

schulthess
manager
handbuch
2018/2019

Inhalt

Vorwort	7
Die Wirtschaft floriert – doch die Herausforderungen sind gross	9
<i>Prof. Dr. Rudolf Minsch</i>	
Strategie und Führung	
Change Management – Veränderung in dynamischen Zeiten agil bewältigen	21
<i>Dr. Marco Olavarria, Maren Borggräfe</i>	
«Wandel gehört zum Selbstverständnis dieser Firma»	33
<i>Interview mit Marco Gadola</i>	
Rezepte und Anmerkungen zur Kunst der Kommunikation	39
<i>Dr. Mirjam Teitler, Peter Hartmeier</i>	
Was Unternehmen beim Einkauf von Rechtsrat beachten müssen	45
<i>Dr. Bruno Mascello</i>	
Corporate Governance	
Interessenkonflikte – wie hat sich ein Verwaltungsratsmitglied zu verhalten?	55
<i>Prof. Dr. Rolf Watter, Annina Hammer</i>	
Management-Vergütungen in börsenkotierten Aktiengesellschaften	65
<i>Dr. Frank Gerhard</i>	
Risiken im Organisationsreglement des Verwaltungsrats	73
<i>Arlette Pfister</i>	
Nonprofit Governance – Gutes besser tun	79
<i>Prof. Dr. Georg von Schnurbein</i>	
Compliance	
Compliance: Was heisst das konkret für die Unternehmensführung?	89
<i>Dr. Christian Wind</i>	
Compliance zwischen Überregulierung und Übervorsicht	95
<i>Philipp Abegg</i>	
Exportkontrolle und Digitalisierung durch Blockchain und Smart Contracts	105
<i>Prof. Dr. Andreas Furrer, Peter Henschel</i>	
Schweizer Unternehmen im Lichte der europäischen Datenschutzgrundverordnung	113
<i>Claudia Keller</i>	

Kartellrecht

Leitplanken im B2B-Kontakt: So schützt man sich vor der WEKO	121
<i>Prof. Dr. Patrick L. Krauskopf, Dr. Felix Schraner</i>	

Finanzierung und Aktien

Aktuelle Alternativen zur klassischen Bankenfinanzierung	133
<i>Anita Schläpfer, Fabio Elsener</i>	

GAFI-Meldungen der wirtschaftlich berechtigten Person	141
<i>Phyllis Scholl, Prof. Dr. Rashid Bahar</i>	

Steuern

Schweizer Steuerrecht 2018: Unternehmenssteuerreform «reloaded»	149
<i>Prof. Dr. Pascal Hinny</i>	

Besteuerung der digitalen Wirtschaft	155
<i>Dr. Alberto Lissi, Oliver Jäggi</i>	

Mitarbeiterbeteiligungspläne im Wandel der Zeit	163
<i>Dr. Natalie Peter</i>	

Hausbesuche der unfreundlichen Art – Steuerfahndungen in der D-A-CH-Region	171
<i>Daniel Holenstein</i>	

Wirtschaftsdelikte

Selbstanzeige von Unternehmen in internationalen Wirtschaftsstraffällen	179
<i>Daniel Bühr</i>	

Geldwäscherei: Grundlagen, Risiken, Vorkehrungen	187
<i>Dr. Omar Abo Youssef</i>	

Versicherungen

Der Umgang mit Unternehmensrisiken und ihre Versicherungsdeckung	199
<i>Peter Haas, Barbara Klett</i>	

Digitalisierung

Die Entwicklung der Arbeit in Zeiten der Digitalisierung	209
<i>Prof. Michael Beckmann, Elisa Gerten</i>	

«Weniger in Wettbewerb und mehr in Systemen denken»	219
<i>Interview mit Dirk Sebald</i>	

Legal Tech – vom Hype zur digitalen Transformation in der Rechtsberatung	225
<i>Markus Hartung</i>	

Blockchain und Initial Coin Offerings (ICOs) – eine neue Ära?	231
<i>Dr. Yves Mauchle</i>	

Personal

Auswahl von Führungskräften in Zeiten von Transformation	241
<i>Doris Aebi</i>	
Aufhebungsvereinbarungen – Tücken der friedlichen Trennung	249
<i>Romina Carcagni Roesler</i>	
Umgang mit Arbeitsunfähigkeit und Invalidität Arbeitnehmender	257
<i>Prof. Dr. Thomas Gächter, Petra Koller</i>	
Haften Arbeitgeber für Belästigungshandlungen ihrer Arbeitnehmenden?	267
<i>Prof. Dr. Roger Rudolph, Dr. Anina Kuoni</i>	
Weiterbildung für Führungskräfte	275
Beratungsunternehmen im Profil	287
Verzeichnis Beratungsunternehmen	303
Autorenverzeichnis	305

Der Umgang mit Unternehmensrisiken und ihre Versicherungsdeckung



Peter Haas, LL.M.
Eversheds Sutherland AG

Peter Haas ist Mitbegründer und seit September 2013 Managing Partner von Eversheds Sutherland Schweiz. Seine Schwerpunkte liegen im Bereich des nationalen und internationalen Prozessrechts sowie im Arbeits- und Vertragsrecht. Seit mehreren Jahren

spezialisiert er sich im Bereich Versicherungs- und Haftpflichtrecht. Dabei hat er sich in den letzten Jahren vertieft mit Fragen rund um die Organhaftpflichtversicherung auseinandergesetzt.



