standardansatz bzw. bankeninterne Risikoeinstufung) [3];
- Marktrisiko [4];
- sowie neu: operationelles Risiko [5].

Als operationelles Risiko wird das Risiko von Verlusten infolge der Unangemessenheit oder des Versagens von internen Verfahren, Menschen und Systemen oder von externen Ereignissen bezeichnet [6]. Rechtliche Risiken sind zwar ausdrücklich in den operationellen Risiken eingeschlossen, werden aber weder definiert noch besonderen Mindestanforderungen unterworfen. Nach Auffassung einer internationalen Arbeitsgruppe sollen rechtliche Risiken insbesondere auch das sog. Reputationsrisiko umfassen, nicht dagegen politische Risiken [7]. Der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht führt dazu aus:

«Der Ausschuss ist der Ansicht, dass das operationelle Risiko einen wichtigen Risikofaktor für Banken darstellt und dass diese Eigenkapital halten müssen, um sich gegen daraus resultierende Verluste abzusichern. Basel II definiert das operationelle Risiko als Risiko von Verlusten infolge der Unangemessenheit oder des Versagens von internen Verfahren, Menschen und Systemen oder von externen Ereignissen. Auch in diesem Bereich hat der Ausschuss einen neuen regulatorischen Ansatz für die Eigenkapitalunterlegung entwickelt. Wie schon beim Kreditrisiko zählt der Ausschuss darauf, dass die Banken zügig Methoden zur internen Bewertung entwickeln, und will Anreize für die Banken schaffen, diese Methoden sowie ihre Handhabung des operationellen Risikos im Allgemeinen im Laufe der Zeit zu verbessern. Dies gilt vor allem für die fortgeschrittenen Messverfahren (Advanced Measurement Approaches – AMA) für das operationelle Risiko.» [8]

1.3 Drei Unterlegungsmethoden für operationelle Risiken

CP3 unterscheidet grundsätzlich drei verschiedene Methoden, um operationelle Risiken zu unterlegen: den sogenannten Basisindikatoransatz, den Standardansatz sowie als dritte Möglichkeit komplexe, sogenannte Ambitionierte Messansätze [9].

2. Legal Risk

2.1 Anwendungsbeispiele

Die Aktualität geizt nicht mit spektakulären Beispielen, bei welchen sich – Presseberichten zufolge – offenbar (auch) rechtliche Risiken realisierten und Kreditgebern und Investoren zu Schaden gereichten. Sowohl bei der Erb-Gruppe als auch beim Parmalat-Konzern wurde in den Medien der Vorwurf kolportiert, Investoren und/oder Kreditgeber seien durch fehlerhafte Bilanzen, nicht vorhandene Sicherheiten usw. getäuscht worden [10]. Darüber hinausgehend dürfte der Reputationsschaden für einzelne Kreditinstitute beträchtlich sein [11].

Diese mit viel Medienrummel begleiteten Fälle mögen aufzeigen, dass es bei der Quantifizierung und Eingrenzung rechtlicher Risiken um keinen Papiertiger, sondern um praxisrelevante Vorgänge geht. In frischer Erinnerung sind auch noch die Probleme, die durch unverhältnismässige Zuteilungspraktiken und fehlende Unabhängigkeit von Finanzanalysten im Investmentbanking für die betroffenen Bankinstitute entstanden sind. Ganz allgemein ist eine Bank selbstverständlich gehalten, ihre rechtlichen Risiken so klein wie möglich zu halten [12]. Abseits des Interesses einer breiteren Öffentlichkeit sind Kreditnehmer (und damit auch deren Kreditgeber) überdies zunehmend beträchtlichen rechtlichen Risiken wie z. B. Sanktionen für Kartellrechtsverstösse [13] oder Nach- und Strafsteuern ausgesetzt, welche ein Unternehmen in finanzielle Schieflage bringen können [14]. Vermehrt werden zwingende Normen ausländischen Rechts, namentlich des US-amerikanischen Rechts, einen extraterritorialen Geltungsanspruch anmelden und durchsetzen: Als Beispiel sei nur der US-amerikanische Sarbanes-Oxley Act erwähnt, welcher auch direkte und indirekte Auswirkungen auf sog. «Foreign Issuers» hat [15].

