



Publiziert in: ZBl 11/2025, S. 575 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[575]

Compliance-Management-Systeme in öffentlichen Unternehmen – Widersprüchlichkeiten, Missverständnisse und Chancen

Prof. Dr. iur. Andreas Abegg*

I. Einleitung und Fragestellung

Das Wort Compliance stammt vom englischen Ausdruck «to comply», was im Deutschen mit «befolgen», «sich fügen» übersetzt wird. Heute verstehen wir im rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Kontext unter Compliance die Einhaltung von Regeln – d.h. aller relevanten Gesetze, Vorschriften und unternehmensinternen Richtlinien.¹

Die Compliance stand zunächst im Schatten der Corporate Governance, also der Frage, wie Unternehmen zu führen sind.² In der Corporate Governance ist heute die

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt. Leiter des Instituts für Regulierung und Wettbewerb an der ZHAW School of Management and Law, Titularprofessor an der Universität Luzern, Rechtsanwalt bei AAK Anwälte und Konsulenten AG. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag des Autors anlässlich der DACH-Compliance-Tagung 2024 der ZHAW School of Management and Law vom 18. April 2024. Anstoss zur vorliegenden Untersuchung gab die Verabschiedung einer Compliance-Politik beim Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI, die ich als Präsident des ENSI-Rats mitverantwortete: Vgl. <https://www.ensi.ch/de/2024/08/26/ensi-rat-beschliesst-neue-compliance-politik-fuer-dasensi/> (zuletzt besucht am 22. November 2024). Bereichert haben diesen Beitrag zahlreiche Fragen und Hinweise der Herausgeber. Für die sorgfältige und kritische Betreuung des Manuskripts bedanke ich mich bei Christof Bernauer, MLaw.

¹ Schweizerische Normen-Vereinigung SNV (Hrsg.), Compliance-Managementsysteme – Anforderungen mit Leitlinien zur Anwendung (ISO-Norm 37301), Ausgabe 2021-11 (zit. ISO 37301), Ziff. A.4.5, abrufbar unter <https://www.iso.org/standard/75080.html> (zuletzt besucht am 22. März 2025).

² Die Unternehmensführung wurde bereits von der antiken Literatur und der frühen modernen Wirtschaftswissenschaft thematisiert. Eine amüsante Auswahl an Texten bietet *Peter Nobel*, Zu Corporate Governance, in: Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, S. 519 ff., 519. *Adam Smith* wird regelmässig mit folgender Passage zitiert: «The directors of such companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in private copartnery frequently watch over their own» (*Adam Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Edinburgh 1846, S. 334).

[576] Prinzipal-Agent-Theorie massgebend,³ wie vor allem im Aufsatz *Theory of the Firm* dargelegt.⁴ Jensen und Meckling beschrieben darin das Unternehmen als ein System vertraglicher Beziehungen («nexus of contracts»), vor allem zwischen verschiedenen Kapitalgebern (Prinzipalen) und dem Management (Agenten). Aufgrund asymmetrischer Informationsverteilung und divergierender Zielsetzungen entstehen in diesen Beziehungen sogenannte Agency-Kosten, welche sich aus drei Komponenten zusammensetzen: den Überwachungskosten des Prinzipals, den Bindungskosten des Agenten sowie dem Residualverlust (d.h. der durch Fehlanreize verursachten Minderung des Unternehmenswerts). Diese Kosten sind in einem Unternehmen zwar unvermeidlich, können aber durch geeignete institutionelle Vorkehrungen – etwa Anreizsysteme, Kontrollmechanismen oder Berichterstattungspflichten – reduziert werden.⁵

Ein Programm zur Einhaltung von Regeln (im Sinne von Compliance) lässt sich im Kontext der Prinzipal-Agent-Theorie als eine praxisorientierte Reaktion zur Reduzierung der Agency-Kosten verstehen.⁶ Compliance-Strukturen und -Prozesse – etwa Verhaltenskodizes, interne Kontrollsysteme, Audits oder Hinweisgebersysteme – dienen funktional der Reduktion der Agency-Kosten (vor allem der Überwachungskosten und des Residualverlusts) und stärken die Vertrauensbasis zwischen Eigentümern und der Unternehmensleitung. Aus ökonomischer Perspektive trägt Compliance somit zur Effizienzsteigerung im Rahmen der Corporate Governance bei, indem sie mit Anreiz- und Kontrollstrukturen die Interessenangleichung zwischen Prinzipal und Agent fördert.

³ Grundlegend: Michael C. Jensen/William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics* 1976, S. 305 ff. Die Autoren untersuchen, wie Agenturkosten entstehen, wenn Eigentümer (Prinzipale) und Manager (Agenten) unterschiedliche Interessen verfolgen – und wie diese durch Eigentumsstruktur und Verträge beeinflusst werden.

⁴ Jensen/Meckling (Anm. 3), S. 310 ff.; vgl. auch Armen A. Alchian/Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, *The American Economic Review* 1972, S. 777 ff.

⁵ Jensen/Meckling (Anm. 3), S. 308 f. und 327 ff. Ausführlich dazu Eugene F. Fama/Michael C. Jensen, *Separation of Ownership and Control*, *Journal of Law and Economics* 1983, S. 301 ff.

⁶ OECD, *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, 2015, S. 59; dies., *Recommendation of the Council on Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, OECD/LEGAL/0414, V.A.9; Andreas Lienhard/Jean-Baptiste Hirschi, *Corporate Governance des Bundes – Schlussbericht*, EFV 2019, S. 13 ff.; *Eignerstrategie des Bundesrates für die verselbstständigten Einheiten des Bundes*, Bericht des Bundesrates vom 26. Mai 2021 in Erfüllung des Postulates 18.4274, Abate Fabio, vom 13. Dezember 2018 (zit. Eignerstrategie), S. 68, abrufbar unter <https://www.efv.admin.ch/dam/de/sd-web/tnnzz41MmGc8/Eignerstrategie-Bundesrates-verselbstst-Einheiten-Bundes-d.pdf> (zuletzt besucht am 15. Oktober 2025); Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV), *Faktenblatt: Compliance-Management-System bei Unternehmen und Anstalten des Bundes*, Version Januar 2023 (zit. Faktenblatt).

[577] Die Compliance trat als eigenständiges Thema erstmals in den 1970er- und 1980er-Jahren auf, im Kontext einer zunehmenden Regulierung von Unternehmen und angesichts bedeutender Unternehmensskandale.⁷ Nach weiteren Skandalen in den 2000er-Jahren (wie z.B. Enron oder Worldcom) verlangten zunächst die US-Behörden und so dann auch die Behörden anderer Länder wie jene der Schweiz von Unternehmen über die Finanzbranche hinaus Ethikprogramme und eine branchenweite Selbstregulierung.⁸ Dabei entwickelte sich Compliance von einem reaktiven Instrument zur Vermeidung rechtlicher Risiken zu einem eigenständigen Steuerungsfeld innerhalb der Unternehmensführung: Die Compliance verlangt heute nicht nur die Einhaltung rechtlicher Vorschriften, interner Richtlinien und ethischer Standards. Ziel ist es auch, eine Organisationskultur zu fördern, die auf Integrität, Transparenz und Verantwortlichkeit beruht.⁹ Ausdruck der Verselbständigung von Compliance innerhalb der Corporate Governance sind internationale Standards wie die ISO 37301 zur Etablierung von sogenannten Compliance-Management-Systemen (CMS)¹⁰ sowie die wachsende regulatorische Aufmerksamkeit, insbesondere in Branchen mit erhöhtem Reputations- oder Korruptionsrisiko.¹¹

Seit den 1990er- und 2000er-Jahren sind im Zuge von New-Public-Management-Theorien verschiedenste staatliche Betriebe¹² aus der Zentralverwaltung ausgegliedert [578]

⁷ Einen wesentlichen Impuls erhielt die Entwicklung in den USA durch das Inkrafttreten des Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) im Jahr 1977, der als eine der ersten gesetzlichen Grundlagen weltweit strafrechtliche Sanktionen für Unternehmen bei Korruption im Ausland vorsah. Siehe die Übersicht mit weiteren Verweisen bei *James Weber/David M. Wasieleski*, Corporate Ethics and Compliance Programs: A Report, Analysis and Critique, *Journal of Business Ethics* 2013, S. 609 ff., 609 f.

⁸ Vor allem der Sarbanes-Oxley Act aus dem Jahr 2002 erlangte grössere Bekanntheit. Dieser machte Führungspersonen für die Integrität der Finanzunterlagen ihres Unternehmens verantwortlich: vgl. dazu *John C. Coates*, The Goals and Promise of the Sarbanes-Oxley Act, *The Journal of Economic Perspectives* 2007, S. 91 ff. Aus schweizerischer Sicht vgl. *Caspar Flück*, Compliance im öffentlichen Sektor, Untersuchung über den allfälligen Nutzen eines Compliance-Management-Systems in der öffentlichen Verwaltung am Beispiel des Bundesamtes für Gesundheit, Chavannes-Lausanne 2010, S. 10 f.; *Christian Schefold*, Compliance 2005 bis 2019, CB 2019, S. 181 ff., 183; *Eric S. Soong/Tobias Ochs*, Compliance-Verständnis im Wandel – ein Praxiseinblick, CB 2023, S. 155 ff., 155 f.

⁹ Vgl. unter vielen EFV, Faktenblatt (Anm. 6), S. 2; *Daniel Lengauer/Lea Ruckstuhl*, Compliance, Zürich 2017, Rz. 86.

¹⁰ ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 3.2: «A compliance management system is a set of interrelated or interacting elements of an organization to establish policies, objectives and processes to achieve compliance and manage the risk of noncompliance.» Zum CMS siehe auch hinten S. 583 bei Anm. 51.

¹¹ Zum Verhältnis von Corporate Governance und Compliance vgl. *Andreas Biegel/Pascal Müller*, Corporate Governance und Compliance, Definition, Risiken und Haftungsfragen, in: Alexander Mahnke/Torsten Rohlf (Hrsg.), Betriebliches Risikomanagement und Industrieversicherung, Wiesbaden 2020, S. 235 ff., 236 f.

¹² Die Begriffe «Unternehmen» und «Betrieb» bringen zum Ausdruck, dass auch ohne eigenständige Rechtsform, bereits mit dem Zusammenzug von Personen und Sachmitteln zu einem gemeinsamen Zweck, eine rechtlich relevante Organisationseinheit entstehen kann.

worden. Viele von ihnen erhielten den Auftrag, Güter oder Dienstleistungen zumindest teilweise im Wettbewerb anzubieten.¹³ Damit erhöhte sich zwangsläufig die Distanz zwischen den Interessen der Eigentümervertreter (v.a. der Regierung) und den Interessen des Managements der ausgelagerten Betriebe. Nachdem in den letzten Jahren staatliche Betriebe aufgrund von Skandalen¹⁴ in einen medialen Fokus gerieten, wird nun immer mehr auch von staatlichen Betrieben ein CMS gefordert: So nahm der Nationalrat jüngst eine Motion an, die von Bundesbetrieben unter anderem verstärkte Compliance- und Audit-Massnahmen verlangt, um unfairen Wettbewerb einzudämmen.¹⁵ Der Bundesrat legte in seinem Bericht zur Eignerstrategie 2021 fest, dass alle Bundesunternehmen und -anstalten nicht nur ein effektives Risikomanagement, sondern auch ein CMS implementieren müssen, das den etablierten Standards entspricht und auf die spezifische Grösse und Art des Geschäfts zugeschnitten ist.¹⁶ Die Eidgenössische Finanzverwaltung formulierte diesbezüglich konkrete Richtlinien zur Compliance und Corporate Governance.¹⁷ In den Kantonen werden ebenfalls entsprechende Forderungen gestellt, auch wenn noch nicht derart konsequent wie beim Bund.¹⁸

Während «Betrieb» typischerweise einen funktional oder örtlich abgegrenzten Zusammenschluss von materiellen und personellen Mitteln zur Aufgabenerfüllung bezeichnet, umschreibt das «Unternehmen» die Gesamtheit von materiellen und personellen Mitteln zur *wirtschaftlichen* Tätigkeit. Da der vorliegende Beitrag auch die nicht wirtschaftlich tätigen Einheiten thematisiert, wird nachfolgend vor allem der Begriff «Betrieb» verwendet.

