Corporate Governance

Susan Emmenegger (Hrsg.)

Institut für Bankrecht, Universität Bern

SBT 2011 – Schweizerische Bankrechtstagung 2011

Corporate Governance

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von
Susan Emmenegger
Gabe Shawn Varges
Othmar Strasser
Marc Ryser
Urs D. Blümli
Hans-Ueli Geiger
Teilnehmenden der Paneldiskussion

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.

Die Druckvorlagen wurden von der Herausgeberin reprofertig geliefert.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (graphisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in der genannten oder in anderen gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3136-7
© 2011 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Vorwort

Die Erkenntnis, dass die mangelhafte Corporate Governance im Bankensektor eine Mitursache der Finanzmarktkrise war, hat umfassende Reformvorhaben angestossen. Ein Teil dieser Vorhaben wurde bereits umgesetzt, andere befinden sich noch in der Entwurfsphase. Die Beiträge der diesjährigen Bankrechtstagung beschäftigten sich mit dem aktuellen Regulierungs- und Diskussionsstand.

Der Beitrag von SUSAN EMMENEGGER enthält eine Einführung in die bankspezifische – prudentielle – Corporate Governance und skizziert die wesentlichen Regulierungsbereiche. GABE SHAWN VARGES entwirft ein mehrschichtiges System der Vergütungsregulierung, das vom Verwaltungsrat über die Geschäftsleitung bis hin zur Internen Kontrolle reicht. Die Paneldiskussion über die Anforderungen an den Verwaltungsrat, die unter der Leitung von ROLAND VON BÜREN stattfand, enthält zahlreiche Voten und Reaktionen auf die Reformvorschläge aus der Sicht der Praxis. Sie ist als informelle Schriftfassung in diesem Band abgedruckt. Als Panelisten haben PETER FORSTMOSER, WALTER KNABENHANS, JEAN-PIERRE ROTH und DANIEL ZUBERBÜHLER mitgewirkt.

Die prudentielle Corporate Governance hat ihren Schwerpunkt in der Binnenorganisation der Bank. Damit rücken unter anderem die Bereiche «Recht» und «Compliance» in den Fokus. Welche Funktionen sie – vorzugsweise in der Gestalt einer integrierten Funktion Recht – im Lichte einer zeitgemässen Corporate Governance erfüllen können und erfüllen sollen, zeigt OTHMAR STRASSER in seinem Beitrag auf. An der Tagung wurde sein Referat von RENÉ OPPLIGER und von KURT ZOBRIST kommentiert. Ein weiteres Regulierungsfeld der prudentiellen Corporate Governance ist das Risikomanagement. Ihm sind zwei Beiträge gewidmet: MARC RYSER beschäftigt sich mit der Risk Governance, also den Anforderungen an das Risikomanagement aus der Sicht der Corporate Governance, und untersucht, welche Organisationsstrukturen aktuell als Leading Practice oder allenfalls als Emerging Practice der Banken bezeichnet werden können. Eine Innensicht auf das Risikomanagement gewährt der Beitrag von URS D. BLÜMLI, der insbesondere auch auf die Notwendigkeit einer ganzheitlichen Betrachtung der Risiken hinweist, sowie darauf, dass die Risikokontrolle einen wesentlichen Beitrag an die strategische Planung der Bank leistet.

Zweifellos werden sich die Banken in naher Zukunft mit einer Reihe von regulatorischen Vorgaben zur Corporate Governance konfrontiert sehen.

Der Beitrag von HANSUELI GEIGER zeigt auf, welche Punkte in der Ausgestaltung des formellen Organisationsrahmens der Bank zu beachten sind. Sein mündliches Referat endete mit dem für die Banken beruhigenden Votum: «Gute Corporate Governance muss reifen!»

Der Herausgeberin bleibt der Dank: An die diesjährigen Referierenden für Ihre mündlichen und schriftlichen Beiträge, den Teilnehmenden für ihr zahlreiches Erscheinen und dem Team des Instituts für Bankrecht für den überobligatorischen Einsatz, den es im Hinblick auf das Gelingen der Tagung geleistet hat. Besonderer Dank gebührt Frau MLaw REGULA KURZBEIN, Rechtsanwältin, die für den Tagungsband verantwortlich zeichnet, und Herrn BLaw SILVANO BAUMBERGER, der sie dabei unterstützt hat.

Bern, im Juni 2011 *Susan Emmenegger*

Inhaltsübersicht

Prudentielle Corporate Governance 1

Prof. Dr. SUSAN EMMENEGGER
Professorin an der Universität Bern

Governing Remuneration 49

GABE SHAWN VARGES
Leiter Governance, FINMA, Bern

Paneldiskussion: Anforderungen an den Verwaltungsrat 77

Prof. Dr. ROLAND VON BÜREN, Professor em. an der Universität Bern/Walder Wyss AG, Bern (Diskussionsleitung)
Prof. Dr. PETER FORSTMOSER, Professor em. an der Universität Zürich/Niederer Kraft & Frey AG, Zürich
WALTER KNABENHANS, Verwaltungsratspräsident der Bellevue Group AG, Küsnacht/Zürich
Dr. JEAN-PIERRE ROTH, Verwaltungsratspräsident der Genfer Kantonalbank, Genf/ehem. Direktor SNB, Bern
DANIEL ZUBERBÜHLER, Vizepräsident des Verwaltungsrats, FINMA, Bern

Zur Entwicklung der Funktion Legal und Compliance unter dem Aspekt von Corporate Governance – ein Plädoyer für eine integrierte Funktion Recht 93

Prof. Dr. OTHMAR STRASSER
Titularprofessor an der Universität St. Gallen/General Counsel, Zürcher Kantonalbank, Zürich

Risk Governance: Anforderungen an das Risikomanagement 165

Dr. MARC RYSER
Partner Ernst & Young AG, Advisory Services – Financial Services Risk Management, Zürich

Risikomanagement aus der Innensicht 181

URS D. BLÜMLI
Managing Director, UBS Group Risk Control, Zürich

Handwerkszeug der Corporate Governance: Statuten und Reglemente 195

HANSUELI GEIGER
Leiter Abteilung Bewilligungen, FINMA, Bern

Prudentielle Corporate Governance

Prof. Dr. Susan Emmenegger, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis ... 2
Materialien ... 5

Einleitung ... 10

I. Das Spezifikum: Die aufsichtsrechtliche Perspektive ... 11
1. Prudentielle Aufsicht: Begriffsumschreibungen ... 11
2. Prudentielle Aufsichtsregeln ... 15
3. Prudentielle Aufsichtsbehörden ... 16
4. Fazit ... 17

II. Folgen der aufsichtsrechtlichen Perspektive ... 17
1. Corporate Governance als Instrument des Einlegerschutzes ... 18
2. Fokus auf die interne Corporate Governance ... 20

III. Prudentielle und traditionelle Corporate Governance im Spannungsverhältnis ... 21

IV. Die neuen Regeln der prudentiellen Corporate Governance ... 23
1. Konzeptionelle Eckpunkte ... 23
2. Erweiterter Regulierungsfokus ... 26
a) Offshore-Aktivitäten ... 26
b) Interne Alarmsysteme (Whistleblowing-Strukturen) ... 27
c) Neue Finanzprodukte und Marktsegmente ... 27
d) Business Continuity Management ... 28
e) Transparenz der internen Governance-Strukturen ... 29
f) Kommunikation ... 29

* Ich danke Frau MLaw Regula Kurzbein, Rechtsanwältin, und Herrn BLaw Silvano Baumberger für die Unterstützung bei den Recherchen zu diesem Beitrag.

3. Intensivierung bestehender Regulierungsbereiche ... 30
a) Vergütungspolitik ... 31
b) Verwaltungsrat ... 33
c) Risikokontrolle ... 33

V. Vertiefung: Anforderungen an den Verwaltungsrat ... 35
1. Die Kernqualität: Kritische Hinterfragung des Managements ... 35
2. Evaluation ... 36
3. Assessment ... 37
4. Begrenzung der Mehrfachmandate ... 39
5. Zeitliche Verfügbarkeit und Sitzungspräsenz ... 40
6. Ernennungs- und Nachfolgeverfahren ... 41
7. Interessenkonflikte ... 41
8. Gender Diversity ... 43
9. Ausschusswesen ... 46
10. Sanktionen ... 47

VI. Schluss ... 48

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 2. Juni 2011.

BHAGAT SANJAI/BLACK BERNARD S., The Uncertain Relationship Between Board Composition and Firm Performance, in: Business Lawyer 54 (1999), 921-963, hier zitiert nach Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics, Working Papier No. 175, abrufbar unter: <ssrn.com/abstract=11417>.

BOEMLE MAX/GSELL MAX, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, 1. Auflage, Zürich 2002.

BRANSON DOUGLAS M., Women on Boards of Directors: A Global Snapshot, University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper Series, Working Papier No. 2011-05, Februar 2011, abrufbar unter: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1762615>.

BROOME LISSA L./CONLEY JOHN M./KRAWIEC KIMBERLY D., Dangerous Categories: Narratives of Corporate Board Diversity, in: North Carolina Law Review 2010, 760-808, abrufbar unter: <www.ssrn.com/abstract=1679775>.

CHAMBERS ELIZABETH G./FOULON MARK/HANDFIELD-JONES HELEN/HANKIN STEVEN M./MICHAELS EDWARD G., The War for Talent, McKinsey Quarterly Nr. 3, August 1998, 44-57.

DAVIS EVAN M., Women on boards, Februar 2011, abrufbar unter: <www.bis.gov.uk/assets/biscore/business-law/docs/w/11-745-women-on-boards.pdf>.

EAGLY ALICE H./JOHANNESE-SCHMIDT MARY C./VAN ENGEN MARLOES, Transformational, Transactional, and Laissez-Faire Leadership Styles: A Meta-Analysis Comparing Women and Men, in: Psychological Bulletin 2003, 569-591.

EMMENEGGER SUSAN/KURZBEIN REGULA, Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken, in: GesKR 2010, 462-475.

ETHOS QUARTERLY, Der Newsletter für nachhaltiges Investment und aktives Aktionariat, Ausgabe 2011/1, abrufbar unter: <www.ethosfund.ch>, Quarterly.

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, Briefing Consultations on gender diversity on boards and risk appetite guidance, Mai 2011, abrufbar unter: <www.freshfields.com/publications/pdfs/2011/may11/30415.pdf>.

GOODHART CHARLES A. E., Organisational Structure of Banking Supervision, in: FSI, Occasional Papers No. 1, November 2000, abrufbar unter: <www.bis.org/fsi/fsipapers.htm>.

HOPT KLAUS J., Corporate Governance – Zur nationalen und internationalen Diskussion, in: Ders./Wohlmannstetter Gottfried (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken, München 2011, 3-29.

– Corporate Governance von Banken, Überlegungen zu den Grundsätzen des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, in: Mathias Habersack u.a. (Hrsg.), Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe, Köln 2009, 853-882.

– Erwartungen an den Verwaltungsrat in Aktiengesellschaften und Banken – Bemerkungen aus deutscher und europäischer Sicht, in: SZW 3 (2008), 235-247.

– Europäische Corporate Governance für Finanzinstitute?, in: EuZW 2010, 561.

ISAKSSON MATS/KIRKPATRICK GRANT, Corporate Governance – Lessons from the Financial Crisis, OECD Observer No 273, Juni 2009, 11-12, abrufbar unter: <www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/2931/Corporate_governance:_Lessons_from_the_financial_crisis.html>.

JOY LOIS/CARTER NANCY/WAGNER HARVEY/NARAYANAN SRIRAM, The Bottom Line: Corporate Performance and Women's Representation on Boards, in: The Catalyst 2007, abrufbar unter: <www.catalyst.org>, Research & Knowledge, Search «Bottom Line».

KELLERMANN KERSTEN, Strategie für eine optimale Finanzmarktaufsicht, in: Die Volkswirtschaft 2010/4, 8-11, abrufbar unter: <www.dievolkswirtschaft.ch>, Archiv, Kellermann.

LEHMANN MATTHIAS/MANGER-NESTLER CORNELIA, Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem, in: ZBB 1/11, 2-24.

LODERER CLAUDIO/PEYER URS, Board Overlap, Seat Accumulation, and Share Prices, in: European Financial Management, 2002/8, 165-192, hier zitiert als SSRN-Paper, abrufbar unter: <ssrn.com/abstract=273465>.

MCKINSEY & COMPANY, Women Matter, Studie 2008, abrufbar unter: <www.mckinsey.com/locations/paris/home/womenmatter.asp>.

MARINOVA JOANA/PLANTENGA JANNEKE/REMERY CHANTAL, Gender Diversity and Firm Performance: Evidence from Dutch and Danish Boardrooms, Utrecht School of Economics, Discussion Paper Series Nr: 10-03, 2010, abrufbar unter: <igitur-archive.library.uu.nl/USE/2010-0507-200229/10-03.pdf>.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007.

MENGE-GÜTHLING HERMANN, Langenscheidts Grosswörterbuch Lateinisch, Teil I, Lateinisch-Deutsch, 20. Aufl., Berlin u.a. 1978.

MÜLBERT PETER O., Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis – Theory, Evidence, Reforms, ECGI Law Working Paper N° 130/2009, April 2010, abrufbar unter: <ssrn.com/abstract=1448118>.

– Corporate Governance von Banken, in: Jusletter 16. Februar 2009.

NESTOR ADVISORS, Bank Boards and the Financial Crisis. A corporate governance study of the 25 largest European Banks, London 2009.

NOBEL PETER, Corporate Governance im Bankbereich: Rechtliche Grundlagen und Compliance, in: Liber Amicorum Guy Horsmans, Brüssel 2004, 819-842.

– Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Bern 2004.

NZZ, Frauen erhalten Unterstützung von Ethos auf dem Weg nach oben, 13. Februar 2011, 31.

PANELDISKUSSION, Anforderungen an den Verwaltungsrat, unter der Leitung von Roland von Büren, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, Basel 2011, 77-92 (in diesem Band).

RANDØY TROND/THOMSEN STEEN/OXELHEIM LARS, A Nordic Perspective on Corporate Board Diversity, Nordic Innovation Centre, 2006, abrufbar unter: <www.nordic innovation.net/_img/a_nordic_perspective_on_board_diversity_final_web.pdf>

RÖHL HANS C., Finanzmarktaufsicht, in: Fehling Michael/Ruffert Matthias (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, § 18.

RYSER MARC, Risk Governance: Anforderungen an das Risikomanagement, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, Basel 2011, 165-180 (in diesem Band).

TAYLOR MICHAEL W., Twin Peaks: A regulatory structure for the new century, Centre for the Study of Financial Innovation (CSFI) 1995.

– Twin Peaks, in: financialworld September 2009 [financialworld], abrufbar unter: <www.financialworld.co.uk>, Archive, 2009, September 2009, Michael Taylor.

VARGES GABE SHAWN, Governing Remuneration, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, Basel 2011, 49-76 (in diesem Band).

VOLONTÉ CHRISTOPHE, Wie hat sich die Struktur des Verwaltungsrates schweizerischer Firmen in den beiden letzten Jahrzehnten verändert? Masterarbeit des wirtschaftswissenschaftlichen Zentrums der Universität Basel, eingereicht bei Prof. Dr. Heinz Zimmermann, Sommersemester 2007, abrufbar unter: <www.wwz.unibas.ch/fileadmin/wwz/redaktion/fmgt/Images/VerwaltungsraeteVolonte.pdf>.

VON DER CRONE HANS CASPAR, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Bern 2006, 79-99.

VON WERDER AXEL/GRUNDER JENS, Evaluation der Corporate Governance, in: Peter Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, Köln/Stuttgart, 2. Aufl. 2009, 629-652.

WALKER DAVID, A Review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities – Final recommandations [The Walker Review], November 2009, abrufbar unter: <www.hm-treasury.gov.uk/d/walker_review_261109.pdf>.

WOHLMANNSTETTER GOTTFRIED, Corporate Governance von Banken, in: Hopt Klaus J./ Wohlmannstetter Gottfried (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken, München 2011, 31-74.

WYMEERSCH EDDY, The Structure of Financial Supervision in Europe, About Single, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors, Working Paper (2006), abrufbar unter: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946695>.

Materialien

AFME – ASSOCIATION FOR FINANCIAL MARKETS IN EUROPE, Response to CP44, 14. Januar 2011, abrufbar unter: <www.eba.europa.eu/Publications/Consultation-Papers/All-consultations/CP41-CP50/CP44/Responses-to-CP44.aspx>.

ASBA – ASSOCIATION OF SUPERVISORS OF BANKS OF THE AMERICAS, Corporate Governance in Banking Institutions, 2009, abrufbar unter: <www.asba-supervision.org>, Publications.

ASSOCIATION OF FOREIGN BANKS IN GERMANY, Response to CP44, 14. Januar 2011, abrufbar unter: <www.eba.europa.eu/Publications/Consultation-Papers/All-consultations/CP41-CP50/CP44/Responses-to-CP44.aspx>.

BANK SARASIN, Geschäftsbericht 2006, abrufbar unter: <www.sarasin.ch/internet/iech/geschaeftsbericht_2006.pdf>.

– Geschäftsbericht 2010, abrufbar unter: <www.sarasin.ch/internet/iech/geschaeftsbericht_2010.pdf>.

BARCLAYS, Annual Report 2006, abrufbar unter: <www.barclays.com>, Investor Relations, Annual Reports, 2006.

– Annual Report 2010, abrufbar unter: <www.barclays.com>, Investor Relations, Annual Reports, 2010.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION ¦ BASLER AUSSCHUSS FÜR BANKENAUFSICHT, Compensation Principles and Standards Assessment Methodology, Januar 2010, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs166.htm>.

– Enhancements to the Basel II framework, Juli 2009, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs157.htm>.

– Enhancing Corporate Governance for Banking Organisations ¦ Verbesserung der Unternehmensführung in Banken, September 1999 [CG 1999], abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs56.pdf> [englisch], <www.bis.org/publ/bcbs56de.pdf> [deutsch].

– Enhancing corporate governance for banking organisations ¦ Verbesserung der Unternehmensführung in Banken, Februar 2006 [CG 2006], abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs122.pdf> [englisch], <www.bis.org/publ/bcbs122de.pdf> [deutsch].

– Principles for enhancing Corporate Governance, Oktober 2010 [CG 2010], abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs176.pdf>.
– Range of Methodologies for Risk and Performance Alignment of Remuneration, Oktober 2010, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs178.htm>.
– Supervisory Lessons to be drawn from the Asian Crisis, Juni 1999, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs_wp2.htm>.

CEBS/EBA – COMMITTEE OF EUROPEAN BANKING SUPERVISORS/EUROPEAN BANKING AUTHORITY, Consultation Paper on the Guidebook on Internal Governance (CP44), 13. Oktober 2010, abrufbar unter: <www.eba.europa.eu/documents/Publications/Consultation-papers/2010/CP44/CP44.aspx>.
– Guidelines on Remuneration Policies and Practices, 10. Dezember 2010, abrufbar unter: <www.eba.europa.eu/Publications/Standards-Guidelines.aspx>.
– High-level principles for Remuneration Policies, 20. April 2009, abrufbar unter: <www.eba.europa.eu/Publications/Standards-Guidelines.aspx>.

CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2006, abrufbar unter: <www.credit-suisse.com/investors/de/reports/annual_reporting.jsp>.
– Geschäftsbericht 2010, abrufbar unter: <www.credit-suisse.com/investors/de/reports/annual_reporting.jsp>.

DEUTSCHE BANK, Finanzbericht 2006, abrufbar unter: <www.deutsche-bank.de/ir/de/download/Finanzbericht_2006.pdf>.
– Finanzbericht 2010, abrufbar unter: <www.deutsche-bank.de/medien/de/downloads/Geschaeftsbericht_2010_dt.pdf>.

DEUTSCHER CORPORATE GOVERNANCE KODEX vom 26. Mai 2010, abrufbar unter: <www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html>.

EBK – EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION, Begleitbrief vom 4. Mai 2005 zur Vernehmlassung des Rundschreibens «Überwachung und interne Kontrolle», abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/archiv/2005/aktuelles2005.html>.
– EBK-RS 05/1 vom 29. Juni 2005: Prüfung von Banken und Effektenhändlern, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/rundsch/index.html>.
– Jahresbericht 2007, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/medien/medienkonferenz/JB07_EBK.pdf>.
– Kurzmitteilung vom 4. Mai 2005 – EBK eröffnet Konsultation zum Rundschreiben «Überwachung und interne Kontrolle», abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/archiv/2005/regulierungsprojekte2005.html>.
– Medienmitteilung vom 4. Oktober 2006 zur Inkraftsetzung des Rundschreibens «Überwachung und interne Kontrolle», abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/archiv/2006/aktuelles2006.html>.

ECB – EUROPEAN CENTRAL BANK, The Role of Central Banks in Prudential Supervision, 2001, abrufbar unter: <www.ecb.int/pub/pdf/other/prudentialsupcbrole_en.pdf>.
– The Role of Central Banks in Prudential Supervision, Press release, 22. März 2001, abrufbar unter: <www.ecb.int/press/pr/date/2001/html/pr010322.en.html>.

EFD – EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Glossar, Stichwort «Prudentielle Regulierung und Aufsicht», abrufbar unter: <www.efd.admin.ch/index.html?lang=de>, Glossar.

EU-KOMMISSION, Commission Staff Working Document, Corporate Governance in Financial Institutions: Lessons to be drawn from the current financial crisis, best practices – Accompanying document to the Green Paper Corporate governance in financial institutions and remuneration policies, 2. Juni 2010, SEC(2010) 669, abrufbar unter: <ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/sec2010_669_en.pdf>.

- Commission Staff Working Paper, The Gender Balance in Business Leadership, 1. März 2011, SEC(2011) 246 final, abrufbar unter: <www.eurosfaire.prd.fr/7pc/doc/1299060046_sec_2011_0246_en.pdf>.
- Empfehlung der Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats (2005/162/EG), ABl. Nr. L 52/51 vom 25.2.2005, abrufbar unter: <eur-lex.europa.eu>, Einfache Suche nach Dokumentnummer (Jahr: 2005 / Nummer: 162).
- Empfehlung der Kommission vom 30. April 2009 zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor (2009/384/EG), ABl. Nr. 120/22 vom 15.5.09, abrufbar unter: <ec.europa.eu/internal_market/company/directors-remun/index_de.htm>.
- Feedback Statement – Summary of responses to Commission Green Paper on Corporate Governance in Financial Institutions, abrufbar unter: <ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/governance/feedback_statement_en.pdf>.
- Grünbuch – Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, 2. Juni 2010, KOM(2010) 284 endg., abrufbar unter: <ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2010_284_de.pdf>.
- Grünbuch – Europäischer Corporate Governance-Rahmen, 5. April 2011, KOM(2011) 164 endg., abrufbar unter: <eur-lex.europa.eu>, Einfache Suche nach Dokumentnummer, KOM-Dokument (Jahr: 2011 / Nummer: 164).
- Vorschlag für eine Richtlinie im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen, 13. Juli 2009, KOM(2009) 362 endg., abrufbar unter: <www.eur-lex.europa.eu>, Vorarbeiten, KOM-Dokumente.

EUROPÄISCHE UNION, Richtlinie 2004/39/EG vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG und der Richtlinie 2000/12/EG und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG (MiFID), ABl. Nr. L 145/1 vom 30.04.2004.

- Richtlinie 2006/48/EG vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. Nr. L 177/1 vom 30.06.2006.
- Richtlinie 2006/73/EG vom 10. August 2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie (MiFID-DRL), ABl. Nr. L 241/26 vom 2.9.2006.
- Richtlinie 2010/76/EU vom 24. November 2010 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik (Eigenkapitalrichtlinie III/CRD III), ABl. Nr. L 329/3 vom 14.12.2010.

– Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 vom 24. November 2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ESRB-VO), ABl. Nr. L 331/1 vom 15.12.2010.

EXPERTENKOMMISSION ZIMMERLI, Integrierte Finanzmarktaufsicht (gesetzgeberische Folgearbeiten zum Schlussbericht der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht; Bericht Zufferey), I. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission, Juli 2003, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/dossiers/index.html>.

– Erweiterung der prudentiellen Aufsicht (Folgearbeiten zum Schlussbericht der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht; Bericht Zufferey), III. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission, Februar 2005, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/dossiers/index.html>.

FINANCIAL STABILITY BOARD (vormals: Financial Stability Forum), Principles for Sound Compensation Practices, 2. April 2009, abrufbar unter: <www.financialstability board.org/publications/r_0904b.pdf>.

– Principles for Sound Compensation Practices – Implementation Standards, 25. September 2009, abrufbar unter: <www.financialstabilityboard.org/publications/r_ 090925c.pdf>.

– Thematic Review on Compensation – Peer Review Report, 30. März 2010, abrufbar unter: <www.financialstabilityboard.org/publications/r_100330a.pdf>.

FINMA, Diskussionspapier «Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen» [Vertriebsregeln], Oktober 2010, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/ anhoerungen/Documents/diskussionspapier-vertriebsregeln-20101110-d.pdf>.

– Effektivität und Effizienz in der Aufsicht – Aufsichtsinstrumente, Arbeitsprozesse und Organisation der FINMA, 21. April 2011, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/ finma/publikationen/Documents/br-aufsicht-20110421-d.pdf>.

– Erläuterungsbericht zum Rundschreiben Vergütungssysteme, Entwurf Juni 2009, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Regulierung, Anhörungen, Abgeschlossene.

– Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleitungsgeschäft, 22. Oktober 2010, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/positionspapier_rechtsrisiken_ d.pdf>.

– Strategische Ziele der FINMA, 2009, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/aktuell/ Documents/strategische-ziele-finma-20090930-d.pdf>.

FINMA-Rundschreiben, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Regulierung, Rundschreiben.

– FINMA-RS 08/10 vom 20. November 2008: Von der Eidg. Finanzmarktaufsicht als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung.

– FINMA-RS 08/24 vom 20. November 2008: Überwachung und interne Kontrolle bei Banken.

– FINMA-RS 08/38 vom 20. November 2008: Aufsichtsregeln zum Marktverhalten im Effektenhandel.

– FINMA-RS 09/01 vom 18. Dezember 2008: Eckwerte für die Anerkennung von Selbstregulierungen zur Vermögensverwaltung als Mindeststandard.

– FINMA-RS 10/1 vom 21. Oktober 2009: Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten.

– FINMA-RS 11/2 vom 15. April 2011: Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung bei Banken.

FSA – FINANCIAL SERVICES AUTHORITY, FSA outlines its approval and interview process for significant influence functions, Pressemitteilung vom 14. Oktober 2009, abrufbar unter: <www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/PR/2009/139.shtml>.

GROUP OF 30, Financial Reform, A Framework for Financial Stability, 15. Januar 2009, abrufbar unter: <www.group30.org/pubs/reformreport.pdf>.

– The Structure of Financial Supervision, 6. Oktober 2008, abrufbar unter: <www.group30.org/rpt_06.shtml>.

HM TREASURY, A new approach to financial regulation: the blueprint for reform, Juni 2011, abrufbar unter: <www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_finreg__new_approach_blueprint.pdf>.

JULIUS BÄR, Geschäftsbericht 2006 Julius Bär Gruppe AG, abrufbar unter: <www.juliusbaer.com/htm/1343/de/Publikationen.htm>, 2006.

– Geschäftsbericht 2010 Julius Bär Gruppe AG, <www.juliusbaer.com/htm/1343/de/Publikationen.htm>, 2010.

MEMORANDUM OF UNDERSTANDING im Bereich der Finanzstabilität zwischen der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht FINMA und der Schweizerischen Nationalbank SNB, 23. Februar 2010 [MoU FINMA/SNB], abrufbar unter: <www.snb.ch/de/mmr/reference/mofu/source>.

OECD, Corporate Governance and the Financial Crisis, Conclusions and emerging good practices to enhance implementation of the Principles, 24. Februar 2010, abrufbar unter: <www.oecd.org/dataoecd/53/62/44679170.pdf>.

– Grundsätze der Corporate Governance, Neufassung 2004, abrufbar unter: <www.oecd.org/dataoecd/57/19/32159487.pdf> [deutsch]; für die englische Version vgl. <www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>.

– Principles of Corporate Governance, Mai 1999, abrufbar unter: <www.oecd.org/officialdocumentsearch>, Stichwort: OECD principles of corporate governance 1999.

SBVG – SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Empfehlungen für das Business Continuity Management (BCM), November 2007, abrufbar unter: <shop.sba.ch/11107_d.pdf>.

SIX, Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (Corporate Governance-Richtlinie, RLGC), abrufbar unter: <www.six-exchange-regulation.com>, Pflichten, Corporate Governance.

SNB – SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK, Stellungnahme zum Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrats und des Ständerats vom 30. Mai 2010, 13. Dezember 2010, abrufbar unter: <www.snb.ch/de/mmr/reference/gpk_letter_2010/source>.

SWISS CODE OF BEST PRACTICE FOR CORPORATE GOVERNANCE (economiesuisse), 2007, abrufbar unter: <www.economiesuisse.ch>, Home, Suchfunktion (Swiss Code).

UBS, Das Organisationsreglement der UBS AG, 1. August 2010, abrufbar unter: <www.ubs.com/1/g/investors/corporategovernance/orgregulations.html>.

VONTOBEL, Geschäftsberichte 2006 – Konzernrechnung Vontobel Holding AG, abrufbar unter: <www.vontobel.com>, Über Vontobel, Investor & Media Relations, Geschäftsberichte, 2006.

– Geschäftsberichte 2010 – Konzernrechnung Vontobel Holding AG, abrufbar unter: <www.vontobel.com>, Über Vontobel, Investor & Media Relations, Geschäftsberichte, 2010.

Einleitung

Wer bei Google den Begriff «Corporate Governance» eingibt, stösst auf über 10 Millionen Einträge. Wer dagegen die «Prudentielle Corporate Governance» oder «Prudential Corporate Governance» sucht, stösst bislang einzig auf die Schweizerische Bankrechtstagung 2011.

Das ist erstaunlich, denn spätestens mit den Basler Leitlinien zur Corporate Governance von Banken im Jahre 1999 wurde die Entwicklung dieser besonderen Ausprägung der allgemeinen Corporate Governance in Gang gesetzt. Auslöser war die Asienkrise (1997/1998). Sie bewirkte eine erhöhte Sensibilisierung für den Zusammenhang zwischen Wirtschaftskrise und Corporate Governance-Fragen und führte zunächst in der OECD und später im Basler Ausschuss zu Bestrebungen nach der Formulierung einheitlicher Standards.[1] Seitdem hat sich die prudentielle Corporate Governance mit jeder Krise fortentwickelt: Die Unternehmensskandale der Jahrtausendwende (Enron, Worldcom) führten im Jahr 2006 zu einer ersten Neufassung der Basler Leitlinien.[2] Wenig später veröffentlichte die Eidg. Bankenkommission und heutige FINMA das Rundschreiben «Überwachung und interne Kontrolle».[3] Erklärtes Ziel war «die Führungsposition der Schweizer Banken im Bereich der Corporate Governance».[4]

---

1 OECD, Corporate Governance 1999 (Erstfassung); vgl. auch OECD, Corporate Governance 2004 (Neufassung), 3, 9 ff.; BASEL COMMITTEE, CG 1999. Zur fehlenden Corporate Governance als eine der Ursachen für die Asienkrise (1997/1998) siehe etwa BASEL COMMITTEE, Supervisory Lessons, 40.

2 BASEL COMMITTEE, CG 2006.

3 FINMA-RS 08/24.

4 EBK, Kurzmitteilung vom 4. Mai 2005.

Die globale Finanzkrise führte im Jahr 2010 zu einer weiteren Revision des Basler Corporate Governance-Papiers.[5] Zwischenzeitlich haben sich weitere Akteure zu Wort gemeldet: Die EU-Kommission hat ein Grünbuch und die heutige Europäische Bankaufsichtsbehörde (EBA)[6] ein Guidebook für die «Internal Governance» von Banken vorgelegt.[7] Jenseits des Atlantiks hat die Association of Supervisors of Banks of the Americas ein Arbeitspapier zur Corporate Governance von Banken publiziert,[8] für die USA enthält zudem der Dodd-Frank Act einige Governance-Eckpunkte.[9]

I. Das Spezifikum: Die aufsichtsrechtliche Perspektive

1. Prudentielle Aufsicht: Begriffsumschreibungen

Allen vorerwähnten Corporate Governance-Dokumenten ist gemeinsam, dass sie aus einer aufsichtsrechtlichen Perspektive verfasst wurden. Dies ist mit dem Begriff «prudentiell» gemeint. *Die prudentielle Corporate Governance bezeichnet die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Organisation und Führung von Finanzinstituten.*

Das bedarf insoweit einer weiteren Begründung, als der Begriff «prudentiell» vom lateinischen «prudenter» abstammt und klug, umsichtig, einsichtsvoll, und verständig bedeutet.[10] Er ist also allgemeiner Natur und bezieht sich keineswegs – ja nicht einmal primär – auf die Finanzmarktaufsicht. Allerdings wird er heute regelmässig in diesem Zusammenhang verwendet. Man spricht von prudentieller Aufsicht, wobei die diesbezüglichen Begriffsinhalte durchaus variieren, wie nachfolgende Zitate und Umschreibungen belegen:

– Die *Expertenkommission Zimmerli* äussert sich in ihrem dritten Teilbericht zur Finanzmarktregulierung wie folgt: «Es handelt sich [bei der prudentiellen Aufsicht] um einen Anglizismus, der Einzug in die deutsche Sprache gefunden hat und auf die Sicherung der Solvenz, genügende Risiko-

---

5 BASEL COMMITTEE, CG 2010.

6 Früher: Ausschuss der Europäischen Bankaufseher/Committee of European Bank Supervisors (CEBS). Der Entwurf des Guidebooks stammt noch vom CEBS.

7 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken; CEBS/EBA, Guidebook.

8 ASBA, Corporate Governance in Banking Institutions (2009).

9 Sie betreffen insbesondere die Vergütungsfrage, siehe die Nachweise bei EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 467.

10 MENGE-GÜTHLING, Langenscheidts Grosswörterbuch, Stichwort «prudenter».

kontrolle und die Gewähr einer sorgfältigen Geschäftsführung abzielt.[11] Der Begriff dient als Zusammenfassung für eine Aufsicht, die insbesondere die Ziele des Gläubiger- und Versichertenschutzes, der Transparenz und Gleichbehandlung der Anlegenden, des Funktionsschutzes und des Schutzes des guten Rufs des Finanzplatzes zu erreichen versucht. Der Begriff «prudentiell» kann auch mit «umsichtig» oder «vorsichtig» umschrieben werden.[12] Die Expertenkommission hat den Begriff bereits im I. Teilbericht definiert.[13] Nach ihrer Auffassung handelt es sich um einen Sammelbegriff für das Instrumentarium in einem Aufsichtssystem, das die Solvenz der beaufsichtigten Institute sowie die Stabilität des Finanzsystems gewährleisten soll. Die umfassende Aufsicht beruht dabei auf den Pfeilern einer Bewilligungspflicht einer bestimmten Tätigkeit und der laufenden Überwachung der Bewilligungsvoraussetzungen sowie weiteren regulierten Sachverhalten.»[14]

- Das *Eidg. Finanzdepartement (EFD)* hält fest: «Institut und Begriff der prudentiellen Aufsicht/Regulierung kommen aus dem angelsächsischen Raum und bezeichnen im Allgemeinen präventive (und damit auch prospektive) Regulierungs- und Aufsichtspraktiken. Prudentielle Regulierung und Aufsicht zielen auf die Erhaltung der Solvenz der einzelnen Finanzintermediäre (Banken, Effektenhändler, Versicherer, usw.) ab. Damit unterscheiden sie sich von einer nur auf die Durchsetzung lauteren Marktverhaltens oder auf den Konsumentenschutz ausgerichteten Finanzmarktregulierung und Finanzmarktaufsicht. Der prudentielle Ansatz zielt nicht in erster Linie auf die Minimierung von Systemrisiken ab (sogenannter Systemschutz), hat diesbezüglich aber eine nicht unbedeutende, stabilisierende Wirkung.»[15]
- Die *europäische Zentralbank* unterscheidet bei den Aufgaben und Aktivitäten der Finanzmarktaufsicht zwischen den «investor protection activities», der «micro-prudential supervision» und der «macro-prudential analysis». Die erste Aufgabe fokussiere primär auf den Erlass und die Durchsetzung von Verhaltens- und Transparenzregeln, die zweite Aufgabe umfasse Aktivitäten, die auf die Solvenz (safety and soundness)

---

11 Fussnotenhinweis auf NOBEL, Finanzmarktrecht 2004, § 1 N 19.

12 Fussnotenhinweis auf BOEMLE/GSELL, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon, 84.

13 Fussnotenhinweis auf EXPERTENKOMMISSION ZIMMERLI, I. Teilbericht, 20 Fn. 19.

14 EXPERTENKOMMISSION ZIMMERLI, III. Teilbericht, 8 f.

15 EFD, Glossar, Stichwort «Prudentielle Regulierung und Aufsicht».

der Einzelinstitute gerichtet sei und die primär auf den Schutz der Einleger und der Privatgläubiger (retail creditors) abziele. Die dritte Aufgabe schliesslich bezeichne diejenigen Aktivitäten, die auf die Überwachung der Gefährdung durch systemische Risiken und auf die Identifikation von Stabilitätsrisiken gerichtet sei, wie sie durch makroökonomische oder finanzmarktgetriebene oder infrastrukturbedingte Entwicklungen resultierten. Für die Zentralbanken spiele die mikro-prudentielle Aufsicht vor allem unter dem Aspekt der Systemrisiken eine Rolle, während sie für eine allenfalls vorhandene weitere Finanzmarktaufsichtsbehörde auf den Einlegerschutz ausgerichtet sei.[16]

- In der Diskussion um die verschiedenen Modelle für die *Organisation der Finanzmarktaufsicht*[17] findet sich der Begriff der «prudential supervision» als Gegensatz zur «conduct of business supervision». Diese Unterscheidung liegt etwa dem «Twin Peaks»-Modell zugrunde, das in England Mitte der 1990er Jahre mit Blick auf die Neuordnung der Aufsichtsstrukturen diskutiert wurde.[18] «Twin Peaks» steht heute allgemein für eine Aufsichtsorganisation auf der Grundlage der verschiedenen Aufsichtsziele: Die prudentielle Aufsichtsbehörde ist mit der Sicherstellung der Solvenz der Finanzakteure betraut. Die Marktverhaltens-Aufsichtsbehörde soll die Lauterkeit des Marktverhaltens von Finanzakteuren sicherstellen, und sie ist als solche regelmässig auch für den Konsumen-

---

16 ECB, The Role of Central Banks in Prudential Supervision, 3, sowie ECB, Press release vom 22. März 2001.

17 Für die verschiedenen Modelle siehe etwa das Papier der GROUP OF 30, Financial Supervision, 23 ff.; ID., Financial Reform, 34 Box 3 (Zusammenfassung); WYMEERSCH, Financial Supervision, 10 ff. In Kürze: Man kann vier Modelle der Aufsichtsorganisation unterscheiden. Es handelt sich um Folgende: Den institutionellen Ansatz (Rechtsform des Finanzintermediärs bestimmt die zuständige Aufsichtsbehörde), den funktionalen Ansatz (Tätigkeit des Finanzintermediärs bestimmt die zuständige Aufsichtsbehörde), den integralen Ansatz (gesamter Finanzsektor untersteht einer Aufsichtsbehörde), Twin-Peaks-Modell (Trennung zwischen der prudentiellen Aufsicht und der Marktverhaltensaufsicht).

18 Vgl. TAYLOR, Twin Peaks, passim. TAYLOR schlug damals eine Financial Stability Commission und eine Consumer Protection Commission vor. Die erste Behörde sollte für systemisch relevante Banken zuständig sein und eng mit der Zentralbank zusammenarbeiten. Die zweite Behörde sollte für den Konsumentenschutz verantwortlich sein. Mittlerweile schlägt TAYLOR drei «peaks» vor: Den Financial Stability Regulator, den sonstigen Prudential Regulator und den Consumer Protection Regulator. Vgl. TAYLOR, financialworld, 12 f.

tenschutz zuständig.[19] Diesem (Grund-)Modell folgen etwa die Niederlande und Australien.[20] Auch England ist, nachdem man das Twin-Peaks-Modell zunächst nicht umgesetzt hat, im Prozess einer Neuordnung der Finanzmarktaufsicht.[21] Künftig wird die Bank of England als Dachbehörde für Stabilitätsfragen operieren.[22] Innerhalb der Bank of England wird eine neue makro-prudentielle Behörde, das Financial Policy Committee (FPC) geschaffen, das das gesamte Finanzsystem überwachen und Systemrisiken erkennen und diese ausschalten bzw. verringern soll.[23] Die Financial Services Authority wird aufgelöst, an ihre Stelle treten zwei Behörden, nämlich die Prudential Regulation Authority (PRA) und die Financial Conduct Authority (FCA). Die PRA wird als unabhängige Abteilung (subsidiary) der Bank of England operieren und nimmt die institutsbezogene mikro-prudentielle Aufsicht wahr.[24] Die FCA wird dagegen mit der «conduct of business regulation» betraut, also mit der Marktverhaltensaufsicht. Die FCA soll das Vertrauen in Finanzdienstleistungen und den Finanzmarkt schützen und erhöhen, insbesondere durch Konsumentenschutz und Wettbewerbsförderung. Dabei sollen die Interessen aller Kunden, vom Sparkunden bis zum grossen, institutionellen Investor, berücksichtigt werden. Dazu kann sie Regulierungen erlassen und insbesondere Anforderungen an Produkte festlegen oder diese verbieten. Zudem wird die Möglichkeit erweitert, um gegen irreführende Werbung für Finanzdienstleistungen vorzugehen.[25]

---

19 Vgl. etwa GOODHART, Organisational Structure, 11; WYMEERSCH, Financial Supervision, 4.

20 GROUP OF 30, Financial Supervision, 30 f., 185 ff. In den Niederlanden ist zusätzlich die Zentralbank ein «prudential supervisor», vgl. ID., 31.

21 Der letzte Stand ist zusammengefasst im Bericht des britischen Finanzministeriums (HM TREASURY) vom Juni 2011 mit dem Titel: A new approach to financial regulation: a blueprint for reform. Der Bericht enthält einen Gesetzesentwurf, teilweise ist die Umsetzung bereits im Gange.

22 HM TREASURY, Blueprint, S. 8 (graphische Darstellung), Rz. 1.30.

23 HM TREASURY, Blueprint, Rz. 1.25 ff.

24 HM TREASURY, Blueprint, Rz. 1.31 ff.

25 HM TREASURY, Blueprint, Rz. 1.39 ff.

2. Prudentielle Aufsichtsregeln

Die soeben vorgestellten Begriffsbeschreibungen verdeutlichen, dass der Begriff der prudentiellen Aufsicht verschiedene Facetten hat. Geht es um das *materielle Aufsichtsrecht*, so definieren sich die prudentiellen Aufsichtsregeln in Abgrenzung zu den Marktverhaltensregeln. Die prudentiellen Aufsichtsregeln sind diejenigen Regeln, die auf die Solidität des einzelnen Finanzinstituts (mikroprudentieller Ansatz) und/oder auf die Solidität des Gesamtsystems (makroprudentieller Ansatz) ausgerichtet sind. Inhaltlich geht es in erster Linie um die Solvenz und die Liquidität, dann aber auch um das Risikomanagement und die angemessene Organisation der Finanzinstitute. Weiter werden unter dem Dach der makro-prudentiellen Aufsicht, wie sie aktuell in der Europäischen Union organisiert ist[26] und auch von der Schweizerischen Nationalbank gefordert wird, vor allem auch Monitoring- und Risikowarnfunktionen wahrgenommen.[27]

Geht es bei den prudentiellen Aufsichtsregeln um die Solidität, so geht es bei den Marktverhaltensregeln um die Lauterkeit. Die Marktverhaltensregeln richten ihren Blick auf das Geschäftsgebaren der Banken, etwa auf die Gleichbehandlung der Bankkunden, die Transparenz und den Abbau des strukturellen Ungleichgewichts im Bank/Kunden-Verhältnis. In der Schweiz treten sie insbesondere in Gestalt der Informations- und Aufklärungspflichten auf, welche die Bank in ihrer Rolle als Vermögensverwalterin, Effektenhändlerin oder Vertriebsträgerin nach KAG treffen.[28] Die prudentiellen Aufsichtsregeln befassen sich nur im Ausnahmefall mit dem direkten Verhältnis zwischen Kunde und Bank,[29] bei den Marktverhaltensregeln ist dies regelmässig der Fall. Das übergeordnete Ziel ist dabei das Vertrauen der Anleger in das Funktionieren der Märkte.

Will man die prudentiellen und die Marktverhaltensregeln im System der Regulierungsziele einordnen, so dienen die prudentiellen Aufsichtsre-

---

26 Institutionell wird die makro-prudentielle Aufsicht in der EU vom European Systemic Risk Board (ESRB) wahrgenommen. Für einen Überblick über die europäische Finanzmarktarchitektur siehe den Beitrag von LEHMANN/MANGER-NESTLER, ZBB 2011, 1 ff.

27 Vgl. Art. 3 Abs. 1 ESRB-VO (EU) 1092/2010. Siehe weiter die Stellungnahme der Schweizerischen Nationalbank (SNB) vom 13.12.2010, 3.

28 Vgl. FINMA-RS 09/01 (Eckwerte zur Vermögensverwaltung); Art. 11 BEHG (Verhaltensregeln für Effektenhändler); FINMA-RS 08/38 (Markverhaltensregeln); Art. 20 ff. KAG; vgl. auch das FINMA-Diskussionspapier «Vertriebsregeln».

29 Bankinsolvenzrecht im Bankengesetz: Art. 37*b* Abs. 1bis BankG.

geln sowohl dem individuellen Einlegerschutz als auch dem überindividuellen, aber auf das Einzelinstitut ausgerichteten Funktionsschutz und schliesslich dem übergreifenden Systemschutz. Die Marktverhaltensregeln dienen demgegenüber primär dem Funktionsschutz: Es geht darum, das Vertrauen der Anleger in die Funktionsfähigkeit des Systems zu gewährleisten.

3. Prudentielle Aufsichtsbehörden

Spricht man von der institutionellen Verankerung der prudentiellen Aufsicht, so kommt es auf die spezifischen nationalen oder allenfalls supranationalen (EU) Aufsichtsstrukturen an, ob man neben einer oder mehreren prudentiellen Aufsichtsbehörden auch über eine Behörde verfügt, deren Aufgabe sich auf die «Marktverhaltens-Aufsicht» beschränkt. Wie bereits erwähnt, bildet eine solche Trennung zwar die Ausnahme, die aber angesichts der in England vorgesehenen Implementierung einer Financial Conduct Authority an Gewicht gewinnt.[30] Was die Schweiz angeht, so beschränkt sich die FINMA nicht auf die Aufsicht über die Marktverhaltensregeln, sondern sie ist diejenige Behörde mit den zentralen Kompetenzen im Bereich der Solvenz- und Liquiditätsaufsicht.[31] Ihr Fokus liegt auf den einzelnen Finanzintermediären, ihr Aufsichtsansatz ist aber nicht streng darauf beschränkt und nimmt entsprechend auch die systemischen Risiken in den Blick.[32] Zwingend ergibt sich diese Gesamtsicht bei der Überwachung systemrelevanter Institute, namentlich also der beiden Grossbanken.[33] Sowohl bei der Einzelaufsicht als auch bei der Systemsicht resultieren gewisse Überschneidungen mit dem Regulierungsfeld der Schweizerischen Nationalbank; die

---

30 Zu diesem Modell siehe oben Punkt a (Auswahl von Begriffsumschreibungen, drittes Lemma).

31 Vgl. den Hinweis der EBK (heute: FINMA) auf ihre Doppelrolle als prudentielle Aufsichtsbehörde und oberste Marktaufsichtsbehörde im Jahresbericht 2007, 63.

32 So ausdrücklich die strategischen Ziele der FINMA für die Jahre 2009 bis 2012: FINMA, Strategische Ziele der FINMA, 5 (aktive Rolle bei den internationalen Bestrebungen im Bereich Clearing und Settlement von OTC-Produkten unter Berücksichtigung zentraler Plattformen respektive zentraler Gegenparteien). Zum systemrelevanten Ansatz der FINMA siehe auch KELLERMANN, Die Volkswirtschaft 2010/4, 11.

33 Ausdrücklich FINMA, Strategische Ziele, 5.

Zusammenarbeit der beiden Behörden ist in einem Memorandum of Understanding geregelt.[34]

Organisatorisch werden also die prudentielle Aufsicht und die Marktverhaltensaufsicht in den meisten Ländern nicht getrennt. Dies erklärt auch, warum man die Aufsichtsbehörde regelmässig gesamthaft als «prudentielle Aufsicht» bezeichnet.[35]

4. Fazit

Als Ergebnis kann man festhalten, dass der Begriff der prudentiellen Aufsicht sowohl materiellrechtlich als auch institutionell-organisatorisch verstanden werden kann. Der Rahmen bleibt aber konstant: Bei der prudentiellen Aufsicht geht es im Kern um die soliditätsrelevante Regulierung der Finanzintermediäre durch die zuständige Finanzmarktaufsichtsbehörde. Zu dieser Regulierungsmaterie gehören auch die Regeln über die angemessene interne Organisation der Bank (Art. 3 Abs. 1 lit. a BankG). Damit kann bestätigt werden, was bereits eingangs gesagt wurde: Die prudentielle Corporate Governance bezeichnet die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Organisation und Führung von Finanzinstituten.

II. Folgen der aufsichtsrechtlichen Perspektive

Dass die Aufsichtsbehörden und die internationalen Standardsetter wie der Basler Ausschuss Regeln zur Corporate Governance erlassen, erklärt noch nicht, warum sie dies tun. Der Basler Ausschuss liefert hierfür die Erklä-

---

[34] MoU FINMA/SNB vom 23. Februar 2010. Im MoU wird unter anderem präzisiert, dass die SNB ihren Auftrag aus der Perspektive des Gesamtsystems wahrnimmt, während die FINMA für die Aufsicht über die einzelnen Finanzintermediäre und die Durchsetzung der bankengesetzlichen Vorschriften zuständig bleibt (S. 2). Weiter wird festgehalten, dass sich aufgrund der gesetzlichen Aufgabenverteilung gewisse Überschneidungen in den Bereichen der Beurteilung der Solidität bzw. Solvenz systemrelevanter Banken, der solvenzrelevanten Regulierungen (u.a. Liquiditäts-, Eigenmittel-, Risikoverteilungsvorschriften) und der Krisenvorsorge bzw. des Krisenmanagements ergeben, und dass die beiden Behörden auf diesen Gebieten zusammenarbeiten (S. 2).

[35] In der Schweiz liegt der Fokus zudem hauptsächlich auf der FINMA. So trägt der unter Punkt a (Begriffsbestimmungen) erwähnte dritte Teilbericht der EXPERTENKOMMISSION ZIMMERLI den Titel «Erweiterung der prudentiellen Aufsicht». Darin geht es um die Erweiterung der Aufsichtskompetenzen der damaligen EBK und heutigen FINMA.

rung: Man verspricht sich von einer soliden Unternehmensführung eine effiziente, kostengünstigere Aufsicht und einen verbesserten Einlegerschutz.[36] Aus dieser *Indienstnahme der Corporate Governance für aufsichtsrechtliche Zwecke* resultieren zwei besondere Aspekte der prudentiellen Corporate Governance: Die Ausrichtung auf den Einlegerschutz und den damit verbundenen Fokus auf die interne Corporate Governance.

1. Corporate Governance als Instrument des Einlegerschutzes

Die Spezifizität der aufsichtsrechtlichen Zielsetzung, mit Hilfe der guten Corporate Governance einen verbesserten Einlegerschutz zu erreichen, zeigt sich bereits anhand der unterschiedlichen Begriffsumschreibungen, die jeweils für die Corporate Governance gewählt werden:

Der Swiss Code of Best Practice, unser helvetisches Referenzwerk in diesen Fragen, stellt bei seinem Begriff der Corporate Governance zwei Aspekte in den Vordergrund: Die Leitlinie ist das Aktionärsinteresse, das Ziel ist das ausgewogene Verhältnis zwischen Führung und Kontrolle,[37] oder anders gesagt: zwischen (Unternehmens-)Leitung und Eigentum.[38] Im Wortlaut:

> «Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf die Aktionärsinteressen ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben.»[39]

In deutlichem Kontrast hierzu steht die Definition des Basler Ausschusses für die Bankenaufsicht aus dem Jahr 2010. Hier stehen nicht die Interessen

---

36 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 13, 15. Vgl. auch EBK, Begleitbrief vom 4. Mai 2005 zur Vernehmlassung des Rundschreibens «Überwachung und interne Kontrolle», sowie EBK, Medienmitteilung vom 4. Oktober 2006 zur Inkraftsetzung des Rundschreibens «Überwachung und interne Kontrolle».

37 Vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 277.

38 Damit ist das zentrale (aber nicht einzige) Spannungsverhältnis angesprochen, dem die Überlegungen zur Corporate Governance zugrunde liegen: Der Prinzipal-Agenten-Konflikt, der aus der Trennung zwischen der Unternehmensleitung (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung) und den Eigentümern des Unternehmens (Aktionäre) resultiert. Vgl. dazu statt Vieler: HOPT, Corporate Governance 2011, 4 ff. Anzumerken ist, dass die schweizerische Begriffsumschreibung mit ihrem starken Fokus auf das Aktionärsinteresse im aktuellen internationalen Umfeld eher eine Ausnahme darstellt, vgl. dazu etwa die Auswahl der Begriffsumschreibungen und die Darstellung des Diskussionsstands bei MÜLBERT, Corporate Governance of Banks 2010, 4 f.

39 SWISS CODE OF BEST PRACTICE, Punkt 2.2.

der Aktionäre, sondern die Interessen der Einleger im Vordergrund. Im Wortlaut:

> «Aus Sicht des Bankgewerbes umfasst die Corporate Governance die Verteilung von Entscheidbefugnissen und Verantwortlichkeiten, also die Art, in der die Geschäfte einer Bank von deren oberstem Verwaltungsorgan und Geschäftsleitung geführt werden, einschliesslich wie diese:
>
> – die Strategien und Unternehmensziele festlegen;
>
> – die Risikotoleranz und den Risikoappetit der Bank bestimmen;
>
> – ihr Tagesgeschäft betreiben;
>
> – die Interessen der Einleger schützen, die Verpflichtungen gegenüber den Aktionären erfüllen, und den Interessen anderer anerkannter Stakeholder Rechnung tragen; und wie sie
>
> – Tätigkeit und Verhalten der Bank mit der Erwartung in Einklang bringen, dass Banken auf sichere und verantwortungsbewusste Weise und in Übereinstimmung mit den anwendbaren Gesetzen und Vorschriften operieren.»[40]

Nicht nur finden in der Auflistung des Basler Ausschusses die Einlegerinteressen vor den Aktionärsinteressen Erwähnung, sondern ihnen wird auch inhaltlich mehr Gewicht eingeräumt, indem der Bank aufgetragen wird, diese Interessen (aktiv) zu schützen, während sie gegenüber den Aktionären (lediglich) ihre Verpflichtungen erfüllen soll. Der Shareholder Value wird zudem relativiert mit dem Hinweis darauf, dass die Bank «sicher und verantwortungsbewusst» operiert, womit dem Profitstreben über das Prinzip der Nachhaltigkeit Einhalt geboten wird. Hinzu kommt die Verpflichtung zum Schutz weiterer anerkannter Stakeholder, wozu der Basler Ausschuss auch die Aufsichtsbehörden zählt.[41] Damit schliesst sich der Kreis: Die Corporate Governance wird in den Dienst der aufsichtsrechtlichen Ziele (Einlegerschutz) und der Aufgaben der Aufsichtsbehörde (anerkannter Stakeholder) gestellt.

---

40 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 14. Es handelt sich um eine Übersetzung. Soweit keine Änderungen erfolgten, orientiert sich der Text an der deutschen Fassung der Corporate Governance Leitlinien aus dem Jahr 2006, siehe BASEL COMMITTEE, CG 2006, Rz. 10.

41 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 13 Fn. 11.

2. Fokus auf die interne Corporate Governance

Der spezifische, prudentielle Fokus auf die Corporate Governance hat auch Auswirkungen auf die Themen, die von den Aufsichtsbehörden unter diesem Titel behandelt werden. Wiederum kann zum Vergleich der Swiss Code of Best Practice herangezogen werden.[42] Dieser gliedert sich in vier Themenbereiche: Die Aktionäre, der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung, die Revision, und schliesslich die Offenlegung. Die Basler Leitlinien und die EU-Dokumente haben demgegenüber fast ausschliesslich die Funktionsweise der Unternehmensführung – also den Verwaltungsrat und in geringerem Masse auch die Geschäftsleitung – zum Gegenstand. Auch die zentralen Corporate Governance-Dokumente der FINMA, nämlich das Rundschreiben «Überwachung und interne Kontrolle»[43] und das Rundschreiben «Vergütungssysteme»[44], regeln primär den Verwaltungsrat und die Geschäftsführung. Inhaltlich geht es um die Fragen der Leitung und Kontrolle innerhalb der Bank sowie ihrer internen Strukturen und Praktiken (interne Corporate Governance).[45] Bei den Fragen der Binnenorganisation gibt es demnach wesentliche Überschneidungsbereiche zwischen der prudentiellen und der traditionellen Corporate Governance.

Dass der Schwerpunkt der prudentiellen Corporate Governance auf den Fragen der internen Unternehmensführung liegt, bedeutet nicht, dass die Fragen der externen Corporate Governance ganz aus dem Regulierungsfokus fallen. Bereits die Zuweisung der Bankgläubiger und Aufsichtsbehörden zur Kategorie der «stakeholder» ist eine Erweiterung der traditionellen Corporate Governance im Bereich der Aussenperspektive. Auch gehört die Thematisierung von Konzernstrukturen und von beherrschenden Aktionären in den Kreis der externen Corporate Governance.[46] Der interne Fokus

---

42 SWISS CODE OF BEST PRACTICE, passim.

43 FINMA-RS 08/24.

44 FINMA-RS 10/1. Die Vergütungsproblematik wurde erst im Zuge der Finanzkrise als bankrelevantes Corporate Governance-Problem wahrgenommen, vgl. dazu HOPT, SZW 2008, 243.

45 Vgl. MÜLBERT, Corporate Governance of Banks (2010), 10 ff.; DERS., Jusletter 16. Februar 2009, insb. Rz. 6 f.; HOPT, Corporate Governance 2011, 24; DERS., Corporate Governance von Banken, 862; DERS., EuZW 2010, 561; WOHLMANSTETTER, Corporate Governance von Banken, 34 f., 57 ff. (dort auch Kritik am internen Corporate Governance-Fokus).

46 Siehe zu diesen beiden Themenbereichen BASEL COMMITTEE, CG 2010, Grundsätze 4 und 12 (Konzern) sowie Rz. 60 (beherrschender Aktionär).

bleibt aber massgeblich, was sich insbesondere auch an der Vergütungsfrage zeigt: Im Wesentlichen werden in den Vergütungsdokumenten die Aufgaben des Verwaltungsrats bei der Strukturierung der Vergütungspolitik im Sinne der Risikobegrenzung geregelt.[47] Die Rolle der Aktionäre bei der Vergütungspolitik wird dagegen weitgehend – und von der FINMA gar explizit[48] – ausgeklammert.

III. Prudentielle und traditionelle Corporate Governance im Spannungsverhältnis

Die krisengetriebene Diskussion um die Coporate Governance der Banken bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die breitere Thematik der Corporate Governance von Unternehmen. Die Entwicklungen in der EU zeigen dies deutlich: Auf das Grünbuch der EU-Kommission vom 2. Juni 2010 zur Corporate Governance von Finanzinstituten folgte am 5. April 2011 das Günbuch «Europäischer Corporate Governance-Rahmen».[49] Die inhaltliche Abstützung des allgemeinen Corporate Governance-Rahmens auf das bankenspezifische Grünbuch ist unverkennbar,[50] auch wenn die EU-Kommission darauf hinweist, dass die Lösungsansätze für Banken nicht automatisch auf andere Unternehmen übertragbar seien.[51] In der Tat verläuft die Indienstnahme der (traditionellen) Corporate Governance für aufsichtsrechtliche Zwecke nicht spannungsfrei.[52] Auf der konzeptionellen Ebene resultiert das Spannungsverhältnis aus den unterschiedlichen Interessen zwischen den Aktionären und den Einlegern. Demnach sind die Aktionärsinteressen auf den «return *on* investment» ausgerichtet. Die Einlegerinteressen fokussieren demgegenüber auf den «return *of the* investment», also die nominale Rück-

---

47 Vgl. BASEL COMMITTEE, CG 2010, Grundsatz 11.

48 Vgl. BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 6 i.V.m. Rz. 128; FINMA, Erläuterungsbericht, 25 f.

49 KOM(2011) 164 endg.

50 Parallel geführt wird etwa die Diskussion um den Verwaltungsrat (Diversity, Mehrfachmandate, externe Evaluation, Verantwortung des VR für das Risikomanagement und die Risikostrategie). Auch bei der Vergütungspolitik und bei der Rolle der Aktionäre wird auf das Grünbuch zur Corporate Governance bei Finanzinstituten verwiesen, der letzte Punkt nimmt aber im Grünbuch zum Corporate Governance-Rahmen deutlich mehr Raum ein.

51 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG-Rahmen, 3.

52 Einschlägig MÜLBERT, Corporate Governance of Banks (2010), insb. 25 f.

zahlung der Einlagen. Das ist auch die Perspektive der Aufsichtsbehörden, deren Zielsetzung massgeblich darin besteht, die Solidität und die langfristige Existenz der Bank zu gewährleisten.[53] Die «gute Unternehmensführung» ist aus diesen Perspektiven heraus nicht dieselbe. Das zeigt sich namentlich bei der Frage des Risikoappetits: Aus der Aktionärssicht resultiert notwendigerweise eine gewisse Risikotoleranz, die Einlegersicht privilegiert dagegen eine weitgehende Risikoaversität.[54]

Auf der praktischen Ebene hat die Perspektivendifferenz Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Vergütungsstrukturen im Unternehmen. Aus der Aktionärsperspektive sollten Vergütungen möglichst an die Wertsteigerung des Unternehmens gekoppelt sein. Aus der Einlegerperspektive sollten sie demgegenüber eine möglichst nachhaltige Ausrichtung begünstigen. Die Koppelung an die Wertsteigerung des Unternehmens erreicht man mit einem möglichst hohen Anteil an variablen Vergütungen, vorzugsweise in Form von Unternehmensaktien. Die Entkoppelung von der (risikogetriebenen) Wertsteigerung erreicht man demgegenüber mit einem möglichst hohen Anteil an festem Gehalt.[55] Die neuen aufsichtsrechtlichen Standards für die Vergütungspraxis der Banken reflektieren diese Sichtweise. So hält etwa die EU-Eigenkapitalrichtlinie III fest: «Es ist von wesentlicher Bedeutung, dass das Festgehalt eines Mitarbeiters einen so hohen Anteil seiner Gesamtvergütung darstellt, dass eine in jeder Hinsicht flexible variable Vergütungspolitik möglich ist und *gegebenenfalls auch ganz auf die Zahlung einer variablen Vergütung verzichtet werden kann*.»[56] Das Postulat der Entkoppelung zwischen Vergütung und Unternehmensergebnis im Bankensektor wird auch durch jüngere Studien gestützt. Diese kommen zum Ergebnis, dass es gerade die shareholder-orientierten Banken waren, die von der Finanzkrise am stärksten getroffen wurden.[57]

Mit der Regulierung der Vergütungspolitik wird in einen zentralen Aspekt der Unternehmensorganisation eingegriffen, denn im «Krieg um die Talente»[58] spielt die Vergütung eine massgebliche Rolle, weshalb jedes

---

53 MÜLBERT, Corporate Governance of Banks (2010), 26.

54 MÜLBERT, Corporate Governance of Banks (2010), 15; HOPT, Corporate Governance 2011, 25; DERS., EuZW 2010, 561.

55 MÜLBERT, Corporate Governance of Banks (2010), 19, 26 m.w.N. in Fn. 83.

56 RL 2010/76/EU, Ingress, Punkt 8.

57 Vgl. die Nachweise bei WOHLMANNSTETTER, Corporate Governance von Banken, 45.

58 Der Begriff lehnt sich an einen Beitrag mit dem Titel «The War for Talent» an, den CHAMBERS ET AL. im McKinsey Quarterly 1998, 44 ff., publiziert haben.

Unternehmen bemüht ist, seine Organisation so auszurichten, dass die finanziellen Anreize den eigenen personellen Ressourcenpool privilegieren.[59] Es ist also nicht unerheblich, ob man eine allgemeine oder eine prudentielle Sicht auf die Corporate Governance einnimmt.

Während sich bei der Vergütungsfrage ein Spannungsverhältnis zwischen der «equity governance» und der «debt governance» manifestiert,[60] gibt es andere Bereiche, bei denen die prudentielle und die traditionelle Corporate Governance kongruent verlaufen. Die krisengetriebene Diskussion um die Corporate Governance von Banken kann hier Impulse für die allgemeine Governance-Diskussion liefern.[61] Das trifft insbesondere für die Effektivitätssteigerung bei der Risikokontrolle und der erhöhten Anforderungen an die Unternehmensführung zu.[62] In diesen Bereichen wird die Corporate Governance, salopp gesagt, zur eierlegenden Wollmilchsau: Sie spendet Milch und goldene Eier für die Aktionäre (equity governance), und bietet dennoch Gewähr dafür, dass für die Einleger und den Staat als Stellvertreter für die Steuerzahler genügend Fleisch am Knochen bleibt (debt governance).

