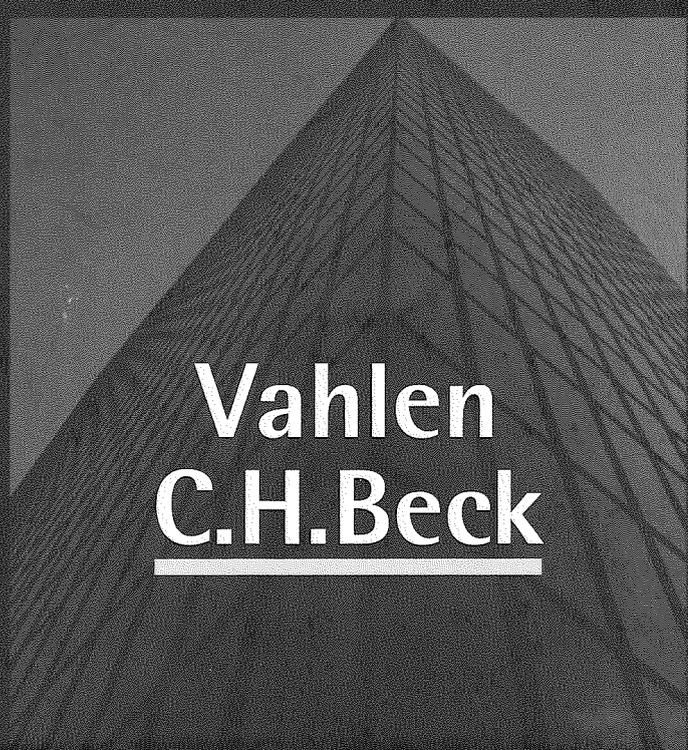


# Handbuch Corporate Governance von Banken

Herausgegeben von  
Klaus J. Hopt  
Gottfried Wohlmannstetter



Vahlen  
C.H.Beck

Katalog

JFP  
10.310/36

A-5 '664 '773

EM

# Handbuch Corporate Governance von Banken

Herausgegeben von

Klaus J. Hopt

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult., em. Direktor des Max-Planck-Instituts  
für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Gottfried Wohlmannstetter

Dipl.-Kfm., M. Sc., Mitglied der Geschäftsleitung,  
Barclays Bank plc, Frankfurt Branch, Frankfurt a. M.

unter Mitarbeit von

Daniel Annoff

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht, Hamburg

Dr. Harald E. Roggenbuck

Vormals Senior Manager, KPMG  
AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft,  
Frankfurt a. M.

Verlag Franz Vahlen München  
Verlag C. H. Beck München

Juristische Forschungsbibliothek Bern  
Privatrecht

Zitiervorschlag:  
*Autor/in* in Hopt/Wohlmannstetter Hdb CG Banken, Seite ...

Verlage im Internet:  
[beck.de](http://beck.de)  
[vahlen.de](http://vahlen.de)

ISBN 978 3 8006 3865 9

© 2011 Verlag Franz Vahlen GmbH,  
Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München  
Druck und Bindung: Druckhaus Thomas Müntzer GmbH  
Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza  
Satz: Uhl + Massopust GmbH, Aalen  
Umschlagentwurf: Bruno Schachtner  
unter Verwendung eines Fotos von Simon Ebel,  
Agentur Fotolia LLC, New York

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

- Elisabeth *Andriowsky*, Wirtschaftsprüferin und Steuerberaterin, KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Frankfurt a. M.
- Daniel *Annoff*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
- Dirk *Auerbach*, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Frankfurt a. M.
- Dr. rer. pol. Hugo *Bänziger*, Mitglied des Vorstands, Chief Risk Officer, Deutsche Bank AG, Frankfurt a. M.
- Dr. iur. Corinna *Baltzer*, Rechtsanwältin, Clifford Chance, Frankfurt a. M.
- Priv.-Doz. Dr. iur. Jens-Hinrich *Binder*, LL.M. (London), Akademischer Rat, Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.
- Marcel *Bluhm*, wissenschaftlicher Mitarbeiter, Center for Financial Studies, Frankfurt/M.
- Oliver K. *Brandt*, Generalbevollmächtigter, Deka Bank, Frankfurt a. M.
- Dr. iur. Rolf-E. *Breuer*, ehem. Sprecher des Vorstands, ehem. Vorsitzender des Aufsichtsrats der Deutsche Bank AG, Frankfurt a. M.
- Prof. Dr. iur. Susan *Emmenegger*, Ordinaria für Privat- und Bankrecht, Institut für Bankrecht, Universität Bern, Schweiz
- Dipl.-Kfm. Dr. rer. pol. Alexander *Erdland*, Vorsitzender des Vorstands, Wüstenrot & Württembergische AG, Stuttgart
- Dirk *Filbert*, Hostettler, Kramarsch & Partner, Frankfurt a. M./Zürich
- Dr. oec. publ. Philipp *Gann*, MBR, Wiss. Mitarbeiter, Ludwig-Maximilians-Universität München
- Dr. iur. Andreas *Guericke*, Abteilungsleiter Bankenaufsichtsrecht und internationale Bankenaufsicht, Deutsche Bundesbank, Frankfurt a. M.
- Prof. Dr. iur. Brigitte *Haar*, LL.M. (Chicago), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht, Law and Finance und Rechtsvergleichung, Mitglied des Präsidiums des House of Finance an der Goethe-Universität Frankfurt a. M.
- Wolfgang *Hartmann*, Mitglied des Präsidiums, Frankfurt Main Finance e.V., Frankfurt a. M.
- Juniorprof. Dr. oec. Rainer *Haselmann*, Juniorprofessor für Corporate Finance, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
- Prof. Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c. mult. Klaus J. *Hopt*, em. Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
- Prof. Dr. rer. pol. Dr. h.c. mult. Otmar *Issing*, Präsident des Center for Financial Studies, ehem. Mitglied des Direktoriums der EZB, Frankfurt a. M.
- Oliver *Jost*, Leiter Group Compliance, Commerzbank AG, Frankfurt a. M.

die These von Robert Bosch: „Geld verloren, nichts verloren. Vertrauen verloren, alles verloren.“<sup>42</sup>

Voraussetzungen hierfür sind entsprechende Entscheidungen und Handlungen der Unternehmensführung: dazu gehören eine anspruchsvolle Ethik-Strategie, dem jeweiligen Institut angemessene Ethik-Standards und ein effektives Compliance System, die dann auch überzeugend „gelebt“ werden. Es gilt, „nicht nur ethische Dinge zu tun, sondern alle Dinge ethisch zu tun“.<sup>43</sup>

#### Ausgewählte Literatur

- Ackermann, J.: Vortrag Profit und Moral – ein Zielkonflikt, im Rahmen der Frühjahrstagung des Politischen Clubs der Evangelischen Akademie Tutzing, März 2009.
- Bollen, N.: Mutual Fund Attributes and Investor Behaviour, Vanderbilt University, Februar 2006.
- Eucken, W.: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Mohr/Siebeck, Tübingen, 1968.
- Green, S.: Good Value, Penguin Books, London, 2009.
- Guenster, N.: Investment Strategies Based on Social Responsibility and Bubbles' Erasmus Research Institute Management, Rotterdam School of Management, Erasmus School of Economics, Erasmus University Rotterdam, Rotterdam, 2009.
- Josephson, M.: The Robber Barons – The Great American Capitalists, Harcourt, Brace & World, New York, 1962.
- Koslowski, P.: Ethik der Banken – Folgerungen aus der Finanzkrise, Wilhelm Fink Verlag, München, 2009.
- Küng, H.: Projekt Weltethos, Piper Verlag, München, 1990.
- Küng, H.: Wozu Weltethos? Religion und Ethik in Zeiten der Globalisierung, Herder Verlag, Freiburg, 2006.
- Lay R./Nagel C.: Vertrauen und Verantwortung, Der Ronneburger Kreis, Dietz Druck Heidelberg, Büdingen, 2004.
- Lehner, U.: Vortrag Vergütung und Nachhaltigkeit des Geschäftserfolgs, im Rahmen der Schmalenbach-Tagung 2010, Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft, April 2010, Köln.
- Lin-Hi, N./Suchanek, A.: Eine wirtschaftsethische Kommentierung der Finanzkrise, in Forum Wirtschaftsethik, 17. Jg., Nr. 2009.
- Schneider, U.H.: Ethik im Bank- und Kapitalmarkt, in Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 13, April 2010, S. 601–608.
- Schumpeter, J.: Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, UTB Verlag, Stuttgart, 2008.
- Sen, A. K.: Isolation, Assurance, and the Social Rate of Discount, Quarterly Journal of Economics, 81 (1967).
- Shiller, R.: A failure to control the animal spirits, in Financial Times, 9.3. 2009.
- Smith, A.: Der Wohlstand der Nationen – Eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen, Finanzbuchverlag, München, 2005.
- Strenger, C.: Learning lessons from the Volkswagen gyrations, in Financial News, 10.11. 2008.
- Suchanek, A.: Unternehmensführung und die goldene Regel, in Festschrift für Prof. Dr. Ulrich Lehner, Jeden Gedanken zu Ende Denken, Kölner Wirtschaftsverlag, Düsseldorf, 2008.
- Wagner, A.: Ethikmanagement in Banken, in Wagner, A./Seidel, C. (Hrsg.), Ethik in der Bankenpraxis, Bankakademie Verlag, Frankfurt am Main, 2003.

<sup>42</sup> Bosch, R.: zitiert in: Lay R./Nagel C.: Vertrauen und Verantwortung, Der Ronneburger Kreis, Dietz Druck Heidelberg, Büdingen, 2004.

<sup>43</sup> Suchanek, A.: in Wirtschaft und Wissenschaft, Heft 3/2009, S. 48.

## Grundsätze guter Unternehmensführung von Banken aus der Sicht des Basler Ausschusses und der FINMA

Susan Emmenegger\*

A. Ausgangslage .....	405
I. Basler Ausschuss .....	406
II. FINMA .....	411
B. Good Corporate Governance: Einige Eckpunkte .....	414
I. Führungsverantwortung als Risikoverantwortung .....	414
II. Umgang mit Interessenkonflikten .....	416
III. Einrichtung von Spezialausschüssen .....	417
IV. Komplexe Geschäftsstrukturen .....	418
V. Vergütung .....	420
VI. Risikomanagement und interne Kontrolle .....	422
VII. Transparenz und Offenlegung .....	426
Ausgewählte Literatur .....	427

### A. Ausgangslage

Die Corporate Governance von Finanzinstituten gehört seit geraumer Zeit zu den Themenkreisen der Bankenaufsicht,<sup>1</sup> die massgeblichen Regulierungsimpulse liefern auch hier die grossen Wirtschaftskrisen.<sup>2</sup> Wegweisend für die prudentielle Corporate Governance waren die Arbeiten des Basler Ausschusses für die Bankenaufsicht, der 1999 im Nachgang zur Asienkrise<sup>3</sup> die erste Fassung seiner Leitlinien „Enhancing Corporate Governance for Banking Organisations“ publizierte. Die Unternehmensskandale der Jahrtausendwende (Enron, Worldcom) führten im Jahr 2006 zu einer Neufassung.<sup>4</sup> Die globale Finanzkrise stiess eine weitere Überarbeitung der Leitlinien an, die im Ok-

\* Prof. Dr. iur., Ordinaria für Privat- und Bankrecht, Institut für Bankrecht, Universität Bern/Schweiz. Die Autorin dankt Herrn MLaw Raphael Knecht und Frau MLaw Regula Kurzbein, Rechtsanwältin, für die Unterstützung bei den Recherchen zu diesem Beitrag.

<sup>1</sup> Statt vieler: Müllert, Corporate Governance of Banks 2010, S. 5 ff., mit weiterführenden Hinweisen auf S. 6, Fn. 15 und 16.

<sup>2</sup> Zum Thema der „Crisis-Driven Regulation“ siehe etwa McLeod, Bulletin of Indonesian Economic Studies 1999, S. 147 ff.

<sup>3</sup> Zur fehlenden Corporate Governance als eine der Ursachen für die Asienkrise (1997/1998) siehe etwa Basel Committee, Supervisory Lessons to be drawn from the Asian Crisis, S. 40; Johnson et al., Journal of Financial Economics 58 (2000), S. 185 f.

<sup>4</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2006, Rz. 2.

tober 2010 ihren Abschluss fand.<sup>5</sup> Der nachfolgende Beitrag widmet sich den Basler Leitlinien, unter Einbezug der Regelungen der schweizerischen Finanzmarktaufsicht (FINMA).

## I. Basler Ausschuss

### 1. Institution

Der Basler Ausschuss für die Bankenaufsicht ist ein Ausschuss von Bankaufsichtsbehörden, der von den Zentralbanken der G-10 Staaten im Jahr 1975 gegründet wurde.<sup>6</sup> Aktuell nehmen im Ausschuss Vertreter von Zentralbanken und Aufsichtsbehörden von 27 Nationen Einsitz, darunter auch solche aus Deutschland und der Schweiz.<sup>7</sup> Ziel des Ausschusses ist die internationale Harmonisierung der Finanzmarktaufsicht.<sup>8</sup> Der Ausschuss verfügt über ein ständiges Sekretariat mit fünfzehn Mitarbeitenden bei der Bank für internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) in Basel.<sup>9</sup>

Die Erarbeitung von Corporate Governance Leitlinien obliegt einer dafür eigens gegründeten Arbeitsgruppe. Diese hat sowohl die Leitlinien von 1999 als auch diejenigen von 2006 in Anlehnung an die Corporate Governance-Prinzipien der OECD entwickelt;<sup>10</sup> die Neufassung vom Oktober 2010 folgte im Nachgang zu den ergänzten OECD-Prinzipien vom Februar 2010.<sup>11</sup>

### 2. Rechtscharakter der Regelwerke

Der Basler Ausschuss ist keine internationale Organisation im Sinne des Völkerrechts.<sup>12</sup> Seine Regelwerke haben den Charakter von internationalem „soft law“, das erst durch die Umsetzung in nationale Gesetzgebung zu „hard law“ wird.<sup>13</sup> Führt man sich vor Augen, dass der Basler Akkord von 1988 (Basel I) von über hundert Ländern umgesetzt wurde,<sup>14</sup> und dass auch der sehr viel komplexere Basler Akkord von 2004 (Basel II)

<sup>5</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 6. Zur (zögerlichen) Erkenntnis der Konnexität zwischen Finanzkrise und Corporate Governance siehe *Mülbert*, Corporate Governance of Banks 2010, S. 7 ff.

