

Reduktion von Rechts- und Reputationsrisiken durch antizipative Normumsetzung im Unternehmen

Bulletin 6/2017

Zürich, Dezember 2017

Management Summary

Recht hat eine zeitliche Dimension. Unternehmen, die sich möglichst rechtskonform verhalten wollen, können Gesetze nicht formell anwenden, sondern müssen Gesetzeserlasse antizipativ umsetzen und dabei die künftige Rechtsfindung des Richters vorwegnehmen. Denn es ist der Richter, der ihre Geschäftstätigkeit in Zukunft rechtlich rückwirkend beurteilen und Sanktionen aussprechen kann und gegebenenfalls nicht etwa nur gesetzliche Normen, sondern auch Rechtsprechung und Lehre sowie gemeinsame Moralvorstellungen berücksichtigen wird. Ähnlich funktioniert der Reputationsschutz: Unternehmen müssen die künftige Reaktion von Kunden im sozialen Umfeld antizipieren, wenn sie ihre Geschäftspraxis so ausgestalten wollen, dass in Zukunft möglichst kein Reputationsschaden entsteht.



Dr. Alois Rimle
Rechtsanwalt, LL.M.

Inhalt

| | |
|--|----------|
| Gesetz und Recht, soziale Normen..... | 2 |
| Theorien des Rechts..... | 2 |
| Normativer Geltungsanspruch des Rechts | 4 |
| Staatliche Durchsetzung des Rechts | 5 |
| Befolgung des Rechts..... | 6 |
| Soziale Normen | 7 |
| Tatsächlicher Geltungsanspruch sozialer Normen | 8 |
| Reputationsschaden als soziale Sanktion | 8 |
| Reputationsschutz durch soziale Normbefolgung..... | 8 |
| Formelle Gesetzesanwendung | 9 |
| Gesetzesanwendung durch Richter..... | 9 |
| Gesetzesanwendung durch Unternehmen..... | 9 |
| Antizipative Gesetzesumsetzung..... | 9 |
| Rückwirkende Rechtsfindung durch Richter | 9 |
| Rechtsprognose des Unternehmens | 10 |
| Gerechtes Recht antizipieren | 11 |
| Zeitgemässes Recht antizipieren..... | 12 |
| Gesetzesverstoss und Rechtsverletzungsrisiko..... | 12 |

| | |
|--|-----------|
| Antizip. Umsetzung von Strafnormen..... | 13 |
| Rückwirkende Strafverfolgung | 13 |
| Strafrechtsprognose | 14 |
| Strafverteidigung | 15 |
| Risikobasierte Umsetzungsbewertung | 15 |
| Antizip. Umsetzung von Verwaltungsnormen | 15 |
| Rückwirkende Verfügung durch Behörden..... | 15 |
| Verfügungsprognose | 16 |
| Rechtswidrige Behördenpraxis und Beschwerde..... | 17 |
| Beziehung zu Behörden..... | 17 |
| Umsetzungsprobleme im Aufsichtsrecht | 17 |
| Risikobasierte Umsetzungsbewertung | 18 |
| Antizip. Umsetzung von Privatsnormen..... | 19 |
| Rückwirkende Klage durch Geschädigte | 19 |
| Schadens- und Rechtsprognose..... | 19 |
| Schadenvermeidung und Schadenmanagement..... | 20 |
| Schadenfreier Normverstoss auf Zusehen hin | 20 |
| Risikobasierte Umsetzungsbewertung | 20 |

| | |
|---|-----------|
| Antizipativer Reputationsschutz | 21 |
| Rückwirkende Änderung des Kaufverhaltens | 21 |
| Reaktionsprognose | 21 |
| Schadenvermeidung und Schadenmanagement | 21 |
| Rechtsverletzung und Reputationsschaden..... | 22 |
| Risikobasierte Umsetzungsbewertung..... | 23 |
| Beispiel Datenschutznormen..... | 23 |
| Datenschutz-Grundverordnung der EU | 23 |
| Revidiertes Datenschutzgesetz der Schweiz | 24 |
| Arten von Datenschutznormen | 24 |
| Umsetzung von Strafnormen | 25 |
| Umsetzung von reinen Verwaltungsnormen | 25 |
| Umsetzung von Privat- und Verwaltungsnormen..... | 25 |
| Normumsetzung und Reputationsschutz | 26 |
| Umsetzung geschäftsrelevanter Normen | 26 |
| Relevante Normen einer Geschäftstätigkeit | 26 |
| Langfristig antizipative Normumsetzung | 26 |
| Beziehungs- und Schadenmanagement | 27 |
| Risikobasierte Umsetzungsbewertung..... | 27 |
| Literaturverzeichnis | 28 |
| Abkürzungsverzeichnis | 28 |

Gesetz und Recht, soziale Normen

Theorien des Rechts

Es ist unklar, was unter „Recht“ genau zu verstehen ist. Es gibt verschiedene Theorien des Rechts. Nachfolgend wird zwischen der herkömmlichen positivistischen Rechtstheorie und einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis unterschieden. Es wird dafür plädiert, überholte positivistische Rechtsvorstellungen zugunsten eines wirklichkeitsnahen Verständnisses von Recht aufzugeben.

Positivistische Rechtstheorie

Nach der positivistischen Rechtstheorie ist Recht staatlich gesetztes Recht, egal welchen Inhalt es hat, das durch die Wirksamkeit von Zwang Wirkung erfährt. Das Recht wird auf diese Weise inhaltlich neutral bestimmt. Normen gelten, weil es in der Natur der Norm liegt, Befolgung zu fordern. Dabei erfolgt die Rückführung der Geltung regelmässig ausschliesslich auf die Wirksamkeit. Bei KELSEN wird die Geltung mit einer hypothetischen Grundnorm begründet. Eine Norm kann immer nur aus einer anderen Norm folgen. Es entsteht ein Regress, der

erst in der Grundnorm endet. Dabei handelt es sich um eine Norm, die allen Normen als Geltungsgrund vorausgesetzt ist, und deshalb nicht real, sondern nur hypothetisch sein kann (KELSEN, S. 5). Das Recht wird als System verstanden, in dem durch logisch stringente Deduktion aus allgemeinen Rechtssätzen immer konkretere Rechtssätze entwickelt werden (*Begriffsjurisprudenz*; SEELMANN/DEMKO, S. 33 ff. und 69 ff.).

Nach der positivistischen Rechtstheorie sind die vom Staat erlassenen und mit Zwang durchgesetzten Gesetze das Recht (*Gesetzespositivismus*). Die Gesetze werden vom Richter durch Subsumtion gewissermassen mechanisch auf den Einzelfall angewandt. Der Richter muss das Gesetz strikt anwenden; er darf es bei dessen Auslegung nicht nach eigenen Präferenzen verändern. Durch die strikte Gesetzesanwendung soll in erster Linie die Rechtssicherheit geschützt werden. Nur in Ausnahmefällen, wenn ein Gesetz zu einer Frage keine Vorschrift enthält (echte Gesetzeslücke), darf der Richter das Gesetz ergänzen (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB).

Kritik an der positivistischen Rechtstheorie

In der neueren rechtsphilosophischen Literatur wird mit der positivistischen Rechtstheorie oftmals „versöhnlich“ umgegangen. Es wird ausgeführt, die Vertreter dieser Theorie seien teilweise falsch verstanden worden. Vieles an dieser Theorie hätten sie gar nicht so gemeint oder hätten die Theorie nachträglich einschränkend präzisiert (vgl. z.B. SEELMANN/DEMKO, S. 34 ff.). All das mag zutreffen. Trotzdem gilt, dass die positivistische Rechtstheorie nach heutigem Kenntnisstand eine ihrem Wesen nach unzutreffende Theorie ist. Man sollte nicht versuchen, diese Theorie durch Relativierung ihrer Bedeutung zu „retten“. Man sollte stattdessen versuchen, sie zu überwinden und bessere Erklärungen für das Recht zu finden. Der Rechtspositivismus stammt aus einer anderen Zeit. Rechtliche Sichtweisen können und sollen sich weiterentwickeln. Heute wissen wir Vieles besser als früher und morgen werden wir Vieles besser wissen als heute. Verschiedene benachbarte Wissenschaften (z.B. Philosophie, Wirtschaftswissenschaften, Soziologie, Psychologie) bewegen sich und entwickeln sich gegenwärtig multidisziplinär weiter. Nur die Rechtswissenschaft scheint in ihrem Kern stehenzubleiben.

