

Der Sarbanes-Oxley Act: Fakten und Folgen



Der amerikanische Sarbanes-Oxley Act¹, der am 30. Juli 2002 in Kraft trat, hat auch nicht unbeachtliche Folgen für US-kotierte Schweizer Unternehmen: Er verstärkt die Haftungs- und Verantwortungsregeln für CEOs und CFOs. Und führt

zu kontroversen Auswirkungen für die Wirtschaftsprüfer. Eine Auslegeordnung der wesentlichen Bestimmungen sowie ihrer Konsequenzen für die Corporate Governance.

Claude Bourqui², Prof. Dr. ès sciences économiques,
dipl. Wirtschaftsprüfer,
Mitglied des Verwaltungsrats Ernst & Young, Partner;
claude.bourqui@eycom.ch

Andreas Blumer, Dr. oec. HSG,
dipl. Wirtschaftsprüfer, Partner,
Assurance & Advisory Business Services /
Financial Services;
andreas.blumer@eycom.ch

Der am 30. Juli in Kraft getretene Sarbanes-Oxley Act stellt zusätzliche Anforderungen an die Ausgestaltung der Corporate Governance und dehnt die zivil- und strafrechtliche Verantwortung der obersten Leitungsorgane von in den USA kotierten Gesellschaften aus. So schreibt er zwingend ein Audit Committee (AC) oder die Übertragung von dessen Aufga-

sprechpartner (Sec. 301). Es muss sich zwingend über a) alle für das Unternehmen kritischen Rechnungslegungsfragen, b) alle mit der Geschäftsleitung diskutierten, alternativ möglichen Bilanzierungs- und Bewertungsmöglichkeiten, deren Konsequenzen und die vom Wirtschaftsprüfer bevorzugte Behandlung sowie c) über alle wesentliche schriftliche

Der Act schreibt zwingend ein Audit Committee oder die Übertragung von dessen Aufgaben an den Gesamtverwaltungsrat vor.

ben an den Gesamtverwaltungsrat vor (Sec. 2).³ Das AC ist verantwortlich für die Ernennung, die Entschädigung sowie die Überwachung der externen Prüfer und ist ihr direkter An-

Kommunikation der Prüfer mit dem Management (z.B. Management Letter) orientieren lassen (Sec. 204). Damit soll das AC wohl auch das Management im Sinne eines «Aggressivitätsratings»⁴ beurteilen können.

¹ Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002.

² An der Ausarbeitung dieses Artikels wirkten auch Roger Perkin, Joseph Howie, Daniel Dal Santo und Christoph Hess mit.

³ Falls kein AC geschaffen wurde, treffen die Bestimmungen auf die Gesamtheit des Verwaltungsrats zu (Sec. 2).

⁴ Vgl. Böckli, Peter: Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen, in: Der Schweizer Treuhänder, 74. Jahrgang, 3/2000. S. 139.

Gleichzeitig obliegt dem AC die Bewilligungspflicht («pre-approval») für die zulässigen Prüfungs- und Beratungsdienstleistungen (Sec. 202). An das AC werden personelle und fachliche Anforderungen gestellt: Jedes Mitglied muss (mit Ausnahme seiner Stellung als VR-Mitglied) von der Gesellschaft unabhängig⁵ sein. Es ist offen zu legen, ob (und wenn nicht, weshalb) mindestens ein «financial expert»⁶ dem AC angehört (Sec. 407). Das AC muss zudem den Erhalt und die Behandlung von Beschwerden zur Rechnungslegung und Prüfung sicherstellen und dabei die Anonymität von Mitarbeitenden, welche Fehlleistungen melden oder an der Aufdeckung und Bekämpfung von Betrugereien teilnehmen, gewährleisten («whistleblower protection») (Sec. 301 und 806).

