

VISCHER

Corporate Governance –
Pflicht oder Kür?

Vorwort

lic. iur. Nadia Tarolli Schmidt



Bis zu Beginn der 90er Jahre führte der Begriff «Corporate Governance» ein Schatten-dasein – er war allenfalls in Vorlesungssälen ein Thema. Mit der Zeit begannen die Grundsätze verantwortungsvoller Unternehmensführung und -kontrolle den Weg in die Praxis zu finden. Begünstigt wurde diese Entwicklung durch verschiedene Unternehmensskandale. Während die Corporate Governance von den Unternehmen in der Anfangsphase eher als Pflichtübung angesehen wurde, ist sie heute – unzählige Fachbücher, Regelwerke und eine Finanzkrise später – den Kinderschuhen entwachsen. Zahlreiche Unternehmen beginnen, sie als etwas Positives zu nutzen, da Investoren ebenso wie Kunden und Mitarbeitende die Corporate Governance zunehmend in ihre Entscheidungen miteinbeziehen. Eine gute Corporate Governance gehört heute zum guten Ton.

Trotzdem ist der Begriff in den letzten Jahren nicht nur in positivem Kontext in Erscheinung getreten. Vielmehr standen des Öfteren die Vergütungen des Verwaltungsrats und des Managements in der Öffentlichkeit und dabei oft unter scharfer Kritik. Dieser – wenn auch unterhaltsame – Teilaspekt ist selbstverständlich nicht der einzige und auch nicht der wichtigste der Corporate Governance. Mit der vorliegenden Broschüre möchten wir Ihnen einen Überblick über verschiedene Facetten dieses Themas geben. Dabei wird rasch klar, dass sich nebst den börsenkotierten Unternehmen auch KMU und Non-Profit-Organisationen Gedanken zu dem Thema machen und machen sollten.

Wir stellen die in der Schweiz aktuell massgebenden Corporate-Governance-Regelungen sowie die aktuellen Entwicklungen wie beispielsweise die «Bonisteuer» vor und erläutern, für wen die Normen massgebend sind. Hinsichtlich des neu erschienenen FINMA Rundschreibens kommen wir zum Schluss, dass bei der gesetzlichen Grundlage gespart wurde. Zusätzlich benennen wir die Aspekte, die für Vereine und Stiftungen wichtig sind und zeigen, welche Fragen es für diese Institute zu beantworten gilt. Verwaltungsräten in der Krise geben wir einen Sieben-Punkte-Plan an die Hand.

Aus dem Beitrag zur Korruption und Bestechung wird ersichtlich, dass diese bereits mit einer Kiste Wein beginnen können. Im Aufsatz White Collar Crime Prävention zeigen wir unter anderem auf, mit welchen Massnahmen Sie in Ihrem Unternehmen derartige Delikte verhindern können.

Sie wissen es; wir betonen es trotzdem: Eine Broschüre ersetzt kein Fachgespräch. Wir laden Sie herzlich ein, auf uns zuzukommen, wenn Sie Fragen haben. Die Kontaktdaten Ihrer Ansprechpersonen finden Sie – im Sinne «vollständiger Transparenz» – auf Seite 39.

Inhalt

I	Corporate-Governance-Regulierung in der Schweiz – eine Übersicht	4
	A Begriff der Corporate Governance	4
	B Aktuelles Regelwerk	4
	1 Gesetzliche Regulierung der Corporate Governance im Aktienrecht	4
	2 Gesetzliche Regulierung der Corporate Governance im Börsengesetz	5
	3 Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten	6
	4 Selbstregulierungsorganisationen	6
	C Aktuelle Entwicklungstendenzen	7
II	Neuere Entwicklungen rund um den Bereich der Corporate Governance mit Fokus auf KMU	9
	A Hauptanliegen der Corporate Governance	9
	B Rechtliche Verschärfungen und Gegenbewegungen	10
	C Minder-Initiative	11
	1 Bonussteuer	11
	2 Rückerstattung ungerechtfertigter Bezüge	11
	D Aktienrechtsreform im Allgemeinen	11
	E Zurückhaltende Gerichte bei Verantwortlichkeit und Sonderprüfung	12
III	Corporate Governance und White-Collar-Crime-Prävention	14
	A Ausgangslage	14
	B Corporate Governance soll's richten	14
	C Schutz durch Corporate Governance	14
	D Zwei Kategorien von Delikten	15
	E Rechtssatz gewordene Corporate Governance	15
	1 Zivilrecht	15
	2 Strafrecht	16
	F Prävention	17
	1 Konkrete Massnahmen	17
	2 Corporate Code	18
IV	Corporate Governance in der Krisensituation	19
	A Enge Überwachung des Finanzwesens	19
	B Enge Überwachung des Managements – persönlicher Einsatz des Verwaltungsrates	19
	C Persönliches Haftungsrisiko verstehen – Überprüfung D&O-Versicherung	20

	D	Einhaltung von Formalität – Protokollierung	20
	E	Informationsstrategie – Einbinden von Gläubigern und Mitarbeitenden	20
	F	Verwendung der Mittel – keine Gläubigerbevorzugung	21
	G	Die rote Karte	21
V		Folgerungen für Vereine und Stiftungen aus der Corporate-Governance-Debatte	23
	A	Ausgangslage	23
	B	Wessen Interessen sollen Corporate-Governance-Grundsätze für Non-Profit-Organisationen schützen?	24
	C	Typische Corporate-Governance-Probleme in Vereinen und Stiftungen	24
	D	Die Rezepte des Swiss NPO-Code	25
	E	Praktische Empfehlungen	25
VI		Vergütungen in der Finanzbranche	27
	A	Vergütungen als Aufgabe des Verwaltungsrates	27
	B	Vergütungssysteme in der Finanzbranche	28
		1 Überschüssender Geltungsbereich des Rundschreibens	28
		2 Wichtigste Vorgaben des Rundschreibens	28
		3 Rundschriften hat keine ausreichende gesetzliche Grundlage	29
		4 Rundschriften verstösst gegen die Grundsätze der Wirtschaftsverfassung	31
	C	Regulierung unter politischem Druck ist heikel	31
VII		Korruption und Bestechung: Wie schütze ich Unternehmen und Mitarbeitende vor Risiken und Sanktionen?	33
	A	Was ist Korruption?	33
	B	Braucht mein Unternehmen Richtlinien zur Vermeidung von Korruption?	33
	C	Welche Handlungen sind strafbar?	34
		1 Strafbarkeit in der Schweiz	34
		2 Strafbarkeit in den USA und in Grossbritannien	36
	D	Internationale Standards und Modellkodizes	37
	E	Eckpfeiler der Korruptionsvermeidung	37
		Ansprechpartner	39

I Corporate-Governance-Regulierung in der Schweiz – eine Übersicht

lic. iur. Tanja Gustinetti Henz



Corporate Governance ist in aller Munde. Trotzdem kennt das Schweizer Recht im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen bis heute kein eigenes Regelwerk, das sich ausschliesslich mit dieser Thematik beschäftigt. Vielmehr sind die massgebenden Bestimmungen auf verschiedene Gesetze, aber auch Richtlinien der Börse oder (anderer) Selbstregulierungsorganisationen verteilt. Nicht allen Normen kommt die gleiche Verbindlichkeit zu, einige haben nur den Charakter einer Empfehlung. Nachstehend wird das Schweizer Regelwerk der Corporate Governance in seinen Grundzügen dargestellt.

A Begriff der Corporate Governance

Eine einheitliche Definition der Corporate Governance fehlt in der Schweiz.

Eine Mehrheit versteht unter Corporate Governance den Inbegriff der Grundsätze, die auf das Aktionärsinteresse ausgerichtet sind, und daher Transparenz sowie ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Führung und Kontrolle («checks and balances») sicherstellen, dabei aber Entscheidungsfähigkeit und Effizienz der obersten Führungsebene wahren wollen.

In einem weiteren Sinne werden damit die Grundsätze bezeichnet, die ein funktionierendes Zusammenspiel zwischen Führung und Kontrolle unter Einbezug sämtlicher Anspruchsgruppen einer Gesellschaft («Stakeholder»), d. h. nicht nur der Aktionäre, sondern auch der Arbeitnehmer, Vertragspartner, Kunden, (potentiellen) Kapitalgeber, Öffentlichkeit etc., sicherstellen wollen.

Der Umfang der Interessen, welche die Corporate Governance wahren soll, ist stetem Wandel ausgesetzt. Die aktuelle Tendenz scheint aber dahin zu gehen, den Fokus zunehmend breiter zu fassen.

B Aktuelles Regelwerk

1 Gesetzliche Regulierung der Corporate Governance im Aktienrecht

Das schweizerische Obligationenrecht (OR) statuiert im Aktienrecht die gesetzlichen Eckpfeiler der Corporate Governance:

Einerseits stellt es zwingende Anforderungen an die Organisation einer Aktiengesellschaft, nämlich die Aufteilung der Kompetenzen zwischen dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung. Die Generalversammlung ist das oberste Organ einer Gesellschaft. Sowohl ihr, als auch dem Verwaltungsrat, obliegen unübertragbare Aufgaben. So übt der Verwaltungsrat die Oberleitung und die Oberaufsicht über das Unternehmen aus. Er ist weiter verantwortlich für die Rechnungslegung, die Finanzkontrolle und die Finanzverantwortung. Daraus ergibt sich auch die Pflicht, ein wirksames internes Kontrollsystem zu unterhalten. Der Generalversammlung hingegen sind die grundlegenden Aufgaben wie der Entscheid über die Gründung und die Auflösung der Gesellschaft, Wahl und Abwahl von Verwaltungsrat und Revisionsstelle, Genehmigung des Jahresberichts etc. anvertraut.

Andererseits auferlegt das Aktienrecht der Führung eines Unternehmens Pflichten, die Transparenz gewährleisten sollen. So haben nicht nur Verwaltungsratsmitglieder Anspruch auf Auskunft und Einsicht in die Belange der Gesellschaft, sondern sie müssen im Gegenzug auch den verschiedenen Offenlegungs- und Informationspflichten nachkommen, damit sich die Aktionäre und Anleger ein zuverlässiges Bild über die Situation der Gesellschaft machen können. Typische Beispiele dafür sind die Prospektpflicht bei öffentlichen Zeichnungsangeboten, die Vorschriften über die Offenlegung von bestimmten Informationen im Geschäftsbericht und die Pflicht von börsenkotierten Gesellschaften zur Bekanntgabe von Vergütungen an Spitzenorgane.

Weiter dienen auch der im Obligationenrecht statuierte Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre, deren Antrags-, Stimm- und Wahlrechte in der Generalversammlung sowie deren Klagerechte und die Revisionspflicht der Kontrolle der Gesellschaft und damit einer gut funktionierenden Corporate Governance.

Zu beachten ist, dass diese Grundordnung, mit der Ausnahme der Pflicht zur Offenlegung von zusätzlichen Angaben bei börsenkotierten Gesellschaften im Anhang zur Bilanz sowie der Prospektpflicht, für alle Aktiengesellschaften, d.h. private und Publikumsgesellschaften, gleichermassen gilt.

2 Gesetzliche Regulierung der Corporate Governance im Börsengesetz

Für Publikumsgesellschaften enthält das Börsengesetz (BEHG) zusätzlich zu den oben genannten aktienrechtlichen Bestimmungen, wie beispielsweise die Prospekt- und Offenlegungspflicht, weitere Bestimmungen zur Corporate Governance. Dazu zählen Transparenzvorschriften wie:

- der Grundsatz der Meldepflicht bedeutender Aktionäre bei Über- und Unterschreitung gewisser Schwellenwerte sowie die Veröffentlichungspflicht der Publikumsgesellschaft bei Veränderung der Stimmrechte; und
- die Pflichten im Zusammenhang mit öffentlichen Übernahmeangeboten, wie die Pflicht des Verwaltungsrates der Zielgesellschaft zur öffentlichen Stellungnahme und die Prospektpflicht des Anbieters, verschärfte Meldepflichten des Anbieters und die Pflicht zur Veröffentlichung des Ergebnisses des Übernahmeangebotes.

Weitere Pflichten zielen nicht (nur) auf das gute Funktionieren des Marktes ab, sondern auch auf den Schutz der (Minderheits-)Aktionäre. Zu dieser Kategorie zählen:

- die Pflicht eines Erwerbers von Aktien zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebotes bei Überschreitung eines gewissen Schwellenwertes; sowie
- die Neutralitätspflicht des Verwaltungsrates während der Dauer eines Übernahmeangebots bzw. das Verbot gesetzeswidriger Abwehrmassnahmen. Diese allgemeine Neutralitätspflicht wurde durch die Übernahmekommission in der Übernahmeverordnung näher konkretisiert.

3 Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten

Im Nachgang zur Finanzmarktkrise hat die schweizerische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) mit ihrem Rundschreiben 2010/1 Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten erlassen. Diese sind am 1. Januar 2010 in Kraft getreten, gelten aber noch nicht für alle Finanzinstitute.

Für die Einzelheiten wird auf den Beitrag von Rosana Pfaffhauser und Peter Hettich verwiesen.

