

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht

Unter Berücksichtigung der Herausforderungen durch Digitalisierung und Unternehmensnachhaltigkeit

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Das Unternehmen selbst, die Mitglieder des Verwaltungsrates und die mit der Geschäftsführung befassten Personen können im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich persönlich verantwortlich gemacht werden. Die Haftung der Verwaltungsratsmitglieder, Geschäftsführer und weiterer Organe hat ihre Grundlage im Gesetz primär unter den Abschnitten Verantwortlichkeit im Recht der einzelnen Gesellschaftsformen. Diese gesetzliche Grundlage wird durch eine komplexe, sich ständig im Fluss befindende Rechtsprechung und Lehre konkretisiert bzw. ergänzt, womit sich die Haftung der Organe zu einem Spezialgebiet entwickelt hat. Daneben kommen auch die allgemeinen haftungsrechtlichen Bestimmungen, namentlich die Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) zur Anwendung. Auch in der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit müssen die klassischen vier Haftpflichtvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein, um eine Haftung zu begründen. Der Anspruchsteller hat das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen zu beweisen, namentlich eine Pflichtverletzung, den Schaden, den Kausalzusammenhang sowie ein Verschulden.

Die Haftungsvoraussetzungen des Schadens und eines Kausalzusammenhanges erfordern wie in jeder Haftungsprüfung eine gesonderte Beachtung. Der Kausalzusammenhang liegt nach den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts vor, wenn der Schaden durch das pflichtwidrige Verhalten des Verantwortlichen natürlich sowie adäquat kausal verursacht worden ist. Dies gilt auch im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit. Auch hier ist die persönliche Verursachung eines Schadens massgebend, mithin die Verknüpfung eines Einzelverhaltens mit einem Schaden zu beurteilen, womit eine globale Zurechnung unzulässig ist.

Die Kausalität ist daher gesondert für jede verantwortliche Person, jede einzelne Pflichtverletzung und jeden einzelnen Schaden nachzuweisen. Verantwortlich ist nicht das Gremium als solches, sondern die einzelne Person. Daran ändert auch die solidarische Haftung nichts.

Als allgemeiner Einstieg ins weite Feld der Organhaftungen erläutern CHRISTOPH FREY und MATTHIAS SPINNER im ersten Teil ihres Beitrages die Grundsätze

La responsabilité en droit des entreprises

En regard notamment des défis posés par la numérisation et la soutenabilité des entreprises

Chères lectrices, chers lecteurs

L'entreprise elle-même, les membres du conseil d'administration et les personnes chargées de la direction peuvent être tenus personnellement responsables dans le cadre de leurs activités professionnelles, tant sur le plan civil que pénal. La responsabilité des membres du conseil d'administration, des directeurs et des autres organes se fonde principalement sur les dispositions légales relatives aux différentes formes de sociétés, prévues dans le chapitre consacré à la responsabilité. Cette base légale est concrétisée et complétée par une jurisprudence et une doctrine complexes et en constante évolution, ce qui fait de la responsabilité des organes un domaine spécialisé. Par ailleurs, les dispositions générales du droit de la responsabilité, notamment la responsabilité pour actes illicites (art. 41ss. CO), sont applicables. Les quatre conditions classiques de la responsabilité civile doivent également être remplies de manière cumulative pour fonder une responsabilité en droit des sociétés. Le demandeur doit prouver que toutes les conditions en sont réunies, à savoir une violation d'une obligation, le dommage, le lien de causalité et la faute.

Comme dans tout examen de responsabilité, les conditions de l'existence du dommage et d'un lien de causalité nécessitent une attention particulière. Selon les règles générales du droit de la responsabilité civile, la responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre le dommage et le comportement du responsable contraire à ses obligations. Cela vaut également dans le cadre de la responsabilité en droit des sociétés. Il convient ainsi de déterminer qui a causé personnellement le dommage, c'est-à-dire d'établir le lien entre un comportement individuel et un dommage, ce qui interdit une imputation globale.