Die positivistische Rechtstheorie will ohne Moral auskommen. In Wirklichkeit kommen Erlass und Anwendung von Gesetzen aber nicht ohne morali-

sches Urteil aus, das seinen letzten Ursprung nicht im Recht selbst hat (siehe MAHLMANN, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 261). Sowohl der Erlass allgemeingültiger Gesetze als auch das Fällen richterlicher Entscheide sind nicht ohne Wertung anhand moralischer Grundsätze denkbar. Gesetzgebung und Rechtsfindung beruhen letztlich immer auf den gemeinsamen Moralvorstellungen einer Gesellschaft. Die positivistische Rechtstheorie ist hingegen nicht in der Lage, eine Verbindung zwischen Recht und Moral herzustellen. Eine solche Verbindung besteht aber in Wirklichkeit. Die Anwendung von Gesetzen muss aus einer rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Sicht in erster Linie dazu dienen, Recht im Einzelfall zu finden und dabei Gerechtigkeit zu verwirklichen. Einem inhaltlich ungerechten positiven Gesetz darf im Einzelfall nicht aus Gründen der Rechtssicherheit den Vorzug gegenüber der Gerechtigkeit gegeben werden.

In Wirklichkeit ist der rechtliche Entscheid im Einzelfall nicht das Ergebnis einer logischen Deduktion aus bestimmten Begriffen und Normen der Rechtsordnung, sondern eine kreative Leistung des Rechtsanwenders. Dies muss deutlich gemacht und darf nicht durch scheinbar zwingende Deduktion verschleiert werden. Wenn Gesetze keine Antwort bereithalten, spielen soziale Normen eine Rolle. Von Bedeutung sind grundlegende normative Vorstellungen wie Gerechtigkeit abhängig von der historischen Entwicklung und den gegebenen gesellschaftlichen Verhältnissen (EHRlich, S. 28 f.; MAHLMANN, Konkrete Gerechtigkeit, S. 136 f.). Recht ist aus einer rechtssoziologischen Sicht das Produkt komplexen sozialen Handelns, das letztlich rechtliche Institutionen und Strukturen erzeugt. Wenn von diesem sozialen Handeln abgesehen wird, besteht nicht nur die Gefahr einer analytisch unzureichenden Theorie, sondern auch der Verdeckung der Rolle der realen, vielfältig motivierten Marktakteure gesellschaftlicher und gerade auch rechtlicher Entwicklungen. Ohne klare Begriffe der Rolle solcher Marktakteure ist es nicht möglich, Recht als soziales Phänomen zu erklären und die Legitimation solchen Handelns zu beurteilen. Rechtssoziologisch von Bedeutung ist insbesondere das richterliche Entscheidungsverhalten. Was bei der Rechtsfindung als richterlicher Entscheidungsspielraum verbleibt, wird vor allem durch die Wertung der entscheidenden Person bestimmt (MAHLMANN, Konkrete Gerechtigkeit, S. 242 und 244 f.; vgl. auch etwa HEINEMANN, S. 26 ff.).

In Wirklichkeit sind Gesetze nicht in der Lage, sämtliche mögliche Sachverhalte abschliessend zu regeln. Die positivistische Vorstellung von Recht in Form von umfassenden Gesetzen entspricht einer Fiktion. Die Vorstellung, wonach sich der Richter möglichst an das Gesetz halten soll und nur dann eigenständig entscheiden darf, wenn dem Gesetz ausnahmsweise keine Vorschrift entnommen werden kann (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB) und dementsprechend eine (echte) Gesetzeslücke vorliegt, ist irreführend. Vielmehr ist es so, dass es für eine Vielzahl von Sachverhalten keine passende Gesetzesbestimmung gibt und sich der Richter bei seiner Entscheid auf andere Grundlagen stützen muss. Es ist nicht zielführend, wenn man auf Teufel-komm-raus mit allerlei Interpretations- und Ergänzungstechniken das Recht in einem Gesetz finden will, wo doch klar ist, dass es dort historisch nur in einem sehr beschränkten Umfang enthalten sein und gefunden werden kann (siehe ausführlich RVP Bulletin 2/2016 Wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis und Management von Rechtsrisiken, S. 8 ff.).

Wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis

Gesetzeserlasse sind nach einem wirklichkeitsnahen Verständnis nicht das Recht. Vielmehr entsteht das Recht erst im Einzelfall, nämlich dann, wenn der Richter einen Entscheid fällt. Recht ist danach nicht generell-abstrakt, sondern individuell-konkret. Recht ist richterliche Entscheidung. Verbindliches Recht ist in Wirklichkeit kein generell-abstrakter Überbau, der ergänzt werden könnte, sondern richterliche Entscheidung im Einzelfall. In diesem Sinn ergibt sich eine Rechtslage daraus, wie der Richter zu einer Frage in der Vergangenheit Recht gefunden hat und in Zukunft voraussichtlich finden wird (siehe ausführlich RVP Bulletin 2/2016 Wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis und Management von Rechtsrisiken, S. 11 f.).

Gesetzeserlasse und Gesetzesnormen sind in Wirklichkeit nur kleine, unvollständige und zeitgebundene Ausschnitte aus den gemeinsamen Moralvorstellungen einer Gesellschaft in allgemeiner und abstrakter Form. Der Richter kann bei genauer Betrachtung das Recht im Einzelfall nicht in den Gesetzen selbst finden. Er muss es vielmehr in den gemeinsamen Moralvorstellungen hinter den Gesetzen finden. Gesetzesnormen dürfen der Rechtsfindung auf der Grundlage der gemeinsamen Moralvorstellungen nicht im Wege stehen, sondern müssen diese im Rahmen ihrer beschränkten Möglichkeiten unterstützen. Gemeinsame Moralvorstellungen sind im

Unterschied zu Gesetzeserlassen umfassend, vollständig und über die Zeit veränderlich. Sie können spezifisch oder allgemein, konkret oder abstrakt sein. Sie werden in einer freien Gesellschaft in einem ständigen Diskurs auf allen Ebenen, privat und öffentlich, gelebt und bestätigt.

Der Richter, der das Recht im Einzelfall wertend nach Massgabe der gemeinsamen Moralvorstellungen findet, hat dabei immerhin die bestehenden *Rechtsgrundlagen* zu beachten, die neben den relevanten Gesetzesnormen auch die Rechtsprechung und Lehre umfassen. Die gemeinsamen Moralvorstellungen einer Gesellschaft, mit denen das Recht verbunden ist, werden in Gesetzeserlassen dokumentiert und spezifiziert, in der Rechtsprechung anhand einzelner Fälle konkretisiert und in der Lehre diskutiert. Die Rechtsgrundlagen werden in einem beschränkten Umfang ständig erneuert, präzisiert, ergänzt und verändert, indem fortlaufend neue Gerichtsentscheide, neue Lehrmeinungen und von Zeit zu Zeit auch neue Gesetzesnormen hinzukommen (siehe ausführlich RVP Bulletin 2/2016 Wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis und Management von Rechtsrisiken, S. 11 f.).

