

**Die Pflicht zur Compliance beschränkt sich nicht nur auf Banken und Versicherungen. Compliance ist eng mit den Themen «Internes Kontrollsystem» und «Risikomanagement» verflochten. Die zivil- und strafrechtlichen Risiken mangelnder Compliance sind vielfältig und können sowohl die Unternehmen selber als auch deren Organe empfindlich treffen.**

DANIEL BACHMANN

## COMPLIANCE – RECHTLICHE GRUNDLAGEN UND RISIKEN

### Ein Thema (auch) für Unternehmen ausserhalb der Finanzindustrie

#### 1. EINFÜHRUNG

Im Einklang mit anderen Entwicklungen im Wirtschaftsrecht ist der Begriff und das Verständnis von «Compliance» angelsächsischen Ursprungs [1]. Compliance bildet in der Schweiz seit rund 10 Jahren ein Verhaltenskonzept, das zunächst vor allem in der Bank- und Finanzindustrie Eingang gefunden hat [2]. Unter anderem wegen des *Swiss Code of Best Practice (SCBP)* [3], unter dem Eindruck des US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act und im Rahmen der Diskussion um interne Kontrollsysteme beginnt man sich auch ausserhalb des Banken- und Finanzsektors vermehrt für Compliance zu interessieren.

Ohne auf alle möglichen Definitionen der Compliance einzugehen [4], sei hier folgende Umschreibung gewagt: «*Compliance ist ein Verhalten und ein Konzept, das in einem Unternehmen das Einhalten von gesetzlichen, regulatorischen und unternehmensinternen Vorschriften, einschliesslich marktüblicher Standards und Standesregeln, durch Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und übrige Mitarbeitende sicherstellt*».

Der vorliegende Artikel will – vornehmlich aus der Optik von Unternehmen (Aktiengesellschaften) ausserhalb der Finanzindustrie – die rechtliche und normative Einordnung der Compliance in der schweizerischen Rechtswirklichkeit und die mit mangelnder Compliance allenfalls einhergehenden Risiken aufzeigen.

#### 2. GESETZLICHE UND NORMATIVE GRUNDLAGE DER COMPLIANCE

**2.1 Compliance als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats.** Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR gehört die «*Oberaufsicht über die mit der Geschäftslei-*

*tung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen*» zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats [5]. Das besagt nichts anderes, als dass der Verwaltungsrat für die Einhaltung der Compliance im Unternehmen zu sorgen hat [6].

Eng mit der Oberaufsicht und der Einhaltung der Compliance verbunden ist die in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR geregelte Pflicht des Verwaltungsrats zur Festlegung der Organisation der Aktiengesellschaft. Unter diese Organisationsverantwortung gehört u. a. auch die Organisation der Oberaufsicht des Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR und damit auch die Organisation der Compliance [7]. Es ist mithin Aufgabe des Verwaltungsrats, nicht nur über die Einhaltung der Compliance zu wachen, sondern proaktiv die organisatorischen Grundlagen zu schaffen, damit das Unternehmen und seine Mitarbeitenden überhaupt «compliant» handeln können. Dazu gehören ganz allgemein die Organisations- und Kompetenzregelungen im Unternehmen, die es erlauben, die grundlegenden Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten festzulegen.

Darüber, wie der Verwaltungsrat seiner Organisations- und Oberaufsichtspflicht hinsichtlich Compliance nachzukommen hat, schweigt sich das Gesetz aus. Anhaltspunkte dazu finden sich im SCBP. Obwohl der SCBP nur empfehlenden Charakter hat, ist seine Wirkung als Festlegung dessen, was man von einer gut geführten Unternehmung erwarten darf, nicht zu unterschätzen [8]. Konkretisiert wird die Compliance zunächst durch Ziffer 20 des SCBP. Unter dem Titel «*Der Verwaltungsrat trifft Massnahmen zur Einhaltung der anwendbaren Normen (Compliance)*» wird dem Verwaltungsrat aufgetragen, «*die Funktion der Compliance nach den Besonderheiten des Unternehmens*» zu ordnen und es wird ihm – im Sinne einer Kann-Vorschrift – die Möglichkeit aufgezeigt, die Compliance-Funktion in das interne Kontrollsystem zu integrieren. Zusätzlich hat sich der Verwaltungsrat nach der genannten Vorschrift «*mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft zu geben, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren Compliance-Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird*» [9].

Nach Ziffer 24 des SCBP ist es Aufgabe des Prüfungsausschusses, «*sich ein Bild vom Stand der Einhaltung der Normen (Compliance) in der Gesellschaft*» zu machen. Das bedeutet aber nicht,



DANIEL BACHMANN,  
LIC. IUR., FÜRSPRECHER  
UND NOTAR, PARTNER LEGAL,  
ERNST & YOUNG AG, BERN

dass die in Ziffer 20 des SCBP definierten Aufgaben einfach an den Prüfungsausschuss delegiert werden dürfen. Dies wäre mit der in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR definierten Oberaufsichtspflicht des Verwaltungsrats nicht mehr vereinbar [10]. Aufgabe des Ausschusses ist im wesentlichen die Beurteilung der Compliance und allenfalls das Vorbereiten von konkreten Massnahmen zu Händen des Gesamtverwaltungsrats.

