



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
Main Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2016

---

## Compliance und Verantwortlichkeit

Sethe, Rolf ; Andreotti, Fabio

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-132733>  
Book Section

Originally published at:

Sethe, Rolf; Andreotti, Fabio (2016). Compliance und Verantwortlichkeit. In: Isler, Peter R; Sethe, Rolf. Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII. Zürich: Schulthess, 87-167.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:  
Peter R. Isler, Rolf Sethe

# Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII



# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

---

Herausgeber:  
Peter R. Isler, Rolf Sethe

## Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII

Schulthess § 2016

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016  
ISBN 978-3-7255-7464-3

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsübersicht

<b>Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation für Verantwortlichkeitsklagen in Konzernverhältnissen</b>	7
<i>Dr. Rainer Klopfer, ehem. Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich, Konsulent bei BEELEGAL BÖSIGER. ENGEL. EGLOFF, Zürich</i>	
<b>Die haftungsbefreiende Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrates</b>	33
<i>Dr. Peter R. Isler, Rechtsanwalt, LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft &amp; Frey AG, Zürich, und Dr. Bertrand G. Schott, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft &amp; Frey AG, Zürich</i>	
<b>Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit</b>	61
<i>PD Dr. Christoph B. Bühler, Rechtsanwalt, LL.M., Privatdozent für Schweizerisches und Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Partner bei böckli bühler partner, Basel</i>	
<b>Compliance und Verantwortlichkeit</b>	87
<i>Prof. Dr. Rolf Sethe, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Niederer Kraft &amp; Frey AG, Zürich, und Fabio Andreotti, MLaw, Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rolf Sethe, Universität Zürich</i>	
<b>Die Bedeutung des Strafrechts für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage</b>	167
<i>Prof. Dr. Andreas Donatsch, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte, Zürich</i>	
<b>Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?</b>	185
<i>Prof. Dr. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt, LL.M., em. Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft &amp; Frey AG, Zürich</i>	

# Compliance und Verantwortlichkeit

Rolf Sethe/Fabio Andreotti\*

## Inhalt

I.	Einleitung: Die Fälle „ABB“ und „Siemens“ .....	89
II.	Die Notwendigkeit von Compliance .....	91
1.	Unterschiede in der Normbefolgung durch natürliche Personen und arbeitsteilig organisierte Unternehmen .....	91
2.	Der Begriff „Compliance“ .....	92
3.	Der Zweck von Compliance .....	94
4.	Die Inhalte von Compliance .....	95
a)	Compliance Management System .....	95
b)	Rechtliche Pflichtenkategorien.....	97
c)	Beachtung inländischen und ausländischen Rechts.....	98
5.	Abgrenzung zum Risikomanagement, zum IKS, zur internen Revision und zum Controlling .....	99
a)	Vorbemerkung: Gemeinsamkeiten .....	99
b)	Risikomanagement.....	100
c)	Internes Kontrollsystem (IKS) .....	100
d)	Interne Revision und Controlling.....	101
e)	Zwischenfazit: Compliance als Funktion, als Aufgabe und als System.....	102
III.	Rechtspflicht zur Compliance .....	102
1.	Gesellschaftsrechtliche Grundlagen.....	102
a)	Vorbemerkung.....	102
b)	Pflicht zur Compliance-Organisation .....	103
aa)	Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats.....	103
bb)	Vorgaben des Revisions- und Rechnungslegungsrechts.....	105
cc)	Ergänzende Vorgaben.....	107
dd)	Umsetzung im Geschäftsalltag .....	108

---

\* Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen des universitären Forschungsschwerpunkts Finanzmarktregulierung <[www.finreg.uzh.ch](http://www.finreg.uzh.ch)> entstanden. Die Verfasser danken den Herren MLaw Carlo Egle und MLaw Fabrice Eckert, LL.M., für die Unterstützung bei der Drucklegung.

c)	Pflicht zur Etablierung einer Compliance-Kultur.....	112
aa)	Verhaltensrichtlinien.....	112
bb)	Überwachung, Intervention sowie Sanktionierung.....	113
cc)	Fehlervermeidung, Kommunikation und Schulung.....	117
d)	Subsidiärer „Legal Compliance Audit“ durch die Revisionsstelle.....	118
2.	Kotierungsrechtliche Anforderungen und Best Practice-Standards.....	119
a)	Corporate Governance als Bedingung der Kotierung.....	119
b)	Organisatorische Anforderungen.....	120
c)	Transparenz über die Organisation.....	121
d)	Rechenschaft und Kontrolle.....	122
3.	Finanzmarktrechtliche Anforderungen.....	123
a)	Vorbemerkung.....	123
b)	Personelle Anforderungen.....	125
aa)	Rechtsgrundlagen.....	125
bb)	Gewährartikel.....	125
c)	Organisatorische Anforderungen bezüglich Compliance.....	127
aa)	Rechtsgrundlagen.....	127
bb)	Ausgestaltung der Bankorganisation.....	129
cc)	FINMA-RS 2008/24.....	130
dd)	Die „Compliance-Funktion“ insbesondere.....	132
ee)	Funktionen mit compliance-ähnlichen Aufgaben.....	134
d)	Subsidiärer „Legal Compliance Audit“ durch die Prüfgesellschaft.....	135
4.	Zwischenfazit.....	137
IV.	Haftung.....	138
1.	Voraussetzungen der Verantwortlichkeit im Allgemeinen.....	138
a)	Überblick.....	138
b)	Passivlegitimation des Compliance-Officers.....	139
2.	Pflichtverletzung.....	140
a)	Haftungsauslösendes Ereignis.....	140
b)	Mass der Sorgfalt der Unternehmensleitung.....	141
c)	Pflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation.....	143
d)	Delegation von Compliance-Aufgaben und Haftungsbefreiung.....	143
aa)	Cura in eligendo.....	144
bb)	Cura in instruendo.....	146
cc)	Cura in custodiendo.....	147
e)	Nicht delegationsfähige Compliance-Aufgaben.....	150
f)	Business Judgment Rule.....	150
aa)	Geschäftsentscheid.....	151
bb)	Im ordnungsgemässen Verfahren.....	153
cc)	Nachvollzieh- bzw. Vertretbarkeit des Entscheidungsinhalts.....	155
3.	Schaden.....	156
a)	Schadenspositionen.....	156
b)	Schadensreduktion?.....	158
4.	Kausalität.....	159

5. Verschulden .....	161
6. Prozessuale und taktische Überlegungen .....	163
V. Fazit.....	163

## I. Einleitung: Die Fälle „ABB“ und „Siemens“

Die Themen Compliance und Risikomanagement haben in den letzten beiden Jahrzehnten unter Wirtschaftsjuristen, aber auch Strafrechtlern eine hohe Aufmerksamkeit erfahren und eine unübersehbare Flut von Veröffentlichungen zur Folge gehabt. Für die Notwendigkeit einer Compliance-Organisation und eines Risikomanagements sprachen vor allem aufgedeckte Kartellverstöße, unzählige Fälle von Korruption und Verstöße gegen das Bankaufsichtsrecht und gegen Geldwäschereibestimmungen. Sehr viel Aufmerksamkeit zogen die beiden Korruptionsfälle ABB und Siemens auf sich, weil in beiden Fällen die US-amerikanische Börsenaufsicht drastische Bussgelder verhängte und Gewinne abschöpfte. Zwar sind solche Bestechungen auch in der Schweiz und Deutschland strafbar, jedoch übersteigen die Sanktionen der US-Amerikaner das in Europa „gewohnte“ Niveau bei weitem:

ABB-Tochtergesellschaften mit Sitz in Texas und in Schottland zahlten umgerechnet rund 1,35 Mio. CHF Schmiergelder an Regierungsvertreter in Nigeria, Angola und Kasachstan. ABB meldete die Schmiergeldzahlungen 2004 der Börsenaufsicht in den USA und musste daraufhin eine Busse von 10,5 Mio. \$ (13 Mio. CHF) bezahlen und die Einziehung ungerechtfertigter Gewinne von 5,9 Mio. \$ (7 Mio. CHF) akzeptieren.<sup>1</sup> Brisant war der Fall auch deshalb, weil ABB bereits zuvor in Deutschland in Schmiergeldzahlungen verwickelt war. Zwischen 1993 und 1997 wurden insgesamt mehr als 300 Mio. DM auf Nummernkonten bei elf Schweizer Banken überwiesen. Mit dem Geld errichtete man ein System schwarzer Kassen und akquirierte Aufträge für die Müllverbrennungsanlagen in Böblingen, Pirmasens und Fürstfeldbruck sowie für das Heizkraftwerk Bonn und das Kraftwerk

---

<sup>1</sup> „Bestechung: ABB muss 20 Millionen bezahlen“, Swissinfo vom 7. Juli 2004, <[www.swissinfo.ch/ger/bestechung-abb-muss-20-millionen-bezahlen/3985518](http://www.swissinfo.ch/ger/bestechung-abb-muss-20-millionen-bezahlen/3985518)>.



Rostock.<sup>2</sup> 2010 gab die US-Tochtergesellschaft der ABB zu, zwischen 1997 und 2004 Bestechungsgelder gezahlt zu haben, um in Mexiko an Aufträge zu kommen. Die jordanische Tochter gab zu, im Rahmen des UN-Programms „Öl für Lebensmittel“ für Aufträge im Irak Schmiergelder entrichtet zu haben. Die US-Behörden verhängten eine Strafe von 58,3 Mio. \$.<sup>3</sup> Zudem folgte eine Zivilklage der geschädigten staatlichen mexikanischen Elektrizitätsgesellschaft.<sup>4</sup>

Ähnlich verlief der Fall Siemens, bei dem auch ein über Jahrzehnte funktionierendes System schwarzer Kassen zur Zahlung von Schmiergeldern entdeckt wurde. Dieses war so facettenreich, dass es hier aus Platzgründen nicht nachgezeichnet werden kann. Die Gesamtkosten des Korruptionsskandals bei Siemens aus verhängten Strafen deutscher und US-amerikanischer Behörden und Gerichte, Beraterkosten und Steuernachzahlungen beliefen sich auf 2,9 Mrd. €.<sup>5</sup>

Der Fall Siemens hat noch einen neuen Aspekt des Themas zutage gefördert, nämlich die Frage, ob die Unternehmensleitung im Wege der Verantwortlichkeitsklage für das Fehlen bzw. die schlechte Ausgestaltung und Überwachung einer Compliance-Organisation zur Rechenschaft gezogen werden kann. Die Gesellschaft nahm infolge des Skandals ihre ehemaligen Vorstandsmitglieder in Regress. Neun Altvorstände und -aufsichtsräte erklärten sich in Vergleichen bereit, insgesamt 19,5 Mio. € zu bezahlen. Der frühere Vorstands- und Aufsichtsratschef HEINRICH VON PIERER allein trug 5 Mio. € bei.<sup>6</sup> Nur Ex-Vorstand HEINZ-JOACHIM NEUBÜRGER liess sich verklagen. Er

---

<sup>2</sup> „Nummernkonto 18010“, Spiegel online vom 7. Februar 2000, <[www.spiegel.de/spiegel/print/d-15613855.html](http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-15613855.html)>.

<sup>3</sup> „Millionenstrafe für ABB wegen Korruption“, TagesAnzeiger vom 30. September 2010, <[www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Millionenstrafe-fuer-ABB-wegen-Korruption-/story/12875811](http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Millionenstrafe-fuer-ABB-wegen-Korruption-/story/12875811)>.

<sup>4</sup> „Zivilklage gegen ABB wegen Korruption in Mexiko“, Berner Zeitung vom 7. Oktober 2010, <[www.bernerzeitung.ch/wirtschaft/Zivilklage-gegen-ABB-wegen-Korruption-in-Mexiko/story/29221557](http://www.bernerzeitung.ch/wirtschaft/Zivilklage-gegen-ABB-wegen-Korruption-in-Mexiko/story/29221557)>.

<sup>5</sup> <<https://de.wikipedia.org/wiki/Siemens>>.

<sup>6</sup> „Siemens reicht Klage gegen ehemalige Vorstände ein“, faz-net vom 25. Januar 2010, <[www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/korruption-siemens-reicht-klage-gegen-ehemalige-vorstaende-ein-15104.html](http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/korruption-siemens-reicht-klage-gegen-ehemalige-vorstaende-ein-15104.html)>.

wurde in 1. Instanz zu 15 Mio. € Schadensersatz verurteilt.<sup>7</sup> Seine hiergegen eingereichte Berufung wurde in 2. Instanz mit einem Vergleich über 2,5 Mio. € beendet.<sup>8</sup>

Im Folgenden ist zunächst der Begriff der Compliance und deren praktische Notwendigkeit zu klären (II.). Sodann wird untersucht, unter welchen Bedingungen eine Compliance-Organisation und ein Risikomanagementsystem zu errichten sind (III.) und unter welchen Voraussetzungen ein Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung für das Fehlen oder die mangelhafte Ausgestaltung bzw. Überwachung gemäss Art. 754 OR haften muss (IV.). Es schliesst sich ein Fazit an (V.).

## **II. Die Notwendigkeit von Compliance**

### **1. Unterschiede in der Normbefolgung durch natürliche Personen und arbeitsteilig organisierte Unternehmen**

Vergleicht man natürliche Personen und Unternehmen in Bezug auf die Anreize zur Einhaltung von Normen, zeigen sich deutliche Unterschiede. Einzelpersonen können ein Bewusstsein für Recht und Unrecht und ein Gewissen entwickeln, das sie von Gesetzesverstössen abhält bzw. abhalten soll. Da der Einzelne für sein Tun selbst verantwortlich ist, spürt er auch allfällige Sanktionen direkt. Anders ist die Ausgangslage in der Regel in einem grösseren Unternehmen. Das Unrechtsbewusstsein und das Gewissen der Mitarbeiter sind unterschiedlich stark ausgeprägt. Zudem kann der einzelne Mitarbeiter seine Verfehlungen leichter innerhalb der formalen organisatorischen Strukturen des Unternehmens vertuschen, ohne dafür einstehen zu müssen. Je nach Unternehmenskultur kann dies zu einem „race to the bottom“ führen, wenn immer derjenige erfolgreich ist, der am skrupellosesten vorgeht. Die arbeitsteilige Organisation bedingt zudem eine geteilte Verantwortung und Sanktionen treffen meist nur das Unternehmen.

---

<sup>7</sup> LG München I, WM 2014, 947 ff.

<sup>8</sup> <[https://de.wikipedia.org/wiki/Heinz-Joachim\\_Neubürger](https://de.wikipedia.org/wiki/Heinz-Joachim_Neubürger)>.

Um diese negativen Effekte zu vermeiden oder zu minimieren, müssen Unternehmen mit arbeitsteiliger Organisation dafür Sorge tragen, dass einzuhaltende Standards definiert und kontrolliert sowie aus Gesetzesverstößen drohende Risiken frühzeitig erkannt werden. Hierfür sind eine Compliance-Organisation und ein Risikomanagement nötig. Zudem spielt die Verantwortlichkeit eine zentrale Rolle, weil sie gewährleisten kann, dass die Konsequenzen und Sanktionen nicht nur das Unternehmen treffen, sondern auch die verantwortlichen Unternehmensleiter.

## 2. Der Begriff „Compliance“

Der Begriff „Compliance“ stammt aus dem Englischen „to comply with“ und bedeutet „Einhaltung“, „Übereinstimmung“ und „Befolgung von etwas“. Als Compliance im engeren Sinne kann die „Legal Compliance“ bezeichnet werden, welche begrifflich die Einhaltung von Gesetzenormen und Landesregeln umfasst. Compliance meint jedoch nicht nur das *Ziel* der Normeneinhaltung, sondern zugleich auch die unternehmerischen und organisatorischen *Strategien und Systeme* zur Verhinderung von Normverstößen und damit zur Haftungsvermeidung.<sup>9</sup>

Im weiter verstandenen Sinn umfasst Compliance aber auch die freiwillige Beachtung von ethischen Standards und selbstverpflichtenden Normen.<sup>10</sup> So können Unternehmen ihren Mitarbeitern oder ausländischen Niederlassungen Verhaltensregeln auferlegen, mit denen sie über rein rechtliche Rahmenbedingungen hinausgehen und beispielsweise die Wertvorstellungen der Gesellschaft oder die Erwartungen der lokalen Bevölkerung am Ort der Geschäftstätigkeit berücksichtigen. Damit ist ein Konzept angesprochen, das sich unter den Begriff „Corporate Social Responsibility“ (CSR) subsumieren

---

<sup>9</sup> ROTH MONIKA, Compliance in a nutshell, Zürich/St. Gallen, 2. Aufl. 2015, 1; BUFF HERBERT G., Compliance Management, SSHW 323, Zürich/St. Gallen 2015, 4 f.; POPPE SINA, Begriffsbestimmungen Compliance: Bedeutung und Notwendigkeit, in: INDERST/BANNENBERG/POPPE (Hrsg.), Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche, 2. Aufl., Heidelberg 2013, Kap. 1 N 2.

<sup>10</sup> Vgl. die Abbildung bei ROTH (FN 9), 44.

lässt.<sup>11</sup> Darunter wird beispielsweise der nachhaltige Umgang mit Ressourcen, die unternehmerische Integration sozialer Belange oder die Beachtung der Menschenrechte<sup>12</sup> verstanden. Compliance ist damit vor allem auch zu einem Thema der Reputation eines Unternehmens bei dessen internen und externen Anspruchsgruppen (sog. Stakeholdern) geworden.<sup>13</sup> Deutlich zeigte sich dies in der Finanzkrise, als die auf fehlerhaften regulatorischen und betriebswirtschaftlichen Anreizen basierende Unternehmenskultur gewisser Finanzmarktakteure moniert wurde. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass „Compliance“ mittlerweile nicht mehr bloss objektive Gesetzes-treue, sondern einen *umfassenden* Ansatz von unternehmerischer Integrität umschreibt.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Hierzu ausführlich FORSTMOSER PETER, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: WALDBURGER et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 157 ff.; ROTH MONIKA, Compliance – der Rohstoff von Corporate Social Responsibility, Zürich/St. Gallen 2014, 11 ff., 15 ff.; WEBER ROLF H., Corporate Social Responsibility as a Gap-Filling Instrument?, in: NEWELL (ed.), Corporate Social Responsibility: Challenges, Benefits and Impact on Business Performance, New York 2014, 87 ff.

<sup>12</sup> Hierzu KAUFMANN CHRISTINE, Wirtschaft und Menschenrechte – Anatomie einer Beziehung, AJP 2013, 744 ff.; FORSTMOSER PETER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: CAVALLO et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, 703 ff.

<sup>13</sup> Hierzu FORSTMOSER PETER, Corporate Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in: VOGT et al. (Hrsg.), Unternehmen, Transaktion, Recht, Liber amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, 197 ff. Es ist jedoch empirisch fraglich, ob sich das CSR-Engagement positiv auf den Unternehmenserfolg auswirkt, siehe die Meta-Studie von ROST KATJA/EHRMANN THOMAS, Reporting Biases in Empirical Management Research: The Example of Win-Win Corporate Social Responsibility, Business & Society, OnlineFirst vom 25.2.2015, 1 ff.

<sup>14</sup> SwissHoldings/economiesuisse, Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements, Zürich 2014, 2, 4 f. m.w.H., 16. Vgl. auch die Ausführungen von STRASSER OTHMAR, Antwort einer Bank auf die erhöhte Verantwortlichkeit im Unternehmen aus zivil-, straf- und verwaltungsrechtlicher Sicht – oder Management von Compliance Risiken als Aufgabe von Unternehmensjuristen, in: NIGGLI/AMSTUTZ (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen. Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, 245, 256 ff.

### 3. Der Zweck von Compliance

Die *Verhinderung von Compliance-Risiken* ist der primäre Zweck von Compliance.<sup>15</sup> Hierunter wird das Risiko des Eintritts von Verstössen gegen Vorschriften, Standards und Standesregeln mit der Folge entsprechender rechtlicher und regulatorischer Sanktionen, finanzieller Verluste oder Reputationschäden verstanden.<sup>16</sup> Eng damit verbunden sind operationelle und rechtliche Risiken, wie sie insbesondere aus dem Risikomanagement im Bankenbereich bekannt sind.<sup>17</sup>

Neben der Prävention von Rechtsverstössen gehören die *Krisenbewältigung* und das *Enforcement* zur Compliance im weiteren Sinn, falls sie einen Bezug zum Rechtsverstoss aufweisen.<sup>18</sup> Schliesslich werden *Massnahmen zur Verbesserung von Geschäftsprozessen und des internen Regelwerks* sowie die Förderung einer *Unternehmenskultur der Integrität* als Ziele von Compliance im weiteren Sinn verstanden.<sup>19</sup> Die Compliance-Abteilung nimmt in der Praxis daher häufig auch eine Beratungs- und Informationsfunktion ein. Sie dient indirekt der Qualitätssicherung und eine gute Compliance wirkt sich positiv auf das Image des Unternehmens nach aussen aus, so dass ihr auch Marketing- resp. Public Relations-Zwecke zugeschrieben werden.

Aus naheliegenden Gründen ist die Verhinderung von Regelverstössen für ein Unternehmen von grosser Bedeutung: *Non-Compliance* bedeutet für ein Unternehmen und dessen Akteure in erster Linie das Anfallen finanzieller

---

<sup>15</sup> Siehe POPPE (FN 9), Kap. 1 N 63, 66; ROTH (FN 9), 3, 5; ROTH (FN 11), 65.

<sup>16</sup> Vgl. FINMA-RS 08/24, N 98; Basel Committee on Banking Supervision, *Compliance and the compliance function in banks*, April 2005, Ziff. 3; ROTH (FN 9), 54 ff.; ROTH (FN 11), 65 ff., die darüber hinaus strategische Risiken darunter fasst.

<sup>17</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 2 BankV; begrifflich zu eng Art. 89 ERV; hierzu KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE, Art. 3 N 71 ff., in: ZOBL et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, 22. Lfg., Zürich 2014; kritisch STRASSER, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 14), 250 ff.

<sup>18</sup> Siehe ROTH (FN 9), 3; POPPE (FN 9), Kap. 1 N 38.

<sup>19</sup> Siehe ROTH (FN 9), 3 f.

Kosten, etwa aufgrund eines Strafverfahrens<sup>20</sup>, verwaltungsrechtlicher Sanktionen<sup>21</sup> oder zivilrechtlicher Schadensersatzklagen, die einen allfälligen unternehmerischen Gewinn schmälern. Zudem können Berufsverbote, der Entzug der Bewilligung sowie Freiheitsstrafen Rechtsfolgen von Non-Compliance darstellen, womit sogar die Geschäftsexistenz eines Akteurs in Frage gestellt wird. Schliesslich sind Reputationsverluste und damit zusammenhängende Absatzeinbussen bei den Kunden und eine tiefere Unternehmensbewertung durch die Marktteilnehmer mögliche Folgen der Missachtung der Compliance.<sup>22</sup>

#### 4. Die Inhalte von Compliance

##### a) *Compliance Management System*

Compliance befasst sich grundsätzlich *nicht* mit dem eigentlichen Rechtsverstoss bzw. dessen Inhalt – dass Gesetze einzuhalten sind, ist unbestritten. Ziel der Compliance ist die Verhinderung des Verstosses, d.h. die *Überwachung und Kontrolle der Einhaltung von Rechtsnormen*.<sup>23</sup> Als Folge davon bedeutet Compliance in erster Linie die Errichtung einer gewissen organisatorischen Struktur, welche den betrieblichen Compliance-Risiken Rechnung trägt („Compliance-Organisation“).<sup>24</sup> Kommt es zu Gesetzesverstössen, wird

<sup>20</sup> Siehe Art. 102 Abs. 3 StGB („Das Gericht bemisst die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat und der Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.“).

<sup>21</sup> Siehe beispielsweise die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 49a KG.

<sup>22</sup> Siehe hierzu BUFF HERBERT G., Compliance, Führungskontrolle durch den Verwaltungsrat, SSHW 199, Diss. Zürich 2000, 144 ff.; SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 4, 16; eine quantitative Übersicht bei EMCH URS/ RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, Schweizerisches Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 3105 f.

<sup>23</sup> Siehe BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N 378, § 15 N 320. Vgl. ferner den Wortlaut von Art. 102 Abs. 2 StGB („organisatorische Vorkehren“ [...], „um eine solche Straftat zu verhindern“); hierzu HAGER LUCAS/HALLER MATTHIAS, Rechtliche Anerkennung von wirksamen Compliance-Strukturen vor Schweizer Gerichten, SZW 2014, 533, 534.

<sup>24</sup> Vgl. KELLERHALS ANDREAS, Herausforderungen in der Compliance mit in- und ausländischem Kartellrecht und Eingriffsgesetzen, in: BERNI/KELLERHALS (Hrsg.),

– wenig überraschend – regelmässig der Vorwurf der mangelhaften Organisation des Unternehmens bzw. der mangelhaften Überwachung der Mitarbeiter erhoben.<sup>25</sup> Sieht man vom Finanzmarktrecht einmal ab, sind aber konkrete rechtliche Vorgaben zum Thema eher spärlich.<sup>26</sup>

Ein „Compliance Management System“<sup>27</sup> besteht typischerweise aus vier Bereichen, nämlich Risikoanalyse, Ausbildung, interne Kontrollen und interne Richtlinien.<sup>28</sup> Basierend auf einer fortlaufenden Risikoanalyse wird ein „Compliance-Programm“<sup>29</sup> und eine entsprechende Organisation entwickelt, d.h., es werden Funktionsträger bestimmt, deren Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten festgelegt sowie Prozesse und Massnahmen und schliesslich Verhaltensrichtlinien und darauf basierende Weisungen („Compliance-Policy“) ausgearbeitet.<sup>30</sup> Darüber hinaus ist es von grosser Bedeutung, ob im Unternehmen eine „Compliance-Kultur“ vorgelebt wird.<sup>31</sup>

---

Internationales Handelsrecht III: Compliance Management als juristische Kernfunktion, EIZ 94, Zürich 2009, 3 f. („*Organisationskonzept*“). Der Entwurf zum neuen Finanzinstitutsgesetz hält darum ohne Umschweife fest: „Das Finanzinstitut muss [...] so organisiert sein, dass es die gesetzlichen Pflichten erfüllen kann.“, vgl. Art. 8 Abs. 1 E-FINIG; ähnlich Art. 23 E-FIDLEG.