Barbara Klett, LL.M.
Eversheds Sutherland AG

Barbara Klett ist Fachanwältin SAV Haftpflicht und Versicherungsrecht und Partnerin bei Eversheds Sutherland AG. Barbara Klett arbeitet als Rechtsanwältin (beratend und forensisch), Gutachterin und Wirtschaftsmediatorin. Die Schwerpunkte ihrer

Tätigkeit sind Haftpflicht, Versicherungsrecht und Transportrecht. Sie vertritt Unternehmen und Versicherer bei Auseinandersetzungen betreffend Haftungs- und Deckungsfragen.

Betrieben oder Zinsmanipulationen beim Eurolibor und beim Libor. Dies alles führt dazu, dass einerseits vermehrt Regeln und Normstandards erlassen werden und andererseits das Handeln von Entscheidungsträgern vermehrt unter kritischer Beobachtung der Öffentlichkeit steht. Kontrollen sind jedoch wegen der zunehmenden Komplexität immer schwieriger. Im Ergebnis hat diese Entwicklung dazu geführt, dass die Anforderungen an die Entscheidungsträger immer weiter zunehmen und auch die Hemmschwelle gesunken ist, die Verantwortlichen rechtlich zu belangen und zur Verantwortung zu ziehen.

Cyberangriffe, um an sensible Daten zu gelangen, sind heute an der Tagesordnung. Insbesondere in kleineren Unternehmen werden die Risikoanalyse und die Abwehr von Eindringlingen in das eigene Informatiksystem oft unterschätzt. Nach Eintritt eines Ereignisses die Unterstützung von Spezialisten sicherzustellen, ist nicht nur zeitraubend, sondern oft sogar unmöglich, wenn diese aufgrund anderer Aufträge nicht verfügbar sind. Mit der neuen Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO 2016/679), die scharfe Sanktionen vorsieht, sind die Anforderungen an das Management in der Schweiz und in der EU, für Datensicherheit zu sorgen, nochmals gestiegen.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Verantwortung im Unternehmen aufgrund solcher Risiken und den Möglichkeiten, sich davor zu schützen.

Aufgaben und Pflichten des Verwaltungsrates
Gemäss den Bestimmungen des Aktienrechts steht die Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft al-

Einführung

Zyklisch und zum Teil abhängig von der Wirtschaftslage kommt das Thema Managementhaftung regelmässig in die Schlagzeilen. Seien es Manipulationen bei den Abgaswerten in der Autoindustrie, Buchhaltungstricks bei bundesnahen

len Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft zu, sofern nichts anderes beschlossen worden ist (Art. 716b Abs. 3 OR). Für Verwaltungsräte ergeben sich die wesentlichen haftungsbegründenden Pflichten aus den in Art. 716a OR aufgezählten Aufgaben des Verwaltungsrats. Diese sind unter anderem die Sorge für eine angemessene Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, die Oberaufsicht über die Geschäftsführung und die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung. Die geschäftsführenden Aufgaben können vom Verwaltungsrat an eine Geschäftsführung delegiert werden.

Nach Art. 717 OR haben die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren.

Wo die Geschäftsführung delegiert ist, ergibt sich eine Pflicht des Verwaltungsrates, sie zu überwachen. Die Pflicht zur Überwachung erfasst auch betriebswirtschaftliche Aspekte und somit die Kontrolle von Zielkonformität und Zweckmässigkeit von Abläufen. Nicht gefordert ist die Kontrolle von Einzelentscheiden, wohl aber die Vorlage von Kennzahlen und regelmässiges Reporting. Es ist sehr zu empfehlen, dass die Geschäftsführung einem Management übertragen und vom Verwaltungsrat dafür ein Organisationsreglement erlassen wird; damit lässt sich die Verantwortung eines Verwaltungsrates für das operative Geschäft einschränken.