Die «Ordnung» sowie die «Beurteilung» der Compliance sind nicht zu verwechseln mit deren eigentlicher Umsetzung und Durchführung. Letztere Aufgaben fallen als Teil der delegierten Geschäftsführung in aller Regel in die Zuständigkeit der operativen Geschäftsleitung einer Unternehmung [11].

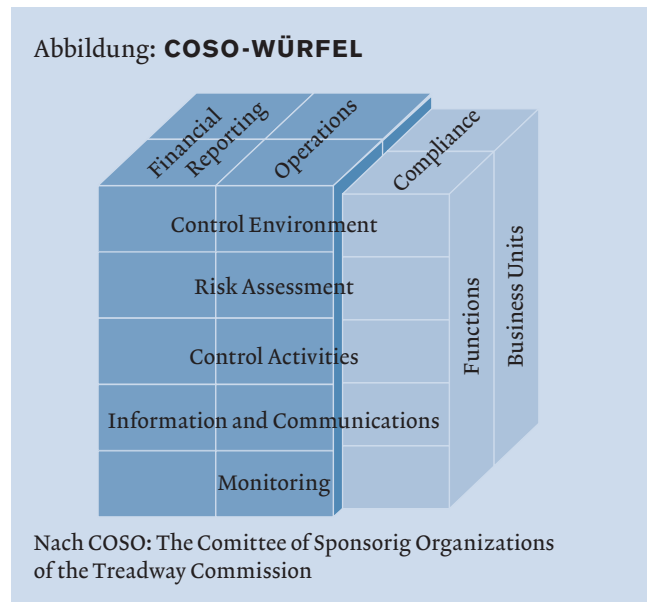
**2.2 Compliance und Revisionsstelle.** Zusätzlich zur Pflicht des Verwaltungsrats, für die Einhaltung der Compliance zu sorgen, tritt die in Art. 729b OR geregelte Anzeigepflicht der Revisionsstelle. Demnach hat die Revisionsstelle Verstösse gegen «Gesetz oder Statuten», welche sie im Rahmen ihrer Prüfung feststellt, schriftlich dem Verwaltungsrat und in wichtigen Fällen der Generalversammlung zu melden [12]. Allerdings wird sich ein Verwaltungsrat nicht unter Hinweis auf die Anzeigepflichten der Revisionsstelle von allfälligen Versäumnissen bei der Sicherstellung der Compliance im Unternehmen entlasten können. Die Anzeigepflichten der Revisionsstelle haben m. a. W. subsidiären Charakter.

Es darf als anerkannt gelten, dass mit der erwähnten Anzeigepflicht keine Erweiterung des in Art. 728 OR (neu Art. 728a) geregelten Prüfungsgegenstands verbunden ist. Nach herrschender Lehre und Praxis trifft die Revisionsstelle ausserhalb des Rahmens ihrer Prüfungsaufgaben keine spezielle Nachforschungspflicht hinsichtlich Gesetzes- oder Statutenverstössen [13]. Es geht nur, aber immerhin, um eine Beobachtungspflicht der Revisionsstelle, wobei diejenigen Verstösse, die bei einer normalen Revision erkennbar sind, thematisiert werden müssen [14].

Wo die Grenze zwischen den «im Rahmen der Prüfung erkennbaren» und damit anzeigepflichtigen Verstössen und den nur aufgrund besonderer Nachforschungen offenbar werdenden Verstössen liegt, ist wohl nicht immer klar abzugrenzen. Im Sinne einer objektivierten Betrachtungsweise ist für die Beurteilung der Erkennbarkeit das Wissen und die Kenntnisse eines durchschnittlichen Wirtschaftsprüfers zu Grunde zu legen. Man wird insbesondere die Anforderungen hinsichtlich juristischen Fachwissens nicht zu hoch schrauben dürfen.

### 3. ZUSAMMENHANG ZWISCHEN COMPLIANCE UND INTERNEM KONTROLLSYSTEM (IKS) BZW. RISIKOMANAGEMENT

**3.1 Normative Grundlage von IKS und Risikomanagement.** Spätestens mit der Veröffentlichung des SCBP haben die Themen IKS sowie Risikomanagement hierzulande Eingang in die Diskussionen rund um die Corporate Governance gefunden. Einschlägig ist die Ziffer 19 des SCBP, wonach der Verwaltungsrat «für ein dem Unternehmen angepasstes internes Kontrollsystem und Risikomanagement» zu sorgen hat. Ferner ist in Ziffer 24 des SCBP dem Prüfungsausschuss aufgetragen, die Funktionsfähigkeit des IKS mit Einbezug des Risikoma-



agements zu überprüfen. Für die an der SWX kotierten Unternehmen setzt die SWX-Richtlinie [15] weitere – und zwingend einzuhaltende – Wegmarken [16].

Bis dato werden weder IKS noch Risikomanagement im Aktienrecht explizit erwähnt. Implizit wird man indes die beiden Funktionen der Organisations- und der Oberaufsichtskompetenz des Verwaltungsrats im Sinne von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 und 5 OR zurechnen dürfen. Aus dieser Optik sind weder IKS noch Risikomanagement etwas völlig Neues. Mit dem geänderten und in der 2. Jahreshälfte 2007 in Kraft tretenden Aktienrecht werden die Funktionen nun ausdrücklich benannt. Neu setzt nämlich Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR bei allen der ordentlichen Revision unterliegenden Gesellschaften das Vorhandensein eines IKS voraus, worüber die Revisionsstelle gemäss Art. 728b Abs. 1 OR Bericht zu erstatten hat [17]. Überdies schreibt der neue Art. 663b Ziff. 12 OR für alle (und nicht nur für die der ordentlichen Revision unterliegenden) Aktiengesellschaften vor, dass der Anhang zur Jahresrechnung «Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung» zu enthalten habe [18].

