

Handbuch Corporate Compliance

Rita Pikó
Laurenz Uhl
Sara Licci
(Hrsg.)



Mit elektronischen Musterdokumenten
als Download

Helbing Lichtenhahn

Vorwort

Corporate Compliance hat sich in den vergangenen 20 Jahren stark entwickelt. Als «Compliance» im Zusammenhang mit den New York Stock Exchange Rules und dem Sarbanes-Oxley Act auch den Weg nach Europa fand, lag der Fokus lange ausschliesslich auf Regelkonformität. Heute setzt sich Corporate Compliance mit einer bedeutend breiteren Palette von Themen der Unternehmensverantwortung auseinander – insbesondere wenn die Unternehmensleitung sich für den Weg einer verantwortungsvollen Unternehmensführung entschieden hat. Zu diesen Themen gehören Ethik, Unternehmenswerte, Nachhaltigkeit und Menschenrechte. Das Handbuch Corporate Compliance orientiert sich an diesem modernen und umfassenden Verständnis von Corporate Compliance.

Der Fokus des Handbuchs liegt auf *Corporate Compliance*. Dies ist der Ausgangspunkt für alle Arten von Organisationen, seien diese börsenkotiert oder Familienunternehmen, Weltkonzerne mit Sitz in der Schweiz oder international wie auch national operierende KMUs, Organisationen der öffentlichen Hand, profitorientierte oder Non Profit Organisationen. Im Fokus stehen dabei sowohl Unternehmen, die ihre bestehenden Compliance Management Systeme (CMS) ausbauen und optimieren wollen, als auch Organisationen, die sich erstmals mit Corporate Compliance befassen. Nicht systematisch behandelt werden aufsichtsrechtliche Compliance Themen der Finanzintermediäre (*Financial Compliance*) wie beispielsweise Banken- oder Versicherungsaufsichtsrecht.

Das vorliegende Handbuch verfolgt eine praxisorientierte Herangehensweise an Corporate Compliance. Es spannt den Bogen von den rechtlichen Rahmenbedingungen bis hin zur praktischen Umsetzung eines CMS und bietet konkrete Hilfestellungen für den Compliance Alltag anhand von Beispielen, Mustern und Checklisten. Das Werk und die darin zu findenden einzelnen Themenbeiträge entwickeln bestehende Prozesse weiter und wollen zu neuen Denkansätzen motivieren, um die passende Herangehensweise für die eigene Organisation, ihre Organisationswerte und die Compliance Strategie zu finden.

Das Handbuch ist *von Praktizierenden für Praktizierende* geschrieben und richtet sich insbesondere an Compliance Verantwortliche, die in ihrer täglichen Arbeit mit Fragen rund um Corporate Compliance und CMS konfrontiert sind. Es bildet wesentliche Aspekte der gelebten Praxis aus dem Corporate Compliance Alltag ab und beschreibt wirksame *best practice*-Massnahmen (*what works*). Das Werk nimmt auch Erkenntnisse aus anderen Wissenschaftsbereichen auf, die für die Umsetzung einer wirkungsvollen Corporate Compliance getestet oder bereits erfolgreich eingesetzt werden. Dazu zählt z.B. das Berücksichtigen von Erkenntnissen der Verhaltenswissenschaft bei der Ausgestaltung von Massnahmen.

65 Autorinnen und Autoren mit fundierter Praxiserfahrung auf dem Gebiet Compliance geben in diesem Buch ihr Wissen weiter. Dabei spiegelt sich ihr diverser beruflicher Hintergrund wider: Sie kommen aus unterschiedlich strukturierten Unternehmen und Branchen, der Anwaltschaft, Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Revisionswirtschaft sowie von Ermittlungsbehörden und Gerichten. Sie alle standen vor der Herausforderung, fortlaufende Gesetzesrevisionen oder Gesetzesentwürfe und aktuelle Ereignisse in der Wirtschaft und Weltpolitik in ihren Beiträgen zu berücksichtigen.

Wir danken allen Autorinnen und Autoren für ihren unermüdlichen Einsatz, den sie zusätzlich zu ihrer Haupttätigkeit und während der Covid-19-Pandemie diesem Handbuch gewidmet haben. Unser besonderer Dank gilt dem Helbing Lichtenhahn Verlag, ohne den dieses Handbuch nicht möglich gewesen wäre. Herrn Dr. Patrick Simon danken wir für seine bewanderte verlagsseitige Betreuung des Handbuches.

Zürich, im August 2022

Rita Pikó, Laurenz Uhl, Sara Licci

Autorinnen und Autoren

Gemma Aiolfi

LL.M., Barrister-at-law, Head of Compliance,
Governance & Collective Action bei
Basel Institute on Governance
§§ 5, 18

Elke Baumann

Dipl. Ing. Chemie (FH), MBA,
Global Head Training & Development,
Ethics, Risk & Compliance (ERC)
bei Novartis in Basel
§ 19

Simone Beckers

Rechtsanwältin, Staatsanwältin des Bundes
in Bern, Abteilung Wirtschaftskriminalität
§ 50

Corinne E. Berger

lic. iur., Head Business Risk Management bei
LGT Bank (Schweiz) AG, vormalig Compliance
Beauftragte am Universitätsspital Basel
§ 58

Cornel Borbély

Dr. iur., Master Economic Crime Investigation,
CAS Forensics, Rechtsanwalt in Zürich
§§ 35, 59

Daniel Lucien Bühler

Dr. iur., MBA, Rechtsanwalt bei LALIVE
in Zürich
§ 63

Christina Burri

Head of Tax Legal & Compliance bei
SFS Group Schweiz AG in Heerbrugg
§ 16

Panagiotis Chalioulias

Dr. iur., Syndikus/Senior Legal Counsel
bei Siemens Energy in Erlangen
§ 12

Andrea Martina Florin

MLaw, Rechtsanwältin bei LALIVE in Zürich
§ 63

Friedrich Frank

Fachanwalt SAV Strafrecht, Rechtsanwalt
bei JETZER FRANK in Zürich
§ 66

Viviane Gehri-Burkhardt

Rechtsanwältin, Ethics, Risk & Compliance
Head Cluster I Europe & Switzerland bei
Sandoz Pharmaceuticals in Rotkreuz
§§ 14, 22

Alexander Ghazvinian

Chief Compliance Officer bei SICPA SA
in Prilly
§§ 13, 17

Thomas Gromann

Kommunikations- und Managementberater
in Zürich
§ 54

Daniel Gysel

Chief Compliance Officer bei
Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG
in Zürich
§§ 13, 29

Nicolas Hamdi

MSc, Head of Internal Audit bei
Ammega Group AG in Steinhausen,
Mitglied des Vorstands der
IIA Switzerland
§ 43

Peter Henschel

EMBL-HSG, MAS ETH MTEC,
Dipl.-Wirtsch.-Ing. (FH)
§ 39

Roman Huber

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt bei
Kellerhals Carrard Zürich KIG in Zürich
§ 51

Doris Hutzler

Dr. iur., LL.M., Partnerin bei LCR Services AG
in Zürich
§ 67

Joachim Jahn

Prof. Dr. jur., Mitglied der Schriftleitung
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) beim
Verlag C. H. Beck in Frankfurt am Main
§ 55

Eric-Serge Jeannot

Master of Public Administration, Leiter der
Fachbereiche bei der Eidgenössischen Finanz-
kontrolle in Bern, Mitglied des Vorstands
der IIA Switzerland
§ 43

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Prof. Dr. iur., LL.M., Abteilungsleiter
und Staatsanwalt für qualifizierte
Wirtschaftskriminalität in Zürich,
Titularprofessor an der Universität Zürich
§ 41

Andrea Jug-Höhener

Dr. iur., LL.M., Chefin Kriminalpolizei der
Stadtpolizei Zürich
§ 41

Christoph Klahold

Dr. iur., Rechtsanwalt, Chief Compliance Officer
bei BMW in München
§§ 2, 11,

Katharina Kneisel

MBA, Head of Compliance bei
Helios Helath GmbH in Bad Homburg
§ 46

Thomas Kremer

Dr. iur., Rechtsanwalt, Mitglied des Aufsichtsrats
Solutions 30 SE in Luxemburg, vormaliger
Vorstand Datenschutz, Recht und Compliance
bei Deutsche Telekom AG in Bonn, vormalig
Mitglied der Regierungskommission
Deutscher Corporate Governance Kodex
§§ 2, 11, 55

Nicolas Leu

Dr. iur., Untersuchungsleiter beim Strafrechts-
dienst des Eidgenössischen Finanzdepartements
EFD in Bern
§ 66

Sara Licci

Dr. iur., Rechtsanwältin in Zürich
§§ 15, 23, 26–28, 34, 47, 64

Mark Livschitz

Dr. iur., Fachanwalt SAV Strafrecht,
Rechtsanwalt in Zürich
§§ 52, 68

Mirjam Loewe-Baur

Dr. phil., Kriminologin in Zürich
§§ 10, 54

Roland J. Luchsinger

lic. iur., Rechtsanwalt, General Counsel/Leiter
Legal & Compliance bei Raiffeisen Schweiz
in St. Gallen
§ 61

Philipp Lüttmann

Leiter Bereich Forensic bei Deloitte in Zürich
§ 44

Richard Magnan

Dr. iur., LL.M., Master of Science in Computer
Systems, Bachelor of Science in Mathematics
and Computer Science, General Counsel,
Chief Information Officer und Chief of
Cybersecurity bei Rising Tide in Schaffhausen
§§ 26, 33

Niamh McDonald

Bachelor of Civil Law (BCL), MSc, MBA,
Global Director Capability Development,
Ethics, Risk & Compliance (ERC) bei
Novartis in Dublin
§ 19

Cordula Meckenstock

Prof. Dr. iur., LL.M., Chief Responsibility Officer
bei Grünenthal Pharma in Aachen
§§ 4, 30

Sofie Melis

Director HR and Ethics & Compliance
bei International Federation of Pharmaceutical
Manufacturers and Associations (IFPMA)
in Genf
§ 60

Akif Mert

LL.M., Chief Compliance Officer, Leiter
Compliance & Datenschutz bei Allianz Suisse
Versicherungs-Gesellschaft AG in Zürich
§§ 42, 53

Sandra Middel-Tissot

MLaw, Head of Group Compliance bei
Clariant International in Pratteln
§§ 9, 22

Volker Niederländer

Head Risk, Tax & Contract Management,
Group Sustainability and Impact bei UBS
in Zürich
§ 62

Daniel Nussbaumer

Dr. iur., Rechtsanwalt, Head Cyber Security bei
Deutsche Telekom Global Business & Security
Schweiz AG in Zürich
§ 32

Hannes Oswald-Brügel

Dr. iur., LL.M. (Bond University), Global
Head Pharma Compliance Office bei
F. Hoffmann-La Roche AG in Basel
§ 60

Guido Palazzo

Prof. Dr. phil., Professor für Business Ethics
an der Universität Lausanne
§ 3

Charles Paré

LL.M. (Freiburg), Master Finance and Manage-
ment (CNAM), Chief Integrity & Compliance
Officer in Genf
§§ 8, 10

Marion Pester

Prof. Dr. rer. pol., Mitglied der Hochschul-
leitung, Leiterin Departement Wirtschaft und
Standortleitung St. Gallen an der OST –
Ostschweizer Fachhochschule
§ 57

Rita Pikó

Dr. iur., LL.M. (Exeter), Rechtsanwältin (D),
Partnerin bei Pikó Uhl Rechtsanwälte AG in
Zürich, Mitglied des Compliance Ausschusses
des Schweizer Nationalfonds
§§ 1, 4, 5, 25, 34, 37, 45, 48, 49, 57, 62

Matthias Portmann

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Staatsanwalt des
Bundes in Bern, Verantwortlicher Standort Bern,
Abteilung Wirtschaftskriminalität
§ 50

Dominik Reichle

MLaw, eh. Praktikant bei der Bundesanwalt-
schaft Bern, Abteilung Wirtschaftskriminalität
§ 50

Cédric Remund

Dr. iur., Rechtsanwalt, Staatsanwalt des Bundes
in Lausanne
§ 65

Sandrine Rudolf von Rohr

LL.M., Rechtsanwältin, Stellvertretende
Leiterin Wettbewerb & Regulatorisches
bei economiesuisse in Zürich
§ 7

Rolf Schilling

dipl. Steuerexperte, LL.M., Rechtsanwalt
bei Blum & Grob Rechtsanwälte in Zürich
§ 40

Sandro Schönenberger

Stellvertretender Leiter des Bereichs Bank
Audit & Assurance bei Deloitte in Zürich
§ 44

Sascha Nadja Schönenberger

Head Information and Data Protection/
Governance bei Zürich Versicherungs-
Gesellschaft AG in Zürich
§ 29

Marc Schröder

LL.M., Deputy Chief Compliance Officer und
Datenschutzbeauftragter bei Generali Schweiz
in Adliswil, Lehrbeauftragter für Europäisches
Wirtschaftsrecht an der OST – Ostschweizer
Fachhochschule
§ 31

Annette Schüller

Dr. iur., LL.M., Head of Group
Ethics & Compliance and Enterprise Risk
Management, Verwaltungsratssekretärin
bei Givaudan International in Genf
§ 8

Markus Schumacher

mag. rer. pol., Executive MBA (Bern-Rochester),
Executive Master WRM-HSG (Wirtschaftsrecht
für Manager), Leiter Governance, Risiko-
management, Compliance, Sicherheit (GRCS)
der Schweizerischen Post AG in Bern
§ 56

Leonardo Silva

Global Chief Compliance & Privacy Officer
bei FERRING Pharmaceuticals in Saint-Prex
§ 21

Dominique A. C. Speekenbrink

LL.M., Chief Counsel Litigation & Non-Core
bei ABB in Zürich
§ 36

Jean-Marc Stucki

EMBA BFH in Controlling und Consulting,
Prüfungsexperte bei der Eidgenössischen
Finanzkontrolle in Bern
§ 43

Jerry Temko

Head of European Legal Affairs/Global
Compliance Director bei FERRING
Pharmaceuticals in Saint-Prex
§ 21

Daniel Thelesklaf-Funke

lic. iur., Project Director bei Finance against
Slavery and Trafficking (FAST), United Nations
University – Centre for Policy Research
§ 38

Olivier Thormann

Dr. iur., Präsident der Berufungskammer am
Bundesstrafgericht in Bellinzona
§ 65

Laurenz Uhl

Dr. iur., LL.M. (Exeter), Rechtsanwalt,
Partner bei Pikó Uhl Rechtsanwälte AG
in Zürich
§§ 1, 6, 25, 34, 37, 45, 48, 49

Katharina Wegmann

Global ESG Forensics Leader
bei Forensic & Integrity Services,
Ernst & Young GmbH Wirtschafts-
prüfungsgesellschaft in München
§ 24

Patrick Wellens

Compliance Business Partner bei
Bayer in Basel, Board Member Ethics & Com-
pliance Switzerland und Leiter der Arbeits-
gruppe «Life Sciences»
§ 20

Hiltrud Dorothea Werner

Aufsichtsratsvorsitzende der Mitteldeutschen
Flughafen AG, vormals Vorständin der
Volkswagen AG
§ 69

Marc Winiger

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Leiter Corporate
Compliance bei Raiffeisen Schweiz in St. Gallen
§ 61

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	V
Autorinnen und Autoren	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Musterfall für nachfolgende Beiträge	
Die Zürcher Präzisionswerk Aktiengesellschaft als Musterfall	1
Teil I: Grundlagen Compliance Management Systeme	
Kapitel 1: Grundlagen einer guten Corporate Governance und eines wertebasierten Compliance Management Systems	5
§ 1 Wertebasiertes Compliance- und Integritätsmanagement als Teil einer verantwortungsvollen Unternehmensführung	7
§ 2 Die Führungsebene als Motor für Compliance	40
§ 3 Ethisches Erblinden – warum gute Manager unmoralisch handeln	60
§ 4 Nachhaltigkeit und Compliance als Teile einer verantwortungsvollen Unternehmensführung	90
§ 5 Die Auswirkungen unternehmerischen Handelns auf Menschenrechte – eine wertebasierte Herangehensweise	138
Kapitel 2: Rechtlicher Rahmen in Bezug auf Compliance und CMS	199
§ 6 Rechtliche Grundlagen von Compliance	201
§ 7 Schweizer Codes of Best Practices hiesiger Unternehmen	208
Teil II: Elemente eines Compliance Management Systems (VORBEUGEN)	
Kapitel 1: Risiko Management, Compliance Risikoanalyse (CRA) und IKS	249
§ 8 Ganzheitliches Compliance Risiko Management, Compliance Risikoanalyse und Resilienzmanagement, IKS und Berichterstattung	251

	Seite
Kapitel 2: Elemente eines Compliance Management Systems	295
§ 9 Compliance Kultur (Integrität und Führungskultur)	297
§ 10 Verhaltenswissenschaft als zentraler Bestandteil der Compliance Strategie	316
§ 11 Compliance Ziele	337
§ 12 Compliance Handbuch und Organisations-Handbuch	351
§ 13 Compliance Organisation & Chief Compliance Officer	382
§ 14 Chief Compliance Officer: Aufgaben und Verantwortung	417
§ 15 Bestellung des Compliance Officers	432
§ 16 Compliance Berichterstattung	447
§ 17 Geschäftspartner Überprüfung – Integritäts Due Diligence	477
§ 18 Collective Action als Mittel zur Korruptionsbekämpfung	521
§ 19 Ethik- und Verhaltenskodex	541
§ 20 Messbarkeit von Compliance Massnahmen	571
Kapitel 3: Compliance-Themen in Bezug auf Mitarbeitende	591
§ 21 Auswahl, Rekrutierung und Einarbeitung von Compliance Mitarbeitenden	593
§ 22 Compliance Schulungen und Sensibilisierung	607
§ 23 Implementierung von Ethik Codes und Codes of Conduct im Arbeitsverhältnis	625
§ 24 Incentivierung von compliancегerechtem Verhalten	633
§ 25 Diskriminierung am Arbeitsplatz	651
§ 26 Mitarbeitende und Soziale Medien	683
§ 27 Überwachung von Mitarbeitenden	696
§ 28 Arbeitsrechtliche Risiken	712
Kapitel 4: Digitalisierung und Compliance	733
§ 29 Digitalisierung und Compliance	735
§ 30 Compliance und Digitale Ethik	763
Kapitel 5: Data Governance	783
§ 31 Datenschutz	785
§ 32 Cybersecurity und IT-Sicherheit	827
§ 33 Wo liegen die Daten? Data Management und Governance	862
Kapitel 6: Besondere compliancerelevante Risiken	877
§ 34 Von Gefälligkeiten über Interessenkonflikte zu Korruption	879
§ 35 Korruption und Compliance	904
§ 36 Kartellrecht	925
§ 37 Compliance in Zeiten einer Pandemie	991

	Seite
§ 38 Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung bei Nicht-Finanzintermediären	1016
§ 39 Compliance im internationalen Handel	1042
§ 40 Tax Compliance	1105
§ 41 Insolvenzstrafrecht	1193
§ 42 Geschenke, Einladungen und Sponsoring	1326
Teil III: ENTDECKEN	
Kapitel 1: Auditierung	1355
§ 43 Aufsicht und Überwachung von Compliance und CMS: Die Rolle der internen Revision	1357
§ 44 Die Rolle der externen Revision bei Prüfung und Überwachung von CMS gemäss PS 980 und ISO 37301	1381
Kapitel 2: Hinweisgebung	1411
§ 45 Hinweisgebung	1413
§ 46 Meldestellen, Meldesysteme und Meldewege	1454
§ 47 Arbeitsrechtlicher Schutz von Hinweisgebenden	1485
Kapitel 3: Interne Untersuchungen	1495
§ 48 Interne Untersuchungen	1497
§ 49 Interne Untersuchungen bei Diskriminierungsvorfällen	1544
§ 50 Kooperation zwischen Strafverfolgungsbehörden und Unternehmen	1553
§ 51 Das Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen	1576
§ 52 Monitoring	1613
Teil IV: Kommunikation und Öffentlichkeitsarbeit	
§ 53 Interne und externe Compliance Kommunikation	1635
§ 54 Wirkungsorientierte Kommunikation als Teil des Compliance Konzeptes	1659
§ 55 Interne und externe Krisenkommunikation bei Compliance Vorfällen	1683
Teil V: Branchenspezifische Compliance Themen und Risiken	
§ 56 Hervorgehobene Aspekte der Compliance in öffentlichen Unternehmen	1701
§ 57 Compliance in der Welt der Hochschulen	1729
§ 58 Compliance im Spitalumfeld	1756
§ 59 Sport und Compliance	1779
§ 60 Corporate Compliance im pharmazeutischen Sektor	1797
§ 61 Corporate Compliance bei Banken	1827
§ 62 Compliance bei Non-Profit-Organisationen	1861

	Seite
Teil VI: REAGIEREN	
Kapitel 1: Zivilrechtliche Konsequenzen	1907
§ 63 Zivilrechtliche Verfahren nach Compliance Verstößen gegen Unternehmen und deren Organmitglieder	1909
§ 64 Arbeitsrechtliche Konsequenzen	1950
Kapitel 2: Strafrechtliche Konsequenzen	1961
§ 65 Unternehmensstrafbarkeit und Berücksichtigung von CMS	1963
§ 66 Strafbarkeit von Einzelpersonen bei Compliance Fehlverhalten	1991
§ 67 Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers	2024
§ 68 Verteidigung von Unternehmen bei Compliance-Verstößen	2047
Kapitel 3: Remediation innerhalb der Organisation	2065
§ 69 Remediation – Lehren aus Fehlverhalten und Justierung	2067
Sachregister	2093

Musterfall für nachfolgende Beiträge

Die Zürcher Präzisionswerk Aktiengesellschaft als Musterfall

Viele Beiträge in diesem Handbuch nehmen Bezug auf den nachfolgend abgedruckten Musterfall der Zürcher Präzisionswerk Aktiengesellschaft (ZP/ZP AG). Damit wird für die jeweils diskutierten Themenfelder ein unmittelbarer Praxisbezug hergestellt, indem die Autorinnen und Autoren Vorschläge aus ihrer weitreichenden Erfahrung einbringen. Sie zeigen auf, wie bestimmte Compliance Aspekte im konkreten Umfeld umgesetzt werden können. Der Musterfall bezieht sich auf eine Aktiengesellschaft. Die in den jeweiligen Beiträgen gemachten Handlungsvorschläge lassen sich aber auf alle Organisationsformen übertragen.

Die Zürcher Präzisionswerk Aktiengesellschaft (ZP) mit Sitz in Zürich wurde 1950 gegründet. Sie ist in dritter Generation familiengeführt und nach wie vor ausschliesslich im Familieneigentum. Das Unternehmen beschäftigt weltweit 2500 Mitarbeitende, davon 1500 in der Schweiz.

Der Unternehmensgründer hat die Unternehmensleitung der ZP 1990 an seinen Sohn übergeben. Dessen Tochter hat den CEO-Posten zum 1. Januar 2021 übernommen. Der Verwaltungsrat ist gleichzeitig die operative Geschäftsleitung. Die Geschäftsleitung besteht neben der neuen CEO aus dem jüngeren Bruder sowie einer externen Führungsperson. Der jüngere Bruder ist als CFO für Finanzen und Audit zuständig. Die externe Führungsperson verantwortet den Verkauf sowie das Marketing. Die Geschäftsleitung wird vom kurz vor der Pensionierung stehenden Chef-Juristen der ZP unterstützt. Dieser hat sich in der Vergangenheit auch den anfallenden Compliance Themen gewidmet.

Die ZP hat drei kleinere Vertriebsniederlassungen in der Europäischen Union. Zudem betreibt sie ein Werk in Deutschland sowie ein Joint Venture mit einem österreichischen Partner in Ungarn.

Der Erfolg der ZP ist tief verwurzelt in dem ursprünglichen Wertversprechen, dem Kunden massgeschneiderte Präzisionsgeräte zu liefern. Diese werden entweder in größere Fertigungsanlagen eingebaut oder als eigenständige Maschinen geliefert. Der ZP-Gründer war der festen Überzeugung, dass bedingungsloses Vertrauen in sein Unternehmen und seine Produkte den Unterschied zum Wettbewerb ausmachten. Gepaart mit einem zuverlässigen, kompetenten und schnellen Serviceangebot habe dies der ZP eine Premium-Preisgestaltung ermöglicht.

Ziel von ZP war es, sehr spezifische Bedürfnisse zu erfüllen und stetig fortschrittliche Lösungen anzubieten. Der Name der Familie bürgte für die untadelige Qualität der Produkte. In den 50er und 60er Jahren baute der Gründer ein Vertrauensverhältnis zu verschiedenen Kunden auf. Dieses veranlasste ihn, den eigenen Betrieb schrittweise zu erweitern. In den 70er und 80er Jahren diversifizierte ZP. Insbesondere bot ZP End-to-End-Lösungen an, die die Lieferung, Installation, Wartung und bei kritischen Teilen auch den lebenslangen Austausch von Kernkomponenten umfassten. In den 90er und 00er Jahren erweiterte ZP den Service durch die Bereitstellung von Fachwissen bei der Optimierung der Prozessabläufe ihrer Kunden. ZP wurde ein integraler Bestandteil der Kundenexpansion bei der Implementierung neuer Produktionsanlagen. Heute macht dieser Dienstleistungsbereich fast ein Drittel des Umsatzes aus und ist hochprofitabel. Mit der jüngsten Digitalisierungs-

welle integrieren die Kunden von ZP immer mehr Datenflüsse in ihre Produkte. Dazu zählen auch Daten von Endverbrauchern in regulierten Aktivitäten. Nach mehreren erfolgreichen Pilotprojekten stellen sich der ZP neue Herausforderungen.