Le lien de causalité doit donc être établi séparément pour chaque personne responsable, chaque manquement individuel et chaque dommage individuel. Ce n'est pas l'organe en tant que tel qui est responsable, mais la personne individuelle. La responsabilité solidaire n'y change rien.

En guise d'introduction générale au vaste domaine de la responsabilité des organes, CHRISTOPH FREY et MATTHIAS SPINNER exposent dans la première partie de leur contribution les principes et les conditions de la responsabilité. Vient ensuite une compilation de la jurisprudence récente et des arrêts de principe, qui té-

der Haftung und die Haftungsvoraussetzungen. Es folgt eine Zusammenstellung der jüngeren Rechtsprechung und der *leading cases*, welche bezeugt, wie eine Einzelfallbeurteilung auch in Rahmen der Organverantwortlichkeit unerlässlich ist.

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 keine Sorgfaltspflichtverletzung abgeleitet werden kann.

Die neuen Bestimmungen im OR und in der Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (VSoTr), die nach der Ablehnung der sog. Konzernverantwortungsinitiative per 1. Januar 2022 in Kraft getreten sind, enthalten zusätzlich Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten, die Unternehmen zu erfüllen haben. PETER HAAS befasst sich in seinem Beitrag mit den ethischen Standards, die über die Corporate Governance hinaus Eingang in das für Konzerne anwendbare Haftungsrecht gefunden haben, und der Tendenz, dass solche Standards bei der Beurteilung des sorgfältigen Handelns von Gesellschaftsorganen zunehmend Einfluss gewinnen können.

Digitalisierung und Internationalisierung eröffnen Risikofelder, die im Rahmen der Risikoanalyse eines Unternehmens zu prüfen sind. Aus diesen Bereichen entstehen neue Herausforderungen und Pflichten für die Verwaltungsratsmitglieder und Geschäftsführer eines Unternehmens.

Künstliche Intelligenz (KI) ist die nächste Stufe der Digitalisierung. International und national wird KI als Schlüsseltechnologie mit geopolitischer Relevanz betrachtet. Der Bundesrat hat am 13. April 2022 den Bericht «Künstliche Intelligenz und internationales Regelwerk» zur Kenntnis genommen. Darin enthalten sind verschiedene Massnahmen, damit die Schweiz auf internationaler Ebene aktiv auf die Ausgestaltung des internationalen Regelwerks zur Künstlichen Intelligenz einwirken und so zu einer massvollen Regulierung beitragen kann. Mit den Herausforderungen im Zusammenhang mit der Anwendung dieser Technologie haben sich die Führungskräfte und der Verwaltungsrat zu befassen. MAURO QUADRONI zeigt Risiken und Chancen in der Handhabung der KI auf und dass KI sogar Teil des Prozesses der Definition der Strategie sein kann.

Im Bereich der Wirtschafts- und Cyberkriminalität sind die Themen der Abhängigkeit und Verletzlichkeit eines Unternehmens allgegenwärtig. SONJA STIRNIMANN legt dar, dass der Mensch mit seinem Verhalten

moigne de la nécessité d'une évaluation au cas par cas, même dans le cadre de la responsabilité des organes.

Ces derniers temps, diverses publications font état de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) comme faisant partie de la compliance d'une entreprise. Selon la situation juridique actuellement en vigueur en Suisse, on peut toujours partir du principe que le non-respect de la RSE ne constitue pas une violation du devoir de diligence.

Les nouvelles dispositions du CO et de l'Ordonnance sur le devoir de diligence et la transparence en matière de minerais et métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants (ODiTr), qui sont entrées en vigueur le 1er janvier 2022 après le rejet de l'initiative sur la responsabilité des multinationales, contiennent des obligations supplémentaires en matière de rapport et de diligence que les entreprises doivent remplir. Dans sa contribution, PETER HAAS se penche sur les normes éthiques qui, au-delà de la gouvernance d'entreprise, ont trouvé leur place dans le droit de la responsabilité applicable aux grands groupes et sur la tendance à l'influence croissante de ces normes dans l'évaluation de la diligence des organes de la société.