### 3.2 Compliance als Teil von IKS und Risikomanagement.

Wo liegt nun der Zusammenhang zwischen Compliance einerseits und IKS bzw. Risikomanagement andererseits? Am besten lässt sich dieser Zusammenhang am «COSO Internal Control – Integrated Framework» [19] aufzeigen. Klassisch ist der sog. «COSO Würfel», der in etwas abgewandelter Form in der *Abbildung* wiedergegeben ist. Demnach umfasst die interne Kontrolle drei Hauptkategorien oder Ziele, nämlich die Sicherstellung von:

→ Zuverlässigkeit der finanziellen Informationen (Financial Reporting); → Effektivität und Effizienz von Geschäftsprozessen (Operations); → Einhaltung der anwendbaren Gesetze und Vorschriften (Compliance).

Die Erreichung der genannten Ziele ist abhängig und beeinflusst von den folgenden fünf, miteinander vernetzten Komponenten:

→ Internes oder Kontrollumfeld; → Risikobeurteilung; → Kontrollaktivitäten; → Information und Kommunikation; → Überwachung.

Ohne hier auf Details eingreten zu wollen, wird klar, dass IKS, Risikomanagement und Compliance eng miteinander verbunden sind. Compliance ist Teil eines funktionierenden IKS und damit auch Teil eines umfassend verstandenen Risikomanagements im Unternehmen. Die eben getroffene Feststellung kommt z. B. in der Definition des IKS zum Ausdruck, welche die Treuhand-Kammer in ihrem IKS-Positionspapier vom 21. März 2006 verabschiedet hat [20]. In die gleiche Richtung weist der SCBP, der in Ziffer 19 festhält, dass das IKS je nach den Besonderheiten der Gesellschaft auch das Risikomanagement abdecke und – so Ziffer 20 – dass die Compliance dem IKS zugewiesen werden könne.

Nach dem vorherrschenden Verständnis der neuen Vorschriften des Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 und 728b Abs. 1 OR umfasst das von der Revisionsstelle als vorhanden zu bestätigende IKS vor allem den Bereich der finanziellen Berichterstattung und nicht auch die Effektivität und Effizienz der Geschäftsprozesse und auch nicht den Bereich der Compliance. In diesem Sinne äussert sich (indirekt) bereits die Botschaft des Bundesrats [21]. In die gleiche (diesmal deutlichere) Richtung weisen ein Statement von Bundesrat Blocher vom 1. Dezember 2005 in den Beratungen des Ständerates zum neuen Revisionsrecht [22] sowie das IKS-Positionspapier der Treuhand-Kammer [23]. Das bedeutet indes nicht, dass der Aspekt der Compliance aus Abschied und Traktanden fallen würde. Compliance bleibt Teil eines ganzheitlich verstandenen IKS bzw. Risikomanagements, unabhängig davon, ob sich künftig die Revisionsstelle im Zusammenhang mit der IKS-Bestätigung dazu zu äussern hat oder nicht.

#### 4. RISIKEN MANGELNDER COMPLIANCE

##### 4.1 Risiken für Organe des Unternehmens [24]

**4.1.1 Zivilrechtliche Haftungsrisiken für Organe.** Die zivilrechtlichen, persönlichen Risiken aus mangelnder Compliance für die Organe bestehen im wesentlichen aus der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des Art. 754 OR, nämlich der sog. Haftung für Verwaltung und Geschäftsführung.

Es würde den Rahmen sprengen, hier die Voraussetzungen und Wirkungen dieser Haftung im einzelnen darzustellen. Es kann diesbezüglich auf die vielfältige Literatur und Rechtsprechung verwiesen werden [25]. Im vorliegenden Zusammenhang sind aber folgende Aspekte relevant:

Voraussetzung jeglicher Verantwortlichkeit ist u. a. eine schuldhafte (fahrlässige oder absichtliche) Sorgfaltspflichtverletzung der Organe. Diese Verletzung kann sowohl in einem Handeln als auch in einem Unterlassen bestehen. Aus der Sicht eines Mitglieds des Verwaltungsrats sind im Zusammenhang mit Compliance vor allem die bereits oben thematisierten unübertragbaren und unentziehbaren Organisations- und Oberaufsichtspflichten von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 und 5 OR relevant. Gerät z. B. eine Gesellschaft in Konkurs, weil der CFO wiederholt im Namen und auf Risiko der Gesellschaft riskante Börsentermingeschäfte abgewickelt und damit der Gesellschaft einen vernichtenden Verlust verur-

sacht hat, können u. U. neben dem betreffenden Geschäftsleitungsmitglied auch die Mitglieder des Verwaltungsrats verantwortlich werden. Dies, wenn sich z. B. herausstellt, dass es der Verwaltungsrat trotz gegenteiliger Kompetenzregelungen im Organisationsreglement unterlassen hat, gegen ihm bekannte Kompetenzüberschreitungen einzu-schreiten. Selbst ohne vorherige Kenntnis der Kompetenzüberschreitungen könnten die Mitglieder des Verwaltungsrats belangt werden, wenn sich ergeben sollte, dass sich der Verwaltungsrat entweder gleichgültig bezüglich Einhaltung von Gesetzen, Reglementen und dergleichen gezeigt hat oder es unterlassen hat, für ausreichende und klare Kompetenzregelungen zu sorgen.

Eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Organe ist auch denkbar in Fällen, in welchen die Gesellschaft aufgrund von Art. 102 Abs. 1 oder 2 StGB [26] wegen Organisationsmängeln zu Busszahlungen verurteilt wird. Ist nämlich strafrechtlich eine mangelhafte Organisation des Unternehmens festgestellt, liegt es nahe, daraus eine Sorgfaltspflichtverletzung der verantwortlichen Organe abzuleiten [27].

Bisher nicht entschieden ist die Frage, ob – unter der Annahme weiterer Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Kausalität usw.) – auch die Nichtbeachtung von Corporate Governance-Empfehlungen, wie sie z. B. der SCBP enthält, zu einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit führen kann. Böckli begegnet dem Thema mit einer gewissen Zurückhaltung [28]. Immerhin ist aber im Sinne der Ausführungen von Böckli nicht auszuschliessen bzw. vielleicht sogar geboten, dass ein Gericht gewisse Standards des SCBP als Referenzgrösse für die Beurteilung der Frage der Sorgfaltspflichtverletzung bezieht [29]. Zumindest in Kombination mit anderen potentiellen Sorgfaltspflichtverletzungen könnte eine Verletzung von anerkannten Best Practice-Standards zu einer Bejahung einer Haftung führen, falls auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen gegeben sind.

**4.1.2 Strafrechtliche Risiken für Organe.** Wenn hier von strafrechtlichen Risiken der verantwortlichen Organe (Verwaltungsrat und / oder Geschäftsleitung) aus mangelnder Compliance die Rede ist, geht es nicht primär um Straftatbestände, die unmittelbar von den betreffenden Organen durch aktives Tun erfüllt werden; also beispielsweise nicht um den Vorwurf an einen Geschäftsführer, selber aktiv verbotenerweise Kriegsmaterial exportiert zu haben, oder an den CFO, selber Geld gewaschen zu haben. Vielmehr geht es in aller Regel um den Vorwurf an die Organe, Handlungen und Vorkehrungen unterlassen zu haben, die geeignet gewesen wären, eine strafbare Handlung zu verhindern. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung [30].

Die diesbezügliche Rechtsprechung fand ihren ersten öffentlichkeitswirksamen Ausdruck im Fall Bührlé, der auf die 60er Jahre des letzten Jahrhunderts zurückgeht [31]. Die dort ausgesprochene Verurteilung des Unternehmensleiters gründete im Vorwurf, nichts gegen den verbotenen Export von Kriegsmaterial unternommen zu haben, obwohl er davon wusste oder zumindest in der Lage gewesen wäre, dies zu erkennen. Ein (vorläufiger) Kulminationspunkt dieser Rech-

sprechung wurde mit dem Fall «Von Roll» erreicht [32]. Die Kernaussage des fraglichen Urteils gegen den hier interessierenden Konzernchef ist, dass dieser dafür einzustehen habe, dass er und die weiteren verantwortlichen Organe es unterlassen hätten, die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen

zu verhindern, ist Sache der leitenden Organe eines Unternehmens. Wird nichts oder zu wenig vorgekehrt, kann dies neben den finanziellen Folgen für das Unternehmen auch zu persönlichen haftungs- und strafrechtlichen Folgen für die Verantwortungsträger [38] oder zu strafrechtlichen Folgen für das Unternehmen [39] führen.

### «Wie sich die neue Strafbestimmung in der Praxis auswirken wird, ist offen.»

zu treffen, die die inkriminierte Handlung (hier Kriegsmaterialexport) hätten verhindern können. Mit ähnlicher Begründung wurde drei Jahre später der Direktor eines Bergbahnunternehmens wegen fahrlässiger Tötung eines durch eine Lawine getöteten Skifahrers verurteilt [33]. Ihm wurde u. a. vorgeworfen, die zur Beurteilung der Lawinengefahr erforderlichen Organisationsmassnahmen (u. a. Verantwortlichkeiten, Stellvertretung bei Abwesenheiten) nicht getroffen zu haben.

Im Raum steht eine strafrechtliche Organisationshaftung handelnder bzw. eben nicht handelnder (Unterlassung) Organe [34]. Wohin die mit der zitierten Rechtsprechung eingeleitete Entwicklung gehen wird, ist noch nicht ganz klar. Zumindest nicht auszuschliessen ist, dass der am 1. Oktober 2003 in Kraft getretene Art. 102 StGB (alt Art. 100<sup>quater</sup> StGB), der eine Strafbarkeit des Unternehmens begründet, den Fokus mehr hin zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens und weg von der entsprechenden Verantwortlichkeit der leitenden Organe verändern wird (dazu weiter unten) [35].