Ein typisches «Kreditproblem» in der Schweiz stellt z. B. auch die sog. Interzessionsproblematik dar, wenn innerhalb eines Konzerns Gruppengesellschaften zugunsten anderer Gruppengesellschaften z. B. Kreditsicherheiten gewähren [16]. Dies ist aus Sicht des schweizerischen Gesellschaftsrechts nicht unproblematisch, da jede Gruppengesellschaft grundsätzlich unabhängig von ihrer Konzernzugehörigkeit beurteilt wird und deshalb nicht beliebig Vermögenswerte an nahestehende Personen gemäss Art. 678 OR «verschenken» darf. Unzulässige Interzessionsgeschäfte ziehen die Zivilrechtsfolge Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR nach sich [17]. Diese Interzessionsproblematik ist nicht neu und kreditgebenden Banken in der Schweiz geläufig. Es sind denn auch verschiedene Konzepte vorhanden, dem Interzessionsproblem zu begegnen [18]. Erfolgt die Sicherheitsbestellung ganz ohne Gegenleistung, dürfte es sich aus Sicht des schweizerischen Gesellschaftsrechts empfehlen, das Geschäft durch die Generalversammlung der Gesellschaft beschliessen zu lassen, damit die Vorschriften für eine Dividendenausschüttung eingehalten werden. Grundsätzlich ist eine Sicherheitsbestellung diesfalls lediglich im Umfang des frei verfügbaren Eigenkapitals möglich [19].



Johannes A. Bürgi, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Bern, Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte, Zürich

2.2 Bisherige Erfassung und Kontrolle von Legal Risk

Im Finanzbereich galt der Erfassung und Kontrolle von rechtlichen Risiken im Vergleich zu anderen Branchen seit jeher ein besonderes Augenmerk. Eine Bestandesaufnahme der in der Schweiz geltenden regulatorischen Rahmenordnung zeigt, dass operationelle und rechtliche Risiken bereits heute separat ausformuliert sind. Ebenso gehört die Prüfung der Angemessenheit der Identifikation, Messung und Überwachung jener Risiken durch die spezialgesetzliche Revisionsstelle zum jährlichen Pflichtprogramm. Die rechtlichen Risiken werden in der Bankenverordnung ausdrücklich erwähnt [20]. Die Entwicklung in der Beratungspraxis geht zunehmend dahin, bei der *Eidg. Bankenkommission (EBK)* für bestimmte Sachverhalte eine Einzelfallentscheidung hinsichtlich der eigenmittelmässigen Behandlung einzuholen [21].

Insbesondere auf der Aktivseite des Bankgeschäfts wurde die Anerkennung und Durchsetzbarkeit von Ansprüchen, gleichermassen ein «klassisches» rechtliches Risiko, in der bankaufsichtsrechtlichen Regulierung mittels institutionalisierter Form von Rechtsgutachten (Legal Opinions) erfasst. So sind z. B. der Nachweis der rechtlichen Durchsetzbarkeit von Ansprüchen sowie das Fehlen von Ausstiegsklauseln beim Netting (einem Verrechnungsmechanismus zwischen Forderungen der Bank und einem Kunden bzw. einer Kundengruppe, womit eine Eigenmit-

teloptimierung verbunden sein kann) eine gesetzliche Voraussetzung für dessen eigenmittelreduzierende Wirkung [22]. Unterlegt eine Bank indessen gemäss Art. 12a BankV keine Eigenmittel, weil ihr genügend Barsicherheiten verpfändet worden sind, wird der entsprechende Pfandvertrag in der Regel keiner externen Überprüfung durch Rechtsanwälte unterworfen [23]. Die Eigenmittelbefreiung nach Art. 12a BankV tritt mit anderen Worten ohne die Verpflichtung zur Einholung spezieller Rechtsgutachten ein, obwohl das Risiko der Undurchsetzbarkeit eines Pfandvertrags nach in- oder ausländischem Konkursrecht dabei grundsätzlich ebenso gegeben ist wie im Fall der Netting-Vereinbarungen.

2.3 Abgrenzungsfragen

In internationalen Juristenkreisen hat die Kategorisierung von rechtlichen Risiken eine intensive Diskussion über ihre Definition unter Basel II entfacht [24]. Vorab wird versucht, eine deutlichere Abgrenzung zum operationellen Risiko herzustellen mit dem Ziel, (messbare) qualitative und quantitative Kriterien herauszuschälen, welche hernach als eigenmittelreduzierende Faktoren, vor allem in fortgeschrittenen Messverfahren, den sogenannten *Advanced Measurement Approaches (AMA),* eingesetzt werden können. Dabei wird nach einem praxistauglichen Vorgehen gesucht, welches im Idealfall dazu führt, dass Entscheidungsträger (und Revisionsinstanzen) das Mass von rechtlichen Risiken mittels Checklisten zu bestimmen in der Lage sein sollen.