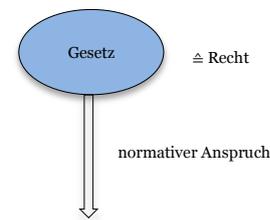
Normativer Geltungsanspruch des Rechts

Der Staat erlässt Gesetze mit Normen, die von allen Bürgern befolgt werden müssen. Was bedeutet es, wenn in einem staatlichen Gemeinwesen verlangt wird, jedermann habe sich an das Gesetz zu halten und die Gesetzesnormen zu befolgen? Die Antwort auf diese Frage fällt je nach Rechtsverständnis unterschiedlich aus. Es gibt eine positivistische und eine wirklichkeitsnahe Antwort.

Normativer Geltungsanspruch positivistisch verstanden

Nach der positivistischen Rechtstheorie sind die vom Staat erlassenen und durchgesetzten Gesetze das Recht. Normadressaten müssen gesetzliche Normen strikt befolgen. Sie müssen sich so verhalten, wie es gesetzlich vorgeschrieben ist. Dieser umfassende und unbedingte Geltungsanspruch von Gesetzen ergibt sich aus dem blossen Umstand, dass Gesetze vom Gesetzgeber erlassen wurden und deren Einhaltung mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt wird. Das positive Recht entspringt dem Ermessen des Gesetzgebers und bedarf keiner weitergehenden Legitimation.

Der positivistisch verstandene normative Geltungsanspruch in Gesetzesform kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Kritik am positivistischen Normverständnis

In Wirklichkeit lässt sich der normative Geltungsanspruch nicht rein formell durch „gesetztes Recht“ legitimieren. Recht kann in einem demokratischen Rechtsstaat nicht jeder beliebige Inhalt sein und durch die Wirksamkeit von Zwang Geltung erfahren. Nach einem modernen rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Verständnis muss Recht eine Verbindung zu Moral herstellen. Recht bedarf einer moralischen Legitimität, um Recht zu sein (siehe vorne).

In Wirklichkeit wenden sich Gesetzesnormen nicht von allein auf einen individuell-konkreten Sachverhalt an. Vielmehr müssen Gesetzesnormen vom Richter auf den konkreten Einzelfall übersetzt werden. Die rechtspositivistische Behauptung, Gesetz und Recht seien identisch und das Gesetz könne im Einzelfall durch Subsumtion angewendet werden, ist eine Fantasievorstellung, in Wirklichkeit nicht möglich und deshalb abzulehnen. Wenn ein Gesetzeserlass aber nicht unmittelbar anwendbar ist, kann ihm in einer normativen Theorie auch keine (unbedingte) rechtliche Geltung zuerkannt werden.

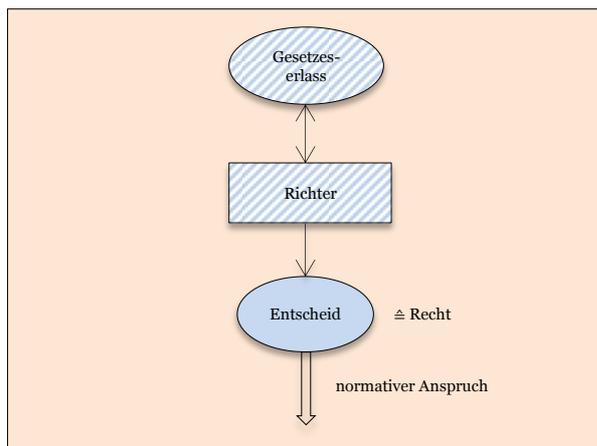
Normativer Geltungsanspruch wirklichkeitsnah verstanden

Bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis stellen Gesetzeserlasse nicht das Recht dar, sondern sind lediglich eine Rechtsgrundlage, die der Richter im Rahmen der Rechtsfindung im Einzelfall in die rechtliche Beurteilung einbeziehen muss. Das Recht entsteht erst im Einzelfall, wenn der Richter den Entscheid fällt. Eine generell-abstrakte Gesetzesnorm kann nur Grundlage der Rechtsfindung sein, indem sie vom Richter berücksichtigt werden muss und nur im Rahmen dieser Berücksichtigung Rechtswirkung zu entfalten vermag (siehe Bulletin 2/2016 Wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis und Management von Rechtsrisiken, S. 11 f.).

Eine Gesetzesnorm kann in Wirklichkeit nicht direkt angewendet werden. Es braucht dazu den Richter,

der die Gesetzesnorm auf den Einzelfall übersetzt. Dabei kommt der Richter nicht umhin, auch Faktoren ausserhalb eines Gesetzeserlasses zu berücksichtigen und einen mehr oder weniger grossen Wertaufwand auf der Grundlage gemeinsamer Moralvorstellungen zu betreiben (Problem der Konkretisierung; vgl. MAHLMANN, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 261).

Der wirklichkeitsnah verstandene normative Geltungsanspruch eines richterlichen Entscheids kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Gemeinsame Moralvorstellungen

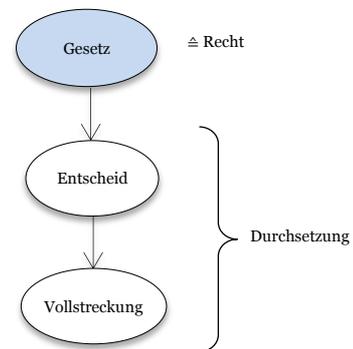
Staatliche Durchsetzung des Rechts

Der normative Geltungsanspruch des Rechts muss vom Staat durchgesetzt werden, wenn sich Bürger nicht an das Recht halten bzw. das Recht verletzen. Es stellt sich die Frage, auf welche Weise der Staat das Recht durchsetzen soll. Die Antwort fällt je nach Rechtsverständnis unterschiedlich aus. Es gibt eine Antwort nach der positivistischen Rechtstheorie und eine andere Antwort nach einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis.

Rechtsdurchsetzung positivistisch verstanden

Nach der rechtspositivistischen Theorie müssen sich Bürger als Normadressaten strikt an das Gesetz halten. Jeder Verstoss gegen eine Gesetzesnorm gilt per se als Rechtsverletzung unter Androhung von Sanktionen. Ein Gesetzesverstoss wird mittels formeller Gesetzesanwendung festgestellt, verurteilt und bestraft, wobei die Strafe mit staatlichen Zwangsmitteln vollstreckt wird.

Das positivistische Verständnis von Rechtsdurchsetzung im Sinne einer Gesetzesdurchsetzung kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Kritik am positivistischen Durchsetzungsverständnis

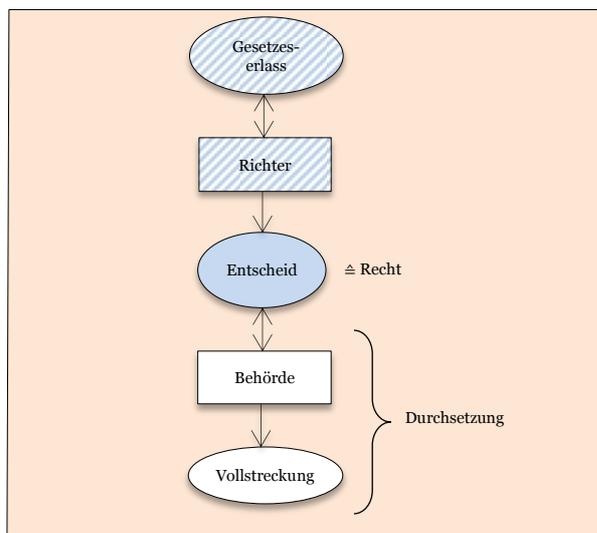
In Wirklichkeit sind Gesetzeserlasse nicht das Recht, sondern lediglich Rechtsgrundlage ohne unbedingten normativen Anspruch. Der Verstoss gegen eine Gesetzesnorm ist nicht per se eine Rechtsverletzung. Deshalb kann die Einhaltung einer Gesetzesnorm per se auch nicht mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden. Was mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann, ist lediglich der richterliche Entscheid, der auf der Grundlage der Gesetzesnorm gefällt wird. Die positivistische Rechtstheorie beinhaltet insofern eine unzulässige Verkürzung, als sie die Gesetzesnorm als Recht betrachtet und die Leistung des Richters, der das Recht auf der Grundlage der Gesetzesnorm erst findet, vernachlässigt.