CEO und CFO vor strengerer Haftung und Verantwortung

Neben den Bestimmungen zum AC wurden weitere Bestimmungen erlassen, welche direkt die Gesellschaft betreffen:

- Der CEO und der CFO oder Personen, die ähnliche Positionen innehaben, müssen in jeder Jahresrechnung und gewisse Unternehmen auch in jedem Zwischenbericht eidesstattlich mit ihrer Unterschrift beglaubigen, dass sie den Report durchgesehen («reviewed») haben und dass keine wesentliche Tatsache falsch dargestellt oder nicht offengelegt wurde (Sec. 302). Die Unterzeichnenden bestätigen, dass sie a) dafür verantwortlich sind, ein wirksames internes Kontrollsystem bezüglich der finanziellen Berichterstattung im weitesten Sinne einzurichten und aufrechtzuerhalten, und b),

dass sie dieses an einem bestimmten Datum innerhalb der letzten 90 Tage vor Berichterstattung auf ihre Wirksamkeit hin geprüft haben (Sec. 302). Zusätzlich müssen der CEO und der CFO bestätigen, dass die Jahresrechnung und andere Finanzinformationen im Jahres- und Zwischenbericht die Finanzlage und die Geschäftserträge richtig darstellen. Die Leitungsorgane bestätigen zudem mit ihrer Unterschrift, dass alle wesentlichen Mängel im internen finanziellen Kontrollsystem sowie (auch unwesentliche) betrügerische Handlungen leitender Angestellter der externen Revisionsstelle und dem AC gemeldet worden sind (Sec. 302).

- Die SEC hat Regeln zu einem im Jahresbericht integrierten «internal control report» zu erstellen. Dieser Report soll unter anderem eine Beurteilung der Wirksamkeit der getroffenen Massnahmen enthalten (Sec. 404), welche der externe Prüfer im Rahmen des normalen Prüfungsauftrages zu bestätigen hat (was zu höheren Gesamtkosten der Prüfung führen wird).

Der Act ermöglicht es, vom CEO und CFO bestimmte Einkünfte zurückzuverlangen.

- Sec. 906 fordert zusätzlich eine Beglaubigung des CEO und CFO, dass die finanzielle Berichterstattung mit den Anforderungen der Wertpapiergesetze übereinstimmt und die Rechnungslegung eine «true and fair view» abgibt. Dabei sind in Sec. 906 insbesondere die strafrechtlichen Konsequenzen umschrieben: Die Beglaubigung von finanziellen Informationen, welche die

genannten Anforderungen nicht erfüllen, kann mit Bussen bis zu fünf Millionen US-Dollar und/oder mit Gefängnis bis zu 20 Jahren bestraft werden.

Weiter schreibt der Act (Sec. 402) eine restriktive Kreditgewährung an Verwaltungsräte und Executives vor und ermöglicht es, unter gewissen Bedingungen, vom CEO und CFO auch bestimmte Einkünfte zurückzuverlangen.

Verkürzte Publikationsfristen und eine neue Aufsicht

Aus dem Gebiet der Rechnungslegung standen Off-Balance Sheet Transactions (inklusive der Special Purpose Vehicles) sowie Proforma-Zahlen in den letzten Monaten im Kreuzfeuer der Kritik. Der Act verlangt in Zukunft eine Überleitung Letzterer zu den publizierten Zahlen und verkürzt die Fristen zur Publikation der Quartals- und Geschäftsberichte sowie für die Offenlegung von Aktienkäufen und -verkäufen von qualifizierten Aktionären und Mitarbeitenden stark (Sec.

403). Zudem soll die SEC die Berichterstattung der Unternehmen intensiver

analysieren und mindestens alle drei Jahre einen Review vornehmen (Sec. 408).

Bis April 2003 muss ein so genanntes Public Company Accounting Oversight Board (PAB) geschaffen werden und seine Arbeit aufnehmen (Sec. 101). Das PAB muss die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften registrieren und überwachen. Revisionsgesellschaften

⁵ Sec. 301: «Unabhängig» bedeutet insbesondere, dass ein Mitglied keine Entschädigung der Gesellschaft (mit Ausnahme des VR-Honorars) erhalten darf und dass es keine «affiliated person» des Unternehmens oder einer seiner Tochtergesellschaften ist. Die SEC kann in begründeten Fällen Ausnahmen gewähren.