- ¹³ Vgl. dazu bereits Felix Uhlmann, Gewinnorientiertes Staatshandeln – Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1997. Einen guten Überblick über die diesbezüglichen Problemstellungen vermittelt: Die Volkswirtschaft 5/2018, Staatsbetriebe im Wettbewerb mit Privaten, abrufbar unter https://dievolkswirtschaft.ch/content/uploads/legacy/print-archives/DV_5_2018_Web_DE-1.pdf (zuletzt besucht am 22. März 2025).
- ¹⁴ Zum Postauto-Skandal siehe hinten Anm. 46. Zu weiteren Skandalen siehe Anm. 120 ff.
- ¹⁵ NR Jürg Grossen, Motion 22.4563 «Eindämmung unfairer Konkurrenz durch Bundesbetriebe» vom 16. Dezember 2022. Derzeit wird die Motion in der Kommission des Ständerats beraten, vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/su-che-curia-vista/geschaeft?AffairId=20224563> (zuletzt besucht am 22. März 2025).
- ¹⁶ Eignerstrategie (Anm. 6), S. 68.
- ¹⁷ Vgl. Eidgenössische Finanzverwaltung EFV, Corporate Governance des Bundes, Übersicht über die 37 Leitsätze, September 2024, abrufbar unter https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/cgov/37%20Leits%C3%A4tze.pdf.download.load.pdf/CG_Leitsaetze_d.pdf (zuletzt besucht am 22. November 2024).
- ¹⁸ So verlangt z.B. die von Andrea Gschwend-Pieren et al. eingereichte Motion 252-2022 «Eindämmung wettbewerbsverzerrender Konkurrenz durch Staatsbetriebe» vom 28. November 2022 (Geschäfts- Nr. 2022.RRGR.392), dass der Kanton Bern zum Schutz eines fairen Wettbewerbs bei seinen ausgelagerten Unternehmen zusätzliche Transparenz schafft und sicherstellt, dass diese im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags tätig sind sowie die Vorgaben zum fairen Wettbewerb einhalten. Kantonale Unternehmen verfügen indes regelmässig dann über ein CMS, wenn sie aus privatrechtlicher Sicht dazu verpflichtet sind. Vgl. dazu hinten S. 585 ff.

Da das CMS aus der Privatwirtschaft stammt und vor allem im Privatrecht verankert ist,¹⁹ stellen sich verschiedene Fragen, wenn ein CMS in öffentlichen Unternehmen umgesetzt werden soll: [579]

- Wie unterscheidet sich das CMS von ähnlichen Konzepten im öffentlichen Bereich²⁰ und wie ist es in die bereits vorhandenen staatlichen Kontrollmechanismen einzuordnen?²¹
- Welche rechtlichen Grundlagen²² und welche rechtlichen Schranken²³ sind zu berücksichtigen, wenn ein CMS in einem öffentlichen Betrieb eingeführt wird?
- Wie kann ein CMS adaptiert werden, damit es den Bedürfnissen öffentlicher Organisationen entspricht?²⁴

II. Compliance-ähnliche Konzepte im öffentlichen Bereich im historischen Überblick

Mit einem CMS sollen öffentliche Betriebe darauf getrimmt werden, Gesetze, ethische Standards und Best Practices einzuhalten.²⁵ Die Kontrolle der Staatsverwaltung hat aber bereits eine lange Geschichte. Die jeweiligen Kontrollmechanismen aus den verschiedenen Phasen dieser Geschichte sind in die heutigen Strukturen eingeflossen, weshalb sich ein CMS in diese bestehenden Kontrollmechanismen einfügen muss. Die (hier idealtypisch verstandene) Entwicklung dieser Kontrollmechanismen erfolgte über drei Etappen, die im Folgenden kurz umrissen werden.

Eine *erste Etappe* lässt sich mindestens bis in die Zeit des Absolutismus zurückverfolgen: Traditionell ist der staatliche Verwaltungsapparat hierarchisch strukturiert. Kontrollinstanz ist stets die nächsthöhere Instanz.²⁶ In der Schweiz übt heute der Bundesrat als

¹⁹ Abgesehen von branchenspezifischen Sonderregelungen besteht indes keine gesetzliche Bestimmung, die ausdrücklich zur Einrichtung eines CMS verpflichten würde: *Lengauer/Ruckstuhl* (Anm. 9), Rz. 82. Siehe dazu noch hinten S. 587.

²⁰ Hinten Kap. II, S. 579 ff.

²¹ Hinten Kap. III, S. 582 ff.

²² Hinten Kap. IV, S. 585 ff.

²³ Hinten Kap. V, S. 587 ff.

²⁴ Hinten Kap. VI, S. 595 ff.

²⁵ Die Einhaltung von Regeln ist das Ziel des CMS, womit sich die Residualkosten des Eigentümers gegenüber dem Management verringern: ISO 37301 (Anm. 1), Abschnitt 3.2; vgl. vorstehend bei Anm. 5. Zur Umsetzung vgl. hinten Kap. VI.

²⁶ Die entsprechenden historischen Hintergründe sind vielschichtig. Für das moderne Recht sind sie in den Konzepten des *Contrat social*, der Souveränität und der Gesetzesbindung der Verwaltung zu finden: vgl. dazu Andreas Abegg, *Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 31 ff.

vom Parlament legitimierte Regierung die Exekutivfunktion an der Spitze der Staatsverwaltung aus. Mit dem Mittel der Aufsicht kontrolliert die Regierung die Verwaltung und verleiht ihr zugleich eine demokratische Legitimation.²⁷

[580] Bei öffentlichen Betrieben des Bundes übt regelmässig ein Verwaltungsrat die Funktion als Kontrollinstanz beziehungsweise interne Aufsicht aus (z.B. der Verwaltungsrat der Schweizerischen Post AG oder der ENSI-Rat).²⁸ Der Verwaltungsrat hat die Oberleitung der Organisation inne – beim Bund jeweils als Statthalter²⁹ des Bundesrats; er rapportiert an den Bundesrat und wird vom Bundesrat gewählt.³⁰

Mit Aufsichtsbeschwerde können Dritte an die Kontrollbehörden, bei öffentlichen Betrieben in der Regel an den Verwaltungsrat, gelangen und auf Missstände in der Verwaltung beziehungsweise im Betrieb hinweisen. Bei der Aufsichtsbeschwerde handelt es sich nicht um ein eigentliches Rechtsmittel. Es besteht kein Anspruch auf Erledigung. Die Dritten sind vielmehr Hilfspersonen der Aufsicht, um die richtige Anwendung des Rechts sicherzustellen.³¹

²⁷ Art. 168 f. der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101); vgl. dazu *Kaspar Ehrenzeller*, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 169 N 5 ff.; *Lorenz Langer/Bernhard Ehrenzeller*, ebd., Art. 168 N 3; siehe auch *Andreas Abegg*, *Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, Bern 2010, S. 340 f.; *Peter Hettich/Julie Freyer*, *Demokratische Kontrolle unabhängiger Aufsichts- und Regulierungsbehörden: Ein Oxymoron*, ZBl 123/2022, S. 115 ff., 129.

²⁸ Art. 8 f. des Bundesgesetzes über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17. Dezember 2010 (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1) und Art. 4 Postorganisationsverordnung vom 24. Oktober 2012 (VPOG; SR 783.11); Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat vom 22. Juni 2007 (ENSIG; SR 732.2).

²⁹ «Statthalter» bezeichnete ursprünglich eine Person, die stellvertretend für einen Vorgesetzten (z.B. König, Kaiser oder dergleichen) über eine Region bestimmt. Wie beim historischen Statthalter kann der Autonomiegrad des Verwaltungsrats variieren. Beim Bund wählt in der Regel der Bundesrat den Verwaltungsrat und erlässt (oder genehmigt) die strategischen Ziele. Im Übrigen übt der Bundesrat die Aufsicht und das Parlament die Oberaufsicht aus. Vgl. z.B. Art. 8 und 24 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG; SR 742.31).

³⁰ Siehe zum Beispiel Art. 6 ENSIG, Art. 7 POG, Art. 8 Abs. 2 SBBG, Art. 40c Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0); vgl. auch Art. 39 ff. des Bundesgesetzes über die Schweizerische Nationalbank vom 3. Oktober 2003 (Nationalbankgesetz, NBG; SR 951.11).

³¹ Vgl. Art. 71 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021); siehe dazu Gregor Bachmann, *Aufsichtsbeschwerde: Zeit für eine Praxisänderung?*, AJP 2015, S. 1491 ff., 1492; Stefan Vogel, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 71 N 5; Oliver Zibung, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Krauskopf (Hrsg.), *Praxiskommentar VwVG*, 3. Aufl., Zürich, 2023, Art. 71 N 17 f. und 32.

Eine *zweite idealtypische Etappe* von Kontrollmechanismen gründet im Aufstieg von Demokratie und Grundrechten im 19. Jahrhundert. Die entsprechende Kontrolle der Verwaltung hat zwei Seiten: Einerseits verhilft der Grundsatz, dass sich die Verwaltung stets an das Gesetz halten muss, der Legislative und damit der Demokratie zu grösserer Geltung. Andererseits erhält dieses Prinzip der Gesetzesbindung mit dem Prinzip des Rechtsstaats eine effektive institutionelle Absicherung: Die Verwaltung muss nun (mindestens) jene Tätigkeiten, die sich gegen aussen manifestieren,³² in die Form des Rechts einkleiden, was sie dem Gesetz unterwirft und beschränkt, aber eben zugleich auch zusätzlich legitimiert. Heute steht dazu in Art. 5 Abs. 1 BV kurz und knapp: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»³³ Sämtliche Verwaltungstätigkeit hat somit in Einklang mit der Verfassung sowie den geltenden [581] Gesetzen und Verordnungen zu erfolgen. In diesem Sinne müssen Verwaltungsträger immer «compliant» sein.³⁴

Der Umsetzung dieser Kontrolle dient vor allem die Verwaltungsgerichtsbarkeit.³⁵ Sie ist heute im Bund gut etabliert: Handlungen der Bundesverwaltung ebenso wie jene der ausgelagerten Bundesbetriebe können in aller Regel beim Bundesverwaltungsgericht und sodann in zweiter Instanz beim Bundesgericht mit Beschwerde angefochten werden.³⁶

Eine *dritte Etappe* von Kontrollmechanismen ist jung: Im Zuge der neoliberalen Wirtschaftstheorien kam (wie erwähnt)³⁷ in den 1990er- und 2000er-Jahren die Idee auf, der Staat solle mehr wie die Privatwirtschaft funktionieren.³⁸ Es wurden zahlreiche Tätigkeiten des Staates in mehr oder weniger autonome Gesellschaften und Anstalten ausgliedert, die vermehrt im Wettbewerb tätig sein (wie z.B. die Schweizerische Post AG

³² Diese Pflicht zum Erlass von Verfügungen wird gerade bei öffentlichen Unternehmen, die ihre Leistungen unter Marktbedingungen erbringen, relativiert. Siehe dazu hinten S. 581 bei Anm. 40 f.

³³ Vgl. zum Legalitätsprinzip: Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 325 ff.

³⁴ Flück (Anm. 8), S. 15.

³⁵ Dieser Gedanke konnte sich beim Bund erst in den 1920er-Jahren und bei vielen Kantonen sogar erst noch später durchsetzen; siehe dazu Abegg (Anm. 27), S. 342 ff.

³⁶ Siehe dazu insbesondere Art. 1 Abs. 2 und Art. 25a VwVG sowie die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32) und des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

³⁷ Vorne S. 577 f. bei Anm. 12 und 13.

³⁸ Dieter Delwing/Hans Windlin, «New Public Management»: Kritische Analyse aus staatsrechtlicher und staatspolitischer Sicht, ZBl 97/1996, S. 183 ff., 184 f.; Paul Richli, Zu den Entfaltungsmöglichkeiten des New Public Management in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 98/1997, S. 289 ff., 290 ff.

oder die Schweizerischen Bundesbahnen SBB) oder ihre Aufsichtstätigkeit stärker getrennt von politischen Einflüssen ausüben sollten (wie z.B. die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA und das ENSI).³⁹

Für eine Kontrolle marktwirtschaftlich tätiger (Staats-)Unternehmen sorgt zuvorderst der Markt.⁴⁰ Da indes viele Staatsbetriebe ihre Leistungen zumindest teilweise im Monopol erbringen oder mit Gebühren finanziert werden, sind verschiedene Kontrollsysteme für einen Ausgleich besorgt: Insbesondere verfügen staatliche Betriebe oft über ein internes Kontrollsystem (IKS).⁴¹ Dabei wird systematisch eruiert, welche Geschäftsvorgänge aufgrund ihrer erhöhten Risiken als Prozesse erfasst werden. Diese [582] werden sodann mittels Audit-System⁴² regelmässig geprüft und verbessert. Zuweilen verlangt der Gesetzgeber, dass eine unabhängige Stelle das Audit-System zertifiziert oder dass sogar internationale Fachgremien den Betrieb überprüfen.⁴³ Überdies wird eine externe Revision als ein Organ der Gesellschaft oder der Anstalt eingesetzt.⁴⁴

Die Forderung, dass staatliche Betriebe zusätzlich ein CMS einführen sollen, folgte in den letzten Jahren (wie eingangs erwähnt)⁴⁵ auf Skandale wie jenen der PostAuto AG: Dabei ging es vor allem um öffentliche Betriebe, die zwischen Wettbewerbsmärkten und

³⁹ Aus damaliger Sicht stellten sich die Auslagerung und Liberalisierungsanstrengungen jener Zeit als Notwendigkeit dar, die Staatsmonopole dem verstärkten Wettbewerbsdruck und dem technischen Fortschritt anzunähern: Staat und Wettbewerb. Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrates vom 8. Dezember 2017, S. 3 f.

⁴⁰ Gemäss marktwirtschaftlicher Lehre sorgt der Wettbewerb dafür, dass Unternehmen ihre Ressourcen effizient einsetzen: vgl. dazu unter vielen Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Aufl., Tübingen 1921–1922/1980, S. 398 ff. Entsprechend sind für Streitigkeiten zwischen Bundesbetrieben und Kundinnen und Kunden teilweise die Zivilgerichte zuständig (vgl. Art. 11 POG, Art. 56 des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 [PBG; SR 745.1]).