Rechtsdurchsetzung wirklichkeitsnah verstanden

Wenn Gesetzeserlasse wirklichkeitsnah verstanden blosser Rechtsgrundlage sind und das Recht vom Richter erst im Einzelfall gefunden wird, kann sich die staatliche Durchsetzung von Recht auch nicht direkt auf einen Gesetzeserlass, sondern muss sich auf einen richterlichen Entscheid beziehen. Nicht die Gesetzesnorm, sondern erst der richterliche Entscheid auf der Grundlage der Gesetzesnorm hat unbedingten Geltungsanspruch. Nicht der Verstoss gegen die Gesetzesnorm, sondern erst die richterlich festgestellte Rechtsverletzung auf der Grundlage des Normverstosses führt zu einer Sanktion. Die Sanktion, die vom Richter ausgesprochen wird, wird schliesslich von einer staatlichen Behörde vollstreckt.

Ein wirklichkeitsnahes Verständnis von Rechtsdurchsetzung im Sinne einer Durchsetzung des rich-

terlichen Entscheids kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Gemeinsame Moralvorstellungen

Befolgung des Rechts

Dieses Bulletin handelt von der Befolgung des Rechts durch Unternehmen. Unternehmen werden von der rechtlichen Ordnung in Form von Gesellschaften (und teilweise Konzernen) erfasst. Gesellschaften sind Organisationsformen mit Organen und Mitarbeitenden, die im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft handeln. Gesellschaften müssen mithin interne Massnahmen insbesondere in Form von Reglementen und Richtlinien ergreifen, um sicherzustellen, dass sich ihre Organe und Mitarbeitenden so verhalten, dass eine geltende Rechtslage unternehmensweit befolgt wird.

Aus dem normativen Geltungsanspruch und der staatlichen Durchsetzung des Rechts ergibt sich, dass Unternehmen wie andere Normadressaten auch das Recht befolgen müssen. Wenn sie das Recht nicht befolgen, drohen ihnen Sanktionen. Zu einer Befolgung des Rechts gehört grundsätzlich die Einhaltung von Gesetzen. Allerdings ist unklar, was mit „Einhaltung von Gesetzen“ genau gemeint ist. Die Bedeutung ist je nach Rechtsverständnis unterschiedlich. Es gibt eine Bedeutung nach der positivistischen Rechtstheorie und eine andere Bedeutung nach einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis.

Positivistische Gesetzesanwendung

Nach der positivistischen Rechtstheorie sind die Gesetze das Recht. Sie lassen sich von Normadressaten durch ein rein technisches Verfahren direkt anwenden. Nach diesem Verständnis ist ein Unternehmen als Normadressat in der Lage, die Gesetze

anzuwenden und sich auf diese Weise jederzeit rechtskonform zu verhalten.

Kritik an der positivistischen Gesetzesanwendung

In Wirklichkeit sind die Gesetzeserlasse nicht das Recht, sondern lediglich Grundlage des Rechts. Normadressaten sind nicht in der Lage, Gesetzeserlasse direkt anzuwenden, um auf diese Weise das Recht zu befolgen. Denn das Recht entsteht erst im Rahmen der richterlichen Rechtsfindung im Einzelfall. Wenn sich Unternehmen als Normadressaten aber nicht durch formelle Gesetzesanwendung rechtskonform verhalten können, stellt sich die Frage, was sie denn tun müssen, um eine geltende Rechtslage zu befolgen und sich vor rechtlichen Sanktionen zu schützen.

Wirklichkeitsnahe Gesetzesumsetzung

Wenn Gesetzeserlasse keinen unbedingten Geltungsanspruch vermitteln können, kann von Normadressaten auch nicht verlangt werden, dass sie sich strikt an das Gesetz halten. Es kann von ihnen „nur“ verlangt werden, dass sie Gesetzesnormen so beachten, wie es der Richter im Fall einer künftigen Rechtsfindung voraussichtlich tun würde. In Wirklichkeit wird Recht nicht durch den Gesetzgeber im Rahmen seiner Gesetzeserlasse, sondern durch den Richter im Rahmen seiner Entscheide bestimmt. Daher ist es nur konsequent, wenn sich Unternehmen als Normadressaten nicht daran orientieren, was in einem Gesetzeserlass steht (Gesetzeswortlaut), sondern daran, wie der Richter das Recht auf der Grundlage eines Gesetzeserlasses finden würde.

Es wird sich nachfolgend zeigen, dass die normative Forderung, sich an einer voraussehbaren richterlichen Rechtsfindung zu orientieren, realistischer und angemessener ist als jene der positivistischen Rechtstheorie, sich strikt an das Gesetz zu halten. Durch eine wirklichkeitsnahe „Herabstufung“ des Gesetzes von Recht auf blosse Rechtsgrundlage wird die Rechtsordnung nicht etwa geschwächt, sondern im Gegenteil gestärkt. Normadressaten können sich nicht länger hinter einem möglicherweise veralteten und unvollständigen Gesetzeserlass „verstecken“, sondern sind aufgefordert, sich unter Berücksichtigung eines erwarteten richterlichen Entscheids tatsächlich rechtskonform zu verhalten.

Rechtsbefolgung mit und ohne staatlichen Zwang

Personen befolgen das Recht nicht nur deswegen, weil Recht staatlich durchgesetzt wird und im Verletzungsfall rechtliche Sanktionen drohen. Die Be-

folgung von Recht hat neben der rechtlichen auch eine psychologische und soziale Dimension. Personen können sich unabhängig von staatlichem Zwang aus psychologischen Motiven oder aufgrund sozialer Akzeptanz rechtskonform verhalten.

Aus einer *psychologischen Sicht* kann es sein, dass sich eine Person rechtskonform verhält, weil sie sich angemessen und korrekt verhalten will, mit anderen Worten, weil sie das Richtige tun will. Diese normative Geisteshaltung ist allerdings nur eine von grundsätzlich drei möglichen Geisteshaltungen. Personen können sich auch von einer gewinnorientierten oder hedonistischen Geisteshaltung leiten lassen. Bei der gewinnorientierten Geisteshaltung (Gewinnmaximierung, homo oeconomicus) ergibt sich die Motivation aus der Steigerung der eigenen Ressourcen wie Geld. Bei der hedonistischen Geisteshaltung (das Angenehme tun) beruht die Motivation auf dem Wohlfühlen. Es sind in einer konkreten Situation stets alle drei Geisteshaltungen mehr oder weniger aktiviert. Mit anderen Worten bestehen stets verschiedene Motive für eine bestimmte Verhaltensweise, wobei aber eine Geisteshaltung jeweils dominierend ist und im Wesentlichen bestimmt, welche Verhaltensweise bevorzugt wird. Die normative Geisteshaltung verstärkt sich in Situationen, in denen es darum geht, gemeinsame Interessen und Ziele zu verfolgen oder zu einem gemeinsamen Ergebnis beizutragen. Dagegen nimmt die gewinnorientierte Geisteshaltung an Bedeutung zu, wenn sich die Kosten des Verhaltens erhöhen, wenn Situationen kompetitiv werden oder allgemein, wenn Kosten und Nutzen in Form eines Tauschmittels (wie etwa Geld) ausgedrückt werden. Die hedonistische Geisteshaltung kann in Situationen in den Vordergrund rücken, in denen Bedrohungen für die Befriedigung von elementaren Bedürfnissen (wie Hunger, Sex, Status etc.) geschaffen oder aktiviert werden (LINDENBERG, S. 89 f.).

