
HERAUSGEBER

Dr. Daniel Daeniker
Dr. Dieter Dubs
Dr. Rudolf Tschäni
Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt
Prof. Dr. Rolf Watter
Prof. Dr. Jean-Baptiste Zufferey

SCHRIFTLEITUNG

Dr. Till Spillmann (Vorsitz)
Dr. Frank Gerhard
Dr. Karim Maizar
Matthias Wolf

COUNSEL'S PAGE

Neue Chancen für das institutionelle Asset Management Schweiz
[Matthäus Den Otter](#)

AUFSÄTZE

Ist Frontrunning Insiderhandel?
[Rolf Watter](#) / [Mariel Hoch](#)

Erste Erfahrungen mit dem bedingten Wandlungskapital (CoCos)
[Reto Schiltknecht](#) / [Christopher McHale](#)

Le «bonus» soumis à une condition objective
[Alexandre Richa](#) / [David Raedler](#)

Gross- und Ankeraktionäre von kotierten und nichtkotierten
Publikums-Aktiengesellschaften
[Jürg E. Hartmann](#) / [Ilona Singer](#)

KURZBEITRÄGE

Governance der Rechtsfunktion im Unternehmen
[Herbert Wohlmann](#) / [Daniel Lucien Bühler](#)

Spaltung mittels Vermögensübertragung
[Markus Vischer](#)

DEAL WATCH

Die abgebrochene Übernahme von The PEP Boys Corp.
[Urs Schenker](#)

NEUES RECHT

Die KAG-Revision – Was ändert sich beim Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen?
[Dominik Oberholzer](#)

ENTSCHEIDBESPRECHUNGEN

Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer
Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung
[Andreas Casutt](#) / [Catherine Grun Meyer](#)

Mängel in der Organisation der Gesellschaft: drei neue Bundesgerichtsurteile
[Roland Lüthy](#)

Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule
als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts
[Hans-Ueli Vogt](#) / [Michael Bänziger](#)

Herbert Wohlmann / Daniel Lucien Bühler*

Governance der Rechtsfunktion im Unternehmen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Internationale Corporate Governance und die Rechtsfunktion
- III. Kernaspekte der Governance der Rechtsfunktion
 1. Aufgabe und Position des Juristen im Unternehmen
 2. The place at the table
 3. Unabhängigkeit der Rechtsfunktion
 4. Salarierung
- IV. Wichtige Themen im Kontext
 1. Recht und Compliance – Getrennt oder unter einem Dach?
 2. Berufsregeln und Berufsgeheimnis
 3. Melde- und Dokumentationspflichten
- V. Praktische Umsetzung der Governance Prinzipien
- VI. Zusammenfassung: Die Governance der Rechtsfunktion im Unternehmen

I. Einleitung

Das rechtliche Umfeld mittlerer und grosser Unternehmen, und in besonderem Masse der börsenkotierten Aktiengesellschaften, hat sich in den letzten zehn Jahren grundlegend gewandelt. Die Themen Corporate Governance, Compliance und Risk Management waren zwar bekannt, aber aus heutiger Perspektive nur rudimentär mit Inhalt gefüllt. Gesetzliche Regelungen gab es wohl im Bereich des Kartellrechts, Umweltschutzrechts oder zur Verhinderung von Insidertransaktionen (in vergleichsweise harmloser Art), aber beispielsweise nicht gegen Korruption im Ausland, bezüglich Management-Transaktionen oder Ad hoc-Mitteilungen. Die Zeit, in der auch Weltkonzerne ihre Jahresrechnung in wenigen Zeilen präsentieren konnten, war zwar vorbei, aber die «Blüte» der Rechnungslegungsstandards stand noch bevor. Erst zaghaft begannen zu Beginn des neuen Jahrtausends die Revisionsgesellschaften damit, die Chefjuristen über juristische Fälle und Risiken zu befragen, nur selten kam es zu akribischen Due Diligence Prüfungen. Kurz, die allumfassende Regulierung nicht nur der Banken und Versicherungen, sondern auch der Industrieunternehmen, stand noch an ihrem Anfang.

Warum innerhalb der letzten zehn Jahre eine rasante Umwälzung stattfand, ist nicht eindeutig zu beantworten. Sicherlich haben das Platzen der Dot-com Blase, die rasante Entwicklung der Finanzmärkte und die Globalisierung eine wichtige Rolle gespielt. Die exponentielle Digitalisierung der Welt und das massiv erhöhte Tempo der Kommunikation innerhalb und ausserhalb des Unternehmens haben die Metamorphose zudem erheblich erleichtert. Auch die von Amerika kommende Managementlehre, die Projektmanagement durch Prozessmanagement ersetzte, hat zur Akzeptanz von Corporate Governance- und Compliance-Prozessen beigetragen. Schliesslich hat eine Neigung zu Regulierung und, auf dem Fusse folgend, behördlicher Kontrolle, dazu beigetragen, dass Unternehmer und Manager zunehmend vorsichtiger wurden und ihre Handlungen rechtlich absichern, wobei sie heute selbst bei rechtlich einwandfreiem Vorgehen allenfalls moralische Angriffe zu gewärtigen haben.

Die Rückwirkungen der genannten Entwicklungen auf das Berufsbild und die Aufgaben der Juristen im Unternehmen sind nicht ausgeblieben¹. Die Unternehmensjuristen sind heute enge Partner des Managements, und sie verstehen das Geschäft im Detail. Als Experten beraten sie das Management vorausschauend, damit Konflikte mit dem Gesetz vermieden werden. Der vorliegende Aufsatz fokussiert aber nicht auf die Aufgaben des einzelnen Unternehmensjuristen, sondern auf die Stellung der Chefjuristin², stellvertretend für die Rechtsfunktion im Unternehmen. Hat sich also durch die neue Aufgabenstellung die Governance der Rechtsfunktion im Unternehmen verändert? Ist es nötig, die Aufgabe, die Organisation, die Kompetenzen und die Kontrolle der Rechtsfunktion neu zu definieren? Kann es sich ein Unternehmen noch leisten, nicht mindestens einen unabhängigen externen Juristen im Verwaltungsrat zu haben? Und ist nicht die Präsenz eines internen Juristen in der Konzernleitung und in den wichtigsten Bereichsleitungen geboten? Ist die Wahrnehmung des Unternehmens-

* Herbert Wohlmann war Chefjurist von Clariant und ist Of Counsel bei Baker&McKenzie, Daniel Lucien Bühler war Chefjurist Europa, Russland, Naher Osten und Afrika bei Schindler und ist Counsel bei LALIVE.

¹ HERBERT WOHLMANN, Inhouse Counsel im internationalen Unternehmen, Basel 2010, S. 6 ff.

² Die weibliche Form steht nachfolgend für beide Geschlechter.

juristen mehr als Polizist denn als Business Partner nicht grundsätzlich problematisch (und möglicherweise eine Folge der Verquickung von Rechts- und Compliance-Funktion)? Muss den Unternehmensjuristen nicht ein besserer Geheimnisschutz zugebilligt werden, und ist deshalb ihre Unabhängigkeit gegenüber «Befehlen» der Unternehmensleitung zu institutionalisieren? Sodann: Wie verändert das enorme Tempo, in dem heute juristische Entscheidungen gefällt werden müssen, die Rahmenbedingungen des Berufs? Es ist noch nicht so lange her, dass ein Jurist, der einen Vertragsentwurf in die USA sandte, wusste, dass er das Dossier bis zum Eintreffen der Antwort für mindestens zwei Wochen getrost zur Seite legen konnte. Heute wird dagegen nach Eingang einer E-Mail oft aus dem Stand heraus auf Rechtsfragen komplexer Natur geantwortet. Ist dies noch mit den strengen Sorgfaltspflichten vereinbar?