<sup>6</sup> Zur Geschichte des Basler Ausschusses siehe *Basel Committee*, History of the Basel Committee and its Membership, passim. Vgl. auch *Macht*, Baseler Ausschuss, S. 20 ff.

<sup>7</sup> Die aktuelle Übersicht über die Mitgliedsländer ist auf der Website der Bank für internationalen Zahlungsausgleich abrufbar unter: <www.bis.org/bcbs/index.htm>. Deutschland ist durch die BaFin und die Bundesbank vertreten, die Schweiz durch die FINMA und die Nationalbank.

<sup>8</sup> *Emch/Renz/Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, Nr. 281; *Emmenegger*, The Basel Committee, S. 225; *Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht, § 4 Rz. 37. Der Ausschuss dient zudem als generelles Diskussionsforum für die Aufsichtsbehörden, siehe dazu auch *Zaring*, International Administration, S. 555.

<sup>9</sup> Vgl. dazu *Basel Committee*, Fact Sheet, passim.

<sup>10</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2006, Rz. 1 f., einschliesslich Fussnoten.

<sup>11</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 6 Fn. 6.

<sup>12</sup> *Emmenegger*, The Basel Committee, S. 226, 233 ff.; *Zaring*, International Administration, S. 57. Zu den Begriffsmerkmalen der internationalen Organisation vgl. ferner *Ruffert/Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, § 1 Rz. 9 ff. sowie *Kälin et al.*, Völkerrecht, S. 198 ff.

<sup>13</sup> *Emch/Renz/Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, Nr. 282; ausführlich zur Rechtsnatur der Regelwerke *Macht*, Baseler Ausschuss, S. 157 ff. Vgl. auch *Basel Committee*, History, S. 1 („The Committee does not possess any formal supranational supervisory authority. Its conclusions do not have, and were never intended to have, legal force.“).

<sup>14</sup> *Basel Committee*, Overview of the New Basel Capital Accord, Rz. 8.

in 105 Staaten Geltung erlangt hat oder Geltung erlangen soll,<sup>15</sup> so steht die zentrale Rolle des Ausschusses in der Schaffung von neuem, formell-verbindlichem Bankaufsichtsrecht ausser Frage.<sup>16</sup> Selbst in Fällen, in denen der Basler Ausschuss den Empfehlungscharakter eines bestimmten Regelwerks betont, ist nicht zu übersehen, dass die darin enthaltenen Leitlinien die Sichtweise der im Gremium vereinten Aufsichtsbehörden widerspiegeln. Auf der nationalen Ebene ist daher regelmässig mit neuen Anforderungen zu rechnen.<sup>17</sup>

Das Gesagte gilt auch für die Basler Leitlinien zur Corporate Governance. Sie haben zum Ziel, die Aufsichtsbehörden und Banken bei der Einführung und Umsetzung einer guten Corporate Governance zu unterstützen. Es gehe – so wird beteuert – nicht darum, Zusatzerfordernisse zu den bestehenden nationalen Gesetzen, Verordnungen oder Verhaltensregeln zu schaffen.<sup>18</sup> Das hat allerdings internationale Finanzierungsgremien, etwa die Weltbank, nicht daran gehindert, ihre Corporate Governance-Vorstellungen auf der Basis der Basler Leitlinien zu entwickeln,<sup>19</sup> und auch die nationalen Regulierer haben in der Vergangenheit auf die Basler Leitlinien Bezug genommen, wenn es um die Erarbeitung neuer Corporate Governance-Regeln für Banken ging.<sup>20</sup> Zudem zeigt sich etwa am Beispiel der Schweiz, dass die Mitglieder der Basler Arbeitsgruppe zur Corporate Governance regelmässig in ihrer eigenen Behörde mit diesen Fragen befasst sind;<sup>21</sup> auch die selbständige nationale Regulierung erfolgt demnach nicht abgekoppelt vom Basler know-how. Entsprechend sind von den neuen Baseler Leitlinien vom Oktober 2010 neue Regulierungsimpulse zu erwarten.

### 3. Zentrale Corporate Governance-Dokumente

#### a) Enhancing corporate governance for banking organisations (2006)

Die Basler Leitlinien „Verbesserung der Unternehmensführung in Banken“ befassen sich fast ausschliesslich mit Fragen der Leitung und Kontrolle innerhalb der Bank, also mit Fragen der internen Corporate Governance,<sup>22</sup> die zudem weit verstanden wird und die internen Strukturen und Praktiken der Bank mit einschliesst.<sup>23</sup> Im Kern geht es um die Indienstnahme der Corporate Governance für bankaufsichtsrechtliche Zwecke: Die solide Unternehmensführung begünstigt nach Auffassung des Basler Ausschusses die effiziente und kostengünstige Aufsicht, zudem verstärkt sie den Einlegerschutz.<sup>24</sup> Der

<sup>15</sup> *FSI*, Survey 2008, S. 2.

<sup>16</sup> *Tarbert*, Rethinking Capital Adequacy, S. 776, spricht treffend von einem „peerless breed of internationalised national law.“

<sup>17</sup> *Hopt*, Corporate Governance von Banken, S. 861 f., 865 f.

<sup>18</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance, Rz. 3/2006, Rz. 6/2010.

<sup>19</sup> Vgl. hierzu *Mülbert*, Corporate Governance of Banks 2010, S. 6.

<sup>20</sup> So etwa die *Banca d'Italia*, Supervisory Provisions, S. 1 Fn. 3, im Hinblick auf die Grundsätze 2006.

<sup>21</sup> Bei der Vernehmlassung des EBK-Rundschreibens 2006/6 „Überwachung und interne Kontrolle“ war diejenige Person als zuständig bezeichnet, die auch als Mitglied bei der Basler Arbeitsgruppe aufgeführt war.

<sup>22</sup> *Hopt*, Corporate Governance von Banken, S. 862.

<sup>23</sup> Zu den verschiedenen Begriffsinhalten der Corporate Governance, vgl. *v. Werder*, Ökonomische Grundfragen der Corporate Governance, S. 4 ff. Zum extensiven Begriffsverständnis des Basler Ausschusses vgl. *Mülbert*, EBOR 10 (2009), S. 413 ff.; *ders.*, Jusletter 16. 2. 2009, Rz. 6 f.; *ders.*, Corporate Governance of Banks 2010, S. 4 f. Zur Notwendigkeit einer bankspezifischen Corporate Governance vgl. *Wohlmannstetter*, Corporate Governance von Banken, S. 906 ff., 926 f.

<sup>24</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2006, Rz. 8, 11.

prudentielle Corporate Governance-Fokus der Basler Leitlinien zeigt sich auch an der Formulierung der Interessenwahrungspflichten seitens der Bankleitung. Sie soll neben den Shareholders auch die Stakeholders berücksichtigen, wobei das Basler Papier zu den Stakeholders auch die Aufsichtsbehörden, die Regierungen und die Einleger zählt.<sup>25</sup> Auf die Problematik der prudentiellen Instrumentalisierung der aktienrechtlichen Corporate Governance hat die Doktrin bereits hingewiesen.<sup>26</sup>

Thematisch enthalten die Leitlinien acht Grundsätze solider Unternehmensführung, sechs Empfehlungen zur Rolle der Bankenaufsicht, und schliesslich einige Hinweise zum Umfeld der Corporate Governance.

Von besonderem Interesse sind für den vorliegenden Beitrag die acht Grundsätze guter Corporate Governance. Hauptadressat der Grundsätze ist das oberste Verwaltungsorgan der Bank, in der englischen Originalfassung der board of directors. Von den acht Grundsätzen sind fünf an den Board gerichtet, zwei sowohl an den Board als auch an das Senior Management. Der verbleibende Grundsatz betrifft die Transparenz und enthält eine Liste von offenlegungswürdigen Informationen.

Der Anwendungsbereich der Grundsätze solider Unternehmensführung ist umfassend; sie sollen für alle Banken gelten, unter Vorbehalt der notwendigen Anpassungen, etwa im Hinblick auf Grösse, Komplexität, Risikostruktur etc., die auf nationaler Ebene vorzunehmen sind.<sup>27</sup>

Flankiert werden die Corporate Governance Grundsätze einerseits von Basel II, das die Bedeutung der soliden Unternehmensführung ausdrücklich anerkennt und den Board und das Senior Management verpflichtet, das Risikoprofil ihrer Bank zu kennen und für entsprechende Eigenkapitalausstattung zu sorgen,<sup>28</sup> andererseits von sogenannten „Sound-Practice“ Papieren des Basler Ausschusses, welche die Corporate Governance Grundsätze verdeutlichen sollen.<sup>29</sup>

### b) Principles for enhancing corporate governance (2010)

Im Nachgang zur Finanzkrise hat der Basler Ausschuss im Oktober 2010 die revidierte Fassung der Leitlinien zur Corporate Governance veröffentlicht. Auch bei den neuen Leitlinien liegt der Schwerpunkt auf der internen Corporate Governance, für die Fragen der externen Corporate Governance wird auf die OECD-Prinzipien verwiesen.<sup>30</sup> Es bleibt auch beim prudentiellen Corporate Governance-Fokus und der damit verbundenen Indienstnahme der internen Corporate Governance für bankaufsichtsrechtliche Zwecke.<sup>31</sup> Neu ist hingegen der „Allfinanz-Approach“; die Revision der Leitlinien er-

<sup>25</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2006, Rz. 8, 10 Fn. 7, 59.

<sup>26</sup> Vgl. Hopt, Corporate Governance von Banken, S. 867 f.; Müllert, BKR 9 (2006), S. 354 f., 360 Fn. 80. Siehe aber nunmehr ders., Corporate Governance of Banks 2010, S. 10 ff., insb. auch S. 19 f., mit Argumenten für die Spezifität der Corporate Governance von Banken, und S. 25 f. für das verbleibende Spannungsfeld zwischen equity governance und debt governance.

<sup>27</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2006, Rz. 3. Siehe auch Hopt, Corporate Governance von Banken, S. 863.

<sup>28</sup> Basel Committee, International Convergence of Capital Measurement 2006, Rz. 438 f. Vgl. dazu auch Müllert, BKR 9 (2006), S. 350.

<sup>29</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2006, Rz. 4, 6. Vgl. etwa Basel Committee, Principles for Sound Liquidity Risk Management and Supervision (2008); Basel Committee, Sound Credit Risk Assessment and Valuation for Loans (2006).

<sup>30</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 10.

<sup>31</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, insb. Rz. 13, 15. Die Stakeholder-Kategorie erfuhr gar eine Erweiterung: Neben den Aufsichtsbehörden, den Regierungen und den Einlegern zählen auch die Anleiensgläubiger (bond holders) zu den geschützten Stakeholders. Siehe Rz. 13 Fn. 11.

folgte in Koordination mit der Internationalen Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden (IAIS).<sup>32</sup>

Die thematische Struktur wurde beibehalten, auf die Grundsätze einer soliden Unternehmensführung folgen Ausführungen zur Rolle der Aufsichtsbehörden, den Schluss bilden Hinweise auf andere Bereichsfelder, die zu einer guten Corporate Governance beitragen. Gleich geblieben ist auch der allgemeine Geltungsanspruch gegenüber allen Finanzinstituten, unter Hinweis auf die Differenzierungsmöglichkeiten auf nationaler Ebene.<sup>33</sup>

Den Dreh- und Angelpunkt der Leitlinien bilden nach wie vor die Grundsätze einer guten Corporate Governance, die von ursprünglich acht auf vierzehn erweitert werden und in sechs Bereiche untergliedert sind: Praxis des Board – Senior Management – Risikomanagement und interne Kontrolle – Vergütung – komplexe und undurchsichtige Gesellschaftsstrukturen – Offenlegung und Transparenz. Die inhaltlichen Kernthemen dieser Bereiche betreffen die Führungsverantwortung des Board, die Umsetzungsverantwortung des Senior Management,<sup>34</sup> die Unabhängigkeit und Effizienz des Risikomanagements, die risikobewusste Vergütungspolitik, die Förderung klarer Gesellschaftsstrukturen sowie die Intensivierung der Offenlegung und Transparenz.<sup>35</sup>

Die Änderungen beschränken sich allerdings nicht auf die Einführung zusätzlicher Grundsätze und einer übersichtlicheren Struktur. Vielmehr ist der Grundtenor ein anderer. Die Analysen der Finanzkrise unter der Corporate Governance-Perspektive diagnostizierten ein weitgehendes Versagen der Risikomanagement-Prozesse.<sup>36</sup> Entsprechend prominent ist der Risikofokus der Corporate Governance-Grundsätze 2010; die einzelnen Erläuterungen (Standards) entsprechen weitgehend den Empfehlungen der Analyse-Berichte. Drei neue Grundsätze sind dem Risikomanagement gewidmet,<sup>37</sup> die Führungsverantwortung des Board ist im Wesentlichen eine Risikoverantwortung,<sup>38</sup> die Umsetzungsverantwortung des Senior Management umfasst explizit die Risikostrategie,<sup>39</sup> die Vergütungspolitik steht unter der Zielsetzung des „prudent risk taking“<sup>40</sup> und auch die operationelle Struktur der Bank, einschließlich ihrer Ausland- bzw. Offshoreaktivitäten, steht unter dem Vorbehalt der besonderen Risiken, die damit einhergehen.<sup>41</sup> Neben den neu eingeführten Begriffsvariationen (Risikostrategie, Risikotoleranz, Risikoappetit) ist vor allem die Begriffshäufung imposant. In den acht Corporate Governance-Grundsätzen 2006 kommt der Begriff „Risiko“ nicht vor. Demgegenüber findet er in den Corporate Governance-Grundsätzen 2010 in neun von insgesamt vierzehn Grundsätzen Verwendung, teilweise mehrfach, einmal gar fünffach (Grundsatz 11). Ähnlich verhält es sich bei den Erläuterungen

<sup>32</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 9.