## 4.2 RISIKEN FÜR DAS UNTERNEHMEN

**4.2.1 Zivilrechtliche und sonstige finanzielle Haftung des Unternehmens.** Die Gefahr einer zivilrechtlichen oder sonstigen finanziellen Haftung des Unternehmens wegen mangelnder Compliance bedarf wohl kaum einer eingehenden Begründung. Der möglichen Haftungsgrundlagen sind viele, seien diese nun vertraglicher (z. B. Verletzung vertraglicher Abmachungen und Pflichten), ausservertraglicher (z. B. Haftung für unerlaubte Handlungen nach Art. 41 ff. OR) oder sonstiger gesetzlicher bzw. spezialgesetzlicher [36] Natur.

Von Bedeutung – weil finanziell sehr einschneidend – sind vor allem auch (Verwaltungs-)Sanktionsrisiken, wie sie sich beispielsweise aus dem Kartellgesetz ergeben. So können gewisse Verstösse gegen das Kartellgesetz mit Bussen belegt werden, die bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes eines Unternehmens ausmachen können (Art. 49a KG) [37].

Einmal abgesehen von der Kausal- und Gefährdungshaftung, wie sie sich beispielsweise aus dem Produkthaftpflichtgesetz oder dem Strassenverkehrsgesetz ergibt, steht meist ein schuldhaftes (fahrlässiges oder sogar absichtliches) Verhalten des Unternehmens bzw. seiner Hilfspersonen und Organe zur Diskussion, für welches das Unternehmen einzustehen hat. Solch fahrlässiges oder absichtliches Verhalten bzw. Verstösse gegen zivil- und andere finanzielle Haftungs-

folgen zu verhindern, ist Sache der leitenden Organe eines Unternehmens. Wird nichts oder zu wenig vorgekehrt, kann dies neben den finanziellen Folgen für das Unternehmen auch zu persönlichen haftungs- und strafrechtlichen Folgen für die Verantwortungsträger [38] oder zu strafrechtlichen Folgen für das Unternehmen [39] führen.

**4.2.2 Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens.** Seit dem in Kraft treten von Art. 102 StGB am 1. Oktober 2003 kann ein Unternehmen in Abkehr vom lange Zeit hochgehaltenen Grundsatz, wonach eine juristische Person bzw. ein Unternehmen nicht schuldfähig sei («societas delinquere non potest»), unter gewissen Voraussetzung strafrechtlich belangt werden [40]. Dies ist im vorliegenden Zusammenhang von erheblicher Bedeutung, weil sowohl Art. 102 Abs. 1 als auch Abs. 2 StGB den sog. Organisationsmangel als den zentralen Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit definieren.

Im Art. 102 Abs. 1 StGB geht es um eine subsidiäre Haftung des Unternehmens, für den Fall nämlich, dass «in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen» begangen wird, das «wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner natürlichen Person zugerechnet werden» kann. Der strafrechtlich relevante Vorwurf liegt hier nicht etwa in der Tatsache der Begehung eines Delikts durch eine natürliche Person begründet. Vielmehr wird dem Unternehmen vorgeworfen, wegen schlechter bzw. mangelhafter Organisation die Eruierung des handelnden Individualtäters zu vereiteln [41]. Es geht mithin um eine strafrechtliche Haftung für ein Organisationsversagen und damit für mangelnde Compliance. Kommt es somit im Rahmen der Unternehmenstätigkeit z. B. zu einem Umweltdelikt oder zu einer fahrlässigen Körperverletzung oder sogar Tötung und kann die verantwortliche natürliche Person nicht bestimmt werden, wird das strafbare Verhalten (Verbrechen oder Vergehen) dem Unternehmen zugerechnet, das dafür mit Busse bis zu CHF 5 Mio. bestraft werden kann.

Wie sich die neue Strafbestimmung in der Praxis auswirken wird, ist offen. Veröffentlichte Bundesgerichtsurteile liegen – soweit ersichtlich – noch nicht vor. Interessant ist vor allem die Frage, wie sich der neue Tatbestand auf die oben kurz thematisierte Geschäftsherrenhaftung (strafrechtliche Haftung der leitenden Unternehmensorgane) auswirken wird. Werden die Strafverfolgungsorgane, um die Anwendung des in verschiedener Hinsicht kontroversen Art. 102 Abs. 1 StGB möglichst zu vermeiden [42], vermehrt versuchen, leitende Organe ins Recht zu fassen [43]? Oder werden sie – im Gegenteil – bei der Eruierung der verantwortlichen natürlichen Personen (direkt Handelnde und leitende Organe) relativ rasch klein beigeben und stattdessen dem Unternehmen einen strafrechtlich relevanten Organisationsmangel vorwerfen? Die Frage wird von der Praxis zu beantworten sein.

Im Gegensatz zum Abs. 1 von Art. 102 StGB statuiert der Abs. 2 nicht eine subsidiäre, sondern eine kumulative Strafbarkeit des Unternehmens für ganz bestimmte, abschliessend aufgezählte Delikte [44]. Der Vorwurf ist hier nicht mehr die fehlende Eruierung des Täters, sondern vielmehr, «nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehr-

ren getroffen» zu haben, um eine der genannten Straftaten zu verhindern. Kommt es mit anderen Worten in einem Unternehmen z. B. zu Geldwäscherei oder zu aktiver Bestechung von in- oder ausländischen Amtsträgern und kann dem Unternehmen vorgeworfen werden, nicht alles Erforderliche und Zumutbare zur Vermeidung solcher Straftaten unternommen zu haben, kann das Unternehmen zusätzlich zu bzw. unabhängig von den handelnden Personen bestraft werden.