Schliesslich: Die Informations- und Kommunikationstechnologie hat und wird den beruflichen Kontext der (Unternehmens-)Juristen in den kommenden Jahren grundlegend verändern. Die juristische Wertschöpfungskette wird fragmentierter sein. Neue Dienstleister werden Aufgaben übernehmen, welche heute Anwälte und Unternehmensjuristen zu höheren Kosten erfüllen, oder sie werden sich als Spezialisten dem Risikomanagement beziehungsweise dem «legal knowledge engineering», also der Analyse und Standardisierung von rechtlichen Abläufen und deren Abbildung in Computerprogrammen widmen³. Stichworte hierzu sind legal outsourcing, document assembly, personalized alerting, online dispute resolution und open-sourcing⁴. Vereinfacht ausgedrückt, wird ein Teil der teuren (Unternehmens-)Anwälte ihre Arbeit an spezialisierte Juristen und Paralegals verlieren, die mit Hilfe von Computerprogrammen effizient und preiswert Standard-Dokumente erstellen und einfache Rechtsauskünfte erteilen. Unternehmensjuristen werden jedenfalls die Klaviatur der neuen Technologien beherrschen müssen, wollen sie ihren Unternehmen aufgrund der relativen Ineffizienz des dann zumal alten Modelles nicht zur Last fallen.

II. Internationale Corporate Governance und die Rechtsfunktion

Geben uns die international wichtigen Corporate Governance Regelwerke Aufschluss darüber, wie die Rechtsfunktion im Unternehmen organisiert sein muss? An den wichtigsten Börsenplätzen der Welt gelten ja für kotierte Unternehmen detaillierte Corporate Governance Regelwerke, wobei die Codices der New York Stock Ex-

change⁵ und des britischen Financial Reporting Council⁶ wegweisend waren und sind.

Corporate Governance befasst sich mit transparenter, verantwortungsvoller Unternehmensführung im langfristigen Interesse der Eigentümer. Die Grundsätze der Corporate Governance richten sich primär an die oberste Unternehmensleitung, zunehmend aber auch an die (heute überwiegend institutionellen) Eigentümer. Kernelemente guter Governance sind Transparenz, Kompetenz und Verantwortung der Unternehmensleitung sowie deren ausgewogene Kontrolle durch die Eigentümer. In den letzten Jahren hat sich die Governance-Diskussion im Nachgang zur Finanzkrise stark mit Entschädigungsfragen befasst. In jüngster Zeit stehen nun Risikomanagement und Compliance im Zentrum der Governance Diskussion.

In der Schweiz ist Corporate Governance ein privater Begriff der Selbstregulierung der Wirtschaft. Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance («Swiss Code»), der von economiesuisse herausgegeben wird, sowie die Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance der Schweizer Börse⁷ («SIX-Richtlinie») prägen das Schweizer Verständnis von Corporate Governance. Im internationalen Kontext ist die Schweizer Wirtschaft offen für die Übernahme neuer Governance-Entwicklungen. Zuweilen wird dem Swiss Code und der SIX-Richtlinie aber vorgehalten, dass sie im Wesentlichen wiedergeben, was von Publikumsgesellschaften bereits praktiziert wird⁸.

Obwohl die Corporate Governance Diskussion weltweit vernetzt geführt wird, gehen die Ansichten zu guter und richtiger Governance teilweise stark auseinander. So hält der Swiss Code in seiner Präambel fest, dass das Prinzip «one share – one vote» nicht Bestandteil der Empfehlungen ist⁹. Dagegen steht im Deutschen Corporate Governance Kodex¹⁰ («Deutscher Kodex»), dass jede Aktie grundsätzlich eine Stimme gewährt. Und in den USA gilt seit 1994 der «uniform voting standard» als Voraussetzung für die Kotierung an der New York Stock Exchange, wobei der uniform voting standard aber mit einem gewissen Mass an Flexibilität gehandhabt wird,

³ RICHARD SUSSKIND, *The End of Lawyers?*, Oxford 2008, S. 271 ff.

⁴ SUSSKIND (FN 3), S. 275.

⁵ New York Stock Exchange Listed Company Manual, Section 303A, New York 2009.

⁶ UK Corporate Governance Code («UK Code»), Financial Reporting Council, London 2012.

⁷ Die Richtlinie Corporate Governance (RLCG) vom 29.10.2008 ist Bestandteil der Informationen, die dem Anleger erlauben sollen, die Qualität des Emittenten gemäss Börsengesetz zu beurteilen (Art. 8 Abs. 2 BEHG).

⁸ National Integrity System Bericht, Transparency International Schweiz, Bern 2012, S. 215.

⁹ Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2002/2007, Ziffer 2.1, Rz. 5.

¹⁰ Deutscher Corporate Governance Kodex, Frankfurt am Main 2012, Ziffer 2.1.2.

solange die Stimmrechte bestehender Aktionäre nicht unverhältnismässig eingeschränkt werden¹¹.

Zur Rechtsfunktion äussert sich der Swiss Code, obwohl mehrheitlich von Juristen geschrieben, erstaunlicherweise nicht. Jedoch wird verlangt, dass der Verwaltungsrat mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft ablegt, ob die anwendbaren Compliance-Grundsätze im Verwaltungsrat und im Unternehmen hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird¹². Konkreter ist der Deutsche Kodex, der vom Vorstand unter anderem verlangt, dass er den Aufsichtsrat regelmässig, zeitnah und umfassend über alle für das Unternehmen relevanten Fragen der Risikolage, des Risikomanagements und der Compliance informiert¹³. Zudem soll der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss (Audit Committee) einrichten, der sich unter anderem mit der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems und der Compliance befasst. Diese Regeln setzten zumindest bei grösseren Unternehmen das Bestehen einer gut organisierten Rechts- und Compliance-Funktion voraus.

Nach der SIX-Richtlinie ist in den Ausführungen des Geschäftsberichtes zur Corporate Governance die Ausgestaltung der Informations- und Kontrollinstrumente des Verwaltungsrats gegenüber der Geschäftsleitung, wie zum Beispiel interne Revision, Risikomanagement-System oder Management Information System (MIS), darzustellen. In diesem Zusammenhang sind unter anderem die erfassten Risiken und der Umgang mit diesen Risiken zu erläutern sowie der Mechanismus und die Ausgestaltung der internen Revision aufzuzeigen¹⁴. Die Konsultation einiger Corporate Governance-Berichte von SMI Unternehmen für das Geschäftsjahr 2011 zeigt, dass die erfassten Risiken und der Umgang mit den Risiken sehr summarisch dargestellt werden¹⁵. Damit können die Anleger die Risikolage, das Risikomanagement und die Effizienz der Kontrollfunktionen des Unternehmens kaum oder nur indirekt (beispielsweise anhand offengelegter Eventualverbindlichkeiten und Gerichtsurteile) beurteilen.

Die New York Stock Exchange («NYSE») befasst sich seit vielen Jahrzehnten mit Corporate Governance. So forderte die NYSE nach der Grossen Depression in den Dreissigerjahren des letzten Jahrhunderts als erste Selbstregulierungsorganisation, dass Unternehmen regelmässig Finanzberichte erstellen und diese durch unabhängige Stellen prüfen lassen. Auch war es die NYSE,

welche erstmals verlangte, dass alle Mitglieder des Prüfungsausschusses unabhängig sein müssen.