⁶ Sec. 407: «through education and experience as a public accountant or auditor or a principal financial officer, comptroller, or principal accounting officer of an issuer, or from a position involving the performance of similar functions»



mit mehr als 100 kotierten Kunden werden mindestens jährlich geprüft, kleinere Prüfer trifft es mindestens einmal alle drei Jahre. Neben unternehmensweiten Regelungen und Prozessen wird das PAB auch ausgewählte Prüfungsmandate einer Überprüfung unterziehen und einen schriftlichen Bericht an die SEC sowie (in angepasster Form) an die Öffentlichkeit erstellen. Dazu greift das PAB unter Umständen auf Prüfungsunterlagen von ausländischen Prüfern zurück (Sec. 106).

Die Prüfungsgesellschaften müssen sich beim PAB jährlich registrieren lassen, sich dessen Überwachung unterziehen (Sec. 101) und gewisse Informationen offen legen (z.B. Namen der Prüfungskunden, bei diesen Kunden generierte Honorare – aufgeteilt nach Prüfungsdienstleistungen und Nicht-Prüfungsdienstleistungen – sowie interne Qualitätskontrollen). Sec. 201 schränkt den Umfang der Dienstleistungen stark ein, welche eine Prüfungsgesellschaft neben der externen Prüfung dem gleichen US-kotierten Kunden anbieten darf.

Allerdings waren die meisten Aktivitäten bereits unter der existierenden Regulierung verboten, und die neuen Bestimmungen sind umstritten. Mit Spannung darf man die Interpretation der SEC bezüglich der allgemeinen

Formulierung *«legal services and expert services unrelated to the audit»* erwarten.⁷ Im Rahmen der Erarbeitung des Act hat der Senat sich dabei auf Dienstleistungen im Rahmen von *«legal, administrative and regulatory proceedings»* bezogen.

Schliesslich wird eine obligatorische Rotation des Mandatsleiters (*«lead or coordinating audit partner having primary responsibility for the audit»*) sowie des Second Review Partners alle fünf Jahre verlangt (Sec. 203).

Ein Eingriff für US-kotierte Schweizer Firmen ...

Die Wirkung der neuen amerikanischen Regulierungen ist nicht auf das Territorium der USA beschränkt. Vielmehr zeigen bereits einzelne Formulierungen im Sarbanes-Oxley Act die Absicht, die Rückgewinnung des Investorenvertrauens nicht an nationalen Grenzen scheitern zu lassen. Insbesondere sind alle in den USA kotierten Gesellschaften (also auch *«foreign registrants»/«mon-US issuer»*), welche gewissen Berichterstattungspflichten gegenüber der SEC unterworfen sind, sowie deren in- und ausländische Wirtschaftsprüfer⁸ betroffen. Vielfach wird allerdings der SEC bei der

Ausarbeitung die Kompetenz zugestanden, Ausnahmegewilligungen zu erteilen. Schweizer Unternehmen, welche in den USA kotiert sind, haben die neuen Regelungen grundsätzlich anzuwenden, da der Anknüpfungspunkt des Sarbanes-Oxley Act die Kotierung (resp. die Pflicht zur Einreichung von bestimmten *«forms»*) und nicht die Nationalität des Emittenten ist. Dies gilt auch für diejenigen Unternehmen, welche American Depository Receipts (ADRs) oder Fremdkapitalinstrumente an den US-Börsen ausstehend haben.