Die Gesellschafter der ZP möchten das Unternehmen grundsätzlich modernisieren. Die zukünftigen Entwicklungen konzentrieren sich auf eine verstärkte Digitalisierung, die Einbeziehung von datenbezogenen Diensten und die weitere Bereitstellung von High-End-Services für die ZP-Kunden. Die meisten ZP-Kunden bauen derzeit ihre Präsenz in Asien aus. Um die Bedürfnisse dieser ZP-Kunden zu erfüllen, scheint eine vollständige Präsenz der ZP vor Ort die richtige Lösung zu sein. Seit einigen Jahren planen die Gesellschafter der ZP, das Werk in Deutschland zu schliessen und nach Malaysia zu verlegen. Speziell für die Digitalisierung und für das neue Werk in Malaysia suchen die Gesellschafter Investoren, die nebst finanziellen Mitteln auch Know-how einbringen können. Einige potentielle Investoren haben bereits Interesse gezeigt.

Die neue CEO war zehn Jahre lang in einem Mischkonzern als Projektleiterin tätig. Sie hat gesehen, wie ihr Kollege wegen Korruptionshandlungen verhaftet wurde und hat sich geschworen, dass unter ihrer Leitung in ihrem Familienunternehmen ein solches Geschäftsgebaren nicht toleriert wird.

2. Bedeutung von Integrität

Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich beim Integritätsmanagement **47** nicht um eine separate Disziplin neben Compliance, sondern um eine *Erweiterung* des klassischen Verständnisses der rechtlichen bzw. betriebswirtschaftlichen Compliance. Integrität steht dabei für die Konsistenz zwischen der Haltung und der Handlung unter Einbezug ihrer Auswirkungen auf andere (SCHWARZ/RITZENHOFF, 319, 320), oder anders ausgedrückt, für das *Handeln* im Einklang mit den gesetzlichen und organisationsinternen Vorgaben. Da organisationsinterne Vorgaben nach der hier vertretenen Ansicht auch Organisationswerte umfassen (siehe N 10 ff.), steht Integrität somit für das *Handeln* im Einklang mit den auf die Organisation anwendbaren *rechtlichen, internen und ethischen* Vorgaben. *Handeln* in diesem Sinne bedeutet, sich nicht nur zum Einhalten dieser Vorgaben zu bekennen und diese formal einzuhalten. Vielmehr bedeutet es, seine eigenen Entscheidungen und Handlungen nach diesen Vorgaben (einschliesslich ethischer) *auszurichten*. Das beinhaltet u.a., sich selbst Grenzen für die Nutzung rechtlicher Gestaltungsspielräume zu setzen (BUSSMANN, 50, 54).

Der Zusammenhang von Organisationswerten, ethischen Handlungen, integrier Führung und damit einer verantwortungsvollen Organisationsführung schliesst den Kreis zu einem Integritäts- und wertebasierten Compliance Management wie hier dargestellt: **48**

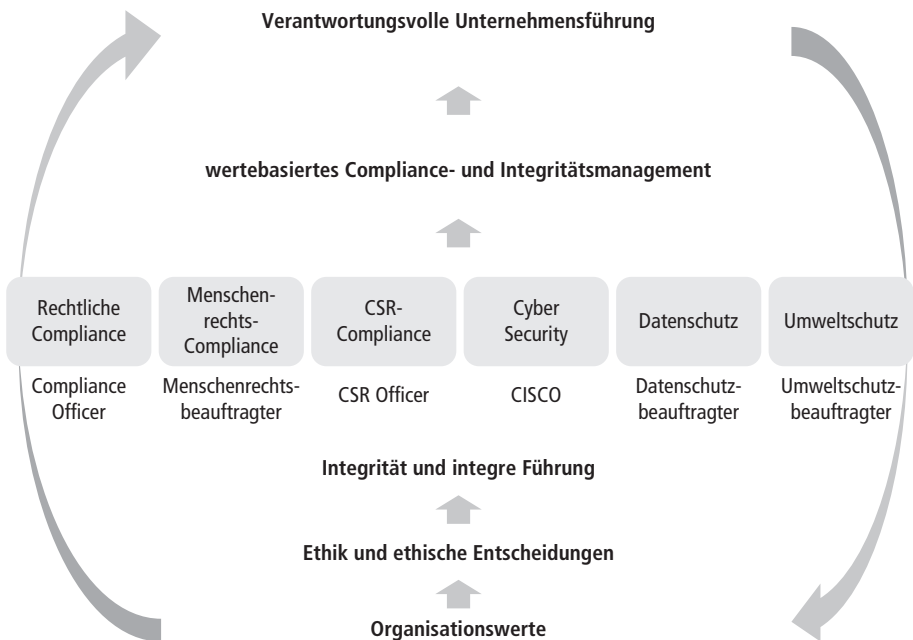


Abbildung 2: Integritäts- und wertebasiertes Compliance Management System
(Quelle: eigene Abbildung)

- 49 Der Unterschied zwischen klassischer, auf Regelkonformität fokussierter Compliance und wertebasierter, auf integrires Handeln fokussierter Compliance wird vor allem darin gesehen, dass bei ersterer die Mitarbeitenden von aussen, durch Abschreckung mit zur Regelkonformität angehalten werden, während bei letzterer die Mitarbeitenden *intrinsisch*, also aus eigener Einsicht, regelkonform (bzw. ethisch) handeln (GRÜNINGER/SCHÖTTL/WIELAND, 60). Der Nachteil, Compliance über Abschreckung zu steuern bestehe darin, dass dies Widerstand auslösen könne. JÜTTNER/BARNUTZ kritisieren allerdings, dass beim Integrity Management das Individuum isoliert ins Zentrum der Compliance Massnahmen gestellt wird (JÜTTNER/BARNUTZ, 252). Verkannt werde dabei die Wirkung sozialen Verhaltens. Gemeint ist damit, dass die Ursache für die Regelverstösse in der Organisationsstruktur und nicht im Mitarbeitenden angelegt sind (JÜTTNER/BARNUTZ, 252; siehe N 60 ff.). JÜTTNER/BARNUTZ kritisieren weiter, dass eine ethische Compliance Kultur nicht verordnet oder beigebracht werden könne. Kultur sei etwas, was sich «im Unternehmen herausbildet» (JÜTTNER/BARNUTZ, 252, 253).
- 50 Die Verfasser vertreten dazu folgende Ansicht: Die meisten Mitarbeitenden *wollen* sich grundsätzlich ethisch verhalten (LANGEVOORT, 945 f., 947, 959.). JÜTTNER/BARNUTZ ist insofern zuzustimmen, dass Mitarbeitende nicht isoliert und ausschliesslich rational, sondern beeinflusst durch ihr Umfeld agieren und ihre Entscheidungen treffen (JÜTTNER/BARNUTZ, 252 f.). Das heisst insbesondere, dass die in der Organisation, im Team aber auch im Markt der Organisation geltenden Regeln entsprechend Einfluss nehmen. Kulturelle wie situative Zwänge verursachen schlechtes Verhalten auch bei «guten» Menschen (LANGEVOORT, 947). Diese Regeln und Zwänge können geschrieben sein (z.B. in Anreiz-, Belohnungs- oder Beförderungssystemen). Sie sind oft aber auch *ungeschrieben*, vor allem im Gruppenumfeld. Wird nun von «ausen» oder «oben» durch ein Abschreckungssystem ethisches Verhalten vorgeschrieben, das im Widerspruch zu diesen (un)geschriebenen Regeln steht, ist u.E. kein wirklicher Unterschied zu dem klassischen, auf Regelkonformität ausgelegten Compliance Ansatz zu sehen. Denn mit einem reinen Abschreckungssystem wird kaum ein ethisches Verhalten herbeigeführt werden. Vielmehr wird im Zweifel sogar Widerstand ausgelöst (LANGEVOORT, 976; PAINE, 9; JÜTTNER/BARNUTZ, 255). Oder das ethische Handeln wird formal erfüllt, indem das Verständnis von Ethik so weit gedehnt wird, bis es auf die unter ökonomischen oder gruppendynamischen Druck vorgenommene Handlung passt (JÜTTNER/BARNUTZ, 252).
- 51 Damit sich die Mitarbeitenden überhaupt ethisch verhalten *können*, müssen zuerst die organisatorischen Voraussetzungen geschaffen werden. Oder um es bildlich auszudrücken: Damit die Vorgaben von Unternehmenswerten und ethischem Verhalten Früchte tragen, muss der Boden, auf dem diese Früchte wachsen sollen, zuerst *fruchtbar gemacht* werden. Zur Aufgabe einer wertebasierter, auf Integrität ausgerichteter Compliance gehört es somit, einerseits Anreize für integrires Handeln zu setzen und andererseits *organisatorische Hindernisse* zu beseitigen, die integrires Handeln erschweren oder verhindern. Der Klarheit halber sei ergänzt, dass die übrigen Funktionen einer Compliance, insbesondere die Präventiv-, Kontroll- und Überwachungs-, Eingriffs- aber auch Beratungsfunktionen, weiterhin ihre Berechtigung und Wichtigkeit haben.

VI. Implementieren eines wertebasierten Compliance- und Integritätsmanagements

Nachfolgend werden verschiedene Massnahmen vorgeschlagen, wie Compliance Verantwortliche darauf hinwirken können, eine Organisation einzurichten, die ihren Mitarbeitenden ein ethisches Handeln ermöglicht, dieses fördert und entsprechende Hindernisse möglichst minimiert. 52

1. Integre Organisationsziele und -strategie

Grundlegend für Compliance sind die Motivation und Ziele, die damit angestrebt werden. Das Ausrichten einer Organisation auf Integrität beginnt somit bei den Organisationszielen und der Strategie, mit der diese erreicht werden sollen. Will eine Organisation mehr als nur eine reine Haftungsvermeidung durch rechtliche Regelkonformität – durchgesetzt mit klassischen Methoden der Sanktionen und dem damit einhergehenden Risiko des Scheiterns dieses Ansatzes –, ist zu prüfen, ob Zielsetzung und Strategie der Organisation auf ethischen Grundsätzen aufbauen. Ziele wie Strategie dürfen dabei ethischen Grundsätzen nicht offen widersprechen. Sie müssen so gewählt sein, dass diese mit ethischem Handeln auch verfolgt und erreicht werden können. 53

Wird beispielsweise als oberstes oder alleiniges Ziel der Organisation ein Maximieren des *Shareholder Values* (verstanden im Sinne der Maximierung des Gewinns für *Shareholder*) ausgegeben oder vorgelebt, wird ethisches Verhalten bei der Verfolgung dieses Ziels unbeachtet bleiben. (Vermeintliche) rechtliche Spielräume werden vielmehr in der Regel aus- oder überreizt und über rechtliche Regelkonformität hinausgehendes ethisches Verhalten wird nur dann honoriert, wenn es dem Ziel nicht im Wege steht (LANGEVOORT, 952 f., 962). 54

2. Organisationswerte mit ethischer Komponente

Organisationswerte bedürfen einer *ethischen Komponente* (siehe N 28). Zumindest sollten sie ethischen Grundsätzen nicht widersprechen. In dieser Hinsicht ist ein Firmenmotto wie «move fast and break things» (siehe TAPLIN JONATHAN, *Move fast and break things, How Facebook, Google and Amazon have cornered culture and undermined democracy*, New York 2017) kritisch zu sehen, da es so verstanden werden kann (oder soll), dass für Geschwindigkeit auch rechtliche, wie ethische Normen verletzt werden dürfen. Damit die Organisationswerte nachvollziehbar und alltagstauglich sind, sollten diese konkretisiert werden (siehe N 27) und das erwartete ethische Verhalten anhand von Beispielen nachvollziehbar beschreiben. Ziel ist es, den Mitarbeitenden zu vermitteln, was die Organisation unter ethischem Handeln versteht. 55

3. Integre Organisationsstrukturen und -prozesse

a) Analyse der Verhältnisse unter Einbinden von Verhaltenswissenschaften

- 56 Wird ethisches Handeln von den Mitarbeitenden erwartet und gefordert, müssen die Organisationsstrukturen und -prozesse dies zulassen. Denn organisationskultureller und situativer Druck kann unter grundsätzlich ethisch handelnden Menschen Fehlverhalten auslösen (LANGEVOORT, 947; siehe dazu ferner § 3). Hochkompetitive (Sub-)Kulturen in einer Organisation führen z.B. zu Überzeugungen, die entweder die Wahrnehmung unethischen Verhaltens unterdrücken, sodass es als solches gar nicht wahrgenommen wird, oder das unethische Verhalten rechtfertigen, sodass am Ende Mitarbeitende unethisch handeln aber glauben, ethisch gehandelt zu haben (LANGEVOORT, 956; bzgl. Gruppendynamik siehe N 64 f.). Entsprechend sollten die Organisationskultur(en), -strukturen und -prozesse darauf untersucht werden, *welche* Hindernisse sie einem ethischen Verhalten in den Weg stellen und welche Anreize sie für ethisches Verhalten setzen bzw. vermissen lassen. Diese Analyse sollte wiederkehrend erfolgen, da sich Kultur(en), Strukturen und Prozesse fortlaufend weiterentwickeln und verändern (LANGEVOORT, 964; JÜTTNER, Behavioral Compliance, 10 f.). Entsprechend können über die Zeit neue Hindernisse für ethisches Verhalten unbewusst einfließen.
- 57 Zur Analyse der bestehenden Verhältnisse können beispielsweise frühere Compliance Vorfälle auf ihre organisationsstrukturellen oder -prozessualen Ursachen untersucht werden. Zudem gilt es – auch unabhängig von Fehlverhalten – die bestehenden Systeme und Prozesse der Organisation auf darin angelegte Anreize für unethisches Verhalten und Hindernisse für ethisches Handeln zu analysieren (z.B. Anreizsysteme, siehe N 40; JÜTTNER/BARNUTZ, 256). Eine Analyse bestehender Verhältnisse kann ausserdem durch fokussierte Mitarbeiterbefragungen und Analyse geeigneter Daten durchgeführt werden (JÜTTNER/BARNUTZ, 256; JÜTTNER, Behavioral Compliance, 11). Schliesslich kann eine Organisation über eine gelebte Speak Up-Kultur solche Missstände aufdecken (siehe dazu N 69).
- 58 Eine solche Analyse ist komplex und erfordert Fachwissen sowie Erfahrung und Zeit. Um die relevanten Daten und Strukturen zu analysieren, die richtigen Fragen zu stellen und die gesammelten Informationen auszuwerten, braucht es ein profundes Verständnis davon, *wie* Individuen in unterschiedlichen Situationen Entscheidungen fällen. Wichtig ist dabei insbesondere, ob, wie und von welchen «inneren» und «äusseren» Faktoren sie sich dabei beeinflussen lassen. Das Normalisieren und Rationalisieren von Fehlverhalten, insbesondere in geschlossenen Gruppen, muss verstanden, identifiziert und in Bezug auf zukünftige Compliance Massnahmen miteinbezogen werden (LANGEVOORT, 956).
- 59 Grundlage einer solchen Analyse sollten somit Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaften bzgl. Organisationen (*behavioral science*) bilden (siehe dazu § 10). Die Durchführung und Auswertung der Strukturen, Prozesse, Daten und Mitarbeiterbefragungen sollte von entsprechenden Experten begleitet werden, damit die darauf aufbauenden Massnahmen möglichst wirksam sind. Compliance Verantwortliche sollten sich ent-

sprechend mit Verhaltenswissenschaften bzgl. Organisationen vertieft auseinandersetzen, ansonsten drohen unerwünschte Resultate (LANGEVOORT, 936).

b) Key Performance Indicators und Anreiz- und Belohnungssysteme

Lassen Systeme zur Leistungsbeurteilung, Anreiz- und Belohnungssysteme und andere Key Performance Indicators (KPI) ethische Aspekte ausser Acht, wird das Risiko von unethischem Handeln und damit Compliance-relevantem Fehlverhalten erhöht. Ist z.B. der wesentliche Bestandteil einer Vergütung umsatz- oder ertragsabhängig, verleitet dies zur Erwirtschaftung eines so hoch wie möglichen Umsatzes oder Ertrags, ohne Rücksicht auf die Mittel (LANGEVOORT, 952 f.). Der Zweck heiligt diesfalls die Mittel, womit ethische Grundsätze dem Erreichen des ökonomischen Ziels untergeordnet oder völlig ausser Acht gelassen werden. Hochkompetitive Arbeitsumgebungen sind bestückt mit Aufforderungen, den Bestrebungen zur Einführung einer ethischen Verhaltensweise (unbewusst) zu widerstehen (LANGEVOORT, 953). Die die letzte Finanzkrise mitverursachenden Fehlverhalten in Finanzdienstleistenden sind ein Paradebeispiel für falsche Anreiz- und Belohnungssysteme. 60

Gleiches gilt für *unrealistische* Zielvorgaben (LANGEVOORT, 968 f.). Hängen der Erfolg, das Ansehen, die Karriere bzw. der Verbleib der mitarbeitenden Person von der jeweiligen Zielerreichung ab, werden Mitarbeitende alles daransetzen, die Zielvorgaben zu erreichen, selbst wenn diese unrealistisch sind. Dies hat zur Konsequenz, dass sie bereit sind, zur Zielerreichung auch illegale bzw. unethische Mittel einzusetzen oder das Erreichen des Ziels mit falschen Angaben vorzutäuschen. Andere Mitarbeitende, die zu ihren Werten stehen und die Ziele verfehlen, werden frustriert. Sie beobachten, dass Mitarbeitende mit unethischen oder widerrechtlichen Methoden belohnt werden und Erfolg haben. Sie werden darauf reagieren, indem sie entweder selbst zu solchen unethischen Mitteln greifen, die Organisation verlassen oder aufgrund Demotivation einen Leistungsabfall verzeichnen. Ähnliches gilt für sich widersprechende Ziele, wenn Mitarbeitende damit alleingelassen werden bzw. bei Nichterreichen der Ziele abgestraft werden. 61

Hindernisse zu ethischem Handeln (oder Anreize zu unethischem Verhalten) können sich auch in den Systemen zur Leistungsbeurteilung verstecken. Richten sich diese nur nach absoluten Zahlen, ggf. auch versteckt hinter Stellvertretermerkmalen, wenn z.B. sich Leistungsfähigkeit an der Anzahl geschäftlicher Abschlüsse bemisst, wird bei der Beurteilung dem Aspekt «wie» die beurteilten Leistungen erreicht wurden, keine Beachtung geschenkt. Mitarbeitende nehmen sofort wahr, wenn unethisches Verhalten belohnt wird und ziehen daraus den Schluss, dass die vorgegebenen ethischen Verhaltensregeln nicht ernst gemeint sind und somit auch nicht für sie gelten. Gleiches gilt, wenn das Beurteilungssystem intransparent oder willkürlich ist. Solche Systeme werden von Mitarbeitenden als ungerecht wahrgenommen. Als ungerecht wahrgenommene Systeme frustrieren Mitarbeitende und senken die eigene Hemmschwelle für Fehlverhalten (LANGEVOORT, 968 f.). Auch bei der Beurteilung der Leistung von Mitarbeitenden muss das «wie» eine bestimmte Leistung erzielt wurde, in die Beurteilung miteinfließen. 62

63 Anreiz- und Belohnungssysteme ohne Berücksichtigung ethischer Aspekte machen ethische Vorgaben ebenso *unglaublich* wie unrealistische Zielvorgaben und andere KPI, die nicht an ethisches Handeln gebunden sind. Folglich müssen Leistungsbemessungen, Anreiz- und Belohnungssysteme und andere KPI so ausgestaltet werden, dass das «wie» mindestens genauso wichtig ist, wie das «was» (z.B. das Erreichen von Wachstum, Umsatz- oder Ertragszielen). Wird ein Ziel durch unethisches Verhalten erreicht, darf dies nicht honoriert werden, sondern muss als Fehlverhalten adressiert werden. Zielvorgaben müssen realistisch sein und mit ethischem Verhalten erreicht werden können. Zielkonflikte sind zu vermeiden und wo das nicht möglich ist, muss Hilfestellung angeboten werden (siehe N 66).

c) Gruppendynamik

64 Nebst Systemen und Prozessen in einer Organisation gilt es Gruppen- und Teameffekte auf (unethisches) Verhalten und damit auf Compliance relevante Aspekte zu verstehen. In sich geschlossene Gruppen und Teams verfügen oft über meist informelle eigene Abläufe, Regeln und Dynamiken. Gruppendruck und Gruppenloyalität stellen dabei sicher, dass diese Regeln eingehalten werden. Teams und Gruppen haben weiter den Effekt, dass sich die Mitglieder untereinander in ihren Überzeugungen aber auch Vorurteilen gegenseitig bestärken (LANGEVOORT, 952), eigene Interpretationen von Regeln vornehmen (LANGEVOORT, 956, m.w.H.), Regeln verunglimpfen oder ihre Legitimität absprechen, weil diese z.B. von Wettbewerbern beeinflusst, von über-treibenden Regulatoren veranlasst oder innovationsfeindlich seien (LANGEVOORT, 960, 962).

65 Compliance Verantwortliche müssen sich bewusst sein, dass geschlossene Teams und Gruppen eine Subkultur entwickeln können und für Einflüsse von aussen immun sind (LANGEVOORT, 952). Zudem nährt dies die beschriebenen kognitiven Verzerrungen (siehe N 41). Mit einer allgemeinen Compliance Schulung ist dem nicht genügend beizukommen. Vielmehr gilt es solche Subkulturen in der Organisation zu identifizieren und analysieren, um im Anschluss diese Subkultur in eine Kultur des ethischen Verhaltens zu ändern.

d) Zielkonfliktpolitik und -management

66 Die Forderung nach ethischem Handeln bei der Geschäftstätigkeit kann und wird mit anderen, insbesondere ökonomischen Zielen in Konflikt geraten. Dabei können sich die Ziele widersprechen oder das eine Ziel lässt sich nur auf Kosten des anderen Ziels erreichen. Hier ist die Organisation gefordert, ihren Mitarbeitenden Hilfestellung mittels einer Zielkonfliktpolitik und -management zur Verfügung zu stellen. Dies kann beispielsweise in grundsätzlichen Handlungsanweisungen zum Umgang mit Zielkonflikten bestehen. Insbesondere sollte die Organisation Mitarbeitenden die Möglichkeit geben, Zielkonflikte mit der vorgesetzten Person, im Team oder mit speziell geschul-ten Ansprechpersonen (sog. *allies*) zu besprechen und zu managen. Gerade dieses offene Aus- und Ansprechen macht die Frage nach ethischem Handeln erst real (GENTILE, 58), für sich selbst und andere. Dazu ist ein Umfeld nötig, das den Mitarbeiten-

den psychologische Sicherheit vermittelt. Für schwerwiegende Zielkonflikte kann auch eine zentrale interne Beratungsstelle (z.B. ein *ethics officer*) bereitgestellt werden.

e) Sicherstellen psychologischer Sicherheit

Damit Mitarbeitende in ihrem Handeln ethische Grundsätze berücksichtigen können, benötigen sie *psychologische Sicherheit*. Mit psychologischer Sicherheit ist gemeint, dass Mitarbeitende in einem Team sogenannte «interpersonelle Risiken» eingehen können, ohne negative Konsequenzen wie Repressalien, Erniedrigung, Ausgrenzung oder Diskriminierungen zu fürchten (EDMONDSON/LEI, 24). Mitarbeitende müssen bei ihren eigenen arbeitsbezogenen Entscheidungen ihre Herausforderungen mit ethischen Handlungen frei äussern und besprechen können. Ebenso müssen sie in Teams ihre Ideen oder Bedenken bzgl. der ethischen Konformität von Entscheidungen und Handlungen mit dem Vertrauen äussern können, dass ihre Meinung ernst genommen und wertgeschätzt wird und sie bei der Lösungsfindung unterstützt werden. Wer Angst hat oder unsicher ist, sich selbst oder anderen bei geschäftlichen Entscheidungen Fragen nach der ethischen Konformität zu stellen, wird dies unterlassen. Diese Personen werden in einem solchen Fall auch nichts zum Finden einer Entscheidung im Einklang mit den ethischen Grundsätzen der Organisation beitragen. Die psychologische Sicherheit ist letztlich Voraussetzung, damit Mitarbeitende (und damit Organisationen) Lösungen für die auftretenden Zielkonflikte (siehe N 66) finden können. 67

Verantwortlich für das Herstellen der psychologischen Sicherheit sind insbesondere die Personen mit Leitungsfunktionen – allerdings nicht allein. Auch die übrigen Mitglieder einer Gruppe oder eines Teams können dazu beitragen, ein sicheres Umfeld herzustellen (EDMONDSON/LEI, 39 f.). 68

f) Einrichten und Bewahren einer Speak Up-Kultur

Eine gelebte Speak Up-Kultur hilft einer Organisation, Fehlverhalten (rechtliches wie ethisches) früh zu identifizieren und zu unterbinden. Fordert und fördert eine Organisation ethisches Verhalten ihrer Mitarbeitenden und beobachten diese in der Organisation unethische Handlungen, muss den Mitarbeitenden die Möglichkeit geboten werden, auf solches Fehlverhalten hinzuweisen (LANGEVOORT, 975). Ansonsten kann der Eindruck entstehen, dass die Organisation von tatsächlichem Fehlverhalten gar nichts wissen will. Eine Forderung nach ethischem Handeln ist in diesem Fall unglaubwürdig. Wesentliches Element einer Speak Up-Kultur ist ein Hinweisgebersystem, das es Mitarbeitenden erlaubt, Hinweise auf Fehlverhalten vertraulich und ggf. anonym abzugeben (siehe dazu und zu den weiteren Voraussetzungen für eine funktionierende Hinweisgebung §§ 45–46). 69

- 172 Die Kommunikationsstrategie sollte so konzipiert sein, dass die Stakeholder die Angemessenheit des Ansatzes des Unternehmens in Bezug auf bestimmte Aktivitäten bewerten können. Die Kommunikation sollte auch in einer Form und Häufigkeit erfolgen, die den Auswirkungen des Unternehmens auf die Menschenrechte angemessen ist. Ferner sollte sie für die Stakeholder leicht zugänglich sein. Darüber hinaus darf die Berichterstattung keine Risiken für Stakeholder oder Mitarbeitende enthalten oder zu einer Gefährdung legitimer Geschäftsgeheimnisse eines Unternehmens führen.