Die erste Dekade des 21. Jahrhunderts mit ihren Verwerfungen an den internationalen Finanzmärkten führte zur grössten Welle von Governance Änderungen seit der Grossen Depression. Ein amerikanischer Kommentator hielt fest, dass in annähernd 200 Jahren dokumentierter Börsengeschichte keine Dekade ein so trostloses Bild gezeichnet hat, wie die 2000er Jahre¹⁶. Als Reaktion auf die Finanzkrise 2008/2009 verfasste die NYSE einen umfassenden Bericht zu den Grundsätzen der Corporate Governance¹⁷, dessen Ergebnisse Niederschlag in den Listing Standards gefunden haben. Der Bericht befasst sich unter anderem auch mit der Verantwortlichkeit des Managements für gute Governance und stellt fest, dass das Management primäre Verantwortung für eine integre Leistungskultur («a culture of performance with integrity») hat. Die Rolle des Managements umfasst danach explizit die Errichtung und Überwachung von Risiko- und internen Kontrollprozessen sowie das Betreiben von Systemen zur internen Meldung von Bedenken durch Mitarbeiter. Konkret führt der Bericht aus, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für den ethischen «tone at the top» und die Möglichkeit der Meldung von Bedenken, frei von Angst vor Vergeltung, verantwortlich sind. Das Risikomanagement muss zudem durch kompetentes und rechenschaftspflichtiges Personal betrieben werden.

In Europa hat sicherlich Grossbritannien die längste Corporate Governance Tradition. Die erste Fassung des UK Code on Corporate Governance des Cadbury Committee datiert aus dem Jahre 1992 und seine Umschreibung des Begriffs der Corporate Governance ist immer noch allgemeingültig: «Corporate Governance is the system by which companies are directed and controlled. Boards of directors are responsible for the governance of their companies.»¹⁸

Der UK Corporate Governance Code («UK Code») wurde mehrmals überarbeitet, letztmals im Nachgang zur Finanzkrise im Juni 2010 und im September 2012¹⁹. In seiner Einleitung unterstreicht der UK Code die Bedeutung der persönlichen Berichterstattung durch den Präsidenten des Verwaltungsrates, was – so wörtlich – in heiklen Bereichen dem Übel einfacher und bevorzugter pfannenfertiger Lösungen und damit toter Kommunikation entgegenwirken könne²⁰. Gestützt auf das Prinzip einer unternehmerischen Führung im Rahmen vorsich-

¹¹ New York Stock Exchange Listed Company Manual, Section 313.

¹² Swiss Code (FN 9), Ziffer 2.2, Rz. 20.

¹³ Deutscher Corporate Governance Kodex, Ziffern 3.4 und 5.3.2.

¹⁴ Kommentar zur Corporate Governance-Richtlinie, Zürich 2007, N 2 zu Ziffer 3.7.

¹⁵ Analysiert wurden die Governance Berichte 2011 von drei führenden SMI Unternehmen aus den Bereichen Industrie, Pharma und Finanzdienstleistungen.

¹⁶ TOM LAURICELLA, «Investors Hope the '10s Beat the '00s», Wall Street Journal, 20. Dezember 2009.

¹⁷ Report of the New York Stock Exchange Commission on Corporate Governance, New York 2010.

¹⁸ Report on the Financial Aspects of Corporate Governance («Cadbury Report»), London 1992, Ziffer 2.5.

¹⁹ The UK Corporate Governance Code, Financial Reporting Council, London 2012.

²⁰ UK Code (FN 19), S. 1, Ziffer 2.

tiger und wirksamer Risikokontrolle empfiehlt der UK Code dem Verwaltungsrat, mindestens einmal jährlich die Wirksamkeit des Risikomanagements und der internen Kontrollsysteme zu überprüfen und dies den Aktionären zu bestätigen. Die Überprüfung sollte alle wesentlichen Aspekte umfassen: Finanzen, Operatives und die Compliance²¹. Zum Audit Committee, bzw. einem allfällig dedizierten Board Risk Committee, führt der UK Code aus, dass es sein Pflichtenheft («Terms of Reference») öffentlich zugänglich machen und seine Tätigkeit im Geschäftsbericht beschreiben sollte²². Auch sollte das Audit Committee prüfen, ob Mitarbeiter im Vertrauen Bedenken bezüglich möglicher Verfehlungen melden können und ob die Meldungen unabhängig untersucht und angemessene Massnahmen getroffen wurden.

Die Europäische Union ist eher spät auf den Corporate Governance Zug aufgesprungen, was wohl auch mit der späten Einführung des europäischen Gesellschaftsrechts zusammenhängt²³. In der Richtlinie 2006/46/EG²⁴ verlangt sie, dass Gesellschaften, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, eine Erklärung zur Unternehmensführung (Corporate Governance Bericht) in ihren Lagebericht aufnehmen. Der Bericht bezeichnet den (staatlichen oder privaten) Governance-Kodex, dem die Gesellschaft unterliegt, erklärt allfällige Abweichungen vom Kodex («comply or explain» Prinzip) und verlangt unter anderem eine Beschreibung der wichtigsten Merkmale des internen Kontrollsystems und des Risikomanagementsystems der Gesellschaft.

Die Umsetzung der Richtlinie hatte zum 8. September 2008 zu erfolgen. Die Wirksamkeit ihres Corporate Governance Regelwerks überprüfte die Europäische Kommission im Rahmen ihres Grünbuches «Europäischer Corporate Governance Rahmen»²⁵ und der dazu erfolgten Vernehmlassung. Eine Fragestellung der Vernehmlassung war, ob der Verwaltungsrat den «Risikoappetit» des Unternehmens billigen und ihn den Aktionären verständlich machen soll. Eine weitere Frage war, ob der Verwaltungsrat gewährleisten soll, dass das Risikomanagement des Unternehmens wirksam und seinem Risikoprofil angemessen ist²⁶.

Die Vernehmlassung hat ergeben, dass mehr als zwei Drittel der 409 Teilnehmer befürworteten, dass der Verwaltungsrat den «Risikoappetit» billigt und die Verantwortung dafür trägt. Die Risikopolitik, so die überwiegende

Meinung, gehöre zum «natürlichen» Aufgabenbereich des Verwaltungsrates. Zur Frage der Gewährleistung wirksamen Risikomanagements durch den Verwaltungsrat hat die Vernehmlassung grosse Zustimmung ergeben. Allerdings wurde durch die Teilnehmer darauf hingewiesen, dass die Aufgabe des Verwaltungsrates die Überwachung der Rahmenbedingungen des Risikomanagements ist und nicht das Tagesgeschäft umfasse. Zu beiden Aspekten ergab sich aus der Vernehmlassung kein unmittelbarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf²⁷.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die wichtigsten Corporate Governance Regelwerke die Rechtsfunktion nicht direkt erwähnen. Der Verwaltungsrat ist aber für die interne Kontrolle, das Risikomanagement und die Compliance verantwortlich, die risikogerecht ausgestaltet und wirksam sein müssen. Das Tagesgeschäft kann er an die Geschäftsleitung delegieren. Nicht delegieren kann er aber seine Verantwortung für das Konzept, die Überwachung und die Wirksamkeit des Kontrollsystems zur Einhaltung der Gesetze. Zu diesem System zählt als zentrales Element die explizit geforderte Einrichtung einer Meldestelle, an die sich Mitarbeiter vertraulich und im Wissen um Schutz wenden können.