Aus einer *soziologischen Sicht* werden rechtliche Normen befolgt, weil sie gesellschaftlich akzeptiert sind und inhaltlich bestehenden sozialen Normen entsprechen. Die Ordnung der menschlichen Gesellschaft beruht darauf, dass rechtliche Pflichten im Allgemeinen erfüllt werden, und nicht darauf, dass sie klagbar sind (EHRlich, S. 31; MAHLMANN, Konkrete Gerechtigkeit, S. 235).

Abgesehen von psychologischen und sozialen Motiven wird Recht befolgt, weil die Verletzung mit Sanktionen bedroht wird. Der *staatliche Zwang* ist im Hinblick auf die Durchsetzung des Rechts vor

allem dann von Bedeutung, wenn keine unterliegenden sozialen Normen bestehen und das Unrechtsbewusstsein im Verletzungsfall gering ist oder überhaupt fehlt. Das Recht wird in solchen Fällen tatsächlich nur deshalb befolgt, weil im Verletzungsfall rechtliche Sanktionen drohen. Ohne Sanktionsandrohung würde eine ökonomische oder hedonistische Geisteshaltung wohl regelmässig zu einem abweichenden Verhalten führen. Im Bereich des Wirtschaftsrechts gibt es eine Vielzahl von Gesetznormen, die technischer Natur sind und bei denen eine Rechtsverletzung kaum ein Unrechtsbewusstsein auszulösen vermag. Es bedarf besonderer rechtlicher Kenntnisse, um überhaupt erkennen zu können, wo die Grenze zwischen rechtlich zulässigem und rechtlich unzulässigem Verhalten verläuft. Dies kann etwa bei börsenrechtlichen Meldepflichten, verbotenem Insiderhandel oder Kartellrechtsverletzungen der Fall sein. Beispielsweise trafen sich deutsche Automobilhersteller in Fachgruppen über viele Jahre regelmässig, um die Ausgestaltung technischer Systeme wechselseitig abzustimmen. Kartellrechtliche Bedenken wurden dabei offenbar nicht thematisiert. Es fehlte ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein.

Soziale Normen

Unternehmen operieren in staatlich organisierten Gesellschaften und müssen sich an deren rechtliche Ordnung halten. Gleichzeitig operieren Unternehmen aber auch in Gesellschaften, in denen eine soziale Ordnung besteht, die von der bestehenden rechtlichen Ordnung teilweise abweicht. Es stellt sich die Frage, ob und wieweit sich Unternehmen im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit auch an sozialen Normen orientieren sollen. *Soziale Normen* werden in diesem Zusammenhang in einem weiten Sinn verstanden. Sie bringen (äusserliche) Erwartungen der Gesellschaft an das Verhalten von Individuen, aber auch von Unternehmen zum Ausdruck. Soziale Normen können von (innerer) vernunftsmässiger Gewissensprüfung von Handlungen unterschieden werden (siehe Moral, Ethik). Sie sind Regelungen des sittlichen oder konventionellen Verhaltens der Menschen, die innerhalb einer gesellschaftlichen Gruppe gelten. Die Einhaltung sozialer Normen unterliegt der sozialen Kontrolle. Die Verletzung von sozialen Normen kann zu sozialen Sanktionen führen (vgl. Wikipedia zu soziale Norm).

Soziale Normen können auch für Unternehmen von Bedeutung sein. Ein Normverstoss im Rahmen der eigenen Geschäftstätigkeit kann die Reputation be-

einträchtigen und zu einem Reputationsschaden führen. Soziale Normen können von wichtigen Anspruchsgruppen eines Unternehmens wie z.B. Kunden, potentielle Kunden, Geschäftspartner und Investoren beachtet werden. Wenn das Unternehmen gegen soziale Normen verstösst, kann dies negative Folgen für die eigene Geschäftstätigkeit haben, indem etwa Kunden abspringen oder Geschäftspartner die Zusammenarbeit aufkündigen, sodass Umsatz und Gewinn des Unternehmens zurückgehen. Beispielsweise kann der Umgang eines Unternehmens mit der Umwelt gegen bestehende soziale Normen verstossen und in der Folge zu einem Reputationsschaden führen.

Tatsächlicher Geltungsanspruch sozialer Normen

Bei geltenden sozialen Normen besteht seitens der Gesellschaft eine Erwartung an das Verhalten ihrer Mitglieder. In diesem Sinn können Kunden und potentielle Kunden eine Erwartungshaltung gegenüber einem Unternehmen haben. Sie können erwarten, dass das Unternehmen im Rahmen der eigenen Geschäftstätigkeit gewisse soziale Standards einhält, auch wenn eine abweichende Geschäftspraxis rechtlich nicht unzulässig wäre. Verletzt das Unternehmen entsprechende soziale Normen und wird die verpönte Geschäftspraxis bekannt, so werden Erwartungen von Kunden und potentiellen Kunden enttäuscht. Es kann in der Folge zu negativen Reaktionen, insbesondere zu einer Veränderung des Kaufverhaltens zulasten des Unternehmens kommen.

Reputationsschaden als soziale Sanktion

Wenn ein Mitglied einer Gesellschaft gegen geltende soziale Normen verstösst, drohen ihm seitens der anderen Mitglieder „soziale Sanktionen“. Wenn es sich beim betreffenden Gesellschaftsmitglied um ein Unternehmen handelt, droht vor allem ein Reputationsschaden. Anspruchsgruppen von Unternehmen wie Kunden, potentielle Kunden, Geschäftspartner und Investoren haben soziale Erwartungen und sind möglicherweise geneigt, nur bei solchen Unternehmen einzukaufen und mit solchen Unternehmen Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, die ihre Vorstellungen teilen, selbst wenn sie dabei einen etwas höheren Preis zahlen müssen bzw. die Geschäftsbedingungen finanziell etwas weniger vorteilhaft sind. Sie können auf einen sozialen Normverstoss reagieren und die Produkte eines Unternehmens nicht mehr kaufen oder die Geschäftsbeziehung mit einem

Unternehmen abbrechen. Ähnlich wie im Fall eines Verstosses gegen gesetzliche Normen drohen einem Unternehmen auch bei einem Verstoss gegen soziale Normen Nachteile. Im einen Fall sind es Nachteile in Form einer Verurteilung und Sanktionierung durch den Richter; im anderen Fall geht es um Nachteile in Form eines Umsatz- und Gewinnrückgangs wegen verändertem Kaufverhalten oder veränderten Geschäftsumstände (z.B. höhere Produktions- und Finanzierungskosten).

Soziale Normen benötigen anders als gesetzliche Normen keinen Richter, der in einem besonderen Verfahren entscheidet, ob gegen eine Norm verstossen wurde oder nicht. Soziale Normen werden vielmehr von Mitgliedern der Gesellschaft eigenständig und spontan umgesetzt. Ob ein Mitglied gegen eine geltende soziale Norm verstossen hat oder nicht, entscheiden andere Mitglieder der Gesellschaft nach eigener Beurteilung, ohne dass dabei besondere Abklärungen getroffen werden müssten.

Soziale Sanktionen wie insbesondere ein Reputationsschaden zulasten eines Unternehmens werden anders als rechtliche Sanktionen nicht erst mit zeitlicher Verzögerung nach einer neutralen Beurteilung ausgesprochen. Vielmehr treten sie für gewöhnlich umgehend und umfassend nach Bekanntwerden des Normverstosses ein. Beispielsweise können Kunden spontan reagieren und ihr Kaufverhalten gegenüber einem Unternehmen sofort ändern.