Eine thematisch klare Abgrenzung des rechtlichen Risikos zum herkömmlichen Kreditrisiko wird in Basel II nicht vorgenommen. Verschiedentlich wird in Zusammenhang mit Kreditrisiko-Minderungstechniken festgehalten, Sicherungs- und Netting-Vereinbarungen, Garantien und Kreditderivate müssten in der relevanten Rechtsordnung bindend und durchsetzbar sein sowie in inhaltlicher Hinsicht gewissen (Mindest-)Anforderungen genügen [25]. Ob eine Vertragsbedingung rechtlich durchsetzbar (Legal Enforceability) ist, ist gleichermassen die Gretchenfrage des Legal Risk, nicht aber ob sie für eine Vertragspartei gut oder schlecht ist. Letzteres ist u. U. Ausfluss des Verhandlungsgeschicks der Parteien und damit Teil des Geschäftsrisikos, will heissen des Kreditrisikos [26]. Überschneidungen [27] und Vermischungen [28] scheinen unumgänglich. Nicht zuletzt mit Blick auf bankinterne Zuständigkeiten und Berichterstattungswege dürfte die Aufarbeitung einer deutlicheren Abgrenzung begrüssenswert sein. Denkbar wäre, externe rechtliche Risiken (exogene Faktoren), etwa im Zusammenhang mit der Rechtsfähigkeit einer Gegenpartei oder dem Bestand und der Durchsetzbarkeit bestellter Kreditsicherheiten, weiterhin als Teil des Kreditrisikos zu behandeln; interne rechtliche Risiken (endogene Faktoren), etwa im Zusammenhang mit der Betrugsanfälligkeit einer Bank, dagegen neu als Teil der operationellen Risiken der Bank zu überprüfen.

2.4 Quantifizierung von rechtlichem Risiko?

Im Zuge der Arbeiten am CP3 haben sich Marktteilnehmer verschiedentlich kritisch zur Messbarkeit von operationellen Risiken geäussert. Operationelles Risiko beziehe sich auf die Ursachen und nicht die Folgen von Verlustereignissen, die Wahrscheinlichkeit von systembedingtem oder menschlichem Versagen lasse sich kaum in quantitativen Modellen erfassen. Für die Messbarkeit von rechtlichem Risiko als einem operationellen Risiko gelte dies umso mehr [29]. Rechtliche Risiken können durch optimale Rechtsberatung und Prozesssteuerung kontrolliert, reduziert, allenfalls eliminiert werden. Die Angemessenheit von Standardverträgen oder Transaktionsdokumentationen als rechnerische Grösse für die Wahrscheinlichkeit eines Verlust- oder Haftungseintritts modellieren zu wollen ist ein mindestens schwieriges, wenn nicht aussichtsloses Unterfangen [30]. Ein Modell, das gestützt auf die rechtliche Ausgestaltung eines bestimmten Finanzproduktes eine Voraussage über den zukünftigen Verlusteintritt machen will, gleichermassen Rechtsunsicherheit oder gar suboptimale Rechtsberatung quantifizieren will, dürfte wenigstens anfänglich nicht nur bei den für das Finanzprodukt verantwortlichen Juristen eher Stirnrunzeln auslösen. Die inzwischen vielerorts erhobenen Frage, wie eine Nick-Leeson-Wahrscheinlichkeit oder das Risiko eines Rechtsstreits quantifiziert werden soll, lässt sich nicht einfach beantworten [31]. Denkbar wäre es, für gewisse im Englischen mit «Internal Fraud» und «External Fraud» beschriebene Ereignisse [32] sich an von der Versicherungsbranche entwickelten Modellen im Bereich Versicherungsbetrug zu orientieren [33]. Eine mitunter nicht nur akademische Diskussion über den Einfluss des öffentlichen Rechts auf das private Bankvertragsrecht könnte dann wieder intensiver werden, wenn der EBK Modelle präsentiert werden können, die Prognosen über privatrechtliche Bindungspräferenzen (z. B. Aussagen zur Wahrscheinlichkeit eines Haftungseintritts) machen [34].

Allerdings ist zuzugeben, dass – entsprechende Daten für rechtliche Risiken vorausgesetzt – eine Risikoeinschätzung sich von der Schwierigkeit eher nicht gross von anderen «traditionelleren» Risiken wie Kreditrisiken und Marktrisiken unterscheiden dürfte. Zukunftsprognosen sind nicht einfach und selten fehlerfrei [35]. Die Frage, ob rechtliche Funktionen und Prozesssteuerungen mit Blick auf den Geschäftsbereich angemessen definiert und überwacht sind, ist bereits heute Teil der ständig einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen (und damit vermutungsweise trotz Schwierigkeiten auch überprüfbar!). Vergleicht man die im CP3 vorgenommene Klassifikation von durch operationelle Risiken bedingten Verlustereignissen, stellt man fest, dass wesentliche Elemente der Ereigniskategorien in der Schweiz schon heute aufsichtsrechtlich erfasst («Corporate Governance», «Compliance», «Geldwäscherei» und «Outsourcing» [36]) und auf ihre Angemessenheit überprüft werden.