IV. Die neuen Regeln der prudentiellen Corporate Governance

Die im Nachgang zur Finanzkrise unternommene governance-spezifische Ursachenforschung deckte bei den Banken vor allem mit Blick auf die Risikokontrolle, die Führungsstruktur und die Vergütungspolitik bedeutsame Schwächen auf. Auf diese Bereiche konzentrieren sich auch die weltweiten Reformen und die Reformvorschläge.

1. Konzeptionelle Eckpunkte

Die neuen Corporate Governance-Dokumente unterscheiden sich mit Blick auf den Detaillierungsgrad und teilweise auch bezüglich der Reichweite der

---

59 Siehe dazu den Beitrag von VARGES, Governing Remuneration, passim (in diesem Band).

60 Zum Begriffspaar siehe WOHLMANNSTETTER, Corporate Governance von Banken, 44. Weitere Nachweise bei MÜLBERT, Corporate Governance of Banks (2010), 25 Fn. 82.

61 Vgl. MÜLBERT, Corporate Governance of Banks (2010), 3, 25, 39.

62 So auch MÜLBERT, Corporate Governance of Banks (2010), 25, 39. Siehe auch HOPT, Corporate Governance 2011, 18.

Regulierungsvorschläge.[63] Hingegen enthalten sie durchweg dieselben Leitgedanken:

Heute wird die prudentielle Corporate Governance durchgehend von der *Risikoperspektive* geprägt: Die Führungsverantwortung des Board ist im Wesentlichen eine Risikoverantwortung,[64] die Umsetzungsverantwortung des Senior Management umfasst explizit die Risikostrategie,[65] die Vergütungspolitik steht unter der Zielsetzung des «prudent risk taking»[66] und auch die operationelle Struktur der Bank, einschliesslich ihrer Ausland- bzw. Offshoreaktivitäten, steht unter dem Vorbehalt der besonderen Risiken, die damit einhergehen.[67] Zentral hervorgehoben und ausführlich geregelt wird zudem die Stellung des Chief Risk Officers.[68] Imposant ist auch die Begriffshäufung, die sich etwa in den revidierten Basler Leitlinien im Vergleich zur Vorgängerversion von 2006 finden. Damals wurde der Begriff «Risiko» in den acht Grundsätzen kein einziges Mal verwendet. In den vierzehn Grundsätzen der Neufassung von 2010 kommt man auf siebzehn Risikotreffer, drei neue Grundsätze sind ausschliesslich dem Risikomanagement gewidmet.[69]

Weiter wird die Notwendigkeit einer *kritischen Gesamtsicht* betont. Alle Organisationseinheiten sollen die Entscheide und Prozesse im Hinblick auf ein solides Risikomanagement kritisch hinterfragen, und zwar nicht nur innerhalb ihrer Einheit, sondern auch im Hinblick auf das Gesamtunternehmen.[70] Die kritische Gesamtsicht gilt in besonderem Masse für den Verwaltungsrat, der explizit dazu aufgefordert wird, die Entscheide des Managements «konstruktiv-kritisch» zu beurteilen.[71] Der Tenor lautet mithin: Weg

---

63 Am weitesten geht das Grünbuch der EU-Kommission, das eine ambitionierte Wunschliste von Corporate Governance-Grundsätzen enthält. Die Reaktionen darauf waren entsprechend durchmischt.

64 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 6 (1), Rz. 21 f., 30 f.; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 44.

65 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 18, 52, 66.

66 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 111. Vgl. auch Art. 22 RL 2006/48/EG, geändert durch RL 2010/76/EU, Ingress, Punkt 3; EU-KOMMISSION, Empfehlung 2009/384/EG, Rz. 3; CEBS/EBA, Guidelines on Remuneration, Punkt 3.1.; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 97.

67 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Grundsätze 12, 13 Rz. 120; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 40.

68 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 6 (3), Rz. 71; CEBS/EBA, Guidebook, Grundsatz 24.

69 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Grundsätze 6, 7, 8.

70 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 97 f., 100; BASEL COMMITTEE, CG 2010, Grundsatz 8.

71 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 42; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 48.

vom Fragment, hin zur Ganzheitlichkeit[72] – sozusagen eine «anthroposophische» Corporate Governance.

Drittens werden verstärkt *inhaltliche Vorgaben* gesetzt.[73] Die Spielräume sollen enger werden, damit die Banken nicht mit Blick auf weit gefasste Prinzipien einwandfreie Governance-Strukturen vorweisen können. Diese Entwicklung wird zusätzlich durch einen *höheren Formalisierungsgrad* unterstützt: Für die Entscheidungsprozesse werden vermehrt Dokumentationserfordernisse statuiert oder gar «formal written policies», also Reglemente, gefordert.[74] Das fördert die Selbstreflexion, es beschert der Aufsichtsbehörde aber auch nachprüfbare Standards. Die Detaillierung und die Formalisierung stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zur kritischen Gesamtsicht: Es ist eine Gratwanderung, die Organisation so aufzubauen, dass das selbstständige Denken gefördert wird, wenn man gleichzeitig die Fragen vorgibt, die gestellt werden müssen.

Schliesslich wird vor allem in den EU-Papieren das *Proportionalitätsprinzip* als allgemeiner Regulierungsgrundsatz hervorgehoben; auch im Bankenbereich soll nicht mit der «one size fits all-Doktrin» operiert werden.[75]

Zusammenfassend kann man festhalten: Die neue prudentielle Corporate Governance nimmt einen ausgeprägten Risikofokus ein, sie zielt auf eine organisatorische Gesamtsicht, und sie fördert mit ihren verstärkten inhaltlichen Vorgaben und intensivierten Formalisierungspflichten sowohl die unternehmensinterne Kontrolle als auch die externe Nachprüfbarkeit.

---

72 Explizit CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 98 («holistic risk management framework»).

73 So z.B. bei den Anforderungen an die Einführung von neuen Produkten: BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 88; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 114 f.; EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 15. Gleichermassen im Bereich der Interessenkonflikte: BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 56; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 83. Siehe auch die Anforderungen an die Offenlegung der internen Governance-Strukturen, CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 170.

74 Beispielhaft für die Interessenkonflikte: BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 56; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 81.

75 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 21. Vgl. auch CEBS/EBA, Guidelines on Remuneration, Punkt 1.2. sowie Rz. 19. Die differenzierte Regulierung entspricht auch dem risikoorientierten Aufsichtsansatz der FINMA, siehe FINMA, Effektivität und Effizienz, 3, 7.

2. Erweiterter Regulierungsfokus

Die im Nachgang zur Finanzkrise entstandenen prudentiellen Corporate Governance-Dokumente haben ihren Regulierungsfokus erweitert. Das zeigt sich deutlich, wenn man etwa die Basler Leitlinien von 2006 oder das FINMA-RS 08/24 zum Vergleich heranzieht. Die Themen sind an sich nicht neu; neu ist aber, dass sie explizit in den Regulierungskreis einbezogen werden. In der Literatur finden sich viele dieser Themen auch unter dem Titel der «Leading Practice».[76]

a) Offshore-Aktivitäten

Die meisten Banken verwenden für ihre Geschäftstätigkeit Rechtskonstrukte (z.B. Special Purpose Vehicles), die überall auf der Welt, insbesondere aber auch in den sogenannten «Offshore-Zentren» angesiedelt sind. Die neuen Corporate Governance-Papiere enthalten allesamt Vorgaben zu den Offshore-Aktivitäten der Banken. Im Kern wird gefordert, dass die Entscheid- und Genehmigungsprozesse für die Einrichtung neuer Rechtseinheiten im Ausland zentralisiert und einem allgemeinen Kriterienkatalog unterstellt werden.[77]

In der Schweiz sind die Offshore-Tätigkeiten der Banken zweifellos ein Aufsichtsthema, eine solche Tätigkeit der UBS hat uns den schnellen Abschied vom Bankgeheimnis beschert. Die FINMA greift dieses Thema nicht im Rundschreiben, sondern in einem Positionspapier auf.[78] Das «Positionspapier» ist formell-rechtlich gesehen eine Verlautbarung der Aufsichtsbehörde, die keinen bindenden Charakter hat. Die FINMA hat – neben den gesetzlich vorgesehenen Regulierungsformen[79] – in den letzten Jahren ausserordentlich kreative Kommunikationsformen entwickelt: Sie veröffentlicht Positionspapiere, Diskussionspapiere, Berichte, Erkenntnisse, Mitteilungen, Anhörungen. Die interaktive Konnotation dieser Kommunikationskanäle sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die FINMA die darin enthaltenen Inhalte über die Vorschriften zur angemessenen Organisation der Bank (Art. 3 BankG) durchsetzen kann. Tatsächlich schreibt die FINMA

---

76 Vgl. etwa RYSER, Risk Governance, 169 ff. (in diesem Band).

77 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Grundsatz 13 und Erläuterungen; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 39 ff., Rz. 42.

78 Vgl. FINMA, Positionspapier, passim.

79 Vgl. Art. 7 FINMAG: Die FINMA reguliert durch Verordnungen und Rundschreiben.

in ihrem Positionspapier zu den Offshore-Tätigkeiten wörtlich: «Die dargelegten Erwartungen der FINMA werden sich auch in ihrer künftigen Enforcement-Praxis niederschlagen.»[80] Anders gesagt: Das sind geltende Corporate Governance-Vorgaben, die in die laufende Aufsicht einfliessen. Inhaltlich geht dabei die FINMA über die Vorgaben der EBA und des Basler Ausschusses hinaus. Sie begnügt sich nicht mit der Vorgabe einer Zentralisierung der Prozesse und einem allgemeinen Kriterienkatalog für die Aufnahme solcher Tätigkeiten. Vielmehr verlangt sie, dass für jeden Zielmarkt ein konformes Dienstleistungsmodell definiert wird: «Zum Analysenprozess gehört, dass die Beaufsichtigten alle ihre Zielmärkte und die auf sie anwendbaren ausländischen Rechtsvorschriften kennen. sodann sind die tatsächlichen Aktivitäten auf ihre Compliance hin zu überprüfen. Die damit verbundenen Risiken sind zu erfassen, begrenzen und kontrollieren.»[81] Die Banken können sich das Know How entweder selbst aufbauen oder einkaufen. Das ist für kleinere Banken in beiden Fällen ein hoher finanzieller Aufwand.

b) Interne Alarmsysteme (Whistleblowing-Strukturen)

Ein weiterer Regulierungspunkt betrifft die Einrichtung bankinterner Governance-Alarmsysteme. Die Mitarbeitenden sollen sich vertraulich an eine Stelle wenden können, wenn ihnen Missstände bei der Corporate Governance auffallen. Diese Stelle sollte ausserhalb der normalen Reporting-Strukturen stehen, also etwa bei der Compliance oder bei der Internen Revision angesiedelt sein.[82] Explizit gefordert werden solche Whistleblowing-Strukturen allerdings nur von der EBA, und auch sie geht nicht so weit, dass sie zusätzliche Meldestrukturen gegenüber der Aufsichtsbehörde vorschlägt. In diesem Punkt überlässt sie eine weitergehende Regulierung den Mitgliedstaaten.[83]

c) Neue Finanzprodukte und Marktsegmente

Ein dritter Punkt, der neu in den aktuellen Corporate Governance-Dokumenten erscheint, ist der Genehmigungsprozess für neue Finanzprodukte

---

80 FINMA, Positionspapier, 19.
81 FINMA, Positionspapier, 15.
82 CEBS/EBA, Guidebook, Grundsatz 13.
83 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 85.

und neue Marktsegmente.[84] Der Genehmigungsprozess illustriert die eingangs erwähnten konzeptionellen Eckpunkte der neuen prudentiellen Corporate Governance – also die verstärkte Formalisierung, der grössere Detaillierungsgrad und der Risikofokus: So soll nach Auffassung der EBA der Genehmigungsprozess in einem Reglement festgehalten werden, das vom Verwaltungsrat genehmigt wird.[85] Weiter werden inhaltliche Vorgaben getroffen: So muss definiert werden, welche Produkte überhaupt unter den Genehmigungsprozess fallen, es müssen die Entscheidgrundlagen festgelegt sein und es müssen die verantwortlichen Stellen und Personen identifiziert sein (Detaillierung).[86] Schliesslich zeigt sich auch der Risikofokus: Die Risikokontrolle wird explizit in den Genehmigungsprozess eingebunden.[87] Zudem hat der CRO die Kompetenz, den Genehmigungsprozess zu lancieren.[88]

Mit Blick auf die Entwicklung in der Schweiz ist hierzu festzuhalten, dass das FINMA-RS 08/24 keine «New Product Approval Policy» vorschreibt. Allerdings verlaufen jedenfalls bei den Grossbanken die Prozesse schon heute im Sinne der neuen internationalen Standards, und für die kleineren Institute sind die Vorgaben deshalb nicht von zentraler Bedeutung, weil sie keine eigenen Finanzprodukte entwickeln und nur bedingt in neue Marktsegmente vorstossen.

d) Business Continuity Management

Ausdrücklich reguliert wird auch das Business Continuity Management (BCM). Dabei geht es im Wesentlichen darum, dass im Katastrophenfall die zentralen Systeme weiterfunktionieren. Auch in der Schweiz gehört ein angemessenes BCM-Konzept zu den Organisationserfordernissen gemäss Bankengesetz (Art. 3 BankG). Die konkreten Vorgaben werden über die Selbstregulierung abgedeckt. Die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) hat im November 2007 ihre Empfehlungen zum BCM veröffentlicht.[89] Teile davon – nämlich die Durchführung einer Business Impact Analyse sowie die

---

84 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 88; CEBS/EBA, Guidebook, Grundsatz 20 mit Rz. 113 ff.

85 CEBS/EBA, Guidebook, Grundsatz 20. Vgl. auch EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 15.

86 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 113 f.

87 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 88; CEBS/EBA, Guidebook, RZ. 115.

88 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 115.

89 SBVG, Empfehlungen für das Business Continuity Management (BCM), passim.

Definition einer Business Continuity Strategie – gelten als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard.[90] Das BCM wird in der Schweiz allerdings zu Recht nicht als Corporate Governance-Thema wahrgenommen.

e) Transparenz der internen Governance-Strukturen

Die «gute interne Corporate Governance» muss aus der Aussensicht überprüfbar sein. Die Aktionäre und Stakeholders sollten daher über die zentralen Informationen verfügen, um die Effektivität der internen Governance-Strukturen beurteilen zu können.[91] Auch in diesem Bereich zeigt sich der Trend zu verstärkten inhaltlichen Vorgaben. Das EBA-Guidebook enthält eine Liste von Angaben, deren Publikation von den Finanzinstituten als Mindeststandard erwartet wird.[92] Bei den meisten davon handelt es sich um Informationen, die üblicherweise im Jahresbericht veröffentlicht werden, namentlich solche über die Organisationsstruktur, den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung, die Risikostrategie, die Vergütungspolitik sowie die Finanzberichterstattung. Einige Punkte dürften für Schweizer Institute dagegen nicht durchweg zur üblichen Berichterstattung gehören, so etwa die Angaben über Sitzungspräsenz der Verwaltungsratsmitglieder oder die Angaben über Transaktionen mit nahestehenden Personen/Unternehmen, einschliesslich der Einschätzung möglicher Konsequenzen für das Finanzinstitut.

Die Informationen müssen zudem für die Aktionäre und Stakeholder erreichbar sein,[93] was im Ergebnis bedeutet, dass die Banken ihre Jahresberichte sowie die wichtigen Governance-Dokumente (Statuten, GOA, Corporate Governance Code) ins Internet stellen sollten.[94]

f) Kommunikation

Regelungsbedarf sehen die Standardsetter und Regulierer schliesslich im Bereich der Kommunikation. Die EBA fordert unter dem schönen Titel «Empowerment», dass die Unternehmensziele und Strategien innerhalb des Unternehmens klar kommuniziert werden.[95] Dass man intern kommuniziert,

---

90 Siehe dazu FINMA-RS 08/10, Rz. 8.
91 CEBS/EBA, Guidebook, Grundsatz 30.
92 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 170.
93 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 171.
94 Zahlreiche Banken tun dies bereits heute. Beispielhaft: BANK SARASIN, UBS, CS.
95 CEBS/EBA, Guidebook, Grundsatz 29.

ist eine Trivialität. Schwierig ist es hingegen für die Bank und für jedes andere Unternehmen, sinnvolle Informationskonzepte zu erarbeiten, damit die richtige Information im richtigen Mass an die geeigneten Stellen fliesst. Schwierig dürfte es zudem für die Aufsichtsbehörde sein, solche Informationskonzepte zu beurteilen.

Neben der Kommunikation über die Unternehmenspolitik wird in der Regulierungsdiskussion vor allem auch die vertikale und die horizontale Risikokommunikation in den Blick genommen.[96] Die Krise hat gezeigt, dass es einerseits an der Verknüpfung der Risikobetrachtungen innerhalb der einzelnen Organisationseinheiten zu einer Gesamtsicht fehlte,[97] und dass zudem hierarchisch bedingte Informationsfilter die sachgerechte Information der Führungsstufe verhinderten.[98] Um den horizontalen Informationsstau abzubauen, empfehlen die Basler Leitlinien die Bildung von Risikomanagement-Ausschüssen unterhalb der Verwaltungsratsebene, in denen die Mitglieder verschiedener Abteilungen mitwirken. Auf diese Weise soll eine Plattform für den Austausch von Informationen entstehen, die für das ganze Unternehmen relevant sind.[99] Ausführlich äussern sich die Leitlinien auch zur Ausgestaltung der Berichterstattung an die Führungsebene, etwa im Hinblick auf die Balance zwischen zu viel und zu wenig Information und bezüglich der notwendigen Hinweise auf die Grenzen der Risikobeurteilungen.[100] Vorgeschlagen wird auch, der Verwaltungsrat solle eine regelmässige Beurteilung hinsichtlich der Qualität und Quantität der Informationen institutionalisieren.[101]

3. Intensivierung bestehender Regulierungsbereiche

Die aktuelle Corporate Governance-Regulierung erfährt nicht nur mit Blick auf die Breite, sondern auch mit Blick auf die Tiefe eine Erweiterung. Drei Bereiche werden heute intensiver reguliert als in der Zeit vor der Krise: Die Vergütungspolitik, der Verwaltungsrat (Board) und die Risikokontrolle.

---

96 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 93 ff.; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 111.

97 Vgl. etwa NESTOR ADVISORS, Bank Boards, 61 f.; OECD, Conclusions, 13.

98 NESTOR ADVISORS, Bank Boards, 4, 59 ff.

99 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 98.

100 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 94 ff.

101 Vgl. BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 94.

Erstere hat sich von Anfang an verselbstständigt, obwohl sie im Grunde genommen zu den Verantwortungen des Verwaltungsrates gehört.

Die Interne Revision hat demgegenüber die Reformbestrebungen relativ unbeschadet überstanden. Das ist an sich erstaunlich, immerhin ist sie zuständig für die «umfassende Risikobeurteilung» der Bank.[102] Aus den Revisionskreisen hört man in Gesprächen, es seien vor der Krise dem Verwaltungsrat alle relevanten Risiken kommuniziert worden. Auch die Compliance wird nicht viel stärker in die Pflicht genommen. In einer Stellungnahme zu den Corporate Governance Guidelines der EBA liess sich der Verband der Auslandbanken in Deutschland gar verlauten, man sehe für Kreditinstitute keine Notwendigkeit für die Einführung einer obligatorischen Compliance-Funktion.[103] Sowohl der Basler Ausschuss als auch die EBA messen der Compliance-Funktion aber massgebliche Bedeutung zu; die Funktion wird jedoch nicht im Detail reguliert. Das liegt allerdings auch am Top-Down-Approach der Basler- und EU-Papiere, die den Fokus auf die Führungsebene legen, die ihrerseits die untergeordneten Strukturen erstellen und kontrollieren soll.[104]

a) Vergütungspolitik

Kein anderes Thema der Corporate Governance hat im Nachgang zur Krise so viel öffentliche Beachtung gefunden wie die Vergütungsstrukturen der Finanzindustrie, und keines hat solch prompte regulatorische Antworten erlebt. Tatsächlich ist aber das Thema der Vergütungspolitik weniger neu, als man glauben möchte. Der Basler Ausschuss widmete ihnen bereits in seinen Leitlinien aus dem Jahr 2006 einen eigenen Grundsatz[105] und auch die FINMA hielt in ihrem Rundschreiben 08/24 fest, dass der Verwaltungsrat dafür zu sorgen habe, dass die Entschädigungssysteme keine Anreize zur Missachtung interner Kontrollmechanismen biete.[106]

---

102 FINMA-RS 08/24, Rz. 70.

103 So die ASSOCIATION OF FOREIGN BANKS IN GERMANY, Response to CP44, 3: «The costs and benefits of introducing a compliance function in credit institutions should be carefully reassessed. [...] Therefore, in the absence of any specific rules the compliance with which would require a new specialised compliance function to be introduced, we do not yet see the merit in introducing one on a mandatory basis.»

104 Demgegenüber reguliert die FINMA im RS 08/24 lateral, sie erlässt also Regeln, die direkt die einzelnen Bereiche betreffen.

105 BASEL COMMITTEE, CG 2006, Grundsatz 6 und Erläuterungen.

106 FINMA-RS 08/24, Rz. 13.

Neu ist hingegen die Tiefe und die Breite des aufsichtsrechtlichen Fokus, der sich in einer Flut von Regularien und Regulierungsvorschlägen niederschlägt. An der Speerspitze der Bewegung steht das Financial Stability Board[107], das im April 2009 erste Grundsätze für die Vergütung in Finanzinstituten veröffentlichte.[108] Es war der Startschuss für eine wahrhafte Flut von Regularien und Regulierungsvorschlägen auf der internationalen und nationalen Ebene.[109] Auch die Schweiz hat sich für das FINMA-Rundschreiben über die Vergütungspraxis aus dem Jahr 2010 massgeblich an den FSB-Standards orientiert. Der Prozess ist allerdings noch nicht abgeschlossen, sondern er wird nach wie vor verfeinert und ausgebaut.[110] Wer allerdings gehofft hat, dass die Regulierung eine weltweite Eindämmung der hohen Banker-Löhne bewirken würde, muss enttäuscht sein. In absoluten Zahlen bewegen sich die Vergütungen der Verwaltungsräte heute zwar noch nicht

---

107 Das Financial Stability Board (FSB) firmierte damals noch unter dem Namen Financial Stability Forum.

108 FINANCIAL STABILITY BOARD, Principles for Sound Compensation Practices. Für deren Umsetzung vgl. FSB, Implementation Standards. Für erste Beobachtungen zur Umsetzung sowie für weitere Empfehlungen vgl. FSB, Thematic Review on Compensation.

109 Für einen Überblick vgl. EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 465 f. Eine Zusammenfassung findet sich auch bei CEBS/EBA, Guidelines on Remuneration, Rz. 1 ff. In Kürze: Der Basler Ausschuss nahm die FSB-Prinzipien im Juli 2009 in seinen Supervisory Review-Prozess auf, vgl. BASEL COMMITTEE, Enhancements, Rz. 84 ff. Im Januar 2010 veröffentlichte er sodann ein Grundsatzpapier zu den Methoden für die aufsichtsmässige Bewertung der Kompatibilität von Bank-Vergütungsstrukturen mit den FSB-Prinzipien, vgl. BASEL COMMITTEE, Compensation Principles. Im Oktober 2010 veröffentlichte er ein Konsultationspapier zu den möglichen Formen der technischen Ausgestaltung FSB-konformer Vergütungsmodelle, vgl. BASEL COMMITTEE, Range of Methodologies. In der EU veröffentlichte der CEBS kurz nach dem Financial Stability Board am 20. April 2009 erste Grundsätze zur Vergütungspolitik, vgl. CEBS/EBA, High-level principles. Am 30. April 2009 folgten diesbezügliche Empfehlungen der EU-Kommission, vgl. EU-KOMMISSION, Empfehlung 2009/384/EG. Im Juli 2009 verabschiedete die EU-Kommission einen Vorschlag zur Änderung der Eigenkapitalrichtlinie, die unter anderem Vergütungsgrundsätze enthielt, vgl. EU-KOMMISSION, Vorschlag. Die geänderte Richtlinie (bekannt unter Capital Requirements Directive, CRD III) trat am 1. Januar 2011 in Kraft: RL 2010/76/EU.

110 Das im Oktober 2010 veröffentlichte Konsultationspapier des Basler Ausschusses (Methodik) und die im Dezember 2010 veröffentlichten Guidelines des CEBS/EBA (Risiko- und Leistungsorientierte Vergütungspolitik) umfassen über fünfzig, bzw. über achtzig Seiten, vgl. BASEL COMMITTEE, Range of Methodologies, passim; CEBS/EBA, Guidelines on Remuneration, passim.

ganz auf derselben Höhe wie vor der Krise, aber eine effektive Kehrtwende hat nicht stattgefunden.[111]

b) Verwaltungsrat

Da sowohl die Basler Leitlinien als auch der EBA bei der Corporate Governance einen Top-Down-Ansatz verfolgen, werden die Verantwortlichkeiten des Verwaltungsrats ausführlich geregelt. Die Stossrichtung ist eindeutig: Die Anforderungen an den Verwaltungsrat sollen höher geschraubt werden. Was dies im Einzelnen bedeutet, wird unter Punkt V. separat behandelt.

c) Risikokontrolle

Sowohl der Basler Ausschuss als auch die EU verfolgen das Ziel einer verstärkten Einflussnahme der Risikokontrollfunktion auf die Entscheidfindung innerhalb der Bank: «The risk control function should be an institution's central organisational feature» – so formuliert es die Europäische Bankenaufsicht.[112] Insbesondere soll die Funktion des Chief Risk Officers (CRO) eingerichtet bzw. die bestehende CRO-Funktion aufgewertet werden. Der CRO soll einen direkten Zugang zum Verwaltungsrat haben, er soll ausschliesslich diese Funktion wahrnehmen, unabhängig agieren können und über genügende Ressourcen verfügen.[113] Mit Blick auf die Stellung innerhalb der Bankhierarchie wird im Ergebnis die Einsitznahme des CRO in der Geschäftsleitung verlangt.[114] Der Basler Ausschuss schlägt zudem gewisse

---

111 Die Vergütungen der Verwaltungsräte können anhand der Geschäftsberichte aus den Jahren 2006 und 2010 verglichen werden, wobei auf die Gesamtsumme abgestellt wird. CREDIT SUISSE: 26.9 Mio. Sfr. (2006, S. 130), 19.96 Mio. Sfr. (2010, S. 224). BANK SARASIN: 1.99 Mio. Sfr. (2006, S. 41), 2.05 Mio. Sfr. (2010, S. 136). JULIUS BÄR: 5.68 Mio. Sfr. (2006, S. 26), 5.11 Mio. Sfr. (2010, S. 142). VONTOBEL: 4.7 Mio. Sfr. (2006, S. 91), 3.54 Mio Sfr. (2010, S. 121). DEUTSCHE BANK: 3.39 Mio. EUR (2006, S. 39), 2.45 Mio. EUR (2010, S. 324). BARCLAYS: 1.31 Mio. £ (2006, S. 133), 1.84 Mio. £ (2010, S. 177).

112 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 124.

113 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 72 (direkter Zugang VR), Rz. 71 (Exklusivität bei grösseren Banken), Rz. 72, 77 (Unabhängigkeit), Rz. 78 (Ressourcen); EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 15 (direkter Zugang VR, Ressourcen im IT-Bereich); EU-KOMMISSION, Working Document, 21 (direkter Zugang VR); CEBS/EBA, Guidebook, Grundsatz 24, Rz. 144 (direkter Zugang VR), Rz. 146 (Exklusivität bei grösseren Banken), Rz. 144 (Unabhängigkeit CRO).

114 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 15, sowie Working Document, 21. Vgl. auch BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 73, 76 (CRO muss über genügenden Status verfügen).

Hürden für die Absetzung des CRO vor, indem der Verwaltungsrat den diesbezüglichen Beschluss öffentlich bekannt machen und ihn gegenüber der Aufsichtsbehörde begründen soll.[115] Inhaltlich ergibt sich die zentrale Stellung des CRO aus der Bedeutsamkeit der Risikokontrollfunktion als «central organisational feature», wie sie bereits oben beschrieben wurde. Auch hier formuliert die EBA anschaulich, der CRO sei unter anderem verantwortlich «[for] enabling the management body to *understand the institution's overall risk profile.*»[116] Da die Übernahme von Risiken das Kerngeschäft der Banken ist, kommt ihm, salopp gesagt, die Rolle des Weltenerklärers für die Bankführung zu. Zudem ist er derjenige, der sich in seiner unabhängigen Funktion gegen die Übernahme von übermässigen Risiken im Tagesgeschäft aussprechen soll. Kurz: Er ist der wahre Held der Banken!

Angesichts dieses Befunds ist es nicht unproblematisch, dass den meisten Schweizer Banken ein solcher Held noch fehlt. Das FINMA-Rundschreiben 08/24 verlangt zwar die Einrichtung einer Risikokontrollfunktion, die insbesondere das eingegangene Risikoprofil der Bank überwachen soll.[117] Verglichen mit der CRO-Funktion der Basler Grundsätze und der EBA Guidelines ist die Risikokontrollfunktion aber weniger umfassend und weniger einflussreich. Zwar hat die Bank ein Mitglied der Geschäftsleitung zu bestimmen, das für die Risikokontrolle zuständig ist.[118] Konzeptionell bleibt aber die Risikokontrolle eine Analyse- und Kontrollfunktion und nicht eine mitbestimmende Managementfunktion. Das entspricht nicht dem internationalen Regulierungsstand und es ist auch nicht die Leading Practice, wie sie in der Schweiz von den Risikomanagement-Experten verstanden wird.[119]

---

115 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 74.

116 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 143.

117 FINMA-RS 08/24, Rz. 112, 122.

118 FINMA-RS 08/24, Rz. 115.

119 Siehe dazu RYSER, Risk Governance, 172 ff. (in diesem Band).

V. Vertiefung: Anforderungen an den Verwaltungsrat

Gute Corporate Governance beginnt im Verwaltungsrat:[120] Er setzt den berühmten «Tone at the Top», an dem sich der Rest des Unternehmens orientiert. In diesem Sinne ist der Verwaltungsrat die Quelle der erfolgreichen Corporate Governance im Gesamtunternehmen – aber auch ein entscheidender Faktor beim Scheitern des Corporate Governance-Modells. Aus der (krisenorientierten) Sicht der Regulierer braucht es künftig zusätzliche Regeln und Leitlinien, damit der Verwaltungsrat die aufsichtsrechtlichen Erwartungen an seine Führungsfunktion erfüllt. Diese Entwicklung ist auch für die Schweiz absehbar. Man will dies aber mit der notwendigen Ruhe angehen: «Gute Corporate Governance muss reifen.»[121]

1. Die Kernqualität: Kritische Hinterfragung des Managements

Der Bank-Verwaltungsrat hat die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle über die Bank (Art. 3 Abs. 1 BankG). Das wird durch die internationalen Entwicklungen nicht in Frage gestellt. Hingegen zeigt sich in den neuen Corporate Governance-Dokumenten durchweg eine neue inhaltliche Stossrichtung:[122] Als zentrales Element der Führungsfunktion figuriert die Fähigkeit und der Wille des Verwaltungsrats, die Strategien und Entscheide des Managements kritisch zu hinterfragen.[123]

Ein wesentlicher Treiber hinter dieser Forderung ist die Erkenntnis, dass ein übermächtiger CEO (oder allenfalls ein übermächtiger VR-Präsident) die Krisenanfälligkeit der Bank erheblich erhöht, und man deshalb Abhängigkeiten innerhalb der Führungsebene möglichst reduzieren sollte. Nicht einfach ist es hingegen, diese Erkenntnis regulatorisch umzusetzen. Der Basler Ausschuss liefert einige Anhaltspunkte (Grösse, Sitzungsfrequenz, Aus-

---

120 Der Satz stammt von meiner Mitarbeiterin REGULA KURZBEIN, die zusammen mit mir den Beitrag «Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken» (GesKR 2010, 462 ff.) verfasst hat und die auch bei den Recherchen zum vorliegenden Beitrag beteiligt war.

121 So das Votum von HANSUELI GEIGER, Leiter der Abteilung Bewilligungen, FINMA, anlässlich seines Referats an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2011.

122 Die Fassung der Basler Leitlinien aus dem Jahr 2006 thematisierte diesen Punkt noch nicht. Vgl. demgegenüber den Quellennachweis in der nachfolgenden Fussnote.

123 Vgl. BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 42; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 48. Zum Fehlen dieser Qualität als einer der Krisenursachen vgl. z.B. EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 7.

schusswesen)[124], die Vorgaben bleiben allerdings vage. Die EU-Kommission erwägt ein strengeres Verantwortlichkeitsregime, nach dem Motto «Wer Angst hat, stellt die besseren Fragen.» Dieser Weg ist für die Schweiz kaum gangbar, im Übrigen fehlen auch der EU-Kommission die diesbezüglichen Kompetenzen. Insgesamt bleibt die Vorgabe der «Kritik-Kultur» ein Stück symbolische Gesetzgebung.

2. Evaluation

Die heutige Praxis der jährlichen Selbstevaluation des Verwaltungsrats[125] soll durch regelmässige externe Bewertungsverfahren ergänzt werden.[126] Die EU-Kommission befürwortet zudem eine stärkere Formalisierung des Verfahrens in dem Sinne, als die Rolle der externen Bewerter genau definiert und die Bewertungsergebnisse den Aufsichtsbehörden und/oder den Aktionären mitgeteilt werden müssten.[127] Noch weiter geht sie mit dem Vorschlag, die Aufsichtsbehörden seien zu verpflichten, die korrekte und effektive Funktionsweise des Verwaltungsrats und der Risikomanagement-Funktion selbst zu überprüfen.[128]

Die externe Evaluation hat bereits Niederschlag im UK Code of Corporate Governance gefunden.[129] Auch ist ein Prozess und eine wissenschaftliche Diskussion darüber im Gange, wie eine solche Evaluation durchgeführt werden sollte.[130] Dabei gilt es insbesondere zu vermeiden, dass man in ein «box-ticking» abgleitet. Schwierig ist auch, Wege zu finden, um die zentralen qualitativen Elemente – nämlich die Zusammenarbeit im Gesamtgremium und die gegenseitige Ergänzung – der Aufsichtsbehörde und dem Publikum sinnvoll mitzuteilen. Das zähe Ringen um das Wording der Eva-

---

124 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 42.

125 Heute vorgeschrieben in FINMA-RS 08/24, Rz. 17. Zur Anschauung etwa das Organisationsreglement der UBS, Rz. 9.1.

126 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 43; EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 13 f., sowie Working Document, 12 f., u.a. mit dem Vorschlag eines Evaluationsturnus von drei Jahren. CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 68. Vgl. zudem OECD, Conclusions, Rz. 52 f. Ausführlich WALKER, Review, Rz. 4.32 ff.

127 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 13. Zu den inhaltlichen Vorgaben vgl. EU-KOMMISSION, Working Document, 13. Für die Offenlegung gegenüber den Aktionären vgl. zudem OECD, Conclusions, Rz. 53.

128 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 17.

129 HOPT, Corporate Governance 2011, 19 f.

130 V. WERDER/GRUNDEL, Evaluation der Corporate Governance, 635 ff.

luationsberichte ist absehbar. Absehbar ist auch, dass die Schweiz mit ihrer Tradition der dualistischen Aufsicht der FINMA keine direkten Evaluationsaufgaben übertragen wird. Denkbar ist aber, dass man eine solche externe Evaluation für die grösseren Institute im Rahmen einer Schwerpunktprüfung[131] vorsieht. Bezüglich der Publikation wäre in Erwägung zu ziehen, dass die Prüfergebnisse in zusammengefasster Form im Jahresbericht des Finanzinstituts publiziert würden.

3. Assessment

Dass die Mitglieder eines Bank-Verwaltungsrats für ihre Aufgabe qualifiziert sein müssen, versteht sich von selbst. Fraglich ist, wie die Aufsichtsbehörde die Qualifikation überprüfen soll. Das Guidebook der Europäischen Bankenaufsicht verlangt «verlässliche Prozesse».[132] Bedarf es dazu, wie die EU-Kommission in Anlehnung an die Praxis des britischen FSA vorschlägt, ein Assessment in Gestalt von Interviews mit den Kandidatinnen und Kandidaten?[133] Das Assessment-Verfahren scheint Wirkung zu zeigen: Im Jahr 2009 wurden bei der FSA rund 10% der Kandidaturen nach dem Assessment wieder zurückgezogen.[134]

Allerdings gibt es gegen diese Art der «Qualitätssicherung» auch Einwände: Erstens muss der Verwaltungsrat *als Gremium* für seine Aufgabe qualifiziert sein. Wenn das Assessment mehr als eine oberflächliche Plausibilitätsprüfung sein soll, so kann die Frage der Qualifikation eigentlich nur einschlägig beantwortet werden, wenn man das gesamte Gremium einem Assessment unterzieht.[135] Zweitens setzt das Assessment voraus, dass die Behörde über genügend qualifiziertes Personal verfügt, um das Assessment

---

131 Siehe hierzu EBK-RS 05/1, Prüfung von Banken und Effektenhändlern, Rz. 15, 50 f.

132 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 64 («sound process»).

133 EU-KOMMISSION, Working Document, 31.

134 FSA, Pressemitteilung: von 172 Kandidaturen wurden 18 zurückgezogen.

135 Zu Ende gedacht: Der Gesamtverwaltungsrat müsste sich zur FINMA begeben und dort in einer fiktiven Sitzung Testfragen diskutieren, die in ihrer Komplexität dem Geschäftsumfeld der entsprechenden Bank angepasst wären. Die Diskussionsergebnisse wären dann von der FINMA auf ihre Qualität hin zu bewerten. Das ist kein realistisches Szenario. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Kritik der AFME (ASSOCIATION FOR FINANCIAL MARKETS IN EUROPE) in ihrer Stellungnahme zum Guidebook, 10: [Concerning the sound process to ensure sufficient qualifications of the management body]: «[This] should be a collective test, as an individual test will inhibit the appointment of people with diverse backgrounds.»

sachgerecht durchzuführen. Für die Schweiz würde dies bedeuten, dass die FINMA über genügend personelle Ressourcen verfügt, um die insgesamt 1132 Bank-Verwaltungsräte[136] in einem Interview einer persönlichen Evaluation zu unterziehen. Insgesamt dürfte es in der Schweiz kaum zur Einführung eines Assessment-Verfahrens nach englischem Modell kommen.[137]

Realistisch wäre demgegenüber eine *Kombination von Kompetenz-Sparring und Self-Due-Diligence.* Unter «Kompetenz-Sparring» wird ein Konzept verstanden, wonach das einzelne Mitglied des Verwaltungsrats fähig sein muss, einen Geschäftsbereich oder eine Funktion auf Augenhöhe mit dem zuständigen Geschäftsleitungsmitglied zu diskutieren.[138] Das Mitglied muss also in einem definierten Kompetenzbereich als Sparring-Partner des Geschäftsleitungsmitglieds operieren können. Zentrale Geschäftsbereiche, die mindestens durch das Kompetenz-Sparring abgedeckt werden müssen, sind das Risikomanagement und die Compliance. Im Übrigen würde der Verwaltungsrat selbst festlegen, welche Bereiche der Bank auf der Stufe des Verwaltungsrats eines Sparring-Partners bedürfen, und welche anderen Anforderungsprofile im Gesamtverwaltungsrat vertreten sein müssen. Diese Selbstorganisation wird mit dem Konzept der Self-Due-Diligence aufgefangen: Es ist die selbstreflektierte Einführung eines Standards und seine Überprüfung durch den Standardsetter selbst. Die Aufgabe der FINMA wäre es, das selbstdefinierte Anforderungsprofil auf seine Plausibilität zu überprüfen und seine Einhaltung regelmässig zu kontrollieren, wobei sie beide Aufgaben auch an die bankengesetzliche Prüfstelle delegieren kann. Für die Banken würde ein solcher Regulierungsrahmen genügend Flexibilität für massgeschneiderte Lösungen bieten, für die FINMA wären damit verhältnismässige und überprüfbare Standards geschaffen.

Im Vergleich zur aktuellen FINMA-Praxis würden mit einer solchen Lösung zudem stringentere Überprüfungsmechanismen Einzug halten. Aktuell ist es üblich, dass der Verwaltungsratspräsident und der CEO jeweils bei Amtsaufnahme vorsprechen, teilweise werden sie durch weitere Personen in Schlüsselfunktionen begleitet. Im Anschluss daran treffen die FINMA-Ver-

---

136 Zählung des Instituts für Bankrecht anhand der Internetseiten der bewilligten Banken und der dort aufgeführten Verwaltungsräte. Stand: 1. November 2010.

137 So das Votum von DANIEL ZUBERBÜHLER, Anforderungen an den Verwaltungsrat (Paneldiskussion), 87 (in diesem Band).

138 Die Autorin verdankt die Idee des Kompetenz-Sparrings dem Votum von PETER FORSTMOSER, Anforderungen an den Verwaltungsrat (Paneldiskussion), 89 (in diesem Band).

treter die Schlüsselpersonen im Regelfall alle zwei oder drei Jahre. Die übrigen Mitglieder der Führungsebene werden dagegen im Wesentlichen aufgrund der eingereichten Lebensläufe und Zeugnisse sowie einer Bestätigung der Prüfstelle über deren Eignung überprüft. Vertiefte Nachforschungen werden erst bei Vorliegen von Anhaltspunkten über Gewährsprobleme angestellt. Mit Blick auf das strengere Anforderungsprofil, dem Verwaltungsräte im Nachgang zur Krise genügen müssen, erscheint das aktuelle Überprüfungsverfahren etwas rudimentär.

4. Begrenzung der Mehrfachmandate

Nach Auffassung der EU-Gremien und des Basler Ausschusses verschärfen Mehrfachmandate von Verwaltungsräten das Problem der knappen zeitlichen Ressourcen und sie bergen zudem das Risiko von Interessenkonflikten.[139] Liegt die Gefahr in der Ablenkung und der Befangenheit,[140] so besteht der positive Aspekt im Erfahrungsschatz und der Vernetzung. Empirische Untersuchungen in der Schweiz kommen zum Ergebnis, dass bei kotierten Gesellschaften eine Sitzkumulation positiv und bei unkotierten Gesellschaften negativ mit dem Unternehmenswert korreliert.[141] Die regulatorische Linie, die aktuell verfolgt wird, lautet: Erfahrung und Vernetzung: Ja, aber in Grenzen. Entsprechend zieht die EU-Kommission in ihrem Grünbuch die Einführung einer Obergrenze für Verwaltungsratsmandate in Betracht.[142] Die Vernehmlassungen sprechen sich demgegenüber für eine Obergrenze unter dem «comply or explain-Approach» aus.[143] Der Basler Ausschuss und die Europäische Bankenaufsicht legen sich nicht auf eine Obergrenze fest, sie

---

139 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 13 f. (zeitliche Ressourcen); EU-KOMMISSION, Working Document, 6 f. i.V.m. 37 (zeitliche Ressourcen und Interessenkonflikte). Vgl. auch BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 39, 55 f. (zeitliche Ressourcen und Interessenkonflikte).

140 Zum Aspekt der Befangenheit gibt es auch Gegenmeinungen: Nach Auffassung von VON DER CRONE erhöhen Mehrfachmandate die finanzielle und somit die inhaltliche Unabhängigkeit des Verwaltungsratsmitglieds gegenüber einem einzelnen Mandat, siehe VON DER CRONE, Arbeitsteilung, 87 f.

141 LODERER/PEYER, Board Overlap, 18 ff., insb. 26 f. (Schlussfolgerungen).

142 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 13 f., sowie Working Document, 7 Fn. 19. Zur Diskussion steht namentlich die im Deutschen Corporate Governance Kodex (Rz. 5.4.5) vorgesehene Maximalzahl von drei Mandaten.

143 EU-KOMMISSION, Feedback Statement, 7.

empfehlen aber für Zusatzmandate eines bestehenden Verwaltungsratsmitglieds ein Überprüfungs- oder Genehmigungsverfahren.[144]

In der Schweiz sind seit den 1980er Jahren die Mehrfachmandate in der Unternehmensführung insbesondere bei den börsenkotierten Gesellschaften zurückgegangen, nach wie vor sind sie aber anzutreffen, ausserhalb der Börsenkotierung sogar regelmässig.[145] Bislang wird nur deren Offenlegung verlangt, nicht aber ein aufsichtsrechtlicher Rahmen für deren Beschränkung gesetzt.[146] Das wird sich angesichts der internationalen Entwicklungen möglicherweise ändern. Mit Blick auf einen angemessenen Regulierungsrahmen bietet sich wiederum das Konzept der Self-Due-Diligence an, indem der Verwaltungsrat den voraussichtlichen Zeitaufwand, die Verfügbarkeit und die zentralen Interessenkonflikte selbst definiert und zudem einen internen Genehmigungsprozess für Zusatzmandate von Verwaltungsratsmitgliedern einführt. Die Überprüfung der eigenen Richtlinien sowie deren Einhaltung könnten – wie schon beim Assessment – an die bankengesetzliche Prüfstelle delegiert werden.

5. Zeitliche Verfügbarkeit und Sitzungspräsenz

Neben der Fachkompetenz und der Unabhängigkeit gehört auch die zeitliche Verfügbarkeit zu den Voraussetzungen für die Ausübung eines Verwaltungsratsmandats. Sie steht in engem, aber nicht ausschliesslichem Zusammenhang mit der Problematik der Mehrfachmandate. Das Erfordernis der zeitlichen Verfügbarkeit soll nach Auffassung der Europäischen Bankenaufsicht konsequenter verfolgt werden. Sie schlägt deshalb die schriftliche Festlegung des zeitlichen Minimaleinsatzes für jedes Verwaltungsratsmitglied vor. Als weiterer Kontrollmechanismus sollen die Präsenzlisten der Sitzungen der Aufsichtsbehörde und dem Publikum offengelegt werden.[147]

Die vorgängige Festlegung des erwarteten Zeitaufwandes unterstützt die Selbstreflexion im Gremium und ist ein weiterer geeigneter Anwendungsbereich für die Self-Due-Diligence. Aus der Praktikersicht wird zu Recht her-

---

144 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 56; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 57, 60.

145 Zum Datenmaterial vgl. VOLONTÉ, Verwaltungsrat, 45 f. Untersucht wurden schweizerische Unternehmen, die von 1988 bis 2007 im Swiss Market Index (SMI) vertreten waren. Durchschnittlich waren es 22 Unternehmen.

146 Vgl. SIX, Corporate Governance-Richtlinie, Anhang Punkt 3.2.

147 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 58.

vorgehoben, dass neben der zeitlichen Verfügbarkeit vor allem auch die flexible zeitliche Verfügbarkeit ein zentraler Aspekt für einen gut funktionierenden Verwaltungsrat sei.[148] Dieser Punkt ist bislang in der regulatorischen Debatte nicht aufgegriffen worden. Was sodann die Offenlegung der Sitzungspräsenz angeht, so entspricht dies bereits heute der Praxis von einigen Banken,[149] und getreu dem Sprichwort «sunlight is the best of disinfectants»[150] ist dies eine geeignete flankierende Massnahme, um das Engagement der einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern zusätzlich zu fördern. Von der Praxis her wird allerdings hervorgehoben, dass heutzutage die Sitzungspräsenz kein Problem mehr darstellt, und dass das eigentlich Wichtige die Sitzungsvorbereitung sei.[151] Auch hier bleibt anzumerken, dass dieses Element kaum regulatorisch eingefangen werden kann.

6. Ernennungs- und Nachfolgeverfahren

Eine weitere Formalisierung findet sich auch in der Forderung, die Ernennungspolitik solle vom Verwaltungsrat schriftlich festgehalten sein.[152] Man verspricht sich davon eine interne Qualitätskontrolle, was wiederum dem Konzept der Self-Due-Diligence entspricht. Die formalisierte Ernennungs- und Nachfolgepolitik wurde bereits bei den Ausführungen zum behördlichen Assessment aufgegriffen: Der Verwaltungsrat soll – vorbehältlich der Plausibilitätsprüfung durch die Aufsichtsbehörde – selbst definieren, welche Kompetenzen im Verwaltungsrat vorhanden sein müssen.

7. Interessenkonflikte

Der aufsichtsrechtliche Approach bezüglich der Interessenkonflikte auf der Führungsstufe der Bank zeigt beispielhaft die neue Tendenz zur verstärkten Formalisierung und inhaltlichen Weichenstellung. Sowohl der Basler Aus-

---

148 Vgl. das Votum von PETER FORSTMOSER, Anforderungen an den Verwaltungsrat (Paneldiskussion), 83 f. (in diesem Band).

149 Beispielhaft: BANK SARASIN, Geschäftsbericht 2010, 77 ff.

150 So das berühmte Diktum des US-Supreme Court-Richters LOUIS D. BRANDEIS, Other people's money: and how the bankers use it, New York 1913, chapter V, 92, zitiert in NOBEL, Corporate Governance, 831.

151 Siehe dazu das Votum von ROLAND VON BÜREN, Anforderungen an den Verwaltungsrat (Paneldiskussion), 83 (in diesem Band).

152 CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 54.

schuss als auch die Europäische Bankenaufsicht verlangen die schriftliche Festlegung der Bankpolitik hinsichtlich des Umgangs mit Interessenkonflikten und schreiben gleichzeitig deren Mindestinhalt vor.[153] Dazu gehören unter anderem die Pflicht des Verwaltungsrats, Interessenkonflikte «in fact» und «in appearance» zu vermeiden, der Genehmigungsprozess für neue Mandate bestehender Verwaltungsräte, die Informationspflicht des Verwaltungsratsmitglieds im Falle eines Interessenkonflikts, die Ausstandspflichten, die Prozesse für Transaktionen mit verbundenen Parteien und schliesslich die Regelung der Frage, wie der Verwaltungsrat mit Verstössen gegen das Reglement umgehen will. In der EU ist dies bereits geltendes Richtlinienrecht,[154] die EU-Kommission schlägt darüber hinaus die inhaltliche Regelung einzelner Policy-Vorgaben auf Gesetzesstufe und zudem die genaue Festlegung der Überwachungsaufgabe seitens der Aufsichtsbehörden vor.[155]

Deutlich weniger weit geht das FINMA-RS 08/24. Zwar muss der Verwaltungsrat dafür sorgen, dass der Umgang mit Interessenkonflikten geregelt wird.[156] Zudem sollte mindestens ein Drittel der Verwaltungsräte die im Rundschreiben definierten Unabhängigkeitskriterien erfüllen,[157] und ganz allgemein müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats ihre persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so ordnen, dass Interessenkonflikte mit der Bank möglichst vermieden werden.[158] Das Rundschreiben enthält aber weder detaillierte inhaltliche Lösungsvorgaben, noch verlangt es von den Banken explizit die Erarbeitung eines eigenen Reglements zu den Interessenkonflikten. Das führt zu einer vergleichsweise rudimentären Regelung auf der Stufe der Bank; selbst die Banken mit einem Corporate Governance Code beschränken sich auf die generalklauselartig abgefasste Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten sowie der Statuierung von Informations- und Ausstandspflichten. Nicht – jedenfalls nicht formell – vorgesehen ist ein

153 BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 56; CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 60 und Grundsatz 12.

154 Art. 13 Abs. 3 und Art. 18 Abs. 1 der RL 2004/39/EG (MiFID) und Art. 22 der RL 2006/73/EG (MiFID-DRL). Geregelt werden (etwas unerwartet) auch die unternehmensinternen Interessenkonflikte.

155 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 21. Die bisherige Regelung ist generalklauselartig gehalten (MiFID) oder gibt lediglich die Themenbereiche vor, welche die unterstellten Finanzintermediäre regeln müssen (MiFID-DRL).

156 FINMA-RS 08/24, Rz. 14.

157 FINMA-RS 08/24, Rz. 19 (Unterschreitungen sind im Jahresbericht zu begründen). Für die Unabhängigkeitskriterien siehe Rz. 21-27.

158 FINMA-RS 08/24, Rz. 18.

Review-Prozess der anderen Mitglieder mit Blick auf deren andere berufliche Verpflichtungen (einschliesslich Mehrfachmandaten). Gerade ein solches Verfahren würde aber zur angestrebten «konstruktiven Kritik-Kultur» des Verwaltungsrats als Gremium beitragen. Auch fehlt es durchweg an einer Regelung des Compliance-Prozesses für die Umsetzung des Reglements und der entsprechenden Sanktionsordnung im Falle von Verstössen. Auch dies ist zentral, weil es den Druck von den übrigen Gremiumsmitgliedern nimmt, einen solchen Verstoss mehr als nur informell und indirekt zu thematisieren.

8. Gender Diversity

Die EU-Kommission hat in ihrem Grünbuch zur Corporate Governance von Finanzinstituten auch das Thema der Diversity aufgegriffen und vorgeschlagen, dass man weitere Überlegungen zur Stärkung der Vielfalt bei der Zusammensetzung der Verwaltungsräte anstellen solle.[159] In ihrem neuen Grünbuch zum (allgemeinen) Europäischen Corporate Governance-Rahmen hat sie diese Strategie weiter ausdifferenziert und widmet nun der Gender Diversity einen eigenen und sehr ausführlichen Punkt. Sie hält zudem fest, dass sie in den nächsten fünf Jahren gezielte Massnahmen zur Verbesserung der Geschlechterrepräsentanz in Entscheidungsgremien ergreifen wird.[160]

Von der FINMA sind diesbezüglich keine Impulse zu erwarten;[161] es fehlt die entsprechende gesetzliche Grundlage. Nicht, dass im Bankenbereich kein Handlungsbedarf bestünde: Aktuell sind von 1132 Bank-Verwaltungsräten[162] deren 86 Frauen. Das ist ein sehr bescheidenes Resultat.

Stellt man die Diversity-Frage in den breiteren Kontext, so ist die Diskussion über die Geschlechterrepräsentanz in der Chefetage von börsenkotierten Unternehmen angesichts der Entwicklungen im Europäischen Ausland

---

159 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 11.

160 EU-KOMMISSION, Grünbuch CG-Rahmen, 6 ff.

161 Siehe auch das Votum von DANIEL ZUBERBÜHLER, Anforderungen an den Verwaltungsrat (Paneldiskussion), 81 f. (in diesem Band).

162 Eigene Zählung aufgrund der bei der FINMA registrierten Banken, die auf dem Internet Angaben zu ihrem Verwaltungsrat enthielten. Diese Zahl erhebt also keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Stand: 1. November 2010.

in der Schweiz unumgänglich,[163] zumal sich unser Land im internationalen Vergleich im unteren Bereich der Skala positioniert.[164] Das Spektrum an möglichen Regulierungsansätzen ist breit: Länder wie Norwegen, Spanien, Island und Frankreich haben Quoten eingeführt, in Holland, Italien, Belgien und Kanada (Quebec)[165] bestehen entsprechende Gesetzesentwürfe, in Dänemark und Finnland gelten Quoten für die Staatsbetriebe.[166] In England setzt man vorerst noch auf ein Meldesystem bezüglich der Diversity-Ziele, behält sich aber weitergehende Massnahmen vor. In zahlreichen Ländern wurde das Ziel einer ausgeglichenen Geschlechterrepräsentanz in die Corporate Codices aufgenommen,[167] bislang verfolgen aber lediglich Finnland, England und Australien einen «comply or explain-Approach».[168] Dänemark und die Niederlanden haben zudem einen Kodex aufgestellt, dem die Unternehmen freiwillig beitreten können.[169] In Deutschland haben die Unternehmen noch bis Ende 2011 Zeit, um die Frauenquote zu verbessern, ansonsten droht ihnen eine gesetzliche Regelung.[170] In den USA verlangt die SEC eine Berichterstattung über die Diversity-Politik des Unternehmens.[171] Diese Strategie verfolgt auch Österreich.[172]

Die Vorteile einer ausgeglicheneren Geschlechterrepräsentanz auf der Führungsstufe eines Unternehmens können stichwortartig wie folgt zusam-

---

163 Aktiver Treiber in diesem Bereich ist etwa die Stiftung Ethos, vgl. NZZ vom 13. Februar 2011, 31 (Frauen erhalten Unterstützung von Ethos auf dem Weg nach oben). Siehe weiter ETHOS QUARTERLY, 2011/1, 2.

164 Vgl. BRANSON, Women on Boards, 1 f. Für eine aktuelle EU-Statistik vgl. EU-KOMMISSION, Working Paper Gender Balance, 4 ff.

165 Zu Quebec siehe BRANSON, Women on Boards, 6 ff.

166 Für den aktuellsten Überblick in der EU siehe EU-KOMMISSION, Working Paper Gender Balance, 9 ff. Für weitere Länder siehe BRANSON, Women on Boards, 6 ff. Für England siehe DAVIES, Women on Boards, 4 f. Der Entwurf für die Revision des englischen Corporate Governance Code befindet sich bis zum 29. Juli 2011 noch in der Vernehmlassung, vgl. dazu FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, Briefing, 2.

167 Finnland, Schweden, Spanien, Niederlande, Belgien, Österreich, Luxemburg, Deutschland, Frankreich, Dänemark, Vereinigtes Königreich, Polen. Vgl. EU-KOMMISSION, Working Paper Gender Balance, 10. Zur Regelung im Deutschen Corporate Governance-Kodex (2010) vgl. HOPT, Corporate Governance 2011, 8 f.

168 Für Finnland vgl. EU-KOMMISSION, Working Paper Gender Balance, 42. Für Australien und England vgl. BRANSON, Women on Boards, 9 f.

169 EU-KOMMISSION, Working Paper Gender Balance, 10.

170 DAVIES, Women on Boards, 23. Ähnlich HOPT, Corporate Governance 2011, 9.

171 DAVIES, Women on Boards, 23.

172 DAVIES, Women on Boards, 23.

mengefasst werden:[173] (1) Es besteht eine breitere personelle Auswahlbasis, (2) die Informationsbasis wird aufgrund der unterschiedlichen Lebensrealitäten breiter und ausdifferenzierter, (3) die Diskussionskultur passt sich der Vielfalt an und wird konstruktiver, zudem resultiert ein breiteres Feld an Lösungsansätzen, (4) die Diversity setzt gegen aussen (und gegen innen)[174] ein positives Signal.[175] Andere Studien bescheinigen Frauen eine häufigere Anwendung von anerkannten Führungsprinzipien;[176] dies führe zu einer besseren Organisationsstruktur, was wiederum die Unternehmensleistung positiv beeinflusse.[177] Die internationalen Bestrebungen nach einer ausgeglichenen Geschlechterrepräsentanz auf der Führungsebene sind also in starkem Masse ökonomisch motiviert.[178] Es gibt mit anderen Worten einen

---

173 Vgl. die Nachweise bei BROOME ET AL., Board Diversity, 766 Fn. 17 (US-amerikanischer Fokus).

174 Hinzugefügt von der Autorin.

175 Vgl. BROOME ET AL., Board Diversity, 764, m.w.N.

176 Vgl. MCKINSEY, Women Matter (2008), 4 ff. MCKINSEY stützt sich auf eigene Erhebungen sowie auf die Metastudie von EAGLY/JOHANNENSEN-SCHMIDT/VAN ENGEN mit rund 9'000 Befragungen aus der 360-Grad Perspektive (Selbstevaluation und Drittevaluation). Das Ergebnis in Kürze: Frauen wenden fünf Führungsprinzipien häufiger an als Männer: (1) People development (der Zeitaufwand für Personalführung und Mentoring), (2) Expectations and rewards (die Fähigkeit zur klaren Festlegung von Erwartungen und Verantwortlichkeiten), (3) Role Model (das Bewusstsein der eigenen Vorbildfunktion), (4) Inspiration (die Zukunftsvisionen und ihre Vermittlung), (5) Participative decision-making. Männer wenden dagegen zwei der 9 Führungsprinzipien häufiger an als Frauen: (1) Control and corrective action (die Fähigkeit und Bereitschaft zur Überwachung und zur Sanktionierung), (2) Individualistic decision-making. Bei zwei weiteren Führungsprinzipien konnten keine signifikanten geschlechtsspezifischen Unterschiede festgestellt werden. Es handelt sich um die folgenden: (1) Intellectual stimulation (die Hinterfragung von Annahmen und die Ermutigung zur Kreativität), (2) Efficient communication.

177 Vgl. MCKINSEY, Women Matter (2008), 4 ff.

178 Die Resultate der empirischen Studien sind nur insoweit einheitlich, als keine negative Korrelation zwischen dem Frauenanteil und der Unternehmensperformance festgestellt wurde. Hingegen kommen gewisse Studien zum Ergebnis, die Auswirkung des Frauenanteils sei neutral, während andere eine positive Korrelation feststellen. Vgl. etwa MARINOVA ET AL., Gender Diversity, 16 ff. (keine Auswirkung); JOY ET AL., Corporate Performance, passim (positive Korrelation). Auch gesamthaft kommen die empirischen Studien, die den Zusammenhang zwischen der Unternehmensperformance und der Zusammensetzung des obersten Führungsgremiums untersuchen, nicht zu einem einheitlichen Ergebnis, vgl. die Übersicht bei BHAGAT/BLACK, Uncertain Relationship, passim, mit dem Ergebnis auf 38: «There ist not much evidence that board composition relates in a systemic fashion to a firm's prior performance or growth opportunities.»

«Business Case» für die Diversität: «Inclusive and diverse boards are more likely to be effective boards, better able to understand their customers and stakeholders and to benefit from fresh perspectives, new ideas, vigorous challenge and broad experience. This in turn leads to better decision making.»[179] Ähnlich klingt es aus Deutschland: «In der Sache spricht viel dafür, dass die Unternehmen selbst proaktiv werden, nicht nur um pauschale gesetzgeberische Vorgaben zu vermeiden, sondern auch in der Sache, weil Frauen über besondere Führungsqualität und Problemlösungskompetenz verfügen und in einer alternden Gesellschaft unter globalem Wettbewerbsdruck Frauen in Führungspositionen schlechthin unentbehrlich sind.»[180]

9. Ausschusswesen

Die Europäische Bankenaufsicht empfiehlt – auch hier im Gleichschritt mit der EU-Kommission und dem Basler Ausschuss für die Bankenaufsicht – den grösseren Bankinstituten die Einrichtung von Verwaltungsratsausschüssen. Dies ist nicht neu, allerdings stand bisher vor allem das Audit-Committee, also der Prüfungsausschuss, im Vordergrund. Seine Aufgaben wurden in den Corporate Governance-Papieren ausdrücklich erwähnt, ähnlich wie es auch das aktuelle FINMA-Rundschreiben tut, das den Prüfungsausschuss für die grösseren Banken vorschreibt.[181] Auch die Einrichtung eines Vergütungsausschusses war für börsenkotierte Gesellschaften bereits vor der Krise ein EU-Standard.[182] Heute wird er für die grösseren Finanzinstitute durch die revidierte Eigenkapitalrichtlinie vorgeschrieben.[183] In der Schweiz ist der Vergütungsausschuss nunmehr im einschlägigen FINMA-Rundschreiben geregelt.[184]

Der verstärkte Risikofokus der neuen Corporate Governance-Dokumente hinterlässt aber auch Spuren beim Ausschusswesen, indem neu auch das Risk-Committee explizit Erwähnung findet.[185] Die FINMA schreibt bislang die Bildung eines Risikoausschusses nicht vor und es gibt nach wie vor

---

179 DAVIES, Women on Boards, 7. Vgl. auch EU-KOMMISSION, Working Paper Gender Balance, 7.

180 HOPT, Corporate Governance 2011, 9.

181 FINMA-RS 2008/24, Rz. 32 ff.

182 EU-KOMMISSION, Empfehlung 2005/162/EG, Punkt 3.

183 RL 2010/76/EU (CRD III), Anhang V Punkt 24.

184 FINMA-RS 10/1, Rz. 21.

185 Vgl. CEBS/EBA, Guidebook, Rz. 78. Ähnlich auch BASEL COMMITTEE, CG 2010, Rz. 52.

zahlreiche Banken, die auf einen solchen verzichten. Tatsächlich ist der Nutzen von Risiko-Ausschüssen keineswegs unumstritten. So wird geltend gemacht, die Risikobeurteilung gehöre zum Kerngeschäft der Bank und sei daher vom Gesamtverwaltungsrat zu behandeln.[186] Trotzdem ist zu erwarten, dass im Zuge einer Neuordnung der schweizerischen Corporate Governance-Regulierung der Risiko-Ausschuss für Banken einer bestimmten Grösse vorgeschrieben wird.