Die Durchsetzung der Compliance ist wesentlich, um die straf- und zivilrechtliche Haftung eines Verwaltungsratsmitgliedes abzuwenden. Verstossen Mitarbeiter gegen interne Weisungen oder Rechtsvorschriften, so muss das Unternehmen reagieren: Der Sachverhalt muss untersucht werden, gegenüber dem fehlbaren Mitarbeiter müssen geeignete Massnahmen ergriffen werden und es müssen Vorkehrungen getroffen werden, die eine Wiederholung verhindern. Es obliegt dem Verwaltungsrat sicherzustellen, dass das Management die Compliance im Unternehmen durchsetzt

und die Mitarbeiter entsprechend geschult werden. Es ist zu empfehlen, dass der Verwaltungsrat dokumentiert, dass er das Management gerade in diesem Punkt überwacht. Dazu sollte der Verwaltungsrat sich auf ein Reportingsystem stützen können. Gesellschaften, die der ordentlichen Revision unterliegen, müssen zudem ein internes Kontrollsystem haben, dessen Vorliegen von der Revisionsstelle zu prüfen ist (Art. 728a OR).

Grosse und auch immer mehr mittlere Unternehmen sind dazu übergegangen, interne Revisionen durchzuführen, obwohl das Gesetz sie dazu nicht verpflichtet. Dies bedeutet zwar einen zusätzlichen Aufwand, hilft jedoch, die Einhaltung von Weisungen und damit der Compliance sicherzustellen. Der Umfang eines Compliance-Regelwerks, das ein Unternehmen befolgen sollte, hängt von der Geschäftstätigkeit und der Grösse des Unternehmens ab. So ist z.B. der Finanzsektor ein Bereich mit einer sehr hohen Regelungsdichte.

Zivilrechtliche Haftung von Gesellschaftsorganen

Nach den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (Art. 752 ff. OR) können Organe einer Aktiengesellschaft, deren Revisoren und Liquidatoren gegenüber den einzelnen Aktionären oder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für den von ihnen verursachten oder durch Unterlassung nicht abgewendeten Schaden verantwortlich gemacht werden. Dazu reicht es, wenn eine Pflichtverletzung durch Tun oder Unterlassen fahrlässig begangen wird. Dieselben Bestimmungen gelten für die GmbH und die Genossenschaft.

Neben den *formellen Organen* haften aber auch diejenigen Personen, die formellen Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen. Sie werden als *faktische Organe* bezeichnet. Während das formelle Organ regelmässig durch einen gesellschaftsinternen Akt eingesetzt wird und reglementarisch umschriebene, durch Delegation übertragene Organfunktionen ausführt, nimmt das faktische Organ diese Aufgaben tatsächlich, das heisst ohne Delegation und formalen Akt, wahr.

Die Haftung des Verwaltungsrates kann durch eine *Delegation der Geschäftsleitungsfunktion* eingeschränkt werden. Der Verwaltungsrat kann sich von seiner Haftung nur befreien, wenn er nachweist, dass er im Rahmen der Delegation der Geschäftsführung bei der *Auswahl, Unterrichtung und Überwachung* der geschäftsführenden Personen die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (Art. 754 Abs. 2 OR). Ohne gültiges Organisationsreglement entfällt diese Entlastungsmöglichkeit.

Im Weiteren ist es auch möglich, die Folgen einer Haftung durch eine Versicherung abzuwenden, wobei aber Versicherungen regelmässig Absicht von der Deckung ausschliessen und zum Teil auch Ausschlussklauseln für grobe Fahrlässigkeit kennen. Mehr dazu folgt weiter unten.

Haftungsvoraussetzungen

Die Haftung von Gesellschaftsorganen ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Um einen Schadenersatzanspruch erfolgreich geltend zu machen, braucht es einen (a) Schaden, eine (b) Pflichtverletzung, ein (c) Verschulden und schliesslich einen (d) Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung.

Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn gegen eine Norm verstossen wurde, die nach ihrem Zweck vor dem eingetretenen Schaden schützen soll. Neben den gesetzlichen Vorgaben sind auch die in der Geschäftswelt und in den verschiedenen Branchen entwickelten Standards massgebend, welche die «*Best Practices*» wiedergeben. Zu beachten sind selbstverständlich auch die Statuten einer Gesellschaft und die intern erlassenen Reglemente und Vorschriften.

Immer öfter müssen schweizerische Unternehmen auch ausländische Gesetze beachten, auch wenn in einem entsprechenden Land keine Geschäftsniederlassung besteht. Bestes Beispiel dafür ist die am 25. Mai 2018 in der EU eingeführte Datenschutz-Grundverordnung, welche eine extraterritoriale Wirkung entfaltet. Die von den USA erlassenen Sanktionen gegen Russland oder Perso-

nen aus dem Umkreis des russischen Präsidenten sind ein weiteres Beispiel der jüngsten Geschichte. Das Nichteinhalten dieser fremden Gesetze kann schwerwiegende Konsequenzen für jedes aus der Schweiz heraus international tätige Unternehmen zur Folge haben.

