

C.F. Müller Wirtschaftsrecht

Compliance aktuell

Bearbeitet von
Dr. Felix Ruhmannseder, Dr. Dieter Lehner, Dr. Stephan Beukelmann

Grundwerk mit Ergänzungslieferungen 2015. Loseblatt. Rund 1200 S.

ISBN 978 3 8114 3809 5

Format (B x L): 16,5 x 23,5 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Unternehmensrecht > Compliance](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Dr. Mark Livschitz/Dr. Herbert Wohlmann¹

Compliance in der Schweiz

	Rn.
I. Übersicht	1
II. Ausgewählte Aspekte der Compliance-Elemente	5
1. Tone at the Top, Response und Unabhängigkeit der Compliance-Funktion	5
2. Risk Assessment	10
3. Standards and Controls; Training and Communication	13
a) Angemessene Zugänglichkeit und Vermittlung des Compliance-Knowhow	13
b) Standards für Produktesicherheits-Compliance	14
c) Standards für Antikorruptions-Compliance	19
d) Insbesondere: Standards für Zuwendungen und Bewirtungen	21
e) Hinreichende Funktionentrennung	28
III. Insbesondere Interne Ermittlungen: Übersicht über die rechtlichen Rahmenbedingungen	29
IV. Whistleblowing	38
V. Blocking Statutes	42
1. Verbotene Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB)	43
2. Wirtschaftlicher Nachrichtendienst	56
VI. Compliance in einigen weiteren wichtigen Rechtsgebieten	67
1. Bank und Börse	67
2. Insiderregelung	68
3. Meldepflichten über Beteiligungen an die Offenlegungsstelle	69
4. Pflichtangebot	70
5. Ad-Hoc-Publizität	72
6. Management-Transaktionen	73
7. Corporate Governance	74
8. Kartellrecht	75
9. Arbeitsrecht	79
10. Grundstückerwerb	81
11. Abschließende Bemerkung	82

Arbeitshilfen:

Checkliste Geschenke und Bewirtungen (S 1500 Nr. 1).

I. Übersicht²

Compliance (auf Deutsch: Befolgung bzw. Konformität – vorliegend als Befolgung des Rechts bzw. Rechtskonformität verstanden) umfasst die organisatorischen Maßnahmen und internen Abläufe in einem Unternehmen zur Verhinderung von Rechtsverstößen sowie zur Reaktion auf dieselben. Compliance-Maßnahmen wurden für den regulierten Finanzsektor zwecks Bekämpfung von Geldwäscherei seit 1997 im Geldwäschereigesetz (GwG) (Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 10.10.1997,

¹ Die Verfasser sind Rechtsanwälte bei Baker & McKenzie, Zürich.

² Dieser Abschnitt enthält Auszüge aus Passadelis/Rosenthal/Thür/Livschitz Datenschutzrecht, 2014, § 18.

SR 955.0) sowie den dazugehörigen Verordnungen (Geldwäschereiverordnung-FINMA, 8.12.2010, SR 955.033.0; Verordnung über die berufsmäßige Ausübung der Finanzintermediation (VBF) vom 18.11.2009, SR 955.071; Verordnung der eidgenössischen Spielbankenkommission vom 12.7.2007 über die Sorgfaltspflichten der Spielbanken zur Bekämpfung der Geldwäscherei, SR 955.021; Verordnung vom 25.8.2004 über die Meldestelle für Geldwäscherei, SR 955.23) eingeführt. Für Banken, sogenannte „Finanzgruppen und Finanzkonglomerate“ sowie Effektenhändler sind die auf Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG gestützten FINMA-Rundschreiben 08/21 („Operationelle Risiken Banken“, insb. Rn. 117 ff.) sowie 08/24 („Überwachung und interne Kontrolle Banken“) für Compliance-Belange außerhalb der Geldwäschereibekämpfung ergänzend einschlägig, und zwar in Konkretisierung der sogenannten „Gewährsartikel“ (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG). Ebenfalls gestützt auf Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG hat die FINMA mittels Rundschreiben 08/32 („Corporate Governance Versicherer“) allgemeine Compliance-Anforderungen für Versicherer und sog. „Versicherungsgruppen und Versicherungskonglomerate“ ausgearbeitet, diesmal in Konkretisierung des versicherungsaufsichtsrechtlichen „Gewährsartikels“ (Art. 14 VAG). Für kollektive Kapitalanlagen ergeben sich allgemeine Compliance-Pflichten insb. aus Art. 12a KKV. Seit 1.10.2003 besteht auch eine Obliegenheit für jedes Unternehmen unter schweizerischer Strafgerichtsbarkeit, zumutbare und notwendige Compliance-Maßnahmen zur Verhinderung von Geldwäscherei, Korruptionsdelikten, Terrorismusfinanzierung sowie Beteiligung an bzw. Unterstützung von kriminellen Organisationen zu ergreifen (Art. 102 Abs. 2 StGB).

