

Corporate Governance bei Finanzdienstleistern

Corporate Governance ist nicht nur ein schillernder Begriff, sondern beinhaltet auch heftig geführte Diskussionen über Geschäftsführungsorganisation, Kontrollinstrumente, Saläre und Doppelmandate. Sie gilt für Finanzinstitute genauso wie für andere (vorwiegend Publikums-) Gesellschaften, indessen bringt die Finanzmarktregulierung zusätzliche Themen ein.



*Von Prof. Dr. Peter Nobel
Professor an den Universitäten Zürich und St. Gallen
Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich*

Alle reden von Corporate Governance – What is it?

Definition

Corporate Governance thematisiert die Steuerung und Leitung korporativer, d.h. mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteter Verbände oder Institutionen. «Corporate» lässt sich von «corpus», Körper, herleiten und «Governance» kommt von «gubernare» und dieses wiederum vom griechischen «kybernetes», dem Steuermann. Begriffsdefinitionen gibt es viele; erwähnt sei hier nur diejenige aus dem Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) von 2002:

«Corporate Governance ist die auf 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.»

Zwei Kulturen

Unter dem Begriff der Corporate Governance stossen im wesentlichen zwei Kulturen aufeinander; zum einen die *angloamerikanische*, wonach die Corporation und die Manager als eine Art personifizierter Trust gesehen werden und die Treuepflichten den Aktionären als wirtschaftliche Eigentümer geschuldet sind. Theoretisch wird hier das Shareholder-Value-orientierte Principal-Agent-Modell zugrundegelegt, das dann aber doch zur Institution als «Bündel von Verträgen» mit verschiedenen Stakeholdern ausgeweitet wird. Die *europäische* Kultur dagegen interpretiert die selbständige juristische Person vorab als Träger eines Unternehmens als soziale Wesenheit; die

Treuepflichten sind auf das Unternehmen als Ganzes und seine Beteiligten ausgerichtet.

Corporate-Governance-Diskussion

Agency-Problem oder der Versuch, die Manager zurückzubinden

Die Corporate-Governance-Diskussion konzentriert sich zur Hauptsache auf *Publikumsgesellschaften*, bei denen Eigentum und Geschäftsleitung auseinanderfallen. Basis bildet – wie gesagt – die sog. *Agency*, die Tatsache, dass die Aktionäre als Eigentümer (Principals) die Geschäftsführung an Agents (Verwaltungsräte und Geschäftsleitung) delegiert haben. Der Agent arbeitet folglich mit fremdem Geld; seine Interessen brauchen nicht zwingend mit denjenigen der Eigentümer identisch zu sein. Das monierten 1932 bereits die Amerikaner Berle/Means in ihrem epochalen Standardwerk «Private property and the modern corporation»:

«Finally, in the corporate system, the owner of industrial wealth is left with a mere symbol of ownership while the power, the responsibility and the substance which have been an integral part of ownership in the past are being transferred to a separate group in whose hands lies control.»

Darob wurde schon früh und nachhaltig nach einer *fairen Behandlung des Aktionärs* gerufen: «For protection the stockholder has only a set of expectations that the men who compose the management and control will deal fairly with his interest» (Bearle/Means, S. 188). Christoph Blocher warnte anlässlich der Aktienrechtsreform zur Vergütungstransparenz im Nationalrat sogar mit folgendem Bonmot: «Man muss das Eigentum nicht nur vor den Einbrechern, sondern auch vor den Eliten schützen» (Amtl. Bull. NR, 11. März 2002, S. 182).

Corporate Governance hat daher die Aufgabe, die in dieser Interessenkonstellation keimenden Konflikte zu mindern, um die Eigentümer zu schützen. Da wurde Alfred Rappaports Wort von «creating shareholder value» gerne vernommen.

Neuere Themen der Corporate-Governance-Diskussion – Was bleibt und wirkt

In neuerer und neuster Zeit ist jedenfalls *Transparenz* in bezug auf Klarheit der Organisationsstrukturen eine wichtige Grundlage der globalen Corporate-Governance-Diskussion. In diesem Sinn liefert sie ein fruchtbares Thema zur Unternehmensorganisation.

Der vielfach entbrannte Streit um zu hohe *Entschädigungen* ist vom Gesetzgeber auch bereits aufgenommen worden, und zwar mit der umfassenden Transparenzpflicht im Aktienrecht (Art. 663bbis OR) und neuerdings sogar mit neuen GV-Kompetenzen im bundesrätlichen Entwurf zur Revision des Aktienrechts vom Dezember 2007 (Art. 627 Ziff. 4).