10. Sanktionen

Nicht von der Europäischen Bankenaufsicht, wohl aber von der EU-Kommission, stammt der Vorschlag, es sei zu prüfen, ob die Erweiterung der zivil- oder strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu einer verbesserten Corporate Governance – und damit letztlich zur Krisenprävention – beitragen könne. Allerdings liegt dabei der Fokus eher auf der Geschäftsleitung als auf dem Verwaltungsrat.[187]

Der Blick ist aber nicht nur auf die Krisenprävention, sondern auch auf die Krisenverarbeitung zu richten. Angesichts der hohen Wellen, die jede Krise und jeder Skandal in der Öffentlichkeit auch deshalb hervorruft, weil die Kosten des Versagens regelmässig sozialisiert werden, ist zu fragen, ob es nichts Besseres als die langwierigen Gerichtsprozesse und parlamentarischen Untersuchungen gibt, um solche Vorfälle zu verarbeiten. Die Öffentlichkeit will im Grunde genommen etwas anderes: Sie will, dass die Mitglieder der betroffenen Führungsgremien sich erklären müssen. Insofern ist zu erwägen, ob man nicht – ähnlich dem US-amerikanischen Modell – im Falle von grösseren Krisenfällen die Verantwortlichen zu einer öffentlichen Anhörung zitieren sollte. Das ist zwar etwas ganz und gar Unschweizerisches: Wir kennen das Institut des öffentlichen Purgatoriums nicht, bei uns werden die Leute nicht vorgeführt. Man muss sich aber fragen, ob mit solchen Anhörungsverfahren der Öffentlichkeit und den Betroffenen schneller und letztlich auch besser gedient wäre als mit den heutigen Verarbeitungs-

---

[186] WOHLMANNSTETTER, Corporate Governance von Banken, 63: «Die Übernahme von Risiken ist das Kerngeschäft der Bank: wenn nicht hiermit, womit sonst sollte sich das Plenum beschäftigen? [...] Die Bildung eines Risiko-Ausschusses lässt sich nur mit der Überbesetzung des Gesamtgremiums bei gleichzeitiger inhaltlicher Unterbesetzung rechtfertigen.» Auch NESTOR ADVISORS, Bank Boards, 38, weisen darauf hin, dass der Nutzen eigenständiger Risikomanagement-Ausschüsse umstritten ist.

[187] EU-KOMMISSION, Grünbuch CG Banken, 19.

mechanismen, die Jahre später in einem Urteil oder einem Bericht münden, für deren Inhalte sich nur noch ein kleiner Kreis von Personen interessiert.

VI. Schluss

«If there is one major lesson to draw from the financial crisis, it is that corporate governance matters.»[188] Als Folge dieser Erkenntnis wurden etliche Regulierungsvorhaben umgesetzt und es werden nach wie vor zahlreiche Regulierungsvorschläge diskutiert. Nicht alle sind grundlegend neu; international gesehen finden sich viele davon bereits in einem Gesetz oder zumindest in einem Corporate Governance-Kodex. Dennoch kann man die neue Corporate Governance-Welle nicht einfach als alten Wein in neuen Schläuchen abtun. Denn erstens zeichnet sich in Wissenschaft und Praxis die Entwicklung einer prudentiellen Corporate Governance ab, die den spezifischen Rahmenbedingungen von Banken Rechnung trägt. Zweitens handelt es sich nicht um verstreute Einzelaspekte, sondern um Gesamtpakete, die von wichtigen Gremien wie dem Basler Ausschuss für die Bankenaufsicht verabschiedet wurden. Namentlich für die Schweiz in ihrer Rolle als bedeutsamer Finanzplatz resultiert aus dieser «gesammelten Weisheit» ein Anpassungsbedarf – da mag es tröstlich sein, dass die Anstösse nicht einzig aus Brüssel, sondern auch aus Basel kommen.

[188] ISAKSSON/KIRKPATRICK, OECD Observer No. 273, 11.

Governing Remuneration

Gabe Shawn Varges, Bern*

Table of Contents

Bibliography 50
Materials 52

I. Remuneration and Basic Corporate Governance Principles 55

II. Governance of Remuneration by the Board of Directors 59
1. Revamping Governance Authorities and Documents 62
2. Creating or Enhancing a Remuneration Committee 63
3. Improving the Quality of Information 64

III. Governance of Remuneration by Management 66
1. Creating a Management-level Compensation Council 68
2. Fashioning and Implementing an Effective Remuneration Policy 68
3. Giving Focus to Legitimate Stakeholder Expectations on Remuneration 70

IV. Governance of Remuneration at the Control Functions Level 72

V. Conclusion 75

---

* Written in personal capacity. Views expressed are those of the author and do not necessarily reflect those of his employer.
The author retains the right to publish this article elsewhere.

Bibliography

ACCENTURE, Managing Risk for High Performance, Report on the Accenture 2009 Global Risk, Management Study 2009, available at: <www.accenture.com>.

BEBCHUK LUCIAN A./COHEN ALMA/SPAMANN HOLGER, The Wages Failure: Executive Compensation at Bear Stearns and Lehman 2000-2008, ECGI - Finance Working Paper No. 287, June 2010, available at: <ssrn.com/abstract=1513522>.

BRITISH PETROLEUM, Directors' Remuneration Report, in: Annual Report and Form 20-F 2010, pp. 112-121, available at: <www.bp.com/assets/bp_internet/globalbp/globalbp_uk_english/set_branch/STAGING/common_assets/downloads/pdf/IC_DRR10_directors_remuneration_report_2010.pdf>.

CAYWOOD STEVEN, Wasting the Corporate Waste Doctrine: How the Doctrine Can Provide a Viable Solution in Controlling Excessive Executive Compensation, in: 109 Michigan Law Review, pp. 111-136, October 2010.

CHAMBERS ELIZABETH G./FOULON MARK/HANDFIELD-JONES HELEN/HANKIN STEVEN M./MICHAELS EDWARD G., The War for Talent, in: McKinsey Quarterly Nr. 3, August 1998, p. 44-57.

DAI ZHONGLAN/JIN LEE/ZHANG WEINING, Risk and Incentive: An Event Study Approach, December 2010, available at: <ssrn.com/abstract=1763013>.

DE MEZA DAVID/WEBB DAVID C., Principal Agent Problems Under Loss Aversion: An Application to Executive Stock Options, Financial Market Group Discussion Paper No. 478, 2004, available at: <www2.lse.ac.uk/fmg/workingPapers/discussionPapers/2004.aspx>.

ELLU ANDREW/YERRAMILLI VIJAY, Stronger Risk Controls, Lower Risk: Evidence from U.S. Bank Holding Companies, June 2010, available at: <ssrn.com/abstract=1550361>.

FAULKENDER MICHAEL/YANG JUN, Inside the Black Box: The Role and Composition of Compensation Peer Groups, May 2010, available at: <ssrn.com/abstract=972197>.

FLEISCHER HOLGER, Rechtsvergleichendes Gutachten zu Fragen der Managervergütung in börsennotierten Gesellschaften, prepared on commission from economiesuisse, November 2009, available at: <www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/Studie_Holger_Fleischer.pdf>.

FRIED JESSE/SHILON NITZAN, Excess-Pay Clawbacks, March 2011, available at: <ssrn.com/abstract=1798185>.

GORDON JEFFERY, Say on Pay: Cautionary Notes on the UK Experience and the Case for Shareholder Opt-in, Columbia Law and Economics Working Paper No. 336, August 2009, available at: <ssrn.com/abstract=1331482>.

GÖX ROBERT, Der Mythos vom «Abzocker» und die ökonomische Realität, in: Neue Zürcher Zeitung, May 27, 2011, p. 31.

HUTTON WILL, Hutton Review of Fair Pay in the Public Sector: Final Report, March 2011, available at: <www.hm-treasury.gov.uk/d/hutton_fairpay_review.pdf>.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE, Compensation Reform in Wholesale Banking 2010: Progress in Implementing Global Standards, September 2010, available at: <www.iif.com/press/press+156.php>.

LABATON EDWARD/WOHL ETHAN, Selective Say on Pay: the Best Remedy, in: Executive Counsel, November-December 2008, pp. 18-20.

LAUX CHRISTIAN/LAUX VOLKER, Board Committees, CEO Compensation, and Earnings Management, February 2008, available at: <ssrn.com/abstract=887492>.

LENGAUER DANIEL, Volksinitiative ‚gegen die Abzockerei', direkter und indirekter Gegenvorschlag – Versuch einer Gegenüberstellung, in: KPMG, Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2010/2011, pp. 9-27.

MAIN BRIAN/O'REILLY CHARLES/WADE JAMES, The CEO, the Board of Directors, and Executive Compensation: Economic and Psychological Perspectives, in: Industrial and Corporate Change Journal, Vol. 4:2, 1995, pp. 293-332.

MARTIN ROGER, Reward Real Growth, not Expectations, in: Financial Times (online), August 3, 2010, available at: <www.ft.com/cms/s/0/6bcd255a-9e5e-11df-a5a4-00144feab49a,s01=1.html#axzz1PEbIFkyH>.

MERCER, Global Benefits and Governance Survey, August 2010, available at: <www.mercer.com/referencecontent.htm?idContent=1387480>.

MONGIARDINO ALESSANDRA/PLATH CHRIS, Risk Governance at Large Banks, in: Risk Professional, December 2009, pp. 44-49, available at: <www.riskprofessional-digital.com/riskprofessional/200912/?pg=47#pg47>.

MORSE ADAIR/NANDA VIKRAM/SERU AMIT, Are Incentive Contracts Rigged by Powerful CEOs?, November 2008, available at: <ssrn.com/abstract=687504>.

NELSON BOB, 1001 Ways to Reward Employees, New York 2005.

PEYER PATRIK/SCHAUB ROLAND, Umsetzung des FINMA-Rundschreibens Vergütungs-systeme bei Banken, in: SJZ 107 (2011), pp. 149-158.

PROSSER THOMAS, Executive Compensation and the Economic Crisis, Paper presented at Seminar of the Internal Labor Office, Negotiating out of the Crisis, November 25-27, 2009.

ROWLAND CHRISTOPHER, Hospitals Tie CEO Bonuses to Safety, in: The Boston Globe (online), May 5, 2007, available at: <www.boston.com/yourlife/health/diseases/articles/2007/05/05/hospitals_tie_ceo_bonuses_to_safety>.

SOCIETY OF CORPORATE COMPLIANCE AND ETHICS, Compensation, Performance, Compliance and Ethics: a Survey, May 2009, available at: <corporate compliance.org>, Resources, Surveys.

TAPESTRY NETWORK/ERNST & YOUNG, Shaping Bank Governance in a New Era: Enhanced Oversight Versus Radical Reform, June 2009, available at: <www.tapestrynetworks.com/networks/net_bank.html>.

VARGES GABE SHAWN, Incentives and Disciplinary Procedures to Promote and Protect the Compliance Program, in: C. Basri (Editor), Corporate Compliance Practice Guide: the Next Generation of Compliance, LexisNexis 2009, pp.10-1 to 10-23.

– Emerging International Indicators for Compliance Function Expectations, Emerging Issues No. 4906, LexisNexis 2010.

WONG SIMON, Promising Steps on Bank Pay Reforms, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, April 2011, p. 206, available at: <ssrn.com/abstract=1806795>.

zCAPITAL, zRating: Corporate Governance in kotierten Schweizer Small & Mid Cap-Unternehmen 2011, Empirische Studie Dritte überarbeitete Auflage, May 31, 2011, available at: <www.zcapital.ch/fileadmin/zcapital/documents/Corporate_Governance_Studie_2011_MS.pdf>.

Materials

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Pillar 3 Disclosure Requirements for Remuneration, December 2010 (consultative document), available at: <www.bis.org/publ/bcbs191.htm>.

– Principles for Enhancing Corporate Governance, October 2010, available at: <www.bis.org/publ/bcbs176.htm>.
– Range of Methodologies for Risk and Performance Alignment of Remuneration, May 2011, available at: <www.bis.org/publ/bcbs194.htm>.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY, Guidelines on Remuneration Policies and Practices, December 2010, available at: <www.eba.europa.eu/Publications/Standards-Guidelines.aspx>.

EUROPEAN UNION, Report of the High Level Group on Financial Supervision (de Larosière Report), February 25, 2009, available at: <ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm#delarosierereport>.

– European Commission, Green Paper on the EU Corporate Governance Framework, 5.4.2011 COM(2011) 164, available at: <ec.europa.eu/internal_market/consultations/2011/corporate-governance-framework_en.htm>.

FINANCIAL STABILITY BOARD (previously Financial Stability Forum), Principles for Sound Compensation Practices, April 2009, available at: <www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904b.pdf>

– Principles for Sound Compensation Practices: Implementation Standards, September 2009, available at: <www.financialstabilityboard.org/publications/r_090925c.pdf>.

FINMA-Rundschreiben 10/1, October 21, 2009: Vergütungssysteme Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten.

FINANCIAL SERVICES AUTHORITY, Revising the Remuneration Code, Policy Statement 10/20, December 2010, available at: <www.fsa.gov.uk/pubs/policy/ps10_20.pdf>.

GROUP OF 30, Financial Reform: A Framework for Financial Stability, January 15, 2009.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (IAIS), revised Insurance Core Principles, consultation draft, to be published in July 2011.

IAIS/OECD, Issues Paper on Corporate Governance, July 2009, available at: <www.iaisweb.org/__temp/Issues_Paper_on_Corporate_Governance__July_2009.pdf>.

OECD, The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis, February 2009, available at: <www.oecd.org/dataoecd/32/1/42229620.pdf>.

– Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages, June 2009, available at: <www.oecd.org/dataoecd/3/10/43056196.pdf>.
– Corporate Governance and the Financial Crisis: Conclusions and Emerging Good Practices to Enhance Implementation of the Principles, February 2010 available at: <www.oecd.org/dataoecd/53/62/44679170.pdf>.
– Guidelines on Insurer Governance, May 2011, available at: <www.oecd.org/daf/insurance/governance>.

SWISS CODE OF BEST PRACTICE FOR CORPORATE GOVERNANCE (economiesuisse), updated 2007, English copy available at: <www.six-exchange-regulation.com/download/admission/being_public/governance/scbp_en.pdf>.

Few areas are of more fundamental importance to a bank or any other corporation than its human capital. In light of keen, and increasingly cross-border, competition for the best qualified personnel, a company necessarily devotes vast energy devising strategies for attracting and retaining the types of employees it believes it needs most to achieve its business goals and compete successfully in the marketplace.

While there are numerous non-financial ways for coping with the «war for talent»,[1] remuneration remains a key lever. Historically Management[2] (often primarily the CEO) has been relatively free to operate this lever. This has remained largely so even with the rise of Remuneration Committees at the Board of Directors level.

Many Remuneration Committees – having limited time and information and being reticent to interfere in Management's operational judgment – have tended to play more of a secondary and reactive rather than a leading and proactive role on remuneration. In the normal course, Management has proposed and Remuneration Committees have approved, applying in many cases only modest scrutiny to the remuneration approach, the remuneration architecture, or the factors justifying particular types or levels of remunera-

1 The challenge involved in coping with the intense competition for top employees was captured in CHAMBERS ET AL., The War for Talent (1998). On non-financial ways of rewarding employees, see NELSON, 1001 Ways to Reward Employees (2005).

2 The term «Management» is used here to designate senior managers including but not only the company's Management Board members, including the CEO.

tion. The instances of material changes made due to Board of Director intervention or of true challenge to the proposals of Management have tended to be rare. After all, with Management having the day-to-day accountability for the business and being closer to the performance of employees, is it not befitting to leave it to Management to decide how employees – other than the CEO – are incented and rewarded?

In the face of often vociferous public reaction to corporate salaries and bonuses,[3] however, the debate on what constraints[4] should apply to managerial discretion on remuneration remains as lively as ever. The recent financial crisis has added fuel to this debate by raising questions not just on the reasonableness of the *level* of executive remuneration[5] but on the *impact* of bonuses and other incentives on corporate and individual risk taking.[6] If it is true that misaligned financial incentives could cloud Management's perception of what are reasonable and unreasonable risks and of what is in its versus the company's best interest, then a Board of Directors would need to do more than react to annual remuneration proposals made by Management. Instead, the Board would need to engage itself in the remuneration thinking and shaping process earlier and more actively, ensuring not just that the level of pay is appropriate but that the very nature and design of the remuneration instruments do not induce counter-productive outcomes.

---

3 Some of this outcry has given rise in some countries to various popular initiatives. In Switzerland, a proposed referendum on remuneration gauging («Abzockerei») has attracted wide public attention since 2008 and been subject to debates and counter-proposals. Among other things, the referendum would require shareholder approval of board of directors and senior management pay. See LENGAUER, Volksinitiative ‚gegen die Abzockerei', pp. 9-27, and GÖX, NZZ, 27.5.11, p. 31. In other jurisdictions the interest on shareholder «say on pay» has also been high, with implementation of variants of it in countries such as the U.K. giving rise to apparently mixed results. See e.g., GORDON, Say on Pay (2009).

4 The constraints could range from company internal constraints, as discussed in this article, to external constraints, such as those that may come from giving shareholders direct standing on remuneration or which may arise from law or regulation.

5 This article deals only with the remuneration of executives. It does not cover the remuneration of members of the Board of Directors. The latter has typically been perceived as less problematic given the often much lower levels of remuneration for Board of Directors members.

6 See e.g., the introduction to the Financial Stability Board's Principles for Sound Compensation Practices, April 2009, p. 1; PROSSER, Executive Compensation and the Economic Crisis (2009).

Considerations such as those discussed above have served to place remuneration squarely on the international corporate governance agenda.[7] This is an agenda that has been invigorated by the concern that corporate governance shortcomings in general may have contributed to the recent global financial crisis.[8]

By illustrating how remuneration relates to several basic corporate governance principles, this article supports the view that remuneration is a proper subject of corporate governance. If this is true, then it would be in a company's best interest to approach remuneration not just from a human resources or financial cost perspective but from a corporate governance angle as well. It is argued that this approach requires giving attention to the governance of remuneration at three levels: the Board of Directors level; the Management level; and the level of the company's control functions.

I. Remuneration and Basic Corporate Governance Principles

While there are varying definitions of corporate governance, they typically share the commonality implicit in the term: corporate governance is about how a company governs itself. Corporate governance has to do not only with *what rules* apply within the company but *who* sets and enforces those rules, and not just with *what decisions* the company can make but *who* can make those decisions.

Corporate governance thus deals with the very essence of how power is allocated within a company. Given the risks of unconstrained power, it also

---

7 For example, the OECD, the BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (BCBS), and INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (IAIS) all included remuneration as part of their revision of their governance guidance in 2009-2011. See OECD, Guidelines on Insurer Governance (May 2011); BCBS, Principles for Enhancing Corporate Governance (2010); IAIS/OECD, Issues Paper on Corporate Governance (2009). The European Union has also placed remuneration as part of governance, see EUROPEAN UNION, European Commission, Green Paper on the EU Corporate Governance Framework, COM(2011) 164.

8 See e.g., OECD, Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis (2009); this study asserts that: «the financial crisis can be to an important extent attributed to failures and weaknesses in corporate governance arrangements» (p. 2); EUROPEAN UNION, Report of the High Level Group on Financial Supervision (2009). For an example of private sector response, see e.g., GROUP OF 30, Financial Reform (2009).

deals with what checks should apply on those to whom power is allocated. Thus, quite apart from what law or regulation may require, it can be posited that a company's shareholders and other stakeholders would have an interest in the company's corporate governance since it affects how power is wielded and how decisions are made, including those on remuneration.

At one level the interest in remuneration may be purely from the perspective of the *proper use of company assets*. A shareholder, for example, would want to know that, similarly to other corporate expenditures, the amounts spent on remuneration are justifiable and do not constitute corporate waste.[9] This perspective tends to be at the forefront when shareholders and others react with outrage at what they perceive as excessive executive remuneration packages,[10] though concerns about *fairness* also play a role.[11]

---

9 Corporate waste and similar doctrines relate to the prudent use of the company's assets or at least the avoidance of extravagance in their use. While some may classify this doctrine under company law rather than corporate governance, it clearly relates as well to the exercise of due care or obligation to ensure the sound operation of the business. In remuneration context, corporate waste could be defined as any paying by a company of significantly more remuneration than would be required to recruit or retain an employee or any paying of an incentive, such as a bonus, that is significantly higher than the additional value which the incentive recipient generates for the company as a result of the incentive. On the doctrine of corporate waste and its potential relation to remuneration under U.S. law, see CAYWOOD, Mich.L.Rev. 109 (2010), pp. 111-136.

10 A twist to this perspective looks at remuneration in more relative and sanguine terms. From this view, the shareholder is less concerned with the absolute levels of remuneration as with the relationship of those levels to what the shareholder gets personally in return. Thus, so long as the company's share price and/or dividends increase to his or her liking, the shareholder may be indifferent to the amounts executives are earning even if such executives' personal performance objectively speaking would not justify the compensation they receive. Of course this view may underplay or ignore other indicators that might more reliably predict the company's long-term health. But even when focused on other indicators – such as sustained improvement on return on capital or evidence of sustainable growth – a shareholder taking this view may still not give priority to ensuring appropriate executive remuneration, a position that may lead to undervaluing the potential adverse impact of any excess pay on the company's long-term financial position, competitiveness, or corporate culture.

11 Thus some in the public may see high executive salaries as offending principles of equity (fairness), resulting in proposals that would limit, for example, the multiple that a manager can earn vis-à-vis the lowest pay worker. One recent report recommended a multiple limit approach to government salaries. See HUTTON Review of Fair Pay (2011).

Another perspective focuses less on the amount of remuneration and more on who is making the decision and whether it is being made objectively. This view would accept in principle any level of remuneration so long as it is determined by a person or body with appropriate *corporate authority* who is subject to a degree of *checks-and-balances* and is free of *conflicts of interest.*

A first implication of this view is that no person should determine his or her own remuneration. Hence any remaining companies where the CEO drives or has significant say on his or her own pay or bonus (or on the remuneration instruments from which he or she benefits) would be out of sync with this view, a view which is also supported by another basic governance principle, namely that of appropriate *segregation of duties*.[12] Hence even if the Board of Directors were to delegate to the CEO remuneration authority that might affect him, the CEO, while authorized, would wish to decline such authority as being incompatible from a perspective of conflicts of interest and appropriate segregation of duties.

A second implication is that those determining another person's remuneration should also be free of conflicts of interest. Thus «captive Boards» or Board members who were recruited by the CEO[13] or whose independence is otherwise compromised would not meet this test.[14]

This same principle would also argue against the CEO having an unrestrained hand in determining the remuneration of other members of the Management Board. Whether seen from the principal-agent dilemma perspective[15] or otherwise, the possibility of a CEO being conflicted (e.g. consciously or not using pay to secure Management Board loyalty rather than basing it on objective performance standards) exists and would argue

---

12 Delegating to a human resources department the responsibility for recommending the CEO's pay would not by itself cure the checks-and-balances, conflicts of interest, or segregation concerns, unless the human resources department were independent and reported solely to the Board of Directors, which is not common practice.

13 For example, it has been found that remuneration committee members who owe their positions to the CEO are influenced by a sense of reciprocity. See MAIN/O'REILLY/WADE as reported by MORSE/NANDA/SERU, Are Incentive Contracts Rigged by Powerful CEOs?, p. 4 n.3.

14 It is in part the lack of faith in board of directors that may fuel the proposals for shareholder approval of executive pay.

15 See discussion in DE MEZA/WEBB, Principal Agent Problems (2003) and in the text to footnote 19 below.

for more, not less, Board of Directors oversight of the remuneration of individual Management Board members.[16]

But under a corporate governance approach it does not suffice to have the right persons make the remuneration decisions or to ensure that these persons are free of conflicts. Good corporate governance also requires that (a) those making remuneration decisions are subject to some kind of internal rules or standards (embodied for example in a formal remuneration *policy*) to govern their decision making and guard against arbitrariness and (b) such policy – and the decisions made pursuant to it – are adequately *documented*.

A corporate governance approach also requires that remuneration – like any other corporate process – be subject to appropriate *risk management* and *controls*. This includes conducting assessments of the risks to which remuneration instruments and practices could give rise. As such assessments have to be objective and of sufficient depth and quality, it does not suffice if they are done by Management or the human resources department. They need to be carried out by an independent function with risk expertise, such as the company's risk management function.

As far as controls, appropriate *compliance reviews* are also called for, such as by the company's compliance function, to ensure that the company and its managers are in fact adhering to the remuneration policy. In addition, periodic audits by the company's internal or external auditors are needed to provide *independent assurance* over the entire remuneration process and the effectiveness of the policy and controls in place. *Audibility* is facilitated by the required remuneration documentation and by the clarity brought by the remuneration policy regarding the allocation of authorities and the standards to apply.

Finally, the corporate governance principle of *transparency* supports that the company discloses to its shareholders – and other stakeholders as appropriate – information on its approach to remuneration, the governance it applies to it, and other key information.

---

[16] Though it may not argue necessarily for the Board of Directors to take this role over from the CEO. Instead, under the angle of checks-and-balances, it would support a joint role, where the Board would be more than an approver, having also the obligation to understand and influence the performance standards upon which individual Management Board members are evaluated and rewarded. The Board of Directors would also need to receive enough information to satisfy itself that the performance standards have been met.

In summary, several basic corporate governance principles and derivatives thereof directly apply to remuneration and support the view that remuneration is a legitimate subject of corporate governance. Hence, even absent any regulation on the subject,[17] a company recognizing this link will wish to ensure that its remuneration process is properly governed. The next sections of this article discuss how in pursuing this a company needs to focus on governance at three levels: at a level of the Board of Directors, Management and the company's control functions.

Illustration

Question	Who decides on remuneration at the company?	Is such person or body objective?	Which standards apply to remuneration decisions?	Are these standards and the decisions made pursuant to them documented?	Do remuneration decisions reflect appropriate use of corporate assets?	Are objective risk reviews done to determine what risks remuneration instruments create?	Are there compliance, audit and other controls over the remuneration process?	Is there appropriate disclosure on remuneration?
Related Governance Principle	Proper governance authority; checks-and-balances	Segregation of duties, absence of conflicts of interest	Having clear company policies	Written evidence of policies and corporate actions	Protection of company assets, avoidance of waste, duty of care	Managing risks	Internal controls	Transparency

II. Governance of Remuneration by the Board of Directors

Many company Boards of Directors appear to be revisiting their role and determining in which areas they need to be more active or perform better. One research project suggests that the «to do» list at such boards includes executive remuneration oversight,[18] not a surprising result given the intense public attention given to this subject in recent years.

---

17 E.g. FINMA-RS 10/1: Vergütungssysteme. For a commentary see PEYER/SCHAUB, SJZ 107 (2011), pp. 149-158; FINANCIAL SERVICES AUTHORITY, Revising the Remuneration Code PS/10/20, December 2010.

18 TAPESTRY NETWORK/ERNST & YOUNG, Enhanced Oversight Versus Radical Reform, p. 2. Remuneration is also appearing increasingly in corporate governance ratings, though sometimes through different lenses. Two different examples are: ZCAPITAL, zRating (May 2011), and the DOW JONES SUSTAINABILITY INDEXES evaluation of component companies, where senior management remuneration is a sub-criterion under the governance rubric, see: <www.sustainability-index.com/07_htmle/assessment/criteria.html>.

A first helpful step for a Board of Directors seeking to be more engaged on remuneration is to fully recognize its essential role in *reducing the effects of the principal-agent* dilemma.[19] The principal-agent theory suggests that with the interests of the agent (for these purposes, Management) not being identical to those of the principal (the shareholders), there exists an inherent potential conflict of interest between the two, creating so-called moral hazard. In the case of remuneration, this may lead Management to have a bias (consciously or not) toward higher pay for itself than shareholders would be willing to offer were they solely to determine. It may also lead Management to be willing to take risks (e.g. investing in subprime securities or engaging in aggressive sales practices) beyond the shareholders' risk tolerance.[20]

While the Board of Directors is itself an agent of the shareholders,[21] it is also from a corporate governance perspective the overseer of Management. The more the Board of Directors exercises this oversight role, including on remuneration, the more it can intermediate between shareholders and Management and mitigate the impact of the principal-agent dilemma. Thus, even absent any specific law or regulation requiring them to do so, the Board of Directors would be justified in involving itself in a company's remuneration system as part of meeting its general governance duties and helping protect the shareholders' interests.

A second step in the Board of Directors stepping up its remuneration oversight is for it to come to grips with the *complexity* involved in today's remuneration systems as well as with the inherent *asymmetry* in information relevant to remuneration vis-à-vis Management.

In a not uncommon remuneration dance, Management spends long periods developing remuneration instruments before meaningfully engaging

---

19 See inter alia, DE MEZA/WEBB, Principal agent problems (2003).

20 Or below it. Some entrenched managers may prefer the status quo rather than taking innovation risks or pursuing alternative strategies that might create more shareholder value. See e.g., DAI/JIN/ZHANG, Risk and Incentive (2010).

21 Interestingly some believe that giving shareholders a right to vote on executive remuneration is flawed by the fact that shareholders will usually follow what the Board of Directors recommend. Whether or not this is the case, it highlights how critical it is for the Board to take very seriously its intermediary role and supervise Management effectively on remuneration. See LABATON/WOHL, Selective Say on Pay: the Best Remedy, p. 19. For a multijurisdictional comparison on say-on-pay and related developments, see FLEISCHER, Rechtsvergleichendes Gutachten (2009).

with the Board of Directors. Under such instruments payouts sometimes hinge on a variety of often complex factors. It is not unusual for a company to have multiple bonus instruments, sometimes involving cash, shares, options or a combination of all three. The «performance grids» depicting what factors lead to what levels of pay are elaborately worked out and these, along with other details including on bonus pools and escalating or diminishing vesting schedules, are presented to the Board of Directors for sign off. Even very diligent Boards could have trouble digesting and understanding the workings of the presented instruments and, placed under time pressure, may not be in a position to sufficiently question if these make sense in the first place or to seriously propose alternatives.

Part of the difficulty is the complexity of the instruments but another part has to do with the overwhelming advantage Management has on information. Management has its remuneration experts, can defend its proposals with a wealth of data, and can even cite external benchmarking studies or «peer group» comparisons, the objectivity of which the Board of Directors may not be capable of challenging.[22] Strong CEOs may be particularly adept at using their influence and advantage in information to secure remuneration outcomes to their favor.[23] While Management may in many cases be well intentioned and try to present its proposals in a balanced and fair way, it cannot be by definition an objective judge of its own remuneration. The ability of the Board of Directors to play a verifying and corrective role is limited by the imbalance in information and time availability.

Given these limitations, a Board of Directors wishing to increase its leadership on and supervision of executive remuneration will need to devise a strategy to bring more weight to its side of the equation. Such strategy may include actions such as the following:

---

22 See FAULKENDER/YANG, Inside the Black Box (2010).

23 In one study (MORSE/NANDA/SERU, Are Incentive Contracts Rigged by Powerful CEOs?) the authors conclude that «powerful CEOs induce their boards to shift the weight on performance measures towards the better performing measures, thereby rigging the incentive part of their pay» (see abstract). However, the authors conclude that such rigging is not perfect and account for «between 10% to 30% of the incentive pay sensitivity to performance» (p. 29).

1. Revamping Governance Authorities and Documents

A Board of Directors may wish to revisit the company's organizational rules and other relevant documents to determine if its role and authority on executive remuneration are articulated completely and clearly enough. Where this is not the case, the Board will want to update such or other relevant documents with more comprehensive or clear descriptions. This may include giving the Board broad general powers on remuneration and/or defining more specifically the extent of the Board's (or the Remuneration Committee's if one exists) role in areas such as

- developing or revising a remuneration policy for the company;
- shaping not just variable remuneration but also the approaches to fixed salaries and other benefits;[24]
- developing new remuneration instruments or altering existing ones;
- determining the mix of immediate and deferred remuneration and cash and share-based remuneration;
- setting top-level performance metrics and ensuring their appropriateness in design (e.g. do they reflect risk? capital usage? financial and non-financial factors) and impact (e.g. do they reward the right behaviors? the right risk taking and risk sharing?[25] long-term thinking?);
- determining the length of years upon which performance is measured;
- approving bonus pools and major sub-pools and the factors upon which they are funded;
- determining the reference dates for stock or option awards;
- determining the length for deferred compensation, the schedules and the conditions for vesting, and the conditions that may result in unvested compensation being reduced or cancelled whether due to company or individual performance;

---

[24] This is an important area, since risks can lurk also in the fixed salary and employee benefits domains. With regard to benefits, one study suggests that a lot of work is required, finding that insufficient risk management and little oversight is applied to benefit plans area. One specific finding: «In 29% of cases, ultimate responsibility sits with just one or two individuals. While HR is well represented, Finance is involved in less than half of those cases.» MERCER, Global Benefits and Governance Survey, p. 11.

[25] For example, one study found considerable financial benefits still accrued to senior executives of failing institutions. See BEBCHUK/COHEN/SPAMANN, ECGI – Finance Working Paper No. 287/2010.

- assessing the performance and determining the remuneration of the CEO;
- setting or approving the remuneration of other members of the Management Board and reviewing the remuneration of other highly paid individuals;
- assessing the performance and setting or approving the remuneration of the heads of the company's control functions.[26]

A leading practice is for a company to have also an authority table or similar depicting graphically who initiates, who reviews, who needs to concur, and who needs to approve with regard to the various remuneration stages and decisions. While being careful not to overstep and assume an operational role, the Board of Directors can use its oversight to ensure that such allocation of authorities achieves the right governance balance.

2. Creating or Enhancing a Remuneration Committee

Where a Board of Directors does not already have one, creating a Remuneration Committee can help in a variety of ways. It can for example

- create a center of expertise on remuneration within the Board;
- allow for earlier and more thorough and objective thinking on remuneration and for better review of remuneration information;
- create a vehicle for more frequent interaction between Management and the Board;
- augment the Board's negotiation leverage vis-à-vis Management;[27]
- increase Board efficiency in general and by allowing certain decisions to be prepared at the Remuneration Committee level for presentation to the Board as the ultimate decider.

Where a Remuneration Committee is in place, reviewing its charter and mode of operation can help ensure that the Committee's scope is appropriate and its authorities are being fully exercised. This includes looking at

---

26 See also discussion in Section IV below on control functions.

27 See e.g., LAUX/LAUX, Board Committees, CEO Compensation, and Earnings Management (2008). The authors found that when the task falls to the full Board of Directors the Board «is inclined to provide the CEO with a compensation scheme that is relatively insensitive to performance», whereas with a Remuneration Committee more scrutiny is applied.

the role of the Chair of the Remuneration Committee and defining the level of matters the Committee can handle on its own versus those that need to be referred to main Board of Directors. The Board of Directors can also clarify in the charter the frequency and nature of reporting that it expects from the Remuneration Committee.

The charter may also address the work of the Remuneration Committee in relation to that of other committees of the Board of Directors. Depending on the company, this may be the Nominations Committee if separate, the Audit Committee,[28] and critically the Risk Committee. Given the need for risk assessments to also cover the remuneration system of a company, it is becoming essential for the respective work of the Remuneration and Risk committees on remuneration-related issues to be clearly defined and for their outputs to be coordinated.

Other operational issues requiring clear definition are the frequency, length and format of the Remuneration Committee meetings and how the committee develops its annual and multi-annual work plans.

The membership of the Remuneration Committee can also be reviewed, particularly from the angle of whether full independence from Management exists among its members and whether the Committee as a whole possesses sufficient remuneration-relevant expertise. Also the length of service on the committee can be reviewed to ensure that no member serves on the Committee for a length of time that may compromise his or her ability to question or rethink existing remuneration practices of Management.

Even if sufficient relevant expertise resides within the Remuneration Committee, its members may consider developing a training plan. The plan would be designed to allow the Committee to regularly deepen its knowledge of the remuneration field and become more familiar with the practices of other companies, including those in other industries and jurisdictions which can provide valuable comparative insights.

3. Improving the Quality of Information

If information is power, then it is essential for the Board of Directors (or its Remuneration Committee) to have timely, quality and objective information

---

[28] The importance of considering the roles of each of the Remuneration Committee and the Audit Committee in the context of remuneration is also explored by LAUX/LAUX, Board Committees, CEO Compensation, and Earnings Management (2008).

upon which to base its remuneration supervision. Without it, it may be unable to effectively serve as a check-and-balance vis-à-vis Management.

Three areas of focus can help a Board of Directors enhance its receipt of mission-critical information on remuneration.

One focal area is the information received from Management itself. If the Board's remuneration oversight is to be more than a passive, year-end rush exercise, then the Board, and not Management, will need to determine what kinds of information it needs on the company's remuneration practices and expenditures throughout the year. A reporting protocol or template for Management to follow can detail the nature of the information the Board needs and how it should be presented.

The format of such reporting is not unimportant. It can affect whether the information is user-friendly and comprehensible. Techniques such as requiring reporting on trends and requesting comparative year over year data can allow for better Board judgments. Naturally most important is the substance of the information. For this the Board of Directors can go through its list of specific accountabilities (e.g. such as on the points listed under Section II 1. above) and ensure it is requesting information that will help it fulfill each of those accountabilities.

A second focal area is leveraging on the information and expertise of others within the company. Thus the Board of Directors (or its Remuneration Committee) may wish to have independent meetings with members of the human resources department of the company and others from within Management that it deems relevant to get more ample information or different perspectives on any remuneration matter. Speaking directly with the Head of Asia, for example, on bonus practices in the region may help the Board get a better feel for the factors at play there, including genuine market pressures that local management may face that could cause a loss of employees over remuneration issues.

But while essential, the information and views from those within Management need to be balanced against those from more independent sources. The Remuneration Committee will want thus to decide which remuneration-relevant reporting to receive from the company's risk management,[29] compliance, and internal audit functions, for example. This is

[29] Board Risk Committees are still emerging and are not as prevalent as sometimes thought, even among larger banks. See e.g., MONGIARDINO/PLATH, Risk Governance at Large Banks (2009).

an area in development at most companies but one that is quite promising in helping provide more independent assurance to the Board on the remuneration practices of the company and the potential risk exposures relating thereto.

A third focal area relates to external sources of information. While the company's control functions may help bring a more independent view on remuneration, they do not normally possess the same level of remuneration expertise as those out in the market who specialize in the area. The hiring of external remuneration experts has often been done by Management (and not infrequently to buttress its view on what is reasonable remuneration). A Board may either rely on such expert's view or discount it as appropriate. Alternatively a Board of Directors may require that for major remuneration assignments it directly selects and hires the external expert. In such assignment, the contract would make clear that the expert's obligation is to the Board of Directors, not Management. A final variant is where Management has already hired an external expert and the Board of Directors feels a need to get a neutral external view. While this may create a risk of «battle of the experts», hiring its own expert can help the Board complete its due diligence and ultimately make a more balanced decision.

III. Governance of Remuneration by Management

The Board of Directors' stewardship of remuneration is of primordial importance. But it is vital for Management to recognize its own remuneration governance obligations.

One Management obligation is to respect the Board of Directors' role on remuneration. This means implementing faithfully what the Board decides and providing on a timely basis the information the Board needs to carry out its obligations. It also means avoiding – even if with good intentions – taking over activities that ought to done at the Board level or directed by the Board. Of course there may be times when the Board may be slow in acting and may need prodding by Management (or by a control function). In such a case, the initiative should be more in the way of reminding and assisting the Board rather than appropriating its responsibilities.

Another important obligation of Management on remuneration is to provide governance at the levels *below* those dealt with by the Board of Directors. The principle might be expressed as follows: whatever elements of

remuneration the Board of Directors does not govern directly, Management governs directly or through appropriate delegation.

The obligation to do this begins with the firm's Management Board. Just as the Board of Directors reviews and clarifies to its satisfaction its authority and role on remuneration, the Management Board will want to assess where it stands on remuneration and what kind of governance is in place, by design or default, at its level and below. It may wish to critically review topics such as:

- How is it assured that no remuneration proposal is made to the Board of Directors that is inconsistent with the capital usage, risk alignment, performance correlation and other standards the Board may have set?
- Besides very senior managers, which other key employees could impact the company's risk profile? Which special considerations apply to their bonus structure?
- What role does the Management Board as a body play on remuneration in general and on major individual remuneration decisions?
- Does the CEO have final say or veto power on any elements of remuneration? Are these rights informally exercised or formally contained in the organizational rules, the company's remuneration policy, or other governance document?
- What is the role of the human resources department? Does it have a separate right to enforce the company's remuneration policy – or is the final arbiter the Management Board or the CEO?
- What governance of remuneration does the Management Board or the human resources department require at the divisional or local levels? Are the authorities at those levels also clearly spelled out?
- How is it assured that there is enough performance differentiation among employees? Do compensation decisions correlate sufficiently to those differences?
- At lower levels of the company, how is it assured that variable remuneration, even if modest, also meets appropriate risk criteria? For example, what protections are there to prevent that where employees are rewarded for reducing expenses this does not create an incentive to inappropriately cut spending on safety or compliance?

1. Creating a Management-level Compensation Council

One practice for addressing questions such as the above is to establish a «Compensation Council» or similar at the Management level. Creating such a council has some of the efficiency, expertise, and other advantages of having a Remuneration Committee at the Board of Directors level. Such council, however, does not usurp the role of the Remuneration Committee or duplicate its work. Instead it can serve as an implementing vehicle for the decisions of the Remuneration Committee and can deal with matters that are not material enough to be dealt with by the Remuneration Committee but which go beyond the traditional scope of the human resources department (such as in respect of risk considerations).

Ideally a Compensation Council brings together key representatives of relevant functions – from human resources, to members of Management, to members of control functions – each of whom contribute from different angles to the governance of the remuneration system and to ensuring that its operation is aligned with company strategy and policy. The role of such a body would need to be skillfully defined so as to not be inconsistent with the remuneration authorities of the Board of Directors or with the role of managers in respect of their own employees.

2. Fashioning and Implementing an Effective Remuneration Policy

A key tool for implementing the Board of Director's directives on remuneration is a remuneration policy. Such a policy is not the traditional pamphlet or summary of compensation plans usually prepared by the human resources department at the request of Management. To meet an appropriate governance standard, the remuneration policy is designed both in content and format to be an effective implementation tool. It describes not just the «what» (e.g. what bonus plans are available and which employee categories qualify) but the «how»: who decides, what factors are considered in making those decisions, what conditions apply to the awards, etc. It is written in a user-friendly way that invites usage and facilitates easy finding of the information an employee needs.

Naturally to have impact, the remuneration policy needs to be well known to employees. It needs to be easily accessible (e.g. on the company intranet) and be subject to frequent communications. The communications can accent the priority the company gives to rewarding employees for

performance, all while doing so within parameters that meet responsible governance standards and do not incent wrong risk taking. In fact making a direct reference in the remuneration policy to how such policy supports the company's values and risk and compliance policies can help employees appreciate the connection between these instruments and how they contribute to the company's long-term mission.

As with other key company policies, the remuneration policy can be made more effective by training those having responsibilities under it. This can help ensure each relevant employee understands his or her own accountability under the policy and the consequences of any non-compliance by them or those they manage. Indeed the principle of *failure to supervise* applies as well in the remuneration context such that improper application of the company's remuneration policy could have consequences for the transgressors as well as their direct managers, if the latter failed to exercise appropriate oversight.

Another practical area in which a remuneration policy can provide guidance is in explaining the connection between the company's employee performance evaluation system and how decisions on compensation are made. In determining remuneration, are only such performance evaluations relevant? If there are other relevant factors, what are they and where are these documented?[30] Ensuring that the final remuneration decision is properly documented with reference to the factors that were taken into account can help increase the credibility of the remuneration process among employees. In addition, it makes the process auditable which helps the company demonstrate that it is acting in accordance with its own remuneration policy.

---

[30] For example, some companies use various methods to minimize the risk of performance evaluations or ratings of employees being inflated or inconsistently done by evaluating managers. Sometimes referred as «calibration» those processes may grant the division head, Human Resources, or even the Management Board at year end the right to make adjustments to an employee's rating or proposed remuneration after comparing it to that of others in the company. If done properly, this can have a salutary effect as more comparative data can promote fairness in the remuneration distribution. But if such calibration is in the hands of a single person or is not subject to objective parameters it may result in valid evidence of performance being ignored in favor of other less valid considerations or in «horse trading» where managers jockey to get more for their employees, even when the employees of other managers may have performed better.

3. Giving Focus to Legitimate Stakeholder Expectations on Remuneration

Contributing to the internal governance of remuneration should not keep Management from giving appropriate attention to external governance. An important element in this regard is being attentive to changes in the perceptions and expectations of its key stakeholders on remuneration. Such monitoring would have allowed companies, for example, to detect, even before legal requirements were enacted in this area, that shareholders and other stakeholders are interested in a degree of remuneration transparency, with perhaps less interest in technical details than in understanding (a) the *raison d'être* for the type of remuneration a firm chooses and (b) the factors that support the payouts made each year.

Even today when remuneration disclosure requirements dot the landscape across jurisdictions,[31] forward-looking companies still have an opportunity to anticipate what disclosure enhancements might bring value to their stakeholder management and to the company's reputation in the marketplace. This may include, for example, reporting on the company's efforts to bring additional rigor or accountability to the remuneration process or to improve the performance metrics upon which remuneration is based. Thus, if a company believes that its metrics are closer aligned to shareholders' interests than those used by its competitors, it could disclose this and demonstrate how.[32] Similarly, if a company is not publicly listed, and thus not subject to the disclosure that the listing rules may require, it may nonetheless disclose as if it were listed as a way to distinguish itself from the competition.[33]

---

31 The range includes those remuneration disclosure requirements emerging out of stock exchange rules and similar, as well as others applying to specific industries. For the banking industry in the European Union, the EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA, previously CEBS) issued in December 2010 its «Guidelines on Remuneration Policies and Practices» which contain disclosure requirements. The BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION also issued in December 2010 for public comment disclosure guidelines (Pillar 3 Disclosure Requirements for Remuneration).

32 On risk and performance metrics, see BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Range of Methodologies for Risk and Performance Alignment of Remuneration (2010).

33 In Switzerland, this is indeed the opportunity which non-listed companies have if they follow the principles set out in the SWISS CODE OF BEST PRACTICE (2007). With respect to disclosure, Section IV (p. 30) calls upon companies to voluntarily disclose using the disclosure standards of SIX, which include considerable remuneration information.

But beyond helping improve their company's remuneration transparency, Management can also assist the Board of Directors in getting the substance of remuneration right in the first place. Here what is in the company's long-term interest should prevail. But understanding in this context the stakeholders' specific concerns is also important. Thus if the concern is that the company has so structured its incentive schemes that even in years when it has big drops in profits it still pays (or is forced to pay by how the plans are written) generous bonuses, then a responsive Management would revisit these plans and their vesting conditions and make sensible adjustments.[34]

Similarly if the company's stakeholders find it inconsistent with performance-aligned pay to allow a manager that has caused the company damage or has violated important company policies to still receive a bonus, then Management could show its pro-activity, if the Board does not. Management could propose to the Board ways to make variable remuneration and vesting more explicitly contingent on personal conduct, including for conduct that was unknown when the bonus was originally granted. This would allow the company, for example, to cancel a bonus not yet paid or even recoup amounts that were paid in effect under false assumptions.

There are emerging signs of such pro-activity. Some companies are setting voluntary compensation thresholds. If Management wishes to pay above that threshold it requires additional Board of Directors review. Others are deferring their variable remuneration in proportions or for periods of time that exceed what is legally required so as to encourage their managers to think along a longer-term horizon. Still others are taking steps so that compensation pay-outs do not all vest at once upon a manager retiring or otherwise leaving the company, ensuring thus that the pay remains at risk for the performance, or the lack thereof, to which the departing employee contributed during his last working years.[35]

In considering how else to improve remuneration, even where not being yet requested by the marketplace, Management has ample room for further

---

[34] The debate over «clawbacks» is one of the most heated in the international compensation field. See e.g., FRIED/SHILON, Excess-Pay Clawbacks (2011). One element that adds to the controversy is the interplay of vesting conditions and clawbacks and local contractual practices and local labor law.

[35] See e.g., INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE, Compensation Reform in Wholesale Banking (2010); WONG, Promising Steps on Bank Pay Reforms (2011).

innovation. For example, companies which create separate bonus pools could enhance risk alignment by requiring that a subsidiary's or division's bonus pool be reduced by the amount of regulatory fines or legal fees such subsidiary or division incurs due to non-compliance by its employees. Some companies are now using a comparable approach in adjusting bonuses on the basis of safety and environmental performance.[36] Other companies are moving away from the traditional pro-rata vesting for deferred compensation where an equal amount vests from year one until the end of the vesting period. Instead they are moving to «cliff vesting» where all amounts vest at the end or to «escalating vesting» where the vesting in the initial years is far smaller than in subsequent years.

IV. Governance of Remuneration at the Control Functions Level[37]

One of the most striking features of the recent financial crisis was the near total absence of evidence of control functions playing a material role in their companies' remuneration systems. In some ways this is not surprising. Control functions have tended to focus on the controls-end of the spectrum[38] rather than on incentives. In doing so they have underestimated the extent to which ill-calibrated incentives can contribute to the circumvention of controls and allow risks to enter in effect through the company's backdoor. At the same time, Management has often jealously guarded remuneration from the intrusion by others, making it difficult even for enlightened risk officers, internal auditors, and compliance officers to make a contribution in this area.[39]

---

36 For example, the vesting of one third of the bonus for certain executives at British Petroleum are now subject to the achievement of safety and environmental goals. BRITISH PETROLEUM, Directors Remuneration, p. 112. See also ROWLAND, The Boston Globe, May 5, 2007.

37 The term «control functions» is emerging internationally as a descriptor for those functions having independent duties separate from Management to the Board of Directors. These include internal audit, where the greatest consensus exists on its independence, and functions such as risk management, compliance and internal controls (the latter is rarer but is emerging among some larger companies).

38 See VARGES, Incentives and Disciplinary Procedures (2009).

39 For a discussion on these subjects from a compliance perspective, see VARGES, Incentives and Disciplinary Procedures (2009). In respect of the still limited involvement of

In a governance system, control functions play a role distinct from that of the Board of Directors and Management.[40] In the financial services area, emerging international principles point to four special features of such functions: (a) providing subject-matter leadership and expertise, (b) providing objective and independent judgment, (c) adding to checks-and-balances, and (d) supporting the Board of Directors in the exercise of its governance duties.[41]

Yet to do any of the above in the remuneration area the control functions also need an action strategy. The first step is to gain better familiarity with the subject. It is difficult to contribute without a good understanding of at least the basics of talent management, rewards and recognition principles, market trends on fixed and variable remuneration, and of course relevant laws and regulations.

Second, control functions have to review, with the Board of Directors, their own charter and governance documents to make their role in the company's remuneration system explicit and clear. This will help avoid that their authority is questioned or restricted by any uncooperative Management.

Third, control functions need to exercise their authority to play a leadership role in integrating remuneration issues into the risk and compliance processes of the company, and vice-versa. This takes a variety of forms, such as ensuring that the risks arising from compensation instruments and practices are monitored, aggregated and taken into account in the risk profile of the company as a whole and of any division or unit thereof. For example, a business unit where managers are rewarded for revenue-related activities may require intensive risk review and monitoring to ensure

---

risk management and compliance functions in compensation, see ACCENTURE, Managing Risk for High Performance (2009); SOCIETY OF CORPORATE COMPLIANCE AND ETHICS, Compensation, Performance, Compliance and Ethics: a Survey (2009). The latter found that over 55% of compliance functions had no or little impact on their company's compensation system.

40 With respect to trends in the positioning and role of risk and compliance functions, see VARGES, Emerging International Indicators for Compliance Function Expectations (2010). On the importance of control functions, see ELLU/YERRAMILLI, Stronger Risk Controls, Lower Risk (2010).

41 See e.g., INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, revised Insurance Core Principles (2011), Principle 8 (forthcoming); BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Principles for Enhancing Corporate Governance (2010).

that the remuneration incentives are not leading to illusory results which later may bring losses or lawsuits to the company.

Lastly, each control function has to look at its own remuneration arrangements. Is there any element that may, subconsciously or overtly, compromise its objectivity? Some issues are straightforward. For example, a risk officer being compensated based on the completion of a particular commercial or financial transaction, or on the attainment of a short-term financial goal by a unit he directly supervises, would be clearly conflicted. But others are less clear: should the head of a control function receive an award that is tied to two-year return on equity or a share price[42] increase over one year period?

For control functions being free from conflicts and the appearance of conflicts is perhaps even more essential than for managers. Some strategies to minimize this problem might include extending for control functions the time horizon over which their variable compensation is based. For example, if for business managers the bonus depends on company profitability over a two year period, for the Chief Risk Officer or Chief Compliance Officer this might be extended to three or four years. Another option is to create separate bonus pools for control functions so that the funding of all their remuneration is done independently of the management pools. Such measures, including adding additional scrutiny when control function members sell shares or exercise options received as part of compensation, can help reduce the potential of the company's «gatekeepers» letting through unacceptable risks due to compromised objectivity.

The following table provides examples of actions which the various control functions may take on remuneration.

[42] For a critical view of share price as a performance indicator in general, see MARTIN, Financial Times, August 3, 2010.

Which control function? / Which action steps?	**Risk Manage-ment**	**Compliance**	**Internal Audit**
Include remuneration system oversight as part of own charter.	√	√	√
Include remuneration risk and remuneration compliance as part of company risk manual, code of conduct etc.	√	√	
Verify that performance metrics on which current year and deferred remuneration is based include risk, compliance conduct, and other relevant factors and that the performance metrics in general are not inconsistent with the company's compensation, risk, or compliance policies.	√	√	
Conduct risk and compliance analyses of remuneration instruments and practices, and aggregate and assesses remuneration risk in the company's total risk profile.	√	√	
Include remuneration risk and compliance in reports to Management and the Board of Directors.	√	√	√
Do periodic remuneration compliance testing.		√	
Provide independent assurance that the remuneration system has appropriate policies, processes, and controls and these are being followed and are effective.			√
Support the Board of Directors in fulfillment of its governance obligations on remuneration.	√	√	√
Check that the compensation structure and bonuses of the control functions do not create conflicts of interest or disincent them from the robust and independent exercise of their duties.			√ (with Board of Directors oversight)

V. Conclusion

There is little dispute over the importance of remuneration for motivating employees to work harder and produce value for the company. By understanding the relationship of remuneration to basic principles of corporate governance, a company can optimize how this instrument is designed and operated so that it serves the goal of attracting and retaining the best employees while (a) increasing governance legitimacy and (b) reducing the chances of unwittingly incenting behaviors that actually impair long-term firm value or even lead the company to a financial crisis, as happened even to some very fine companies in the 2008-2009 period.

As the Board of Directors is overall responsible for the company and serves in effect as an intermediary in the principal-agent relationship of shareholders and Management, it falls upon it to find the right calibration of the remuneration system. Simply providing a yearly «stamp of approval» on Management remuneration proposals or reacting to, rather than helping shape, these proposals would fall short of this governance standard.

But to carry out this role fully, the Board of Directors needs to review its own authority and practices and find appropriate ways to compensate for the information and other advantages which Management enjoys on remuneration. Management, in turn, has to appreciate that a Board bringing more rigor to remuneration does not do so to frustrate Management but to live up more fully to its governance obligations.

Management also has to recognize that certain governance duties flow directly to it. This includes implementing the Board's directives and governing where the Board does not. Thus Management ensures that remuneration below the levels governed by the Board of Directors also avoid features that do not match up with the company's values and long-term interests. For example, in setting up a bonus scheme for salesmen who secure new clients, Management ensures that it is structured to further client loyalty to the company, rather than to the individual salesmen.

Lastly the company's control functions, such as internal audit, risk management, and compliance, also have a contributing role. They help protect the integrity of the remuneration system and provide a level of assurance to the Board of Directors regarding its proper functioning.

By focusing on these three levels of governance – Board of Directors, Management, and control functions – a company increases the chances of designing a competitive and well-governed compensation system. Such a system will assist the company over time to cope with the «war for talent», while reducing the chances of arbitrary pay, pay beyond the value that an employee brings, or pay for performance that turns out later to be not value creating but value destroying.

Paneldiskussion: Anforderungen an den Verwaltungsrat

An der Paneldiskussion nahmen teil: Prof. Dr. Roland von Büren, Professor em. an der Universität Bern/Walder Wyss AG, Bern (Diskussionsleitung); Prof. Dr. Peter Forstmoser, Professor em. an der Universität Zürich/Niederer Kraft & Frey AG, Zürich; Walter Knabenhans, Verwaltungsratspräsident der Bellevue Group AG, Küsnacht/Zürich; Dr. Jean-Pierre Roth, Verwaltungsratspräsident der Genfer Kantonalbank, Genf/ehem. Direktor SNB, Bern; Daniel Zuberbühler, Vizepräsident des Verwaltungsrats, FINMA, Bern.

Hinweis: Es handelt sich um die Abschrift einer Paneldiskussion. Der mündliche Stil wurde beibehalten.

Diskussion

Roland von Büren: Wir sprechen über die Anforderungen an den Verwaltungsrat von Banken. Es gibt gewisse Grundlagen, die FINMA hat in einem Rundschreiben[1] *aufgezählt, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen. Vor allem ist wichtig, dass der Verwaltungsrat darin als Gremium bezeichnet wird und für die Wahrnehmung seiner Aufgaben insbesondere Fachkenntnis, Erfahrung, zeitliche Verfügbarkeit und Unabhängigkeit haben sollte. Herr Knabenhans, als einer von zwei anwesenden Bankpräsidenten, welche dieser Voraussetzungen erachten Sie als ausschlaggebend? Gibt es weitere, die Ihres Erachtens wichtig wären, die nicht im Rundschreiben aufgeführt sind? Und vor allem scheint mir eine wichtig Frage: Wie prüfen Sie diese Voraussetzungen, wenn Sie ihrer Generalversammlung als Verwaltungsrat eine Neuwahl vorschlagen?*

---

[1] FINMA-RS 08/24 vom 20. November 2008: Überwachung und interne Kontrolle Banken, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-24.pdf>, Rz. 17 ff.

Walter Knabenhans: Es sind die soeben aufgezählten Kriterien, im angelsächsischen Slang handelt es sich um «*no-brainers*». Aus meiner Sicht sind für die Mitglieder eines Verwaltungsrats alle diese Punkte einzeln, aber auch in ihrer kumulativen und ergänzenden Wirkung, unabdingbar. Ich bin selbst zunehmend zur Überzeugung gelangt, dass eine weitere Dimension ganz entscheidend ist. Sie gilt für alle Banken, aber wohl mit steigender Intensität für Institute, die bezüglich des «*too big to fail*» relevant sind: Es ist das gesellschaftliche oder moralische Verantwortungsbewusstsein. Die Banken, insbesondere die systemrelevanten, sind derart stark im Rampenlicht der Gesellschaft, letztlich des moralischen Mainstreams, dass diese Eigenschaft zum Zuge kommen muss. Wie stellt man das sicher? Der Verwaltungsratspräsident ist natürlich besonders gefordert. Ich selbst versuche mit einer Art von Due Diligence, bestehend aus intensiven Gesprächen mit Kandidaten und dem Einholen von Informationen im relevanten Umfeld, ein möglichst gutes Gefühl im Hinblick auf all diese Voraussetzungen und diese Qualifikationen zu entwickeln.

Roland von Büren: Herr Roth, Sie sind Präsident eines etwas merkwürdigen Verwaltungsrats, weil Ihnen zum Teil die Mitglieder von der Regierung vor die Nase gesetzt werden. Wie geht das in diesem Fall? Haben Sie überhaupt noch die Möglichkeit, Einfluss zu nehmen auf diese Personen?

Jean-Pierre Roth: Ich fühle mich ein bisschen wie Daniel, nicht wie Daniel Zuberbühler links von mir, eher wie Daniel im Löwengraben. Ich als Ökonom in einem Raum voller Juristen! Ich habe etwas Mühe, eine Antwort zu geben, weil ich glaube, dass die Qualität eines Verwaltungsrats mehr ist als die Summe der Qualitäten der Mitglieder.

Wir diskutieren über die Voraussetzungen für die Verwaltungsratsmitglieder und die Rolle des Präsidenten bei der Auswahl. Im Fall der Genfer Kantonalbank existierte der Verwaltungsrat schon, als ich kam. Ich habe bei der Konstituierung dieses Verwaltungsrats nicht mitentschieden, vielleicht wird es bei einer Wiederwahl anders kommen. Aber ich möchte hier eines betonen: Es ist die Hauptverantwortung des Verwaltungsrats, die Strategie zu definieren, sich sicher zu sein, dass die Bank überleben wird und dass das Geschäftsmodell solid bleibt. Der Verwaltungsrat muss über genügend Qualität – das ist die Anforderung an die Qualifikation der Mitglieder –, aber auch über die richtige Organisation verfügen, damit diese Punkte kritisch überprüft werden können.

Bei der Genfer Kantonalbank gibt es nicht nur Banquiers. Aus meiner Sicht wäre es falsch, zu sagen, dass man in einem Verwaltungsrat vor allem Bankerfahrung haben muss. Wenn man die zukünftigen Risiken einer Bank identifizieren will, muss man im Hinblick auf die verschiedenen Segmente, in denen diese Bank tätig ist, das Geschäft verstehen. Wir haben im Verwaltungsrat der Genfer Kantonalbank Personen aus den Bereichen des Trade Finance oder aus dem Immobiliensektor. Personen, die nicht Banquiers sind, die aber eine grosse Erfahrung in den Gebieten haben, in denen die Bank auch mit Krediten engagiert ist.

Der Verwaltungsrat muss auch richtig organisiert sein, damit diese Qualitäten gut zusammenspielen. Für mich ist in dieser Hinsicht die Bildung eines Risikoausschusses zentral, und das war auch mein erster Entscheid als Verwaltungsratspräsident. Vorher gab es in der Genfer Kantonalbank keinen solchen Ausschuss. Das Audit Committee stellt sicher, dass in der Vergangenheit alles richtig gegangen ist, wohingegen der Risikoausschuss die Risiken der Zukunft identifizieren muss. Es ist wichtig, einen Risikoausschuss zu haben, damit der Verwaltungsrat richtig funktionieren kann. Und schliesslich muss der Verwaltungsrat im Rahmen der Risikobeurteilung verstehen, was los ist. Das Risikokomitee muss nicht alles selbst beurteilen. Der Verwaltungsrat hat eine globale Verantwortung vis-à-vis Risikoappetit und Strategie der Bank. Man muss sicherstellen, dass diese Leute, die zwar gut sind, auch richtig ausgebildet sind. Damit sie verstehen, wie die Risikobeurteilung genau vorzunehmen ist.

Also: Es handelt sich nicht nur um eine Frage der Anforderungen an die Personen, sondern auch der Organisation des Verwaltungsrats.

Roland von Büren: Die FINMA verlangt, dass der Verwaltungsrat als Gremium die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt. Was heisst das? Wäre es denkbar, dass einem konkreten Mitglied die Voraussetzungen fehlen, dies im Gremium aber irgendwie kompensiert wird? Dass zum Beispiel jemand viel Erfahrung hat, aber nicht unbedingt in dem Bereich einer Bank? Herr Zuberbühler, als Gralshüter der FINMA, wie sehen sie das?

Daniel Zuberbühler: Ich höre Susan Emmenegger zu und weiss, was sie alles erwartet, das die FINMA noch regulieren sollte. Ich weiss nicht, ob wir in diese Tiefen hinabsteigen wollen. Das Problem der Sachkenntnis besteht aus meiner Sicht sowohl für das Kollektiv als auch für den- oder diejenigen, die diese Spezialkenntnisse nicht mitbringen. Wobei zu sagen ist, dass man diese Kenntnisse auch nachholen kann.

Wir sind als Aufsichtsbehörde eigentlich in einer ähnlichen Situation wie der Verwaltungsrat, vor allem wie derjenige einer komplexen, global tätigen Bank. Dabei rede ich natürlich über unseren Fall UBS: *we were all blind*. Wenn ich mich in die Position eines solchen Verwaltungsrats stelle, sehe ich das Hauptproblem im Informationsfluss von unten nach oben. Wie soll ich kritische Fragen stellen, wenn ich nicht die richtigen Informationen habe? Wie komme ich auf die richtigen Informationen? Wie weiss ich, welches die relevanten Fragen sind? Dann stosse ich sofort auf das Problem: Kenne ich überhaupt das Geschäftsmodell dieser Bank? Dieser grossen und komplexen Bank? Kenne ich die Produkte, die Märkte? Und dann kommt man darauf, dass man mindestens damals bei der EBK und zumindest auf meinem Niveau[2] keine Ahnung hatte, was diese Leute machen. Man, vor allem auch die armen aussenstehenden Verwaltungsräte, schaut in denselben Bildschirm wie das Bankmanagement und erhält ein Bild vorgesetzt. Dieses war nicht manipuliert, es war nicht von unten her unterdrückt. Aber die «unten» verstanden nur die Hälfte und oben wurde dann ein falsches Bild reflektiert. Für mich ist deshalb die Frage des Informationsflusses entscheidend. Es ist enorm wichtig, dass ich die Phantasie habe, zu wissen, wo wir als Bank überall getroffen werden könnten bzw. welches die möglichen Risiken sind. Dazu muss ich in Szenarien denken und relativ radikal die schwarzen Schwäne zu entdecken versuchen. Und ich muss dann auch Konsequenzen ziehen, wenn aus dieser Risikoanalyse, den Stressszenarien, ein Horrorszenario wird. In diesem Fall muss ich mir die Frage stellen, ob eine Überschreitung des Risikoappetits Auswirkungen auf das Geschäftsmodell und die Strategie hat.

Peter Forstmoser: Ich möchte bei einer Beobachtung nachhaken, die schon Herr Roth angesprochen hat. Wenn man von den Anforderungen an einzelne Verwaltungsratsmitglieder spricht, dann vernachlässigt man immer ein wenig, dass der Verwaltungsrat als Gremium arbeiten muss. Die Informationen, die Kompetenzen und die Erfahrung müssen im Gremium vorhanden sein und nicht notwendigerweise bei jeder einzelnen Person. Daraus folgt meines Erachtens, dass jedes Verwaltungsratsmitglied irgendwo eine vertiefte Kompetenz einbringen sollte, eine Kompetenz, in der es den Mitgliedern der Geschäftsleitung ebenbürtig ist. Das kann die Risikobeurtei-

[2] D. Zuberbühler war von 1996 bis 2008 Direktor der Eidgenössischen Bankenkommission.

lung, die Rechnungslegung, die finanzielle Kontrolle oder der Markt sein, in dem sich die Gesellschaft bewegt. Diese besondere Fachkompetenz kann man vor allem in den Ausschüssen einbringen, dort sind Spezialkenntnisse gefragt. Darüber hinaus sind selbstverständlich allgemeine Kenntnisse dazu nötig, wie die Wirtschaft und ein Institut mit wirtschaftlicher Tätigkeit funktionieren.

