

2017|3

EXPERT FOCUS

Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsprüfung,
Steuern, Rechnungswesen und Wirtschaftsberatung

Revue suisse pour l'audit, la fiscalité,
la comptabilité et le conseil économique

Qualitätssicherung nach QS1

Les autres informations en tant que
nouvelle partie du rapport

Gründung einer Anlagestiftung
Unternehmensnachfolge bei
Familienunternehmen
Umgang mit Transaktionsrisiken

Hauptsteuerdomizil juristischer Personen

Submissionspflicht bei
öffentlichen Unternehmen

UMGANG MIT TRANSAKTIONSRIKISKEN

Compliance Due Diligence: Extraterritorialität und Nachfolgehaftung (3. Teil)*

In Transaktionen mit internationalem Bezug gehört die Compliance Due Diligence heute zum unverzichtbaren Prüfungsstandard. Die nachfolgenden Ausführungen schaffen einen Überblick über die Rechtsentwicklung im Bereich Antikorrupktion und Exportkontrolle und den Gegenstand der Compliance Due Diligence.

1. EINLEITUNG

Das neue Antikorrupktionsstrafrecht der Schweiz, die extraterritoriale Wirkung des *US-Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* sowie des *UK-Bribery Act (UKBA)* und die nationalen und internationalen Exportkontrollregime werden für Unternehmen zu einer immer grösseren Herausforderung. Es sind nicht nur neue Gesetze entstanden, sondern es werden Behörden zunehmend grenzüberschreitend aktiv. Compliance-Risiken sind objektive Risiken, die im Zusammenhang mit dieser Rechtsentwicklung und Behördentätigkeit stehen. Die Risikoeexposition ist je nach Unternehmen unterschiedlich, was im Transaktionskontext zu einer Erhöhung der Sorgfalt im Bereich des Risk Management und des Risk Controlling führt.

2. ANTIKORRUPTION

2.1 Verschärfte Gesetzgebung in der Schweiz. Der Bundesrat hat im Juli 2016 das revidierte Korruptionsstrafrecht in Kraft gesetzt. Die Neuerungen sehen eine Strafverfolgung von Amtes wegen auch für Privatbestechungen vor. Die Wettbewerbsverzerrung in der Wirtschaft ist (neu) keine Tatbestandsvoraussetzung mehr. Die einschlägigen Strafbestimmungen wurden vom Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) in das Strafgesetzbuch (StGB) verschoben. Der Geltungsbereich der Strafbestimmungen wird über die Vorteilsgewährung an Amtsträger und die Vorteilsannahme von Amtsträgern ausgedehnt. Dies führt dazu, dass nicht mehr nur die Bestechung und die Bestechlichkeit, sondern auch die Vorteilsgewährung und die Vorteilsannahme bei

blossem «Anfüttern» oder reiner «Klimapflege» strafbar sind. Das revidierte Korruptionsstrafrecht führt zu einer deutlichen Verschärfung der Gesetzgebung.

2.2 Extraterritoriale Anwendung durch ausländische Behörden. Schweizerische Unternehmen unterliegen jedoch nicht nur dem schweizerischen Recht, sondern nach Auffassung ausländischer Behörden, unter bestimmten Voraussetzungen, auch den US- sowie den UK-Antikorrupktionsgesetzen. Daher sollten in der Compliance Due Diligence deren Einhaltung geprüft werden und mögliche Verfehlungen besondere Beachtung finden.

2.2.1 Extraterritoriale Wirkung des US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Die USA haben scharfe Massnahmen gegen die Korruption erlassen und ihr Recht an die Vorgaben der OECD, die sie massgeblich mitgestaltet haben, angepasst (OECD Anti-Bribery Convention). Rechtsgrundlage bildet der FCPA, mit dem unter anderem die Bestechung von Amtsträgern bekämpft wird. Bereits wurden in Anwendung dieser Gesetze Unternehmen ausserhalb der USA bestraft.

Beispiele: Das amerikanische Department of Justice (DOJ) überführte die Schweizer Tochtergesellschaft eines grossen Industrieunternehmens der Korruption in mehreren Ländern und erliess Strafen. Die USA sehen Bezüge zu den USA und damit die Grundlage für die Anwendung des US-amerikanischen Rechts bereits darin, dass (a) US-Ressourcen (USD, Bankensystem, Post) oder (b) US-Firmen oder Personen mit US-Staatsbürgerschaft beteiligt waren. Ein Schweizer Unternehmen wurde in diesem Fall von den USA für Vergehen in einem Drittland bestraft. Erst vor wenigen Monaten wurde ein niederländisches Kommunikationsunternehmen wegen Bestechungen von Staatsbediensteten in Usbekistan mit einer Geldstrafe von USD 795 Mio. gebüsst.