<sup>33</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 7, 8, 16.

<sup>34</sup> Der einschlägige Grundsatz 5 richtet sich nunmehr direkt an das Senior Management. In den Grundsätzen 2006 ist das Senior Management in zwei Grundsätzen zusammen mit dem Board angesprochen.

<sup>35</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 6.

<sup>36</sup> Vgl. Institute of International Finance, Final Report, S. 31 ff.; Kirkpatrick, Financial Market Trends 2009, S. 6 ff.; Nestor Advisors, Bank Boards, S. 9 ff. (executive summary), S. 46 ff.; FSA, Turner Review 2009, S. 92; Senior Supervisors Group, Observations, S. 6.

<sup>37</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Grundsätze 6, 7, 8.

<sup>38</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 22.

<sup>39</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 68.

<sup>40</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Grundsatz 11.

<sup>41</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Grundsätze 12, 13.

(Standards) zu den einzelnen Grundsätzen: In den Leitlinien 2006 zählt man durchschnittlich rund zweieinhalb Treffer pro Seite, in den Leitlinien E-2010 durchschnittlich deren zehn.<sup>42</sup>

### c) Compensation Principles and Standards Assessment Methodology (2010)

Der Basler Ausschuss wurde in der Vergütungsfrage zunächst im Rahmen von Basel II tätig und nahm die Vergütungen in den Supervisory Review-Prozess auf.<sup>43</sup> Im Januar 2010 veröffentlichte er dann sein Grundsatzpapier zur Methodik bei der Erfassung der Vergütungsprinzipien (Compensation Principles and Standards Assessment Methodology). Dieses soll die nationalen Aufsichtsbehörden bei der Beurteilung unterstützen, ob ein einzelnes Finanzinstitut die vom Financial Stability Board (FSB) erarbeiteten Vergütungsstandards einhält.<sup>44</sup> Die Standards selbst setzt also ausnahmsweise nicht der Basler Ausschuss, sondern das FSB mit seinen „Prinzipien für Vergütungssysteme“ und den später publizierten Umsetzungsstandards für bedeutende Banken und Versicherungen.<sup>45</sup> Inhaltlich stellt der Basler Ausschuss den Aufsichtsbehörden einen umfassenden und für seine Verhältnisse ungewöhnlich detaillierten Kriterienkatalog zur Verfügung. Die Regulierungsvorschläge werden zudem fortlaufend ausgebaut und verfeinert. Im Oktober 2010 hat der Basler Ausschuss ein weiteres Konsultationspapier zur technischen Ausgestaltung der Vergütungsmodelle veröffentlicht.<sup>46</sup>

Gleichzeitig wurde eine Expertengruppe aus Vertretern der nationalen Aufsichtsbehörden eingesetzt, um die Entwicklungen der Vergütungsfrage und die Auswirkungen der Regulierungsmassnahmen weltweit zu verfolgen und generell als Koordinations- und Austauschgremium zu dienen. Die ständige Beobachtung dieser Entwicklungen ist umso dringlicher, als zahlreiche Aufsichtsbehörden angesichts des politischen Drucks unmittelbar nach der Veröffentlichung der FSB-Standards bereits aktiv geworden waren.<sup>47</sup> So erliessen unter anderem die BaFin und die FINMA schon im Jahr 2009 und somit vor Veröffentlichung des Basler Grundsatzpapiers jeweils ein Rundschreiben zu den Vergütungssystemen. Die Regelungen der BaFin wurden im Oktober 2010 in neue Rechtsverordnungen überführt.<sup>48</sup>

<sup>42</sup> In absoluten Zahlen: Grundsätze 2006: 59 Treffer, Grundsätze 2010: 324 Treffer. Allerdings umfassen die Grundsätze 2010 auch zehn Seiten mehr.

<sup>43</sup> *Basel Committee*, Enhancements to the Basel II Framework, Rz. 84 ff. Vgl. auch die dazugehörige Pressemitteilung vom 13. 7. 2009.

<sup>44</sup> *Basel Committee*, Compensation Principles, Rz. 1.

<sup>45</sup> FSF Principles for Sound Compensation Practices (2. 4. 2009) und FSB Principles for Sound Compensation Practices – Implementation Standards (25. 9. 2009). Zu diesen Prinzipien etwa *Nobel*, SZW 2009, S. 456 ff.

<sup>46</sup> *Basel Committee*, Range of Methodologies 2010. Die öffentliche Anhörung lief bis zum 31. 12. 2010.

<sup>47</sup> Beispielsweise England, Frankreich, die Niederlande, die USA sowie Deutschland und die Schweiz. Vgl. *FINMA*, Anhörungsbericht zum Entwurf des Rundschreibens „Vergütungssysteme“, S. 7.

<sup>48</sup> Vgl. die Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (InstitutsVergV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. 10. 2010 (BGBl. I S. 1374) sowie die Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich (VersVergV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. 10. 2010 (BGBl. I S. 1379). Zum Ganzen: *BaFin*, Aktualisierung der Pressemitteilung vom 21. 12. 2009.

## II. FINMA

### 1. Institution

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) ist eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts und bezweckt als integrierte Finanzmarktbehörde den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte.<sup>49</sup>

### 2. Rechtscharakter der Regelwerke

Einerseits reguliert die FINMA bei vorhandener Rechtsetzungsdelegation in den Finanzmarktgesetzen durch Verordnungen, andererseits legt sie in ihren Rundschreiben dar, wie sie die Finanzmarktgesetzgebung anwendet.<sup>50</sup> Den FINMA-Rundschreiben kommt nicht der Charakter von Rechtserlassen zu,<sup>51</sup> sie stellen jedoch als Verwaltungsverordnungen Meinungsäusserungen über die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen seitens der Aufsichtsbehörde dar. Als solche dienen sie den Gerichten als Entscheidungshilfe bei der Beurteilung von Einzelfällen.<sup>52</sup> Vor allem aber werden die bankengesetzlichen Prüfgesellschaften durchweg verpflichtet, die Einhaltung der bankrelevanten Rundschreiben zu prüfen und das Ergebnis in ihrem Prüfbericht festzuhalten.<sup>53</sup> Eine Beanstandung wirft die Frage auf, ob das Finanzinstitut die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für den Bankbetrieb erfüllt – ein für die Bank durchaus existenzbedrohendes Szenario. Im Ergebnis kommt also den Rundschreiben trotz fehlender Gesetzeskraft eine grosse praktische Bedeutung zu.

### 3. Zentrale Corporate Governance-Dokumente

#### a) Rundschreiben „Überwachung und interne Kontrolle Banken“

Ein halbes Jahr nach Erscheinen der Basler Leitlinien zur Corporate Governance 2006 veröffentlichte die Eidgenössische Bankenkommission das Rundschreiben EBK-RS 06/6 (Überwachung und interne Kontrolle), das im Rahmen der Neuordnung der Finanzmarktaufsicht in das FINMA-RS 08/24 (Überwachung und interne Kontrolle Banken)

<sup>49</sup> Art. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 und Art. 6 Abs. 1 FINMAG. Zur (neuen) FINMA vgl. etwa *Mächler*, SJZ 105 (2009), S. 181 ff.

<sup>50</sup> Art. 7 Abs. 1 FINMAG.

<sup>51</sup> Siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. 2. 2006, BBl 2006, 2861.

<sup>52</sup> BVGer B-7765/2008 E. 8. 4. 1; BGE 121 II 473 E. 2b S. 478. Beispiele von bundesgerichtlichen Entscheidungen unter Einbezug von Rundschreiben der Aufsichtsbehörde: BGer 2A.575/2004 E. 5.1, 5.2. 2; BGer 2A.442/1999 E. 3b; BGE 132 II 382 E. 6. 3. 1 S. 391 f., E. 6. 3. 6 S. 395; BGE 131 II 306 E. 3. 2. 2 S. 316; BGE 130 II 351 E. 5. 2. 1 S. 363; BGE 108 IB 513 E. 1a S. 516 f.

<sup>53</sup> Insgesamt existieren 19 bankrelevante Rundschreiben. In 11 Rundschreiben wird die Prüfpflicht im Rundschreiben selbst statuiert, bei 5 Rundschreiben ergibt sich die Prüfpflicht aus den Vorgaben zum Prüfungsauftrag der bankengesetzlichen Prüfgesellschaft, 3 Rundschreiben enthalten Vorgaben, die nicht per se prüffähig sind.

überführt wurde.<sup>54</sup> Das Rundschreiben ist Ausfluss eines Reformprojekts über das Prüfwesen, das von der EBK im Februar 2000 initiiert wurde und im Dezember desselben Jahres in einem ersten Expertenbericht mündete.<sup>55</sup> Im Anschluss daran formulierte eine Arbeitsgruppe fünf neue Rundschreiben, darunter auch das Rundschreiben zur Überwachung und internen Kontrolle.<sup>56</sup> Letzteres ist also keine nationale Umsetzung der Basler Leitlinien zur Corporate Governance, auch nicht hinsichtlich der Basler Erstfassung aus dem Jahr 1999. Das Rundschreiben regelt aber parallele Themen – erklärtes Ziel war die Führungsposition der Schweizer Banken im Bereich der Corporate Governance<sup>57</sup> –, zudem war auf personeller Ebene die Vernetzung zwischen der Basler Arbeitsgruppe und der EBK sichergestellt.<sup>58</sup> Angemerkt sei noch, dass die Bank- und Revisionskreise auf den Rundschreibentwurf mehrheitlich kritisch reagierten,<sup>59</sup> und die Aufsichtsbehörde etlichen Kritikpunkten Rechnung trug.<sup>60</sup>

Die zentrale gesetzliche Grundlage für das Rundschreiben Überwachung und interne Kontrolle ist Art. 3 Abs. 2 lit. a des Bankgesetzes, wonach die Bank in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorsieht.<sup>61</sup> Das Rundschreiben selbst enthält Bestimmungen über die Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und der internen Revision.

Im letzten Punkt liegt einer von vier massgeblichen Unterschieden zwischen dem FINMA-Rundschreiben und den Basler Leitlinien. Diese verfolgen einen top-down-Ansatz; die acht Corporate Governance-Grundsätze enthalten fast nur Vorgaben für den Board, der in seiner Führungsrolle die inhaltlichen Verantwortlichkeiten der unteren Ebenen festlegt. Das FINMA-Rundschreiben reguliert dagegen lateral: Für jedes Gremium – also auch für das Audit Committee, die Compliance-Funktion oder die Risikokontrolle – werden eigene Vorgaben formuliert. Der zweite Unterschied betrifft den Konkretisierungsgrad: Die Basler Leitlinien sind allgemein gehalten, im FINMA-Rundschreiben finden sich demgegenüber detaillierte Anweisungen an die Mitglieder der verschiedenen Bankgremien. Der dritte Unterschied betrifft die Frage der Durchsetzung; der Basler Ausschuss geht darauf nur am Rande ein,<sup>62</sup> die FINMA verlangt dagegen die Überprüfung der Einhaltung durch die bankengesetzliche Prüfgesellschaft und die Berichterstattung an die Aufsichtsbehörde.<sup>63</sup> Der vierte Unterschied liegt in der Rolle

<sup>54</sup> FINMA, Rundschreiben 2008/24, Überwachung und interne Kontrolle bei Banken (FINMA-RS 08/24), in Kraft seit 1. 1. 2009.

<sup>55</sup> Vgl. *Expertenkommission Revisionswesen*, Bericht, S. 4. Den Vorsitz führte Prof. Dr. Peter Nobel. Für erste Empfehlungen zum internen Überwachungssystem (Einführung von Compliancefunktion, Risikokontrolle, Audit Committee, Beibehaltung der internen Revision, Regeln zum Zusammenwirken der Kontrollinstanzen), vgl. den Bericht auf S. 31 ff. Ausführlich zur Vorgeschichte des Rundschreibens: *Zufferey*, ZSR 126 (2007), S. 237 ff.

<sup>56</sup> Bei den anderen Rundschreiben handelt es sich um folgende: EBK-RS 04/1 Grossbankenaufsicht (in Kraft seit 01. 06. 2004), EBK-RS 05/1 Prüfung, EBK-RS 05/2 Prüfbericht, EBK-RS 05/3 Prüfgesellschaften (alle in Kraft seit 29. 06. 2005).

<sup>57</sup> EBK, Anhörung 2005 (Kurzmittelteilung vom 4. 5. 2005 zur Entwurfsfassung).

<sup>58</sup> Der für das Rundschreiben zuständige EBK-Mitarbeiter hatte gleichzeitig Einsitz in der Basler Arbeitsgruppe.

<sup>59</sup> Stellungnahmen zum Entwurf des EBK-RS 06/6, 7. 9. 2005, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Archiv, Eidg. Bankenkommission, Aktuelles 2005. Vgl. auch *Bizzozero/Pernollet*, Le projet de circulaire CFB, S. 101 ff.

<sup>60</sup> Vgl. *Zufferey*, ZSR 126 (2007), S. 239 f.

<sup>61</sup> FINMA RS 08/24 Vorsprang (dort auch die weiteren gesetzlichen Grundlagen). Siehe auch *Zufferey*, ZSR 126 (2007), S. 241.

<sup>62</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance, Rz. 11, 57, 64/2006, Rz. 15, 132/2010.