Reputationsschutz durch soziale Normbefolgung

Unternehmen haben ein wirtschaftliches Interesse daran, sich an geltende soziale Normen zu halten. Die Einhaltung sozialer Normen kann nämlich einen Einfluss auf den eigenen wirtschaftlichen Erfolg haben. Ein Normverstoss kann die eigene Geschäftstätigkeit beeinträchtigen, wenn er öffentlich bekannt wird.

Unternehmen können relevante soziale Normen dadurch umsetzen, dass sie die eigene Geschäftstätigkeit nach den Erwartungen wichtiger Anspruchsgruppen (z.B. Kunden, potentielle Kunden, Geschäftspartner und Investoren) ausrichten und zudem ihre sozialkonforme Geschäftspraxis bekannt machen. Auf diese Weise betreiben sie Reputationsschutz und vermeiden oder reduzieren einen möglichen Reputationsschaden in der Zukunft.

Formelle Gesetzesanwendung

Gesetzesanwendung durch Richter

Die formelle Gesetzesanwendung orientiert sich direkt am Gesetz, das vom Gesetzgeber mit Geltung für alle erlassen wurde. Nach der positivistischen Rechtstheorie entspricht ein vom Gesetzgeber erlassenes Gesetz dem Recht und ist umfassend und direkt anwendbar. Es wird durch Subsumtion vom Richter gewissermassen mechanisch auf den Einzelfall angewendet (vgl. HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Rz 167). Dabei muss der Richter das Gesetz strikt befolgen; er darf es bei dessen *Auslegung* nicht nach eigenen Präferenzen verändern. Nur in Ausnahmefällen, wenn ein Gesetz zu einer Frage keine Vorschrift enthält (echte Gesetzeslücke), darf er das Gesetz *ergänzen*. Das Gesetz ist zeitlos gültig; es verfügt über keine zeitliche Dimension. Es wird mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt.

Unklare Gesetzesbestimmungen müssen vom Richter ausgelegt werden. Die Auslegung orientiert sich in erster Linie am Wortlaut des Gesetzes. Daneben kommen weitere Auslegungsmethoden zur Anwendung. Rechtsprechung und Lehre werden lediglich unterstützend herangezogen (Art. 1 Abs. 3 ZGB).

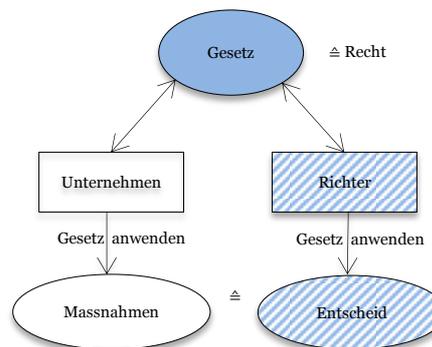
Gesetzesanwendung durch Unternehmen

Für Normadressaten gilt nach der positivistischen Rechtstheorie grundsätzlich dasselbe wie für den Richter: Sie müssen sich strikt an die Gesetze halten. Die Gesetze sind das Recht. Das Recht kann im Normalfall nirgendwo anders gefunden werden als im Gesetz. Ein Unternehmen, das sich rechtskonform verhalten will, muss sich nach dem Gesetz richten. Entscheidend ist, was im Gesetz steht. Ein Unternehmen muss das Gesetz anwenden. Es darf sich dabei grundsätzlich auf den Gesetzeswortlaut verlassen.

Normadressaten, die das Gesetz strikt anwenden, verhalten sich nach rechtspositivistischen Vorstellungen ohne weiteres rechtskonform. Sie können sich darauf verlassen, dass ihr Verhalten im Fall einer richterlichen Beurteilung bestätigt wird. Denn der Richter darf im Rahmen der Rechtsfindung nichts anderes tun; er muss das Gesetz ebenfalls strikt anwenden.

Die rechtspositivistische Gesetzesanwendung durch ein Unternehmen als Normadressat und durch den

Richter im Rahmen der Rechtsfindung kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Die rechtspositivistische Idealvorstellung einer formellen und übereinstimmenden Gesetzesanwendung durch Normadressaten und Richter im Fall des rechtskonformen Verhaltens ist eine Fiktion. Weder Normadressaten noch Richter können Gesetzeserlasse formell anwenden. Sie können Gesetzeserlasse somit auch nicht übereinstimmend anwenden (siehe vorne). Deshalb braucht es einen anderen Ansatz, wie gesetzliche Normen von Normadressaten rechtskonform umgesetzt werden können.

Antizipative Gesetzesumsetzung

Rückwirkende Rechtsfindung durch Richter

Die massgebliche Perspektive der Rechtsfindung ist nicht jene des Gesetzeserlasses oder Gesetzgebers, sondern jene des *Richters*, der das Recht auf der Grundlage eines Gesetzeserlasses findet. Der Richter setzt einen Gesetzeserlass im Einzelfall um. Nicht der Wortlaut einer Gesetzesnorm ist in Tat und Wahrheit von Bedeutung, sondern wie der Richter eine Gesetzesnorm im Rahmen der Rechtsfindung berücksichtigt. Es ist nicht so, wie die positivistische Rechtstheorie glauben machen will, dass es auf die Sichtweise des Richters nicht ankomme, weil dieser das Gesetz nur strikt anwenden müsse. Es ist in Tat und Wahrheit vielmehr so, dass der Richter einen Gesetzeserlass gar nicht strikt anwenden kann und dies aus Gerechtigkeitsüberlegungen auch gar nicht will. Der Richter kann das Recht nicht ausschliesslich auf der Grundlage eines Gesetzeserlasses finden. Gesetzeserlasse sind in Tat und Wahrheit historische Erlasse mit beschränkter Geltung, während das Recht gegenwärtig in jedem Einzelfall gefunden

werden und gerecht sein muss. Neben einem relevanten Gesetzeserlass muss der Richter auch andere Rechtsgrundlagen wie insbesondere die Rechtsprechung und Lehre berücksichtigen. Er muss auch eigene Wertungsurteile treffen und sich dabei an den gemeinsamen Moralvorstellungen orientieren.

Die rechtliche Beurteilung findet durch den Richter *in der Gegenwart* statt. Dabei berücksichtigt er die Rechtsprechung und Lehre bis zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung und orientiert sich an den gegenwärtigen gemeinsamen Moralvorstellungen. Lediglich der relevante Gesetzeserlass stammt aus der Vergangenheit, der aber vom Richter wiederum aus einer gegenwärtigen Perspektive einbezogen wird. Im Unterschied dazu liegt der Sachverhalt, der beurteilt wird, umfassend in der Vergangenheit. Im Ergebnis befinden sich der Richter und das rechtliche Beurteilungsinstrumentarium im Wesentlichen in der Gegenwart, während der Sachverhalt als Gegenstand der Beurteilung in der Vergangenheit liegt. Damit wirkt der rechtliche Entscheid des Richters zurück. Recht ist insofern *rückwirkend*, als es in der Zeit des richterlichen Entscheids entsteht und sich auf einen vergangenen Sachverhalt bezieht. Recht ist nicht zeitlos, sondern hat ein Datum. Das rechtspositivistische Rückwirkungsverbot (Art. 1 des Schlusstitels zum ZGB) bezieht sich lediglich auf die „Anwendung“ von Gesetzesnormen und ändert nichts daran, dass der Richter einen rechtlichen Entscheid in der Gegenwart mit Bezug auf einen vergangenen Sachverhalt fällt. Es entspricht einer Fiktion und beruht auf der falschen Annahme einer Identität von Recht und Gesetz, wenn behauptet wird, es fände keine Rückwirkung des Rechts statt, weil neue Gesetzesnormen nicht auf frühere Sachverhalte „angewendet“ werden dürfen.