Parallel dazu wird allenthalben auch nach *Ethik* gerufen, namentlich, wenn es um eine gesamtgesellschaftliche Verteilung der erwirtschafteten Werte geht. Der Buchstabe des Gesetzes dürfte hier freilich wenig innovativ wirken – einmal abgesehen von Art. 717 OR mit seiner stetigen Forderung des Handelns nach Treu und Glauben im Gesellschaftsinteresse.

Etwas hilflos ist das Recht auch gegenüber *Reputationsfragen*, wenn es sich nicht nach vorne orientiert und sich abzeichnende Entwicklungen ins Kalkül einbezieht.

Schliesslich versucht das Recht zunehmend auch, die Wahrscheinlichkeit von unerwünschten Ereignissen, d.h. Risiken, mittels Verhaltensvorschriften zu beeinflussen. Die Frage, wieweit die Minderheit die Risiken sie betreffender Entscheide der Mehrheit tragen muss, evoziert die Frage nach dem *Schutz der Shareholder*: «How do the suppliers of finance get managers to return some of the profits to them? How do they make sure that managers do not steal the capital they supply or invest it in bad projects?» (Shleifer/Vishny, A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, vol. LII / 2, June 1997, p. 737).

Neuerdings (vgl. Botschaft zur Aktienrechtsreform vom Dezember 2007) wird die Corporate-Governance-Diskussion aber auch von *technischen Innovationen* getrieben, wie etwa der Nutzung elektronischer Kommunika-

tionsmittel bei der Vorbereitung und Durchführung von Generalversammlungen, um die aktive Teilnahme der Aktionäre zu fördern.

Auf der Basis dieser Diskussions-themen sind allein europaweit über 35 Corporate-Governance-Kodizes konzipiert worden; daneben gibt es unzählige Quellen von Soft Law und Standards. Auch die Schweiz hat 2002 den Swiss Code of Best Practice geschaffen, der 2007 noch mit einem neuen Anhang 1 zu den Entschädigungsfragen ergänzt worden ist.

Corporate Governance bei Banken im besonderen

Bankenregulierung lässt sich letztlich auch mit den Agency-Themen erfassen, entstehend aus einer Trennung zwischen Bankaufsicht und Bankmanagement. Diesfalls hat sich die Regulierung mit mangelnder Effizienz sowie Eigennutz und missbräuchlichem Verhalten der Manager zu befassen, welche die Existenz und Entwicklungsfähigkeit einer Bank und das Wohl der Stakeholder (besonders der Gläubiger) sowie der Aktionäre gefährden und das Systemrisiko erhöhen können.

Die Corporate Governance bei Finanzinstituten stützt sich im wesentlichen auf drei Pfeiler: (1) die Dokumente des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, (2) das Bankengesetz sowie (3) das Rundschreiben 06/6 der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK).

Die Basler Grundsätze zur Verbesserung der Unternehmensführung in Banken (Februar 2006)

Banken als Finanzinstitute haben eine volkswirtschaftlich wichtige Aufgabe zu erfüllen. Sie sind daher in besonderem Masse anfällig auf Störungen zufolge ineffizienter Unternehmensführung. Ausserdem müssen sie die Einlagensicherung gewährleisten, was für das internationale Finanzsystem so wichtig ist, dass gezielte Vorgaben der Aufsichtsbehörden angebracht sind.

Die Leitlinien des Basler Ausschusses wurden 1999 erstmals veröffentlicht und 2006 zwecks Anpassung an den revidierten Corporate-Governance-Code der OECD überarbeitet. In

acht Prinzipien werden die wichtigsten Bereiche der Corporate Governance von Banken dargelegt; zusammengefasst besagen sie folgendes:

Die Mitglieder des obersten Verwaltungsorgans sollten für ihre Position befähigt sein. Sie müssen die strategischen Ziele der Bank definieren und deren Umsetzung überwachen. Ferner sollten sie klare Verantwortungsbereiche und Rechenschaftspflichten festlegen und durchsetzen. Das oberste Verwaltungsorgan hat sodann sicherzustellen, dass die Geschäftsleitung ihre Aufsichtspflichten im Sinne seiner Grundsätze wahrnimmt. Sowohl das oberste Verwaltungsorgan als auch die Geschäftsleitung sollten wissen und anerkennen, dass unabhängige und qualifizierte Revisoren und interne Kontrollen (etwa Compliance, Legal) unerlässlich sind, und deren Arbeit effektiv nutzen. Im weiteren hat das oberste Verwaltungsorgan sicherzustellen, dass Vergütungsrichtlinien und -praktiken sowohl der Unternehmenskultur als auch den langfristigen Zielen, der Strategie und dem Kontrollumfeld entsprechen. Überhaupt muss die Bank transparent geführt werden. Verwaltungsorgan und Geschäftsleitung müssen mit der operativen Struktur der Bank aber auch dann vertraut sein, wenn sie in Geschäftsfeldern operiert, welche die Transparenz behindern («know your structure»). Die Aufsichtsbehörde hat schliesslich die wichtige Funktion, die Unternehmensführung zu stärken, in dem sie die Umsetzung der genannten Praxisempfehlungen in der Bank überprüft und bewertet.