4 Selbstregulierungsorganisationen

a) Economiesuisse: Swiss Code of Best Practice für Corporate Governance

Im März 2002 wurde der Swiss Code of Best Practice für Corporate Governance (nachfolgend «Swiss Code») vom Vorstand der economiesuisse, Verband Schweizer Unternehmen, verabschiedet. Erarbeitet wurde er von einem Arbeitsausschuss bestehend aus Wirtschaftsanwälten, Vertretern der Börse, Banken und Leitern von grösseren Unternehmen und Wirtschaftsverbänden, mit dem Ziel, grösseren Publikumsgesellschaften einen Leitfaden an die Hand zu geben, der die Grundsätze einer guten (Schweizer) Corporate Governance umschreibt.

Der Swiss Code versteht sich als eine auf die Grundordnung einer Publikumsgesellschaft beschränkte Empfehlung und befasst sich nicht mit den zusätzlichen Anforderungen, die das Börsenrecht an in der Schweiz kotierte Unternehmen stellt. Private «volkswirtschaftlich bedeutende» Unternehmen können gemäss dem Swiss Code «zweckmässige Leitideen» übernehmen.

Grundsätze, die der Swiss Code stipuliert, betreffen:

- das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Aktionären, denen als Kapitalgeber die letzte Entscheidung in der Gesellschaft zusteht. Die Gesellschaft hat dafür zu sorgen, dass die Generalversammlung ihre Aufgaben entsprechend erfüllen kann. Der Swiss Code enthält zu diesem Zweck Regelungen betreffend Information der Aktionäre durch den Verwaltungsrat, Abstimmungsmodalitäten der Generalversammlung, Traktandierungsrechte etc.;

- das Verhältnis der Gesellschaft zu ihrem Verwaltungsrat und ihrer Geschäftsleitung. Für diese Gremien werden namentlich Aufgaben, Zusammensetzung und Organisation, Arbeitsweise, Umgang mit Interessenkonflikten, die Einhaltung der anwendbaren Massnahmen («Compliance») sowie die Pflicht, für ein angemessenes Kontrollsystem und Risikomanagement zu sorgen, geregelt;
- die externe Revision, wonach diese die ihr vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben in Zusammenarbeit mit der internen Revisionsstelle erfüllt; sowie
- die Offenlegung zur Corporate Governance im Geschäftsbericht der Gesellschaft. Für die Einzelheiten wird allerdings auf die Richtlinie zur Offenlegung der Schweizer Börse SIX Swiss Exchange verwiesen.

Im September 2007 wurde in Ergänzung zu den vorgenannten Empfehlungen ein Anhang geschaffen, der sich detaillierter mit der Entschädigung der Spitzenkräfte von Publikums-gesellschaften befasst. Der Anhang statuiert detailliertere Unabhängigkeitsbestimmungen, Grundsätze über die Ausgestaltung des Entschädigungssystems, z. B. den Verzicht auf goldene Fallschirme und Abgangsentschädigungen, und umschreibt die Rolle der Generalversammlung (Informations- oder Konsultativabstimmungsrechte) sowie Bestimmungen über die Offenlegung von Entschädigungen an Spitzenkräfte.

b) Richtlinien der Schweizer Börse

Die Corporate-Governance-Richtlinie der SIX Swiss Exchange vom 29. Oktober 2009 statuiert für Schweizer Gesellschaften (und ausländische Gesellschaften, deren Beteiligungsrechte an der SIX Swiss Exchange, nicht aber in ihrem Heimatstaat kotiert sind) verschiedene Publizitätspflichten. Diese Gesellschaften haben z.B. detaillierte Informationen zu ihrer Konzern- und Kapitalstruktur, zu ihren Organen und deren Entschädigungen und Beteiligungen sowie zu Stimmrechtsbeschränkungen im Geschäftsbericht zu veröffentlichen. Für all diese Angaben gilt der Grundsatz «Comply or Explain»: Sieht der Emittent von der Offenlegung dieser Informationen ab, muss er dies im Geschäftsbericht einzeln und substantiell begründen. Dieser in verschiedenen Rechtsordnungen bekannte Ansatz wurde auch im Rahmen der Vernehmlassung der vorgenannten Ergänzung des Swiss Codes gefordert. Die Redaktoren haben aber bewusst auf die Einführung verzichtet, da dies nicht dem Leitlinienkonzept des Swiss Code entsprechen würde.

Darüber hinaus dienen auch die weiteren Informationspflichten, wie z.B. die Pflicht zur Publikation einer potenziell kursrelevanten Tatsache («Ad-hoc-Publizität») sowie die Offenlegung von Managementtransaktionen einer gut funktionierenden Corporate Governance.

C Aktuelle Entwicklungstendenzen

In den Jahren 2001 und 2002, also lange vor der Finanzkrise, wurden bereits zahlreiche parlamentarische Vorstösse eingereicht, die eine Stärkung des schweizerischen Rechts im Bereich der Corporate Governance verlangten.

Im Dezember 2007 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts. Mit den vorgeschlagenen Änderungen im Aktien- und Rechnungslegungsrecht bezweckt der Bundesrat, die Corporate Governance zu verbessern, namentlich durch eine Stärkung der Aktionärsrechte (die Revision des Rechnungslegungsrechts wurde in der Folge vom Aktienrecht getrennt und wird nun separat behandelt). Vorgesehen werden unter anderem die Schaffung eines schriftlichen Auskunftsrechts bei Privatgesellschaften sowie die Senkung der Schwellenwerte zur Ausübung verschiedener Aktionärsrechte (Einleitung einer Sonderuntersuchung, Einberufungs- und Traktandierungsrecht, Auflösungsklage). Weitere Änderungen betreffen das Recht auf Auskunft über Vergütungen des obersten Managements bei privaten Gesellschaften (zumal diese ja im Unterschied zu Publikumsgesellschaften nicht zur Offenlegung verpflichtet sind) sowie die Möglichkeit der Generalversammlung zur (statutarischen) Festsetzung der Entschädigungspolitik der Gesellschaft. Auch die vorgeschlagenen Änderungen betreffend die jährliche Wahl des Verwaltungsrates, die Abschaffung des Depotstimmrechtes und der Organvertretung sowie die Verbesserung der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen dienen einer verbesserten Corporate Governance.

Im Februar 2008 reichte ein Initiativkomitee bei der Bundeskanzlei die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» ein (auch bekannt als «Minder-Initiative» bzw. als «Abzocker-Initiative»). Die Initianten verlangen, dass den als überhöht empfundenen Vergütungen des obersten Managements von börsenkotierten Aktiengesellschaften Einhalt geboten wird.

Im Nachgang zur Abzocker-Initiative verabschiedete die Rechtskommission des Ständerates im Oktober 2010 eine Zusatzbotschaft, die zusammen mit dem vorgenannten Entwurf zum neuen Aktienrecht einen indirekten Gegenvorschlag zur Abzocker-Initiative bildet. Für die Bonussteuer wird auf den Beitrag von Sebastian Burckhardt verwiesen.

Die beiden Vorlagen, insbesondere die Frage, ob und in welchem Umfang die Generalversammlung von börsenkotierten Gesellschaften die Vergütung an Verwaltungsrat und Geschäftsführung (mit-)bestimmen kann und soll, sind umstritten.

National- und Ständerat beziehungsweise deren Kommissionen konnten sich nicht über die Behandlung der Initiative und der damit zusammenhängenden Gesetzesvorschläge einigen und haben sich daher darauf verständigt, die Behandlungsfrist für die Initiative bis zum 26. August 2012 zu verlängern. Es ist daher ungewiss, wann mit einer Abstimmung über die Abzocker-Initiative und das revidierte Aktienrecht zu rechnen ist.

II Neuere Entwicklungen rund um den Bereich der Corporate Governance mit Fokus auf KMU

Dr. Sebastian Burckhardt



A Hauptanliegen der Corporate Governance

Unter «Corporate Governance» wird die Gesamtheit der formellen und informellen Regeln, die die Führung und Kontrolle einer Unternehmung betreffen, verstanden. Darunter fallen die Kompetenzordnung und die Aufgabenverteilung zwischen den verschiedenen Organen, Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle, aber auch zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären. Viele Themen sind unbestritten, andere werden intensiv diskutiert, dies betrifft vor allem jene Bereiche, in denen eine wirksame Kontrolle fehlt und für die daher das Bestreben einer (verstärkten) Regulierung besteht. Die Themen, die diskutiert werden, lassen sich auf folgende vier Bereiche einschränken:

- Der Schutz der Minderheitsaktionäre vor dem Mehrheitsaktionär;
- Die Begrenzung übermässiger Macht der Manager, insbesondere wie der erzielte Gewinn zwischen dem Management und den Aktionären aufgeteilt wird – Stichwort «Minder-Initiative»;
- Der Schutz der Mitarbeitenden und Gläubiger im Falle einer Zahlungsunfähigkeit und anderer wirtschaftlicher Probleme, insbesondere das rechtzeitige Erkennen von Risiken und Sicherstellen einer adäquaten Reaktion;
- Die Durchsetzung der «Spielregeln» durch ein Haftbarmachen des Verwaltungsrates – Stichwort «Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates».

Diese vier Themenkreise betreffen nicht alle Gesellschaften in gleichem Umfang. So steht bei Publikumsgesellschaften die unzureichende Kontrolle der Manager durch die Aktionäre im Vordergrund, namentlich dass die Manager sich übertrieben hohe Bezüge zuteilen können und sie über ihr Verhalten zu wenig Rechenschaft ablegen müssen. Diese Problematik besteht bei KMUs, also den kleineren und mittleren Unternehmen, nur selten. Hier gibt es massgebliche Aktionäre, die die Wahl und Absetzung der Manager sowie deren Entlohnung kontrollieren können. Dafür stehen bei den KMU das erwähnte Einhalten der Spielregeln und der Schutz der Minderheitsaktionäre zur Debatte.

Noch einmal anders stellt sich die Corporate-Governance-Situation für Tochtergesellschaften dar. Hier besteht aufgrund der Beherrschungsverhältnisse nur das dritterwähnte Problem, nämlich der Schutz der Gläubiger bei wirtschaftlicher Schieflage. Besonders interessiert hier die Antwort auf die Frage, wie weit die Organe einer Tochtergesellschaft Verfügungen im Interesse des Gesamtkonzerns, die nicht im engen Interesse der Tochtergesellschaft liegen, treffen dürfen. Diese Frage ist heute noch nicht geklärt, dürfte

aber im Rahmen der Swissair Verantwortlichkeitsprozesse entschieden werden. Bis erste Urteile vorliegen, wird allerdings noch einige Zeit verstreichen, hat doch der Liquidator der SAirGroup erst kürzlich früheren Verwaltungsratsmitgliedern den Entwurf einer Verantwortlichkeitsklage übergeben (Zirkular Nr. 18 des Liquidators der SAirGroup vom Mai 2011).

B Rechtliche Verschärfungen und Gegenbewegungen

Der grösste gesetzliche Änderungsschub zum Thema Corporate Governance kam im Jahre 1992, als das revidierte Aktienrecht in Kraft trat. Seit dem 1. Januar 2008 gelten zudem neu das geänderte Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und einige Neuerungen betreffend die Rechnungslegung und die Rechnungsprüfung. Letztere gewähren vor allem dem Minderheitsaktionär eine bessere Information.

Interessanterweise fand in der Praxis eine Gegenbewegung statt: Viel mehr Gesellschaften als erwartet nutzen die Möglichkeit des «Opting outs», des Verzichts auf eine Revision mit Zustimmung aller Aktionäre (Art. 727a des Schweizerischen Obligationenrechts [OR]).

Im Sinne einer Korrektur der als zu streng empfundenen Regelung sollen nun die seit 2008 geltenden Schwellenwerte, ab welchen eine (teure) ordentliche Revision erforderlich ist, erhöht und damit die erfasste Anzahl von Gesellschaften reduziert werden. Neu unterstehen der ordentlichen Revisionspflicht Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten: Bilanzsumme von CHF 20 Mio. (bisher CHF 10 Mio.), Umsatzerlös von CHF 40 Mio. (bisher CHF 20 Mio.), 250 Vollzeitstellen (bisher 50 Vollzeitstellen) im Jahresdurchschnitt.

Voraussichtlich tritt die Änderung auf den 1. Januar 2012 in Kraft und gilt erstmals für das Geschäftsjahr 2012 (BBI 2011, 4843). Die Referendumsfrist ist am 6. Oktober 2011 abgelaufen, das Inkrafttreten wird durch den Bundesrat bestimmt. Versehentlich wurden die für das Erstellen einer Konzernrechnung bestehenden Schwellenwerte in Art. 663e OR nicht gesenkt. Dies soll nachgeholt werden. Während einer Übergangszeit gelten aber – unter Umständen für die gleiche Gesellschaft – unterschiedliche Schwellenwerte betreffend die Revisions- und die Konsolidierungspflicht:

Wenn zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden, dann besteht die Pflicht zur:

	Erstellung einer Konzernrechnung gemäss Art. 663e OR (mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung)	ordentlichen Revision
Bilanzsumme	CHF 10 Mio.	CHF 20 Mio.
Umsatz	CHF 20 Mio.	CHF 40 Mio.
Vollzeitstellen	200	250

C Minder-Initiative

Die heute viel diskutierte Minder-Initiative bezieht sich nur auf kotierte Schweizer Aktiengesellschaften, betrifft also die KMU nicht. Auch die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen des indirekten Gegenvorschlages betreffen die KMUs nur in wenigen Ausnahmen:

1 Bonussteuer

Als direkte Reaktion auf die Minder-Initiative hat der Ständerat im Winter 2010 den Vorschlag einer Bonussteuer gutgeheissen: Sämtliche Lohnanteile über CHF 3 Mio. – auch Löhne von Angestellten eines KMUs –, unterliegen einer Sondersteuer; sie gelten als aus versteuertem Gewinn bezahlt. Es ist allerdings noch offen, ob diese Regelung in die definitive Gesetzesfassung übernommen wird.