Rechtsprognose des Unternehmens

Ein Unternehmen, das sich rechtskonform verhalten will, kann sich nach einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis nicht auf den Gesetzeswortlaut verlassen, sondern muss sich an der künftigen Rechtsfindung des Richters orientieren. Es muss *antizipieren*, wie der Richter die Ausgestaltung der eigenen Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung eines vorbestehenden Gesetzeserlasses rückwirkend beurteilen würde. Es kann Gesetzeserlasse nicht formell anwenden und auslegen, sondern muss sie vorwegnehmend umsetzen.

Wie kann ein Unternehmen künftige Rechtsfindung antizipieren? Ein Unternehmen kann ja nicht wirk-

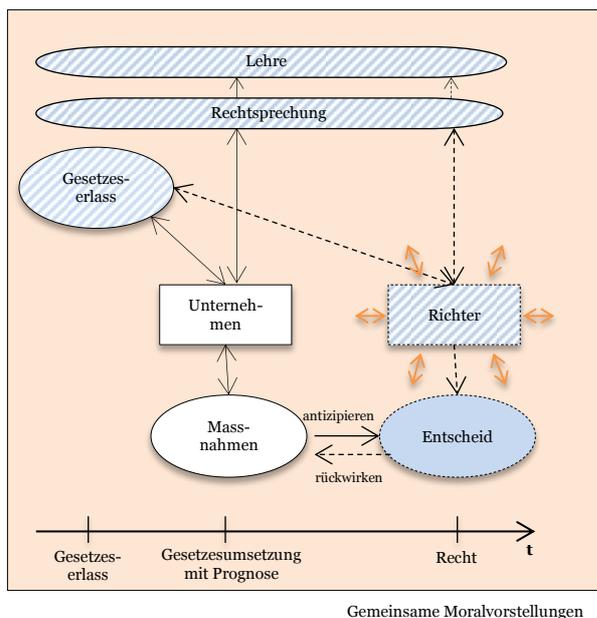
lich wissen, wie der Richter in Zukunft rückwirkend entscheiden würde. Immerhin kann ein Normadressat eine (bedingte) *Prognose* stellen, wie der Richter entscheiden würde, wenn er entscheiden müsste. Ein Normadressat versetzt sich dabei gewissermassen in die Lage des in Zukunft entscheidenden Richters und nimmt dessen Perspektive ein. Er muss dabei verstehen, wie bzw. nach welchem Verfahren der Richter das Recht in Zukunft finden würde. Er muss berücksichtigen, dass der Richter das Recht nicht nur auf der Grundlage eines vorbestehenden Gesetzeserlasses finden würde. Der Richter würde das Recht in Tat und Wahrheit nur zu einem geringen Teil in einem vorbestehenden Gesetzeserlass finden. Er würde es vor allem wertend auf der Grundlage gemeinsamer Moralvorstellungen und unter Berücksichtigung weiterer Rechtsgrundlagen wie der Rechtsprechung und Lehre zum Zeitpunkt des Entscheids finden. Es ist nicht unmittelbar entscheidend, was formell in einem Gesetzeserlass steht, sondern vielmehr, wie der Richter einen vorbestehenden Gesetzeserlass voraussichtlich verstehen und berücksichtigen würde, wenn er in Zukunft Recht finden müsste.

Die antizipative Gesetzesumsetzung ist aus Sicht des Unternehmens die bestmögliche Art der Gesetzesumsetzung. Sie bietet maximalen Schutz vor rückwirkender Verurteilung und Sanktionierung, indem sie versucht, die künftige Rechtsfindung des Richters vorweg zu berücksichtigen. Freilich beinhaltet dieser Ansatz nur eine Prognose für die Zukunft, die keine rechtskonforme Geschäftstätigkeit garantieren kann. Der Ansatz kann aber immerhin das Risiko einer Verurteilung wegen Rechtsverletzung auf der Grundlage verfügbarer Informationen reduzieren. Bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis ist es für ein Unternehmen nicht möglich, sich mit Sicherheit rechtskonform zu verhalten. Ein Unternehmen kann sich nur *möglichst rechtskonform* verhalten. Ob eine bestimmte Geschäftstätigkeit rechtens ist oder nicht, könnte nur der Richter in Zukunft rückwirkend entscheiden. Und wie der Richter entscheiden würde, kann niemand mit Sicherheit wissen. Man kann Recht somit nicht kennen, sondern es nur sachverhaltsbezogen prognostizieren.

Eine antizipative Gesetzesumsetzung ist der formellen Gesetzesanwendung überlegen, weil sie nicht auf falschen theoretischen Annahmen basiert, sondern sich an der richterlichen Rechtsfindung orientiert, wie sie in Wirklichkeit tatsächlich stattfindet. Ein

Unternehmen orientiert sich vernünftigerweise an einer erwarteten richterlichen Rechtsfindung. Denn es ist der Richter, der das Unternehmen nachträglich und rückwirkend rechtlich verurteilen und sanktionieren kann.

Das Antizipieren von Recht bzw. der richterlichen Rechtsfindung auf der Grundlage einer Rechtsprognose durch ein Unternehmen im Rahmen eines wirklichkeitsnahen Rechtsverständnisses kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Gerechtes Recht antizipieren

Nach der positivistischen Rechtstheorie darf der Richter nichts anderes tun, als das Gesetz formell anwenden und auslegen. Er muss das Recht im Gesetz finden, denn das Gesetz ist das Recht. Wenn er keine auf den Einzelfall passende Gesetzesnorm finden kann, muss er eben eine solche „konstruieren“. Dabei muss er korrigierend mit an sich theoriefremden Mitteln wie zum Beispiel der teleologischen Auslegung oder der Lückenfüllung operieren. Er muss allenfalls eine Berufung auf den Gesetzeswortlaut als rechtsmissbräuchlich ablehnen (siehe Art. 2 Abs. 2 ZGB; BGE 104 II 206; BGE 125 III 257 ff.).

Nach einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis dürfen Gesetzeserlasse nicht absolut-formell verstanden werden. Vielmehr müssen sie als das verstanden werden, was sie in Wirklichkeit sind. Sie sind nur kleine, unvollständige und historische Ausschnitte aus den gemeinsamen Moralvorstellungen in allgemeiner und abstrakter Form. Sie können deshalb immer nur beschränkte Unterstützung bei der Findung von Recht leisten, das umfassend, in

allen möglichen Einzelfällen verfügbar und gerecht sein muss. Es liegt ein falsches Rechtsverständnis vor, wenn behauptet wird, man dürfe alles tun, solange es nicht ausdrücklich in einem Gesetz verboten sei. Ein falsches Rechtsverständnis kann beispielsweise der CEO eines multinationalen Konzerns haben, wenn er bei der Anhörung vor dem amerikanischen Kongress aussagt, sein Unternehmen zahle zwar keine Steuern, halte sich aber selbstverständlich stets an das Recht (und profitiere durch eine besondere Strukturierung der Geschäftstätigkeit lediglich von einer Gesetzeslücke).

Ein Unternehmen kann sich bei der rechtlichen Ausgestaltung der eigenen Geschäftstätigkeit nicht einfach auf den Wortlaut einer Gesetzesnorm verlassen oder diesen nach irgendwelchen Methoden auslegen. Ein Unternehmen muss sich vielmehr Gedanken darüber machen, wie der Richter die Gesetzesnorm im Rahmen der Rechtsfindung berücksichtigen würde. Wer Gesetze nach der überholten positivistischen Rechtstheorie formell anwendet und auslegt, kann von einer richterlichen Rechtsfindung in Zukunft überrascht werden, die sich eben nur teilweise auf den Gesetzeswortlaut abstützen wird.