<sup>25</sup> Siehe unten, IV.2.

<sup>26</sup> HAGER/HALLER (FN 23), 534 f.; BACHMANN DANIEL, Compliance – Rechtliche Grundlagen und Risiken. Ein Thema (auch) für Unternehmen ausserhalb der Finanzindustrie, ST 2007, 93; siehe ferner SETHE ROLF, Compliance, Whistleblowing und Critical Incident Reporting, in: SETHE et al. (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 189, 190 f.

<sup>27</sup> Hierzu ausführlich BUFF (FN 9), 25 ff.

<sup>28</sup> HAGER/HALLER (FN 23), 534 f.

<sup>29</sup> HAGER/HALLER (FN 23), 537.

<sup>30</sup> Vgl. ROTH (FN 9), 3; BUFF (FN 9), 27; WYSS LUKAS, Das IKS und die Bedeutung des (Legal) Risk Management für VR und Geschäftsleitung im Lichte der Aktienrechtsreform 2007, SZW 2007, 27, 32 f., bezüglich IKS; KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 121, bezüglich Compliance in Banken.

<sup>31</sup> Ausführlich am Beispiel des Prüfungsstandards IDW PS 980 HAGER/HALLER (FN 23), 536 ff.

b) *Rechtliche Pflichtenkategorien*

Unter dem Blickwinkel rechtlicher Kategorien kann man *Organisations-* und *Verhaltenspflichten* unterscheiden. Organisatorisch geht es um die Pflicht zum Aufbau einer schadensverhindernden bzw. -mindernden Compliance-Organisation mit den entsprechenden personellen und finanziellen Ressourcen sowie Überwachungs- und Kontrollstrukturen. Zu den Verhaltenspflichten gehören sodann namentlich Überwachungs-, Beobachtungs-<sup>32</sup>, Nachforschungs- und Interventions-, Melde- sowie Schulungs- und Kommunikationspflichten. Die meisten dieser Pflichten sind *abstrakt* und lediglich auf der Ebene der obersten Führungsorgane gesetzlich geregelt.<sup>33</sup> Entsprechend müssen diese Pflichten zur Compliance-bezogenen Organisation im Licht der allgemeinen Sorgfaltspflicht der Organmitglieder ausgelegt werden (Art. 717 Abs. 1 OR).<sup>34</sup> Aus ihr wird die Pflicht abgeleitet, dass die Gesellschaft sowie ihre Gläubiger und Aktionäre vor Schäden aus Compliance-Risiken zu schützen sind.<sup>35</sup> Auch die Treuepflicht der Organmitglieder statuiert ein allgemeines Verbot der Schädigung der Gesellschaft<sup>36</sup> resp. die Pflicht des Verwaltungsrates, sich langfristig an der Steigerung des Unternehmenswerts zu orientieren<sup>37</sup>.

In ihrer Allgemeinheit sind diese Pflichtenkonzepte überzeugend. Sie versagen jedoch dort, wo die Eingehung von Compliance-Risiken gerade zum *Nutzen* der Gesellschaft und seiner Investoren erfolgt, beispielsweise bei der Bestechung ausländischer Amtsträger oder der Annahme unversteuerter Vermögenswerte. In diesen Fällen kann es nicht auf den kurzfristigen Nutzen ankommen, sondern es muss auf das langfristige Interesse der Gesellschaft

---

<sup>32</sup> Siehe zur ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Beobachtungspflicht im deutschen Recht SETHE ROLF, Erweiterung der bank- und kapitalmarktrechtlichen Organisationspflichten um Reporting-Systeme, ZBB 2007, 421, 422 f.

<sup>33</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1, 2 und 5 OR; siehe hierzu unten, III.1.b).

<sup>34</sup> Dazu BÖCKLI (FN 23), § 13 N 378 ff., 565 ff.; SETHE (FN 32), 422.

<sup>35</sup> Vgl. BGE 122 III 195, E. 3b; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 569a, bezüglich Sorgfaltspflicht betreffend die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens.

<sup>36</sup> FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizer Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 25.

<sup>37</sup> VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 243.



an einer nachhaltig guten Reputation resp. an einem nachhaltig hohen Unternehmenswert abgestellt werden (vgl. Art. 717 Abs. 1 OR), so dass zwangsläufig die Pflicht zur Überwachung der Rechtstreue im Vordergrund steht (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR).<sup>38</sup>

c) *Beachtung inländischen und ausländischen Rechts*

Compliance soll nicht nur Verstösse gegen inländische Rechtsnormen<sup>39</sup> verhindern, sondern auch solche gegen *ausländische* Vorschriften. Dies gilt unbestrittenermassen dort, wo eine Gesellschaft im Ausland unmittelbar physisch vor Ort tätig ist.<sup>40</sup> Spätestens seit der Steuerkrise mit den USA und europäischen Ländern kommt diesem Grundsatz aber auch in der grenzüberschreitenden („offshore“) Finanzdienstleistungserbringung eine essentielle Rolle zu.<sup>41</sup> Auch wenn eine schweizerische Gesellschaft niemals der verlän-

---

<sup>38</sup> Hinsichtlich der gewöhnlichen Anstellungsverhältnisse bedeutet dies, Verhaltensrichtlinien aufzustellen, die „*Treuepflichten*“ der Arbeitnehmer festlegen und der Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen der Bank und dem Arbeitnehmer dienen“, vgl. KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 120.

<sup>39</sup> Worunter auch vertragliche Verpflichtungen fallen können, WYSS (FN 30), 29.

<sup>40</sup> KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 151. Vgl. für Finanzintermediäre Art. 6 Abs. 1 GwV-FINMA, wonach die Rechts- und Reputationsrisiken eines Finanzintermediärs global zu erfassen, begrenzen und überwachen sind; siehe ferner für Banken und Effekthändler FINMA-RS 08/24, N 99, wonach der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung in international tätigen Unternehmen gewährleisten, dass ihre Weisungen mit Wirkung für mehrere Länder mit dem *lokalen* Recht vereinbar sind. In der Praxis ist diese Forderung für Konzerngesellschaften mit ausländischen Niederlassungen nicht immer einfach umzusetzen, siehe KLEINER BEAT, Global tätige Banken im Spannungsfeld lokaler Regulierungen und Usancen, in: HÖRTER/WAGNER (Hrsg.), Visionen im Bankmanagement, Festschrift für Leo Schuster, München 1997, 13 ff.

<sup>41</sup> Ein Überblick grenzüberschreitender Rechtsrisiken findet sich bei STRASSER, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 14), 248 ff. Vgl. beispielsweise auch das Memorandum of Understanding vom 15. August 2013 zwischen der Schweiz und Deutschland zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Finanzbereich, Ziff. 2.1 lit. b, wonach Schweizer Banken „bei grenzüberschreitender Geschäftsanbahnung in der Bundesrepublik Deutschland die zu beachtenden Anleger- und Verbraucherschutzvorschriften“ einzuhalten haben „und deren Einhaltung durch die Aufsichtsbehörden überprüft wird“.

gerte Arm einer ausländischen Aufsichts- oder Steuerbehörde<sup>42</sup> sein kann (und darf<sup>43</sup>), wird sie sich nur schon aus Gründen der Reputation und der finanziellen Nachteile vor der Missachtung ausländischer Rechtsnormen (auch ausserhalb des Aufsichtsrechts)<sup>44</sup> hüten. Schwieriger ist die Sache dort, wo eine ausschliesslich inländisch tätige Gesellschaft mit ausländischen Gesetzen mit *extraterritorialer* Wirkung konfrontiert ist, die unter Umständen sogar im Widerspruch zu den inländischen Rechtsnormen und der hiesigen Rechtskultur stehen.

## 5. Abgrenzung zum Risikomanagement, zum IKS, zur internen Revision und zum Controlling

### a) *Vorbemerkung: Gemeinsamkeiten*

Compliance muss von den anderen teils ähnlichen Funktionen und Systemen abgegrenzt werden. Compliance weist eine grosse Ähnlichkeit zum Risikomanagement auf: In beiden Tätigkeiten finden rechtliche Risiken Berücksichtigung. Compliance ist zudem funktionell Teil des internen Kontrollsystems (kurz: IKS). Die interne Revision untersucht schliesslich die Wirksamkeit der Komponenten des IKS und damit auch der Compliance-Funktion. Die genannten Systeme überschneiden sich regelmässig inhaltlich, sie sind teilweise funktionell miteinander verbunden oder voneinander abhängig und sie alle sollen zusammen ein kohärentes, effizientes betriebliches Gesamtkontrollsystem bilden.<sup>45</sup> Institutionell besteht häufig eine Überlappung

---

<sup>42</sup> So aber noch der Vernehmlassungsentwurf zum neuen Finanzinstitutsgesetz, Art. 11 VE-FINIG (Juni 2014), und nun neu die Vorlage zum revidierten Geldwäschereigesetz, Art. 6a E-GwG (Juni 2015), betreffend Prüfung der Steuerkonformität gemäss ausländischem Recht durch einen Schweizer Finanzintermediär.

<sup>43</sup> Verbotene Handlungen für einen fremden Staat sind nach Art. 271 StGB strafbar, falls kein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund („ohne Einwilligung“) vorliegt.

<sup>44</sup> Siehe auch Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 46-48 („Banks should comply with applicable laws and regulations in all jurisdictions in which they conduct business, [...]“).

<sup>45</sup> Vgl. KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 46; BACHMANN (FN 26), 95; WIRTH ANNINA/WOHLMANN HERBERT, Zum Umgang der Unternehmen mit dem Werte-

der unterschiedlichen Funktionen,<sup>46</sup> wobei eine vollständige personelle Integration im Hinblick auf die Gewaltenteilung und Funktionentrennung problematisch sein kann.<sup>47</sup> Trotz aller Gemeinsamkeiten unterscheiden sich die Systeme:

b) *Risikomanagement*

Das Risikomanagement bezweckt die umfassende und systematische Steuerung und Lenkung von Risiken. Es umfasst die permanente, systematische Risikoidentifikation, -beurteilung und -kontrolle in einem ganzheitlichen Sinn und dient damit der Erkennung von Chancen und Gefahren des im Einzelnen eingegangenen Risikos für das Unternehmen.<sup>48</sup> Aus der Perspektive der Compliance bestehen dabei Überschneidungen in Bezug auf Rechts-<sup>49</sup> und Reputationsrisiken.<sup>50</sup> Im Bankengeschäft kommt dies explizit im Gesetz zum Ausdruck (Art. 12 Abs. 2 BankV<sup>51</sup>).

c) *Internes Kontrollsystem (IKS)*

Das interne Kontrollsystem (IKS) ist hingegen auf negative Abweichungen von der Soll-Situation, d.h. auf Gefahren und Schwachstellen ausgerichtet.<sup>52</sup>

---

wandel, recht 2015, 10, 15; WYSS (FN 30), 36, 41; BÖCKLI (FN 23) § 13 N 349a, § 15 N 251, 319.

<sup>46</sup> Vgl. SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 9 f.; BÖCKLI (FN 23), § 15 N 320a, warnt vor einer allzu starken Auslagerung in Spezialeinheiten.

<sup>47</sup> WYSS (FN 30), 35.

<sup>48</sup> LEHMANN URS, Internes Kontrollsystem (IKS) in der Umsetzung, Diss. Zürich 2009, 94, 96; LEHMANN AXEL P./ROTH PELLANDA KATJA, Agenda für ein (besseres) Risikomanagement durch den Verwaltungsrat, GesKR 2009, 317, 318; WYSS (FN 30), 35; vgl. ferner FINMA-RS 08/24, N 126; FINMA-RS 08/32, N 6.

<sup>49</sup> Eingehend zu den Rechtsrisiken WYSS LUKAS, Juristisches Risk Management und Hedging als Mittel zur Risikokontrolle, Diss. Bern 2005, 70 ff.

<sup>50</sup> STÖCKLI BEAT, Die Organisation von Banken aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Diss. St. Gallen 2007, 248; ROTH (FN 9), 27, 37; LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 320.

<sup>51</sup> Betreffend das Risikomanagement von Finanzinstituten Art. 8 Abs. 2 E-FINIG.

<sup>52</sup> LEHMANN (FN 48), 26; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 348a.

Im *engeren* Sinn beschränkt sich das IKS auf Risiken betreffend finanzieller Berichterstattung und Buchführung.<sup>53</sup> Nach heute überwiegender, *weitergehender* Auffassung besteht der Zweck der IKS-Funktion – neben der Herstellung von Effektivität und Effizienz in der Geschäftstätigkeit („operations“) und der Verlässlichkeit der Finanzberichterstattung („financial reporting“) – auch in der Überwachung der Einhaltung der anwendbaren Normen („legal compliance“).<sup>54</sup>

#### d) *Interne Revision und Controlling*

Ebenfalls in die Kategorie der betrieblichen Risikokontrolle gehört die interne Revision<sup>55</sup> und das Controlling. Die interne Revision ist anders als die Compliance-Funktion vom Management unabhängig, dem Verwaltungsrat unterstellt und sie unterstützt ihn bzw. in grösseren Gesellschaften das Audit Committee bei der „Finanzkontrolle“ gemäss Art. 716 Abs. 1 Ziff. 3 OR, d.h. bei der nachträglichen Überprüfung der finanzrelevanten Vorgänge. Sie entlastet damit auch die externe Revisionsstelle bei der jährlichen Prüfung.<sup>56</sup> Die interne Revision überprüft zudem auch die Wirksamkeit und Funktions-

<sup>53</sup> Siehe Schweizer Prüfungsstandard: Prüfung der Existenz des internen Kontrollsystems (PS 890), 17. Dezember 2007, 3.

<sup>54</sup> Vgl. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, Internal Control – Integrated Framework (COSO), 2 Bände, Jersey City 1994, Band 1, 13 ff.; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 348a, § 15 N 248, 320; WEBER ROLF H., Prüfungsgegenstand und -umfang beim internen Kontrollsystem, SZW 2007, 472; WYSS (FN 30), 29, 32 f., 40 f., der in der einseitigen Fokussierung auf finanzielle Belange eine Gefahr sieht; LEHMANN/ ROTH PELLANDA (FN 48), 319 f.; vgl. ferner FINMARS 08/32, N 7; PricewaterhouseCoopers, Internes Kontrollsystem – Führungsinstrument im Wandel, 2007, 4 („Bei der internen Kontrolle handelt es sich um die Gesamtheit aller vom Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung angeordneten Vorgänge, Methoden und Massnahmen [...], die dazu dienen, einen ordnungsgemässen Ablauf des betrieblichen Geschehens sicherzustellen.“). Davon zu unterscheiden ist die Frage der Prüfung des IKS, vgl. dazu unten den Text bei FN 75.

<sup>55</sup> Zur internen Revision im Bank- und Versicherungswesen, siehe unten, III.3.c).

<sup>56</sup> Siehe LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 320; WYSS (FN 30), 33 f.; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 349a f., § 15 N 313 ff., 319; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 30 N 45, sprechen vom internen Inspektorat.

fähigkeit des IKS im weiteren Sinne sowie des Risikomanagements.<sup>57</sup> Das Controlling dient hingegen als Steuerungshilfe der operativen Unternehmensführung und ist darum der Geschäftsleitung unterstellt.<sup>58</sup>

e) *Zwischenfazit: Compliance als Funktion, als Aufgabe und als System*

Der Begriff „Compliance“ kann nach dem Gesagten als eine eigenständige (Sub-)Funktion mit eigenen personellen und finanziellen Ressourcen (Abteilung) oder als Umschreibung einer materiellen Aufgabe verstanden werden.<sup>59</sup> Compliance kann darüber hinaus auch als wesentliches Element des internen Kontrollsystems (IKS) beschrieben werden, das von der internen Revision geprüft und – wie wir sehen werden – von der externen Revision im Rahmen der Prüfung zumindest berücksichtigt wird.

### III. Rechtspflicht zur Compliance

#### 1. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen

a) *Vorbemerkung*

Compliance im juristischen Sinne bedeutet im Grundsatz nichts Anderes als die Befolgung des zwingenden Rechts. Dass das geltende Recht von jeder Person zu beachten ist, entspricht der dem Recht inhärenten Logik in einem Rechtsstaat, welcher die Sphären des Handelns des Einzelnen mittels Rechtsnormen abgrenzt. Lässt man die wirtschaftsethischen Aspekte von Compliance einmal beiseite, kommt dem Konzept „Compliance“, das auch der betriebswirtschaftlichen Forschung zugeordnet werden kann, im Prinzip erst im Kontext unternehmerischen, arbeitsteiligen Handelns eine eigenstän-

---

<sup>57</sup> BÖCKLI (FN 23), § 15 N 314; BÜHLER CHRISTOPH B., *Regulierung im Bereich der Corporate Governance*, Zürich 2009, 247; ROTH (FN 9), 30 f., bezüglich interner Revision von Banken.

<sup>58</sup> LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 320 m.w.H.; WYSS (FN 30), 34; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 350, § 15 N 318 f.

<sup>59</sup> Zur Unterscheidung der Compliance-Funktion im formellen und materiellen Sinne STRASSER, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 14), 258 f., 263 ff.

dige Bedeutung zu.<sup>60</sup> Dies ist trotz des Grundsatzes<sup>61</sup> richtig, dass jeder Mitarbeiter in seinem Verantwortungs- und Einflussbereich für die Compliance in erster Linie selber verantwortlich ist. Wenn Entscheidungen und Verantwortlichkeiten delegiert werden (müssen), fragt sich nämlich, wie die Regelkonformität des Handelns sichergestellt werden kann. Inhaltlich befasst sich Compliance also vorwiegend mit der betriebswirtschaftlichen Organisationsstruktur resp. – aus rechtlicher Warte – mit Organisations- und Verhaltenspflichten im unternehmerischen Kontext.<sup>62</sup> Diese Perspektive wird endlich auch vom Prinzip gefordert, wonach diejenige Person die Risiken zu tragen hat, welche vom Nutzen einer risikobehafteten Tätigkeit profitiert. Dies sind neben den Kapitalgebern, welche mit ihrem Kapitaleinsatz für fremde Fehler einzustehen haben, die Führungspersonen, die in der Regel bei gleichzeitig erhöhter Verantwortung eine höhere Entlohnung erhalten.

b) *Pflicht zur Compliance-Organisation*

aa) *Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats*

Aus dem Gesagten wird deutlich, dass Compliance Teil der Unternehmensführung („Corporate Governance“<sup>63</sup>) ist und dass damit unternehmensinternen Grundsätze von oben nach unten, also „top down“, bestimmt werden. Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR kommt dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zu, „die *Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung von Gesetzen, Statuten, Reglementen und*

<sup>60</sup> Vgl. POPPE (FN 9), Kap. 1 N 3.

<sup>61</sup> Siehe SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 10.

<sup>62</sup> Siehe SETHE, in: FS Weber (FN 26), 192, 194; ähnlich POPPE (FN 9), Kap. 1 N 12 ff., 66.

<sup>63</sup> Vgl. die Ziff. 20, 21 und 24 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP), Zürich 2014; ferner SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 6, 9 f. Der SCBP, 6, definiert Corporate Governance wie folgt: „Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf das nachhaltige Unternehmensinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben.“

*Weisungen*“ wahrzunehmen. Der Verwaltungsrat ist zudem für die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Ziff. 1), für die Festlegung der angemessenen Organisation (Ziff. 2), für die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (Ziff. 3) und für die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Ziff. 4) verantwortlich.

Der Verwaltungsrat nimmt also die Funktion der *Oberaufsicht* über die Gesellschaft und die Geschäftsleitung wahr (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Damit gemeint ist nicht die laufende Beaufsichtigung, sondern die Sicherstellung einer angemessenen Überwachung und Berichterstattung an den Verwaltungsrat.<sup>64</sup> Allein diese nicht delegierbare Aufgabe des Verwaltungsrates macht es notwendig, dass er sich Mitteln bedient, die es ihm erlauben, ein Bild über die mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken zu erhalten.<sup>65</sup> Entsprechend ist der Verwaltungsrat angehalten, für die Sicherstellung der *grundlegenden* Compliance-Organisation zu sorgen.<sup>66</sup> Diese Pflicht leitet sich zudem aus seiner Organisationsverantwortung ab, wonach der Verwaltungsrat für die „Organisation des Unternehmens in ihren wesentlichen Grundzügen“<sup>67</sup> verantwortlich ist (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR). Der Verwaltungsrat ist folgerichtig aber nicht selber Compliance-Officer oder Risikomanager.<sup>68</sup> Im Rahmen der Errichtung der Compliance-Organisation ist es zentral, dass der Verwaltungsrat die Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten genau umschreibt<sup>69</sup> und diese, falls erforderlich, im Verhältnis zur

---

<sup>64</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (FN 36), § 30 N 47.

<sup>65</sup> Vgl. ROTH (FN 9), 12; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 375; ähnlich WYSS (FN 30), 37; SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 9 f.

<sup>66</sup> BUFF (FN 22), N 116 ff.; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 378.

<sup>67</sup> BÖCKLI (FN 23), § 13 N 319, 373, 565; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (FN 36), § 30 N 34 ff. („organisatorischen Grundlagen“); BACHMANN (FN 26), 93; ROTH (FN 9), 14; ungenau hingegen SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 9, die davon sprechen, dass die „Unternehmensführung“ die oberste Organisationsverantwortung trägt.

<sup>68</sup> BÖCKLI (FN 23), § 14 N 291.

<sup>69</sup> Der Verwaltungsrat wird dies regelmässig in einem Organisationsreglement gemäss Art. 716b OR tun, vgl. hierzu FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011, § 15 N 1 ff.; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 321 ff.

Geschäftsleitung klar abgrenzt.<sup>70</sup> Der Verwaltungsrat regelt also die Organisation im Bereich der obersten Geschäftsleitung selber, darunter ist die nähere Festlegung der Organisation hingegen delegierbar.<sup>71</sup>

Der *Gesamtverwaltungsrat* ist nach dem Gesagten für die Errichtung und die Festlegung der wesentlichen Grundzüge der Compliance-Organisation verantwortlich.<sup>72</sup> In grösseren Unternehmen beruft der Verwaltungsrat regelmässig ein „Compliance Committee“ als vorbereitenden und ausführenden Ausschuss gemäss Art. 716a Abs. 2 OR ein, dem jedoch keine eigenständige Entscheidungskompetenz zukommt.<sup>73</sup> Der Verwaltungsrat hat zudem für eine angemessene Berichterstattung des Gremiums zu sorgen, denn er bleibt für die Überwachung der Compliance-Organisation persönlich verantwortlich.<sup>74</sup>

### *bb) Vorgaben des Revisions- und Rechnungslegungsrechts*

Zur Organisation der Compliance-Funktion finden sich nur mittelbar Regelungen im Gesetz: So ergibt sich die Pflicht, ein IKS zu errichten, zwar aus dem Revisionsrecht, jedoch umfasst die Prüfungspflicht der Revisionsstelle in Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR hinsichtlich der Existenz eines IKS lediglich ein auf das mit der finanziellen Buchführung und Berichterstattung be-

<sup>70</sup> Vgl. Ziff. 11.2 SCBP; ferner WYSS (FN 30), 38, der die Vermeidung positiver und negativer Kompetenzkonflikte betont.

<sup>71</sup> BÖCKLI (FN 23), § 13 N 319a, 320a, siehe auch N 373, bezüglich Oberaufsicht.

<sup>72</sup> BUFF (FN 9), 20; ROTH (FN 9), 13; GELLIS JOSSY, Compliance – Abstützung durch Rechnungswesen, IKS und Risk Management, in: BERNI/KELLERHALS (Hrsg.), Internationales Handelsrecht III: Compliance Management als juristische Kernfunktion, EIZ 94, Zürich 2009, 84, spricht von der „Systemverantwortung“ des Verwaltungsrates; vgl. LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 322, bezüglich Risikomanagement; vgl. BGE 122 IV 103, E. VI.2.c).

<sup>73</sup> Vgl. ROTH (FN 9), 13; MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich 2014, 64.

<sup>74</sup> Siehe BSK OR II-WATTER/ROTH-PELLANDA, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 716b N 17; WATTER ROLF, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: VON DER CRONE/WEBER/ZÄCH/ZOBL (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 183, 188 f.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 73), 67.



schränktes *IKS ohne Legal Compliance*.<sup>75</sup> Zudem wird die Existenz eines IKS im Rahmen der eingeschränkten Revision gar nicht geprüft.<sup>76</sup> Art. 728a Abs. 2 OR, wonach die Revisionsstelle bei der Durchführung und Festlegung des Umfangs der Abschlussprüfung das IKS zu berücksichtigen hat, bezieht sich hingegen auf das *IKS im umfassenden Sinn* (inklusive Legal Compliance).<sup>77</sup> Wiederum fehlt für die eingeschränkte Revision eine vergleichbare Norm.<sup>78</sup> Für die eigentliche Pflicht zur Errichtung eines IKS mit Compliance-Funktion – nicht hingegen für deren Umfang – kann es u.E. auf die Art der Revision jedoch nicht ankommen.<sup>79</sup> Im neuen Rechnungslegungsrecht muss ferner der Lagebericht Aufschluss über die „Durchführung einer Risikobeurteilung“ geben,<sup>80</sup> was voraussetzt, dass der Verwaltungsrat sich mit den wesentlichen Risiken der betrieblichen Tätigkeit inhaltlich befasst hat.<sup>81</sup> Anders als unter altem Recht sind aber nur Unternehmen, die zur

---

<sup>75</sup> BSK OR II-WATTER/PFIFNER (FN 74), Art. 728a N 54; BACHMANN (FN 26), 95; BÖCKLI (FN 23), § 15 N 276 ff., 288 ff., ferner N 399; WYSS (FN 30), 38 f.; WEBER (FN 54), 477 f.; siehe jedoch Art. 728b Abs. 1 OR betreffend Revisionsbericht an den Verwaltungsrat, der in der praktischen Tendenz scheinbar über das blosse Rechnungslegungs-IKS hinausgeht, vgl. BÖCKLI (FN 23), § 15 N 331 ff., insbesondere N 334 f., 336.