- 2 Das Bundesgericht hat seit 1970 sukzessive Compliance-Pflichten für Individualpersonen mit beherrschender Stellung im Unternehmen unter dem Titel der sog. strafrechtlichen „Geschäftsherrenhaftung“ entwickelt. Diese Rechtsfigur lässt sich seit 2007 auf Art. 11 StGB (Begehen einer Straftat durch Unterlassen) stützen, wobei sich die Garantspflicht des Unterlassungstäters aus Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB (Schaffung einer Gefahr – Unternehmen als Gefahrenquelle) ergibt. Es handelt sich dabei insbesondere um die Pflicht zur Schaffung einer rechtstreuen Unternehmenskultur durch einschlägige klare Weisungen und Warnungen (heute häufig als „Tone at the Top“ bezeichnet) (BGE 96 IV 155 ff.), Sicherstellung der Konformität gefahrengeneigter Produkte und technischer Vorrichtungen nach den anerkannten Regeln der Technik zur Vermeidung von Körperverletzungen oder gar Tötungen Dritter (BGE 121 IV 10 ff.), die Evaluation von betriebstypischen Deliktsrisiken einschließlich einschlägiger geografischer und Gegenpartei-bezogener Risiken und die entsprechende Anpassung des Unternehmensverhaltens (BGE 122 IV 103 ff.), das Einrichten und Unterhalten eines risikoadäquaten Informations- und Dokumentationsmanagements zwecks Sicherstellung angemessener Prozessabläufe auch in Abwesenheit primär Verantwortlicher, flankiert mit einer „klaren und straffen Organisation“ durch Weisungen und Sicherheitsdispositive (BGE 125 IV 9 ff., 13.). Bei Verdacht eines Rechtsverstoßes hat die Unternehmensleitung sodann die Pflicht, einschlägige Vorgänge und Transaktionen auszusetzen und den Verdacht zu untersuchen (BGE 122 IV 103 ff.). S. neuerdings auch BGer 6B_627/2012, der

ganz allgemein bei Auftreten einer nicht ohne weiteres erklärbaren Transaktionsanomalie eine Pflicht zu Hintergrundaufklärungen annimmt und einen Pflichtverstoß gleich mit eventualvorsätzlicher Inkaufnahme eines Verbrechens bzw. der Verurteilung wegen Geldwäscherei sanktionieren will. Schließlich hat das Bundesgericht klargestellt, dass Compliance-Pflichten (Garantenpflichten) nicht nur die oberste Unternehmensleitung, sondern durchaus auch Bereichsverantwortliche treffen können (in casu handelte es sich um den Compliance-Officer) (BGE 136 IV 188 ff.).

Diese bundesgerichtlich postulierten Compliance-Maßnahmen werden in der gegenwärtigen Compliance-Literatur im Wesentlichen auch für Unternehmungen empfohlen und teilweise ergänzt, insbesondere um die Pflicht zur risikoadäquaten Compliance-Überprüfung von Drittparteien, d.h. Nicht-Endbezüger der Unternehmenserzeugnisse in Rechtsbeziehungen zum Unternehmen, wie etwa Agenten, Distributoren, Konsulenten, Lieferanten, zu übernehmende Gesellschaften bei M & A-Transaktionen, etc.; sog. „Third Party Due Diligence“ (s. statt vieler: *Pieth Compliance*, S. 86 ff. und *Harmonizing*, S. 73 ff. und *passim*; BSK-StGB/*Niggli/Gfeller* N 260–305 m.w.N. zu Art. 102 StGB; *Forster* S 229 ff. m.w.N.; vgl. als generisches Hilfsmittel für die risikoorientierte Third Party Due Diligence die Prüfmatrix unter S 1500 Nr. 1 B). Die Notwendigkeit effektiv und risikoadäquat umgesetzter *Third Party Due Diligence* wurde für den Bereich der Antikorruptions-Unternehmenscompliance von der Bundesanwaltschaft im rechtskräftigen Strafbefehl vom 22.11.2011 gegen Alstom Network Schweiz AG sowie der korrespondierenden Einstellungsverfügung gleichen Datums betreffend die Konzernmuttergesellschaft Alstom SA (und in Teilen Alstom Network Schweiz AG) betont. (Strafbefehl Nr. EAII.04.0325 – LEN v. 22.11.2011 gegen Alstom Network Schweiz AG, Erw. 8 ff.; Einstellungsverfügung Nr. EAII.04.0325 – LEN v. 22.11.2011 betr. Alstom SA und in Teilen Alstom Network Schweiz AG, Erw. 2.4. ff.). Die Alstom-Entscheidungen haben zugleich klargestellt, dass nebst hinreichender Aus- und Weiterbildung risikooxponierter Mitarbeiter und einer hinreichend personell besetzten und vom Geschäftsbetrieb unabhängigen Compliance-Organisation im Unternehmen die adäquate Disziplinierung fehlbarer Mitarbeiter bis hin zu ihrer zivil- und/oder strafrechtlichen Verfolgung ebenfalls zu den notwendigen und zumutbaren Compliance-Maßnahmen nach Art. 102 Abs. 2 StGB gehören kann. (Strafbefehl [op. cit.] Erw. 7 und 15; Einstellungsverfügung [op. cit.] Erw. 1.2.3). Die Verfolgung Fehlbarer auf dem Rechtsweg wurde in der Einstellungsverfügung im Zusammenhang mit mutmaßlicher Bereicherung von Alstom-Mitarbeitern thematisiert. Darüber hinaus ist sie richtigerweise als Compliance-Element nur in Fällen erforderlich, in denen andernfalls keine hinreichende Generalprävention im Unternehmen gewährleistet ist. Ansonsten besteht keine Pflicht zur Beschreitung des Rechtswegs, es sei denn, man unterstehe einer Meldepflicht nach Art. 9 GWG oder Art. 24 bzw. 29 bzw. 36 FINMAG. Ferner dürfte die Beschreitung des Rechtswegs gegen Fehlbare dem Unternehmen helfen, sich auf Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB zu berufen. Weitere, spezifische Compliance-Elemente ergeben sich aus der Regulierung des Finanzsektors (dazu oben Rn. 1) für darunter fallende Unternehmen; darauf wird im Laufe dieses Beitrages soweit tunlich später eingegangen.