⁴¹ So zum Beispiel beim ENSI (Art. 6 Abs. 6 lit. j ENSIG) und bei der FINMA (Art. 9 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 [FINMAG; SR 956.1]); vgl. auch Art. 36 der Finanzhaushaltverordnung vom 5. April 2006 (FHV; SR 611.01).

⁴² In einem Audit-System prüfen interne oder externe Fachpersonen unternehmensinterne Prozesse und geben Empfehlungen zu deren Verbesserung ab. Anschliessend ist die Organisation verpflichtet, allfällige Mängel zu beheben und die Umsetzung der Massnahmen zu dokumentieren. So trägt das Audit-System zur laufenden Verbesserung der Prozessqualität und zur Rechenschaftslegung gegenüber Aufsichts- und Steuerungsorganen bei. Vgl. dazu Art. 2 der Verordnung über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat vom 12. November 2008 (ENSIV; SR 732.21), der vom ENSI ein Qualitätsmanagementsystem verlangt, welches sämtliche Geschäftsbereiche abdeckt.

⁴³ So verlangt zum Beispiel Art. 2 ENSIV, dass das ENSI sein Kontroll- und Qualitätssystem von unabhängiger Stelle zertifizieren und sich periodisch durch externe Expertinnen und Experten überprüfen lässt.

⁴⁴ Siehe zum Beispiel Art. 8 i.V.m. Art. 5 lit. c ENSIG; Art. 8 lit. c FINMAG (wobei hier die Eidgenössische Finanzkontrolle als externe Revisionsstelle amtiert, vgl. Art. 12 FINMAG); Art. 9 SBBG; vgl. auch Art. 47 f. i.V.m. Art. 33 NBG.

⁴⁵ Vorne S. 578 Anm. 14.

staatlicher Anbindung mit teilweise divergierenden Herausforderungen konfrontiert sind und ihre Rolle im Kontext von oft unklaren gesetzlichen Grundlagen und Aufträgen finden müssen.⁴⁶ Die Forderung des Bundes nach der Einführung eines CMS richtet sich aber nicht nur an öffentliche Betriebe in Wettbewerbsmärkten wie die Swisscom AG oder die PostFinance AG, sondern auch an jene, die öffentliche Aufgaben ausüben wie die RUAG AG, und sogar an jene, die Aufsichtsfunktionen wahrnehmen wie z.B. die FINMA oder das ENSI.⁴⁷

III. Vergleich des CMS mit bestehenden Kontrollmechanismen

Ein CMS ist ein systematisch aufgebautes Führungs- und Organisationssystem, das die Einhaltung von rechtlichen Vorschriften, internen Richtlinien und ethischen Grundsätzen innerhalb einer Organisation sicherstellt. Es umfasst Grundsätze (sogenannte [583] Politiken)⁴⁸, Prozesse⁴⁹ und weitere Instrumente⁵⁰, mit denen das Unternehmen Risiken im Zusammenhang mit normabweichendem Verhalten identifiziert, bewertet, steuert und überwacht. Dabei hat das CMS einerseits eine präventive Ausrichtung, indem es Grundlagen für ein verantwortungsvolles und transparentes Handeln im Unternehmen schafft. Andererseits hat es eine reaktive Ausrichtung, indem es zur Aufdeckung und Sanktionierung von Compliance-Verstößen beiträgt.⁵¹

Wie steht das CMS zu den erwähnten bestehenden Kontrollmechanismen?

⁴⁶ Vgl. hinten Anm. 124. Siehe zur Postauto-Affäre Angelika Hardegger/Janique Weder, Sechs Antworten zur Postauto-Affäre, NZZ online vom 27. August 2020, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/schweiz/fuenf-antworten-zur-postauto-affaere-ld.1356375> (zuletzt besucht am 22. November 2024).

⁴⁷ Eignerstrategie (Anm. 6), S. 62 f. und 68.

⁴⁸ Die ISO 37301 (Anm. 1) definiert Politik wie folgt: «Absichten und Ausrichtung einer Organisation (3.1), wie von der obersten Leitung (3.3) formell ausgedrückt.» Vgl. die Politik des ENSI-Rats vom 20. Juni 2024, abrufbar unter https://www.ensi-rat.ch/de/wp-content/uploads/sites/6/2024/08/ENSI-Rat_Compliance_Policy.pdf (zuletzt besucht am 23. März 2025).

⁴⁹ Im Allgemeinen sind Prozesse wiederkehrende Betriebsabläufe, die bestimmten Zielen dienen. Die ISO 37301 (Anm. 1) definiert Prozesse in Ziff. 3.8 wie folgt: Ein Prozess ist «ein System von in Wechselbeziehung oder Wechselwirkung miteinander stehenden Tätigkeiten, die Eingaben nutzen oder umwandeln, um ein Ergebnis zu liefern». In einem CMS sind Prozesse systematische, dokumentierte und institutionell verankerte Abläufe, welche die Einhaltung von Regeln sicherstellen und so Vertrauen, Transparenz und Rechtskonformität fördern. Sie unterliegen einem permanenten Verbesserungszyklus. Die Swisscom hat ein umfassendes, konzernweites CMS implementiert, das auf der ISO-Norm 37301 basiert. Vgl. <https://www.swisscom.ch/de/about/governance/risikomanagement.html> (zuletzt besucht am 23. März 2025).

⁵⁰ Z.B. eine externe Meldestelle, vgl. ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 8.3.

⁵¹ Die ISO 37301 (Anm. 1) bietet eine international anerkannte Norm für den Aufbau und die Umsetzung eines solchen Systems. Zur Definition und zum Inhalt eines CMS vgl. auch EVD, Faktenblatt (Anm. 6).

Ein Internes Kontrollsystem (IKS) umfasst jene Prozesse des Unternehmens, die eine ordnungs- und rechtmässige Geschäftsabwicklung und Rechnungslegung sicherstellen sollen.⁵² Im Vergleich zum CMS ist der Anwendungsbereich überlappend, aber nicht der gleiche, wobei zwei Differenzen besonders hervorzuheben sind: Erstens geht es beim CMS unter anderem um die Einhaltung von gesetzlichen Regeln und ethischen Standards, die allenfalls noch nicht durch Managementprozesse erfasst sind. Zu denken ist z.B. an die Regelungen der öffentlichen Ausschreibung, die Limiten bei der Entgegennahme von Geschenken und Interessenkollisionen bei Tätigkeiten ausserhalb der Arbeit. Da das IKS vor allem auf finanzielle Prozesse fokussiert (Buchführung, Zahlungsverkehr, IT-Sicherheit etc.),⁵³ deckt es diese Themen regelmässig nicht ab. Zweitens hebt das CMS die Rolle der Mitarbeitenden besonders hervor, die z.B. systematisch geschult werden müssen und sich auch in anonymer Form an eine Meldestelle wenden können.⁵⁴ Das IKS zielt dagegen nicht direkt auf die sogenannte Unternehmenskultur ab.⁵⁵

[584] Bei der Gesetzesbindung im Kontext des Rechtsstaats geht es vor allem darum, sicherzustellen, dass die Verwaltung die Gesetze einhält. Während aber beim Prinzip des Rechtsstaats die Verwaltung durch externe Gremien⁵⁶ kontrolliert wird (vor allem durch die Gerichte), erfolgt mit dem CMS eine Internalisierung dieser Kontrolle auf Einhaltung der Gesetze; das Unternehmen soll selbst für Compliance sorgen, am besten präventiv oder reaktiv, bevor Aussenstehende damit befasst werden.

Zur hierarchischen Struktur der Verwaltung nimmt das CMS eine ambivalente Haltung ein. Einerseits betont es die primäre Verantwortung der jeweils vorgesetzten Personen und vor allem des Managements.⁵⁷ Andererseits schafft es eine für das Compliance-System verantwortliche Stelle, die punktuell unabhängig vom Management agieren kann und muss – und damit je nach Gemeinwesen und öffentlichem Betrieb die hierarchische

⁵² Vgl. vorne S. 581 bei Anm. 41.

⁵³ Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Handbuch zum Risikomanagement Bund, Version vom 16. September 2024, abrufbar unter https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/risiko_versicherungspolitik.html (zuletzt besucht am 23. März 2025).

⁵⁴ ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 7.2.3 und 8.3.

⁵⁵ Vgl. Ziff. 8 des jüngst vom Bundesrat erlassenen «Verhaltenskodex für das Personal der Bundesverwaltung vom 28. August 2024», abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/89784.pdf> (zuletzt besucht am 22. November 2024).

⁵⁶ Dem Verwaltungsrat kommt bei öffentlichen Unternehmen eine zweifache Rolle zu: Einerseits erhält er gesetzliche Aufträge, und er übt regelmässig die interne Aufsicht über das Unternehmen aus (z.B. Art. 6 Abs. 1 ENSIG). Andererseits ist er ein Organ der Gesellschaft und somit Teil der Gesellschaft (z.B. Art. 9 SBBG).

⁵⁷ ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 5.1. Wie das traditionelle Disziplinarrecht fordert das CMS die Sanktionierung von Non-Compliance. Siehe dazu aber hinten S. 594 bei Anm. 113.

Struktur der Verwaltungsordnung durchbricht.⁵⁸

Das CMS löst damit bei öffentlichen Betrieben zweierlei aus: Erstens ermöglicht das CMS den öffentlichen Betrieben, im Lichte der Vorgaben der anderen Staatsgewalten und der Erwartungen der Öffentlichkeit die eigenen Handlungen zu reflektieren und sich selbst zu regulieren.⁵⁹ Die Risiken, Normvorgaben nicht einzuhalten, werden anders als im traditionellen Disziplinarrecht nicht auf die Handlungen (beziehungsweise Fehler) Einzelner reduziert, sondern als Teil komplexer Geschäftsvorgänge (Prozesse) verstanden, an denen viele Personen beteiligt sind und die von vielschichtigen Kontextbedingungen abhängen (wie z.B. von Instruktionen, Arbeitsbedingungen, Umwelteinflüssen und vielem mehr).⁶⁰ Zweitens fördert das CMS eine Kultur der Verantwortlichkeit und des kontinuierlichen Lernens, die auf einem bewussten, proaktiven sowie transparenten Umgang mit Risiken gründet und auf gemeinsame Werte, Einstellungen und Verhaltensweisen abzielt.⁶¹

Zusammengefasst führt das CMS das traditionelle Anliegen der Gesetzesbindung der Verwaltung fort, aber in einer neuen Art und Weise: Indem die öffentlichen Betriebe mit einem System von Prozessen und damit verbundenen Massnahmen (wie insbesondere Schulungen und Etablierung einer Unternehmenskultur) sicherstellen, dass sie Gesetze und ethische Standards einhalten, stärken sie das Vertrauen der anderen Staatsgewalten und der Öffentlichkeit in die Integrität öffentlicher Betriebe. Mit der Pflicht, relevante Ereignisse soweit möglich transparent zu kommunizieren, wird überdies die Glaubwürdigkeit erhöht und eine Kultur der Verantwortung und des Vertrauens gefördert. Die Reflexion durch ein System des stetigen Lernens befähigt die öffentlichen Betriebe, die zunehmenden Komplexitäten zwischen betrieblicher Unabhängigkeit und staatlichem Auftrag besser zu bewältigen.

IV. Rechtsgrundlagen von CMS bei öffentlichen Unternehmen

Es kann also sinnvoll sein, bei öffentlichen Betrieben ein CMS einzuführen. Aber gibt es eine Pflicht dazu?

⁵⁸ Nach der ISO 37301, Ziff. 5, muss eine sogenannte Compliance-Funktion geschaffen werden. Diese sollte (nach Kap. A.5.1 ISO 37301) unabhängig sein, keinen Konflikten durch die Organisationsstruktur oder andere Elemente unterliegen sowie frei und ungebunden von direkter Führung handeln. Vgl. dazu auch hinten S. 592 bei Anm. 99 f.

⁵⁹ Die Selbstregulierung bezieht sich vor allem darauf, Compliance-Risiken zu erkennen, zu bewerten und zu steuern. Im Sinne einer offenen Compliance-Kultur sollen alle Mitarbeitenden dazu beitragen. Compliance wird dabei als stetiger Prozess verstanden, der sich nicht nur auf Kontrollmechanismen bezieht, sondern auch auf Kontextbedingungen von Unternehmensprozessen wie Schulungen, Instruktionen, Arbeitszeiten und anderes mehr. Vgl. ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 5.3.4 und 6.

⁶⁰ Zur Sanktion von Non-Compliance siehe hinten S. 594 bei Anm. 113.

⁶¹ Ein IKS zielt dagegen weder auf Selbst-Reflektion noch auf die Unternehmenskultur ab, sondern stellt mit Kontrollmechanismen ein prozesskonformes Handeln sicher.