<sup>63</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 127.

der Vergütungspolitik; anders als im Basler Papier wird sie im FINMA-Rundschreiben nur am Rande angesprochen.<sup>64</sup> Im Nachgang zur Finanzkrise wurde zu dieser Frage allerdings ein separates Rundschreiben publiziert.<sup>65</sup>

### b) Rundschreiben „Vergütungssysteme – Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten“

Während das Vergütungsproblem im FINMA-Rundschreiben „Überwachung und interne Kontrolle“ noch nicht als spezifisches Problem der Corporate Governance wahrgenommen wurde,<sup>66</sup> hat sich die FINMA in ihrem Rundschreiben „Mindeststandards für Vergütungssysteme“ vom 21. 10. 2009 dieser Thematik eingehend angenommen. Sie bezieht sich dabei ausdrücklich auf die Entwicklungen im Ausland und die Empfehlungen von internationalen Gremien, namentlich denjenigen des Financial Stability Board (FSB), denen sie auch inhaltlich folgt.<sup>67</sup>

Ursprünglich wollte die FINMA im internationalen Vergleich strengere Massstäbe setzen, sie sah sich aber aufgrund der heftigen Kritik gegenüber dem Rundschreibentwurf zu einer weicheren Gangart veranlasst.<sup>68</sup> So wurde insbesondere die ursprünglich vorgesehene Allgemeingeltung zugunsten einer abgestuften Verbindlichkeit aufgegeben.<sup>69</sup> Zwingend gilt das Rundschreiben nur für Banken (und Versicherungen)<sup>70</sup> mit einem regulatorischen Eigenmittelbedarf von mindestens 2 Mrd. Franken.<sup>71</sup>

Neu im Vergleich zum Rundschreiben „Überwachung“, aber konvergent mit den Basler Leitlinien, ist der Rückgriff auf den Transparenzgrundsatz. Die FINMA verlangt in Ergänzung zu den Regeln des Obligationenrechts und der börsenrechtlichen Offenlegungsvorschriften die summarische Offenlegung der Vergütungsstruktur aller Mitarbeitenden.<sup>72</sup> Die Vorgabe zielt aber weder auf einen verbesserten Aktionärsschutz,<sup>73</sup> noch ist es ein Vertrauensvotum zugunsten des mässigen Einflusses der Anteilseigner. Inhaltlich ist es nämlich die FINMA, die festlegt, an welchen Grundsätzen sich das Vergütungssystem der Finanzinstitute zu orientieren hat.<sup>74</sup> Entscheidend ist, dass sich die variablen Vergütungen auf den vom Institut erwirtschafteten, risikogerechten Mehrwert beschränken. Über die Verwendung des Mehrwerts schweigt sich die FINMA aus; sie

<sup>64</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 13: Der Verwaltungsrat sorgt dafür, dass die Entschädigungssysteme keine Anreize zur Missachtung interner Kontrollmechanismen führen. Vgl. weiter Rz. 68 für die Mitarbeitenden der internen Revision, Rz. 103 für die Mitarbeitenden der Compliance-Funktion, Rz. 117 für die Mitarbeitenden der Risikokontrolle.

<sup>65</sup> FINMA-RS 10/1, siehe dazu sogleich.

<sup>66</sup> Vgl. dazu auch *Hopt*, SZW 2008, S. 243.

<sup>67</sup> FINMA, Pressemitteilung vom 3. 6. 2009; FINMA, Erläuterungsbericht, S. 6.

<sup>68</sup> Vgl. dazu *Nobel*, SZW 2009, S. 455.

<sup>69</sup> Vgl. FINMA, Anhörungsbericht, S. 12 ff.

<sup>70</sup> Auf die Versicherungen wird in diesem Beitrag nicht näher eingegangen.

<sup>71</sup> FINMA-RS 10/1, Rz. 6. Unterhalb dieses Schwellenwerts gelten die Bestimmungen des Rundschreibens als Leitlinien, deren Umsetzung die FINMA empfiehlt (Rz. 8). Einzelfallweise kann sie ein Institut zur vollständigen oder teilweisen Umsetzung des Rundschreibens verpflichten, sie ist dafür aber begründungspflichtig (Rz. 9). Das Rundschreiben nennt als mögliche Gründe das Risikoprofil, die Geschäftsaktivität oder die Geschäftsverbindungen des Finanzinstituts sowie die Begründung unangemessener Risiken aufgrund seines Vergütungssystems (Rz. 9).

<sup>72</sup> FINMA-RS 10/1, Rz. 3, 63 ff.; FINMA, Erläuterungsbericht, S. 9, 51 f. Anders die Implementierungsstandards des FSB: Dort gilt die Offenlegungspflicht nur für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und diejenigen Angestellten, deren Handlungen grossen Einfluss auf das Risikoprofil des Finanzinstituts haben können, vgl. *FSB*, Implementation Standards, Rz. 15.

<sup>73</sup> Die FINMA zählt den Aktionärsschutz nicht zu ihren Hauptanliegen, vgl. FINMA, Erläuterungsbericht, S. 25 f.

<sup>74</sup> Vgl. FINMA, Erläuterungsbericht, S. 12 f., 31, 47.

überlässt diese Frage der aktuell in der Schweiz sehr heftig geführten politischen Diskussion.<sup>75</sup>

Die Überprüfung der Umsetzung des Rundschreibens erfolgt durch die Banken selbst und ist von den Prüfgesellschaften zu testieren, wobei sich die FINMA vorbehält, entweder selbst oder unter Beizug Dritter die Einhaltung des Rundschreibens zu kontrollieren.<sup>76</sup> Die Selbstüberprüfung ist ein aufsichtsrechtliches Novum; die FINMA begründet die Besonderheit damit, dass es sich bei der Vergütungsfrage nicht um ein klassisches Aufsichtsthema handle.<sup>77</sup> Mit dem Hinweis auf die Klassik hat sie recht; heute lassen die Aktivitäten der massgeblichen internationalen Standard-Setter (FSB, Basler Ausschuss) allerdings unschwer erkennen, dass die Überwachung der Vergütungspolitik der Bank zu den Aufgaben der Bankenaufsicht zählt.

## B. Good Corporate Governance: Einige Eckpunkte

### I. Führungsverantwortung als Risikoverantwortung

#### 1. Basler Ausschuss

In den Grundsätzen 2006 regelt der erste Grundsatz die fachliche Qualifikation des Board. Die Neufassung der Grundsätze 2010 verschiebt den Akzent; an erster Stelle wird die umfassende Führungsverantwortung des Board hervorgehoben. Der Board ist verantwortlich für die Geschäftsstrategie, die Risikostrategie, die solide Unternehmensführung und die Leitbilder der Bank; er überwacht zudem das Senior Management.

Für die inhaltliche Konkretisierung der Führungsverantwortung werden etliche Einzelpunkte übernommen, die in den Grundsätzen 2006 der fachlichen Qualifikation (Grundsatz 1) und der Festlegung der strategischen Ziele und unternehmerischen Leitwerte (Grundsatz 2) zugeordnet sind.<sup>78</sup> Der Grundtenor ist aber ein wesentlich anderer. Führungsverantwortung bedeutet nach den Grundsätzen 2010 in erster Linie Risikoverantwortung. Diese erschöpft sich im Gegensatz zu den Grundsätzen 2006 nicht in der Kenntnis des Risikoprofils der Bank und der Genehmigung der Risikopolitik und des Risikomanagements.<sup>79</sup> Erstens tritt neben die Genehmigungsverantwortung die Umsetzungsverantwortung.<sup>80</sup> Zweitens wird die Genehmigungsverantwortung ergänzt um die Verantwortung für die allgemeine Risikostrategie der Bank, einschliesslich der Risikotoleranz und des Risikoappetits.<sup>81</sup> Risikotoleranz und Risikoappetit – die Begriffe wurden gleich wie die Risikostrategie im Leitlinienentwurf 2010 neu eingeführt – sol-

<sup>75</sup> FINMA, Erläuterungsbericht, S. 56.

<sup>76</sup> FINMA-RS 10/1, Rz. 75f.

<sup>77</sup> FINMA, Erläuterungsbericht, S. 57.

<sup>78</sup> Beispielhaft für Grundsatz 1: Verantwortung für die Geschäfte und die finanzielle Solidität (Rz. 17/2006, Rz. 21/2010), Treuepflichten und Sorgfaltspflichten (Rz. 17/2006, Rz. 24/2010), gutes Verhältnis zu Aufsichtsinstanzen (Rz. 17/2006, Rz. 23/2010). Beispielhaft für Grundsatz 2: Die Bedeutung des „tone at the top“ (Rz. 25/2006, Rz. 26/2010), Inhalt der Verhaltensregeln (Rz. 25/2006, Rz. 27/2010), Whistleblowing (Rz. 31/2006, Rz. 29/2010).

<sup>79</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2006, Rz. 17.

<sup>80</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 22.

<sup>81</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 22. Zu den Begriffen „Risikoappetit“ und „Risikotoleranz“ vgl. Rz. 6 Fn. 7/2010.

len auch bei der Überwachung des Senior Management im Fokus des Board stehen.<sup>82</sup> Schliesslich schlägt der Risikofokus auch auf die Verhaltensregeln durch, die ihrerseits in der Genehmigungs- und Umsetzungsverantwortung des Board liegen. Die Verhaltensregeln sollen dafür sorgen, dass Aktivitäten, die mit einem übermässigen Risiko behaftet sind, unterbleiben.<sup>83</sup>

#### 2. FINMA

Wie bei den Corporate Governance-Leitlinien des Basler Ausschusses werden auch beim FINMA-Rundschreiben „Überwachung und interne Kontrolle“ die Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Verwaltungsrats gleich am Anfang geregelt.

Dabei steht die Führungsverantwortung des Verwaltungsrats an erster Stelle: Der Verwaltungsrat ist das Organ für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG).<sup>84</sup> Der Begriff der Oberleitung<sup>85</sup> zeigt an, dass das Bankengesetz trotz der vorgeschriebenen personellen Trennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung (Art. 8 Abs. 2 BankV)<sup>86</sup> im Kern der monistischen Führungsstruktur folgt, die auch im Aktienrecht den Modellfall bildet. Grundsätzlich gilt denn auch, dass die Kernaufgaben des Verwaltungsrats gemäss Art. 716a OR die Kompetenzen des Bankverwaltungsrats im Sinne des Aufsichtsrechts konkretisieren.<sup>87</sup> Diese Aufgaben bilden eine zwingende Minimalpflicht,<sup>88</sup> aber keine beschränkende Obergrenze. Die aufsichtsrechtliche Praxis lässt es durchaus zu, dass der Bankverwaltungsrat Aufgaben wahrnimmt, die „unterhalb“ des Kernaufgabenbereichs von Art. 716a OR angesiedelt sind.<sup>89</sup> Die Schwierigkeiten, die etwa in Deutschland mit der Umsetzung der Basler Leitlinien bestehen,<sup>90</sup> treten also in der Schweiz nicht auf.

Der Risikofokus steht beim FINMA-Rundschreiben im Vordergrund. Bereits im zweiten Absatz zum Kapitel über den Verwaltungsrat wird Folgendes festgehalten: „Durch die aus einer systematischen Risikoanalyse abgeleitete interne Kontrolle und deren Überwachung stellt der Verwaltungsrat sicher, dass alle wesentlichen Risiken im Institut erfasst, begrenzt und überwacht werden.“<sup>91</sup> Die in den Basler Leitlinien neben die Genehmigungsverantwortung gestellte Umsetzungsverantwortung ist im FINMA-Rundschreiben also seit jeher verankert.

<sup>82</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 31.

<sup>83</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 27.

<sup>84</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 9.

<sup>85</sup> Oberleitung bedeutet nach Bockli, Aktienrecht, § 13 Rz. 307 „die strategische Führung der Gesellschaft [strategic direction], die Auswahl und Abgrenzung der konkreten Geschäftsfelder, die Festlegung der unternehmerischen Prioritäten und des Risikoprofils ... Zur Oberleitung gehört die Einrichtung und Überwachung des Risikomanagements, und vor allem die Eingriffsbereitschaft des Verwaltungsrats.“

<sup>86</sup> Das Parlament erhoffte sich davon eine Verstärkung des Gläubigerschutzes. Das Bankengesetz (1934) übernahm in dieser Frage die Funktion einer Entlastungsordnung. Mit der Einführung der Gewaltentrennung in einem besonders risikobehafteten Bereich konnte das Parlament nämlich bei der gleichzeitig beratenen Aktienrechtsrevision auf die Einführung der Gewaltentrennung verzichten. Vgl. dazu Emmenegger, Bankorganisationsrecht, S. 127f.

<sup>87</sup> Vgl. Emmenegger, Bankorganisationsrecht, S. 211 ff.

<sup>88</sup> Gemäss Art. 716a OR sind die dort aufgeführten Aufgaben unentziehbar und unübertragbar.

<sup>89</sup> Vgl. Emmenegger, Bankorganisationsrecht, S. 217 ff.

<sup>90</sup> Vgl. dazu Müllert, BKR 9 (2006), S. 359 f. Vgl. ferner Kirschbaum, BKR 9 (2006), S. 139 ff.

<sup>91</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 10.

## II. Umgang mit Interessenkonflikten

### 1. Basler Ausschuss

Bei der Banktätigkeit besteht auf verschiedensten Ebenen das Risiko von Interessenkonflikten.<sup>92</sup> Die Grundsätze 2010 behandeln das Thema schwergewichtig innerhalb von Grundsatz 3 (Organisation des Board) mit separatem Untertitel.<sup>93</sup> Die Leitlinien der Grundsätze 2006 werden weitgehend übernommen, stichwortartig geht es um Folgendes: Verfahren für Transaktionen mit nahestehenden Personen und Unternehmen, Offenlegung von bestehenden und möglichen Interessenkonflikten, Verhaltenspflichten bei Abstimmungen, Trennung der Eignerfunktion und der Aufsichtsfunktion bei staatlicher Beteiligung, Verantwortlichkeit gegenüber der Bank auch bei Entsendung durch den Mehrheitsaktionär, Offenlegung der Bankpolitik gegenüber der Öffentlichkeit und den Aufsichtsbehörden.<sup>94</sup>

Als förderlich für die Unabhängigkeit der Boardmitglieder erachtet der Basler Ausschuss zudem das Vorliegen (und damit auch die Zulassung) eines breiten Kandidatenfeldes, ein potentielles Risiko sieht er in geschäftsbezogenen Mehrfachmandaten und in den Cross-Memberships.<sup>95</sup> Als Risikobegrenzungsmaßnahme empfiehlt der Ausschuss neu die Ausarbeitung eines Bestätigungsverfahrens für Boardmitgliedschaften in anderen Unternehmen und eines Verfahrens bei Nicht-Einhaltung der Policy-Vorgaben.<sup>96</sup> Neu sind auch die Ausführungen zum Board-Präsidium, das gemäss Basler Ausschuss mit einem nicht-geschäftsführenden Mitglied besetzt werden sollte.<sup>97</sup> Auch die Spezialausschüsse sollen mit nicht geschäftsführenden und mehrheitlich unabhängigen Boardmitgliedern besetzt werden.<sup>98</sup>

Hinzu kommen verstärkte Formalisierungsvorgaben. Der Basler Ausschuss fordert die schriftliche Festlegung der Bankpolitik hinsichtlich des Umgangs mit Interessenkonflikten und einen Compliance-Prozess für ihre Umsetzung.<sup>99</sup>

### 2. FINMA

Das FINMA-Rundschreiben äussert sich ausführlich zur Unabhängigkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats. Im Sinne einer Generalklausel fordert das Rundschreiben, dass

<sup>92</sup> Vgl. *Basel Committee, Corporate Governance*, Rz. 27/2006, Rz. 55/2010: Kredittätigkeit und Eigenhandel, Geschäfte mit Unternehmen, die Boardmitgliedern oder Mitgliedern des Senior Management gehören, Konzernstrukturen. Vgl. auch Rz. 30/2006, Rz. 59/2010: Staatliche Beteiligung.