2.2.2 Extraterritoriale Wirkung des UK Bribery Act (UKBA). Innerhalb der EU ist insbesondere Grossbritannien im Bereich der Antikorrupktionsgesetzgebung sehr aktiv. Der UKBA ist sogar noch weiter gefasst als der FCPA und wird ebenfalls extraterritorial angewandt. Im UKBA wird nicht nur die Beste-



PETER HENSCHEL,
DIPL. WIRTSCH.-ING.
E.M.B.L-HSG, MANAGING
DIRECTOR COMPLIANCE,
MME LEGAL | TAX |
COMPLIANCE,
ZÜRICH/ZUG,
PETER.HENSCHEL@MME.CH

chung von ausländischen Amtsträgern, sondern jegliche Art von Bestechung, unter Einschluss der Privatbestechung, geahndet. Der hierfür notwendige Bezug zum UK kann bereits in einer einzigen Geschäftsbeziehung mit einem Unternehmen oder Kunden innerhalb des UK bestehen. Zwar gibt es

«Die Strafen bei Verfehlungen reichen von Geldstrafen bis maximal CHF 5 Mio. und Haft bis maximal 10 Jahre.»

noch nicht viele konkrete Anwendungsfälle des UKBA, doch ist zu erwarten, dass in Zukunft das UK Serious Fraud Office (SFO) vermehrt extraterritorial aktiv werden wird und grössere und vor allem internationale Fälle aufgedeckt werden.

3. EXPORTKONTROLLE

3.1 Exportkontrolle in der Schweiz. In der Schweiz wird die Exportkontrolle hauptsächlich über die Güterkontrollverordnung bzw. die Kriegsmaterialverordnung sowie die Embargoverordnung geregelt. Die Strafen bei Verfehlungen reichen von Geldstrafen bis maximal CHF 5 Mio. und Haft bis maximal 10 Jahre. Das schweizerische Exportkontrollrecht ist für alle Transaktionen aus bzw. durch die Schweiz relevant. Im Rahmen der Compliance Due Diligence müssen deshalb mögliche Exportkontrollverstösse identifiziert werden können.

3.2 Extraterritoriale Gesetzgebungen

3.2.1 US-Exportkontrollregime. Das US-Exportkontrollregime erhebt ebenfalls den Anspruch auf extraterritoriale Durchsetzung. Die USA zielen damit auf die globale Umsetzung ihrer wirtschaftlichen Sanktionen ab. Die US-Behörden ergreifen gezielt Massnahmen gegen Unternehmen, die mit von den USA sanktionierten Unternehmen/Ländern Geschäfte tätigen, und belegen diese mit Strafen oder mit einem Eintrag in Sanktionslisten. Daher bilden die US-Re-Export-Regeln und -Sanktionen auch für schweizerische Unternehmen ein stets zu beachtendes Risiko.

Beispiele: Eine französische Grossbank zahlte eine Rekordbusse im Umfang von USD 8,9 Mrd. für die Unterwanderung von US-Embargos, und auch Schweizer Banken mussten bereits Strafen in Millionenhöhe an die amerikanischen Behörden wegen der Nichteinhaltung amerikanischer Exportkontrollgesetze zahlen.

Die amerikanischen Exportkontrollgesetze greifen bereits bei einem relativ losen Bezug zu den USA, so z. B. beim Handel (a) in USD, mit (b) US-Gütern, mit (c) US-Technologie oder Einbezug von (d) US-Personen/Unternehmen. Auch der Vertrieb eigener Produkte, die zumindest zum Teil aus US-Bauteilen bestehen oder mit US-technischem Know-how oder

mit US-Software erstellt werden, kann dem US-Re-Exportrecht unterliegen. Ein entsprechend relevanter Export kann u. U. schon vorliegen, wenn technische Zeichnungen mit einer E-Mail an einen ausländischen Kunden versandt oder technische Details zwischen Personen verschiedener Nationalitäten ausgetauscht werden («deemed export»). Ein dem US-Exportkontrollgesetz unterliegender Vertrieb oder Export ist nicht per se verboten. Schweizerische Unternehmen müssen in diesen Fällen vielmehr prüfen, ob sie hierfür US-Lizenzen für den Handel und/oder Export von Waren, Software oder Know-how beantragen müssen.

3.2.2 EU-Aussenhandelsgesetze. Auch die EU-Aussenhandelsgesetze haben extraterritorialen Charakter, wobei sich deren Anwendung auf EU-Bürger/Firmen in Drittländern beschränkt. Schweizerische Unternehmen müssen diese Aussenhandelsgesetze nur dann prüfen, wenn EU-Bürger in ihren Unternehmen tätig sind.