3

- 4 Die sich aus den vorgenannten Rechtsquellen ergebenden Compliance-Maßnahmen lassen sich in fünf Maßnahmengruppen bzw. Elementen zusammenfassen: (i) „*Leadership*“ (Führung, verstanden als Prägung einer Unternehmenskultur der Rechtsbefolgung durch die oberste Leitung mittels einschlägiger Weisungen und entsprechenden Vorbildverhaltens; oft auch *Tone at the Top* genannt); (ii) „*Risk Assessment*“ (verstanden als systematische, methodisch konsistente und dokumentierte sowie in tunlichen Zeitabständen wiederholte Erfassung und Bewertung von betriebstypischen Compliance-Risiken); (iii) „*Standards and Controls*“ (risikoadäquate Verhaltensrichtlinien, Prozessbeschreibungen und interne Kontrollmaßnahmen auf der Grundlage des *Risk Assessment*); (iv) „*Training and Communication*“ (verstanden als interne Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen sowie die Verfügbarkeit Compliance-relevanten Knowhows in den einschlägig risikorexponierten Unternehmensbereichen); (v) „*Oversight and Response*“ (verstanden als vordefinierte Überwachungsprozesse in Gestalt von Stichproben, internen Revisionsroutinen, etc., aber auch vordefinierte reaktive Abläufe bei aufgedecktem Verdacht eines Rechtsverstoßes in Gestalt interner Untersuchungen, arbeitsrechtlicher Disziplinierungsmaßnahmen sowie eventuell Einleitung externer Rechtsverfahren bei zuständigen Behörden und Gerichten) (Fox The Five Essential Elements of a Corporate Compliance Program – Part I, 7.9.2012, tfoxlaw.wordpress.com/2012/09/07/; www.bakermckenzie.com/corporatecompliance/essentialelements). Diese fünf Elemente entsprechen übrigens im Wesentlichen den fünf Elementen der bekannten COSO-Risikopyramide (die zum COSO-Risikomanagementwürfel weiterentwickelt wurde) (s. statt vieler www.aufbewahrungspflicht.de/IKSICS/IKSICS.htm).

II. Ausgewählte Aspekte der Compliance-Elemente

1. Tone at the Top, Response und Unabhängigkeit der Compliance-Funktion

- 5 Häufig als *Soft Factor* belächelt, wird die Bedeutung dieses Compliance-Elements (zum Stellenwert in der Bundesgerichtspraxis s. unter Rn. 2 m.w.N.) signifikant unterschätzt. Es handelt sich in Wirklichkeit um das wichtigste Compliance-Element überhaupt. Unternehmen mit nahezu perfekten Compliance-Systemen auf dem Papier (sog. „Papier-Compliance“) leiden nicht selten bereichsweise unter systematischer unternehmensinterner Delinquenz, weil Compliance für die oberste Geschäftsleitung nicht an erster Stelle auf der Prioritätenliste steht und mithin besagte Geschäftsleitung nicht oder nicht hinreichend glaubwürdig vermittelt, dass Rechtsbrüche nicht toleriert werden. Betriebssoziologische Untersuchungen zeigen wiederholt, dass die Einstellung der obersten Geschäftsleitung die ganze Unternehmenskultur und mithin auch die Einstellung zur Befolgung relevanter Rechtsvorschriften determiniert, da der weitaus größere Teil der Belegschaft sich als sog. „Mitläufer“ der Unternehmenskultur des Arbeitsumfeldes und damit letztlich der diesbezüglichen Prägung seitens der obersten Leitungsorgane anpasst (s. z.B. *KPMG Fehlverhalten & Ethik am Arbeitsplatz in der Schweiz, 2012*, www.kpmg.com/CH unter Bibliothek).