Die einschlägigen Vorschriften des Bankengesetzes (BankG, SR 952.0)

Art. 3–3h BankG sind den Leitlinien des Basler Ausschusses ähnlich. Kernbegriff ist das Erfordernis der *Gewähr* für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit seitens der mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Bank betrauten Personen. Die Bankinstitute haben sodann eine genügende Organisation aufzuweisen, wobei eine *dualistische Struktur* mit Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einerseits und Geschäftsführung auf der anderen Seite vorgeschrieben wird. Ist eine Bank Teil eines Fi-

nanzkonglomerates, gelten ausserdem qualifizierte Anforderungen in bezug auf die *konsolidierte Aufsicht*. Das Konglomerat muss so organisiert sein, dass namentlich eine umfassende Risikoüberwachung gewährleistet ist. Die Revision als verlängerter Arm der EBK hat eine erweiterte Kontrollfunktion im Sinne von «*financial and regulatory audit*».

Die Revisionsfunktion ist im Bankbereich auch nach der umfassenden Reform der Revisionsvorschriften im OR immer noch stärker als in der übrigen Wirtschaft. Für die Revision der Banken, die Publikumsgesellschaften sind, gilt jetzt aber zusätzlich noch das Revisionsaufsichtsgesetz, modular ergänzt durch das BankG und die bedeutenden Rundschreiben der EBK zur Revision. Seit jeher zum eisernen Bestand gehört schliesslich die *interne Kontrolle*, welche die Geschäftsprozesse sichert und die Compliance, also Einhaltung der einschlägigen Normen, gewährleistet.

Das Rundschreiben der Bankenkommission zur Überwachung und internen Kontrolle (EBK-RS 06/6) vom 27. September 2006

Mit dem Rundschreiben 06/6, welches zum 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, hat die EBK der zurzeit hängigen Aktienrechtsreform vom Dezember 2007, welche u.a. Fragen der Corporate Governance aufnimmt, bereits vorgegriffen. Es wendet sich sowohl dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung, dem Audit Committee als auch der internen Kontrolle und dem Risikomanagement zu.

Der Verwaltungsrat trägt die Verantwortung für die Reglementierung, Einrichtung und Überwachung einer internen Kontrolle. Zur Wahrnehmung seiner Aufgaben muss er qualifizierten, fachlichen Anforderungen genügen und unabhängig sein. Die Geschäftsführung setzt die Vorgaben des Verwaltungsrates zur internen Kontrolle um und kümmert sich um eine geeignete Organisationsstruktur.

Ab einer gewissen Grösse und Komplexität des Instituts ist ausserdem ein *Audit Committee* einzurichten, dessen Mitglieder alle unabhängig sein müssen. Eine unabhängige, in die Ge-

samtorganisation eingegliederte *Compliance-Funktion* unterstützt die Mitarbeiter und die Geschäftsführung bei der Durchsetzung und Überwachung der Normen. Die *Risikokontrolle* überwacht als unabhängige Aufsichtsinstanz laufend Risikopositionen und Risikoprofil des Instituts. Das Rundschreiben trägt der Heterogenität des Finanzplatzes insofern Rechnung, als es nach Grösse und Komplexität der beaufsichtigten Institute differenziert und durch Verwendung einer «*Comply-or-explain*»-Klausel Flexibilität gewährleistet.

Ausblick

Corporate Governance bleibt auf der Agenda. Im Finanzbereich werden die zunehmenden allgemeinen Vorschriften ergänzt und zusätzlich verstärkt. Dabei spielen die «ethischen» Komponenten der Gewähr und der Zwang zur dualistischen Organisation eine wesentliche Rolle. Der Ausbau der Compliance-Anforderungen und die moderne Entwicklung der Revision unterstützen auch die vermehrt risikoorientierte Ausrichtung. Corporate Governance wird zur *Risk Governance*.

Ich danke meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Frau lic. iur. Charlotte M. Baer, für die Betreuung des Textes, der auf einem Vortrag beim FinQ-Event vom 13. November 2007 in Zürich beruht.

www.nobel-hug.ch ●