2.5 Rolle der Ratingagenturen

Offen scheint noch, inwieweit die Ratingagenturen auf die Kontrolle von rechtlichen Risiken ausgerichtete in-

terne Bankprozesse in ihre Bewertungskriterien aufnehmen werden. Mindestens im transaktionsbezogenen Geschäftsbereich, wie etwa bei Verbriefungen (Securitisations), stellt Basel II zwar verschiedene operationelle Anforderungen für die Anerkennung eines Risikotransfers sowie die Nutzung externer Ratings auf [37]. Dabei fällt auf, dass die «klassischen» rechtlichen Risiken wie vertragliche Verbindlichkeit des Risikotransfers bzw. der Sicherheitenbestellung und rechtliche Durchsetzbarkeit von Ansprüchen weiterhin wohl als Unterkategorie des Kreditrisikos geführt werden. Allgemein dürfte der Einfluss und die Bedeutung internationaler Rating-Agenturen weiter zunehmen. Ob sie dabei wie heute praktisch ohne staatliche Regulierungsfesseln auskommen werden, ist zumindest fraglich. Mit ihrer wachsenden Bedeutung dürfte auch das Bedürfnis wachsen, Rating-Agenturen einer Aufsicht zu unterstellen bzw. stärker zu regulieren [38]. Es kann nicht übersehen werden, dass ein immer stärkeres Abstellen auf das Urteil von Rating-Agenturen selbst ein rechtliches Risiko darstellen mag. Dies gilt umso mehr, als Rating-Agenturen von den überprüften Gesellschaften bezahlt werden und deshalb im (lukrativen) Einzelfall versucht sein können, ihre Reputation etwas aufs Spiel zu setzen. Ihre Rolle als Gatekeeper ist insofern vergleichbar mit der Rolle, welche den Revisionsgesellschaften in bezug auf ihren Audit-Auftrag bei Gesellschaften zukommt. Tatsächliche Unabhängigkeit ist deshalb unabdingbar.

2.6 Versicherbarkeit rechtlicher Risiken?

Nicht alle rechtlichen Risiken eignen sich, durch Versicherungslösungen aufgefangen zu werden [39]. Im Umfang einer Versicherung gegen ein bestimmtes rechtliches Risiko sollten auch keine Eigenmittel unterlegt werden müssen; an die Stelle des versicherten Risikos tritt allerdings das Gegenparteirisiko des Schreibers der Versicherung. Instrumente der Securitisation (Verbriefung) dürften für einen Risikotransfer an den Kapitalmarkt wie bei traditionelleren CAT-Bonds (Transfer von Katastrophenrisiken) zur Verfügung stehen. Hierbei werden keine Finanzaktiven verbrieft wie bei der Asset-Backed Securitisation, sondern zukünftige Versicherungsleistungen.

Der Kapitalmarkt tritt quasi als Versicherer auf. Die Bank würde bei einem solchen «Operational Risk-Linked Bond» den Investoren über ein Special Purpose Vehicle (SPV) einen Zins sowie eine Kommission bezahlen, während die Investoren über den Kauf von Notes des SPV die eventuell zu leistende Versicherungssumme bereitstellen. Tritt das Risiko ein, fällt die Versicherungssumme an die Bank. Tritt das Risiko nicht ein, wird die Anleihe an die Investoren zurückbezahlt [40]. Voraussetzung für den Einsatz solcher Risikotransferinstrumente ist die Bewertung und Abgrenzung der zu transferierenden operationellen (rechtlichen) Risiken.

Der Aspekt der Versicherbarkeit rechtlicher Risiken ist nicht zuletzt aus Sicht externer Rechtsberater von Relevanz, verstehen zuweilen Auftraggeber (und Empfänger) von Rechtsgutachten (Legal Opinion) diese wirtschaftlich doch als Diversifizierung ihres rechtlichen Risikos.