<sup>93</sup> Vgl. Grundsatz 3 (Organisation des Board), Rz. 55–59. Einzelhinweise auf Interessenkonflikte finden sich zudem in folgenden Grundsätzen: Grundsatz 2 (Qualifikation des Board): Rz. 39 Fn. 19; Grundsatz 9 (interne Kontrolle): Rz. 104. Für die Grundsätze 2006 vgl. Grundsatz 1 (Qualifikation des Board): Rz. 17, 18, 20; Grundsatz 2 (Führungsverantwortung): Rz. 26–30; Grundsatz 6 (Vergütung): Rz. 45, Grundsatz 7 (Transparenz): Rz. 50.

<sup>94</sup> Vgl. *Basel Committee, Corporate Governance*, Rz. 26/2006, Rz. 56/2010 (nahestehende Personen); Rz. 17/2006, Rz. 56/2010 (Offenlegung, Abstimmungen); Rz. 30/2006, Rz. 56/2010 (staatliche Beteiligung); Rz. 20/2006, Rz. 60/2010 (Mehrheitsaktionäre); Rz. 29/2006, Rz. 58/2010 (Publikums- und Aufsichtstransparenz).

<sup>95</sup> *Basel Committee, Corporate Governance 2010*, Rz. 39.

<sup>96</sup> *Basel Committee, Corporate Governance 2010*, Rz. 56.

<sup>97</sup> *Basel Committee, Corporate Governance 2010*, Rz. 43.

<sup>98</sup> *Basel Committee, Corporate Governance 2010*, Rz. 54.

<sup>99</sup> *Basel Committee, Corporate Governance 2010*, Rz. 56.

die Mitglieder des Verwaltungsrats ihre persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so ordnen, dass Interessenkonflikte mit der Bank möglichst vermieden werden.<sup>100</sup> Weiter wiederholt es den Grundsatz der personellen Trennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, die bereits in Art. 8 Abs. 2 BankV vorgeschrieben ist.<sup>101</sup> Daneben legt es fest, dass der Verwaltungsrat mindestens zu einem Drittel aus Mitgliedern bestehen sollte, welche die im Rundschreiben aufgeführten Unabhängigkeitskriterien erfüllen. Diese Mitglieder sind im Jahresbericht namentlich aufzuführen, die Unterlassung ist begründungspflichtig. Als Mindeststandard für die Unabhängigkeit gelten folgende Kriterien: Keine andere Funktion innerhalb der Bank (aktuell oder innerhalb der letzten zwei Jahre), keine Funktion als leitender Prüfer (aktuell oder innerhalb der letzten zwei Jahre), keine geschäftlichen Beziehungen zur Bank, die aufgrund ihrer Art oder ihres Umfangs zu Interessenkonflikten führen könnte, keine qualifizierte Beteiligung oder Vertretung eines qualifizierten Beteiligten.<sup>102</sup> Schliesslich bestehen besondere Vorschriften bei Banken mit staatlicher Beteiligung.<sup>103</sup>

## III. Einrichtung von Spezialausschüssen

Dass die Boardmitglieder fachlich qualifiziert und zeitlich verfügbar sein müssen, ist eine Selbstverständlichkeit, auch wenn dies sowohl in den Basler Leitlinien als auch im FINMA-Rundschreiben besonders hervorgehoben wird.<sup>104</sup> Dasselbe gilt für die Funktionsweise als Führungsgremium; hier empfehlen die Basler Leitlinien neuerdings eine periodische externe Evaluation.<sup>105</sup> Besonders in grösseren Banken, die im Hinblick auf die Fachqualifikation und die zeitliche Verfügbarkeit erhöhte Bedürfnisse haben, kann die Führungsverantwortung nur unter Zuhilfenahme von Spezialausschüssen wahrgenommen werden. Sowohl die Basler Leitlinien als auch das FINMA-Rundschreiben befassen sich mit dieser Thematik.

### 1. Basler Ausschuss

Mit Blick auf die Spezialausschüsse ist die Neufassung der Grundsätze 2010 strenger gefasst. Für grosse und international tätige Banken wird neu die zwingende Einrichtung eines Revisionsausschusses (Audit Committee) vorgeschlagen.<sup>106</sup> Auffällig ist auch die verschärfte Gangart im Hinblick auf die Besetzung der Spezialausschüsse. Die Grundsätze 2006 empfehlen lediglich mit Blick auf den Revisionsausschuss die Besetzung aus vorwiegend unabhängigen und vorzugsweise nicht geschäftsführenden Mitgliedern.<sup>107</sup> Für die anderen Ausschüsse wird die Vertretung durch geschäftsführende Mitglieder

<sup>100</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 18.

<sup>101</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 19.

<sup>102</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 21–24.

<sup>103</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 26 f.

<sup>104</sup> *Basel Committee, Corporate Governance*, Grundsatz 1/2006, Grundsatz 2/2010; FINMA-RS 08/24, Rz. 17.

<sup>105</sup> *Basel Committee, Corporate Governance 2010*, Rz. 43 (Evaluation). Anders als die Basler Leitlinien begnügt sich das FINMA-Rundschreiben mit einer Selbstevaluation des Verwaltungsrats, vgl. FINMA-RS 08/24, Rz. 17.

<sup>106</sup> *Basel Committee, Corporate Governance 2010*, Rz. 50. Vgl. demgegenüber Rz. 22/2006 („appropriate and beneficial“).

<sup>107</sup> *Basel Committee, Corporate Governance 2006*, Rz. 23.

ausdrücklich gebilligt.<sup>108</sup> Die Grundsätze 2010 empfehlen dagegen für alle Ausschüsse die Besetzung mit nicht geschäftsführenden und mehrheitlich unabhängigen Boardmitgliedern.<sup>109</sup> Nicht beantwortet wird hingegen die Frage, woher die „fachkundigen Unabhängigen“ rekrutiert werden könnten.<sup>110</sup>

## 2. FINMA

Das FINMA-Rundschreiben widmet dem Ausschusswesen ein eigenes Kapitel. Im Zentrum steht dabei die Einrichtung des Audit Committee. Hier geht das Rundschreiben sowohl in der Vorgabe zur Errichtung wie auch in der detaillierten Regelung der Aufgaben des Audit Committee deutlich über die Leitlinien des Basler Ausschusses hinaus.

Sobald eine bestimmte Grösse oder Komplexität erreicht ist, wird die Einrichtung eines Audit Committee verlangt.<sup>111</sup> Ausnahmen sind im Jahresbericht zu begründen, wobei dies nur die formelle Existenz eines Audit Committee betrifft.<sup>112</sup> Die Funktionen sind diesfalls von einem oder zwei unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zu übernehmen;<sup>113</sup> wird die Funktion vom Verwaltungsratsvorsitzenden erfüllt, so hat die FINMA dies zu genehmigen, ausserdem ist dies im Jahresbericht zu begründen.<sup>114</sup>

Sehr ausführlich Stellung bezieht das Rundschreiben hinsichtlich der Anforderungen und der Aufgaben des Audit Committee.<sup>115</sup> Stichwortartig können die Aufgaben wie folgt zusammengefasst werden: Überwachung und Beurteilung der Integrität der Finanzabschlüsse, Überwachung und Beurteilung der internen Kontrolle im Bereich der finanziellen Berichterstattung, Überwachung und Beurteilung der Wirksamkeit der Prüfgesellschaft sowie deren Zusammenwirken mit der internen Revision, Beurteilung der über den Bereich der finanziellen Berichterstattung hinausgehenden internen Kontrolle und internen Revision.<sup>116</sup> Trotz der umfassenden Aufgabendelegation bleibt die Verantwortung für die übertragenen Aufgaben beim Gesamtverwaltungsrat.<sup>117</sup>

## IV. Komplexe Gesellschaftsstrukturen

### 1. Basler Ausschuss

Es gibt kaum Banken, die nicht in irgendeiner Form in eine Gruppenstruktur eingebunden sind, wobei zwischen den klassischen Konzernstrukturen und den operationell bedingten Gruppenstrukturen auf der Ebene der Einzelbank zu unterscheiden ist.

<sup>108</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2006, Rz. 24.

<sup>109</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 54.

<sup>110</sup> Zum Rekrutierungsproblem der Banken siehe etwa *Kirkpatrick*, Financial Market Trends 2009, S. 22 f.

<sup>111</sup> Zu den Kriterien vgl. FINMA-RS 08/24, Rz. 32–36. Stichwortartig: Bilanzsumme > 5 Mrd. CHF, Depotvolumen > 10 Mrd. CHF, erforderliche Eigenmittel > 200 Mio. CHF, Kotierung.

<sup>112</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 30, 37.

<sup>113</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 30.

<sup>114</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 30.

<sup>115</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 38–53. Kritisch insb. zum Erfordernis der Unabhängigkeit: *Bizzozero/Pernollet*, Le projet de circulaire CFB, S. 112 f.

<sup>116</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 41–53.

<sup>117</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 31.

Die Basler Leitlinien äussern sich zu beiden Erscheinungsformen (sachgerecht) in unterschiedlichen Grundsätzen.

Die Corporate Governance Fragen der klassischen Konzernstruktur werden in den Grundsätzen 2010 nunmehr konsolidiert in Grundsatz 4 behandelt,<sup>118</sup> der – deutlich pointierter als die Grundsätze 2006 – dem Board der Muttergesellschaft die (direkte!) Verantwortung für die angemessene konzernweite Corporate Governance zuweist.<sup>119</sup> Damit verknüpft ist die Aufgabe des Board der Muttergesellschaft, die Tochtergesellschaft angemessen zu beaufsichtigen und dafür zu sorgen, dass diese sowohl die Governance-Standards der Gruppe als auch die lokalen Governance-Standards einhält.<sup>120</sup> Handelt es sich bei der Tochtergesellschaft um eine Bank, so hat deren Board seine eigenen Governance-Verantwortlichkeiten wahrzunehmen; die Entscheidungen der Muttergesellschaft sind auf ihre Vereinbarkeit mit den eigenen gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Pflichten zu prüfen.<sup>121</sup>

Neben diesen klassischen Konzernfragen befassen sich die Basler Leitlinien auch mit den Corporate Governance Fragen der operationell bedingten Gruppenstrukturen. Ihnen sind neu zwei Grundsätze gewidmet (Grundsätze 12 und 13).<sup>122</sup> Die optimale Nutzung des Geschäftsumfelds führt dazu, dass die Banken sich durchweg eine Gesellschaftsstruktur geben, die aus einer Vielzahl von verschiedenen, international verteilten Rechtseinheiten besteht.<sup>123</sup> Hinzu kommen zwei weitere Aspekte: Erstens gehen die Banken vermehrt dazu über, für ihre Organisation Matrix-Strukturen einzuführen, bei denen die Führungslinien nicht mehr den Rechtseinheiten folgen.<sup>124</sup> Zweitens ist die erwähnte internationale Ausrichtung regelmässig mit dem Einsatz von intransparenten Rechtskonstrukten (z. B. Special Purpose Vehicles) und der Tätigkeit in Gebieten mit Rechtssystemen verbunden, die den internationalen Aufsichtsstandards nicht entsprechen.<sup>125</sup> Im Ergebnis sind mit den komplexen Gesellschaftsstrukturen bedeutende Risiken verbunden. Die Empfehlung der Basler Leitsätze 2006 an den Board und das Senior Management lautete: „know your structure.“<sup>126</sup> Die Grundsätze 2010 ergänzen diese Empfehlung um das Prinzip des „understand your structure“.<sup>127</sup> Zur Konkretisierung des ersten Prinzips wird unter anderem empfohlen, den Prozess für die Errichtung neuer Rechtseinheiten zu zentralisieren und einem allgemeinen Kriterienkatalog zu unterstellen, zudem sollten die Informationen über die Struktur der Bank jederzeit verfügbar sein.<sup>128</sup> Mit Blick auf das zweite Prinzip mahnt der Basler Ausschuss an, die Bank solle sich bei der Bedienung von Offshore-Strukturen zugunsten der Bankkunden über die damit verbundenen Risiken Rechenschaft geben.<sup>129</sup> Zur Begrenzung der Risiken empfiehlt er die Einrichtung von Kontrollprozessen.<sup>130</sup>

<sup>118</sup> In den Grundsätzen 2006 waren die Konzernfragen noch über Grundsätze 2 und 3 verteilt, vgl. *Basel Committee*, Corporate Governance Rz. 27 ff./2006.

<sup>119</sup> Vgl. demgegenüber *Basel Committee*, Corporate Governance 2006, Rz. 33 (Verantwortung des Boards der Muttergesellschaft für die Festlegung der Führungsstruktur in der Tochtergesellschaft).

<sup>120</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 61.

<sup>121</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 64.

<sup>122</sup> In den Grundsätzen 2006 war es noch ein Grundsatz (Grundsatz 8).