Gehaftet wird für jedes Verschulden, also auch für leichte Fahrlässigkeit. Ein Verschulden ist immer dann gegeben, wenn der Verantwortliche nicht so gehandelt hat, wie es objektiv von einem Organ in der konkreten Stellung verlangt werden darf. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfolgt die Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung nach objektiven Massstäben. Dies bedeutet, dass von jedem Mitglied des Verwaltungsrates die Sorgfalt verlangt wird, die ein professioneller Verwaltungsrat in der gleichen Situation aufwenden würde. Da der Masstab für alle Verwaltungsräte der gleiche ist, beeinflussen individuelle Defizite betreffend Bildung und Erfahrung diesen Masstab nicht. Mangelnde Ausbildung oder Zeit sind keine Entschuldigungsgründe. Fehlen die erforderlichen Kenntnisse, sind Fachleute beizuziehen.

Ein verursachter Schaden ist grundsätzlich vollständig zu ersetzen. Haftungsreduktionen sind bei Selbstverschulden des Geschädigten und bei leichter Fahrlässigkeit möglich. Auch der Beizug von Fachleuten kann die Schadenersatzpflicht mindern oder beseitigen. Der Verwaltungsrat haftet für die Erfüllung seiner Pflichten, jedoch nicht für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Dieses Unternehmensrisiko wird von Aktionären und Gläubigern getragen.

Bei der Frage, ob ein Verwaltungsrat mit einem unternehmerischen Entscheid eine Pflichtverletzung begangen hat, verlangt das schweizerische Bundesgericht deshalb, dass die gesamten Umstände des Entscheides anhand der aus den USA stammenden «*Business Judgment Rule*» überprüft werden. Das Bundesgericht anerkennt, dass sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Infor-

mationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind, Zurückhaltung aufzuerlegen haben (Urteil des Bundesgerichts 4A_259/2016 vom 13. Dezember 2016 E 5.1; 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1). Ein unternehmerischer Fehlentscheid kann der Gesellschaft, den Aktionären und Gläubigern somit einen Verlust bringen, führt aber nicht zwangsläufig auch zur Haftung des Entscheidungsträgers. Die in der Öffentlichkeit bekannten Entscheide rund um die Organe der Swissair haben dies deutlich gemacht.

Anspruchs- und klageberechtigt sind Gesellschaft, Aktionäre sowie Gläubiger, wobei die Gläubiger nur im Konkurs der Gesellschaft klagen können (Art. 756 f. OR).

Haftungssachverhalte

Im Folgenden wird auf ein paar ausgewählte Haftungssachverhalte hingewiesen, die für Organe von Bedeutung sind. Wie bereits dargelegt, basiert die Haftung darauf, dass der Verwaltungsrat seine Pflicht verletzt, indem er seine Überwachungspflicht nicht genügend wahrnimmt. Die Ursachen dafür sind oft unzureichende Risikoanalysen und Kontrollsysteme.

Eine der wichtigsten Pflichten ist die Überwachung der Finanzen. In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass bei vorliegender Überschuldung das Einleiten von Sanierungsmassnahmen oder gar die Deponierung der Bilanz zu spät erfolgt. Damit setzt sich der Verwaltungsrat einem Haftungsrisiko aus. Hier zu nennen ist aufgrund der Bedeutung in der Praxis die Haftung der Organe für Ausstände der Gesellschaft für Sozialversicherungsbeiträge (AHV, IV, EO, ALV) und Steuern (MwSt., Verrechnungssteuer, z.T. auch für direkte Steuern gegenüber Bund und Kanton im Falle der Beendigung der Steuerpflicht bei Wegzug oder Liquidation).

Das Einhalten von *Corporate Governance* ist inzwischen hinlänglich bekannt; ob diese auch immer konsequent umgesetzt wird, ist eine andere Frage. So gelangen immer wieder personelle oder

geschäftliche Interessenkonflikte, die eigentlich nicht hätten entstehen dürfen und der betroffenen Gesellschaft Schäden zufügen, in die Schlagzeilen der Medien, und sei es nur für die Kosten von Spezialisten für die Abklärung und die aufsichtsrechtlichen Verfahren; dabei darf auch der Reputationsschaden nicht vergessen werden.