III. Kernaspekte der Governance der Rechtsfunktion

Da sich die Corporate Governance Regelwerke nicht zur Rechtsfunktion äussern, werden nachfolgend aus der Sicht der Autoren die Essentialia einer wirksamen und transparenten Corporate Governance der Rechtsfunktion in grösseren Unternehmen dargestellt²⁸.

1. Aufgabe und Position des Juristen im Unternehmen

In einer grösseren, insbesondere in einer börsenkotierten Aktiengesellschaft, ist meistens ein Mitglied des Verwaltungsrates ein praktizierender Jurist. Dieser Ausdruck wird deshalb verwendet, weil es viele Juristen gibt, die sich seit dem Abschluss ihres Studiums in allen möglichen anderen Berufen, nur nicht der Juristerei betätigen. Wenn sich nicht-praktizierende Juristen aber als Rechtsberater im Verwaltungsrat betätigen, dann wird es unter Umständen gefährlich: Nicht nur die Gesetze, sondern auch die gerichtlichen Wertungen ändern sich und die

²¹ UK Code (FN 19), C.2.1.

²² UK Code (FN 19), C.3.3.

²³ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294 vom 10.11.2001.

²⁴ ABl. L 224 vom 16.8.2006.

²⁵ KOM(2011) 143/3 (EU Grünbuch Corporate-Governance).

²⁶ Fragen 11 und 12 des EU Grünbuches Corporate-Governance (FN 25).

²⁷ EU Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen, Feedback Statement – Summary of Responses to the Commission Green Paper on the EU Corporate Governance Framework, Brüssel 2011, S. 11.

²⁸ In kleinen Unternehmen und in vielen Schweizer Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne ist es selbstverständlich so, dass der Jurist im Verwaltungsrat das Unternehmen auch in Rechtsfragen betreut und eine einfachere Governance-Struktur adäquat sein kann.

Wahrscheinlichkeit eines falschen Ratschlags ist hoch. In dieser Konstellation muss der Verwaltungsrat entweder einen aussenstehenden praktizierenden Juristen beauftragen oder sich von der Chefjuristin beraten lassen.

Vor der jüngsten Regulierungswelle waren die Juristen in den Verwaltungsräten entweder Unternehmer, die nach einem Jurastudium einen operativen Weg gingen oder frühere Leiter der Rechtsabteilung, die im Rahmen ihrer Karriere in den Verwaltungsrat gewählt wurden. Banken und Versicherungen, die ja schliesslich in starkem Masse auch juristische Produkte verkaufen, hatten auf allen Ebenen stets eine höhere Quote an Mitarbeitern mit juristischer Ausbildung, ebenso die global tätigen Industrieunternehmen. Als Aktienrecht und Börsenrecht zunehmend komplizierter wurden, wählten die Aktionäre immer häufiger auch externe Rechtsexperten in die Verwaltungsräte. Heutzutage ist das ganze Finanzmarktrecht stark mit dem Aktienrecht verzahnt und hat eine erhebliche Bedeutung erhalten, sind Kartellvergehen das Gegenteil von Gentleman-Agreements, Geldwäscherei und Korruption auch für die Unternehmen mit Strafe bedroht und Steuer- und Umweltdelikte können existentielle Rechtsfolgen haben. So ist die Mitgliedschaft von externen Juristen im Verwaltungsrat, sofern sie mit dem aktuellen Wirtschaftsrecht vertraut sind, bestimmt kein Luxus mehr.

Der externe Jurist, der Mitglied des Verwaltungsrates ist, berät den Verwaltungsrat in seinen Sitzungen in Rechtsangelegenheiten, so wie es der externe Finanzspezialist in Finanzfragen tut. Als Finanzfragen im Verwaltungsrat immer wichtiger wurden, hat die Praxis mit der Bildung von Audit-Ausschüssen reagiert, die gemäss den Governance Prinzipien Verwaltungsräte als Mitglieder haben müssen, die «financially literate» sind, also über solide Kenntnisse der Ökonomie und Rechnungslegung verfügen. Man kann sich durchaus die Frage stellen, ob in diesem Sinn und Geiste auch ein Compliance-Ausschuss gebildet werden sollte, der zuhänden des Gesamt-Verwaltungsrates sicherstellt, dass wirksames, best practice Compliance Management erfolgt. So wie der CFO der Ansprechpartner des Audit Committee ist, wären die Chefjuristin und/oder der Chief Compliance Officer Ansprechpartner des Compliance Committee. Aber auch die operativen Stellen, insbesondere der CEO und seine direkten Untergebenen könnten und sollten wohl dem Compliance-Committee Rechenschaft ablegen und interne und externe Revisoren müssten periodisch an den Sitzungen teilnehmen.

Wenn es sowohl einen praktizierenden Juristen im Verwaltungsrat als auch eine Chefjuristin im Unternehmen hat, so entsteht ein Spannungsfeld. Grundsätzlich sollte gelten, dass das Mitglied des Verwaltungsrates im Rahmen der Sitzungen den Verwaltungsrat, die Chefjuristin hingegen den Verwaltungsrat (soweit er nicht durch den externen Juristen beraten ist), den CEO, die Geschäfts-

leitung und alle operativen Bereiche berät. Der externe Jurist im Verwaltungsrat trägt in seinem Einflussbereich die Verantwortung für eine in erhöhtem Masse sorgfältige Beratung, die im Verwaltungsratsprotokoll dokumentiert wird. Die Chefjuristin trägt dagegen die Verantwortung für (ordentlich) sorgfältige Beratung der Unternehmensleitung, der Divisionen und Ländergesellschaften.

Die Chefjuristin ist die Verantwortliche für alle Rechtsfragen in der operativen Geschäftsführung. Sie leitet die Rechtsabteilung und – in abnehmender Häufigkeit²⁹ – oft auch die Compliance-Abteilung. Sie trägt die Verantwortung für die Wirksamkeit des Rechtsdienstes. In Zweifelsfällen und bei einem Konflikt zwischen der Rechts- und der Compliance-Funktion ist sie verpflichtet, die Zustimmung ihres Vorgesetzten einzuholen (wobei für den Vorgesetzten hier wohl das amerikanische Sprichwort gelten muss «in doubt leave out»).

Die Chefjuristin soll, wie unten in Ziffer 3 erläutert wird, aus Gründen der Unabhängigkeit dem Verwaltungsratspräsidenten und gleichzeitig dem CEO, dem Sie unterstellt ist, berichten. Dies kann zu einer unangenehmen Situation führen, wenn die beiden Vorgesetzten nicht am gleichen Strang ziehen. Der CEO schätzt es in der Regel nicht, wenn schlechte Botschaften, die er dem Verwaltungsratspräsidenten überbringen muss, diesem schon bekannt sind, weil ihm die Chefjuristin zuvorgekommen ist. Im Grunde genommen müssen alle Beteiligten das nötige Fingerspitzengefühl besitzen, damit hier keine Schwelbrände entstehen.

Die Chefjuristin sollte, um ihre Verantwortung wahrnehmen zu können, als Beraterin an den Sitzungen des Verwaltungsrats teilnehmen und ihre Meinung einbringen. Es macht auch Sinn, wenn sich der Jurist im Verwaltungsrat und die Chefjuristin im Sinne guter Checks and Balances regelmässig besprechen.