VI. Geltendmachung von Ansprüchen

- 173 Eines der wesentlichen Themen im Umgang mit Menschenrechten ist – neben der Behebung von Menschenrechtsverletzungen und Missständen als Folge von Auswirkungen unternehmerischen Handelns – die Wiedergutmachung und Geltendmachung von Ansprüchen der Rechteinhaber. Weder der KVI-Gegenvorschlag noch die VSoTr enthalten jedoch besondere Regelungen zu Wiedergutmachungsmechanismen oder Verfahren nach den zuvor beschriebenen internationalen Vorgaben, wie in der UNGP beschrieben. Dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass Unternehmen sich mit der grundsätzlichen Frage von Wiedergutmachung und Geltendmachung von Ansprüchen der Rechteinhaber nicht frühzeitig auseinandersetzen sollten.
- 174 So behandelt die dritte Säule der UNGP diesen Aspekt, wonach der «Zugang zur Abhilfe» neben gerichtlichen sowie aussergerichtlichen staatlichen Verfahren auch nicht-staatliche Beschwerdemechanismen ermöglichen soll. Der Fokus der UNGP liegt dabei auf der Notwendigkeit, den Rechteinhabern praktische und wirksame Beschwerdemechanismen zur Verfügung zu stellen. Die Ursachen hierfür liegen darin, dass staatliche Verfahren für die Rechteinhaber, wie unter N 179 dargestellt, häufig mit unüberwindbaren Hürden verbunden sind. Die UNGP unterstreichen daher die Bedeutung von Multi-Stakeholder-Initiativen und Wiedergutmachungsprozessen der Industrie sowie von Beschwerdemechanismen auf der Ebene des einzelnen Unternehmens (KAUFMANN/HECKENDORN, 1).

1. Nichtstaatliche Beschwerdemechanismen

- 175 UNGP 22 besagt Folgendes: «Wenn Unternehmen feststellen, dass sie negative Auswirkungen verursacht oder zu ihnen beigetragen haben, sollten sie für deren Behebung durch rechtmässige Verfahren sorgen oder daran mitwirken». Die Zuweisung von Verantwortung für menschenrechtliche Auswirkungen und die *Verantwortung für Abhilfemassnahmen* im Rahmen der UNGP unterscheidet sich vom Komplex der rechtlichen Haftung und Durchsetzung, die dem nationalen Recht in den jeweiligen Ländern unterliegen. Dabei sei an dieser Stelle angemerkt, dass ein reiner *Rückzug* des Unternehmens sowie ein *Abstellen* von Verletzungen nicht immer einfach umsetzbar ist und gegebenenfalls mehrjähriger Entwicklungsarbeit bedarf.
- 176 Wenn eine Organisation die nachteilige Auswirkung nicht verursacht oder dazu beigetragen hat, sondern die Auswirkungen stattdessen mit ihren Tätigkeiten, Produkten oder Dienstleistungen «*direkt verbunden*» sind, ist die Situation eine andere. In sol-

chen Fällen verlangt die Verantwortung gegenüber Menschenrechten nicht, dass die Organisation selbst für Abhilfe sorgt, obwohl sie sich daran beteiligen kann. UNGP 19 erläutert die Massnahmen, die in Situationen zu erwarten sind, in denen eine Organisation mit einem Missstand «direkt verbunden» ist. Diese umfassen die Nutzung jeglicher Einflussmöglichkeiten, die das Unternehmen hat, um für Abhilfe zu sorgen.

Der Bund erwartet von Schweizer Unternehmen, insbesondere denjenigen, die besonders stark menschenrechtlichen Risiken ausgesetzt sind, dass sie geeignete Beschwerdemechanismen auf Unternehmensebene zur Verfügung stellen, damit Betroffene Zugang zu Wiedergutmachung haben. Zur Gewährleistung ihrer Wirksamkeit sollen diese Beschwerdemechanismen legitim, zugänglich, berechenbar, gerecht, transparent, rechtekompatibel, und eine Quelle kontinuierlichen Lernens für alle Beteiligten sein (UNO-NAP 2020, 32). Die Erwartungen des Bundes entsprechen der Herangehensweise der UNGP. Die UNGP verlangen, dass ein Unternehmen in dem Fall, dass es feststellt, nachteilige Auswirkungen auf die Menschenrechte verursacht oder dazu beigetragen zu haben, mittels rechtmässiger Prozesse für Abhilfe sorgt oder an ihr mitwirkt. Die Wiedergutmachung kann verschiedene Formen haben, um angemessen in Bezug auf den verursachten oder beigetragenen Schaden zu sein. Einige Organisationen haben Entschädigungsregelungen für die betroffenen Personen eingerichtet, während in anderen Fällen eine Entschuldigung oder die Umsetzung bestimmter praktischer Massnahmen zugunsten einer Gemeinschaft oder anderer betroffener Gruppen angemessener sein kann (GC Guide, 33). **177**

In Anbetracht dieser Aussagen des Bundes ist es erstaunlich, dass die VSoTr keinerlei Regelungen zu Wiedergutmachungsmechanismen sowie Beschwerdeverfahren nach den zuvor beschriebenen internationalen Vorgaben, wie in der UNGP beschrieben, enthält. Dies wurde im Vernehmlassungsverfahren von mehreren Teilnehmenden hervorgehoben und die Ergänzung von zusätzlichen Regelungen für die Wiedergutmachung und das Beschwerdeverfahren in der VSoTr empfohlen (VSoTr-Vernehmlassungsbericht, 7). **178**

2. Staatliche Beschwerdemechanismen

Der Gerichtsweg bleibt für die Rechteinhaber aufgrund unterschiedlichster Hürden häufig nur schwer erreichbar oder gänzlich verschlossen. Eine im Auftrag der EDA verfasste rechtsvergleichende Studie kommt zum Schluss, dass die Rechteinhaber von Menschenrechtsverletzungen nur beschränkt Zugang zu Abhilfe haben, weil es an einem spezifischen Straftatbestand der Menschenrechtsverletzung durch Unternehmen fehlt (KAUFMANN/HECKENDORN, 2). **179**

Dies bestätigt auch eine Studie der Europäischen Kommission, wonach es derzeit einen gut dokumentierten Missstand in Bezug auf Rechtsmittel für diejenigen gibt, die von Menschenrechts- und Umweltschäden durch EU-Unternehmen betroffen sind (Study European Commission, 228). Dies gilt sowohl für Betroffene innerhalb der EU, als auch ausserhalb der EU. Schäden ereignen sich meist in (Entwicklungs-) Gaststaaten, in denen die Rechteinhaber häufig Schwierigkeiten haben, Rechtsmittel **180**

zu ergreifen. Dementsprechend versuchen die Rechteinhaber oft, ihre Ansprüche im (entwickelten) Heimatstaat des betreffenden multinationalen Unternehmens geltend zu machen. Doch selbst dort stossen sie beim Zugang zu Rechtsmitteln auf viele Hindernisse – sowohl rechtlicher als auch praktischer Art. Beispiele für solche Hindernisse sind laut dieser Studie (Study European Commission, 229):

- Schwierigkeiten und Kosten für Antragsteller, sich rechtlich vertreten zu lassen,
- Ressourcen und Zeitaufwand für den Nachweis der Beweislast der Kläger und Probleme beim Zugang zu Informationen,
- restriktive Fristen für die Erhebung von Ansprüchen,
- Immunitäts- und Nicht-Justiziabilitäts-Doktrinen,
- juristische Herausforderungen,
- Fragen in Bezug auf das anwendbare Recht,
- Komplexität von Unternehmensstrukturen und die Zurechnung von rechtlicher Verantwortung unter den Mitgliedern einer Unternehmensgruppe,
- Nachweis von Menschenrechtsverletzungen,
- Reichweite und Durchsetzung von Rechtsbehelfen.

a) Nationaler Kontaktpunkt der Schweiz

- 181** Ein Weg, um diesen Missstand entgegenzuwirken, ist die Installation eines Nationalen Kontaktpunktes (NKP) gemäss den OECD-Leitsätzen. Danach haben die jeweiligen NKP die Aufgabe, Beschwerden im Zusammenhang mit der Anwendung der OECD-Leitsätze entgegenzunehmen und zu behandeln. Sie spielen eine zentrale Rolle als aussergerichtliche Beschwerdemechanismen in Bezug auf Unternehmen und Menschenrechte (UNO-NAP 2020, 31). Das rechtliche Zusammenspiel von gerichtlichen und aussergerichtlichen Rechtsbehelfen, wie der NKP, ist nicht klar geregelt (KAUFMANN/HECKENDORN, 7).
- 182** Die Schweiz ist als Unterzeichnerstaat verpflichtet, einen NKP einzurichten und zu unterhalten. Stand April 2022 hat es auf der Internet-Seite der NKP Schweiz zwei pendente sowie 22 abgeschlossene Fälle (abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/sec/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/nachhaltigkeit_unternehmen/nkp/Statements_zu_konkreten_Faellen.html). Im Übrigen wird auf § 4 N 25 f. verwiesen.
- 183** Abgesehen vom NKP gibt es in der Schweiz keine staatlichen aussergerichtlichen Mechanismen, die speziell auf die Bekämpfung von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen ausgerichtet sind. Es gibt jedoch zusätzlich zum NKP weitere Instrumente, die herangezogen werden können, wie beispielsweise Ombudsstellen oder Beratungsstellen (KAUFMANN/HECKENDORN, 9).

b) Gerichtliche Rechtsbehelfe

aa) Zuständigkeit und anwendbares Recht

- 184** Die Frage nach der Zuständigkeit von Schweizer Gerichten und das jeweils anwendbare Recht stellt eine der zentralen Herausforderungen in grenzüberschreitenden Fäl-

len dar. Grundsätzlich sind Menschenrechtsverletzungen einzelfallabhängig zu beurteilen (siehe dazu HOFSTETTER, 571, 575).

bb) Strafrechtliche und zivilrechtliche Haftungsfragen

Im Bereich der strafrechtlichen Haftung von Unternehmen sieht das schweizerische Strafrecht die Unternehmensstrafbarkeit vor, die ausführlich unter § 65 behandelt wird. Diese ist jedoch entweder auf Fälle beschränkt, in denen eine Person wegen «mangelhafter Organisation» nicht zur Verantwortung gezogen werden kann oder auf bestimmte Wirtschaftsdelikte. Die strafrechtliche Unternehmenshaftung deckt somit nicht alle schweren Menschenrechtsverletzungen ab (KAUFMANN/HECKENDORN, 7). 185

Im Übrigen wird auf die einschlägige Literatur zur zivilrechtlichen Verschuldenshaftung verwiesen (siehe dazu BUENO/BONOMI, 580 ff.; HOFSTETTER, 571, 574 ff.). 186

cc) Zivilrechtliche Wiedergutmachungsverfahren

Laut einer für die EDA in 2017 erstellten Studie wurde dem Mangel an verfügbaren Abhilfe- bzw. – Wiedergutmachungsmassnahmen in der Schweiz nicht die gleiche Aufmerksamkeit zuteil, wie in anderen Ländern (KAUFMANN/HECKENDORN, 10, 13). Der Bundesrat hat deswegen im aktuellen NAP Massnahmen beschlossen, damit Personen, deren Menschenrechte durch ein Unternehmen in einem Gaststaat verletzt wurden, besseren Zugang zu Wiedergutmachung in der Schweiz erhalten (UNO-NAP 2020, 30). Zu diesen gehören beispielsweise Möglichkeiten der kollektive Rechtsdurchsetzung durch die Neuregelung der Verbandsklage und die Schaffung eines Gruppenvergleichsverfahrens. 187

VII. Checklisten

1. Bewertungskriterien für die Menschenrechte: Schweregrad

In einer ersten Phase kann der Schweregrad anhand der folgenden Merkmale bestimmt werden (Art. 14 UNGP): 188

- **Ausmass:** Wie schwerwiegend sind oder könnten die Auswirkungen sein? Beispielsweise Auswirkungen auf die Gesundheit und Sicherheit von Arbeitnehmenden bei Produktionsprozessen ausserhalb der Schweiz.
- **Umfang:** Wie viele Menschen sind oder werden betroffen sein? Beispielsweise Auswirkungen auf den Lebensunterhalt ganzer Gemeinschaften oder die Vereinigungsfreiheit einer Belegschaft.
- **Wiedergutmachung:** In einer Situation, in der die Auswirkungen auf die Menschenrechte wahrscheinlich eintreten werden oder bereits eingetreten sind: Wie schwierig wird es sein, die betroffenen Menschen in eine Lage zu versetzen, die ihrer Situation vor der Auswirkung entspricht? Beispielsweise, wenn das kulturelle Erbe einer indigenen Bevölkerung zerstört wurde.

2. Bewertung der Menschenrechtslage: Wahrscheinlichkeiten

Die Wahrscheinlichkeit des Eintretens eines Risikos ist in einem risikoreichen Betriebsumfeld grösser, einschliesslich Standorten mit folgenden Merkmalen (Art. 19 UNGP):

- Konfliktzone,
- schwache Regierungsführung,
- Diskrepanz zwischen lokalen Praktiken und internationalen Menschenrechtsstandards und
- Legacy-Probleme.

3. Schnellstart-Massnahmen

Einige Massnahmen, die Organisationen beim Risikomanagement unterstützen können und kurzfristig eingeführt werden können, sind beispielsweise (in Anlehnung an GC Guide, 34):

- Veröffentlichung von Lieferantenkodizes einschliesslich der Verpflichtung von Lieferanten sicherzustellen, dass ihre eigenen (nachfolgenden) Lieferanten diese einhalten,
- Eingliederung eines menschenrechtsbezogenen «roten Fadens» im Rahmen des Auswahlprozesses von Lieferanten, das somit Teil der Drittparteien-Due-Diligence ausmachen kann, um sicherzustellen, dass diejenigen Lieferanten mit bekannten Problemen oder in schwieriger Umgebung leicht identifiziert werden können,
- Einbeziehung vertraglicher Absicherungen und Transparenz von Audit-, Zugangs- und Berichtspflichten in den Verträgen mit den Lieferanten,
- Aufbau von Kapazitäten bei Lieferanten, die als hochrisikoreich identifiziert wurden, und Entwicklung von Korrekturmassnahmen mit denjenigen Lieferanten, die als nicht konform identifiziert wurden.

Erstellung eines – idealerweise mit den Lieferanten gemeinsam entwickelten – Aktionsplans für kontinuierliche Verbesserungen.

VIII. Fazit

- 189 Zwei wesentliche Schlussfolgerungen lassen sich aus diesem Kapitel ziehen. Erstens: Der Compliance Officer einer Organisation hat eine Rolle im Menschenrechtsprogramm zu übernehmen. Der Compliance Officer ist dabei nicht alleine zuständig für das Thema und kann folglich nicht allein für die Entwicklung, Umsetzung, Verfolgung und Berichterstattung des Menschenrechtsprogramms verantwortlich gemacht werden. Die Aufgabe ist umfangreich und erfordert einen unternehmensweiten Ansatz, der sich über alle Themen erstreckt, mit denen sich die Compliance Abteilung befasst.
- 190 Zweitens, und ungeachtet des ersten Punktes, entwickelt sich Compliance in vielen Unternehmen weiter und wird zunehmend zu der Funktion, welche die praktische Umsetzung der Unternehmenswerte vorantreibt. Dies bedeutet eine eindeutige Abkehr von der regelbasierten Compliance. Der Umgang mit den Auswirkungen auf die

Menschenrechte aus der Perspektive der Rechteinhaber ist der Inbegriff einer wertorientierten Kultur. Diese stützt sich auf die Fähigkeiten und Erfahrungen, die in den Compliance Funktionen vieler, aber bei weitem nicht aller Unternehmen, vorhanden sind. Ein Unternehmen, das versucht, einen regelbasierten Ansatz für die Menschenrechte durchzusetzen, wird die von der UNGP erwarteten Standards nicht erfüllen können. Der Fokus und die Perspektive auf die Sorgfaltspflicht nach UNGP umfassen beispielsweise einen kontinuierlichen, fortlaufenden, iterativen Prozess.

Dieses letzte Element – ein Dialog auf der Grundlage des Engagements mit denjenigen Personen und Gemeinschaften, die von den Aktivitäten des Unternehmens betroffen sind – stellt für viele Verwaltungsräte und leitende Angestellte eine echte Herausforderung dar. Es erfordert möglicherweise eine Neubeurteilung der Frage, wer als Stakeholder anzuerkennen ist, und eine Neubewertung der Geschäftsinteressen hinsichtlich der Auswirkungen auf die Menschenrechte. **191**

IX. Anregungen für die Zürcher Präzisionswerk AG

Mit der neuen Compliance Funktion ist das Unternehmen in der Lage, die folgenden Optionen in Bezug auf Menschenrechtsrisiken in Betracht zu ziehen: **192**

- Entwicklung eines ganzheitlichen Risiko- und Compliance-Ansatzes, der Korruption, Menschenrechte und CSR einschliesst, sodass diese Themen von Anfang an integriert angegangen werden. Dieser Ansatz kann bei der Expansion des Unternehmens nach Malaysia als Pilotprojekt angewendet werden.
- Es wird angeraten, einen Compliance Officer mit Erfahrung in den Bereichen CSR, Menschenrechte und Korruptionsbekämpfung und vorzugsweise auch mit Erfahrung im Bereich der Digitalisierung von Compliance einzustellen. Der neue Compliance Officer sollte in all diesen Bereichen eng mit den Mitarbeitenden aus dem Geschäft zusammenarbeiten, während das Compliance Programm entwickelt wird.
- Im Hinblick auf die Menschenrechtsrisiken sollte mit der Erfassung der Lieferkette und aller Stakeholder der direkten Lieferanten (Stufe 1) sowie in den Stufen 2 und 3 begonnen werden. Dabei sollten die Auswirkungen auf die Rechteinhaber auf allen Stufen berücksichtigt werden, vor Ermittlung der potenziellen und tatsächlichen Auswirkungsrisiken.
- Zudem kann der Compliance Officer die zuvor abgebildeten Schritte für eine Wirkungsanalyse von Menschenrechtsverletzungen abarbeiten.

§ 13 Compliance Organisation & Chief Compliance Officer

Alexander Ghazvinian/Daniel Gysel

Verwendete Literatur und Materialien LENGAUER DANIEL/RUCKSTUHL LEA, Compliance – Recht für die Praxis, Zürich 2017; DEPARTMENT OF JUSTICE, A Resource Guide to The U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition; ECONOMIESUISSE, Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements, 2017 (zit.: GRUNDZÜGE EINES WIRKSAMEN COMPLIANCE MANagements); DIES., Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 2016 (zit. SWISS CODE); Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMA] Rundschreiben 2017/2 Corporate Governance – Versicherer vom 7.12.2016 (Stand 1.1.2017); ESMA-Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID-Anforderungen an die Compliance-Funktion vom 25.6.2012 (ESMA/2012/388); FATF-Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, Financial Action Task Force (FATF), Paris 2012 (Stand Oktober 2021); FINMA-Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken vom 22.9.2016 (Stand 1.7.2017); FINMA-Rundschreiben 2017/2 Corporate Governance – Versicherer vom 7.12.2016 (Stand 1.1.2017); Richtlinie 2009/138/EG vom 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), Abl. L 335/1 vom 17.12.2009, S. 1–155; Richtlinie 2014/65/EU vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EG, Abl. L 173 vom 12.6.2015, S. 349–496; UK Bribery Act 2010 (c. 23); Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO) vom 9.11.2005 (Stand 1.1.2016), SR 961.011.

I. Compliance Organisation

1. Einleitung

- 1 Das folgende Kapitel beschäftigt sich mit Fragen rund um die organisatorische und inhaltliche Aufstellung der Compliance Organisation und der resultierenden Anforderungen an die Mitarbeiter. Es wird deutlich werden, dass gerade für Industrie- und Dienstleistungsunternehmen die nationalen und internationalen Gesetzgeber nur bedingt Anforderungen formulieren. Die Schweiz kennt im Prinzip keine spezifischen, branchenunabhängige gesetzliche Vorgaben, welche die Einrichtung und den Betrieb einer Compliance Funktion und eines Compliance Management System vorschreiben (siehe dazu § 6). Somit sind insbesondere branchenspezifische Vorgaben massgebend, um die Ausgestaltung einer Compliance Organisation abzuleiten. In der Schweiz sind die Vorgaben in Bezug auf eine Compliance Organisation in der Finanzindustrie am konkretesten. Dass diese teils gesetzlichen, teils regulatorischen Vorgaben nicht unilateral für sämtliche Branchen angewendet werden können, ist so weit nachvollziehbar. Es ergeben sich punktuell unterschiedliche Ansätze, die aber vom Prinzip her identischer Natur sind.

Vieles wird in das Ermessen der Industrie-Unternehmen gestellt, verbunden mit dem Hinweis, eine dem Risiko konforme Compliance Organisation zu installieren. Am Ende wird es darauf ankommen, dass die Unternehmensleitung herleiten und begründen kann, wieso sie welche Massnahmen getroffen hat und wie sich die Ressourcen definieren. 2

Die Autoren haben daher bewusst Anforderungen aus der Finanzindustrie aufgenommen. Es gibt allerdings keinen «one-fits-all» Ansatz. Eine entscheidende Rolle spielen vielmehr unternehmensinterne Restriktionen, Risikoabwägungen und die Anforderungen der verschiedenen Stakeholder. Dazu will der vorliegende Beitrag eine Hilfestellung sein und Denkanstösse geben. 3

2. Aufbauorganisation

a) Ausgangslage

Compliance Organisationen haben sich in den vergangenen 20 Jahren sehr dynamisch entwickelt, sowohl in den organisatorischen Aufstellungen als auch in der Frage der Verantwortlichkeit. Oftmals wurde dabei die Verantwortlichkeit erweitert, aber der Aufbau der Organisation nicht oder nur minimal angepasst. 4

Gelegentlich gibt und gab es auch Überlegungen, ob eine gewisse Organisationsstruktur die Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft oder die Haftungsfrage minimieren kann. Dies mag in der theoretischen Betrachtung möglich sein, scheitert erfahrungsgemäss jedoch meist in der Praxis, da die notwendigen Voraussetzungen im operativen Tagesgeschäft nicht eingehalten werden. Zudem zeigen aktuelle Compliance-Verfahren, dass oftmals die Kenntnis eines Vorgangs durch das Unternehmen oder die Unternehmensleitung ausreichend ist, um Organe und Personen in die Haftung für Compliance Verstösse zu nehmen. Daher ist es ratsam, sich nicht mit der Frage der Haftungsminimierung zu beschäftigen, sondern damit, wie eine Compliance Organisation aufgebaut werden kann, um ein bestmögliches Managementsystem zu implementieren, welches präventiv und deduktiv wirkt. 5

b) Externe Vorgaben

aa) Schweiz

In Kapitel 21 des SWISS CODE werden Hinweise zu der Aufstellung der Compliance-Organisation gegeben («Der Verwaltungsrat ordnet die Funktion der Compliance nach den Besonderheiten des Unternehmens [...]»), die in dem Positionspapier GRUNDZÜGE EINES WIRKSAMEN COMPLIANCE-MANAGEMENTS weiter ausgeführt werden. Letztlich wird dort allerdings nur darauf hingewiesen, dass die Compliance Organisation entweder als eigenständige Organisation geführt, aber auch anderen Bereichen unterstellt werden kann. 6

bb) International

Zieht man internationale Vorgaben wie den amerikanischen US FCPA oder den UK Bribery Act heran, so ergeben sich mehr Hinweise, wie eine Compliance Organisation 7

aufgebaut werden soll bzw. welche Anforderungen an eine solche gestellt werden: «[...] to one or more specific senior executives within an organization. Those individuals must have appropriate authority within the organization, adequate autonomy from management, and sufficient resources to ensure that the company’s compliance program is implemented effectively. Adequate autonomy generally includes direct access to an organization’s governing authority, such as the board of directors and committees of the board of directors (e.g., the audit committee). Depending on the size and structure of an organization, it may be appropriate for day-to-day operational responsibility to be delegated to other specific individuals within a company» (A Resource Guide to The U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, 59).