4. COMPLIANCE DUE DILIGENCE

Der Käufer will sich zunächst vor unbekanntem Compliance-Risiken absichern. Die Absicherung erfolgt technisch durch eine Soll-Zusicherung des Verkäufers im Unternehmenskaufvertrag, die sich auf die Einhaltung der konkret anwendbaren gesetzlichen und betrieblichen Antikorruptions- und Exportkontrollnormen bezieht. Verstösse gegen gesetzliche und betriebliche Antikorruptions- und Exportkontrollnormen führen zu erheblichen betrieblichen Risikokosten, die eine vertiefte Prüfung notwendig machen. Die Wirkungsweise ist ähnlich wie bei der Bilanzgarantie, die als solche eine weitergehende finanzielle Due Diligence nicht ersetzen kann. Im Rahmen der Compliance Due Diligence geht es deshalb primär darum, (i) ein allgemeines Bild über die Risikolage des Zielunternehmens im Rahmen der gesetzlichen und betrieblichen Antikorruptions- und Exportkontrollnormen und (ii) Kenntnis von konkreten Risiken in diesem Bereich zu erhalten. Die Compliance-Due-Diligence-Checkliste muss deshalb methodisch wie folgt aufgebaut werden: In einem ersten Schritt sind diejenigen Dokumente und Informationen notwendig, die eine Aussage über die allgemeine Risiko-

«Die entscheidende Frage lautet, wie stark das Unternehmen einem Compliance-Risiko im Bereich der gesetzlichen und betrieblichen Antikorruptions- und Exportkontrollnormen ausgesetzt ist.»

lage des Zielunternehmens im Bereich der gesetzlichen Antikorruptions- und Exportkontrollnormen möglich machen. Die entscheidende Frage lautet, wie stark das Unternehmen einem Compliance-Risiko im Bereich der gesetzlichen und betrieblichen Antikorruptions- und Exportkontrollnormen

ausgesetzt ist. Der Gegenstand dieser Prüfung orientiert sich am geltenden Recht der konkreten Absatz- und Beschaffungsmärkte sowie am Industriestandard, der für das kaufgegenständliche Unternehmen zur Anwendung gelangt. In

«Im Rahmen der Due-Diligence-Checkliste müssen diejenigen Dokumente und Informationen verlangt werden, die erfahrungsgemäss einen direkten Normverstoss beinhalten könnten.»

einem zweiten Schritt sind diejenigen Dokumente und Informationen notwendig, die einen Hinweis darauf geben, wie das Unternehmen auf diese Gesetze generell-abstrakt reagiert. Es handelt sich dabei um die betrieblichen Compliance-Reglemente und Compliance-Programme sowie die betrieblichen Abläufe und Zuständigkeiten. Hierzu müssen vor allem Interviews mit den zuständigen Personen geführt werden. Die Ermittlung von konkreten Risiken ist im Rahmen einer Due Diligence oft nicht oder nur schwer möglich. In der Fülle der Informationen, die im Rahmen der Due Diligence offengelegt werden, ist das Finden von Anhaltspunk-

ten der Nichteinhaltung von gesetzlichen und betrieblichen Antikorruptions- und Exportkontrollnormen schwierig. Aufgrund der hohen Risikokosten, die mit der Verletzung von gesetzlichen und betrieblichen Antikorruptions- und Exportkontrollnormen verbunden sind, ist aber eine weitergehende Prüfung unverzichtbarer Bestandteil der Compliance Due Diligence. In den meisten Fällen dürfte es jedoch nicht möglich sein, sämtliche Verträge und Transaktionen, die ein Unternehmen vor Closing getätigt hat, im Detail zu prüfen. Im Rahmen der Due-Diligence-Checkliste müssen aber diejenigen Dokumente und Informationen verlangt werden, die erfahrungsgemäss einen direkten Normverstoss beinhalten könnten.

5. FAZIT

Eine Compliance Due Diligence bei M&A-Transaktionen wird immer wichtiger. Die stetig steigende Komplexität einer solchen Transaktion und globale Anforderungen an die Unternehmen sowie die vermehrte Strafverfolgung durch die Behörden machen die Untersuchung von Verstössen im Bereich der Korruption und Exportkontrolle zu einem wichtigen Element einer Compliance Due Diligence. ■

Anmerkung: *1. Teil, Umgang mit Transaktionsrisiken, Allgemeine Ausführungen zur unterschiedlichen Natur von Transaktionsrisiken, Thomas Müller sowie 2. Teil, Umgang mit Transaktionsrisiken, Legal Due Diligence in der Digital Economy: von der IT Due Diligence zur Digital Due Diligence, Martin Eckert in dieser Ausgabe.

Treuhänder/Treuhänderin mit eidg. Fachausweis

Ziel der Ausbildung ist es, neben den theoretischen Fachkenntnissen eines Treuhänders, das vernetzte Denken sowie die Fähigkeit zu gedanklichem Durchdringen von Problemen und anspruchsvollen Aufgaben zu fordern. Die zusätzlich geforderte Berufserfahrung befähigt Sie, Ihre zukünftigen Kunden umfassend, kompetent und vertrauensvoll zu beraten.

Die Ausbildung zum Treuhänder/Treuhänderin mit eidg. Fachausweis ist eine berufsbegleitende Ausbildung, welche in Etappen absolviert wird. Der Lehrgang dauert rund 2,5 Jahre und besteht aus 3 Unterrichtsblöcken.

Gerne beantworten wir Ihnen alle weiterführenden Fragen telefonisch oder per E-Mail.

janina.sachsenmaier@expertsuisse.ch

+41 58 206 05 30

www.expertsuisse.ch