In der jüngsten Zeit wird auch die *Corporate Social Responsibility* (CSR) in diversen Publikationen als Teil der Compliance einer Unternehmung verstanden. Nach der heute gültigen Rechtslage darf für die Schweiz nach wie vor davon ausgegangen werden, dass aus der Nichteinhaltung von CSR-Regeln wie z.B. den «*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*» (auch «*Rugby Principles*») keine Sorgfaltspflichtverletzung abgeleitet werden kann. Dagegen will die in der Schweiz am 10. Oktober 2016 eingereichte Konzernverantwortungsinitiative genau dies ändern. Sie verlangt nämlich u.a. das Einhalten von Menschenrechtsstandards, Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes und von Umweltstandards, die von der UNO (oder ihr angehörenden Organisationen wie der ILO oder der WHO) stammen oder in von der Schweiz anerkannten völkerrechtlichen Abkommen stehen. Die Initiative zielt somit darauf ab, dass die Nichtbeachtung dieser Standards zu einer Haftung des Unternehmens führen soll. Würden somit die Organe diese Regeln in ihrer internen Compliance nicht umsetzen, so könnten sie sich einer Sorgfaltspflichtverletzung mit entsprechender persönlicher Haftung aussetzen.

Schliesslich darf in der digitalen und mobilen Welt ein Hinweis auf die Risiken im Zusammenhang mit Cyberangriffen und Datenverlusten nicht fehlen. Cyberkriminelle suchen die schwächste Stelle in einem System, welche oft im Faktor Mensch liegt. Unternehmen aller Branchen können mit unterschiedlichen Auswirkungen Opfer von solchen Angriffen werden. Massnahmen zur Prävention von solchen Angriffen gehören auch zu den Pflichten eines Verwaltungsrates. Dies kann in der heutigen Zeit, wo Daten als das neue «Gold» bezeichnet werden, nicht genug betont werden.

Strafrechtliche Verantwortung für eigenes Handeln

Die Manager und VR-Mitglieder können im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit nicht nur zivilrechtlich verantwortlich werden. In gravierenden Fällen drohen ihnen zudem strafrechtliche Sanktionen.

Die strafrechtliche Verfolgung richtet sich primär gegen natürliche Personen. Im Rahmen der Tätigkeit eines Managers oder Verwaltungsrates kommen eine ganze Reihe strafrechtlicher Delikte aus dem Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB) und aus verschiedenen anderen gesetzlichen Erlassen des Neben- und Verwaltungsstrafrechts in Frage, darunter typischerweise Wirtschaftsdelikte wie ungetreue Geschäftsbesorgung, Konkursdelikte, unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe, Börsendelikte, Urkundenfälschung, Steuerbetrug und -hinterziehung, Verletzungen von Datenschutzbestimmungen usw.

Strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens

Mit der Einführung von Art. 102 StGB am 1. Oktober 2003, welcher die Strafbarkeit des Unternehmens vorsieht, wurde der Grundsatz durchbrochen, nach welchem Unternehmen mangels Schuldfähigkeit nicht bestraft werden können. Ausgangspunkt der Unternehmensstrafbarkeit ist das Begehen eines Deliktes in einem Unternehmen, und zwar «*in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks*», die sog. Anlasstat.

Die Bestimmung von Art. 102 StGB unterscheidet eine subsidiäre (Abs. 1) und – bei einem abschliessenden Katalog von Wirtschaftsdelikten – eine originäre, kumulative bzw. konkurrierende (Abs. 2) Haftung des Unternehmens für Organisationsverschulden.

■ Die *subsidiäre Haftung* des Unternehmens kommt nur zur Anwendung, wenn die Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Mögliche strafrechtlich relevante Taten im Unternehmen, sog. Anlasstaten, sind alle Verbrechen- und

Vergehenstatbestände des Strafrechts aus dem StGB oder aus dem Nebenstrafrecht. Eine Veruntreuung von Kundengeldern durch einen Bankangestellten kann die Unternehmensstrafbarkeit ebenso auslösen wie ein Strassenverkehrsdelikt des Mitarbeiters eines Baugeschäftes. Der Vorwurf an die Unternehmung richtet sich bei der subsidiären Haftbarkeit nicht auf die Begehung der Anlasstat, sondern auf das Organisationsdefizit, welches die Zurechnung der Anlasstat zu einer natürlichen Person als Täter verhindert. Der Strafgrund liegt im Rahmen der subsidiären Verantwortlichkeit somit in der Erschwerung der Täterermittlung durch die Organisationsstrukturen.

■ Bei der *originären Haftung* des Unternehmens für deliktsermöglichende Organisationsfehler gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB tritt die Strafbarkeit des Unternehmens *neben* diejenige des Individualtäters, wenn eine Katalogstrafat des Art. 102 Abs. 2 StGB vorliegt und das Unternehmen der Vorwurf trifft, nicht alles Erforderliche und Zumutbare unternommen zu haben, um eine solche Straftat zu verhindern. Zu den Anlasstaten, die zur kumulativen Haftung des Unternehmens führen, gehören die kriminelle Organisation, die Finanzierung von Terrorismus, die Geldwäscherei, die Bestechung schweizerischer oder ausländischer Amtsträger und die Verleitung zum Vertragsbruch im Sinne von Art. 4a UWG.