Die Pflicht zur Einführung eines CMS wird für private Unternehmen aus Art. 717 OR⁶² abgeleitet: Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung sind verpflichtet, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren.⁶³ Zudem hat der Verwaltungsrat nach Art. 716a Ziff. 5 OR die «Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen». Damit ist direkt die Compliance angesprochen.⁶⁴ Ob Verwaltungsrat und Geschäftsleitung fahrlässig oder vorsätzlich handeln und gegebenenfalls nach Art. 754 OR haften, wenn sie kein CMS einführen, kann hier offenbleiben.⁶⁵ Gewiss ist aber ein CMS ein zentrales Instrument, um die Normeinhaltung im Unternehmen zu sichern und dadurch die Gesellschaft vor Haftungsrisiken zu schützen.⁶⁶

Was folgt daraus für öffentliche Betriebe? Bei diesen sind zwei Konstellationen in den Rechtsgrundlagen zu unterscheiden:

[586] Sind öffentliche Betriebe als privatrechtliche Gesellschaften konstituiert, wie z.B. die PostAuto AG oder die RUAG AG, so ist das Obligationenrecht direkt anwendbar. Es gilt somit die aus dem Obligationenrecht stammende Pflicht, für die Befolgung von Gesetzen, Statuten, Reglementen und Weisungen zu sorgen. Leitungspersonen von diesen privatrechtlichen Gesellschaften riskieren haftbar zu werden, wenn sie kein CMS einführen. Das gilt in der Regel auch, wenn der Organisationserlass (subsidiär) auf das OR verweist⁶⁷ oder wenn für spezialgesetzliche Gesellschaften (wie z.B. die Swisscom AG

⁶² Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

⁶³ Eine entsprechende Pflicht dürfte ab einer Unternehmensgrösse von etwa zehn Mitarbeitern zu bejahen sein: *Lengauer/Ruckstuhl* (Anm. 9), Rz. 82 m.w.H.; *Josianne Magnin*, Gesellschaftsrecht/Non-Compliance im Unternehmen als (verschärftes) Haftungsrisiko des Verwaltungsrates, in: Karin Müller/Jörg Schwarz (Hrsg.), *Auf zu neuen Ufern!*, Festschrift für Walter Fellmann, Bern 2021, S. 375 ff., 382.

⁶⁴ Konkreter ist es für jene Unternehmen formuliert, auf die Art. 1b Abs. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November (Bankengesetz; BankG; SR 952.0) anwendbar ist: Sie müssen «über ein angemessen ausgestattetes Risikomanagement und eine wirksame interne Kontrolle verfügen, die unter anderem die Einhaltung der rechtlichen und unternehmensinternen Vorschriften gewährleistet (*Compliance*)».

⁶⁵ Nach Art. 754 OR haftet der Verwaltungsrat bereits für fahrlässiges Handeln.

⁶⁶ *Damian A. Fischer*, Organisation und Haftung im Aktienrecht, *AJP* 2020, S. 271 ff., 277; vgl. auch *Lengauer/Ruckstuhl* (Anm. 9), Rz. 113 und 126 ff.

⁶⁷ Wie weit der Verweis reicht, ist im Einzelfall zu prüfen. So verweist z.B. das Organisationsgesetz der Basler Verkehrs-Betriebe vom 10. März 2004 (BVB-OG/BS; SG 953.100) in § 12a für die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats auf die «Bestimmungen des Aktienrechts über die Verantwortlichkeit (Art. 752–760 OR)». Die für Compliance grundlegenden Art. 716a und 717 OR fehlen aber im Verweis. Entsprechend ist zweifelhaft, ob in diesem Fall aus dem Privatrecht eine Pflicht zu einem CMS abgeleitet werden kann.

oder die Schweizerische Post AG) das Obligationenrecht ergänzend zum Gründungsgesetz zur Anwendung gelangt.⁶⁸ Insbesondere die grösseren dieser Unternehmen verfügen denn auch regelmässig bereits über ein CMS.⁶⁹

Die Rechtslage sieht bei öffentlichen Anstalten wie der FINMA, dem Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI oder dem Energieversorger des Kantons Zürich EKZ anders aus, und zwar in zweierlei Hinsicht: Erstens finden die Regelungen des OR keine direkte oder analoge Anwendung auf öffentliche Anstalten (Art. 763 OR). Diese werden durch ein Spezialgesetz gegründet und organisiert. Die Pflicht von Leitungspersonen, sorgfältig tätig zu sein, wird man zwar auch bei Anstalten jeweils finden oder zumindest annehmen.⁷⁰ Es besteht aber keine explizite Compliance-Pflicht wie nach Art. 716a Ziff. 5 OR für die Aktiengesellschaft. Zweitens besteht – soweit es um die Ausübung von Staatsaufgaben geht – auch eine andere Haftungsgrundlage: Zum Beispiel beim Bund haftet im Rahmen amtlicher Tätigkeiten die Organisation zwar kausal (Art. 3 VG⁷¹), der Angestellte aber nicht für fahrlässiges, sondern erst für grobfahrlässiges Handeln (Art. 7 VG).⁷² Eine Haftung des Verwaltungsrats bei fehlender Compliance erscheint damit zweifelhaft. Dem Eigner steht es aber in der Regel frei, [587] sein Management zur Einführung eines CMS zu verpflichten⁷³ oder einen unwilligen Verwaltungsrat unter Zuhilfenahme seiner Aktionärsrechte oder gemäss spezialgesetzlicher Grundlage abzuwählen.⁷⁴

Eine gesetzliche Pflicht zur Einführung eines CMS gibt es bei öffentlichen Betrieben wohl also nicht; für amtliche Aufgaben dachte der Gesetzgeber bisher nicht daran, dass

⁶⁸ Vgl. z.B. Art. 4 POG sowie Art. 4 des Bundesgesetzes über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11); vgl. auch Art. 2 NBG.

⁶⁹ Vgl. z.B. die Swisscom AG (vorne Anm. 49) oder die PostFinance AG (<https://www.postfinance.ch/de/ueber-uns/unternehmen/investor-relations/corporate-governance/compliance.html> [zuletzt besucht am 23. März 2025]). Die PostFinance AG untersteht der Pflicht nach Art. 1b Abs. 3 lit. b BankG, ein CMS zu führen.

⁷⁰ Siehe zum Beispiel Art. 72a Abs. 2 des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21) betreffend die Mitglieder des Institutsrats des schweizerischen Heilmittelinstituts Swissmedic; vgl. auch Art. 42 Abs. 1 NBG: «Der Bankrat beaufsichtigt und kontrolliert die Geschäftsführung der Nationalbank, namentlich im Hinblick auf die Einhaltung von Gesetz, Reglementen und Weisungen» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷¹ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32).

⁷² Desgleichen im Kanton Basel-Stadt: § 3 und 8 des Gesetzes über die Haftung des Staates und seines Personals vom 11. November 1999 (Haftungsgesetz, HG/BS; SG 161.100).

⁷³ Z.B. aus der Autonomie des ENSI und der FINMA (Art. 18 ENSIG; Art. 21 FINMAG) ist jedoch zu schliessen, dass kein entsprechendes Weisungsrecht besteht.

⁷⁴ Art. 705 Abs. 1 OR; Art. 9 Abs. 5 FINMAG; vgl. auch Art. 6 Abs. 5 ENSIG; Art. 41 Abs. 3 NBG.

neben den bereits gängigen Kontrollsystemen auch ein CMS zu installieren wäre.⁷⁵ Es bleibt aber dem Eigner von öffentlichen Betrieben unbenommen, seinen Leitungspersonen ein CMS aufzutragen – namentlich mit Leistungsaufträgen und Leistungsvereinbarungen. So hat es der Bundesrat insbesondere im Rahmen der erwähnten Eignerstrategie gemacht.⁷⁶ Ein Leistungsauftrag oder eine Leistungsvereinbarung vermag aber nicht in jedem Fall eine gesetzliche Grundlage zu ersetzen. Auf die Bedeutung der gesetzlichen Grundlage ist zurückzukommen.⁷⁷

V. Schranken bei der Einführung eines CMS in öffentlichen Unternehmen

Nicht nur bei der Pflicht zur Einführung eines CMS, sondern auch bei der Ausgestaltung eines CMS sind die Unterschiede zwischen dem privaten und dem öffentlichen Recht [588] zu beachten. In den jeweiligen Rechtsordnungen sind verschiedene Schranken bei der Ausgestaltung eines CMS zu berücksichtigen.

Zudem ergeben sich aus den Grundsätzen der jeweiligen Organisationsform verschiedene Rahmenbedingungen für ein CMS: Private Gesellschaften, die im Wettbewerbsmarkt tätig sind und ihre Mitarbeiter privatrechtlich anstellen dürfen (wie z.B. die

⁷⁵ So aber *Patrik Ducrey*, Fallstricke für öffentliche Unternehmen im Wettbewerb, in: Peter Hettich (Hrsg.), *Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt*, St. Gallen 2009, S. 71 ff., 84: «Für öffentliche Unternehmen gilt das grundsätzlich auch. Selbst wenn sie nicht in der Rechtsform einer AG organisiert sind, gilt für die Organe der öffentlichen Unternehmen in gleichem Masse die Pflicht, die Befolgung der Gesetze sicherzustellen (analog zu Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) und die Interessen des Unternehmens in guten Treuen zu wahren (analog zu Art. 717 Abs. 1 OR). Auch öffentliche Unternehmen sind den Grundsätzen der Corporate Governance verpflichtet, allenfalls in einer spezifischen Ausgestaltung als Public Corporate Governance. Daraus folgt, dass auch öffentliche Unternehmen ihre wettbewerbsrechtlichen Risiken abschätzen und auf sie in einem Antitrust Compliance Programm eingehen sollten.» – Interessant ist auch der Vergleich zu Stiftungen und Vereinen. Für diese wird eine Pflicht zur Einführung eines CMS erkannt, obwohl die entsprechenden Rechtsgrundlagen weniger klar sind und keine Präjudizien bestehen. Argumentiert wird, dass die Leitungspersonen (wie bei den Gesellschaften des OR) zu einer sorgfältigen Tätigkeit verpflichtet seien und daraus persönlich für fahrlässig oder vorsätzlich verursachten Schaden hafteten. Hieraus entstehe eine Pflicht zur Compliance, auch ohne explizite Norm wie im Aktienrecht: *Rita Pikó*, *Compliance bei Non-Profit-Organisationen – Teil 1*, CB 2018, S. 221 ff., 222 f.; für Deutschland vgl. *Tobias Grambow*, *Haftung und Compliance in Vereinen und Stiftungen*, CB 2017, S. 45 ff.

⁷⁶ Vorne S. 578 ; vgl. auch z.B. Strategische Ziele des Bundesrates für die Swisscom AG 2022–2025, abrufbar unter <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/swisscom/strategischeziele.html> (zuletzt besucht am 22. November 2024), Ziff. 1.6: «Die Swisscom verfügt über ein Unternehmensrisikomanagementsystem, das sich an der ISO-Norm 31000 orientiert, und ein Compliance-Management-System, das sich an der ISO-Norm 37301 orientiert.» Diese Möglichkeit besteht jedoch beispielsweise beim ENSI nicht, weil der ENSI-Rat von der Politik weitgehend unabhängig ist und selbst den Leistungsauftrag an das ENSI erteilt (Art. 6 Abs. 6 lit. a ENSIG); vgl. *Claudia Höchner*, *Parlamentarische Oberaufsicht über öffentliche Unternehmen des Bundes*, Diss., Bern 2020, S. 56 f.

⁷⁷ Sogleich S. 587 ff. und Anm. 85.

Swisscom AG), sind nicht nur in ihren Handlungen auf dem Wettbewerbsmarkt grundsätzlich frei, sondern auch bei ihrer inneren Organisation – vergleichbar mit privaten Betrieben im Wettbewerbsmarkt. Das folgt aus der Wirtschaftsfreiheit, auf die sich private Gesellschaften berufen können.⁷⁸ Dies erlaubt es ihnen, ein CMS stärker an etablierten privatwirtschaftlichen Standards wie der ISO 37301 auszurichten. In diesen Fällen orientiert sich das CMS an Prinzipien der Good Governance und der unternehmerischen Risiko- und Reputationssteuerung.⁷⁹ Gleichwohl können auch diese Unternehmen spezialgesetzlichen Einschränkungen unterliegen, z.B. im Bereich der kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten oder der Einschränkung des staatlichen Weisungsrechts gegenüber dem Verwaltungsrat.⁸⁰ Bei öffentlichen Betrieben ist zu unterscheiden: Den öffentlichen Anstalten und Betrieben, die eine öffentlich-rechtliche Rechtsform haben, Staatsaufgaben ausüben und ihre Angestellten öffentlich-rechtlich anstellen, kommt in der Regel eine geringe Organisationsautonomie zu. Wie gross diese ist, bestimmen das jeweilige Gründungsgesetz und weitere Rechtsgrundlagen wie das Personalrecht sowie allenfalls bindende strategische Vorgaben. Ein CMS in solchen Betrieben muss sich eng an den Vorgaben des einschlägigen öffentlichen Rechts orientieren – z.B. den Pflichten im Personalrecht, den Anforderungen an interne Kontrollsysteme oder den spezifischen öffentlich-rechtlichen Aufsichtsinstrumenten. Entsprechend sind Gestaltungsfreiheiten (wie zur Einführung anonymisierter Hinweisgebersysteme oder leistungsorientierter Compliance-Anreize) eingeschränkt.⁸¹ Ähnliche Herausforderungen ergeben sich in hybriden Organisationsformen. So werden bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften (wie der Schweizerischen Post AG oder den Schweizerischen Bundesbahnen SBB) oft verbindliche strategische Ziele vom Eigner oder Eignervertreter vorgegeben.⁸² Diese Ziele entfalten nicht nur eine steuernde, sondern auch eine faktisch verpflichtende Wirkung für das Unternehmen und damit auch für die Gestaltung des CMS. Das CMS muss die Erfüllung dieser Ziele sicherstellen helfen – beispielsweise hinsichtlich Versorgungssicherheit, Nachhaltigkeit oder ethischer Unternehmensführung.⁸³

Eine wichtige Grenze bei der Ausgestaltung eines CMS besteht bei öffentlichen Betrieben, die ihre Mitarbeitenden im Rahmen des öffentlichen Rechts anstellen und die

⁷⁸ Es ist umstritten, inwiefern sich öffentliche Betriebe auf die Wirtschaftsfreiheit stützen können: Andreas Abegg/Marco Frei, Können sich öffentliche Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen?, recht 2017, S. 290 ff., 291 f.; Phil Baumann, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Diss. Luzern, Zürich 2019, Rz. 125 ff.; Marc M. Winistörfer, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 186 ff.; Klaus Vallender/Peter Hettich, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 4.Aufl., Zürich/St.Gallen 2023, Art.27 N 7 und 22.