<sup>76</sup> BÖCKLI (FN 23), § 15 N 460 f.; WYSS (FN 30), 31, 39.

<sup>77</sup> BÖCKLI (FN 23), § 15 N 263 ff., 293; WEBER (FN 54), 475 m.w.H., 477.

<sup>78</sup> BÖCKLI (FN 23), § 15 N 460.

<sup>79</sup> So auch WYSS (FN 30), 38.

<sup>80</sup> Art. 961c Abs. 2 Ziff. 2 OR, hierzu BÖCKLI PETER, *Neue OR-Rechnungslegung*, Zürich 2014, N 810 ff.; ursprünglich im Anhang zur Jahresrechnung bzw. in der Konzernrechnung gemäss Art. 663b Ziff. 12 aOR; siehe noch zum alten Recht BÖCKLI (FN 23), § 15 N 277; WEBER (FN 54), 478.

<sup>81</sup> Unter dem alten Recht waren lediglich Risiken zu erfassen, die einen wesentlichen Einfluss auf die Beurteilung der *finanziellen* Aspekte in der Jahresrechnung (d.h. Bilanz, Erfolgsrechnung, Anhang) des Unternehmens hatten, vgl. zum alten Recht BSK OR II-NEUHAUS/BLÄTTLER (FN 74), Art. 663b N 41a und 41c. Der Lagebericht ist diesbezüglich wohl *offener*. Anders als im altrechtlichen Jahresbericht (Art. 663d aOR) stehen im Lagebericht zudem nicht ausschliesslich vergangenheitsbezogene Aussagen zu den wesentlichen Faktoren (bzw. Risiken) für die Entwicklung des Geschäftsgangs im Geschäftsjahr, sondern auch solche zu den Indikatoren (bzw. Risiken) der künftigen Geschäftsentwicklung, vgl. KUKO OR-BURKHALTER/VARELA LÓPEZ, Basel 2014, Art. 961c N 2. Über alle diese Risiken hat sich der Verwaltungsrat im Lagebericht Gedanken zu machen.

ordentlichen Revision verpflichtet sind, von dieser Pflicht betroffen (Art. 961 Ziff. 3 OR). Der Lagebericht unterliegt der Genehmigung durch die Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR), er wird jedoch, weil er nicht mehr Teil der Jahresrechnung ist, nicht durch die Revisionsstelle geprüft.<sup>82</sup>

*cc) Ergänzende Vorgaben*

Die Pflicht des Verwaltungsrates, ein IKS inklusive Compliance einzurichten, wie auch die Pflicht, ein Risikomanagement einzuführen, wurden bereits vor Einführung der Bestimmungen zum IKS implizit unter die Pflichten von Art. 716a OR<sup>83,84</sup> subsumiert<sup>85</sup> und als Teil des risikobasierten Prüfungsansatzes tatsächlich praktiziert.<sup>86,87</sup> Die Zweckmässigkeit der Organisation des Betriebs und damit der Compliance-Organisation ergibt sich endlich *indirekt* aus der deliktischen Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR. Nach dieser Bestimmung hat der Geschäftsherr für den Schaden seiner Arbeitnehmer einzustehen, falls er sich nicht mittels Sorgfaltsnachweises („*curae*-Haf-

<sup>82</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, 21. Dezember 2007, BBl 1589, 1718; vgl. den Wortlaut von Art. 958 Abs. 2 und Art. 961c Abs. 1 OR.

<sup>83</sup> Konkret Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1, 2, 3 und 5 OR.

<sup>84</sup> Das revidierte Aktienrecht sollte in Zukunft explizit die Implementierung eines funktionierenden IKS („die Ausgestaltung [...] der internen Kontrolle“) als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates vorschreiben (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR). Namentlich auch im Hinblick auf Ziff. 5 derselben Bestimmung wäre es besser, von „Einhaltung“ statt „Befolgung“ zu sprechen. Vgl. hierzu Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Teil I-V, 30. September 2003, 85 f. Der Vorentwurf zum Vernehmlassungsverfahren vom 2. Dezember 2005 übernahm diesen Wortlaut. Im Entwurf vom 21. Dezember 2007 und im Vorentwurf vom November 2014 fehlt diese Änderung hingegen.

<sup>85</sup> Hierzu BÖCKLI (FN 23), § 15 N 254, 311; BACHMANN (FN 26), 94, bezüglich IKS; LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 318, 322 f., bezüglich Risikomanagement; WYSS (FN 30), 37, bezüglich IKS und Risikomanagement.

<sup>86</sup> IMBACH HAUMÜLLER DIANA, Whistleblowing – Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle, GesKR 2013, 71, 76, bezüglich IKS.

<sup>87</sup> In der deutschen Lehre wird zudem die Ansicht vertreten, dass sich ein Risikoüberwachungssystem auch (indirekt) aus der „Business Judgment Rule“ herleiten lasse, siehe POPPE (FN 9), Kap. 1 N 28.

tung“) exkulpieren kann.<sup>88</sup> Ferner ergibt sich ein Mindestmass an Compliance-Organisation auch aus der strafrechtlichen Unternehmenshaftung gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB, der erforderliche und zumutbare organisatorische Vorkehrungen vom Geschäftsherrn fordert, damit die dort genannten Anlasstaten verhindert werden.<sup>89</sup>

Der *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* (SCBP), der sich mit seinen Empfehlungen primär<sup>90</sup> an schweizerische Publikums-gesellschaften wendet, formuliert die Compliance-Pflicht vergleichsweise *konkret*. Ziff. 21 SCBP schreibt für den Umgang mit rechtlichen Risiken vor, dass der Verwaltungsrat „Massnahmen zur Einhaltung der anwendbaren Normen (Compliance)“ trifft. Darüber hinaus empfiehlt der Swiss Code die Einrichtung eines internen Kontrollsystems und eines den betrieblichen Umständen angepassten Risikomanagements, das unter anderem auch Reputationsrisiken miteinbezieht (Ziff. 20 SCBP).

#### *dd) Umsetzung im Geschäftsalltag*

Die auf dem Papier skizzierte Compliance-Organisation hat der Verwaltungsrat auch effektiv umzusetzen. Ihm kommt bei der zweckmässigen Umsetzung aber eine sehr *weitgehende Gestaltungsfreiheit* zu.<sup>91</sup> In der Praxis

---

<sup>88</sup> Umfassend WAESPI OLIVER, Organisationshaftung, Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, ASR 700, Diss. Bern 2005, 15 ff.; ferner ROBERTO VITO/PETRIN MARTIN, Organisationsverschulden aus zivilrechtlicher Sicht, in: NIGGLI/AMSTUTZ (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen. Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, 69, 75 ff.

<sup>89</sup> Grundlegend JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Das Desorganisationsdelikt, Zürich/St. Gallen 2013. S.a. HAGER/HALLER (FN 23), 534 f.; IMBACH HAUMÜLLER (FN 86), 78, hinsichtlich Whistleblowing-Systemen; vgl. dazu beispielsweise BGE 122 IV 103, E. VI.2.c).

<sup>90</sup> Der SCBP macht Empfehlungen zur Corporate Governance von börsenkotierten Gesellschaften. Aufgrund seiner Grundsätzlichkeit als Best Practice Standard kann er jedoch auch eine gewisse Aussagekraft für nicht-kotierte Gesellschaften erlangen, vgl. SCBP, Präambel, 6. BÖCKLI (FN 23), § 14 N 311, § 14 N 350 ff., plädiert denn auch dafür, den SCBP, wo sinnvoll, auch in nicht-kotierten Gesellschaften zu berücksichtigen.

<sup>91</sup> Siehe statt vieler BÖCKLI (FN 23), § 13 N 318 m.w.H., § 15 N 254.

wird er sein Ermessen<sup>92</sup> regelmässig dahingehend ausüben, dass er in einem schriftlich protokollierten Verwaltungsratsbeschluss oder Organisationsreglement (Art. 716b OR)<sup>93</sup> die nähere Umsetzung und Durchführung der Compliance-Organisation an die Geschäftsleitung *delegiert*.<sup>94</sup> Bei der Umsetzung kann der Verwaltungsrat auch von seinem Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsleitung Gebrauch machen.<sup>95</sup>

Falls der Verwaltungsrat die Geschäftsführung übertragen hat (Art. 716 Abs. 2 OR), ist die Delegation der Umsetzung aus betriebswirtschaftlicher Sicht angezeigt: Compliance stellt – neben dem Risikomanagement – eine eigentliche *Führungsaufgabe* der Geschäftsleitung dar, die im Zusammenwirken mit dem Verwaltungsrat erbracht wird.<sup>96</sup> Zwecks Umsetzung wird ein Geschäftsleitungsmitglied oder ein leitender Angestellter mit dem Vollzug und der eigentlichen Compliance-Aufsicht (nicht Oberaufsicht) in der Funktion als „Compliance Officer“ oder „Risk Manager“ beauftragt.<sup>97</sup> Diese Funktion ist einerseits mit der permanenten Risikoanalyse, dem Erlass von Weisungen im Rahmen des vom Verwaltungsrat erlassenen Verhaltenskodex<sup>98</sup> sowie der Erarbeitung von Massnahmen zur Risikominimierung und andererseits mit der konkreten Überwachung und Durchsetzung der Compli-

<sup>92</sup> Sein Ermessen kann auf null reduziert sein, so dass er zum Beizug von Fachleuten und damit zur Delegation verpflichtet ist, wenn er selbst nicht über das nötige Fachwissen verfügt, vgl. FORSTMOSER PETER/SPRECHER THOMAS/TÖNDURY GIAN ANDRI, *Persönliche Haftung nach Schweizer Recht*, Zürich 2005, N 100; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 319a, § 15 N 311 („unerlässlich“).

<sup>93</sup> Zur Kompetenzaufteilung mittels Organisationsreglement BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 74), Art. 716b N 5 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 73), 72 f.

<sup>94</sup> Zur Zulässigkeit der Delegation der näheren Organisation im Bereich des Legal Compliance BÖCKLI (FN 23), § 13 N 319a f., § 14 N 291, § 15 N 291, 311; SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 10; siehe bezüglich Risikomanagement LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 323; siehe bezüglich IKS BÖCKLI (FN 23), § 15 N 254; WYSS (FN 30), 33, 38.

<sup>95</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 23), § 15 N 312.

<sup>96</sup> BÖCKLI (FN 23), § 13 N 376, § 14 N 291, § 15 N 320.

<sup>97</sup> BUFF (FN 22), N 120, 41 ff.; LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 320; BACHMANN (FN 26), 94; BUFF (FN 9), 19; ROTH (FN 9), 14, 24, 29; SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 3, 10; LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 325, bezüglich Risikomanagement.

<sup>98</sup> Dazu unten, III.1.c)aa).

ance-Organisation betraut.<sup>99</sup> Es sind fortan vor allem die Linienvorgesetzten in einem Unternehmen, welche die Compliance-Massnahmen zu evaluieren, auf die Risiken in ihrem jeweiligen Bereich anzuwenden und schliesslich gegenüber ihren jeweiligen Mitarbeitern durchzusetzen haben.<sup>100</sup> In der Praxis beginnt Compliance darum beim *einzelnen* Mitarbeiter und endet – kaskadenartig – bei der Geschäftsleitung und beim Verwaltungsrat.<sup>101</sup> Das bedeutet, dass jeder Mitarbeiter in seinem Zuständigkeitsbereich in erster Linie selber für die Beachtung der Compliance-Regeln verantwortlich ist.<sup>102</sup> Zur Klarstellung sei gesagt, dass die Pflicht zur Beachtung der Compliance-Regeln aus einem „einfachen“ Mitarbeiter noch keine Organperson i.S.d. Verantwortlichkeitsrechts macht oder zur Begründung einer Garantenstellung in Bezug auf die Compliance-Organisation als Ganzes führt.<sup>103</sup> Die *Garantenstellung* kann vielmehr dem Compliance-Beauftragten im Einzelfall zukommen, wenn es um konkrete, ihm erkennbare Gesetzesverstösse geht, die in seinen Aufgabenbereich fallen, und er es *unterlässt*, etwas dagegen zu unternehmen.<sup>104</sup> Die Verantwortung für das generelle Funktionieren der Compliance-Organisation verbleibt in jedem Fall beim Verwaltungsrat.

---

<sup>99</sup> WYSS (FN 30), 38; SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 12.

<sup>100</sup> Vgl. BUFF (FN 9), 22 („Second Line of Defense“).

<sup>101</sup> WIND CHRISTIAN, Die ‚To-Do-Liste‘ eines Compliance-Verantwortlichen für die Unternehmensleitung, in: BERNI/KELLERHALS (Hrsg.), Internationales Handelsrecht II: Neue Risiken für Unternehmen und Management wegen Bestechung und Korruption, EIZ 84, Zürich 2008, 100. Siehe ferner BGE 122 IV 103, E. VI.2.c) („In einem grösseren Unternehmen wie der Firma Von Roll dürfte die Verantwortung für eine genügende Organisation *mehrere Personen* treffen.“, Hervorhebung der Verfasser).

<sup>102</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 10, 14. Dem Verwaltungsrat kommt dabei die Aufgabe zu, die Funktionsfähigkeit der Compliance zu überwachen und ggf. wiederherzustellen, dazu unten, III.1.c)bb).

<sup>103</sup> Zur Garantenstellung von Compliance-Beauftragten vgl. BGH, WM 2009, 1882.

<sup>104</sup> Eine Garantenstellung ist vor allem im Zusammenhang mit der *strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung* von praktischer Bedeutung. Ein *Compliance-Officer* ist etwa aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung zur Risikoverhinderung oder -minimierung im Betrieb angehalten (vgl. Art. 11 StGB). Das Bundesgericht setzt für den Unterlassungsfall grundsätzlich eine qualifizierte Rechtspflicht (i.S. einer Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber) voraus, aus der es eine Handlungspflicht des Garanten ableitet, vgl. BGE 113 IV 68, E. 6 f. Siehe auch STRAS-

Als Mittel zur Erreichung von Compliance dienen normbezogene Risikoanalysen, eine Conflicts of Interest Policy, Schulungen, Handbücher, eine Document Destruction Policy, die Aufklärung von Verstössen und deren Sanktionierung. Die Ausgestaltung der Compliance-Organisation muss so beschaffen sein, dass Informationen über beobachtete oder vermutete Rechtsverstösse und sonstiges compliance-relevantes Verhalten ohne Einschränkungen mithilfe eines *Reporting-Systems* einerseits von Mitarbeitern und unternehmensinternen Abteilungen zur Compliance-Funktion und andererseits von dieser zur Geschäftsleitung und zum Verwaltungsrat gelangen können.<sup>105</sup> Falls die betrieblichen Umstände es zulassen, muss die Compliance-Funktion personell, hierarchisch und finanziell möglichst unabhängig sein, damit Interessenkonflikte mit den Führungsebenen so weit wie möglich ausgeschlossen werden können.<sup>106</sup> In ihrer Tätigkeit sind die Compliance-Verantwortlichen weisungsfrei.<sup>107</sup> Die beauftragten Personen müssen hinreichende Kompetenzen haben, um Vorsorgemassnahmen durchsetzen und Verstösse ahnden zu können. Die Compliance-Stelle hat ausserdem über den betrieblichen Verhältnissen angepasste Ressourcen und EDV-Mittel zu verfügen, damit sie ihren Aufgaben ausreichend nachkommen kann.<sup>108</sup> So sind beispielsweise die Anforderungen an ein Anti-Korruptionsprogramm ver-

---

SER OTHMAR, Strafrechtliche Verantwortung des Unternehmensjuristen einer Schweizer Bank, in: MONTI et al. (Hrsg.), Festschrift für Carl Baudenbacher, Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung, Baden-Baden 2007, 749, 761, 762 ff., bezüglich der besonderen arbeitsvertragsrechtlichen Pflichten des „Unternehmensjuristen“ zur Bekämpfung der Risiken im Zusammenhang mit Geldwäscherei. Vgl. hierzu auch FN 255. Ferner gilt die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung auch für die Strafbarkeit von *Organmitgliedern*, vgl. BGE 96 IV 155 (Unterlassung einer Intervention wider besseren Wissens); BGE 122 IV 103 (Unterlassung der notwendigen Compliance-Organisation); BGE 125 IV 9 (Unterlassung der Kompetenzaufteilung und Stellvertreterregelung); hierzu BACHMANN (FN 26), 95 f.; KOLLER THOMAS, Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung – Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht?, SJZ 1996, 409 ff.

<sup>105</sup> Ausführlich zu Reporting-Systemen und deren Nutzen SETHE (FN 32), 433 ff.

<sup>106</sup> Siehe ROTH (FN 9), 17; BUFF (FN 9), 37; SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 6, 10.

<sup>107</sup> STRASSER, in: FS Baudenbacher (FN 104), 760.

<sup>108</sup> ROTH (FN 9), 18.

schieden von denjenigen an eine bankrechtliche Compliance-Funktion hinsichtlich der Einhaltung des ausländischen Aufsichtsrechts.

Es liegt im Einzelnen im Ermessen des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, wie sie die Compliance-Funktion *innerhalb* des IKS des Unternehmens ausgestalten.<sup>109</sup> Es gibt nicht die eine richtige Ausgestaltung, sondern der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung müssen diejenige Form wählen, die den Risiken („risk-based approach“) und Ressourcen des Betriebs am besten Rechnung trägt („tailor-made“).<sup>110</sup> So empfiehlt Ziff. 20.1 SCBP, das interne Kontrollsystem der Grösse, der Komplexität und dem Risikoprofil der Gesellschaft anzupassen. Indessen kann das interne Kontrollsystem auch das Risikomanagement der Gesellschaft abdecken (Ziff. 20.2 SCBP). Dementsprechend passt der Verwaltungsrat auch die eigentliche Compliance-Funktion den „Besonderheiten des Unternehmens“ an (Ziff. 21.1 SCBP). Diesbezüglich orientiert er sich an Best Practice-Regeln (Ziff. 21.2 SCBP). Darunter fallen beispielsweise die von SwissHoldings und economiesuisse herausgegebenen „Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements“ von September 2014, die sich wiederum an internationalen Standards orientieren, jedoch auch lokalen Besonderheiten Rechnung tragen.<sup>111</sup>

c) *Pflicht zur Etablierung einer Compliance-Kultur*

aa) *Verhaltensrichtlinien*

Mit der Etablierung rein formaler Organisationsstrukturen ist es jedoch noch nicht getan. Der Verwaltungsrat hat auch geeignete und hinreichende Massnahmen zu treffen, damit jeder Mitarbeiter auf seiner Stufe weiss, welche

---

<sup>109</sup> BUFF (FN 9), 37 f.; ROTH (FN 9), 16; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 376, 378c („Gestaltungsautonomie“), § 15 N 254 (bezüglich IKS); LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 319 (bezüglich IKS); WYSS (FN 30), 31 f. (bezüglich IKS); WEBER (FN 54), 475.

<sup>110</sup> Vgl. SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 15; WIND, in: BERNI/KELLERHALS (FN 100), 93; vgl. auch den Wortlaut von Art. 102 Abs. 2 StGB, der von „erforderlich“ und „zumutbar“ spricht.

<sup>111</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 4.

Rechtsnormen und internen Verhaltensrichtlinien einzuhalten sind.<sup>112</sup> Dieser Verantwortung trägt der Verwaltungsrat namentlich Rechnung, indem er einen Verhaltenskodex („Codes of Conduct“, „Code of Ethics“, Unternehmensleitbild oder dergleichen) erlässt.<sup>113</sup> Diese grundlegende Aufgabe wird heute überwiegend dem Verantwortungsbereich des Verwaltungsrates zugerechnet, namentlich auch darum, weil Compliance und der Umgang mit Risiken (insbesondere das Risikomanagement) als Teil der Unternehmensstrategie und -politik betrachtet werden.<sup>114</sup> Der Verhaltenskodex berechtigt, verpflichtet und motiviert sodann die Geschäftsleitung.<sup>115</sup> Die operative Umsetzung der Compliance-Richtlinien, d.h. der Erlass von betriebsinternen Weisungen, darf der Verwaltungsrat wiederum an die Geschäftsleitung resp. an die eigens dafür geschaffene Funktion delegieren.<sup>116</sup>

*bb) Überwachung, Intervention sowie Sanktionierung*

Risikomanagement und Compliance-Organisation ohne flankierende Kontrolle sind grundsätzlich undenkbar. Für den Verwaltungsrat bedingt die Delegation dieser Aufgaben die Übernahme einer *Überwachungsfunktion*. Dieser hat er in erster Linie durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen Rechnung zu tragen. Mit der Pflicht zur Oberaufsicht des Verwaltungsrates verbunden ist die Errichtung interner Berichts- und Kontrollsysteme, beispielsweise eines IKS, die dem Verwaltungsrat der Überwachung und Kontrolle der betrieblichen und rechtlichen Risiken dienen.<sup>117</sup> Damit soll sichergestellt werden, dass die hierarchisch unter dem Verwaltungsrat arbeitende Geschäftsleitung ihrerseits Gesetzen, Statuten, Reglementen, Weisungen und freiwillig übernommenen Standards Beachtung schenkt.

---

<sup>112</sup> BUFF (FN 9), 19.

<sup>113</sup> BUFF (FN 9), 33; vgl. auch Ziff. 21.1 SCBP.

<sup>114</sup> BUFF (FN 9), 20, 22, vgl. auch 33; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 306 f.; SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 3, 6 („unternehmerische Kernaufgabe“), 9 („obersten Regelungsebene“ resp. „Verfassungsstufe“); ähnlich ROTH (FN 9), 13; bezüglich Risikomanagement LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 323.

<sup>115</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 9.

<sup>116</sup> Siehe STRASSER, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 14), 277 f.

<sup>117</sup> BÖCKLI (FN 23), § 13 N 377, 380; ROTH (FN 9), 13 f.



Der Verwaltungsrat darf sich grundsätzlich darauf verlassen, dass die Geschäftsleitung bei ihren Entscheidungen die geltenden Normen einhält.<sup>118</sup> Ohne gegenteilige Anhaltspunkte kann er sich daher auf periodische Berichte und Kontrollen verlassen.<sup>119</sup> Er muss jedoch unverzüglich *intervenieren*, wenn bei ihm Zweifel an der Einhaltung der Vorschriften aufkommen.<sup>120</sup> Dabei muss der Verwaltungsrat sich in der Regel nicht unmittelbar mit dem Fehlverhalten von Mitarbeitern befassen. Eine persönliche *Eingriffspflicht* gilt jedoch dann, wenn Verstösse der Geschäftsleitung oder wichtiger Akteure des Unternehmens festgestellt worden sind, wenn für das Unternehmen sensible und bedeutsame Geschäftsbereiche betroffen sind oder wenn gleichartige Verstösse aufgrund eines Organisationsmangels gehäuft auftreten.<sup>121</sup> Der Verwaltungsrat muss ferner dann eingreifen, wenn er merkt, dass er gegenüber der Geschäftsleitung unbewusst Anreize zur Non-Compliance gesetzt hat, beispielsweise über ein mangelhaftes Entschädigungsmodell.<sup>122</sup> Schliesslich ist der Verwaltungsrat auch zur *Sanktionierung* des fehlerhaften Verhaltens angehalten, will er sich im Rahmen der Aufarbeitung des Organisations- und Überwachungsdefizits nicht selber einem Haftungsrisiko aussetzen.<sup>123</sup> Die Sanktionierung kann beispielsweise über Rückzahlungsverpflichtungen von bzw. Verfallsbestimmungen aufgeschobener oder gesperr-

---

<sup>118</sup> BÖCKLI (FN 23), § 13 N 379 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (FN 36), § 30 N 49.

<sup>119</sup> Sog. Vertrauensgrundsatz, siehe BGE 120 IV 300, E. 3d bb) („Ihm [dem Vertrauensgrundsatz] kommt dann die Funktion einer Begrenzung der Vorsichtspflicht insofern zu, als jeder Beteiligte grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass jeder andere sich pflichtgemäss verhalten wird, sofern nicht besondere Umstände das Gegenteil erkennen lassen.“).

<sup>120</sup> Eine solche Eingriffspflicht leitet sich sowohl aus der Aufgabe zur Oberleitung als auch zur Oberaufsicht gemäss Art. 716a OR ab, siehe BÖCKLI (FN 23), § 13 N 307, 361 ff., 377, 380; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (FN 36), § 30 N 49.

<sup>121</sup> Vgl. ROTH (FN 9), 14; ähnlich BÖCKLI (FN 23), § 13 N 362 f., 571.

<sup>122</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 7, 14; vgl. für Finanzinstitute FINMA-RS 10/1, N 1, 30 ff., 57 ff.

<sup>123</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 7.

ter Vergütungen von Geschäftsleitungsmitgliedern erfolgen<sup>124</sup>, in Verwarnungen, Versetzungen oder sogar Entlassungen bzw. bei Geschäftsleitungsmitgliedern in der Abberufung liegen.<sup>125</sup> Im Einzelfall kann der Verwaltungsrat auch verpflichtet sein, mittels Verantwortlichkeitsklage gegen pflichtwidrig handelnde Mitglieder seines Organs oder der Geschäftsleitung vorzugehen.<sup>126</sup> Mitunter hat er bei Verdacht, dass im Unternehmen eine strafrechtlich relevante Handlung stattgefunden hat, Strafanzeige zu erstatten.<sup>127</sup> Der Verwaltungsrat kann aber auch zulässigerweise auf die Verhängung einer Sanktion verzichten. Er wird dies insbesondere dann tun, wenn es im Hinblick auf die durch ihn zu wahrende Reputation des Unternehmens angezeigt erscheint. Handkehrum darf der Verwaltungsrat nicht ohne sachlichen Grund auf eine Sanktionierung verzichten, möchte er die Compliance-Kultur nicht zu totem Buchstaben erklären. Es ist schliesslich auch der Verwaltungsrat, der nach festgestellten und sanktionierten Verstössen die richtigen *Schlussfolgerungen* aus den Vorfällen zu *ziehen* hat.<sup>128</sup> Die Pflicht zur Compliance-Überwachung umfasst schliesslich auch die Pflicht, die Compliance-Organisation *laufend* den veränderten Geschäftsprozessen und Geschäftsfeldern *anzupassen*, sie regelmässig auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen und dabei festgestellte Fehler auszumerzen.<sup>129</sup>

Der Verwaltungsrat steht jedoch nicht alleine in der Verantwortung, die Compliance zu gewährleisten, denn diese kann und wird er sinnvollerweise

---

<sup>124</sup> Ziff. 36.3 SCBP (sog. „claw backs“); vgl. auch FINMA-RS 10/1, N 46 (Reduktion oder Verwirkung der variablen Vergütung bei schwerwiegendem Verstoß gegen interne oder externe Vorschriften).