Die Strafnorm von Art. 102 StGB hebt daher die Wichtigkeit von klaren Strukturen in der Organisation eines Unternehmens hervor. Sie geht implizit davon aus, dass Unternehmen generell gehalten sind, sich so zu organisieren und zu dokumentieren, dass Ermittlungsbehörden bei ihren Untersuchungen die potenziellen Täter zuverlässig eruiieren können.

Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens gemäss Art. 102 StGB im internationalen Konzernverhältnis

Auch ausländische Gesellschaften sind vom Anwendungsbereich von Art. 102 StGB erfasst, sofern

ein örtlicher Anknüpfungspunkt für die Straftat gegeben ist. Unternehmen mit Sitz im Ausland unterstehen dann dem schweizerischen Unternehmensstrafrecht, wenn die Straftat in der Schweiz begangen wurde oder wenn der Organisationsmangel in einem in der Schweiz gelegenen Teil des Unternehmens aufgetreten ist.

Dies ist insbesondere für ausländische Konzerne relevant, die in der Schweiz über eine Niederlassung verfügen. Dies zeigt der Fall Alstom AG (Schweiz) im Jahr 2011. Dabei ging es um Bestechungszahlungen an Amtsträger im Ausland. Die Strafbehörde erkannte, dass sich die Organisationsmängel der Konzernmutter Alstom SA (Frankreich) auch in der Schweiz ausgewirkt hatten. Entsprechend ist das schweizerische Strafrecht nicht nur auf die Alstom AG (Schweiz), sondern darüber hinaus auch auf die Alstom SA (Frankreich) anwendbar und die Zuständigkeit der Schweizer Strafbehörde für die Verfolgung beider Gesellschaften gegeben. Das Verfahren gegen die Alstom SA (Frankreich) wurde in der Folge eingestellt, nachdem diese an das Internationale Komitee vom Roten Kreuz eine namhafte Summe überwiesen hatte und zudem zwischenzeitlich massgebliche Anstrengungen zur Verbesserung der Compliance-Organisation unternommen hatte.

Versicherbare Risiken/Versicherungsdeckung

Einige Risiken, die auf externe Einflüsse zurückgehen, können durch geeignete Versicherungen abgedeckt werden. Im Hinblick auf die Versicherbarkeit sind daher Eigenschäden von Drittschäden, bei welchen ein haftlichrechtlicher Anspruch besteht, zu differenzieren.

Deckung Eigenschäden

Unter Eigenschäden fallen beispielsweise Elementarschäden (wie Wasser, Feuer) und Diebstahl. Eine solche Deckung ist insbesondere auch bei Cyberrisiken von Bedeutung. Unter Umständen besteht hier aber auch eine Haftung gegenüber Dritten im Falle von Datenverlust oder Diebstahl nach einer Cyberattacke. Ferner könnte sich aus einem solchen Ereignis auch eine Haftung eines Organs ergeben, falls Sorgfaltspflichten ver-

letzt worden sind, die dazu geführt haben, dass die Cyberattacke nicht abgewendet wurde.

Versicherungen, die Eigenschäden decken, können folgende Deckungen umfassen: die Kosten für die Wiederherstellung von Daten und Netzwerken, Ertragsausfallschäden infolge Betriebsunterbrechung, Ausgaben in Verbindung mit Erpressung und Lösegeldforderungen, finanzielle Schäden bei Umleitung von Zahlungs- oder Warenströmen, Kosten durch Veruntreuung von eigenen Vermögenswerten, finanzielle Schäden bei Diebstahl eigener Immaterialgüterrechte (Patente, Urheber-, Marken- und Modellrechte, Geschäftsgeheimnisse etc.), Reputationsschaden des eigenen Unternehmens, interne Kosten von Krisenmanagement, Investigations-, Prozess- und Anwaltskosten.

Deckung Haftungsrisiken gegenüber Dritten

Mit einer Betriebshaftpflichtversicherung können primär die Risiken versichert werden, die ein Unternehmen Dritten gegenüber verursacht. Nicht versicherbar ist regelmässig das eigene Unternehmensrisiko. In Bezug auf die heute in aller Munde stehenden Cyberrisiken sind dies insbesondere Ansprüche aus Missachtung von Datenschutzvorschriften und aus Persönlichkeitsverletzungen, Ansprüche für die Wiederherstellung von Daten Dritter, Ansprüche aus Diebstahl fremder Immaterialgüterrechte (Patente, Urheber-, Marken- und Modellrechte) oder von Geschäftsgeheimnissen oder Ansprüche aus Reputationsverlust beim Vertragspartner infolge einer Cyberattacke. Im Zusammenhang mit Betriebshaftpflichtversicherungen wird auch Deckung für Kosten aus Betriebsunterbruch bei Dritten und für die Wiederherstellung von deren Daten angeboten. Dies können sehr erhebliche Kosten sein, die gerade die finanziellen Möglichkeiten eines KMUs übersteigen.