2 Rückerstattung ungerechtfertigter Bezüge

In der Aktienrechtsreform von 1991 wurde neu Art. 678 ins OR aufgenommen: Aktionäre und Verwaltungsratsmitglieder, die «ungerechtfertigt und in bösem Glauben» Gewinnanteile oder andere Leistungen, die in «einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen» bezogen haben, sind zur Rückerstattung verpflichtet. Die Bestimmung hat bis jetzt wenig Wirkung entfaltet, wohl auch, weil die Revisionsstellen nur zögerlich solche zurückzuerstattenden Beträge aufdecken. In der anstehenden Revision wird die Bestimmung verschärft, indem das Erfordernis der Bösgläubigkeit gestrichen wird und jedes Missverhältnis, auch ein «nicht offensichtliches» für einen Rückerstattungsanspruch genügt.

D Aktienrechtsreform im Allgemeinen

Die laufende Aktienrechtsreform beinhaltet neben dem Gegenvorschlag zur Minder-Initiative auch allgemeine Änderungen des Aktien- und des Rechnungslegungsrechts. Wann diese in Kraft treten, lässt sich allerdings derzeit nicht sagen. Die Rechte des Minderheitsaktionärs bei Kapitalerhöhungen werden geringfügig verbessert (gemäss Gesetzesvorlage dürfen neu ausgegebene Aktien nur dann «wesentlich» unter dem «wirklichen» Wert ausgegeben werden, wenn alle Aktionäre zustimmen oder wenn das Bezugsrecht gewahrt wird). Im Übrigen betreffen die Änderungen die Corporate Governance nicht direkt. Deshalb werden hier nur einige der Neuerungen stichwortartig erwähnt:

1. Änderungen des Aktienrechts:

- Das Gesellschaftskapital muss neu mindestens zu 25 % (bisher 20 %) einbezahlt sein (Art. 632 OR);
- Neu können Einlagen auch in anderen Währungen als CHF geleistet werden (Art. 633 OR);

- Bei einer Kapitalerhöhung kann auf einen Emissionsprospekt verzichtet werden, wenn neue Aktien ausschliesslich qualifizierten Anlegern angeboten werden (Art. 652a OR);
- Das Institut des genehmigten Kapitals wird durch ein «Kapitalband» ersetzt: Sofern die Generalversammlung ein Kapitalband schafft, kann der Verwaltungsrat innerhalb des Kapitalbandes das Kapital erhöhen oder herabsetzen (Art. 653s OR);
- Neu darf bei börsenkotierten Gesellschaften das Partizipationsschein-Kapital mehr als das Doppelte des Aktienkapitals betragen (Art. 656b OR);
- Gesetzliche Reserven, die 50 % des Aktienkapitals übersteigen, dürfen nicht mehr ohne besonderen Grund aufgelöst werden;
- Neu werden Zwischendividenden zulässig (Art. 675a OR);
- Die Schwellen für das Recht zur Einberufung und zur Traktandierung einer ausserordentlichen Generalversammlung werden gesenkt (Art. 699 und Art. 699a OR);
- Die Möglichkeit einer elektronischen Generalversammlung wird eingeführt (Art. 701b lit. f OR).

2. Änderung des Rechnungslegungsrechtes

In einem separaten Paket behandeln die Räte eine Revision des Rechnungslegungsrechtes. Die Bestimmungen, welche ursprünglich ebenfalls in der Botschaft vom 21. Dezember 2007 vorgeschlagen waren, sind im Moment in der Differenzbereinigung zwischen Ständerat und Nationalrat. Wann sie in Kraft treten, kann noch nicht gesagt werden.

Die umstrittensten Punkte sind folgende:

- Ob die Vorschrift, die Rechnungslegung müsse «klar und verständlich» sowie «vollständig» sein, durch den Zusatz gemildert werden soll, die Rechnungslegung müsse «vorsichtig» sein;
- Ob aufgelöste, nicht mehr begründete Rückstellungen im Anhang gesondert auszuweisen sind;
- Nach welchem Standard Konzernrechnungen von nicht börsenkotierten Firmen zu erstellen sind, ob relativ frei nach OR oder nach einem anerkannten Regelwerk.

E Zurückhaltende Gerichte bei Verantwortlichkeit und Sonderprüfung

Interessanterweise lässt sich in der Rechtsprechung eher eine Gegenbewegung zu den gesetzgeberischen Bemühungen, die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte zu verschärfen, beobachten. So ordnen die Gerichte im Bereich der Verantwortlichkeitsklagen eine «Bestrafung» von Verwaltungsräten durch eine Verurteilung zu Schadenersatzzahlungen nur zurückhaltend an. Die Swissair-Strafprozesse sind beispielhaft: Obwohl in der Schlussphase vor dem Konkurs der SAirGroup einiges nicht korrekt verlaufen ist, wurden alle angeklagten Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder von einem strafrechtlichen Verschulden freigesprochen. Dies betrifft zwar nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit und bedeutet noch nicht ohne weiteres, dass keine zivilrechtliche Verantwortlichkeit besteht; es stärkt aber die früheren Swissair-Organe. Ob und wie weit eine zivilrechtliche Haftung besteht, wird noch lange nicht entschieden sein.

Auch in anderer Hinsicht sind die Gerichte nicht bestrebt, Klagen gegen Organe zu erleichtern. So werden die Voraussetzungen für die Durchführung einer Sonderprüfung restriktiv festgelegt.

Im Bereich der Verantwortlichkeitsklagen hat das Bundesgericht in den vergangenen Jahren die Hürden für klagewillige Gläubiger sogar erhöht. Ein geschädigter Gesellschafts-gläubiger muss fast ausnahmslos auf Zahlung von Schadenersatz an die Gesellschaft, anstatt an sich direkt klagen. Da die Zahlung des haftbaren Verwaltungsrates nicht an den Kläger geht, profitiert dieser nur indirekt von seinem Prozessgewinn, trägt aber unter Umständen das Kostenrisiko.

Einzig im Bereich der AHV-Beiträge hat sich die Praxis gefestigt, Verwaltungsratsmitglieder für ausstehende Arbeitgeberbeiträge persönlich solidarisch haften zu lassen, ohne dass sie über eine nennenswerte Entschuldigungsmöglichkeit verfügen.

Voraussetzung für das oben beschriebene richterliche Wohlwollen ist allerdings, dass sich der Verwaltungsrat redlich Mühe gibt, die Formalitäten zu beachten und sich nicht bereichert. Konkret heisst das Folgendes:

- Die Formalitäten sind einzuhalten: Rechtzeitiges Abhalten der Generalversammlungen, periodische Verwaltungsratssitzungen, Erstellen der Protokolle;
- Ein Organisationsreglement ist zu erlassen und zu beachten;
- Der Informationsfluss zwischen Management, Verwaltungsrat und Revisionsstelle ist sicherzustellen;
- Das «Spiel», dass die Gesellschaft eine vom Aktionär getrennte juristische Person ist, ist zu spielen: Keine informellen Vermögensverschiebungen, Überwachen und Vermeiden von Interessenkonflikten, Einbindung und faire Behandlung der Minderheitsaktionäre; und
- Alarmzeichen müssen beachtet werden (siehe «Corporate Governance in der Krisensituation», Seite 19).

III Corporate Governance und White-Collar-Crime-Prävention

Dr. Michael Pfeifer



A Ausgangslage

Bilanzskandale und Firmenpleiten der letzten Jahre wie beispielsweise bei Enron, Parmalat und Siemens lenkten den Blick auf die strafrechtliche Verantwortung in Unternehmen. Die Situation ist vergleichbar mit den unangemessenen Vergütungen und lässt mich auf den Beitrag von Peter Hettich und Rosana Pfaffhauser verweisen, die von «zarten Regelungsansätzen» sprechen. Beides, die Verhinderung unangemessener Vergütungen, wie auch die Verhinderung strafrechtlich relevanten Handelns, wurden bei uns bis in die zweite Hälfte des vorigen Jahrhunderts nicht als zentrale Aufgaben von Führungsverantwortlichen wahrgenommen. Noch heute finden sich im gesetzten Recht nur vereinzelt direkte Aufforderungen an die Organe eines Unternehmens zur Verhinderung strafrechtlich relevanten Handelns im Unternehmen. Immerhin wird schon hier auf den weiter hinten behandelten Art. 102 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) aufmerksam gemacht.

B Corporate Governance soll's richten

Auch im Bereich der Verantwortung für bzw. der Verhinderung von strafrechtlich relevantem Handeln in Unternehmen soll's die Corporate Governance richten. Corporate Governance soll dafür sorgen, dass strafrechtlich relevantes Handeln von Mitarbeitenden, das die Interessen einer Unternehmung gefährden kann, durch angemessene vorbeugende Massnahmen und Kontrollen verhindert oder mindestens frühzeitig erkannt wird.

C Schutz durch Corporate Governance

«Good Governance» verlangt eine durchorganisierte, dem konkreten Geschäft einer Unternehmung gerecht werdende Compliance mit einem funktionierenden und gelebten internen Kontrollsystem (IKS). Zum IKS gehört eine rollende Risikokontrolle im Sinne einer permanenten Lagebeurteilung. Dazu gehört auch die Beurteilung von für das Unternehmen sensitiven Situationen wie strafrechtlich relevantes Handeln von Mitarbeitenden. Dieses stellt wegen der finanziellen und reputationsbezogenen Konsequenzen ein besonderes Risiko dar.

D Zwei Kategorien von Delikten

Es ist eine klare Unterscheidung zwischen zwei Kategorien möglicher strafrechtlich relevanter Handlungen vorzunehmen: Einerseits die Kategorie von strafrechtlich relevantem Handeln, das sich auf die Rechnungslegung auswirkt und Aussagen zur Rechnungslegung beeinflusst. Andererseits die Gruppe von strafrechtlich relevantem Handeln, das sich auf deliktische Handlungen bezieht, welche weder Vermögens- noch Buchführungspflichten betreffen, vgl. dazu den Wortlaut der PS 240 (Schweizerischer Prüfungsstandard [PS], Treuhand-Kammer, Ausgabe 2010).

Darunter fallen z. B. Schmiergelder (siehe zu Bestechung und Korruption den separaten Beitrag von Christian Wyss und Tanja Gustinetti Henz), Steuerdelikte, missbräuchliche Preisabsprachen sowie Verletzung wettbewerbs- und kartellrechtlicher Regeln, aber auch etwa Verstösse gegen mit strafrechtlich bewehrten Auflagen versehene Bewilligungen, Konzessionen und Verstösse gegen die Souveränitätsrechte der Schweiz (Art. 271 und 273 StGB).

Die Unterscheidung ist wichtig, weil für die Verhinderung und Entdeckung der sich auf die Rechnungslegung auswirkenden Handlungen der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle verantwortlich sind, während die andere Kategorie von Delikten ausschliesslich in den Verantwortungsbereich des Verwaltungsrates fällt. Bei den Delikten ohne Auswirkungen auf die Rechnungslegung gilt für den Autor dieses Beitrags klar, dass für Mitglieder des Verwaltungsrates und den Verwaltungsrat als Ganzes genau so wenig eine Anzeige- und Verhinderungspflicht gilt wie für jeden anderen Privaten. Eine Ausnahme besteht dann, wenn ein Organisationsversagen vorliegt (Art. 102 Abs. 1 StGB) oder wenn es sich um eines der in Art. 102 Abs. 2 StGB genannten Delikte wie Beteiligung an einer kriminellen Organisation, Geldwäscherei oder Bestechung handelt.

E Rechtssatz gewordene Corporate Governance

1 Zivilrecht

Im Zivilrecht sind mit Blick auf Tätigkeiten, welche sich auf die Rechnungslegung auswirken könnten folgende Normen relevant für die IKS und Risikokontrolle:

- Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) in Verbindung mit Art. 728a Abs. 2 OR, wonach die Revisionsstelle prüft, ob ein IKS existiert und bei der Durchführung und der Festlegung des Umfangs dieser Prüfung das IKS berücksichtigt;
- Art. 716a Ziff. 3 OR macht die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle zur unentziehbaren und unübertragbaren Aufgabe des Verwaltungsrates. Das IKS ist ein unverzichtbarer Bestandteil einer ihren Namen verdienenden Finanzkontrolle;
- Art. 663b Ziff. 12 OR verlangt im vom Verwaltungsrat zu erstellenden Anhang zur Jahresrechnung Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung;

Zu beachten gilt in diesem Zusammenhang, dass die vom Bundesrat am 21. Dezember 2007 dem Parlament vorgelegte Botschaft zur grossen Aktienrechtsrevision (BBl 2008 II, 1589 ff.) die Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung grösserer Unternehmungen vom Anhang der Jahresrechnung in den Lagebericht verlegt. Damit wird die Risikobeurteilung des Verwaltungsrates aus dem Rahmen der Finanzberichterstattung herausgelöst und in den grösseren Rahmen des Berichts über Geschäftsverlauf sowie die wirtschaftliche und finanzielle Lage verwiesen.