<sup>125</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 14; BERNI MARKUS/LIVSCHITZ MARK, Rechtsfolgen mangelhaften Compliance Managements, in: BERNI/KELLERHALS (Hrsg.), Internationales Handelsrecht III: Compliance Management als juristische Kernfunktion im Unternehmen, EIZ 94, Zürich 2009, 147 f.

<sup>126</sup> Hierzu BÖCKLI (FN 23), § 18 N 224a.

<sup>127</sup> Dem Dilemma, dass er sich selber oder das Unternehmen über Art. 11 StGB und Art. 102 StGB einem Haftungsrisiko aussetzt, muss der Verwaltungsrat im Einzelfall Rechnung tragen, vgl. GIRSBERGER DANIEL/DROESE LORENZ, Die Verantwortung des Verwaltungsrates, in: NIGGLI/AMSTUTZ (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen. Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, 1, 26.

<sup>128</sup> LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 323.

<sup>129</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 7, 14.

zu einem gewissen Grad an die Geschäftsleitung und an die Linienvorgesetzten delegieren.<sup>130</sup> Compliance ist darum auch eine Aufgabe, welche die *ganze* Gesellschaft (bzw. den ganzen Konzern) betrifft.<sup>131</sup> Im Verhältnis zu den unterstellten Mitarbeitern gilt im Grundsatz das für das Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung Gesagte: Jede Führungsperson übernimmt in ihrem *jeweiligen* Verantwortungsbereich Überwachungs- und Interventionsaufgaben. Entsprechend haftet in der Regel auch nicht die Compliance-Funktion für das Fehlverhalten von Organen und Mitarbeitern.<sup>132</sup> Im Unterschied zum Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung kommt gewöhnlichen Mitarbeitern jedoch keine abschliessende Aufsichts- und Beurteilungskompetenz zu, sondern sie sind bei beobachteten Verstössen an die Compliance-Funktion des Unternehmens verwiesen und werden durch diese unterstützt.<sup>133</sup> Ihr Verhalten ist in der Regel mangels Organstellung auch nicht verantwortlichsrechtlich relevant.<sup>134</sup>

Falls die mit der Compliance-Funktion beauftragten Angestellten merken, dass die ihr vorgesetzten Personen, namentlich die Mitglieder der Geschäftsleitung, nicht auf ihre Meldungen über Regelverstösse reagieren und keine adäquaten Massnahmen ergreifen, dann können (und in der Regel müssen) sich diese Personen an die übergeordnete Stelle wenden (*Eskalationsrecht* und *-pflicht*).<sup>135</sup> Im Fall der Geschäftsleitung wenden sie sich an den Verwaltungsrat. Zu diesem Zweck kann unter Umständen ein Whistleblowing-System oder Beschwerdewesen eingerichtet werden, das bei der internen Revi-

---

<sup>130</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 10; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 376.

<sup>131</sup> WATTER, in: VON DER CRONE/WEBER/ZÄCH/ZOBL (FN 74), 193; vgl. zur Berichterstattung der Compliance-Funktion von Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen im In- und Ausland SUHR BRUNNER CHRISTIANA/PORTMANN PASCAL, Compliance bei Banken, ST 2005, 1035, 1039 f.

<sup>132</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 10; BUFF (FN 9), 22.

<sup>133</sup> Vgl. SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 10.

<sup>134</sup> Siehe ferner IV.1.b).

<sup>135</sup> Vgl. Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 32; FINMA, FAQ Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft, 19. Juni 2012, 3; STRASSER, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 14), 274 f.

sion angesiedelt ist. Abzulehnen ist hingegen der direkte Gang der mit der Compliance-Funktion beauftragten Personen zur Aufsichtsbehörde.<sup>136</sup>

cc) *Fehlervermeidung, Kommunikation und Schulung*

Umsetzung bedeutet schliesslich auch, sich explizit zu den aufgestellten Werten des Verhaltenskodex zu bekennen („tone from and at the top“) und ihnen tatsächlich nachzuleben („walk the talk“).<sup>137</sup> Diese Pflicht gilt freilich nicht nur für die Führungsebenen, sondern arbeitsvertraglich für alle Mitarbeiter im Unternehmen. Bei Organmitgliedern und Linienvorgesetzten entspricht es jedoch der grösseren Verantwortung und ihrer Vorbildfunktion, dass sie in ihrer Kommunikation zu den Mitarbeitern eine bewusste Kultur der Compliance pflegen und dass sie ihre Mitarbeiter für solche Fragestellungen sensibilisieren.

Aufgrund der steigenden Verrechtlichung des Geschäftsalltags wird der regelmässigen Schulung der Mitarbeiter in Compliance-Fragen eine hohe Bedeutung zugeschrieben („Code of Conduct-Training“).<sup>138</sup> Dies entspricht der klassischen „cura in instruendo“, welcher für den Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn bzw. Verwaltungsrats im Zivil- und Gesellschaftsrecht eine wesentliche Bedeutung zukommt.<sup>139</sup> Eine ähnliche Bedeutung erlangen auch Reporting- bzw. Whistleblowing-Systeme<sup>140</sup> („speak up“), weil sie dem Schadensverursacher (und Dritten) erlauben, anonym und sanktionsfrei Fehler zu melden, was erst das Lernen aus Fehlern und die Verbesserung der

<sup>136</sup> SETHE (FN 32), 428.

<sup>137</sup> Siehe SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 6, 9.

<sup>138</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 12 f.

<sup>139</sup> Siehe Art. 55 Abs. 1 OR, Art. 399 Abs. 2 OR und Art. 754 Abs. 2 OR. Vgl. hierzu hinten, IV.2.d)bb).

<sup>140</sup> Eine rechtliche Pflicht, ein Whistleblowing-System einzurichten, besteht nach Schweizer Recht jedoch nicht, siehe IMBACH HAUMÜLLER (FN 86), 71, 77; a.M. RIEDER STEFAN, Whistleblowing als interne Risikokommunikation, RiU 2, Diss. St. Gallen 2013, 143, der mit einem Teil der Lehre von einer „impliziten Pflicht“ ausgeht; vgl. ferner BÜHLER (FN 57), 304 f.

Compliance-Organisation und damit eine wirksame Ergänzung der internen Kontrolle im Hinblick auf künftige Fehler erlaubt.<sup>141</sup>

d) *Subsidiärer „Legal Compliance Audit“ durch die Revisionsstelle*

Die externe Revision macht sich bereits bei der Planung der Prüfung ein Bild von der Qualität der internen Revision und Compliance.<sup>142</sup> Im Rahmen ihres Prüfungsmandats berücksichtigt die Revisionsstelle Rechtsverletzungen, welche die Jahresrechnung wesentlich beeinflussen können.<sup>143</sup> Subsidiär und ausnahmsweise ist sie auch zum Legal Compliance Audit, d.h. zur Rechtsmässigkeitskontrolle, aufgerufen. Der Verwaltungsrat als primär verantwortliches Organ für das Verhalten der Gesellschaft wird sich jedoch nicht mit haftungsbefreiender Wirkung darauf berufen können, dass die Revisionsstelle ihrer Anzeigepflicht wegen Verstössen gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement gemäss Art. 728c OR nicht nachgekommen ist.<sup>144</sup>

Die Revisionsstelle trifft ausserhalb ihres gesetzlichen Prüfungsmandats indessen keine systematische und umfassende Nachforschungspflicht,<sup>145</sup> sondern es gilt *im Ausmass* ihres normalen Revisionsmandats immerhin eine Beobachtungspflicht, bei besonderen Anzeichen eine Nachprüfungspflicht

---

<sup>141</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 6 f., 10; hierzu ausführlich IMBACH HAUMÜLLER DIANA, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, ZStP 237, Diss. Zürich 2011, 302 ff.; DIES. (FN 86), 76, 80 ff.; SETHE, in: FS Weber (FN 26), 211 f.

<sup>142</sup> BÖCKLI (FN 23), § 15 N 224.

<sup>143</sup> BSK OR II-WATTER/PFIFNER (FN 74), Art. 728a N 108 m.w.H.

<sup>144</sup> BACHMANN (FN 26), 94; WYSS (FN 30), 39 FN 89; BÖCKLI (FN 23), § 15 N 168, 338, 401 f., ferner zur Norm N 405 ff.; zur Anzeigepflicht in Art. 728c OR siehe ferner die Prüfungsstandards PS 240, Deliktische Handlungen und Fehler – Verantwortung des Abschlussprüfers, und PS 250, Gesetzliche und andere Vorschriften – Berücksichtigung bei der Abschlussprüfung.

<sup>145</sup> BGE 133 III 453, E. 7.3; BGE 129 III 129, E. 7; BGE 112 II 461, E. 3c; BGer 4C.53/2003, E. 5.1; PFIFNER DANIEL CHRISTIAN, Revisionsstelle und Corporate Governance, SSHW 275, Diss. Zürich 2008, 290 f. („anlässlich der Prüfung“); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 33 N 65; BÖCKLI (FN 23), § 15 N 399 („anlässlich ihrer Prüfung“), ferner N 298, 441.

und bei Erhärtung des Verdachts eines Rechtsverstosses schliesslich eine Meldepflicht an den Verwaltungsrat.<sup>146</sup> „Wesentliche Verstösse“ gegen das Gesetz oder die Statuten sind sogar der Generalversammlung anzuzeigen (Art. 728c Abs. 2 Ziff. 1 OR). Nichtsdestotrotz sollte man sich bewusst sein, dass die Revisionsstelle keinen *allgemeinen* Legal Compliance Audit der zu prüfenden Gesellschaft durchzuführen hat.<sup>147</sup> Insbesondere bleibt der Verwaltungsrat für die zweckmässige Organisation und Überwachung sowie das mängelfreie Funktionieren des IKS selber verantwortlich.<sup>148</sup> Die gesetzliche Anzeigepflicht der Revisionsstelle greift darum erst ab einer gewissen Wesentlichkeit der Gesetzes- oder Statutenverletzung.<sup>149</sup>

## 2. Kotierungsrechtliche Anforderungen und Best Practice-Standards

### a) *Corporate Governance als Bedingung der Kotierung*

Neben den bereits dargestellten Empfehlungen des SCBP, welche sich speziell an schweizerische Publikumsgesellschaften wenden (SCBP Präambel), kennt das Börsenrecht weitere über das Aktienrecht hinausgehende Anforderungen an die Compliance einer an der SIX Swiss Exchange kotierten Gesellschaft (Art. 3 RLCG).

Gemäss Art. 49 Kotierungsreglement (KR) der SIX Swiss Exchange gilt die periodische Berichterstattung als Bedingung für die Aufrechterhaltung der Kotierung. Das Regulatory Board kann gemäss Art. 49 Abs. 2 KR verlangen, dass zusätzliche Informationen in die jährliche Berichterstattung aufgenommen werden, so namentlich Angaben zur Gestaltung und Funktion der Unternehmensführung und -kontrolle. Darunter fallen in erster Linie Angaben zur Corporate Governance einer börsenkotierten Gesellschaft. Anleger sollen

---

<sup>146</sup> BÖCKLI (FN 23), § 15 N 403 f., zur eingeschränkten Revision N 502; BACHMANN (FN 26), 94; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 33 N 65; BSK OR II-WATTER/PFIFNER (FN 74), Art. 728a N 109; WEBER (FN 54), 479.

<sup>147</sup> Siehe BÖCKLI (FN 23), § 15 N 169, 399, 403; BSK OR II-WATTER/PFIFNER (FN 74), Art. 728a N 107.

<sup>148</sup> BÖCKLI (FN 23), § 15 N 291, 311 f. m.w.N.

<sup>149</sup> Siehe BÖCKLI (FN 23), § 15 N 297 f. („auf gravierende Fälle beschränkt“); BSK OR II-WATTER/MAIZAR (FN 74), Art. 728c N 13.

sich ein umfassendes Bild vom Emittenten und von dessen Effekten machen können (Markttransparenz). Um dies zu gewährleisten, finden sich entsprechende Anforderungen in der Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG) vom 1. September 2014, mit der Art. 49 Abs. 2 KR konkretisiert wird.<sup>150</sup> Die Angaben sind in einem eigenen Kapitel des Geschäftsberichts zu veröffentlichen.<sup>151</sup> Es gilt der Grundsatz „comply or explain“, wonach der Verwaltungsrat im Kapitel ausdrücklich darauf hinzuweisen hat, dass er auf die Offenlegung bestimmter Informationen verzichtet, und substantiell zu begründen hat, weshalb er dies tut.<sup>152</sup>

### b) *Organisatorische Anforderungen*

Die Unterschiede in der Compliance-Organisation gegenüber nicht-kotierten, kleineren Gesellschaften sind sowohl quantitativer als auch qualitativer Natur. Für kotierte Unternehmen wird allgemein ein *umfassendes* Compliance-Programm vorausgesetzt („Best Practices-Massstab“).<sup>153</sup> Der Verwaltungsrat wird sich aber auch in grösseren (nicht-kotierten) Unternehmen regelmässig Ausschüssen bedienen müssen, wie beispielsweise eines Compliance und Audit Committee, um den erhöhten Anforderungen hinsichtlich Risikoüberwachung und -analyse gerecht zu werden. Ausschlaggebend für den Umfang und die Qualität der Compliance-Funktion wird darum nicht allein die Tatsache der Börsenkotierung sein, sondern es muss auch hier auf die für das fragliche Unternehmen bestimmenden Faktoren, wie beispielsweise das strategische Risikoprofil, die Komplexität der Strukturen<sup>154</sup> und die Abläufe sowie die Tätigkeit in geografischen Risikozonen, abgestellt werden.<sup>155</sup>

Die Prüfung der Existenz des IKS einer börsenkotierten Gesellschaft durch die Revisionsstelle darf zudem strengeren Anforderungen unterstellt werden

---

<sup>150</sup> Siehe auch Ziff. 29 SCBP.

<sup>151</sup> Art. 6 RLCG.

<sup>152</sup> Art. 7 RLCG; hierzu BÖCKLI (FN 23), § 7 N 37 f.

<sup>153</sup> SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 15; SETHE (FN 32), 423 („Kapitalmarkt-zugang“).

<sup>154</sup> Z.B. in einem Konzern mit mehreren Untergesellschaften.

<sup>155</sup> Siehe Ziff. 21.1 und 20.2 SCBP.

als beispielsweise bei einem KMU oder einer reinen Holdinggesellschaft,<sup>156</sup> für welche das Gesetz die Errichtung eines IKS ja – wie oben aufgezeigt<sup>157</sup> – nicht zwingend vorschreibt, die freiwillige Errichtung aber natürlich nicht ausschliesst.<sup>158</sup> Dasselbe gilt auch für die Berücksichtigung des IKS im weiteren Sinn (inklusive Legal Compliance-Funktion) im Rahmen der Durchführung und Festlegung des Umfangs der Revisionsprüfung gemäss Art. 728a Abs. 2 OR.<sup>159</sup> Zum Schutz der Aktionäre börsenkotierter Gesellschaften, die letztlich das finanzielle Risiko bei Compliance-Lücken tragen, fordern Stimmen in der Lehre *de lege ferenda* eine Bestätigung des effektiven Funktionierens (nicht bloss der Existenz) des IKS bzw. der Compliance durch die externe Revision.<sup>160</sup>

### c) *Transparenz über die Organisation*

Der Verwaltungsrat hat gemäss Anhang Ziff. 3.6 RLCG Angaben zu den Grundzügen der Kompetenzregelung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung zu machen. Dabei sind laut Kommentar zur Richtlinie die tatsächlich gelebte Form und nicht bloss Floskeln oder das Pflichtenheft wiederzugeben („substance over form“). Eine blosser Wiederholung des Wortlauts von Art. 716a OR genügt ebenfalls nicht den Anforderungen. Dafür kann der Verwaltungsrat im Geschäftsbericht auf den Publikationsort der Statuten oder des Organisationsreglements verweisen, falls er davon Gebrauch machen will.<sup>161</sup>

Die Richtlinie verlangt schliesslich in Ziff. 3.7 des Anhangs, dass Angaben zur Ausgestaltung der Informations- und Kontrollinstrumente des Verwal-

<sup>156</sup> WEBER (FN 54), 478; BÖCKLI (FN 23), § 15 N 281, 299 f., 301.

<sup>157</sup> Siehe oben, III.1.b)bb).

<sup>158</sup> Dies betrifft Gesellschaften, die ihre Jahresrechnung lediglich *eingeschränkt* prüfen lassen müssen (Art. 727a Abs. 1 OR) und die keine Konzernrechnung zu erstellen haben (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 963a OR).

<sup>159</sup> BÖCKLI (FN 23), § 15 N 270.

<sup>160</sup> BERNI/LIVSCHITZ, in: BERNI/KELLERHALS (FN 125), 142; vgl. ferner BSK OR II-WATTER/PFIFFNER (FN 74), Art. 728a N 59 m.w.H.

<sup>161</sup> SWX Swiss Exchange, Kommentar zur Corporate Governance-Richtlinie, 20. September 2007, 18.



tungsrats gegenüber der Geschäftsleitung des Emittenten, wie beispielsweise zur internen Revision, zum Risikomanagement-System oder zum Management Information System (MIS), zu machen sind. Damit sind beispielsweise der Informationsrhythmus zwischen Verwaltungsrat bzw. Verwaltungsratsausschuss und Geschäftsleitung, die Prüfungsschwerpunkte der internen Revision und die vom Risikomanagement erfassten Risiken gemeint.<sup>162</sup>

d) *Rechenschaft und Kontrolle*

Der Verwaltungsrat soll sich laut Ziff. 21.3 SCBP mindestens einmal jährlich darüber *Rechenschaft* ablegen, inwiefern die Compliance-Grundsätze im Betrieb hinreichend bekannt sind und tatsächlich nachgelebt werden. Ziff. 23 SCBP empfiehlt schweizerischen Publikumsgesellschaften zudem den Einsatz von Prüfungsausschüssen („Audit Committee“).<sup>163</sup> Der *Prüfungsausschuss* soll sich ein Bild von der Wirksamkeit der externen Revision und der internen Revision und über deren Zusammenarbeit machen (Ziff. 24.1 SCBP). Er untersucht zudem auch die Funktionsfähigkeit des internen Kontrollsystems mit Einbezug des Risikomanagements und der Compliance (Ziff. 24.2 SCBP).<sup>164</sup> Der Prüfungsausschuss wird durch die interne Revision unterrichtet (Ziff. 20.3 SCBP); er selber berichtet anschliessend an den Verwaltungsrat über seine Tätigkeit und Ergebnisse. Der Verwaltungsrat darf jedoch den Aufbau der eigentlichen Compliance-Organisation nicht an den Prüfungsausschuss delegieren, weil dies mit der Pflicht des Verwaltungsrates zur Oberaufsicht unvereinbar wäre.<sup>165</sup> Der Gesamtverwaltungsrat bleibt auf jeden Fall für die Umsetzung allfälliger Empfehlungen des Prüfungsausschusses und die Behebung allfälliger Defizite im Kontrollsystem der Gesellschaft selber verantwortlich (Ziff. 22.4 SCBP). Die Ausschüsse des Ver-

---

<sup>162</sup> SWX Swiss Exchange (FN 161), 18 f.

<sup>163</sup> Vgl. auch Anhang Ziff. 3.5.2 und 8.4 RLCG; zum Audit Committee ausführlich BÖCKLI PETER, Audit Committee. Der Prüfungsausschuss des Verwaltungsrates auf Gratwanderung zwischen Übereifer und Unsorgfalt, SZA 22, Zürich 2005.

<sup>164</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 23), § 13 N 390; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 29 N 40.

<sup>165</sup> WATTER, in: VON DER CRONE/WEBER/ZÄCH/ZOBL (FN 74), 192 f., 197.

waltungsrates, ihre Aufgaben und die Abgrenzung ihrer Kompetenzen sind ebenfalls im jährlichen Geschäftsbericht offenzulegen.<sup>166</sup>

### 3. Finanzmarktrechtliche Anforderungen

#### a) Vorbemerkung

Für das Funktionieren der Finanzmärkte kommt dem gegenseitigen Vertrauen der Marktteilnehmer eine überragende Bedeutung zu. Demzufolge nehmen Rechts- und Reputationsrisiken im Banking eine besonders bedeutsame Stellung ein.<sup>167</sup> Das gilt erst recht in der grenzüberschreitenden Vermögensverwaltung.<sup>168</sup> Auf dem Spiel stehen im schlimmsten Fall sogar das internationale Ansehen und die Wettbewerbsfähigkeit des gesamten Schweizer Finanzplatzes (vgl. Art. 5 FINMAG).<sup>169</sup> Aus diesen Gründen ist Compliance im Finanzsektor an *strengere* Massstäbe geknüpft als in anderen Branchen.<sup>170</sup> Erhöhte Compliance-Anforderungen bezwecken in erster Linie den Schutz der Gläubiger sowie der Funktionsfähigkeit und Integrität des schweizerischen Finanzmarktes. Lediglich mittelbar werden die individuellen Anleger durch Compliance-Normen geschützt.<sup>171</sup> Entsprechend *ergänzt* das Finanzmarktaufsichtsrecht die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen, sozusagen den „Mindeststandard“,<sup>172</sup> um eigene Bestimmungen und

---

<sup>166</sup> Anhang Ziff. 3.5.2 RLCG.

<sup>167</sup> Siehe FINMA, Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft („Positionspapier Rechtsrisiken“), 22. Oktober 2010, 6, 17 f.; POPPE (FN 9), Kap. 1 N 23.

<sup>168</sup> Worin die Schweiz weltweit eine Spitzenposition einnimmt, Deloitte Switzerland, The Deloitte Wealth Management Centre Ranking 2015. Capturing value in a shifting environment, 2015.

<sup>169</sup> ROTH (FN 9), 39.

<sup>170</sup> Aus Platzgründen ausgeblendet werden im Folgenden die Regelungen über kollektive Kapitalanlagen und Versicherungen, die in weiten Bereichen parallel verlaufen.

<sup>171</sup> SETHE (FN 32), 422, 424, 431 („mittelbar“).

<sup>172</sup> Siehe zum Verhältnis zwischen Aktien- und Aufsichtsrecht bezüglich Organisationsvorschriften KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 22, 24.

flankiert diese mit einem vom zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht unabhängigen Eingriffsinstrumentarium<sup>173</sup>.

Mit der Aufgabe des Bankkundengeheimnisses gegenüber ausländischen Kunden und der damit verbundenen Einführung des automatischen Informationsaustausches in Steuersachen (AIA) werden die Rechts- und Reputationsrisiken künftig stärker in den Bereichen des Aufsichts- und Geldwäschereirechts liegen. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) *erwartet* von den beaufsichtigten Instituten im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft („Off-“ und „Onshore“) die Einhaltung *ausländischer* Rechtsnormen.<sup>174</sup> Allerdings, und dies mag im Einzelfall ein Spannungsverhältnis auslösen, haben Schweizer Finanzinstitute in erster Linie die hiesige Rechtsordnung, insbesondere die Regelungen zum Schutz bestehender Geschäfts- und Bankkundengeheimnisse sowie die Datenschutzgesetzgebung, einzuhalten.

Die Aufnahme der Tätigkeit als Bank oder Effektenhändler untersteht einem staatlichen Bewilligungsverfahren und der fortlaufenden Ausübung der prudenziellen Aufsicht durch die FINMA (vgl. Art. 3 lit. a FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BankG sowie i.V.m. Art. 10 Abs. 1 BEHG). Hinsichtlich der *aufsichtsrechtlichen Compliance* sind vor allem personelle [nachfolgend b)] und organisatorische [nachfolgend c)] Anforderungen von Interesse, die im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens von der FINMA geprüft werden und zudem während der gesamten Tätigkeit durch das beaufsichtigte Institut erfüllt werden müssen.

---

<sup>173</sup> Art. 29 ff. FINMAG.

<sup>174</sup> FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken (FN 167), 5, 14 („[...] dass insbesondere das ausländische Aufsichtsrecht befolgt und für jeden Zielmarkt ein konformes Dienstleistungsmodell definiert wird.“); vgl. ferner die allfällige Relevanz von Verstössen gegen ausländisches Recht für den aufsichtsrechtlichen Gewährstatbestand III.3.b)bb).

b) *Personelle Anforderungen*

aa) *Rechtsgrundlagen*

Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen müssen einen guten Ruf genießen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG). Dasselbe gilt für den Effekthändler und seine verantwortlichen Mitarbeiter, die einerseits die erforderlichen Fachkenntnisse nachzuweisen haben und andererseits Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen (Art. 10 Abs. 2 lit. c und d BEHG).<sup>175</sup> Der Verwaltungsrat einer Bank soll mindestens zu einem Drittel aus Mitgliedern bestehen, welche gewissen Unabhängigkeitskriterien genügen.<sup>176</sup> Das Finanzmarktaufsichtsrecht statuiert also berufsspezifische *Zusatzanforderungen* an die Auswahl von Führungspersonen prudentiell beaufsichtigter Gesellschaften. Diese gewährsrechtlichen Zusatzanforderungen wirken sich einerseits auf die Qualität der Auswahl der verantwortlichen Führungspersonen und andererseits auf die Compliance-Funktion und deren Tätigkeit im Rahmen der Überwachung der verantwortlichen Personen aus (siehe sogleich).<sup>177</sup> Diese Anforderungen sind während der gesamten Tätigkeit durch das beaufsichtigte Institut und seine Führungspersonen einzuhalten.

bb) *Gewährsartikel*

Der Gewährsartikel gibt dem Grundsatz, dass sich jedes Verhalten an den geltenden Rechtsnormen zu orientieren hat, eine eigenständige finanzmarktrechtliche Dimension: Rechtsprechung und Praxis leiten unmittelbar aus

---

<sup>175</sup> Als „verantwortliche Mitarbeiter“ des Effekthändlers gelten Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie der Leiter der internen Revisionsstelle (Art. 23 Abs. 2 BEHV); für Versicherungsgesellschaften gilt analog Art. 14 VAG.