Im Zusammenhang mit der nicht mehr wegzudenkenden IT muss regelmässig nachgewiesen werden können, dass die erforderlichen Vorsichtsmassnahmen, d.h. die technisch zur Verfügung stehenden Instrumente, eingesetzt werden, um die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Risiken möglichst gering zu halten. Dies ist mitunter ein

weiterer Grund, warum sich die Organe mit der Sicherheit der von ihrer Gesellschaft verwendeten IT-Systeme auseinandersetzen sollten. Tun sie dies nicht, so kann darin eine Pflichtverletzung gesehen werden. Denkbar ist ebenfalls eine Kürzung der Leistung durch den Versicherer gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG, wenn das Ereignis grobfahrlässig herbeigeführt wurde. Ein grobfahrlässiges Nichtstun, also ein Unterlassen von angezeigten Massnahmen, kann ebenfalls zu einer Kürzung der Versicherungsleistungen führen. In der Police ist stets zu prüfen, ob der Versicherer auf den Grobfahrlässigkeitsausschluss verzichtet. Dies ist aus Sicht des Versicherten zu empfehlen.

Die Absteckung der Risikolandschaft und Implementierung eines funktionierenden Sicherheitsmanagements liegt voll und ganz in der Verantwortung der Leitungsorgane. Erleidet ein Unternehmen aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung eines Organes einen Schaden, so kann dies zu einer unbeschränkten und persönlichen Haftung dieses Organes mit dem gesamten Privatvermögen führen. Das heisst, alles, was man privat angespart hat, auch das eigene Heim, ist diesem Haftungsrisiko ausgesetzt. Dies kann im Schadenfall einen grossen Stressfaktor für ein Organ darstellen, weil die eigene wirtschaftliche Existenz betroffen ist und damit auch jene der eigenen Familie; dies sollte bei der Risikobeurteilung nicht unterschätzt werden. Die Organhaftpflichtversicherung, auch D&O-Versicherung genannt (Director and Officer), will dieses Risiko abdecken.

D&O-Deckung

Die Organhaftpflichtversicherung ist wohl jene, die am schwierigsten zu verstehen ist und bei Laien immer wieder zu Missverständnissen führt. Der Versicherungsnehmer ist regelmässig die Gesellschaft. Versichert ist aber das (private) Vermögen der Organe gegen die Inanspruchnahme wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung. Aus diesem Grund hat ein Organ, wenn es zum Kreis der Versicherten gehört, regelmässig einen eigenen und persönlichen Befreiungsanspruch aus dem Versicherungsvertrag. Da in der Praxis immer wieder die Meinung vertreten wird, das versicherte Or-

gan habe keinen Anspruch, von der Versicherung Auskunft über den Deckungsumfang und die Deckungssummen, auch deren bereits erfolgte Ausschöpfung, zu erhalten, empfiehlt es sich, dass man sich als Organ dieses Recht in der Mandatsvereinbarung oder im Arbeitsvertrag zusichern lässt. Dies ist nichts anderes als eine Vollmacht des Versicherungsnehmers, also der Gesellschaft an das Organ, vom Versicherer direkt Auskunft zu erhalten. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Prämien von der Gesellschaft bezahlt worden sind, weil bei Nichtbezahlung eine Deckungslücke entstehen kann.

Deckung bei internationaler Präsenz

In internationalen Konzernen ist es umso wichtiger, sich diese Rechte zusichern zu lassen, als die Organhaftpflichtversicherung oft aus einer lokalen Police und einer sogenannten «Umbrella» oder «Master Policy» besteht. Im Schadenfall weiss ein Organ somit nicht, welche Deckungslimiten bereits beansprucht worden sind, da es kaum die notwendigen Informationen über alle Schadenfälle eines Konzerns hat.

Ein weiterer wichtiger Aspekt bei internationalen Versicherungsprogrammen ist, ob die Versicherung bzw. die Versicherungen, welche die verschiedenen Tranchen der Versicherungssumme zeichnen (die sog. «Layers») auch in jenem Land zugelassen sind, in welchem sich ein Organ einer Sorgfaltspflichtverletzung aussetzt. Dies ist deshalb wichtig, weil internationale Policen in der Regel Klauseln enthalten, die eine Deckung für jene Länder ausschliessen, für die sie nicht zugelassen sind, also keine Bewilligung haben, das Versicherungsgeschäft zu betreiben. Dies soll an folgendem Beispiel illustriert werden: Ein deutscher Konzern, der auch eine Tochterfirma in der Schweiz hat, schliesst mit einem in Deutschland und damit in der EU zugelassenen Versicherer eine D&O-Versicherung für den Konzern ab. Der Versicherer ist aber in der Schweiz nicht zugelassen. Die oben beschriebene Ausschlussklausel würde dazu führen, dass die Organe in der Schweiz über diese Police keinen Versicherungsschutz erhalten.