2 Strafrecht

2.1 Organisationsverantwortung

Das IKS und damit die Risikobeurteilung sind Bestandteile der Organisationsverantwortung im Unternehmen. Sie kommt, wie bereits ausgeführt, primär dem Verwaltungsrat zu. Seit Einführung von Art. 102 StGB (der den alten Art. 100quater StGB ersetzte) am 1. Oktober 2003 sind die neuen Strafbestimmungen über die Verantwortlichkeit des Unternehmens in Kraft. Damit steht der Verwaltungsrat einer Unternehmung heute im Fokus zweier möglicher gemeinstraftrechtlicher Vorwürfe:

- Subsidiärer Vorwurf des Organisationsmangels: Kann ein im Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung und im Rahmen des Unternehmenszwecks begangenes Delikt zufolge mangelhafter Organisation keiner natürlichen Person zugeordnet werden, so wird das Delikt dem Unternehmen zugerechnet und dieses mit Busse bestraft (bis zu CHF 5 Mio.);
- Primärer, kumulativer Vorwurf: Bei den in Art. 102 Abs. 2 StGB geregelten Delikten wie Beteiligung an einer kriminellen Organisation, Geldwäscherei oder Bestechung wird das Unternehmen bestraft, wenn nicht alle erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen zur Verhinderung des Delikts getroffen wurden.

Die Organisation und damit die Organisationsverantwortung ist ein zentraler Punkt der Führung und Kontrolle durch den Verwaltungsrat. Organisationsversagen ist Haftungs Voraussetzung für strafrechtliche Verantwortung des Verwaltungsrates und der Unternehmung. Das Unternehmen haftet hingegen nicht für Betriebsunfälle, die sich trotz vorhandener genügender Organisation ereignen. In der einschlägigen Literatur zum Thema wird festgehalten, dass jedes Unternehmen einem spezifischen Betriebsrisiko unterliegt (statt vieler: Monika Roth, *Good Corporate Governance: Compliance als Bestandteil des internen Kontrollsystems*, Zürich/St. Gallen 2007). Zum Beispiel hat Handel besondere finanzielle Risiken, Produktion besondere maschinelle Risiken, Transport besondere umweltabhängige Risiken. Auch Sonderwissen und Sonderfähigkeiten von Mitarbeitenden spielen insofern eine Rolle, als, wenn sie mangels Organisation nicht eingesetzt werden, das Unternehmen und damit der Verwaltungsrat in seiner Organisationsverantwortung belastet wird. Betriebstypische Gefahren sind zu antizipieren. Dies gilt ganz besonders auch für Situationen, in denen strafrechtlich relevantes Handeln von Mitarbeitenden Gefahren schafft.

2.2 Delikte ohne Auswirkungen auf Rechnungslegung

Als strafrechtlich relevante Risiken ohne direkte Auswirkungen auf die Rechnungslegung wurden identifiziert:

- Bestechung und Korruption;
- Verletzung wettbewerbs- und kartellrechtlicher Regeln; und
- Verstoss gegen mit strafrechtlich bewehrten Auflagen versehene Bewilligungen, Konzessionen etc. und Verstoss gegen die Souveränitätsrechte der Schweiz (Art. 271 und 273 StGB).

2.3 Delikte mit Auswirkungen auf Rechnungslegung

Als strafrechtlich relevante Risiken mit direkter Auswirkung auf die Rechnungslegung wurden identifiziert: Manipulationen in der Buchhaltung (Betrug, Veruntreuung, ungetreue Geschäftsführung und alle Urkundendelikte (Art 146, 138, 158 und 251 StGB) etwa durch Aufführung fiktiver Aktiven, Nichterfassung tatsächlicher Passiven, inkorrektes Inventar, nicht korrekte Bewertungen, Erfassung fiktiver Geschäftsvorfälle, Nichtaufzeichnung oder fehlerhafte Aufzeichnung von Geschäftsvorfällen.

Die Revisionsstellen orientieren in ihren Revisionsstellenberichten zur ordentlichen Revision regelmässig auch über ihre Kontrollen im Hinblick auf strafrechtlich relevantes Handeln mit Auswirkungen auf die Rechnungslegung. Sie «verpacken» das im Revisionsstellenbericht im Satz «Das pflichtgemässe Ermessen des Prüfers schliesst eine Beurteilung der Risiken wesentlicher falscher Angaben als Folge von Verstössen oder Irrtümern ein» (Hervorhebung beigefügt).

F Prävention

1 Konkrete Massnahmen

Unter dem Aspekt der Organisationsverantwortung hat ein Verwaltungsrat z. B. dafür zu sorgen, dass das Rechnungswesen, insbesondere die Buchhaltung und der Zahlungsverkehr so organisiert sind, dass die in diesem Bereich tätigen Mitarbeitenden keinen Betrug, keine Veruntreuung und keine Unterschlagung begehen können. Es ist klar, dass bei hoher krimineller Energie und gezieltem und geplantem Vorgehen jedes Delikt möglich ist. Bei der auf Verhinderung von Delikten gerichteten Organisationsverantwortung geht es darum, Barrieren und Kontrollen zu errichten, die dem im konkreten Fall zu erwartenden Durchschnitt an krimineller Energie entgegen treten. Nach der Volksweisheit «Gelegenheit macht Diebe» müssen geeignete organisatorische Massnahmen die Gelegenheiten zu deliktischem Handeln, wenn nicht ganz beseitigen, so doch weitestgehend einschränken. Lediglich beispielhaft seien ein paar dieser Massnahmen angesprochen:

- Kollektivunterschrift statt Einzelunterschrift (Vieraugenprinzip);
- Je eine Unterschrift unterschiedlicher Funktionen (Verkauf- und Rechnungswesen, Einkauf und Rechnungswesen);

- Je eine Unterschrift nicht kooperationsverdächtiger Funktionen (nicht je eine Unterschrift aus Verkauf und Einkauf);
- Unterschriften gleicher Hierarchiestufen (nicht Untergebener und Vorgesetzter);
- Kurze Rapportierungsfristen;
- Stellvertretungsprinzip.

Im Rahmen des IKS sind die diesbezüglichen Kontrollen nicht nur als Checkliste einzuführen, vielmehr ist deren Anwendung und Verwendung festzuhalten und zu dokumentieren.

2 Corporate Code

Wirksamster Schutz gegen strafrechtlich relevantes Handeln ist eine jede kriminelle Energie ächtende Unternehmensphilosophie. Ein «Corporate Code», der einerseits auf der Grundsatzebene diesbezügliche Entscheide der Unternehmensleitung und auf der Praxisebene konkrete Massnahmen zusammenfasst, kann eine Lösung sein. Die auf internationaler Ebene erhobene Forderung nach Corporate Codes im Bereich der Korruption lässt sich durchaus auf die gesamte strafrechtliche Prävention in Unternehmen übertragen.

IV Corporate Governance in der Krisensituation

Dr. Matthias Staehelin



«*In guten Zeiten ist der Verwaltungsrat nutzlos, in schlechten Zeiten hilflos.*» Dieses Bonmot zirkuliert unter Managern und zeigt wenig Respekt gegenüber einer funktionierenden Corporate Governance. Diese steht in der Krise aus zwei Gründen im Dauerstress:

1. Die wirtschaftliche Krise der Firma führt oft zu einer Vertrauenskrise: Der Verwaltungsrat misstraut dem Management, zweifelt an der Qualität der Information; und
2. Die wirtschaftliche Krise ändert die Interessenslage: Statt Shareholder Value gilt es jetzt, Gläubigerinteressen im Auge zu behalten, Arbeitsplätze zu sichern und zuletzt auch die persönliche Haftung zu minimieren.

Diese veränderten Rahmenbedingungen führen zu einer deutlich veränderten Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Beteiligten – zu einer Corporate Governance in Krisenzeiten. Diese zeichnet sich durch einen viel aktiveren Verwaltungsrat aus. Zentral sind dabei folgende Aspekte:

A Enge Überwachung des Finanzwesens

Zentraler Punkt in jeder Krisensituation ist eine enge Überwachung der Finanzen. Die Planzahlen («Forecast») und die Liquiditätsplanung sind an die Gegebenheiten anzupassen. Wichtig ist auch das Erstellen einer provisorischen Zwischenbilanz zu Fortführungswerten. Nützlich ist es auch, eine «Worst-case»-Planung mit einer Bilanz zu Veräusserungswerten zu vervollständigen; letztere zeigt, wie viel Zeit bleibt, um das Ruder noch herumzureissen. Alle diese Zahlen sind mindestens monatlich zu aktualisieren und im Verwaltungsrat zu besprechen.

B Enge Überwachung des Managements – persönlicher Einsatz des Verwaltungsrates

Die eingangs beschriebene Vertrauenskrise muss gelöst werden. Die wirtschaftliche Krise der Firma erfordert ein geschlossenes Auftreten von Management und Verwaltungsrat. Verfolgen einzelne Beteiligte Partikularinteressen oder weisen sich gegenseitig die Schuld zu, kann es zu lähmender Uneinigkeit kommen. Ein Ausweg kann sein, dass ein Ausschuss

des Verwaltungsrates eng mit dem Management zusammenarbeitet, um sich ein eigenes Bild von der Lage machen zu können. Manchmal ist auch ein Wechsel im Management notwendig, damit eine unbelastete Geschäftsleitung von Gläubigern Konzessionen erreichen kann.

C Persönliches Haftungsrisiko verstehen – Überprüfung D&O-Versicherung

Die meisten haftungsbegründenden Pflichten spielen bei Firmen mit gutem Eigenkapitalpolster keine Rolle. In der Krise müssen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung damit rechnen, dass neu gewählte Verwaltungsratsmitglieder oder ein Konkursverwalter später ex post alle Entscheidungen hinterfragen, die Protokolle lesen und Haftungsansprüche stellen.

Manche Firmen wirtschaften weiter, obwohl die Deckung der Gläubigerforderungen unsicher und die Fortführungsmöglichkeit zweifelhaft ist. Oft hört man die Meinung, die sog. D&O-Versicherung («Directors & Officers Liability Insurance») decke dieses Risiko ab. Diese Versicherungen sind hilfreich, haben aber manchmal schmerzhaft Lücken. Manche Police sieht etwa vor, dass die Deckung mit dem Konkurs endet. Für nach Konkursöffnung erhobene Forderungen muss oft eine sog. «Tail-Insurance» erworben werden, welche sich die Firma nicht leisten will oder aus rechtlichen Gründen nicht zahlen kann. Andere Versicherungen schliessen etwa öffentlich-rechtliche Forderungen aus. Eine genaue Kenntnis und Überprüfung dieser Versicherungen ist deshalb wichtig.

D Einhaltung von Formalität – Protokollierung

In der Krise genügt es nicht mehr, dass der Verwaltungsrat zentrale Fragen an die Geschäftsleitung delegiert. Corporate Governance in Krisenzeiten heisst: Der Verwaltungsrat muss sich im Detail um die Einhaltung seiner gesetzlichen Pflichten persönlich kümmern. Diese Tätigkeit ist sorgfältig zu protokollieren. Die Protokolle sind dabei so abzufassen, dass sie später nicht gegen den Verwaltungsrat verwendet werden können – juristische Begleitung ist hier oft unumgänglich.

Wo im Verwaltungsrat Spezialwissen fehlt, sind Berater beizuziehen. Bei richtig erteiltem Auftrag verringert sich die Haftung der Verwaltungsräte. Bei der Auswahl der Berater sind Interessenskonflikte zu beachten. Wer schon vor Beginn der Krise dem Management mit Rat beigestanden ist, hat für eine Beratung in der Krise oft nicht die nötige Distanz.

E Informationsstrategie – Einbinden von Gläubigern und Mitarbeitenden

In der Krise stehen die Interessen der Gläubiger und Mitarbeitenden vor den Interessen der Aktionäre. Für eine Sanierung braucht es oft Überzeugungsarbeit mit Konzessionen von allen Beteiligten, einschliesslich Gläubigern, Mitarbeitenden und Aktionären. Entsprechend sind eine gute Informationsstrategie und die frühzeitige Einbindung von wesentlichen Gläubigern wichtig.