⁷⁹ ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 4.6; zum Begriff der Good Governance vgl. Höchner (Anm.76), S. 24 f., m.w.H

⁸⁰ Lienhard/Hirschi (Anm.6), S. 57.

⁸¹ Siehe dazu die nachfolgenden Beispiele.

⁸² Art. 7 Abs. 1 POG; Art. 8 Abs. 1 SBBG; vgl. auch Art. 3 Abs. 1bis des Bundesgesetzes über die Rüstungsunternehmen des Bundes vom 10. Oktober 1997 (BGRB; SR 934.21).

⁸³ EFV, Faktenblatt 2023 (Anm. 6), S. 2.

Grundrechte beachten müssen. Bei diesen Betrieben steigen die Anforderungen an die demokratische Legitimation – d.h. die Erlassstufe der gesetzlichen Grundlage und die Ausführlichkeit der Regelung –, je mehr die betriebliche Organisation die Stellung von Rechtsunterworfenen betrifft, Grundrechte tangiert oder öffentlich-rechtliche Pflichten schafft.⁸⁴ Die Organisationsautonomie hat somit ihre Grenzen da, wo die Rechtsstellung von Mitarbeitenden oder Dritten schwerwiegend berührt wird, z.B. wenn es um den Lohn, das Streikrecht oder Treuepflichten von Mitarbeitenden geht.⁸⁵ Folgendes Beispiel vermag dies zu verdeutlichen: Mit der Einführung eines CMS ist zu klären, wie die Regeleinhaltung überwacht und Non-Compliance sanktioniert werden soll. Ziel ist es, auf der Grundlage identifizierter Compliance-Risiken sowohl Prozesse als auch das Verhalten von Mitarbeitenden im Alltag angemessen zu kontrollieren, um Compliance-Verstösse zu erkennen und präventiv Massnahmen erlassen zu können.⁸⁶ Die konkrete Ausgestaltung solcher Überwachungsmassnahmen ist somit abhängig vom Risikoprofil des Betriebs. Zu den typischen Formen der Überwachung zählen z.B. risikobasierte Stichprobenprüfungen.⁸⁷ Auch regelmässige Compliance-Audits, welche gezielt Geschäftsbereiche mit erhöhtem Risiko (z.B. Beschaffung, IT, Forschung) untersuchen, dienen der Verhaltensüberwachung und Risikoerkennung.⁸⁸ Zudem sieht die ISO 37301 vor, dass Organisationen neben einem Meldesystem⁸⁹ weitere Berichtssysteme, Selbstdeklarationen und Feedbackmechanismen (z.B. über Umfragen oder Interviews mit austretenden Mitarbeitenden) einrichten können, um Erkenntnisse über die tatsächliche Regelbefolgung zu gewinnen.⁹⁰ Je nach Regelung werden damit die Rechtsstellung und die Grundrechte der Mitarbeitenden erheblich betroffen. Es ist deshalb stets zu prüfen, ob sich die mit dem CMS vorgesehenen Überwachungs- und Sanktionsmechanismen auf

⁸⁴ Soweit öffentliche Betriebe in Privatrechtsform dagegen Mitarbeitende im Rahmen des Privatrechts anstellen, sind m.E. die Grundrechte nicht anwendbar: Abegg/Frei (Anm.78). Siehe im Weiteren zum Thema: Andreas Lienhard, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 2002, S. 1163 ff., 1167 f.; vgl. Rainer J. Schweizer/Alina Krebs, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art.36 N 23

⁸⁵ BGE 128 I 113 E. 3.

⁸⁶ Die ISO 37301 (Anm. 1) verlangt die regelmässige Bewertung der Compliance-Leistungen, damit relevante Verstösse identifiziert und adressiert werden können: ISO 37301, Nr.9.1.

⁸⁷ Dies v.a. bei kritischen Transaktionen wie Spesenabrechnungen, Auftragsvergaben oder Projektabrechnungen.

⁸⁸ ISO 37301 (Anm. 1), Nr. 9.2.

⁸⁹ Dazu sogleich S. 594 bei Anm. 110.

⁹⁰ ISO 37301 (Anm. 1), Nr. 9.1 i.V.m. Ziff. 7.4.

eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen können [589] (bezüglich Regelungsstufe und -dichte),⁹¹ ob sie verhältnismässig sind⁹² und ob sie die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeitenden sowie die Grundsätze des Datenschutzrechts achten.⁹³

Für Verwaltungsräte obligationenrechtlicher Gesellschaften wie z.B. der Flughafen Zürich AG ist eine weitere Schranke für CMS zu beachten: Zuweilen wird gesetzlich festgelegt, dass Verwaltungsräte den Weisungen ihrer staatlichen Eigentümer direkt folgen müssen.⁹⁴ Zugleich ist der Verwaltungsrat aber auch der Gesellschaft verpflichtet, was sich aus dem Obligationenrecht ergibt. Somit könnte eine Anweisung des staatlichen Eigners im Einzelfall den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen oder internen Prozessen und Weisungen widersprechen. Bei solchen Betrieben ist dieser sogenannte doppelte Pflichtenexus im Rahmen eines CMS zu berücksichtigen.⁹⁵ Zu denken ist dabei an folgende Konstellationen: Wird einem öffentlich kontrollierten Unternehmen durch seinen staatlichen Eigner eine Weisung erteilt – etwa im Sinne einer politisch motivierten Auftragsvergabe, einer bevorzugten regionalen Standortwahl oder der strategischen Ausrichtung auf gemeinwirtschaftliche statt gewinnorientierte Ziele –, so kann dies im konkreten Fall mit den gesetzlichen oder statutarischen Pflichten des Verwaltungsrats kollidieren. Denn nach Art. 717 OR ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft mit der gebotenen Sorgfalt zu wahren. Eine staatliche Weisung, die zu ineffizienten Entscheidungen führt, gesetzliche Vorschriften verletzt (z.B. gesellschafts-

⁹¹ Grundsätzlich besteht bei Betrieben mit öffentlich-rechtlicher Organisationsstruktur kein Raum dafür, mit einem CMS neue Sanktionen einzuführen. So hob das Bundesgericht im Fall der Bündner psychiatrischen Dienste (bei dem es nicht um ein CMS ging) eine Blankett-Norm als unzulässig auf, mit welcher der Bündner Gesetzgeber der Anstalt die allgemeine Befugnis zum Erlass personalrechtlicher Bestimmungen gab. Diese Regelung sei nicht ausreichend detailliert und bestimmt, wenn wichtige Aspekte des Arbeitsverhältnisses wie Lohn und Ferien betriebsintern geregelt würden: BGE 128 I 113 E. 3e. Grundsätzlich können in einem CMS keine Personalsanktionen eingeführt werden, die nicht bereits im jeweiligen Disziplinarrecht der Organisation enthalten sind.

⁹² Höchner (Anm. 76), S. 51. Z.B. sind anlasslose oder verdeckte Überwachungen unzulässig, sofern sie nicht durch ein überwiegendes öffentliches oder betriebliches Interesse gerechtfertigt sind.

⁹³ Zum Datenschutz vgl. Felix Uhlmann, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, ZBl 118/2017, S. 471 ff., 482 f.

⁹⁴ § 19 Abs. 1 des zürcherischen Gesetzes über den Flughafen Zürich vom 12. Juli 1999 (Flughafengesetz/ZH; LS 748.1): «Für Beschlüsse des Verwaltungsrates, welche Gesuche an den Bund über Änderungen der Lage und Länge der Pisten und Gesuche um Änderungen des Betriebsreglements mit wesentlichen Auswirkungen auf die Fluglärmbelastung betreffen, erteilt der Regierungsrat der Staatsvertretung im Verwaltungsrat Weisungen.»

⁹⁵ Jan Seidel/Mathias Wendt, Compliance in öffentlichen Unternehmen, Wiesbaden 2017, S. 6; vgl. Franziska Buob, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, AJP 2009, S. 142 ff., 147; Andreas Stöckli, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken in der gemischt-wirtschaftlichen Aktiengesellschaft, recht 2015, S. 111 ff., 114; siehe auch ders., Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen. Ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, Diss. Freiburg, Bern 2012, S. 441 ff.

rechtlicher Minderheitenschutz, Vergaberecht, Kartellrecht) oder den internen Richtlinien widerspricht, kann daher den Verwaltungsrat in ein haftungsrechtlich relevantes Spannungsfeld führen. Ein wirksames CMS muss auf diesen doppelten Pflichtenexus strukturell und prozessual reagieren – mit [591] der Identifikation solcher Weisungen als «externe Compliance-Verpflichtungen» im Sinne von ISO 37301 (Ziff. 6.3) und der Prüfung von deren Rechtmässigkeit. Je nach Ergebnis dieser Beurteilung kann das CMS vorsehen, dass eine interne Eskalation an den Verwaltungsrat oder eine Rückfrage an die Eigentümerinstanz erfolgt, bevor eine Umsetzung der Weisung veranlasst wird. Ein weiterer zentraler Aspekt betrifft die Risikobewertung: Weisungsabhängige Unternehmen weisen systematisch ein erhöhtes Risiko für Zielkonflikte und politische Einflussnahme auf, was im Rahmen des CMS durch geeignete Kontrollmechanismen (z.B. Vier-Augen-Prinzip, Genehmigungsvorbehalte, dokumentierte Compliance-Opinions) zu berücksichtigen ist. Zudem kann das CMS Massnahmen vorsehen, damit die Prüfung und die Umsetzung staatlicher Weisungen nachvollziehbar dokumentiert werden. Dies dient nicht nur der Rechenschaft gegenüber Eigentümern und Öffentlichkeit, sondern auch dem haftungsrechtlichen Schutz der Entscheidungsträger. Schliesslich sind auch die Schulungs- und Sensibilisierungsmassnahmen entsprechend auszurichten. Führungskräfte und Mitglieder des Verwaltungsrats müssen mit den Grundlagen des doppelten Pflichtenexus vertraut sein, um potenzielle Konflikte frühzeitig zu erkennen und im Einklang mit den Unternehmensinteressen und den rechtlichen Anforderungen angemessen zu adressieren.

Zu beachten ist weiter, dass ein CMS gemäss Vorgaben der ISO 37301 auch die Einhaltung von ethischen Standards umfasst. Solche ethischen Standards werden häufig in einem Verhaltenskodex erfasst und für Mitarbeitende verbindlich erklärt. Dabei sind zwei Aspekte speziell zu berücksichtigen: Viele (öffentliche) Unternehmen – insbesondere jene mit einem umfangreichen Personalbestand und einer gewissen organisatorischen Reife – verfügen über formalisierte Verhaltensrichtlinien, die ethische Standards kodifizieren. Diese Dokumente sind oftmals im Sinne eines «Code of Conduct» ausgestaltet und erfassen Themen wie Integrität, Gleichbehandlung, Umgang mit Interessenkonflikten oder Korruptionsprävention. Damit wird eine grundsätzliche ethische Selbstverpflichtung ausgedrückt, die über das Legalitätsprinzip hinausgeht. Allerdings erschöpft sich die Anforderung der ISO 37301 an ethische Standards nicht in der blossen Existenz solcher Kodizes. Die Norm versteht ethische Vorgaben als integralen Bestandteil eines CMS, das ihre Umsetzung, Überprüfung, Kommunikation und Integration in den Organisationsalltag sicherstellt. Ein CMS gemäss ISO 37301 verlangt daher die Einbettung der ethischen Prinzipien in Prozesse, Risikobewertungen, Schulungen und Kontrollen. Zudem verlangt es eine institutionelle Verantwortung für die ethische Compliance (z.B. durch die Compliance-Funktion) sowie die Möglichkeit, Verstösse gegen ethische Standards zu erkennen, zu melden und zu sanktionieren. Ein zweiter wichtiger Aspekt ist darin zu sehen, dass ethische Standards keine klaren Anweisungen bieten, sondern regelmässig eine vage Richtschnur für gutes und gerechtes Handeln bilden. Sie sind damit nicht immer dazu geeignet, Mitarbeitende konkret anzuleiten und im Rah-

men einer Compliance in öffentlichen Anstalten durchgesetzt zu werden. Denn wiederum gilt: Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht (Art. 5 Abs. 1 BV). Eine Sanktion betrifft die Rechtsstellung von Mitarbeitenden [592] erheblich und muss sich somit – zumindest im Rahmen öffentlich-rechtlicher Anstellungen – auf klare rechtliche Grundlagen abstützen. Soweit also das Handeln der Mitarbeitenden mit klaren Anweisungen (z.B. zur Entgegennahme von Geschenken) angeleitet werden kann, ist auf das Etikett «ethisch» zu verzichten und die Verhaltensregel als Rechtsnorm auszuformulieren.⁹⁶