**4.2.3 Reputationsrisiken.** Nur am Rande sei erwähnt, dass mangelnde Compliance und die sich daraus ergebenden Folgen zivil- und strafrechtlicher Art namentlich für börsenkotierte Unternehmen u. U. schwerwiegende Reputationsverluste mit sich bringen. Die Glaubwürdigkeit und die Verlässlichkeit eines Unternehmens können massiv beeinträchtigt werden, was sich in verschiedener Hinsicht negativ auswirken kann; sei dies nun – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – ein Sinken des Aktienkurses oder des Kreditratings, ein Umsatzrückgang mit Kunden oder Probleme beim Halten oder Rekrutieren von Mitarbeitenden. Der gute Ruf eines Unternehmens ist ein zentraler Wert [45], den es zu schützen gilt.

## 5. FAZIT

Auch Unternehmen ausserhalb der Finanzindustrie und deren leitende Organe tun gut daran, der Compliance die nö-

tige Beachtung zu schenken. Im Rahmen von IKS- oder Risikomanagement-Projekten, die künftig für eine Vielzahl von Unternehmen zur Pflicht werden, liegt es nahe, das Thema Compliance mit zu berücksichtigen. Im Idealfall wird ein – wie immer auch geartetes – Compliance-Management-System eingeführt. Wie dieses im einzelnen auszusehen hat, hängt stark von der Grösse, der Komplexität, der Art der Geschäftstätigkeit, den Produkten und Märkten usw. des einzelnen Unternehmens ab. So wird das Compliance-Management-System eines international tätigen Konzerns mit Tausenden von Mitarbeitern und verschiedenen Geschäftsfeldern anders aussehen als dasjenige eines mittelständischen Unternehmens.

Im Minimum sollten die relevanten Compliance-Risiken identifiziert und ein Vorgehen zu deren Eliminierung oder zumindest Minimierung festgelegt werden. Sowohl aus der Sicht des Unternehmens als auch der leitenden Organe kommt dabei dem Aspekt der Organisation eine grosse Bedeutung zu. Eine saubere und vor allem auch nachvollziehbare Organisation, einerseits in den Compliance-relevanten Bereichen (z. B. kartell- oder umweltrechtliche Risiken) und andererseits der Compliance-Funktion als solcher, trägt entscheidend dazu bei, den sowohl zivil- als auch strafrechtlich relevanten Vorwurf mangelnder Organisation und damit entsprechende Haftungsrisiken zu entkräften bzw. zu mildern. ■

**Anmerkungen:** 1) Grundlegend zum Thema Compliance: Herbert G. Buff, *Compliance, Führungskontrolle durch den Verwaltungsrat*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 199, Diss. Zürich, 2000, 10f. Ferner: Theodor Bühler, *Corporate Governance und Compliance*, in «Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht», FS Peter Forstmoser, Zürich 2003, 211 ff. 2) Monika Roth, *Compliance, Integrität und Regulierung*, Zürich 2005, 3. 3) *Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice* (2002), insbesondere Ziffer 20. 4) Vgl. namentlich Herbert G. Buff (zit. Anm. 1), 10 ff.; Theodor Bühler (zit. Anm. 1), 211. 5) Vgl. zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben v. a. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 3. Aufl., Zürich, 2005, § 13 Rz 279 ff.; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Zürich 1996, Rz 1568 f. 6) Peter Böckli (zit. Anm. 5), § 13 Rz 378 ff. Vgl. daselbst auch den Hinweis auf die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl. 1983 II 923, wo von einer Pflicht des Verwaltungsrats zu einer ständigen Legalitätskontrolle die Rede ist. Diese Auffassung wird von Böckli mit guten Argumenten abgelehnt und scheint – soweit ersichtlich – auch nicht Eingang in die Literatur und Praxis gefunden zu haben. Ferner: Herbert G. Buff (zit. Anm. 1), 104 ff. 7) Peter Böckli (zit. Anm. 5), § 13 Rz 318 ff., der von einer «untrennbaren» Verknüpfung von Organisationsverantwortung einerseits sowie Finanzverantwortung (in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) und Oberaufsicht andererseits spricht. 8) Nach dessen Vorwort richtet sich der SCBP im Sinne von Empfehlungen an die schweizerischen Publikumsgesellschaften. Es sollen indes auch nicht-kotierte volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften und Organisationen «zweckmässige Ideen» daraus entnehmen können. Diesen Anspruch hat der SCBP zweifellos eingelöst, indem er heute über die Publikumsgesellschaften hinaus als der Masstab