F Verwendung der Mittel – keine Gläubigerbevorzugung

Wenn Verwaltungsrat und Management in der Krisensituation zulassen, dass die «falschen» Gläubiger bezahlt werden, machen sich beide der Gläubigerbevorzugung schuldig. Dafür kann jedes Mitglied des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowohl straf- wie auch zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Solange die Gesellschaft aufrecht steht, also keine ernsthaften Zweifel an der Fortführung bestehen, dürfen fällige Schulden ohne weiteres bezahlt werden. In der Krisensituation ist hingegen eine klare Prioritätenordnung hinsichtlich der Verwendung der vorhandenen finanziellen Mittel unabdingbar: Faktisch sind diejenigen Schulden prioritär zu bezahlen, für die der Verwaltungsrat persönlich haftet, wie die AHV-Beiträge oder gewisse Steuern, zudem überlebensnotwendige Rechnungen wie Versicherungen, Miete, Strom und Telefon sowie zentrale Lieferanten, die für den Weiterbetrieb essentiell sind. Konkursrechtlich privilegierte Forderungen wie die Löhne bis zum Betrag von rund CHF 10 500 pro Monat und Mitarbeitende werden oft in zweiter Linie bezahlt. Für die übrigen Schulden gilt eine strikte Gleichbehandlung. Das Bundesgericht hat in letzter Zeit die rechtlichen Regeln der Gläubigerbevorzugung massiv verschärft. Der sichere Weg ist – absolute Notlage vorbehalten – alle gleich zu behandeln, d. h. grössere Rechnungen nur mit Zustimmung der wichtigeren Gläubiger zu bezahlen. Auch die Gläubiger selbst sind aufgefordert, nicht ungerechtfertigten Druck auf die Gesellschaft auszuüben, um zu erreichen, dass ihre Zahlungen vorweg befriedigt werden.

G Die rote Karte

Solange konkrete Aussichten auf eine kurzfristige Sanierung bestehen, diese Aussichten nicht auf übersteigerten Erwartungen oder vagen Hoffnungen basieren und die Sanierungschancen die Sanierungsrisiken übersteigen, darf ein Verwaltungsrat den Sanierungsbemühungen den Vorrang geben.

In diesem Zusammenhang kommt der Erstellung der ordentlichen Bilanz erhebliche Bedeutung zu. Oft besteht ein grosser Anreiz, bei der ordentlichen Bilanz zu Fortführungswerten alle Bewertungsspielräume auszunutzen. Umgekehrt schafft dies die Gefahr, dass später die eingesetzten Werte als unzutreffend angesehen werden und der Verwaltungsrat mit dem Vorwurf der Bilanzfälschung und Falschbeurkundung konfrontiert wird. Entsprechend ist eine enge Zusammenarbeit mit der Revisionsstelle angezeigt.

Haftungsrelevant ist auch der Vorwurf an Verwaltungsrat und Management, dass der klagende Gläubiger bei einer früheren Konkurseröffnung nicht zu Schaden gekommen wäre. Der kritische Zeitpunkt ist folgender: Sobald die vorgenannte Sanierung als nicht realistisch erscheint und sich dazu bei einer Gesellschaft ein starker Kapitalverlust oder eine Überschuldung abzeichnet oder wenn unabwendbare Liquiditätsengpässe bestehen oder das Unternehmen seinen Verpflichtungen nicht mehr vertragskonform nachzukommen vermag, sind ernsthafte Zweifel an der Fortführung des Unternehmens angebracht. In einer solchen Situation rechtfertigt sich die Bilanzierung zu Fortführungswerten nicht mehr und diese Bilanz wird, auch wenn sie keine Überschuldung zeigt, praktisch belanglos.

Nun wird die Bilanz zu Veräusserungswerten Pflicht: Diese zeigt regelmässig tiefere Aktiven, aufgrund des Auflebens zukünftiger Verpflichtungen deutlich höhere Passiven und oft kein Eigenkapital mehr. Der Wegfall des Eigenkapitals in dieser Bilanz ist wie eine rote Karte für die Firma: Während bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft fällige Schulden ohne weiteres bezahlt werden dürfen, haben nun die Gläubiger nach Massgabe der gesetzlichen Rangordnung Anspruch auf Gleichbehandlung. Jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers stellt eine Pflichtverletzung dar und entsprechend hat der Verwaltungsrat keine andere Wahl, als einen Konkursaufschub, Nachlassvertrag oder als ultima ratio den Konkurs anzusteuern.

Fazit

Die Corporate Governance in der Krisensituation zeichnet sich durch folgende Punkte aus:

- der Verwaltungsrat sieht sich oft gleichzeitig mit einer wirtschaftlichen Krise und gegenüber dem Management mit einer Vertrauenskrise konfrontiert;
- die Interessenslage verändert sich: Bezahlung der Gläubiger und Erhalt der Arbeitsplätze treten in den Vordergrund;
- zentrale Aufgaben müssen neu auch im Verwaltungsrat wahrgenommen werden, der viel stärker aktiv werden muss; und
- erhöhte Haftungsrisiken müssen erkannt und soweit möglich proaktiv angegangen werden.

V Folgerungen für Vereine und Stiftungen aus der Corporate-Governance-Debatte

Dr. David Jenny



A Ausgangslage

Vereine – in einem geringeren Ausmass auch klassische (d. h. nicht BVG-) Stiftungen – sind in der Schweiz traditionell nur leicht reguliert. Im Zivilgesetzbuch (ZGB) genügen dafür sowohl für Vereine als auch für Stiftungen wenige Artikel (Art. 60–79 bzw. 80–89bis ZGB). Vereine können einfach gegründet werden und unterstehen keiner staatlichen Aufsicht. Gemeinnützige Aktivitäten werden in der Schweiz in aller Regel im Rahmen von Vereinen oder Stiftungen durchgeführt.

Geringe Regulierung bedeutet aber nicht, dass Verantwortliche für Vereine und Stiftungen nicht wie Verwaltungsräte zur Verantwortung gezogen werden können – was vor allem im Konkursfall von Bedeutung sein kann. Dass Ehrenamtlichkeit vor Haftung schützt, ist ein hoffentlich überwundener Irrglaube.

Wie die Corporate Governance einer juristischen Person zu gestalten ist, wird in der Schweiz in aller Regel am Beispiel der Aktiengesellschaft diskutiert und durchexerziert. Werden bei Vereinen und Stiftungen echte oder vermeintliche Defizite in der Corporate Governance festgestellt, so liegt für den Gesetzgeber wie auch für die an Vereinen und Stiftungen Interessierten nahe, für die Aktiengesellschaft erarbeitete Lösungen auf Vereine und Stiftungen zu übertragen. Der Gesetzgeber hat dies getan, indem er beispielsweise für gewisse Vereine die Vorschriften des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung zur Anwendung bringt (Art. 69a ZGB) und für sogenannt grosse Vereine erklärt, dass die Vorschriften des Obligationenrechts über die Revisionsstelle bei Aktiengesellschaften entsprechend anwendbar sind (Art. 69b Abs. 3 ZGB; für die Stiftung siehe Art. 83b Abs. 3 ZGB).

Der erstmals 2002 erschienene Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance der *economiesuisse* (nachfolgend «Swiss Code») inspirierte die Schaffung eines «Swiss Foundation Code 2009» mit Kommentar, der Grundsätze und Empfehlungen zur Gründung und Führung von Förderstiftungen enthält, und den «Swiss NPO-Code», der Corporate-Governance-Richtlinien für Vereine und Stiftungen enthält. Adaptiert für wirtschaftliche Vereine wurde der Swiss Code 2005 von Piera Beretta (Wirtschaftliche Vereine und Corporate Governance, in: Aktuelle Fragen aus dem Vereinsrecht, Zürich 2005, S. 1–42). Wer Spenden sammelt, will oft die Anforderungen der Schweizerischen Zertifizierungsstelle für gemeinnützige, Spenden sammelnde Organisationen (ZEWÖ) erfüllen, um deren Gütesiegel zu erhalten.

Können Verantwortliche von Vereinen und klassischen Stiftungen – Neudeutsch oft Non-Profit-Organisationen genannt – unbesehen die Lösungen übernehmen, die für die Aktiengesellschaft gelten und die in diversen Kodizes erarbeitet wurden? Dürfen Verantwortliche die Corporate-Governance-Diskussion ignorieren, da sie der Ansicht sind, die Umsetzung diverser Empfehlungen verbessere die Arbeit der Institution nicht und führe nur zu höheren Kosten? Diesen Fragen soll hier nachgegangen werden.

B Wessen Interessen sollen Corporate-Governance-Grundsätze für Non-Profit-Organisationen schützen?

Bei Kapitalgesellschaften ist klar, dass mit Corporate-Governance-Grundsätzen vor allem die Interessen der kapitalmässig an diesen Gesellschaften Beteiligten geschützt werden sollen. Die Interessen weiterer Stakeholder sind zweitrangig. Bei Non-Profit-Organisationen ist nicht auf Anhieb ersichtlich, wem Corporate-Governance-Grundsätze dienen sollen. Schützenswerte Interessen können Vereinsmitglieder oder Stifter, Spender, Empfänger von Leistungen, Subventionsgeber, eine engere oder weitere Öffentlichkeit, Gläubiger und die Mitarbeiterschaft haben. Eine Non-Profit-Organisation, die über die ihr angemessene Corporate Governance reflektiert, muss zuerst festlegen, wessen Interessen prioritär zu schützen sind. Für eine Stiftung, die öffentlich und im grossen Ausmasse Fundraising betreibt, sind die Interessen der Spenderinnen und Spender zentral. Eine Institution, die hoch subventioniert eine soziale Einrichtung betreibt, darf die Interessen des Subventionsgebers nicht vernachlässigen.

C Typische Corporate-Governance-Probleme in Vereinen und Stiftungen

Mehrere der folgenden Fragen stellen sich typischerweise in Vereinen und Stiftungen:

- Sollen Mitglieder von Leitungsgremien entschädigt werden?
- Dürfen an Vorstands- oder Stiftungsratsmitglieder oder ihnen Nahestehende bezahlte Mandate vergeben werden?
- Was darf an die operative Führung delegiert werden, wie soll diese überwacht werden?
- Wie sind Mitarbeitende in Entscheidungsprozesse einzubinden?
- Was ist die Rolle der Generalversammlung eines Vereins?
- Soll ein allfälliger Subventionsgeber Einsitz in Organen haben?
- Wie transparent soll über die finanzielle Situation und über an Mitglieder von Leitungsgremien bezahlte Entschädigungen orientiert werden?
- Wie sollen Mitglieder von Leitungsgremien rekrutiert werden? Sind Amtszeitbeschränkungen vorzusehen?
- Wie und von wem soll das Vermögen verwaltet werden?
- Wie können charismatische Führungsfiguren «gebändigt» werden?
- Bestehen Konflikte zwischen der spezifischen Kultur einer Institution und Corporate-Governance-Anforderungen?
- Welche über die gesetzlichen Mindestvoraussetzungen hinausgehenden Anforderungen hat die Revisionsstelle zu erfüllen?

D Die Rezepte des Swiss NPO-Code

Wer die oben (C) gestellten Fragen zu beantworten hat, wird vielleicht im Swiss NPO-Code nach Orientierung suchen. Dieser will auf Organisationen Anwendung finden, die an zwei aufeinanderfolgenden Bilanzstichtagen zwei der nachfolgenden Grössen erreicht haben:

- Bilanzsumme CHF 2 Mio.;
- Erlöse aus öffentlich beschafften, unentgeltlichen Zuwendungen und zweckbestimmten Geldern der öffentlichen Hand von insgesamt CHF 1 Mio.;
- 10 bezahlte Vollzeitstellen.

Diese Kriterien erfüllen auch Organisationen, die in ihrer Eigenwahrnehmung nicht gross sind.

Entschliessen sich Vereine oder Stiftungen dafür, dem Swiss NPO-Code zu folgen, bedeutet dies unter anderem was folgt:

- Personelle Trennung des obersten Leitungsorganes (Vorstand oder Stiftungsrat) und der Geschäftsleitung;
- Genehmigung der Grundsätze der Entschädigungen für die Mitglieder des obersten Leitungsorganes durch das oberste Organ (General- oder Delegiertenversammlung resp. Stiftungsrat);
- Besetzung des obersten Leitungsorganes mit mindestens fünf Mitgliedern;
- Regeln für die Zusammensetzung dieses Organs;
- Regelungen von Interessenskonflikten;
- Amtszeitbeschränkung von 12 Jahren für das oberste Leitungsorgan;
- Anwendung von Swiss-GAAP FER 21 sowie detaillierter Jahresbericht.

Eine vollständige und unbesehene Übernahme des Swiss NPO-Code, speziell für Institutionen, die die für die Anwendbarkeit massgebenden Schwellenwerte nur unwesentlich überschreiten, ist oft, und meist auch mit guten Gründen, nicht gewollt.

E Praktische Empfehlungen

Eine schlechte oder ungenügende Corporate Governance wird den Verantwortlichen in aller Regel erst dann vorgeworfen, wenn etwas «Schlimmes» – beispielsweise grössere finanzielle Verluste, Kündigung eines Subventionsvertrages, öffentlich ausgetragene Kontroversen zwischen Exponenten einer Institution – passiert ist. Non-Profit-Organisationen dürfen nicht davon ausgehen, sie seien unersetzlich («too big to fail» respektive «too politically connected to fail»), auch wenn bei gewissen Institutionen eine begründete Annahme besteht, die öffentliche Hand werde sie nicht untergehen lassen. Dies befreit nicht davon, die übertragene Verantwortung auch wirklich wahrzunehmen. Rettungsaktionen der öffentlichen Hand beschädigen in der Regel die Reputation der Geretteten.