Ich habe einmal den Ausdruck geprägt, dass ein Verwaltungsratsmitglied ein spezialisierter Generalist sein sollte. Zwar ein Generalist, aber einer, der irgendwo eine ganz besondere Fachkompetenz aufzuweisen hat. Dann wird er auch von der Geschäftsleitung ernst genommen, und das ist ebenfalls ein Erfordernis: Man muss ernst genommen werden.

Roland von Büren: Der Verwaltungsrat als Gremium ist offenbar unbestritten. Herr Professor Forstmoser hat gerade eben auf die Bedeutung dieses Gremiums in der Zusammenarbeit hingewiesen. Da stellt sich die Frage, wie gross dieses Gremium sein sollte? Wie viele sind zu wenig und wie viele sind zu viel? Das ist ein Aspekt. Die andere Seite ist das Stichwort der Diversity, welches man immer öfter hört. Die Frauenquote ist ein Thema, es gibt aber auch andere Aspekte wie zum Beispiel soziale Unterschiede. Und es wird zum Teil ziemlich blumig, wenn man das in den entsprechenden Unterlagen liest. Die EU-Kommission fordert in ihrem Grünbuch ganz klar, dass man auf Vielfalt bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrats schaut.[3] *Nun, welche Anhaltspunkte soll man wählen? Was ist der Zusammenhang mit der Grösse des Gremiums? Muss das der Verwaltungsrat zuhanden der Generalversammlung machen? Oder braucht es reglementierte Ernennungs- oder Nachfolgepolitiken? Oder noch extremer: Braucht es sogar behördliche Vorschriften?*

Daniel Zuberbühler: Ich glaube nicht, dass die FINMA, jedenfalls solange ich noch dabei bin, Regeln über die Diversity erlassen wird. Abgesehen davon, dass wir selbst im Verwaltungsrat eine geradezu phänomenale Diversity haben. Unsere Präsidentin ist eine Frau, noch dazu aus der Westschweiz. Unsere Vizepräsidentin, Monica Mächler, ist eine Frau mit langjähriger Erfahrung in einem grossen Versicherungskonzern. Und wir haben als drittes weibliches Mitglied von insgesamt acht Verwaltungsräten Sabine Kilgus. Wir bilden nicht den Finanzsektor ab. Susan Emmenegger hat eine Statistik

---

[3] EU-KOMMISSION, Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, 2. Juni 2010, KOM(2010)284, 13, abrufbar unter: <ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2010_284_de.pdf>.

gemacht, wie viele Frauen in den Verwaltungsräten im Finanzdienstleistungssektor sind.[4] Das ist äusserst bescheiden. Aber es ist nicht das Problem des FINMA-Verwaltungsrats.

Ich glaube nicht, dass wir unter dem Risikoaspekt Diversity vorschreiben können. Die einzige mögliche Begründung, um zu sagen, es brauche verschiedene gesellschaftliche Schichten und es brauche Frauen, weil diese in der Regel im Umgang mit Risiken vorsichtiger und im Hinterfragen unbefangener sind, müsste eine prudentielle Begründung bezüglich Risikokontrolle und Risikomanagement sein. So, wie Ihnen Herr Varges gezeigt hat, dass die Vergütungspolitik bei der FINMA keine gesellschaftspolitische Zielrichtung hat.[5] Die Politik muss entscheiden, wann man sagen will: Diese Abzocker, das muss jetzt aufhören, das ist zu viel, das ist gesellschaftlich unerträglich. Das kann nicht Sache der Aufsicht sein und so kann auch diese Diversity-Geschichte wahrscheinlich nicht mit prudentiellen Argumenten begründet werden.

Roland von Büren: Es bleibt die Frage wie gross ist gross? Herr Roth, Sie haben offenbar Ihren Verwaltungsrat ziemlich zurückgestutzt, nachdem Sie neu Präsident wurden. Wie gross ist gross respektive wie klein ist klein?

Jean-Pierre Roth: Zuerst ein Wort zur Diversity. Ich finde, dass es hier eine Ambiguität gibt. Diversity kann sehr schnell zur Zauberformel werden. Ich komme von der Schweizerischen Nationalbank, dort hatten wir einen Verwaltungsrat mit 40 Mitgliedern und es gab eine Zauberformel, das heisst eine politische Verteilung der Sitze. Das ist die Gefahr.

Bei der Genfer Kantonalbank gibt es eine grosse Diversity, nicht nur weil drei von elf Mitgliedern Frauen sind. Die Profile und die Erfahrung sind sehr unterschiedlich. Wie bei allen Kantonalbanken gibt es auch gewisse Parteizugehörigkeiten. Ich habe vorgeschlagen, dass im nächsten Geschäftsbericht die Parteiangehörigkeit nicht mehr erwähnt wird, weil das nichts mit einer Verantwortung im Verwaltungsrat einer Kantonalbank zu tun hat. Man ist dort aufgrund seiner Kompetenz und nicht wegen seiner Parteizugehörigkeit, was ganz einfach akzeptiert wurde.

---

4 Gemäss den Erhebungen des Instituts für Bankrecht sind von den (gezählten) 1132 Bank-Verwaltungsräten deren 86 Frauen. Stand: 1. November 2010.

5 Siehe dazu den Beitrag von GABE SHAWN VARGES, Governing Remuneration, passim (in diesem Band).

Meine Erfahrungen bezüglich der Reduktion eines Verwaltungsrats stammen aus meiner Zeit bei der Schweizerischen Nationalbank. Wir hatten unter dem alten Gesetz 40 Mitglieder und reduzierten den Verwaltungsrat auf elf Mitglieder. Im Jahr 2002, als das neue Nationalbankengesetz[6] in Kraft trat, hatte ich das Glück, den Verwaltungsrat organisieren zu dürfen. Ich konnte Ausschüsse bilden wie in einem normalen Verwaltungsrat. Damals habe ich zum ersten Mal die Bildung eines Risikoausschusses gewünscht. Das hat während zwei, drei Jahren zu grossen Diskussionen innerhalb des Bankrats der Schweizerischen Nationalbank über den Sinn eines Risikoausschusses neben einem Audit Committee geführt. Bis man verstanden hat, dass ein Audit Committe *backward looking* und ein Risikokomitee *forward looking* ist. Danach ist es gut über die Bühne gegangen. Für die Genfer Kantonalbank finde ich elf Verwaltungsräte sinnvoll, mit einem grösseren Verwaltungsrat wäre es wohl schwierig.

Roland von Büren: Eine weitere erwähnte Voraussetzung für die Wählbarkeit in einen Verwaltungsrat betrifft die zeitliche Verfügbarkeit der Mitglieder. Die FINMA erwähnt dieses Kriterium ausdrücklich, aber ohne konkrete Forderungen aufzustellen. Im Gegensatz dazu werden von der Europäischen Bankenaufsicht eine schriftliche Festlegung des zeitlichen Minimaleinsatzes und die Publikation der Präsenzlisten verlangt.[7] Das ist der Stand in der EU. Finden Sie das sinnvoll? Ist die Präsenz überhaupt ein geeignetes Kriterium? Nach meiner Erfahrung ist die Vorbereitung einer VR-Sitzung wesentlich zeitintensiver und auch wichtiger als die Sitzung selbst, wo die Meinungen zum Teil schon gemacht sind. Misst man da nicht etwas mit falschen Ellen? Ist die Publikation der Teilnahme an den Sitzungen nicht gar eine Alibi-Übung? Ich will nicht sagen, es sei nicht auch wichtig, aber es kann nicht das entscheidende Kriterium sein.

Peter Forstmoser: Zuerst: Die Präsenzlisten darf man aus meiner Sicht ruhig publizieren. Aber mir scheint, dass hier heute nicht mehr das Problem liegt. Nach meinen Erfahrungen werden die Sitzungen heute gut besucht. Bei den Publikumsgesellschaften werden die Sitzungspräsenzen bekanntlich schon heute zwar nicht Person für Person, aber insgesamt, veröffentlicht. Sie liegen

---

6 Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank vom 3. Oktober 2003 (NBG), SR 951.11.

7 CEBS/EBA, Consultation Paper on the Guidebook on Internal Governance (CP 44), 13. Oktober 2010, Rz. 58, abrufbar unter: <www.eba.europa.eu/cebs/media/Publications/Consultation%20Papers/2010/CP44/CP44.pdf>.

sehr oft bei 95%, 98%, oder auch 100%. Der Zeitbedarf kann ein Problem sein und das muss man offen ansprechen, wobei es natürlich nicht nur um die Zeit für die Sitzungen gehen kann. Das ist nicht das Entscheidende. Entscheidend ist die Zeit, die insgesamt zur Verfügung stehen muss. Bei Swiss Re, deren Verwaltungsrat ich während neun Jahren präsidieren durfte, haben wir gesagt, es brauche insgesamt – für ein normales Verwaltungsratsmandat ohne Ausschusstätigkeit – etwa einen Monat im Jahr. Mir scheint sodann ein dritter Punkt, der oft nicht erwähnt wird, mindestens so wichtig oder wichtiger. Es ist dies die Flexibilität. Es ist gut, wenn jemand bereit ist, insgesamt einen Monat oder auch mehr für den Verwaltungsrat zu arbeiten. Aber wenn diese Person immer dann, wenn es brennt, in einer mehrtätigen Sitzung, auf Safari oder wo auch immer ist, bringt das zu wenig. Zeitliche Flexibilität ist ein absolutes *must*.

Jean-Pierre Roth: Darf ich hier etwas sagen? Es ist wichtig, zwischen dem Normalfall und dem Krisenfall zu unterscheiden. Wenn man im Normalfall bereits zu 120% belastet ist, kommt es im Krisenfall zu Problemen.

Roland von Büren: Es gibt sicher einen Zusammenhang zwischen der zeitlichen Verfügbarkeit und der Anzahl der VR-Mandate pro Verwaltungsrat. Vielleicht ist das auch noch ein wichtiges Thema. In der Schweiz kennen wir lediglich die Offenlegungspflicht. Eine zahlenmässige Beschränkung bei den börsenkotierten Unternehmen kennt man hingegen nicht. Der Deutsche Corporate Governance Kodex will nun aber die Anzahl auf maximal drei Mandate beschränken.[8] *Da haben wir eine ganz klare Beschränkung. Die Europäische Bankenaufsicht verlangt eine vorgängige Genehmigung zusätzlicher Verwaltungsratsmandate, das heisst, wenn man weitere Mandate annimmt. Im Text heisst es: «or other professional high time consuming activities».*[9] *Was heisst das? Wie steht es mit politischen Ämtern und Mandaten? In meinem eigenen Fall war ich Professor an der Universität Bern zu 100%, ich war Präsident der Wettbewerbskommission und Präsident der Valiant Holding und der Valiant Bank, alles gleichzeitig. Herr Zuberbühler, man hätte mich doch gar nicht wählen dürfen?*

Daniel Zuberbühler: Es kommt darauf an, wie Sie 100% messen.

---

8 Deutscher Corporate Governance Kodex vom 26. Mai 2010, Ziff. 5.4.5, abrufbar unter: <www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html>.

9 CEBS/EBA, CP 44 (siehe Fn. 7), Rz. 57.

Roland von Büren: Was ist Ihre Meinung? Ist es sinnvoll, dass man Mandate beschränkt? Wie gesagt, in der Schweiz ist es im Moment nicht so, aber es bestehen offensichtlich internationale Bestrebungen.

Daniel Zuberbühler: Das ist wieder das Problem des *one size fits all*. Das ist auch der Grund, warum das schöne Rundschreiben «Überwachung und interne Kontrolle»,[10] das ich schon lange nicht mehr gelesen habe, vielfach relativ allgemein gehalten ist. Weil eben eine Diversität, diesmal nicht geschlechtlich gemeint, von Institutionen davon betroffen ist. So ist es auch mit den Mandaten: Je nach Komplexität des Mandats und je nachdem, ob Krisenmodus oder Normalzustand, ist es äusserst verschieden. Also macht es sicher keinen Sinn zu sagen, maximal drei Mandate. Das kann man so sicher nicht regeln. Ich glaube nicht, dass wir das bei uns so regeln werden.

Etwas anderes ist der Fall, wenn Leute des Verwaltungsrats, oder auch der Geschäftsleitung, andere Funktionen übernehmen und das wegen den Interessenkonflikten im Gremium diskutiert wird und allenfalls einer Genehmigungspflicht untersteht. Ich will ja nicht, dass meine Verwaltungsräte auch noch gleich zur Konkurrenz gehen. Diese anderen Beschäftigungen, diese Interessenkonflikte müssen geregelt werden. Aber die können Sie nicht abstrakt regeln im Sinne von *one size fits all*.

Peter Forstmoser: Es ist schade, wir sind uns ein bisschen gar viel einig, aber ich bin der gleichen Meinung. Ich könnte mir allenfalls vorstellen, dass man im Aktienrecht für Publikumsgesellschaften eine statutarische Regelung verlangt. Und sicher kann es Sinn machen – und das haben wir eigentlich schon heute – dass man Regeln auf der Stufe von Kodizes erlässt, also im Wege der Selbstregulierung. Das aber im Sinne von *comply or explain*, und nicht als starre Regelung.

Roland von Büren: Wir haben noch eine weitere Voraussetzung für das Amt eines Verwaltungsrats zu diskutieren. Im Grünbuch der EU-Kommission, auch bei der Europäischen Bankenaufsicht und beim Basel Committee ist ein neues Kriterium aufgetaucht: die aktive Kritikfähigkeit oder die konstruktive Kritikkultur. Nun meine Frage: Was versteht man darunter? Was ist die Rolle des Präsidenten des Verwaltungsrats bei der Schaffung dieser Kultur? Und wie prüfen Sie das?

---

[10] Siehe Fn. 1.

Walter Knabenhans: Etwas salopp gesagt: Ich glaube, das ist am besten gewährleistet, wenn man eine Kultur schafft, die dumme Fragen als nicht existent deklariert. Der Verwaltungsratspräsident spielt da natürlich eine wichtige Rolle. Wenn Fragen gestellt werden, die vielleicht irgendwie vom Management oder wer immer diese beantworten soll, als dumm empfunden werden könnten, muss er unmissverständlich sicherstellen, dass keine verbalen oder nonverbalen Gesten geduldet werden, die in diese Richtung gehen. Ich glaube, die Gesprächskultur ist massgeblich vom Präsidenten, aber letztlich natürlich auch von der Dynamik des Kollektivs, bestimmt. Es ist zweifellos richtig, dass je offener diese Gesprächskultur und je weniger Tabuthemen, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass wunde Punkte gestreift werden.

Roland von Büren: Zurück zu einem anderen Thema. Die EU-Kommission, einmal mehr, will das Vorliegen der Voraussetzungen für die Wahl oder für das Amt eines Mitglieds des Verwaltungsrats mittels Assessments und Interviews prüfen. Das könnte ich mir persönlich noch vorstellen. Aber das Problem ist doch eigentlich ein anderes: Auch im FINMA-Rundschreiben[11] *ist ja das Thema nicht der einzelne Verwaltungsrat sondern ausdrücklich, und im ersten Absatz dieses Rundschreibens stets, der Verwaltungsrat als Gremium. Wie wollen Sie jetzt prüfen, ob der Verwaltungsrat als Gremium eine Kritikkultur pflegt? Es wurde schon angetönt, man kann das direkt ins Kabarettistische ziehen. Herr Roth, Sie könnten mit Ihrem Verwaltungsrat zur FINMA pilgern, dort würden Sie einen Seminarfall erhalten und Sie müssten diesen dann lösen. Sozusagen ringsherum die Leute von der FINMA, die dann prüfen würden, ob Sie tatsächlich Kritikkultur geübt haben mit Ihrem Verwaltungsrat. Das ist meines Erachtens absurd.*

Jean-Pierre Roth: Wenn plötzlich ein Assessment oder eine Prüfung von der Aufsichtsbehörde kommen würde und nachher etwas passiert, was wäre die Verantwortung der Aufsichtsbehörde? Die Aufsichtsbehörde, die einmal jemanden als kompetent definiert hat – und nachher geht etwas schief? Die Aufsichtsbehörden sind auch involviert in diesen Prozess. Das könnte eine sehr gefährliche Entwicklung sein.

Peter Forstmoser: Vielleicht muss man auch einmal daran erinnern: Die Verwaltungsräte werden, das geht offenbar manchmal vergessen, noch immer von den Aktionären gewählt. Das scheint mir ein wichtiger Punkt. Ich

---

[11] Siehe Fn. 1.

würde eher auf diese Karte setzen, verlangen, dass Wahlvorschläge begründet werden und versuchen, das Aktionariat so zu aktivieren, dass von dort Kritik und Fragen kommen.

Daniel Zuberbühler: Ich muss zuerst einmal einen Eindruck korrigieren, dass die Prüfung der Eignung eines VR-Mitglieds im Bewilligungsverfahren nur auf der Basis einer Lektüre des Lebenslaufs und der Arbeitszeugnisse erfolgt. Es ist schon etwas mehr. Das ist sehr *tailor-made*, das hängt auch von den Umständen ab: Was für Leute kommen, wie bedeutend das Institut ist. Das Gespräch wird beispielsweise im Bewilligungsverfahren mit dem spiritus rectorum, also mit dem VR-Präsidenten, dem vorgesehenen Geschäftsleitungsvorsitzenden, vielleicht noch mit dem vorgesehenen CRO, geführt. Das geht dann schon je nach Umständen weiter. Aber es ist nicht ein systematisches Examen. Und die Frage mit der Verantwortung ist natürlich genau da. Die Engländer, also unsere Kollegen von der FSA, machen jetzt systematisch Examen für neueintretende Kandidaten. Da können Sie als Aufsichtsbehörde nicht irgendeinen Junior losschicken. Sie müssen diese Leute auf Augenhöhe interviewen. Das hiesse bei uns: Der arme Marc Branson[12], der so quasi die höchste Augenhöhe hat, müsste dann alle diese Kandidaten interviewen, was nicht sehr realistisch ist.

Es ist etwas anderes, wenn wir gezielt einzelne Leute, bei denen wir sehen, dass der CV etwas komisch ist, oder bei denen wir Zweifel an Ihrer Qualifikation haben, zur FINMA bestellen und mit ihnen diskutieren. Die Verantwortung ist klar. Und wir können sicher sein, die UBS-Chefs hätten alle das Examen vor der Krise bestanden. Ospel hat Fachkenntnis, das können Sie nicht bestreiten. Auch wenn er ein bisschen ein *glamour boy* ist, wäre das noch kein Hinderungsgrund. Und all die anderen waren nüchterne und seriöse Leute, zum Teil noch Schweizer dazu. Die hätten das Examen alle bestanden. Im Nachhinein sieht man immer schlecht aus. In diesem Zusammenhang empfehle ich als Lektüre das Gutachten zuhanden der UBS zum sogenannten Transparenzbericht von TOBIAS STRAUMANN.[13] Er hat die Verantwortlichkeitsgeschichten diskutiert und er hat das Versagen der UBS-Leute in die wirtschaftshistorische Perspektive gestellt und festgestellt: Das

---

12 M. Branson ist Mitglied der Geschäftsleitung der FINMA und Leiter des Geschäftsbereichs Banken.

13 TOBIAS STRAUMANN, Die UBS-Krise aus wirtschaftshistorischer Sicht. Expertenbericht erstellt zuhanden der UBS AG, 2010, abrufbar unter: <www.ubs.com/1/g/transparencyreport.html>.

waren nicht Hasardeure. Sondern das waren Leute, die glaubten, sie seien besonders risikoavers und sie hätten die Sache besonders gut unter Kontrolle. Das ist schon noch interessant und von dort her wäre man wahrscheinlich nicht darauf gekommen und hätte gesagt, der fährt einen giftgrünen Lamborghini, der Mann ist gefährlich. Sondern das sind relativ unauffällige, verantwortungsbewusste und professionell wirkende Leute.

Roland von Büren: Wir haben jetzt nur über die Prüfung der Voraussetzungen bei der Wahl gesprochen, aber ich glaube, es gibt noch eine andere Dimension. Die FINMA entzieht ja die Gewähr eigentlich nur beim Vorliegen von Unregelmässigkeiten, bei Verstössen gegen die Vorschriften. Es muss irgendetwas schiefgelaufen sein. Aber das muss es ja gar nicht. Wie verhält es sich, wenn einem Mitglied des Verwaltungsrats im Laufe seiner Amtszeit die erforderlichen Voraussetzungen still und leise abgehen? Er kann zum Beispiel dement werden, um einen Extremfall zu nennen. Oder wenn sich das Universum seiner Bank verändert. Zum Beispiel ein Käsermeister, der im Dorf im Verwaltungsrat der Bank war, dort blieb, und jetzt ist die Bank 25 Milliarden gross. Was passiert dann?

Daniel Zuberbühler: Zuerst stellt sich die Frage, ob Sie es merken, dass er dement ist. Bei den grösseren Instituten treffen wir uns jährlich mit dem Risk Committee und dem Audit Committee, diskutieren mit ihnen und schauen, was sie genau machen und was für Fragestellungen sie haben. Vielleicht würden Sie es dort merken, obwohl das natürlich nicht der Sinn dieser Gespräche ist. Aber vielleicht schicken sie dann auch nicht diejenigen, die schon dement sind. Wenn sich das Institut entwickelt und die Leute mit der Zeit überfordert werden, müsste man das hoffentlich irgendwo merken.

Man darf auch nicht vergessen, dass wir noch die Prüfgesellschaften haben. Wir machen das ja nicht selbst, wir sind nicht *embedded supervisors*, die ständig in der Bank sitzen. Aber wir haben die Audit Firms, die externen Prüfgesellschaften, die auch die Funktionsweise dieser Gremien beobachten. Wir gehen allerdings nicht so weit wie die Österreicher, die einen Kommissär des Staates in den Verwaltungsrat entsenden. Dann hat man *regulatory capture* vom Gröbsten. Dann heisst es, der war dabei und hat nicht gesagt, dass das nicht geht und jetzt ist es trotzdem schief gegangen, also kann uns die Aufsicht keine Vorwürfe machen. Aber dort würden Sie es vielleicht auch merken, ob Einzelne immer schlafen oder dass sie nicht mehr ganz auf der Höhe der Zeit sind.

Roland von Büren: Es gibt noch die Thematik der Evaluation des Verwaltungsrats. Sie wissen, dass wir da eine klare Situation haben. Die FINMA schreibt eine jährliche Selbstevaluation durch den Verwaltungsrat vor: «Er beurteilt mindestens jährlich seine Zielerreichung und Arbeitsweise und dokumentiert dies schriftlich.»[14] *Von verschiedenen internationalen Gremien wird nun aber eine Evaluation durch externe Experten gefordert, wobei das Ergebnis dieser Evaluation an die Aufsichtsbehörden – oder gar an die Aktionäre – weitergeleiten werden soll. Die extremste diskutierte Forderung ist ein Assessment durch die Aufsichtsbehörden selber. Was sagen Sie dazu?*

Walter Knabenhans: Ich bin der Meinung, dass all diesen Vorschlägen die Problematik des Schnappschusses innewohnt. Wenn so ein zeitpunktbezogenes Prüfverfahren bei einem Gremium, das letztlich konsistent und immer seine Aufgabe erfüllen muss, implementiert wird, dann ist diese Schnappschussproblematik vorhanden. Darum bin ich überzeugt, dass – natürlich in der Abhängigkeit von der Grösse eines Gremiums – letztlich Selbstreflexionen, wenn sie richtig und jährlich durchgeführt werden und der Verwaltungsratspräsident und das Gremium insgesamt genügend Momentum und Wille an den Tag legen, um sich immer wieder kritisch zu hinterfragen, mit Abstand das effektivste Mittel sind.

Allerdings glaube ich, dass – Daniel Zuberbühler hat es angesprochen – die Prüfgesellschaften durch ihre Nähe auch ein Auge darauf werfen sollten. Und wenn man den Eindruck gewinnt, dass dem nicht nachgelebt wird, müsste man vermutlich von regulatorischer Seite aktiv werden. Aber ich glaube nicht, dass das systematische Anwenden von irgendwelchen externen checks im Sinne von *one size fits all* effizient ist.

Peter Forstmoser: Ich möchte allgemein darauf hinweisen, dass wir zurzeit in der öffentlichen Diskussion, aber auch in unserem Panel, stark von einer Haltung des Misstrauens ausgehen und uns auf die Kontrollfunktion des Verwaltungsrates konzentrieren. Der Verwaltungsrat ist aber nicht nur Kontrollorgan, er ist auch Sparring-Partner der Geschäftsleitung. Wir sollten diesen Aspekt nicht vernachlässigen und die beratende und unterstützende Funktion des Verwaltungsrates betonen, neben der von Misstrauen und Versagen geprägten Sichtweise des Kontrollierens und Sanktionierens.

---

[14] FINMA-RS 08/24 (siehe Fn. 1), Rz. 17.

Daniel Zuberbühler: Was auch noch ein nützliches Mittel ist, das man gelegentlich, aber eben nicht systematisch, weil es sonst pervertiert wird, anwenden kann, ist die Einverlangung eines VR-Protokolls. Wenn man zum Beispiel irgendeinen seltsamen Deal gesehen hat und man sich fragt, wie dieser zustande gekommen ist. Da sieht man manchmal wirklich eigenartige Dinge. Aber man darf das nicht systematisch machen, weil das Protokoll sonst poliert wird. Auch wir haben unsere VR-Protokolle, wir hatten sie bereits zu Zeiten der EBK. Nach den Genfer Strafprozessen, wo plötzlich Protokolle der alten EBK mit Namensnennungen in den Zeitungen erschienen, hat man entschieden, dass es keine namentlichen Nennungen mehr gibt. Jetzt steht «ein Mitglied des Verwaltungsrat fragt», «die Geschäftsleitung antwortet», «auf der einen Seite», «auf der anderen Seite». Man sieht immer noch, wie der Entscheid zustande kommt, aber man kann ihn nicht mehr einzelnen Personen zurechnen.

Man muss aufpassen, dass man nicht zu viel verlangt und der Verwaltungsrat dann Auswege findet, um seine Entscheide anderswo zu treffen. Aber punktuell zwischenhinein einmal näher prüfen: Was haben die gemacht? Ist das dort überhaupt richtig diskutiert worden?

Roland von Büren: Was sind Ihre Erfahrungen mit diesen Selbstevaluationen? Ich kenne nur diejenigen, die ich selber geschrieben habe. Wie sieht das aus? Hat man einen Überblick? Ist das nicht einfach garbage-in / garbage-out? Steht da effektiv etwas Gutes drin?

Jean-Pierre Roth: Ich musste diese Übung, die Selbstevaluation des Verwaltungsrats, am Ende des Jahres durchführen. Ich habe eine schöne Liste mit 40 Fragen von meinem Vorgänger bekommen, und die Mitglieder des Verwaltungsrats haben das treu gemacht. Welche Informationen bekommt man daraus? Nach meiner Ansicht ist man in Bezug auf die Arbeitsweise des Verwaltungsrats nicht selbstkritisch. Es ist schwierig für die Mitglieder des Verwaltungsrats, selbstkritisch zu sein. Sie haben natürlich eine Idee davon, ob das administrative Funktionieren des Verwaltungsrats richtig war und die erste Klage ist immer, dass man die Dokumente nicht früh genug erhält. Diese Reaktion kommt immer. Aber für mich war interessant, wie die Mitglieder des Verwaltungsrats die Rolle des Präsidenten beurteilen. Wie spürt man im Verwaltungsrat die Interaktion zwischen Präsident und Mitgliedern? Das war für mich natürlich eine Quelle von Informationen für meine Tätigkeit als Präsident des Verwaltungsrats. Eher als eine Prüfung, ob der Verwaltungsrat richtig, fleissig oder effizient gearbeitet hat. Die Information,

wie sich die Mitglieder des Verwaltungsrats im Gremium unter meiner Führung fühlen.

Roland von Büren: Wir haben ein nicht unwichtiges Thema noch nicht besprochen. Die Frage nach den Interessenkonflikten im Verwaltungsrat. Dabei interessiert mich vor allem, wie die zwei anwesenden Bankpräsidenten das handhaben. Haben Sie irgendwelche reglementarischen Grundlagen oder funktioniert das ad-hoc? Und dann die Anschlussfrage an Herrn Zuberbühler: Braucht man hier auch eine Regulierung?

Walter Knabenhans: Bei uns ist das sehr formell, aber auch sehr generell, im Organisationsreglement festgehalten. Das ist natürlich bei Weitem nicht hinreichend. Interessenkonflikte sind für mich tatsächlich eines der heikelsten Probleme und auch eines derjenigen, die immer wieder zu grossen Problemen führen. Dabei geht es nicht nur um Interessenkonflikte im unmittelbar konfligierenden Sinn, also dass ich allenfalls noch für ein anderes Unternehmen tätig bin und irgendeinen Konflikt gegenüber dem anderen Unternehmen kreieren könnte, sondern die wirklich heiklen Konflikte sind diejenigen in der persönlichen Sphäre. Ich glaube, die sind umso augenfälliger je mehr *on the table* ist, also je mehr eigene finanzielle Aspekte tangiert sind.

Für ein VR-Gremium ist es ganz entscheidend, dass ein hoher moralischer Standard bei jedem Mitglied vorhanden ist, natürlich vor allem beim Präsidenten. Damit man beim geringsten Verdacht entscheidet. Das ist das Eine. Das Andere ist aber, dass man sicher auch in Bezug auf institutionelle Rahmenbedingungen in diese Richtung wirken kann. Zum Beispiel Kreuzverwaltungsratsmandate, wie das früher zwischen Credit Suisse und Nestlé der Fall war, und ähnliche derartige Konstellationen. Es ist offensichtlich, dass man da als Person bei diversen Themen, die sich stellen können, *conflicted* ist.

Roland von Büren: Herr Forstmoser, eine aktienrechtliche Frage: Genügt es nicht, wenn man die Sorgfalts- und die Treuepflicht des Verwaltungsrats als Messlatte nimmt für das Verhalten bei Interessenkonflikten?

Peter Forstmoser: Heute ist die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht in der Tat die Grundlage für die Beurteilung von Interessenskonflikten. In Zukunft soll eine spezifische Regelung in das Gesetz aufgenommen werden und diese Regelung entspricht etwa dem, was man heute schon mehr oder weniger als gute Praxis ansieht. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: Es gibt auf Dauer angelegte, institutionelle Konflikte. Bei solchen gibt es nur eines:

den Rücktritt. Daneben gibt es aber auch Konflikte im Einzelfall. Für sie stehen aus meiner Sicht zwei Forderungen fest: Die erste ist Transparenz. Man muss jeden Konflikt offenlegen. Das ist auch nötig für die Hygiene des Gremiums. Als Zweites ist klar, dass man bei einem Konflikt nicht mitstimmen darf. Offen ist dagegen, ob darüber hinaus jede Art von Mitwirkung zu unterbinden ist. Ich befürworte die Regel, dass die betroffene Person ein erstes Votum abgeben darf, bevor sie in den Ausstand tritt. Denn sie ist oft diejenige, die am besten Bescheid weiss. Anschliessend muss dann die Diskussion ohne ihr Beisein geführt werden.

Daniel Zuberbühler: Sie haben ja gefragt, ob das auch noch vertieft reguliert werden müsste. Da würde ich nein sagen. Das Problem der Interessenkonflikte, Ausstandsregeln, usw. haben wir natürlich auch in der Aufsichtsbehörde. Dazu gab es eine riesige Diskussion: Was sind die Konflikte *by appearance*? Das ist sehr schwierig zu vermitteln. Aber Sie können nicht einfach nur ein Gremium von Eunuchen haben, oder von Professoren, das wäre das Pendant dazu. Wenn Sie Fachkenntnis fordern, und ich spreche jetzt vom Verwaltungsrat einer Bank oder eben auch einer Behörde, kommen Sie nicht darum herum, dass sich die Leute vielleicht irgendwie einmal in diesem Business bewegt und dabei möglicherweise befleckt haben. Sie können nicht gleichzeitig Sachverstand und Unabhängigkeit in Reinkultur haben. Und wie Peter Forstmoser sagt: Es kann sehr nützlich sein, wenn der Betreffende, der in den Ausstand muss, noch seine Sicht dartun kann, die dann vielleicht zu kritischen Fragen zum ganzen Geschäft Anlass geben kann.

Meine generelle Einschätzung: Es sind auch mentale Restriktionen. Ich kann durchaus unabhängig sein in dem Sinne, dass ich nicht jemanden vertrete, der jetzt gerade als Geschäft ansteht oder über den in der Behörde zu entscheiden ist. Aber ich habe vielleicht in einem anderen Fall ein Gutachten gemacht und mich mental schon engagiert. Merkt man in solchen Fällen, dass der liebe Kollege ja eigentlich schon prädisponiert ist? Das sind die subtilen Geschichten: nicht die simplen Ausstandsregeln, sondern sozusagen die «mentalen Pre-Engagements».

Ende der Diskussion

Zur Entwicklung der Funktion Legal und Compliance unter dem Aspekt von Corporate Governance – ein Plädoyer für eine integrierte Funktion Recht

Prof. Dr. Othmar Strasser, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis ... 97
Materialien ... 99

I. Zur Entwicklung der Rechtsberatung zum umfassenden Compliance-Management in einer Bank im Überblick ... 101
   1. Aufgaben der klassischen Rechtsabteilung ... 101
   2. Entstehungsgründe für Compliance ... 102
   3. Generelle Risikobeurteilung als Aufgabe der Compliance-Abteilung ... 103
   4. Vom punktuellen zum umfassenden Compliance-(Risk-) Management ... 104
   5. Individuelles und generelles Risikomanagement als Aufgabe zweier voneinander verschiedener Rechts- und Compliance-Abteilungen? ... 105

II. Gegenstand der vorliegenden Ausführungen ... 107

III. Integrierte Funktion Recht als Überwindung des überholten Gegensatzes zwischen Legal und Compliance ... 109
   1. Legal und Compliance – zwei verschiedene Dinge? ... 109
      a) Unterschiedliche und vielfältige Organisationsformen in der Praxis ... 109
      b) Zur gängigen Unterscheidung von Legal und Compliance ... 110
      c) Schutz des Unternehmens als gemeinsame Aufgabe von Legal und Compliance ... 112
      d) Fazit ... 113

2. Grundlagen und Aufgaben einer integrierten Funktion Recht 114
a) Grundlagen 114
aa) Aufsichtsrechtliche Grundlage 114
bb) Umfang des relevanten Normenkomplexes 114
cc) Unterstützungsfunktion als Grundverständnis 117
dd) Unabhängigkeit 118
b) Aufgabenkatalog der integrierten Funktion Recht im Überblick 119
c) Zu den Aufgaben im Einzelnen 120
aa) Information über die massgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die Bank 120
bb) Rechtsberatung im Einzelfall 120
cc) Litigation und Schulung von Mitarbeitenden 122
dd) Umsetzung von Erlassen durch Redaktion von Weisungen, betriebsinternen Reglementen und Standardverträgen 122
ee) Generelle Einschätzung der Compliance-Risiken und Ausarbeitung eines risikoorientierten Tätigkeitsplans 122
ff) Berichterstattung 126
gg) Überwachung von Transaktionen, Geschäften sowie Verträgen und Kontrollaufgaben 126
hh) Ermittlungen und Abklärungen 127
ii) Wahrnehmung von Managementaufgaben im Ausnahmefall 128
kk) Dokumentation 128
ll) Einflussnahme auf die Gesetzgebung (Regulatory Affairs) 128
3. (Aufsichts-)Rechtliche und betriebswirtschaftliche Gründe für eine integrierte Funktion Recht 129
a) Aufsichtsrechtliche Vorschriften in Bezug auf Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft als Beispiel 129
b) Betriebswirtschaftliche Gründe 130
4. Mögliche Organisationsformen einer integrierten Funktion Recht 131
a) Zentrale und dezentrale Einheiten 131
b) Wahrnehmung von bestimmten Aufgaben durch die 1. Line of Defence 131
5. Definitorische Begriffselemente einer integrierten Funktion Recht als Fazit 132

a) Primäre Verantwortung des Managements für die Einhaltung von Normen ... 132
b) Integrierte Funktion Recht als Unterstützungsfunktion ... 132
c) Unabhängigkeit ... 132
d) Funktion Recht als integrierte Einheit ... 133
e) Ziele der integrierten Funktion Recht ... 133

IV. Aspekte der Berichterstattung ... 133
1. Grundlagen ... 133
a) Allgemeine Berichterstattung ... 133
b) Besondere Berichterstattung ... 134
c) Direkte Meldungen an die FINMA ... 134
2. Inhalt und Adressaten ... 135
a) Allgemeines ... 135
b) Inhalt der Risiko-Berichterstattung an den Verwaltungsrat ... 135
c) Inhalt der Risiko-Berichterstattung an die Geschäftsführung ... 136
d) Inhalt der Risiko-Berichterstattung an die einzelnen Organisationseinheiten ... 137
e) Risikokommunikation mit der internen Revision ... 137
3. Form der Risikokommunikation ... 138
4. Zur Problematik von «Informationsfiltern» im Risiko-kommunikationsprozess ... 138
a) Ausgangslage ... 138
b) Mögliche Ursachen für Informationsfilter ... 139
aa) Psychologische Ursachen ... 139
bb) Inhaltliche und kognitive Schranken ... 140
cc) Hierarchische Informationsfilter ... 141

V. Zur Stellung des General Counsels in einer Bank ... 143
1. Unabhängigkeit der Funktion Recht als Grundlage ... 143
a) Das Konzept der Basler Empfehlungen ... 143
b) Das Konzept der FINMA ... 143
c) Unabhängigkeit der Funktion Recht als Kriterium des «Leading Practices Reference»-Organisationsmodells im Risk Management ... 144
d) Unabhängigkeit der Funktion Recht als Anforderung an eine zeitgemässe Unternehmensverfassung ... 145
e) Anwaltliche Unabhängigkeit als Garantin für die Unabhängigkeit der Funktion Recht ... 146

2. Institutionelle und organisatorische Garantien der Unabhängigkeit des General Counsels ... 151
a) Auftrag und Erwartungshaltung der Bank ... 151
aa) Die Bank bzw. das Unternehmen als einzige «Klientin» ... 151
bb) Der General Counsel als Berater und juristisches Gewissen der Bank ... 151
b) Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ... 152
c) Organisatorische und institutionelle Garantien im Einzelnen ... 153
aa) Wahl und Entlassung des General Counsels ... 153
bb) Unterstellung ... 153
cc) Direkter Zugang zum Verwaltungsrat ... 153
dd) Eskalationsrecht ... 154
3. Erhöhte Verantwortung des General Counsels ... 155

VI. Problematische Entwicklungstendenzen für die Funktion Recht ... 155
1. Internationale und nationale Stossrichtungen für neue gesetzliche Vorschriften ... 155
a) Basler Ausschuss und EU ... 155
b) Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion gemäss Rundschreiben 4/2010 der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vom 7. Juni 2010 in Deutschland ... 156
c) FINMA-Vertriebsbericht 2010 ... 159
2. Der General Counsel und die Funktion Recht im Visier von Aufsichtsbehörden und Strafgerichten ... 161
a) Der General Counsel im Visier der Strafjustiz ... 161
b) Der General Counsel im Visier der Aufsicht ... 162

VII. Fazit ... 164

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 6. Juni 2011.

BERRISCH GEORG M., Korrespondenz mit Syndikusanwalt unterfällt nicht dem Schutz der Vertraulichkeit zwischen Anwalt und Mandant, EuGH, Urteil vom 14.9.2010 - C-550/07 P (Akzo Nobel Chemicals Ltd mit Sitz in Hersham [Vereinigtes Königreich] und andere) mit Anmerkungen, in: EuZW 2010, 778-788.

BERTSCHINGER URS, Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, in: FS für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 455-477.

BÖCKLI PETER, Audit Committee – Der Prüfungsausschuss des Verwaltungsrates auf Gratwanderung zwischen Übereifer und Unsorgfalt, Schriften zum Aktienrecht, Bd. 22, Zürich/Basel/Genf 2005.

CAPRASSE DENIS/LAURENT JULIEN/REED WENDY, Three lines of defence: How to take the burden out of compliance, in: Insurance digest, PwC, April 2008, 14-18, abrufbar unter: <www.pwc.com/en_GX/gx/insurance/pdf/european_insurance_digest_april_2008.pdf>.

DANN MATTHIAS/MENGEL ANJA, Tanz auf einem Pulverfass – oder: Wie gefährlich leben Compliance-Beauftragte?, in: NJW 2010, 3265-3269.

DE CAPITANI WERNER, Anwaltsgeheimnis und Unternehmensjurist, Zürich 1999.

EMMENEGGER SUSAN, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe – Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern 2004.

– Prudentielle Corporate Governance, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, Basel 2011, 1-48 (in diesem Band).

EMMENEGGER SUSAN/KURZBEIN REGULA, Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken, in: GesKR 2010, 462-475.

FELLMANN WALTER, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Art. 12 BGFA, Zürich 2005.

FRÜH ANDREAS, Legal & Compliance – Abgrenzung oder Annäherung (am Beispiel einer Bank), in: Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ) 2010, 121-126.

HAMACHER PETER, Der Syndikusanwalt ist kein Anwalt 2. Klasse – Das Urteil des EuGH i.S. Akzo Nobel zum Anwaltsgeheimnis, in: Anwaltsblatt (AnwBl) 2011, 42-45.

KÜBLER PHILIP, Leistung und Leitung von Unternehmensjuristen – Harte und weiche Faktoren zwischen Management und Recht, in: GesKR 2007, 335-339.

LÖSLER THOMAS, Die Mindestanforderungen an Compliance und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG (MaComp), in: WM 2010, 1917-1923.

HEINEMAN BEN, Dialogue, in: Experts, Egon Zehnder International, Issue No. 3 (2011), The General Counsel and the Board, 17-22.

NIERMANN STEPHAN, Die Compliance-Organisation im Zeitalter der MaComp – eine Analyse ausgewählter Fragen, in: ZBB 2010, 400-427.

NIGGLI MARCEL A., Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen?, in: Anwaltsrevue 2006, 277 ff.

NOBEL PETER, Der Risikobegriff und rechtliche Risiken, in: ZSR 129 (2010), 3-27.

– Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010.

PFEIFER MICHAEL, Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen?, in: Anwaltsrevue 2006, 166-169.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 319-330b OR, Bern 2010.

ROHNER URS/CERUTTI ROMEO, Legal und Compliance im globalen (Finanz-)Unternehmen, in: GesKR 2007, 1-5.

ROXIN CLAUS, Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, in: NJW 1992, 1129-1136.

RYSER MARC, Risk Governance: Anforderungen an das Risikomanagement, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, Basel 2011, 165-180 (in diesem Band).

SCHNEIDER UWE H., Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2003, 645-650.

SEITZ CLAUDIA, Kein Legal Privilege für Syndikusanwälte – Ein Pyrrhussieg?, in: EuZW 2010, 761.

STAUB LEO, Überlegungen zur Erfassung und Steuerung rechtlicher Risiken im Unternehmen (aus Schweizer Sicht), in: Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ) 2009, 121-132.

Legal Management – Management von Recht als Führungsaufgabe, 2. A., Zürich 2006.

STÖCKLI BEAT/GEHRIG MARCO, Rechtliche Risiken bei Banken – Neue Herausforderungen für Führungsorgane und Prüfer, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2010, 606-613.

STRASSER OTHMAR, Aspekte von Compliance als Teil von Corporate Governance aus Sicht einer Bank, in: Hans-Caspar von der Crone (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts. Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 537-552.

– Antwort einer Bank auf die erhöhte Verantwortlichkeit im Unternehmen aus zivil-, straf- und verwaltungsrechtlicher Sicht – oder Management von Compliance Risiken als Aufgabe von Unternehmensjuristen, in: Marcel A. Niggli/Marc Amstutz (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, 245-292.

– Zur Rolle der Banken bei der Rechtsdurchsetzung, in: SJZ 107 (2011), 21-30.

– Strafrechtliche Aspekte der Rechtsberatung durch Unternehmensjuristen, in SJZ 105 (2009), 473-475.

– Strafrechtliche Verantwortung des Unternehmensjuristen einer Schweizer Bank, in: Mario Monti/Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein/Bo Vesterdorf/Jay Westbrook/Luzius Wildhaber, Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung. Festschrift für Carl Baudenbacher, Baden-Baden/Bern/Wien 2007, 749-776.

THIERFELDER JÖRG, The Role of the General Counsel with the Board of Directors, in: Experts, Egon Zehnder International, Issue No. 3 (2011), The General Counsel and the Board, 10-14.

VEIL RÜDIGER, Compliance-Organisationen in Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Zeitalter der MiFiD – Regelungskonzepte und Rechtsprobleme, in: WM 2008, 1093-1098.

WOHLMANN HERBERT, Die Verantwortung des Unternehmensjuristen – Das veränderte Aufgabenfeld aufgrund neuer Vorschriften in den Bereichen Compliance und Corporate Governance und die gesteigerte Verantwortung im Unternehmen, in: SJZ 105 (2009), 171-174.

Materialien

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Compliance and the compliance function in banks (BASLER EMPFEHLUNGEN), April 2005, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>.

BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT (BaFin), Rundschreiben 4/2010 (WA) – Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (MaComp) vom 7. Juni 2010, abrufbar unter: <www.bafin.de>.

COSO, «Enterprise Risk Management – Integrated Framework» als internationale Benchmark für Risikomanagementsysteme, abrufbar unter: <www.observar.ch/docs/dokumente/Obs_Summary_coso_Framework_d.pdf>.

ECONOMIESUISSE, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, aktualisiert 2007, abrufbar unter: <www.economiesuisse.ch>.

EU-GRÜNBUCH, Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, Europäische Kommission, KOM(2010) 284, Brüssel 2. Juni 2010, abrufbar unter <eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0284:FIN:DE:PDF>.

FINANZMARKTAUFSICHT (FINMA), Kernpunkte «FINMA-Vertriebsbericht 2010» vom 10. November 2010, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/kernpunkte_bericht_vertriebsregeln_20101110_d.pdf>.

– Kurzbericht zur Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/aktuell/Documents/kurzbericht-ubs-x-border-20090218-d.pdf>.

– Point de Presse in Zürich (Medienanlass) vom 10. November 2010 zum publizierten FINMA-Diskussionspapier zu den Verhaltensregeln am Point of Sale, mit Refe-

raten von Urs Zulauf («Unzureichender Schutz von Privatkunden am Schweizer Finanzmarkt») und Patrick Raaflaub («Kundenschutz am Point of Sale und einheitliche Aufsicht über Finanzdienstleister in einem Finanzdienstleistungsgesetz»), abrufbar unter: <www.finma.ch/d/medien/medienanlaesse/Seiten/pointdepressezuerich-2010111.aspx>.

- Positionspapier zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft («Positionspapier Rechtsrisiken») vom 22. Oktober 2010, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/positionspapier_rechtsrisiken_d.pdf>.
- Regulierung von Produkten und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen («FINMA-Vertriebsbericht 2010»; Diskussionspapier: 1-86; Anhänge: 1-46 [entspricht S. 87-132]) vom Oktober 2010, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/diskussionspapier-vertriebsregeln-20101110-d.pdf>.
- Rundschreiben 08/21 Eigenmittelanforderungen für Operationelle Risiken bei Banken vom 20. November 2008, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-21.pdf>.
- Rundschreiben 08/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken vom 20. November 2008, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-24.pdf>.
- Rundschreiben 08/38 Aufsichtsregeln zum Marktverhalten im Effektenhandel vom 20. November 2008, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-38.pdf>.

Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts (Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz) vom 5. April 2011, ausgegeben zu Bonn am 7. April 2011, Bundesgesetzblatt 2011 I Nr. 14, 538-548, abrufbar unter: <www.bundesgesetzblatt.de>.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, Organizational Sentencing Guidelines, abrufbar unter: <www.ussc.gov/>.

ZÜRCHER KANTONALBANK, Bericht über das Geschäftsjahr 2010 und den Leistungsauftrag der ZKB, abrufbar unter: <www.zkb.ch/e-paper/Geschaeftsbericht2010/index.html>.

- Compliance Reglement vom 23. Juni 2011, abrufbar unter: <www.zkb.ch>.
- Richtlinie betreffend Konsultation der Risikoorganisation und der Complianceorganisation beim Abschluss von Handels-, Kapitalmarkt- und Treasury-Geschäften (Pre-Deal Konsultation) vom 24. November 2010.

I. Zur Entwicklung der Rechtsberatung zum umfassenden Compliance-Management in einer Bank im Überblick

1. Aufgaben der klassischen Rechtsabteilung

Seit Jahrzehnten verfügen Unternehmen und auch Banken von einer bestimmten Grösse an über Rechtsabteilungen. Zu deren klassischen Aufgaben gehörten und gehören die Rechtsberatung im Einzelfalle mit dem Ziel, Konfliktfälle möglichst zu vermeiden und die Rechtsstellung der Bank optimal zu gestalten.[1] Traten solche Konflikte auf, war es Aufgabe der Rechtsabteilung, sie für die Bank im Rahmen von aussergerichtlichen Bemühungen oder Verfahren möglichst vorteilhaft zu lösen. Proaktive Rechtsberatung und Streitbeilegung waren somit Kernaufgaben der klassischen Rechtsabteilung. Dazu kamen weitere Aufgaben wie etwa die Redaktion von Standardverträgen, Reglementen, bankinternen Weisungen und die Durchführung von Schulungen für Mitarbeitende. Die Lösung von Problemen im Einzelfalle durch juristische Begleitung von einzelnen Transaktionen und Durchführung von Verhandlungen sowie Abschluss von Verträgen stand aber allemal im Vordergrund.[2] Schon früh erkannte man, dass Rechtsabteilungen auch bei der Formulierung und Umsetzung einer Strategie wesentliche Beiträge leisten können.[3] Dies stellt eine Tätigkeit der Rechtsabteilung dar, die über den Einzelfall hinausgeht.[4]

Das Grundverständnis einer solchen – im Wesentlichen mit der Lösung von Einzelfällen betrauten – Rechtsabteilung war jenes einer Dienstleisterin, welche die Bank nach Bedarf in Anspruch nahm, und die möglichst kostengünstig ihre Leistungen zu erbringen hatte.[5]

---

1 STRASSER, FS Zobl, 544.

2 WOHLMANN, SJZ 105 (2009), 172.

3 STAUB, Legal Management, 41 ff.

4 Auf diese Dimension wird weiter hinten noch zurückzukommen sein (vgl. hinten Kapitel I.3., I.5., III.2.c.ee., V.1.c.).

5 Vielfach schlossen die verschiedenen Abteilungen einer Bank mit der Rechtsabteilung sog. *Service Level Agreements*, die auch als Basis für die Entschädigungen der Mitarbeitenden der Rechtsabteilung dienten oder dienen.

2. Entstehungsgründe für Compliance

Ende der 80er und Anfang der 90er Jahre tauchte der Begriff 'Compliance' auf.[6] Ursache für diese Entwicklung war, dass zunehmend immer mehr Unternehmen und auch Banken durch einzelne Vorkommnisse in arge Bedrängnis gerieten oder der Gesetzgeber dazu überging, auf bestimmten Gebieten den Banken Organisationspflichten aufzuerlegen, um einzelne betriebstypische Risiken künftig besser steuern zu können.[7] Organisationspflichten für Unternehmen sah der Gesetzgeber schon früh etwa bei der Regelung des Wertpapierhandels oder der Bekämpfung der Geldwäscherei vor.[8] Neu an dieser Entwicklung war, dass Unternehmen organisatorische Vorkehren zu treffen hatten, um ganz bestimmte Risiken zu vermeiden, die in der Vergangenheit zu Unglücksfällen geführt hatten oder die der Gesetzgeber als besonders risikoträchtig einstufte. Ganz auf dieser Linie liegt auch der Von Roll-Entscheid des Bundesgerichtes,[9] in welchem der Konzernchef der Von Roll dafür bestraft wurde, dass er es pflichtwidrig unterlassen hatte, im Von Roll-Konzern organisatorische Vorkehren gegen die Verletzung des Kriegsmaterialgesetzes zu treffen.[10] Neu an dieser Entwicklung war die Stossrichtung, Risiken auf einem bestimmten Gebiet proaktiv und losgelöst vom Einzelfall zu steuern. Die mit dieser Aufgabe betrauten sog. Compliance-Abteilungen haben im Gegensatz zu der klassischen Rechtsabteilung nicht erst «on demand», sondern aus eigener Initiative tätig zu werden. Zu den klassischen Aufgaben dieser neugeschaffenen Compliance-Einheit gehörten insbesondere Überwachungs- und Kontrolltätigkeiten, Aus- und Weiterbildung von Mitarbeitenden sowie die Umsetzung von Erlassen.[11] Die damit einhergehende Beratung hat vorwiegend

---

6 SCHNEIDER, ZIP 2003, 648. Der amerikanische Kongress erliess Ende der 80er Jahre die sog. US Organizational Sentencing Guidelines mit Strafzumessungsbestimmungen. Sie sehen u.a. bei strafbaren Handlungen durch Mitarbeitende für Unternehmen eine Strafmilderung vor, wenn ein Compliance-Programm besteht und dieses bestimmte Anforderungen erfüllt (vgl. SCHNEIDER, ZIP 2003, 648 mit weiteren Beispielen in Fn. 17).

7 SCHNEIDER, ZIP 2003, 648.

8 SCHNEIDER, ZIP 2003, 648.

9 BGE 122 IV 103.

10 BGE 122 IV 126 ff.

11 STRASSER, FS Zobl, 544. Diese Funktionen fasst man gemeinhin auch unter dem Begriff *Enforcement* zusammen.

zum Ziel, die exakte Befolgung von Verhaltensvorschriften sicherzustellen, wobei das Schwergewicht z.T. auf sehr detaillierten und technischen Vorschriften lag und liegt.

3. Generelle Risikobeurteilung als Aufgabe der Compliance-Abteilung

Aus dem punktuellen Verständnis von Compliance ist die Forderung der Regulatoren an die Banken entstanden, losgelöst vom Einzelfall, auf speziellen Gebieten Risiken zu identifizieren, zu beurteilen und Massnahmen zu deren Vermeidung und Reduktion vorzuschreiben.[12] Interessant ist die Feststellung von Befürwortern einer Trennung der Legal- und Compliance-Abteilung, dass die generelle Risikoidentifikation und –beurteilung durch die Compliance-Abteilung ohne den Input der Legal-Abteilung, welche aus den konkreten Fallbearbeitungen die Risiken kennt, nicht möglich sei.[13] Neu an dieser Entwicklung ist, dass die Banken (Compliance-)Risiken nicht nur im Einzelfall, sondern auch generell zu identifizieren und zu beurteilen haben. So verstanden brachte die Entwicklung von Compliance eine neue Dimension bei der Steuerung von Risiken, die sich aus der Befolgung von Rechtsvorschriften ergeben. Ursachen dieses Trends sind sicher die zunehmende Regulierungsdichte und die Häufung von Unglücksfällen, welche den Unternehmen nicht nur finanzielle Verluste bescherten, sondern auch deren Reputation schädigten. Das Denken über den Einzelfall hinaus war in diesem Sinne das Gebot der Stunde. In der Folge schrieb auch die FINMA den Schweizer Banken vor, dass eine Compliance-Funktion eine jährliche Einschätzung des Compliance-Risikos vorzunehmen und einen entsprechenden risikoorientierten Tätigkeitsplan auszuarbeiten habe, der Massnahmen zur Vermeidung bzw. Reduktion von Compliance-Risiken enthält.[14]

---

12 Ziff. 4 i.V.m. Ziffn. 37-39 BASLER EMPFEHLUNGEN; FRÜH, CCZ 2010, 125 f.

13 FRÜH, CCZ 2010, 125 f.

14 Rz. 109 FINMA-RS 08/24.

4. Vom punktuellen zum umfassenden Compliance-(Risk-)Management

Art. 9 Abs. 2 der Bankenverordnung (BankV)[15] schreibt den Banken vor, die Grundzüge des Risk Managements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien zu regeln und überdies insbesondere Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen. Diese Bestimmung hat wohl nicht ganz losgelöst von der bisher beschriebenen Entwicklung Eingang in die Bankenverordnung gefunden. Im Gegensatz etwa zu den von SCHNEIDER[16] erwähnten gesetzlichen Organisationspflichten enthält Art. 9 Abs. 2 BankV keine inhaltliche Einschränkung in Bezug auf die rechtlichen Risiken. Ebenfalls keine ausdrücklichen inhaltlichen Einschränkungen auf bestimmte Rechts- und Tätigkeitsgebiete enthält das Rundschreiben 08/24 der FINMA betreffend Überwachung und interne Kontrolle Banken,[17] währenddem die nur kurz vorher publizierten Empfehlungen des BASLER AUSSCHUSSES *Compliance and the compliance function in banks* vom April 2005 in deren Ziff. 4 noch auf ganz wenige Gebiete fokussieren.[18] Unter den wenigen explizit aufgezählten Bereichen findet sich auch das Steuerrecht. Das schweizerische Aufsichtsrecht und die schweizerische Finanzmarktaufsichtsbehörde sind aber ganz offensichtlich diesem eingeschränkten Verständnis von Compliance nicht gefolgt und haben mit Art. 9 BankV und dem FINMA-RS Überwachung und interne Kontrolle Banken die Grundlage für ein umfassendes Management von Compliance-Risiken gelegt.[19]

---

15 SR 952.02.

16 SCHNEIDER, ZIP 2003, 648.

17 Rz. 97 FINMA-RS 08/24 spricht ganz generell von «gesetzlichen» Vorschriften.

18 Ziff. 4 der BASLER EMPFEHLUNGEN lautet wie folgt: «*Compliance laws, rules and standards generally cover matters such as observing proper standards of market conduct, managing conflicts of interest, treating customers fairly, and ensuring the suitability of customer advice. They typically include specific areas such as the prevention of money laundering and terrorist financing, and may extend to tax laws that are relevant to the structuring of banking products or customer advice. A bank that knowingly participates in transactions intended to be used by customers to avoid regulatory or financial reporting requirements, evade tax liabilities or facilitate illegal conduct will be exposing itself to significant compliance risk.*»

19 STRASSER, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 257 ff.

5. Individuelles und generelles Risikomanagement als Aufgabe zweier voneinander verschiedener Rechts- und Compliance-Abteilungen?

Die Trennung von Legal- und Compliance-Abteilung führte in mehrerlei Hinsicht zu nicht unproblematischen Entwicklungen beim Management von Rechts- und Compliance-Risiken. Einer heute noch weitverbreiteten Ansicht folgend, wird Legal als Abteilung verstanden, die auf Biegen und Brechen Geschäftschancen zu realisieren hat, währenddem Compliance auf eine reine Kontrollfunktion mit Fokus auf Risikovermeidung und -reduktion beschränkt wird.[20] Diese (künstliche) Aufteilung von Aufgaben übersieht, dass ein Unternehmen nicht Chancen nutzen kann, ohne entsprechende Risiken einzugehen, dass also bei der Rechtsberatung im Einzelfall das Nutzen von Chancen durch entsprechende Rechtsgestaltung und die Vermeidung bzw. Reduktion von Risiken miteinander untrennbar verknüpft sind.[21]

Im Zuge dieser Unterscheidung sind viele Banken dazu übergegangen, die Compliance-Abteilung sogar mit Managementaufgaben zu betrauen, d.h. darüber entscheiden zu lassen, ob bestimmte Geschäfte abzuschliessen, bestimmte Personen anzustellen oder bestimmte Produkte für den Markt zuzulassen sind.[22] Auf diesem Wege wird Compliance zum Risikonehmer in der 1. Line of Defence wie eine Business Unit.[23] Nach den BASLER EMPFEHLUNGEN ist die Wahrnehmung solcher «Business Responsibilities» indessen mit der Ausübung der Compliance-Funktion grundsätzlich nicht vereinbar.[24] Motiv für solche Organisationsformen ist der Ruf nach einem Risikomanagement mit der Befugnis, «den Tätigkeiten der Risiken eingehenden Akteure/Händler Einhalt zu gebieten».[25] Letztlich führt dies dazu, wichtige (aber auch unangenehme) Entscheidungen an die Risiko- und Compliance-Abteilung zu übertragen mit der vorgeschobenen Begründung, dass die Lösung der konkreten Aufgabe Sache einer unabhängigen Organisationsein-

---

20 Mit dieser pointierten Gegenüberstellung begründet FRÜH seinen Standpunkt, dass eine Annäherung der beiden Bereiche erfolgt und eine Zusammenarbeit erforderlich sei (FRÜH, CCZ 2010, 123).

21 STRASSER, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 252; STAUB, CCZ 2009, 124.

22 Sog. «Clearance» durch Compliance.

23 Vgl. dazu hinten Kapitel V.1.c.

24 Vgl. Ziffn. 20 u. 26 BASLER EMPFEHLUNGEN.

25 EU-GRÜNBUCH, 8.

heit in der 2. Line of Defence sei.[26] Die Tendenz zur Übertragung von Managementaufgaben an die Compliance-Funktion zur effizienteren Durchsetzung von Normen durchkreuzt das weiter hinten ausführlicher dargestellte 3-Linien-Modell im Risikomanagement.[27] Nach diesem Modell ist die Rechtsberatung als Risikomanagement im Einzelfall nicht vom generellen Risikomanagement, verbunden mit Entscheidkompetenzen im operativen Geschäft, abzuspalten, sondern das individuelle und generelle Risk Management von der Wahrnehmung von operativen Aufgaben.[28] Sowohl die sachfremde Trennung von Chance und Risiko bei der Beurteilung des Einzelfalls als auch das Tätigwerden einer Compliance-Abteilung als Entscheidungsträgerin im operativen Geschäft sind Fehlentwicklungen und rechtfertigen die Trennung und möglicherweise unterschiedliche Unterstellung von Legal und Compliance in keiner Weise.

Richtigerweise braucht es zum Management von (Compliance-)Risiken sowohl die Beurteilung des Einzelfalls als auch die generelle Einschätzung der Risiken mit Blick auf alle betriebstypischen Gefahren einer Bank. Beide Arten von Beurteilung setzen umfassende Rechtskenntnisse voraus und sind letztlich nur im Verbund möglich. Sowohl die Sichtweise einer auf die Realisierung von Geschäftschancen um jeden Preis ausgerichteten Rechtsberatung sowie die auf blosse Risikovermeidung reduzierte Optik einer Kontroll-Compliance helfen einem Unternehmen wenig. Selbst wenn man für einzelne Aufgaben, sei dies nun die Rechtsberatung oder etwa die Überwachung von bestimmten Transaktionen, Spezialisten einsetzt, entbindet dies nicht davon, beide Elemente über eine integrierte Führung zu vereinigen.[29] Das Nebeneinander von getrennten Rechts- und Compliance-Abteilungen führt überdies zu Doppelspurigkeiten und Redundanzen, die allein schon aus betriebswirtschaftlichen Gründen nachteilig sind. Verschiedene Banken haben daher entsprechend reagiert, indem sie die Legal- und Compliance-Abteilungen unter einheitlicher Leitung beim General Counsel zusammen-

---

26 Letztlich handelt es sich dabei um ein Versagen der Linienorganisation, die entweder nicht willens oder nicht in der Lage ist, nein zu sagen. Dass fehlgeleitete Anreizsysteme solche Organisationsformen offenbar nötig gemacht haben, sei hier nur am Rande angedeutet.

27 Vgl. hinten Kapitel V.1.c.

28 Vgl. zum 3-Linien-Modell Kapitel V.1.c.

29 Dies ist letztlich die These dieses Beitrages.

führen. Nach richtiger Auffassung soll dieser folgendem Grundsatz verpflichtet sein:

> «The General Counsel should ask not just whether something is legal, but whether it is right.»[30]

Dieses Bild des General Counsels knüpft an eine alte Tradition an, die auch noch heute Gültigkeit haben soll. Er verkörpert mit seiner Organisationseinheit das «juristische Gewissen» des Unternehmens bzw. der Bank.[31] Dieses Rollenverständnis hat durch die Vorstellung der Rechtsabteilung als einer reinen Dienstleisterin in der jüngeren Vergangenheit stark gelitten. Mit dem Aufkommen des Begriffs «Compliance» ist das «juristische Gewissen» zumindest teilweise wieder zum Leben erwacht. Ursache für diese Entwicklung ist der Umstand, dass die Unabhängigkeit der Compliance-Funktion als wesentliches Definitionsmerkmal (und damit auch als Voraussetzung) einer wirksamen Compliance-Organisation anerkannt und heute in Rz. 100 FINMA-RS 08/24 ausdrücklich verankert ist.[32] Den Unternehmensjuristen sprach und spricht man heute noch z.T. die Unabhängigkeit bei der Berufsausübung ab. Darauf wird weiter hinten noch zurückzukommen sein.[33]

II. Gegenstand der vorliegenden Ausführungen

Vor dem Hintergrund der eben im Überblick aufgezeichneten Entwicklung sollen im Folgenden ausgewählte Aspekte von Compliance im Lichte einer zeitgemässen Corporate Governance dargestellt werden, die nicht nur dem Shareholder-Value verpflichtet ist.[34] Der Autor hat sich schon in früheren Beiträgen mit Fragen von Compliance und Corporate Governance auseinan-

---

30 THIERFELDER, The Role of the General Counsel, 11.

31 BGH-Urteil vom 17. Juli 2009 i.S. Berliner Stadtreinigungsbetriebe, in: WM 2009, 1884 Rz. 30.

32 LÖSLER, WM 2010, 1919.

33 Vgl. hinten Kapitel V.1. und V.2.

34 In ihrem Einführungsreferat stellte die Veranstalterin der Schweizerischen Bankrechtstagung 2011 dieser dem Shareholder-Value verpflichteten Corporate Governance die sog. «Prudential Corporate Governance» gegenüber, die auch aufsichtsrechtlichen Anforderungen zu genügen hat. Zum Begriff der «Prudential Corporate Governance» vgl. EMMENEGGER, Prudentielle Corporate Governance, 11 ff. (in diesem Band).

dergesetzt.[35] Im vorliegenden Beitrag geht es darum, die seitherige Entwicklung und die Ausprägung einzelner Elemente von Compliance darzustellen. Dabei sollen selbstverständlich auch Erfahrungen aus der jüngsten Finanzkrise miteinfliessen. Nicht fehlen sollen Hinweise auf mögliche (Fehl-) Entwicklungen, die sich aufgrund jüngster Urteile von Höchstgerichten sowie geplanter Gesetzgebungsaktivitäten ergeben. Im Sinne einer Arbeitsthese wird von der Notwendigkeit einer integrierten Funktion Recht ausgegangen, welche den Gegensatz von Legal und Compliance überwindet und sich gleichzeitig mit Aufgaben des generellen Risikomanagements, losgelöst vom Einzelfall, wie auch des individuellen Managements von Compliance-Risiken bei einzelnen Geschäften, Verträgen, Transaktionen etc. zu befassen hat.[36] Aus dem breit gefächerten Aufgabenkatalog einer solchermassen verstandenen integrierten Funktion Recht[37] soll die Risiko-Berichterstattung in Bezug auf Compliance-Risiken herausgegriffen werden.