für «Best Practice» gelten darf. 9) Empirische Erhebungen darüber, ob sich Verwaltungsräte (namentlich börsenkotierter) Unternehmen tatsächlich jährlich einmal Rechenschaft über den Stand der Compliance geben, fehlen. Aufgrund von Beobachtungen in der Praxis und der Tatsache, dass dieses Thema bisher im Schrifttum wenig Niederschlag gefunden hat, darf vermutet werden, dass diesbezüglich noch ein Nachholbedarf besteht. 10) Rolf Watter, *Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben*, in «Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht», FS Peter Forstmoser, Zürich 2003, 192 f.; Herbert G. Buff (zit. Anm. 1), 110 ff. 11) Peter Böckli (zit. Anm. 5), § 14 Rz 291. 12) Die am 15. Dezember 2005 von den Eidgenössischen Räten verabschiedete und in der 2. Jahreshälfte 2007 in Kraft tretende Novelle zum Aktienrecht bringt unter Art. 728c OR eine Neuformulierung des Art. 729b OR. Die wesentlichste Neuerung besteht darin, dass die Revisionsstelle zusätzlich auch Verstösse gegen das Organisationsreglement anzuzeigen hat, wobei eine umfassend verstandene Anzeigepflicht nur für die der ordentlichen Revision unterliegenden Gesellschaften gilt. 13) Peter Böckli (zit. Anm. 5), § 15 Rz 168; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Bd. 2, 385. So auch Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl. 2004, S. 4024 f. 14) Peter Böckli (zit. Anm. 5), § 15 Rz 168. 15) SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance, in Kraft seit 1. Juli 2002. 16) Gemäss Ziffer 3.7 des Anhangs zur Richtlinie sind die Unternehmen verpflichtet, im Geschäftsbericht zum Thema «Verwaltungsrat» u. a. «Auskunft über die Ausgestaltung der Informations- und Kontrollinstrumente des Verwaltungsrats gegenüber der Geschäftsleitung des

Emittenten wie z. B. interne Revision, Risikomanagement-System oder Management Informations System (MIS)» zu geben. 17) Nur pro memoria sei erwähnt, dass die genannten neuen Vorschriften betr. IKS auch für die Kommandit-AG, die GmbH, die Genossenschaft, die Stiftung und den Verein gelten, sofern diese der ordentlichen Revision unterliegen. 18) Aufgrund des Verweises in Art. 764 Abs. 2 OR und neu Art. 801 OR wird die Vorschrift betr. Risikobeurteilung auch Gültigkeit für die Kommandit AG und die GmbH haben. Das gleiche gilt aufgrund von neu Art. 83 Abs. 2 ZGB für Stiftungen, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. 19) The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. Das COSO Framework ist ein umfassendes und allgemein anerkanntes Konzept zur Kontrolle und Steuerung in Wirtschafts- und Verwaltungsunternehmen (vgl. [www.coso.org](http://www.coso.org)). Es wurde Anfang der 90er Jahre in den USA entwickelt und dürfte weltweit – einschliesslich der Schweiz – eines der am häufigsten verwendeten Kontroll- und Steuerungskonzepte sein. Seine Anwendung gilt heute als «Best-Practice-Ansatz». Vgl. auch: Linard Nadig/Simon Marti/Michael Schmid, *Interne Kontrolle in mittelgrossen Schweizer Unternehmen*. Kontrollminimum oder umfassendes IKS, «Der Schweizer Treuhänder», 06/3, 112 ff. 20) *Treuhand-Kammer, IKS-Positionspapier der Treuhand-Kammer*. Berücksichtigung des internen Kontrollsystems in der Abschlussprüfung – Änderungen im Obligationenrecht, «Der Schweizer Treuhänder», 06/5, 360 ff.: «Das IKS ist ein Managementinstrument zur zweckmässigen Sicherstellung der Erreichung von Unternehmenszielen in den Bereichen «Prozesse», «Informationen», «Vermögensschutz» und «Compliance». Das IKS umfasst alle dafür von der Geschäftsleitung planmässig angeordneten organisatorischen Methoden und Massnahmen.» 21) Botschaft des Bundes-

rats zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl. 2004, S. 4023. **22)** Zitiert nach: Linard Nadig/Simon Marti/Michael Schmid (zit. Anm. 19), 112. **23)** IKS-Positionspapier der Treuhand-Kammer (zit. Anm. 20), 364. **24)** Als Organe werden hier vor allem Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einer Unternehmung verstanden. Vgl. zum verantwortungrechtlichen Organbegriff des Art. 754 OR: Peter Böckli (zit. Anm. 5), §18 Rz 107f. Vgl. zu den Risiken für Organe auch Lukas Handschin, Steigendes Risiko aus der Haftung für Organisationsfehler; Wie sich Verwaltungsräte und Direktoren schützen können, Neue Zürcher Zeitung NZZ, 7.2.2006. **25)** Peter Böckli (zit. Anm. 5), §18 Rz 107ff. und die dort in Anm. 152 zitierte Literatur. **26)** Mit der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Novelle des Allgemeinen Teils des Strafrechts wurde aus den bisherigen, der Verantwortlichkeit des Unternehmens gewidmeten Art. 100<sup>quater</sup> und Art. 100<sup>quinquies</sup> StGB neu Art. 102 und Art. 102a StGB. **27)** Vgl. zur Strafbarkeit des Unternehmens und zum Organisationsmangel unten Ziff. 4.2.2. **28)** Peter Böckli (zit. Anm. 5), §18 Rz 153ff. **29)** Peter