<sup>176</sup> Zu den Kriterien FINMA-RS 08/24, N 20 ff.

<sup>177</sup> Paradoxerweise stellt gerade die Abstraktheit und Offenheit des finanzmarktgesetzlichen Gewährsbegriffs seinerseits ein regulatorisches Risiko für die Rechtsunterworfenen dar, vgl. ROTH (FN 9), 56 f.; BÜHLER CHRISTOPH B., Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, SJZ 2014, 25 ff.

dem Gewährsartikel die *Pflicht zur Rechtstreue* ab. Die Gewährträger müssen nicht nur fachlich kompetent sein, sondern sich auch im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und Verordnungen, der Vorschriften und der Praxis der Aufsichtsbehörde, der vertraglichen Vereinbarungen mit Kunden, der Standesregeln und der internen Richtlinien zu verstehen.<sup>178</sup> Im Grundsatz fallen die gesamte schweizerische Rechtsordnung, interne Regelwerke und Selbstregulierungserlasse sowie Usancen und Gebräuche des Rechtsverkehrs darunter.<sup>179</sup>

Die EBK und später die FINMA haben dem *ausländischen Recht* ebenfalls einen Platz im Zusammenhang mit der Gewährsprüfung eingeräumt. Die Pflicht zur Beachtung ausländischen Rechts ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem schweizerischen Aufsichtsrecht,<sup>180</sup> jedoch fordern unter Umständen der Gewährsartikel und die Organisationspflichten, insbesondere die Erfassung von Rechts- und Reputationsrisiken im Rahmen des Risikomanagements und der Compliance, auch die Einhaltung ausländischer Rechtsnormen.<sup>181</sup> Schliesslich können auch Mängel in der *Organisation*, beispielsweise hinsichtlich der Compliance-Funktion, gewährsrechtlich relevant sein.<sup>182</sup>

Wenn also beispielsweise eine Niederlassung einer Schweizer Bank in Deutschland systematisch gegen das dortige Anlegerschutzrecht verstösst und das hiesige Mutterhaus nichts gegen die ihr bekannten Vorfälle unternimmt resp. die Rechts- und Reputationsrisiken für den Konzern falsch einschätzt, wird die FINMA dies unter Umständen unter dem Gesichtspunkt der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit des Mutterhauses und dessen Führungspersonal als relevant einstufen.

---

<sup>178</sup> Vgl. BGer 2A.261/2004, E. 1; BVGer B-5535/2009, E. 4; BVGer B-3708/2007, E. 3.1; Verfügung der FINMA, 21.1.2011, FINMA-Bulletin 3/2012, 122, N 43.

<sup>179</sup> Siehe KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 191 ff., 199 ff.

<sup>180</sup> FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken (FN 167), 11; eine Ausnahme stellt jedoch das Versicherungsaufsichtsrecht dar, Art. 4 Abs. 2 lit. c VAG.

<sup>181</sup> Zusammenfassend ZULAUF URS, Gewähr im Gericht, Sonderbulletin FINMA 2/2013, 22 ff.; FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken (FN 167), 12 ff.

<sup>182</sup> KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 193, 200.

c) *Organisatorische Anforderungen bezüglich Compliance*aa) *Rechtsgrundlagen*

Vor allem für das Finanzmarktrecht kann von einer eigentlichen „Organisationsverrechtlichung“ gesprochen werden.<sup>183</sup> Banken und Effektenhändler unterliegen neben den aktienrechtlichen Organisationsanforderungen *gesteigerten Organisationspflichten*, da sie gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG bzw. Art. 10 Abs. 2 lit. a BEHG über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügen müssen.<sup>184</sup> Das betriebswirtschaftliche Ziel bestimmt folglich das Organisationssystem. Eine Tätigkeit im Ausland setzt beispielsweise voraus, dass die Bank sich so organisiert, dass sie für jeden ausländischen Zielmarkt ein Dienstleistungsmodell entwickelt, welches den Rechtsrisiken angemessen Rechnung trägt, und Personal einsetzt, welches über Kenntnisse des anwendbaren lokalen ausländischen Rechts verfügt.<sup>185</sup> Es darf aus Gründen der Funktionentrennung kein Mitglied des für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verantwortlichen Organs einer Bank dem Organ angehören, das mit der Geschäftsführung betraut ist (Art. 11 Abs. 2 BankV).<sup>186</sup> Das beaufsichtigte Institut muss die Grundzüge des *Risikomanagements*<sup>187</sup> sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die

<sup>183</sup> So SETHE, in: FS Weber (FN 26), 194 m.w.N.; ferner KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 20 f. Die über das Äquivalenzerfordernis in Art. 47 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c MiFIR in die Schweiz einflussenden Anforderungen der Art. 16 f., 73 Abs. 2 MiFID II bewirken eine noch stärkere Verrechtlichung der Organisationspflichten. Die Pflicht, eine wirksame Compliance-Funktion einzurichten, ist in Art. 16 Abs. 2 MiFID II vorgesehen.

<sup>184</sup> SETHE, in: FS Weber (FN 26), 192 f.; zum deutschen Recht siehe SETHE (FN 32), 424 ff.; vgl. ferner die Bestimmungen für Bewilligungsträger nach KAG: Art. 14 Abs. 1 lit. c, Abs. 1<sup>ter</sup> KAG, Art. 12 Abs. 3 und Art. 12a KKV.

<sup>185</sup> Vgl. FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken (FN 167), 15; ferner Art. 3 Abs. 7 BankG (Art. 20 BankV), wonach eine Schweizer Bank der FINMA Meldung zu erstatten hat, bevor sie im Ausland eine Niederlassung errichtet. Im Rahmen dessen kann die FINMA den Rechts- und Reputationsrisiken am Geschäftsort Rechnung tragen. Ähnlich betreffend Effektenhändler ist Art. 18 Abs. 5 BEHV.

<sup>186</sup> BÖCKLI (FN 23), § 13 N 560 f., § 18 N 148, wonach der Verwaltungsrat einer Bankaktiengesellschaft beinahe die Funktion des Aufsichtsrats im dualistischen Modell erfüllt.

<sup>187</sup> Ausführlich zum Risikomanagement EMCH/RENZ/ARPAGAU (FN 22), N 3031 ff.

Bewilligung von risikobehafteten Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien festlegen (Art. 12 Abs. 2 BankV, Art. 19 Abs. 3 BEHV). Dabei hat das Institut überdies insbesondere Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen.<sup>188</sup> Die interne Dokumentation der Bank über die Beschlussfassung und Überwachung der mit Risiken verbundenen Geschäfte ist so auszugestalten, dass sie der Prüfungsgesellschaft erlaubt, sich ein zuverlässiges Urteil über die Geschäftstätigkeit zu bilden (Art. 12 Abs. 3 BankV). Banken bzw. Effektenhändler müssen für ein wirksames *internes Kontrollsystem* sorgen.<sup>189</sup> Sie bestellen insbesondere eine von der Geschäftsführung unabhängige interne Revision („Inspektorat“)<sup>190</sup> (Art. 12 Abs. 4 Satz 2 BankV, Art. 20 Abs. 1 und 2 BEHV).<sup>191</sup> Die interne Revision des Effektenhändlers überprüft auch die Einhaltung der Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten nach Art. 11 BEHG (Art. 20 Abs. 2 BEHV). Schliesslich fordert auch das *Geldwäschereigesetz* eine weitgehend gesetzlich normierte Organisation, um den Risiken der Entgegennahme verbotener Vermögenswerte oder der Führung verbotener Geschäftsbeziehungen gerecht zu werden.<sup>192</sup> Der Finanzintermediär hat namentlich mit internen

---

<sup>188</sup> Im Entwurf zum Finanzinstitutsgesetz wird explizit festgehalten, dass ein Finanzinstitut, zu welchen beispielsweise Vermögensverwalter und Wertpapierhäuser zählen, seine Risiken einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken überwacht (Art. 8 Abs. 2 E-FINIG); vgl. ferner Art. 89 ERV, wonach operationelle Risiken als „Gefahr von Verlusten“ definiert werden, womit diese für die Berechnung der Eigenmittelanforderungen von Banken relevant sind, vgl. FINMA-RS 08/21.

<sup>189</sup> Dazu unten, III.3.c)cc). Für Versicherungsunternehmen gelten die Art. 22 und 27 VAG i.V.m. Art. 96 ff. AVO, wonach interne Kontrollmechanismen das Risikomanagement, eine wirksame Compliance-Funktion und wirksame Compliance-Prozesse umfassen.

<sup>190</sup> Gemäss Art. 27 Abs. 1 VAG trifft auch den Verwaltungsrat eines Versicherungsunternehmens die Pflicht, eine von der Geschäftsführung unabhängige interne Revision (auch Inspektorat bzw. internes Audit bzw. interne Revisionsstelle) zu errichten, vgl. FINMA-RS 08/35, N 9 ff.; FINMA-RS 08/32, N 9.

<sup>191</sup> Hierzu FINMA-RS 08/24, N 54 ff.

<sup>192</sup> „Organisatorische Massnahmen“ gemäss Art. 8 GwG, wie beispielsweise die genügende Ausbildung des Personals und Kontrollen. Diese und weitere Aufgaben werden durch die *Geldwäschereifachstelle* des Finanzintermediärs umgesetzt. Im Übrigen legen die Selbstregulierungsorganisationen, denen sich Finanzintermediäre anschliessen können, in einem Reglement die Mindestanforderungen an die Be-

Weisungen und Kontrollen dafür zu sorgen, dass auch ausländische Niederlassungen die relevanten GwG-Normen und die lokale Regulierung beachten.<sup>193</sup>

*bb) Ausgestaltung der Bankorganisation*

Die einschlägigen Bestimmungen des Aufsichtsrechts verlangen eine klare Aufteilung von Kompetenzen und Zuständigkeiten. Die einzelnen Kontrollfunktionen sind entsprechend zu koordinieren und haben ein einheitliches effizientes System zu bilden. Die Aufteilung muss tatsächlich nachvollzogen werden; die Delegation ist systematisch anzuwenden.<sup>194</sup> Wie im Aktienrecht obliegt dem Verwaltungsrat die Risikoanalyse und -politik, die grundsätzliche strategische Organisation (u.a. bezüglich Risikomanagement, IKS und Compliance) sowie die Oberaufsicht über das Compliance Management System.<sup>195</sup> Darüber hinaus hat er dafür zu sorgen, dass die unteren Hierarchieebenen zweckmässig organisiert sind.<sup>196</sup> Die Geschäftsleitung hat ihrerseits sodann geeignete Prozesse zu entwickeln, um den eingegangenen Risiken Rechnung zu tragen. Insbesondere sind aufgrund gestiegener Rechts- und Reputationsrisiken die Anforderungen an die Definition und Ausarbeitung grenzüberschreitender Marktbearbeitungsstrategien gestiegen.<sup>197</sup> Der Bankgeschäftsleitung kommt aufgrund der klaren Funktionentrennung in Art. 11 Abs. 2 BankV eine grössere praktische Bedeutung zu als der Unternehmensleitung in anderen Wirtschaftssektoren. Die Ausübung der obersten Aufsicht und Kontrolle bedeutet schliesslich die Sicherstellung eines genügenden Informationsflusses zum Verwaltungsrat und zur Geschäftsleitung.

---

triebsorganisation fest, vgl. Art. 24 f. GwG. Die FINMA gibt diese den ihr direkt unterstellten Finanzintermediären (sog. DUF) in der GwV-FINMA vor, vgl. Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG; für die DUFI-Geldwäschereifachstelle gelten beispielsweise die Art. 22 ff. GwV-FINMA.

<sup>193</sup> Art. 5 f. GwV-FINMA.

<sup>194</sup> KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 46 f.

<sup>195</sup> KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 74, 121; EMCH/RENZ/ARPAGAU (FN 22), N 3048, 3052, 3135; Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 14.

<sup>196</sup> KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 48.

<sup>197</sup> Vgl. FINMA, FAQ Rechts- und Reputationsrisiken (FN 135), 2.



Dies gilt im Konzern auch für Informationen aus Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen, insbesondere wenn sie im Ausland tätig sind.<sup>198</sup> Die Totalkontrolle ist aber auch für das Bankenrecht unrealistisch<sup>199</sup> und würde zudem zulasten neuer Marktteilnehmer unnötig wettbewerbshemmend wirken. Des Weiteren sind in Abhängigkeit zur Grösse und Struktur der Bank bzw. des Effektenhändlers weitere betriebliche Organisationsmassnahmen zur Überwachung und Kontrolle einzurichten.<sup>200</sup> Detailregelungen zu diesen Vorgaben finden sich im FINMA-RS 2008/24 „Überwachung und interne Kontrolle Banken“ vom 20. November 2008.

cc) *FINMA-RS 2008/24*

Die FINMA sieht eine eigenständige Definition der *internen Kontrolle* vor: „Eine wirksame interne Kontrolle umfasst u.a. in die Arbeitsabläufe integrierte Kontrollaktivitäten, Prozesse für Risikomanagement und Einhaltung der anwendbaren Normen (Compliance), eine von der Risikobewirtschaftung unabhängige Risikokontrolle sowie die Compliance-Funktion.“<sup>201</sup> Das Rundschreiben gilt für Banken, Effektenhändler (mit Bankenstatus), Finanzgruppen und Finanzkonglomeraten, die bank- oder effektenhandelsdominiert sind. Einschränkend und/oder sinngemäss findet es unter anderem auf Effektenhändler ohne Bankenstatus, Privatbankiers, Tochterbanken und Zweigniederlassungen ausländischer Institute Anwendung. Keine Anwendung findet das Rundschreiben hingegen auf nicht hauptsächlich im Finanzbereich tätige Unternehmen in Finanzgruppen und bank- oder effektenhandelsdominierten Finanzkonglomeraten.<sup>202</sup> Die Einhaltung des Rundschreibens wird durch die bankengesetzliche Prüfgesellschaft geprüft und im Prüfbericht

---

<sup>198</sup> Vgl. bezüglich Rechtsrisiken im Zusammenhang mit Geldwäscherei und mit der Finanzierung des Terrorismus Art. 6 Abs. 2 und 4 GwV-FINMA.

<sup>199</sup> KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 50.

<sup>200</sup> KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 64.

<sup>201</sup> FINMA-RS 08/24, N 2.

<sup>202</sup> FINMA-RS 08/24, N 1, 3 ff.

festgehalten.<sup>203</sup> Im Folgenden wird bloss auf die Besonderheiten des aufsichtsrechtlichen Regimes eingegangen:

Der *Verwaltungsrat*, der auch im Bankgeschäft hauptverantwortlich für die *interne Kontrolle*, d.h. für das Risikomanagement, das IKS und die Compliance, ist, stellt sicher, dass eine systematische Risikoanalyse durchgeführt und diese schriftlich dokumentiert wird. Er erörtert dafür mit der Geschäftsleitung regelmässig deren Einschätzung über die Angemessenheit und Wirksamkeit der internen Kontrolle.<sup>204</sup> Er stellt mittels Vorgaben sicher, dass die Mitarbeiter ihre Aufgaben und Verantwortung kennen, er sorgt für Vergütungssysteme, welche interne Kontrollmechanismen nicht unterwandern und das Eingehen übermässiger Risiken vermeiden,<sup>205</sup> und er regelt den Umgang mit Interessenkonflikten.<sup>206</sup> Banken und Effekthändler werden, um möglichst weitgehende Synergieeffekte zu erzielen, ein internes Kontrollsystem einrichten, das sowohl den aktienrechtlichen als auch den spezialgesetzlichen Anforderungen zu genügen vermag.<sup>207</sup>

Ab einer gewissen Grösse und Komplexität des Instituts hat der Verwaltungsrat ein *Audit Committee* einzurichten.<sup>208</sup> Abweichungen von den diesbezüglichen Vorgaben des Rundschreibens hat der Verwaltungsrat im Jahresbericht zu begründen. Dem Audit Committee kommen unterschiedliche Aufgaben zu.<sup>209</sup> So beurteilt es die „Funktionsfähigkeit der über den Bereich der finanziellen Berichterstattung hinausgehenden internen Kontrolle, namentlich der Compliance-Funktion und Risikokontrolle, soweit diese Beurteilung nicht durch andere Ausschüsse des Verwaltungsrats vorgenommen wird“. <sup>210</sup> Trotz Delegation an den Ausschuss bleibt der Gesamtverwaltungs-

---

<sup>203</sup> FINMA-RS 08/24, N 127.

<sup>204</sup> FINMA-RS 08/24, N 9 ff.

<sup>205</sup> Vgl. auch FINMA-RS 10/1, N 1, 36, 57 ff.

<sup>206</sup> FINMA-RS 08/24, N 12 ff.

<sup>207</sup> WEBER (FN 54), 476 f.

<sup>208</sup> FINMA-RS 08/24, N 29, vgl. 32 ff. hinsichtlich der Kriterien; vgl. ferner die Empfehlung in Ziff. 23 SCBP, siehe III.2.d).

<sup>209</sup> FINMA-RS 08/24, N 41 ff.

<sup>210</sup> FINMA-RS 08/24, N 52; BÖCKLI (FN 23), § 15 N 298.

rat für die übertragenen Aufgaben verantwortlich.<sup>211</sup> Schliesslich richtet der Verwaltungsrat eine von der Geschäftsleitung unabhängige *interne Revision* („Inspektorat“) ein, welche ihm oder dem Audit Committee direkt unterstellt ist und gewissen fachlichen und organisatorischen Anforderungen zu genügen hat.<sup>212</sup> Die interne Revision liefert wichtige Entscheidungsgrundlagen für die Beurteilung, ob das Institut ein dem Risikoprofil angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem besitzt und macht in diesem Rahmen auch Aussagen zur Compliance-Funktion.<sup>213</sup>

Die *Geschäftsleitung* setzt die Vorgaben des Verwaltungsrats bezüglich Einrichtung, Aufrechterhaltung und regelmässiger Überprüfung der internen Kontrolle im Geschäftsalltag um. Sie entwickelt geeignete Prozesse für die Risikoanalyse, -bewertung und -kontrolle.<sup>214</sup> Dies umfasst u.a. auch die Konkretisierung der Compliance-Funktion.<sup>215</sup>

*dd) Die „Compliance-Funktion“ insbesondere*

Gemäss FINMA-RS 08/24 trägt die *Geschäftsleitung* die Verantwortung für die *effektive* Umsetzung angemessener interner Systeme und Prozesse zur Gewährleistung der Compliance.<sup>216</sup> Die Geschäftsleitung organisiert sich so, dass ein Mitglied als Ansprechpartner für Compliance dient („Head of Compliance“, „Compliance Officer“). Sie errichtet ein zweckmässiges Weisungswesen gegenüber allen Mitarbeitern und bindet diese in die Compliance des Instituts ein. Darüber hinaus schafft sie eine permanente *Compliance-Funktion*. Der Compliance-Funktion, verstanden als „staff carrying out com-

---

<sup>211</sup> FINMA-RS 08/24, N 31.

<sup>212</sup> Ausführlich dazu FINMA-RS 08/24, N 60 ff.

<sup>213</sup> Siehe FINMA-RS 08/24, N 69; Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 44 f.; ROTH (FN 9), 30 f.

<sup>214</sup> Beispielsweise die Einrichtung von Länderdesks für die Betreuung grenzüberschreitender Kunden, FINMA, FAQ Rechts- und Reputationsrisiken (FN 135), 2 f.

<sup>215</sup> FINMA-RS 08/24, N 80 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS (FN 22), N 3155; vgl. bezüglich Compliance-Funktion im Versicherungswesen FINMA-RS 08/32, N 9 f.

<sup>216</sup> FINMA-RS 08/24, N 99; Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 15-19; siehe bezüglich Versicherer FINMA-RS 08/32, N 9.

pliance responsibilities<sup>217</sup>, kommt im Rahmen ihrer Aufgaben ein uneingeschränktes Auskunfts-, Zugangs- und Einsichtsrecht zu.<sup>218</sup> Die Compliance-Funktion sollte zudem in mehrerer Hinsicht unabhängig sein.<sup>219</sup> Interessenkonflikte und falsche Anreize sind – soweit aufgrund der betrieblichen Umstände möglich – zu vermeiden.<sup>220</sup> Zu ihren Aufgaben, die in einem von der Geschäftsleitung oder vom Verwaltungsrat zu genehmigenden Reglement festzuhalten sind, gehören unter anderem die Unterstützung und Beratung der Geschäftsleitung in Rechtsfragen sowie der Mitarbeiter bei der Durchsetzung der Compliance, deren Schulung, die Erstellung eines risikoorientierten Tätigkeitsplans<sup>221</sup>, die zeitgerechte Berichterstattung an die Geschäftsleitung über wesentliche Veränderungen der Compliance-Risiken, die Feststellung und Untersuchung von schwerwiegenden Verletzungen<sup>222</sup>, die Formulierung von Verbesserungsvorschlägen sowie die jährliche Berichterstattung an den Verwaltungsrat bzw. an dessen Prüfungsausschuss.<sup>223</sup> Der Compliance-Funktion kommt demnach keine *generelle* Ermittlungs-, Kontroll- und Überwachungspflicht zu, sondern sie wird im Einzelfall bei Gefahr von Verstößen und Feststellung von Verletzungen tätig oder wenn die Geschäftsleitung sie *spezifisch* zu einer Untersuchung anweist, die in ihren

---

<sup>217</sup> Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 6.

<sup>218</sup> Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 und 4 GwV-FINMA.

<sup>219</sup> Siehe Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 20-23; ausdrückliche Unabhängigkeit von den operativen Einheiten verlangt Art. 12a Abs. 3 KKV. Der Grundsatz einer von den operativen Geschäftseinheiten *getrennten* Compliance gilt nun auch ausdrücklich im FinfraG (Art. 8 Abs. 3) für Finanzmarktinfrastrukturen, wie beispielsweise Börsen, zentrale Gegenparteien und Zahlungssysteme.

<sup>220</sup> FINMA-RS 08/24, N 100 ff.; Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 28 f.; ROTH (FN 9), 17, verlangt organisatorische und vergütungspolitische Unabhängigkeit der Compliance-Abteilung.

<sup>221</sup> Grundlage des jährlich schwerpunktgewichteten Tätigkeitsplans ist ein *Risikoinventar* der Compliance-Risiken, vgl. hierzu ausführlich STRASSER, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 14), 278 ff.

<sup>222</sup> In der Folge auch die *Abmahnung* der Geschäftsleitung, sofern die Compliance-Funktion das Defizit nicht selbständig beheben kann, vgl. STRASSER, in: FS Baudenbacher (FN 104), 768.

<sup>223</sup> FINMA-RS 08/24, N 107 ff.; ferner EMCH/RENZ/ARPAGAU (FN 22), N 3160; Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 35-41.

Kompetenzbereich und arbeitsrechtlichen Pflichtenkreis fällt.<sup>224</sup> Die Verantwortung für die effektive Umsetzung verbleibt in jedem Fall bei der Geschäftsleitung, die Hauptverantwortung und Oberaufsicht darüber beim Verwaltungsrat.<sup>225</sup>

*ee) Funktionen mit compliance-ähnlichen Aufgaben*

Neben der Compliance-Funktion trägt bereits das *Risikomanagement* operationellen und rechtlichen Risiken Rechnung (vgl. Art. 12 Abs. 2 BankV). Risikomanagement erfolgt mit adäquaten und den Besonderheiten des Instituts Rechnung tragenden Methoden auf den jeweils geeigneten organisatorischen Ebenen.<sup>226</sup>

Im Geldwäschereibereich fallen sodann der *Geldwäschereifachstelle* ebenfalls ähnliche Aufgaben wie der Compliance-Abteilung zu. Der Fachstelle kommt gemäss Reglement (beim Anschluss des Finanzintermediärs an eine Selbstregulierungsorganisation) oder gemäss Art. 22 f. und Art. 63 GwV-FINMA (beim Anschluss als DUFi an die FINMA) eine vorbereitende, beratende, ausbildende und sogar überwachende Funktion zu. Ab einer bestimmten Grösse des Finanzintermediärs ist in der Regel eine eigenständige interne Kontrolle für die Überwachung der Einhaltung der Geldwäschereivorgaben vorgesehen.

Die *Risikokontrolle*<sup>227</sup> überwacht als unabhängige Kontrollfunktion das eingegangene Risikoprofil des Instituts.<sup>228</sup> Die Geschäftsleitung hat sie analog zur Compliance-Funktion auszugestalten. Insbesondere ist denkbar, dass die Compliance-Funktion mit der Risikokontrolle (oder mit der Rechtsabteilung)

---

<sup>224</sup> Siehe STRASSER, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 14), 272; vgl. auch BGE 113 IV 68, E. 7 („Eine Garantenstellung ist deshalb nur möglich im Bereiche der *eigenen* Kompetenz.“, Hervorhebung der Verfasser); ferner BGE 120 IV 300, E. 3d bb); BGE 126 IV 13, E. 7b aa).

<sup>225</sup> So auch STRASSER, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 14), 269 f.

<sup>226</sup> FINMA-RS 08/24, N 126.

<sup>227</sup> Sie ist nicht mit dem Risikomanagement gleichzusetzen, vgl. FINMA-RS 08/24, N 126.