In einer jüngsten Analyse haben SUSAN EMMENEGGER und REGULA KURZBEIN zum Thema «Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken» zutreffend aufgezeigt, wie bedeutungsvoll die Risikokommunikation in einem Unternehmen bzw. in einer Bank ist.[38] Eine besondere Problematik der Risikokommunikation stellen nach Auffassung dieser beiden Autorinnen sog. «hierarchisch bedingte Informationsfilter» dar.[39] Ein weiteres Problemfeld identifizieren die beiden Autorinnen in der unzureichenden «Eigenständigkeit und Autorität des Risikomanagements»,[40] weshalb die Prüfung der Stellung des General Counsels als verantwortlicher Leiter der solchermassen bezeichneten integrierten Funktion Recht einen weiteren Schwerpunkt der folgenden Ausführungen darstellt.

Bekanntlich sind Gesetzgeber und Gerichte derzeit mit der Aufarbeitung der Folgen der Finanzkrise ebenfalls stark befasst. In einem letzten Teil sollen daher gefährliche Entwicklungstendenzen aufgezeigt werden, die darauf

---

35 STRASSER, FS Zobl, 537 ff.; DERSELBE, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 245 ff.

36 Im Folgenden wird nur noch der Begriff «Funktion Recht» anstelle von «Compliance-Funktion» oder «Legal und Compliance» verwendet. Bei Zitaten hält sich der Autor an die Bezeichnung in der entsprechenden Quelle.

37 Vgl. dazu hinten Kapitel III.2.b.

38 EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 464.

39 EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 464.

40 EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 464.

angelegt sind, an die Funktion Recht bzw. den Pflichtenkreis des General Counsels überdehnte Anforderungen zu stellen.

In diesem Zusammenhang geht der Autor der Frage nach, ob es zu den Aufgaben der Funktion Recht gehören soll, im Rahmen von Produktezulassungsprozessen private Drittinteressen von Anlegern und Kunden zu wahren, und ob es ferner Sache des General Counsels sein soll, darüber zu wachen, dass die Geschäftsführung die Interessen der Bank wahrt.

III. Integrierte Funktion Recht als Überwindung des überholten Gegensatzes zwischen Legal und Compliance

1. Legal und Compliance – zwei verschiedene Dinge?

a) Unterschiedliche und vielfältige Organisationsformen in der Praxis

ROHNER/CERUTTI halten zu Recht fest, dass sich die Organisation der Legal- und Compliance-Abteilung von Unternehmen zu Unternehmen unterscheide.[41] Diese Feststellung ist Ausdruck des Prinzips, dass sich jede Bank entsprechend ihrer Grösse, ihrer Struktur, ihres sachlichen und geografischen Geschäftskreises und der Komplexität ihrer Aufgaben zu organisieren hat.[42] Ziff. 34 der BASLER EMPFEHLUNGEN hält dazu ausdrücklich fest:

> «Not all compliance responsibilities are necessarily carried out by a 'compliance department' or 'compliance unit'. Compliance responsibilities may be exercised by staff in different departments. In some banks, for example, legal and compliance may be separate departments; the legal department may be responsible for advising management on the compliance laws, rules and standards and for preparing guidance to staff, while the compliance department may be responsible for monitoring compliance with the policies and procedures and reporting to management.»

Das Nebeneinander von Legal und Compliance ist heute die am häufigsten anzutreffende Organisationsform. Teilweise sind die beiden Abteilungen sogar unterschiedlich unterstellt oder, wie etwa bei der CS, richtigerweise unter einheitlicher Leitung des General Counsels zusammengefasst.[43] So ein-

---

41 ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 2.

42 Vgl. Rzn. 101, 104-106 FINMA-RS 08/24.

43 ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 4.

fach und klar, wie diese Organisationsform äusserlich erscheinen mag, so unklar sind die Konturen der beiden Aufgabengebiete. Dass es zwischen den beiden Bereichen Schnittstellen gibt, ist anerkannt.[44] Davon soll im Folgenden die Rede sein.

b) Zur gängigen Unterscheidung von Legal und Compliance

Traditionellerweise gehören zur Legal-Funktion z.B. die Ausarbeitung von Verträgen, die Rechtsberatung der Frontstellen, die juristische Begleitung von Projekten, die Litigation, und zu Compliance das Monitoring, also das Überwachen von Transaktionen und Positionen, die Einhaltung der Geldwäschereivorschriften etc.[45] Eine ähnliche Trennlinie zwischen Legal und Compliance zieht FRÜH.[46] FRÜH qualifiziert Legal als Dienstleisterin, der die Rechtsberatung im Einzelfalle obliege, wobei er die Beratung als Nutzen von Chancen mit Legal-Management bezeichnet, und dem Legal Risk Management gegenüberstellt, bei dem es um die Vermeidung von Risiken im Einzelfalle gehe.[47] Wie ROHNER/CERUTTI ordnet auch FRÜH Kontrollaufgaben der Compliance-Funktion im Sinne von sog. «Second Level Kontrollen» zu.[48] Nach FRÜH ist die Compliance-Abteilung zudem «mehr auf die Identifizierung von gesetzlichen oder regulatorischen Schwachstellen im Unternehmen und deren Beseitigung» fokussiert.[49] Auch die FINMA scheint Legal und Compliance als zwei verschiedene Funktionen zu betrachten, wenn sie in Rz. 104 FINMA-RS 08/24 bestimmt, dass die Compliance-Funktion u.a. mit dem Rechtsdienst in einer Abteilung vereinigt werden könne.

Weiter unterscheidet FRÜH die beiden Abteilungen Legal und Compliance nach Massgabe von deren Unabhängigkeit vom Management.[50] Unter Hinweis auf das deutsche Wertpapierhandelsgesetz führt er aus, dass die Unabhängigkeit für die Compliance-Funktion vorgeschrieben sei. Er stellt sodann fest, dass auch Legal richtigerweise unabhängig tätig sei, weil «bei einem verantwortungsbewussten Verständnis der Rechtsberatung und im

---

44 ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 2; FRÜH, CCZ 2010, 125 f.
45 ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 2 f.
46 FRÜH, CCZ 2010, 121 ff.
47 FRÜH, CCZ 2010, 122 u. 123 r.Sp.o.
48 FRÜH, CCZ 2010, 123.
49 FRÜH, CCZ 2010, 123.
50 FRÜH, CCZ 2010, 123.

Interesse des Unternehmens» auch Legal «seine rechtlichen Bewertungen nach eigener Sachkenntnis und Einschätzung, nicht aber auf Weisung des zu beratenden Fachbereichs» vornehme.[51] Wiewohl der Schlussfolgerung von FRÜH beizupflichten ist, verraten diese Ausführungen doch ein immer wieder anzutreffendes Vorurteil, wonach Unternehmensjuristen Rechtsberatung verstünden als «Realisierung» von Geschäftschancen «auf Biegen und Brechen».[52] Ein ähnliches Bild der internen Unternehmensjuristen prägte offenbar den amerikanischen Gesetzgeber beim Erlass des Sarbanes Oxley Act, der vorsieht, dass externe Anwälte Unregelmässigkeiten dem Board of Directors zu melden haben, wenn nach Ansetzung einer bestimmten Frist das Management den Mangel nicht beseitigt.[53] Auf die Frage der Unabhängigkeit der Funktion Recht und insbesondere des General Counsels wird weiter hinten noch zurückzukommen sein.[54]

ROHNER/CERUTTI und FRÜH identifizieren einen weiteren Unterschied zwischen Legal und Compliance darin, dass Compliance in erster Linie dem Risikomanagement diene und zwar sowohl in Bezug auf die regulatorischen als auch die Reputations-Risiken eines Unternehmens.[55] Dieses – offenbar generelle, weil vom Einzelfall losgelöste – Risikomanagement bestehe im Wesentlichen aus Kontroll- und Überwachungstätigkeiten sowie der Schulung der Mitarbeitenden. Als weitere Besonderheit der Compliance-Abteilung hebt FRÜH hervor, dass diese «typischerweise die Hoheit über die Erstellung der direkt ihre Zuständigkeit betreffenden allgemeinen Arbeitsanweisungen» habe.[56] Wie sich ein solches Anweisungsrecht mit der blossen Unterstützungsfunktion der Compliance-Funktion verträgt, wie sie in den Empfehlungen des BASLER AUSSCHUSSES verankert ist, wird weiter hinten noch zu prüfen sein.[57]

---

51 FRÜH, CCZ 2010, 123.

52 FRÜH, CCZ 2010, 123.

53 BERTSCHINGER, FS Forstmoser, 462 f.

54 Vgl. hinten Kapitel V.1. und V.2.

55 ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 3; FRÜH, CCZ 2010, 123.

56 FRÜH, CCZ 2010, 123.

57 Prinzip 7 der BASLER EMPFEHLUNGEN lautet wie folgt: *«The responsibilities of the bank's compliance function should be to* ***assist*** (Hervorhebung durch den Verfasser) *senior management in managing effectively the compliance risks […]»*. Vgl. hinten Kapitel III.2.a.cc.

c) Schutz des Unternehmens als gemeinsame Aufgabe von Legal und Compliance

FRÜH, der die methodisch unterschiedliche Vorgehensweise von Legal und Compliance herausstreicht,[58] betont, «dass Legal und Compliance beide eine beratende Aufgabe (Legal- bzw. Compliance-Management) und eine risikoverhindernde Aufgabe (Legal- bzw. Compliance-Risk Management) haben, die verknüpft» seien. Er führt weiter aus, dass dort, «wo Compliance z.B. auch eine risikoidentifizierende und -bewertende Aufgabe hat, Legal massgeblich Input leisten» müsse. Compliance werde «die quantitative und qualitative (auch monetäre) Bewertung der identifizierten Risiken kaum möglich sein, ohne dass u.a. Legal die aus der konkreten Fallbearbeitung offenbarten Prozess-, Schadenersatz-, Bussgeldrisiken etc. verfolgt und an Compliance kommuniziert».[59]

Eine Auffassung, die ebenfalls eher das Gemeinsame zwischen Legal und Compliance unterstreicht, scheint KÜBLER zu vertreten, indem er als erste Aufgabe des Unternehmensjuristen den Schutz des Unternehmens und als zweite den Service (das Nutzen von Chancen) bezeichnet.[60] FRÜH scheint demgegenüber die Dienstleistung an die erste Stelle zu setzen.[61] Zum Schutze des Unternehmens verlangt KÜBLER, dass der Unternehmensjurist «einen zweiten und dritten» Anlauf zu unternehmen habe, wenn der hauptverantwortliche Manager seinem Ratschlag nicht folge.[62] FRÜH fordert in einem solchen Falle, dass Legal «bis zur Geschäftsleitung eskaliert, wo man dann die vorgesehene Massnahme unterbinden» werde.[63] Obwohl auch ROHNER/CERUTTI von «support the business» und von «protect the business»[64] (in dieser Reihenfolge!) sprechen, scheinen sie nur von Angehörigen der Compliance-Abteilung zu verlangen, sich nicht zu scheuen, «zu ihrer Meinung und ihrer Überzeugung zu stehen».[65] Genau diese Eigenschaft ist aber verlangt, wenn der Unternehmensjurist im Rahmen seiner Beratung

---

58 FRÜH, CCZ 2010, 124.
59 FRÜH, CCZ 2010, 125.
60 KÜBLER, GesKR 2007, 335 f.
61 Vgl. FRÜH, CCZ 2010, 122.
62 KÜBLER, GesKR 2007, 336.
63 FRÜH, CCZ 2010, 123.
64 ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 4.
65 ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 5.

feststellt, dass seinem Rat nicht gefolgt wird und dem Unternehmen daraus ein Schaden entstehen könnte. Dieses Verständnis von Rechtsberatung im Einzelfall zeigt ganz deutlich, dass der Inhouse-Counsel es nicht beim erteilten Ratschlag bewenden lassen darf. Stellt er fest, dass das Management diesem nicht folgt, muss er nach zutreffender Auffassung der vorgenannten Autoren alles unternehmen (eskalieren), damit die Geschäftsführung den drohenden Schaden von der Bank abwendet. Präventive Rechtsberatung und nachträgliche Kontrolle und Überwachung stehen nicht in einem Gegensatz, sondern haben ein gemeinsames Ziel. Eine auf Überwachung und Kontrolle fokussierte Compliance-Abteilung wäre in vielen Fällen gar nicht in der Lage, das Unternehmen bzw. die Bank vor Schaden zu bewahren. So lassen sich etwa Steuerumgehungsgeschäfte, die als komplexe Handelsgeschäfte konzipiert sind, nachträglich kaum mehr identifizieren, geschweige denn verhindern.[66] Solche Risiken lassen sich letztlich nur durch Einführung einer Konsultationspflicht[67] oder mit der Verankerung eines sog. Pre-Deal-Konsultationsverfahrens[68] vermeiden. Beide Instrumente haben unzweifelhaft Merkmale des «Enforcements».[69]

d) Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass zwischen Legal und Compliance im traditionellen Sinne grosse Gemeinsamkeiten bestehen.[70] Unterschiede existieren teilweise in Bezug auf Inhalt und bestimmte Arten von Tätigkeiten. Inhaltlich ist Compliance einem traditionellen Verständnis folgend auf bestimmte Rechts- und Tätigkeitsgebiete beschränkt und befasst sich auf eben diesen Gebieten insbesondere mit Schulung von Mitarbeitenden, Überwachung und Kontrolle und allgemeinem Risk Management. Bei Lichte besehen eignen sich indessen diese angeblich unterschiedlichen Aufgabenbereiche nicht für eine funktionale Abgrenzung der beiden Bereiche,

---

66 Als Beispiel eines Steuerumgehungsgeschäfts ist das sog. «Dividend Stripping» zu nennen, mit dem versucht wird, Doppelbesteuerungsabkommen zu umgehen (Treaty Shopping).

67 § 11 des Compliance Reglementes der ZÜRCHER KANTONALBANK schreibt vor, in welchen Fällen die Organisationseinheit Recht Steuern & Compliance zwingend zu konsultieren ist.

68 ZÜRCHER KANTONALBANK, Pre-Deal-Konsultation (2010).

69 Vgl. dazu hinten Kapitel III.2.c.bb.

70 FRÜH, CCZ 2010, 123, 125 f.

waren doch seit ehedem Schulung und Ausbildung von Mitarbeitenden immer auch Aufgaben der Rechtsabteilung. Allgemeines Risikomanagement ist, wie von FRÜH festgestellt,[71] ohne Unterstützung der Rechtsabteilung nicht möglich. Als vorläufiges Resultat könnte man als differentia specifica zwischen Legal und Compliance die Aufgabenbereiche Kontrolle und Überwachung sowie in beschränktem Umfang Wahrnehmung von Managementaufgaben (z.B. Clearance bei Eigengeschäften von Mitarbeitenden oder Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit neuen Kunden etc.) identifizieren. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, hat auch Legal, verstanden als juristisches Gewissen der Bank, Wächterfunktionen wahrzunehmen und wird in Ausnahmefällen ebenso wie Compliance mit Managementaufgaben betraut, so dass sich die Grenzen eigentlich vollständig verwischen.

2. Grundlagen und Aufgaben einer integrierten Funktion Recht

a) Grundlagen

aa) Aufsichtsrechtliche Grundlage

Nach Rz. 104 FINMA-RS 08/24 kann die Compliance-Funktion mit anderen internen Funktionen, mit welchen keine Interessenkonflikte bestehen, eine Abteilung bilden, z.B. mit dem Rechtsdienst oder der Risikokontrolle, wobei die Aufgaben jeder einzelnen Funktion klar zu definieren und zuzuordnen sind. Damit hat die FINMA die rechtliche Grundlage für die integrierte Funktion Recht geschaffen. Geht man, wie nach der hier vertretenen Auffassung, von einem umfassenden Verständnis der Compliance-Funktion aus, geht die Integration über die blosse Zusammenfassung der beiden Funktionen in einer Abteilung hinaus. Wie in diesem Beitrag zu zeigen sein wird, lässt sich mit diesem integrativen Ansatz auch die Forderung nach klarer Zuweisung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten ohne weiteres erfüllen.

bb) Umfang des relevanten Normenkomplexes

Wie oben dargestellt, ist Ausgangspunkt sowohl für Legal als auch für Compliance das Recht. Beide Funktionen haben zum Ziel, Risiken aus rechtlichen Vorgaben zu vermeiden bzw. zu reduzieren. Daraus ergibt sich die Forderung, dass sich eine integrierte Funktion Recht mit allen für die Bank

---

[71] FRÜH, CCZ 2010, 125 f.

massgebenden Normen des Rechts und der (kodifizierten) Ethik[72] zu befassen hat. Richtigerweise muss sich der Kreis der massgeblichen Normen auf sämtliche betriebstypischen Risiken einer Bank beziehen, die vorgängig systematisch zu ermitteln sind.[73] Diese Risikoermittlung muss proaktiv erfolgen, also unabhängig vom Tätigwerden des Gesetzgebers, und auch nicht erst nach Eintritt grosser Verlust- und Schadensereignisse.[74]

Wie schon weiter vorn dargelegt,[75] erfolgt die Umschreibung des Normenkomplexes über den Begriff 'Compliance Rules'[76] oder 'Compliance Risks'.[77] Während der Begriff der Compliance Rules nach den BASLER EMPFEHLUNGEN sich auf ganz wenige Gebiete beschränkt, scheint die Umschreibung in Rz. 98 des FINMA-RUNDSCHREIBENS 08/24 offener zu sein. Beiden Definitionen haftet indessen der Mangel an, dass sie vertragliche Bestimmungen nicht erfassen, wiewohl auch die Verletzung von Verträgen zu rechtlichen Sanktionen, finanziellen Verlusten und Reputationsschäden führen kann. Diesem Umstand trägt hingegen der von NOBEL und STÖCKLI/GEHRIG entwickelte Begriff der Rechtsrisiken Rechnung.[78]

Nicht zielführend für die Bestimmung des für die Funktion Recht relevanten Normenkomplexes ist hingegen die Definition der operationellen Risiken gemäss Art. 77 der Eigenmittelverordnung (ERV),[79] weil Reputationsrisiken und strategische Risiken nicht erfasst sind.[80] Für die Umschreibung und das Verständnis einer integrierten Funktion Recht würde es eigentlich nahe liegen, den Begriff der Rechtsrisiken zur Abgrenzung des relevanten Normenkomplexes zu verwenden. Da die in Lehre und Praxis verwendeten Definitionen von Rechtsrisiken finanzielle Verluste nur teilweise und Reputationsschäden überhaupt nicht berücksichtigen, ist man gezwungen, auf die

---

72 STRASSER, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 258.

73 Vgl. dazu hinten Kapitel III.2.c.ee. und IV.

74 Mit dem «Positionspapier Rechtsrisiken» scheint die FINMA offenbar zu einem punktuellen Verständnis von Compliance zurückgekehrt zu sein und hat in diesem Sinne das Crossborder Private Banking zum Compliance Issue erhoben.

75 Vgl. vorn Kapitel I.4.

76 Vgl. Ziff. 4 BASLER EMPFEHLUNGEN.

77 Vgl. Ziff. 3 BASLER EMPFEHLUNGEN; Rz. 98 FINMA-RS 08/24.

78 NOBEL, ZSR 129 (2010), 22; STÖCKLI/GEHRIG, ST 2010, 606 f.; ähnlich STAUB, CCZ 2009, 125.

79 SR 952.03.

80 Vgl. dazu STRASSER, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 259 ff.

Definition der Compliance-Risiken nach Massgabe der BASLER EMPFEHLUNGEN und der Vorschriften der FINMA abzustellen. Daraus ergibt sich folgende Umschreibung der Rechts- und Compliance-Risiken, die im Folgenden **synonym** zu verwenden wären:

> «Als (Rechts- und) Compliance-Risiken gelten Risiken von Verstössen gegen die für eine Bank und deren Organe und Mitarbeitende geltenden Normen des Rechts (Gesetze, Verordnungen, Reglemente, Standards, Verträge etc.) und der (kodifizierten) Ethik, die zu rechtlichen Sanktionen, finanziellen Verlusten und Reputationsschäden führen können.»[81]

Das besondere Unterscheidungsmerkmal des Begriffs der Compliance-Risiken gegenüber den operationellen und rechtlichen Risiken strictu sensu ist die Gemengelage der Folgen eines Normverstosses. In Bezug auf die Ursache dieser Folgen, nämlich die Rechtsnormverletzung, besteht Übereinstimmung mit dem traditionellen Begriff der rechtlichen Risiken. Operationelle Risiken haben definitionsgemäss noch weitere Ursachen als bloss fehlerhafte Verhaltensweisen.[82]

Selbstverständlich kann sich eine integrierte Funktion Recht nicht mit **sämtlichen** für eine Bank, deren Organe und Mitarbeitende relevanten Rechtsregeln befassen. Vorbehältlich entgegenstehender aufsichtsrechtlicher Vorschrift oder besonderer Risikoanalysen durch die Bank selbst, sind Berufsregeln, technische Regeln und Sicherheitsvorschriften sowie weitere betriebsinterne Vorschriften von eher untergeordneter Bedeutung nicht Gegenstand des Aufgabenbereichs der Funktion Recht.[83] So kann es sicher nicht Sache der Funktion Recht sein, Revisionsspezialisten, Finanzanalysten, Händler oder Accounting-Spezialisten in ihrer täglichen Arbeit zu begleiten. Treten in diesen Bereichen indessen besondere Rechtsprobleme auf, wird sich die Funktion Recht dieser annehmen müssen.

---

81 Vgl. dazu STRASSER, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 260 ff.; zum Begriff der «Gemengelage» bei den Folgen von Rechtsverstössen vgl. STRASSER, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 263.

82 Art. 77 ERV (SR 952.03); Rz. 2 FINMA-RS 08/21.

83 Von wohl eher untergeordneter Bedeutung sind beispielsweise ein Dresscode oder eine Parkplatzordnung.

cc) Unterstützungsfunktion als Grundverständnis

Sowohl die BASLER EMPFEHLUNGEN als auch das FINMA-RS 08/24 qualifizieren die Compliance-Funktion als Unterstützungsfunktion.[84] Als Stabsstelle hatte und hat auch die klassische Rechtsabteilung seit jeher nur diese Dienstleistungs- und Unterstützungsfunktion. Dies bedeutet, dass die Funktion Recht grundsätzlich keine Managementaufgaben wahrnehmen darf und soll.[85] Die Funktion Recht hat demzufolge im operativen Geschäft weder Anordnungskompetenz noch **originäre** Untersuchungsbefugnisse und Kontrollpflichten.[86] Nicht zu den Überwachungsaufgaben im operativen Geschäft ist das Monitoring der Entwicklung der Compliance-Risiken und die Beurteilung der Wirksamkeit von Massnahmen zur Vermeidung bzw. zur Verminderung von Compliance-Risiken zu zählen.[87] Mit der Unterstützungsfunktion ist die Übertragung von Überwachungs- und Kontrollaufgaben im operativen Geschäft indessen vereinbar, wenn dies auf der Grundlage eines vom Management klar definierten Kontrollrahmens geschieht.[88] Als traditionelle Kontroll- und Überwachungsaufgaben der Funktion Recht sind etwa jene im Zusammenhang mit der Einhaltung der börsengesetzlichen Meldepflicht nach Art. 20 BEHG oder die Transaktionskontrolle nach Art. 8 GwV-FINMA zu erwähnen.

Die nach Rz. 111 FINMA-RS 08/24 der Funktion Compliance zugewiesene Aufgabe, der Geschäftsführung u.a. über die Untersuchung von schwerwiegenden Verletzungen der Compliance Bericht zu erstatten, scheint offenbar von einer entsprechenden Pflicht zur Durchführung von Untersuchungshandlungen auszugehen. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht eine solche aber nur, wenn der CEO oder die Geschäftsführung vorgängig einen entsprechenden Auftrag erteilt oder einen entsprechenden Antrag der Funktion Recht bewilligt hat.[89] Dass die Funktion Recht letztlich nur eine **abgeleitete** Befugnis und damit nur in diesem Rahmen auch eine Pflicht haben kann, Überwachungs- und Kontrollaufgaben sowie Untersu-

---

84 Prinzip 7 BASLER EMPFEHLUNGEN; Rz. 108 FINMA-RS 08/24.

85 Die Erfüllung von Managementaufgaben ist nach dem 3-Linien-Modell Sache der 1. Line of Defence. Vgl. dazu hinten Kapitel V.1.c.

86 STRASSER, SJZ 107 (2011), 25 ff.

87 Vgl. dazu hinten Kapitel III.2.c.gg.

88 Vgl. dazu hinten Kapitel III.2.c.gg.

89 Vgl. dazu hinten Kapitel III.2.c.hh.

chungshandlungen durchzuführen, ist darauf zurückzuführen, dass sich die Funktion Recht hierarchisch nicht über die Geschäftsführung und den Verwaltungsrat stellen kann.

Grösste Zurückhaltung ist schliesslich bei der Übertragung von eigentlichen Managementbefugnissen an die Funktion Recht geboten. In Ausnahmefällen wird der General Counsel und/oder der Leiter der Fachstelle Geldwäscherei mit der Aufgabe betraut, selbständig darüber zu entscheiden, ob eine Meldung nach Art. 9 GwG[90] zu erstatten ist. Da mit einer Meldung nach Art. 9 GwG eine Vermögenssperre nach Art. 10 GwG einhergeht, läuft eine geldwäschereigesetzliche Meldung in aller Regel auf eine Auflösung der Geschäftsbeziehung hinaus, was einem Eingreifen in das operative Geschäft durch die Funktion Recht gleichkommt.

dd) Unabhängigkeit

Die Bedeutung der Unabhängigkeit der Compliance-Funktion ist seit langem als wesentliches Definitionsmerkmal anerkannt[91] und sowohl in den BASLER EMPFEHLUNGEN als auch im FINMA-RS 08/24 verankert.[92] Nach weit verbreiteter Auffassung und jüngst auch durch den EuGH bestätigt, scheinen hingegen Unternehmensjuristen als Angehörige der Funktion Recht nicht unabhängig zu sein, weil sie in einem Angestelltenverhältnis zum Unternehmen bzw. zur Bank stehen.[93] Auf die Frage der Unabhängigkeit der Funktion Recht und des General Counsels ist weiter hinten noch näher einzutreten.[94/95]

---

90 SR 955.0.

91 LÖSLER, WM 2010, 1919.

92 Vgl. Prinzip 5 BASLER EMPFEHLUNGEN; Rz. 100 FINMA-RS 08/24.

93 Urteil des EuGH vom 14.9.2010 i.S. Akzo Nobel Chemicals Ltd, auszugsweise publiziert in EuZW 20/2010, 778 ff.; HAMACHER, AnwBl 2011, 43 f.

94 Vgl. vorn Kapitel III.1.b. sowie hinten Kapitel III.5.c., V.1. und V.2.

95 FRÜH hingegen konzediert auch der Rechtsabteilung Unabhängigkeit (FRÜH, CCZ 2010, 123).

b) Aufgabenkatalog der integrierten Funktion Recht im Überblick

Information über die massgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die Bank
Rechtsberatung im Einzelfall (Identifikation und Beurteilung von Risiken im Einzelfall sowie Rechtsgestaltung)
Prozessführung (Litigation)
Schulung von Mitarbeitenden
Umsetzung von Erlassen (Redaktion von Weisungen und betriebsinternen Reglementen sowie Standardverträgen)
Generelle Einschätzung der Compliance Risiken (Identifikation, Beurteilung, Vorschlag und Beurteilung von Massnahmen → Risikoprofil mit risikoorientiertem Tätigkeitsplan)
Berichterstattung
Überwachung von Transaktionen, Geschäften und Verträgen
Kontrollen
Ermittlungen/Abklärungen
Wahrnehmung von Management-Aufgaben im Ausnahmefall (z.B. Meldung gemäss Art. 10 GwG)
Einflussnahme auf die Gesetzgebung/regulatory affairs
Dokumentation

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass selbst nach traditionellem Verständnis grosse Gemeinsamkeiten zwischen Legal und Compliance bestehen und sich keine Sachkriterien für eine klare Trennlinie finden lassen. Im Gegenteil: Wie aufgezeigt, basieren Legal und Compliance auf gemeinsamen Grundlagen und verfolgen letztlich ein gemeinsames Ziel, nämlich Compliance-Risiken sowohl im Einzelfall wie auch generell zu identifizieren, zu beurteilen und nach Möglichkeit zu vermeiden oder doch mindestens zu reduzieren. Als Unterstützungsfunktionen müssen sie sich im Interesse der Bank mit allen betriebstypischen Risiken und somit mit allen hierfür relevanten Normen befassen. Die proaktive Rechtsberatung der Legal-Abteilung vorzubehalten, ist genauso falsch wie Compliance auf eine Kontrollfunktion zu reduzieren. Historisch auf getrennten Wegen marschierend, sind beide Bereiche heute zu einer Einheit zusammengewachsen. Die einzelnen Risikosteuerungsinstrumente, die in der obigen Übersicht dargestellt sind, lassen sich nicht nach zwingenden Kriterien inhaltlich entweder der Legal- oder der Compliance-Abteilung zuordnen. Es ist daher an der Zeit, die unterschiedlichen Begriffe «Legal» und «Compliance» aufzugeben und künftig nurmehr von «Funktion Recht» zu sprechen. Die einzelnen Aufgaben der solchermassen verstandenen Funktion Recht sollen nachfolgend

kurz erläutert werden, wobei die Risikoberichterstattung im folgenden Kapitel IV besondere Erwähnung findet.

c) Zu den Aufgaben im Einzelnen

aa) Information über die massgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die Bank

Angesichts der Fülle von Regelungen kann die Funktion Recht diese Aufgabe nicht allein übernehmen. Eine Dezentralisierung bzw. Delegation an die Front und den Vertrieb ist unumgänglich.[96] Besonders anspruchsvoll wird diese Aufgabe für eine Bank dann, wenn sie auch im Ausland tätig ist. Die Kenntnis des ausländischen Rechts will organisiert sein, ebenso wie der dauernde Unterhalt und die Pflege des fremden Rechtsstoffes. Erreicht dieser ein gewisses Volumen, sind technische Hilfsmittel unverzichtbar. Wichtig ist in diesem Zusammenhange nicht nur zu regeln, wer über welche Vorschriften zu informieren hat, sondern auch, wessen Pflicht es ist, eine Norm zu kennen bzw. sich darüber zu informieren. Eine im Interesse der Bank liegende Lösung beruht nicht auf einem Entweder-oder, sondern auf einem Sowohl-als-auch. Dies bedeutet, dass Informationen über relevante Rechtsregeln sowohl Bringschulden seitens der Funktion Recht wie auch Holschulden seitens der Mitarbeitenden darstellen müssen. Die Ausrede in einem Verfahren, eine relevante Regel nicht gekannt zu haben, vermag demgemäss nicht zu verfangen.

bb) Rechtsberatung im Einzelfall

Rechtsberatung im Einzelfall bedeutet Identifikation und Beurteilung von Risiken und damit notwendigerweise verbunden auch das Nutzen von Chancen aufgrund rechtlicher Vorgaben durch entsprechende Rechtsgestaltung von Verträgen oder Verhaltensanweisungen an Mitarbeitende. Im richtig verstandenen Sinne ist Rechtsberatung nicht nur «service on demand», der mit Erteilung des Rechtsrates seinen Abschluss gefunden hat. Es darf und soll dem Rechtsberater nicht gleichgültig sein, ob sein Ratschlag be-

[96] Vgl. dazu auch vorn Kapitel III.2.a.bb zur Abgrenzung zwischen Compliance Rules und Berufsregeln sowie technischen Vorschriften.

folgt wird oder nicht.[97] In diesem Zusammenhange stellt sich die Frage, was wohl die Rolle des Rechtsberaters ist, wenn die FINMA Folgendes feststellt:

> «Für diese gravierenden Fehlleistungen waren einzelne wenige Kundenberater [...] und deren direkte Vorgesetzte verantwortlich. Dazu kam, dass ihr Verhalten von den Verantwortlichen [...] und deren direktem Vorgesetzten teilweise erwartet, teilweise zumindest geduldet und jedenfalls nicht pflichtgemäss energisch unterbunden wurde.»[98]

Trifft dieser Vorwurf auch den untätig oder nicht pflichtgemäss nachfassenden Inhouse-Counsel? Bejaht man diese Frage und verlangt man auch von ihm abzumahnen und/oder bei Vorgesetzten zu intervenieren, wenn seinem Ratschlag nicht gefolgt wird, hat ein solches (erwartetes) Verhalten Aspekte der Rechtsdurchsetzung, die über die blosse Rechtsberatung hinausgehen.[99] Eine Bank ist gut beraten, es nicht beim blossen Engagement des einzelnen Rechtsberaters bewenden zu lassen, sondern darüber hinaus Konsultationspflichten oder sogar sog. Pre-Deal-Konsultationsverfahren, etwa für Produktezulassungen, vorzusehen.[100] Bei der Konsultationspflicht geht es darum, den Mitarbeitenden an der Front und im Vertrieb für bestimmte Fälle vorzuschreiben, Rechtsrat einzuholen. Von den Vorgesetzten ist darauf zu achten, dass diesem Rechtsrat Nachachtung verschafft wird. In einer weiteren Stufe kann Rechtsberatung im Rahmen eines sog. Pre-Deal-Konsultationsverfahrens eine wichtige Rolle spielen.[101] In diesem Verfahren geht es darum, dass Front und Vertrieb einerseits sowie Risikomanagement und Funktion Recht andererseits einen konkreten Fall oder eine Transaktion in einem diskursiven Verfahren einer Lösung zuführen. Am Ende dieses Verfahrens besteht entweder Einigkeit oder aber die Angelegenheit geht vor ein Konfliktgremium, das endgültig oder im Rahmen eines weiteren Eskalationsverfahrens quasi «erstinstanzlich» zu entscheiden hat.[102] So verstanden, bedeutet Rechtsberatung, dass auch der Inhouse-Counsel sich nicht scheuen

---

97 KÜBLER, GesKR 2007, 336, spricht in diesem Zusammenhang von einem zweiten oder dritten Anlauf.

98 FINMA, Kurzbericht, 14.

99 Vgl. vorn Kapitel III.1.c.

100 Vgl. vorn Kapitel III.1.c.

101 ZÜRCHER KANTONALBANK, Pre-Deal-Konsultation (2010).

102 Vgl. ZÜRCHER KANTONALBANK, Pre-Deal-Konsultation (2010). Zum Eskalationsrecht des General Counsels als Angehöriger des Konfliktausschusses vgl. § 16 des Compliance Reglementes der ZÜRCHER KANTONALBANK.

darf, zu seiner Meinung und seiner Überzeugung zu stehen.[103] Mit andern Worten darf Rechtsrat im richtig verstandenen Sinne nicht zum Gefälligkeitsgutachten verkommen.

cc) Litigation und Schulung von Mitarbeitenden

Instruktion und Begleitung von Verfahren gehören seit jeher zu den klassischen Aufgaben der Inhouse-Anwälte. Sobald sich ein Compliance-Risiko materialisiert, ist es für die Zwecke der Bewertung und Steuerung als Dispute Risk zu behandeln.[104]

Über Schulung braucht man hier nicht viele Worte zu verlieren. Entgegen der von FRÜH[105] geäusserten Auffassung gehörte und gehört diese Aufgabe auch zu jenen der klassischen Rechtsabteilung.

dd) Umsetzung von Erlassen durch Redaktion von Weisungen, betriebsinternen Reglementen und Standardverträgen

Auch diese Aufgabe lässt sich nicht allein der Legal- oder der Compliance-Abteilung zuordnen. Entscheidend für die Zuweisung solcher Aufgaben sollte allein der Sachverstand der betreffenden Mitarbeitenden sein.

ee) Generelle Einschätzung der Compliance-Risiken und Ausarbeitung eines risikoorientierten Tätigkeitsplans

Bekanntlich schreibt Art. 9 Abs. 2 BankV[106] den Banken vor, in internen Richtlinien u.a. zu regeln, wie rechtliche Risiken zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen sind. Das entsprechende FINMA-RS 08/24 überträgt diese Aufgabe der Compliance-Funktion, indem die Aufsichtsbehörde in dessen Rz. 109 verlangt, dass die Compliance-Funktion mindestens jährlich die Einschätzung des Compliance-Risikos der Geschäftstätigkeit des Instituts vorzunehmen und einen risikoorientierten Tätigkeitsplan auszuarbeiten hat, der Massnahmen zur Vermeidung bzw. Reduktion von Compliance-Risiken vorsieht. Obwohl weder die BASLER EMPFEHLUNGEN noch seit

---

103 Was ROHNER/CERUTTI zu Recht auch vom Compliance Officer fordern (ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 5).

104 STAUB, CCZ 2009, 129 Fn. 92. Solche Dispute Risks werden als Prozessrisiken zu den rechtlichen Risiken im weiteren Sinne gezählt (NOBEL, ZSR 129 (2010), 22).

105 FRÜH, CCZ 2010, 123.

106 SR 952.02.

neuestem offenbar die FINMA[107] von einem umfassenden Begriff der Compliance-Normen und damit der Compliance-Risiken ausgehen, ist nach der hier vertretenen Auffassung von einem alle betriebstypischen Rechts- bzw. Compliance-Risiken erfassenden Risikoprofil auszugehen. Ein solches kann aber nicht dadurch entstehen, dass man Risikobereiche lediglich entlang der vom Gesetzgeber verordneten speziellen Compliance-Programme oder der vom Unternehmen aufgrund besonderer Verluste oder Schadensereignisse identifizierten Problemfelder definiert.[108] An dieser Stelle sollen nicht Einzelheiten von Methode und Vorgehen für die Erstellung eines umfassenden Risikoinventars dargestellt werden.[109] Einige Hinweise auf wichtige Grundsätze dieser noch jungen Disziplin[110] sollen genügen:

– Zunächst muss man sich darüber klar werden, welchen Zwecken ein solchermassen bezeichnetes Risikoinventar[111] zu dienen hat. Für das operative Risikomanagement ist eine möglichst detaillierte Auflistung der einzelnen Risiken mit schriftlicher Dokumentation der Massnahmen und deren Wirkung zur Steuerung der einzelnen Risiken (Nennung von Massnahmen, Bezeichnung der Verantwortlichen und Setzen von Fristen für die Umsetzung von Massnahmen, Aussagen zur Wirksamkeit der Massnahmen) notwendig.[112] Eine Klassifizierung in «hoch», «mittel» und «tief» nach einer zu bestimmenden Matrix ist unumgänglich.[113] Eine besondere Herausforderung ist dabei, die einzelnen Risiken an die richtigen Organisationseinheiten innerhalb der Bank zu adressieren, wobei jeweiligen Änderungen des Organigramms stets Rechnung zu tragen ist.

  Für die Geschäftsführung und den Verwaltungsrat ist im Rahmen der Berichterstattung eine stufengerechte Aufbereitung vorzunehmen, welche den besonderen Aufgaben der beiden Organe Rechnung trägt.[114]

---

107 Vgl. vorn bei Fn. 74.

108 Gerade bei dieser Aufgabe der integrierten Funktion Recht zeigt sich, wie wichtig ein umfassendes, nicht punktuelles Verständnis von Legal und Compliance ist.

109 Vgl. dazu STRASSER, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 279 ff; STAUB, CCZ 2009, 126 ff.

110 STAUB, CCZ 2009, 128.

111 Diesen Begriff verwendet das Compliance Reglement der ZÜRCHER KANTONALBANK in § 13 Ziff. 10.

112 STAUB, CCZ 2009, 131.

113 Vgl. STRASSER, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 285.

114 STAUB, CCZ 2009, 131 f.

- Eine weitere Grundsatzfrage ist jene nach der Anwendung des Inhärenz- oder des Restrisikoprinzips. Unter inhärentem Risiko ist jenes Risiko zu verstehen, dem eine Organisation ohne Massnahmen zur Reduktion der Auswirkung oder der Eintrittswahrscheinlichkeit ausgesetzt ist.[115] Demgegenüber berücksichtigt das Restrisikoprinzip nur jene Risiken, die aufgrund getroffener Massnahmen zur Vermeidung bzw. Reduktion noch bestehen. Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass die Inhärenztheorie nicht praxistauglich ist,[116] weil dies zu einer unnötigen Auflistung von Risiken führt, die real gar nicht existieren bzw. irrelevant sind.
- Aussagekräftige Risikoinventare setzen voraus, dass deren Autoren die Strategie der Bank, deren Geschäftstätigkeit, deren Produkte, Abläufe und Mitarbeitende gut kennen. Verfügt die Funktion Recht über Mitarbeitende mit langjähriger, einschlägiger Berufserfahrung, so ist ein Top-Down-Ansatz angezeigt. Diese Einschätzung der sog. 'internen Experten' ist sodann von den betroffenen Organisationseinheiten innerhalb der Bank zu verifizieren. Dieses diskursive Verfahren kombiniert das Expertengutachten mit dem Self Assessment der betroffenen Organisationseinheiten. Zu regeln bleibt, wer die letzte Verantwortlichkeit für die finale Fassung des Risikoinventars hat.

  Zu Recht weist STAUB darauf hin, dass bei der Identifikation von Risiken nebst einer Innensicht auch eine Aussensicht Platz zu greifen habe.[117] Dies kann jedoch nicht bedeuten, dass bankexterne Experten für die Risikoidentifikation sich besser eignen würden als interne. Vielmehr müssen die internen Experten die Fähigkeit haben, aufgrund ihrer einschlägigen Erfahrungen aus dem Berufsalltag die Aussensicht von Kunden, Lieferanten, Geschäftspartnern und anderen Stakeholdern einzubringen. Gerade für diese notwendige Aussensicht können die Angehörigen der klassischen Legal-Abteilung bei der generellen Risikoidentifikation einen nachhaltigen Mehrwert schaffen.[118]
- Eine weitere wichtige Frage, die es bei der generellen Risikoeinschätzung zu beantworten gilt, ist jene, ob nebst vergangenheitsbezogenen

---

115 COSO, Enterprise Risk Management – Integrated Framework, 3.

116 Die Organisationseinheit Recht Steuern & Compliance der ZÜRCHER KANTONALBANK führt seit 2006 jährlich systematische Risikoreviews nach der Restrisikomethode durch.

117 STAUB, CCZ 2009, 127.

118 FRÜH, CCZ 2010, 125.

Daten auch Trends oder Zukunftsszenarien zu berücksichtigen sind. Vergangenheitsbezogene Daten, die sich z.B. mit entsprechenden Fallregistern der Funktion Recht belegen lassen,[119] haben den grossen Vorteil, von den betroffenen Organisationseinheiten als «bewiesen» akzeptiert zu werden. Operiert man mit Zukunftsszenarien, läuft man Gefahr, bei den betroffenen Organisationseinheiten auf Ablehnung zu stossen, weil man dadurch möglicherweise das Nutzen von zukünftigen Chancen wenn nicht verhindert, so doch zumindest einschränkt. Treten aber in der Zukunft Schadens- oder Verlustfälle ein, die Gegenstand von Zukunftsszenarien hätten bilden können, aber aus besagten Gründen nicht im Risikoprofil erwähnt worden sind, ist die Versuchung gross, den Autoren des Inventars Vorwürfe zu machen.[120] STAUB hält zu diesem Dilemma zutreffend Folgendes fest:

> «Zumindest überall dort, wo auf historische Daten zurückgegriffen werden kann oder (juristisches) Expertenwissen eine plausible Einschätzung erlaubt, sollte auf eine normierte Bewertung der Eintretenswahrscheinlichkeit verzichtet werden.»[121]

– *Operabilität des Massnahmenkataloges gemäss Tätigkeitsplan nach Rz. 109 FINMA-RS 08/24:*

Risikoidentifikation und -beurteilung ohne Massnahmenkatalog sind nutzlos. Vorgeschlagene Massnahmen müssen, wie in diesem Abschnitt weiter vorn dargestellt, gut dokumentiert und auch überwacht sein. Entsprechend dem Grundsatz, dass das Management bzw. die Mitarbeitenden für die Einhaltung der Normen letztlich die Verantwortung tragen,[122] sind für das Durchführen von risikovermeidenden und -begrenzenden Massnahmen das Management und die Mitarbeitenden verantwortlich. Die Funktion Recht unterstützt sie dadurch, dass sie sich pe-

---

119 STRASSER, Verantwortlichkeit im Unternehmen, 281.

120 Der Autor dieses Beitrages hat in seiner bald 20-jährigen Tätigkeit als General Counsel schon oft die Erfahrung gemacht, dass sich seine unbeliebten Voraussagen bewahrheitet haben. Diese dennoch zu machen, verlangt eben genau das, was ROHNER/CERUTTI fordern, dass man sich nämlich als Inhouse-Counsel nicht scheuen darf, zu seiner Meinung und seiner Überzeugung zu stehen und keine Gefälligkeitsgutachten zu erstatten (ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 5).

121 STAUB, CCZ 2009, 130.

122 Rz. 99 FINMA-RS 08/24; Prinzip 2 BASLER EMPFEHLUNGEN.

riodisch über den Stand der Umsetzung von vorgeschlagenen Massnahmen Bericht erstatten lässt und die Resultate der Geschäftsführung und dem Verwaltungsrat zur Kenntnis bringt. Mit der Unterstützungsfunktion nicht vereinbar wäre die Verantwortlichkeit der Funktion Recht, direkte und verbindliche Anordnungen zur Umsetzung von Massnahmen zu treffen.[123]

ff) Berichterstattung

Davon ist in einem besonderen Kapitel weiter hinten die Rede.

gg) Überwachung von Transaktionen, Geschäften sowie Verträgen und Kontrollaufgaben

Die Überwachung und Kontrolle von Transaktionen etc. ist von der Überwachung von Risiken und deren Entwicklung sowie von risikovermeidenden bzw. -begrenzenden Massnahmen klar zu unterscheiden. Die Risikoüberwachung erfolgt durch die Funktion Recht im Rahmen des jährlichen Risikoreviews nach Rz. 109 FINMA-RS 08/24. Ergebnisse von Kontrollen und Überwachungen einzelner Transaktionen im operativen Geschäft können hiezu eine wertvolle Grundlage bilden.

Davon ebenfalls zu unterscheiden ist die Überwachung bzw. Kontrolle der Wirksamkeit von Compliance-Risiken vermeidenden bzw. begrenzenden Massnahmen. Das sog. 'Massnahmen-Tracking' findet ebenfalls im Rahmen des jährlichen Reviews der Risiken und der Massnahmen statt und findet seinen Niederschlag in der Risikoberichterstattung.[124]

Überwachung und Kontrolle des operativen Geschäfts liegen grundsätzlich in der Verantwortung der Linienorganisation. Verschiedene aufsichtsrechtliche Vorschriften verlangen indessen von Banken, bestimmte Überwachungs- und Kontrolltätigkeiten an unabhängige Organisationseinheiten, wie z.B. die Fachstelle Geldwäscherei oder eine andere Abteilung innerhalb der Funktion Recht zu übertragen.[125] Selbstverständlich steht es jeder Bank frei, über die aufsichtsrechtlichen Vorgaben hinaus weitere Überwachungs- und Kontrollaufgaben über risikosensitive Bereiche an die Funktion Recht

---

123 Zur Unterstützungsfunktion vgl. vorn Kapitel III.2.a.cc.

124 Vgl. dazu hinten Kapitel IV.2.

125 Art. 22 u. 23 GwV-FINMA (SR 955.033.0); Rz. 51 FINMA-RS 08/38 betreffend Marktverhaltensregeln.

zu delegieren.[126] Dabei ist genau zu regeln, wer, was und wie zu kontrollieren hat, was mit dem Kontrollergebnis zu geschehen hat, an wen das Kontrollergebnis zu rapportieren ist und wer schliesslich gegebenenfalls Massnahmen zu treffen hat. Überwachungs- und Kontrolltätigkeiten der Funktion Recht sind nach der hier vertretenen Auffassung im Voraus klar zu umschreiben und nicht im Nachhinein der Funktion Recht zuzuweisen, wenn ein Schaden- oder Verlustfall eingetreten ist. Ausserhalb dieses klar umschriebenen Überwachungs- und Kontrollrahmens kann es keine zusätzlichen, wie auch immer gearteten, Überwachungs- und Kontrollpflichten der Funktion Recht geben. Eine andere Auffassung vertreten, hiesse, die Organisationsstruktur eines Unternehmens auf den Kopf zu stellen. Es kann nicht im wohlverstandenen Interesse der Bank liegen, dass sich die Funktion Recht ausserhalb eines definierten Kontrollrahmens zur selbsternannten Polizistin im Unternehmen oder zum verlängerten Arm der Aufsichtsbehörde[127] macht.[128]

hh) Ermittlungen und Abklärungen

Wie schon weiter vorn ausgeführt,[129] schreibt Rz. 111 FINMA-RS 08/24 vor, dass die Compliance-Funktion schwerwiegende Verletzungen der Compliance festzustellen und zu untersuchen hat. Es würde den Rahmen dieser Ausführungen sprengen, die rechtlichen Aspekte von internen Untersuchungen auch nur ansatzweise abhandeln zu wollen. An dieser Stelle soll der Hinweis genügen, dass ohne betriebsinterne Rechtsgrundlagen und entsprechende Infrastruktur solche Untersuchungen rechtlich nicht nur problematisch, sondern auch praktisch schwer durchführbar sind. Eine originäre Verantwortung bzw. Untersuchungskompetenz für die Compliance-Funktion wird nach der hier vertretenen Auffassung abgelehnt.[130]

---

126 Eine solche Delegation sieht beispielsweise § 13 Ziff. 6 des Compliance Reglementes der ZÜRCHER KANTONALBANK vor.

127 LÖSLER, WM 2010, 1922.

128 Auf die strafrechtlichen Konsequenzen solcher Überwachungspflichten ist weiter hinten noch zurückzukommen (vgl. Kapitel VI.2.a.).

129 Vgl. vorn Kapitel III.2.a.cc.

130 Vgl. vorn Kapitel III.2.a.cc. Zum Eskalationsrecht des General Counsels an den Verwaltungsratspräsidenten für den Fall, dass der CEO eine beantragte Untersuchung ablehnt, vgl. hinten Kapitel V.2.c.dd. Mit dem Eskalationsrecht wird die fehlende

ii) Wahrnehmung von Managementaufgaben im Ausnahmefall

Wie vorn ausgeführt,[131] hat die Funktion Recht als Unterstützungsfunktion grundsätzlich keine Anordnungskompetenz im operativen Geschäft. Diesen Grundsatz darf man nicht leichtfertig aufweichen, indem man der Versuchung unterliegt, vor allem unliebsame Entscheide über die Aufnahme oder Entfernung von Kunden beispielsweise der Funktion Recht zu übertragen. Tut man dies dennoch, so wechselt die Funktion Recht von der 2. in die 1. Line of Defence,[132] die primär Risiken zu bewirtschaften hat und dafür auch die Verantwortung trägt. In definierten Einzelfällen mag es jedoch sinnvoll sein, bestimmte Entscheide mit operativer Bedeutung an die Funktion Recht zu delegieren. Die Meldung nach Art. 9 GwG ist als Anwendungsfall bereits vorn behandelt worden.[133/134]

kk) Dokumentation

Nicht selten ist in der Praxis anzutreffen, dass die Funktion Recht Aufgaben wie die Aufbewahrung wichtiger Verträge, bedeutender Untersuchungsakten und von Protokollen der Geschäftsführung oder des Verwaltungsrates sowie als Generalsekretär die Führung des Aktienregisters wahrnimmt.[135] Oft geht damit auch ein Monitoring von auf lange Zeit abgeschlossenen vertraglichen Verbindungen einher, das spezielle Rechtskenntnisse erfordert.

ll) Einflussnahme auf die Gesetzgebung (Regulatory Affairs)

Im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren auf Stufe des Gesetzgebers, des Regulators oder einer Selbstregulierungsorganisation sind Banken immer aufgerufen, ihren Standpunkt und ihre legitimen Interessen einzubringen.

Befugnis, aus eigener Initiative Untersuchungen durchzuführen bzw. durchführen zu müssen, angemessen kompensiert.

131 Vgl. vorn Kapitel III.2.a.cc.

132 Vgl. hinten Kapital V.1.c.

133 Vgl. vorn Kapitel III.2.a.cc.

134 BGE 136 IV 188: Im beurteilten Fall oblag die Pflicht zur Meldung nicht den Leitern der Rechts- und Compliance-Abteilungen, sondern dem Management. Als Überwachungsgaranten wurden sowohl der Chef der Compliance- als auch derjenige der Rechtsabteilung ebenfalls wegen Geldwäscherei gemäss Art. 305bis StGB bestraft (vgl. hinten Kapitel VI.2.a.).

135 WOHLMANN, SJZ 105 (2009), 172.

Angesichts der grossen Regelungsdichte erhält diese Aufgabe eine zunehmende Bedeutung. Ohne den kontinuierlich verdichteten Sachverstand der Funktion Recht kann eine Bank diese Aufgabe nicht wahrnehmen. Wichtig dabei ist, dass die damit betrauten Mitarbeitenden über die nötige Sachkenntnis verfügen. Völlig unwichtig ist dabei, ob die betreffende Person in einer Legal- oder einer Compliance-Abteilung arbeitet.

3. (Aufsichts-)Rechtliche und betriebswirtschaftliche Gründe für eine integrierte Funktion Recht

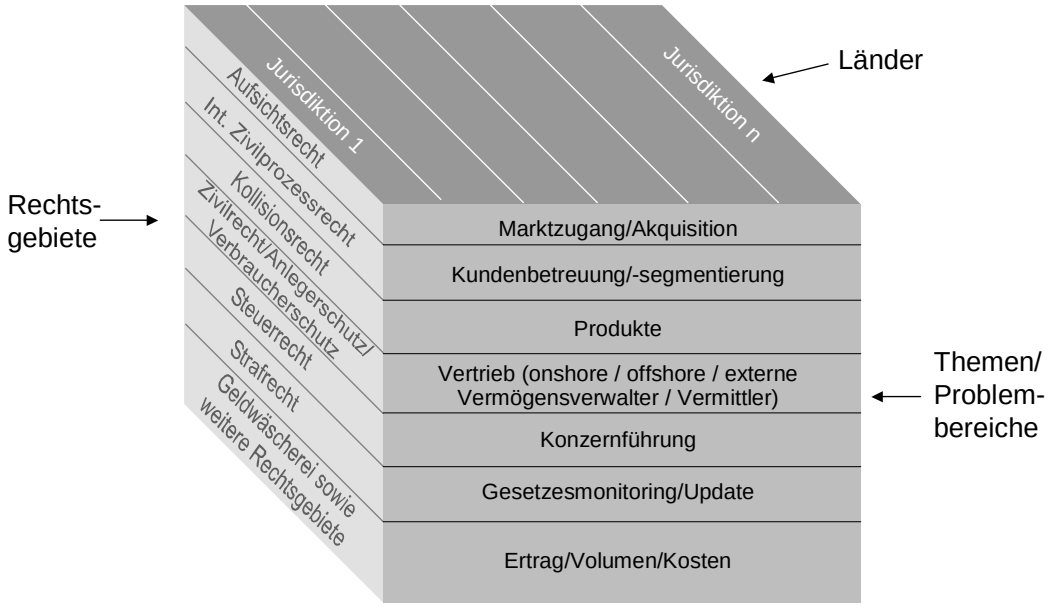
a) Aufsichtsrechtliche Vorschriften in Bezug auf Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft als Beispiel[136]

Schon nur eine summarische Lektüre dieses Positionspapiers der FINMA zeigt mit aller Deutlichkeit auf, dass die Vielschichtigkeit und Komplexität des Crossborder Business im Private Banking nach einer umfassenden und integrierten Funktion Recht geradezu ruft, die sich nicht auf eine blosse Rechtsberatung oder eine reine Kontroll-Compliance – eventuell ergänzt mit genereller Risikoabwehr auf bestimmten Rechtsgebieten – beschränken darf. Aber nicht nur das. Die einzelnen Aufgabenbereiche sind unter einheitlicher Leitung miteinander zu vernetzen, zu koordinieren und letztlich auch fachführungsmässig zu überwachen. Auf der nachfolgenden Abbildung sind die verschiedenen Problembereiche schematisch wie folgt dargestellt: Ausgehend von einer komplexen Fragestellung, sind verschiedene schwierige Rechtsgebiete in verschiedensten Jurisdiktionen nicht nur zu durchdringen, sondern auch auf ihre gegenseitigen Abhängigkeiten hin zu überprüfen. Mit diesem Positionspapier macht die FINMA Rechtsdisziplinen wie internationales Zivilprozessrecht und Kollisionsrecht zum Compliance Issue, die bislang sicher nicht mit dem Begriff Compliance assoziiert worden sind. Für eine solche Aufgabe muss eine Funktion Recht über bestens ausgebildete Anwältinnen und Anwälte bzw. Juristinnen und Juristen verfügen. Ein

---

136 FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken. Im Kapitel über die Durchführung vertiefter Analysen findet sich der Hinweis, dass die tatsächlichen Aktivitäten in den Zielmärkten beim grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft «auf ihre Compliance» hin zu überprüfen seien. Weiter erwartet die FINMA, dass die «damit verbundenen Risiken [...] zu erfassen, begrenzen und kontrollieren» sind (S. 15).

Compliance Officer «mit einem guten Verständnis für das Recht und das Bankgeschäft, welcher Freude an Kontrollaufgaben, Untersuchungen und Abklärungen hat»,[137] der nicht Anwalt oder Jurist zu sein hat, genügt ganz offensichtlich den gestellten Anforderungen der FINMA nicht. Auch Schulungen, Kontrollaufgaben sowie generelle Risikobeurteilungen setzen ebenfalls höchstqualifiziertes juristisches Personal voraus.[138]



b) Betriebswirtschaftliche Gründe

Auch aus betriebswirtschaftlichen Gründen ist die Bearbeitung derart komplexer Fragen wie das Crossborder Private Banking nur durch entsprechende Koordination, Vernetzung und Führung der verschiedenen involvierten Rechtsbereiche möglich. Ferner sprechen für eine integrierte Funktion Recht Effizienz und Effektivität der zu erbringenden Dienstleistung sowie der

---

137 So das Anforderungsprofil für Stellenbewerber im Bereich Compliance nach ROHNER/CERUTTI, GesKR 2007, 5.

138 Auf dieses Anforderungsprofil sind ganz offensichtlich auch die entsprechenden Vorschriften im Rundschreiben 4/2010 der BAFIN nicht zugeschnitten, vgl. insb. BT 1.1.2 Wirksamkeit, Ziffn. 2 u. 3.

notorische Zeitdruck. Nur durch Vernetzung der verschiedenen Teilaufgaben der integrierten Funktion Recht und der einzelnen Bereiche lässt sich ein 'Lawyer-Shopping' verhindern. Auf der anderen Seite profitiert die Bank von der Möglichkeit des 'One-Stop-Shopping'.

4. Mögliche Organisationsformen einer integrierten Funktion Recht

a) Zentrale und dezentrale Einheiten

Je nach Grösse, Struktur und sachlichem wie geografischem Geschäftskreis sind sowohl zentrale wie dezentrale Organisationsformen denkbar. In einem Bankkonzern oder einer Bankengruppe ist die dezentrale Organisation wohl die Regel. In einer grossen Abteilung wird eine Spezialisierung auf einzelne Aufgaben und/oder Tätigkeits- und Rechtsgebiete der integrierten Funktion Recht unumgänglich sein. Ob man diese spezialisierten und grossen Abteilungen mit Compliance oder Legal bezeichnet, ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht relevant, sofern sie – wie etwa bei der CS – unter einheitlicher Leitung beim General Counsel zusammengefasst sind.

In kleinen Banken ist die Notwendigkeit zu einer integrierten Funktion Recht möglicherweise allein schon wegen ihrer Grösse vorgegeben, weil eine oder nur wenige Personen alle Funktionen auf sich vereinigen müssen. Rzn. 104 und 105 des FINMA-RS 08/24 tragen diesem Umstand Rechnung und lassen die Zusammenlegung der Compliance-Funktion mit der Rechtsabteilung (und anderen Funktionen) ausdrücklich zu.

b) Wahrnehmung von bestimmten Aufgaben durch die 1. Line of Defence[139]

Die Erfüllung einzelner Aufgaben wie etwa der Schulung, der Kontrolle und Überwachung sowie der Dokumentation kann ohne Weiteres bei der Linienorganisation belassen werden, sofern nicht spezielle Rechtskenntnisse und Unabhängigkeit erforderlich sind.[140] Eine Aufteilung von Aufgaben der integrierten Funktion Recht auf eine spezialisierte zentrale Organisationseinheit

---

139 Zum Begriff «1. Line of Defence» und dem «Three lines of defence»-Modell vgl. hinten Kapitel V.1.c.

140 Zum Erfordernis der Unabhängigkeit vgl. hinten Kapitel V.1. und V.2.

einerseits und auf Linien- und Frontvertreter andererseits ist allemal klar und eindeutig zu regeln, damit sich die Verantwortlichkeiten der beiden Bereiche nicht vermischen. Auf jeden Fall gilt es zu verhindern, dass sich in einer Bank sog. freischwebende, eigenständige Legal- und Compliance-Abteilungen bilden, die ertragsorientierten Geschäfts- und Organisationseinheiten gegenüber weisungsgebunden sind.

5. Definitorische Begriffselemente einer integrierten Funktion Recht als Fazit

a) Primäre Verantwortung des Managements für die Einhaltung von Normen

Die primäre Verantwortung für die Einhaltung von Normen in einer Bank obliegt dem Management und den Mitarbeitenden.[141]

b) Integrierte Funktion Recht als Unterstützungsfunktion

Die integrierte Funktion Recht hat die Aufgabe, Management und Mitarbeitende bei der Einhaltung der für sie relevanten Normen zu unterstützen. Die integrierte Funktion Recht befasst sich nicht nur mit ausgewählten Rechts- und Tätigkeitsgebieten, sondern grundsätzlich mit allen für die Bank und deren Mitarbeitende relevanten Risiken und Normen. Anderslautende aufsichtsrechtliche Vorschriften vorbehalten, sind vom Zuständigkeitsbereich der Funktion Recht etwa folgende Regeln auszunehmen: Berufsregeln, technische Vorschriften und Bestimmungen untergeordneter Art. Die Unterstützungsfunktion gliedert sich in mehrere Teilaufgaben, für deren korrekte Erfüllung sie die Verantwortung trägt.

c) Unabhängigkeit

Eine integrierte Funktion Recht übt ihre Unterstützungsfunktion in Unabhängigkeit aus. Dies kommt insbesondere in der Stellung des General Counsels im Gesamtunternehmen zum Ausdruck.[142]

---

[141] Prinzipien 2 u. 3 BASLER EMPFEHLUNGEN; Rz. 99 FINMA-RS 08/24.

[142] Vgl. dazu hinten Kapitel V.1. und V.2.

d) Funktion Recht als integrierte Einheit

Die verschiedenen Teilaufgaben der Funktion Recht sind unter einheitlicher Leitung des General Counsels zu koordinieren, zu vernetzen und auch zu überwachen. Eine Integration der Funktion Recht schliesst nicht aus, dass verschiedene Teilbereiche weiterhin die Bezeichnung «Legal» oder «Compliance» tragen.

e) Ziele der integrierten Funktion Recht

Erstes Ziel ist der Schutz des Unternehmens. Zweites Ziel ist der Service.

IV. Aspekte der Berichterstattung

1. Grundlagen

a) Allgemeine Berichterstattung

Nach Rz. 109 FINMA-RS 08/24 hat die Compliance-Funktion mindestens jährlich eine Einschätzung des Compliance-Risikos der Geschäftstätigkeit des Instituts vorzunehmen und einen risikoorientierten Tätigkeitsplan auszuarbeiten, welcher durch die Geschäftsführung zu genehmigen ist. Ferner ist nach Rz. 112 mindestens ein Mal jährlich dem Verwaltungsrat über die Einschätzung des Compliance-Risikos und die Tätigkeit der Compliance-Funktion Bericht zu erstatten.[143] Der von der Geschäftsführung genehmigte Tätigkeitsplan ist der internen Revision zur Verfügung zu stellen, und die Berichterstattung an den Verwaltungsrat ist ebenfalls an die interne Revision und die Prüfgesellschaft weiterzuleiten.[144] Rzn. 109 und 112 zufolge hat die jährliche Berichterstattung gleichzeitig unmittelbar an die Geschäftsführung einerseits und an den Verwaltungsrat andererseits zu erfolgen. Die unmittelbare, direkte Berichterstattung der Funktion Recht an den Verwaltungsrat verschafft diesem die Möglichkeit, sich für die Wahrnehmung seiner unentziehbaren und nicht delegierbaren Aufgabe nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR ein Bild über das Risikoprofil der Bank aus erster Hand zu machen. Ausserdem ist die unmittelbare Berichterstattung an den Verwaltungsrat ein Element zur Sicherung der Unabhängigkeit der Funktion Recht von der

[143] Rz. 112 FINMA-RS 08/24.
[144] Rz. 109 FINMA-RS 08/24.