Der (vorläufige) Befund, dass eine vollständige Übernahme des Swiss NPO-Code nicht angezeigt ist, dispensiert nicht davon, regelmässig die eigene Corporate Governance zu

prüfen. Aus rechtlicher Sicht – Fragestellungen des finanziellen Controllings sollen hier nicht vertieft werden – stellen sich hauptsächlich die folgenden Fragen:

- Erfüllt die Institution die zwingenden gesetzlichen und sonstigen rechtlichen Vorgaben, die sich nicht nur aus dem ZGB und den Statuten der Institutionen, sondern beispielsweise auch aus Subventionsgesetzen und -verträgen ergeben können?
- Welche der Interessen, die oben (siehe B) kurz dargestellt wurden, sind prioritär zu schützen? Reichen die bestehenden Regelungen dafür aus?
- Welche der Corporate-Governance-Probleme (siehe C) sind in der betreffenden Institution aktuell oder potentiell virulent?

Nach Beantwortung obiger Fragen sind Folgerungen zu ziehen, denkbar ist der Schluss, dass alles im grünen Bereich ist, somit nichts zu ändern ist.

Leuchten Warnlichter auf, so ist die Corporate-Governance-Regelung in geeigneter Weise anzupassen. Hat beispielsweise eine charismatische Führungsfigur zu viel Macht, so ist diese so zu beschränken, dass Risiken minimiert werden, die Führungspersönlichkeit der Institution aber erhalten bleibt. Bestehen Unklarheiten bezüglich der Entschädigung von Mitgliedern von Leitungsgremien, so sind Regelungen zu schaffen und vom zuständigen Organ zu verabschieden. Wenn der Einsitz eines Vertreters des Subventionsgebers in Organen nicht mehr angebracht ist, so sind Verhandlungen mit dem Subventionsgeber zu führen. Sind Spender über den Mitteleinsatz verunsichert, so ist vielleicht die ZEWO-Zertifizierung anzustreben.

Die Umsetzung von Corporate-Governance-Regeln führt oft zu höheren Kosten – z. B. bei einem Wechsel von einer Laienrevision zu einer professionellen Revisionsstelle – oder zu höheren Anforderungen an die Fähigkeiten und zeitlichen Verfügbarkeiten von Mitgliedern in Leitungsgremien, die die Besetzung solcher Gremien durch vollständig ehrenamtlich Tätige wesentlich erschweren kann.

Ergebnis einer Überprüfung, ob die Corporate Governance einer Institution anzupassen ist, kann auch sein, dass sie ergibt, die Institution könne den gestiegenen Anforderungen nicht mehr gerecht werden, sie sei «too small to comply». Ist dem so, so ist an eine Verkleinerung der Tätigkeit oder eine Fusion mit einer anderen Institution zu denken.

Bei der Analyse, ob Corporate-Governance-Probleme bestehen und wie diese zu beseitigen sind, werden oft Berater beigezogen. Zur Auswahl stehen auf Non-Profit-Organisationen spezialisierte Beratungsunternehmen und auch Anwaltskanzleien, die Tag für Tag wirtschaftlich tätige Organisationen jeglicher Rechtsform beraten. Es soll hier nicht gesagt werden, wem der Vorzug zu geben ist; es sei nur gesagt, dass die Wahl des geeigneten Beraters eine wichtige Weichenstellung im Prozess ist, für eine Non-Profit-Organisation die angemessene Corporate-Governance-Struktur, die auch Kosten/Nutzen-Überlegungen berücksichtigt, zu finden.

VI Vergütungen in der Finanzbranche

Prof. Dr. Peter Hettich und Rosana Pfaffhauser, MLaw



A Vergütungen als Aufgabe des Verwaltungsrates

Die von den verschiedenen Corporate-Governance-Ansätzen angestrebte «gute Unternehmensführung» ist vor allem eine Aufgabe des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung. Der Gesetzgeber und die Eigentümer eines Unternehmens bestimmen die Corporate Governance nur in Grundzügen über das Gesellschaftsrecht beziehungsweise die Statuten.

Die zarten zivilrechtlichen Regelungsansätze zur Ausgestaltung der Vergütungen werden teilweise überlagert durch die Minder-Initiative und den indirekten Gegenvorschlag dazu. Zu beachten sind heute für börsennotierte Unternehmen die wohlbekannte «Corporate-Governance-Richtlinie» der SIX Swiss Exchange und der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» der economiesuisse für grössere Publikumsgesellschaften. Ergänzt werden diese Selbstregulierungsanstrengungen zurzeit nur durch punktuelle gesetzgeberische Massnahmen, so etwa Art. 663bbis des Obligationenrechts (OR).

Mit dem Rundschreiben 2010/1 zu Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten, welches am 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist, macht die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA die Vergütungen nun zu einem aufsichtsrechtlichen Thema. In dieser Richtlinie werden Mindestanforderungen an die Ausgestaltung, Umsetzung und Organisation der Vergütungssysteme bei Finanzinstituten gestellt. Ziel ist es, falsche Anreize, die zur Übernahme von hohen Risiken verleiten können, zu vermeiden und stattdessen die Vergütungssysteme so auszugestalten, dass sie die von einem Finanzinstitut beschäftigten Personen eher dazu veranlassen, den langfristigen Erfolg des Finanzinstituts und dessen Stabilität zu fördern. Dieses Rundschreiben ergänzt für Finanzinstitute die Regeln des Obligationenrechts sowie die börsenrechtlichen Offenlegungsvorschriften zu Vergütungen. Das Rundschreiben gilt unabhängig von der Rechtsform und einer allfälligen Börsennotierung des Finanzinstituts; für grosse Institute ist es verbindlich, für kleine «Best Practice».

Für Finanzinstitute ist die detaillierte Ausgestaltung von Vergütungssystemen damit eine nichtdelegierbare Führungsaufgabe des Verwaltungsrates und wesentlicher Bestandteil einer von den Aufsichtsbehörden als «gut» akzeptierten Corporate Governance geworden.

B Vergütungssysteme in der Finanzbranche

1 Überschüssiger Geltungsbereich des Rundschreibens

Die von der FINMA festgelegten Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten erweitern die Pflichten der betroffenen Unternehmen gegenüber dem allgemeinen Standard dramatisch. Es ist noch nicht absehbar, ob die FINMA das Rundschreiben tatsächlich 1:1 umsetzen wird. Sollte sie dies tun, müssten wohl vor allem die grösseren, international tätigen Institute hohe Regulierungskosten in Kauf nehmen. Die kleineren Finanzinstitute geben dagegen öffentlich zu erkennen, dass sie ohnehin (und schon immer) mit den Grundsätzen des Rundschreibens «compliant» waren und daher keinen Anpassungsbedarf haben; der Wunsch mag hier Vater des Gedankens sein.

Verschiedene, vor allem kleinere Finanzinstitute scheinen davon auszugehen, dass die gesetzgeberischen Aktivitäten um die Minder-Initiative und die zu erwartenden Anpassungen im Obligationenrecht das Rundschreiben obsolet machen werden. Das trifft nicht zu. Das Aufsichtsrecht steht völlig unabhängig neben dem Zivilrecht. Die aufsichtsrechtlichen Sanktionen (Eigenmittelzuschlag) können verhängt werden, ohne dass die FINMA hierfür das Zivilrecht beachten müsste; die Regelung der Arbeitsverhältnisse hat sich dem öffentlichen Recht anzupassen. Diese Anpassung obliegt allein den Finanzinstituten.

Das Rundschreiben gilt als Best Practice für alle Mitarbeitenden aller Banken, Effektenhändler und kollektiven Kapitalanlagen; im Gegensatz zum Ausland werden auch Versicherungen erfasst. Zur Umsetzung direkt verpflichtet sind vorerst nur die grossen Institute (etwa die beiden Grossbanken UBS und CS, die Zürcher Kantonalbank (ZKB) und die Raiffeisen Banken sowie die Versicherer Swiss Life, Swiss Re und Zurich); weitere können folgen, wenn die FINMA dies zur Umsetzung ihrer Regulierungsziele als notwendig erachtet.

Umgesetzt werden muss das Rundschreiben ab 1. Januar 2011; die Offenlegungsvorschriften gelten aber schon für die Berichterstattung über das Geschäftsjahr 2010 (als das Rundschreiben noch gar nicht galt!). Es bleibt daher kaum Zeit zur Anpassung allenfalls entgegenstehender Arbeitsverträge; teilweise steht das geltende zwingende Arbeitsrecht mit seiner sehr arbeitnehmerfreundlichen Rechtsprechung sogar im Widerspruch zum Rundschreiben, was dann eine Anpassung nahezu unmöglich macht. Da das Rundschreiben auch für ausländische Niederlassungen gilt, setzen sich die Finanzinstitute unter Umständen auch Widersprüchen zu ausländischen Rechtsordnungen aus.

2 Wichtigste Vorgaben des Rundschreibens

Das Rundschreiben soll dazu beitragen, dass Vergütungssysteme keine Anreize für unangemessene Risiken schaffen, welche die Stabilität von Finanzinstituten gefährden können. Variable Vergütungen sog. «Boni» müssen langfristig und nachhaltig am ökonomischen Gewinn, unter Berücksichtigung sämtlicher Kosten für alle eingegangenen Risiken,

ausgerichtet sein. Zudem wird der Verwaltungsrat der Institute stärker in die Pflicht genommen. Er ist verantwortlich für die Vergütungspolitik des gesamten Finanzinstituts und muss die Vergütungen in einem Vergütungsbericht offenlegen.

Die FINMA legt zu diesem Zweck für die ihr unterstellten Institute zehn Grundsätze zur Ausgestaltung der Vergütungssysteme fest:

- 1 Der Verwaltungsrat ist für die Ausgestaltung und Umsetzung der Vergütungspolitik verantwortlich und erlässt ein Vergütungsreglement.
- 2 Das Vergütungssystem ist einfach, transparent und umsetzbar ausgestaltet sowie langfristig ausgerichtet.
- 3 Bei der Ausgestaltung und Anwendung des Vergütungssystems werden unabhängige Funktionen und Spezialisten einbezogen.
- 4 Struktur und Höhe der Gesamtvergütungen stimmen mit der Risikopolitik des Finanzinstituts überein und fördern das Risikobewusstsein.
- 5 Variable Vergütungen sind langfristig vom wirtschaftlichen Erfolg des Finanzinstituts gedeckt.
- 6 Die Zuteilung der variablen Vergütung erfolgt anhand nachhaltiger Kriterien.
- 7 Aufgeschobene Vergütungen binden Vergütungen an die zukünftige Entwicklung von Erfolg und Risiken.
- 8 Die Vergütungen der Kontrollfunktionen begründen keine Interessenkonflikte.
- 9 Der Verwaltungsrat berichtet jährlich über die Umsetzung der Vergütungspolitik.
- 10 Eine Abweichung von den vorliegenden Grundsätzen ist nur in begründeten Ausnahmefällen möglich und muss offengelegt werden.

Problematisch erscheinen hierbei nicht die Grundsätze an sich, welche teilweise als Ausdruck «gesunden» Menschenverstandes erscheinen, sondern die detaillierte, 11-seitige Kommentierung dieser Grundsätze direkt im Rundschreiben und der 57-seitige Erläuterungsbericht zu diesem Rundschreiben. Insgesamt driftet die FINMA damit in eine verfassungsrechtlich nicht gewollte Feinsteuerung der Unternehmen ab. Sie hätte sich besser auf ihre Grundsatzregelung beschränkt.

3 Rundschreiben hat keine ausreichende gesetzliche Grundlage

Die FINMA qualifiziert das Rundschreiben als «Ergänzung» der Regeln des Obligationenrechts sowie der börsenrechtlichen Offenlegungsvorschriften zu Vergütungen. Das Rundschreiben ist jedoch kein Gesetz, sondern – trotz der Bedeutung dieser Rundschreiben für die Praxis – «nur» eine Verwaltungsverordnung. Verwaltungsverordnungen stellen Meinungsäußerungen der Vollzugsbehörden über die Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen dar. Als solche bedürfen Verwaltungsverordnungen zwar keiner entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung, können Privaten aber auch keine neuen Rechte und Pflichten auferlegen. Das Rundschreiben ist eine Dienstanweisung für das verwaltungsinterne Verhalten der «Beamten» zur Schaffung einer einheitlichen Verwaltungspraxis und kann somit von vorneherein keine Gesetzesbestimmung «ergänzen». Will die FINMA das Rundschreiben durchsetzen, bedarf sie hierzu einer genügenden gesetzlichen Grundlage im bestehenden Recht.

Eine gesetzliche Grundlage muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. Unbestimmte Regelungen können allenfalls dann genügen, wenn ein Rechtsverhältnis zur Diskussion steht, welches die Betroffenen freiwillig eingegangen sind oder bei dem die Rechte und Pflichten zwischen Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können, was im Finanzbereich nicht der Fall ist.