La numérisation et l'internationalisation ouvrent des champs de risque qui doivent être examinés dans le cadre de l'analyse des risques d'une entreprise. Ces domaines créent de nouveaux défis et obligations pour les membres du conseil d'administration et les directeurs d'une entreprise.

L'intelligence artificielle (IA) est la prochaine étape de la numérisation. À l'échelle internationale et nationale, l'intelligence artificielle est considérée comme une technologie clé d'importance en matière géopolitique. Le 13 avril 2022, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport intitulé « Intelligence artificielle et réglementation internationale ». Ce rapport décrit plusieurs mesures qui permettraient à la Suisse de jouer un rôle actif dans la conception du cadre réglementaire international sur l'intelligence artificielle et ainsi de contribuer à une réglementation appropriée. Les dirigeants et le conseil d'administration doivent relever les défis liés à l'application de cette technologie. MAURO QUADRONI met en évidence les risques et les opportunités liés à l'utilisation de l'IA et montre que l'IA peut être partie intégrante du processus de définition de la stratégie.

La dépendance et la vulnérabilité d'une entreprise sont des thèmes très présents dans le domaine de la criminalité économique et de la cybercriminalité. SONJA STIRNIMANN explique que l'homme, par son comportement et son absence de compliance, est au premier plan des risques en matière de criminalité économique et de cybercriminalité.

und seiner Non-Compliance als Risiko bei Wirtschafts- und Cyberkriminalität im Vordergrund steht.

Eine zentrale und unübertragbare Aufgabe der Führungskraft umfasst die Ausgestaltung der Compliance, womit die Einhaltung aller inländischen und ausländischen Gesetze, Statuten und Reglemente sichergestellt werden, soll. Gerade bei Grossunternehmen ist die Ausgestaltung und Einhaltung der Compliance eine wesentliche Aufgabe des Managements. Compliance wird wirksam und glaubwürdig, wenn Verdachtsituationen konsequent verfolgt und sanktioniert werden. Aus diesem Grund führen viele Unternehmen interne Untersuchungen durch. In ihren Beitrag beschreiben PATRICIA KNOBLAUCH und MARKUS ROTH anhand eines Beispiels den Ablauf einer internen Falluntersuchung in einem Grossunternehmen und zeigen auf, wo der Arbeitgeberin dabei Schranken gesetzt werden.

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und mit der Geschäftsführung befassten Personen können im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit nicht nur zivilrechtlich verantwortlich gemacht werden. In gravierenden Fällen drohen ihnen auch strafrechtliche Sanktionen. Als Individualstrafrecht steht auch bei Straftaten im Geschäftsbetrieb eines Unternehmens die individuelle Strafbarkeit von Leitungs- und Kontrollpersonen sowie weiterer natürlicher Personen im Betrieb im Vordergrund. Subsidiär kommt eine Strafuntersuchung gegen das Unternehmen aufgrund mangelhafter Organisationsstruktur nach Art. 102 Abs. 1 StGB in Betracht. Für einen beschränkten Deliktskatalog sieht Art. 102 Abs. 2 StGB ferner eine originäre bzw. kumulative Strafbarkeit des Unternehmens vor. Der Beitrag von BENJAMIN LEUPI-LANDTWING und ELENA BIAGGINI beleuchtet die Grundpfeiler der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Geschäftsbetrieb eines Unternehmens und gibt Aufschluss über die hiermit zusammenhängenden Problemfelder und Handlungspflichten. Die Autoren zeigen zudem die in der Praxis verbreitete Möglichkeit der Abgabe einer Desinteresseerklärung nach einer Wiedergutmachung i.S.v. Art. 53 StGB in Form der Leistung einer Schadenersatzzahlung oder einer Spende an eine wohltätige Institution.