<sup>123</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance, Rz. 52/2006, Rz. 114/2010.

<sup>124</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 116. In den Grundsätzen 2006 wird diese Problematik nicht aufgegriffen.

<sup>125</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance, Rz. 53/2006, Rz. 120 f./2010.

<sup>126</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance, Grundsatz 8/2006, Grundsatz 12/2010.

<sup>127</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Grundsatz 13.

<sup>128</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 117.

<sup>129</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance, Rz. 53/2006, Rz. 121/2010.

<sup>130</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 122 f.

## 2. FINMA

Das FINMA-Rundschreiben gilt auch für Finanzgruppen. Konzernspezifische Ausführungen finden sich allerdings nur punktuell und verteilt auf die einzelnen Kompetenzbereiche, etwa in den Bereichen der Risikoanalyse durch den Verwaltungsrat,<sup>131</sup> der internen Revision<sup>132</sup> und der Analyse der Konzernrechnung durch das Audit Committee.<sup>133</sup> Selbstverständlich gehören die klassischen Konzernfragen, einschliesslich der Matrix-Strukturen (die in der Aufsichtspraxis auch zu den „klassischen“ Konzernfragen zu zählen sind) sowie die Offshore-Tätigkeiten zu den aufsichtsrechtlich relevanten Themenbereichen.<sup>134</sup> Das Rundschreiben gibt aber seinen Adressaten keine detaillierten Anweisungen hierzu. In der Zwischenzeit hat das US-Kundengeschäft der UBS in aller Deutlichkeit vorgeführt, welche Risiken mit Offshore-Tätigkeiten und der Einrichtung von speziellen Rechtsvehikeln für Bankkunden verbunden sind.<sup>135</sup> Die von den US-Behörden eingeleiteten Verfahren haben im Ergebnis massgeblich dazu beigetragen, dass das Schweizerische Bankgeheimnis in seiner traditionellen Ausgestaltung aufgegeben wurde.

## V. Vergütung

Die meisten Studien und Berichte orten bei den Vergütungssystemen der Banken eine Mitursache für die Finanzkrise.<sup>136</sup> Dies, aber auch die öffentliche Empörung über Millionen-Boni in Zeiten von Milliardenverlusten, hat die Vergütungsfrage ins Zentrum der Corporate Governance-Diskussion gerückt.

### 1. Basler Ausschuss

Bereits die Basler Leitlinien 2006 hatten der Vergütungspolitik einen Grundsatz gewidmet, in den revidierten Leitlinien 2010 sind es deren zwei.<sup>137</sup> Das Netz ist insgesamt sehr viel enger geflochten und gleichzeitig breiter gespannt, denn die Grundsätze 2010 formulieren zwar einige Eckpunkte, sie verweisen aber darüber hinaus auf die einschlä-

<sup>131</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 10.

<sup>132</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 57, 61.

<sup>133</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 42.

<sup>134</sup> Zu den Konzernregeln im Bankengesetz etwa *Nobel*, *Corporate Governance*, S. 839 f.

<sup>135</sup> Für einen Überblick über die „Steueroptimierungspraxis“ zugunsten der US-Kunden vgl. BVGer A-7789/2009 vom 21. 1. 2010, Sachverhaltspunkt C, S. 2 f. (abrufbar unter: <www.bvger.ch>, Entscheide). Die EBK (heutige FINMA) stellte mit Verfügung vom 21. 12. 2008 fest, dass die UBS über lange Zeit nicht beherrschbare Rechts- und Reputationsrisiken eingegangen war und damit gegen die Gewährs- und Organisationsvorschriften des Bankengesetzes verstossen hatte. Zur Verfügung und ihrem Hintergrund vgl. *FINMA*, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA, passim.

<sup>136</sup> *Cheffins*, *Corporate Governance*, S. 31 f.; *FSA*, *Reforming remuneration practices*, Rz. 1.18; *FSF*, *Enhancing Market and Institutional Resilience 2008*, S. 8; *Kirkpatrick*, *New Market Trends 2009*, S. 12 ff.; *Department of the Treasury*, *Financial Regulatory Reform*, S. 29; *Institute of International Finance*, *Final Report*, S. 11. Skeptisch: *Becht*, *Corporate Governance*, S. 170; *Nestor Advisors*, *Bank Boards*, S. 95 (beide mit dem Argument fehlender empirischer Nachweise). Weitere Hinweise auf Studien bei *Müllbert*, *Corporate Governance of Banks 2010*, S. 31 f. (keine klaren Ergebnisse zugunsten der Krisenerheblichkeit der Vergütungsstrukturen).

<sup>137</sup> Vgl. *Basel Committee*, *Corporate Governance*, Grundsatz 6/2006, Grundsätze 10, 11/2010.

gigen Grundsätze des Financial Stability Board (FSB) zu den Vergütungsstandards.<sup>138</sup> Grössere Banken sollen die FSB-Grundsätze umfassend umsetzen, kleinere Banken nach Massgabe der nationalen Aufsichtsbehörden.<sup>139</sup>

Grundsatz 10 der Leitlinien 2010 verweist die Vergütungsfrage in den Verantwortungsbereich des Board, der das Vergütungssystem und seine Funktionsweise aktiv (sic) überwachen soll. Für den aktiven Part sind vor allem die unabhängigen und nicht geschäftsführenden Boardmitglieder gefordert, die gleichzeitig das notwendige Fachwissen mitbringen sollten<sup>140</sup> – die oft beschriebene Quadratur des Kreises.<sup>141</sup> Grundsatz 11 enthält die materiellen Kernpunkte des Vergütungssystems. Knapp gesagt geht es darum, dass die Vergütung der Mitarbeitenden sich an einem vorsichtigen Umgang mit den Geschäftsrisiken und am langfristigen Geschäftserfolg der Bank orientiert.<sup>142</sup>

## 2. FINMA

Wurde bis zur Finanzkrise die Vergütungsfrage nicht als Problem der prudentiellen Corporate Governance-Problem wahrgenommen,<sup>143</sup> so existiert heute mit dem Rundschreiben „Vergütungssysteme“ eine Regulierung, die sich an den FSB-Standards orientiert und daher auch weitgehend den Basler Grundsätzen entspricht. Zuständig für die Ausgestaltung und Umsetzung der Vergütungspolitik ist der Verwaltungsrat (Grundsatz 1), der hierfür unabhängige Funktionen – etwa die interne Revision – und Spezialisten beizieht (Grundsatz 3). Im Ergebnis wird damit die Unabhängigkeit der Vergütungspolitik angestrebt, wie sie auch der Basler Ausschuss durch den aktiven Part der nicht geschäftsführenden und unabhängigen Boardmitgliedern bei der Festlegung der Vergütungspolitik sicherstellen will.<sup>144</sup> Was die materiellen Kernpunkte angeht, so verlangt das Rundschreiben ähnlich wie der Basler Grundsatz 11, dass die Struktur und Höhe der Gesamtvergütungen mit der Risikopolitik der Bank übereinstimmen und das Risikobewusstsein fördern (Grundsatz 4). Das Vergütungssystem ist zudem langfristig ausgerichtet (Grundsatz 2), namentlich sollen die variablen Vergütungen langfristig vom wirtschaftlichen Erfolg der Bank gedeckt sein (Grundsatz 5). Zudem regelt das Rundschreiben sowohl die interne als auch die externe Kommunikation der Vergütung: Das System ist einfach, transparent und umsetzbar ausgestaltet, es wird gegenüber den betroffenen Personen klar kommuniziert (Grundsatz 2) und gegenüber der Öffentlichkeit im Hinblick auf alle Mitarbeitenden summarisch offengelegt (Grundsatz 9).<sup>145</sup>

<sup>138</sup> *Basel Committee*, *Corporate Governance 2010*, Rz. 105, unter Hinweis auf *FSF*, *Sound Compensation Practices*, April 2009; *FSB*, *Sound Compensation Practices and Implementation Standards*, September 2009; *Basel Committee*, *Compensation Principles and Standards Assessment Methodology*, Januar 2010.

<sup>139</sup> *Basel Committee*, *Corporate Governance 2010*, Rz. 106.

<sup>140</sup> *Basel Committee*, *Corporate Governance 2010*, Rz. 107.

<sup>141</sup> *Hopt*, *Corporate Governance*, S. 872 (generell mit Blick auf das Doppelerfordernis von Unabhängigkeit und Qualifikation). Vgl. weiter *Kirkpatrick*, *Financial Market Trends 2009*, S. 22.

<sup>142</sup> *Basel Committee*, *Corporate Governance 2010*, Grundsatz 11 und Rz. 110–113.

<sup>143</sup> Vgl. die summarische Regelung in *FINMA-RS 08/24*, Rz. 13.

<sup>144</sup> *Basel Committee*, *Corporate Governance 2010*, Rz. 107.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu auch die Erläuterungen zu Grundsatz 9 in *FINMA-RS 10/1*, Rz. 63 ff. sowie *FINMA*, *Erläuterungsbericht*, S. 48 f. Weniger weitgehend die *FSB-Standards*, vgl. *FSB*, *Implementation Standards*, Rz. 15.

Die betroffenen Banken<sup>146</sup> müssen das Rundschreiben ab dem 1.1. 2011 vollständig einhalten.<sup>147</sup> Für die mit Staatsmitteln unterstützte UBS galt es aufgrund einer Vereinbarung der Bank mit dem Finanzdepartement und der Nationalbank bereits für das Geschäftsjahr 2009<sup>148</sup> – mit dem Ergebnis, dass die ursprünglich vorgesehene Gesamtvergütung in Höhe von 4 Mrd. CHF nach Gesprächen mit der FINMA auf 2,9 Mrd. CHF reduziert wurde.<sup>149</sup> Ob das Rundschreiben sich auch in Zukunft als „Boni-Dämpfer“ auswirken wird, ist offen. Für das Geschäftsjahr 2009 zahlten die Schweizer Banken jedenfalls noch beachtliche Summen aus.<sup>150</sup>

## VI. Risikomanagement und interne Kontrolle

Einer der Kernpunkte der Corporate-Governance-bezogenen Analysen der Finanzkrise betraf das weitgehende Versagen des Risikomanagements, und zwar weniger hinsichtlich der mathematischen Modelle als vielmehr bezüglich der internen Prozesse, die den Board bei der Formulierung und Umsetzung einer adäquaten Risikostrategie unterstützen sollen.<sup>151</sup> Die neuen Basler Leitlinien haben diesen Aspekt berücksichtigt und die Grundsätze über das Risikomanagement stark ausgebaut. Drei neue Grundsätze befassen sich mit dem Risikomanagement (Grundsätze 6 bis 8); sie übernehmen weitgehend die Erkenntnisse und Empfehlungen, die der Basler Ausschuss im Juli 2009 im Zusammenhang mit der Stärkung von Basel II (Enhancements to the Basel II framework) veröffentlicht hatte.<sup>152</sup> Ein vierter Grundsatz ist bereits in den Grundsätzen 2006 enthalten, er verlangt die effektive Nutzung der Arbeiten der verschiedenen internen Kontrollinstanzen.<sup>153</sup> Auch das FINMA-Rundschreiben ist massgeblich von der Risikoperspektive geprägt, allerdings bestehen im Vergleich zu den Basler Grundsätzen sowohl terminologische als auch konzeptionelle Unterschiede.<sup>154</sup> Letztere sind unter anderem darauf zurückzuführen, dass das Rundschreiben aus dem Jahr 2006 datiert und sich die neusten Erkenntnisse darin noch nicht niedergeschlagen haben.<sup>155</sup>

<sup>146</sup> Siehe FINMA-RS 10/1, Rz. 4 ff.

<sup>147</sup> FINMA-RS 10/1, Rz. 81.

<sup>148</sup> FINMA, Pressemitteilung vom 3. 6. 2009.

<sup>149</sup> Vgl. NZZ am Sonntag vom 14. 2. 2010, S. 39. Sehr kritisch würdigten die Aktionäre den Vergütungsbericht des Verwaltungsrats für das Jahr 2009: Er wurde an der Generalversammlung vom 14. 4. 2010 nur knapp gutgeheissen (54,72 % Ja, 39,4 % Nein, 5,85 % Enthaltungen). Vgl. NZZ vom 15. 4. 2010, S. 25.

<sup>150</sup> So erhielt etwa der CEO der Credit Suisse 71 Mio. CHF. Vgl. NZZ vom 3. 4. 2010, S. 7. Davon entfiel ein Anteil von 51,8 Mio. CHF auf ein langfristiges Vergütungsprogramm, das Ende 2009 fällig wurde.

<sup>151</sup> Vgl. *Nestor Advisors*, Bank Boards, S. 48 f.; *Kirkpatrick*, Financial Market Trends 2009, S. 2 (main conclusions). Instrukтив auch *UBS*, Shareholder Report on write-downs, passim. Vgl. auch *FSA*, Turner Review 2009, S. 22 (Konzept des Value-at-Risk nur als ein Faktor unter vielen).

<sup>152</sup> Vgl. *Basel Committee*, Enhancements to the Basel II framework, Rz. 1 ff.

<sup>153</sup> Grundsatz 9/2010, Grundsatz 5/2006. Für die Grundsätze 2006 siehe zudem Rz. 38/2006 (Einrichtung eines effektiven internen Kontrollsystems).

<sup>154</sup> In terminologischer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass die Basler Grundsätze das Risikomanagement und die interne Kontrolle als zwei parallele Prozesse verstehen (Rz. 69 f./2010), während die *FINMA* die interne Kontrolle als Oberbegriff für die Gesamtheit der Kontrollstrukturen verwendet, der auch das Risikomanagement umfasst (FINMA-RS 10/1, Rz. 2). Auf die terminologischen Unterschiede wird auch in den Basler Grundsätzen hingewiesen, vgl. *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 69 Fn. 23.

<sup>155</sup> Für einen Vergleich zwischen dem FINMA-Rundschreiben und den internationalen Entwicklungen vgl. *Emmenegger/Kurzbein*, GesKR 2010, S. 467 ff.