Die hier relevanten gesetzlichen Grundlagen finden sich verteilt im Börsen-, Banken-, Kollektivanlagen-, Versicherungsaufsichts- und dem Finanzmarktaufsichtsgesetz. Sie weisen einen engen Zusammenhang mit den Anforderungen an eine ausreichende Organisation bzw. mit den Anforderungen an ein ausreichendes Risikomanagement auf. Keine dieser Gesetzesnormen befasst sich direkt mit Vergütungssystemen. So sieht z. B. Art. 10 des Börsengesetzes (BEHG) vor, dass die FINMA einem Effektenhändler u. a. nur dann eine Bewilligung erteilt, wenn dieser durch seine internen Vorschriften und seine Betriebsorganisation die Erfüllung der Pflichten aus dem BEHG sicherstellt. Diese sehr abstrakten Organisationsvorschriften werden vom Bundesrat in Bezug auf das Risikomanagement weiter konkretisiert, so etwa in Art. 19 der Börsenverordnung (BEHV) oder Art. 9 Abs. 2 der Bankenverordnung (BankV). Auch nach Art. 98 der Aufsichtsverordnung (AVO) müssen Versicherungsunternehmen die (hier relevanten) operationellen Risiken in eigener Verantwortung erfassen und beurteilen.

Niemand wird bestreiten, dass gegenüber dem allgemein geltenden Gesellschaftsrecht strengere Vorschriften im Finanzmarkt angezeigt sind. Angesichts der äusserst detaillierten Vorschriften der FINMA erfassen die Banken, Versicherungen und Effektenhändler ihre operationellen Risiken offensichtlich nicht mehr «in eigener Verantwortung» – entgegen dem Gesetzeswortlaut eignet sich die FINMA diese Aufgabe an. Die FINMA muss die vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen und die Rollenverteilung bei der Risikoregulierung respektieren und kann diese nicht modifizieren. Sie muss demnach im Einzelfall darlegen, inwiefern das von einem Finanzinstitut gewählte Vergütungssystem Anreize zu unangemessenen Risiken vermittelt und inwiefern die Einhaltung des Rundschreibens diese Risiken beseitigen würde. Auch wäre von der FINMA darzulegen, inwiefern sich andere Massnahmen des Risikomanagements – etwa das Limitensystem – als unzureichend erweisen. Eine davon losgelöste abstrakte Detailregelung operationeller Risiken (inkl. Vergütungssysteme) sprengt den durch Gesetz und Verordnung gesetzten Spielraum der FINMA.

Da es sich beim Rundschreiben um eine «Meinungsäusserung» der FINMA und nicht um eine verbindliche Norm handelt, ist das Rundschreiben im Einzelfall im Rahmen von Aufsichtsverfahren durchzusetzen. Kann die FINMA nicht beweisen, dass das Vergütungssystem nicht den Grundsätzen eines vom Gesetzgeber geforderten Risikomanagements entspricht, kann eine dennoch darauf erlassene Verfügung keinen Bestand haben. Eine solche Verfügung könnte vom Verfügungsadressaten – mit guten Chancen – an das Bundesverwaltungsgericht oder das Bundesgericht weitergezogen werden. Es gilt hier jedoch anzuführen, dass die Rechtsmittelbehörden FINMA-Entscheide nur mit Zurückhaltung überprüfen.

4 Rundschreiben verstösst gegen die Grundsätze der Wirtschaftsverfassung

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung enthält einen ordnungspolitischen Grundsatz für eine durch Wettbewerb gesteuerte Privatwirtschaft. Die Verfassung überlässt die Verhandlung der Arbeitsbedingungen einer Branche der Privatwirtschaft. Auch die Arbeitsbedingungen in der Finanzindustrie sind von den beteiligten privaten Akteuren festzulegen. Damit Interventionen in dieses Gefüge zulässig sind, müssen diese auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Die Eingriffe haben sich auf das zu beschränken, was für die Regulierungsziele des Gläubigerschutzes und der Systemstabilität notwendig ist. Eine detaillierte Planung der Arbeitsbedingungen in dieser Branche durch den Staat ist damit ausgeschlossen. Verfassungswidrig wäre auch eine Festlegung von Obergrenzen für Vergütungen, da diese Obergrenzen nicht notwendig sind zur Erreichung der Regulierungsziele, also vor allem der Wahrung des Gläubiger- und Funktionsschutzes.

C Regulierung unter politischem Druck ist heikel

Variable Vergütungen werden oft als Mitursache der Finanzkrise genannt. Vor allem die Investmentbanken sollen sich nicht an langfristigen Zielen orientieren und Anreize setzen, welche das Eingehen unverhältnismässiger Risiken begünstigen. In der Finanzbranche bilden variable Vergütungen einen wichtigen Lohnbestandteil, was den erheblichen Einfluss dieser Systeme auf das Verhalten der Entscheidungsträger erklären soll. Einige Institute mussten – manche wohl nicht ganz freiwillig – einräumen, dass sich ihre Vergütungen zunehmend (primär) auf das Wachstum von Umsatz und Gewinn ausrichteten. Gerade in der Investmentbank achtet(e) man offenbar zu wenig auf Qualität und Nachhaltigkeit des Geschäfts.

Hohe Vergütungen sind damit der Brennpunkt der Bekämpfung einer als verwerflich empfundenen Gier, die als Bedrohung des Wohlstands Aller empfunden wird. Die selbst während der Finanzkrise relativ hohen Vergütungen für bestimmte Akteure der Finanzbranche werden in den Medien jeweils unter Einbezug aller Details dankbar aufgegriffen. Auf die Selbstheilungskräfte des Marktes will heute niemand mehr vertrauen. Es herrscht der (in dieser Dramatik nicht zutreffende) Eindruck, der gesamte Finanzsektor sei dereguliert bzw. allein der Selbstregulierung egoistischer und nutzenmaximierender Akteure überlassen. Diese Stimmung scheint auch das politische Geschehen zu beherrschen.

Davon kaum unbeeinflusst hat die FINMA im Gleichklang mit dem Financial Stability Board und den Finanzmarktaufsichtsbehörden im Ausland im Juni 2009 eine Anhörung zum hier beleuchteten Rundschreiben eröffnet. Der in der Folge schon im September 2009 veröffentlichte Bericht der FINMA zu den allgemeinen Ursachen der Finanzkrise geht dagegen kaum mehr auf die durch Vergütungssysteme geförderten Fehlanreize ein; diesbezüglich rückten schon damals weit gewichtigere Faktoren in den Vordergrund. Oft vergessen wird, dass mit der Finanzkrise auch viele Angestellte der Finanzinstitute grosse Teile ihres Vermögens verloren haben, was die den Vergütungssystemen zugeschriebene Rolle als Gefahr für die Systemstabilität in Frage stellt. Auch dem «Rogue Trader», welcher durch

sein kriminelles Verhalten ein einzelnes Institut gefährdet, sind auf andere Weise Grenzen zu setzen als durch «weiche» Anreize.

Dennoch war der auf der FINMA lastende Druck, den «Exzessen» der Finanzbranche Grenzen zu setzen, Ende 2009 nach wie vor hoch. Die sorgfältig redigierten Regulierungsprinzipien der FINMA und die Auseinandersetzung mit den bewährten Grundsätzen der Schweizer Wirtschaftsverfassung blieben aussen vor. Resultat ist ein in aller Eile verabschiedetes und heute in Kraft stehendes Rundschreiben der FINMA zu Vergütungssystemen, welches zwar gut gemeint ist, die Spielräume der Finanzinstitute aber unverhältnismässig stark beschränkt, sich nicht auf ausreichende gesetzliche Grundlagen stützen kann und in wichtigen Teilen nicht umsetzbar ist. Die dadurch geschaffene, erhebliche Rechtsunsicherheit für die betroffenen Finanzinstitute kann deren Corporate Governance nicht verbessern.

Die Möglichkeiten der Finanzinstitute, eine für sie angemessene Corporate Governance festzulegen, sind aufgrund des vorliegenden Rundschreibens im Bereich Vergütungssysteme eingeschränkt. Auch für die durch das Rundschreiben nicht verpflichteten Institute besteht ein Risiko, dass die Mindeststandards des Rundschreibens als Best Practice die Verantwortung des Verwaltungsrates und vor allem dessen Verantwortlichkeit ausdehnt. Ob die Mindeststandards des Rundschreibens einmal Ausdruck eines objektivierten Sorgfaltsmassstabs werden, kann heute aber noch nicht gesagt werden.

VII Korruption und Bestechung: Wie schütze ich Unternehmen und Mitarbeitende vor Risiken und Sanktionen?

lic. iur. Christian Wyss und lic. iur. Tanja Gustinetti Henz



A Was ist Korruption?

Die Antikorruptionsorganisation Transparency International (www.transparency.org) definiert Korruption als Missbrauch einer Vertrauensstellung zu privatem Nutzen. Immer sind mindestens zwei Akteure beteiligt: Eine Partei missbraucht ihre Vertrauensstellung, die andere Partei verschafft den ungerechtfertigten Nutzen oder Vorteil.

Eine Vertrauensstellung missbrauchen kann sowohl ein Amtsträger wie auch eine Privatperson. Die Frage, ob eine Zuwendung Korruption darstellt, kann sich in vielfältigen Situationen stellen: Ein Stadtwerk vergibt den öffentlichen Zuschlag dem Unternehmen, das kurz zuvor der Partei des Bürgermeisters eine grössere Spende gemacht hat. Der Filialleiter einer Supermarktkette wird von einer Kosmetikfirma als Dankeschön für eine bessere Regalplatzierung zu einem luxuriösen Wochenendprogramm eingeladen. Oder der für die Strassenreinigung zuständige Gemeindearbeiter kehrt auch den privaten Firmenparkplatz und erhält dafür zu Weihnachten einige Flaschen Wein.

Die Grenze zwischen erlaubtem Handeln und Korruption ist oft unklar und stimmt zuweilen nicht mit dem persönlichen Rechtsempfinden der involvierten Personen überein. Die rechtliche Grauzone ist gross.

B Braucht mein Unternehmen Richtlinien zur Vermeidung von Korruption?

Richtlinien zur Vermeidung von Korruption dienen dazu, das Unternehmen und seine Mitarbeitenden vor den Risiken der Korruption zu schützen. Solche Richtlinien können als separater Verhaltenskodex ausgestaltet sein. Es ist aber ebenso möglich, die für ein Unternehmen wichtigen Punkte zur Korruptionsvermeidung in ein bestehendes Dokument zu integrieren. Denkbar wäre die Ergänzung eines allgemeinen Ethikkodexes, des Mitarbeiterhandbuchs, der Einkaufsrichtlinien oder der Regeln zur Vermeidung von Kartellrechtsverstössen.

Bei Grossunternehmen gehört Korruptionsvermeidung zum Alltag. Das Umfeld, in welchem diese Unternehmen tätig sind, fordert Präventionsmassnahmen. Doch wie sieht es bei KMU aus? Soll Zeit und Geld in die Erarbeitung eines Anti-Korruptionsprogramms investiert werden?

Jedes KMU muss sich zumindest Zeit nehmen um herauszufinden, wo in seiner Geschäftstätigkeit Korruption ein Thema sein könnte und wie gross dieses Risiko einzuschätzen ist. Dabei ist es hilfreich, sich folgende Fragen zu stellen: In welche Länder exportiert mein Unternehmen? Bin ich in einem oligopolistischen Markt tätig? Ist das Produkt meines Unternehmens in besonderem Masse austauschbar? Warum entscheiden sich Kunden für unser Unternehmen und wie gewinnen Dritte unser Unternehmen als Kunde? Haben die Mitbewerber in meiner Branche bereits ein Anti-Korruptionsprogramm implementiert? Entscheidend ist die eigene unvoreingenommene Analyse des Geschäftsumfelds. Korruptionsrisiken lauern nämlich nicht nur bei der Vergabe von Konzessionen oder lukrativen Staatsaufträgen in Entwicklungsländern.

Je höher das Korruptionsrisiko eingeschätzt wird, desto konkreter und damit umfangreicher müssen die Richtlinien sein und desto mehr Aufwand ist erforderlich, um diese zu implementieren und danach auch zu überwachen.

Entdeckte Korruptionsfälle führen zu straf- und zivilrechtlicher Haftung der beteiligten Unternehmen und Mitarbeitenden sowie zu nachhaltigem Reputationsverlust (siehe C). Noch nicht entdeckte Korruptionsfälle bedeuten ein Erpressungsrisiko, weil sich keiner der Beteiligten den erwähnten negativen Konsequenzen eines entdeckten Korruptionsfalls aussetzen möchte.

Ein dem Korruptionsrisiko angemessenes Programm dient auch dazu, die angewandte Sorgfalt zu dokumentieren. Tritt trotz Anti-Korruptionsprogramm ein Korruptionsfall auf, erscheint dieser als bedauerlicher Ausnahmefall statt als logische Konsequenz sorglosen Verhaltens. Unternehmen mit einem angemessenen Anti-Korruptionsprogramm können dieses im Korruptionsfall als Straf- und Haftungsmilderungsgrund anführen.