Der externe Jurist im Verwaltungsrat ist dem Management und damit auch der Chefjuristin hierarchisch übergeordnet. Er könnte die Chefjuristin dazu zwingen, wichtige Mandate nur oder überwiegend an seine Kanzlei zu erteilen. Das wäre aber nicht im Sinne des Unternehmens, denn die Chefjuristin hat die Aufgabe, die Anwaltsmandate ausschliesslich nach sachlichen Kriterien zu erteilen und allenfalls auch bestehende Mandate zu übertragen. Daher sollte gelten, dass der Jurist im Verwaltungsrat sich nicht in die operative Führung des Rechtsdienstes einmischet und sich auf die Oberleitung und Aufsicht über das Unternehmen konzentriert. Mandate des Gesamt-Verwaltungsrates an Verwaltungsrats-Mitglieder sind hingegen zulässig. Da es hier ja oft um wichtige Fragen des Unternehmens geht, sollte die Chef-

²⁹ Laurence Simons Compliance Market Trend Report 2011/2012, London 2012, S. 5.

juristin eine Zweitmeinung abgeben können oder in das externe Juristen-Team eingebunden werden.

Erstes Governance Prinzip der Rechtsfunktion:

Der Gesamt-Verwaltungsrat überwacht die Wirksamkeit des Rechtsdienstes und trifft die erforderlichen Massnahmen. Nicht-exekutive Juristen im Verwaltungsrat nehmen grundsätzlich nur Mandate auf Verwaltungsratsebene an und greifen nicht in die operative Leitung des Rechtsdienstes ein. Exekutive Juristen im Verwaltungsrat erstatten dem Gesamt-Verwaltungsrat regelmässig Bericht über Inhalt und Wirksamkeit ihrer operativen Tätigkeit.

2. The place at the table

Zusammen mit der juristischen Begleitung von Transaktionen ist es die prioritäre Aufgabe der Chefjuristin und ihrer Mitarbeiter, das Management in der Einhaltung der Gesetze und internen Normen zu unterstützen. Die Chefjuristin wird versuchen, Gesetzesverstöße und dadurch drohende Vermögens- und Reputationsschäden präventiv zu vermeiden. Dieses vorausschauende Risikomanagement nach dem Grundsatz «gouverner c'est prévoir» kann die Chefjuristin aber nur dann wirksam erfüllen, wenn sie frühzeitig in die wichtigen Entscheidungsprozesse des Unternehmens eingebunden ist, also «a place at the table» von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hat. Wenn die Chefjuristin nur fallweise von den Entscheidungsträgern beigezogen wird, fehlt ihr entscheidendes Wissen und die Gesamtsicht, um ihre Aufgabe wirkungsvoll erfüllen zu können. Wenn die oberste Unternehmensleitung durch einen teilweisen Ausschluss der Chefjuristin auf präventive Rechtsberatung verzichtet oder dem Rechtsdienst gar falsche Prioritäten setzt (wenn beispielsweise Kreditausstände wichtiger sind als das Erkennen und Vermeiden von wettbewerbsrechtlichen Risiken), dann nimmt sie im besten Fall Leerlauf und im schlechtesten Falle Gesetzesverstöße und erhöhte Vermögens- und Reputations-Risiken in Kauf. Eine solche rechtliche Unternehmensführung «va banque» ist schlechte Governance. Deshalb sollten Unternehmen ihren Chefjuristen, namentlich auf Holding-, Divisions- und Länderstufe, den Platz am Tisch von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gewähren und sie in die Verantwortung einbinden. Alle wichtigen Entscheide im Unternehmen sind demnach systematisch unter Einbezug und in Anwesenheit der Chefjuristin zu fällen. Sie hat unter anderem auch die Aufgabe, bei drohenden rechtlichen Fehlentscheiden und möglichen Gesetzesverstößen zeitnah zu intervenieren und Alternativen vorzuschlagen oder – wenn solche Alternativen undenkbar oder nicht praktikabel sind – die Rückweisung des Geschäftes zu empfehlen. In der Regel folgt die Unternehmensleitung dem Ratschlag der Chefjuristin. Sollte im Ausnahmefall gegen die Chefjuristin entschieden werden, so muss sie als Wächterin des Unternehmens («guardian to the

company», wie Ben Heineman, früherer Chefjurist von General Electric, diese Funktion umschreibt³⁰) ihre Bedenken im Sitzungsprotokoll vermerken lassen. Tut sie dies nicht, setzt sie sich potentiell einem qualifizierten Schuldvorwurf aus.

Die Chefjuristin muss also einen Platz am Tisch von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung haben und vor wichtigen Entscheiden gleichberechtigt einbezogen und bei der Entscheidungsfindung (zumindest) angehört werden. Dasselbe gilt bei Divisionen, grossen Länderorganisationen und wichtigen Konzernstellen mit Bezug auf deren Chefjuristen. Die Chefjuristin verfügt mit diesem Einbezug über Rang und Ansehen, welche es ihr erlauben, in einem Umfeld von äusserst ehrgeizigen und starken Persönlichkeiten dem Recht in allen Situationen Nachachtung zu verschaffen. Besonders wichtig ist, dass auch die Chefjuristen auf Divisions- und Länderebene in die Geschäftsleitung integriert sind. Gerade bei möglichen Wettbewerbsverstößen und Bestechung sind die Divisions- und Länderjuristen aufgrund ihrer Nähe zum Geschäft die wichtigsten Hüter der Gesetzestreue und können oft viel mehr bewirken als die Chefjuristin im Elfenbeinturm der Zentrale. Wenn nun aber die Chefjuristen nicht vollwertige Mitglieder der Geschäftsleitung sind, so sollen sie zumindest an allen wichtigen Sitzungen anwesend sein und mit beratender Stimme an den Entscheidungen mitwirken³¹.

Der ökonomische Wert der Integration der Chefjuristen auf Konzern-, Divisions- und Länderebene in die Geschäftsleitung ist empirisch leicht zu führen, wenn an die Serie von Beinahe-Untergängen von Finanzdienstleistern und die Sanktionen gegen Unternehmen aus dem übrigen Dienstleistungssektor, dem Pharmasektor und der Industrie gedacht wird. Die Schäden schlechter Governance und einer falsch verstandenen Handlungsfreiheit des Managements in Rechtsfragen sind mittel- bis langfristig gross. Eine sorgfältige Unternehmensführung verlangt deshalb, dass die Chefjuristen auf Konzern-, Divisions- und Länderstufe in das oberste Management gleichberechtigt einzubeziehen und in die Entscheidungsprozesse und die Verantwortung integral und systematisch einzubinden sind. Wer der Meinung ist, dass die damit verbundenen Compliance-Kosten hoch seien, der möge die Kosten von non-compliance bedenken.

³⁰ BEN W. HEINEMAN JR., High Performance with High Integrity, Boston 2008, S. 9ff.

³¹ Wenn es um die Schaffung einer Chefjuristen-Stelle auf Ebene der Geschäftsleitung geht, wird gelegentlich von Mitgliedern des obersten Managements die Kritik geäussert, dass die aktuelle Chefjuristin nicht die «Statur» hätte, Mitglied des obersten Managements zu sein. Falls dem so wäre, gälte es, die personelle Situation den Anforderungen des Amtes anzupassen, also Coaching und Unterstützung zu veranlassen oder intern, eventuell extern, eine neue Chefjuristin zu rekrutieren. Keinesfalls aber darf schlechte Governance mit dem Argument gerechtfertigt werden, die aktuelle Chefjuristin verfüge nicht über die Qualifikationen eines Geschäftsleitungsmitglieds.