Die Vorgabe im CMS, dass Regeln jeweils kritisch zu hinterfragen und gegebenenfalls anzupassen sind,⁹⁷ kann aufgrund der hohen Bedeutung der Gesetzesbindung der Verwaltung nicht unesehen übernommen werden. Denn geltende Gesetze, Verordnungen und Richtlinien sind von der Verwaltung einzuhalten,⁹⁸ ausser wenn sie höherrangigem Recht widersprechen (samt den verfassungsmässigen Grundrechten). Erweist sich eine Norm als falsch oder überholt, so liegt es am jeweiligen Erlassgeber, die Norm aufzuheben oder anzupassen.⁹⁹ Mitarbeitende sollen in solchen Fällen jedoch die Möglichkeit haben, ihre Bedenken oder Zweifel einer zuständigen internen Stelle zu melden (z.B. einer CMS-beauftragten Person oder einer Fachaufsicht), die die rechtliche und sachliche Stichhaltigkeit prüft. Ein funktionierendes CMS sollte hierfür geeignete Meldewege und Verfahren vorsehen.¹⁰⁰

Des Weiteren ist bei der Ausgestaltung eines CMS die interne Verwaltungsorganisation zu berücksichtigen: Die ISO 37301 verlangt, dass die Verantwortung für die Überwachung, Umsetzung und kontinuierliche Verbesserung des CMS einer oder mehreren Personen übertragen wird, die ihre Aufgaben unabhängig und frei von Interessenkonflikten wahrnehmen können (die «Compliance-Funktion»)¹⁰¹. Ziel dieser Regelung ist es, die Wirksamkeit und Glaubwürdigkeit des CMS durch eine strukturell und funktional abgesicherte Überwachungsinstanz zu gewährleisten. Erreicht wird dies nicht nur durch Weisungsfreiheit der Compliance-Funktion im operativen Bereich, sondern auch durch deren direkten Zugang zur obersten Leitungsebene, um etwaige Compliance-Risiken

⁹⁶ Benjamin Schindler, Ethikförderung in der Verwaltung – Modetrend oder Notwendigkeit?, ZBl 104/2003, S. 61 ff., insb. S. 73 f. und 81.

⁹⁷ ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 10.1 und A.10; Flück (Anm. 8), S. 16 f.

⁹⁸ Vgl. dazu unter vielen Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 33), Rz. 325 ff.

⁹⁹ Jürg Martin/Jan Seltsmann/Silvan Loher, Die Verfügung in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2016, S. 137 ff.; vgl. auch Lorenz Engi, Gesetzmässigkeit der Verwaltung heute, recht 2006, S. 17 ff., 24 f.

¹⁰⁰ ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 8.3; Flück (Anm. 8), S. 32.

¹⁰¹ ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 5.3.2. Diese Funktion kann nicht durch den Verwaltungsrat selbst wahrgenommen werden. Denn die Compliance-Funktion ist ein Teil des operativen Betriebs. Sie übernimmt Prüf-, Kontroll- und Beratungstätigkeiten. Würden diese Tätigkeiten durch den Verwaltungsrat übernommen, entstünden Interessenkonflikte in Bezug auf die Aufgabe der Oberleitung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat (Art. 716a Ziff. 5 OR).

oder -Verstösse direkt adressieren zu können.¹⁰² Weiter [593] verlangt die ISO 37301, dass die Compliance-Funktion direkten Zugang zu Mitarbeitenden und Compliance-relevanten Daten haben soll.¹⁰³ Diese CMS-Prinzipien könnten aber – je nach Gemeinwesen und öffentlichem Betrieb – die hierarchische Struktur der Verwaltungsordnung durchbrechen und den Regeln des Datenschutzes¹⁰⁴ sowie zur Informationssicherheit¹⁰⁵ widersprechen. Deshalb ist bei einem CMS im öffentlichen Sektor dafür zu sorgen, dass der Datenzugriff der Compliance-Funktion für die Erfüllung der Compliance-Aufgabe erforderlich ist und angemessen abgesichert wird. Zudem ist jeweils genau zu prüfen, ob die konkreten CMS-Regelungen im jeweiligen Fall dem bestehenden Organisationsrecht widersprechen und dieses allenfalls angepasst werden muss.

Besondere Schranken bestehen für Meldesysteme: Nicht nur, aber vor allem bei Aufsichtsbehörden besteht typischerweise eine interne Aufsichtsinstanz, bei welcher Mitarbeitende Regelungsverstösse melden können.¹⁰⁶ Eine interne Compliance-Meldestelle könnte bei diesen öffentlichen Betrieben in eine ungewollte Konkurrenz mit dieser Aufsichtsinstanz treten.¹⁰⁷ Es ist deshalb sicherzustellen, dass bei öffentlichen Betrieben das CMS von der Aufsichtsinstanz mitgetragen oder beauftragt wird. Bei Betrieben im Wettbewerb übernimmt dagegen der Markt eine disziplinierende Funktion, weshalb eine staatliche Aufsicht entfällt und regelmässig dem Verwaltungsrat die Aufsicht über die

¹⁰² Die ISO-Norm verzichtet bewusst auf die Verwendung spezifischer Funktionsbezeichnungen wie etwa «Chief Compliance Officer» (CCO), um unterschiedlichen organisatorischen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. In der Praxis wird diese Funktion jedoch häufig von einem CCO wahrgenommen, sofern dieser organisatorisch hinreichend von operativen Linienfunktionen getrennt ist und über die notwendige Autorität sowie Ressourcenausstattung verfügt. In kleinen oder mittleren Organisationen kann die CMS-Verantwortung auch an andere geeignete Funktionen (z. B. Rechtsdienst oder interne Revision) delegiert werden, solange die strukturelle Unabhängigkeit gewahrt bleibt: Vgl. ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 5.3.2 und A.5.3.; *Flück* (Anm. 8), S. 32.

¹⁰³ Z.B. verlangt die ISO 37301 (Anm. 1) für Compliance-Beauftragte direkten Zugang zu «dem gesamten Personal sowie erforderlichen dokumentierten Informationen und Daten» (S. 21).

¹⁰⁴ Der in der ISO 37301 geforderte direkte Zugang der CMS-verantwortlichen Stelle zu Mitarbeitenden und Compliance-relevanten Daten muss im öffentlichen Sektor der verhältnismässigen Datenbearbeitung genügen: Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 25. September 2020 (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1).

¹⁰⁵ Vgl. zum «Need-to-know-Prinzip» z.B. Art. 13 der Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes vom 4. Juli 2007 (Informationsschutzverordnung, ISchV; SR 510.411).

¹⁰⁶ So ist z.B. der ENSI-Rat das «interne Aufsichtsorgan des ENSI»: Art. 6 Abs. 1 ENSIG. Der Verwaltungsrat der FINMA überwacht die Geschäftsleitung und sorgt für die interne Kontrolle: Art. 9 Abs. 1 lit. d und e FINMAG.

¹⁰⁷ Bei der Schweizerischen Post AG übernimmt die PostCom gewisse Aspekte der Aufsicht (Art. 22 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 [PG; SR 783.0]), während andere Aspekte dem Verwaltungsrat zufallen (in Anwendung von Art. 716a OR). Für die Schweizerischen Bundesbahnen SBB verweist Art. 11 SBBG auf Art. 716a OR, womit ebenfalls der Verwaltungsrat als internes Aufsichtsorgan gilt. Allerdings bedeutet dies nicht, dass der Verwaltungsrat jeweils direkte Kontaktperson ist, sondern nur, aber immerhin, dass er für eine solche sorgen muss.

Gesellschaft zukommt.¹⁰⁸ Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass der Verwaltungsrat selbst als direkte Anlaufstelle für Hinweisgebende oder als operatives Aufsichtsorgan fungiert. Vielmehr ist er verpflichtet, für eine angemessene organisatorische Ausgestaltung der internen Aufsicht zu sorgen. Dazu gehört auch die Ein-[594]richtung geeigneter Meldestrukturen (z.B. über eine Compliance-Funktion oder über interne Hinweisgebersysteme), die eine frühzeitige Erkennung und Behandlung von Regelverstössen ermöglichen.¹⁰⁹ Damit zusammenhängend sollen sich Mitarbeitende in einem CMS zwecks Vermeidung von Vergeltungsmassnahmen anonym oder vertraulich an die Meldestelle wenden können.¹¹⁰ Behörden und ihre Mitglieder haben aber regelmässig die Pflicht, strafrechtliche Verfehlungen zur Anzeige zu bringen.¹¹¹ Gelangen dabei Meldedaten in die Strafakten, können sie (z.B. von der beschuldigten Person, aber auch von anderen Behörden) gestützt auf das Akteneinsichtsrecht eingesehen werden – womit die Anonymität möglicherweise nicht mehr gewährleistet wäre.¹¹²

Eine letzte Schranke für die Ausgestaltung eines CMS ergibt sich aus der neueren Forschung zur Organisationspsychologie: In seinem kürzlich erstellten Bericht zur Just Culture hat der Bundesrat die Bedeutung einer offenen und transparenten Fehlerkultur betont, namentlich bei Betrieben wie SKYGUIDE, die über sehr komplexe Geschäftsprozesse verfügen. Just Culture zielt darauf ab, ein Arbeitsumfeld zu schaffen, in dem Mitarbeitende ohne Angst vor Sanktionen Fehler und sicherheitsrelevante Vorfälle melden

¹⁰⁸ Bei der Schweizerischen Post AG übernimmt die PostCom gewisse Aspekte der Aufsicht (Art. 22 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 [PG; SR 783.0]), während andere Aspekte dem Verwaltungsrat zufallen (in Anwendung von Art. 716a OR). Für die Schweizerischen Bundesbahnen SBB verweist Art. 11 SBBG auf Art. 716a OR, womit ebenfalls der Verwaltungsrat als internes Aufsichtsorgan gilt. Allerdings bedeutet dies nicht, dass der Verwaltungsrat jeweils direkte Kontaktperson ist, sondern nur, aber immerhin, dass er für eine solche sorgen muss.

¹⁰⁹ ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 8.3.

¹¹⁰ ISO 37301 (Anm. 1), S. 50, Ziff. A.8.3.

¹¹¹ Art. 302 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung; StPO; SR 312.0); Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR; SR 313.0); siehe zu weiteren Anzeigepflichten i.S.v. Art. 302 Abs. 2 StPO *Nadine Hagenstein*, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), StPO/JStPO, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2023, Art. 302 N 31; vgl. auch *Gunhild Godenzi*, Strafuntersuchung gegen Mitarbeitende – was darf und was muss der öffentliche Arbeitgeber tun?, Jusletter vom 16. Februar 2015, Rz. 10 ff. Neben der allfälligen Anzeigepflicht bestehen weitere Bestimmungen, die Grundlage eines Informationsflusses zwischen Unternehmen und Strafbehörde bilden können (siehe dazu Rz. 14 ff.).

¹¹² Art. 101 StPO. Lässt es das CMS jedoch nicht zu, den Urheber einer Meldung zu ermitteln, so sollte diese Anonymität auch im Strafverfahren Bestand haben, kann doch auch eine Strafanzeige anonym eingereicht werden: *Christof Riedo/Barbara Boner*, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), StPO/JStPO, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2023, Art. 301 N 14.

können, um daraus kollektiv zu lernen und systemische Schwächen zu beheben.¹¹³ Eine solche offene Fehlerkultur, wie sie der Bundesrat fördern will, könnte in Konflikt mit einem CMS kommen, das gemäss ISO-Norm auch eine «unverzögliche [...] Disziplinierung [...] fahrlässiger Verstösse gegen Compliance-Verpflichtungen» vorsehen soll.¹¹⁴ Dieses Caveat gilt aber nicht nur für öffentliche Betriebe, sondern auch für private Unternehmen.

[595]

VI. Umsetzung eines CMS bei öffentlichen Unternehmen

Die vorstehend erwähnten gesetzlichen und organisatorischen Besonderheiten erhöhen den Aufwand, bei öffentlichen Betrieben ein CMS einzuführen, weil dieses an die spezifischen Charakteristika des jeweiligen Betriebs angepasst werden muss. Auf der anderen Seite kann ein gut implementiertes CMS bei öffentlichen Betrieben die Transparenz, die Rechtskonformität und das öffentliche Vertrauen stärken und damit die Agency-Kosten reduzieren.¹¹⁵ Wie und worauf ist ein CMS auszurichten, damit es diese Ziele erreicht?