Schliesslich dokumentiert ein Anti-Korruptionsprogramm auch, dass ein Unternehmen einen verantwortungsvollen Umgang mit Risiken pflegt und leistet einen Beitrag zu seiner einwandfreien Reputation. Bemüht sich ein Unternehmen nicht, Korruptionsrisiken zu erkennen und zu vermeiden, kann ihm der Zugang zu staatlichen Leistungen wie z.B. Exportrisikoversicherungen oder zu Aufträgen von Staaten, internationalen Organisationen und multinationalen Unternehmen verwehrt werden. Beim Auf- und Ausbau von Geschäftsbeziehungen mit Partnern, die sich selbst ernsthaft um die Vermeidung von Korruption bemühen, ist ein Anti-Korruptionsprogramm auf jeden Fall ein Wettbewerbsvorteil.

C Welche Handlungen sind strafbar?

1 Strafbarkeit in der Schweiz

Das schweizerische Strafgesetzbuch (StGB) stellt das Bestechen von schweizerischen und fremden Amtsträgern unter Strafe (Art. 322ter ff. StGB).

Strafbar macht sich nicht nur diejenige Person, die besticht (sog. Aktive Bestechung), auch wer sich bestechen lässt (sog. Passive Bestechung), kann den Straftatbestand erfüllen.

Konkret macht sich strafbar, wer einem Amtsträger oder einem Privaten, der öffentliche Aufgaben wahrnimmt, im Zusammenhang mit dessen amtlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt bzw. wer einen solchen fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Ebenso erfasst ist, wenn statt dem Amtsträger bzw. dem Privaten einem Dritten ein solcher Vorteil gewährt wird.

Als Amtsträger gilt in diesem Zusammenhang ein Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, ein Beamter, ein amtlich bestellter Sachverständiger, ein Übersetzer oder Dolmetscher, ein Schiedsrichter oder ein Angehöriger der Armee. Im Falle der Bestechung fremder Amtsträger sind auch Mitglieder von internationalen Organisationen erfasst.

Bestechung wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder einer Geldstrafe geahndet. Weiter können die Bestechungsgelder wie auch die Erträge aus der Bestechung von den Strafverfolgungsbehörden eingezogen werden.

Von der Strafbarkeit ausgenommen sind dienstrechtlich erlaubte sowie geringfügige, sozial übliche Vorteile. Die Abgrenzung kann allerdings schwierig sein. Typische Grauzonenbereiche sind z. B.:

- Sog. «Facilitation Payments», d. h. kleine Zahlungen zur Beförderung einer Amtshandlung, auf die man als Bürger Anspruch hat oder zur Abwendung unberechtigter Forderungen;
- Persönliche Geschenke;
- Einladungen zu Essen, Anlässen oder Reisen/Übernachtungen; sowie
- Parteifinanzierungen oder andere Unterstützungsbeiträge.

In diesen Bereichen hat ein Unternehmen besonders sorgfältig zu prüfen, ob dabei die Grenze des sozial Üblichen oder der Geringfügigkeit überschritten wird und wie es mit solchen Leistungen umgehen will (z. B. in der Form eines gänzlichen Verbots oder der Festlegung eines bestimmten Maximalbetrages). In jedem Fall sollte ein Unternehmen in seinem Verhaltenskodex klare Regeln erlassen sowie eine Kompetenzstelle schaffen, an die sich Mitarbeitende bei unklaren Fällen oder Fragen wenden können.

Zu beachten ist, dass auch das «Anfüttern», d. h. die Vorteilsgewährung und Annahme solcher Vorteile durch einen Schweizer Amtsträger im Hinblick auf die künftige Amtsführung (Art. 322quinquies bis 322sexies StGB), sowie die Privatbestechung, (geregelt in Art. 4 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb), strafbar sind. Die Privatbestechung bekämpft den Machtmissbrauch eines im privaten Sektor tätigen Vertrauens-trägers (Arbeitnehmer, Gesellschafter, Beauftragter oder andere Hilfspersonen eines Dritten), der seine Macht im Hinblick auf einen ihm in Aussicht gestellten materiellen oder immateriellen Vorteil, auf den er kein Recht hat, missbraucht. Die Tat kann auch durch Unterlassen begangen werden. Sofern die versprochenen Vorteile vom Vertrauens-herrn – also beispielsweise dem Arbeitgeber – genehmigt werden, liegt keine strafbare Tat vor. Im Gegensatz zur Amtsträgerbestechung wird Privatbestechung nur auf Antrag strafrechtlich verfolgt und wird mit einer Freiheitsstrafe von drei Jahren oder mit einer Geldstrafe geahndet.

Ins Recht gefasst werden können neben der natürlichen Person, die die Tat begangen hat, auch leitende Angestellte, Mitarbeitende und weitere Personen, die das Unternehmen vertreten. Das Schweizer Unternehmen kann überdies, wenn es nachweislich unterlassen hat, die erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen zur Verhinderung einer Korruptionstat zu treffen, ebenfalls mit einer Busse bis zu CHF 5 Mio. sanktioniert werden. Diese Haftung gilt unabhängig davon, ob die natürliche Person, die die Tat begangen hat, zur Verantwortung gezogen werden kann.

2 Strafbarkeit in den USA und in Grossbritannien

International tätige Unternehmen haben zusätzlich ausländische Anti-Korruptionsgesetze zu beachten, welche bei Verstössen empfindliche Geld- und Freiheitsstrafen sowie hohe Kosten (z. B. durch die Pflicht zur Einführung eines umfassenden und teuren Compliance-Programms) und Reputationsschäden zur Folge haben können.

Ein wichtiges Anti-Korruptionsgesetz stellt der amerikanische Foreign Corrupt Practices Act («FCPA») dar. Der FCPA stellt einerseits die Bestechung von ausländischen Amtsträgern und Politikern («Anti-Bribery Provisions») und andererseits Verstösse gegen die Pflicht zur akkuraten Buchführung und internen Kontrolle («Books & Records Provisions») unter Strafe.

Die Anti-Bribery Provisions verbieten grundsätzlich das direkte oder indirekte Zahlen, Anbieten oder Versprechen von Geld- oder sonstigen Leistungen bzw. Sachen an nicht-amerikanische Amtsträger oder Politiker für eine illegale Gegenleistung.

Der sachliche Anwendungsbereich dieser Anti-Bribery Provisions ist nicht identisch mit den Strafbestimmungen des schweizerischen Rechts (und auch verschieden von anderen nationalen Rechtsordnungen oder der OECD-Konvention). So wird z. B. der Bestochene nicht sanktioniert oder es sind sog. Facilitation Payments (siehe Ziffer C 1 vorgenannt) explizit vom FCPA ausgenommen.

Die Books & Records Provisions sollen sicherstellen, dass Unternehmen ihre geschäftlichen Transaktionen mit dem vorgeschriebenen Grad an Detailliertheit verbuchen und damit keine illegal getätigten Transaktionen verschleiern können. Zudem müssen alle Gesellschaften, die dem FCPA unterstehen, ein internes Kontrollsystem für die Buchführung implementieren.

Zu beachten ist weiter, dass die USA nicht nur den sachlichen, sondern auch den räumlichen Anwendungsbereich sehr weit fassen. Vom FCPA erfasst werden nicht nur alle auf US-Territorium bzw. von Amerikanern begangenen Taten, sondern auch solche von (ausländischen) Unternehmen, deren Wertpapiere an einer US-Börse kotiert sind. Eine strafrechtliche Haftung kann sich auch für Handlungen von Intermediären (Agenten etc.) oder Tochtergesellschaften oder sogar im Rahmen von Firmenübernahmen für die Zielgesellschaft ergeben.

Am 1. Juli 2011 hat auch Grossbritannien ein neues Gesetz zum Schutz vor Korruption, den Bribery Act 2010, in Kraft gesetzt. Dieses Gesetz bestraft die aktive und passive Bestechung von Amtsträgern und privaten Angestellten, wenn damit eine Pflichtverletzung einhergeht. Auch die Bestechung ausländischer Amtsträger und das Unterlassen der Verhinderung der Korruption durch Unternehmen sind explizit geregelt. Unternehmen unterstehen einer Kausalhaftung. Mit dem Nachweis einer angemessenen Compliance-Organisation ist jedoch in gewissen Fällen eine Haftungsbefreiung möglich. Grauzonenfälle wie die Entgegennahme von Geschenken sind in einer besonderen Richtlinie geregelt. Grundsätzlich sind auch Facilitation Payments unter Strafe gestellt. Dem Bribery Act unterstehen nicht nur die in Grossbritannien inkorporierten Gesellschaften, sondern alle Unternehmen, die eine Geschäftstätigkeit in Grossbritannien ausüben.

D Internationale Standards und Modellkodizes

Neben gesetzlichen Regelungen zur Bekämpfung der Korruption gibt es auch eine Reihe von internationalen Standards und Modellkodizes, die von internationalen Organisationen und Nichtregierungs-Organisationen («NGOs») erarbeitet wurden. Diese Dokumente können einerseits eine Hilfestellung beim Aufbau eines Anti-Korruptionsprogramms bieten. Andererseits werden sie auch bei der Auslegung und Konkretisierung der gesetzlichen Regelungen hinzugezogen und bieten einen Anhaltspunkt dafür, was zurzeit international als «best practice» bei Korruptionsvermeidung angesehen wird. Die wichtigsten Standards sind:

- Geschäftsgrundsätze für die Bekämpfung von Korruption bei KMUs, veröffentlicht von Transparency International;
- OECD Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance;
- PACI Principles for Countering Bribery, die vom WEF, vom Basel Institute on Governance und von Transparency International erstellt wurden.

E Eckpfeiler der Korruptionsvermeidung

Abschliessend sollen im Sinne einer Übersicht einige Eckpfeiler der Korruptionsvermeidung für Unternehmen dargestellt werden:

- Klare Grundhaltung: Das Top-Management spricht sich klar gegen Korruption aus und erwartet dasselbe von allen Mitarbeitenden;
- Praktikable Regeln: Im Unternehmensalltag bewähren sich klare, einfach verständliche Regeln. Diese müssen dem Risikoprofil des Unternehmens entsprechen und regelmässig überprüft werden. Ziel der Überprüfungen muss sein, wo nötig die praktische Anwendung der Regeln zu vereinfachen und gleichzeitig besonderen Risikofaktoren Rechnung zu tragen;
- Geschenke und Einladungen: Mitarbeitende brauchen klare Richtlinien mit konkreten Beispielen dafür, was erlaubt ist und was nicht; solche Richtlinien erleichtern die Vermeidung von Korruption durch die Mitarbeitenden und machen den Lieferanten und Dienstleistern klar, welche Geschenke und Einladungen erwünscht und welche unerwünscht sind;

- Spenden: Spenden an undurchsichtige oder mit Entscheidungsträgern verbundene karitative Institutionen sind eine der in der Praxis angewandten Methoden, Korruption zu verschleiern. Bei karitativen Institutionen muss deren Unabhängigkeit von Entscheidungsträgern sichergestellt sein. Politische Spenden sind grundsätzlich heikel, wenn sie vom spendenden Unternehmen nicht öffentlich gemacht werden;
- Sponsoring, Beraterverträge, Drittmittelforschung: Bei diesen Themen gilt es durch Vertragsgestaltung und -monitoring sicherzustellen, dass Leistungen und Gegenleistungen «at arm's length» erfolgen und für die zahlende Partei einen nachweisbaren Nutzen bringen;
- Intermediäre: Die Verantwortung zur Korruptionsvermeidung lässt sich nicht beliebig delegieren. Besondere Vorsicht ist beim Einsatz von Dritten zur Erlangung von Aufträgen oder Konzessionen geboten. Verwendet der Dritte einen Teil seiner Entschädigung für Bestechungsgelder, kann dies für ein Unternehmen auch dann negative Folgen zeitigen, wenn sich der Dritte vertraglich zur Unterlassung von Bestechungszahlungen verpflichtet hat. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung sollte keinen Raum lassen für Bestechungsgelder;
- Stetige Weiterentwicklung: Interne und externe Kommunikation der eigenen Strategie zur Korruptionsvermeidung, das Ermutigen von Kunden und Mitarbeitenden zur Meldung von Verdachtsfällen und deren ernsthafte Überprüfung sowie die stetige Kontrolle und Verbesserung der Anti-Korruptions-Compliance bilden Schlüsselemente der Korruptionsvermeidung. Der Verhaltenskodex, der lediglich im Bücherregal steht, vermeidet weder Korruption noch führt er zu einer Straf- oder Haftungsmilderung.

Ansprechpartner



**Dr. Sebastian Burckhardt,
M.C.J.**
Advokat und Notar
Tel +41 44 254 34 90
sburckhardt@vischer.com



Dr. Felix W. Egli, LL.M.
Rechtsanwalt
Tel +41 44 254 34 90
fegli@vischer.com



Dr. David Jenny, LL.M.
Advokat
Tel +41 61 279 33 49
djenny@vischer.com



**Dr. Michael H. P. Pfeifer,
M.B.L.-HSG**
Advokat und Notar
Tel +41 61 279 33 46
mpfeifer@vischer.com



Dr. Matthias Staehelin, DHEE
Advokat und Notar
Tel +41 61 279 33 53
mstaehelin@vischer.com



lic. iur. Nadia Tarolli Schmidt
Advokatin und dipl. Steuerexpertin
Tel +41 61 279 33 54
ntarolli@vischer.com