<sup>228</sup> FINMA-RS 08/24, N 122.

eine gemeinsame Abteilung bildet, wobei die Aufgaben klar zu definieren und der einzelnen Funktion zuzuordnen sind.<sup>229</sup> Auch Personalunion und Outsourcing sind namentlich bei geringer Organisationskomplexität und tiefem Compliance-Risiko zulässig,<sup>230</sup> wobei im Fall von *Outsourcing* der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung voll verantwortlich bleiben<sup>231</sup> und die Prüfgesellschaft das Outsourcing im Rahmen der Aufsichtsprüfung zu beurteilen hat.<sup>232</sup>

d) *Subsidiärer „Legal Compliance Audit“ durch die Prüfgesellschaft*

Als verlängerter Arm der FINMA übernehmen Prüfgesellschaften gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a FINMAG die Aufsichts- und Rechnungsprüfung. Im Rahmen der *Aufsichtsprüfung* erfolgt u.a. eine Stellungnahme zur Compliance-Funktion.<sup>233</sup> Die Prüfgesellschaften erstellen grundsätzlich zu jedem beaufsichtigten Institut eine Risikoanalyse zuhanden der Aufsichtsbehörde.<sup>234</sup> „Bei der Durchführung der Prüfung ist [u.a.] der massgebliche gesetzliche und sonstige regulatorische Rechtsrahmen zu berücksichtigen.“<sup>235</sup> Allfällige Verstösse sind bei der Prüfung zu berücksichtigen. Die Prüfgesellschaft hat gegenüber der FINMA eine Meldepflicht, wenn sie im Rahmen der Prüfung eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder sonstige Missstände wahrnimmt (Art. 27 Abs. 3 FINMAG).<sup>236</sup> Hinweise

<sup>229</sup> Siehe bezüglich der unterschiedlichen Gestaltungsoptionen Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 7-9, 34.

<sup>230</sup> Siehe zur Frage der Zulässigkeit des Outsourcing von Compliance-Aufgaben bei Banken und Effektenhändlern KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 132 ff.; FINMA-RS 08/7, N 2, Anhang N 6.

<sup>231</sup> Vgl. Basel Committee on Banking Supervision (FN 16), Ziff. 49 f.

<sup>232</sup> FINMA-RS 08/24, N 104 ff., 118 ff.; vgl. ferner FINMA-RS 08/7, N 13 ff.

<sup>233</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAU (FN 22), N 3177, 3183.

<sup>234</sup> FINMA-RS 13/3, N 9 ff., 79 ff.

<sup>235</sup> FINMA-RS 13/3, N 40.

<sup>236</sup> Bei lediglich leichten und mittleren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder sonstigen Missständen hat die Prüfgesellschaft der Gesellschaft eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu setzen, Art. 27 Abs. 2 FINMAG. Vgl. auch Art. 30 VAG.

betreffend deliktische Handlungen von Beaufsichtigten sind der FINMA umgehend zu melden.<sup>237</sup> Im Geldwäschereibereich ist der Prüfgesellschaft zudem der gruppenweite Zugang zu Informationen über Geschäftsbeziehungen sicherzustellen, soweit dies zur globalen Überwachung von Rechts- und Reputationsrisiken notwendig ist.<sup>238</sup> Im Rahmen der Prüfung grenzüberschreitend tätiger Finanzinstitute hat die Prüfgesellschaft die FINMA im Prüfbericht zudem darüber zu informieren, falls schweizerisches Aufsichtsrecht infolge eines Konflikts mit ausländischem Recht nicht eingehalten werden kann.<sup>239</sup> Zudem müssen der FINMA unverzüglich Vorkommnisse gemeldet werden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind (Art. 29 Abs. 2 FINMAG), beispielsweise wenn sich beim Beaufsichtigten „wesentliche Rechts- und Reputationsrisiken aus dem grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft materialisieren“<sup>240</sup>. Die Prüfgesellschaften haben im Rahmen der grenzüberschreitenden Tätigkeit der beaufsichtigten Institute ausnahmsweise sogar die Einhaltung ausländischen Aufsichtsrechts zu attestieren.<sup>241</sup> Im Rahmen des Prüfberichts ist schliesslich die Einhaltung der Anordnungen der FINMA (z.B. im Rahmen einer Verfügung) zu bestätigen.<sup>242</sup> Den aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaften kommen im Gegensatz zur aktienrechtlichen Revisionsstelle also *wesentlich detailliertere* – in der Regel ebenfalls nachgelagerte – *Prüf- und Meldepflichten* unter anderem im

---

<sup>237</sup> FINMA-RS 13/3, N 78.

<sup>238</sup> Art. 6 Abs. 2 und 4 GwV-FINMA.

<sup>239</sup> FINMA-RS 13/3, N 52.

<sup>240</sup> FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken (FN 167), 18.

<sup>241</sup> Vgl. Memorandum of Understanding vom 15. August 2013 zwischen der Schweiz und Deutschland zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Finanzbereich und die dazugehörige FINMA-Mitteilung Nr. 54 (2014) vom 6. Januar 2014, wonach Schweizer Prüfgesellschaften die Einhaltung des deutschen Anleger-schutz- und Geldwäschereirechts zu prüfen und in einem separaten jährlichen Prüfbericht für die BaFin und FINMA festzuhalten haben.

<sup>242</sup> FINMA-RS 13/3, N 108.

Hinblick auf Rechtsrisiken (nicht bloss hinsichtlich des Aufsichtsrechts)<sup>243</sup> von Banken und Effektenhändlern zu.

#### 4. Zwischenfazit

Betrachtet man die soeben dargestellten Rechtsgrundlagen, wird man eine Pflicht zur Errichtung einer *eigentlichen* Compliance-Organisation bei kleinen Aktiengesellschaften verneinen müssen. Die oben, II.1., geschilderten Nachteile einer grossen arbeitsteiligen Organisation treffen auf kleine Unternehmen nicht zu. Verantwortlichkeiten (und damit auch allfällige Sanktionen) können eindeutig bestimmten Personen zugeordnet werden. Ein „race to the bottom“ der betrieblichen Moral ist nicht zu befürchten. Die Nichterrichtung einer Compliance-Organisation stellt also in keinem Fall eine Pflichtverletzung dar.

Bei Aktiengesellschaften mittlerer Grösse<sup>244</sup> ist die Lage dagegen weniger eindeutig. Da diese Unternehmen zumeist keine ordentliche Revision vornehmen (müssen<sup>245</sup>) und nicht-börsenkotiert sind, greifen die für diese Situationen geschilderten Vorgaben nicht. Massgeblich ist daher nur die allgemeine, den Verwaltungsrat treffende Pflicht, das Unternehmen angemessen zu organisieren. Eine Pflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation wird man daher nur bejahen können, wenn dazu konkreter Anlass besteht, das Unternehmen also aufgrund seiner Tätigkeit erkennbar Grund zu besonderer Vorsorge hat, etwa wenn die erhöhte Gefahr von Korruption aus dem Unternehmen heraus besteht (z.B. bei Rüstungsunternehmen, Bauunternehmen), wenn die Tätigkeit die Gefahr von Geldwäsche mit sich bringt (z.B. unabhängige Vermögensverwalter), wenn aus dem Unternehmen heraus in der Vergangenheit bereits Gesetzesverstösse (z.B. Verstösse gegen das Kartell-<sup>246</sup> oder Rechnungslegungsrecht) begangen wurden oder wenn aktuell

---

<sup>243</sup> Namentlich dem Steuer- und Strafrecht haben die Beaufsichtigten im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen ebenfalls Rechnung zu tragen, vgl. FINMA, FAQ Rechts- und Reputationsrisiken (FN 135), 1.

<sup>244</sup> Sollte es sich dagegen um eine Bank oder einen Effektenhändler handeln, greifen die für diese Tätigkeiten geltenden Vorgaben.

<sup>245</sup> Eine solche besteht nur in den Fällen des Art. 727 Abs. 2 und 3 OR.

<sup>246</sup> Hierzu KELLERHALS, in: BERNI/KELLERHALS (FN 24), 11 ff.



Schadensersatzklagen erhoben worden sind oder Ermittlungsverfahren laufen, die den Anlass bilden, zu prüfen, ob es weitere Verstösse gegeben hat.

Bei grossen, bei konzernzugehörigen und bei kotierten Aktiengesellschaften besteht dagegen bereits aufgrund der rechtlichen Vorgaben in Art. 716a Abs. 1 OR<sup>247</sup> eine Pflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation. Hinzukommen können spezielle Pflichten aufgrund der Börsenkotierung und/oder des Umstands, dass das Unternehmen aufsichtsrechtlichen Pflichten aus dem Versicherungs- oder Finanzmarktrecht untersteht. Namentlich ergeben sich detaillierte Vorgaben zur internen Kontrolle und damit zur Compliance-Funktion aus dem FINMA-RS 2008/24.

Schliesslich wird man für alle Gesellschaften, bei denen die konkrete Gefahr besteht, dass aus dem Unternehmen heraus eine der in Art. 102 Abs. 2 StGB genannten Taten begangen wird, eine Pflicht zur Compliance-Organisation bejahen müssen.<sup>248</sup>

## IV. Haftung

### 1. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit im Allgemeinen

#### a) Überblick

Die Überwachung der Einhaltung von Rechtsnormen und unternehmensinterner Verhaltensrichtlinien gehört zum Kern *sorgfältiger* und *guter Geschäftsführung*.<sup>249</sup> Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sind verpflichtet, zwingende Rechtsnormen nicht nur in ihrer eigenen Person zu beachten, sondern ihnen auch durch interne Weisungen und Verhaltensrichtlinien sowie durch ein entsprechendes Kontroll- und Sanktionsregime

---

<sup>247</sup> Und der Vorgabe, ein IKS vorzuhalten, sofern man daraus auch die Pflicht zur Compliance ableitet, was wie gesagt streitig ist, siehe oben Text bei FN 75.

<sup>248</sup> Das Unternehmen als Ganzes befindet sich bezüglich der genannten Anlasstaten in einer Garantenstellung.

<sup>249</sup> So auch wörtlich SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 2 („Compliance ist dabei ganz wesentlich das Resultat guter Führung; umgekehrt sind Compliance-Verstösse oft das Ergebnis mangelhafter oder fehlender Führung.“), 15.

Nachdruck gegenüber den Mitarbeitern zu verleihen.<sup>250</sup> Daneben ist Compliance auch Ausdruck *guter Delegation*, d.h. einer sorgfältigen Auswahl, Instruktion und Überwachung der Mitarbeiter in einem angemessenen Rahmen.<sup>251</sup> Komplettiert werden die Pflichten der Compliance durch das Verantwortlichkeitsregime, welches bei Missachtung der Compliance im Einzelfall auch zu einer Haftung der Mitglieder der Unternehmensleitung führen kann.

Zivilrechtlich liegt das Risiko für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung in erster Linie in der persönlichen und unbeschränkten Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR<sup>252</sup>. Voraussetzung einer solchen Haftung ist neben der formellen oder faktischen Organstellung<sup>253</sup> der verantwortlichen Person das Vorliegen eines Schadens, die Verletzung einer durch das Gesetz oder die Statuten auferlegten Pflicht, die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden und das Verschulden des beklagten Organmitglieds.<sup>254</sup>

#### b) *Passivlegitimation des Compliance-Officers*

Da der (Chief) Compliance-Officer typischerweise nicht Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung ist, sondern in der Unternehmensorganisation unterhalb der Leitungsebene angesiedelt ist, stellt er kein formelles Organ dar.<sup>255</sup> Aufgrund seiner untergeordneten und (teilweise) abhän-

<sup>250</sup> Vgl. ROTH (FN 9), 5.

<sup>251</sup> Siehe SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 15.

<sup>252</sup> Für Bankorgane gilt über Art. 39 BankG, der auf Art. 754 OR verweist, dasselbe, BÖCKLI (FN 23), § 18 N 147.

<sup>253</sup> Vgl. zur faktischen Organstellung BGE 114 V 213, E. 4; BGE 117 II 570, E. 3; BGE 128 III 29, E. 3a.

<sup>254</sup> Hierzu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 36 N 5 ff., § 37 N 2 ff.

<sup>255</sup> Vgl. GROB NADJA FEE VIOLA, Chief Compliance Officer, Diss. Augsburg 2012, 65 ff.; STRASSER, in: FS Baudenbacher (FN 104), 755, 757 ff., mit Blick auf Art. 29 lit. c StGB („Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen“). Art. 29 StGB kann als Zurechnungsnorm hingegen Rechtsfolgen strafrechtlicher Natur für den Compliance-Officer auslösen, wenn dieser im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit eine strafbegründende oder -erhöhende Pflicht, welche grundsätzlich dem Unternehmen obliegt (z.B. die Deliktverhinderungs- bzw. Garantenpflicht des Unternehmens gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB), verletzt. An die vom Compliance-Be-

gigen Stellung wird ihm – mangels wesentlichen Einflusses auf die Geschäftsführung – auch kaum jemals die Stellung eines faktischen Organs zukommen. Der Compliance-Officer nimmt eine bloss unterstützende und empfehlende Rolle gegenüber den Mitgliedern der Geschäftsleitung ein.<sup>256</sup> Verantwortlichkeitsklagen gegen ihn dürften daher mangels Passivlegitimation regelmässig ausscheiden.

## 2. Pflichtverletzung

### a) *Haftungsauslösendes Ereignis*

Pflichtwidriges Verhalten kann sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen. Richtet ein Mitglied des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung selbst schwarze Kassen ein, um Bestechungen zu finanzieren, ist diese Handlung Gegenstand der Verantwortlichkeitsklage.<sup>257</sup> Den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung wird man eine Pflichtverletzung nur vorwerfen können, wenn sie entweder Mittäter waren oder ex ante erkennbare Anzeichen für den Gesetzesverstoss ignoriert haben. Wird die Pflichtverletzung dagegen von untergeordneten Mitarbeitern aus dem Unternehmen heraus begangen, kommt als Pflichtverletzung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung regelmässig nur ein *Unterlassen* ausreichender Compliance in Betracht.<sup>258</sup> Diese Konstellation steht nachfolgend im Mittelpunkt der Überlegungen.

---

auftragten zu beachtenden Pflichten dürfen jedoch nicht höhere Anforderungen als die im Zivilrecht (und wohl auch im Aufsichtsrecht) festgeschriebenen gestellt werden, vgl. BGE 116 IV 26, E. 4b; zum Ganzen STRASSER, in: FS Baudenbacher (FN 104), 753 ff., 775 f., mit Blick auf das Verbot der Geldwäscherei gemäss Art. 305<sup>bis</sup> StGB, welches im Rahmen von Art. 102 Abs. 2 StGB eine Anlasstat darstellt.

<sup>256</sup> Siehe oben, III.3.c)dd).

<sup>257</sup> Wenn Pflichtwidrigkeiten durch aktives Tun in Rede stehen, werden diese typischerweise durch *Geschäftsleitungsmitglieder* (CEO, COO, CFO etc.) begangen, weil sie das operative Tagesgeschäft ausführen und entsprechend unmittelbar mit den gefährdeten Aktivitäten in Berührung kommen, vgl. BERNI/LIVSCHITZ, in: BERNI/KELLERHALS (FN 125), 143 f.

<sup>258</sup> BACHMANN (FN 26), 95. Vgl. auch BÖCKLI (FN 23), § 13 N 565; ferner SETHE (FN 32), 422.

b) *Mass der Sorgfalt der Unternehmensleitung*

Die gebotene Sorgfalt ergibt sich für Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung aus dem Gesetz, namentlich aus Art. 717 Abs. 1 OR. Danach müssen diese Organmitglieder ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen; in Abweichung zu Art. 538 Abs. 1 OR („Sorgfalt [...], die er in seinen eigenen [Angelegenheiten] anzuwenden pflegt.“) gilt für den Verwaltungsrat ein objektivierter Sorgfaltsmassstab.<sup>259</sup> Abgestellt wird auf diejenige Sorgfalt, die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde.<sup>260</sup>

Andererseits ist stets auch den konkreten Umständen Rechnung zu tragen.<sup>261</sup> So muss etwa der Verwaltungsrat der Compliance aufgrund der besonderen geografischen<sup>262</sup> oder politischen Lage oder wegen der Art der Geschäftstätigkeit erhöhte Aufmerksamkeit zuwenden.<sup>263</sup> Es gilt allgemein das in der Branche praktizierte übliche Mass hinsichtlich der Beurteilung der geschuldeten Sorgfalt.<sup>264</sup> Entsprechend können darum internationale und nationale Branchenstandards besondere Bedeutung für die Beurteilung der im Einzelfall errichteten Compliance-Organisation erlangen.<sup>265</sup> Im Rahmen der richterlichen Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung soll folglich der Richter

<sup>259</sup> Vgl. BGE 99 II 176, E. 1; BGE 112 II 172, E. I.2c; BGE 122 III 195, E. 3a; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 74), Art. 717 N 5; BSK OR II-GERICKE/WALLER (FN 74), Art. 754 N 32; a.A. allein ZK-HOMBURGER, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 717 OR N 821.

<sup>260</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 28 N 21; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 575.

<sup>261</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 28 N 22, § 36 N 83.

<sup>262</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 BankV, wonach der Geschäftsbereich einer Bank und dessen geografische Ausdehnung den finanziellen Möglichkeiten sowie der *Verwaltungsorganisation* entsprechen müssen; siehe ferner Art. 10 Abs. 3 BEHV.

<sup>263</sup> Vgl. EBK-Bulletin 41/2007, 27, betreffend die Annahme von Vermögenswerten, die geldwäschereirechtlich relevant sein könnten.

<sup>264</sup> FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 292 f.

<sup>265</sup> Hinsichtlich Antikorruptions-Compliance-Standards weitgehend anerkannt, vgl. BERNI/LIVSCHITZ, in: BERNI/KELLERHALS (FN 125), 129 f. m.w.H.

auch die Best Practice-Empfehlungen des SCBP<sup>266</sup> als Auslegungshilfe beziehen dürfen.<sup>267</sup>

Des Weiteren haben die Organmitglieder die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren (Treuepflicht). Es folgt daraus, dass die allgemeine Geschäftsführung im Sinne von Art. 716 Abs. 2 OR und die in Art. 716a OR dem Verwaltungsrat zugewiesenen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben mit der aus Art. 717 OR notwendigen Sorgfalt und im Interesse der Gesellschaft zu erfüllen sind.<sup>268</sup> Für die spezialgesetzlich geregelten Gewährspersonen von Banken und Effekthändlern gilt aufgrund der erhöhten Anforderungen hinsichtlich Fachkenntnisse und Erfahrung („Fitness“) sowie Integrität („Properness“) ein erhöhter Sorgfaltsmassstab.<sup>269</sup> Eine gesteigerte Sorgfaltspflicht ergibt sich sodann auch aufgrund der Geldwäschereibestimmungen bei der Annahme von Vermögenswerten durch einen Finanzintermediär.<sup>270</sup> Schliesslich können sich aus dem zwischen der Gesellschaft und dem Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung bestehenden vertraglichen Rechtsverhältnis besondere Sorgfalts- und Treuepflichten ergeben.<sup>271</sup>

---

<sup>266</sup> Siehe dazu III.2.

<sup>267</sup> Zurückhaltend BÖCKLI (FN 23), § 14 N 319, 321 f., 328 f., 371, insbesondere § 18 N 153 ff.

<sup>268</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 30 N 15; WYSS (FN 30), 28; BÖCKLI (FN 23), § 18 N 117.

<sup>269</sup> SETHE ROLF, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: SETHE/ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, EIZ 150, Zürich 2014, 165, 186; siehe zu den Anforderungen FINMA-RS 08/24, N 17 ff.; ferner FINMA-RS 08/32, N 10 f., bezüglich Verwaltungsrat und Geschäftsleitung eines Versicherers.

<sup>270</sup> Art. 3 ff. GwG, insbesondere Art. 12 ff. GwV-FINMA.

<sup>271</sup> Beispielsweise aus Auftrags- (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR) oder Arbeitsvertragsrecht (Art. 321a Abs. 1 OR); vgl. BGE 75 II 149, E. 2a; BGE 125 III 78, E. 4; BGE 128 III 129, E. 1; BGE 130 III 213, E. 2.1; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 73), 39 f., 48; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 88 f.; kritisch bezüglich Qualifikation des Rechtsverhältnisses FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 28 N 5 ff.

c) *Pflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation*

Eine eigentliche „cura in organisando“<sup>272</sup> kann nur für die Fälle angenommen werden, in denen zwingende gesetzliche Bestimmungen (z.B. Art. 716a Abs. 1 OR) im Licht branchenüblicher Standards dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung *unzweideutige* Organisationspflichten auferlegen (siehe III.4.), wie beispielsweise den Aufbau eines den betrieblichen Risiken angepassten Risikomanagements oder eines IKS mit Legal Compliance. Das *vollständige* Unterlassen oder die offensichtliche Mangelhaftigkeit einer solchen Ordnung stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung und eine Verletzung der entsprechenden Organisationspflicht dar.<sup>273</sup>

d) *Delegation von Compliance-Aufgaben und Haftungsbefreiung*

Wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen der Delegation erfüllt sind, kann sich der Verwaltungsrat (und auch die Geschäftsleitung) beim Nachweis der gehörigen Auswahl, Unterrichtung und Überwachung grundsätzlich von der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 2 OR befreien.<sup>274</sup>

Für eine rechtmässige Delegation bedarf es eines statutarischen Beschlusses der Generalversammlung, welcher den Verwaltungsrat ermächtigt, die Delegation der Geschäftsführung in einem Organisationsreglement oder in einem protokollierten Verwaltungsratsbeschluss vornehmen zu dürfen (Art. 716b Abs. 1 OR).<sup>275</sup> Der Verwaltungsrat darf keine unübertragbaren Aufgaben i.S.v. Art. 716a OR delegieren. Insbesondere darf er die Oberaufsicht betreffend Compliance nicht übertragen.<sup>276</sup> Inhaltlich muss er die zu schaffenden

<sup>272</sup> Siehe BGE 110 II 456, E. 3a.

<sup>273</sup> BACHMANN (FN 26), 95; STRASSER, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 14), 274.

<sup>274</sup> Hierzu statt vieler BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, SSHW 210, Diss. Zürich 2001, 253.

<sup>275</sup> Ausführlich FORSTMOSER, Organisation (FN 69), § 14 N 1 ff.; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 321 ff., § 18 N 120 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 29 N 23, § 30 N 29 ff., § 37 N 40.

<sup>276</sup> Vgl. FINMA-RS 08/7, N 16, betreffend Outsourcing von Geschäftsbereichen bei Banken.

Funktionen, deren Aufgabenbereiche und Pflichten sowie die Berichterstattung schriftlich festhalten (Art. 716b Abs. 2 OR).<sup>277</sup> Neben die grundsätzliche Organisationsverantwortung des Verwaltungsrates gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR (siehe oben, III.1.b)aa) treten also dessen Organisationsentscheide im Rahmen der Delegation der Geschäftsführung.

Die Delegationsnorm von Art. 754 Abs. 2 OR ist auf die Delegation von Organpflichten an ein *anderes* Organ der Aktiengesellschaft anwendbar.<sup>278</sup> Im vorliegenden Fall, namentlich bei der Delegation von Überwachungs- und Meldepflichten durch die Geschäftsleitung an die Linienvorgesetzten oder an eine spezifische Compliance-Funktion eines Unternehmens, findet die Bestimmung zwar nicht unmittelbar Anwendung. Die Kerngedanken der Bestimmung, nämlich den drei *curae* Auswahl, Instruktion und Überwachung Rechnung zu tragen und dabei von einer Haftungsbefreiung profitieren zu können, gilt jedoch im Grundsatz im Rahmen jeglicher Aufgaben-delegation innerhalb eines Unternehmens.<sup>279</sup>

#### aa) *Cura in eligendo*

Zur Erfüllung der „cura in eligendo“ ist der Verwaltungsrat verpflichtet, für die im Zusammenhang mit der Compliance stehenden Aufgaben im gleichnamigen Bereich fachlich kompetente und integre Personen bzw. ein ent-

---

<sup>277</sup> BÖCKLI (FN 23), § 13 N 324 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 73), 74.

<sup>278</sup> SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 192; BÖCKLI (FN 23), § 18 N 131 f.; wohl a.M. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 37), § 37 N 39, welche die Bestimmung auch auf die Übertragung von Aufgaben an Hilfspersonen oder an nicht dem Unternehmen angehörende Dritte anwenden.

<sup>279</sup> Siehe FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 92), N 103; LEHMANN/ROTH PEL-LANDA (FN 48), 325 f.; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 563, 570, § 18 N 132a („Aufgaben-zuteilung als Ausfluss der Arbeitsteilung“), N 148 („allgemeine[s] Rechtsprinzip“); ferner BGE 110 II 456, E. 2; BGE 122 III 195, E. 3a = Pra 85 (1996) Nr. 208; FINMA-RS 08/7, N 21 ff., bezüglich Outsourcing an externe Dienstleister; FINMA, FAQ Rechts- und Reputationsrisiken (FN 135), 4 f., betrifft die Delegation der Vermögensverwaltung durch Finanzinstitute an nicht prudentiell beaufsichtigte externe Vermögensverwalter, wo Auswahl und Instruktion eine wesentliche Rolle bei der Risikominimierung und -eliminierung spielen; vgl. auch FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken (FN 167), 16.

sprechendes Gremium (z.B. das Audit Committee<sup>280</sup>) auszuwählen.<sup>281</sup> Vor der Mandatsübergabe hat er zu prüfen, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen durch die fraglichen Personen erfüllt werden.<sup>282</sup> Entfallen diese Fähigkeiten, ist die Person bzw. das Gremium durch den Verwaltungsrat abzuberaufen<sup>283</sup> oder wenigstens der Funktion zu entheben, da andernfalls ein nachträgliches Auswahlverschulden vorliegen dürfte.<sup>284</sup>

Der im Einzelnen anzuwendende Instruktions- und Überwachungsaufwand des Verwaltungsrates (siehe sogleich) ist abhängig von den konkreten fachlichen Qualifikationen der ausgewählten Person.<sup>285</sup> Auf die Arbeit besonders qualifizierter und integrier Personen darf sich der Verwaltungsrat somit ohne gegenteilige Anzeichen verlassen, da er von ihnen ein höheres Mass an Sorgfalt erwarten kann.<sup>286</sup>

Die gemachten Aussagen gelten grundsätzlich auch für die Geschäftsleitung im Rahmen der Delegation der Umsetzung der Compliance-Organisation, wenn sie beispielsweise einen Compliance-Officer einsetzt, oder im Zusam-

---

<sup>280</sup> Siehe bezüglich der personellen Anforderungen an die Mitglieder eines Audit Committee einer Bank FINMA-RS 08/24, N 38 ff.; ferner BÖCKLI (FN 23), § 13 N 18, 386, 391 f., § 14 N 260; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 73), 20.