## 1. Risikomanagement-Funktion (CRO)

### a) Basler Ausschuss

Bereits in den Grundsätzen 2006 wurde die Bedeutung einer unabhängigen Risikomanagementfunktion hervorgehoben.<sup>156</sup> Die Grundsätze 2010 halten dies in einem eigenen Grundsatz fest und empfehlen – jedenfalls für grosse und international aktive Banken sowie für Banken mit entsprechendem Risikoprofil – den Einsatz einer Risikomanagement-Funktion, üblicherweise in Gestalt eines Chief Risk Officers (CRO). Die Analysen der Finanzkrise unter der bankspezifischen Corporate Governance Perspektive diagnostizierten in diesem Bereich massgebliche Schwächen und sahen einen Korrekturbedarf.<sup>157</sup> Die neuen Standards des Basler Ausschusses setzen die vorgeschlagenen Verbesserungen weitgehend um.

Der CRO ist zuständig für das Risikomanagement.<sup>158</sup> Risikomanagement umfasst die Identifikation, Bemessung, Überwachung, Kontrolle oder Begrenzung der Risikopositionen sowie die Berichterstattung über diese Themen.<sup>159</sup> Die Basler Grundsätze 2010 äussern sich ausführlich zur Stellung des CRO innerhalb der Bank. Zentrale Elemente der CRO-Funktion sind die Exklusivität, die Unabhängigkeit, die genügenden Ressourcen<sup>160</sup> und der direkte Zugang zum Board.<sup>161</sup> Der CRO selbst sollte über genügend Status, Autorität und Seniorität verfügen, um die Entscheidungen über die Risikopositionen der Bank zu beeinflussen.<sup>162</sup> Vor allem aber werden für die Absetzung des CRO gewisse Hürden aufgebaut, indem der Board seinen Beschluss öffentlich bekannt machen und ihn gegenüber der Aufsichtsbehörde begründen soll.<sup>163</sup>

### b) FINMA

Gleich wie der Basler Ausschuss versteht die FINMA das Risikomanagement als Prozess, der die Identifikation, Messung, Beurteilung, Steuerung und Berichterstattung über Risikopositionen umfasst.<sup>164</sup> Dieser Prozess erfolgt „auf den jeweils geeigneten organisatorischen Ebenen.“<sup>165</sup> Risikomanagement wird also ausschliesslich prozess-

<sup>156</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2006, Rz. 14.

<sup>157</sup> Vgl. etwa *Nestor Advisors*, Bank Boards, S. 6: Von den 27 untersuchten Banken war nur in einer Bank der CRO auf der Ebene des Boards vertreten. Nach Auffassung der Autoren werden die Boards künftig dem Profil und dem Status des CRO eine zentrale Rolle einräumen. Vgl. auch *Kirkpatrick*, Financial Market Trends 2009, S. 20 (starker CRO stärkt das Risikomanagement); *Senior Supervisors Group*, Observations, S. 3 ff. (CRO ausdrücklich Bestandteil des für das Risikomanagement verantwortlichen Senior Management Teams) und bereits *Institute of International Finance*, Final Report, S. 36 ff.

<sup>158</sup> Dies entspricht nicht der europäischen Konzeption und Terminologie, vgl. *CEBS*, Internal Governance, Principle 24.

<sup>159</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 75. Für den Begriff des Risikomanagements siehe Rz. 69.

<sup>160</sup> Dies äussert sich auch in der Besetzung mit qualifiziertem Risikomanagement-Personal. Vgl. *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 79.

<sup>161</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 70 (Exklusivität), Rz. 72, 77 (Unabhängigkeit), Rz. 78 (Ressourcen), Rz. 72 (Zugang zum Board). In Ansätzen bereits in *Basel Committee*, Enhancements to the Basel II framework, Rz. 19.

<sup>162</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 73, 76. Für diesbezügliche Empfehlungen siehe etwa *Institute of International Finance*, Final Report, S. 36 f.; *Nestor Advisors*, Bank Boards, S. 59 ff. Eine zu schwache Stellung der Risikomanagement-Einheit gegenüber den Händlern (namentlich eine zu ehrerbietige Haltung gegenüber gewissen Händlern) diagnostizierte der FSA im Hinblick auf die Credit Suisse, siehe *FSA*, Final notice to Credit Suisse First Boston, S. 4 ff.

<sup>163</sup> *Basel Committee*, Corporate Governance 2010, Rz. 72.

<sup>164</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 126.

<sup>165</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 126.

bezogen verstanden. Die Einrichtung einer Risikomanagement-Funktion schreibt das Rundschreiben nicht vor. Was es dagegen verlangt, ist die Einrichtung einer Risikokontrollfunktion, die insbesondere das eingegangene Risikoprofil der Bank überwachen soll.<sup>166</sup> Verglichen mit der CRO-Funktion der Basler Grundsätze ist die Risikokontrollfunktion weniger umfassend und weniger einflussreich. Zwar hat die Bank ein Mitglied der Geschäftsleitung zu bestimmen, das für die Risikokontrolle zuständig ist.<sup>167</sup> Konzeptionell bleibt aber die Risikokontrolle eine Analyse- und Kontrollfunktion und nicht eine mitbestimmende Managementfunktion.

## 2. Risikoanalyse

### a) Basler Ausschuss

Die Grundsätze 2010 widmen der Risikoanalyse einen eigenen Grundsatz. Der Basler Ausschuss empfiehlt die fortlaufende Identifikation und Überwachung der Risiken sowohl auf der Gesamtstufe als auch auf der Stufe der einzelnen Unternehmenseinheiten der Bank, zudem sollte die Infrastruktur des Risikomanagements und der internen Kontrolle mit dem wachsenden Risikoprofil der Bank und dem externen Risikoumfeld Schritt halten.<sup>168</sup> Der Board wird aufgefordert, die Qualität, Vollständigkeit und Exaktheit des Datenmaterials zu prüfen, das der Risikoanalyse zugrunde liegt.<sup>169</sup> Ihm und dem Senior Management obliegt es, das Risikobewusstsein und das Risikomanagement innerhalb der Bank zu fördern.<sup>170</sup> Die Erläuterungen zu Grundsatz 7 lesen sich wie ein Erfahrungsbericht im Nachgang zur Finanzkrise: Allzu optimistische Risikomodelle sind zu vermeiden,<sup>171</sup> externe Risikobeurteilungen – etwa durch Ratingagenturen – befreien nicht von der Verantwortung für eine eigenständige Risikoanalyse.<sup>172</sup> Schliesslich sollen neue Finanzprodukte einen Genehmigungsprozess durchlaufen, der eine umfassende Risikobeurteilung beinhaltet und der nur dann in der Lancierung des Produkts mündet, wenn vom Fachwissen über die Technologie bis zu den Rechtsrisiken alle nötigen Instrumente zum Risikomanagement vorhanden sind.<sup>173</sup>

### b) FINMA

Im FINMA-Rundschreiben ist die Risikoanalyse Aufgabe der Risikokontrolle.<sup>174</sup> Die Risikokontrolle überwacht das eingegangene Risikoprofil der Bank, sie stellt die für die Risikoüberwachung notwendigen Risikoinformationen bereit und legt die Grundlage für die unternehmerische Risikopolitik (Risk Policy), der Risikobereitschaft (Risk Appetite) sowie der Risikolimiten, die von der Geschäftsleitung oder dem Verwaltungsrat zu genehmigen sind.<sup>175</sup>

<sup>166</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 112, 122.

<sup>167</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 115.

<sup>168</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Grundsatz 7.

<sup>169</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 81. Vgl. hierzu auch *Institute of International Finance*, Final Report, S. 10 (technische Grenzen der Datenmodelle).

<sup>170</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 91.

<sup>171</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 80.

<sup>172</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 84.

<sup>173</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 88. In abgeschwächter Form bereits vorhanden in Rz. 54, 56/2006.

<sup>174</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 122. Die Risikokontrolle kann aus verschiedenen Stellen bestehen, die allerdings alle an das zuständige Geschäftsleitungsmitglied rapportieren, vgl. Rz. 116.

<sup>175</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 122.

Insgesamt ist das FINMA-Rundschreiben im Vergleich zu den Basler Grundsätzen noch ganz der „klassischen“ Risikoanalyse verhaftet; die Erfahrungen aus der Finanzkrise und die daraus resultierenden Empfehlungen finden sich darin nicht.<sup>176</sup>

## 3. Risiko-Kommunikation

### a) Basler Ausschuss

Ein effektives Risikomanagement setzt voraus, dass die Bank über eine funktionierende Risiko-Kommunikation verfügt, und zwar sowohl quer durch die Organisationseinheiten der Bank hindurch als auch im Hinblick auf die Berichterstattung an den Board und das Senior Management.<sup>177</sup> Die vertikale Berichterstattung soll dynamisch, umfassend und akkurat sein sowie ein Gesamtbild über die unternehmensweiten Risiken vermitteln.<sup>178</sup> Der Basler Ausschuss weist zudem auf die besondere Gefährdung hin, die für das Risikomanagement mit der organisatorischen Trennung von Einheiten (organisational silos) verbunden sein kann<sup>179</sup> – eine Analyse, die durch die Erfahrungen der UBS gestützt wird.<sup>180</sup>

### b) FINMA

Auch beim Thema „Kommunikation und Koordination“ fällt sofort auf, dass das FINMA-Rundschreiben aus den Zeiten vor der Finanzkrise datiert. Zwar muss die Risikokontrolle der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat über die Risiken bzw. Risikopositionen berichten,<sup>181</sup> und auch die interne Revision unterliegt regelmässigen Informationspflichten.<sup>182</sup> Anders als die sehr ausführlich gehaltenen Basler Empfehlungen äussert sich das Rundschreiben nicht zur Ausgestaltung der Berichterstattung, etwa zur Frage der Balance zwischen dem „Zuviel“ und dem „Zuwenig“ an Information,<sup>183</sup> der Frage einer institutionalisierten Beurteilung der Qualität und Quantität der Information durch den Board,<sup>184</sup> den Hinweisen auf die Grenzen von Risikoeinschätzungen,<sup>185</sup> etc.

## 4. Nutzung der Kontrollfunktionen

### a) Basler Ausschuss

Mit einem effektiven Risikomanagement verbunden ist auch die Empfehlung an den Board und das Senior Management, die Arbeiten der internen und externen Revision

<sup>176</sup> Siehe dazu *Emmenegger/Kurzbein*, GesKR 2010, S. 467 ff.

<sup>177</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Grundsatz 8. Vgl. zum Informationsfluss an das Senior Management auch *Senior Supervisors Group*, Observations, S. 9; vgl. ferner *Institute of International Finance*, Final Report, S. 39 (Principle I.iv; „firm-wide approach“).

<sup>178</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 97.

<sup>179</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 98.

<sup>180</sup> Vgl. UBS, Shareholder Report, S. 35, 40. Vgl. hierzu auch *Kirkpatrick*, Financial Market Trends 2009, S. 11 f; *Senior Supervisors Group*, Observations, S. 9; *Nestor Advisors*, Bank Boards, S. 61.

<sup>181</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 124 (mindestens halbjährlicher Bericht an die Geschäftsleitung), Rz. 125 (mindestens jährlicher Bericht an den Verwaltungsrat).

<sup>182</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 75–77.

<sup>183</sup> Vgl. Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 95.

<sup>184</sup> Vgl. Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 94.

<sup>185</sup> Vgl. Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 97.

sowie der internen Kontrollfunktion für ihre Führungsaufgabe zu nutzen.<sup>186</sup> Diese Empfehlung ist bereits in den Grundsätzen 2006 enthalten.<sup>187</sup> Mit Blick auf die interne Revision wird neben der Betonung der Unabhängigkeit und dem direkten Zugang zum Board im Entwurf 2010 verstärkt auf die Rolle der internen Revision bei der Beurteilung der Effektivität des Risikomanagements, der internen Kontrollfunktionen und der Berichterstattung hingewiesen.<sup>188</sup> Sodann legen die Grundsätze 2010 mehr Gewicht auf die Verantwortung des Board und des Senior Management für die finanzielle Berichterstattung, entsprechend kürzer fallen die Ausführungen zur Rolle der externen Revision aus.<sup>189</sup> Deziert ist auch die Forderung nach regelmässigen Treffen der nicht geschäftsführenden Boardmitglieder mit den externen Revisoren und den Leitern der internen Revision und der Compliance-Funktion. Die Grundsätze 2006 erachten ein solches Vorgehen als „vorteilhaft“, die Grundsätze 2010 sprechen von einem „Recht“, das den fraglichen Boardmitgliedern einzuräumen ist.<sup>190</sup> Gleichbleibend ist die Empfehlung hinsichtlich der Einrichtung von starken internen Kontrollfunktionen und wirksamen Compliance-Funktionen.<sup>191</sup>

## b) FINMA

Aufgrund der lateralen Regulierungsstruktur werden die interne Revision und die Compliance-Funktion im FINMA-Rundschreiben unter einem eigenen Titel behandelt.<sup>192</sup> Entsprechen sind ihre Organisation und ihre Aufgaben ausführlicher geregelt als in den Basler Grundsätzen. Das gilt insbesondere für die Compliance-Funktion, die im Basler Papier nur am Rande erwähnt wird. Dass der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung die Arbeit beider Funktionen nutzen sollen, wird im Rundschreiben vorausgesetzt.

## VII. Transparenz und Offenlegung

### 1. Basler Ausschuss

Die Grundsätze 2006 begnügen sich noch mit dem Hinweis, dass die Bank transparent geführt werden sollte. In der Fassung 2010 verlangt Grundsatz 14 die Transparenz gegenüber den Aktionären, den Einlegern, anderen relevanten Stakeholdern und gegenüber den Marktteilnehmern. Im Gegensatz zu den Grundsätzen 2006 wird nunmehr für die Offenlegungspunkte auf das Transparenzkapitel der OECD-Prinzipien von 2004 verwiesen.<sup>193</sup> Für die Offenlegung der Vergütungspolitik erfolgt ein Verweis auf die Prinzipien und Standards des FSB.<sup>194</sup> Auch in diesem Grundsatz scheint der Risikofokus der Leitlinien auf: Neu wird die Offenlegung der Eckpunkte betreffend die Risikotoleranz und den Risikoappetit der Bank empfohlen, einschliesslich der Beschreibung, wie diese

<sup>186</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Grundsatz 9.