2.7 Trend zu Legal-Risk-Managern

Stellt Basel II an das Management von rechtlichen Risiken überhaupt neue bzw. erhöhte Anforderungen als die bereits heute gültigen? Die Frage dürfte wohl insofern zu bejahen sein, als rechtliche Risiken deutlicher als bisher in eine Gesamtbeurteilung einbezogen werden. Interne Bankjuristen wie externe Anwälte werden so zu eigentlichen Legal-Risk-Managern, womit sich auch die Anforderungen an ihre Tätigkeit verändern. Vorausschauender rechtlicher Rat sowie permanentes Monitoring gewisser rechtlicher Risiken werden neben den traditionellen eher auf Reaktion ausgerichteten Anwaltstätigkeiten sowohl für interne Bankjuristen als auch für externe Anwälte an Bedeutung gewinnen. Nicht zuletzt aus Reputationsgründen ist jeder Zwang zur Reaktion ein Stück weit bereits eine Niederlage für das betroffene Unternehmen.

Das in angelsächsischer Tradition stehende Outsourcing des Legal-Risk-Managements auf externe Rechtsberater dürfte sich bei grösseren Bankinstituten auch auf dem europäischen Kontinent zunehmender Beliebtheit erfreuen. Im Vordergrund dürfte insbesondere das Erstellen von standardisierten Rechtsgutachten (Legal Opinion) stehen, welche ihrerseits auf einer standardisierten Vertragsdokumentation abzugeben wären. Dem Legal-Risk-Manager muss freilich bewusst sein, dass auch eine standardisierte Legal Opinion immer nur eine formalisierte Form von rechtlichem Gutachterrat und kein Produkt, insbesondere keine Versicherung, ist. Die heute in der Schweiz noch gebräuchliche Trennung zwischen Legal und Compliance ist u. U. zu überdenken; damit zusammenhängend dürfte sich die eine oder andere Unternehmung (einmal mehr) die Frage stellen, wem gegenüber Compliance-Abteilungen optimalerweise berichterstattungspflichtig sind [41].

3. Fazit

Ob sich mittelbar aus Basel II in den traditionelleren Geschäftsbereichen wie Commercial Banking, Retail Banking und Asset Management Auswirkungen auf die Behandlungen von rechtlichen Risiken aus Schweizer Sicht ergeben werden, ist noch ungewiss. Die in CP3 vorliegende detaillierte Klassifikation von Verlustereignissen dürfte aber dazu führen, dass die allgemeinen Anforderungen an die Angemessenheit von rechtlichem Risikomanagement erhöht werden. Sodann wird damit zu rechnen sein, dass Basel II insbesondere im Bereich Compliance die Tendenz zu formalisierten papier- und datenträchtigen Prozessabläufen verstärken wird. Darüber hinaus sollte Basel II als Chance verstanden werden, eine wertvolle Auslegeordnung vorzufinden, anhand welcher bestehende und bewährte Organisations- und Prozessstrukturen überprüft und allenfalls optimiert werden können. Je nach Marktteilnehmer und seinem Geschäftsbereich können z. B. Managementinformations- und Vertragsmanagementsysteme auf ihre Sensitivität für Verlustereignisse kontrolliert und gegebenenfalls verbessert und die eine oder andere Compliance-Tätigkeit einem Feinschliff unterzogen werden. Im Kapitalmarkt aktive Banken können unter Umständen allfällige Beratungs- und Haftungsrisiken und damit verbundene Minderungstechniken systematisch erfassen, überprüfen und somit zu einem eigentlichen institutionalisierten Legal Risk Management finden, das Kriterien für die Internalisierung oder Externalisierung von rechtlichen Risiken etabliert. Generell dürfte sich schliesslich die Professionalisierung des Marktes für Rechtsberatungsdienstleistungen weiter verstärken. Von Anwälten wird in Zukunft verlangt werden, dass sie in der Lage sind, rechtliche Risiken aktiv zu managen. Noch stärker als bisher wird man sich auf die Einschätzung externer Rating-Agenturen verlassen. Der Ausgliederung und dem Transfer rechtlicher Risiken dürfte mehr Beachtung zukommen als heute üblich. Es scheint schliesslich offen, ob Basel II dazu führen wird, dass die EBK oder eine sie ablösende finanzpolitische Superbehörde vermehrt dazu übergehen wird, in bezug auf die Eigenmittelbefreiung bei spezifischen rechtlichen Risiken das Vorliegen von Rechtsgutachten (Legal Opinion) zu verlangen.

Anmerkungen

1 Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Überblick über die neue Basler Eigenkapitalvereinbarung (Übersetzung der Deutschen Bundesbank), April 2003, Ziffern 7 ff.