Bei privaten Unternehmen geht es bei einem CMS vor allem darum, die Mitarbeitenden für die rechtlichen Grenzen einer freien, marktwirtschaftlichen Tätigkeit zu sensibilisieren, um eine Haftung des Unternehmens zu vermeiden und dessen Reputation zu schützen.¹¹⁶

Bei öffentlichen Anstalten, die einer Staatsaufgabe nachgehen oder sogar Aufsichtstätigkeiten ausüben, liegt die Sache anders: Die «DNA» solcher Anstalten liegt gerade darin, für die Einhaltung von Gesetzen zu sorgen. Im Rahmen der eigenen Tätigkeit bestehen denn auch – im Vergleich zu einem Wettbewerbsbetrieb – wenig Spielräume. Hier ist eine Aufsicht innerhalb der Aufsicht zu vermeiden – zumal wenn neben dem internen Kontrollsystem die wichtigen Geschäftsprozesse bereits kontrolliert werden.¹¹⁷ Beim CMS in einem Aufsichtsbetrieb sollte es deshalb m.E. nicht darum gehen, das Aufsichtshandeln zu überwachen, sondern es sollen jene peripheren Bereiche im Fokus stehen, die auch in einem Aufsichtsbetrieb für Probleme sorgen könnten. Zudem ist bei der Einführung eines CMS besonders darauf zu achten, dass keine Kompetenzkonflikte mit be-

¹¹³ James Reason, *Managing the Risks of Organizational Accidents*, Aldershot 1997, S. 205; Sidney Dekker, *Just Culture. Balancing Safety and Accountability*, Farnham 2012, S. 82 f.; Fehlerkultur: Möglichkeiten und Grenzen ihrer rechtlichen Verankerung, Bericht des Bundesrates vom 9. Dezember 2022 in Erfüllung des Postulats 20.3463 (RK-S) vom 25. Mai 2020, abrufbar unter <https://www.sem.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2020-12-09.html> (zuletzt besucht am 22. November 2024).

¹¹⁴ ISO 37301 (Anm. 1), S. 40.

¹¹⁵ Vorne S. 576 bei Anm. 4 f.

¹¹⁶ Dazu vorne S. 588 bei Anm. 79.

¹¹⁷ So bestehen z.B. beim ENSI ein Qualitätsmanagement, ein internes Auditwesen basierend auf Geschäftsprozessen und Überprüfungen im Rahmen von IRRS-Missionen (Integrated Regulatory Review Service der Internationalen Atomenergie-Agentur IAEA).

stehenden Kontrollsystemen und Funktionen entstehen. So führt ein CMS nicht zu zusätzlicher Überwachung oder weiteren Pflichten für die Mitarbeitenden, sondern es werden allfällige Compliance-Lücken geschlossen und die bestehenden Management-Systeme zu einem Gesamtsystem konsolidiert.

Besondere Herausforderungen stellen sich bei hybriden öffentlichen Unternehmen, die sowohl staatliche Aufgaben wahrnehmen als auch am Markt operieren oder gesetzliche Aufträge in einem wettbewerblichen Umfeld erfüllen. In solchen Konstellationen treffen unterschiedliche Steuerungslogiken aufeinander: Einerseits steuert der Staat nach politischen Gesichtspunkten und es gelten der Grundsatz der Gesetzesbindung sowie das Gebot der Gleichbehandlung, andererseits bestehen betriebswirtschaftliche Effizienzerwartungen und Konkurrenzdruck. Ein CMS in solchen hybriden Strukturen muss diesen Dualismus abbilden. Es hat sowohl den öffentlichen Auftrag zu flankieren als auch unternehmerisches Verhalten in marktkonformen Bahnen zu halten. Besonders sensibel sind dabei Schnittstellen, an denen Subventionen oder regulatorische Einflussnahmen mit Marktleistungen zusammentreffen.¹¹⁸ Das CMS übernimmt hier eine wichtige Orientierungsfunktion und trägt dazu bei, Interessenkonflikte, Intransparenz oder wettbewerbsverzerrende Praktiken frühzeitig zu erkennen und zu vermeiden.

Die Schlagzeilen der letzten Jahre vermögen aufzuzeigen, welche Bereiche¹¹⁹ dies betreffen könnte. Die nachfolgende Auflistung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit:

Personalrechtliche Fragen, wie Vertragsgestaltung, Kündigungsprozesse und Diskriminierungsvermeidung, sind komplex und im öffentlichen Bereich stark reguliert. Fehlinterpretationen oder Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorgaben können zu rechtlichen Konflikten und Reputationsverlusten führen.¹²⁰ Besonders anspruchsvoll gestaltet sich

¹¹⁸ Ein aktuelles Beispiel für die Sensibilität solcher Schnittstellen liefert die SBB Cargo AG. Obwohl dieses Unternehmen im Wettbewerb steht, hat es seit seiner Ausgliederung über eine Milliarde Franken Kapital verbraucht – und soll nun erneut staatliche Subventionen in dreistelliger Millionenhöhe für den Einzelwagenladungsverkehr erhalten. Diese Unterstützung wirft wettbewerbsrechtliche Fragen auf: Subventionen können den Markt verzerren, wenn sie Unternehmen begünstigen, die eigentlich im Wettbewerb bestehen müssten. Die Herausforderung liegt darin, staatliche Infrastruktur- oder Grundversorgungsinteressen mit einem wettbewerbskonformen Verhalten des Unternehmens zu vereinbaren. Hier ist ein CMS besonders gefordert, um Transparenz, rechtliche Trennschärfe und die Vermeidung unzulässiger Quersubventionierungen sicherzustellen. Vgl. News Service Bund, Bessere Rahmenbedingungen für zukunftstauglichen Güterverkehr, 10. Januar 2024, abrufbar unter <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-99636.html> (zuletzt besucht am 29. März 2025).

¹¹⁹ Auffällig ist, dass diese Skandale vor allem Wettbewerbsbetriebe betreffen – aber nicht nur.
¹²⁰ Jüngst sind z.B. Vorwürfe der Vetternwirtschaft gegen die höchste Ebene des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) erhoben worden: Siehe nur *Nina Blaser/Nadine Woodtli*, Walliser-Connection: Vorwurf der Vetternwirtschaft – Amherd-Beraterin in der Kritik, SRF News vom 17. April 2024, abrufbar unter <https://www.srf.ch/news/schweiz/walliser-connectionvorwurf-der-vetternwirtschaft-amherd-beraterin-in-der-kritik> (zuletzt besucht am 22. November 2024).

die Rechtsanwendung in Betrieben des öffentlichen Sektors, die Nacht- und Wochenendarbeit leisten müssen – etwa im öffentlichen Verkehr, im Sicherheitsbereich oder in der Gesundheitsversorgung. In solchen Bereichen kommen neben dem allgemeinen Arbeitsrecht auch spezifische Regeln zur Anwendung, z.B. das Arbeitszeitgesetz¹²¹ sowie kantonale oder spezialgesetzliche Personalrechtsordnungen. Dabei ist nicht nur die Einhaltung von Höchstarbeits- und Ruhezeiten zu überwachen, sondern auch auf die korrekte Führung und Abrechnung verschiedener Zeitkontingente (z.B. Überzeit, Pikettendienste, Kompensation) zu achten.¹²² Ein CMS kann in diesem Bereich durch klare Richtlinien und Schulungen sicherstellen, dass Personalentscheidungen auf verschiedenen Ebenen im Einklang mit dem Personalrecht getroffen werden. Dadurch werden rechtliche Risiken minimiert und die Fairness im Arbeitsumfeld gefördert. Im Hinblick auf betriebsbezogene Audits kann ein CMS als Indikator für die [597] Regelkonformität und die systematische Umsetzung der arbeitszeitrechtlichen Verpflichtungen herangezogen werden.

Die Staatsverwaltung und öffentliche Betriebe sind sodann aufgrund ihrer Nähe zu politischen *und* wirtschaftlichen Interessen anfällig für Interessenkonflikte und unerwünschte Einflussnahmen.¹²³ Ein CMS kann hier effektive Kontroll- und Meldemechanismen etablieren und durch eine transparente Behandlung und Diskussion eine offene Compliance-Kultur fördern.

Des Weiteren unterliegen öffentliche Betriebe strengen finanzrechtlichen Vorgaben, deren Nichteinhaltung zu Reputationsverlusten gegenüber der Politik und der Öffentlichkeit sowie zu schwerwiegenden finanziellen und rechtlichen Konsequenzen führen kann. Durch die Implementierung eines CMS können Finanzprozesse überwacht und gesteuert werden, um die Einhaltung aller relevanten gesetzlichen und internen Vorgaben sicherzustellen. Was damit allerdings nicht gelöst werden kann, ist das Problem sich widersprechender Wünsche der Politik.¹²⁴ Auch ersetzt das CMS nicht die bestehenden Mechanismen der internen und externen Finanzkontrolle: Die interne Finanzkontrolle (oft als Teil des Internen Kontrollsystems, IKS) fokussiert auf operationelle Risiken, Buchführung, Zahlungsströme und die Sicherstellung der Ordnungsmässigkeit der finanziellen Abwicklung. Die externe Finanzkontrolle, namentlich durch Revisionsstellen

¹²¹ Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 8. Oktober 1971 (Arbeitszeitgesetz, AZG; SR 822.21).

¹²² Vgl. Art. 2 ff. AZG.

¹²³ So ist derzeit die rechtliche Bewältigung der Korruptionsvorwürfe im SECO immer noch im Gang: BStGer, Urteil CA.2022.16 vom 21. Dezember 2023 (Weiterzug an das Bundesgericht); siehe auch *Sibilla Bondolfi*, Grösster Korruptionsfall: Seco-Skandal wird erneut verhandelt, SRF News vom 28. November 2023, abrufbar unter <https://www.srf.ch/news/schweiz/groesster-korruptionsfall-seco-skandalwird-erneut-verhandelt> (zuletzt besucht am 22. November 2024).

¹²⁴ Zu den Widersprüchlichkeiten von Gewinnwünschen und Staatsaufgaben vgl. *Andreas Abegg/Goran Seferovic*, Postauto-Affäre – ein Systemversagen, Gastkommentar, NZZ vom 28. Juni 2018, S. 9.

oder die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK), überprüft die rechtmässige und wirtschaftliche Mittelverwendung ex post und aus unabhängiger Sicht. Ein CMS wirkt hingegen frühzeitig und innerhalb des Betriebs, indem es bereits im Vorfeld klare Standards und Verhaltensrichtlinien setzt, Schulungen durchführt und Hinweisgebersysteme zur Erkennung von Unregelmässigkeiten anbietet. In der Praxis ist deshalb eine kohärente Abstimmung zwischen CMS, IKS und externer Kontrolle wichtig.¹²⁵

Die Kommunikation mit Behörden unterliegt im öffentlichen Sektor nicht nur politischen und institutionellen Gepflogenheiten, sondern auch klaren rechtlichen Anforderungen, insbesondere im Bereich des Verwaltungsverfahrenrechts,¹²⁶ des öffentlichen Auskunftsrechts sowie der Dokumentations- und Rechenschaftspflichten.¹²⁷

[598] Fehlerhafte, verzögerte oder unvollständige Auskünfte können zu Verfahrensverzögerungen, rechtswidrigen Entscheiden, Vertrauensverlusten oder gar Amtspflichtverletzungen führen.¹²⁸ Ein CMS bei öffentlichen Betrieben kann sicherstellen, dass die Kommunikation korrekt, zeitgerecht und gemäss den rechtlichen Vorgaben erfolgt.¹²⁹ Gerade im Kontext interadministrativer Zusammenarbeit, parlamentarischer Anfragen oder externer Prüfungen (z.B. durch die EFK oder das Bundesamt für Verkehr BAV) kann ein unkoordiniertes Vorgehen zu widersprüchlichen Auskünften oder Reputationsschäden führen. Ein CMS sichert in diesem Zusammenhang nicht nur die rechtliche Korrektheit, sondern auch die institutionelle Konsistenz und Nachvollziehbarkeit der Kommunikation.

Im Beschaffungswesen öffentlicher Betriebe bestehen hohe Anforderungen an Transparenz und Gleichbehandlung.¹³⁰ Die Regulierung ist für Nichtspezialisten kaum noch zu

¹²⁵ Die ISO 37301 betont in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit, Compliance-Risiken auch im Bereich des Finanz- und Rechnungswesens zu identifizieren und geeignete Massnahmen zur Steuerung zu definieren: ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 6.1 (Risikoanalyse) und Ziff. 8.1 (Betriebliche Planung und Steuerung).

¹²⁶ Vgl. für den Bund die Vorgaben des VwVG, insbesondere Art. 11 ff. zur Mitwirkung.

¹²⁷ Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

¹²⁸ Wie z.B. beim Panzerverkauf der RUAG AG, als die Chefin des VBS erst ganz am Schluss vor fast vollendeten Tatsachen stand: Vgl. Untersuchungen zu Panzerkauf: Der Fall Ruag: Was man wissen muss, SRF News vom 28. August 2023, abrufbar unter <https://www.srf.ch/news/schweiz/untersuchungen-zu-panzerkauf-der-fall-ruag-was-man-wissen-muss> (zuletzt besucht am 22. November 2024); siehe auch Gesuch für den Verkauf der Kampfpanzer Leopard 1 A5, Medienmitteilung der RUAG AG vom 14. August 2023, abrufbar unter <https://www.ruag.ch/de/news/14-08-23/gesuch-fuer-den-verkauf-der-kampfpanzer-leopard-1-a5> (zuletzt besucht am 22. November 2024).