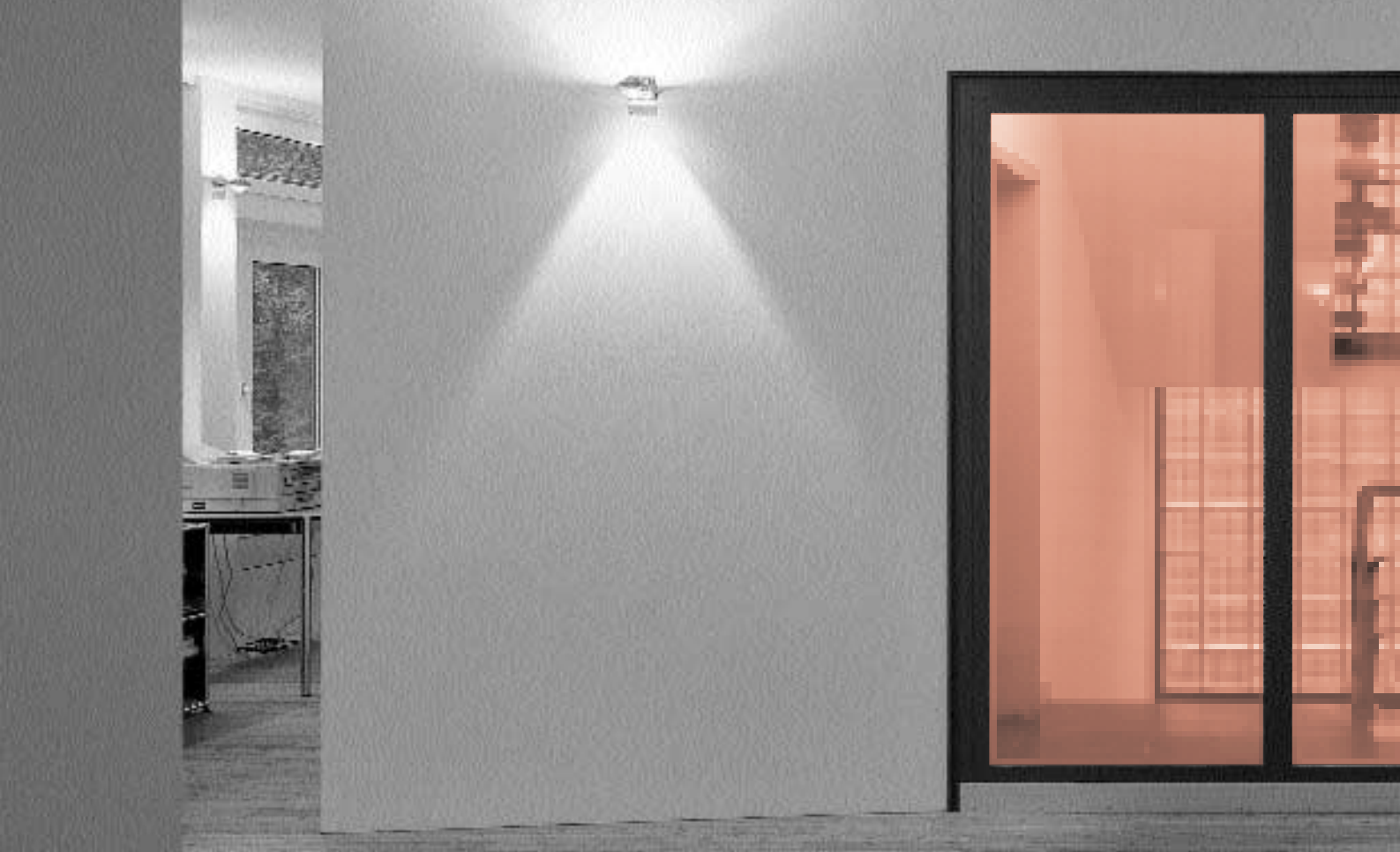
Unterschiede ergeben sich aus den unterschiedlich definierten Reporting-Pflichten zwischen US- und Nicht-US-Unternehmen. So sind

Der Act gilt auch für Schweizer Unternehmen, die ADRs oder Fremdkapitalinstrumente an US-Börsen ausstehend haben.

Nicht-US-Unternehmen nicht dazu verpflichtet, Quartalsabschlüsse (gemäss Form 10-Q) an die SEC einzureichen. Dagegen ist die Einreichung von Halbjahresabschlüssen (gemäss Form 6-K) auch für zahlreiche Nicht-US-Unternehmen obligatorisch, die eidesstattliche Beglaubigung ist unserer Meinung nach jedoch nicht notwendig.

⁷ Diese Bestimmungen treten erst 180 Tage nach Schaffung des Board in Kraft, das seinerseits 270 Tage nach dem Enactment erstellt sein muss. Die verschärften Bestimmungen dürften demgemäss im Herbst 2003 in Kraft treten.