Geschäftsführung. BÖCKLI empfiehlt daher dem Prüfungsausschuss, mit dem Verantwortlichen für den Risikobereich «Recht» von Zeit zu Zeit ein vertiefendes Gespräch zu führen.[145] Nach angelsächsischem Vorbild stellt der Vorsitzende des Prüfungsausschusses vor allem auch hier die berüchtigte Kern- und Fangfrage*: «Gibt es einen Bereich oder einen Vorgang im Unternehmen, der Sie beunruhigt und von dem wir Kenntnis haben sollten?*»[146]

Selbstverständlich steht es der Bank frei, über die Vorschriften der FINMA hinaus zusätzlich eine viertel- oder halbjährliche Berichterstattung vorzusehen.

b) Besondere Berichterstattung

Rz. 111 FINMA-RS 08/24 zufolge hat eine zeitgerechte Berichterstattung an die Geschäftsführung über wesentliche Veränderungen in der Einschätzung des Compliance-Risikos zu erfolgen. Zu diesem Zweck erscheint eine quartalsweise oder halbjährliche Berichterstattung geeignet. Darüber hinaus hat die Compliance-Funktion die Geschäftsführung wohl unmittelbar über die Feststellung und die Untersuchung von schwerwiegenden Verletzungen der Compliance zu orientieren. Auch diese Informationen sind an die interne Revision weiterzuleiten.

c) Direkte Meldungen an die FINMA

Nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG[147] hat die Bank der FINMA unverzüglich Vorkommnisse zu melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind. Der Umfang dieser «Ad hoc-Informationspflicht» geht nach den Vorgaben der FINMA sehr weit.[148]

---

145 BÖCKLI, Audit Committee, 79.

146 BÖCKLI, Audit Committee, 79.

147 SR 956.1.

148 U.a. will die FINMA ebenfalls unverzüglich über Entwicklungen der Rechts- und Reputationsrisiken, über bedeutende neue Rechtsfälle und bedeutende Entwicklungen bei wichtigen offenen Rechtsfällen sowie über bedeutende Untersuchungen schweizerischer oder ausländischer Behörden und schliesslich sogar über Ereignisse mit erwarteter Medienpräsenz unverzüglich informiert werden.

2. Inhalt und Adressaten

a) Allgemeines

Die Risiko-Berichterstattung hat je nach Adressat unterschiedliche Ziele, da die Aufgaben von Verwaltungsrat einerseits und Management andererseits nicht die gleichen sind. Auch bei der Risiko-Berichterstattung an das Management ist zu differenzieren. Die Geschäftsführung, welche den jährlichen Tätigkeitsplan zu genehmigen hat, muss eine andere Sichtweise haben als die einzelne Organisationseinheit, welche sich nur mit einem oder vielleicht mit einigen wenigen Risiken im Detail zu befassen hat.

b) Inhalt der Risiko-Berichterstattung an den Verwaltungsrat

Nach Rz. 10 FINMA-RS 08/24 hat der Verwaltungsrat durch die aus einer systematischen Risikoanalyse abgeleitete interne Kontrolle und deren Überwachung sicherzustellen, dass alle wesentlichen Risiken im Institut erfasst, begrenzt und überwacht werden. Als Ausschuss des Verwaltungsrates würdigt das Audit Committee nach Rz. 47 FINMA-RS 08/24 ein Mal jährlich sowie bei wesentlichen Änderungen im Risikoprofil des Instituts die Risikoanalyse, die abgeleitete Prüfstrategie und den entsprechenden risikoorientierten Prüfplan der Prüfgesellschaft. Die Risiko-Berichterstattung über die Compliance-Risiken gemäss Rz. 112 FINMA-RS 08/24 bildet somit einen Bestandteil für die notwendige Gesamtschau über die Risikolage der Bank. Wie bei allen anderen Risiken ist auch bei den Compliance-Risiken für den Verwaltungsrat von grosser Bedeutung, wie sich die Risiken entwickeln und ob die getroffenen Massnahmen zur Vermeidung bzw. Reduktion wirksam sind. Mit anderen Worten muss die Risiko-Berichterstattung den Verwaltungsrat in die Lage versetzen, die richtigen Entscheidungen zur Steuerung der Risiken zu treffen.[149] Damit der Verwaltungsrat die notwendige Gesamtbeurteilung vornehmen kann, ist ihm – ausgehend von der Beurteilung der einzelnen Risiken – eine adäquat vereinfachte Darstellung der Risikolage mit Beurteilung der Wirksamkeit der Massnahmen vorzulegen, ohne dass diese Schematisierung «zu einer unzulässigen Simplifizierung oder Verharmlosung der Risikolage führt.»[150] Dem Verwaltungsrat sind also in wenigen ver-

[149] STAUB, CCZ 2009, 131.
[150] STAUB, CCZ 2009, 131.

ständlichen Worten und/oder mit aussagekräftigen Bildern und Darstellungen die Risikolage und die getroffenen Massnahmen zu schildern. Dies verlangt von der Funktion Recht, aus der Liste sämtlicher identifizierter Risiken nach Massgabe von deren Bedeutung eine Auswahl zu treffen und in wenige Bereiche zusammenzufassen.[151] Für den Verwaltungsrat als Organ für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle soll und muss dies genügen. Voraussetzung für eine solche Vorgehensweise ist allerdings, dass der Verwaltungsrat von seinem Audit Committee gut vorbereitet und instruiert wird, das wiederum auf die Hilfe der internen Revision und der externen Prüfgesellschaft angewiesen ist. Vor allem letztere beide werden nicht darum herum kommen, ausgehend vom detaillierten und umfassenden Risikoinventar die Identifikation der Top-Bereiche zu überprüfen.

c) Inhalt der Risiko-Berichterstattung an die Geschäftsführung

Bekanntlich hat die Geschäftsführung die primäre Verantwortung für die Umsetzung angemessener interner Systeme und Prozesse zur Gewährleistung der Compliance im Institut.[152] Zu diesem Zweck hat sie den risikoorientierten Tätigkeitsplan nach Rz. 109 FINMA-RS 08/24 zu genehmigen, welchen die Funktion Recht ihr vorzulegen hat. Dieser Tätigkeitsplan muss sich notwendigerweise auf die wichtigsten Risiken beschränken und kann nicht einen Katalog aller Massnahmen für sämtliche Risiken enthalten.

Anders als der Verwaltungsrat ist die Geschäftsführung noch in vermehrtem Masse auf eine detaillierte Auflistung der einzelnen Risiken angewiesen, um die Aufgabe des Risikomanagements effizient und effektiv wahrnehmen zu können. Die einzelnen Geschäftsführungsmitglieder haben als Linienvorgesetzte der im Risikoinventar adressierten Organisationseinheiten sämtliche vorgeschlagenen Massnahmen durchzusetzen, also auch jene, die nicht Aufnahme in den Tätigkeitsplan gefunden haben. Entsprechend der hier vorgeschlagenen Priorisierung der Risiken in «hoch», «mittel» und «tief» sollte sich die Geschäftsführung nach einem risikobasierten Ansatz insbesondere mit den als «hoch» eingestuften Risiken und den zu deren Vermeidung bzw. Reduktion vorgeschlagenen Massnahmen eingehend befassen. Sie entscheidet letztlich eben auch über die für das Risk Ma-

---

151 In der ZÜRCHER KANTONALBANK sind 8-10 grosse Risikobereiche identifiziert.

152 Rz. 99 FINMA-RS 08/24.

nagement benötigten Ressourcen und finanziellen Mittel. Einem risikobasierten Ansatz folgend sind diese dort einzusetzen, wo die Risiken am höchsten sind.

d) Inhalt der Risiko-Berichterstattung an die einzelnen Organisationseinheiten

Die einzelne Organisationseinheit erfährt von den ihr zugeordneten Risiken schon im Rahmen des hier vorgeschlagenen diskursiven Verfahrens für das Risk Assessment. Sie braucht für ihre tägliche Arbeit nur jene (vielleicht wenigen) Risiken zu kennen, die sie im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs steuern kann. Die einzelnen Organisationseinheiten verfügen aufgrund ihrer aktiven Beteiligung am Risikoidentifikations- und -beurteilungsprozess über die meisten Angaben und Informationen zu den in ihrem Bereich bestehenden Risiken. Allein schon die Adressierung eines bestimmten Risikos an eine Organisationseinheit kann deren Awareness steigern und damit einen Beitrag zur Risikovermeidung bzw. -reduktion in der täglichen Arbeit leisten.

e) Risikokommunikation mit der internen Revision

Die interne Revision leistet einen wichtigen Beitrag bei der Überwachung der Risiken. Aus diesem Grund ist sie in besonderer Weise in den Risikokommunikationsprozess einzubinden. Nach Rz. 70 FINMA-RS 08/24 hat auch die interne Revision mindestens jährlich ein Mal eine umfassende Risikobeurteilung des Institutes vorzunehmen. Dabei spielen regulatorische Änderungen eine wichtige Rolle, wie dies in Rz. 70 FINMA-RS 08/24 festgehalten ist. Ausgehend von dieser Risikobeurteilung legt die interne Revision schwergewichtig die Prüfziele für die nächste Prüfperiode fest.[153] Die Prüfergebnisse der internen Revision bilden wiederum eine wertvolle Grundlage für den jährlichen Risikoreview der Funktion Recht. Umfang und Inhalt der Risiko-Berichterstattung an die interne Revision bestimmen sich also nach deren besonderen Aufgaben und Bedürfnissen. Allerdings ist bei der Verwertung des Risikoinventars durch die interne Revision behutsam vorzugehen. Vorbehältlich besonderer Ereignisse und Entwicklungen ist den adressierten Organisationseinheiten die eingeräumte Zeit für die Umsetzung der

[153] Rz. 71 FINMA-RS 08/24.

vorgeschlagenen Massnahmen zu gewähren, bevor eine Revision stattfindet. Diese Feststellung gilt sinngemäss auch für die externe Prüfgesellschaft.

3. Form der Risikokommunikation

Bisherige praktische Erfahrungen zeigen, dass eine effiziente und effektive Risikokommunikation ohne entsprechende IT-Infrastruktur in grösseren Instituten kaum noch durchführbar ist. Die Geschäftsführung hat daher der Funktion Recht die entsprechenden finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen, wie dies das EU-GRÜNBUCH wie folgt fordert:

> «Ausserdem müssen die Instrumente des computergestützten Risikomanagements unbedingt verbessert werden, auch in den höchstentwickelten Finanzinstituten, da die Informationssysteme für eine rasche Konsolidierung der Risiken noch immer zu unterschiedlich und die Daten zu uneinheitlich sind, um die Entwicklung der Konzernverpflichtungen wirksam und in Echtzeit verfolgen zu können. Dies gilt nicht nur für komplexere Finanzprodukte, sondern für **sämtliche** (Hervorhebung durch den Verfasser) Risikoarten.»[154]

Gegenwärtig steht diese Entwicklung noch am Anfang.[155]

4. Zur Problematik von «Informationsfiltern» im Risikokommunikationsprozess[156]

a) Ausgangslage

In ihrer Analyse machen EMMENEGGER/KURZBEIN verschiedene Mängel in der Risikoerfassung und der Risikomessung aus, die «im Rahmen der horizontalen und vertikalen Risikokommunikation zusätzlich fragmentiert»

---

154 EU-GRÜNBUCH, 8.

155 Zur Forderung nach einer geeigneten IT-Infrastruktur vgl. auch EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 464 m.H. auf die Senior Supervisors Group, Risk Management Lessons from the Global Banking Crisis of 2008, October 21, 2009, 5, 25, <www.newyorkfed.org/newsevents/news/banking/2009/SSG_report.pdf>.

156 EMMENEGGER/KURZBEIN weisen darauf hin, dass auf der vertikalen Ebene «hierarchisch bedingte Informationsfilter» u.a. Ursache «für die fehlende Einbindung des Risikomanagements auf der Führungsstufe» gewesen seien; vgl. EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 464.

worden seien.[157] Ausserdem hätten auf der vertikalen Ebene «hierarchisch bedingte Informationsfilter und die unzureichende Eigenständigkeit und Autorität des Risikomanagements sowie dessen fehlende Einbindung auf der Führungsstufe die sachgerechte Information des Verwaltungsrates in seiner Funktion als oberster Risikohüter» verhindert.[158] Dem Problem der sog. Informationsfilter sind die folgenden Ausführungen gewidmet. Von der Eigenständigkeit und Autorität des Compliance-Risikomanagements soll im nächsten Kapitel die Rede sein.

STAUB fordert für das Reporting an den Verwaltungsrat eine «eigene Berichtsqualität»,[159] wobei er ausdrücklich betont, dass «eine adäquate Vereinfachung» nicht zu «einer unzulässigen Simplifizierung oder Verharmlosung der Risikolage» führen dürfe.[160] Dem ist beizupflichten. Die abstrakten Feststellungen und Forderungen von EMMENEGGER/KURZBEIN und STAUB geben indessen noch keine Antwort auf die Frage, wie solche Informationsfilter entstehen können.

b) Mögliche Ursachen für Informationsfilter

aa) Psychologische Ursachen

Die persönlichen Erfahrungen des Autors im Zusammenhang mit der generellen Risikoidentifikation und -beurteilung zeigen, dass die Adressaten von Risiken dazu neigen, in ihrem Bereich festgestellte Compliance-Risiken in deren Existenz vollständig zu bestreiten oder zumindest deren Beurteilung in Zweifel zu ziehen. Dies aus zweierlei Gründen: Zunächst empfinden viele Mitarbeitende die Adressierung eines Risikos als Vorwurf, in der Vergangenheit etwas falsch gemacht zu haben. Zum Zweiten verstehen sie ein als hoch eingestuftes Risiko als Verbot, dieses Geschäft künftig weiterhin zu betreiben. Letzterer Eindruck wird dadurch verstärkt, dass man gemeinhin als «hoch» eingestufte Risiken mit der Farbe Rot kennzeichnet.[161] Diesen

---

157 EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 464.

158 EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 464.

159 STAUB, CCZ 2009, 131.

160 STAUB, CCZ 2009, 131.

161 Hat ein aufgrund vergangenheitsbezogener Betrachtungsweise identifiziertes Risiko seine Ursache in einer vorsätzlichen, d.h. wissentlichen und willentlichen Verletzung einer Rechtsnorm, so mag dessen Feststellung und Zuweisung durchaus als Vorwurf verstanden werden.

menschlich verständlichen Befindlichkeiten ist Rechnung zu tragen. Überlässt man die Risikoidentifikation und -beurteilung allein den betreffenden Organisationseinheiten im Business nach dem Ansatz des Self Assessments, besteht die Gefahr, dass die Risikoidentifikation unvollständig ist und die Risikobeurteilung in der Tendenz zu tief ausfällt. Aus diesem Grund ist die Methode des Self Assessments zu ergänzen mit der sog. 'Expertenmethode', und es ist auch festzulegen, wer für die Risikoidentifikation und -beurteilung das letzte Wort hat.

Um eine objektivierte und unabhängige Risikoidentifikation und –beurteilung sicherzustellen, ist der Entscheid über die Aufnahme eines Risikos in das Risikoinventar und dessen Beurteilung der Funktion Recht vorzubehalten. Nur so lässt sich vermeiden, dass existierende Risiken unter den Teppich gekehrt werden. Das Expertengutachten der Funktion Recht allein garantiert jedoch noch nicht ein möglichst zutreffendes Risikoprofil. Nach der hier vorgeschlagenen Methode des Diskurses[162] zwischen internen Experten und adressierten Organisationseinheiten ist grösstes Gewicht darauf zu legen, die angeschriebenen Organisationseinheiten davon zu überzeugen, dass sie einen wichtigen Beitrag zur Steuerung der identifizierten Risiken leisten können. Mit dieser Betrachtungsweise lässt sich eine Partizipation am Risikoidentifikationsprozess eher sicherstellen, als wenn man die Mitarbeitenden der verschiedenen Organisationseinheiten fälschlicherweise auf die Anklagebank setzt. Ein solches Verständnis bei allen Beteiligten herbeizuführen, braucht allerdings seine Zeit.

bb) Inhaltliche und kognitive Schranken

Das diskursive Verfahren für die Risikoidentifikation eignet sich zudem am besten, um möglicherweise fehlende Kenntnisse des Rechts und der konkreten Geschäftsabläufe hüben und drüben zu kompensieren. Ein Anwalt, der nichts oder zu wenig vom konkreten Bankgeschäft versteht, kann ebenso wenig wie ein Frontmitarbeitender, der keine oder eben nicht ausreichende Rechtskenntnisse hat – und diese auch nicht haben muss –, beim Risk Assessment einen echten Mehrwert schaffen. Erfolgt der Risikoidentifikationsprozess in einem offenen Dialog mit gegenseitigem Respekt vor der jeweiligen Funktion und Aufgabe, sind die Voraussetzungen geschaffen, in

[162] Vgl. sogleich unter lit. cc) und vorn Kapitel III.2.c.ee.

den zunehmend komplexer werdenden Finanzmarktdienstleistungen die immanenten Risiken herauszuarbeiten.

cc) Hierarchische Informationsfilter

Nicht nur Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsführung, sondern auch der General Counsel können nicht jedes in einem Risikoinventar aufgenommene Risiko sofort verstehen und einem unbeteiligten Dritten verständlich erläutern. Der einfache Grund liegt darin, dass zumal in einem grösseren Bankinstitut die Spezialisierung immer stärker voranschreitet und nicht mehr alle alles verstehen und tun können. Diesem Umstand ist daher bei der Gestaltung des Risikokommunikationsprozesses auf mehreren Ebenen innerhalb der Bank wie folgt Rechnung zu tragen:

- *Anforderungen an das diskursive Verfahren zwischen internen Experten und betroffenen Organisationseinheiten:*
  Auf der Basis von Vorarbeiten der internen Experten sollen die verschiedenen Organisationseinheiten Gelegenheit haben, zu deren Risikoidentifikation und -beurteilung Stellung nehmen zu können. Die Vorarbeiten der internen Experten müssen in einer leicht verständlichen Sprache verfasst sein. Für das Dialog-Verfahren ist für beide Seiten eine Erläuterungspflicht für ihre Standpunkte festzulegen. Nur so lässt sich ein objektiver und sachbezogener Dialog sicherstellen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es sinnvoll, den internen Experten den Entscheid über die definitive Fassung des Risikoinventars zu überlassen. Nur so ist letztlich eine ungefilterte Information – auch des Verwaltungsrates – gewährleistet. Dieses diskursive Verfahren ist anspruchsvoll und zeitlich aufwändig.[163]
- *Behandlung des Risikoinventars mit Tätigkeitsplan durch die Geschäftsführung:*
  Auf Stufe Geschäftsführung ist aus Effizienzgründen nach dem Grundsatz der Arbeitsteilung zu verfahren. Nicht jedes Geschäftsführungsmitglied kann die Risiken aus den andern Bereichen verstehen und muss dies auch nicht. Für den eigenen Bereich hat sich der jeweilige Geschäftsführer jedoch mit seinen Unterstellten entsprechend vorzubereiten. Da-

[163] In der ZÜRCHER KANTONALBANK erstreckt sich die Ausarbeitung des Risikoinventars im Rahmen des jährlichen Reviews über zwei bis drei Monate.

bei sind die Ergebnisse des Dialogs im diskursiven Verfahren auf einfache Weise sichtbar zu machen. So dürfte es für das einzelne Geschäftsführungsmitglied sowie für die gesamte Geschäftsführung von Interesse sein, inwiefern zwischen den internen Experten und den Organisationseinheiten Übereinstimmung besteht.[164] Auf diese Art bleibt genügend Zeit, sich der strittigen Fälle anzunehmen. Eine entsprechende IT-Infrastruktur kann diesen Prozess für die Geschäftsführung wesentlich unterstützen.

- *Verwaltungsrat:*
  Wie vorn dargestellt, ist für den Verwaltungsrat eine eigene Berichtsqualität anzustreben. Es sind Kriterien zu erarbeiten, nach welchen einzelne Risiken in die Klasse der sog. Top-Bereiche «aufsteigen». In wenigen Worten und/oder mit aussagekräftigen Bildern ist die Entwicklung der einzelnen Top-Bereiche dem Verwaltungsrat aufzuzeigen. Die Verbindung der Top-Bereiche mit den einzelnen Risiken muss für den Verwaltungsrat nachvollziehbar dargestellt sein, um diese nötigenfalls durch die interne Revision überprüfen zu lassen. Das Gleiche gilt für den von der Geschäftsführung zu genehmigenden Tätigkeitsplan. Schliesslich soll ein Ausschuss, entweder das Audit Committee oder ein allfälliger Risikomanagement-Ausschuss, vorgängig mit Unterstützung der internen Revision die entsprechende Verwaltungsratssitzung vorbereiten. Im Rahmen dieser Vorbereitung ist es unumgänglich, den General Counsel und gegebenenfalls einzelne seiner Mitarbeitenden persönlich zum erstellten Risikoprofil der Bank zu befragen.[165] Diese Sitzung ist für den Verwaltungsrat nur dann ergiebig, wenn der General Counsel bzw. die Funktion Recht dies in einer institutionellen Unabhängigkeit innerhalb der Bank tun kann. Davon soll im folgenden Kapitel die Rede sein.

---

[164] In den letzten fünf Jahren bestand bei der ZÜRCHER KANTONALBANK hinsichtlich der Identifikation und Beurteilung von Risiken in 80-90% der Fälle Übereinstimmung zwischen internen Experten und Organisationseinheiten.

[165] BÖCKLI, Audit Committee, 79.

V. Zur Stellung des General Counsels in einer Bank

1. Unabhängigkeit der Funktion Recht als Grundlage

a) Das Konzept der Basler Empfehlungen

Nach Ziff. 20 der BASLER EMPFEHLUNGEN beruht das Konzept der Unabhängigkeit der Funktion Compliance auf vier Säulen. Erstens muss die Compliance-Funktion innerhalb der Bank einen formellen Status haben. Dies bedeutet nach Prinzip 1 der BASLER EMPFEHLUNGEN, dass der Verwaltungsrat die Funktion Compliance regelt.[166] Zweitens wird verlangt, dass ein «Group Compliance Officer» oder ein «Head of Compliance» die Verantwortung für die Koordination des Risikomanagements der Compliance-Risiken wahrnehmen soll. Drittens sollte der Leiter der Funktion Compliance frei von Interessenkonflikten seine Tätigkeit ausüben können. Und viertens schliesslich soll die Compliance-Funktion ein Recht auf Zugang zu allen Informationen und Personen haben, sofern dies für die Ausübung ihrer Tätigkeit nötig ist.

b) Das Konzept der FINMA

Die Unabhängigkeit der Compliance-Funktion ist in den Rzn. 100-104 des Rundschreibens 08/24 verankert. Zunächst verlangt die FINMA, dass die Compliance-Funktion mit einem uneingeschränkten Auskunfts-, Zugangs- und Einsichtsrecht auszustatten und von ertragsorientierten Geschäftsaktivitäten unabhängig in die Gesamtorganisation einzugliedern ist.[167] Sodann ist die Compliance-Funktion nach Massgabe der Grösse, der Geschäfts- und Organisationskomplexität und des Compliance-Risikos des Instituts mit angemessenen Ressourcen und Kompetenzen auszustatten.[168] Weiter ist nach Rz. 102 der Compliance-Funktion ein ungehinderter Zugang zur Geschäftsführung zu gewährleisten.[169] Ferner ist das Entschädigungssystem für Mitarbeitende der Compliance-Funktion so auszugestalten, dass keine Anreize zu Interessenkonflikten führen. Insbesondere darf die Entschädigung (z.B. Löhne, Boni, Honorare und Prämien) nicht vom Resultat einzelner Produkte

---

166 So auch der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance der ECONOMIESUISSE, Ziff. 20.

167 Rz. 100 FINMA-RS 08/24.

168 Rz. 101 FINMA-RS 08/24.

169 Rz. 102 FINMA-RS 08/24.

und Transaktionen abhängen.[170] Schliesslich bestimmt Rz. 104, dass die Compliance-Funktion nur dann mit anderen internen Funktionen eine Abteilung bilden darf, wenn mit diesen keine Interessenkonflikte bestehen.

c) Unabhängigkeit der Funktion Recht als Kriterium des «Leading Practices Reference»-Organisationsmodells im Risk Management

Wie für die interne Revision[171] und die Risikokontrolle[172] verlangt der Regulator, dass auch die Funktion Compliance «von ertragsorientierten Geschäftsaktivitäten unabhängig in die Gesamtorganisation einzugliedern ist.»[173] Nebst der internen Revision und dem Risk Management zählt die FINMA auch die Compliance zu den Schlüsselfunktionen im Kontrollbereich.[174] Das Erfordernis der Unabhängigkeit ist ein Kriterium für das «Leading Practices Reference»-Organisationsmodell im Risk Management, das sog. «Three lines of defence»-Modell.[175] Danach findet sich Compliance in der 2. Stufe, wobei Compliance in aller Regel auf Kontroll- und Überwachungsfunktionen sowie das generelle Risikomanagement reduziert wird.[176] Wie weiter vorn dargestellt, reduziert auch FRÜH die Compliance-Funktion im Wesentlichen auf diese beiden Aufgaben.[177] Diese Betrachtungsweise greift aber zu kurz, weil sie das proaktive Risk Management im Einzelfall ausser Acht lässt, das ebenfalls unabhängig zu erfolgen hat und in der Praxis das wohl bedeutendste Element zur Steuerung von Compliance-Risiken darstellt.[178]

---

170 Rz. 103 FINMA-RS 08/24.

171 Rz. 63 FINMA-RS 08/24.

172 Rz. 122 FINMA-RS 08/24.

173 Rz. 100 FINMA-RS 08/24.

174 Die FINMA verlangt unter dem Titel «Ad hoc-Informationspflichten gegenüber der FINMA», dass die Bank wesentliche personelle Änderungen u.a. auch bei «Schlüsselfunktionen im Kontrollbereich (interne Revision, Compliance, Risk Management)» unverzüglich meldet.

175 RYSER, Risikomanagement, 171 f. (in diesem Band); CAPRASSE/LAURENT/REED, Insurance digest, 15 ff.

176 RYSER, Risikomanagement, 172 (in diesem Band); CAPRASSE/LAURENT/REED, Insurance digest, 16.

177 Vgl. FRÜH, CCZ 2010, 123 f.

178 Diese Erfahrung des Autors ist durch entsprechende Statistiken und Geschäftskontrollen aus über 20 Jahren Tätigkeit belegt.

Das in der Praxis häufig anzutreffende 3-Stufen-Modell ist daher zu differenzieren und mit einer weiteren, vierten Stufe zu versehen.

Gängiges 3-Stufen-Modell

3. Stufe	Audit / Interne Revision	
2. Stufe	Risk Management i.S.v. Risikokontrolle	(Kontroll- und Überwachungs-) Compliance
1. Stufe	Risikobewirtschafter (Business)	

Differenziertes 3-Stufen-Modell[179]

3. Stufe	Audit / Interne Revision		4. Stufe
2. Stufe	Risikokontrolle (Rz 113-125 FINMA-RS 08/24)	Risikomanagement von Compliance-Risiken, losgelöst vom Einzelfall	3. Stufe
	Präventives Risk Management (Rz 126 FINMA-RS 08/24)	Präventives Management von Compliance-Risiken im Einzelfall	2. Stufe
1. Stufe	Risikobewirtschafter (Business)		1. Stufe

Dieses differenzierte Risikoorganisationsmodell liegt offenbar auch dem FINMA-RS 08/24 zugrunde. Die Risikokontrolle ist in den Rz 113-125 und das (präventive) Risk Management in Rz 126 separat geregelt. Für die Compliance-Risiken lässt sich die Differenzierung zwischen Risikomanagement, losgelöst vom Einzelfall, aus den Rz 109 und 112 und das präventive Management von Compliance-Risiken im Einzelfall aus Rz 108 herleiten.

d) Unabhängigkeit der Funktion Recht als Anforderung an eine zeitgemässe Unternehmensverfassung

Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR[180] gehört u.a. zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen. Diese Be-

179 Geschäftsbericht 2010 der ZÜRCHER KANTONALBANK, 117 f.

180 SR 220.

stimmung liegt dem bankengesetzlichen Organisationsmodell zugrunde und ist unter dem Titel der Bewilligungsvoraussetzungen auch anwendbar auf Banken, welche nicht als Aktiengesellschaft, sondern beispielsweise auch als öffentlich-rechtliche Anstalt konstituiert sind.[181] Nach Ziff. 20 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance hat der Verwaltungsrat die Funktion Compliance zu ordnen und sich jährlich mindestens ein Mal Rechenschaft darüber zu geben, ob die für das Unternehmen anwendbaren Compliance-Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird.[182] Wie vorn dargestellt,[183] hat daher die Risikoberichterstattung mindestens ein Mal jährlich unmittelbar und direkt an den Verwaltungsrat zu erfolgen. Um die doppelte Unterstützungsfunktion für die Geschäftsführung einerseits und den Verwaltungsrat andererseits erfüllen zu können, müssen selbstverständlich nebst der Berichterstattung auch die präventive Rechtsberatung im Einzelfall als bedeutendes Steuerungsinstrument sowie die übrigen Tätigkeiten fachlich weisungsfrei erfolgen. Wenn auch in aller Regel nur ein Teil der Mitarbeitenden der Funktion Recht Anwälte sind, verfügt der General Counsel praktisch überall über ein Anwaltspatent. Anwälte sind Vertreter einer wissenschaftlichen Berufsart und geniessen daher gemäss Art. 321d OR in ihrer fachlichen Tätigkeit Weisungsfreiheit wie Chefärzte, Chefpiloten, Forschungsingenieure etc.[184] Fachliche Weisungsfreiheit gegenüber dem Management geniessen somit sämtliche dem General Counsel unterstellten Mitarbeitenden der Funktion Recht.

e) Anwaltliche Unabhängigkeit als Garantin für die Unabhängigkeit der Funktion Recht

Unter standesrechtlichen Gesichtspunkten gelten bei Unternehmen angestellte Anwälte nicht als unabhängig, weil sie mit dem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag haben. Diese vom Gesetzgeber und der Judikatur sowie von einem Teil der Lehre vertretene Vermutung der fehlenden Unabhängigkeit ist widerlegbar.[185] Überzeugend hat schon DE CAPITANI die Vermutung der

---

181 EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, 127 f., 395.

182 ECONOMIESUISSE, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 13.

183 Vgl. vorn Kapitel IV.1.a.

184 Vgl. REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, N 24 zu Art. 321d OR; zur Unabhängigkeit des General Counsels im Besonderen vgl. nachfolgend Ziff. 2.

185 FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz, N 72.

fehlenden Unabhängigkeit für den bei einer Bank angestellten Juristen widerlegt.[186] Soweit überblickbar, haben sich weder Rechtsprechung noch Literatur mit der Frage auseinandergesetzt, welche Bedeutung die standesrechtliche Unabhängigkeit der angestellten Rechtsanwälte für die Funktion Recht bzw. Compliance hat.

Die standesrechtliche Unabhängigkeit ist von der arbeitsrechtlichen Weisungsfreiheit zu unterscheiden, weil Letztere nur – aber immerhin – Voraussetzung für Erstere bildet und Erstere unterschiedliche Rechtsfolgen nach sicht zieht. Die standesrechtliche Unabhängigkeit ist nämlich unmittelbar mit der Frage nach dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB verknüpft. Das Berufsgeheimnis für angestellte Anwälte wird in der Lehre kontrovers diskutiert und von der Rechtsprechung (zu Unrecht) abgelehnt.[187] Ein entschiedener Gegner ist PFEIFER. Ein Befürworter der Unterstellung der angestellten Anwälte und Unternehmensjuristen unter das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB ist NIGGLI.[188] Wie sogleich zu zeigen sein wird, bestätigt das jüngste Urteil des EuGH i.S. Akzo Nobel, dass die Zusammenhänge zwischen standesrechtlicher Unabhängigkeit der angestellten Rechtsanwälte und deren Berufsgeheimnis einerseits und einer wirksamen Funktion Compliance andererseits in Rechtsprechung und Lehre fatalerweise völlig ausser Acht gelassen werden.

Es ist das Verdienst von WERNER DE CAPITANI, aufgrund seiner langjährigen Erfahrung als erster Rechtskonsulent der Schweizerischen Kreditanstalt und der Credit Suisse überzeugend nachzuweisen, dass mit Blick auf die zentrale Aufgabe der Rechtsberatung kein faktischer Unterschied zwischen externem und internem Anwalt besteht.[189] Was die im vorliegenden Zusammenhange interessierende operative Unabhängigkeit angeht, hält DE CAPITANI ausdrücklich Folgendes fest:

> «Wo der Arbeitgeber allenfalls in die Entscheidungsfreiheit des Unternehmensjuristen eingreift, das ist bei der Frage, ob und eventuell welche Klienten der Jurist beraten und vertreten darf. Aber dass dann bei der eigentli-

---

186 DE CAPITANI, Anwaltsgeheimnis und Unternehmensjurist, Rz. 98.

187 Vgl. zum Stand der Kontroverse in der Literatur und zur Rechtsprechung, FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz, N 72 f.

188 NIGGLI, Berufsgeheimnis und Unternehmensjuristen, 249; PFEIFER, Anwaltsrevue 2006, 168.

189 DE CAPITANI, Anwaltsgeheimnis und Unternehmensjurist, Rz. 94 ff.

> chen Betreuung des Mandates eine Weisungsgebundenheit besteht, ist zumindest rechtlich eine unzutreffende Annahme. Nach der Erfahrung des Verfassers, die sich allerdings auf den Bankenbereich beschränkt, ist die Annahme auch faktisch unrichtig.»[190]

Dem ist beizupflichten. Wie der externe darf auch der interne Anwalt sich bei seiner Tätigkeit nicht von sachfremden Weisungen seiner Vorgesetzten leiten lassen. Wie vorn ausgeführt, ist der angestellte Anwalt arbeitsrechtlich an solche Weisungen nicht gebunden. Dass er seine Tätigkeit interessenkollisionsfrei[191] und lege artis[192] auszuüben hat, versteht sich von selbst. Wie der externe Anwalt ist auch der interne Unternehmensjurist Vertreter von Parteiinteressen[193] und daher nach Massgabe des Rechts lediglich den Unternehmensinteressen der Bank verpflichtet. Aus all diesen Gründen wäre auch dem angestellten Anwalt die standesrechtliche Unabhängigkeit zuzuerkennen.

Im Zusammenhang mit der Frage des Berufsgeheimnisses der angestellten Anwälte nach Art. 321 StGB ist darauf hinzuweisen, dass dieses ein Privileg des Mandanten, also des Unternehmens, und nicht des Anwalts ist.[194] Dies beruhe – so BERRISCH[195] – auf dem Gedanken, dass jeder Bürger (und damit auch jedes Unternehmen) das Recht habe, Rechtsrat einzuholen, ohne befürchten zu müssen, dass Informationen, die er mit seinem Anwalt austauscht, gegen ihn verwendet werden können.[196]

Wie wichtig dieser Geheimnisschutz für das Unternehmen gerade mit Blick auf eine wirksame Compliance ist, zeigen die folgenden Ausführungen zum Urteil des EuGH i.S. Akzo Nobel. In diesem Urteil hat der EuGH entschieden, dass der Schriftenwechsel zwischen angestelltem Anwalt und Unternehmen keinen Schutz der Vertraulichkeit geniesst.[197] Dieser Entscheid

---

190 DE CAPITANI, Anwaltsgeheimnis und Unternehmensjurist, Rz. 98.

191 FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz, N 83 ff.

192 Das Mass der Sorgfalt für den internen Anwalt nach Art. 321e OR ist das gleiche wie jenes des externen nach Art. 398 OR.

193 BGE 106 Ia 105.

194 So BERRISCH in seiner Kritik am Urteil des EuGH vom 14. September 2010 i.S. Akzo Nobel Chemicals Ltd. (BERRISCH, EuZW 2010, 787).

195 BERRISCH, EuZW 2010, 787.

196 BERRISCH, EuZW 2010, 787; so auch schon ROXIN, NJW 1992, 1136.

197 BERRISCH, EuZW 2010, 778 ff.

ist auf harsche Kritik gestossen. Im Einzelnen lautet diese Kritik im Kernpunkt wie folgt:[198]

> «Ebenso [...] ist der Gerichtshof der Auffassung, dass Syndikusanwälte (angestellte Anwälte – Anmerkung durch den Verfasser) nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügen, da sie sich zu sehr mit ihrem Unternehmen identifizieren und in einem zu grossen wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zu diesem stehen. Dieses pauschale Misstrauen den Syndikusanwälten gegenüber ist ungerechtfertigt und **verkennt die Rolle** (Hervorhebung durch den Verfasser), die Syndikusanwälte erfüllen. Die Unternehmen erwarten von ihren Syndikusanwälten ebenso wie von externen Anwälten unabhängigen Rechtsrat und nicht, dass sie ihnen nach dem Mund reden.»

Weiter führt BERRISCH aus, dass der Gerichtshof (wie das Schweizerische Bundesgericht), ohne sich mit der Tätigkeit der Syndikusanwälte eingehend zu befassen, den angestellten Rechtsanwälten die Fähigkeit abspreche, unabhängigen Rechtsrat zu erteilen, allein mit der Begründung, dass sie – anders als externe Rechtsanwälte – strukturell und hierarchisch in das Unternehmen eingegliedert seien.[199] Sowohl der EuGH als auch das Schweizerische Bundesgericht blenden arbeits-, gesellschafts-, straf- und aufsichtsrechtliche Aspekte gänzlich aus. Besonders schwer wiegt der Umstand, dass der EuGH den Aspekt einer wirksamen Compliance nicht weiter erörtert. BERRISCH führt dazu aus, dass es eben gerade die Syndikusanwälte seien, die «näher am Mandanten sind», und «insbesondere im Tagesgeschäft oftmals besser und schneller als externe Anwälte Rechtsrat erteilen» können.[200] Das Recht auf unabhängigen Rechtsrat sei von fundamentaler Bedeutung, weil der Gesetzgeber den Unternehmen immer weiterreichendere Verpflichtungen auferlege und Gesetzesverstösse immer härter sanktioniere.[201] Genau

---

198 BERRISCH, EuZW 2010, 786.

199 BERRISCH, EuZW 2010, 786. Schon ROXIN hat überzeugend nachgewiesen, dass die Annahme, die juristische Tätigkeit in einer Rechtsabteilung bringe den Anwalt in eine grössere ökonomische Abhängigkeit als die der Übernahme freier Mandate, durchwegs nicht zutrifft. Im Gegenteil: «Im allgemeinen sind die Syndikusanwälte [...] weniger wirtschaftlich abhängig als viele sogenannte freie Anwälte, die von ihren Mandanten häufig ganz fest umrissene Aufträge erhalten und möglicherweise auf deren Mandate wirtschaftlich angewiesen sind» (Wecks, zit. nach ROXIN, NJW 1992, 1134 Fn. 45).

200 BERRISCH, EuZW 2010, 786.

201 BERRISCH, EuZW 2010, 787. Auch ROXIN weist überzeugend darauf hin, dass die Institution des Syndikusanwalts wirtschaftlich notwendig sei und auch den Interessen

solche Sanktionen zu vermeiden, ist eines der wichtigsten Ziele von Compliance bzw. der Funktion Recht. Wird die Kommunikation zwischen angestellten Anwälten und Unternehmen aber nicht geschützt, wird die Aufgabe zur Vermeidung und Aufdeckung von Rechtsverstössen erschwert.[202] Geniessen schriftliche Abmahnungen von Unternehmensanwälten an die Adresse der Geschäftsführung keinen gesetzlichen Geheimnisschutz, muss das Unternehmen die Funktion Compliance auf externe Rechtsanwälte outsourcen.[203] SEITZ bringt es auf den Punkt, wenn sie etwa als möglichen Ausweg prüft bzw. anregt, Anfragen und damit wohl auch die Antworten der internen Anwälte nicht mehr schriftlich abzufassen.[204] Ob ein solches Vorgehen einer wirksamen organisatorischen Vorkehr i.S.v. Art. 102 Abs. 2 StGB oder aufsichtsrechtlichen Dokumentationspflichten entspricht, ist wohl mehr als fraglich.

Hätte der EuGH sich eingehend mit den Aspekten von Compliance befasst, hätte er sich zwangsläufig mit der Frage der Unabhängigkeit der Compliance-Funktion auseinandersetzen müssen, die seit langem als wesentliches Definitionsmerkmal einer wirksamen Compliance-Organisation aufsichtsrechtlich ausdrücklich festgelegt und sogar dort anerkannt ist, wo sie nicht ausdrücklich im Gesetz verankert ist.[205] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Unabhängigkeit der Compliance-Funktion von zentraler Bedeutung für eine wirksame Compliance ist, die letztlich im öffentlichen Interesse liegt.[206] Dieses öffentliche Interesse erheischt aber nicht nur Unabhängigkeit der Funktion Recht für sich allein, sondern ruft auch nach einem Schutz der Kommunikation zwischen Funktion Recht und Geschäftsführung. Gerade die Frage des Berufsgeheimnisses zeigt, wie nahe beieinander präventive Rechtsberatung und wirksame Compliance in einem Unter-

---

der Rechtspflege diene. Ihre wirtschaftliche Notwendigkeit ergebe sich daraus, dass grosse Industrieunternehmen täglich Rechtsprobleme zu klären hätten, deren sachkundige Bearbeitung oft keinen Aufschub dulde (ROXIN, NJW 1992, 1130).

202 Ähnlich SEITZ für das Problem der Verhinderung von Kartellrechtsverstössen (SEITZ, EuZW 2010, 761).

203 BERRISCH, EuZW 2010, 787.

204 SEITZ, EuZW 2010, 761.

205 LÖSLER, WM 2010, 1919; VEIL, WM 2008, 1097.

206 VEIL, WM 2008, 1097. Auch ROXIN weist darauf hin, dass die Institution des Syndikusanwalts auch den Interessen der Rechtspflege und damit öffentlichen Interessen diene (ROXIN, NJW 1992, 1130).

nehmen liegen. Unterstehen angestellte Rechtsanwälte richtiger Auffassung folgend dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB, wäre eine Aufspaltung der Funktion Recht in eine Legal- und Compliance-Abteilung mit separater Unterstellung besonders fatal, wenn man die präventive Rechtsberatung der Letzteren allein aufgrund formeller Kriterien nicht als anwaltliche Tätigkeit i.S.v. Art. 321 StGB qualifizieren würde.

2. Institutionelle und organisatorische Garantien der Unabhängigkeit des General Counsels

a) Auftrag und Erwartungshaltung der Bank

aa) Die Bank bzw. das Unternehmen als einzige «Klientin»

Nicht selten übersehen Mitglieder des Managements bei der Beurteilung der Arbeit eines General Counsels, dass dieser allein dem Unternehmen verpflichtet ist und sich nur von dessen Interessen leiten lassen darf.[207] Er darf also weder Interessen einzelner Organe noch einzelner Organmitglieder oder solche bestimmter Geschäfts- und Organisationseinheiten vertreten.[208] Das ihm oft angehängte Etikett des Geschäftsverhinderers kommt in aller Regel immer aus der Optik von enttäuschten Vertretern von Partikulärinteressen.[209]

bb) Der General Counsel als Berater und juristisches Gewissen der Bank

Die Tätigkeit des General Counsels liegt im Spannungsfeld des Unternehmens zwischen Nutzen von Chancen durch kontrollierte Risikonahme einerseits und Begrenzung von Risiken durch Verpflichtung gegenüber dem Recht und der Ethik andererseits, also zwischen Leistung und Integrität.[210] In dieser Rolle hat er sich gegenüber dem Management nicht nur darüber zu äussern, was gesetzlich möglich ist, sondern auch was für das Unternehmen

---

207 THIERFELDER wörtlich: *«The GC's ultimate client is the company and its interests must be his guide.»* (THIERFELDER, The Role of the General Counsel, 13).

208 THIERFELDER, The Role of the General Counsel, 12.

209 Das Prädikat «Geschäftsverhinderer» ist als Kompliment zu qualifizieren, wenn für das Unternehmen nachteilige Geschäfte verhindert worden sind.

210 HEINEMAN, Dialogue, 18.

«richtig» ist.[211] Letzteres erfordert eben eine Sichtweise mit Augenmass über das gesetzte Recht hinaus auf Reputation und ethische Grundsätze.[212]

b) Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung

Gesetzliche Vorschriften über die Stellung des General Counsels sind, soweit überblickbar, nicht vorhanden.[213] Immerhin ortet das EU-GRÜNBUCH als eine der wichtigsten Schwächen im Risikomanagement der Finanzinstitute die mangelnde Autorität der mit dem Risikomanagement betrauten Unternehmensbereiche.[214] Diese Feststellung muss nicht zwingenderweise zu weiteren gesetzlichen Vorschriften führen, weil sowohl die BASLER EMPFEHLUNGEN als auch das FINMA-RS 08/24 Bestimmungen über die Unabhängigkeit der Compliance-Funktion und damit auch für deren Leiter bereits enthalten, und es den einzelnen Banken unbenommen bleibt, in ihren Statuten und Reglementen weitere institutionelle Garantien für den General Counsel zu verankern.[215] Immerhin enthalten die BASLER EMPFEHLUNGEN einige wenige besondere Bestimmungen über den Head of Compliance.[216] Diese besagen, dass ein Head of Compliance die Compliance-Funktion zu führen hat und die Verantwortung für die Koordination der Risikoidentifikation und -überwachung haben müsse. Ausserdem fordert der BASLER AUSSCHUSS, dass eine Bank die Position des Head of Compliance genau zu umschreiben habe.[217] Der BASLER AUSSCHUSS hebt auch hervor, dass der Head of Compliance keine «direct business line responsibilities» haben darf.[218] Von Interesse ist schliesslich der Hinweis darauf, dass die Bank die Aufsichtsbehörden über einen Wechsel in der Leitung der Funktion Compliance zu informieren habe.[219]

---

211 *«The General Counsel should ask not just whether something is legal, but whether it is right.»* (THIERFELDER, The Role of the General Counsel, 11).

212 HEINEMAN, Dialogue, 18.

213 Ob dies auch in Zukunft so bleiben wird, ist eine offene Frage.

214 EU-GRÜNBUCH, 8.

215 Vgl. z.B. Compliance Reglement der ZÜRCHER KANTONALBANK, §§ 16 u. 17 betreffend Eskalationsrecht und betreffend direkten Zugang des General Counsels zum Bankpräsidium.

216 Vgl. Ziffn. 24-27 BASLER EMPFEHLUNGEN.

217 Ziff. 24 BASLER EMPFEHLUNGEN.

218 Ziff. 26 BASLER EMPFEHLUNGEN.

219 Ziff. 27 BASLER EMPFEHLUNGEN.

c) Organisatorische und institutionelle Garantien im Einzelnen

aa) Wahl und Entlassung des General Counsels

Eine Bank kann die Unabhängigkeit des General Counsels einmal dadurch absichern, dass sie dessen Wahl und Entlassung dem Verwaltungsrat vorbehält.[220]

bb) Unterstellung

Die organisatorische Einbindung des General Counsels ist in den Banken ganz unterschiedlich geregelt. Bei Grossbanken wie der CS und der UBS ist der General Counsel Mitglied der Konzern- und Geschäftsleitung. In anderen Banken ist der General Counsel dem CEO,[221] dem Chief Financial Officer oder dem Chief Risk Officer unterstellt. Wichtig ist allemal, dass der General Counsel einen direkten Zugang zum CEO hat. All diese Organisationsformen erfüllen die Vorgaben der FINMA, wonach jedes Institut ein Mitglied der Geschäftsführung zu bestimmen hat, das für die Compliance-Funktion zuständig ist, um damit einen ungehinderten Zugang der Compliance-Funktion zur Geschäftsführung zu gewährleisten.[222] Ist der General Counsel Mitglied der Konzern- oder Geschäftsführung, ist zu beachten, dass er keine «business line responsibilities» wahrnimmt.[223]

cc) Direkter Zugang zum Verwaltungsrat

Unter dem Titel «Risikoberichterstattung» ist bereits ausgeführt worden, dass die Funktion Compliance zumindest ein Mal jährlich direkt an den Verwaltungsrat rapportiert. Darüber hinaus muss der General Counsel jederzeit einen direkten Zugang zum Verwaltungsratspräsidenten oder zum Verwaltungsrat haben, wenn dies nötig erscheint.[224] Dass ein direkter Kontakt zwi-

---

220 Ziff. 22.1 des Organisations- und Geschäftsreglementes der Credit Suisse Group AG und der Credit Suisse AG.

221 Z.B. bei der ZÜRCHER KANTONALBANK.

222 Rz. 104 FINMA-RS 08/24.

223 Ziff. 26 BASLER EMPFEHLUNGEN.

224 THIERFELDER schreibt zur grossen Bedeutung dieses direkten Zugangs Folgendes: «This situation obviously has an impact on the relationship of the GC with the CEO, especially in the event of conflict. While it seems best practice today that the GC has a direct reporting line to the CEO he must have the right to bring controversial issues to the Chairman or individual board members without the prior consent of the CEO. [...] Even if the GC is a member of the executive management team, good governance

schen General Counsel und Verwaltungsrat auch im Rahmen der Berichterstattung empfehlenswert ist, vertritt auch BÖCKLI für die Arbeit des Audit Committee.[225] Die präventive Wirkung dieser Bestimmung ist nicht zu unterschätzen, verhindert sie doch, dass das Management Risikohinweise einfach unter den Teppich wischen kann. Es ist für einen offenen Dialog zwischen General Counsel, CEO und Verwaltungsratspräsidenten indessen unabdingbar, dass über solche direkten Gespräche zwischen General Counsel und Verwaltungsratspräsident Transparenz besteht. Die Existenz eines direkten Zugangsrechts des General Counsels zum Verwaltungsratspräsidenten sowie ein Klima der Offenheit und des Vertrauens unter den Beteiligten tragen dazu bei, den General Counsel von Vorwürfen der Illoyalität freizuhalten.

dd) Eskalationsrecht

Vom direkten Zugang ist das Eskalationsrecht an den Verwaltungsrat zu unterscheiden.[226] Dieses Eskalationsrecht kommt etwa dann zum Tragen, wenn der General Counsel als Mitglied von Ausschüssen der Geschäftsführung, wenn auch nur mit beratender Stimme, überstimmt wird und er es für nötig erachtet, den Entscheid im Interesse der Bank dem Verwaltungsrat oder einem Gremium desselben zu unterbreiten. Das Eskalationsrecht ist auch dann anwendbar, wenn der General Counsel einen Entscheid seines direkten Vorgesetzten (CEO) im Interesse des Unternehmens an das Organ für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle «weiterziehen» will. Besonders wichtig ist dieses Weiterziehungsrecht etwa bei der Frage, ob bei Verdacht auf schwere Verstösse gegen die Compliance eine Untersuchung nach Rz. 111 FINMA-RS 08/24 durchzuführen ist.[227]

---

today requires the right of the GC to interact directly and periodically with the board, particularly if he feels a need to do so in the company's best interests.» (THIERFELDER, The Role of the General Counsel, 12); § 17 Compliance Reglement der ZÜRCHER KANTONALBANK.

225 BÖCKLI, Audit Committee, 79.

226 § 16 Compliance Reglement der ZÜRCHER KANTONALBANK.

227 Vgl. dazu vorn Kapitel III.2.a.bb. und III.2.c.hh.

3. Erhöhte Verantwortung des General Counsels

Die besondere Rechtsstellung des General Counsels mit speziellen Befugnissen geht einher mit einer erhöhten Verantwortung des General Counsels gegenüber der Bank. Es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, auf alle Aspekte der zivil-, straf- und aufsichtsrechtlichen Verantwortung des General Counsels einzugehen. Von einzelnen Aspekten soll im letzten Kapitel noch die Rede sein, wobei es bei Hinweisen auf einzelne Entscheidungen der Aufsichtsbehörde und von Gerichten sein Bewenden haben muss.

VI. Problematische Entwicklungstendenzen für die Funktion Recht

1. Internationale und nationale Stossrichtungen für neue gesetzliche Vorschriften

a) Basler Ausschuss und EU

Internationale Gremien fordern von Finanzinstituten, neue Finanzprodukte oder Änderungen von bestehenden Finanzprodukten vor deren Freigabe zum Betrieb durch ein Genehmigungsverfahren prüfen zu lassen. Dieses Verfahren soll zudem immer auch anwendbar sein, wenn eine Bank neue Geschäftsfelder oder Märkte erschliessen will.[228] Eine wichtige Rolle soll dabei der Chief Risk Officer bzw. seine Organisationseinheit wahrnehmen.[229] Diese Forderung ist zu begrüssen und auch in einigen Schweizer Banken schon längere Zeit Wirklichkeit.[230] Soweit überblickbar, finden sich im FINMA-VERTRIEBSBERICHT 2010[231] keine Hinweise auf solche bankinternen Produktezulassungsprozesse und Anforderungen für deren Ausgestaltung. Dass die Banken in der Schweiz schon seit einiger Zeit dazu übergegangen

---

228 EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 468 m.H. auf die Bestrebungen des Basler Ausschusses, des Committee of European Banking Supervisors und des EU-Grünbuches in Fn. 75.

229 EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 468, a.a.O.

230 Vgl. zum Pre-Deal-Konsultationsverfahren etwa bei der ZÜRCHER KANTONALBANK vorn Kapitel III.1.c und III.2.c.bb.

231 Abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/diskussionspapier-vertriebsregeln-20101110-d.pdf>.

sind, solche Produktezulassungsprozesse einzuführen, liegt in deren wohlverstandenen eigenen Unternehmensinteresse. Mit rechtlichen und anderen Fehlern behaftete Produkte und Dienstleistungen führen zu Schadenersatzforderungen gegen die Bank und finanziellen Verlusten sowie zu Reputationsschäden.[232] So begrüssenswert die Forderung nach Produktezulassungsprozessen an sich ist, so problematisch können deren praktische Auswirkungen sein, wenn sie nebst den – nach der hier vertretenen Ansicht weit zu fassenden – legitimen Unternehmensinteressen der Bank auch private Vermögensinteressen von Anlegern zu schützen haben. Der Funktion Recht könnte dabei die besondere Rolle des sog. neutralen Konsumenten- oder Verbraucherschützers innerhalb der Bank zukommen, wie das die Revisionsbestrebungen im Finanzdienstleistungsrecht Deutschlands zeigen.[233] Davon soll im Folgenden die Rede sein.

b) Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion gemäss Rundschreiben 4/2010 der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vom 7. Juni 2010 in Deutschland[234]

Um die deutsche Regelung der Compliance-Funktion besser verstehen und einordnen zu können, ist festzuhalten, dass die deutsche Gesetzgebung von einem punktuellen Verständnis von Compliance ausgeht, wonach Compliance sich immer auf ein bestimmtes Rechts- und Tätigkeitsgebiet beschränkt.[235] Die im Folgenden darzustellende Regelung bezieht sich ausschliesslich auf das Wertpapierhandelsgeschäft.[236] Viele Vorgaben der BaFin für die Ordnung der Funktion Compliance sind deckungsgleich mit den hier aufgestellten Anforderungen, allerdings mit der entscheidenden Besonderheit der inhaltlichen Beschränkung. Dieser an sich positive Befund ist jedoch zumindest in einem Punkt stark zu relativieren. Als eigentlicher Stein des Anstosses sind die Interessenbindung des Compliance-Beauftragten sowie die ihm überbundenen gesetzlichen Verpflichtungen beim Produktezulas-

---

232 Vgl. Beispiel eines strukturierten Produktes mit unerwarteten Steuerfolgen, erwähnt im FINMA-VERTRIEBSBERICHT 2010 (Diskussionspapier), 34.

233 § 12 Abs. 3 Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung und Rundschreiben 4/2010 der BAFIN.

234 Abrufbar unter: <www.bafin.de>.

235 Vgl. vorn Kapitel I.2.

236 LÖSLER, WM 2010, 1917; NIERMANN, ZBB 2010, 401.

sungsprozess zu nennen. Unter dem Titel «Unabhängigkeit» schreibt das Rundschreiben der BaFin in BT 1.1.1 Ziff. 5 vor, die Übereinstimmung wesentlicher Bewertungen und Empfehlungen des Compliance-Beauftragten durch die Geschäftsleitung zu dokumentieren. Als Beispiel wird die Empfehlung des Compliance-Beauftragten aufgeführt, ein bestimmtes Finanzinstrument nicht zur Aufnahme in den Vertrieb zuzulassen. Mit dieser Regelung wollte man einem Missbrauch der Weisungsgebundenheit des Compliance-Beauftragten durch die Geschäftsführung in fachlichen Fragen vorbeugen.[237] In diesem Postulat nach Unabhängigkeit artikuliere sich aber «die janusköpfige Interessenausrichtung des Compliance-Beauftragten»,[238] wie VEIL betont. VEIL führt weiter aus, dass der Compliance-Beauftragte zwar als Mitarbeiter des Wertpapierdienstleistungsunternehmens an dessen Interessen gebunden sei, doch werde er «auch im öffentlichen Interesse, nämlich zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte, inthronisiert.»[239]

Dass durchaus die Gefahr besteht, die Funktion Recht quasi als verlängerten Arm der Aufsichtsbehörde für die Durchsetzung einer prudentiellen Aufsicht einzuspannen und sie besonders zu diesem Zweck mit einer Unabhängigkeit auszustatten, um über die richtigerweise weit zu fassenden Unternehmensinteressen hinaus auch Kundeninteressen zu wahren, zeigt das neue Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts (Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz) Deutschlands.[240] Im Rahmen dieser Gesetzesnovelle ist in Art. 5 die Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung geändert worden. § 12 Abs. 3 dieser Verordnung ist mit folgendem Satz ergänzt worden:[241]

> «Der Compliance-Beauftragte im Sinne des Absatzes 4 Satz 1 muss berechtigt sein, geeignete und erforderliche vorläufige Massnahmen zu treffen, um eine konkrete Gefahr der Beeinträchtigung von Kundeninteressen bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebendienstleistungen abzuwenden.»

---

237 NIERMANN, ZBB 2010, 423.
238 VEIL, WM 2008, 1097.
239 VEIL, WM 2008, 1097.
240 BGBl 2011 I Nr. 14, 538 ff.
241 BGBl 2011 I Nr. 14, 547.

Diese gesetzliche Pflichtenüberbindung an den Compliance-Beauftragten geht entschieden zu weit. Sie geht über das hinaus, was VEIL mit 'Inthronisierung' des Compliance-Beauftragten im öffentlichen Interesse umschreibt.[242] Den Compliance-Beauftragten mit der Wahrnehmung öffentlicher Interessen zu betrauen und zum verlängerten Arm der Aufsichtsbehörde zu machen, ist für sich allein schon ein Sündenfall.[243] Die neue Bestimmung der Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung Deutschlands geht aber noch einen Schritt weiter. Sie verlangt vom Compliance-Beauftragten, unmittelbar Kundeninteressen und damit private Interessen zu wahren. Eine solche Pflicht hat die Bank und damit möglicherweise auch die Funktion Recht jedoch nur dann, wenn sie auf einer vertraglichen Grundlage beruht. Dies ist etwa bei der Erteilung eines Vermögensverwaltungsmandates durch den Kunden an die Bank der Fall. Die vertraglich vereinbarte Vermögensschutzpflicht trifft aber in erster Linie die Bank und nicht direkt die Funktion Recht bzw. den Compliance-Beauftragten als Person. Ganz offensichtlich hat der deutsche Gesetzgeber nicht nur die Aufsichtsbehörde, sondern auch deren verlängerten Arm, den Compliance-Beauftragten, zur Wahrung von privaten Kundeninteressen verpflichtet. Damit manövriert der Gesetzgeber die Funktion Recht oder den Compliance-Beauftragten in eine mit dem Wesen seiner Funktion nicht vereinbare (gesetzliche) Interessenkollision und pervertiert damit das Postulat nach Unabhängigkeit von der Unternehmensleitung ins Gegenteil. Das Bild des angestellten Unternehmensanwaltes als weisungsfreier und damit unabhängiger Rechtsberater, der an die Parteiinteressen des Unternehmens gebunden ist,[244] muss auch für die Regelung und Gestaltung der Compliance-Funktion wegweisend sein. Eine solche «Emanzipation der Compliance-Funktion von der Rechtsabteilung»,[245] wie sie der deutsche Gesetzgeber offenbar vornimmt, ist nach der hier vertretenen Auffassung entschieden abzulehnen. Sie ist ein weiteres Beispiel dafür, dass nebst Rechtsprechung und Lehre auch der Gesetzgeber die Funktion Compliance bzw. Recht nicht eingehend und umfassend analysiert hat. Zutreffend hat BERTSCHINGER in seiner

---

242 VEIL, WM 2008, 1097.

243 Dieses Selbstverständnis des Compliance-Beauftragten beschreibt treffend LÖSLER, WM 2010, 1922.

244 BGE 106 Ia 105.

245 So LÖSLER, WM 2010, 1921.

Analyse über die Schutzwirkung zugunsten Dritter bei der anwaltlichen Beratung von börsenkotierten Unternehmen ausgeführt, dass diese Schutzwirkung zugunsten Dritter «Haftungsschleusen in einem Masse» öffne, «welches sich systemgefährdend auswirken könnte.»[246] Nicht nur in zivilrechtlicher, sondern auch in strafrechtlicher Hinsicht führt die Lösung des deutschen Gesetzgebers zu einer uferlosen Verantwortlichkeit. Jüngstes Beispiel ist das Urteil des BGH betreffend Berliner Stadtreinigungsbetriebe.[247] Dieser Entscheid ist in Deutschland zu Recht auf harsche Kritik gestossen.[248]

c) FINMA-Vertriebsbericht 2010

Im FINMA-VERTRIEBSBERICHT 2010 sowie in mehreren Verlautbarungen von FINMA-Vertretern zum Kundenschutz am Point of Sale und zum unzureichenden Schutz von Privatkunden am Schweizer Finanzmarkt finden sich zahlreiche Hinweise, dass zu prüfen sei, «ob ein bestimmtes Finanzprodukt für den betreffenden Kunden geeignet» sei.[249] Ferner findet sich die Feststellung, dass die derzeit geltenden Produkteregeln ungenügend seien, weil der Anleger nicht über die nötigen Informationen verfüge, um die verschiedenen Produkte miteinander zu vergleichen.[250] Zur Beeinflussung der Produktepalette lehnt die FINMA allerdings die Einführung zwingender Schwarzer Listen ab,[251] lädt jedoch die Finanzdienstleister dazu ein, «solche Überlegungen institutsintern anzustrengen und umzusetzen – was teilweise bereits der aktuellen Praxis» entspreche.[252] Vorschriften über das Erfordernis und die Ausgestaltung eines Produktezulassungsprozesses finden sich im Vertriebsbericht nicht. Folgerichtig fehlen auch Ausführungen darüber, welche Rolle die Funktion Recht dabei zu spielen hat. **Der Individualschutz als Ziel** der Finanzmarkt**regulierung** liegt im öffentlichen Interesse und ist heute unbestritten.[253] Wie am Beispiel der deutschen Gesetzgebung gezeigt,

---

246 BERTSCHINGER, FS Forstmoser, 463.

247 WM 2009, 1882 ff.

248 Vgl. dazu hinten Kapitel VI.2.a.

249 FINMA-Medienanlass vom 10. November 2010: Referat Patrick Raaflaub betreffend Kundenschutz am Point of Sale, 2.

250 FINMA-Medienanlass vom 10. November 2010: Referat Urs Zulauf betreffend unzureichenden Schutz von Privatkunden am Schweizer Finanzmarkt, 3.

251 FINMA-VERTRIEBSBERICHT 2010 (Diskussionspapier), 48.

252 FINMA-VERTRIEBSBERICHT 2010 (Diskussionspapier), 48.

253 NOBEL, Finanzmarktrecht, 16; FINMA-VERTRIEBSBERICHT 2010 (Anhänge), 16.

darf die Verfolgung dieses an sich berechtigten Ziels nicht dazu führen, dass die Aufsichtsbehörde selbst oder gar die Funktion Recht als Compliance-Funktion unmittelbar mit der Wahrung privater Drittinteressen betraut wird. Die vertragliche Übernahme von Vermögensschutzpflichten durch die Bank bleibt von dieser Kritik unberührt. Mögliche Anzeichen für die geschilderte Fehlentwicklung sind etwa erkennbar in den Kernpunkten zum FINMA-VERTRIEBSBERICHT 2010. Die FINMA führt dort wörtlich Folgendes aus:

> «Wie erwähnt gehen gerade Privatkunden regelmässig davon aus, dass Finanzdienstleister beim Absatz von Produkten ausschliesslich Kundeninteressen verfolgen. Solche Erwartungen müssen durch die Dienstleister am Point of Sale entweder erfüllt oder vor Geschäftsabschluss korrigiert werden.»[254]

Wenn die FINMA damit eine umfassende Information und Risikoaufklärung fordert, die sich auch auf die Vergütungssysteme der Bank erstrecken muss, ist dagegen freilich nichts einzuwenden.