Zweites Governance-Prinzip der Rechtsfunktion:

Die Leiter der Rechtsdienste auf Konzern-, Divisions- und Länderstufe sind in aller Regel Mitglied der jeweiligen Geschäftsleitung. Sie sind in die für den Konzern, die Division und die Ländergesellschaft wichtigen Entscheidungsprozesse systematisch einbezogen, entscheiden mit und tragen volle Verantwortung.

3. Unabhängigkeit der Rechtsfunktion

Die Aufgabe der Chefjuristin ist eine Besondere: Einerseits sitzt sie am Tisch der Geschäftsleitung und ist Business Partner. Diese Rolle ist die alltägliche und prägt das Berufsbild. Auf der anderen Seite ist sie aber auch eine Wächterin der Interessen der Gesellschaft und muss vielleicht einmal, zweimal pro Jahr die Interessen der Gesellschaft gegen die Auffassung des CEO und allenfalls weiterer Mitglieder der Geschäftsleitung vertreten. Diese duale Rolle verlangt, dass die Chefjuristin eine adäquate strukturelle Unabhängigkeit genießt. Wo ihre Beratung nicht oder nur dem Anschein nach entgegengenommen wird, bleibt ihr bei fehlender struktureller Unabhängigkeit im Konfliktfall nur die Wahl zwischen Komplizentum oder Kündigung. Da weder für die Unternehmung noch für die Chefjuristin die Kündigung eine akzeptable Option ist, sind adäquate Massnahmen zur Gewährleistung struktureller Unabhängigkeit unerlässlich.

Die Unabhängigkeit von leitenden Angestellten der Bereiche Recht, Compliance, Audit und Risikomanagement ist ein Ergebnis betriebsorganisatorischer und arbeitsrechtlicher Massnahmen im Zusammenwirken mit der Kultur des Unternehmens. Die betriebsorganisatorischen Massnahmen betreffen die Berichtslinien und Ressourcen. Die Chefjuristin sollte neben der operativen Berichterstattung an den CEO eine strategische Berichtslinie an den Verwaltungsrat haben (entweder an seinen Präsidenten oder an das Audit Committee). Diese zweite Berichtslinie erlaubt es ihr im Konfliktfall, eine höhere Instanz anzurufen. Der Wert der zweiten Berichtslinie liegt aber primär in der Vorwirkung, indem die Geschäftsleitung weiss, dass die Leiterin des Rechtsdienstes auch direkte Verantwortung gegenüber dem Verwaltungsrat trägt (wie beispielsweise der CFO gegenüber dem Audit Committee). Eine weitere wichtige organisatorische Massnahme ist die Ausstattung der Rechtsfunktion mit adäquaten Ressourcen, Zugang zu Infrastruktur und internen Kompetenzen. Ein chronisch unterdotierter Rechtsdienst mit ungenügenden internen Kompetenzen ist zu schwach, um unabhängig zu sein. Unabhängigkeit setzt Handlungsmacht und Handlungskraft voraus.

Die arbeitsrechtliche Seite der Unabhängigkeit betrifft das Pflichtenheft, die Anstellung und Kündigung sowie die Salarierung. Das Pflichtenheft der Chefjuristin soll die duale Rolle explizit darlegen und die Erwartungen

der Unternehmung an die Inhaberin des Amtes präzise umschreiben. Sodann bedürfen die Anstellung und Kündigung der Chefjuristin der Genehmigung des Verwaltungsratspräsidenten. Nicht zuletzt ist aber eine offene Unternehmenskultur, welche konstruktiven Widerspruch fördert, ja verlangt, ausschlaggebend dafür, dass Bedenken überhaupt geäussert werden. Eine erstklassige Chefjuristin in einer gut organisierten Unternehmung kann in einer soldatischen und stark zahlengetriebenen Kultur nur mässig wirksam sein. Trotzdem sind die strukturellen Massnahmen unerlässlich und stellen ein absolutes Minimum guter Governance dar.

Drittes Governance-Prinzip der Rechtsfunktion:

Die Chefjuristin ist Business Partnerin und eine Wächterin der Interessen der Gesellschaft. Sie erstattet dem CEO und – in Angelegenheiten von strategischer Bedeutung – dem Präsidenten des Verwaltungsrates Bericht. Der Präsident des Verwaltungsrates genehmigt ihre Anstellung und Kündigung.

Viertes Governance-Prinzip der Rechtsfunktion:

Der Rechtsdienst verfügt über ausreichende Mittel und interne Kompetenzen, um die Aufgaben gemäss Pflichtenheft zu erfüllen. Der Verwaltungsrat überprüft und protokolliert dies jährlich.

4. Salarierung

Die Salarierung der Chefjuristin soll die Verantwortung der Funktion im Unternehmen widerspiegeln und ihre Unabhängigkeit stärken. Auch die weiteren Juristen im Unternehmen sollen ein Salär erhalten, das ihrer Aufgabe und Verantwortung entspricht und ihnen eine angemessene finanzielle Unabhängigkeit gewährt.

Die Chefjuristin ist als Geschäftsleitungsmitglied grundsätzlich in Übereinstimmung mit den übrigen Funktionen der Geschäftsleitung zu entlohnen. Als Referenzwerte bieten sich die Saläre des Leiters Human Resources und des Finanzchefs an. Um aber auch der Rolle als Wächterin der Unternehmensinteressen Rechnung zu tragen, sollte die Salarierung entweder ganz auf erfolgsabhängige Komponenten (Boni, Optionen) verzichten oder die Erfolgsabhängigkeit nicht von Finanzkennzahlen abhängig sein.

Die Überlegung, die Salarierung der Funktionen, welche für die «Checks and Balances» der Unternehmung wichtig sind, vom Erreichen von Finanzkennzahlen zu entkoppeln, stammt aus den USA: Die Ethics and Compliance Officer Association (ECO) schreibt im Ethics and Compliance Handbook:

«The CEO's [Chief Ethics and Compliance Officer's] salary should be commensurate with his/her responsibilities and qualifications and on par with other senior executives of the organization. It is inappropriate to tie directly the CEO's compensation to financial results

of the organization or particular business units. Rather, consideration should be given to linking the total compensation package to predetermined, nonfinancial performance goals.»³²

Diese Überlegungen sind richtig. Um Interessenkonflikte zu vermeiden, sollte die Entschädigung aller Schlüsselfunktionen der Prüfung und Kontrolle im Unternehmen entweder einem erhöhten Fixsalär oder aber einem adäquaten Basissalär mit nicht-finanzabhängigem Bonus entsprechen. In dem zweiten Fall kommen diverse messbare Boni-Parameter in Frage: die Dienstleistungsqualität und die Konstanz der Rechtsberatung (Auswertung der Kundenzufriedenheit, Personalkonstanz in der Rechtsabteilung), die Höhe der (unabhängig überprüften) rechtlichen Eventualverpflichtungen (also der Barwert der Risiken aus Rechtsstreitigkeiten), die Anzahl hängiger Untersuchungen und Rechtsstreitigkeiten (letztere ab einem gewissen Streitwert) etc. Dagegen sollten reine Prozesserverfolge keine Boni-Parameter sein, getreu nach dem zentralen Grundsatz der Entscheidungstheorie «if you manage to results, you create chaos».

Fünftes Governance-Prinzip der Rechtsfunktion:

Mitarbeiter mit Kontrollfunktion (Recht, Compliance, Internal Audit, Technical Audit, Risk Management) beziehen zur Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit ein der Verantwortung des Amtes entsprechendes erhöhtes Fixsalär oder ein adäquates Basissalär und einen Bonus, der sich nicht am Finanzergebnis orientiert.