⁸ Sec. 106 regelt explizit die Anwendbarkeit auf *«foreign public accounting firms»*, und die Ausführungsbestimmungen der SEC zum Public Company Accounting Oversight Board befassen sich intensiv mit der Anwendbarkeit auf ausländische Prüfer und Prüfungsgesellschaften.



Zahlreiche Detailfragen bleiben jedoch nach wie vor ungelöst und können teilweise lokalen Gesetzesvorschriften widersprechen, z.B.:

- Die Bestimmungen des Sarbanes-Oxley Act verlangen, dass die Wahl des Wirtschaftsprüfers durch das Audit Committee erfolgen soll (Sec. 301), währenddem zahlreiche europäische Gesetze (u.a. Schweiz, Grossbritannien) diese Kompetenz bei der Generalversammlung ansiedeln;
- Die Kompetenz der SEC, den CEO/CFO unter bestimmten Bedingungen zu verpflichten, Bonuszahlungen, leistungsabhängige Vergütungen etc. an die Gesellschaft zurückzuerstatten, falls ein Restatement der Abschlüsse notwendig wird (Sec. 304);

- Die Möglichkeit, fragwürdige Zahlungen an Mitarbeitende eines Unternehmens in gewissen Situationen zu sistieren (Sec. 1103);
- Die Kompetenz der SEC, gewisse Leitungspersonen als «unfit» zu bezeichnen (Sec. 305 und 1105).

Damit ist insbesondere die extraterritoriale Wirkung des Act äusserst umstritten. So haben beispielsweise Arbeitgeberverbände von Deutschland, Grossbritannien oder den Niederlanden gegen die Bestimmungen protestiert und verlangen von der EU Massnahmen zur Begrenzung der extraterritorialen Wirkung. Die EU hat reagiert und mit einem Brief an die SEC Einwände gegen spezifische Anforderungen des Act erhoben.

... und kontroverse Auswirkungen für die Prüfer

Gemäss Sec. 106 des Erlasses gelten die Bestimmungen explizit auch für ausländische

Wirtschaftsprüfer, welche Prüfungen für ein Unternehmen durchführen, das in den USA kotiert ist.

Von den Regelungen des Sarbanes-Oxley Act sind Schweizer Wirtschaftsprüfer in zwei Fällen betroffen:

- Falls der Wirtschaftsprüfer ein Schweizer Unternehmen prüft, welches in den USA (zweit-)kотиert ist, oder
- falls er eine Schweizer Tochterunternehmung eines Konzerns prüft, der in den USA kotiert ist.⁹

In beiden Fällen stellt sich das Problem, inwieweit die SEC (oder das PAB) bei laufenden Untersuchungen die Schweizer Prüfer dazu anhalten kann, ihre Arbeitspapiere einzureichen oder als Zeuge auszusagen. Denn dies widerspricht den bestehenden Schweizer Bestimmungen des Berufsgeheimnisses¹⁰ und allfälligen weiteren Schweigepflichten (z.B. auch Bankkundengeheimnis).

⁹ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Schweizer Firma einen wesentlichen Teil des Gesamtkonzerns darstellt. Vgl. Sec. 106 (b) (1): «performs material services upon which a registered public accounting firm relies in issuing all or part of any audit report or any opinion contained in an audit report»

¹⁰ Art. 730 OR: «Die Revisoren wahren bei der Berichterstattung und Auskunftserteilung die Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft. Den Revisoren ist untersagt, von den Wahrnehmungen, die sie bei der Ausführung ihres Auftrages gemacht haben, einzelnen Aktionären oder Dritten Kenntnis zu geben. Vorbehalten bleibt die Auskunftspflicht gegenüber einem Sonderprüfer.»



Das Ende der Selbstregulierung?