- 8 Auch andere Rechtsnormen, wie beispielsweise der UK Bribery Act geben ähnliche Empfehlungen. Festzuhalten bleibt aber, dass keiner der Gesetzgeber detaillierte Vorgaben macht. Es wird eine dem Risikoprofil des Unternehmens angemessene Organisationsstruktur erwartet.

c) Good Practice und Handlungsempfehlungen

- 9 «Die» Compliance Organisation gibt es nicht. Eine Compliance Organisation muss sich im Aufbau des Unternehmens und der definierten Verantwortlichkeit widerspiegeln. Dies kann auch bedeuten, dass sich die Organisation über den Zeitverlauf verändern wird.
- 10 Für den Aufbau und die Frage einer zentralen Organisation von Compliance im Unternehmen spielen diverse Faktoren eine Rolle:

Grösse der dezentralen Unternehmenseinheiten	Die Ernennung eines dezidierten lokalen Compliance Officers erscheint nur dann als sinnvoll, wenn die lokale Unternehmenseinheit (i) eine hinreichende Grösse hat oder (ii) aufgrund des Risikoprofils eine lokale Funktion notwendig ist. Ersteres erscheint aus Sicht der Autoren erst ab 50–100 Mitarbeiter sinnvoll, wobei auch zu prüfen ist, ob eine Person nicht mehrere Standorte im gleichen Sprachgebiet abdecken kann. Dies wäre dann eher eine regionale Funktion.
Grösse der Compliance-Organisation	Eine Compliance-Organisation mit 1–5 Mitarbeitern mag effektiver und effizienter sein, wenn diese zentral organisiert ist.
Regulatorische Anforderungen	Für manche Compliance-Gebiete kann es notwendig sein, eine lokale Funktion zu installieren. Allerdings sollte geprüft werden, ob diese – abhängig vom Thema – nicht outgesourced werden kann, wie z.B. bzgl. Datenschutz.
Unternehmensorganisation	Auch diese spielt eine entscheidende Rolle bei der Ausgestaltung. Ist das Unternehmen über eine Holding organisiert und sind die operativen Entscheider in den dezentralen Einheiten, so muss sich dies ebenso in dem Organisationsaufbau widerspiegeln. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Compliance-Organisation sich nicht integrieren kann.

Tabelle 1: Faktoren für eine zentrale Compliance Organisation

d) Compliance Verantwortlichkeit

Der Aufbau, als auch die Frage einer zentralen Organisation von Compliance ergibt sich u.a. auch aus der Verantwortlichkeit der Compliance-Organisation. In einem ersten Schritt sollte somit festgelegt werden, für welche Themen die Compliance-Organisation in welcher Ausprägung verantwortlich ist. Dabei kann aus Sicht der Autoren wie folgt unterschieden werden:

Ausführungsverantwortung	Die Compliance-Organisation ist für die Entwicklung, die Implementierung und Weiterentwicklung des Compliance-Management-Systems (CMS) verantwortlich, sprich die operative Verantwortung liegt beim Compliance Officer, z.B. bei der Korruptionsbekämpfung.
Monitoring	Die Compliance-Organisation ist nicht verantwortlich für das CMS selber, überprüft aber durch Audits, Spot-Checks oder ähnliches die Wirksamkeit und berichtet darüber, vereinbart Massnahmen zur Verbesserung und prüft deren Implementierung, beispielweise bei der Exportkontrolle.
Reporting	Die Compliance-Organisation hat keine operative Verantwortung, sondern inkludiert die Kennzahlen eines anderen CMS nur in das eigene Reporting, beispielweise bei der Produkthaftung.

Tabelle 2: Verantwortlichkeiten von Compliance

Sind diese Elemente definiert, ergibt sich bereits ein erster Ansatz, welche Fähigkeiten und Kenntnisse in der Compliance-Organisation benötigt werden und bis zu welchem Grad sich ein zentraler bzw. dezentraler Aufbau anbietet.

aa) Compliance Organisationsaufbau

Wenn man davon ausgeht, dass ein Chief Compliance Officer für ein Compliance Management System umfänglich verantwortlich ist und die Elemente eben dieses sowohl definieren als auch implementieren muss, so benötigt er diese Kompetenzen auch in seinem Team. In Abhängigkeit von der definierten Compliance-Verantwortlichkeit bietet es sich an innerhalb der Compliance-Organisation Experten für die verschiedenen Themen zu definieren. Daraus ergibt sich eine Matrix-Organisation, bei der u.a. ein Compliance-Element auch für mehrere Compliance-Themen verantwortlich sein kann.

Unter einer «zentralen» Zuordnung verstehen die Autoren, dass eine Person im Compliance-Team die Verantwortung übernehmen sollte und dafür die entsprechenden Kompetenzen benötigt. Dabei zeigt sich sehr schnell, dass ein sehr unterschiedliches Kompetenzbild entsteht. Ein Mitarbeiter, der z.B. Trainings entwickelt, hat ggfs. eine andere Ausbildung als jemand, der interne Untersuchungen durchführt.

Folgende Tabelle soll einen Überblick über die wesentlichen Elemente eines Compliance Management Systems (CMS) und deren Aufbau geben:

Element	Zentral vs. dezentral	Ausprägung
Risk-Assessment	Zentral	Kann für mehr als ein Compliance-Thema gleichzeitig durchgeführt werden. Hier bietet sich ggfs. die Zusammenarbeit mit anderen zentralen Funktionen an.
Training	Zentral	Die Entwicklung von Trainingsinhalten kann zentral erfolgen, insbesondere für webbasierte Trainings. Gleiches bietet sich für Präsenztrainings an, wobei hier die Durchführung durch lokale Compliance Officer erfolgen kann.
Kommunikation	Zentral	Der jährliche Kommunikationsplan und die entsprechenden Elemente können zentral entwickelt werden. Hier bietet sich die Zusammenarbeit mit der Kommunikationsabteilung an.
Integritäts Due Diligence von Dritten	Zentral oder dezentral	Die Durchführung der Due Diligence sollte heutzutage über eine IT-basierte Lösung erfolgen. Allerdings ist die Auswertung der Berichte durch die Compliance-Organisation erforderlich. Bei hinreichender Kompetenz kann diese Aufgabe auch dezentral erfolgen.
Interne Untersuchung	Zentral	Dies erfordert spezielle Kenntnisse, aber auch eine Unabhängigkeit von der zu untersuchenden Einheit.
Whistleblower-System	Zentral	Durch die notwendige Vertraulichkeit und die sich einer Meldung anschließenden interne Untersuchung ist grundsätzlich eine zentrale Anordnung notwendig

Tabelle 3: Wesentliche CMS-Elemente

bb) Lokale Compliance-Beauftragte – ein anderer Ansatz

- 16 Der Auf- und Ausbau der Compliance-Organisation ist immer noch eine Frage von Ressourcen und damit einhergehend, wieviel Budget ein Unternehmen dafür zur Verfügung stellen will. Gleichzeitig werden die Compliance Themen immer komplexer und die Anforderungen der Gesetzgeber an ein Compliance Management System steigen kontinuierlich.
- 17 Um das Thema der Ressourcen zu umgehen, hat sich in den letzten Jahren der Trend zur Installierung von Compliance Manager oder Beauftragten in den lokalen Geschäftseinheiten entwickelt. Dies sind in der Regel Mitarbeiter, die bereits eine compliancenahe Funktion ausüben und welche jetzt noch zusätzlich die Verantwortung für Compliance bekommen, meistens mit 10–15% ihrer Arbeitszeit.
- 18 Von der Implementierung einer solchen Organisation raten die Autoren ab, da andernfalls ein umfangreiches Qualifikations-Programm für diese Beauftragten entwickelt werden müsste. Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass das lokale Management die Compliance-Verantwortung auf diesen Mitarbeiter abwälzt, dieser aber nicht hinreichend

qualifiziert ist und auch die Erfahrung bei einer Vielzahl von Themen nicht vorhanden sein kann. Sicherlich können einzelne Aufgaben aus dem Compliance-Management-System an lokale Funktionen delegiert werden, z.B. die Durchführung von internen Kontrollen, gleichzeitig sollten aber die wesentlichen Elemente des Compliance-Management-Systems durch die originäre Compliance Organisation durchgeführt werden, z.B. Präsenztraining. Allerdings bietet es sich an, in der lokalen Einheit Compliance Multiplikatoren zu installieren, die helfen, die Compliance-Massnahmen zu implementieren. Diese werden oftmals Business Compliance Ambassador (BCA) genannt.

Der BCA hat als Aufgabe:

19

- Ein vertrauenswürdiger Berater und erster Ansprechpartner vor Ort zu sein, um Routineanfragen zu beantworten und die Compliance-Organisation zu benachrichtigen, wenn ein Problem eskaliert werden muss.
- Zusammenarbeit mit seinem Managementteam und der Compliance-Organisation bei der Umsetzung von Compliance-Initiativen und den Programmen.
- Monatliche Treffen mit dem lokalen Verantwortlichen, um anstehende Compliance-Initiativen zu besprechen.
- Überwindung von Sprachbarrieren zwischen dem lokalen Team und der Compliance-Organisation.

Was der BCA aber nicht ist:

20

- ein Ermittler/Polizist der Untersuchungen durchführt;
- verantwortlich für Compliance – die Verantwortung bleibt bei dem lokalen Management-Team;
- verantwortlich für die Einhaltung und Erledigung alle Compliance-Arbeiten;
- Berichterstatter an die Compliance Organisation.

Idealerweise wird der BCA für die Dauer von 2–3 Jahren ernannt und die Person kommt weder aus dem Finanz-, Rechts oder HR-Bereich, sondern dem operativen Geschäft. Die Person kann auch ein «Potentialträger» im Unternehmen sein. 21

Für die Compliance Organisation bedeutet die Installation eines BCA Netzwerkes, dass man eine Möglichkeit hat, schnell in die Organisation zu Compliance zu kommunizieren und auch entsprechendes Feedback zu bekommen. Besonders wichtig ist dabei die Möglichkeit, Sprachbarrieren zu überbrücken. 22

Die Qualifizierung der BCAs kann durch jährliche Treffen und monatliche virtuelle Treffen erfolgen, bei denen die Compliance-Organisation sowohl über aktuelle Themen und Projekte informiert und zugleich die BCAs auf ausgewählte Themen trainiert. Zugleich kann z.B. der CEO die Patenschaft für die BCAs übernehmen und damit die Bedeutung zum Ausdruck bringen. 23

172

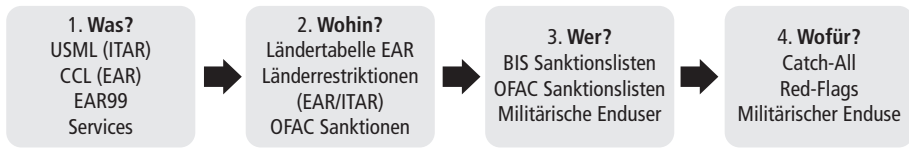


Abbildung 6: Die 4W zur Prüfung möglicher US-Bewilligungspflichten (Quelle: eigene Abbildung)

a) Prüfung von Gütern und Dienstleistungen (Was soll ausgeführt werden?)

173 Zunächst muss überprüft werden, ob das Gut von der USML (ITAR) oder von der CCL (EAR) erfasst wird. Falls dies nicht der Fall ist und das Gut dennoch den EAR unterliegt, ist es als EAR99-Gut anzusehen. Eine Bewilligungspflicht ist abhängig von der Klassifizierung des Gutes, vom Bestimmungsland, von den Intermediären, dem Endnutzer und Endnutzen. Jegliche Aktivitäten mit ITAR-klassifizierten Gütern unterliegen jedoch einer Bewilligungspflicht. Für einige Embargoländer bestehen Verbote.

b) Prüfung des Verwendungsortes (Wohin soll reexportiert werden?)

174 Die Ermittlung einer EAR-Bewilligungspflicht ist abhängig vom Bestimmungsland und erfolgt durch den Abgleich der ECCN mit der Ländertabelle. Ist der in der ECCN angegebene Kontrollgrund dort für das Zielland angekreuzt, ist die Lieferung grundsätzlich genehmigungspflichtig, falls nicht eine Genehmigungsausnahme genutzt werden kann.

175 Für alle EAR-Güter inkl. der unkritischen EAR99-Güter sind Restriktionen gegen bestimmte Embargoländer (§ 746 EAR) zu berücksichtigen.

176 Neben der güterkontrollrechtlichen Prüfung sollten auch die OFAC-Sanktionsmassnahmen geprüft werden, um mögliche primäre- oder sekundäre Sanktionen gegen das Bestimmungsland bzw. involvierte Parteien zu identifizieren. Dies gilt auch für den Fall, dass keine ITAR- oder EAR-Güter in eine Transaktion involviert sind.

c) Prüfung involvierter Parteien sowie des Endverwenders (Wer ist involviert?)

177 Eine Bewilligungspflicht kann sich durch direkte oder indirekte Listung von involvierten Parteien auf US-Sanktionslisten ergeben. Die verschiedenen Sanktionslisten des BIS und des OFAC können kostenlos auf den Webseiten des US-Handelsministeriums konsolidiert geprüft werden (<<https://www.trade.gov/data-visualization/csl-search>> [15.4.2022]). Weiterhin gibt es Beschränkungen für militärische Endverwender in Burma, China, Russland und Venezuela.

d) Prüfung der Endverwendung (Wofür werden die Güter oder Technologien verwendet?)

Für bestimmte kritische Endverwendungen bestehen Verbote oder Bewilligungspflichten (§ 744 EAR). In § 732 Supplement 3 definieren die EAR sogenannte «red-flags», die auf potenzielle Proliferationsrisiken hindeuten können. Schweizer Unternehmen sollten bei der Ausfuhr von US-Gütern auch diese red-flags in ihren Risiko-beurteilungen einfließen lassen. 178

7. Zusammenfassung US-Exportkontrolle und Sanktionen

Die US-Güterkontrollen und Sanktionen sind ein komplexer Bereich des US-Rechts, der weitreichende extraterritoriale Auswirkungen auch für Schweizer Unternehmen haben kann. Wenn Güter, Software oder Technologie mit US-Ursprung, US-Personen, US-Dollar oder US-Infrastrukturen in eine Transaktion involviert sind, oder ein sonstiger US-Nexus besteht, gilt es grundsätzlich, immer auch die US-Güterkontrollgesetze sowie die US-Sanktionen auf Relevanz zu prüfen. Es ist wichtig, potenzielle Risiken zu ermitteln und ein internes Compliance Programm zur Einhaltung der Vorschriften zu entwerfen. Nicht alle Unternehmen sind durch die Exportkontrollgesetze und Sanktionen der USA gleich stark gefährdet, aber ein Versäumnis, die potenziellen Risiken zu erkennen, kann auch für Schweizer Unternehmen signifikante Konsequenzen haben. 179

IV. Chinesisches Exportkontroll- und Anti-Sanktionen-Gesetz

China hat in den Jahren 2020 und 2021 die Entwicklung einer Exportkontroll- und Sanktionsgesetzgebung vorangetrieben und in kurzer Zeit mehrere relevante Verordnungen in Kraft gesetzt. Zwar sind die praktischen Auswirkungen der Verordnungen bisher noch unklar, eine strikte Umsetzung könnte jedoch auch für Schweizer Unternehmen, die in China oder im Handel mit China aktiv sind, Konsequenzen haben. 180

1. Das chinesische Exportkontrollgesetz

Bereits im Oktober 2020 hat der chinesische Nationalkongress ein vollständig überarbeitetes Exportkontrollgesetz («ECL») verabschiedet und im Dezember 2020 in Kraft gesetzt. Neben Güterkontrollen für dual-use und militärische Güter, Technologien und kritische Dienstleistungen beinhaltet das ECL auch die Möglichkeit grundsätzlich jegliche Güter, Technologien und Dienstleistungen von Relevanz für die Aufrechterhaltung der nationalen Sicherheit, der Verhinderung der Proliferation und andere nationale Verpflichtungen unter Kontrolle zu stellen (Art. 2 ECL). China ist zwar Mitglied des UN-Sicherheitsrates und der NSG, nicht jedoch der anderen drei wichtigen Exportkontrollregime (WA, AG, WG). Die Güterlisten des ECL werden entsprechend nicht zwingend auf den internationalen Regimen aufbauen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Güterlisten in China auf der Zolltarifnummer aufsetzen, nicht auf einer EKN/ECCN. Die Identifikation potenzieller Bewilligungspflichten unter dem ECL bedingt entsprechend eine lokale Klassifizierung der zu exportierenden Gü- 181

ter oder Technologie. Auch in China kann ein immaterieller Technologietransfer auch innerhalb von China unter eine Bewilligungspflicht fallen und muss v.a. bei der Anstellung ausländischer Mitarbeitender in China berücksichtigt werden.

- 182** Neben dem Export kontrollierter Güter können auch die Bereitstellung, Wiederausfuhr, Durchfuhr und Umladung kontrollierter Güter unter eine Lizenzpflicht fallen.
- 183** Das ECL definiert auch eine extraterritoriale Anwendung. Der Artikel 44 ECL sieht vor, dass Unternehmen oder Personen ausserhalb Chinas, die gegen das ECL verstossen oder nationale Interessen oder Sicherheit Chinas gefährden oder auf andere Weise die Erfüllung der Nichtverbreitungs- und anderer internationaler Verpflichtungen behindern, Gegenstand von Untersuchungen und gesetzlicher Haftung sein können. Der Artikel 48 ermöglicht sogar Vergeltungsmassnahmen, wenn andere Staaten Exportkontrollmassnahmen nutzen, um China zu schaden (vgl. BRUNNER/HENSCHEL/MEIRICH, ECL).

2. Das chinesische «Anti-Foreign-Sanctions Law»

- 184** Nachdem das chinesische Handelsministerium bereits im Januar 2021 eine Blocking-Verordnung gegen ausländische Sanktionen und Massnahmen lanciert hatte, führte China kurz darauf im Juni 2021, als Reaktion auf US-Sanktionsmassnahmen ausserdem ein Anti-Sanktionsgesetz (Anti-Foreign-Sanctions Law «AFSL») ein, womit künftig gegen ausländische Personen, Unternehmen und Organisationen selbst Sanktionen erlassen werden können.
- 185** Der Art. 4 AFSL ermöglicht es Personen, Unternehmen oder Organisationen, die direkt oder indirekt an der Ausarbeitung, Beschlussfassung oder Durchführung ausländischer, diskriminierender restriktiver Massnahmen beteiligt sind, in eine Liste für Gegenmassnahmen aufzunehmen. Der Art. 5 AFSL ermöglicht direkte Gegenmassnahmen gegen Ehegatten und Verwandte von gelisteten Personen, leitende Angestellte von gelisteten Unternehmen und Unternehmen, die unter der Kontrolle gelisteter Personen stehen.
- 186** Massnahmen gegen solche Personen, Unternehmen oder Organisationen reichen von Reiseverboten über die Beschlagnahme von Vermögenswerten bis hin zum Verbot, mit diesen Personen oder Organisationen in irgendeiner Form zusammenzuarbeiten bzw. Transaktionen durchzuführen (Art. 6 AFSL).
- 187** Hervorzuheben ist Art. 12 AFSL, der besagt, dass Personen, Unternehmen oder Organisationen etwaige diskriminierende restriktive Massnahmen ausländischer Nationen gegen chinesische Bürger oder Organisationen nicht umsetzen bzw. Dritte bei der Umsetzung nicht unterstützen dürfen. Dies stellt de facto ein Verbot dar, ausländische Sanktionen und Massnahmen gegen China oder chinesische Unternehmen zu befolgen. Das Verbot betrifft sowohl chinesische als auch ausländische Personen, Unternehmen und Organisationen. Das AFSL erlaubt chinesische Bürger oder Unternehmen und Organisationen die Einhaltung der Verordnung vor den lokalen Volksgerichten zu erwirken respektive Schadensersatz von Unternehmen zu fordern, die z.B. wegen

ausländischer Sanktionen Transaktionen verweigern (vgl. BRUNNER/HENSCHEL/MEIRICH, AFSL).

3. Auswirkungen auf Schweizer Unternehmen

Bisher sind die praktischen Auswirkungen des chinesischen Exportkontroll- und Anti-Sanktionsregimes noch nicht abschätzbar. Es gilt abzuwarten, ob und wie die Gesetze in der Praxis umgesetzt bzw. durchgesetzt werden. Unternehmen, die in China und mit chinesischen Unternehmen Geschäfte tätigen, oder sogar Tochtergesellschaften in China unterhalten, wird jedoch schon heute empfohlen, eine ganzheitliche Bewertung der Auswirkungen des neuen Exportkontroll- und Anti-Sanktionsgesetzes auf ihre Geschäftstätigkeit vorzunehmen. **188**

Mögliche Auswirkungen einer weiteren Verschärfung des Handelskonflikts zwischen China und den USA sollte in einer solchen Bewertung vorausschauend einfließen. Es ist nicht auszuschliessen, dass zukünftig gewisse kontrollierte Produkte mit US- bzw. CN-Ursprung unter Ausfuhrverbote für das jeweilige andere Land fallen können. Der Einfluss auf die internationalen Lieferketten könnte enorm sein. Auch gilt es im Umgang mit chinesischen Unternehmen und möglichen extraterritorialen US-Sanktionierungen Vorsicht walten zu lassen. Schon entsprechende Compliance Klauseln mit US-Bezug könnten hier eine potenzielle Angriffsfläche in China bieten. **189**

Es ist davon auszugehen, dass der chinesische Gesetzgeber die Gesetze durch weitere Durchführungsverordnungen und Richtlinien ergänzen wird. Schweizer Unternehmen mit einem China-Nexus sollten diese Entwicklungen aufmerksam beobachten. **190**

V. Betriebliche Massnahmen zur Einhaltung der Exportkontroll- und Sanktionsbestimmungen

Die Komplexität in der internationalen Exportkontrolle und Sanktionslandschaft nimmt stetig zu. Die Einhaltung aller Genehmigungspflichten, Meldepflichten und Verbote im internationalen Handel stellt Unternehmen vor eine immer grösser werdende Herausforderung. Um die Einhaltung der Regeln sicherstellen zu können, ist eine Systematisierung und Standardisierung der innerbetrieblichen Exportkontrolle unumgänglich. Die Dokumentation der internen Compliance-Organisation, Verfahren, Prozesse und Systeme wird auch von den Behörden als Internes Compliance Programm (ICP) bezeichnet. Eine solches ICP wird von den Gesetzgebern eingefordert, wenn Unternehmen eine Bewilligung für die Ausfuhr von kontrollierten Gütern beantragen möchten. **191**

In Ihrem Merkblatt zur «Firmeninternen Kontrolle der Einhaltung der Exportkontrollvorschriften (Internal Compliance Program – ICP)» begründet das SECO die Implementierung eines ICP nicht nur mit der Pflicht zur Einhaltung des geltenden Rechts und der Bekämpfung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen, sondern v.a. auch mit dem Reputationsschutz für die Unternehmung und dem Standort Schweiz. Um zu prüfen, ob das eigene ICP den Anforderungen des SECO genügt, hat **192**

das SECO einen Fragebogen publiziert: <https://www.seco.admin.ch>, dort: Aussenwirtschaft > Exportkontrollen und Sanktionen > Industrieprodukte (Dual-Use) und besondere militärische Güter (Licensing) > Formulare und Merkblätter > ICP – Firmeninterne Kontrolle > Fragebogen ICP (15.4.2022).

- 193** Die verschiedenen Exportkontrollbehörden der Schweiz (s. SECO, ICP), USA (s. BIS, ICP) und auch die EU (s. EU, ICP) haben hilfreiche Dokumente zur Ausgestaltung eines ICP veröffentlicht. Es existieren jedoch keine bindenden Vorschriften, wie ein ICP ausgestaltet sein muss. Letztlich muss das ICP aufzeigen, wie eine Unternehmung die Compliance mit Exportkontroll- und Sanktionsvorschriften sicherstellt, wobei die Ausgestaltung des ICP an die Grösse, die Struktur, die Güter, Aktivitäten und das Risikoprofil der Unternehmung angepasst werden muss. Unternehmen haben oftmals bereits interne Kontrollverfahren und Prozesse etabliert. Ein ICP muss so häufig nicht von Grund auf neu ausgestaltet werden, sondern kann dann durch den Zusammenzug bzw. durch das Referenzieren existierender Prozessdokumentationen effizient erstellt werden. Die relevanten Elemente eines ICP können teilweise bereits durch existierende Compliance Management Systeme abgedeckt sein, es ist jedoch ratsam, für z.B. Bewilligungsanträge ein eigenständiges umfassendes ICP mit den im Folgenden unter N 195–209 aufgezählten Elementen zu etablieren.
- 194** Wichtig ist, dass sich auch Unternehmen, die nicht klassischerweise zur «Rüstungsindustrie» oder «Sicherheitsbranchen» gehören, dieser Vorgaben bewusst sind, zumal ganz verschiedene Güter und Dienstleistungen unter die jeweiligen Genehmigungspflichten oder Verbote fallen. Auch kann zwar das Zielland einer Transaktion unkritisch sein, involvierte Personen oder Unternehmen können jedoch dennoch direkt oder indirekt sanktioniert sein und damit die Transaktionen unter eine Bewilligungspflicht oder ein Verbot stellen. Zudem ist ganz besondere Vorsicht bei Dual-Use Gütern geboten.

1. Management Commitment

- 195** Die Gesamtverantwortung für Compliance und für den Erfolg eines ICPs liegt bei der Geschäftsleitung und letztlich beim Verwaltungsrat. Deshalb ist der *Tone from the Top* entscheidend für die Wirksamkeit eines ICP. Die oberste Führungsebene sollte in einer Verpflichtungserklärung festlegen, dass die Unternehmung die relevanten nationalen und internationalen Vorschriften im Bereich der Exportkontrolle und Sanktionen einhält. Ein solches Managementstatement verleiht einem ICP intern und extern die relevante Legitimation und fördert die Compliance-Kultur.
- 196** Dabei ist klar zu signalisieren, dass es nicht nur um die Einhaltung der Vorschriften zu Verhinderung von Komplikationen in den Geschäftsabläufen geht, sondern um das klare Bekenntnis zur Einhaltung von Menschenrechten und völkerrechtlichen Vorgaben. Zum Commitment des Managements gehört auch, dass es befürwortet, dass Transaktionen, wenn immer nötig, gestoppt werden. Es ist eine diesbezügliche Speak-up Kultur zu fördern.