Deckung Abwehr von ungerechtfertigten Ansprüchen und Strafrechtsschutz

Eines der wichtigsten Deckungselemente einer D&O-Versicherung ist die Abwehr von ungerechtfertigten Ansprüchen. Diese Deckung wird auch als passiver Rechtsschutz bezeichnet. Es geht dabei darum, dass die Anwaltskosten für die Verteidigung von der Versicherung übernommen werden. Die Versicherung schiesst die Kosten in einer ersten Phase aber nur vor, und zwar so lange, wie sie davon überzeugt ist, dass es sich um ein gedecktes Ereignis handelt; sollte sich zeigen, dass dies nicht zutrifft, so wird die Versicherung die Anwaltskosten zurückfordern. Mit dieser Unsicherheit hat ein Organ in der Regel zu leben, weil ein Versicherer nicht in der Lage ist, vor dem Abschluss von Abklärungen oder eines Verfahrens die Deckungsfrage definitiv zu beantworten.

Beim Abschluss von D&O-Versicherungen sollte auch darauf geachtet werden, dass der Strafrechtsschutz, wie insbesondere die Kosten für Experten und Anwälte, auch in Administrativverfahren gedeckt sind. Oft ist es so, dass in solchen Verfahren ein Sachverhalt untersucht und festgestellt wird und diese Ergebnisse dann als Beweis in Straf- oder Zivilverfahren einfließen. Dies kann zum Beispiel bei Verfahren der FINMA oder der Wettbewerbsbehörden der Fall sein, deren Dossiers dann für die Beurteilung einer Haftung oder eines strafrechtlich relevanten Verhaltens oder einer zivilrechtlichen Haftung herangezogen werden. Auch hier ist die internationale Deckung von grosser Bedeutung, wenn es bei international tätigen Unternehmen – und wer ist das in der Schweiz nicht – um die Einhaltung der diversen Compliance-Vorschriften geht.

Schliesslich ist noch auf ein spezielles Spannungsfeld zwischen Gesellschaft und Organ hinzuweisen. Kommt es in einer Unternehmung zu internen Untersuchungen im Rahmen eines Schadens gegenüber einem Dritten (z.B. Kunde), wird die Betriebshaftpflichtversicherung involviert, welche die Kosten der Abklärung übernimmt. Stellt sich dabei heraus, dass ein Organverschulden vorliegt, so wird das Organ die D&O-Versicherung einschal-

ten. Wenn nun beide Policen bei der gleichen Versicherung platziert sind, so sollte sichergestellt werden, dass diese Informationen nicht zwischen den Abteilungen derselben Versicherung ausgetauscht werden, weil ein offensichtlicher Interessenkonflikt besteht. Weisen die Abklärungen aus der Betriebshaftpflichtpolice auf die Verantwortung eines Organs hin, so hätte die D&O-Abteilung diese Informationen nur zu gern, um die Ansprüche gegen das Organ besser abwehren zu können. Hier sollte man sich überlegen, ob es nicht besser wäre, diese Policen bei verschiedenen Versicherern zu haben.

Kernaussagen

- Das Unternehmen selbst, die Manager und VR-Mitglieder können im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit persönlich zivilrechtlich und strafrechtlich verantwortlich gemacht werden.
 - Digitalisierung und Internationalisierung eröffnen neue Risikofelder, die im Rahmen der Risikoanalyse eines Unternehmens zu prüfen sind.
 - Die Versicherungslösungen decken jeweils nur teilweise die Risiken ab, denen die Manager und VR-Mitglieder ausgesetzt sind. Aufgrund unterschiedlicher Deckungskonzepte und Versicherungsbedingungen besteht die Gefahr von Deckungslücken und Doppelversicherungen. Eine sorgfältige individuelle Analyse des benötigten Versicherungsschutzes ist daher sehr wichtig.
 - Der beste Schutz bleibt die Prävention durch Identifikation der relevanten Risiken, das Einplanen von Kontrollinstrumenten, die Prüfung der vertraglichen Möglichkeiten zur Risikoeingrenzung und die Einleitung der notwendigen präventiven Massnahmen (Risikomanagement).
-

Das Handbuch für erfolgreiche Manager.

Mit Experten-Wissen zu brisanten Themen wie Strategie und Führung, Steuern, Compliance, Wirtschaftsdelikte und Arbeitsrecht

- ✓ aktueller Überblick zu den laufenden Entwicklungen
- ✓ mit Checklisten, Übersichten und Ergänzungen
- ✓ Kernaussagen für die schnelle Informationsaufnahme



Jetzt erhältlich
www.managerhandbuch.ch

Schulthess
MANAGEMENT **S**