Es war erklärtes Ziel der amerikanischen Gesetzgebung, das System der Selbstregulierung abzulösen, da es nach Ansicht der SEC zahl-

In der Schweiz haben sich die Mechanismen der Selbstregulierung mehrheitlich bewährt.

reiche Schwachstellen aufwies.¹¹ Insbesondere die schwachen Sanktionsmöglichkeiten sowie die mangelnde öffentliche Kontrolle dieser Gremien wurden bemängelt. Mit den neuen Bestimmungen sollten diese Schwachstellen nun behoben sein.¹²

In der Schweiz haben sich demgegenüber die Mechanismen der Selbstregulierung mehrheitlich bewährt. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass die Treuhänder-Kammer der

Qualitätskontrolle (insbesondere Vorschlag zu einem unabhängigen Swiss Audit Review Panel), der Unabhängigkeit (z.B. die 2001 überarbeiteten Richtlinien zur Unabhängigkeit) sowie den ethischen Anforderungen an die Wirtschaftsprüfer seit je eine grosse Bedeutung beimisst.

Unterschiedliche Rollen bei der Börsenaufsicht ...

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen dem Schweizer und dem US-System liegt in der Rolle der Börsenaufsicht, welcher der Sarbanes-Oxley Act umfangreiche zusätzliche Aufgaben überträgt – z.B. die Aufsicht über das PAB (Sec. 107) sowie die Durchführung eines periodischen Reviews der Berichterstattung der kotierten Gesellschaften (Sec. 408).

Gleichzeitig stellen die USA an börsenkotierte Unternehmen klar höhere Anforderungen als an nicht kotierte Gesell-

schaften. Während das Schweizer Obligationenrecht bislang diesen Unterschied nur vereinzelt macht, erscheint eine vermehrte Unterscheidung bei den Anforderungen auch in der Schweiz absehbar: mit immer detaillierteren Regeln der SWX für börsenkotierte Unternehmen sowie geplanten Reformen des Aktienrechts bezüglich Rechnungslegung und Prüfung. Gleichwohl spielt aber die (verstärkte) Selbstregulierung weiterhin eine bedeutende Rolle.

... und Auffassung der Corporate Governance

Dass diese durchaus funktioniert, zeigte sich auch mit dem Erlass der jüngsten SWX-Richtlinie¹³, welche die Transparenz von Corporate Governance-Aspekten bei börsenkotierten Unternehmen stark verbessern wird. Im Einklang mit anderen internationalen Entwicklungen (z.B. Combined Code in Grossbritannien oder das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, KonTraG, in Deutschland) werden für die Geschäftsberichte 2002 Pflichtangaben zu Bereichen wie der Struktur und Funktionsweise der Gesellschaftsorgane, der Entschädigung von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat oder der Honorare von Prüfergesellschaften gefordert.

In der Schweiz geht man vom Prinzip aus, dass eine «gute» Corporate Governance letztendlich nicht vorgeschrieben werden kann. Detaillierte Bestimmungen bezüglich Corporate Governance wie diejenigen der SEC oder des Sarbanes-Oxley Act fehlen deshalb. Doch bestehen mit dem von einer Expertengruppe der *economiesuisse*¹⁴ verfassten «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» nun klare Leitlinien. Indem künftig die Unternehmen im Geschäftsbericht spezifisch Bericht erstatten müssen über ihre Corporate Governance, erhöht man den Druck der Öffentlichkeit und schafft Raum für Verbesserungen. ■

¹¹ SEC: Proposed Rule: Framework for Enhancing the Quality of Financial Information Through Improvement of Oversight of the Auditing Process (17 CFR Parts 210 and 229), S. 8.

¹² Vgl. Rede von Walker, Richard H.: Remarks Before the AICPA National Conference on Current SEC Developments, 5. Dezember 2000: Im Rahmen eines Vorschlags zur Überarbeitung der Regulation S-X hatte die SEC bereits früher gefordert, den Zugriff auf die Arbeitspapiere von ausländischen Wirtschaftsprüfern zu etablieren. Mit dem Sarbanes-Oxley Act konnte sie nun diese Forderungen umsetzen.

¹³ Richtlinie der SWX Swiss Exchange betr. Informationen zur Corporate Governance, beschlossen am 17. April 2002.

¹⁴ Diese und weitere Quellen abzurufen unter www.ey.com/ch/corporate-governance.