<sup>281</sup> BÖCKLI (FN 23), § 14 N 294; LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 326; siehe bezüglich des Beizugs eines (externen) Experten SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 195.

<sup>282</sup> Siehe auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 73), 21 f. Die Mandatsübernahme kann ihrerseits eine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Übernahmeverschuldens darstellen, siehe hierzu FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 464; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 564.

<sup>283</sup> Zur Abberufungskompetenz des Verwaltungsrates siehe Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR.

<sup>284</sup> LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 326; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 360, 571 („diligentia in revocando“); BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 74), Art. 716a N 22; vgl. BGE 122 III 195, E. 3b („En effet, la ‚cura in eligendo‘ ne s'épuise pas dans le choix des personnes chargées de la gestion et de la représentation, mais englobe l'obligation de les révoquer si nécessaire, en particulier lorsque la surveillance exercée sur le délégué fait apparaître des carences graves“ [...]).

<sup>285</sup> FORSTMOSER PETER, Alter Wein in neuen Schläuchen?, ZSR 1992 I, 1, 29, spricht von einer Wechselwirkung der drei curae.

<sup>286</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 36 N 86.



menhang mit der konkreten personellen Besetzung des IKS bzw. der Compliance-Funktion.<sup>287</sup>

*bb) Cura in instruendo*

Den Verwaltungsrat trifft laut Bundesgericht auch eine Sorgfaltspflicht in der Information und Anweisung der Untergebenen.<sup>288</sup> Hinsichtlich der „cura in instruendo“ ist der Verwaltungsrat verpflichtet, dem Delegationsempfänger die organisatorische Struktur der Compliance-Funktion, die grundlegenden Risiken der Geschäftstätigkeit<sup>289</sup> sowie alle wesentlichen Informationen zu den Zuständigkeiten und Verantwortungsbereichen sowie zum Reporting- und zu einem allfälligen Whistleblowing-System zu vermitteln.<sup>290</sup> Damit dem Dokumentationsbedarf zu Beweis Zwecken Rechnung getragen werden kann, bietet sich die Schriftlichkeit in einem Reglement oder in internen Richtlinien an.<sup>291</sup>

Die Instruktionen seitens des Verwaltungsrates werden regelmässig bloss an die Geschäftsleitung gerichtet sein. Diese wiederum hat eine Instruktionspflicht gegenüber den ihr nachgeordneten Linienvorgesetzten. Die Mitarbeiter sind ihrerseits in analoger Weise adressaten- und zeitgerecht zu informieren.<sup>292</sup>

Mit der Instruktionspflicht verbunden ist die Pflicht, die Mitarbeiter in regelmässigen Schulungen über Inhalt und Zweck der Compliance und über die wesentlichen Rechtsrisiken aufzuklären, damit sich eine Compliance-Kultur etablieren kann.

---

<sup>287</sup> Zu den Anforderungen an die Delegation an einen Compliance-Beauftragten im deutschen Recht SETHE (FN 32), 427 f.

<sup>288</sup> BGE 110 II 456, E. 3; ferner BÖCKLI (FN 23), § 13 N 570.

<sup>289</sup> Vgl. für den aufsichtsrechtlichen Bereich FINMA, FAQ Rechts- und Reputationsrisiken (FN 135), 5.

<sup>290</sup> LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 326.

<sup>291</sup> Vgl. FINMA-RS 08/32, N 36; vgl. ferner Art. 12 Abs. 2 BankV (Regelung des Risikomanagements in einem Reglement oder in internen Richtlinien).

<sup>292</sup> Vgl. FINMA-RS 08/32, N 33 ff.

Im Übrigen wird es in international ausgerichteten Konzernen nicht genügen, die Mitarbeiter bloss im heimischen Recht zu schulen, sondern es muss neben den vor Ort geltenden ausländischen Vorschriften<sup>293</sup> vermehrt auch extraterritorial anwendbaren Normen, beispielsweise im Revisions-<sup>294</sup> und Korruptionsstrafrecht<sup>295</sup>, Rechnung getragen werden, soweit diese für die Tätigkeit des fraglichen Mitarbeiters von Relevanz sind.

cc) *Cura in custodiendo*

Im Mittelpunkt von Auseinandersetzungen über die Verantwortlichkeit für mangelhafte Compliance steht die „cura in custodiendo“. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung werden den Beweis einer ausreichenden Überwachung wohl nur dann erbringen können, wenn sie ein verlässliches *Informations- bzw. Überwachungssystem* eingerichtet haben, das der Komplexität des Geschäftsalltags und den dabei eingegangenen Risiken Rechnung trägt und das den für die Geschäftsführung notwendigen Informationsbedarf des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung abzudecken vermag.<sup>296</sup>

Zu weit ginge hingegen die Forderung, das System sei so auszugestalten, dass der Verwaltungsrat in jedem Fall Fehlverhalten rechtzeitig *verhindern* können muss.<sup>297</sup> Falls der Verwaltungsrat positive Kenntnis von einer gesetzeswidrigen oder deliktischen Handlung erhält oder er ernstzunehmende Anhaltspunkte hierfür hat, muss er sich um Aufklärung des Sachverhalts bemü-

---

<sup>293</sup> Vgl. beispielsweise FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken (FN 167), 15.

<sup>294</sup> So gilt beispielsweise die Section 404(a) des US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act von 2002, welche von der Geschäftsleitung im Geschäftsbericht eine Beurteilung der Wirksamkeit des IKS für die Rechnungslegung verlangt, auch für ausländische Unternehmen, deren Wertpapiere in den USA (zweit-) kotiert oder öffentlich angeboten werden, sowie für deren Tochterunternehmen.

<sup>295</sup> IMBACH HAUMÜLLER (FN 86), 83.

<sup>296</sup> BÖCKLI (FN 23), § 13 N 190 f., 565; LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 326; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 73), 100 f.; POPPE (FN 9), Kap. 1 N 22, 27, 34.

<sup>297</sup> So wohl LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 326 („[...] da eine reine Beurteilung zurückliegender Sachverhalte, d.h. eine ex post Überwachung den Anforderungen der cura in custodiendo nicht genügt.“).

hen<sup>298</sup> und, *falls noch möglich*, konsequent gegen das Fehlverhalten vorgehen („Eingriffspflicht“)<sup>299</sup>. Er ist in der Regel verpflichtet, Sanktionen auszusprechen und im Anschluss die notwendigen Schlüsse für Verbesserungen zu ziehen. Zudem muss er bei nicht nur geringfügigen Gesetzesverstößen überprüfen, warum das Compliance-System in diesem Fall versagt hat. Diese Überprüfungspflicht trifft den Verwaltungsrat als Ganzes<sup>300</sup> (davon zu trennen ist die Frage der individuellen Verantwortlichkeit, die entfallen kann, wenn ein Verwaltungsratsmitglied die übrigen Mitglieder eindringlich, aber vergeblich zur Verbesserung der Überwachung aufgefordert hat<sup>301</sup>).

Das interne Meldesystem haben der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung so auszugestalten, dass Mitarbeiter effektiv Zugang dazu erhalten und es deren Anzeigen an die Compliance-Funktion weiterleitet. Ansonsten liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung vor.<sup>302</sup> Hingegen wird man vom Verwaltungsrat nicht verlangen können, dass er gegen jedes noch so kleine Fehlverhalten *persönlich* vorzugehen hat. Dafür sind die unteren Führungsebenen sachlich zuständig. So hat der Verwaltungsrat bei einer Subdelegation durch die Geschäftsleitung im Rahmen seiner Oberaufsicht bloss, aber immerhin, die zweckmässige Organisation der Subdelegation hinsichtlich der drei *curae* inhaltlich zu überwachen. Er hat insbesondere dafür zu sorgen, dass die Geschäftsleitung ihrerseits Kontroll- und Sanktionsinstrumente gegenüber den unteren Führungsebenen einführt und diese bei Verstössen effektiv wahr-

---

<sup>298</sup> BGer 4C.358, E. 5.2.1; LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 326.

<sup>299</sup> Vgl. BGE 97 II 411, E. 5b („bei Feststellung von Irrtümern oder Unregelmässigkeiten einschreitet“); BGE 114 V 119, E. 4 („eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beobachtung gesetzlicher Vorschriften“); BGE 122 III 195, E. 3b; SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 15; so auch für das Bankenrecht KLEINER/SCHWOB (FN 17), Art. 3 N 51; FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken (FN 167), 15 f.; FINMA, FAQ Rechts- und Reputationsrisiken (FN 135), 5.

<sup>300</sup> So auch LG München I, WM 2014, 947, 951 f.

<sup>301</sup> So auch VOGT HANS-UELI/FREYMOND DIANE, Die Pflicht des Verwaltungsrates zur Verhinderung von Insiderdelikten, in: ACKERMANN (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 1999, 173, 207 m.w.N.

<sup>302</sup> Siehe IMBACH HAUMÜLLER (FN 86), 78.

nimmt.<sup>303</sup> Diese Pflicht gilt entsprechend kaskadenartig im ganzen Unternehmen, wobei als Daumenregel die Überwachungsdichte der oberen Führungsebenen mit zunehmender Delegation an tiefere Ebenen abnimmt. Der Verwaltungsrat hat zudem den an ihn gerichteten Reportings der Compliance-Funktion oder des Audit Committee Rechnung zu tragen, indem er deren Inhalt mindestens einer Plausibilitätsprüfung unterzieht.<sup>304</sup>

Klar zu weit ginge die Forderung nach einer durch den Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung zu erbringenden systematischen und vollständigen Legal Compliance-Kontrolle der Organisation auf *allen* Betriebsebenen.<sup>305</sup> Faktisch würde dies in einer Kausalhaftung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung enden. Unternehmerisches Handeln bringt naturgemäss Risiken mit sich. Die Delegation von Entscheidungen, die zentral für die Arbeitsteilung in einem Unternehmen ist, soll darum bei zweckmässiger Organisation und einem Mindestmass an Sorgfalt haftungsbefreiend wirken. Die Haftung muss sich auf Fälle *beschränken*, in denen die Führungsorgane Organisations- und Überwachungspflichten vernachlässigen oder in denen sie trotz Anzeichen von Non-Compliance untätig bleiben.

Gegen die Pflichtverletzung kann sich ein beklagter Verwaltungsrat schliesslich nicht mit dem Einwand zur Wehr setzen, er habe kein Weisungsrecht gegenüber der Compliance-Stelle gehabt,<sup>306</sup> da dies auf einem Mangel an Organisation beruht, für den er wiederum verantwortlich ist.

---

<sup>303</sup> LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 326.

<sup>304</sup> Siehe SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 198, bezüglich der Überwachung eines (externen) Experten.

<sup>305</sup> So aber BGE 110 II 456, E. 3a zu Art. 55 OR (Pflicht zur Endkontrolle der den Betrieb verlassenden Produkte oder – alternativ – zur Einrichtung einer möglichst fehlerfreien Produktionsweise); anders hingegen BGE 105 IV 172, E. 4a (*keine* „allgemeine Garantienpflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates hinsichtlich aller im Betrieb einer Aktiengesellschaft möglichen Straftaten“), 4d (*keine* „Pflicht zur totalen Überwachung“); ebenso BÖCKLI (FN 23), § 18 N 132a.

<sup>306</sup> Diesen Einwand hatte das beklagte Vorstandsmitglied erfolglos im Verfahren Siemens/Neubürger vorgebracht, vgl. LG München I, WM 2014, 947, 952.

e) *Nicht delegationsfähige Compliance-Aufgaben*

Neben diesen überwiegend organisatorischen Massnahmen, die bis zu einem gewissen Grad nicht delegierbar sind (vgl. Art. 716a OR), wird jedoch auch verlangt, dass die Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder ihrerseits die *Compliance-Kultur* persönlich vorleben („Walk the Talk“) und diese bei den Mitarbeitern verankern.<sup>307</sup> Inwiefern die Vernachlässigung einer solch schwer fassbaren Pflicht im Einzelfall justiziabel ist, muss hier offen bleiben. Auf jeden Fall wird sich die Unternehmensführung trotz formaler Erfüllung ihrer Organisationspflichten nicht entschuldigen können, wenn sie dem Fehlverhalten ihrer Mitarbeiter gleichgültig gegenübersteht oder dieses nicht nachdrücklich sanktioniert, weshalb eine Compliance-Kultur im Unternehmen gar nicht erst entstehen kann.<sup>308</sup>

Keine haftungsbefreiende Delegation ist zudem im Bereich der „Selbstüberwachung“ des Verwaltungsrates möglich: Mindestens einmal jährlich muss er die Compliance-Organisation überprüfen und diese ggf. an geänderte Verhältnisse anpassen und zwischenzeitlich bekannt gewordene Defizite berücksichtigen („Monitoring“).<sup>309</sup> Diese Aufgabe trifft den Gesamtverwaltungsrat. Wird ein Verwaltungsratsmitglied aus Verantwortlichkeit in Anspruch genommen, kann es sich nicht einfach darauf berufen, die anderen Mitglieder des Gremiums hätten sich gegenüber Verbesserungsvorschlägen gleichgültig gezeigt.<sup>310</sup> Er muss nachweisen, dass er angemessene Massnahmen ergriffen hat, um die übrigen Mitglieder zu überzeugen.<sup>311</sup>

f) *Business Judgment Rule*

Nicht jeder geschäftliche Misserfolg oder jede Fehleinschätzung stellt eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung dar. Aus

---

<sup>307</sup> Siehe oben, III.1.c).

<sup>308</sup> Siehe BACHMANN (FN 26), 95.

<sup>309</sup> Ziff. 21.3 SCBP; BÖCKLI (FN 23), § 13 N 336 f.; FINMA-RS 08/32, N 39; ebenso LG München I, WM 2014, 947, 953, im Verfahren Siemens/Neubürger.

<sup>310</sup> Auch diesen Einwand hatte der Beklagte erfolglos im Verfahren Siemens/Neubürger vorgebracht, vgl. LG München I, WM 2014, 947, 953.

<sup>311</sup> Siehe oben, Text zu FN 301.

diesem Grund haben Lehre und Rechtsprechung<sup>312</sup> das Konzept der Business Judgment Rule aus dem US-amerikanischen Recht übernommen, wonach der Richter bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung übt.<sup>313</sup>

Die Business Judgment Rule Schweizer Prägung hat vier Voraussetzungen: (1) Es muss sich um einen Geschäftsentscheid handeln. (2) Dieser muss in einem ordnungsgemässen Verfahren, d.h. auf Basis angemessener Informationen, nach Abwägung dieser Informationen und frei von Interessenkonflikten getroffen worden sein. (3) Das Ergebnis des Entscheids muss grundsätzlich nachvollziehbar und vertretbar sein und (4) der Entscheid muss ordnungsgemäss umgesetzt worden sein.<sup>314</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, werden Geschäftsentscheide (mit Ermessenscharakter) im Umfang ihrer Vertretbarkeit hinsichtlich der eingegangenen unternehmerischen Risiken geschützt. Sind sie nicht erfüllt, führt dies nicht etwa zu einer Haftung, sondern nur dazu, dass der Entscheid in vollem Umfang auf seine Vertretbarkeit zu überprüfen ist.<sup>315</sup> In Bezug auf die *Compliance* ist die Business Judgment Rule in mehrerer Hinsicht von Bedeutung:

*aa) Geschäftsentscheid*

Es stellt sich die Frage, ob der Entscheid des Verwaltungsrates über die Einrichtung einer Compliance-Organisation und der Etablierung einer solchen Kultur überhaupt einen Geschäftsentscheid darstellt. Um einen solchen handelt es sich, wenn dem Verwaltungsrat in Bezug auf eine wirtschaftliche Weichenstellung mehrere Handlungsalternativen offen stehen, der Entscheid (oder wesentliche seiner Teile) prognostischen Charakter aufweist und/oder er unter Zeitdruck gefällt werden muss.<sup>316</sup> Kein Geschäftsentscheid liegt

---

<sup>312</sup> Ausdrücklich BGE 139 III 24, E. 3.2; BGer 4A\_74/2012, E. 5.1; BGer 4A\_219/2015, E. 4.2.1; in der Sache ebenso BGer 4A\_15/2013, E. 6.1; BGer 4A\_97/2013, E. 5.2; zuvor auch schon BGer 4A\_341/2011, E. 5.1.2; BGer 4A\_306/2009, E. 7.2.4.

<sup>313</sup> BÖCKLI (FN 23), § 13 N 581 ff.; SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 165, 166.

<sup>314</sup> Ausführlich SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 173 ff.

<sup>315</sup> So nun ausdrücklich BGer 4A\_219/2015, E. 4.2.1.

<sup>316</sup> Hierzu SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 173 f.

folglich vor, wenn dem Verwaltungsrat gerade kein Auswahlermessen zu-  
steht, sondern das Gesetz oder die Statuten ihn zu einem *eindeutigen* und  
bestimmten Handeln oder Unterlassen verpflichten. Wenn der Verwaltungsrat  
gegen eine derartige zwingende Vorgabe verstösst, kann er sich nicht  
darauf berufen, er habe ein Ermessen ausgeübt.

Der Grundsatzentscheid über die Errichtung einer Compliance-Organisation  
ist bei grossen, konzernzugehörigen und börsenkotierten Gesellschaften  
nicht dem Ermessen des Verwaltungsrates überlassen.<sup>317</sup> Es handelt sich also  
um eine durch eine Rechtspflicht gebundene Entscheidung. Der Verwaltungsrat  
wird sich diesbezüglich *mangels* Vorliegens eines Geschäftsentscheids  
nicht auf die Business Judgment Rule berufen können. Anders sieht dies  
bei kleinen Unternehmen aus, bei denen keine derartige Rechtspflicht  
besteht. Bei mittleren Unternehmen ist es eine Frage des Einzelfalls.<sup>318</sup>

In der konkreten Ausgestaltung der Compliance-Organisation wird dem Ver-  
waltungsrat hingegen zu Recht ein breiter Gestaltungsspielraum einge-  
räumt,<sup>319</sup> so dass hier ein Geschäftsentscheid im Sinne der Business Judg-  
ment Rule vorliegt. Sicherzustellen ist, dass die Compliance-Organisation  
effektiv funktioniert und nicht bloss ein „Lippenbekenntnis“ darstellt. Vom  
Gestaltungsspielraum erfasst ist in der Regel auch der Entscheid, inwieweit  
einzelne Compliance-Aufgaben an andere Organe oder Mitarbeiter des Un-  
ternehmens delegiert werden. In grösseren Unternehmen wird man hingegen  
nicht umhin kommen, eine eigentliche Pflicht zur Delegation anzunehmen,  
da die Leitungsebene aus zeitlichen und praktischen Gründen kaum in der  
Lage sein wird, die Compliance-Funktion inhaltlich wahrzunehmen. Für den  
Bankenbereich ist die Delegation zudem gesetzlich zwingend vorgeschrie-

---

<sup>317</sup> Siehe oben, III.

<sup>318</sup> Unterlässt der Verwaltungsrat in diesen Fällen die Errichtung einer Compliance-  
Organisation durch bewussten Entscheid, liegt ein Geschäftsentscheid vor und die  
Business Judgment Rule findet Anwendung. Wird dagegen eine Entscheidung über  
die Frage der Errichtung einer Compliance-Organisation schlicht vergessen, ob-  
wohl sie geboten wäre, liegt ein *Unterlassen* vor, weshalb mangels Vorliegens eines  
Geschäftsentscheids die Business Judgment Rule von vornherein nicht anwendbar  
ist, vgl. SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 175, 183.

<sup>319</sup> Siehe oben, III.1.b)dd).

ben.<sup>320</sup> In diesen beiden Fällen handelt es sich folglich um einen gebundenen Entscheid.

*bb) Im ordnungsgemässen Verfahren*

Ein Geschäftsentscheid muss auf Basis angemessener Informationen, nach Abwägung von Chancen und Gefahren und frei von Interessenkonflikten getroffen werden. Wichtig ist, dass die relevanten Informationen rechtzeitig bei den Entscheidungsträgern zur Verfügung stehen, damit diese von ihnen Kenntnis nehmen und, falls notwendig, weitere Abklärungen in Auftrag geben können.<sup>321</sup> Vollständigkeit der Informationsgrundlage kann dabei nicht das Ziel sein. Bezüglich Mittel und Umfang der Informationsbeschaffung wird dem Verwaltungsrat darum ebenfalls ein Ermessensspielraum zugestanden.<sup>322</sup> Im Hinblick auf die Compliance-Organisation bedeuten die Anforderungen an das ordnungsgemässe Verfahren, dass (1) Geschäftsentscheide nicht auf Basis von Informationen, die aus erkennbar mangelhaften Compliance- und Risikomanagement-Funktionen stammen, getroffen werden,<sup>323</sup> dass (2) der ungehinderte Informationsfluss an die Compliance-Funktion und letztendlich an den Verwaltungsrat gewährleistet ist, beispielsweise mittels eines institutionell eingebundenen Reporting-Systems bei Verdachtsmomenten<sup>324</sup>, und dass (3) ein verlässliches Frühwarnsystem bezüglich der betrieblichen Risikoentwicklung implementiert worden ist.<sup>325</sup> Wenn diese Bedingungen gegeben sind, darf der Verwaltungsrat damit rechnen, die unternehmensintern bekannten wesentlichen Informationen bezüglich Rechts- und Reputationsrisiken erfasst zu haben, um sie anschliessend im Rahmen

---

<sup>320</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 BankV.

<sup>321</sup> SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 176.

<sup>322</sup> VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607, 617.

<sup>323</sup> Siehe LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 48), 322 f., 326, bezüglich Risikomanagement; SETHE (FN 32), 431.

<sup>324</sup> Ausführlich zu Reporting-Systemen SETHE (FN 32), 433 ff.; SETHE, in: FS Weber (FN 26), 198 ff.

<sup>325</sup> Siehe POPPE (FN 9), Kap. 1 N 22, 27, 34.



seiner Entscheidungsfindung gegeneinander abwägen zu können.<sup>326</sup> Vor Gericht führt diese Sachlage aufgrund der Business Judgment Rule wiederum zu einem eingeschränkten Prüfungsmaßstab zugunsten des Verwaltungsrates.<sup>327</sup> *Beispielhaft* kann dies bedeuten, dass der Verwaltungsrat vor einem Entscheid über den Kauf eines Unternehmens, das in einem politisch exponierten Markt aktiv ist, oder vor einem Entscheid über die künftige Auslandsstrategie die bereits unternehmensintern vorhandenen Informationen über die Rechts- und Reputationsrisiken in den jeweiligen Märkten zu berücksichtigen hat. Diesem Zweck dienen insbesondere die oben genannten wirksamen Kommunikationssysteme, soweit sie im konkreten Fall einschlägig sind. Falls die Informationslage weiterhin erkennbar ungenügend ist, muss sich der Verwaltungsrat zudem unternehmensexternen Quellen bedienen.

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass der Verwaltungsrat in seiner Beurteilung der Gefahren eines zu tätigenden Geschäfts auch dessen Chancen in die Entscheidungsfindung miteinbeziehen darf.<sup>328</sup> Dieser Grundsatz betraf aber eine rein wirtschaftliche Entscheidung und passt gerade nicht auf Sachverhalte, in denen die Pflicht, Rechtsverstöße zu vermeiden, im Zentrum steht.<sup>329</sup> Für die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule ist zudem wichtig, dass (4) kein potentieller oder tatsächlicher Interessenkonflikt vorliegt. Dies bedeutet in Bezug auf die Compliance-Organisation, dass, wo immer möglich, eine personelle und funktionelle Unabhängigkeit zwischen den mit der eigentlichen Compliance-Funktion unmittelbar beauftragten Personen und den im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung mit der (Ober-) Aufsicht sowie Überwachung befassten Personen herzustellen ist resp. die Auswirkungen allfälliger Interessenkonflikte zu minimieren sind.<sup>330</sup>

---

<sup>326</sup> POPPE (FN 9), Kap. 1 N 27 f.; SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 177.

<sup>327</sup> So auch WYSS (FN 30), 30, 32, hinsichtlich Legal Risk Management und IKS („informed business judgment“).

<sup>328</sup> BGer 4A\_626/2013, E. 7.3.

<sup>329</sup> Wie bereits ausgeführt: wenn eine Rechtspflicht zu einem Tun oder Unterlassen besteht, fehlt bereits der Geschäftsentscheid, so dass die Business Judgment Rule nicht anzuwenden ist. In Fällen von Korruption kommt es daher gar nicht zu einer Abwägung und der beklagte Verwaltungsrat kann daher nicht das durch die Bestechung erreichte Geschäft als Vorteil in die Waagschale werfen.

<sup>330</sup> Siehe oben, Text zu FN 106.

Die Errichtung einer Compliance-Organisation bedeutet u.a. auch die ausreichende Dokumentation über Verantwortlichkeiten, Kontrollmassnahmen und Prozesse.<sup>331</sup> Dies darf aber nicht dazu verleiten, dass der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung prozeduralen Aspekten ein übermässiges Gewicht beimessen, die eigentliche *effektive* Implementierung im Geschäftsalltag dagegen vernachlässigen.

*cc) Nachvollzieh- bzw. Vertretbarkeit des Entscheidungsinhalts*

Ob der Geschäftsentscheid gutgläubig im Interesse der Gesellschaft (Art. 717 Abs. 1 OR) getroffen wurde, ist Teil der Prüfung der Nachvollziehbarkeit resp. der *Vertretbarkeit* des Entscheidungsinhalts.<sup>332</sup> Das im Einzelfall zu beachtende Gesellschaftsinteresse ist jedoch schwer einzugrenzen.<sup>333</sup> Das Gesetz belässt darum dem Verwaltungsrat im Rahmen seiner Entscheide einen weiten Ermessensspielraum.<sup>334</sup> Auf jeden Fall hat der Verwaltungsrat dabei Rechts- und anderen operationellen Risiken sowie Reputationsrisiken Rechnung zu tragen, denn deren Realisierung ist regelmässig mit finanziellen Kosten für das Unternehmen verbunden.<sup>335</sup>

Von einigen Autoren wird die Meinung vertreten, dieser Ermessensspielraum sei durch klare und verbindliche rechtliche Vorgaben zur Sozial- und Umweltverantwortung des Unternehmens einzuschränken (Corporate Social Responsibility),<sup>336</sup> worauf hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann.