Auch die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen hat ihre Tücken. Der Beitrag von NINO SIEVI und JOËLLE MARCIANO über prozessuale Aspekte der Verantwortlichkeitsklage beleuchtet die wichtigsten Fallstricke wie Legitimation, Zuständigkeit, Kosten und Verjährung. Weiter weisen die Autoren auf zwei jüngere Entwicklungen hin: Schiedsklauseln in Statuten und Verantwortlichkeitsklagen bei gelöschten Gesellschaften.

Durch eine systematische Organisation, durch die konsequente Einhaltung eines Risikomanagements und die

L''une des tâches centrales et intransmissibles des dirigeants est l'organisation de la compliance, qui doit garantir le respect de toutes les lois, statuts et règlements nationaux et étrangers. Dans les grandes entreprises en particulier, la conception et le respect de la compliance constituent une tâche essentielle du management. La compliance devient efficace et crédible lorsque les situations suspectes sont systématiquement suivies et sanctionnées. C'est pourquoi de nombreuses entreprises mènent des enquêtes internes. Dans leur contribution, PATRICIA KNOBLAUCH et MARKUS ROTH décrivent à l'aide d'un exemple le déroulement d'une enquête interne dans une grande entreprise et montrent les limites auxquelles l'employeur est exposé.

Les membres du conseil d'administration et les personnes chargées de la direction ne sont pas seulement tenus pour civilement responsables dans le cadre de leurs activités commerciales. Dans les cas graves, ils risquent également des sanctions pénales. En tant que droit pénal individuel, la punissabilité individuelle des personnes chargées de la direction et du contrôle ainsi que d'autres personnes physiques dans l'entreprise est également au premier plan en cas d'infractions commises dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise. Subsidièrement, une enquête pénale contre l'entreprise en raison d'une structure organisationnelle déficiente selon l'art. 102 al. 1 CP entre en ligne de compte. L'art. 102 al. 2 CP prévoit en outre une punissabilité originaire ou cumulative de l'entreprise pour un catalogue limité d'infractions. La contribution de BENJAMIN LEUPI-LANDTWING et ELENA BIAGGINI met en lumière les piliers de la responsabilité pénale dans la gestion d'une entreprise et donne des informations sur les problèmes et les obligations d'agir qui y sont liés. Les auteurs montrent en outre la possibilité, répandue dans la pratique, de faire une déclaration de désintérêt après la réparation du dommage au sens de l'art. 53 CP sous la forme d'un paiement de dommages-intérêts ou d'un don à une institution de bienfaisance.

La mise en œuvre de prétentions en responsabilité connaît également des écueils. L'article de NINO SIEVI et JOËLLE MARCIANO sur les aspects procéduraux de l'action en responsabilité met en lumière les principaux écueils tels que la légitimation, la compétence, les coûts et la prescription. Les auteurs attirent également l'attention sur deux développements récents : les clauses d'arbitrage dans les statuts et les actions en responsabilité dans les sociétés radiées.

Une organisation systématique, le respect rigoureux d'une gestion des risques et la mise en place d'instruments de contrôle permettent de réduire, voire d'exclure le risque de violation des obligations légales et donc de la responsabilité. Le risque résiduel peut être partiellement ou totalement couvert par la conclusion d'une assurance adaptée aux risques visés. La condi-

Einführung von Kontrollinstrumenten kann die Gefahr einer Verletzung gesetzlicher Pflichten und daher einer Haftung reduziert oder sogar ausgeschlossen werden. Das Restrisiko kann durch den Abschluss einer den betreffenden Risiken angepassten Versicherung teilweise oder ganz abgewälzt werden. Voraussetzung ist, das Risiko durch eine geeignete Analyse zu erfassen. PATRICK DUMMERMUTH und BENJAMIN SCHUMACHER zeigen in ihrem Beitrag auf, welche Möglichkeiten Unternehmen und Gesellschaftsorgane haben, sich gegen Haftungsrisiken abzusichern, und welche Versicherungsleistungen erwartet werden können.