In eine ähnliche Richtung weist der Ansatz der EU-Kommission, «den Bankverwaltungsrat auf einen prudentiellen Corporate Governance-Fokus zu verpflichten, indem ihn die besondere Sorgfaltspflicht trifft, nicht nur den Aktionärsinteressen, sondern auch den Interessen der Einleger und anderen Gläubigern Rechnung zu tragen.»[255] Als Begründung ist im EU-GRÜNBUCH dazu angeführt, dass eine solche «Sorgfaltspflicht» dazu beitragen könne, «den Verwaltungsrat zur Verfolgung weniger riskanter Strategien zu veranlassen und das langfristige Risikomanagement des Finanzinstituts zu verbessern.»[256] Letztere Stossrichtung ist zu begrüssen. Sie darf aber nicht dazu führen, dass Banken im Allgemeinen und deren Funktion Recht im Besonderen unter dem Titel «Prudentielle Corporate Governance» in ein undefinierbares Spannungsfeld von Interessen des Unternehmens einerseits und privaten Interessen des Anlegers andererseits manövriert werden.

---

254 KERNPUNKTE FINMA-Vertriebsbericht 2010, 5.

255 So EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 472; EU-GRÜNBUCH, 13 f.

256 EU-GRÜNBUCH, 13 f.

2. Der General Counsel und die Funktion Recht im Visier von Aufsichtsbehörden und Strafgerichten

a) Der General Counsel im Visier der Strafjustiz

Das Urteil des BGH vom 17. Juli 2009[257] hat für Aufregung gesorgt. Der BGH verurteilte den Chef der Rechtsabteilung und Innenrevision der Berliner Stadtreinigungsbetriebe (BSR) wegen Beihilfe durch Unterlassung zum Betrug in mittelbarer Täterschaft, weil er weder den Vorstandsvorsitzenden noch den Aufsichtsratsvorsitzenden über die fehlerhafte Berechnung des Tarifs für die Reinigung der Berliner Strassen aufmerksam gemacht hatte (Deliktssumme: EUR 23 Mio.). Für die Bejahung einer strafrechtlich relevanten Garantenstellung hat der BGH die klassische Unterscheidung zwischen Überwachungs- und Schutzgarant aufgegeben und hat ausgeführt, dass die BSR in einem hoheitlichen Bereich tätig sei und daher der gesetzmässige Vollzug der Strassenreinigung sowie deren gesetzmässige Abrechnung Kernstück der öffentlich-rechtlichen Anstalt und demzufolge Gegenstand der Überwachungspflicht des Angeklagten gewesen sei.[258] Für Aufsehen sorgte das obiter dictum des BGH zur Stellung des Compliance-Beauftragten. Der BGH führte dazu wörtlich Folgendes aus:

> «Derartige Beauftragte wird regelmässig strafrechtlich eine Garantenpflicht i. S. des § 13 I StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern.»[259]

DANN/MENGEL relativieren und stellen nüchtern fest, dass diese Feststellung nicht spektakulär sei. Sie begründen ihre Auffassung wie folgt:

> «Wer als Compliance-Beauftragter um die bevorstehende oder andauernde Begehung von unternehmensbezogenen Straftaten in oder aus einem Unternehmen heraus weiss, hat im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren dagegen vorzugehen. Tut er dies nicht, kann er sich wegen Unterlassens (§ 13 StGB) strafbar machen. Was möglich und zumutbar ist, richtet sich nach den individuellen Kompetenzen im Einzelfall. Auch der Compliance-Beauftragte muss nicht mehr zur Verhinderung von Straftaten tun, als seine Kompetenzen im Innenverhältnis «hergeben». Die Bandbreite der in

---

257 WM 2009, 1882 ff.

258 WM 2009, 1883 ff.

259 WM 2009, 1883 rechte Spalte; DANN/MENGEL, NJW 2010, 3267.

> Betracht zu ziehenden Handlungsbefugnisse reicht von der Information der Geschäftsführung über die Einschaltung des Aufsichtsgremiums bis hin zur direkten Intervention gegenüber den unmittelbar Handelnden.»[260]

Dem ist auch für die schweizerische Rechtslage zuzustimmen, wie der Autor dieses Beitrages schon in einer früheren Publikation zum Thema der strafrechtlichen Verantwortung des Unternehmensjuristen ausgeführt hat.[261] Das Schweizerische Bundesgericht hat in einem jüngsten Entscheid[262] betreffend Geldwäscherei diese Auffassung für das schweizerische Strafrecht bestätigt. Auf die Besonderheiten des vom BGH beurteilten Falles braucht an dieser Stelle nicht weiter eingetreten zu werden. Nur soviel sei festgehalten: An der Unterscheidung zwischen Schutz- und Überwachungsgarant ist weiterhin festzuhalten. Für den General Counsel ergibt sich diese in aller Regel aus Gesetz und Vertrag.[263] Sind auch die übrigen Voraussetzungen für die Strafbarkeit bei der Unterlassung gegeben,[264] so kann sich der General Counsel bei Verletzung der ihm obliegenden Garantenpflichten strafbar machen. Bei der Annahme einer Garantenstellung nach Art. 11 StGB muss der Strafrichter allerdings die Stellung des General Counsels umfassend prüfen und seine Position im Gesamtkontext aller massgebenden arbeitsrechtlichen, aufsichtsrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen und weiteren Bestimmungen würdigen.[265] Mögliche Fehlentwicklungen des Aufsichtsrechts darf der Strafrichter aber nicht nachvollziehen. Für die Annahme einer Garantenstellung nach Art. 11 StGB müssen nach wie vor strenge Anforderungen gelten.

b) Der General Counsel im Visier der Aufsicht

Weiter vorn wurde ausführlich dargelegt,[266] wie die besondere Stellung des General Counsels institutionell und organisatorisch abzusichern ist. Dabei sind die Unabhängigkeit und seine besonderen Befugnisse Kernelemente.[267] Im Rahmen der Aufsicht, aber auch in besonderen Untersuchungen bei Ban-

---

260 DANN/MENGEL, NJW 2010, 3267.
261 STRASSER, FS Baudenbacher, 749 ff.
262 BGE 136 IV 188.
263 Art. 11 StGB.
264 Vgl. dazu STRASSER, FS Baudenbacher, 757 ff.
265 STRASSER, FS Baudenbacher, 757 ff.
266 Vgl. vorn Kapitel V.1. und V.2.
267 Vgl. vorn Kapitel V.2.c.

ken kann immer wieder die Frage auftauchen, welche Rolle der General Counsel bei der Abwicklung eines bestimmten Geschäftes bzw. bei der Beurteilung eines ganzen Geschäftsfeldes spielt bzw. gespielt hat. Im bisher grössten finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahren der Schweiz wegen Verletzung der börsengesetzlichen Meldepflicht nach Art. 20 BEHG hat die FINMA in Bezug auf die Rolle des General Counsels und der Compliance-Funktion Folgendes festgehalten:

> «Die mehrfach zitierte Warnung von ... (Name des General Counsels) im Fall X entlastete Compliance nicht davon, auch im Fall Z wieder zu intervenieren, nötigenfalls auch in Umgehung der verantwortlichen Geschäftsleitungsmitglieder, die in diesem Fall offensichtlich andere Interessen verfolgten.»[268]

Was bedeuten derartige Feststellungen der Aufsichtsbehörde in Bezug auf die Ausübung, namentlich des Eskalationsrechts, und die Befugnis, eine Angelegenheit direkt dem Verwaltungsratspräsidenten zu unterbreiten, ohne den Dienstweg einhalten zu müssen?[269] Mutieren mit anderen Worten das Eskalationsrecht und das direkte Zugangsrecht unter bestimmten Voraussetzungen zur Pflicht, und wenn ja, unter welchen? Oder anders gefragt: Hat der General Counsel darüber zu wachen, ob die Geschäftsführung oder Teile davon die Interessen des Unternehmens bzw. der Bank richtig wahrnehmen? Ähnlich wie beim Anlegerschutz scheint der Regulator auch bei dieser Frage die Interessenssphären nicht sauber abzugrenzen und in der Folge die Aufgaben des General Counsels nicht hinreichend präzise zu definieren. Die Antwort ist klar: Für die Annahme einer aufsichtsrechtlich relevanten Interventionspflicht genügt es nicht, wenn gestützt auf eine – wie auch immer geartete – Beurteilung festgestellt wird, dass die Geschäftsführung oder Teile davon die Interessen der Bank angeblich nicht hinreichend wahren. Als Minimum für die Annahme einer Interventionspflicht ist ein hinreichender Anfangsverdacht für einen Normverstoss oder eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für das Unternehmen zu fordern. Ob daraus zusätzlich noch eine strafrechtlich relevante Garantenstellung herzuleiten ist, soll an dieser Stelle offen bleiben. Dem Grundsatz «nulla poena sine lege» ist dabei jedoch grösste Beachtung zu schenken. Es soll nicht bei einem Un-

---

268 STRASSER, SJZ 107 (2011), 28.

269 Vgl. §§ 16 u. 17 Compliance Reglement der ZÜRCHER KANTONALBANK.

glücksfall der General Counsel auf dem Altar geopfert werden, damit sich das ganze Unternehmen die Hände in Unschuld waschen kann.

VII. Fazit

1. Aus der historisch begründeten Dualität von Legal (Rechtsdienst) und Compliance hat sich in kurzer Zeit eine integrierte Funktion Recht herausgebildet.

2. Ausgangspunkt für Legal und Compliance ist das Recht.

3. Legal und Compliance haben den Schutz des Unternehmens als gemeinsames und primäres Ziel.

4. Die ursprünglich den beiden Funktionen zugeordneten Aufgaben sind bei genauerem Hinsehen identisch oder – mit Blick auf das gemeinsame Ziel – komplementär. Wirksame, präventive Rechtsberatung im Einzelfall hat ebenso Merkmale der Rechtsdurchsetzung wie (nachträgliche) Kontrolle und Überwachung.

5. Nur durch Integration von Legal und Compliance ist das Management von Compliance-(Rechts-)Risiken sowohl generell als auch einzelfallbezogen wirksam.

6. Die Ausrichtung auf das Unternehmensinteresse, die Unabhängigkeit von Unternehmensleitung und Business sowie die Notwendigkeit des Geheimnisschutzes prägen als Troika beide Bereiche gleichermassen und verlangen deshalb nach einer Integration.

7. Legal und Compliance, integriert in eine Funktion Recht, benötigen für den Schutz des Unternehmens zunächst qualifizierten juristischen Sachverstand und bedürfen im Weiteren der Unterstützung durch Betriebswirte, Bankiers, Informatiker, Paralegals etc.

8. Die Integration von Legal und Compliance muss über eine blosse organisatorische Zusammenfassung der beiden Bereiche hinausgehen und zu einer vollständigen Verschmelzung der beiden Funktionen mit klarer Zuweisung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten führen.

Risk Governance: Anforderungen an das Risikomanagement

Dr. Marc Ryser, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung ... 166

I. Risk Governance und Risikomanagement ... 166
1. Risk Governance Framework: Die umfassende Sicht ... 167
2. Risk Governance im aktuellen Umfeld ... 167

II. Finanzkrise und regulatorische Entwicklungen ... 168
1. Die Finanzkrise war der «perfekte Sturm» ... 168
2. Entwicklung der regulatorischen Landschaft ... 169

III. Leading Practices der Banken ... 169
1. Gestaltungsprinzipien für Risk Governance: Übersicht ... 169
2. Risikostrategie und Risikoappetit ... 170
3. Das Referenz-Organisationsmodell: Die *Three Lines of Defense* ... 171
4. Leading Practices bei der Risikoorganisation ... 172
a) Risikomanagement-Ausschüsse ... 172
aa) Verwaltungsratsebene ... 172
bb) Geschäftsleitungsebene ... 173
b) Der Chief Risk Officer und die CRO-Organisation ... 174
c) Front / Linienverantwortlichkeiten ... 175
5. Leading Practices bei den Methoden ... 176
6. Leading Practices mit Blick auf Prozesse und Kontrollen, IT und Daten ... 177
a) Prozesse und Kontrollen ... 177

---

* Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Vortrags.

b) IT und Daten 178
IV. Aktuelle Situation in der Schweiz 179

Einleitung

In den vorangehenden Beiträgen wurden bereits verschiedene Aspekte und Sichtweisen der Corporate Governance besprochen. Ich werde in meinem Vortrag die Risk Governance behandeln, also die Anforderungen der Corporate Governance an das Risikomanagement von Finanzinstituten. Zunächst wird erläutert, was Risk Governance und Risikomanagement eigentlich bedeuten und welche Inhalte sie umfassen. Die Thematik hat aufgrund der Finanzkrise hohe Priorität auf der regulatorischen Agenda erhalten. Deshalb werden in einem zweiten Schritt die Auswirkungen der Finanzkrise auf die regulatorischen Entwicklungen aufgezeigt. In der Folge wird untersucht, welche Anforderungen sich daraus für die Banken ableiten lassen und was heute als Leading Practice, vielleicht auch als Emerging Practice der Banken bezeichnet werden kann. Schliesslich wird auf die aktuelle Situation in der Schweiz, sowohl auf Banken- als auch auf Regulierungsseite, eingegangen.

I. Risk Governance und Risikomanagement

Risk Governance beschränkt sich in der aktuellen Diskussion leider viel zu oft auf rein aufbauorganisatorische Aspekte. In der Tat besteht die erste Antwort einer Bank auf die Krise oft einfach darin, die Überwachungsfunktionen neu zu organisieren. Dass Verantwortlichkeiten typischerweise auch auf höherer Ebene definiert sind, nämlich auf derjenigen der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats, geht bei diesem Ansatz etwas vergessen. Der Organisationsaspekt ist zwar ein wichtiger Aspekt einer guten Risk Governance, aber nicht der einzige.

1. Risk Governance Framework: Die umfassende Sicht

Nimmt man eine umfassende Sichtweise der Risk Governance ein, so enthält diese mehrere Ebenen. Die oberste Ebene bildet die Definition einer Risikostrategie und des entsprechenden Risikoappetits einer Bank. Wie viele und welche Risiken ist die Organisation bereit einzugehen? Die Frage ist nicht, ob Risiken überhaupt eingegangen werden sollen, denn das Eingehen von Risiken gehört grundsätzlich zum Kern des Bankgeschäfts. Auf der nächsttieferen Ebene des Risk Governance Frameworks sind die Risikoorganisation und das Weisungswesen angesiedelt. Sie sollten weitgehend auf die Risikostrategie der Bank abgestimmt sein. Weiter kann nicht über Risk Governance gesprochen werden, ohne auch die Mitarbeiter und die Risikokultur eines Unternehmens zu berücksichtigen. Die Risk Governance umfasst sodann Vorgaben zu den Risikomessverfahren und -modellen sowie zum Risikomanagement-Prozess (Identifikation, Messung, Steuerung, Kontrolle und Rapportierung der Risiken). Auf der untersten Ebene des Frameworks steht die Infrastruktur, die für das Risikomanagement bereitgestellt werden sollte.

2. Risk Governance im aktuellen Umfeld

Risk Governance hat als Thema auf der Unternehmensagenda heute einen wesentlich höheren Stellenwert, als noch vor ein paar Jahren. Gründe dafür sind vor allem im gemeinsamen Fokus der Stakeholder auf ähnliche Eigenschaften guter Risk Governance und dem erhöhten Druck verschiedener Anforderungsgruppen zu sehen. Regulatoren erachten Risk Governance als Kernelement für das Erreichen der strategischen Unternehmensziele und für die Einhaltung der Kapitalerfordernisse. Investoren wollen letztlich ein besseres Verständnis über Risiko- und Renditetreiber ihrer Investition gewinnen. Rating Agenturen erachten Risk Governance ebenfalls als Kernelement ihres Ratingprozesses.

Die Finanzkrise und die damit einhergehenden hohen Verluste von Banken haben die Notwendigkeit eines umfassenden und unternehmensweiten Risk Governance Frameworks mit klaren Definitionen von Aufgaben und Kompetenzen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung bis zu den Linienverantwortlichen zusätzlich akzentuiert. Banken können grundsätzlich reaktiv agieren und Verbesserungen an diesem Framework immer nur dann vornehmen, wenn neue regulatorische Anforderungen formuliert sind. Es ist aber davon auszugehen, dass erfolgreiche Banken zukünftig einen an-

deren Weg wählen und viel proaktiver an dieses Thema herangehen. Wer zum Beispiel die Frage des Risikoappetits jederzeit beantworten kann, ist letztlich auch viel eher in der Lage, die Risk Governance zur Erzielung von Geschäftsvorteilen zu nutzen.

II. Finanzkrise und regulatorische Entwicklungen

1. Die Finanzkrise war der «perfekte Sturm»

Das Buch und die Verfilmung «The Perfect Storm»[1] beschreiben das Schicksal eines Fischerbootes, das in einen riesigen Sturm gerät, der aus dem Zusammentreffen eines tropischen Wirbelsturms, eines Hurricanes und eines aus dem Norden kommenden Polarsturms entstanden ist. Der perfekte Sturm resultierte also aus dem ungünstigen Zusammentreffen von Ereignissen. In ähnlicher Form kann man auch die Finanzkrise hinsichtlich der Risk Governance beschreiben: Ungünstiges Zusammentreffen von Ereignissen, garstige Bedingungen im Marktumfeld, in der Marktdisziplin, aber auch im Risikomanagement und der Regulierung.

Aus der Sicht des Risikomanagements waren sicher ein fehlendes oder ungenügendes Verständnis der Risiko- und Renditetreiber, das oftmalige Nichthinterfragen kritischer Modellannahmen und letztlich auch fehlerhafte Anreizstrukturen solche Faktoren. Ebenso wurde – und wird übrigens auch heute noch – Risikomanagement oft in sogenannten Silos betrieben, etwa im Marktrisiko-Silo, im Kreditrisiko-Silo und in anderen Risiko-Silos. Oft war die Zusammenfügung noch nicht vorgenommen worden. Die Modelle, die zur Messung und Steuerung von Risiken verwendet wurden, sind in der Regel datenbasiert, das heisst rückwärtsgerichtet. Datengrundlagen waren oftmals nicht wirklich verlässlich, um entsprechende Modelle darauf aufzusetzen.

Auch von Seiten der Investoren, respektive der Marktdisziplin, erfolgte keine genügende Kontrolle über die Banken. Das hat zum einen mit fehlender Transparenz zu tun, mit dem zu starken Abstützen auf Informationen von Rating Agenturen, und schliesslich auch mit der Komplexität der gehandelten Produkte, welche die Banken oft in ihren Büchern führten.

---

[1] JUNGER SEBASTIAN, The Perfect Storm, A True Story of Men Against the Sea, New York 1997; die Verfilmung des Buches wurde im Jahr 2000 unter dem gleichem Titel veröffentlicht.

Mit Blick auf die Regulierungsseite kann man feststellen, dass eine umfassende systemische Aufsicht gefehlt hat. Kooperationen zwischen Regulatoren gab es zwar, sie waren aber nicht immer und in jedem Fall konsistent. Gewisse Märkte waren und sind auch weitgehend nicht reguliert (z.B. Hedge Funds und Alternative Investments). Kapital- und Liquiditätsstandards waren in der Retroperspektive wohl zu schwach, ebenso wie die Standards für gute Risk Governance.

2. Entwicklung der regulatorischen Landschaft

Dieses Umfeld hat zu einer Flut von regulatorischen Initiativen geführt. Davon sind einige nicht komplementär, sondern überschneidend. Zum Beispiel decken der Dodd-Frank Act[2] in den USA, dessen Grundzüge sich auch in der «Too Big Too Fail»-Regulierung in der Schweiz wiederfinden, die G20-Initiative und deren Aktivitäten, sowie Basel III zum Teil dieselben oder sehr ähnliche Aspekte ab.

Die regulatorischen Initiativen können sechs wesentlichen Stossrichtungen zugeordnet werden: (i) Vermehrte internationale Kooperation, (ii) verbesserte Marktstabilität und systemische Risikoregulation für systemrelevante Marktteilnehmer, (iii) erweiterte Standards für die prudentielle Regulierung und Aufsicht über die Banken – darunter fallen Risiko-, Kapital- und Liquiditätsmanagement, (iv) verbesserte Transparenz und Offenlegung, (v) Konsumentenschutzanliegen und (vi) die Weiterentwicklung von Rechnungslegungs-Standards. Dabei stehen Risk Governance und Risikomanagement als Kernthemen im Fokus der Anstrengungen für eine verbesserte prudentielle Aufsicht.

III. Leading Practices der Banken

1. Gestaltungsprinzipien für Risk Governance: Übersicht

Wie gehen Banken mit diesen regulatorischen Anforderungen um? Hat sich bereits eine Leading Practice etabliert? Wenn man sich nochmals das umfassende Risk Governance Framework vergegenwärtigt, so lassen sich zumindest bei den führenden Banken ein paar wesentliche Gestaltungsprinzipien

[2] Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act vom 21. Juli 2010, Public Law 111-203.

beobachten. Auf oberster Ebene steht der Versuch, eine weitgehende Übereinstimmung von Strategie, Risikoappetit und Risikoprofil über alle Risikoarten und Geschäftsfelder zu erreichen. Es sollen unabhängige Risikomanagement- und Kontrollfunktionen mit wohldefinierten Aufgaben und Kompetenzen eingeführt werden. Diese Risikoappetit-Definitionen sollen nicht nur die Sichtweise auf der obersten Führungsebene reflektieren, sondern mittels Steuerungsmechanismen auch in die Geschäftseinheiten hereingetragen werden. Weiter geht es darum, eine Risiko-Rendite Steuerung via Kapitalallokation, Performance-Messung, Produktedesign und risikobasierten Kompensationsmechanismen zu implementieren. Wichtig ist auch, eine einheitliche Risikoterminologie zu definieren, die durch die gesamte Organisation hindurch Ambiguitäten in den Risikodiskussionen reduziert und auch die Risikomanagement-Verantwortlichkeiten stärkt. Zudem wird versucht, konsistente und vor allem unabhängig validierte Messverfahren und Messmodelle für Risiken und Produktebewertungen zu etablieren und wohldefinierte Risikomanagement-Prozesse mit effektiven, nicht-redundanten Kontrollen und einem zeitgerechten und akkuraten Reporting einzusetzen. Auf der untersten Stufe soll eine einheitliche Datengrundlage geschaffen und – das ist wahrscheinlich der schwierigste Punkt, mit dem die meisten Banken wohl noch zu kämpfen haben – eine Infrastruktur bereitgestellt werden, die auch Ad-hoc Abfragen über Risiken mit unterschiedlichen Sichtweisen und Aggregationen (z.B. Risk, Accounting, regulatorisch) in einer konsistenten Art und Weise über die gesamte Organisation zulässt.

Im Folgenden wird detaillierter auf einzelne dieser Aspekte eingegangen.

2. Risikostrategie und Risikoappetit

Das Risikoverständnis des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung war, insbesondere in den komplexen Produktebereichen, in denen die Banken vor und während der Finanzkrise noch gehandelt hatten, oft mangelhaft. Zudem existierten Anreizstrukturen, die diese Haltung begünstigten. Deshalb ist es wichtig, dass auf oberster Stufe eine klare Definition und Einbettung des Risikoappetits erfolgt. Das klingt trivial. Allerdings: Wie fasst man einen Risikoappetit in eine operationalisierbare Formulierung, die quer durch die Bank umgesetzt werden kann? Das Schaffen von Verständnis für Risiko- und Renditezusammenhänge ist dabei von grosser Bedeutung. Zudem muss der Risikoappetit als Teil der Strategie vom Verwaltungsrat defi-

niert und auf das gesamte Unternehmen heruntergebrochen werden. *New Business Approval*, und als kleiner Bruder davon *New Product Approval*, sind entsprechend geeignete Prozesse auf der Strategieebene, die sicherstellen sollen, dass der Risikoappetit, der auf oberster Stufe definiert wurde, bei der Beurteilung von Eingriffsstrategien in neue Marktsegmente und in neue Geschäftsfelder auch gebührend beachtet wird. Damit wird gewährleistet, dass nicht nur die optimistische Renditesicht von solchen Strategien – sog. *Hockey Stick Szenarien* – berücksichtigt wird, sondern auch der Risikosicht angemessen Rechnung getragen wird. Wir sehen bei den Ansätzen der Banken, die das heutzutage versuchen, eine grosse Heterogenität im Vorgehen und der Definition von Verantwortlichkeiten, inklusive allfälliger Veto-Rechte der Risikoorganisation. Dies ist auf jeden Fall ein wichtiges Thema, bei dem viele Banken aktuell an der Umsetzung von Projekten sind.

Zudem wurde eine Silo-Sicht auf Risiken als Ursache erkannt. Die integrierte Risikosicht und das Reporting sind ein Schritt zur Aufbrechung und Vermeidung der Silos. Auch das klingt trivial. Aber nur schon Markt- und Kreditrisiken in eine einheitliche Sichtweise zu bringen und zu aggregieren, allenfalls auch noch die operationellen und die Compliance Risiken, und diese dann den Entscheidungsträgern in einer konsistenten, halbwegs vergleichbaren Weise zu rapportieren, ist eine grosse Herausforderung. Dazu muss eine unternehmensweite Sicht auf alle materiellen Risiken etabliert und Verständnis für Risikoabhängigkeiten, Konzentrationen und Ansteckungseffekte geschaffen werden.

Und schliesslich ist das Abstützen auf kurzfristige historische Daten und fehlerhafte Annahmen ein Element, das vielen immer noch verwendeten Risikomodellen der Banken zugrunde liegt. Die Risikobeurteilung sollte aber nicht mit dem Fokus «was ging das letzte Mal schief» (das machen faktisch die datenbasierten Modelle) sondern vielmehr aufgrund der Frage «was könnte schief gehen» erfolgen. Prozesse, die sich dafür eignen und die auch auf höchster Führungsstufe etabliert werden können, sind Szenarien und Stressanalysen (bankweites Stresstesting).

3. Das Referenz-Organisationsmodell: Die *Three Lines of Defense*

Auf der Ebene der Risikoorganisation hat sich heute ein Referenz-Modell herauskristallisiert, das sogenannte *Three Lines of Defense*-Modell. Dieses Organisationsmodell trennt ganz klar die Verantwortlichkeiten zwischen den verschiedenen Managementebenen.

Die Fronteinheit ist als *First Line of Defense* innerhalb der gegebenen Vorgaben für das eigentliche Risikomanagement im Sinne der Risiko-Rendite Steuerung zuständig.

Die *Second Line of Defense* besteht aus den unabhängigen Funktionen Risk und Compliance. Die Risk-Funktion hat das Design und die Umsetzung des gesamtbanklichen Risikomanagement Frameworks zur Aufgabe. Neben der Überwachung der Limiten des Frameworks und der Strategie durch die Geschäftseinheiten, erstellt sie auch Analysen und aggregierte Risikorapporte. Zudem sollte sie über eine Gesamtsicht der Risiken verfügen, also eine Sicht, die über die einzelnen Geschäftseinheiten hinausgeht. Die Compliance-Funktion interpretiert demgegüber Regularien, sie erarbeitet Vorgaben und interne Weisungen und überwacht deren Einhaltung. Weiter nimmt sie ein risikobasiertes Compliance-Testing vor und berät Geschäftseinheiten in regulatorischen Fragestellungen.

Als *Third Line of Defense* fungiert das Internal Audit, welches die Effektivität und die Funktionsweise des internen Kontrollsystems, und damit auch der kontrollierenden Einheit auf der Second Line of Defense, unabhängig validiert und überprüft. Es validiert das gesamtbankliche Risikomanagement Framework, stellt sicher, dass der Risk Management Prozess gemäss Design funktioniert und identifiziert Verbesserungsmöglichkeiten.

Oberhalb dieser Verteidigungslinien befindet sich die Oberaufsicht, also die Geschäftsleitung und der Verwaltungsrat. Sie etabliert den *Tone from the Top:* Sie ist zuständig für die Definition des Risikoappetits und die Genehmigung des gesamten Risikomanagement Frameworks. Sie hat im Entscheidungsprozess Risikoinformationen zu berücksichtigen und evaluiert Aktivitäten der Geschäftseinheiten auf einer risikoadjustierten Basis.

Die meisten grossen Banken und – zumindest in der Schweiz – auch die mittleren Banken denken über ein solches Modell mit einer ganz klaren Trennung in diese Three Lines of Defense nach.

4. Leading Practices bei der Risikoorganisation

a) Risikomanagement-Ausschüsse

aa) Verwaltungsratsebene

Risikomanagement-Ausschüsse auf Verwaltungsratsebene sind klar im Trend, und zumindest bei den grösseren Banken sind sie heute auf jeden Fall etabliert. Ein solcher Ausschuss definiert letztlich die wichtigsten Elemente von Risikoappetit und Risikostrategie. Zum Beispiel Rating- und Ge-

winnvolatibilitätsziele für die Geschäftsleitung, welche für die Implementierung der Risikomanagement-Vorgaben im Unternehmen zuständig sind. Er überwacht die Strategie, deren Umsetzung sowie allfällige Abweichungen davon und überprüft und bestätigt auf periodischer Basis den gesamtbanklichen Risikoappetit und die Risikotragfähigkeit. Im Rahmen dieses Prozesses soll sichergestellt werden, dass das Management alle materiellen Risiken umfasst und die Risikomanagement-Prozesse, Methoden und Ressourcen angemessen sind.

Was sind wichtige Gestaltungsprinzipien für einen solchen Risikomanagement-Ausschuss? Nun: Man sollte zunächst einen haben! Dies natürlich in Abhängigkeit von Grösse und Komplexität der Bank. Heutzutage ist es in vielen Fällen so, dass diese Aufgaben dem Audit Committee zugewiesen werden. Die grösseren Banken hingegen separieren diese zwei Ausschüsse. Ebenfalls wichtig ist die Integration von Mitgliedern mit guten Risikomanagement-Kenntnissen. Wenn die Bank einen Risikomanagement-Ausschuss habt, sollte dieser auch in der Lage sein, die Informationen, die er erhält und für das Gesamtgremium aufbereitet, zu verstehen und zu priorisieren. Das bedeutet zum Beispiel, dass er unter Umständen auch fähig sein sollte, allenfalls sehr komplexe und technische Risikomanagement-Aspekte wie Modelle, Modellrisiken und die Entwicklung des Risikoprofils zu verstehen. Das ist kein ganz einfaches Profil für Risikomanagement-Ausschüsse, insbesondere bei denjenigen Banken, deren Verwaltungsrat zum Teil politisch definiert wird.

bb) Geschäftsleitungsebene

Bei den grösseren Banken sieht man aktuell, dass Risikomanagement-Ausschüsse auf tieferer Ebene, also bei der Geschäftsleitung oder auf der zweiten Führungsstufe, etabliert werden. Solche Ausschüsse sind ebenfalls geeignet, um die Konsistenz zwischen dem Risikoprofil und dem festgelegten Risikoappetit aufrecht zu erhalten. Denn diese Ausschüsse diskutieren alle materiellen Risikoexpositionen des Unternehmens, sie fördern einen unternehmensweit einheitlichen Risikomanagement-Ansatz und sie führen regelmässige Treffen mit Linienverantwortlichen sowie unabhängigen Risikomanagement- und Kontrollverantwortlichen durch. Zudem verbessern sie die Qualität, Abdeckung und Nützlichkeit der Risikoinformationen für die Geschäftsleitung und den Verwaltungsrat, indem sie ständig die Effektivität der Informationsflüsse überprüfen – insbesondere hinsichtlich der Schnitt-

stellen von Kredit-, Markt-, Liquiditäts- und operationellen Risiken – und sicherstellen, dass diese adäquat sind.

Das wichtigste Gestaltungsprinzip für solche Ausschüsse ist die Kommunikation. Die Ausschüsse sollen ein effektives Forum für den Austausch zwischen Management- und Risikomanagement-Funktion hinsichtlich Risikosichten und neuer Entwicklungen sein. Der CEO sowie die zweite Führungsstufe von grossen Banken sollten regelmässig an Sitzungen dieser Ausschüsse teilnehmen. Die Geschäftsleitung muss die Funktionsfähigkeit der Komitees periodisch prüfen, um sicherzustellen, dass der Vorsitz und die Zusammensetzung adäquat sind. Dabei sollten sowohl Linienverantwortliche als auch Stabsfunktionen und Kontrollverantwortliche Einsitz haben um eine firmenweite Kooperation und Kommunikation gewährleisten zu können.

b) Der Chief Risk Officer und die CRO-Organisation

Dem Chief Risk Officer (CRO) kommt nach der Finanzkrise eine sehr viel höhere Bedeutung zu. Er führt in der Geschäftsleitung regelmässig die Risikomanagement-Verantwortlichkeiten, er bringt einen spezifischen Risikofokus in die strategische Planung ein, er beaufsichtigt die Risikomanagement-Organisation und er beurteilt und kommuniziert die aktuellen Risikoexpositionen. Weiter ist der CRO mit dem Auf- und Ausbau von Policies, Messverfahren, Prozessen und Systemen befasst. Er muss die Übereinstimmung von Risikoexpositionen und Geschäftsprozessen mit dem bankweit definierten Risikoappetit, den internen Risikoreglementen und den regulatorischen Anforderungen sicherstellen. Zu seinen Aufgabenbereichen gehören zudem die Identifikation und das Reporting materieller Konzentrationen, Risikoentwicklungen und Marktungleichgewichte und die Beurteilung von deren Einfluss auf die Strategie und deren Umsetzung.

Wo soll der CRO organisatorisch angegliedert werden? Das ist eine schwierige Frage. Die Tendenz geht klar dahin, dass der CRO selber in der Geschäftsleitung Einsitz hat und an den CEO rapportiert. Er sollte unabhängig sein und genügend Seniorität haben, um Entscheidungsprozesse im Unternehmen zu beeinflussen. Diese funktionale Unterstellung und der Senioritätsaspekt können sehr schwierig sein. Insbesondere die kleineren Banken in der Schweiz lösen die Frage der CRO-Organisation oftmals ganz anders. Wir sehen häufig, dass ein CRO beispielsweise immer noch auf zweiter Führungsstufe dem CFO unterstellt ist. Dabei kann der CFO in vielen Banken durchaus ein Geschäftsleistungsmitglied mit Ergebnisverantwor-

tung sein, zum Beispiel dort, wo er das Treasury leitet und für das Treasury Zins-Ergebnis verantwortlich ist. Dies führt bereits zu einem latenten Interessenkonflikt. Aber selbst bei einer Implementierung des CRO auf Geschäftsleitungsstufe hat dieser noch nicht zwingend genügend Durchschlagskraft. In unserer Beratungs- und Revisionstätigkeit haben wir viele Banken gesehen, die beispielsweise auf der Handelsseite sehr gute Jahre hatten. Dazu gibt es ein Sprichwort bei den Banken: «As long as the music plays, you dance». Ein CRO kann nur sehr schwer Geschäftsaktivitäten mit einem Veto belegen und unterbinden, wenn diese lange Zeit erfolgreich waren. In solchen Fällen braucht es sehr breite Schultern und sehr viel Standing von einem CRO, um gegen die geballte Ladung eines Handelschefs, der über die letzten Jahre sehr viel Geld generiert hat, anzutreten und zu sagen, dass es sich um ein Geschäftsfeld oder ein Produktesegment handelt, in dem die Bank aus Risikoüberlegungen nicht tätig sein sollte.

Der Chief Risk Officer sollte regelmässigen und direkten Austausch mit dem Risikomanagement-Ausschuss des Verwaltungsrates haben und regelmässig an den gesamten Verwaltungsrat hinsichtlich der Risikoaspekte und Risikoexpositionen rapportieren. Ferner sollte auch ohne organisatorische Unterstellung eine direkte Kommunikationslinie zum Verwaltungsrat bestehen. Und natürlich ist auch wichtig, dass die Entlöhnung nicht direkt vom Unternehmensergebnis abhängig ist, um entsprechende Interessenkonflikte zu vermeiden.

c) Front / Linienverantwortlichkeiten

Wie bereits erwähnt, gibt es auch in der First Line of Defense Risikoverantwortlichkeiten. Die Frontverantwortlichen können sich nicht aus dem Risikomanagement herausstehlen. Ein System von Führungskontrollen, die Definition von Verantwortlichkeiten und eine risikoadäquate Salarierung, die Risikoaspekte mitberücksichtigt, sollen sicherstellen, dass ein effektives Risikomanagement auch im täglichen Geschäft implementiert ist. Es ist wichtig, dass interne Kommunikationssysteme – und zwar nicht nur formelle, sondern auch informelle – zwischen Geschäftseinheiten und Kontrollfunktionen regelmässig überprüft werden, um sicherzustellen, dass risikorelevante Informationen nicht unter dem Deckel bleiben, sondern akkurat und rechtzeitig zwischen Geschäftseinheiten fliessen und notwendige Eskalationen in die Geschäftsleitung zeitig durchgeführt werden.

Die Frontorganisation ist letztlich auch für die Adaptation und Umsetzung des unternehmensweiten Limitensystems, das hoffentlich auf dem

Risikoappetit basiert, verantwortlich. Limitenauslastungen sollten auf einer global konsolidierten Basis gemessen und konstant überwacht werden. Die Front ist bei der Entwicklung und Einführung neuer Produkte und neuer Businesspläne in der Regel verpflichtet, die Risikomanagement-Funktion im Sinne eines New Product Approvals oder eines New Business Approvals einzubinden. Damit wird sichergestellt, dass die vorhandenen Systeme eine adäquate Abbildung erlauben und überoptimistische *Hockey Stick Szenarien* werden vermieden.

5. Leading Practices bei den Methoden

Eine Stufe tiefer im Risk Governance Framework sind die Methodenaspekte angesiedelt. Hier seien einige wichtige Aspekte herausgegriffen:

Oftmals entwickeln die Quant-Analysten einer Bank, die sogenannten Rocket Scientists, sehr komplexe Messmodelle für Risiken. Kaum jemand versteht sie, ausser ihnen selbst. Viele Banken sind zu einem weit grösseren Teil, als man gemeinhin denkt, modellgesteuert. Zum Beispiel im Kreditbereich, im Marktrisikobereich, im Bereich des Economic Capital, im operational risk-Bereich oder in der Produktebewertung. Deshalb ist es von grosser Bedeutung, dass Modelle, die zur Bewertung und Messung von Risiken eingesetzt werden, regelmässig und unabhängig geprüft und validiert werden. Insbesondere muss dabei eine kritische Überprüfung der getroffenen Annahmen erfolgen und offengelegt werden, wo diese Modelle Schwächen haben oder inwiefern sie zusammenbrechen könnten. Das gilt namentlich bezüglich komplexer strukturierter Produkte, Liquiditätsannahmen, der Verwendung externer Ratings, der Berücksichtigung von Extremereignissen und Ähnlichem. Ein bekanntes Beispiel einer Bank waren die strukturierten Kreditprodukte in der Finanzkrise: Wenn der US-Immobilienmarkt breit um mehr als 10% eingebrochen wäre, dann wäre das ganze Portefeuille mit diesen Produkten vollkommen wertlos geworden. Vor der Finanzkrise (jetzt nicht mehr) war es als relativ unwahrscheinlich angesehen worden, dass der Markt breit 10% einbricht. Die Frage, die man sich hier in einer Szenarienanalyse trotzdem hätte stellen müssen, wäre gewesen: Da die Treiber des Werts dieses Portefeuilles die Immobilienpreises sind, ist alles verloren, wenn diese breit 10% einbrechen. Wollen wir also wirklich unsere Bank darauf verwetten, dass ein solcher Einbruch nicht passiert? Deshalb sollten solche Elemente von Szenarienanalysen, What-If-Analysen, ein fixer Bestand-

teil der Validierung von Modellen sein und die Annahmen sind entsprechend kritisch zu hinterfragen.

Die Ergebnisse mathematisch-statistischer Risikomessmodelle sollten mittels Stresstesting hinterfragt und ergänzt werden. Verbesserte Transparenz und ein Reporting von Risiken und modellbasierten Fair Value Bewertungen sind diesbezüglich sicherlich auch wichtige Aspekte.

Die Schulung der Empfänger von solchen Risikoinformationen (insbesondere des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung) ist wichtig, damit das Verständnis der Funktionsweise aber auch der Limitationen von Modellen und Modellrisiken verbessert wird. Wenn sie entsprechende Modellbewertungen oder Risikomessresultate erhalten, sollten sie sich nicht nur fragen, ob diese adäquat sind, sondern auch, mit welchen Annahmen diese Modelle eigentlich generiert wurden. Und ob es allenfalls Modellrisiken gibt. Kann es, wie im vorherigen Beispiel, passieren, dass alle Strukturannahmen, die wir unseren Risikomessungen unterlegt haben, falsch sind und wir in einem total anderen Risikoprofil landen?

Dies sind die heute wesentlichen Leading Practice Aspekte im Bereich der Methoden. Vorbildliche Banken haben eine unabhängige Modellvalidierung implementiert, die regelmässig und risikobasiert durch die Modelllandschaft der Bank streift und die Modelle immer wieder kritisch hinterfragt. Und zwar nicht nur dann, wenn sich im Portfolio etwas geändert hat. Es kann auch sein, dass sich im Marktumfeld etwas ändert, dass neue Risiken auftauchen, die vorher vielleicht nicht da waren. All das bedingt, dass die Bank ihre Modelle regelmässig wieder analysiert.

6. Leading Practices mit Blick auf Prozesse und Kontrollen, IT und Daten

Auf den unteren Stufen des Frameworks befinden sich die Prozesse und Kontrollen sowie die ganze Infrastruktur:

a) Prozesse und Kontrollen

Wichtig – und bei den Leading Practice Banken gut gelöst – ist die konsistente und umfassende Risikoidentifikation. Diese kann und soll auf zwei Stufen erfolgen. *Top Down* einerseits: Auf oberster Führungsstufe sollte diskutiert werden, welche Risiken auf eine Bank zukommen (Emerging Risks als Thema). Welche Szenarien sind denkbar und wie reagiert die Bank oder ihr Kapital unter diesen Szenarien? Risikoidentifikation sollte aber auch

Bottom Up erfolgen: Die Front- und Linienverantwortlichen sowie die Prozessmanager müssen im Sinne eines *Risk and Control Self Assessments*, das regelmässig durchgeführt wird, in die Risikoidentifikation eingebunden werden. Sehr viele Informationen auf Prozessebene, also tiefliegende Risikoinformationen, kann man nur generieren, indem man diese Personen ebenfalls in die Identifikation einspannt. Insbesondere die Identifikation von Konzentrationsrisiken muss erfolgen, und zwar unternehmensweit und nach Gegenparteien, Märkten und Produkten aggregiert. Auch hier zwei plastische Beispiele: Der Lehman-Fall und der Madoff-Case. Die Banken mussten sich plötzlich fragen, wie viele Lehman oder Madoff Exposures sie eigentlich über die ganze Bank gesehen in allen Geschäftsmärkten, auch in den Kunden-Portefeuilles, hatten. In gewissen Banken hat es sechs Wochen gedauert, bis man diese Informationen aufbereitet hatte. Wenn man aber sechs Wochen braucht, um diese Informationen zusammenzutragen und zu aggregieren, dann kann man das Risiko nicht mehr steuern.

Die Risikokontrolle und der Kontrollprozess selbst sollten nicht nur mittels Überprüfung der Limiteneinhaltung erfolgen, obwohl dies immer ein wesentliches Element ist. Leading Practice-Banken haben aber zusätzlich Analysen von Entwicklungen und Veränderungen eingeführt, die ein fixer Teil des Risikokontrollprozesses sind. Zu erwähnen sind beispielsweise *Key Risk Indicators*, deren Veränderungen man über die Zeit verfolgen kann, oder *P&L-Explain* (Profit and Lost-Explain). Das sind Prozesse, die zum Beispiel versuchen, den Handelserfolg in seine Komponenten zu zerlegen, um festzustellen, inwiefern oder mit welchen Risiken der Handelserfolg überhaupt zustande gekommen ist.

b) IT und Daten

IT und Daten liegen auf der untersten Stufe des Frameworks. In diesem Zusammenhang ist *Risk Target Architecture* das Stichwort der Stunde. Die wesentliche Aufgabe ist es, eine gemeinsame Datengrundlage für die Risiko-, Finanz- und Kreditfunktion aufzubauen, die einen Abgleich zwischen verschiedenen Sichtweisen, ein konsistentes Reporting und auch zeitgerechte Ad-hoc Analysen erlaubt. Um auf das vorangehende Beispiel Lehman/ Madoff zurückzukommen: Damit wäre es möglich, innerhalb von Stunden die Lehman Exposures zusammenzutragen und nicht innerhalb von sechs Wochen. Das ist allerdings eine sehr schwierige Aufgabe und viele Banken haben diesbezüglich grosse Projekte am Laufen.

IV. Aktuelle Situation in der Schweiz

Gleichsam als Fazit dieses Beitrags wird die aktuelle Situation in der Schweiz betrachtet. Unsere Erfahrung aufgrund von Revisions- und Beratungsmandaten bei Schweizer Banken zeigt, dass die meisten Banken im Zuge der Finanzkrise entsprechende Nachbesserungen im Risk Governance Framework vorgenommen haben oder aktuell entsprechende Projekte durchführen. Auf der regulatorischen Seite hat der breite Nachvollzug allerdings noch nicht stattgefunden. Erhellend ist hier insbesondere, was sich international in diesem Bereich tut. Viele der genannten Aspekte der Risk Governance sind in die Basel II Säule 2 Regulierung eingeflossen, wobei in der Umsetzung in den meisten EU-Ländern detaillierte Vorgaben erlassen werden. Beispiele sind Regelungen zu Verantwortlichkeiten, integrierter Sichtweise auf alle materiellen Risiken, Kapitalplanung und Stresstesting. Ein entsprechendes Rundschreiben der FINMA[3] für die Säule 2 wird auf den 1. Juli 2011 in Kraft gesetzt. Dieses kommt im internationalen Vergleich relativ mager daher, es deckt materiell die meisten aktuellen Aspekte nicht ab. Die regulatorischen Vorschriften in der Schweiz beschränken sich aktuell im Wesentlichen auf organisatorische Aspekte. Sie konzentrieren sich im FINMA-Rundschreiben «Überwachung und interne Kontrolle Banken»,[4] das aber aus der Zeit vor der Krise stammt und wichtige Entwicklungen noch nicht beinhaltet. Es gibt zum Beispiel keine Anforderungen hinsichtlich des Risikoausschusses. Die meisten Verantwortungen werden implizit oder explizit dem Audit Committee zugewiesen. Es gibt zwar eine Vorgabe zur Vermeidung von Interessenkonflikten, aber keine explizite organisatorische Trennung der *Three Lines of Defense*. Ebenso gibt es keine expliziten Vorgaben hinsichtlich der CRO-Organisation und nur relativ limitierte Anforderungen an die Risikokontrolle. Kritische Aspekte wie die Definition von Risikoappetit, die Risikoidentifikation des gesamten Risikomanagement-Prozesses, Risikosilos und das integrierte Reporting sind gar gänzlich ungedeckt.

---

[3] FINMA-RS 11/02 vom 15. April 2011: Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung Banken, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2011-2-d.pdf>.

[4] FINMA-RS 08/24 vom 20. November 2008: Überwachung und interne Kontrolle Banken, abrufbar unter: <www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-24.pdf>.

Risikomanagement aus der Innensicht

Urs D. Blümli, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 181

I. Bankrisiken 183
   1. Primärrisiken 183
   2. Folgerisiken 184

II. Grundsätze für das Risikomanagement 185

III. Die wichtigsten Elemente der Risikokontrolle 188
   1. Risikofähigkeit 188
   2. Risikomodelle in der Praxis 189
   3. Stress Tests 190

IV. Herausforderungen an die Risikokontrolle 192

Einleitung

Ein Blick in die Vergangenheit zeigt, dass Finanzkrisen nicht erst in der neusten Zeit aufgetreten sind: In der Schweiz erinnern wir uns an die Immobilienkrise der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts, aber auch in den Dekaden davor kamen einzelne, zum Teil bedeutende Institute in Schwierigkeiten. Ähnliches kann natürlich für andere Länder und andere Zeiten gesagt werden. Der erste bekannte Börsencrash wurde bereits 1637 in Holland beobachtet, als eine aberwitzige Spekulation mit Tulpenzwiebeln, für die es bereits Derivatmärkte gab, böse endete und dabei viele Leute in den Ruin getrieben wurden. Darauf folgten, in mehr oder weniger grossen

Abständen, immer wieder Finanz- oder Wirtschaftskrisen, die allerdings eher lokal beschränkt blieben, bis der Wall Street Crash von 1929 auch die Weltwirtschaft ins Trudeln brachte. Auch in den darauffolgenden Jahrzehnten ergaben sich immer wieder Krisensituationen, die sich auf die Bonität von Banken ausgewirkt hatten, wie zum Beispiel die weitreichende Schuldenkrise lateinamerikanischer Staaten in den frühen 80er Jahren oder verschiedene lokale Ereignisse, die oft im Zusammenhang mit Immobilienpreisblasen standen.

Das Thema der Schweizerischen Bankrechtstagung 2011 ist von der Finanzmarktkrise 2007/2008 geprägt. Ihre Auswirkung hat nicht nur einzelne Finanzinstitute erschüttert, sondern Dimensionen erreicht, die sie zum grössten Ereignis dieser Art seit der Weltwirtschaftskrise von 1929 gemacht hat. Viele Industriestaaten durchlebten einen Wachstumseinbruch, und Staatsfinanzen wurden durch Unterstützungsmassnahmen für die Volkswirtschaft und in gewissen Ländern auch für systemrelevante Banken mehr oder weniger geschwächt. Auf den Ebenen der nationalen und internationalen Politik und Bankenregulierung wurden seither Massnahmen erwogen und konkrete Schritte eingeleitet, die verhindern sollen, dass die Folgen zukünftiger Fehleinschätzungen von Märkten und Risiken wiederum weitreichende Konsequenzen für die globale Volkswirtschaft und die Finanzlage wichtiger Staaten haben. In Bezug auf einzelne Unternehmen bedeutet das, dass sie krisenfester sein müssen. Dazu gehören einerseits Anpassungen in Bezug auf ihre Kapitalstruktur und Organisation und andererseits eine Überprüfung des Risikomanagements, das vor beachtliche Herausforderungen gestellt wird.

Wie in diesem Aufsatz dargestellt wird, ist es für die Zukunftssicherung eines Finanzinstituts unerlässlich, dass Risiken – vor allem diejenigen mit einer geringen Eintretenswahrscheinlichkeit, aber potenziell grossen Auswirkungen – umfassend bewirtschaftet und unabhängig mittels verschiedener Instrumente kontrolliert werden. Risiko und Ertrag müssen in einem gesunden Verhältnis stehen, und Risiken, die unter Umständen nicht tragbar sind, dürfen ungeachtet des Ertragspotenzials nicht eingegangen werden. Je nach Institut und seiner Geschäftsausrichtung werden die Verfahren im Einzelnen unterschiedlich sein. Wo es sich nicht um allgemeine Aussagen

handelt, beziehen sich die folgenden Kommentare auf das Risikomanagement, wie es bei UBS gehandhabt wird.[1]

I. Bankrisiken

Das Eingehen von Risiken ist ein zentrales Element des Bankgeschäfts, und das Spektrum ist je nach Institut unterschiedlich breit. Grundsätzlich kann unterschieden werden zwischen Risiken, die zwecks Erreichens der Geschäftsziele eingegangen werden müssen, und solchen, die sich als Konsequenz des Handelns ergeben. Die sogenannten Primärrisiken können im Rahmen der Strategie direkt beeinflusst werden, während es bei den Folgerisiken darum geht, sie so klein wie möglich zu halten und aktiv zu kontrollieren. Die Risiken aus dem laufenden Geschäft haben einen Einfluss auf die Erträge, so wie das für alle Wirtschaftssubjekte gültig ist. Hier gilt es, aufmerksam zu sein und das Unternehmen anpassungsfähig zu halten, vor allem, wenn Fixkosten einen wesentlichen Bestandteil der Branche ausmachen.[2]

1. Primärrisiken

Das *Kreditgeschäft* und die damit oft verbundene Fristentransformation (indem zum Beispiel jederzeit abrufbare Spargelder zur Finanzierung von Immobilien oder betriebliche Investitionen benützt werden) sind die wichtigsten Risiken für Institute, die nicht auf reine Vermögensverwaltung, Beratungsmandate für Firmen oder den Handel mit Finanzwerten spezialisiert sind. Kreditverluste sind in jedem Fall zu erwarten und müssen auch in die Bemessung der erforderlichen Zinsmarge einfliessen. Die Schwierigkeit dabei ist, dass das Kreditgeschäft zyklisch ist und im Markt Erwartungen bestehen können, die sich plötzlich als unhaltbar erweisen, weil sich die Wirtschaftslage abrupt ändert oder die Werthaltigkeit von Deckungen wegen einer Preiskorrektur in Frage gestellt werden muss. Nebst einer sorg-

---

1 Im Geschäftsbericht der UBS AG für das Jahr 2010, Abschnitt Risiko- und Kapitalbewirtschaftung, 125 ff., abrufbar unter: <www.ubs.com/1/g/investors/annualreporting/2010.html>, werden diese Grundsätze und Verfahren im Einzelnen umschrieben.

2 Auf diese Geschäftsrisiken, wie die Entwicklung von Kundengeldern in der Vermögensverwaltung, der Börsenumsätze oder der Zinsmargen, um ein paar wenige Beispiele zu nennen, wird in diesem Artikel nicht besonders eingegangen.

fältigen Kreditanalyse und dem Vermeiden von Risikokonzentrationen sind das Erkennen von ungesunden Entwicklungen und das entsprechend vorsichtige Verhalten bei der Kreditvergabe kritische Voraussetzungen für eine anhaltende gute Qualität eines Kreditportfolios.

Je nach Geschäftsausrichtung spielen im Weiteren die *Marktrisiken* eine grosse Rolle. Dazu gehören einerseits die Preisschwankungen von Aktien und Obligationenanleihen, die im eigenen (Handels-)Bestand gehalten werden, sowie die damit verbundenen Ausfallrisiken der Emittenten. Andererseits bestehen Positionen in fremden Währungen, Zinskontrakten, Aktienindizes, Rohstoffen und anderen Instrumenten, die im Rahmen von Handelsaktivitäten eingegangen werden. Für das Risikomanagement ist es wichtig, nicht nur die Positionen im Einzelnen zu betrachten sondern gleichzeitig im Zusammenspiel mit anderen, die von Marktschwankungen ebenfalls – vollständig oder zu einem bestimmten Grad – betroffen sein können.

Mit den genannten Primärrisiken eng verbunden sind *Finanzierungs- und Liquiditätsrisiken*. Die Fristentransformation birgt nicht nur Zinsänderungsrisiken; sie beinhaltet auch das Risiko für die Bank, nicht mehr in der Lage zu sein, am Markt zu einem angemessenen Preis genügend Mittel aufzunehmen, um fällig werdende kurzfristige Verbindlichkeiten zu ersetzen. Damit eng verbunden sind die Liquiditätsrisiken, die darin bestehen, dass eine Bank durch den Verkauf handelbarer Aktiven nicht rasch genug flüssige Mittel mobilisieren kann, um Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit zu erfüllen.

2. Folgerisiken

Diese Risiken werden oft generell mit *operationellen Risiken* umschrieben; sie umfassen die Konsequenzen, die sich infolge eines Mangels oder Versagens von internen Prozessen, Menschen, Systemen oder aufgrund externer Ereignisse ergeben können.

In einem engeren Sinn operationell sind Risikoquellen wie Transaktionsabwicklung und operative Verlässlichkeit. Darüber hinaus entstehen Compliance Risiken zum Beispiel bei der Auswahl der Kunden und ihrer Betreuung sowie im Zusammenhang mit dem Verkauf von Anlageprodukten. Sicherheitsrisiken beziehen sich auf verschiedene Kategorien, die von der Vertraulichkeit von Daten und Datenschutz, über Diebstahl, Betrug und unerlaubte Tätigkeiten bis zum Objektschutz reichen. Andere Risikoquellen

sind Rechtsrisiken verschiedenster Art, Haftpflichtrisiken und – besonders für ein grosses, international tätiges Unternehmen – Steuerrisiken.

Es ist nicht möglich, operationelle Risiken auszuschalten. Es müssen aber Rahmenbedingungen geschaffen werden, die die Ermittlung und Bewertung aller wesentlichen Risiken unterstützen und Massnahmen erlauben, um die möglichen Auswirkungen zu beschränken.

II. Grundsätze für das Risikomanagement

Bei UBS gelten fünf Grundsätze, deren Ziel es ist, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Risiko und Rendite zu erzielen. Diese lauten:

- *Wahrung der Finanzstärke* mittels Kontrolle des gesamten Risikoengagements und Identifizierung möglicher Risikokonzentrationen auf Positions- und Portfolioebene sowie über alle Risikotypen und Unternehmensbereiche hinweg.
- *Schutz der Reputation*, die unter anderem von der wirksamen Bewirtschaftung und Kontrolle der Risiken abhängt. Im Sinne unserer Risikokultur müssen alle Mitarbeiter dem Schutz der Reputation der Bank höchsten Stellenwert einräumen.
- *Die Unternehmensführung ist für sämtliche Risiken verantwortlich* sowie für deren laufende und aktive Bewirtschaftung zuständig, damit ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Risiko und Rendite gewährleistet ist.
- *Unabhängige Risikokontrolle* mittels Risikokontrollfunktionen, welche die Wirksamkeit des Risikomanagements und die mit Risiken verbundenen Aktivitäten überwachen.
- *Offenlegung der Risiken*, die eine umfassende, transparente und regelmässige Berichterstattung an die Unternehmensleitung, den Verwaltungsrat, die Aktionäre, die Aufsichtsbehörden, die Ratingagenturen und andere Anspruchsgruppen beinhaltet.

Bei UBS unterscheiden wir zwischen Risikomanagement und -kontrolle. Da das Eingehen von Risiken Mittel und Zweck der Ertragsgewinnung ist, müssen die Positionen auch von den mit dem Geschäft betrauten Stellen direkt verantwortet werden – im Guten wie im Schlechten. Deshalb ist die Funktion des Risikomanagements, also auf Deutsch das Eingehen und die Bewirtschaftung von Risiken, nicht an eine andere Stelle delegierbar. Aus der Sicht der Corporate Governance grenzen wir die Funktion der Risikokontrolle genau ab: Der Verwaltungsrat hat einen Risk Control Ausschuss

gebildet, der sich im Detail mit strategischen Fragen in Bezug auf Bankrisiken befasst und einen sehr engen Dialog mit der Geschäftsleitung führt. Dies beinhaltet die für die Kontrolle der Aktivitäten zuständigen Stellen Group Chief Risk Officer, Group General Counsel und Group Chief Financial Officer. Innerhalb des Corporate Center[3] und der Geschäftseinheiten betreiben wir eine separate Funktion der Risikokontrolle, welche die Kontrollprinzipien umsetzt. Diese unabhängige Stelle befasst sich mit den folgenden Schlüsselthemen:

- Die *Risikoidentifikation* ist eine kritische Aufgabe, was auf Anhieb trivial tönen mag, aber im Umgang mit komplexen Geschäften höchst anspruchsvoll sein kann. Nur Risiken, die man umfassend erkennt, können auch korrekt bewirtschaftet werden.
- Die *Risikomessung* ist eine Voraussetzung für die Umsetzung der Corporate Governance. Diese verlangt, dass die Geschäftsleitung und der Verwaltungsrat die Risiken einschätzen können müssen und sicherzustellen haben, dass die eingegangenen Risiken mit der Finanzstärke – aber auch der Strategie der Firma – im Einklang sind. Wie ich noch ausführen werde, sind mathematische oder statistische Modelle für das Funktionieren der Bank unabdingbar. Eine «model governance policy» sorgt dafür, dass Modelle für die Bewertung von Positionen beziehungsweise die Quantifizierung von Risiken von einer unabhängigen Stelle überprüft und in regelmässigen Zeitabständen validiert werden.
- Die *Risikopolitik* ist ein strategisches Element und muss von der Geschäftsleitung vorgegeben werden. Darunter fällt ein Rahmenwerk von Risikolimiten, die je nach ihrem Umfang vom Verwaltungsrat, dem Group CEO oder dem Group CRO festgelegt und dann in den Geschäftsbereichen auf kleinere Einheiten heruntergebrochen werden. Zudem werden Bewilligungen für Einzelgeschäfte – beispielsweise Kredite oder grössere Emittentenrisiken – von einem Risk Officer erteilt, der eine unabhängige Prüfung der Anträge vornimmt und aufgrund einer Kompetenzordnung entscheidet. Solche Entscheide der Risikokontrolle können von der Geschäftseinheit – dem eigentlichen Risikomanager – nicht umgestossen werden. Allenfalls müssen Wiedererwägungsanträge einer nächst höheren Instanz zur Neubeurteilung vorgelegt werden.

[3] Das UBS Corporate Center besteht aus den Kontrollfunktionen des Group CFO, Group CRO und General Counsel sowie der Group COO Area.

Schliesslich gibt ein stark ausgebautes betriebsinternes Weisungswesen vor, welche Geschäfte unter welchen Bedingungen im Rahmen des «courant normal» getätigt werden können und wie Ausnahmen zur Kreditpolitik zu behandeln sind.

- Die *Risikorapportierung* dient der Darstellung der in der Gesamtbank vorhandenen Risiken, so dass die Verantwortlichen auf den Stufen Geschäftseinheit, Geschäftsleitung und Verwaltungsrat eine möglichst umfassende Übersicht über das Risikoprofil des Unternehmens haben. Risikoberichte sind sehr umfangreich und wurden bei UBS aufgrund der Erfahrungen der Jahre 2007 und 2008 von Grund auf überdacht. Die Verantwortlichen der Investment Bank erhalten für ihre regelmässigen Sitzungen des Risikoausschusses standardisierte Berichte, die weit über 100 Seiten beinhalten. Darin werden die Positionen im Bereich der Kredit-, Emittenten-, Länder- und Marktrisiken in einem hohen Detaillierungsgrad aufgelistet und ihre jeweiligen Sensitivitäten auf Veränderungen des Marktumfelds aufgezeigt. Diese Berichte werden kondensiert und – zusammen mit denjenigen der anderen Geschäftseinheiten – zu einem monatlichen Group Risk Report zusammengefasst, der auch im Risikoausschuss des Verwaltungsrats besprochen wird.
- Die *Risikokontrolle* im eigentlichen Sinn wird auf verschiedenen Ebenen wahrgenommen. Erstens ist zum Beispiel der Kreditentscheid an ein Vieraugenprinzip gebunden, wie ich bereits erwähnt habe. Zweitens überwachen wir die Risiken durch Überprüfung der Risikoberichte, besondere Abklärungen – vor allem in Bezug auf Konzentrationsrisiken und besonders wichtige Positionen – sowie mittels einer Analyse der Ergebnisse von Stress Tests. Damit wird sichergestellt, dass die eingegangenen Risiken mit dem Risikoappetit der Bank übereinstimmen.

Die Prozesse, mit denen Risikomanagement- und -kontrollgrundsätze umgesetzt werden, umfassen somit qualitative Elemente wie Richtlinien und Kompetenzregelungen, und quantitative Bestandteile wie Risikomessung und Limiten. Bei UBS konzentrieren wir uns dabei auf vier Hauptelemente: (1) Einzelgeschäfte, (2) Konzentrationsrisiken, die durch grosse Engagements entstehen oder solche, die in einem veränderten wirtschaftlichen Umfeld stark mit ihrer Bonität korrelieren, (3) modellbasierte Portfolio-Sichtweisen und (4) Stress-Tests. Ich werde auf die letzten beiden noch eingehen. Dazu stellt ein zentrales Limitensystem sicher, dass die eingegangenen Risiken in diesen Dimensionen gemessen und begrenzt werden. Dieses System ist dynamisch angelegt und wird an die laufende Geschäftsentwicklung und

das sich wandelnde Marktumfeld angepasst. Es beinhaltet auch klar definierte Vorgaben, wie neue Geschäftsaktivitäten sowie komplexe oder ungewöhnliche Transaktionen zu handhaben sind.

III. Die wichtigsten Elemente der Risikokontrolle

Wenn ich im Folgenden über die Wichtigkeit der Modelle und quantitativen Methoden der Risikokontrolle schreibe, mag das vielleicht erstaunen. War es nicht die Modellgläubigkeit, die eine der wichtigen Ursachen für die Fehlleistungen mancher Institute vor ein paar wenigen Jahren war? Wenn wir heute mehr denn je Wert auf gute Risikomodelle legen, liegt das ganz einfach daran, dass ein komplexes System ohne diese Hilfsmittel trotz hohen Fachwissens der Unternehmensführung nicht beherrscht werden kann. Es geht also darum, die Modelle nicht zu verteufeln, sondern korrekt zu nutzen. Dafür wird ein Rahmenwerk geschaffen, das nicht nur eine einzige Methode umfasst. Als Beispiel gilt das «value at risk» Konzept für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit von Verlusten im Handelsbuch. Ebenso müssen die Abhängigkeiten zwischen verschiedenen Portfolien abgeschätzt werden, so dass die Primär-, Folge- und Geschäftsrisiken über das ganze Institut hinweg in einer sinnvollen Weise aggregiert werden können. Modelle sollen also nicht Selbstzweck sein, sondern stellen eine wichtige Grundlage für Entscheide dar, die von dem Unternehmen und seiner langfristigen Ausrichtung verpflichteten Spezialisten und Angehörigen der Leitungsorgane in einer ganzheitlichen Beurteilung der Situation gefällt werden müssen.