2. Organisationsstruktur, Zuständigkeiten und Ressourcen

Die Einhaltung der Exportkontroll- und Sanktionsvorschriften bedarf einer ausreichenden organisatorischen, personellen und technischen Ausgestaltung entsprechender Ressourcen und ist für den Aufbau und die Einhaltung der Compliance unerlässlich. Unternehmen sollten eine dokumentierte Organisationsstruktur ausweisen können, die die relevanten Compliance-Funktionen und ihre Eskalationsmöglichkeiten zum Management aufzeigt. Ein Exportkontrollverantwortlicher muss gestützt durch das Organigramm in der Lage sein, Transaktionen zu stoppen oder sogar zu untersagen. Hier ist besonders darauf zu achten, dass diese Personen durch die organisatorische Ausgestaltung vor Interessenkonflikten geschützt werden. Mitarbeitende, die mit der Umsetzung der innerbetrieblichen Exportkontrolle betraut werden, sollten sich konstant weiterbilden können, um den sich stetig ändernden internationalen Anforderungen und Entwicklungen im Bereich der Exportkontrollen und Sanktionen folgen zu können. 197

3. Training und Sensibilisierung

Training und Sensibilisierung ist ein essenzieller Baustein eines erfolgreichen ICPs. Das Management sowie die Mitarbeitenden sollten wiederkehrende Schulungen zum Thema Exportkontrolle erhalten. Es gilt sicherzustellen, dass die Grundlagen der nationalen und internationalen Exportkontrollregeln verstanden und die Relevanz für ihr Unternehmen und ihre Tätigkeit erkannt werden. Hierbei sollten sich die Schulungen nicht auf die Bereiche Logistik und Export beschränken. Auch Mitarbeitende beispielsweise in den Bereichen Einkauf, Engineering, Projektmanagement, Versand, Verkauf, Kundenbetreuung und Rechnungswesen sind von Exportkontrollvorschriften direkt oder indirekt betroffen und sollten eine entsprechende Grundausbildung erhalten. In einigen Unternehmensbereichen sollten zusätzlich gezielte Exportkontrolltrainings durchgeführt werden. Jegliche Trainings sollten in den Personalakten der Mitarbeitenden dokumentiert um im Falle von Audits oder Untersuchungen umfassend dokumentiert zu sein. Auch hilft die Dokumentation von Trainings bei der Entwicklung von weiteren Trainingsmassnahmen. 198

4. Verfahren und Prozesse

Die Definition der Verfahren und Prozesse zur Transaktionsprüfung bildet das Herzstück eines ICP. Die notwendigen Prüfschritte zur Beantwortung aller güterkontrollrechtlichen und sanktionsrechtlichen Fragen müssen beschrieben und dokumentiert werden. Alle relevanten Abteilungen müssen die notwendigen Prüfschritte in die eigenen Verfahrensanweisungen einarbeiten. 199

Das ICP sollte eine Übersicht der Verfahren und Verantwortlichkeiten zur Identifikation der für eine Transaktion relevanten Jurisdiktionen und Gesetze beinhalten (CH KMV/GKV; US EAR/ITAR). Ausserdem sollten die Prozessschritte zur Güterklassifizierung (inkl. Technologie und Software) bzw. Verfahren zur Einholung von Lieferan- 200

- 72 Eine weitere Form der Misswirtschaft wird als «leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit» beschrieben. *Kreditgewährung* ausserhalb des statutarischen Hauptzwecks des Unternehmens verstösst bei Insolvenzgefahr gegen die schuldnerische Vermögensfürsorgepflicht (vorn N 57; hinten N 75) und ist deshalb strafwürdig. Der Leichtsin liegt in diesen Fällen auch bei adäquater Bonitätsprüfung des Kreditnehmers darin, die vom Schuldner für seinen Unternehmenszweck dringend benötigten liquiden Mittel anderweitig zu binden. Ist die Kreditgewährung simuliert (Art. 18 Abs. 1 OR) und liegt in Wirklichkeit eine Schenkung vor, fällt das Verhalten unter Art. 164 StGB. Dabei sind der Verzicht auf Sicherheiten und Bonitätsprüfung und mehr noch die Kreditgewährung trotz bekanntermassen fehlender Bonität gewichtige Hinweise auf einen Schenkungswillen, wobei Art. 165 StGB als Auffangnorm in Frage kommt, wenn dieser trotzdem nicht eindeutig feststeht (BGer, 30.5.2018, 6B_748/2017, E. 3.2.2, i.c. verneint; PK StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 8). Zur Kreditgewährung innerhalb des Unternehmenszwecks kommt es einerseits bei Kreditinstituten und andererseits bei der in weiten Bereichen der Wirtschaft üblichen Leistung auf Rechnung. Die Fortsetzung solcher Geschäftsabläufe bei Insolvenzgefahr ist nicht leichtsinnig, solange dies mit angemessener Sorgfalt geschieht, wozu ein strukturiertes Inkassowesen mit Leistungsstopp bei grösseren Ausständen gehört. Es ist einem Unternehmen, das um seine Sanierung kämpft, nicht zuzumuten, entgegen den Gepflogenheiten der jeweiligen Branche nur noch gegen Vorschuss zu arbeiten, da es sich dadurch vom Markt abschneiden würde. Insbesondere, wenn die Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmens bekannt sind, ist es für die Kundschaft unangelegen, Vorschuss zu leisten.
- 73 Bei der *leichtsinnigen Kreditbenützung* verhält es sich grundlegend anders als bei der Gewährung. Kredit wird einerseits durch Inanspruchnahme von Vorleistungen des Vertragspartners benutzt und andererseits durch Verwendung von geborgtem Geld für Zahlungen. Beide Formen der Kreditbenützung bedeuten Aufwand. Unverhältnismässiger Aufwand fällt oft unter Art. 164 StGB (vorn N 70). Allerdings lässt sich die Auffassung vertreten, die Möglichkeit der Kreditbenützung sei kein Vermögenswert, der sich im Sinne von Art. 164 StGB «veräussern» lasse. Nach hier vertretener Meinung trifft dies auf die Darlehensverwendung nicht zu, denn aus der Eingehung der Darlehensschuld resultiert ein verfügbarer Vermögenswert. Wird dieser nicht im Unternehmenszweck verwendet, liegt zugunsten der Person, der die Verwendung nützt, eine Schenkung im Sinne von Art. 164 StGB vor. Als reine Erhöhung der Passiven fällt indessen das nie erfüllte Versprechen einer überhöhten Gegenleistung an die Person, die dem Schuldner Kredit gewährt hat, nicht unter Art. 164 StGB (vorn N 64a), sodass Art. 165 StGB zum Tragen kommt.
- 74 Unter *Verschleudern von Vermögenswerten* lässt sich nichts anderes verstehen als die in Art. 164 StGB beschriebene schenkungsweise Veräusserung von Vermögenswerten. Somit hat die zusätzliche Beschreibung dieses Phänomens als Form der Misswirtschaft keine selbständige Bedeutung (gl.M. PK StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 8).
- 75 *Arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung* liegt vor, wenn der Täter eine ausserhalb des Strafgesetzes begründete *Vermögensschutzpflicht verletzt*. Aus dem Beiwort «arg» folgt, dass es sich um eine elementare Pflicht oder um eine

schwerwiegende Verletzung handeln muss. Grundlegend für die Interessenwahrung der kaufmännischen Unternehmen ist die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht der Arbeitnehmer (Art. 321a OR), der Beauftragten (Art. 398 OR), der Gesellschafter der Personengesellschaft (Art. 538 OR i.V.m. Art. 557 Abs. 2 bzw. Art. 598 Abs. 2 OR), des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung der AG (Art. 717 OR), der Geschäftsführung der GmbH (Art. 812 OR) sowie der Verwaltung und Geschäftsführung der Genossenschaft (Art. 898 und Art. 902 OR). Die erste und wichtigste Voraussetzung zur Erfüllung der Sorgfalts- und Treuepflicht besteht darin, dass sich die Tätigkeit ausschliesslich auf den *Unternehmenszweck* auszurichten hat, der als konstitutives Merkmal alle Handelsgesellschaften kennzeichnet und der bei juristischen Personen in den Statuten zu beschreiben ist (Art. 530 Abs. 1, Art. 552 Abs. 1, Art. 594 Abs. 1, Art. 620 Abs. 2, Art. 626 Ziff. 2, Art. 764 Abs. 2, Art. 776 Ziff. 2, Art. 828 Abs. 1 und Art. 832 Ziff. 2 OR). Bei Abweichungen ist der tatsächliche Zweck massgeblich, der sich aus dem realen Geschäftsbetrieb des Unternehmens ergibt. Lässt sich der Geschäftsbetrieb aus finanziellen oder sonstigen Gründen nicht fortsetzen, besteht der Zweck in der Vermögenserhaltung im Hinblick auf die Erzielung des bestmöglichen Liquidationsergebnisses. Die Unterlassung der Förderung des Unternehmenszwecks und die anderweitige Verwendung der dafür benötigten Mittel des Unternehmens ist zumindest dann arg nachlässig im Sinne von Art. 165 StGB, wenn sich das Unternehmen in einer angespannten Finanzlage befindet und deshalb die Gefahr der Gläubigerschädigung besteht. Die Diskussion auch der weiteren in Art. 165 StGB beschriebenen Misswirtschaftsformen (vorn N 69 ff.) hat gezeigt, dass sich auch deren Strafwürdigkeit oft anhand der Frage beurteilen lässt, ob eine Mittelverwendung den Unternehmenszweck verfehlt, wobei sich solche Mittelverwendungen in vielen Fällen unter Art. 164 StGB subsumieren lassen.

a) Als arge Nachlässigkeit betrachtet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung **76** die Vernachlässigung der Buchführung und Rechnungslegung sowie insbesondere die *Verletzung der Kontroll- und Anzeigepflicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR* (Art. 725b revOR) bei begründeter Besorgnis der Überschuldung der AG, was für die Pflichten gemäss Art. 820 Abs. 1 OR bei der GmbH und gemäss Art. 903 Abs. 1 und 2 OR bei der Genossenschaft sinngemäss gilt (BGE 144 IV 52 E. 7.3, 54; 127 IV 110 E. 5b/aa, 115.; 104 IV 160 E. 4b, 167; BGer, 18.11.2019, 6B_731/2019, E. 2.2; 26.3.2019, 6B_1279/2018, E. 2.2.1; 9.1.2019, 6B_448/2018, E. 3.2.2; 30.5.2017, 6B_748/2017, E. 3.2.2; 7.8.2018, 6B_1103/2017, E. 1.2.1; 28.4.2016, 6B_1047/2015, E. 4.3; 6.10.2015, 6B_242/2015 E. 1.3.1; 9.5.2008, 6B_54/2008, E. 7.4.2; 11.2.2008, 6B_433/2007, E. 2; 6.3.2007, 6S.24/2007, E. 3; 29.12.2006, 6P.164/2006, E. 9.3.4.1; 1.3.2006, 6S.1/2006, E. 8). Dabei handelt es sich um eine Vermögensfürsorgepflicht, die dem Zweck dient, bei Überschuldung eine «Notbremse» zu ziehen, um die Restaktiven zu schützen und die Verschlimmerung des Schadens zu vermeiden. Diese Pflicht ist elementar, denn sie schafft einen Ausgleich für die Begrenzung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen und trägt so erheblich zum Grundvertrauen in Kapitalgesellschaften bei, dessen Fehlen die wirtschaftlichen Abläufe erheblich beeinträchtigt.

b) Die Kontrollpflicht beruht auf der *Besorgnis der Überschuldung*. Zu einer solchen führen ungünstige Abschlüsse oder Zwischenabschlüsse, besondere Vor-

kommissen wie Schadensfälle, Projektabbrüche und Kundenverluste sowie namentlich ernstliche Zahlungsschwierigkeiten, die spätestens dadurch manifest werden, dass Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb, wozu auch Steuern, Abgaben, Sozialversicherungsbeiträge und Versicherungsprämien gehören, selbst auf Betreibung nicht mehr bezahlt werden können. Bei solchen Warnsignalen ist zunächst unverzüglich eine der Dimension des Unternehmens angepasste Revision (Art. 727 f. OR) durchzuführen, und zwar auch dann, wenn die Aktionäre durch Opting-Out (Art. 727a Abs. 2 bis 4 OR) auf die eingeschränkte Revision verzichtet haben. Ergibt sich aus der revidierten Zwischenbilanz auch ohne Berücksichtigung von Forderungen mit Rangrücktritt eine Überschuldung nach Fortführungs- und Veräusserungswerten, hat der Verwaltungsrat die Bilanz beim Konkursgericht zu deponieren, das zu entscheiden hat, ob Aussicht auf Sanierung besteht oder der Konkurs zu eröffnen ist (Art. 725a OR; Art. 725b Abs. 3 revOR i.V.m. Art. 173a SchKG). Bei begründeter Aussicht auf eine Sanierung innerhalb einiger Wochen kann mit der Benachrichtigung des Gerichts so lange zugewartet werden (BGer, 26.3.2019, 6B_1279/2018, E. 2.2.1; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 33a; PK StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 163 N 8; hinten N 275 ff.). Der Beurteilung der Sanierungsaussicht muss eine einwandfreie Rechnungslegung zugrunde liegen.

c) Die Pflicht, bei Überschuldung das Gericht zu benachrichtigen, ist eine *unübertragbare und unentziehbare Aufgabe der Verwaltungsorgane*, nämlich des Verwaltungsrats der AG (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR), der Geschäftsführer der GmbH (Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7 OR) und der Verwaltung der Genossenschaft (Art. 903 Abs. 2 OR). Bleiben diese Organe untätig, so ist die Revisionsstelle bzw. die beigezogene Revisionsfachperson zu Benachrichtigung des Gerichts verpflichtet (Art. 725 Abs. 3, Art. 728c Abs. 3, Art. 729c, Art. 818 Abs. 1, Art. 906 Abs. 1 OR), wobei sich ihre Exponenten bei Untätigkeit gemäss Art. 165 StGB strafbar machen können (BGE 127 IV 110 E. 5b/aa, 114f.). Die klaren zivilrechtlichen Zuständigkeitsregeln haben zur Folge, dass nicht alle von Art. 29 StGB erfassten Personen, sondern nur die Mitglieder der für die Benachrichtigung des Gerichts verantwortlichen Organe strafrechtlich für die Verletzung dieser Vermögensfürsorgepflicht haften. Diesen gleichzustellen sind tatsächliche Leiter (Art. 29 lit. d StGB), die faktisch auf gleicher Stufe wie die offiziellen obersten Exekutivorgane fungieren oder diesen sogar Weisungen erteilen (hinten N 191; BGE 78 IV 28, 30 f.; BGer, 27.2.2015, 6B_697/2014, E. 1.1 ff.). Dadurch wird allerdings das fiduziarische Verwaltungsorgan nicht von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entlastet (hinten N 193).

d) Besteht die Besorgnis der Überschuldung, erscheint jedoch der *Aufwand für die Durchführung einer Revision* unangemessen, besteht die Möglichkeit, die strafrechtliche Haftung für die Verschlimmerung der Vermögenslage durch Konkursverschleppung dadurch abzuwenden, dass die Schuldnerin gemäss Art. 191 Abs. 1 SchKG beim Gericht die Konkursöffnung wegen Zahlungsunfähigkeit beantragt, wofür bei Kapitalgesellschaften ein Liquidationsbeschluss der GV erforderlich ist (AG: Art. 736 Ziff. 2 OR; GmbH: Art. 804 Abs. 2 Ziff. 16 OR; Genossenschaft: Art. 911 Ziff. 2 OR; KRAMPF/SCHULER, 1070).

a) Das gemäss den vorstehenden Erörterungen als Misswirtschaft zu würdigende Verhalten erfüllt den Tatbestand von Art. 165 StGB nur, wenn es eine adäquate Ursache für den tatbestandsmässigen Erfolg ist. Das Gesetz beschreibt diesen in vier Varianten als *Verschlimmerung der Vermögenslage*, die sich im Zustand Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit abspielt oder zumindest dort endet (zur Abgrenzung von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit s. auch hinten N 88 f.). Variante 1, Herbeiführung der Überschuldung, bedeutet, dass das Tatverhalten stattfindet oder einsetzt, bevor das Unternehmen überschuldet ist, und dass es die adäquate Ursache für den Eintritt der Überschuldung ist. Variante 2, Verschlimmerung der Überschuldung, hält fest, dass das strafrechtlich relevante Tatverhalten auch erst einsetzen kann, nachdem die Überschuldung bereits aus anderen Gründen eingetreten ist. Variante 3 stellt auf die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit ab, die sich meist einfacher als die Überschuldung nachweisen lässt und – allerdings selten – auch ohne Überschuldung eintreten kann. Zahlungsunfähig ist ein Schuldner, wenn er dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, sämtliche Forderungen bei Fälligkeit zu begleichen. Es ist nicht erforderlich, dass der Schuldner zu einem vollständigen Zahlungsstopp gezwungen ist. Umgekehrt genügt es nicht, wenn es aufgrund eines vorübergehenden Liquiditätsengpasses zu Zahlungsverzögerungen kommt. Variante 4 behandelt die Konstellation, dass das Misswirtschaftsverhalten erst nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit einsetzt und zu einer zusätzlichen Verschlimmerung der Vermögenslage führt, ohne dass die Überschuldung eintritt (oder nachgewiesen ist). Die Verschlimmerung in Variante 4 kann darin bestehen, dass das Reinvermögen abnimmt oder dass die Zahlungsfähigkeit in noch weitere Ferne rückt, weil durch die Misswirtschaftshandlung unnötigerweise Liquidität gebunden wird.

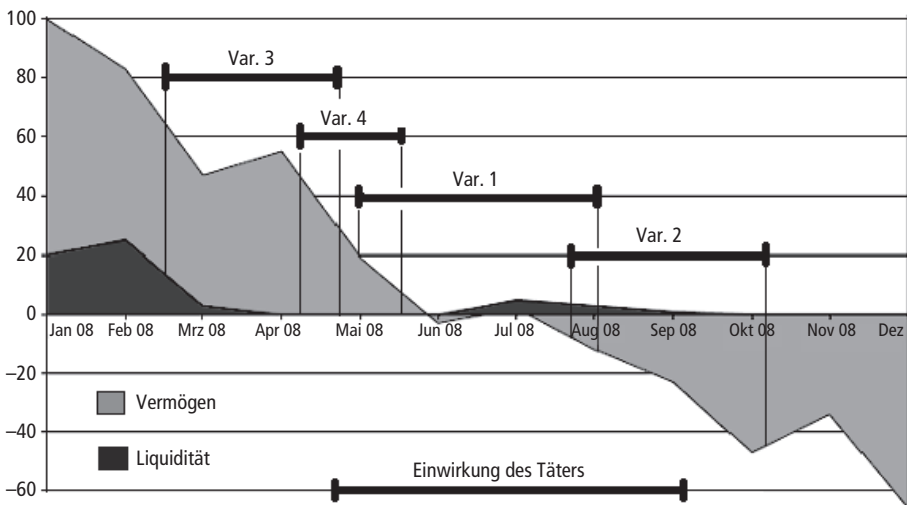


Abbildung 1 (Quelle: eigene Abbildung)

b) Für die *Kausalität* zwischen Pflichtverletzung und Verschlimmerung gilt Folgendes: Entspricht die Misswirtschaftshandlung der Vornahme einer Transaktion, so muss diese unmittelbar die tatbestandsmässige Verschlimmerung bewirken. Geht es um eine Serie von Transaktionen, müssen sie insgesamt diese Wirkung haben. Unterlässt es der Täter, einen Überschuldungsverdacht genau abzuklären und, wenn er sich bestätigt, die Notbremse zu ziehen, so ist diese Pflichtverletzung kausal für die gesamte Verschlimmerung der Vermögenslage, die durch die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs oder sonstiger Aktivitäten nach dem Auftreten des Überschuldungsverdachts eintritt, d.h. nach dem sog. «Besorgniszeitpunkt».

c) Nimmt der Schuldner bei der Verwirklichung des Misswirtschaftsverhaltens in Kauf, zumindest eine Variante des tatbestandsmässigen Erfolgs herbeizuführen, tritt diese jedoch gar nicht oder nicht mit der passenden Kausalität ein, so liegt *versuchte Misswirtschaft* vor. Der subjektive Tatbestand der versuchten Misswirtschaft entspricht der gemäss Art. 163 und Art. 164 StGB erforderlichen Gläubigerschädigungsabsicht (vorn N 62). Ein Teil der Lehre sieht in der Gläubigerschädigungsabsicht ein selbständiges ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von Art. 165 StGB (BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 66 f.; PK StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 3); nach hier vertretener Ansicht geht dieses im Erfordernis der zumindest eventualvorsätzlichen Verschlimmerung der Vermögenslage auf.

- 78 Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung dafür, Misswirtschaft sei *kein reines Vorsatzdelikt*. Für die Strafbarkeit genüge grobe oder qualifizierte Fahrlässigkeit eigener Prägung (BGE 115 IV 38 Regeste und E. 2, 41; 104 IV 160 Regeste 2 und E. 4a, 165 f.). Obwohl sich der Gesetzgeber bei den Vorarbeiten zu der seit 1995 geltenden Revision zum Vorsatzerfordernis bekannte (BBl 1991 II 969, 1064 f.), hält das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung fest (z.B. BGer, 18. 1. 2010, 6B_492/2009, E. 2.3.4.2), was in der Lehre teilweise kritisiert wird (BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 76; PC CP, Art. 165 N 30; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 27; eher krit. auch PK StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 11). Ein anderer Teil der Lehre vertritt eine differenzierte Kombination von Vorsatz- und Fahrlässigkeitselementen (CORBOZ, Art. 165 N 52 ff.; CR CP II-JEANNERET/HARI, Art. 165 N 43 ff.; DONATSCH, Strafrecht III, 372 f.; HURTADO POZO, 1804; GESSLER/SCHODER, § 16 N 78). Die Meinung, Fahrlässigkeit genüge, wird unter anderem dadurch gefördert, dass die «arge Nachlässigkeit» in der französischen Gesetzesfassung mit dem Ausdruck «négligence coupable» wiedergegeben wird. «Négligence» ist auch der übliche Begriff für Fahrlässigkeit (Art. 12 Abs. 3 StGB). Dieses Schlüsselwort wird jedoch im Text nicht so platziert, dass sich daraus ableiten liesse, das Gesetz bestimme ausdrücklich, dass die Tat auch bei Fahrlässigkeit strafbar sei (Art. 12 Abs. 1 StGB). Auch die Struktur des Tatbestands verlangt nicht zwingend nach einer Öffnung in Richtung Fahrlässigkeit. Der Täter muss die finanzielle Risikolage des Unternehmens und den Bestand sowie die Verletzung der ihm obliegenden Vermögensschutzpflichten zumindest ernsthaft für möglich halten und die Verschlimmerung der Vermögenslage in Kauf nehmen. Wer ein Organmandat annimmt und sich bewusst dagegen entscheidet, die Vermögenslage des Unternehmens und den Inhalt des eigenen Pflichtenheftes zur Kenntnis zu nehmen, erfüllt diese Voraussetzungen in aller Regel (s.a. hinten N 183).

a) Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die Verletzung der Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR (vorn N 76) haben die Strafbehörden ein *Standardverfahren betreffend Misswirtschaft durch Konkursverschleppung* entwickelt, um verbreitete Missbräuche zu bekämpfen (BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 6a), für die sich das Schlagwort «Konkursreiterei» durchgesetzt hat: Kleinstunternehmer betreiben ihr grundsätzlich rechtmässiges Gewerbe über unterkapitalisierte Gesellschaften (meist GmbH oder AG). Aus Überforderung oder mit Vorbedacht lassen sie Schulden offen. Diese «entsorgen» sie periodisch, indem sie die Gesellschaft ohne Aktiven und ohne Buchhaltung in die Zwangsliquidation gehen lassen, und zwar vorzugsweise wegen Organmangels (Art. 731b OR, vorn N 52), aber auch durch herkömmliche Konkursöffnung. Ihre Geschäftstätigkeit setzen sie mit einer neuen unterkapitalisierten Gesellschaft fort und betreiben das gleiche Spiel.

b) Oft lassen sich die Kleinstunternehmer in ihrer Eigenschaft als im Handelsregister eingetragene Organe («Vororgane») durch sog. «Firmenbestatter» oder «Endorgane» ablösen, die sich gegen Bezahlung im Handelsregister eintragen und sich alle Aktien bzw. Stammanteile übertragen lassen, um die Zeit bis zur Konkursöffnung oder sonstigen Zwangsliquidation auszusitzen, ohne sich um die zwingenden Aufgaben zu kümmern, die mit der Organstellung einhergehen. Teilweise haben sich umfangreiche Ringe zur Vermittlung und Einsetzung solcher Endorgane gebildet. Vgl. zu diesem Phänomen auch hinten N 354 ff.

c) Was die *Vororgane* betrifft, so lässt sich regelmässig bereits aufgrund des Betreibungsregisters (Art. 8 SchKG) ein «Besorgniszeitpunkt» nachweisen, an welchem Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb trotz Betreibung dauernd unbezahlt blieben, sodass «begründete Besorgnis der Überschuldung» bestand, was die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR auslöste. Oft sind es Forderungen gemäss Art. 43 SchKG, für die die Zahlungen am frühesten eingestellt werden. Nach diesem Besorgniszeitpunkt führen die Kleinstunternehmer den Geschäftsbetrieb meist für eine gewisse Zeit weiter, während der sich die Vermögenslage verschlimmert. Für diese Verschlimmerung – namentlich den Totalverlust der Restaktiven – besteht eine adäquate Ursache darin, dass die gemäss Art. 725 Abs. 2 OR gebotene «Notbremse» im Besorgniszeitpunkt nicht gezogen wird, sodass der Tatbestand von Art. 165 StGB erfüllt ist. Dies führt allerdings nur dann zur Strafbarkeit wegen Misswirtschaft, wenn die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkursöffnung oder – was selten ist – des Pfändungsverlustscheins mit rechtzeitigem Strafantrag erfüllt ist; eine Liquidation gemäss Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR genügt nicht, wohl aber eine Konkursöffnung gemäss Art. 731b Abs. 4 OR (vgl. hinten N 336).

d) Ist das *Unternehmen* unter dem Endorgan vollkommen *inaktiv*, was oft vorkommt, ist die Anwendung von Art. 165 StGB weniger überzeugend, da abgesehen von Verzugszinsen oft keine Verschlimmerung der Vermögenslage eintritt (vgl. jedoch N 290, wonach auch bei einer inaktiven Unternehmung Kosten anfallen können). Hingegen besteht auch bei völliger Inaktivität weiterhin die Pflicht zur Rechnungslegung (hinten N 82c, 290), sodass das Endorgan beim beschriebenen Vorgehen den Tatbestand von Art. 325 StGB erfüllt. Hingegen besteht bei völliger Inaktivität meist keine Kausalität zwischen fehlender Buchführung und dem Erfolg von Art. 166 StGB, nämlich der fehlenden Ersichtlichkeit des Vermögensstandes (hinten N 85). Wenn das Endorgan nie gewillt war, die unübertragbaren und unentziehbaren Organaufgaben

zu erfüllen, ist es lediglich ein Scheinorgan, woraus folgt, dass sein Eintrag im Handelsregister auf der Erschleichung einer falschen Beurkundung gemäss Art. 253 StGB (hinten N 122 ff., 196 f.) beruht.