IV. Wichtige Themen im Kontext

1. Recht und Compliance – Getrennt oder unter einem Dach?

Eine Frage, welche die Autoren dieses Beitrags unterschiedlich beantworten, ist diejenige, ob die Rechtsabteilung und die Compliance-Abteilung unter der gemeinsamen Leitung der Chefjuristin sein sollen oder ob der Chief Compliance Officer direkt dem CEO und dem Verwaltungsrat berichten soll.

Nach der einen Ansicht³³ (Verbindung der Funktionen) gibt es für beide Varianten analoge Fragen im Finanzwesen. In der Regel ist es zwar üblich, dass der Leiter des Internal Audit direkt dem Verwaltungsratspräsidenten oder dem Audit Committee des Verwaltungsrates untersteht. Es ist nicht der Chief Financial Officer, es ist nicht einmal der CEO, dem der Leiter des Internal Audits zugeteilt und berichterstattungspflichtig ist, sondern das höchste Organ selbst. Nähme man dies nun als Benchmark, so müsste der Chief Compliance Officer di-

rekt mindestens dem CEO, vielleicht sogar dem Verwaltungsratspräsidenten oder einem Compliance Committee bzw. dem Audit Committee berichten. Andererseits ist es Aufgabe der Chefjuristin, generell dafür zu sorgen, dass alle Transaktionen in der Unternehmung legal sind. Führt man eine Trennung zwischen der Rechtsabteilung, die Transaktionen und Strukturen rechtlich korrekt aufbaut, und der Compliance-Abteilung, die auch die Transaktionen und Strukturen kontrolliert, ein, so ist man potentiell redundant, weil jede Beratung zweimal erfolgt, und verwirrt unter Umständen interne Klienten. Ein permanenter Streit (meistens wohl unter Juristen) bis zur Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat ist möglich und die Verantwortung wird zweigeteilt, was immer die Folge hat, dass sich am Schluss niemand verantwortlich fühlt. Und wer entscheidet im Streitfall? Im Gegensatz zu der Organisation bei den Finanzen geht es sowohl bei der Transaktions- als auch bei der Compliance-Beratung eigentlich um dasselbe. So hat eine Organisation, in der die gleiche Person als Chefjuristin sowohl die Rechts- als auch die Compliance-Abteilung leitet und selbst gegenüber Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung die volle Verantwortung übernimmt, grosse Vorteile. Ein positiver Nebeneffekt ist, dass die Juristen sowohl Transaktions- als auch Compliance-Aufgaben übernehmen können, was ihre Erfahrung in der Praxis des Unternehmensrechts steigert und auch die Arbeit interessanter macht.

Die andere Sichtweise³⁴ (Trennung der Funktionen) ist die, dass die Rechtsfunktion in ihrer Natur eine andere ist als die Compliance-Funktion. Die Unternehmensjuristen sind überwiegend Business Partner mit der gelegentlichen Pflicht, einzuschreiten, wenn Gesetzesverstöße drohen. Die Compliance Mitarbeiter, die aus den Bereichen Recht, Verkauf, HR, Audit, IT etc. stammen, sind ganz überwiegend mit internen Prozessen, Schulungs-, Prüfungs-, Assistenz- und Kontrollaufgaben befasst. Die rasante Professionalisierung der Compliance-Funktion in den letzten Jahren hat zudem zur Folge, dass man Compliance nicht «ein bisschen nebenbei» betreiben kann³⁵. Wirksames Compliance Management erfordert professionelle Strukturen, Prozesse und kompetentes und geschultes Personal (manchmal lieber keine Juristen, sondern erfahrene Leute von der Front). Dies wiederum ruft nach adäquaten Ressourcen (mehr als die heute durchschnittlich aufgewendeten 0,05 % des Umsatzes³⁶) und ebenfalls nach einer massgeschneiderten Governance der Compliance-Funktion.

Die Unternehmensjuristen, die zugleich Compliance Officer sind, kämpfen oft mit einer aussergewöhnlich

³⁴ Daniel Lucien Bühr.

³⁵ AMY E. HUTCHENS, *Wearing Two Hats – In-house Counsel and Compliance Officer*, ACC Docket, The Journal of the Association of Corporate Counsel, Washington D.C., November 2011, S. 67 ff.

³⁶ Laurence Simons *Compliance Market Trend Report* (FN 29), S. 14.

³² The Ethics and Compliance Handbook, Ethics and Compliance Officer Association Foundation, Waltham, USA 2008, S. 41.

³³ Herbert Wohlmann.

starken beruflichen Belastung. Eine Umfrage unter amerikanischen Unternehmensjuristen im Oktober 2011 ergab, dass Chefjuristen, die gleichzeitig die Compliance-Funktion leiten, pro Quartal während circa 15 Minuten dem Verwaltungsrat zu Compliance-Themen Bericht erstatten³⁷. Hinzu kommt, dass die Chefjuristin sich nicht selber überwachen sollte. Die Compliance-Funktion überprüft alle Vorgänge im Unternehmen und damit auch Geschäfte, welche die Rechtsabteilung als unbedenklich einstuft. Ohne unabhängige Compliance ist dies nicht möglich. So empfiehlt beispielsweise das budgetmässig wichtigste U.S. Bundesdepartement, das U.S. Department of Health and Human Services: «Free standing compliance functions help to ensure independent and objective legal reviews and financial analyses [...]. By separating the compliance function from the key management positions of general counsel [...], a system of checks and balances is established to more effectively achieve the goals of the compliance program.»³⁸ Die Funktionen Recht und Compliance sollten aus diesen Gründen getrennt werden.

2. Berufsregeln und Berufsgeheimnis

In der Schweiz gibt es keine Berufsregeln und kein Berufsgeheimnis für Unternehmensanwälte. Entsprechende Vorstösse des Parlaments sind von der Bundesverwaltung (bisher) nicht weiter verfolgt worden³⁹. Dies ist sachlich nicht zu rechtfertigen, denn Unternehmensanwälte haben oft die gleiche Ausbildung wie externe Rechtsanwälte und erfüllen bei der Anwendung des Rechts eine genauso wichtige Rolle im Dienste der Gesellschaft wie externe Rechtsanwälte. In den USA, wo das Attorney-Client Privilege der Unternehmensanwälte im Grundsatz unbestritten ist, hat man dies schon vor Jahrzehnten anerkannt. Wenn man die Rechtsdurchsetzung in Unternehmen ernst nimmt, dann muss die Position der Unternehmensanwälte gestärkt werden. Dafür wären ein Unternehmensanwaltsgesetz mit Standesregeln sowie eine Standesorganisation, die ein zentrales Anwaltsregister führt, geeignete Instrumente. Unternehmensanwälte sind Vertrauenspersonen ihrer internen Klienten und die interne Korrespondenz zwischen Un-

ternehmensanwalt und Klient sowie die Arbeitsergebnisse müssen geschützt sein, wenn man eine Kultur des Vertrauens und der Offenheit in Rechtsangelegenheiten im Unternehmen fördern will.