2 Vgl. z. B. die EBK-Mitteilung Nr. 30 (2003) vom 9. September 2003.

3 Vgl. z. B. Ammann/Jovic/Schmid, Der «IRB-Ansatz» als strategische Herausforderung für Banken, ST 10/2001, 915 ff.

4 Vgl. z. B. Brandenberger, Risikokontrollsysteme in Banken, ST 6-7/2000, 581 ff.

5 Vgl. z. B. Jovic/Piaz, «Operational Risk Management» als kritischer Erfolgsfaktor für Banken, ST 10/2001, 923 ff.

6 Vgl. Consultation Paper issued by the EU Commission Services vom 1. Juli 2003, Article 106 des «Working Document»: «Operational risk is the risk of loss resulting from inadequate or failed internal processes, people and systems or from external events, including legal risk.»

7 Vgl. International Bar Association, Suggested Definition of Legal Risk, October 2003.

8 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Überblick über die neue Basler Eigenkapitalvereinbarung (Übersetzung der Deutschen Bundesbank), April 2003, Ziffer 40.

9 Vgl. auch Piaz, Operational Risk Management bei Banken, Diss. Zürich 2002, 134 ff.

10 Vgl. z. B. «Tages-Anzeiger» vom 2. Februar 2004, 24: «Parmalat: Korruptionsverdacht», wonach die Staatsanwaltschaft von Parma

wegen mutmasslicher Korruption ermittelt und die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) Abklärungen hinsichtlich eines Tessiner Effektenhändlers und einer Parmalat-Tochtergesellschaft eingeleitet hat.

11 Vgl. auch die Zusammenstellung der durch Einzelpersonen verursachten Verlustfälle bei Piaz, a.a.O., 35.

12 Vgl. Art. 9 Abs. 2 BankV. Es obliegt in erster Linie der bankengesetzlichen Revisionsstelle, dieses Risikomanagement der Bank zu überprüfen. Unter Basel II dürfte dem Management von rechtlichen Risiken als operationelle Risiken sodann grössere Bedeutung zukommen.

13 Gemäss dem neuen Art. 49a Abs. 1 revKG können Unternehmen für gewisse kartellrechtswidrige Verhaltensweisen direkt gebüsst werden, und zwar bis zu einem Betrag von 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes.

14 Eine entsprechende Zusicherung (Representation) im Kreditvertrag dürfte dabei im Ernstfall relativ wenig nützen.

15 Vgl. z. B. Merkl, Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Act auf die Rechnungslegung von Unternehmen in der Schweiz, ST 12/2003, 1045 ff. Vgl. auch von der Crone/Roth, Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, AJP 2/2003, 131 ff.

16 Vgl. eingehend Aebi, Interzession – Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001.

17 Aebi, a.a.O., 159 ff. m.w.Hw.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996, N 1415 ff.; OR-Kurer, N 26 zu Art. 678 OR; a.M. (für blosse Anfechtbarkeit) wohl Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 267 ff.

18 Vgl. die Darstellung der Gestaltungsmöglichkeiten bei Aebi, a.a.O., 57 ff.

19 Vgl. Aebi, a.a.O., 141 ff. Es liesse sich allerdings auch die Meinung vertreten, durch die gegenseitigen Verrechnungsverträge profitierten potentiell alle Gesellschaften, worin gewissermassen die Gegenleistung bestehe. Vorsichtigerweise dürfte sich trotzdem eine Beschlussfassung durch die Generalversammlung aufdrängen. Denkbar scheint auch ein Ausschüttungsbeschluss, welcher die Verrechnung bis zu einem bestimmten Maximalbetrag zulässt.

20 Vgl. Art. 9 BankV.

21 Vgl. etwa EBK-RS 03/2 Kreditderivate, Rz. 1 FN 2, worin das Erfordernis einer Einzelfallentscheidung betreffend den Einsatz von Kreditderivaten bei Verbriefungstransaktionen ausdrücklich erwähnt ist.

22 Vgl. Art. 12 f BankV. Das schweizerische Recht kennt keine Definition des Begriffs Netting. Auch in Art. 211 SchKG oder in Art. 12 f BankV findet sich keine eigentliche Definition. Allerdings umschreibt Art. 12 f BankV die Vorgänge bei den verschiedenen gebräuchlichen Arten von Netting. Übersetzt man den englischen Begriff «Netting» auf deutsch, dürfte Verrechnung oder Saldierung eine gängige Übersetzung sein. Je nach anwendbarem Recht können mit Netting verschiedene Zwecke verfolgt werden. Unter Close-out-Netting wird in der Bankfachsprache allgemein ein Aufrechnungsmechanismus verstanden, bei welchem die Bank bei Ausfall der Gegenpartei aufgrund von Zahlungsunfähigkeit, Konkurs, Liquidation oder ähnlichen Umständen nur das Recht auf Erhalt bzw. nur die Verpflichtung zur Zahlung der Differenz der nicht realisierten Gewinne und Verluste aus den einbezogenen Geschäften hat (vgl. Art. 12 f Abs. 2 lit. a BankV). Weitere Aufrechnungsmöglichkeiten können durch Novation des Schuldverhältnisses (sog. Netting-by-Novation, vgl. Art. 12 f Abs. 2 lit. b BankV) und durch Glattstellung (sog. Payment Netting, vgl. Art. 12 f Abs. 2 lit. c BankV) erreicht werden.