- 80 Art. 165 StGB definiert sich ausdrücklich als Auffangnorm zu Art. 164 StGB, hinter welche Strafbestimmung es folglich in unechter *Konkurrenz* (vorn N 35 ff.) zurücktritt. Das gilt auch in Bezug auf Art. 163 StGB, wenn dieser Art. 164 StGB verdrängt (vorn N 67b, 68). Nach hier vertretener Meinung schliesst das indessen nicht aus, dass Art. 163 oder Art. 164 StGB einerseits und Art. 165 StGB andererseits in Bezug auf denselben Schuldner in echte Realkonkurrenz treten, wenn sich ein Teil der Pflichtverletzungen ausschliesslich unter Art. 165 StGB und ein anderer Teil auch unter Art. 163 oder Art. 164 StGB subsumieren lässt. Besteht die arge Nachlässigkeit unter anderem in der Unterlassung der Buchführung, so geht nach hier vertretener Ansicht Art. 166 StGB in Art. 165 StGB auf (a.M. PK StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 16). Zu Art. 158 Ziff. 1 StGB und Art. 251 ff. StGB tritt Art. 165 StGB aufgrund der unterschiedlichen geschützten Rechtsgüter in echte Konkurrenz (vorn N 6 ff., 40; bzgl. Art. 158 StGB gl.M. PK StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 16).

e) Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB

Der Schuldner, der die ihm gesetzlich obliegende Pflicht zur ordnungsmässigen Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern oder zur Aufstellung einer Bilanz verletzt, so dass sein Vermögensstand nicht oder nicht vollständig ersichtlich ist, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder in einer gemäss Artikel 43 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) erfolgten Pfändung gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Strafregistereinträge 2008–2020 (Quelle: Bundesamt für Statistik; Stand: 7. April 2021):

2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020 ¹	Total
83	101	104	151	120	178	242	249	284	367	363	417	412	3071

- 81 Art. 166 StGB knüpft als *echtes Sonderdelikt* an die Schuldnerstellung an (vorn N 23 ff., 54 ff.). Es handelt sich um ein *Erfolgsdelikt*. Das tatbestandsmässige Verhalten besteht in der Verletzung der ausserstrafgesetzlichen Pflicht zur Buchführung. Diese Pflicht haben nur Schuldner, die der Konkursbetreibung unterliegen (Art. 39 SchKG), sodass es nur bei Forderungen gemäss Art. 43 SchKG zu Pfändungsverlustscheiden kommen kann. Dem trägt Art. 166 SchKG durch einen einschränkenden Hinweis zum Pfändungsverlustschein als objektive Strafbarkeitsbedingung Rechnung (vorn N 51c). Als Erfolg muss die zumindest unvollständige Ersichtlichkeit des Vermögensstandes eintreten. Dieser Erfolg gefährdet das Vollstreckungssubstrat in zweierlei Hinsicht: Einerseits hat die Unternehmensleitung vor der Zwangsvollstreckung eine ungenügende Kontrolle über das potenzielle Vollstreckungssubstrat und kann so weniger gezielt für dessen Erhaltung sorgen. Andererseits fehlt in der Zwangsvollstreckung den Behörden und Gläubigern ein verlässliches Arbeitsinstrument. Nach hier vertretener Auffassung überwiegt bei Art. 166 StGB der konkretere Aspekt, das Rechnungswesen als Arbeitshilfe im Betreibungs- und vor allem Konkursverfahren zu schützen, sodass der Cha-

rakter als Rechtspflegedelikt in den Vordergrund rückt. Subjektiv ist zumindest Eventualvorsatz nötig (vorn N 12 f.).

a) Die *Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung* obliegt den Einzelunternehmen und Personengesellschaften mit einem Umsatzerlös von mindestens 500 000 Franken im letzten Geschäftsjahr (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 1 OR), Vereinen mit Pflicht zum Handelsregistereintrag (Art. 957 Abs. 2 Ziff. 2 OR *e contrario*), Stiftungen mit Pflicht zum Handelsregistereintrag und ohne Befreiung von der Revisionspflicht (Art. 957 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR *e contrario*) sowie ohne Einschränkung den übrigen juristischen Personen (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Vereine sind zum Eintrag ins Handelsregister verpflichtet, wenn sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) oder revisionspflichtig sind (Art. 61 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), was unter den Voraussetzungen von Art. 69b ZGB der Fall ist. Die Stiftung ist nach Massgabe der Stiftungsurkunde oder gemäss Anordnung der Aufsichtsbehörde zum Eintrag ins Handelsregister verpflichtet (Art. 81 Abs. 2 ZGB).

b) Einzelunternehmen, Personengesellschaften, Vereine und Stiftungen, die die Voraussetzungen für die umfassende Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht nicht erfüllen, müssen lediglich über Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage Buch führen (Art. 957 Abs. 2 OR). Es handelt sich dabei um eine *eingeschränkte Buchführungspflicht*, die ebenfalls den strafrechtlichen Schutz von Art. 166 StGB genießt, zumal dafür die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung sinngemäss gelten (Art. 957 Abs. 3 OR).

c) Der Umstand, dass eine Kapitalgesellschaft *inaktiv oder stillgelegt* ist, entbindet sie nicht von der Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung (BGer, 4.3.2004, 1P.456/2003, E. 3.3; BGer, 27.2.2006, 6P.136/2005 und 6S.425/2005). Bei Einzelunternehmen, Personengesellschaften, Vereinen und Stiftungen hat die Stilllegung indessen regelmässig zur Folge, dass auch die Voraussetzungen für die uneingeschränkte Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht dahinfallen.

a) Der strafrechtlichen Haftung gemäss Art. 166 StGB unterliegt die natürliche Person, die die *Verantwortung für die Buchführung und Rechnungslegung der Schuldnerin* trägt. Das gilt nicht unbesehen für alle Verantwortungsträger gemäss Art. 29 StGB. Das Gesetz weist die Verantwortung für das Rechnungswesen dem obersten Verwaltungsorgan zu, nämlich dem Vorstand des Vereins (Art. 69a ZGB), dem obersten Stiftingsorgan (Art. 83a ZGB), dem Verwaltungsrat der AG (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR), der Geschäftsführung der GmbH (Art. 810 Abs. 2 Ziff. 3 OR) und der Verwaltung der Genossenschaft (Art. 902 Abs. 3 OR). Bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften obliegt die entsprechende Pflicht der Geschäftsführung, was sich auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung aus dem Wesen dieser Funktion in Verbindung mit der gesetzlichen Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung ergibt. Diese Verantwortung trifft gemäss Art. 29 lit. d StGB auch *tatsächliche Leiter*, die zwar nicht formell, wohl aber materiell der Stufe der obersten Verwaltungsorgane angehören (BGer, 5.4.2017, 6B_1222/2016, E. 5).

b) Die primär für das Rechnungswesen verantwortlichen obersten Verwaltungsorgane dürfen diese *Aufgabe delegieren*, bleiben aber zivil- und strafrechtlich für die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Kontrolle der mit dem Rechnungswesen betrau-

ten Personen verantwortlich und ferner dafür, um die Sicherstellung der durch ein ordnungsmässiges Rechnungswesen anfallenden Kosten besorgt zu sein (OGer ZH, 4.3.1996, ZR 2000, Nr. 22, 73).

c) Die von den Verwaltungsorganen *angestellten oder beauftragten Buchhaltungsfachleute* haften ihrerseits strafrechtlich für die Ordnungsmässigkeit, wenn sie gemäss Art. 29 lit. c StGB in diesem Tätigkeitsbereich über selbständige Entscheidungsbefugnisse verfügen.

84 a) Das *ordnungsmässige Rechnungswesen*, d.h. die Buchhaltung, besteht aus der Buchführung (Art. 957a OR) und der darauf aufbauenden Rechnungslegung (Art. 958 ff. OR). Die Buchführung umfasst das Journal (Tagebuch), das Hauptbuch (auch Kontenwerk, Kontenblätter) und die Nebenbücher (Debitoren-, Kreditoren-, Lager-, Lohnbuchhaltung usw.), die das Hauptbuch erläutern, sowie die Belege. Die Rechnungslegung (Jahresrechnung) ist gegliedert in die Bilanz, die Erfolgsrechnung und den Anhang. Diese Bestandteile sind für die Ordnungsmässigkeit erforderlich. Ungenügend ist beispielsweise eine blossе Belegsammlung (BGE 77 IV 164 E. 1), auch wenn sich die Buchhaltung nachträglich erstellen lässt (BGer, 24.11.2015, 6B_1091/2014), oder auch ein blosses Hauptbuch, das überhaupt nicht oder nur teilweise durch Belege dokumentiert ist. Ordnungswidrig ist auch die Verzögerung der Buchführung um mehrere Monate (BGE 72 IV 17). Die Grundsätze (Art. 957a und Art. 958c OR) und die Mindestgliederung (Art. 959a ff. OR) sind zu beachten.

b) Der Wortlaut von Art. 166 StGB ist beschränkt auf die *«ordnungsmässige Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern oder zur Aufstellung einer Bilanz»*. Eine streng grammatikalische Auslegung verneint die Geltung der Strafbestimmung für die Belege, die Erfolgsrechnung und den Anhang (vgl. die Zusammenstellung von gegensätzlichen Meinungen bei BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 166 N 8). Nach hier vertretener Meinung ist diese Auslegung abzulehnen, denn es entspricht dem Gesetzeszweck, das gesamte Rechnungswesen zu schützen. Diese Auslegung ist mit dem Wortsinn der Strafbestimmung vereinbar: Erstens ist ohne Belege weder die Führung noch die Aufbewahrung der Geschäftsbücher ordnungsmässig (gl.M. BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 166 N 8). Zweitens wird das Wort «Bilanz» in einem weiterhin gängigen Sprachgebrauch häufig als Pars pro Toto für die gesamte Rechnungslegung verwendet.

85 Da der tatbestandsmässige Erfolg in der fehlenden oder unvollständigen *Ersichtlichkeit des Vermögensstandes* besteht, fallen nur solche Ordnungswidrigkeiten des Rechnungswesens unter Art. 166 StGB, die nach der allgemeinen kaufmännischen Erfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sind, diesen Zustand herbeizuführen. Damit scheiden kleinere Ordnungswidrigkeiten aus dem Anwendungsbereich von Art. 166 StGB aus (BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 166 N 25; HURTADO POZO, N 1824; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 7; PK StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 166 N 4). Ferner ist bei völliger Inaktivität die Kausalität zwischen der Unterlassung der Buchführung und der fehlenden Ersichtlichkeit des Vermögensstandes zweifelhaft. Relevant ist die Ordnungswidrigkeit sicher dann, wenn bei einem aktiven Unternehmen die Buchhaltung oder wesentliche Teile davon ganz fehlen oder lückenhaft sind oder wenn fiktive Geschäftsvorfälle erfasst werden. Doch auch eine ungenügende

Gliederung, unzulässige Verrechnungen, inhaltlich falsche Beschreibungen der Geschäftsvorgänge, systemwidrige Bewertungen und überhaupt Verletzungen des Grundsatzes der Stetigkeit verhindern die Ersichtlichkeit des Vermögensstandes. Der relevante Vermögensstand beschränkt sich nicht auf eine Kennzahl. Vielmehr sind die verschiedenen Vermögensteile, die sich hinsichtlich ihrer Liquidität und der Eindeutigkeit ihrer Bewertung unterscheiden, einzeln auszuweisen und korrekt zu beschreiben. Dabei ist im Kontext von Art. 166 StGB insbesondere die Bedeutung geschützt, die die Buchhaltung als Arbeitsinstrument für die Konkursverwaltung und die Gläubiger hat: Sie hilft, die Konkursmasse festzustellen (Art. 221 ff. SchKG), über Aussonderung und Admassierung zu entscheiden (Art. 242 ff. SchKG), die Forderungseingaben zu prüfen (Art. 244 SchKG) sowie potentielle Anfechtungsansprüche (Art. 285 ff. SchKG) und Verantwortlichkeitsansprüche (Art. 753 ff., Art. 827 und Art. 916 ff. OR) zu beurteilen. Zu der in diesem Sinne umfassenden Ermittlung des Vermögensstandes sind sämtliche Bestandteile der Buchführung und der Rechnungslegung erforderlich.

a) Art. 166 StGB tritt in unechter Konkurrenz hinter Art. 163 StGB zurück, wenn sich die Ordnungswidrigkeit im Rechnungswesen in der gemäss Art. 163 StGB strafbaren Vorspiegelung eines zu tiefen Vermögensstandes erschöpft (PK StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 166 N 9). Hingegen treten die beiden Bestimmungen in echte Konkurrenz, wenn zusätzliche gemäss Art. 166 StGB relevante Mängel vorliegen, die nicht von Art. 163 StGB erfasst werden. 86

b) Art. 164 StGB und Art. 166 StGB treten grundsätzlich in echte Konkurrenz, da Art. 164 StGB keinen Bezug zur Buchführung aufweist (BGer, 4.7.2003, 6S.142/2003; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 166 N 52; CORBOZ, Art. 166 N 14; HURTADO POZO, N 1829).

c) Die Folgen der Konkurrenz von Art. 165 StGB und Art. 166 StGB sind umstritten (hinten N 216). Sind die Mängel im Rechnungswesen kausal für eine Verschlimmerung (vorn N 77) geht nach hier vertretener Ansicht Art. 165 StGB vor, da es die schwerere Straftat ist und den gesamten Unrechtsgehalt abdeckt; Art. 166 StGB bietet weder nach Wortlaut noch nach Systematik oder Zweck Anlass, gestützt darauf das ordnungswidrige Rechnungswesen gegenüber anderen Formen der argen Nachlässigkeit zu privilegieren (gl.M. BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 166 N 53 f.; a.M.: BGer, 29.8.2013, 6B_357/2013, E. 5, echte Konkurrenz; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 96, Vorrang von Art. 166 als *lex specialis*).

d) Art. 166 StGB geht Art. 325 StGB vor, wobei sich auch hier eine kumulative Anwendung beider Bestimmungen diskutieren lässt, wenn neben Mängeln, die gemäss Art. 166 StGB die Ersichtlichkeit des Vermögensstandes beeinträchtigen, weitere Ordnungswidrigkeiten im Rechnungswesen vorliegen.

e) Wegen der Verschiedenheit der Rechtsgüter besteht Idealkonkurrenz zwischen Art. 166 und Art. 251 StGB, wenn eine für den Vermögensstand relevante Unzulässigkeit im Rechnungswesen gleichzeitig den Tatbestand der Falschbeurkundung (hinten N 118) erfüllt.

- 32 Wie bereits der Wortlaut von Art. 102 Abs. 3 StGB («insbesondere») verdeutlicht, haben die hier aufgeführten Strafzumessungskriterien keinen abschliessenden Charakter. Strafmildernd einfließen kann z.B. auch eine weit fortgeschrittene Verfahrensdauer (drohende Verjährung) resp. ein dadurch begründetes vermindertes Strafbedürfnis.
- 33 Kooperatives Verhalten ist somit ein Unteraspekt in der Strafzumessung bei Unternehmensbussen. Eine mögliche (aber keinesfalls abschliessende) Liste möglicher Kooperationsformen, die im Rahmen der Bussenfestlegung berücksichtigt werden können, präsentiert sich wie folgt:

- Proaktive und frühe Kontaktaufnahme mit der Staatsanwaltschaft;
- Einreichung einer Selbstanzeige;
- Durchführung einer internen Untersuchung in Koordination mit der Staatsanwaltschaft (Kollisionsrisiken); aktives Teilen der internen Untersuchungsergebnisse mit den Ermittlungsbehörden;
- Vorschläge betreffend geeignete Beweiserhebungen (insb. zu befragende natürliche Personen im Unternehmen);
- Mitwirkung bei Zwangsmassnahmen; nach Möglichkeit Verzicht auf Siegelung;
- Erleichterung der Rechtshilfe (Zustimmungen i.S.v. Art. 80c IRSG);
- Falls anwendbar: Mitwirkung und Proaktivität bei internationaler Koordination.

c) Die Berechnung von Einziehung und Ersatzforderung

- 34 Strafbares Verhalten soll sich nicht lohnen. Ausgehend von diesem Leitgedanken verfolgt die Einziehung den Zweck, deliktisch erlangte Vermögenswerte auszusondern und zurückzuführen: Ein Unternehmen, das sich einen Vertragsabschluss durch Bestechungszahlungen gesichert hat, soll wirtschaftlich so gestellt werden, als hätte es diesen Auftrag nie erhalten. Folgerichtig wird die Einziehungsforderung deshalb unabhängig von einer allfälligen Kooperationsbereitschaft des Unternehmens berechnet. Die optimale Berechnungsmethode wird in der Praxis indes intensiv diskutiert (siehe auch: NADELHOFER DO CANTO, Einziehung, N 48 ff.; BSK StGB-BAUMANN, Art. 70/71 N 34; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Praxiskommentar, Art. 70 N 6d; KONOPATSCH, Kommentar, Art. 70 N 36 f.). Bei an sich rechtmässigem, nur in seiner konkreten Ausrichtung rechtswidrigem Verhalten – wo also ein grundsätzlich legitimer öffentlicher Vertrag aufgrund einer Bestechungshandlung vergeben wurde – stellt die Bundesanwaltschaft auf das Nettoprinzip ab. Eine Abschöpfung nach dem Bruttoprinzip dürfte in solchen Fällen regelmässig der wirtschaftlichen Realität zuwiderlaufen, zumal Unternehmen in einem Tätigkeitsbereich mit vergleichsweise niedrigen Gewinnspannen ungleich stärker betroffen wären (MEYER, Calcul, N 181, wobei die folgenden Ausführungen zur Berechnung von Einziehung und Ersatzforderung grossmehrheitlich auf diesen Artikel abstellen, der entsprechende Leitgedanken der Abteilung Forensische Finanzanalyse ausführlich darlegt).
- 35 Der ausgewiesene Nettogewinn eines durch Bestechung erlangten Projektauftrags stellt somit den ersten Meilenstein zur Berechnung der einzuziehenden Vermögenswerte dar. Anschliessend ist zu ermitteln, ob aus dem Vertragsverhältnis noch andere, zusätzliche Gewinne entstanden sind (beispielsweise aus Kundendienst- oder War-

tungsarbeiten) und welche Aufwendungen im bilanzierten Nettogewinn mitberücksichtigt wurden (beispielsweise indirekte Fixkosten). Als grobe Faustregel werden einberechnete Fixkosten, die dem Unternehmen auch ohne den entsprechenden Zuschlag entstanden wären, bei der Berechnung der Einziehungsmasse erneut angeordnet. Dazu werden in einem ersten Schritt die direkten fixen und variablen Kosten ausgesondert, wie etwa die zur Herstellung des vertraglich bedingten Produkts verwendeten Rohmaterialien und Arbeitsstunden. Abzugsfähig sind grundsätzlich auch die indirekten variablen Kosten, die in Zusammenhang mit der Vertragsleistung angefallen sind; etwa die Stromkosten zum Betrieb einer Maschine, mit welcher neben weiteren Produkten auch das durch die Bestechung betroffene Erzeugnis hergestellt wurde. Solche indirekten Aufwendungen gilt es anhand entsprechender Verteilschlüssel direkt der beanstandeten Vertragsleistung zuzuordnen und in diesem (beschränkten) Umfang als Abzug zuzulassen. Die indirekten Fixkosten hingegen – beispielsweise Mietkosten der Geschäftsräumlichkeiten oder Aufwendungen aus bestehenden Wartungsverträgen für Produktionsgeräte – sind nach hier vertretener Auffassung nicht abzugsfähig. Sofern sie beim ausgewiesenen Nettogewinn bereits mitberücksichtigt wurden, sind sie bei der Einziehungsforderung erneut aufzurechnen.

Auslagen, die in direktem Zusammenhang mit der Bestechungshandlung angefallen sind, müssen ebenfalls vollumfänglich eingezogen werden. Solche Zahlungen werden in den meisten Fällen unter gemeinen Auslageposten verbucht oder durch simulierte Beraterverträge ausgewiesen. Da von der Einziehungsmasse nur gewöhnliche und übliche Geschäftsausgaben ausgesondert werden können, sind solche rechtswidrigen Zahlungen dem Nettogewinn wieder aufzurechnen. **36**

Nach einschlägiger Rechtsprechung sind darüber hinaus auch die aus den Erträgen der Straftat anfallenden Zinsen, Dividenden oder vergleichbaren Marktgewinne einzuziehen (statt vieler: BGer 6B_430/2012 vom 8.7.2013, E. 1.3.2, sowie TPF BB.2005.35 vom 10.10.2005, E. 5). Solche Einnahmen werden in der Buchführung regelmässig bereits mit anderen Werten vermischt worden sein. Obwohl ihre Zuordnung dadurch erschwert ist, sollte davon abgesehen werden, auf pauschale Richtwerte – wie etwa den Satz zu 5% analog Art. 73 OR – abzustellen. Die Strafbehörden sind stattdessen gehalten, der wirtschaftlichen Realität eines Unternehmens möglichst genau Rechnung zu tragen und den gesamten einzuziehenden Betrag nachvollziehbar (und unter Zuhilfenahme ökonomischer Berechnungsmethoden) festzusetzen. Zur Berechnung der angefallenen Zinsen kann dazu auf die gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten (WACC; Weighted Average Cost of Capital) abgestellt werden. Der WACC stellt gewissermassen jene Mindestrendite dar, welche die Investitionen des Unternehmens erwirtschaften müssen, damit das Unternehmen die Renditeforderungen der Aktionäre und Gläubiger erfüllen und selbst fortbestehen kann. Der Berechnungszeitraum beginnt dabei mit dem Tag, an welchem das Unternehmen eine Zahlung aus dem widerrechtlich erlangten Vertragsverhältnis erhält, und endet am Tag der Verurteilung. Zur Ermittlung der gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten kann diesbezüglich auf folgende Formel abgestellt werden: **37**

$$WACC = \left(\frac{E}{V}\right) \cdot k^E + \left(\frac{D}{V}\right) \cdot k^D (1 - S_C)$$

- 38** E: Marktwert des Eigenkapitals
D: Marktwert des Fremdkapitals
V: Unternehmensgesamtwert (E+D)
 k^E : Eigenkapitalkosten
 k^D : Fremdkapitalkosten
 S_C : Unternehmenssteuerrate

Für die Berechnung der massgeblichen Eigen- und Fremdkapitalkosten wird an dieser Stelle auf weiterführende Literatur verwiesen. Es scheint diesbezüglich ratsam, zur Beurteilung des WACC einen Spezialisten beizuziehen. Da eine Ersatzforderung steuerlich abziehbar ist, ist der Nettogewinn vor dessen Steuerbelastung zu berücksichtigen. Ein im Nettogewinn ausgewiesener Steueraufwand wird folglich zurückgebucht resp. der Einziehungsmasse angerechnet werden. Eine Zinsberechnung entfällt (ebenso bei der konkreten Bestechungszahlung), da sich die Vermögenswerte nicht auf dem Konto des Unternehmens befunden haben.

