Neue Zürcher Zeitung - 10 novembre 2005

Ein möglicher Stolperstein bei Übernahmen

Von Davide Jermini und Theodor Härtsch

Obwohl von der Praxis bisher weitgehend vernachlässigt, wirkt sich die Strafbarkeit des Unternehmens gemäss Art. 100quater des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) in zweifacher Hinsicht auf Fusionen und Übernahmen (Mergers & Acquisitions) aus. Einerseits muss die mögliche strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Unternehmens im Rahmen der Prüfung der Zielgesellschaft (Due Diligence) abgeklärt werden. Andererseits sollte unabhängig davon, ob im Rahmen dieser Prüfung strafrechtlich relevante Tatbestände identifiziert werden, etwaigen Risiken bei den Vertragsverhandlungen Rechnung getragen werden.

Vor fast genau zwei Jahren wurde mit dem Inkrafttreten des neuen Art. 100quater StGB erstmals die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens im allgemeinen Teil des StGB verankert. Dabei werden grundsätzlich zwei Arten strafrechtlich relevanten Verhaltens unterschieden:

1. Die *subsidiäre* Strafbarkeit des Unternehmens pönalisiert die Mangelhaftigkeit der Organisation, welche die *Identifizierung des Täters* verunmöglicht. Der wirkliche Täter ist eine natürliche Person, die *„in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszweckes ein Verbrechen oder Vergehen“* begeht, doch kann er nicht identifiziert werden. In der Regel wird es sich dabei um ein Organ oder einen Mitarbeiter der Zielgesellschaft handeln.

2. Um eine *originäre* Haftung des Unternehmens auszulösen genügt es bei bestimmten Straftaten wie Geldwäscherei, Korruption oder der Finanzierung des Terrorismus, wenn die Zielgesellschaft nicht sämtliche „*erforderlichen*

und zumutbaren organisatorischen Vorkehren“ zur Verhinderung einer solchen Straftat trifft.

Der potentielle Preis für die ungenügende Organisation ist nicht zu unterschätzen: das Unternehmen kann mit einer Busse von bis zu CHF 5 Mio. bestraft werden. Hinzu kommen die Prozess- und Reputationskosten, welche ein Vielfaches des erwähnten Betrages ausmachen können. Im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen stellt Art. 100quater StGB somit offensichtlich ein neues Risiko dar.

Zunächst muss diesem Risiko im Rahmen der *Due Diligence* Rechnung getragen werden. Deren Sinn und Zweck besteht darin, sich ein möglichst vollständiges Bild über das zu erwerbende Unternehmen zu verschaffen. Die Zielgesellschaft wird in verschiedener Hinsicht analysiert, wobei in der Regel Unternehmensberater (strategische, kommerzielle und finanzielle Analysen), Steuerexperten (fiskalische Fragen) und Anwälte (rechtliche Aspekte) mitwirken. Je nach Tätigkeitsgebiet des zu untersuchenden Unternehmens werden weitere Berater beigezogen, so z. B. Ingenieure für die Klärung technischer Fragen oder Umweltspezialisten für die vertiefte Prüfung, ob auf einem Grundstück Altlasten bestehen. Die *Due Diligence* ist auf die Erfassung wesentlicher Risiken fokussiert, welche für die Preisbildung und für die Transaktionsgestaltung relevant sein können.

Was gilt aber in Bezug auf Art. 100quater StGB? Wer überprüft die Organisation unter diesem spezifischen Gesichtspunkt? Wann liegt ein strafrechtlich relevantes Organisationsversagen vor? Und welche Risiken sollten bei den Vertragsverhandlungen wie berücksichtigt werden? Die heutige Praxis scheint sich (noch) relativ wenig um diese neue Risikoposition zu kümmern. Zwar wird die Organisation der Zielgesellschaft aus verschiedenen Blickwinkeln analysiert: so setzen sich z. B. die Unternehmensberater mit der Aufbau- und Ablauforganisation auseinander, Ingenieure analysieren Produkte und Produktionsabläufe und Juristen prüfen die vorhandenen Statuten, Reglemente, Weisungen und Verträge. Eine systematische Beurteilung, ob die vorgefundene Organisationsstruktur *insgesamt* den Erfordernissen von Art. 100quater StGB genügt, wird aber kaum je vorgenommen. Das mangelnde Interesse für eine vertiefte

Überprüfung der vorhandenen Organisationsstrukturen kann damit erklärt werden, dass der neue Eigentümer oft von Anfang an eine tief greifende Reorganisation der Zielgesellschaft beabsichtigt; dabei wird jedoch vergessen, dass die sukzessive Beseitigung von Organisationsmängeln eine etwaige strafrechtliche Verantwortlichkeit, welche auf ein früheres Organisationsversagen zurückzuführen ist, nicht zu heilen vermag.