23 Gemäss Art. 12a Ziff. 1.4 BankV ist eine Forderung einer Bank auf Rückzahlung eines Darlehens regulatorisch dann mit 0 % zu gewichten (d. h., es ist im Ergebnis keine Unterlegung mit Eigenmitteln notwendig), wenn diese Forderung durch bei der Bank verpfändete oder «mindestens gleichwertig sichergestellte Bareinlagen» gedeckt ist. Verpfändet ein Schuldner Barmittel an die Bank, ist bankseitig in diesem Umfang keine Unterlegung des Darlehens mit Eigenmitteln notwendig; unterlegt werden muss lediglich, aber immerhin, der durch Verpfändung von Barmitteln nicht abgesicherte Darlehens(teil)betrag.

24 Vgl. www.ibanet.org/committees/SBL-Esub2.asp.

25 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Konsultationspapier, Die neue Basler Eigenkapitalvereinbarung (Übersetzung der Deutschen Bundesbank), April 2003, Ziffer 89. Für Garantien und Kreditderivate darf des weiteren keine Vertragsklausel existieren, die es dem Sicherungsgeber erlauben würde, die Kreditabsicherung einseitig zu kündigen oder die effektiven Absicherungskosten als Resultat einer sich verschlechternden Kreditqualität der abgesicherten Forderung zu erhöhen (a.a.O., Ziffer 160).

26 Vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 14. Nachlieferung Zürich 2003, N 60 f. zu Art. 3 BaG.

27 Die EBK hat mit dem Rundschreiben, Auswirkungen des Einsatzes von Garantien und Kreditderivaten auf die erforderlichen Eigenmittel vom 24. September 2003 (EBK-RS 03/2) bereits heute diesen Aspekt von Basel II (modifiziert) umgesetzt. Das EBK-RS 03/2 enthält neben dem Erfordernis der Durchsetzbarkeit vergleichsweise detaillierte Anforde-

rungen an die Vertragsgestaltung (vgl. EBK-RS 03/2, Rz. 22ff.).

28 Im Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Konsultationspapier, Die neue Basler Eigenkapitalvereinbarung (Übersetzung der Deutschen Bundesbank), April 2003, Ziffer 486, wird etwa als Voraussetzung für eine bankinterne Risikoeinstufung von Leasingverträgen (i. e. Kreditrisiko) folgende Mindestanforderung gestellt: «Robuste rechtliche Rahmenbedingungen, die das rechtliche Eigentum des Leasinggebers an den Gegenständen und die Fähigkeit, die Eigentumsrechte auch zeitnah auszuüben sicherstellen,...». Die rechtliche Durchsetzbarkeit von Eigentumsrechten wird zur «operationalen Anforderung» für einen anerkennungsfähigen IRB-Ansatz.

29 Vgl. die auf der BIS-Website abrufbaren Kommentare von Marktteilnehmern zur Vernehmlassung des 2. Konsultationspapiers (http://www.bis.org/press/p010625.htm).

30 Sofern – wenn auch aus heutiger Sicht mit einer gewissen Skepsis beurteilt – vor allem im Rahmen der AMA innovative Modelle zur Erfassung von Legal Risk entwickelt werden können, denen quantitative und qualitative Kriterien zugrunde gelegt werden, so darf diese Innovationskraft grundsätzlich nicht durch datenschutzrechtliche Bedenken eingeschränkt werden.

31 Schütter, Basel II und die Praxis, Präsentationspapier, Credit Suisse Group Risk Management, Januar 2003, 4.

32 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Konsultationspapier, Die neue Basler Eigenkapitalvereinbarung (Übersetzung der Deutschen Bundesbank), April 2003, Anhang 7, 229. Die deutsche Übersetzung verwendet die Begriffe «interner bzw. externer Betrug», welche den Umfang der Ereigniskategorie (zu) knapp wiedergeben.