- 39** Die Berechnung nach dem Nettoprinzip lässt sich schliesslich mit folgender Aufstellung veranschaulichen:

- Weitere, sich durch den Zuschlag eröffnende Gewinnquellen
- Indirekte Fixkosten
- Bestechungszahlung
- Finanzielle Gewinne aus den Erträgen von Straftaten (Zinsen)
- Bestimmbarer zukünftiger Nutzen
- Einkommenssteuer (nicht abzugsfähige Ausgaben)
- = Betrag der Einziehungs-/Entschädigungsforderung

- 40** Sollte die Einziehungsforderung die Solvenz des Unternehmens und mithin auch Arbeitsplätze nicht involvierter Mitarbeitenden gefährden, bietet sich eine analoge Anwendung von Art. 71 Abs. 2 StGB jedenfalls für solche Fälle an, in denen das Unternehmen vollumfänglich mit den Strafbehörden kooperiert.
- 41** Stehen keine ausreichenden Informationen zur Berechnung der konkreten Forderung zur Verfügung, sind die Strafbehörden nach Art. 70 Abs. 5 StGB gehalten, anhand ökonomisch fundierter Schätzungen einen wirtschaftlich möglichst nachvollziehbaren Kostenvoranschlag zu erstellen. Dabei bietet es sich an, auf standardisierte Schätzungs- resp. Berechnungsgrundlagen zurückzugreifen und anhand einer einheitlichen Praxis Rechtssicherheit zu schaffen. Die Bundesanwaltschaft empfiehlt hierzu eine Berechnung anhand der EBITDA-Marge (d.h. anhand des prozentualen EBITDA-Anteils am Gesamtumsatz des Unternehmens; MEYER, *Calcul*, N 183). Dieses Ergebnis sollte dann einzelfallorientiert um Abschreibungen und Finanzierungskosten verringert werden, die speziell im Rahmen des Projekts angefallen sind. Da sich dieser Leistungsindikator an der Rentabilität der operativen Tätigkeit eines Unternehmens bemisst,

kann damit relativ präzise der Nettoertrag eines korruptionsbehafteten Projekts hergeleitet werden. Hierzu muss jedoch der Umsatz des Projekts sowie die vom Unternehmen grundsätzlich erwirtschaftete EBITDA-Marge bekannt sein. Entsprechende Informationen lassen sich beispielsweise den vom Unternehmen veröffentlichten Berichten (z.B. bei börsenkotierten Unternehmen) oder der unternehmerischen Buchhaltung entnehmen. Nebst der Kooperation des Unternehmens stehen der Bundesanwaltschaft hierbei verschiedene Möglichkeiten der Informationsbeschaffung zur Verfügung, nicht zuletzt die amtshilfweise Einholung von Unterlagen bei den Steuerbehörden.

4. Exkurs (de lege ferenda)

a) Fehlende Anreizsysteme für Kooperation

Das Schweizer Strafrecht bzw. Strafprozessrecht enthält nach den obigen Ausführungen durchaus gewisse Anreize für eine Kooperation des Unternehmens mit den Strafverfolgungsbehörden. Zu diesen Anreizen zählen nach dem oben Gesagten neben offensichtlichen Reputationsvorteilen die Berücksichtigung kooperativen Verhaltens im Rahmen der Bussenfestlegung sowie eine ggf. weniger einschneidende Anwendung von Zwangsmassnahmen. Dem gegenüber steht jedoch das Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung des Unternehmens, welches viele Unternehmen in der Praxis vor einer Kooperation oder gar Selbstanzeige zurückschrecken lässt. 42

b) Erledigungsart in der Vergangenheit – Anwendung von Art. 53 StGB

Einen Ausweg aus diesem Dilemma bot für lange Zeit Art. 53 StGB, vermittels dessen in der Vergangenheit nicht wenige Strafverfahren gegen Unternehmen schonend erledigt werden konnten. Teile des Schrifttums sehen in Art. 53 StGB nach wie vor eine Möglichkeit, kooperatives Verhalten des Unternehmens angemessen zu berücksichtigen (LAUBER/MEDVED/PORTMANN, Wirtschaftsstrafverfahren, 19 mit Hinweisen auf den Vorschlag von Prof. Dr. Ackermann). Die Bundesanwaltschaft hingegen wendet Art. 53 StGB in Verfahren gegen Unternehmen grundsätzlich nicht mehr an. Eine Einstellung gestützt auf Art. 53 StGB setzt voraus, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gering ist. Aus Sicht der Bundesanwaltschaft fällt diese Erledigungsmöglichkeit für die in Bundeskompetenz stehenden internationalen Korruptions- und Geldwäschereiverfahren, bezüglich derer das Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung kaum je als gering eingestuft werden kann, daher ausser Betracht (LAUBER/MEDVED/PORTMANN, Wirtschaftsstrafverfahren, 19). 43

c) Der Vorschlag der Bundesanwaltschaft (Aufschub der Anklageerhebung)

Unter anderem vor dem Hintergrund dieser zumindest in der Lebenspraxis der schweizerischen Unternehmen ungenügenden Anreizsysteme schlug die Bundesanwaltschaft im Rahmen der StPO-Revision die Einführung eines Aufschubs der Anklageerhebung vor (LAUBER/MEDVED/PORTMANN, Wirtschaftsstrafverfahren, 21). Der Bundesrat hat diesen Vorschlag nicht in seine Botschaft zuhanden des Gesetzgebers aufgenommen (vgl. BBl 2019 6722 f.). Dieser Vorschlag hätte in Strafverfahren 44

gegen Unternehmen die Möglichkeit geboten, nach Abschluss der Untersuchung – unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen bzw. Auflagen während einer definierten Bewährungsfrist – von der Anklageerhebung abzusehen und im Bewährungsfall das Verfahren mittels Einstellung zu beenden.

- 45 Namentlich sah der Vorschlag der Bundesanwaltschaft vor, dass ein Aufschub der Anklageerhebung nur dann in Frage kommt, wenn das Unternehmen (1) bei der Feststellung des Sachverhalts sowie der Identifikation jener natürlichen Person oder Personen, der oder denen die Tat zuzurechnen ist, vollumfänglich mitgewirkt hat, und wenn das Unternehmen (2) mit der Staatsanwaltschaft eine Vereinbarung über Sachverhalt, Bussenhöhe, Entschädigungen und die zu treffenden Vorkehrungen zur Behebung des Organisationsmangels und zur Verhinderung künftiger Straftaten abschliesst.
- 46 Die wesentlichen Kritikpunkte des Bundesrats am Aufschub der Anklageerhebung bestanden demgegenüber darin, dass ein Unternehmen ohne formellen Schuldspruch zur Zahlung von Bussen verpflichtet und die ohnehin starke Stellung der Staatsanwaltschaft ausgebaut würde (MAEDER, Anklageaufschub, 365 ff., m.w.H.). Es fehle ferner an einer genügenden Einbindung der Zivilkläger in den Prozess des Aufschubs sowie an einer klaren Regelung, was im Falle der Nichtbewährung mit den aufgrund der Kooperation des Unternehmens gewonnenen Erkenntnissen geschehe. Schliesslich widerspreche der Vorschlag dem generalpräventiven Gedanken des Strafrechts. Unternehmen könnten sich durch ein Versprechen künftigen Wohlverhaltens und eine Geldzahlung den Verzicht auf Strafe erkaufen (MAEDER, Anklageaufschub, 365 ff., m.w.H.).
- 47 In gewissen Punkten sind die Bedenken betreffend den Aufschub der Anklageerhebung nach hier vertretener Ansicht sicherlich nicht unbegründet (siehe auch die Reaktionen im Schrifttum, z.B. MAEDER, Anklageaufschub, 361 ff.; WERNLI/CARLSON-BURKART, DPA, 1 ff.). So ist in der Tat zu diskutieren, ob eine Busse im Rahmen des Aufschubs der Anklageerhebung ggf. ausgeschlossen sein sollte. Die befürchtete weitere Stärkung der Staatsanwaltschaft indes liesse sich aus Sicht der Bundesanwaltschaft beispielsweise dadurch abwenden bzw. entschärfen, dass die zwischen Staatsanwaltschaft und Unternehmen geschlossene Vereinbarung einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt wird. Auch eine stärkere Einbeziehung der Zivilklägerschaft wäre nach hier vertretener Ansicht denkbar und gesetzgeberisch ebenso realisierbar. Dasselbe gilt für Regelungen zur Verwertbarkeit von Beweismaterial im Falle der Anklageerhebung nach Scheitern des Aufschubs. Die Fundamentalkritik der fehlenden Generalprävention andererseits trifft aus Sicht der Bundesanwaltschaft nicht zu und geht auch aus Optik des Schrifttums fehl (MAEDER, Anklageaufschub, 368 ff.).
- 48 Klar ist – auch aus Sicht der Bundesanwaltschaft: Der Vorschlag zum Aufschub der Anklageerhebung verlangt nach weiteren Diskussionen und gesetzgeberischem Detailhandwerk. Zugleich aber besteht dringender Handlungsbedarf, um Unternehmen in der Schweiz Rahmenbedingungen für Kooperation bieten zu können, wie sie in anderen Ländern (USA, England, Frankreich und wohl bald auch Deutschland) längst Standard in der Praxis sind (für Stimmen zu den diesbezüglich fehlenden Anreizen in der Schweiz siehe: PFLAUM, Wiedergutmachung, 8; WERNLI/CARLSON-BURKART,

DPA, 6 ff.; WENK, Strafbefehle, 411 in fine; weiter auch die Empfehlungen zu Non-Trial Resolutions in: OECD, Anti-Bribery Recommendations, NXVII und XVIII). In seiner Grundidee bietet der Aufschub der Anklageerhebung nach Auffassung der Bundesanwaltschaft Handhabe, um zwischen den verschiedenen, dem Strafprozess inhärenten Zielkonflikten einen Ausgleich zu schaffen, Wirtschaftsstrafverfahren gegen Unternehmen straffer und effizienter zu führen und Unternehmen nach Möglichkeit vor unverhältnismässigen Kollateralschäden der Anklageerhebung zu schützen.

III. Zusammenfassung und abschliessende Bemerkungen

Die vorstehende Auseinandersetzung hat einen breitgefächerten Katalog an Kooperationsmöglichkeiten aufgezeigt, mit welchen ein Unternehmen in den verschiedenen Stadien eines Strafverfahrens dessen Ausgang beeinflussen kann. Diese Vorschläge sind nicht abschliessend. Ungeachtet ihrer Form begrüsst die Bundesanwaltschaft grundsätzlich jede Bemühung eines Unternehmens, einen strafrechtlich relevanten Sachverhalt *gemeinsam* aufzuarbeiten und Geschehenes mit Blick auf die Zukunft zu bereinigen. Dass kooperatives Verhalten raschere und effizientere Verfahrensschlüsse begünstigt, wird dabei regelmässig im Rahmen der Strafzumessung gewürdigt. Hierin erschöpfen sich die möglichen Vorteile der Kooperation für Unternehmen freilich noch nicht. Bei der Abwägung des Für und Wider kooperativer Schritte stehen aus Sicht der Unternehmensvertreter regelmässig prozesstaktische Überlegungen im Vordergrund. Wurde strafbares Verhalten unternehmensintern festgestellt, entscheidet sich der weitere Gang des Verfahrens massgeblich dadurch, wie schnell und auf welche Weise die Strafverfolgungsbehörden bei der Aufarbeitung des Sachverhalts einbezogen werden. Ohne einen solchen Einbezug schafft das Unternehmen bei seinen Beweiserhebungen Kollisionsrisiken, die ihm bzw. seinen Untersuchungsleitern im Rahmen späterer Strafverfahren zum Vorwurf reichen können. Demgegenüber lassen sich Synergien bei der Beweiserhebung durch eine frühzeitige Kooperation für beide Seiten gewinnbringend ausschöpfen. Von einem auf diese Weise rascheren, ressourcenschonend geführten Strafverfahren profitiert das Unternehmen auch dadurch, dass das Risiko kollateraler Schäden (z.B. Reputationsschäden) minimiert und die Busse ggf. stark herabgesetzt werden kann. Vom Nachtatverhalten unberührt bleibt hingegen die Berechnung der Ersatzforderung resp. der deliktisch erlangten Vermögenswerte. Die Bundesanwaltschaft stützt sich hierbei auf verschiedene Berechnungsgrundsätze, die der wirtschaftlichen Realität des Unternehmens im jeweiligen Marktumfeld möglichst gerecht werden sollen.

Abschliessend kann die einleitend aufgeworfene Frage, ob eine Kooperation zwischen Unternehmen und Strafbehörden überhaupt möglich ist, somit entschieden bejaht werden. Nach der hier vertretenen Ansicht wird diese Form der Zusammenarbeit regelmässig im Interesse beider Seiten geboten sein. Sie erlaubt es der Staatsanwaltschaft, hochkomplexe Wirtschaftsstrafverfahren schnell und ressourcenschonend abzuschliessen; dem Unternehmen, internen Verfehlungen konsequent, glaubwürdig und mit positiven Reputationsfolgen entgegenzutreten. Der Umstand, dass sich Unternehmen bisweilen nur zurückhaltend für eine Kooperation oder gar Selbstanzeige

entscheiden, offenbart aber nach Meinung der Autoren auch, dass die bestehenden Instrumente zur kooperativen Zusammenarbeit weiterentwickelt und – mit Blick auf andernorts bewährte Lösungsansätze wie den Anklageaufschub – ergänzt werden sollten.

IV. Anregungen für die Zürcher Präzisionswerk AG

51

Handlungsempfehlungen an die neue CEO, welche sich geschworen hat, unter ihrer Leitung im Familienunternehmen Korruptionshandlungen nicht zu tolerieren:

1. präventive Massnahmen:

- Überprüfung und Verbesserung des Compliance Frameworks hinsichtlich Prävention, Monitoring und Aufarbeitung von Korruptionsfällen. Dazu stehen Ihnen u.a. folgende Tools zur Verfügung:
 - Analyse des Korruptionsrisikos im Unternehmen aufgrund der (Geschäfts-)Tätigkeit, deren Kontext (insbesondere Länderrisiko und Zusammenarbeit mit politisch exponierten Personen, PEP) und der Grösse des Unternehmens.
 - Antikorruptionsmassnahmen, namentlich ein adäquates Compliance Programm. Dazu gehören ein Verhaltenskodex und interne Richtlinien, aber auch interne Prozesse zur Auswahl und zum Umgang mit Subunternehmen, Agenten und anderen Intermediären.
 - Unternehmenskultur inkl. *Tone from the Top*, internes Bewusstsein und Schulungen im Kampf gegen Korruption.
 - Interne Kontrollen der Einhaltung der Antikorruptionsrichtlinien und -prozesse und der damit verbundenen Disziplinarverfahren.
 - Prozesse zur Bewertung und kontinuierlichen Verbesserung des Antikorruptionssystems.
 - Interne Prozesse, welche Hinweisgeber ermutigen und schützen.

2. Massnahmen bei Verdacht auf Korruptionshandlungen:

- Planung und Durchführung einer internen Untersuchung zur Feststellung des Sachverhalts sowie zur Prüfung des Sachverhalts in strafrechtlicher Hinsicht:
 - Entscheid betreffend den Rahmen der Untersuchung in persönlicher und sachlicher Hinsicht.
 - Soll die Untersuchung auf den bereits bekannten Sachverhalt beschränkt bleiben, oder sollen auch andere Märkte auf potentiell strafrechtlich relevante Sachverhalte untersucht werden?
 - Soll bereits in diesem Stadium auch die potenzielle Strafbarkeit des Unternehmens Gegenstand der internen Untersuchung bilden?
 - Abwägung Ergreifen von Sofortmassnahmen disziplinarischer oder arbeitsrechtlicher Natur und/oder Erhebung von Beweismitteln.
 - Entscheid betreffend Involvierung externer Dienstleister (Anwaltskanzlei, Wirtschaftsberatungsunternehmen etc.).
- Kontaktaufnahme der externen Rechtsanwälte mit den in- und ausländischen zuständigen Strafverfolgungsbehörden zwecks Unterbreitung der Zwischenergebnisse der internen Untersuchung auf anonymer Basis.
- Nach Vorliegen der vorläufigen Einschätzung des Falls durch die Strafverfolgungsbehörde:
 - Evaluation einer Anzeige mit Konstituierung als Privatklägerin im Strafverfahren oder einer Selbstanzeige.

- Prüfung des weiteren Vorgehens unter Berücksichtigung des Interesses der Strafverfolgungsbehörden bei der Erhebung von potentiellen Beweismitteln.
- Kooperation mit der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren:
 - Unterstützung bzw. keine Behinderung bei Beweiserhebungen.
 - Teilen der unternehmensintern erhobenen Beweise.
 - Koordination allfälliger weiterer Beweisabnahmen.

II. Gesetzliche sowie untergesetzliche Vorschriften und weitere internationale Regularien

- 15 Die im vorangegangenen Kapitel dargestellten Besonderheiten für den Gesundheitssektor im Allgemeinen und für den pharmazeutischen Sektor im Besonderen haben eine ganze Reihe gesetzlicher und untergesetzlicher Normen ins Leben gerufen. Hierdurch besteht einerseits eine sehr hohe Regulierungsdichte (quantitativ hohe Regulierung) und andererseits bestehen sehr hohe Regulierungsstandards (qualitativ hohe Regulierung). Den meisten Vorschriften ist dabei gemein, dass sie vom Dreiecksverhältnis zwischen Arzt, Patient und erstattender Krankenkasse und dem besonders zu schützenden Vertrauen geleitet sind.
- 16 In diesem Kapitel sollen nunmehr überblicksartig die einschlägigen Gesetze und Regularien dargestellt werden, die seitens der pharmazeutischen Industrie in ihrem alltäglichen Handeln beachtet werden müssen, um sodann auf spezifische Risiken und entsprechende Vermeidungs- und Minimierungsstrategien eingehen zu können.

1. Gesetzliche Vorschriften

a) Allgemeine Gesetze

aa) *Pflicht zur Einrichtung einer Compliance Organisation für Unternehmen (Art. 102 StGB)*

- 17 Der Gesetzgeber verlangt von den im Markt aktiven Unternehmen, dass diese eine Compliance Organisation einrichten, um den verschiedenen Compliance Risiken zu begegnen. In der Schweiz gilt seit dem 1. Oktober 2003 Art. 102 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB). Es handelt sich bei dieser Norm um eine Fortsetzung der individualstrafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, also die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens (ROTH, ZRFC 2012, 174; vgl. auch § 6 und § 65).
- 18 Demnach gehört es zu den Pflichten des Geschäftsherrn, das Unternehmen personell und organisatorisch so auszugestalten, dass Fehlverhalten vermieden, zumindest aber detailliert nachvollzogen werden können. Dies ist regelmässig der Fall, wenn eine Compliance Abteilung eingerichtet ist, die unabhängig ist und über ausreichend finanzielle sowie personelle Ressourcen verfügt, um ihren Aufgaben der Vermeidung und Nachverfolgung nachkommen zu können. Zudem müssen vorhandene Prozesse umgesetzt, kontrolliert und im Falle von Verstössen sanktioniert werden (ROTH, ZRFC 2012, 177).

bb) *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen (Art. 102 StGB)*

- 19 Das Schweizerische Strafgesetzbuch (StGB) gilt grundsätzlich für natürliche Personen. Somit sind immer die tatsächlich Handelnden, also die in einem bestimmten Sachverhalt aktiv beteiligten Personen strafbar. Seit dem 1. Oktober 2003 sind darüber hinaus in der Schweiz auch Unternehmen als solche strafbar, wenn in dem betreffenden Unternehmen eine Person eine Straftat begeht und sich nicht feststellen lässt, wer diese Person ist. Regelmässig ist allerdings zusätzliche Voraussetzung, dass sich die Person

aufgrund eines Organisationsmangels im Unternehmen nicht ermitteln lässt (Art. 102 Abs. 1 StGB). In diesem Fall kann gegen das Unternehmen eine Busse in Höhe von bis zu CHF 5 Mio. verhängt werden. Anders ist dies für die in Art. 102 Abs. 2 StGB genannten Delikte. Sofern es sich bei der fraglichen Tat um Gewaltverbrechen, qualifizierte Steuervergehen oder Straftaten unter Beteiligung von Amtspersonen handelt, kann eine Bestrafung des Unternehmens auch unabhängig von der Strafbarkeit der beteiligten Personen erfolgen.

Entsprechend haben die Unternehmen ein Interesse an einer Organisation, die unredliches Verhalten idealerweise von vorneherein ausschliesst, oder zumindest aber, falls dies in einem Einzelfall doch nicht gelingt, jedenfalls nachvollziehbar offenlegt, welcher Mitarbeiter gegen die anwendbaren Vorschriften verstossen hat. Aus Mitarbeiter-sicht sollte man sich also wohl überlegen, ob man tatsächlich «zugunsten» des Unternehmens, also im Geschäftsverkehr, unredliche Handlungen vornehmen sollte, wenn man dafür durch dieses persönlich zur Rechenschaft gezogen und bestraft werden kann. Denn ein solches Handeln geht gegen das Interesse des Unternehmens und dieses wird alles dafür tun, den Mitarbeiter zu identifizieren und einer ordentlichen Bestrafung zuzuführen. Ausserdem können den sich fehlverhalten Mitarbeitenden weitere Folgen treffen wie der Verlustes des Arbeitsplatzes, evtl. Pensionsansprüche und weitere Nachteile. 20

b) Besondere Gesetze im pharmazeutischen Sektor

aa) Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (auch: Heilmittelgesetz)

Eines der zentralen Gesetze für die pharmazeutische Industrie ist das Schweizerische Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte, kurz «Heilmittelgesetz» (HMG). Es regelt die Abgabe und die Zulassung von Arzneimitteln und Medizinprodukten und soll zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier gewährleisten, dass ausschliesslich qualitativ hochwertige, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht werden (Art. 1 HMG). 21

Für die hier behandelte Thematik der Corporate Compliance ist die Regelung des Verbotes des Versprechens oder der Annahme geldwerter Vorteile im Zusammenhang mit der Verschreibung, Abgabe, oder Anwendung von Arzneimitteln hervorzuheben (Art. 55 HMG). 22

bb) Verordnung über die Integrität und Transparenz im Heilmittelbereich (VITH)

Mit der Revision des Heilmittelgesetzes von 2016 wurden die Bestimmungen zu geldwerten Vorteilen neu geregelt. Zwei neue Artikel zu Integrität (Art. 55 HMG) und Transparenz (Art. 56 HMG) im Heilmittelbereich lösten den bisherigen Art. 33 HMG über das Versprechen oder Annehmen geldwerter Vorteile ab. Im Jahre 2019 wurde zusätzlich eine neue Verordnung über die Integrität und Transparenz im Heilmittelbereich (VITH) verabschiedet, die weitere Details regelt. 23

2. Untergesetzliche Vorschriften: Kodizes/Selbstregulierung der pharmazeutischen Industrie

24 Über die bestehende Aufsicht durch nationale Regulierungsbehörden und Anforderungen durch Gesetze hinausgehend stellen die Selbstregulierungskodizes der Industrie eine effektive und anspruchsvolle Grundlage für ein rechtlich einwandfreies und ethisch-moralisch korrektes Geschäftsverhalten dar. Durch den globalen Verhaltenskodex (<https://www.ifpma.org/resource-centre/ifpma-code-of-practice-2019/>), zuletzt abgerufen am 8.4.2022) des Weltverbandes der forschenden Pharmaindustrie, IFPMA (International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations), und die verschiedenen regionalen und nationalen Kodizes der Industrieverbände auf der ganzen Welt, die diesen Kodex auf Landesebene umsetzen, hat sich die pharmazeutische Industrie zu höchsten ethischen Standards verpflichtet.

a) Globale Ebene: IFPMA

25 Im Jahr 1981 veröffentlichte die IFPMA ihren Kodex zu ethischen Marketing-Praktiken. Dieser war branchenübergreifend der erste internationale Selbstregulierungsmechanismus überhaupt. Der Kodex wurde mehrfach überarbeitet in den Jahren 1994, 2000, 2006, und der ursprünglich engere Fokus auf Marketing-Praktiken wurde ausgeweitet. In der Revision von 2012 wurden Richtlinien zur Unterstützung der medizinischen Fortbildung und zur Offenlegung von Informationen über klinische Studien hinzugefügt.

26 Mit der letzten Überarbeitung im Jahr 2019 wurde die Gewährung von Gegenständen zu Werbezwecken (Werbegaben wie z.B. Kugelschreiber, Post-its) verboten und es wurde das sogenannte «Ethos» (<https://www.ifpma.org/resource-centre/ifpma-code-of-practice-2019-ifpma-ethos/>), zuletzt abgerufen am 8.4.2022) erarbeitet und angenommen, ein ethisches Fundament für die Branche, das die Grundprinzipien und Regeln des Kodex aufzeigt. Es ist bestimmt von einer Kultur, die auf Werten und Prinzipien basiert, und Entscheidungen ermöglicht, die auf gutem Urteilsvermögen beruhen.

27 Die Bemühungen der globalen Industrie, ihr Selbstregulierungsmodell der Compliance weiterzuentwickeln, zeigen Wirkung. So wurden beispielsweise viele nationale Kodizes in den letzten zehn Jahren aktualisiert und erweitert, sowohl in entwickelten als auch in aufstrebenden Märkten. Eine IFPMA-Umfrage (IFPMA Global Code Comparison Report, publiziert am 2.7.2020: <https://www.ifpma.org/resource-centre/ifpma-code-comparison-report/>), zuletzt abgerufen am 8.4.2022) in 2020 ergab, dass die meisten Branchenverbände in den letzten ein bis vier Jahren vor der Umfrage eine Überarbeitung ihres nationalen Kodex vollzogen hatten. Jede dieser Erweiterungen zielte darauf ab, Ethik und Reputation der Branche zu stärken und sicherzustellen, dass die Branchenkodizes für die globalen Gesundheitssysteme und die Erwartungen der Gesellschaft relevant sind. Während die Verhaltenskodizes auf nationaler Ebene notwendigerweise oft tiefer ins Detail gehen als der globale Kodex, bietet dieser als Rahmen den Massstab für diese nationalen Kodizes. Branchenkodizes sind ein effekti-

ver Mechanismus, um gute ethische Praktiken von IFPMA-Mitgliedern sicherzustellen.