¹²⁹ Dies umfasst etwa die dokumentierte Zuständigkeit für externe Stellungnahmen und Behördenkontakte, die Schulung der betroffenen Mitarbeitenden zu Verfahrens- und Mitwirkungspflichten, die Implementierung von Prüfmechanismen zur Qualitätssicherung behördlicher Eingaben sowie das Monitoring von Fristen, Mitwirkungspflichten und Offenlegungserfordernissen: vgl. ISO 37301 (Anm. 1), Ziff. 7.4 (Kommunikation).

¹³⁰ BGer, Urteil 2C_848/2022 vom 27. März 2024 E. 5.3 m.w.H.

durchschauen.¹³¹ Ein CMS kann hier Richtlinien und Kontrollen implementieren, um sicherzustellen, dass Beschaffungsprozesse fair und gemäss den gesetzlichen Vorgaben ablaufen.

Öffentliche Betriebe verwalten oft sensible Informationen und persönliche Daten, deren Schutz rechtlichen Vorgaben genügen muss. Die Sicherheit von Informationen und Daten ist kritisch für das Vertrauen in die öffentliche Verwaltung.¹³² Ein CMS kann [599] dazu beitragen, dass gesetzliche Regelungen zur Informationssicherheit und zum Datenschutz im Unternehmen bekannt sind und eingehalten werden. Angesichts des raschen technologischen Wandels ist es überdies angezeigt, regelmässige Überprüfungen durchzuführen, um die Integrität und Vertraulichkeit der Informationen zu wahren.

Nur allzu häufig besteht einerseits der Vorwurf, die Staatsverwaltung sei intransparent. Andererseits gelangen immer wieder Informationen auf inoffiziellen Wegen in die Presse. Die Öffentlichkeitsgesetze erfordern Transparenz von öffentlichen Institutionen, aber die Umsetzung kann komplex sein und Geheimhaltungs-, Datenschutz- oder Verfahrensinteressen zuwiderlaufen. Ein CMS ersetzt hierbei kein Kommunikationskonzept im engeren Sinn, kann jedoch durch Compliance-orientierte Vorgaben und Kontrollmechanismen dazu beitragen, Transparenz systematisch zu gestalten: Dazu gehören insbesondere die dokumentierte Aktenführung als Grundlage für das Öffentlichkeitsprinzip,¹³³ die Definition von Zuständigkeiten für Auskunftsentcheide und zulässige Medienkontakte sowie die Implementierung von Verhaltensregeln für den Umgang mit vertraulichen Informationen und potenziellen Leaks (z.B. im Sinne von Whistleblowing oder informellen Kommunikationswegen).

¹³¹ Problemfälle waren in den letzten Jahren zahlreich. Ein Tiefpunkt war sicher das Informatikprojekt «Insieme», bei welchem die eidgenössische Steuerverwaltung systematisch gegen das Beschaffungsrecht verstossen hatte: Siehe dazu Informatikprojekt INSIEME der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV), Bericht der Finanz- und der Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte vom 21. November 2014, BBl 2015 6377; vgl. auch BStGer, Urteil SK.2015.12 vom 15. September 2015. Auch das VBS wurde kritisiert, weil es 120 Schweizer Firmen wichtige Aufträge entzog und diese ohne Ausschreibung der Thurgauer Panzerfabrik Mowag, einem Tochterunternehmen des amerikanischen Rüstungskonzerns General Dynamics, zusprach. Dieses Vorgehen warf Fragen zur Transparenz und Fairness bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf: vgl. Skandal beim VBS: 120 Schweizer Firmen verlieren Aufträge – an ausländischen Konzern, Watson vom 4. Februar 2019, abrufbar unter <https://www.watson.ch/schweiz/wirtschaft/201155550-vbs-skandal-120-schweizer-firmen-verlieren-auftraege> (zuletzt besucht am 29. März 2025).

¹³² Siehe als jüngstes Beispiel den Fall der gehackten Firma Xplain, die für den Bund eine zentrale, aber wenig beachtete Rolle einnahm; dazu *Oberson Abels AG*, Administrativuntersuchung «Datenabfluss», Bericht vom 28. März 2024, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-100890.html> (zuletzt besucht am 22. November 2024); Bundesamt für Cybersicherheit BACS, Bericht zu den Datenanalysen nach dem Cyberangriff auf die Firma Xplain vom 7. März 2024, abrufbar unter <https://www.ncsc.admin.ch/ncsc/de/home/aktuell/im-fokus/2024/bericht-datenanalyse-xplain.html> (zuletzt besucht am 22. November 2024).

¹³³ Vgl. insbesondere Art. 5 BGÖ.

Spezifische behördliche Tätigkeiten sind oft streng reguliert – wie namentlich jene von Aufsichtsbetrieben (wie der FINMA und des ENSI). Die Einhaltung respektive Überprüfung konkreter Normen mag zuweilen herausfordernd sein, und die Nichteinhaltung kann gravierende Folgen zeitigen. Deshalb müssen Aufsichtsbehörden oft externe Experten beiziehen, um komplexe Sachverhalte aufzuklären.¹³⁴ Dabei ist es von zentraler Bedeutung, dass diese Experten über den nötigen Sachverstand und zugleich ausreichende Unabhängigkeit verfügen.¹³⁵ Ein CMS kann helfen, solche spezifischen und teils konfligierenden Anforderungen systematisch zu verfolgen und einzuhalten. Konkret kann ein CMS Vorgaben und Verfahren zur Auswahl und Mandatierung externer Expertise festlegen (z.B. Offenlegung von Interessenbindungen, Qualifikationsnachweise), für eine transparente Dokumentation der Auftragsvergabe und der Entscheidungsgrundlagen sorgen, Verhaltensrichtlinien und Weisungsgrenzen für Externe regeln sowie interne Kontrollen zur Überprüfung der Unabhängigkeit und Qualität externer Stellungnahmen vorsehen. Schliesslich wird von öffentlichen Betrieben erwartet, dass sie im Umweltschutz, bei Gleichstellungsfragen und auch in anderen Bereichen eine Vorreiterrolle einnehmen. Diese Erwartungen gründen häufig auf politischen Strategien (wie z.B. beim Bund [600] die Gleichstellungsstrategie 2030 oder das Umweltprogramm RUMBA), ohne dass sie unmittelbar im gesetzlichen Auftrag des jeweiligen Unternehmens verankert wären.¹³⁶ Wenn diese Rollen sich nicht oder wenig mit dem Kernauftrag des öffentlichen Betriebs überschneiden, kann die Umsetzung solcher politischer Anforderungen für einen öffentlichen Betrieb herausfordernd sein. Ein CMS kann in solchen Situationen sicherstellen, dass die politisch nachgefragten Standards umgesetzt werden

¹³⁴ Z.B. Untersuchungsbeauftragte gemäss Art. 36 FINMAG.

¹³⁵ Vgl. zum Untersuchungsbeauftragten nach Art. 36 FINMAG *André Terlinden*, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen, Zürich 2010, S. 221 ff.; zur Expertise im Energierecht vgl. *Christian Meyer*, Expertise als Leitkategorie des Energieverwaltungsrechts, Schriften zum Energierecht, Bd. 30, Zürich 2024, Rz. 99 ff.

¹³⁶ Vgl. unter vielen Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA/Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK, Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, abrufbar unter <https://www.agenda-2030.eda.admin.ch/de/unterstuetzung-nachhaltiger-entwicklung-durch-den-bund> (zuletzt besucht am 30. März 2025): «Die nachhaltige Entwicklung deckt eine Vielfalt Themen ab, die von Landwirtschaft, über Rassismusbekämpfung bis zu Raumentwicklung und Energie reicht. Der Bund bietet verschiedene Fördermittel in diesen Bereichen an und wendet die Prinzipien für nachhaltige Entwicklung auch in seinen eigenen Aktivitäten konsequent an.»

und öffentliche Betriebe ihrer Rolle gerecht werden. Konkret kann ein CMS beispielsweise festlegen, wie die Gleichstellungspolitik umzusetzen ist¹³⁷ oder ökologische Kriterien bei Beschaffungen berücksichtigt werden.¹³⁸

VII. Fazit

Ein CMS bei öffentlichen Betrieben einzuführen, zumal bei öffentlichen Anstalten, hält einige Herausforderungen bereit.

Da sich öffentliche Betriebe zwischen politischen Vorgaben, betrieblicher Autonomie und Wettbewerbslogik bewegen, muss ein CMS auf diese systemimmanenten Spannungsverhältnisse ausgerichtet sein. Seine Aufgabe besteht darin, Regelkonformität sicherzustellen, Zielkonflikte transparent zu machen und die organisationale Resilienz im Umgang mit divergierenden Erwartungen zu stärken.

Besonders die Prinzipien der Transparenz und Verantwortlichkeit können in öffentlichen Unternehmen zu Spannungen führen – etwa wenn sie mit politisch motivierten Zielsetzungen wie der kurzfristigen Schaffung von Arbeitsplätzen, der regionalpolitischen Rücksichtnahme, der Vermeidung negativer öffentlicher Wahrnehmung oder dem Erhalt politischer Steuerungsspielräume kollidieren. Auch die Forderung nach betrieblicher Effizienz und Flexibilität steht mitunter im Konflikt mit umfassenden Kontroll- und Offenlegungspflichten. Ein CMS muss daher verhältnismässig und kontextsensibel ausgestaltet sein: Es soll die genannten Prinzipien wirksam verankern, ohne dabei zu einer Überregulierung des Betriebs zu führen.

[601] Missverständnisse entstehen, wenn unbeachtet bleibt, dass private Unternehmen und öffentliche Anstalten in unterschiedliche Rechtsordnungen eingebettet sind. Private Unternehmen geniessen grundsätzlich eine grössere Handlungsfreiheit; ihr Verhalten orientiert sich primär an privatrechtlichen Normen sowie wirtschaftlichen Zielsetzungen. Demgegenüber sind öffentlich-rechtliche Anstalten an gesetzliche Grundlagen gebunden; sie richten sich am Legalitätsprinzip aus. Ein CMS zielt in beiden Fällen darauf ab, die Einhaltung von Regeln und Pflichten intern sicherzustellen. Doch bei öffentlich-rechtlichen Anstalten mit staatlichen Aufgaben – etwa bei Aufsichtsbehörden (wie der FINMA oder dem ENSI) oder bei Trägern kritischer Infrastrukturen (wie der Swissgrid AG) – kann die Forderung, ein CMS einzuführen, zunächst auf Irritationen stossen. Denn deren institutionelles Selbstverständnis ist gerade darauf ausgerichtet, andere zu beaufsichtigen oder zu regulieren. Die Einhaltung rechtlicher Normen wird dort als Teil

¹³⁷ Zu denken ist z.B. an Mindestanteile in Führungspositionen oder objektive Lohnanalysen gemäss Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GLG; SR 151.1).

¹³⁸ Vgl. die Vorgaben gemäss RUMBA (<https://www.rumba.admin.ch/rumba/de/home.html>) [zuletzt besucht am 30. März 2025]) sowie Art. 2 und 29 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB; SR 172.056.1).

der behördlichen «DNA» begriffen, nicht als eigenständiger Managementprozess. In solchen Organisationen liegt der Mehrwert eines CMS daher nicht im Kernbereich der Aufgabenerfüllung, sondern in der systematischen Absicherung peripherer Risikofelder – etwa im Beschaffungswesen, beim Personalrecht, im Umgang mit Subventionen, bei der Informationssicherheit oder in der externen Kommunikation. Ein CMS dient hier der Selbstreflexion über die eigene Verwaltungstätigkeit – nicht der Überwachung der Fachentscheide selbst. Bei wettbewerbsorientierten öffentlichen Betrieben – wie z.B. der SBB Cargo AG oder der Swisscom AG – stellt sich die Situation anders dar. Diese Betriebe stehen im wirtschaftlichen Wettbewerb, agieren in rechtlich hybriden Strukturen und unterliegen neben öffentlichen auch privatrechtlichen Rahmenbedingungen. Hier dient das CMS nicht nur der Absicherung gesetzlicher Vorgaben, sondern im Rahmen der Haupttätigkeit auch der Haftungsvermeidung, dem Schutz der Reputation, der Vermeidung unzulässiger Wettbewerbsverzerrungen und der Stärkung der Governance im Spannungsfeld von Gewinnorientierung und staatlicher Verantwortung.

Nicht nur, aber insbesondere Aufsichtsbetriebe stehen vor der Herausforderung, ihr bisheriges Verständnis zu erweitern und ein CMS nicht als Misstrauensbeweis, sondern als eine Chance zu sehen: Mit einem CMS überwachen und steuern öffentliche Betriebe, die am Markt teilnehmen, ihre Aktivitäten im Einklang mit den Wettbewerbsregeln – was Skandalen vorbeugen wird. Bei jenen Betrieben, die sich Staatsaufgaben widmen, unterstreicht die kontinuierliche Selbstprüfung und -kontrolle das Engagement für rechtliche Vorgaben, was die Prinzipien von Rechtsstaat und Demokratie stärkt. Konkret vervollständigt ein CMS das interne Kontrollsystem und fördert Rechtskonformität. Zudem trägt es zu einer reflexiven Verwaltungskultur bei, in welcher der öffentliche Betrieb als proaktiver und bewusster Akteur agiert. Dies stärkt das Selbstverständnis als Träger von Verantwortung und Gestalter öffentlicher Werte.