33 Vgl. zum Versicherungsbetrug Martin Jara, Zielorientierte Neugestaltung des Schadenmanagements in Versicherungsunternehmen – Ansätze für die Sach- und Haftpflichtsparten des Privatkundengeschäfts, Diss., St. Gallen 2000, 176 ff.

34 Zur fehlenden Aufsichtskompetenz der EBK für vertragliche Beziehungen der Bank zum Kunden vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 98 zur Art. 3 BaG; vom Ansatz überzeugender Hauri, Der Einfluss des öffentlichen Rechts auf das private Bankrecht, in Wiegand (Hrsg.), Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Bern 1999, 9 f.

35 Quantitative Ansätze, welche menschliches (Fehl-)Verhalten modellgestützt analysieren bzw. antizipieren, kommen kaum ohne eine gewisse «Verkürzung des Menschenbilds» aus. Tragfähige Modellannahmen z.B. betreffend (homogene) Risikopräferenzen von Entscheidungsträgern, u. U. auch ohne vorangehende umfassende empirische Verifikation, müssten unter Basel II aber grundsätzlich möglich sein, freilich in Berücksichtigung des eingeschränkten Erkenntniswerts der modellgestützten Analysetechnik (vgl. auch Dörig, Operational Risks in Financial Services, Zurich 2001/2003, 11).

36 Vgl. etwa Rundschreiben der EBK: Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing) vom 26. August 1999 (letzte Änderung vom 22. August 2002).

37 Vgl. Basel Committee on Banking Supervision, Changes to the Securitisation Framework, 30 January 2004.

38 Die heute praktisch inexistente Regulierung der Rating-Agenturen wurde auch bereits als «Rating Agency Paradox» bezeichnet, vgl. Schwarcz, Private Ordering of Public Markets: The Rating Agency Paradox, University of Illinois Law Review 1 (2002).

39 Vgl. die Aufstellung für die Versicherung operationeller Risiken bei Piaz, a.a.O., 160 ff.

40 Die FIFA hat kürzlich ihre Cancellation Insurance für den FIFA World Cup 2006 über eine Securitisation am Kapitalmarkt aufgenommen. Vgl. Kroll/Spangler/Bürgi, «Securitisation in Switzerland», in «Global Securitisation Review 2003/2004 (Euromoney)», 131 ff.

41 Als übergeordnete (weisungsberechtigte) Funktionen stehen vorab Chief Risk Officer sowie General Counsel der Unternehmung zur Diskussion.

RESUME

Risques juridiques sous Bâle II

La question de savoir si, du point de vue suisse, Bâle II aura des répercussions sur le traitement des risques juridiques dans des domaines d'activité traditionnelle tels que les opérations bancaires commerciales (commercial banking), les opérations bancaires de détail (retail banking) et la gestion des actifs (asset management) est encore incertaine. La classification détaillée des événements à perte figurant dans CP3 devrait toutefois avoir pour effet d'accroître les exigences générales relatives à l'adéquation de la gestion juridique des risques. Il faut dès lors s'attendre à ce que Bâle II renforce la tendance à une formalisation en particulier dans le domaine de la compliance. Quoi qu'il en soit, Bâle II doit être compris une chance de disposer d'un instrument d'interprétation précieux qui permettra de vérifier les structures d'organisation et de procédure existantes et d'optimiser celles qui ont fait leurs preuves.

Selon les acteurs du marché et leurs domaines d'activité, il sera possible de contrôler et, le cas échéant, d'améliorer par exemple les systèmes d'information du management et de gestion contractuelle du point de vue de leur aptitude à déceler les risques de pertes; on pourra aussi affiner l'une ou l'autre activité de compliance. Les banques actives sur le marché des capitaux pourront, selon les circonstances, détecter et vérifier systématiquement les risques éventuels en matière de conseil et de responsabilité, ainsi que les techniques de réduction qui en découlent, et mettre au point un véritable outil de gestion des risques juridiques qui établira les critères propres à l'internalisation ou à l'externalisation des risques juridiques. Enfin, dans le domaine du conseil juridique, la professionnalisation du marché devrait généralement poursuivre son développement. On attend des avocats qu'ils soient désormais en mesure de gérer activement les risques. On se fiera, davantage que maintenant, à l'appréciation des agents de notation externes. On attachera encore plus d'attention au détachement et au transfert des risques juridiques. Par contre, on ne sait pas encore si Bâle II conduira la *Commission fédérale des banques* (CFB) ou une autre superautorité de la politique financière appelée à la remplacer à exiger la présentation d'une expertise juridique (legal opinion) en matière de libération des fonds propres lorsqu'il existe des risques juridiques spécifiques.

MDP/JAB/MA