1. Risikofähigkeit

Der Risikoappetit muss von der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat so festgelegt werden, dass die eingegangenen Risiken das Geschäftsmodell nicht in seinen Grundlagen gefährden. Es muss festgelegt werden, wie gross die Risiken höchstens sein dürfen, um ein dem Geschäftsplan entsprechendes Verhältnis zwischen eingegangenem Risiko und erwartetem Ertrag zu erreichen. Unter dieser Betrachtungsweise sollen die Erträge – unter Berücksichtigung von Einbrüchen wie zum Beispiel durch tiefere Einnahmen oder ausserordentliche Verluste in den einzelnen Risikokategorien – ausreichen, um die Dividendenfähigkeit der Firma mit einem Konfidenzniveau von 95% zu garantieren. Dieses «earnings at risk» Konzept wird mit den möglichen

Auswirkungen umfangreicherer Ertragseinbussen ergänzt, also einer Modellrechnung aufgrund eines Konfidenzniveaus von über 95%. Der Zweck dieses weitergehenden «capital at risk» Ansatzes ist die Ermittlung der Auswirkungen solcher Ereignisse auf das Kernkapital der Bank.

Dem Risikoappetit werden die tatsächlich eingegangenen Risiken gegenübergestellt. Die möglichen Verluste in den einzelnen Portfolien und Risikokategorien werden statistisch modelliert. Daraus entsteht unter Berücksichtigung der berechneten Korrelationen von Ereignissen eine aggregierte Verteilung der anfallenden Verluste für das Gesamtinstitut. Das Ergebnis darf die vom Verwaltungsrat festgelegte Grenze für «earnings at risk» beziehungsweise «capital at risk» nicht überschreiten.

2. Risikomodelle in der Praxis

Risikomodelle dienen dazu, die Grössenordnung von Verlusten und ihre Eintretenswahrscheinlichkeit abzuschätzen. Am besten bekannt für diese Analysen ist das «value at risk» Konzept für Marktrisiken, das in den letzten rund fünfzehn Jahren auch auf Kredit- und andere Risiken breiter angewendet wird. Diesen Modellen ist gemeinsam, dass die über einen bestimmten Zeitraum beobachteten Wertveränderungen von bestimmten Faktoren (zum Beispiel Aktienkurse oder –indizes) erfasst werden. Aus der so gewonnenen Verteilung von Daten kann statistisch errechnet werden, wie gross die Wertveränderung eines bestimmten Portfolios für eine zukünftige Periode (zum Beispiel die Liquidationsdauer für ein Aktienportfolio) innerhalb eines bestimmten Konfidenzniveaus sein kann. Für das Risikomanagement im Sinne einer Abwägung von Risiko und Ertrag sind zunächst Resultate solcher Modellrechnungen wichtig, die sich weniger an den Extremwerten orientieren. Aus der Sicht der Risikokontrolle braucht es nebst der Optimierung von Risiko und Ertrag ein System von «stop loss» Limiten. Das ist besonders wichtig, weil viele Verlustverteilungen nicht der Gaussschen Norm entsprechen. Das Risiko, mit einer äusserst kleinen Wahrscheinlichkeit enorm viel zu verlieren – das sogenannte «tail risk» –, ist damit viel grösser als gemeinhin angenommen wird. Extremwerte sind auch oft weniger robust, weil in manchen Portfolien die Datenmenge nicht wirklich ausreichend ist beziehungsweise Perioden oder wirtschaftliche Gegebenheiten wiedergibt, welche Effekte von Krisen nicht ausreichend beinhalten. Dies war auch die Erfahrung, die viele Marktteilnehmer im Zusammenhang mit der «subprime» Krise von 2007 machten, als der Wertzerfall von strukturierten Obli-

gationen, denen als Sicherheit Immobilienkredite an vornehmlich amerikanische Haushalte dienten, jede Vorstellung sprengte.

3. Stress Tests

Stress Tests sollen einen anderen Blickwinkel auf die Risiken in einem Portfolio beziehungsweise der Gesamtbank aufzeigen. Dabei geht es nicht um die Bestimmung der Eintretenswahrscheinlichkeit von Verlusten, sondern um die Analyse von Sensitivitäten und die Auswirkung vorgegebener Szenarien. Stress Tests werden auf verschiedenen Ebenen angewandt und ergänzen sich gegenseitig.

- *Sensitivitätsanalysen* zeigen auf, wie sich Werte von Positionen verhalten, wenn sich ein massgeblicher Faktor verändert. So kann zum Beispiel einfach ermittelt werden, wie Marktwerte von Obligationen sich bei einer Veränderung der Zinssätze entwickeln. Ein besonderes Augenmerk ist auf Situationen zu legen, wo sich die Veränderungen nicht linear bewegen, sondern bei kleineren Schwankungen eher ein neutrales Bild zeigen, aber bei massiven – eben meistens nicht erwarteten – Ereignissen zu einer starken Veränderung der Werte führen. Bei der Sprechung von Positionslimiten geht es insbesondere darum, die Möglichkeit von Verlusten in einem unwahrscheinlichen, aber gravierenden Fall auf ein akzeptables Niveau zu beschränken.
- *Positionsbezogene Stress Tests* sind eine Weiterentwicklung dieses Ansatzes. Für die Modellierung von Risiken geht man primär von Erwartungswerten aus, die sich aus der Historie beziehungsweise aus momentanen Situationsanalysen ergeben. Im Kreditgeschäft sind das zum Beispiel die im Normalfall erwarteten Ausfälle von Kreditnehmern und die daraus resultierenden Verluste. Stress Tests zielen darauf ab, die theoretisch zu erwartenden ausserordentlichen Verluste zu schätzen, die sich durch wesentliche Verschiebungen der ökonomischen Grundlagen einstellen können. Stellen wir uns für ein Beispiel von Kreditrisiken einen Stress Test vor: Dieser untersucht, wie sich die Kreditverluste entwickeln könnten, wenn in einem Markt eine länger andauernde Periode mit Stagflation – mit hohen Zinsen – und einem Einbruch bei den Immobilienmärkten einsetzte. Die Tragbarkeit der Schulden würde in vielen Fällen wegen der Zinskosten und einer deutlich höheren Arbeitslosigkeit sinken. Gleichzeitig wären die Verwertungserlöse der Grundpfänder tiefer. Je höher unter einem bestimmten Szenario die

Zinslasten und das Risiko von Einkommenseinbussen sind, desto grösser wird die Anzahl der Problemkredite sein. Unter der Annahme von Liquidationserlösen der Sicherheiten zu tieferen Preisen kann daraus der erwartete Stress-Verlust abgeschätzt werden. Solche Analysen geben einen wichtigen Überblick über die Verluste, die sich in einem bestimmten Portfolio und je nach Szenario ergeben könnten. Der Nachteil einer solchen Betrachtung ist die Isolierung von einzelnen Portfolien: Wir bekommen keinen konsistenten Überblick über die sich zwischen einzelnen Portfolien ergebenden verstärkenden oder abschwächenden Abhängigkeiten.

- Der *kombinierte Stress Test* versucht, die Auswirkungen von bestimmten Szenarien auf das Gesamtportfolio der Bank – über alle Geschäftstätigkeiten und Risikoarten – zu schätzen. Am Anfang steht die Ausarbeitung eines Szenarios, das von mehr oder weniger wahrscheinlichen, aber möglichen, Ereignissen ausgeht und in Zusammenarbeit zwischen Risikomanagement und -kontrolle, Ökonomen und betroffenen Geschäftseinheiten entwickelt wird. Dabei kann es sich um geopolitische Verwerfungen handeln oder anders bedingte gravierende Veränderungen in der Weltwirtschaft. Je nach gewähltem Skript ist davon auszugehen, dass sich Währungen, Zinsen, Rohstoffpreise, Aktienkurse und so weiter über einen kurzen Zeitraum verändern werden. Ebenso ist damit zu rechnen, dass die Liquidität in einzelnen Märkten austrocknet und somit Handelspositionen länger als normal gehalten werden müssen. In einem zweiten Schritt werden deshalb die Auswirkungen des gewählten Szenarios auf hunderte von wichtigen Faktoren geschätzt, die die Positionen in unseren Büchern beeinflussen können. Dieser Vorgang ist sehr anspruchsvoll, weil einerseits bestehende Abhängigkeiten logisch richtig abzubilden sind (zum Beispiel der Einfluss von Zinsänderungen auf die Währungs- oder Aktienkurse in verschiedensten Ländern) und andererseits aufgrund von makroökonomischen Daten Konkursraten und Verlustquoten aus dem Kreditgeschäft abgeleitet werden müssen. Wenn alle Werte festgelegt worden sind, können die Stress-Werte der Positionen beziehungsweise die unter dem Szenario erwarteten Verluste über alle Portfolien hinweg aggregiert werden. Das Ergebnis ist dann eine Schätzung der Ertragseinbussen basierend auf einem bankweiten konsistenten Ansatz. Aus der Zahl der verschiedenen Szenarien wird dasjenige gewählt, das den höchsten Verlust generiert. Ein solcher Verlust wiederum muss für die Bank tragbar sein. Das heisst, dass das Institut trotz eines

solchen Ereignisses eine verbleibende Kapitalbasis aufweist, die den regulatorischen Anforderungen entspricht. Diese Art von Stress Tests ist eine Ergänzung zum früher erwähnten statistischen Ansatz «capital at risk». Hier geht man nicht von Konfidenzniveaus auf einer Verteilung aus, sondern vom Erwartungswert unter der Bedingung bestimmter Veränderungen in der Risikostruktur des Portfolios. Es ist dann eine wichtige Aufgabe für die Risikokontrolle, die beiden Ergebnisse zu vergleichen und – falls sich auffällige Unterschiede ergeben – tiefer zu analysieren.

- Hier hilft eine Technik, die vom Endergebnis eines Stress Tests ausgeht – also dem maximalen Betrag, den die Bank ohne die Existenz in Frage zu stellen absorbieren könnte. Dabei wird zu ermitteln versucht, was im Gesamtportfolio geschehen müsste, damit auf einer konsistent aggregierten Basis ein Verlust in dieser Höhe entstehen könnte. Dieser *«reverse stress test»* kann zum Beispiel vorgenommen werden, indem die aus dem kombinierten Stress Test gewonnenen Erkenntnisse über die Veränderung von relevanten Faktoren immer weiter auseinandergeschoben werden, bis auf aggregierter Stufe der gewählte maximale Betrag zusammenkommt. Solche Überlegungen sind natürlich auch auf Einzelpositionsebene möglich, zum Beispiel im Bereich von Immobilienfinanzierungen in unserem Heimmarkt: «Wie weit müssten die Zinsen steigen und über welche Zeit hinweg auf diesem Niveau verharren? Wie müssten Marktpreise sich nach unten anpassen und die Arbeitslosigkeit in der Schweiz steigen, um in unserem Hypothekenbuch einen Verlust in vorgegebener Höhe zu erreichen?

«Weltuntergangsszenarien» eignen sich nicht, um die Positionen zu managen – es lässt sich immer ein Szenario schaffen, welches das «Aus» zur Folge hat. Die Kunst ist es, eine Balance zwischen möglichen und plausiblen Ereignissen zu finden und sich dabei nicht von einer lang anhaltenden Periode günstiger Voraussetzungen blenden zu lassen.

IV. Herausforderungen an die Risikokontrolle

Damit sind wir bei ein paar Herausforderungen angelangt, die ich zum Schluss dieser Übersicht über das Risikomanagement «aus der Innensicht» kurz betrachten möchte.

Modelle können die Zukunft nicht vorhersagen, genauso wie es nicht möglich ist, Veränderungen in einem Konjunktur- oder Kreditzyklus mit einiger

Gewissheit vorauszusehen. Befinden wir uns in einer Preisblase im Schweizer Immobilienmarkt? Sind die in einigen Orten festgestellten markanten Zuwächse ein Gefahrensignal für diese Regionen oder spiegeln sie nur Megatrends wieder, was auf eine anhaltende Entwicklung hindeuten könnte, wie zum Beispiel die verstärkte Immigration von Fachkräften, von denen wir erwarten, dass viele bei uns bleiben werden, und der Wunsch jüngerer Bevölkerungsschichten, wieder näher bei den Zentren zu wohnen?

Wir alle haben unsere Vorstellungen. Für die Bank ist es wichtig, dass diese und die aus den Modellen gewonnenen Erkenntnisse ganzheitlich betrachtet und ausdiskutiert werden.

Die Risikokontrolle muss durch eine gute Aufbereitung von Daten und sinnvollen Modellen der Geschäftsleitung aufzeigen können, welches die möglichen Auswirkungen von strategischen Entscheiden – zum Beispiel dem Wachstum in einem bestimmten Bereich – sind. Sie leistet damit einen wesentlichen Beitrag an die *strategische Planung*. Je nach Risikokategorie sind die Zeithorizonte sehr unterschiedlich. Das wird rasch deutlich bei einem Vergleich zwischen Investment Banking mit einem hohen Anteil an Risiken (die sich relativ rasch anpassen lassen, vorausgesetzt die Liquidität der Märkte wird korrekt eingeschätzt) und dem kreditbasierten Geschäft mit Schweizer Unternehmen und Privatkunden, das einen mehr oder weniger langfristigen Charakter hat.

Wenn die Strategie beschlossen und vom Verwaltungsrat verabschiedet wurde, muss sich die Risikokontrolle an ihr ausrichten, genauso wie alle anderen Mitarbeitenden der Bank. Die Risikokontrolle ist zwar vom eigentlichen Geschäft unabhängig, was sich in der Organisation auch formal klar spiegelt, kann aber nicht ausserhalb der Strategie operieren. Innerhalb dieser Unterordnung unter die strategischen Ziele muss die Risikokontrolle aber wachsam bleiben und die Trends sorgfältig verfolgen. Es liegt auch an ihr, die Strategie – oder wohl eher die gelebte Umsetzung – zur Diskussion zu stellen, wenn es die Entwicklung angezeigt erscheinen lässt.

Am Ende ist das optimale Positionieren eines Finanzinstituts eine Gratwanderung zwischen den Marktanforderungen und einer angemessen vorsichtigen Risikopolitik. Das ist eine grosse Anforderung an den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung, die in ihren strategischen und personellen Entscheiden die Risikofähigkeit des Unternehmens im Auge haben und über genügend detaillierte Kenntnisse der Risikopositionen und der möglichen Stress-Verluste verfügen müssen. Über diese Herausforderungen

wurde an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2011 von anderen Referenten bereits ausführlich berichtet.

Handwerkszeug der Corporate Governance: Statuten und Reglemente

Hansueli Geiger, Bern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis ... 196
Materialien ... 196

I. Einleitung ... 197

II. Bedeutung der Statuten und Reglemente ... 197
1. im Gesellschaftsrecht ... 197
2. im Aufsichtsrecht ... 199
3. für die Corporate Governance ... 200

III. Prominente Regelungsgegenstände ... 201
1. Checks and Balances ... 201
2. Oberleitung («Board of Directors») ... 203
3. Geschäftsleitung («Management Board») ... 206
4. Ausschüsse («Committees») ... 207
5. Risikokontrolle / Compliance / Interne Revision ... 209
6. Finanzgruppen ... 211

IV. Praktische Fragen ... 212
1. Verfahrenstipps ... 212
2. Begleitete Umsetzung im Aufsichtsprozess ... 214

V. Schlussbemerkungen ... 215

Literaturverzeichnis

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

– Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Schriften zum neuen Aktienrecht 7, Zürich 1994.

EMMENEGGER SUSAN, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Habilitationsschrift, Bern 2004.

EMMENEGGER SUSAN/GEIGER HANSUELI, Bank-Aktiengesellschaften – Statuten und Reglemente mit Mustern, Schriften zum neuen Aktienrecht 18, Zürich 2004.

EMMENEGGER SUSAN/KURZBEIN REGULA, Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken, in: GesKR 2010, 462-475.

FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

HOPT KLAUS J./WOHLMANNSTETTER GOTTFRIED (Hrsg.), Corporate Governance von Banken, München 2011.

ISELI THOMAS, Führungsorganisation im Aktien-, Banken- und Versicherungsrecht, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht 89, Zürich 2008.

MONTESQUIEU CHARLES, De l'esprit des lois: défense de l'esprit des lois, Genf 1748.

NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010.

Materialien

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Principles for enhancing Corporate Governance, Oktober 2010, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs176.htm>.

EBK, Bulletins 22 (1992), 32 (1997), 45 (2003), abrufbar unter: <www.finma.ch>, Archiv, Eidgenössische Bankenkommission, Publikationen, Bulletins.

EBK-Jahresbericht 1991, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Archiv, Eidgenössische Bankenkommission, Publikationen, Jahresberichte.

FINMA-Rundschreiben, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Regulierung, Rundschreiben.

– FINMA-RS 08/24 vom 20. November 2008: Überwachung und interne Kontrolle bei Banken.

– FINMA-RS 10/1 vom 21. Oktober 2009: Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten.

– FINMA-RS 11/2 vom 15. April 2011: Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung bei Banken.

I. Einleitung

Über gute Unternehmensführung wurde in der Vergangenheit bereits viel geschrieben.[1] Auch ist das Thema bei den Finanzmarktregulatoren wieder vermehrt in den Fokus gerückt. Im Folgenden geht es darum, diese Errungenschaften der Corporate Governance gezielt einzufangen und nachhaltig zu verankern. Dabei spielen Statuten und Reglemente als Regulierungsgefäss eine tragende Rolle.

Zunächst werden die Motive dargestellt, weshalb die FINMA immer noch und auch weiterhin auf die Statuten und Reglemente besonderen Wert legt. Sodann wird im Hauptteil das Zusammenspiel zwischen Statuten und Reglementen anhand prominenter Corporate Governance-Themen erläutert und es wird zum Schluss etwas Verfahrenshandwerk vermittelt.

Nicht präsentiert wird eine Musterversion von Bankstatuten und -reglementen.[2] Modelle mögen wohl als nützliches Arbeitsinstrument und Inspirationsquelle dienen. Eine allgemeingültige Version von Bankregulativen, die für sämtliche Banken egal welcher Geschäftsausrichtung und Grössenordnung passt, kann es jedoch nicht geben. Jede Bank hat ihre eigene Führungsstruktur. Entsprechend erwartet auch die FINMA nicht Einheitskonfektion von der Stange, sondern massgeschneiderte Bewilligungsanzüge.

II. Bedeutung der Statuten und Reglemente

1. im Gesellschaftsrecht

Für die vorliegenden Zwecke wird die Bankenwelt auf die Bank-Aktiengesellschaft reduziert. Nicht aus Geringschätzung gegenüber andern Rechtsformen,[3] sondern weil die AG erstens die ideale Grundstruktur zur Verwirklichung bankaufsichtsrechtlicher Vorgaben enthält und weil sie zweitens mit einem Anteil von über 80% tatsächlich auch die am weitesten verbreitete

---

1 Die Fülle der Publikationen und Abhandlungen zum Thema ist kaum mehr überblickbar. Eine Übersicht über die wichtigsten Fachpublikationen, Berichte und Richtlinien gibt der von HOPT/WOHLMANNSTETTER herausgegebene Band über die «Corporate Governance von Banken».

2 Musterdokumente finden sich z.B. bei FORSTMOSER, Organisation, und bankspezifisch bei EMMENEGGER/GEIGER, Statuten.

3 Es gibt auch unter den Banken noch weitere und mit Erfolg operierende Rechtsformen wie z.B. die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften der Privatbankiers.

Organisationsform im Bankensektor darstellt. Damit sei aber auch gleichzeitig gesagt, dass kunstgerechte Corporate Governance nicht nur ein Thema von Bank-Aktiengesellschaften ist.[4]

Die Statuten sind konstitutive Grundlage jeder Aktiengesellschaft (Art. 629 Abs. 1 OR). Sie sind das von der Körperschaft selbst aufgestellte Grundgesetz, vergleichbar mit der Verfassung im Staatswesen, während Reglemente als Satzungen zweiter Stufe sozusagen die Ausführungsverordnungen darstellen.[5]

Statuten bilden zusammen mit den Reglementen ein zusammenhängendes Ganzes. Zwischen ihnen besteht eine Hierarchie. Reglemente bilden das Innenleben der Gesellschaft im Vergleich zu den Statuten konkreter und dynamischer ab. Sie müssen deshalb noch rascher als die Statuten jederzeit an die konkreten Umstände angepasst werden können.

Der Erlass eines Reglements ist gesellschaftsrechtlich nicht in jedem Fall zwingend vorgeschrieben.[6] Regelmässig kommt der Verwaltungsrat aufgrund seiner Organisationsverantwortung aber nicht umhin, die Grundzüge der Organisation in einem schriftlichen Erlass zusammenzufassen. Gesetzlich gefordert wird das Organisationsreglement dann, wenn der Verwaltungsrat die Geschäftsführung aufgrund statutarischer Ermächtigung nicht selbst ausübt, sondern ganz oder zum Teil an eigene Mitglieder oder Dritte delegiert (Art. 716b Abs. 1 OR). Für diesen Fall ist sein Mindestinhalt aktienrechtlich vorgeschrieben. Demnach sind die Geschäftsführung zu ordnen, die hierfür erforderlichen Stellen zu bestimmen, deren Aufgaben und die Berichterstattung zu regeln (Art. 716b Abs. 2 OR).

Statuten und Reglemente unterscheiden sich hinsichtlich ihres Wirkungsgrades. Statuten werden wirksam gegenüber Dritten mit ihrer Veröffentlichung im SHAB.[7] Sie sind für jedermann und ohne besonderen Interessennachweis einsehbar (Art. 930 OR). Im Gegensatz dazu wirken Reglemente nur verbandsintern, und es besteht keine Pflicht, sie zu veröffentlichen. Zahlreiche vor allem börsenkotierte Gesellschaften, darunter auch

---

4 Vgl. etwa die Bestimmung von Art. 10 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, BankV, SR 952.02), der auch Privatbankiers dazu anhält, die erforderlichen organisatorischen Bestimmungen in ihre Regulative aufzunehmen.

5 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 11 N 4.

6 FORSTMOSER, Organisation, § 3 N 4.

7 D.h. an dem nächsten Werktag, der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des SHAB folgt, in der die Eintragung veröffentlicht ist (Art. 932 Abs. 2 OR).

Banken, erkennen hinter der Veröffentlichung ihres Reglementsatzes eine vertrauensbildende Massnahme und gehen heutzutage offener damit um.[8]

Festlegung und Anpassung der Statuten liegen in der unübertragbaren Kompetenz der Generalversammlung. Das Organisationsreglement dagegen gehört abschliessend zur Domäne des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR). Dies bedeutet zweierlei: weder darf sich die Generalversammlung in die innere Organisation der Gesellschaft einmischen, noch dürfen die wichtigsten organisatorischen Entscheidungen an die Geschäftsleitung delegiert werden. Gleichzeitig gehört es aber auch zur Pflicht des Verwaltungsrates, die Innenorganisation nicht nur erstmals festzulegen, sondern regelmässig den Anpassungsbedarf zu evaluieren. Reglemente sind nicht in Stein gemeisselt, sondern als dynamische Geschäftsgrundlage laufend den konkreten Zielen anzupassen.

2. im Aufsichtsrecht

Die Aufsichtsbehörde unterhält bekanntlich keine ständige Vertretung in der Bank. Ihre beschränkten Ressourcen gebieten einen bewusst risiko-orientierten Kontrollansatz. Sie setzt ihre Mittel dort ein, wo das Risikoprofil des Instituts besondere Aufmerksamkeit erfordert. Darüber hinaus muss sie sich auf solide verankerte Strukturen verlassen können. Die Verbandsordnung spielt hier eine wichtige Rolle: Sie ist der massgebliche Orientierungspunkt für die Beaufsichtigung der einzelnen Bank. Sie ist es, die der Behörde die Einsicht in das «Bank-Innenleben» vermittelt und gleichzeitig den Rahmen absteckt, innerhalb dessen die Bank tätig ist und tätig sein darf.[9] Die Regulative sind massgebliche Wissensquelle und Referenz zugleich. Im Ernstfall muss sich die Bank an ihren eigenen reglementarischen Vorgaben messen lassen.[10] Abweichungen zwischen tatsächlichem Sein und reglementarischem Schein sind tunlichst zu vermeiden. Entsprechend ihrer Bedeutung für Banken bestimmt Art. 3 Abs. 3 BankG, dass der FINMA Statuten und Reglemente einzureichen sowie alle späteren Änderungen daran anzuzeigen

---

8 Exemplarisch die beiden Grossbanken UBS und Credit Suisse, die ihre Statuten, Organisationsreglemente und weitere Governance-Richtlinien auf ihrer Homepage der Öffentlichkeit zugänglich machen.

9 Vgl. EMMENEGGER/GEIGER, Statuten, Rn. 19.

10 Vgl. EBK-Bulletin 22/1992, 27 ff. oder 45/2003, 158 f.

sind, soweit diese den Geschäftszweck, den Geschäftsbereich, das Grundkapital oder die innere Organisation betreffen.

Die FINMA prüft nicht das gesamte Regelwerk einer Bank. Tatsächlich beschränkt sie sich auf die wesentlichen Prüfstoffe. Im Fokus der Aufsichtsbehörde stehen nebst den Statuten das Organisations- und Geschäftsreglement. Ausschlaggebend für die Genehmigungspflicht eines Regulativs ist letztlich dessen materielle Tragweite, nicht dessen Bezeichnung.[11] Relevant ist, was zum Gesamtbild der Organisation und Geschäftstätigkeit einer Bank beiträgt. Die Genehmigungspflicht knüpft materiell an die Wesentlichkeit und formell an den Erlass eines Reglements an. Die Banken ergänzen die Reglemente oft durch weitere, hierarchisch untergeordnete Richtlinien und Weisungen sowie andere organisatorische Hilfsmittel, etwa Stellenbeschreibungen oder Funktionendiagramme, welche nicht genehmigungsbedürftig sind.

Die statutarische Rahmenordnung der Bank-Aktiengesellschaft ist massgeblich vom Aktienrecht geprägt und relativ weitgehend standardisiert. Gemeinsamkeiten mit den Statuten regulärer Aktiengesellschaften sind zahlreich, der Spielraum aufsichtsrechtlicher Intervention beschränkt.[12] Zur Hauptsache sind es hier die Firmenwahl, der Zweckartikel, Kapitalbestimmungen und die Zweiteilung der obersten Führungsebene, die aufsichtsrechtlich interessieren. Stärker schaltet sich das Aufsichtsrecht auf der Stufe des Organisations- und Geschäftsreglements ein. Zum reglementarischen Mindestgehalt gehören namentlich die obersten Führungsorgane einer Bank, die Verwirklichung einer ausgewogenen Machtbalance, die sachgerechte Zuteilung der Kompetenzen zwischen den oberen Organen, die Verankerung des Kollektivzeichnungsprinzips, die Regelung der internen Revision sowie die Grundzüge der einzelnen Bankgeschäfte.

3. für die Corporate Governance

Die Corporate Governance befasst sich mit verschiedenen Anspruchsgruppen. Wenn im Folgenden Governance-Themen mit den Bankstatuten und -reglementen in Verbindung gebracht werden, dann aus einer konsequenten Gläubigerperspektive. Dies ist auch die Optik des Regulators.

---

11 Vgl. EMMENEGGER/GEIGER, Statuten, Rn. 33 und Rn. 118.

12 Vgl. zur Normrelation zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht: EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, 15 ff.

Eigentümerinteressen (wie z.B. möglichst hohe Eigenkapitalrendite oder Vorzugskredite) haben für die vorliegenden Zwecke zurückzuweichen, mehr noch: Einflussreiche Aktionäre von Banken sind gesetzlich dazu verpflichtet sicherzustellen, dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt (Art. 3 Abs. 2 lit. c.[bis] BankG). Im Vordergrund stehen daher jene Themen der Governance, die wesentlich zur Stärkung des öffentlichen Vertrauens in das Bankensystem und deren Führung beitragen.[13] Es sind dies die Bereiche der angemessenen Organisation, der einwandfreien Geschäftstätigkeit («fit & proper»), der ausgewogenen Machtbalance, der Transparenz, des sachgerechten Umgangs mit den Risiken (verbesserte Risikokontrolle) sowie der Vermeidung von falschen Anreizen und Interessenkonflikten.

Die genannten Kernthemen der Corporate Governance weisen mit dem Regelungsprogramm von Bankregulativen eine grosse Schnittmenge auf. Bankstatuten und -reglemente befassen sich gerade mit der Körperschaftsverfassung und der Organisation der Unternehmensleitung. Sie sind das Regulierungsgefäss für Fragen rund um die Unternehmensspitze schlechthin.

Wie der Regulator über die Statuten und Reglemente auf die Corporate Governance einer Bank unmittelbar Einfluss nimmt, soll im Folgenden anhand einiger zentraler Governance-Themen näher ausgeführt werden.

III. Prominente Regelungsgegenstände

Beginnen möchte ich mit dem zentralen, in der Bankaufsichtspraxis geradezu sakrosankten Grundsatz der Gewaltentrennung.

1. Checks and Balances

Der Grundsatz der ausgewogenen Machtverteilung geht auf das Gewaltenteilungskonzept von Montesquieu zurück.[14] Er soll übermässige Machtkonzentration vermeiden helfen. Das Bankengesetz verlangt, besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen den Organen so abzugrenzen, dass eine sachgerechte Überwachung der Ge-

---

13 BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Principles for enhancing Corporate Governance, Rz. 13 f.

14 MONTESQUIEU, De l'Esprit des Lois (1748).

schäftsführung gewährleistet ist (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG). Zwar verlangt der Gesetzeswortlaut eine dualistische Führungsstruktur nur insoweit, als Geschäftszweck und Geschäftsumfang es erfordern. Dies ist nach aufsichtsrechtlicher Praxis regelmässig der Fall.[15] Nicht betroffen von diesem Dogma sind einzig die Privatbankiers, die mit ihrem eigenen Vermögen persönlich für die Verbindlichkeiten ihrer Bank haften.

Mit dem Gewaltentrennungsgebot greift das Bankengesetz autoritativ ins Gesellschaftsrecht ein und führt im Ergebnis zu einem konsequenten Verbot des Verwaltungsratsdelegierten bei Banken. Im Vergleich dazu ist das Versicherungsaufsichtsrecht liberaler, indem es nur das Doppelmandat des Verwaltungsratspräsidenten in Personalunion mit dem Geschäftsleitungsvorsitzenden verbietet. Es ist hier nicht der richtige Ort, um über Vor- und Nachteile der dualen im Vergleich zur monistischen Führungsspitze zu diskutieren.[16] Im Regelfall hat sich die zweigeteilte Führungsstruktur bei Banken durchaus bewährt, obschon vereinzelt auch Fälle bekannt geworden sind, wo sich das beharrliche Festhalten am Grundsatz gerade nicht zum Wohle des Unternehmens ausgewirkt hat.

Wichtig sind die Konsequenzen auf Statutenebene: Bei der Bank-Aktiengesellschaft ist dem Verwaltungsrat die Kompetenz zur Delegation der Geschäftsleitung von Vornherein entzogen.[17] Nicht er, sondern die Aufsichtsbehörde trifft die Entscheidung über die Delegation. Dadurch ändert sich auch der Status der Geschäftsleitung: Sie ist nicht mehr fakultatives, sondern statutarisch zwingend auszuscheidendes Führungsorgan. Eine – von der Aufsichtspraxis weiterhin tolerierte – Delegationsermächtigung durch die Generalversammlung bleibt somit überflüssig und ohne materiellen Gehalt.

Allein, eine zweigeteilte Führungsstruktur genügt nicht, wenn den beiden Polen der Unternehmensführung nicht statutarisch und reglementarisch die richtigen Aufgaben zugewiesen werden. Die Pflichten des Verwaltungsrates orientieren sich auch bei Banken am aktienrechtlichen Katalog der unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR. Der Verwaltungsrat trägt somit die Verantwortung für die Oberleitung, die Organisation, die Finanzen (Sicherstellung des finanziellen Gleichgewichts),

---

15 Ausnahmen vom Gewaltentrennungsverbot wurden in der Vergangenheit nur höchst selten in zeitlich und sachlich eng beschränktem Umfange erteilt, vgl. EBK-JB 1991, 46 f.; EBK-Bull. 32/1997, 61 ff. (Sachverhalt 1).

16 Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 533 ff., N 896 ff.

17 EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, 216 f.

das Personal (Ressourcen- und Mittelwahl), in beschränktem Masse Administration und Ausführung (Weisungen) sowie Notkompetenz (Dauerbereitschaft). Aufsichtsrechtlich verwehrt bleibt dem Verwaltungsrat jedoch grundsätzlich der Zutritt zum operativen Tagesgeschäft. Wo die Grenze zwischen Oberleitung und Geschäftsführung tatsächlich verläuft, ist von Bank zu Bank verschieden zu beurteilen und hängt von der Grösse und Geschäftsausrichtung des jeweiligen Instituts ab: Was für eine Kleinstbank eine existenzielle Frage und damit Oberleitungsaufgabe ist, kann bei einer Grossbank möglicherweise unterhalb der Geschäftsführungsebene beschlossen werden.

Der Verweis auf den unübertragbaren aktienrechtlichen Aufgabenkatalog bedeutet aber nicht, dass sich die Pflichten des Verwaltungsrates darin erschöpfen. Die Übernahme zusätzlicher Aufgaben zwischen den beiden Polen exekutiver Entscheidbefugnisse ist durchaus, wenn auch klar begrenzt, möglich. Es sind dies namentlich Kompetenzen, die aufgrund ihrer Bedeutung über das laufende Tagesgeschäft hinausgehen, aber noch nicht zum Kerngehalt unübertragbarer Oberleitungsfunktionen zu zählen sind. In diesem Bereich besteht bankengesetzlicher Organisationsspielraum.[18] Dieser dient vor allem auch als Grundlage für die Bildung von Verwaltungsratsausschüssen (vgl. nachfolgend 4.).

Der unternehmensinternen Hierarchie folgend wird zunächst das Oberleitungsorgan dargestellt, das auch in einer dualen Führungsstruktur eine zentrale Rolle spielt.

2. Oberleitung («Board of Directors»)

In der Praxis finden sich Regeln zum Verwaltungsrat sowohl in den Statuten als auch im Organisationsreglement. Häufig bestehen auch Überlappungen zwischen den beiden Regelungsstufen, und es ist nicht offensichtlich, was in die Statuten und was ins Reglement gehört. Diese Uneinheitlichkeit hat ihren plausiblen Grund. Sie ist praktische Folge davon, dass die Frage der Organisationshoheit über den Verwaltungsrat im Gesellschaftsrecht nicht klar beantwortet wird[19] und aufsichtsrechtlich zweitrangig bleibt, solange jeden-

---

18 EMMENEGGER/GEIGER, Statuten, Rn. 93, in Anlehnung an die aufsichtsrechtliche Praxis.

19 Die herrschende Lehre geht jedoch von der organisatorischen Autonomie des Verwaltungsrates im Sinne einer unentziehbaren Befugnis aus, vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 101 ff. und Fn. 253.

falls sämtliche aufsichtsrechtlichen Vorgaben regulatorisch berücksichtigt werden, egal auf welcher Stufe.

Entscheide, die von Gesetzes wegen zwingend von der Generalversammlung getroffen werden müssen, sind jedoch statutarisch zu verankern. Es sind dies Bestimmungen zur Mindestzahl und Wahl von Verwaltungsräten sowie zu den Abweichungen vom dispositiven Aktienrecht.

So muss nach Bankaufsichtsrecht das Oberleitungsorgan aus mindestens drei Mitgliedern bestehen.[20] Die konkrete Anzahl ist darüber hinaus abhängig von der Grösse, der Geschäftsausrichtung und dem Risikoprofil des Instituts.

Sodann hat der Verwaltungsrat dem Wahlorgan geeignete Kandidaten zu unterbreiten. Er – oder sein Ernennungsausschuss – legt für diesen Zweck ein geeignetes Anforderungsprofil für die Wahl seines Präsidenten, Vizepräsidenten und seiner Mitglieder, allfälliger Ausschussmitglieder sowie des Vorsitzenden der Geschäftsleitung fest und beurteilt es periodisch auf dessen Angemessenheit hin. Dabei legt er namentlich Wert darauf, dass das Gesamtorgan genügend breit aufgestellt ist, so dass die wichtigsten Funktionen des Instituts angemessen vertreten sind.[21] Dazu gehören auch hinreichende Kompetenzen in den Bereichen Risikomanagement, Compliance, Rechnungslegung und Controlling. Auch ist sicherzustellen, dass die Oberleitung insgesamt mit dem schweizerischen regulatorischen Umfeld und den lokalen Gegebenheiten hinreichend vertraut ist.

Weiter ist sicherzustellen, dass das Oberleitungsorgan von Banken mit hinreichender Distanz zum operativen Tagesgeschäft agiert und zumindest ein qualifizierter Anteil seiner Mitglieder genügend Unabhängigkeit zum kontrollierenden Eigentümer bzw. zu den mit ihm wirtschaftlich verbundenen Personen aufweist.[22]

Das erhöhte Anforderungsprofil schlägt sich auch im reglementarischen Pflichtenkatalog des Bankverwaltungsrats nieder. Nebst den klassischen Aufgaben sind etwa zu erwähnen:

- Die Oberleitung ist um eine zielgerichtete Nachfolgeplanung bemüht, die einen kontinuierlichen Veränderungsprozess ermöglicht.

---

20 Art. 8 Abs. 1 BankV.

21 FINMA-RS 08/24: Überwachung und interne Kontrolle bei Banken, Rz. 17.

22 FINMA-RS 08/24, Rz. 18 ff.

- Das Oberleitungsorgan hinterfragt einmal jährlich kritisch seine Leistung (Zielerreichung und Arbeitsweise).[23] Am internationalen Horizont bereits erkennbar sind auch Forderungen nach periodischer externer Bewertung.[24]
- Die Oberleitung legt die Geschäfts- und Risikopolitik des Instituts periodisch fest.[25] Ihre Mitglieder verstehen das Geschäft des Instituts, dessen Strukturen und Risiken. Zu diesem Zweck sind direkte Kommunikationswege durch die Organisation hindurch zu errichten, die eine rechtzeitige, relevante und verständliche Informationsbeschaffung ermöglichen.
- Das Oberleitungsorgan regelt den Umgang mit Interessenkonflikten. Bestehende oder frühere Interessenbindungen sind offenzulegen.[26]
- Von jedem Mitglied wird ein aktives und zeitlich angemessenes Engagement erwartet.[27] Anzahl und Art weiterer Mandate und Tätigkeiten sind mit den konkreten Anforderungen des Verwaltungsratsmandats so abzustimmen, dass dieses bei vernünftigem Arbeitspensum mit der gebotenen Sorgfalt bewältigt werden kann. Auf konfliktträchtige und rufschädigende Zusatzmandate ist zu verzichten.

Aufsichtsrechtlich geprägt und reglementarisch verankert ist auch die besondere Stellung des Verwaltungsratspräsidenten. Er wird aus den eigenen Reihen auserkoren, ausser die Statuten bestimmen, dass der Präsident durch die Generalversammlung gewählt wird (Art. 712 Abs. 2 OR). Er vertritt das Oberleitungsorgan nach innen und aussen. Er zeichnet sich durch hohe Führungs- und Urteilskraft aus und verfügt über besondere strategische und kommunikative Fähigkeiten. Je nach Grösse und Struktur der Bank fällt dem Präsidialamt eine mehr oder weniger prominente Führungsrolle zu: Tragend da, wo ein vollamtlich tätiger Präsident besondere Führungs- und Kontrollaufgaben übernimmt, weniger ausgeprägt dort, wo sich das nebenamtliche Präsidium weitgehend auf repräsentative und administrative Funktionen

---

23 FINMA-RS 08/24, Rz. 17.

24 BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Principles for enhancing Corporate Governance, Rz. 43.

25 Art. 9 Abs. 2 BankV; FINMA-RS 08/24, Rz. 9 ff.

26 FINMA-RS 08/24, Rz. 14.

27 FINMA-RS 08/24, Rz. 17, sowie zum aktuellen Diskussionsstand vgl. EMMENEGGER, Prudentielle Corporate Governance, 39 ff. (in diesem Band); EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, 469 ff.

beschränkt. In grösseren Banken und Bankkonzernen jedenfalls nimmt der Präsident eine starke Stellung ein und arbeitet relativ eng mit der operativen Führung zusammen. Wie die übrigen Aufsichtsorgane ist aber auch er in die Machtbalance eingebunden und hat eine angemessene Distanz zum Tagesgeschäft zu wahren.

3. Geschäftsleitung («Management Board»)

Die Geschäftsleitung ist bei Banken, wie weiter vorne dargelegt (III. Ziff. 1.), ein zwingendes Organ und als solches in den Statuten zu nennen. Abgesehen davon ist die Regelung der Geschäftsleitung abschliessend Sache des Verwaltungsrates und erfolgt im Rahmen des Organisations- und Geschäftsreglements. Das Aktienrecht macht hier, ausser der für Banken bedeutungslosen Delegationsermächtigung,[28] keine weiteren Vorgaben.

Das Aufsichtsrecht setzt auch hier besondere Leitplanken,[29] namentlich über die Zusammensetzung, den Sitzungsrhythmus, die Beschlussfassungsmodalitäten, die Aufgaben und Befugnisse sowie die Berichterstattungspflichten der Geschäftsleitung.

Die Geschäftsleitung repräsentiert die oberste operative Führungsebene. Sie ist als Kollektivorgan verfasst, bestehend aus dem Geschäftsleitungsvorsitzenden und einer angemessenen Zahl weiterer Entscheidungsträger. Die Geschäftsleitung delegiert üblicherweise weite Teile des operativen Geschäfts nach Massgabe eines internen Reglements an Direktionsmitglieder und weitere tieferliegende Chargen.

Auch für die Geschäftsleitung gilt: Sie und ihre Mitglieder müssen fit and proper sein.[30] Sie verfügt insgesamt über vertieftes technisches Fachwissen, ausgeprägte Fähigkeiten im Finanz- und Kontrollbereich sowie ausgewiesene Berufs- und Managementerfahrung, um die vom Verwaltungsrat verabschiedete Geschäftspolitik verantwortungsvoll umzusetzen. Mitglieder der Geschäftsleitung üben ihr Mandat grundsätzlich in Vollzeit aus.[31] Doppel- und Mehrfachmandate in leitender Stellung sind im Allgemeinen nicht zulässig, ebenso wenig weitere frontbezogene Funktionen bei Drittinstitu-

---

28 Vgl. vorne Fn. 17.

29 Vgl. EMMENEGGER/GEIGER, Statuten, Rn. 146 ff.

30 Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

31 Art. 3 Abs. 2 lit. d BankG (tatsächliche und verantwortliche Ausübung der Geschäftsführung).

ten, die Anlass zu Verwechslungen geben können. Bei grösseren oder international ausgerichteten Instituten widmet sich der Geschäftsleitungsvorsitzende ausschliesslich der Führung des Gesamtinstituts, ohne daneben noch eine oder mehrere Geschäftssparten zu leiten.

Nicht zwingend wird verlangt, dass sämtliche Geschäftsbereichsleiter in der Geschäftsleitung unmittelbar vertreten sind. Im Regelfall sind jedoch die wichtigsten Funktionsträger mit Pflichten für das Gesamtinstitut in der Geschäftsleitung präsent. Bei grösseren Instituten sind dies nebst dem CEO vor allem der CFO, der COO oder der General Counsel sowie die Leiter von zentralen Geschäftsfeldern. Entsprechend ihrem Bedeutungszuwachs[32] ist auch den Funktionen Risikomanagement und Compliance eine gebührende Stellung im Organigramm einzuräumen. Der Chief Risk Officer und der Chief Compliance Officer arbeiten, auch ohne direkt in der Geschäftsleitung vertreten zu sein, mit einem unternehmensweiten Fokus und unabhängig von Profitcentern. Sie wirken nebst ihrer Kontrolltätigkeit aktiv bei der Strategieentwicklung und der Erschliessung von neuen Geschäftsfeldern und Produkten mit. Sämtliche wichtigen Aufgabenbereiche und Funktionsträger sind in einem genehmigungspflichtigen Reglement abzubilden. Tiefer liegende Chargen des täglichen Bankgeschäfts sind ebenfalls in bankinternen Richtlinien und Weisungen zu regeln, unterliegen jedoch nicht der Genehmigungspflicht durch die FINMA.

4. Ausschüsse («Committees»)

Im Interesse einer zweckmässigen Arbeitsteilung werden bei Instituten ab bestimmter Grösse, Risikoprofil oder Geschäftsausrichtung für gewisse Aufgaben des Verwaltungsrats dauernde Ausschüsse gebildet. Diese setzen sich ausschliesslich aus eigenen Mitgliedern des Verwaltungsrats zusammen, welche zudem über die entsprechenden Fachkenntnisse und Erfahrungen verfügen. Aussenstehende, und seien sie z.B. als Konzerndelegierte noch so befähigt, dürfen in solchen Ausschüssen nicht aktiv mitwirken.

Ständige VR-Ausschüsse bestehen in der Bankaufsichtspraxis aus mindestens zwei Mitgliedern und können nur gebildet werden, wenn dem Gesamtorgan mindestens fünf Mitglieder angehören. Zusammensetzung, Funktionsweise, Organisation, Berichterstattung und Aufgabenbereiche sind

---

[32] BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Principles for enhancing Corporate Governance, Principle 6.

in einem genehmigungspflichtigen Erlass zu regeln.[33] Die Endverantwortung für die übertragenen Aufgaben verbleibt in jedem Fall beim Gesamtorgan.[34] Die gleichzeitige Mitgliedschaft in mehreren Ausschüssen ist möglich, soweit dadurch kein übermässiges Ungleichgewicht oder offensichtliche Interessenkonflikte entstehen.

Das Ausschusswesen gehört bei grösseren Bankinstituten heutzutage zum Standard. Typischerweise setzen Banken ständige Ausschüsse in den Bereichen Kreditgewährung («Credit Committee»), Überwachung und Revision («Audit Committee»), Risikokontrolle («Risk Committee»), Vergütung («Compensation Committee») oder Nominierung von Kaderleuten («Nomination Committee») ein. Weitere Kreationen wie z.B. Finanz- oder Strategieausschüsse sind ebenfalls denkbar. Da die Mehrzahl dieser Ausschüsse, wenn auch in beschränktem Ausmass, endgültige Entscheidkompetenzen hat, ist neben der Regelung im Organisationsreglement auch eine statutarische Grundlage nötig (Art. 716b Abs. 1 OR).

Ab einer gewissen Grösse des Instituts und abhängig von dessen Risikoprofil sind Prüfungsausschüsse einzurichten.[35] Ihre Mitglieder haben mehrheitlich die Unabhängigkeitserfordernisse der unabhängigen Verwaltungsräte zu erfüllen.[36] Analoges muss auch für den Risikoausschuss gelten, der im zitierten FINMA-Rundschreiben noch nicht ausdrücklich erwähnt wird, mittlerweile aber zum international anerkannten Kontrollstandard gehört.[37] Der Vorsitzende des Oberleitungsorgans gehört keinem dieser beiden Ausschüsse an. Zwischen den Ausschüssen und der operativen Geschäftsebene sind wirksame Informationskanäle einzurichten. Dies gilt namentlich auch im Verhältnis zwischen Prüfungsausschuss und interner Revision sowie im Verhältnis zwischen dem Risikoausschuss und dem Chief Risk- bzw. Chief Compliance-Officer.

Auffällig, und vor dem Hintergrund einer ausgewogenen Machtverteilung etwas verdächtig, sind die sogenannten Präsidialausschüsse («Chairman's Committees»), die sich vereinzelt herausgebildet haben. Der aufsichtsrechtliche Spielraum für solche Ausschüsse ist ebenfalls begrenzt. Sie

---

33 EMMENEGGER/GEIGER, Statuten, Rn. 144 f.

34 FINMA-RS 08/24, Rz. 31.

35 FINMA-RS 08/24, Rz. 32 ff.

36 FINMA-RS 08/24, Rz. 38 i.V.m. Rz. 20 ff.

37 BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Principles for enhancing Corporate Governance, Principle 6.

dürfen weder zu einer Aushöhlung der originären Aufgaben des Gesamtverwaltungsrates noch zu einer übermässigen Machtkonzentration oder Einmischung in das operative Geschäft führen. Oft werden die Konturen zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat durch solche «Zwitter»-Gremien in einem Ausmass aufgeweicht, das sich mit dem Gewaltentrennungsprinzip kaum mehr vereinbaren lässt. Dem ist bei der Ausgestaltung des reglementarischen Pflichtenkatalogs entgegenzuwirken, indem der Aktionsradius von Präsidialausschüssen grundsätzlich auf vorbereitende, beratende oder kommunikative Tätigkeiten eingeschränkt bleibt.

5. Risikokontrolle / Compliance / Interne Revision

Nach der Darstellung der Führungsorgane von Banken wird im Folgenden der Blick auf die wichtigsten bankinternen Kontrolleinrichtungen gerichtet: Risikomanagement, Compliance und Internes Kontrollsystem (IKS).

In erster Linie geht es um den kontrollierten Umgang mit Risiken. Damit sich Risikobewusstsein und Compliance-Kultur verfestigen können, bedürfen auch diese Funktionen einer soliden Verankerung innerhalb der Bank. Hier übernehmen die Regulative eine wichtige Funktion, indem sie den institutionellen Rahmen bereits auf oberster Stufe richtig setzen.

Der Verwaltungsrat trägt die oberste Risikoverantwortung.[38] Er definiert den Risikoappetit der Bank, genehmigt die von der Geschäftsleitung formulierte Risikopolitik und überwacht deren Umsetzung. Dies ist keine einmalige Aufgabe. Der Verwaltungsrat hat seinen Risikokompass und die Wirksamkeit der Kontrollmethoden und Instrumente immer wieder neu auszurichten.

Grössere und international tätige Banken und Bankgruppen bestellen immer häufiger auch einen Risikoausschuss,[39] der den Verwaltungsrat in seiner Risikokontrollfunktion berät und unterstützt, einen direkten Draht zum Chief Risk Officer unterhält und die Umsetzung der Risikopolitik noch näher als der Gesamtverwaltungsrat verfolgt.

Auch bezeichnen die meisten Institute auf operativer Ebene eine Funktionseinheit oder zumindest einen einzelnen Funktionsträger, der als Chief Risk Officer nominiert für die Entwicklung und Umsetzung des Risikomanagement-Framework und der Risikokontrollmechanismen verantwortlich

---

38 Vgl. vorne III. Ziff. 2.

39 Vgl. vorne III. Ziff. 4.

zeichnet. Für diese Rolle in Frage kommen in erster Linie Kaderleute mit genügend Einfluss («Authority»), Erfahrung («Seniority») und Unabhängigkeit («Independence») gegenüber den die Risiken erzeugenden Bereichen. Der CRO ist als wichtiger Funktionsträger ausdrücklich im Reglement zu bezeichnen und in den Grundzügen (Stellung, Aufgaben, Reporting) zu regeln.

Ebenso ist auch die Funktionsweise des Compliance Officer reglementarisch zu erfassen. Auch er ist eine Art Risikomanager, spezialisiert auf den Umgang mit Rechtsrisiken. Er ist es, der darüber reflektiert, ob eine Kundenbeziehung mit einem Ex-Staatschef weitergeführt oder eine cross-border-Beziehung mit amerikanischen Kunden aufgenommen werden soll.

Die Funktionen des Risk Officer und des Compliance Officer verfolgen ähnliche Stossrichtungen, weshalb sie bei kleineren Instituten durch denselben Funktionsträger in Personalunion wahrgenommen werden können. Beide Funktionen sollten genügend unabhängig vom operativen Geschäft ausgestaltet sein, gleichzeitig aber doch nahe genug, um das Geschäft und seine Innovationen zeitnah zu verfolgen und zu verstehen.

Sind die Entscheidungsbefugnisse und Pflichten auf oberster Führungsebene einer Bank einmal zweckmässig verankert und von der Aufsichtsbehörde genehmigt, so liegt es in der Eigenverantwortung der Bank, das konkrete Risikoprofil zu definieren, Limiten für die einzelnen Risikoarten festzulegen, die Zuständigkeiten und Verfahren für die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von risikobehafteten Geschäften sowie die Grundzüge des Risikomanagements in internen Richtlinien zu regeln. Hier hält sich die Aufsichtsbehörde mit verbindlichen Weisungen zurück. Ein Freipass zur hemmungslosen Übernahme von Risiken bedeutet dies natürlich nicht. Die Aufsichtsbehörde kann von jeder Bank zusätzliche Eigenmittel verlangen,[40] namentlich wenn die erforderlichen Eigenmittel im Verhältnis zu den eingegangenen Risiken, der Qualität des Risikomanagements oder dem Entwicklungsstand der verwendeten Techniken keine ausreichende Sicherstellung gewährleisten (Art. 34 Abs. 3 ERV), oder aber bestimmte Geschäftsfelder gänzlich verbieten.

Zentrales Element des internen Kontrollsystems (IKS) ist die interne Revision. Sie prüft, ob die bestehenden internen Kontroll- und Führungsprozesse sowie die Arbeitsabläufe geeignet sind, die Einhaltung aller relevanten Gesetze, Vorschriften und Weisungen sicherzustellen und ob die jeweiligen Verantwortungsträger stufengerecht ihren Überwachungs- und Aufsichts-

40 FINMA-RS 11/2: Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung bei Banken.

pflichten nachkommen. Damit ist die interne Revision noch deutlicher als das Risikomanagement im Prüf- und Kontrollumfeld des Instituts situiert. Dies zeigt sich auch in der zwingenden institutionellen und personellen Unabhängigkeit von der Geschäftsleitung und den täglichen Geschäftsprozessen. Die interne Revision ist dem Verwaltungsrat, oder bei Vorhandensein eines Prüfausschusses idealerweise diesem direkt unterstellt. Ihr Leiter ist offizieller Gewährsträger (Art. 23 Abs. 3 lit. b BEHV i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG). Aufgrund der Bedeutung des Inspektorats sind dessen Grundzüge ebenfalls auf Stufe Organisationsreglement zu regeln, während die Kompetenzen, Verantwortlichkeiten und Arbeitsabläufe im Detail in einer (nicht genehmigungspflichtigen) Weisung abgebildet werden können.

6. Finanzgruppen

Tritt die Bank nicht autonom auf dem Markt auf, sondern als Teil einer Finanzgruppe, verlangt die FINMA zusätzlich zur Einzelinstitutsaufsicht eine konsolidierte Betrachtung (Art. 3b und 3e BankG). Die FINMA übernimmt die Rolle des Lead Regulators oder Gruppenaufsehers, sofern wesentliche Finanztätigkeiten der Gruppe sowie die Gruppenleitung tatsächlich und rechtlich in oder von der Schweiz aus wahrgenommen werden. Die Aufsichtsperspektive orientiert sich an der wirtschaftlichen Einheit, was ihr eine gruppenweite Gesamtschau der Risiken ermöglicht.[41]

Bestandteil der konsolidierten Überwachung ist eine gruppenweit angemessene Organisation (Art. 3f BankG). Die Finanzgruppe verfügt über ein angemessenes internes Kontrollsystem und wird von Personen geleitet, die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Auch wird analog zur Einzelinstitutsaufsicht[42] die personelle Trennung zwischen Geschäftsführung und dem Organ für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verlangt. Während auf Einzelbasis die Gewaltentrennung entlang der Grenze zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung kaum Fragen aufwirft, verläuft die Umsetzung einer wirksamen Checks and Balances im Konzern nicht völlig spannungsfrei. Die Aufsichtspraxis lässt hier in beschränktem Masse Doppelfunktionen zu. So ist die Einsitznahme von Konzernführungsorga-

---

41 Vgl. zum Ganzen Art. 3b ff. BankG, Art. 14a BankV, und FINMA-FAQs (abrufbar unter: <www.finma.ch>, FAQ, Beaufsichtigte, Konsolidierte Aufsicht von Banken und Effektenhändlern).

42 Vgl. vorne III. Ziff. 1.

nen im Verwaltungsrat der Banktochter grundsätzlich möglich. Nur beschränkt zulässig sind jedoch Kumulierungen von Geschäftsleitungsmandaten auf Gruppen- und Einzelbankebene. Im Interesse einer konzernweit einheitlichen Spartenführung werden solche Doppelmandate zugelassen, sofern zwischen dem Verwaltungsrat im Konzern und auf Stufe Einzelbank mehrheitlich Identität besteht, so dass der eigene Verwaltungsrat nicht ausgehebelt werden kann. Die Kombination von operativen und oberleitenden Aufgaben auf Konzernleitungsstufe ist jedoch in analoger Anwendung des Gewaltentrennungsgrundsatzes grundsätzlich verpönt.

Auch im wirtschaftlichen Verbund des Bankkonzerns spielen Reglemente als Grundlage der Konzernführung eine wichtige Rolle. Dabei ist auf den ersten Blick nicht immer offensichtlich, wo die Konzernleitung tatsächlich sitzt. Möglich ist irgendwo und überall. In solchen Fällen muss die tatsächliche Leitung zunächst identifiziert und an einer rechtlichen Gruppeneinheit festgemacht werden. In der Praxis verbreitet sind grundsätzlich zwei Konzerntypen: Die Stammhausstruktur und die Holdingstruktur. Bei der Stammhausstruktur steht an der Spitze der Finanzgruppe eine beaufsichtigte Bank. Hier sind die Bankführungsorgane mit jenen der Gruppenleitung identisch. Die Regulative des Stammhauses stellen gleichzeitig auch das Regulierungsgefäss für die gruppenspezifischen Anliegen zur Verfügung. Bei der Holdingstruktur, d.h. der Zusammenfassung mehrerer Einzelinstitute unter einem gemeinsamen Holdingdach, sind Bankführung und Gruppenführung nicht in derselben Rechtseinheit verankert. Hier gelangt die Holdinggesellschaft ebenfalls in den Fokus der Aufsichtsbehörde, und ihre Statuten und Reglemente sind ebenfalls genehmigungspflichtig.

Ausserdem verlangt die aufsichtsrechtliche Praxis von Finanzgruppen ein internes Reglement über die konsolidierte Aufsicht, welches ebenso der Genehmigung durch die FINMA unterliegt.

IV. Praktische Fragen

1. Verfahrenstipps

Bankstatuten und Änderungen daran dürfen nicht ins Handelsregister eingetragen werden, bevor die Aufsichtsbehörde sie genehmigt hat (Art. 3 Abs. 1 und 3 BankG). Weil Statutenänderungen regelmässig einen Beschluss der Generalversammlung voraussetzen, ist es höchst ratsam, solche Änderungen vor ihrer Verabschiedung durch das zuständige Organ der FINMA

im Entwurf vorzulegen. Eine Genehmigungsverweigerung der FINMA nach dem gesellschaftsinternen Revisionsbeschluss hätte den Nachteil, dass die neuen Statuten nicht in das Handelsregister eingetragen werden könnten. Die Beschlussfassung müsste unter Berücksichtigung der aufsichtsrechtlichen Einwände erneut erfolgen. Dies bedeutet nochmals zurück zum Start; für Statutenänderungen im Regelfalle eine nochmalige Einberufung der Generalversammlung.

Weniger einschneidend sind die Folgen bei einer Reglementsänderung. Die Ansetzung einer neuen Verwaltungsratssitzung ist weit einfacher zu bewerkstelligen als die Einberufung einer Generalversammlung. Es entspricht aber auch hier der Usanz, dass die Reglemente vorab der FINMA im Entwurf vorgelegt werden. Schliesslich soll auch der Verwaltungsrat nicht zweimal in derselben Sache angegangen werden, wenn dies durch vorgängige Abstimmung mit der Aufsichtsbehörde vermeidbar ist.

Gibt der Entwurf zu keinen Einwänden (mehr) Anlass, stellt die FINMA ein Genehmigungsschreiben aus. Damit kann das zuständige Organ – bei Statutenänderungen im Regelfall die Generalversammlung, bei Reglementsänderungen der Verwaltungsrat – zur formellen Beschlussfassung schreiten und die Änderung rechtswirksam beschliessen. In einem weiteren Verfahrensschritt unterbreitet die Bank der FINMA das Beschlussprotokoll sowie eine rechtsgültige Fassung des geänderten Regulativs. Im Falle einer Statutenänderung stellt die FINMA gestützt auf die eingegangenen Dokumente eine Bescheinigung für den Eintrag im Handelsregister aus, und die geänderten Statuten können in Kraft gesetzt werden. Die Reglemente dagegen entfalten mit ihrer Verabschiedung durch den Verwaltungsrat unmittelbare Wirkung. Hier bedarf es nebst dem Genehmigungsschreiben keiner formellen behördlichen Bescheinigung.

Mit der Genehmigung stellt die FINMA die Übereinstimmung der geänderten Statuten und Reglemente mit dem Aufsichtsrecht fest. Die zivilrechtliche Gültigkeit hängt jedoch nicht vom aufsichtsrechtlichen Segen ab. Auch nicht offiziell genehmigte Änderungen werden rechtswirksam. Die fehlende behördliche Genehmigung stellt aber ein aufsichtsrechtliches Versäumnis dar. Sie ist nachzuholen und kann je nach Schwere mit entsprechenden Verwaltungssanktionen geahndet werden.

Es empfiehlt sich, für das Verfahren zur Abänderung von Statuten und Reglementen genügend Zeit einzuplanen und die Entwürfe rechtzeitig vor geplanter Inkraftsetzung bei der FINMA einzureichen.[43]

2. Begleitete Umsetzung im Aufsichtsprozess

Normalerweise sind es die Banken selbst, welche die Initiative für Statuten- oder Reglementsänderungen ergreifen. Ausgelöst durch eine neue Geschäftsidee, erweitert die Bank ihr Geschäftsfeld, beschafft zusätzliches Aktienkapital oder verstärkt ihre Organisationsstruktur. Durch die Aufsichtsbehörde veranlasste Korrekturen waren bisher eher die Ausnahme. Auch besteht keine aufsichtsrechtliche Pflicht, die Regulative analog einer Fahrzeugkontrolle periodisch einem behördlichen General-Check zu unterziehen.

Es ist zu erwarten, dass die Aufsichtsbehörde hier in Zukunft eine aktivere Rolle spielen wird. Die Erwartungshaltung der Finanzmarktregulatoren an eine wirksame Corporate Governance ist seit der Finanzkrise nochmals spürbar gestiegen. Auf internationalem Parkett sind die massgeblichen Standardsetters, allen voran der Basler Ausschuss, tätig geworden, während national vorerst primär das Vergütungswesen ins Visier genommen wurde.[44] Es ist aber hierzulande ebenfalls mit weiteren Anpassungen, auch in den übrigen Themenbereichen der Corporate Governance, zu rechnen. Besonders angesprochen sind das erweiterte Pflichtenheft des Bankverwaltungsrats und eine prominentere Darstellung der Risikomanagement- und Kontrollfunktionen.

Wird die FINMA vor diesem Hintergrund zu einer Art flächendeckender Generalmobilmachung schreiten und eine Flut von Reglementsanpassungen auslösen? Wohl kaum. Angesagt sind kontinuierliche Anpassungsschritte, differenziert und mit Augenmass.

Die FINMA wird daher auch in Zukunft Corporate Governance-Defiziten nicht mit dem Holzhammer begegnen. Verbesserte Machtbalance braucht, ebenso wie ein edler Tropfen Wein, zum Heranreifen ihre Zeit. Sie ist abhängig von den konkret verfügbaren Personen und von der bestehenden Zusammensetzung der Führungsorgane. Die ideale Führungsstruktur

---

43 Vgl. zum Ganzen auch EMMENEGGER/GEIGER, Statuten, Rn. 37 ff.

44 FINMA-RS 10/1: Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten.

kann nicht über Nacht neu komponiert oder erzwungen werden. Dessen ist sich auch die FINMA durchaus bewusst.

Sie wird sich da prominenter einschalten, wo das Machtgefüge innerhalb einer Bank nachhaltig gestört ist oder wo trotz klarer Vorgaben keine Bewegung zu erkennen ist. Im Normalfall wird jedoch der Aufsichtsdialog eine Schlüsselrolle einnehmen. Im Rahmen der neu propagierten risiko-orientierten Aufsicht wird die FINMA vor allem bei den grösseren Instituten den direkten Austausch vermehrt pflegen. Dabei werden auch Corporate Governance-Themen laufend angesprochen mit dem Ziel, die Banken schrittweise an die «best principles» heranzuführen. Diesen Prozess möchte die FINMA wenn immer möglich nicht alleine aus hoheitlicher Warte beschreiten.

V. Schlussbemerkungen

Sorgfältige Reflexion bei der Ausarbeitung der Regelwerke lohnt sich. Statuten und Reglemente sind sowohl für die Bank als auch für den Regulator und die Prüfgesellschaft ein massgebender Orientierungspunkt. Sie verleihen den Bankorganen und ihren Aktionen die nötige Legitimität. Klare Spielregeln stellen sicher, dass das Handeln der Organe nicht willkürlich, sondern in geordneten Bahnen verläuft. Das fördert das Vertrauen in die Bank und macht sie auch für aussenstehende Dritte berechenbar.

Wohl klingende Dokumente allein genügen aber nicht. Sie bleiben nur von beschränktem Wert, wenn die personelle Besetzung nicht stimmt. Auch darauf nimmt die FINMA – und in Zukunft wohl noch gezielter – Einfluss. So schliesst sich der Kreis guter Corporate Governance: Es braucht nebst verlässlichen regulatorischen Grundlagen immer auch die richtigen Köpfe am richtigen Ort. Beide Ebenen, die organisatorische und personelle, müssen optimal zusammenwirken, damit sich eine intakte Unternehmensführung erfolgreich weiterentwickeln kann.