Der IFPMA-Verhaltenskodex gilt für die Mitgliedsverbände und Mitgliedsunternehmen der IFPMA sowie für alle, die in deren Namen handeln. Pharmazeutische Unternehmen, die weder Mitglied der IFPMA noch ihrer angeschlossenen Mitgliedsverbände sind, fallen nicht in den Geltungsbereich des IFPMA-Verhaltenskodex. Die IFPMA unterstützt aber auch solche nicht dem Geltungsbereich unterfallende Unternehmen, zumindest ethische Standards für ihre Werbung und Interaktionen zu befolgen, die denen des IFPMA-Verhaltenskodex ähnlich sind. Angesprochen sind hier insbesondere Organisationen, die Gesundheitsprodukte oder -dienstleistungen an Vertreter des Gesundheitswesens vermarkten, oder die mit Vertretern des Gesundheitswesens, medizinischen Einrichtungen und Patientenorganisationen interagieren. 28

b) Europäische Ebene: EFPIA

Auf europäischer Ebene sind die Pharmaunternehmen im Wirtschaftsverband EFPIA (European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations) organisiert. Dieser regionale Verband ist Mitglied der IFPMA. Der aktuelle EFPIA-Verhaltenskodex (<https://www.efpia.eu/relationships-code/the-efpia-code/>, zuletzt abgerufen am 8.4.2022) datiert aus dem Jahr 2019 und konsolidiert den bis dahin separaten HCP Code (2014), Patient Organisations Code (2011) und Disclosure Code (2013). Der Disclosure Code verfolgt das Ziel, die in der Einleitung beschriebenen Kooperationen in der Forschung öffentlich, transparent und damit nachvollziehbar und für die Öffentlichkeit besser verständlich zu machen. Hierdurch soll das Vertrauen in die Beteiligten und in ein redliches und ethisches Geschäftsverhalten gestärkt werden. 29

c) Nationale Ebene: Lokale Kodizes

Der Verhaltenskodex der pharmazeutischen Industrie in der Schweiz ist der sogenannte «Pharmakodex» (Verhaltenskodex der Pharmazeutischen Industrie in der Schweiz). Dieser Kodex wurde nicht nur von der forschenden Industrie (scienceindustries, Wirtschaftsverband Chemie Pharma Life Sciences: <https://www.scienceindustries.ch/>, zuletzt abgerufen am 8.4.2022), sondern auch vom Schweizerischen Fachverband für Selbstmedikation (ASSGP, https://www.assgp.ch/xml_1/internet/de/intro.cfm, zuletzt abgerufen am 8.4.2022), dem Verband der Generikahersteller in der Schweiz (Intergenerika, <https://www.intergenerika.ch/>, zuletzt abgerufen am 8.4.2022), dem Verband der forschenden pharmazeutischen Firmen der Schweiz (Interpharma, <https://www.interpharma.ch/>, zuletzt abgerufen am 8.4.2022) und von der Vereinigung Pharmafirmen in der Schweiz (vips, <https://vips.ch/>, zuletzt abgerufen am 8.4.2022) beschlossen. Die letzte Revision datiert aus dem Jahr 2020. Zusätzlich sei noch der 2014 in Kraft getretene Pharma-Kooperations-Kodex erwähnt, der die Zusammenarbeit mit Fachkreisen und Patientenorganisationen reguliert. In Anlehnung an EFPIA werden Vorgaben zur Offenlegungspflicht und zur Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Pharmaunternehmen festgelegt. 30

b) Schaden der Gesellschafter, Aktionäre

aa) Direkter/unmittelbarer Schaden

- 16 Sind die Aktionäre durch einen Compliance-Verstoss bzw. das Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds oder eines Mitglieds der Geschäftsführung unmittelbar geschädigt, können sie gegen dieses stets eine Verantwortlichkeitsklage einreichen.
- 17 Eine unmittelbare oder direkte Schädigung des einzelnen Aktionärs liegt dabei vor, wenn die Pflichtwidrigkeit des Organmitglieds diesen in seinem Vermögen schädigt, ohne gleichzeitig auch das Vermögen der Gesellschaft zu schmälern (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 16). Dabei kann es sich z.B. um nicht gewährte Bezugsrechte, nicht bezahlte Dividenden oder das Zurverfügungstellen von neuen finanziellen Mitteln nach Vorlage unwahrer Abschlusszahlen (Kreditbetrug oder unwahre Aktienzeichnungen [Emissionsschwindel, Prospektbetrug]) handeln (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 16; BÖCKLI, § 18 N 362).
- 18 Die Klage gegen die Organmitglieder richtet sich in diesem Fall grundsätzlich nach den Bestimmungen der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 ff. OR. Es gelten jedoch hinsichtlich der Legitimation (Art. 754 OR), des Gerichtsstands (Art. 40 ZPO), der Verjährung (Art. 760 OR) und der Solidarität (Art. 759 OR) die aktienrechtlichen Normen (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 16; BÖCKLI, § 18 N 362).
- 19 Die Anforderungen des Bundesgerichts für die Substantiierung des direkten Schadens des Aktionärs sind streng: Die klagende Partei hat genau darzulegen, welche Pflichtverletzung zu welchem direkten Schaden geführt hat (BÖCKLI, § 18 N 363, m.V.a. BGer, 13.5.2005, 4C.48/2005, E. 2.2). Richtet sich die Klage gegen mehrere Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder, so muss die klagende Partei grundsätzlich für jedes einzelne Organmitglied den relevanten Schaden gesondert nachweisen (BÖCKLI, § 18 N 371). Es gibt allerdings nach Art. 759 Abs. 2 OR die Möglichkeit, bei mehreren Beklagten einen Gesamtschaden einzuklagen und vom Gericht zu verlangen, die individuelle Ersatzpflicht – und damit den für sie oder ihn relevanten Schaden – festzusetzen (BÖCKLI, § 18 N 372; siehe hierzu nachfolgend N 111 ff.).

bb) Indirekter/Mittelbarer Schaden

- 20 Mittelbar oder indirekt ist ein Schaden, wenn die Aktionärin oder der Aktionär nur deshalb geschädigt wird, weil die Gesellschaft selbst zu Schaden gekommen ist. Der Schaden der Gesellschaft ist mithin *conditio sine qua non* für die Geltendmachung eines mittelbaren Schadens einer Aktionärin oder eines Aktionärs (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 15). Typischerweise ist dies der Fall, wenn die Gesellschaft aufgrund einer Pflichtverletzung durch ein oder mehrere Organmitglieder oder ein oder mehrere Geschäftsleitungsmitglieder einen Schaden erleidet und dadurch die Beteiligung des Aktionärs an der Gesellschaft an Wert verliert (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 15; BÖCKLI, § 18 N 364).
- 21 Die Aktionärs-eigenschaft (wozu auch Partizipanten gehören) muss zum Zeitpunkt der Klageeinreichung bestehen; bei einer späteren Aktienübertragung (z.B. auf die Erben) geht der Klageanspruch über (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 5).

Die Klage auf Ersatz des mittelbaren (und nicht bereits verjährten) Schadens nach Art. 756 Abs. 1 OR kann von den Aktionärinnen und Aktionären, im Gegensatz zu den Gläubigerinnen und Gläubigern einer Gesellschaft (Art. 767 Abs. 1 Satz 1 OR *e contrario*) **jederzeit** eingereicht werden (BAUM/VON DER CRONE, 236).

Der Anspruch der Aktionäre geht auf Leistung an die Gesellschaft, wobei der gesamte Schaden eingeklagt werden muss, nicht nur den auf die Beteiligung des jeweiligen Aktionärs fallenden Anteils (*actio pro socio*; VON DER CRONE, N 1888; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 7). Dabei handelt es sich um eine **Prozessstandschaft**; der jeweilige Aktionär oder die jeweilige Aktionärin handelt somit in eigenem Namen anstelle der berechtigten Gesellschaft (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 13; BGE 132 III 342, 350 E. 4.3). Der Klage können sämtliche Einreden (inkl. Décharge) entgegengehalten werden. Einreden, welche sich gegen den Aktionär selbst richten (z.B. Einwilligung in eine Pflichtverletzung durch den klagenden Aktionär), sind nicht möglich (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 10; a.M. BÖCKLI, § 18 N 228). Das Urteil erledigt sodann den Anspruch aus dem Gesellschaftsschaden für alle möglichen Anspruchsberechtigten, inkl. der Gesellschaft selbst (*res iudicata*; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 10). Dies bedeutet, dass eine einzelne Aktionärin oder ein einzelner Aktionär sich die gesamten Kosten (inklusive den durch eine Parteischädigung allenfalls nicht gedeckten Teil) eines Prozesses allein aufbürden muss, obwohl das gesamte Aktionariat bei einem Obsiegen von der Klage profitiert (SETHE/FAHRLÄNDER, 229).

Mit der Aktienrechtsrevision wird per 1. Januar 2023 ein neuer Absatz zu Art. 756 OR eingeführt, der folgenden Wortlaut hat (Art. 756 Abs. 2 revOR):

«Die Generalversammlung kann beschliessen, dass die Gesellschaft die Klage erhebt. Sie kann den Verwaltungsrat oder einen Vertreter mit der Prozessführung betrauen.»

Damit wird den Aktionärinnen und Aktionären ermöglicht, eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft in die Wege zu leiten, ohne dass sie selbst (wie bislang) unmittelbar die Prozesskosten tragen müssen. Die Beauftragung einer Vertreterin oder eines Vertreters mit der Prozessführung anstelle des Verwaltungsrates soll ausserdem dazu dienen, allfällige Interessenskonflikte zu vermeiden (SETHE/FAHRLÄNDER, 228).

Diese Klarstellung im Gesetz ist zu begrüessen. Für die Generalversammlung besteht im Falle eines Interessenskonflikts, in welchem sich Verwaltungsratsmitglieder bei Verantwortlichkeitsverfahren regelmässig befinden dürften, jedoch bereits *de lege lata* gemäss Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Möglichkeit, eine Prozessvertreterin oder einen Prozessvertreter zu bestimmen (SETHE/FAHRLÄNDER, 228; BGE 132 III 707, 713 E. 3.2).

Art. 756 Abs. 2 revOR erleichtert nur, aber immerhin, das kollektive Vorgehen gegen Organmitglieder. Diese Bestimmung dürfte künftig vor allem bei schwerwiegenden und **systemischen Gesetzesverletzungen** wie nachgewiesener Korruption, Geldwäscherei etc. durch Organmitglieder und/oder Arbeitnehmende mit Schadensfolgen zulasten der Gesellschaft von praktischer Relevanz sein. Der einzelne Aktionär, der auf «eigene Faust» handelt, muss hingegen weiterhin selbstständig klagen und das gesamte

Prozessrisiko tragen, obwohl von einem eventuellen Erfolg auch die nichtklagenden Mitaktionärinnen und Mitaktionäre und in erster Linie die Gesellschaft profitieren, ohne jegliches Risiko mitgetragen zu haben (SETHE/FAHRLÄNDER, 229). Die Aktienrechtsrevision wollte dieses Problem mit einer Minderheitsklage des Aktionärs auf Kosten der Gesellschaft lösen, was aufgrund deutlicher Kritik in der Lehre jedoch wieder verworfen wurde (SETHE/FAHRLÄNDER, 229). Praktisch betrachtet werden deshalb auch in Zukunft ausserhalb des Konkurses einer Gesellschaft wohl in erster Linie Grossaktionäre bzw. institutionelle Aktionärinnen und Aktionäre zu einer solchen Klage schreiten, da der finanzielle Aufwand für Kleinaktionärinnen und Kleinaktionäre in keinem (rationalen) Verhältnis zum Erfolg steht (s. auch SETHE/FAHRLÄNDER, 229).

c) Schaden der Gesellschaft

- 28** Die Unterscheidung zwischen direktem und indirektem bzw. unmittelbarem und mittelbarem Schaden spielt im Rahmen der Beurteilung des Schadens der Gesellschaft keine Rolle, da die Gesellschaft immer direkt geschädigt ist (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 14). Eine weitere Unterteilung des Schadens der Gesellschaft kann nach SETHE/ANDREOTTI bezüglich «Compliance-Schäden» wie folgt geschehen:

aa) Unternehmensinterne Schäden

- 29** Entsteht wegen des gänzlichen Fehlens eines Compliance-Managementsystems oder bei existierendem aber systemisch mangelhaftem und unwirksamem Compliance-Managementsystem ein Schaden (zum Beispiel durch externe Untersuchungen wegen Gesetzesverstössen bzw. durch Sanktionen), handelt es sich um Schäden, die direkt im Unternehmen anfallen (SETHE/ANDREOTTI, 156 f.).

bb) Unternehmensexterne Schäden

- 30** Führt ein Compliance-Verstoss zu Mängeln gegenüber der Kundschaft erbrachten Leistungen (inkl. der Überfakturierung bei Kartellen [§ 36] oder infolge Bestechung von Entscheidungsträgern mit Überwälzung der Bestechungsleistungen an die Kundschaft [§ 35]) oder der Herstellung von Waren (Rückrufaktionen), sind die Kosten zur Behebung des Mangels ebenfalls ein Schaden der Gesellschaft. Dasselbe gilt, wenn die Kundschaft Mangelfolgeschäden treffen, welche das Unternehmen ersetzen muss. Dazu können Werbekosten zur Wiederherstellung der Reputation zählen (SETHE/ANDREOTTI, 157).

cc) Gesetzesverstösse

- 31** Kommt es durch Compliance-Versagen (inklusive grundsätzlichem mangelhaftem Bekenntnis zu Compliance sowie mangelhafter Aufsicht und Kontrolle) der Verwaltungsratsmitglieder und/oder der Geschäftsleitungsmitglieder zu Gesetzesverstössen und entsteht ein Schaden, so besteht der Schaden der Gesellschaft regelmässig in Anwalts- und Beraterkosten sowie Kosten von weiteren involvierten Stellen wie z.B. eDiscovery-Provider für die Sachverhaltsaufklärung (interne Untersuchungen; § 48). Sol-

che **vorprozessualen (Anwalts-) Kosten** können in einem Schadenersatzprozess nur geltend gemacht werden, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen sind, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht bereits durch den Ersatz anderer Kosten gedeckt sind. Es braucht deshalb mindestens einen konkreten Anfangsverdacht, um die Notwendigkeit der durch die interne Untersuchung generierten Kosten zu legitimieren (ROSENTHAL, 68; a.M. wohl RUDOLPH, 393). Ein solcher konkreter Anfangsverdacht kann sich z.B. aus der **Meldung eines Whistleblowers** oder einer Whistleblowerin ergeben (JENNE/SCHUBERT, 488, mit Verweis auf das Urteil des Landgerichts Baden-Württemberg vom 21.4.2020 –19 Sa 46/19, § 45, 47).

Ebenso fallen für die betroffene Gesellschaft üblicherweise Kosten für die Zusammenarbeit mit bzw. die Verteidigung gegenüber (Strafverfolgungs-)Behörden und Gerichten sowie interne und externe Folgekosten an, inklusive die Kosten für die Wiederherstellung der Reputation. Nach der hier vertretenen Ansicht qualifizieren sich auch freiwillige Einigungen (**Settlements**) und Bussen gegen die Gesellschaft (z.B. an die WEKO) als Schaden der Gesellschaft, da sie zu einer Vermögensminderung führen, die direkte Folge gesetzeswidrigen Verhaltens der Organmitglieder und/oder Arbeitnehmenden sind, für deren Verhinderung die Organmitglieder pflichtwidrig nicht genügend gesorgt haben (gl.M. wohl auch SETHE/ANDREOTTI, 157, Fn. 339). Ebenfalls ersatzfähig sind nach der hier vertretenen Ansicht allfällige Straf- und Verzugszinsen. Keinen ersatzfähigen Schaden stellen demgegenüber reine Steuernachzahlungen dar, da diese ohnehin angefallen wären (SETHE/ANDREOTTI, 157). **32**

5. Pflichtverletzung

a) Sorgfaltsmassstab

Nach der klaren Regelung von Art. 717 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (**Art. 717 Abs. 1 OR**). **33**

Die sorgfältige Aufgabenerfüllung und die Ausrichtung auf das Gesellschaftsinteresse stellen damit die Leitplanken für das Verwaltungsratshandeln und das Handeln Dritter, die mit der Geschäftsführung befasst sind, dar (FORSTMOSER/KÜCHLER, 171; s.a. § 6). Die Verwaltungsratsmitglieder müssen sich ausserdem an das Gleichbehandlungsgebot halten (Art. 717 Abs. 2 OR). **34**

Der Sorgfaltsmassstab «*alle Sorgfalt*» für die Geschäftsführung ist der **höchste Sorgfaltsmassstab** im schweizerischen Recht. Die Einhaltung und Überwachung von Rechtsnormen und internen Verhaltensrichtlinien gehören zum Kern einer sorgfältigen und guten Geschäftsführung. Organmitglieder sind nicht nur verpflichtet, zwingende Rechtsnormen zu beachten, sondern sie haben auch durch interne Weisungen und Verhaltensrichtlinien sowie durch ein entsprechendes Compliance-Managementsystem dafür zu sorgen, dass sich die Arbeitnehmenden des Unternehmens daran halten. Die Missachtung der Compliance und internationaler Best Practice kann daher zu einer (persönlichen) Haftung der Organmitglieder nach Art. 754 **35**

OR führen, wenn diese nicht mit höchster Sorgfalt betrieben wird (SETHE/ANDREOTTI, 138 f.).

- 36 Als Massstab für die im konkreten Fall angewendete Sorgfalt können die Gerichte spezialgesetzliche Regelungen sowie die **internationalen Standards** zu guter Governance, vorab **ISO Standard 37000** (ISO 37000: 2021 – Governance of organisations) oder ISO 37301 – Compliance management systems oder ISO 37001 – Anti-bribery management systems beiziehen. In der Einleitung zu ISO 37301 steht denn auch:

«In a number of jurisdictions, courts have considered an organization's commitment to compliance through its compliance management system when determining the appropriate penalty to be imposed for contraventions of relevant laws. Therefore, regulatory and judicial bodies can also benefit from this document as a benchmark.»

- 37 Die ISO Standards widerspiegeln die international anerkannten Regeln der Kunst im Regelungsbereich (bspw. Governance, Compliance, Risikomanagement, IT Governance etc.). Ob das Nichteinhalten internationaler Standards, welche die anerkannten Regeln der Kunst wiedergeben, bzw. das Nichtbefolgen privater Empfehlungen (bspw. der OECD) eine haftungsauslösende Sorgfaltspflichtverletzung darstellen, ist **umstritten** (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 26). Aufgrund der in den letzten zehn Jahren erfolgten Abdeckung von Governance, Risiko- und Compliance-Management (etc.) durch ISO Standards und die stark gestiegene Bedeutung und Autorität internationaler Standards in vielen Rechtsbereichen (bspw. Art. 964a ff. OR und das Erfordernis, für jeden nichtfinanziellen Belang das anwendbare Konzept zu nennen) dürften sich nach der hier vertretenen Meinung auch schweizerische Gerichte und Vollzugsbehörden künftig (stärker) an den ISO Standards ausrichten und deren Nichtbeachtung ohne glaubwürdige Erklärung («**comply or explain**») als Indiz für Sorgfaltsmängel werten.
- 38 Neben der Beachtung des allgemeinen Sorgfaltsmassstabes können die Mitglieder des Verwaltungsrates sodann weitere spezialgesetzliche oder vertragliche Pflichten treffen, welche zu einer sorgfältigen Aufgabenerfüllung gehören (SETHE/ANDREOTTI, 142). Bei behördlichem «**soft law**» (bspw. FINMA Rundschreiben) ist immer zu berücksichtigen, dass die behördlichen Empfehlungen tendenziell schnell von internationalen Entwicklungen überholt werden und teilweise auch im Widerspruch zur internationalen Best Practice stehen können.

b) Errichten eines Compliance-Managementsystems als Handeln im Gesellschaftsinteresse

- 39 Der zweite Aspekt der Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR ist das Handeln im Interesse der Gesellschaft. Auch wenn das Handeln im Gesellschaftsinteresse grundsätzlich die sorgfältige Aufgabenerfüllung miteinschliesst, da es nie im Interesse der Gesellschaft liegen kann, wenn die Verwaltungsratsmitglieder unsorgfältig handeln, geht das Handeln im Gesellschaftsinteresse weiter: Es muss damit ein Ziel verfolgt werden (FORSTMOSER/KÜCHLER, 173).

Die Errichtung, Überwachung und Einhaltung eines Compliance-Managementsystems stellen nach der hier vertretenen Meinung ein solches Handeln im Gesellschaftsinteresse dar, weil damit die systemische Wirksamkeit des Compliance-Managements sichergestellt, Compliance-Risiken bewältigt und mögliche Schäden der Gesellschaft vermieden oder minimiert werden können. 40

Jedes Compliance-System ist dem Unternehmen sodann «auf den Leib zu schneiden». Ein KMU, welches lediglich in der Schweiz und in einer wenig regulierten Branche Geschäfte tätigt, kann sich mit einem viel einfacheren Compliance-System begnügen als ein international tätiges Unternehmen, das in deliktanfälligen Ländern oder Branchen präsent ist (MAGNIN, FS Fellmann, 383). Die Treiber wirksamen Compliance Managements (Leadership, Werte und Kultur; § 2, § 1, § 8, § 9) und die Grundsätze eines Compliance-Managementsystems (regelmässige Beurteilung der Compliance Risiken, Definition der Rollen und Verantwortlichkeiten auf allen Ebenen, Schulung, Beratung, Wirksamkeitsmessung, fortlaufende Verbesserung etc.; § 8) gelten hingegen für alle Unternehmen (siehe ISO 37301:2021). 41

c) Haftungsauslösendes Ereignis

Nach der allgemeinen **Schutznormtheorie** geht es bei der Pflichtverletzung (Widerrechtlichkeit) um die Verletzung jener Pflichten, welche die Organmitglieder bei der Ausübung ihres Amtes erfüllen müssen (Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR, Handlungspflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit [Art. 725 OR], Kapitalverlust [Art. 725a OR], begründete Besorgnis einer Überschuldung [Art. 725b OR], sorgfältige Geschäftsführung nach Art. 717 OR, Treuepflicht [Art. 717 Abs. 1 OR], Gleichbehandlungspflicht [Art. 717 Abs. 2 OR]; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 14 N 38). Die Pflichtverletzung nach Art. 754 OR unterscheidet sich von der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR insofern, als nach Art. 41 OR für reine Vermögensschäden spezifische gesetzliche Schutznormen verletzt sein müssen. Die Verletzung von Statuten, (gesellschaftsinternen) Reglementen und Verhaltenskodizes sowie (internationaler) Best Practice Standards und soft laws können somit keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR begründen, jedoch eine Pflichtverletzung und damit eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 754 OR darstellen (JENNY, 152). 42

Pflichtverletzungen können sich ferner aus einem Tun oder einem Unterlassen ergeben. Unterlassungen sind dann pflichtwidrig, wenn eine spezifische Pflicht zum Handeln besteht (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 23). Gerade bei nicht operativ tätigen Verwaltungsratsmitgliedern dürfte regelmässig ein pflichtwidriges Unterlassen im Vordergrund stehen (MAGNIN, FS Fellmann, 380). Verhalten sich nämlich Geschäftsleitungsmitglieder oder sonstige Arbeitnehmende nicht gesetzestreu, steht die Frage im Raum, ob der Verwaltungsrat haftet, weil er keine oder nicht ausreichende Massnahmen ergriffen hat, um deren korrektes Verhalten und damit die Compliance sicherzustellen (MAGNIN, FS Fellmann, 381). 43

Die **unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben** des Verwaltungsrates werden in **Art. 716a OR** festgehalten. Hierzu gehören die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen sowie Oberaufsicht über die mit der Geschäftsfüh-

Corporate Compliance ist der Ausgangspunkt für regelkonformes und integriertes Handeln aller Organisationen, seien diese Aktiengesellschaften oder Stiftungen, börsenkotiert oder familiengeführt, Weltkonzerne oder national operierende KMU. Die steigenden Anforderungen an eine zeitgemässe Corporate Compliance verlangen eine Weiterentwicklung der reinen regeltreuen Compliance zu einem wertebasierten Integritäts- und Compliance Management.

Der Fokus des Handbuchs liegt auf Corporate Compliance im nichtregulierten Bereich. Es befasst sich aus praktischer Sicht mit wertebasierter Compliance unter eingehender Berücksichtigung von aktuellen ESG-Themen. Das vorliegende Werk setzt sich hierfür mit den wesentlichen Elementen eines Compliance Management Systems, der Compliance Organisation, dem Entdecken und Aufarbeiten von Compliance Verstössen, der Compliance Kommunikation sowie den zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen für Einzelne und das Unternehmen auseinander. Zudem werden spezifische Compliance Risiken wie Geldwäscherei, Kartellabsprachen, Tax Compliance, Data Governance und Insolvenzstrafrecht behandelt. Separate Kapitel, welche Besonderheiten in ausgewählten Branchen hervorheben, schliessen das Werk ab.

ISBN 978-3-7190-4400-8