Die ungenügende Erfassung dieses möglicherweise erheblichen Risikos resultiert aber auch aus dessen inhärenter Komplexität. Zum einen ist Art. 100quater StGB sehr abstrakt abgefasst und somit auslegungsbedürftig. Ob ein Unternehmen aus strafrechtlicher Sicht ausreichend organisiert ist, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, wie z. B. von dessen Tätigkeitsbereich oder dessen Grösse. Teilweise legen bei bestimmten Tätigkeiten direkt anwendbare öffentlich-rechtliche Normen Mindeststandards fest, so z. B. im Bereich der Banken, Börsen, Effektenhändler oder Anlagefonds. Daneben dürften private Regelsysteme und Selbstregulierungsnormen bzw. die Regeln der etablierten Berufspraxis zur Auslegung beigezogen werden, wobei selbst bei Beachtung der relevanten Normen nicht auszuschliessen ist, dass das Bundesgericht hier in Anlehnung an BGE 125 IV 139 eine eigenständige Definition der im strafrechtlichen Sinne ausreichenden Organisation vornehmen würde. Klare Kompetenzregeln, formalisierte Entscheidungsabläufe und ein dynamisch funktionierendes Kontrollsystem bilden jedenfalls die *minima essentialia* jeder Organisationsstruktur. Zum anderen erschwert die traditionell relativ scharfe Aufgabenteilung unter den involvierten Beratern eine rechtsgenügende Vertiefung der Organisationsfrage: Da kaum jemand den Überblick über sämtliche relevanten Elemente hat, welche für eine kritische Überprüfung des „100quater-Risikos" erforderlich sind, wird dieser Aspekt oftmals – bewusst oder unbewusst – ausgeklammert. Im Rahmen einer offenen interdisziplinären Diskussion sollten nicht nur die Erkenntnisse der *Commercial Due Diligence* mit denjenigen der *Legal Due Diligence* abgestimmt werden. Vielmehr sollten alle beteiligten Parteien ein vertieftes Verständnis der Unternehmensgeschichte anstreben. Nur eine solche Gesamtsicht kann, unter Beizug weiterer Informationen, wie z. B. laufender oder drohender Strafverfahren gegen die Zielgesellschaft und deren (ehemalige) Organe und

Mitarbeiter, eine seriöse Risikoeinschätzung ermöglichen. Führt diese Analyse zum Ergebnis, dass ein erhöhtes Risiko strafrechtlich relevanten Verhaltens besteht, sollten weitere Spezialisten für *forensic investigations* beigezogen werden.

Führt die *Due Diligence* zu Ergebnis, dass gegen die Zielgesellschaft gerichtete Strafverfahren laufen oder anstehen, muss dieses Risiko bei den Vertragsverhandlung und der Vertragsgestaltung entsprechend berücksichtigt werden. Grundsätzlich sind auch hier zwei Varianten denkbar: Ein ausreichend bestimmtes Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung der Zielgesellschaft kann direkt zu einer Preisreduktion führen. Falls das Risiko noch relativ unbestimmt und entsprechend schwer zu quantifizieren ist, kann es mittels vom Verkäufer abzugebender Zusicherungen und Gewährleistungen abgedeckt werden. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch eine Schadloshaltung für die Kosten der Verteidigung. Abschliessend muss im Vertrag geregelt werden, wie etwaige Reputationsverluste minimiert bzw. zwischen den Parteien ausgeglichen werden. Da gerade eine Quantifizierung von Reputationsverlusten sehr schwierig ist, können die Parteien z. B. vereinbaren, dass die Öffentlichkeit und die Geschäftspartner im Falle einer gegen die Zielgesellschaft gerichteten Medienkampagne von den Parteien gemeinsam auf Kosten des Verkäufers über die tatsächlichen Vorgänge und ursprünglichen Verantwortlichkeiten informiert werden.