---

<sup>331</sup> Vgl. bezüglich Dokumentationen im IKS WEBER (FN 54), 476, 478 f.

<sup>332</sup> SETHE, in: SETHE/ISLER (FN 269), 176.

<sup>333</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 3 N 2, § 28 N 26 ff.

<sup>334</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 36), § 28 N 31; VON DER CRONE (FN 37), § 4 N 242 f.

<sup>335</sup> KAUFMANN CHRISTINE, Menschenrechte: Risiko oder Chance für Unternehmen?, ZSR 2013 I, 497, 498.

<sup>336</sup> So ROTH (FN 11), 34 f., 37, die sich für die ausdrückliche gesetzliche Verankerung der Pflicht zur internationalen Beachtung von Menschenrechten im Gesellschaftsrecht ausspricht; ferner BREINING-KAUFMANN CHRISTINE, Banken vor Gericht, Die Holocaust- und Apartheidklagen gegen Schweizer Banken – Gedanken zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen, in: VON DER CRONE et al. (Hrsg.),

### 3. Schaden

#### a) *Schadenspositionen*

Nicht jede Pflichtverletzung des Verwaltungsrats und/oder der Geschäftsleitung wegen des gänzlichen Fehlens einer an sich gebotenen Compliance-Organisation oder wegen unzureichender Einrichtung oder mangelnder Überwachung der Compliance-Stelle führt auch zu einem Schaden der Gesellschaft. Zum einen muss die unzureichende Compliance-Organisation nicht zwingend zu einer Vermögenseinbusse führen, wenn sich die Mitarbeiter – trotz unzureichender Compliance – rechtstreu verhalten. Zum anderen führt das Fehlen der Compliance-Organisation dazu, dass die Mehrkosten für ein solches System nicht anfallen, so dass trotz des dadurch bedingten Auftretens kleinerer Schäden per Saldo das Gesellschaftsvermögen nicht gemindert wird. Dieser Fall dürfte in der Praxis jedoch eher die Ausnahme darstellen. Wenn überhaupt im Verantwortlichkeitsrecht das Thema Compliance eine Rolle spielt, stehen eher die öffentlichkeitswirksamen und teuren Schäden im Fokus, wie die beiden eingangs geschilderten Beispiele, aber auch die Fehlinvestitionen in Subprimes sowie die Manipulationen von Unternehmensbilanzen und von Libor, Devisenkursen, Edelmetallkursen, Abgaswerten von Dieselmotoren etc. zeigen. Bei der Prüfung der Frage, worin genau der durch die unzureichende Compliance verursachte Schaden besteht, sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

- Unternehmensinterne Schäden: Entsteht wegen des gänzlichen Fehlens der Compliance-Stelle oder deren Ineffektivität ein Schaden, der durch die Meldung der Compliance-Stelle mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre (z.B. im Fall von Veruntreuungen durch Mitarbeiter oder durch Lieferungen, für die keine Rechnungen ausge-

---

Aktuelle Fragen des Bank- und Kapitalmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 51, 61 f.; bezüglich einer Pflicht der „sozialen Berichterstattung“ KAUFMANN (FN 12), 751. Diese Anliegen werden nun auch von einer Volksinitiative („Konzernverantwortungsinitiative“) auf politischer Ebene verfolgt. Im Initiativtext werden neben einer allgemeinen Pflicht zur Respektierung von anerkannten Menschenrechten und internationalen Umweltstandards durch schweizerische Unternehmen auch eine Sorgfaltsprüfungspflicht des Verwaltungsrates und eine zivilrechtliche Haftungsnorm gegenüber Opfern statuiert (Art. 101a E-BV).

stellt wurden), wirkt sich die fehlende Kontrolle negativ auf den Vermögensstand der Gesellschaft aus, so dass ein Schaden in Höhe der veruntreuten oder nicht in Rechnung gestellten Werte vorliegt.

- **Unternehmensexterne Schäden:** Führt der Compliance-Verstoss zu Mängeln bei der gegenüber Kunden erbrachten Leistung oder der Herstellung von Waren (wie z.B. im Fall des Abgasskandals bei VW), sind die Kosten zur Behebung der Mängel ebenfalls ein Schaden der Gesellschaft. Gleiches gilt, falls den Kunden Mangelfolgeschäden entstehen, die das Unternehmen ersetzen muss (z.B. Nachzahlungen von emissionsabhängigen Kfz-Steuern). Sofern durch die Mängel das Image des Unternehmens nachhaltig geschädigt wird, stellen auch die Werbekosten zur Wiederherstellung der Reputation einen Schaden dar.<sup>337</sup>
- **Gesetzesverstöße:** Kommt es durch ein Versagen der Compliance-Stelle zu Gesetzesverstößen, wie etwa Korruption oder Kartellverstöße, besteht der Schaden der Gesellschaft in den Anwalts- und Beraterkosten für die Sachverhaltsaufklärung<sup>338</sup> und für den Umgang mit Behörden und Gerichten. Weiterhin stellen die Kosten, die zur Behebung von Reputationsschäden aufgewendet werden (siehe oben), einen Schaden dar. Nicht als Schaden zu werten sind nach bisher gängiger Auffassung hingegen die Bussen, welche die Gesellschaft zahlen muss (etwa an die WEKO, die SEC oder an die Steuerbehörden).<sup>339</sup> Nicht ersatzfähig sind

---

<sup>337</sup> VOGT/FREYMOND (FN 301), 206 m.w.N.

<sup>338</sup> Vergleichbar ist der bei PEYER MARTIN, Das interne Kontrollsystem als Aufgabe des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle – Zuständigkeit, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Revisionsstelle, SSHW 283, Diss. St. Gallen 2009, 228, genannte Fall, dass die Gesellschaft durch ein unwirksames IKS erhöhte Prüfungskosten hat, die anfallen, weil sich die Revisionsstelle bei ihren Prüfungshandlungen nicht auf das IKS der Gesellschaft stützen kann und vermehrt aufwendige eigene Prüfungshandlungen vornehmen muss.

<sup>339</sup> Im Umfang *strafrechtlicher* Bussen natürlicher Personen handelt es sich nicht um einen zivilrechtlich ersatzfähigen Schaden, weil Bussen dem Täter höchstpersönlich auferlegt werden, vgl. BGE 115 II 72, E. 3b; BGE 134 III 59, E. 2.3.2. Dies gilt grundsätzlich auch für Steuerbussen, vgl. BGE 116 IV 262, E. 3b aa). Hieran ist für die vorliegenden Fälle Zweifel angebracht. Es handelt sich gerade um die umgekehrte Konstellation, in der die Busse eine juristische Person trifft, die ihrerseits Regress bei der natürlichen Person nehmen möchte, die als Organmitglied das

zudem reine Steuernachzahlungen, denn wenn man die Schmiergelder nicht als Betriebsausgaben angesetzt hätte, wären in diesem Umfang Steuern fällig geworden. Als Schaden geltend gemacht werden kann dagegen ein allfälliger von den Steuerbehörden verlangter Zins, da die Steuerschuld ja zu spät beglichen wird.

b) *Schadensreduktion?*

Ein Teil des Schrifttums will Einsparungen, die durch den Verzicht auf eine Compliance-Stelle und deren Kontrollmassnahmen entstanden sind, schadensmindernd berücksichtigen.<sup>340</sup> Hier ist jedoch zu differenzieren:

(1) Wenn die Compliance-Stelle pflichtwidrig nicht eingerichtet wurde, hat die Gesellschaft in der Tat die Personalkosten für die entsprechenden Mitarbeiter eingespart. Diese können jedoch nicht in vollem Umfang schadensmindernd angesetzt werden, denn die Compliance-Stelle wäre ja nicht nur für die Verhinderung dieses einen Schadensfalls zuständig gewesen, sondern sie hätte eine Vielzahl von Aufgaben gehabt, so dass das beklagte Organmitglied aufschlüsseln müsste, zu wie viel Prozent ein Stelleninhaber mit der Verhinderung des vorgeworfenen Fehlverhaltens beschäftigt gewesen wäre (was schwer möglich sein dürfte). Nur in dieser Höhe könnten theoretisch also die ersparten Personalkosten schadensmindernd berücksichtigt werden.

(2) Wurde dagegen eine Compliance-Stelle eingerichtet, ist dies noch keine Garantie dafür, dass alle schädigenden Ereignisse verhindert bzw. rechtzeitig entdeckt werden.<sup>341</sup> Das Bundesgericht geht dennoch im Rahmen der Kausalitätsprüfung davon aus, dass der Schaden durch das Eingreifen der Compliance-Stelle wirksam verhindert worden wäre.<sup>342</sup>

---

busswürdige Verhalten ausgelöst hat; vgl. hierzu SUTER CLAUDIA, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SSHW 295, Diss. St. Gallen 2010, 34 ff.; zur umstrittenen Frage der Überwälzung von Bussen gemäss Art. 102 StGB auf den Verwaltungsrat GIRSBERGER/DROESE, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 127), 16 ff.

<sup>340</sup> PEYER (FN 338), 228; BERTSCHINGER URS, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle – Aktuelle Fragen und Perspektiven, ZSR 2005, 569, 580 FN 52.

<sup>341</sup> PEYER (FN 338), 228.

<sup>342</sup> Siehe unten, Text zu FN 347.

Egal, welcher dieser beiden Positionen man hier folgt, fallen die Personal- und Betriebskosten der Compliance-Stelle in jedem Fall an und können daher *nicht* (vollumfänglich) schadensmindernd berücksichtigt werden. Ebenso wenig schadensmindernde Berücksichtigung finden grundsätzlich wirtschaftliche Vorteile, welche beispielsweise durch Bestechungshandlungen erzielt worden sind.<sup>343</sup>

#### 4. Kausalität

Besteht die Pflichtverletzung in Gesetzesverstössen des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung durch aktives *Tun* (z.B. Einrichten schwarzer Kassen), sind die natürliche und die adäquate Kausalität zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem der Gesellschaft entstandenen Schaden zu prüfen. Es ergeben sich keine Besonderheiten.<sup>344</sup>

Besteht die Pflichtverletzung dagegen in einem *Unterlassen*, liegt Kausalität nur vor, wenn der Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung bei pflichtgemäßem Verhalten des Organs mit Gewissheit oder überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre (hypothetischer Kausalzusammenhang).<sup>345</sup> Zwar unterscheidet das Bundesgericht auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanzen zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen jedoch schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Daher hält es das Bundesgericht zu Recht nicht für sinnvoll, bei Unterlassungen den festgestellten

---

<sup>343</sup> Diese Vorteile unterliegen der strafrechtlichen Einziehung von Vermögenswerten gemäss Art. 70 StGB, vgl. BERNI/LIVSCHITZ, in: BERNI/KELLERHALS (FN 125), 144, 148.

<sup>344</sup> Zur Frage des rechtmässigen Alternativverhaltens vgl. den Beitrag von CHRISTOPH B. BÜHLER in diesem Buch. Sie wird hier deshalb nicht vertieft.

<sup>345</sup> Grundlegend BGE 115 II 447, E. 6.

oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen.<sup>346</sup>

Es ist im Rahmen der Kausalität zu prüfen, ob der Schaden auch mit der unterlassenen Errichtung der Compliance-Organisation eingetreten wäre. Wird dies bejaht, entfällt die Kausalität. Das Bundesgericht stellt an diesen Test strenge Anforderungen.<sup>347</sup> Ist der Verwaltungsrat aufgrund der Umstände des Einzelfalls zum Eingreifen verpflichtet und kann der Schaden bzw. eine Vergrößerung des Schadens noch verhindert werden, geht das Bundesgericht regelmässig davon aus, dass aufgrund des Eingreifens der rechtmässige Zustand wiederhergestellt worden wäre<sup>348</sup> und bejaht dann die Kausalität zwischen dem Unterlassen und dem Schaden bzw. dessen Vergrößerung.

Wurde dagegen eine Compliance-Organisation eingerichtet, ist zu fragen, ob der Schaden auch bei Funktionstauglichkeit bzw. ordnungsgemässer Überwachung der Compliance-Stelle eingetreten wäre. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch eine funktionstüchtige Compliance-Stelle nie alle Gesetzesverstösse im Unternehmen (rechtzeitig) aufdecken kann. Eine Kausalität wird man daher nur bejahen können, wenn es gerade die Aufgabe der Compliance-Stelle war, eine *bestimmte* Vorkehrung zu treffen, um *einen bestimmten* Gesetzesverstoss zu verhindern.<sup>349</sup> Anhaltspunkt hierfür kann beispielsweise der Umstand sein, dass es in der Vergangenheit bereits mehrfach zu Verstössen dieser Art gekommen war und es daher Aufgabe des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung gewesen wäre, die Compliance-Stelle anzuweisen, hiergegen Massnahmen zu ergreifen.<sup>350</sup>

---

<sup>346</sup> Statt vieler BGer 4C.358/2005, E. 5.4.1; BÖCKLI (FN 23), § 18 N 425; VOGT/FREYMOND (FN 301), 208.

<sup>347</sup> BGE 122 III 195, E. 4; BGer 4C.156/2005, E. 3.5.6; BGer 4C.358/2005, E. 5.4.1.

<sup>348</sup> Vgl. FN 347 sowie BÖCKLI (FN 23), § 18 N 427c – jeweils zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats.

<sup>349</sup> VOGT/FREYMOND (FN 301), 208 f.; BERNI/LIVSCHITZ, in: BERNI/KELLERHALS (FN 125), 144, die den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Organisationsmangel und Schaden bei „statistischen Ausreissern“ verneinen.

<sup>350</sup> So ausdrücklich LG München I, WM 2014, 947, 951, im Fall Siemens/Neubürger.

Erfährt der Verwaltungsrat aufgrund mangelnder Überwachung der Compliance-Stelle zu spät von einem schadensstiftenden Ereignis, wäre dieses aber auch bei perfekter Überwachung der Compliance-Stelle eingetreten, mangelt es an der Kausalität.<sup>351</sup>

Bemerkenswert sind allerdings zwei jüngere Entscheide, in denen das Bundesgericht die Kausalität zwischen einer unterlassenen Warnung durch die Revisionsstelle und dem Schaden der Gesellschaft verneinte, weil der Verwaltungsrat auf diese Warnung ohnehin nicht reagiert bzw. die Warnung in der Generalversammlung unter Hinweis auf einen positiveren „Inspektoratsbericht“ heruntergespielt hätte.<sup>352</sup> Diese Rechtsprechung lässt sich jedoch nicht auf die vorliegend untersuchte Konstellation übertragen, denn der Verwaltungsrat kann die ihm nachgeordnete Compliance-Stelle notfalls abberufen („Eingriffspflicht“), wenn er feststellt, dass diese die Warnungen aus dem Unternehmen ignoriert. Demgegenüber kann die Revisionsstelle einen uneinsichtigen Verwaltungsrat gerade nicht aus dem Amt entfernen.

Die beiden Entscheide lassen sich jedoch auf eine andere Konstellation übertragen. Wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats erkennt, dass andere Mitglieder dieses Organs in Rechtsverstöße (z.B. in die Errichtung schwarzer Kassen) verwickelt sind, fehlt die Kausalität zwischen seinem Untätigbleiben und dem Schaden, wenn nachzuweisen ist, dass die anderen Mitglieder des Verwaltungsrats aufgrund mangelnder Rechtstreue ohnehin wild entschlossen waren, die Rechtsverstöße fortzusetzen.<sup>353</sup>

## 5. Verschulden

Grundsätzlich genügt Fahrlässigkeit, um die Verantwortlichkeitshaftung auszulösen.<sup>354</sup> Eine Meinung in der Literatur setzt aber in Angleichung der zivilrechtlichen Haftung an den haftungsauslösenden Unrechtsgehalt der zugrun-

---

<sup>351</sup> BGE 129 III 129, E. 8 = Pra 92 (2003) Nr. 105; BÖCKLI (FN 23), § 18 N 427a.

<sup>352</sup> BGE 119 II 255, E. 4b; BGer 4C.53/2003, E. 6 und 6.2.

<sup>353</sup> Daran ändert grundsätzlich auch die Ansicht des Bundesgerichts nichts, dass jedes Mitglied eines für die hinreichende Organisation verantwortlichen Gremiums kausal für den Taterfolg verantwortlich ist, vgl. BGE 122 IV 103, E. VI.2d bb).

<sup>354</sup> BÖCKLI (FN 23), § 18 N 112.



de liegenden strafrechtlichen Handlung oder Unterlassung (z.B. bei Vermögensdelikten nach Art. 137 ff. StGB oder bei Privatbestechung nach Art. 4a UWG resp. künftig Art. 322<sup>octies</sup> und 322<sup>novies</sup> E-StGB) zumindest eine eventualvorsätzliche Schädigung voraus.<sup>355</sup> Dies führt dazu, dass *ausschliesslich* strafrechtlich relevante Verhaltensweisen haftungsrechtlich wesentlich sind, d.h., nur wo eine Person durch ihre pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung den objektiven *und* subjektiven Tatbestand eines Strafdelikts erfüllt hat, kommt eine deliktische Haftung in Frage. Fraglich ist, ob diese vom Bundesgericht zu Art. 41 OR vertretene Position sich auch uneingeschränkt auf das Verantwortlichkeitsrecht übertragen lässt,<sup>356</sup> weil bei der Verantwortlichkeit in der Regel auch aktienrechtliche Bestimmungen verletzt werden, bei denen Fahrlässigkeit ausreicht. Dies kann vorliegend nicht weiter vertieft werden. Davon zu trennen ist zudem die Frage, ob eine pflichtwidrige Unterlassung von Compliance-Massnahmen vorliegt.<sup>357</sup> Hier muss *Fahrlässigkeit* ausreichen,<sup>358</sup> wie nicht zuletzt auch Art. 102 StGB zeigt, der einen Organisationsmangel voraussetzt. Ein solcher wird aber typischerweise nicht vor-

---

<sup>355</sup> So BERNI/LIVSCHITZ, in: BERNI/KELLERHALS (FN 125), 145, die sich dabei auf die Ansicht des Bundesgerichts stützen, dass sowohl die objektiven als auch die subjektiven Tatbestandselemente (d.h. mindestens Eventualvorsatz) einer strafrechtlichen Schutznorm erfüllt sein müssen, damit bei reinen Vermögensschäden eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR vorliegt, vgl. hierzu BGE 133 III 323, E. 5.2-5.2.3 m.w.N. = Pra 97 (2008) Nr. 7.

<sup>356</sup> Befürwortend BERNI/LIVSCHITZ, in: BERNI/KELLERHALS (FN 125), 145.

<sup>357</sup> Ebenso das Bundesgericht in BGE 133 III 323, E. 5.2.4 = Pra 97 (2008) Nr. 7, das zwischen der Straftat als solcher und einer Sicherungspflicht zu deren Verhinderung unterscheidet.

<sup>358</sup> Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 und 3 VStR, der eine *fahrlässige* Verletzung einer Rechtspflicht zur Deliktsverhinderung (echtes Unterlassungsdelikt) zum Gegenstand haben kann, wie etwa die fahrlässige Unterlassung der Pflicht durch den Arbeitgeber, dafür zu sorgen, dass die Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG von seinen Mitarbeitern eingehalten wird (vgl. Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 37 GwG i.V.m. Art. 9 GwG). Auch im Rahmen der Strafbarkeit der Privatbestechung gemäss Art. 4a UWG kommt das Verwaltungsstrafrecht kumulativ zum Kernstrafrecht zur Anwendung (vgl. Art. 26 UWG).

sätzlich, sondern durch pflichtwidrige Unvorsichtigkeit bei der Unternehmensorganisation, also fahrlässig verursacht.<sup>359</sup>

## 6. Prozessuale und taktische Überlegungen

Die vorangegangenen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass eine sorgfältige Dokumentation der Entscheide der Unternehmensleitung notwendig ist, um sich gegen den Vorwurf einer mangelhaften Errichtung der Compliance-Stelle oder mangelnder Überwachung derselben wehren zu können.

Das Bestreiten mit Nichtwissen ist unzulässig, denn es ist gerade die Aufgabe des Verwaltungsrats, sich zu informieren.<sup>360</sup>

In der Praxis werden häufig Wertungswidersprüche auftauchen, wenn gegen ein Verwaltungsratsmitglied sowohl straf- als auch zivilrechtlich vorgegangen wird. Gegen den Vorwurf einer vorsätzlichen Straftat kann das Mitglied sich damit verteidigen, dass es ein Informationsdefizit hatte, also nur fahrlässig gehandelt hat. Dieses Zugeständnis schadet ihm hingegen bei der Frage der Verantwortlichkeit.<sup>361</sup>

## V. Fazit

- In Bezug auf die Frage, ob eine Rechtspflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation besteht, muss zwischen der gesellschafts- und revisionsrechtlichen Ebene einerseits und der für bestimmte Unternehmenstypen geltenden speziellen Vorgaben andererseits unterschieden werden. Aus dem Gesellschaftsrecht folgt eine Pflicht des Verwaltungsrats zur Oberleitung, Organisation und Überwachung, die sich bei grossen, bei konzernierten und bei börsenkotierten Gesellschaften zu einer Rechtspflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation verdichtet. Das Rechnungslegungsrecht stützt diese Erkenntnis insoweit, als es bei

---

<sup>359</sup> Ebenso BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 102 N 53 f., 246 ff.

<sup>360</sup> Ebenso LG München I, WM 2014, 947, 951, im Fall Siemens/Neubürger.

<sup>361</sup> Beispiel nach GIRSBERGER/DROESE, in: NIGGLI/AMSTUTZ (FN 127), 24.

diesen Unternehmen eine ordentliche Revision verlangt, zu der die Kontrolle der Existenz eines IKS gehört, zu dem auch die Legal Compliance gehören kann (nach derzeit h.M. aber nicht muss<sup>362</sup>). Bei kleinen Gesellschaften besteht keine Pflicht zur Errichtung einer eigenständigen Compliance-Organisation. Bei Gesellschaften mittlerer Grösse kann eine solche Pflicht anlassbezogen bestehen.

In Bezug auf börsenkotierte Unternehmen folgt die Pflicht zudem aus den Vorgaben der Selbstregulierung. Bei Banken, Effektenhändlern und Versicherungen enthält das Aufsichtsrecht entsprechende Vorgaben zur Errichtung einer Compliance-Organisation. Schliesslich besteht für alle Gesellschaften, bei denen die konkrete Gefahr besteht, dass aus dem Unternehmen heraus eine der in Art. 102 Abs. 2 StGB genannten Taten begangen wird, eine Pflicht zur Compliance-Organisation gemäss dieser Bestimmung.<sup>363</sup>

- Auch in Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung der Compliance-Organisation lässt sich diese Zweiteilung feststellen. Im Gesellschaftsrecht bleibt sie der Organisationsverwaltung des Verwaltungsrats überlassen („gelenkt“ durch Best Practice-Anforderungen), während im Aufsichtsrecht eine starke Organisationsverrechtlichung zu beobachten ist. Zudem lässt sich im Finanzmarktrecht eine verstärkte Verlagerung von Kompetenzen und Verantwortung vom Verwaltungsrat zur Geschäftsleitung erkennen, ohne dass indes die Verantwortung des Verwaltungsrates vollständig aufgehoben würde.
- Schliesslich ist eine ausreichende Compliance-Kultur im Unternehmen nötig, damit die Mitarbeiter die Compliance-Stelle ernst nehmen.
- Eine Haftung des Verwaltungsrats – und sofern vorhanden der Geschäftsleitung – aus Art. 754 Abs. 1 OR kommt dann in Betracht, wenn die beiden Organe trotz entsprechender Pflicht oder erkennbarer Anlässe keine Compliance-Organisation einrichten. Haben sie eine Compli-

---

<sup>362</sup> Siehe oben, Text bei FN 75.

<sup>363</sup> Dies führt jedoch nicht zum Gleichlauf von strafrechtlicher Haftung des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB und zivilrechtlicher Organhaftung nach Art. 754 OR.

ance-Organisation errichtet, müssen sie sie – um sich auf die Haftungsbefreiung des Art. 754 Abs. 2 OR berufen zu können – ausreichend personell und sachlich ausstatten, instruieren und überwachen. Wenn in der Praxis Verantwortlichkeitsklagen geltend gemacht werden, dürfte vor allem der Vorwurf unzureichender Überwachung anzutreffen sein.

- Schaden und Kausalität werfen vor allem tatsächliche und weniger rechtliche Probleme auf. Schäden werden zudem in der Regel fahrlässig durch mangelhafte Organisation bzw. Überwachung verursacht.
- Compliance kann in der heutigen hochgradig arbeitsteiligen, auf gegenseitigem Vertrauen aufbauenden Welt<sup>364</sup> und angesichts der zunehmenden Regulierungsflut nicht bedeuten, dass jeder Regelverstoss verhindert werden kann. Entsprechend ist vielmehr ein *Gleichgewicht* zwischen der Herstellung der Regelkonformität auf der einen Seite und der Minimierung der Regelmisachtung auf der anderen Seite anzustreben.<sup>365</sup> Compliance-Gesetzgebung, wie beispielweise zivil- und aufsichtsrechtliche Organisationspflichten für Unternehmen, aber auch Rechtsprechung haben diesem Gleichgewichtsgedanken Rechnung zu tragen, indem keine in der Praxis unerreichbaren Anforderungen an die Unternehmen und die Unternehmensleitung gestellt werden. Die unterschiedlich hohen Anforderungen, die der Gesetzgeber beispielsweise an Banken im Vergleich zu gewöhnlichen Unternehmen stellt, gilt es dabei zu beachten.<sup>366</sup>

---

<sup>364</sup> Siehe BGE 120 IV 300, E. 3d („Weil arbeitsteilige Produktionsbetriebe das Zusammenwirken vieler Personen koordinieren müssen, kann dort auch der Vertrauensgrundsatz [...] Bedeutung erlangen.“).

<sup>365</sup> Ähnlich SwissHoldings/economiesuisse (FN 14), 14; dies ergibt sich aus der Definition von Corporate Governance, wonach ein „ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle“ angestrebt wird, siehe die Vorbemerkung „Corporate Governance als Leitidee“ zum SCBP.

<sup>366</sup> Ähnlich WEBER (FN 54), 473.