Barbara Klett

tion préalable est d'appréhender le risque par une analyse appropriée. PATRICK DUMMERMUTH et BENJAMIN SCHUMACHER montrent dans leur contribution les possibilités pour les entreprises et les organes de la société de se prémunir contre les risques de responsabilité ainsi que les prestations d'assurance attendues.

Barbara Klett / Traduction Guy Chappuis

Voraussetzungen einer Organverantwortlichkeit

Ausgewählte Aspekte und neue Rechtsprechung

Christoph Frey* / Matthias Spinner**

I. Einleitung

Organverantwortlichkeit ist die persönliche Haftung von Organpersonen in Zusammenhang mit ihrem Verhalten in der Gesellschaft. Das OR unterscheidet bei der Aktiengesellschaft zwischen Gründungshaftung (Art. 753), Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation (Art. 754) sowie Revisionshaftung (Art. 755). Die vormals in aArt. 752 OR geregelte Prospekthaftung ist seit dem 1. Januar 2020 in Art. 69 FIDLEG normiert. Vorliegend wird auf die Verantwortlichkeit für Verwaltung und Geschäftsführung in der Aktiengesellschaft fokussiert. Ihr kommt die grösste Praxisrelevanz zu.

Lehre und Rechtsprechung zur Organhaftung sind äusserst umfangreich. Vorliegend soll bloss ein Überblick zu den einzelnen Haftungsvoraussetzungen anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben werden. Auf eine umfassende Auseinandersetzung muss verzichtet werden (II.). In einem zweiten Teil wird auf einige interessante jüngere Bundesgerichtsurteile eingegangen und Bezug zu den vorangehend dargestellten Haftungsvoraussetzungen genommen (III.).

II. Haftungsvoraussetzungen

A. Vorbemerkungen

Voraussetzung eines Verantwortlichkeitsanspruchs sind Schaden, Pflichtverletzung, Kausalität und Verschulden. Eine Haftung kann sich demnach nur ergeben, wenn eine Organperson in schuldhafter Weise eine ihr obliegende Pflicht verletzt hat und dies adäquat kausal einen Schaden bewirkt (Art. 754 Abs. 1 OR).¹

Verantwortlichkeitsrecht ist im Grundsatz Haftpflichtrecht, bringt aber gewisse Spezialitäten zu den Haftungsvoraussetzungen und besondere Modalitäten mit sich.

B. Schaden

1. Allgemein

Wie im Haftpflichtrecht allgemein wird der Schaden auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach der Differenzhypothese bestimmt. Der Schaden entspricht demnach der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis bzw. das pflichtwidrige Verhalten hätte.² Freilich setzt ein Schaden die Unfreiwilligkeit der Vermögenseinbusse voraus,³ welche in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn bestehen kann.⁴ Die Behauptungs- und Beweislast tragen die klagende Gesellschaft bzw. die anspruchstellenden Gläubigerinnen und Aktionäre. Sie haben den Schaden zu substantiieren und zu beziffern (Art. 8 ZGB; vgl. immerhin Art. 42 Abs. 2 OR).⁵

¹ BGE 132 III 342 E. 4.1

² BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001 E. 2d/aa; 4C.19/2004 vom 19. Mai 2004 E. 1.5.

³ BGer 4A_67/2008 vom 27. August 2009 E. 9.1.

⁴ THIERRY LUTERBACHER, Vor Art. 754–760 OR N 33, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Zürich/St. Gallen 2016.

⁵ BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001 E. 2d/bb.

* Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Kellerhals Carrard Zürich

** Rechtsanwalt, MLaw, Kellerhals Carrard Zürich