<sup>187</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2006, Grundsatz 5.

<sup>188</sup> Basel Committee, Corporate Governance, Rz. 99/2010, Rz. 40/2006.

<sup>189</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 101.

<sup>190</sup> Basel Committee, Corporate Governance, Rz. 43/2006, Rz. 102/2010.

<sup>191</sup> Basel Committee, Corporate Governance, Rz. 42/2006, Rz. 103/2010.

<sup>192</sup> FINMA-RS 08/24, Rz. 54 ff., 100 ff.

<sup>193</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 129.

<sup>194</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 129.

beiden Elemente definiert werden und unter Hinweis auf die Beteiligung des Board an diesem Prozess.<sup>195</sup>

## 2. FINMA

Das FINMA-Rundschreiben beschränkt sich auf die „Überwachung und interne Kontrolle“, es regelt also nur die interne Corporate Governance. Offenlegungspflichten sind daher im Rundschreiben nicht enthalten. Anders verhält es sich selbstredend mit dem Rundschreiben zur Vergütungspolitik.<sup>196</sup>

### Ausgewählte Literatur

BaFin – Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Pressemitteilung vom 21.12.2009 – Neue Vergütungsregelungen: BaFin veröffentlicht Rundschreiben, abrufbar unter: <www.bafin.de>, Veröffentlichungssuche.

Banca d'Italia, Supervisory Provisions concerning Banks' Organization and Corporate Governance, Consultation Document, Oktober 2007, abrufbar unter: <www.bancaditalia.it/vigilanza/banche/documcons/consnorm/>.

Basel Committee on Banking Supervision, Compensation Principles and Standards Assessment Methodology, 22.1.2010, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs166.htm>.

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

Basel Committee on Banking Supervision, Enhancing Corporate Governance for Banking Organisations, Februar 2006 [Corporate Governance 2006], abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs122.htm>.

Basel Committee on Banking Supervision, Fact Sheet, abrufbar unter: <www.bis.org/about/factbcbs.htm>.

Basel Committee on Banking Supervision, History of the Basel Committee and its Membership, abrufbar unter: <www.bis.org/bcbs/history.htm>.

Basel Committee on Banking Supervision, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A revised Framework – Comprehensive Version, Juni 2006, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs128.htm>.

Basel Committee on Banking Supervision, Overview of the New Basel Capital Accord, Consultative Document, Januar 2001, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbsca02.pdf>.

Basel Committee on Banking Supervision, Principles for Sound Liquidity Risk Management and Supervision, September 2008, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs144.htm>.

Basel Committee on Banking Supervision, Principles for enhancing Corporate Governance, Oktober 2010 [Corporate Governance 2010], abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs176.htm>.

Basel Committee on Banking Supervision, Range of Methodologies for Risk and Performance Alignment of Remuneration, Oktober 2010, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs178.htm>.

Basel Committee on Banking Supervision, Sound Credit Risk Assessment and Valuation for Loans, Juni 2006, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs126.pdf>.

Basel Committee on Banking Supervision, Supervisory Lessons to be drawn from the Asian Crisis, Juni 1999, abrufbar unter: <www.bis.org/publ/bcbs\_wp2.htm>.

Becht, Marco, Corporate Governance and the Credit Crisis: in: Mathias Dewatripont u. a. (Hrsg.), Macroeconomic Stability and Financial Regulation: Key Issues for the G-20, Center for Economic Policy Research (CEPR) 2009, S. 165–178, abrufbar unter: <www.voxeu.org/reports/G20\_ebook.pdf>.

Bizzozero, Alessandro/Pernollet, Jean-Christophe, Le projet de circulaire CFB sur le contrôle et la surveillance internes, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2005 de droit bancaire et financier, Zürich 2006, S. 101–134.

Botschaft vom 1.2.2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006, S. 2829–2916.

Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

CEBS, Consultation Paper on the Guidebook on Internal Governance (CP44), 13.10.2010, abrufbar unter: <www.eba.europa.eu/Publications/Consultation-Papers/All-consultations/CP41-CP50/CP44.aspx>.

Cheffins, Brian R., Did Corporate Governance „Fail“ During the 2008 Stock Market Meltdown? The Case of the S&P 500, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper Nr. 124/2009, Juli 2009, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=1396126>.

<sup>195</sup> Basel Committee, Corporate Governance 2010, Rz. 130.

<sup>196</sup> Siehe FINMA-RS 10/1.

- Department of the Treasury, Financial Regulatory Reform: A new Foundation, 2009, abrufbar unter: <www.financialstability.gov/docs/regs/FinalReport\_web.pdf>.
- EBK – Eidgenössische Bankenkommission (heute: FINMA), Anhörungen 2005, 4.5. 2005, EBK eröffnet Konsultation zum Rundschreiben „Interne Überwachung und Kontrolle“, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/archiv/2005/regulierungsprojekte2005.html>.
- EBK – Eidgenössische Bankenkommission (heute: FINMA), Rundschreiben 2004/1, Aufsicht über die Grossbanken vom 21.4. 2004 [Grossbanken], abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/rundsch/index.html>.
- EBK – Eidgenössische Bankenkommission (heute: FINMA), Rundschreiben 2005/1, Prüfung von Banken und Effektenhändlern [Prüfung] vom 29.6. 2005, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/rundsch/index.html>.
- EBK – Eidgenössische Bankenkommission (heute: FINMA), Rundschreiben 2005/2, Berichterstattung über die Prüfung bei Banken und Effektenhändlern [Prüfbericht] vom 29.6. 2005, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/rundsch/index.html>.
- EBK – Eidgenössische Bankenkommission (heute: FINMA), Rundschreiben 2005/3, Prüfgesellschaften vom 29.6. 2005, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/rundsch/index.html>.
- EBK – Eidgenössische Bankenkommission (heute: FINMA), Rundschreiben 2006/6, Überwachung und interne Kontrolle vom 27.9. 2006, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/rundsch/index.html>.
- Emch, Urs/Renz, Hugo/Arpagaus, Reto, Das schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004.
- Emmenegger, Susan, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe: Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht (Habil. Freiburg i. Ue.), Bern 2004.
- Emmenegger, Susan, The Basel Committee on Banking Supervision – A secretive Club of Giants?, in: R. Grote et al. (Hrsg.), The Regulation of International Financial Markets – Perspectives for Reform, Cambridge University Press, S. 224–236.
- Emmenegger, Susan/Kurzbein, Regula, Finanzmarktkrise und Corporate Governance von Banken, in: GesKR 2010, S. 462–475.
- Expertenkommission Revisionswesen, Bericht der Expertenkommission Revisionswesen zuhanden der Eidgenössischen Bankenkommission, Dezember 2000, abrufbar unter: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/archiv/2001/pdf/neu6-01.pdf>.
- FINMA – Finanzmarktaufsichtsbehörde, Bericht über die Anhörung vom 3.6. 2009 zum Entwurf des Rundschreibens „Vergütungssysteme“, November 2009 [Anhörungsbericht], abrufbar unter: <www.finma.ch>, Regulierung, Anhörungen, Abgeschlossene.
- FINMA – Finanzmarktaufsichtsbehörde, Erläuterungsbericht zum Rundschreiben Vergütungssysteme, Entwurf 2009, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Regulierung, Anhörungen, Abgeschlossene.
- FINMA – Finanzmarktaufsichtsbehörde, Pressemitteilung vom 3.6. 2009, Eröffnung der Anhörung zum FINMA Rundschreiben Vergütungssysteme, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Medien, Medienmitteilungen.
- FINMA – Finanzmarktaufsichtsbehörde, Rundschreiben 2008/24, Überwachung und interne Kontrolle bei Banken vom 20.11. 2008, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Regulierung, Rundschreiben.
- FINMA – Finanzmarktaufsichtsbehörde, Rundschreiben 2010/1, Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten vom 21.10. 2009, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Regulierung, Rundschreiben.
- FINMA – Finanzmarktaufsichtsbehörde, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA, Kurzbericht vom 18.2. 2009, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Aktuell 2009.
- FSA – Financial Services Authority, Final Notice to Credit Suisse International and Credit Suisse Securities (Europe) Limited (the „UK operations of Credit Suisse“), 13.8. 2008, abrufbar unter: <www.fsa.gov.uk/pubs/final/credit\_suisse.pdf>.
- FSA – Financial Services Authority, Reforming remuneration practices in financial services, Policy Statement 09/15, August 2009, abrufbar unter: <www.fsa.gov.uk/pubs/policy/ps09\_15.pdf>.
- FSA – Financial Services Authority, The Turner Review – A regulatory Response to the global Banking Crisis, März 2009, abrufbar unter: <www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner\_review.pdf>.
- FSB – Financial Stability Board, FSB Principles for Sound Compensation Practices, Implementation Standards, 25.9. 2009, abrufbar unter: <www.financialstabilityboard.org/publications/r\_090925c.pdf>.
- FSF – Financial Stability Forum (heute: Financial Stability Board), FSF Principles for Sound Compensation Practices, 2.4. 2009, abrufbar unter: <www.financialstabilityboard.org/publications/r\_0904b.pdf>.
- FSF – Financial Stability Forum (heute: Financial Stability Board), Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience, 7.4. 2008, abrufbar unter: <www.financialstabilityboard.org/publications/r\_0804.pdf>.
- FSI – Financial Stability Institute, 2008 FSI Survey on the Implementation of the New Capital Adequacy Framework in Non-Basel Committee Member Countries, August 2008, abrufbar unter: <www.bis.org/fsi/fsiop2008.htm>.

- Hopt, Klaus J., 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, S. 853–882.
- Hopt, Klaus J., Erwartungen an den Verwaltungsrat in Aktiengesellschaften und Banken – Bemerkungen aus deutscher und europäischer Sicht, in: SZW 3 (2008), S. 235–247.
- Institute of International Finance, Final Report of the IIF Committee on Market Best Practices. Principles of Conduct and Best Practice Recommendations. Financial Services Industry Response to the Market Turmoil 2007–2008, Juli 2008, abrufbar unter: <www.iif.com/regulatory/cmbp/>.
- Johnson, Simon/Boone, Peter/Breach, Alastair/Friedman, Eric, Corporate Governance in the Asian Financial Crisis, in: Journal of Financial Economics 58 (2000), S. 141–186.
- Kälin, Walter/Epiney, Astrid/Caroni, Martina/Künzli, Jörg, Völkerrecht – Eine Einführung, 2. Aufl., Bern 2006.
- Kirkpatrick, Grant, The Corporate Governance Lessons learned from the Financial Crisis, in: Financial Market Trends No. 96 Volume 2009/2, S. 1–30, abrufbar unter: <www.oecd.org/dataoecd/32/1/42229620.pdf>.
- Kirschbaum, Tom, Die Entwicklung eines Public Corporate Governance Kodex für öffentliche Banken, in: BKR 4 (2006), S. 139–146.
- Macht, Christian, Der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht und Basel II – Bankenregulierung auf einem internationalen level playing field, Diss. Tübingen 2006.
- McLeod, Ross H., Crisis-Driven Changes to the Banking Laws and Regulations, in: Bulletin of Indonesian Economic Studies, Volume 35, No. 2, August 1999, S. 147–154.
- Mülbert, Peter O., Bankenaufsicht und Corporate Governance – Neue Organisationsanforderungen im Finanzdienstleistungsbereich, in: BKR 9 (2006), S. 349–360.
- Mülbert, Peter O., Corporate Governance von Banken, in: Jusletter 16. Februar 2009.
- Mülbert, Peter O., Corporate Governance of Banks, in: EBOR 10 (2009), S. 411–436.
- Mülbert, Peter O., Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis – Theory, Evidence, Reforms, in: ecgi (European Corporate Governance Institute) Law Working Paper No. 130/2009, April 2010, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=1448118>.
- Mächler, Monica, FINMA kurz nach dem Start, in: SJZ 105 (2009), S. 181–187.
- Nestor Advisors, Bank Boards and the Financial Crisis. A corporate governance study of the 25 largest European Banks, London 2009. Introduction and Executive Summary abrufbar unter: <www.nestoradvisors.co.uk>, Publications 2009.
- Nobel, Peter, Corporate Governance im Bankbereich: Rechtliche Grundlagen und Compliance, in: Liber Amicorum Guy Horsmans, Brüssel 2004, S. 819–842.
- Nobel, Peter, Notwendigkeit einer Bonusregelung?, in: SZW 6 (2009), S. 448–462.
- Nobel, Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Bern 2004.
- OECD, Corporate Governance and the Financial Crisis: Conclusions and emerging good practices to enhance implementation of the Principles, 24.2. 2010, abrufbar unter: <www.oecd.org/dataoecd/53/62/44679170.pdf>.
- Ruffert, Matthias/Walter, Christian, Institutionalisiertes Völkerrecht, München 2009.
- Senior Supervisors Group, Observations on Risk Management Practices during the recent Market Turbulence, März 2008, abrufbar unter: <www.newyorkfed.org>, News and Events, News, 6.3. 2008.
- Tarbert, Heath Price, Rethinking Capital Adequacy: The Basel Accord and the New Framework, The Business Lawyer 56 (2001), S. 767–779.
- UBS, Shareholder Report on UBS's write-downs, 21.4. 2008, abrufbar unter: <www.ubs.com/1/e/investors/releases?newsId=140340>.
- v. Werder, Axel, Ökonomische Grundfragen der Corporate Governance, in: Peter Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance. Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2. Aufl., Köln 2009, S. 3–37.
- Wohlmannstetter, Gottfried, Corporate Governance von Banken, in: Peter Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance. Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2. Aufl., Köln 2009, S. 905–930.
- Zaring, David, Informal Procedure, Hard and Soft, in: International Administration, in: Chicago Journal of International Law, Winter 2005, S. 547–603.
- Zufferey, Jean-Baptiste, Private Banking Governance, in: ZSR 2007, S. 235–258.