3. Melde- und Dokumentationspflichten

Die Schweizer Rechtsordnung kennt diverse spezifische Melde- und Dokumentationspflichten von Unternehmen⁴⁰. Eine allgemeine Pflicht, vermutete oder bestätigte Gesetzesverstösse zu melden, besteht nicht. Eine solche Pflicht sollte auch nicht eingeführt werden, da sich Unternehmen und ihre Mitarbeiter auf der Basis unserer grundrechtlichen Prinzipien nicht selber anzeigen und beschuldigen müssen. Meldepflichten sollen die gesetzlich geregelte Ausnahme bleiben. Hingegen wird befürwortet, dass insbesondere die Chefjuristin ihre Beratung dokumentiert und festhält, ob ihre rechtliche Beurteilung und ihre Beratung angenommen und umgesetzt werden. Dies ist, wie jüngst das fünfjährige Verfahren der US-amerikanischen Börsenaufsicht (SEC) gegen den früheren Chefjuristen des Brokers-Dealers Ferris, Baker Watts Inc. in den USA gezeigt hat⁴¹, nicht nur aus Gründen einer gerechten Verantwortlichkeitsteilung im Unternehmen unabdingbar, sondern auch zum Selbstschutz der Chefjuristin.

V. Praktische Umsetzung der Governance Prinzipien

Bis jetzt wurde dargestellt, wie die Rechtsfunktion im Unternehmen in ihren tragenden Elementen ausgestaltet sein sollte, damit die Ziele guter Governance erreicht werden können (wobei durchaus eine Bandbreite an Möglichkeiten der Umsetzung besteht, die der Individualität des Unternehmens Rechnung trägt). Nun ist aber noch die Frage offen, ob und wo allenfalls solche Governance- und Organisationsprinzipien untergebracht und schriftlich formuliert werden sollen. Vorab: Nicht alles muss schriftlich fixiert werden. Für die Berichtslinien, die Grundsätze des Pflichtenhefts der Rechts- und der Compliance-Funktion, die Teilnahme an strategisch und operativ wichtigen Sitzungen und die Grundsätze der Salarierung ist aber das Organisationreglement der richtige Ort. Es empfiehlt sich jedenfalls im Sinne sorgfältiger Führung, nicht zuzuwarten, bis eine Regelung der Kontrollfunktionen unternehmensübergreifend im

³⁷ MAGGY BACINELLI, Working in Both Legal and Compliance Functions, ACC Docket, The Journal of the Association of Corporate Counsel, Washington D.C., January/February 2012, S. 86.

³⁸ U.S. Department of Health and Human Services, OIG Compliance program Guidance for Hospitals, US Federal Register, Vol. 63, No. 35, Feb. 23, 1998, 8987 bis 8993, Fussnote 35.

³⁹ Auf Basis der Motion vom 19.6.2007 der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen mit dem Titel «Pflichten und Rechte von rechtsberatend oder forensisch tätigen Angestellten. Gleichstellung mit freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten» erarbeitete das Justizdepartement einen Vorentwurf zu einem Unternehmensjuristengesetz. Nach erfolgter Vernehmlassung entschied der Bundesrat am 4.6.2010, dem Parlament keine Botschaft zu unterbreiten und die Abschreibung der Motion zu beantragen. Die Räte haben über den Antrag noch nicht Beschluss gefasst.

⁴⁰ Meldepflichten bestehen nach dem Gesetz gegen die Geldwäsche, dem Finanzmarktaufsichtsgesetz, dem Bankengesetz, dem Börsengesetz, dem Kartellgesetz etc.

⁴¹ SEC vs. Theodore Urban, 26. Januar 2012. Theodore Urban wurde, obwohl er eine interne Untersuchung gegen einen fehlbaren Mitarbeiter gegen den Willen des Managements durchgesetzt hat, von der SEC vorgeworfen, er hätte in seiner Überwachungsrolle versagt («failed as a supervisor»).

Swiss Code of Best Practice oder in der SIX Richtlinie Corporate Governance Eingang gefunden hat.

Eine Frage sollte auf jeden Fall explizit adressiert werden, nämlich diejenige des Widerspruchsrechts, ja der Widerspruchspflicht der Chefjuristin und/oder des Chief Compliance Officer, insbesondere der Pflicht, Differenzen im Sinne sorgfältiger Unternehmensführung zu Protokoll zu geben. Wenn es gelingt, diese Pflicht im Regelwerk der Unternehmen festzuhalten, so dürfte auch für die zukünftige rechtspolitische Diskussion der praktische Beweis erbracht sein, dass die Unabhängigkeit der Unternehmensjuristen nicht geringer ist als die des externen Rechtsanwalts, und dass sie, genauso wie Rechtsanwältinnen, eine zentrale rechtsstaatliche Funktion erfüllen. Dann wäre der Weg für ein Anwaltsgeheimnis für Unternehmensanwältinnen geebnet, was wiederum die Rechtsfunktion im und den nachhaltigen Erfolg der Unternehmen in der Schweiz stärken würde. Eine klassische Win-win-Situation.

zogen, entscheiden mit und tragen volle Verantwortung.

3. *Die Chefjuristin ist Business Partnerin und eine Wächterin der Interessen der Gesellschaft. Sie erstattet dem CEO und – in Angelegenheiten von strategischer Bedeutung – dem Präsidenten des Verwaltungsrates Bericht. Der Präsident des Verwaltungsrates genehmigt ihre Anstellung und Kündigung.*
4. *Der Rechtsdienst verfügt über ausreichende Mittel und interne Kompetenzen, um die Aufgaben gemäss Pflichtenheft zu erfüllen. Der Verwaltungsrat überprüft und protokolliert dies jährlich.*
5. *Mitarbeiter mit Kontrollfunktion (Recht, Compliance, Internal Audit, Technical Audit, Risk Management) beziehen zur Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit ein der Verantwortung des Amtes entsprechendes erhöhtes Fixsalär oder ein adäquates Basissalär und einen Bonus, der sich nicht am Finanzergebnis orientiert.*

VI. Zusammenfassung: Die Governance der Rechtsfunktion im Unternehmen

Sorgfältige Unternehmensführung verlangt vom Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung, dass die Rechtsfunktion nach Best-Practice-Prinzipien ausgestaltet und ausgestattet ist. Der Rechtsfunktion kommt für mittlere und grosse Unternehmen im operativen Bereich eine grosse Bedeutung zu. Im Hinblick auf kommende Regulierungswellen und verstärkte internationale Rechtsdurchsetzung können die bevorstehenden rechtlichen Herausforderungen der Unternehmen nicht unterschätzt werden. Hinzu kommt, dass der Rechtsfunktion eine Kontrollaufgabe zugeordnet ist, die im integralen «Checks and Balances» System der Unternehmen eine zentrale Rolle spielt.

Zur Meisterung der künftigen rechtlichen Herausforderungen in grösseren börsenkotierten Unternehmen wird die Umsetzung folgender Corporate Governance Prinzipien empfohlen:

1. *Der Gesamt-Verwaltungsrat überwacht die Wirksamkeit des Rechtsdienstes und trifft die erforderlichen Massnahmen. Nicht-exekutive Juristen im Verwaltungsrat nehmen grundsätzlich nur Mandate auf Verwaltungsratsebene an und greifen nicht in die operative Leitung des Rechtsdienstes ein. Exekutive Juristen im Verwaltungsrat erstatten dem Gesamt-Verwaltungsrat regelmässig Bericht über Inhalt und Wirksamkeit ihrer operativen Tätigkeit.*
2. *Die Leiter der Rechtsdienste auf Konzern-, Divisions- und Länderstufe sind in aller Regel Mitglied der jeweiligen Geschäftsleitung. Sie sind in die für den Konzern, die Division und die Ländergesellschaft wichtigen Entscheidungsprozesse systematisch einbe-*