Böckli (zit. Anm. 5), §18 Rz 155. **30)** Hans Wiprächter, Strafbarkeit des Unternehmers. Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, AJP 2002, 754, sowie die dort zitierten Autoren. **31)** BGE 96 IV 155. **32)** BGE 122 IV 103. **33)** BGE 125 IV 9. **34)** Vgl. dazu auch: Thomas Koller, Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung – Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht?, SJZ 1996, 409ff. Koller zeigt darin u. a. auf, dass die strafrechtliche Organisationshaftung von der vom Bundesgericht entwickelten und auf Art. 55 OR gestützten zivilrechtlichen Organisationshaftung beeinflusst sein dürfte. **35)** Unten Ziff. 4.2.2. **36)** Zu denken ist beispielsweise an das Produkthaftungsgesetz oder an das Umweltschutzgesetz. **37)** Zu den Verwaltungssanktionen des Kartellgesetzes, die im Sinne von Art. 6 EMRK eigentlich als Strafsanktionen gelten, und zu deren Problematik, vgl. u. a. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, 527ff. **38)** Oben Ziff. 4.1.1 und 4.1.2. **39)** Unten Ziff. 4.2.2. **40)** Vgl. zur Entstehungsgeschichte: Niklaus Schmid, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafrechtsgesetzes, in:

«Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht», FS für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 761ff. Kritisch zur damals noch geplanten Novelle: Gunter Arzt, Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen, vom Märchen zum Alptraum, SZW 2002, 226ff. **41)** Niklaus Schmid (zit. Anm. 40), 778f.; Daniel Helfenfinger, Die Strafbarkeit des Unternehmens – nicht nur strafrechtlich von Bedeutung, SJZ 2006, 244f. **42)** Kritisch insbesondere Gunter Arzt (zit. Anm. 40), 227f. **43)** Diesfalls bleibt nämlich für eine Anwendung von Art. 102 Abs. 1 StGB kein Platz, weil – selbst wenn die unmittelbar verantwortliche Person nicht gefunden werden kann – zumindest das leitende Organ einzustehen hat, was die Belangung des Unternehmens selber ausschliesst. In diesem Sinne: Niklaus Schmid (zit. Anm. 40), 779. **44)** Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260<sup>ter</sup> StGB), Finanzierung des Terrorismus (Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB), Geldwäscherei (Art. 305 bis StGB), Bestechung schweizerischer Amtsträger (Art. 322<sup>ter</sup> StGB), Vorteilsgewährung (Art. 322<sup>quinquies</sup> StGB) und Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322<sup>septies</sup> StGB), aktive Privatbestechung (Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG). **45)** Herbert Buff (zit. Anm. 1), 144ff.

## RÉSUMÉ

# Compliance – Fondements juridiques et risques

Au sein de l'entreprise, la compliance est à la fois un comportement et un concept qui garantit le respect, par le conseil d'administration, la direction et l'ensemble des collaborateurs, des dispositions légales, réglementaires et internes à l'entreprise, y compris le respect des normes habituelles sur son marché et des normes de la profession. Cette compliance gagne en importance, également en dehors du secteur financier.

La responsabilité suprême en matière de compliance dans l'entreprise incombe au conseil d'administration, lequel peut déléguer au comité d'audit les travaux de contrôle et de préparation concernant la compliance. L'application proprement dite des mesures de conformité relève de la compétence de la direction opérationnelle. Les articles 716a al. 1 chiffres 2 et 5 CO ainsi que les points 20 et 24 du Code suisse de bonne pratique constituent les bases normatives de la compliance au sein de l'entreprise. Sur la base de l'article 729b CO (désormais 728c CO), l'organe de révision est tenu de signaler au conseil d'administration et, dans les cas graves, à

l'assemblée générale, les violations manifestes des règles de la compliance.

La compliance fait partie intégrante d'un *système de contrôle interne (SCI)* qui fonctionne et, par conséquent, d'une gestion exhaustive des risques au sein de l'entreprise. Cette interdépendance est illustrée par le désormais célèbre cube COSO. Le fait que, de l'avis général, la confirmation de l'existence d'un SCI par l'organe de révision (nouvel art. 728a al. 1 chiffre 3 et 728b al. 1 CO) ne concerne que le domaine des rapports financiers, n'y change rien.

Une compliance déficiente au sein de l'entreprise peut engager la responsabilité civile personnelle des organes de l'entreprise (conseil d'administration et direction), surtout sur la base de l'article 754 CO. Du point de vue pénal, c'est la responsabilité pénale de l'entreprise ou encore la responsabilité organisationnelle qui est déterminante. Elle repose souvent sur le reproche formulé à l'adresse des organes de l'entreprise de ne pas avoir entrepris les actions ou pris les mesures (p. ex. de nature organisationnelle) qui auraient permis d'em-

pêcher un acte pénalement répréhensible.

Outre la responsabilité civile et financière ainsi que les dommages en termes de réputation, une compliance déficiente peut entraîner la responsabilité pénale de l'entreprise, en vertu de l'article 102 CP (autrefois art. 100<sup>quater</sup> CP). La punissabilité subsidiaire prévue par l'article 102 al. 1 CP suppose qu'un crime ou un délit commis dans le cadre du but de l'entreprise ne puisse être imputé à aucune personne physique en raison du manque d'organisation. Dans le cadre de l'article 102 al. 2 CP, indépendamment de la punissabilité des personnes physiques, l'entreprise peut se voir reprocher de ne pas avoir pris toutes les précautions d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher certaines infractions (la corruption p. ex.).

Dans le cadre de projets concernant le contrôle interne et la gestion du risque, il est recommandé de porter à la compliance l'attention qui lui revient. Un éventuel système de gestion de la compliance devra être adapté à la taille et aux besoins de l'entreprise concernée. DB/JA