Grundlage einer antizipativen Gesetzesumsetzung ist die Funktionsweise der richterlichen Rechtsfindung. Der Richter findet in Wirklichkeit das Recht in einem dynamischen Prozess und stützt sich nicht einfach auf eine Gesetzesnorm. Er orientiert sich dabei wertend an den gemeinsamen Moralvorstellungen unter Einbezug der besonderen Umstände des Einzelfalls und berücksichtigt neben einer relevanten Gesetzesnorm auch andere Rechtsgrundlagen wie die Rechtsprechung und Lehre (siehe ausführlich RVP Bulletin 2/2016 Wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis und Management von Rechtsrisiken, S. 11 ff.). Bei der richterlichen Rechtsfindung kommt es nicht wirklich auf die formelle Gesetzesnorm an, sondern vielmehr auf die Moralvorstellungen hinter der Gesetzesnorm. Entscheidend ist letztlich der aktuelle „Geist“ oder „Sinn“ der Gesetzesnorm und nicht dessen Wortlaut.

Ein Unternehmen, das sich möglichst rechtskonform verhalten und richterliche Rechtsfindung antizipieren will, muss über ausreichende Informationen zum Verfahren der richterlichen Rechtsfindung im Einzelfall verfügen. Eine Rechtsprognose wird umso genauer ausfallen, je umfassender die relevanten Informationen sind, die dem Unternehmen zur Verfügung stehen. Relevante Informationen sind vor allem Sachverhalt, Gesetzenormen, Rechtspre-

chung und Lehre sowie gemeinsame Moralvorstellungen im Hinblick auf eine richterliche Wertung. Des Weiteren wird eine Rechtsprognose umso genauer ausfallen, je besser die Qualität der verfügbaren Informationen ist. Dabei bestimmt sich die Qualität der Informationen danach, inwieweit Hinweise auf die Gerechtigkeit im konkreten Einzelfall darin enthalten sind. Beispielsweise hat eine neuere Gesetzesnorm eine bessere Qualität als eine ältere Gesetzesnorm. Beispielsweise hat eine Gesetzesnorm, die in einem ausgewogenen Gesetzgebungsprozess unter Berücksichtigung aller betroffener Interessengruppen erlassen wurde, eine bessere Qualität als eine Gesetzesnorm, die wegen dem starken Lobbying einer Interessengruppe verabschiedet wurde und inhaltlich stark von internationalen Standards abweicht. Beispielsweise ist ein Gerichtsurteil, der einen fast identischen Fall betraf, qualitativ höher einzustufen als ein Gerichtsurteil, der nur begrenzt Ähnlichkeit mit einem vorliegenden Fall aufweist. Beispielsweise ist eine einstimmige Lehrmeinung qualitativ höher einzustufen als eine blosse Minderheitsmeinung.

Zeitgemässes Recht antizipieren

Nach der positivistischen Rechtstheorie sind Gesetze zeitlos; sie gelten absolut und jederzeit. Sie sind das Recht und müssen stets befolgt werden. Auf diese Weise soll vor allem die Idee der Rechtssicherheit verwirklicht werden. Normadressaten sollen sich immer auf das Gesetz verlassen können.

Die rechtspositivistische Vorstellung eines zeitlos geltenden Gesetzes ist eine Fiktion. In Wirklichkeit sind Gesetze zeitlich gebundene, d.h. historische Erlasse. Sie wurden von einer historischen Mehrheit eines historischen Parlaments unter historischen Umständen zur Regelung historisch typischer Sachverhalte erlassen. Gesetzeserlasse sind wegen ihrer zeitlichen Bindung nur beschränkt in der Lage, künftige Sachverhalte zu regeln und dabei geänderten Moralvorstellungen Rechnung zu tragen. Die formelle Gesetzesanwendung ist als Methode für eine zeitgemässe Rechtsfindung untauglich. Der Richter, der das Recht finden will, muss nämlich in der jeweiligen Zeit gerecht entscheiden und dabei veränderten Moralvorstellungen Rechnung tragen. Im Ergebnis kommt der Richter im Rahmen einer zeitgemässen Rechtsfindung nicht umhin, sich stets mehr oder weniger von einer Gesetzesnorm, wie sie historisch gewollt war, zu entfernen.

Recht ist nicht zeitlos, sondern hat wirklichkeitsnah verstanden eine *zeitliche Dimension*. Der Richter findet das Recht in der Gegenwart mit Bezug auf einen vergangenen Sachverhalt. Eine Rechtslage ist mit Moral verbunden und kann sich mit dieser über die Zeit unabhängig von einer formellen Gesetzesänderung verändern. Eine veränderte Rechtslage ergibt sich wertend aus jüngeren gemeinsamen Moralvorstellungen und neuerer Rechtsprechung und Lehre, hingegen nicht aus einem historischen Gesetzeserlass. Erst mit zeitlicher Verzögerung wird eine veränderte Rechtslage ihren Niederschlag schliesslich auch in einem formellen Gesetze finden.

Ein Unternehmen, das sich rechtskonform verhalten will, kann sich nicht auf die Normen eines historischen Gesetzeserlasses verlassen. Eine ausschliessliche Orientierung am Wortlaut des Gesetzes, wie es vor vielen Jahren einmal erlassen wurde, birgt das Risiko einer späteren Verurteilung und Sanktionierung durch den Richter („Rückwirkungsfalle“). Ein Unternehmen muss im Rahmen einer antizipativen Gesetzesumsetzung berücksichtigen, dass sich eine Rechtslage über die Zeit verändern kann. Es muss sich dabei an jüngeren gemeinsamen Moralvorstellungen sowie neuerer Rechtsprechung und Lehre orientieren. Es muss die rechtliche Ausgestaltung der eigenen Geschäftstätigkeit regelmässig überprüfen und nötigenfalls anpassen. Eine Rechtsprognose kann immer nur vorläufiger Natur sein. Beispielsweise kann ein neuer Bundesgerichtsurteil eigene Massnahmen der Gesetzesumsetzung nachträglich als ungenügend erscheinen lassen.

Gesetzesverstoss und Rechtsverletzungsrisiko

Nach der positivistischen Rechtstheorie ist jeder formelle Verstoss gegen eine Gesetzesnorm automatisch eine unzulässige Rechtsverletzung. Gesetze sind das Recht und dürfen nicht gebrochen werden. Der Richter stellt den Gesetzesverstoss in seinem Entscheid nachträglich lediglich noch als Rechtsverletzung fest und verhängt die Sanktion.

Solche Vorstellungen entsprechen einer starken Vereinfachung der wirklichen Verhältnisse. Indem Gesetzesverstoss und Rechtsverletzung gleichgesetzt werden, ignoriert die rechtspositivistische Theorie, dass erst durch den richterlichen Entscheid mit zeitlicher Verzögerung rückwirkend bestimmt wird, ob aufgrund eines formellen Gesetzesverstosses tatsächlich eine Rechtsverletzung vorliegt und welche Sanktion gegebenenfalls ausgesprochen wird. Nicht

jeder Gesetzesverstoss ist per se auch eine unzulässige Rechtsverletzung. Ein formeller Gesetzesverstoss ist in Wirklichkeit erst ein (starker) Hinweis auf eine mögliche Rechtsverletzung. Die Rechtsverletzung liegt erst vor, wenn der Richter auf der Grundlage des formellen Gesetzesverstosses sowie unter wertendem Einbezug der gemeinsamen Moralvorstellungen und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre rückwirkend entscheidet, dass Recht verletzt wurde. Bei genauer Betrachtung ist ein formeller Gesetzesverstoss in rechtlicher Hinsicht für sich allein noch nicht von Bedeutung. Rechtlich von Bedeutung ist erst der richterliche Entscheid, dass im Rahmen des Gesetzesverstosses Recht verletzt wurde. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass eine Rechtsverletzung auch ohne formellen Gesetzesverstoss auftreten kann, zum Beispiel wenn eine relevante Gesetzesnorm fehlt, aufgrund einer abweichenden Rechtsprechung oder bei einer missbräuchlichen Berufung auf eine Gesetzesnorm.

Der formelle Verstoss gegen eine Gesetzesnorm ist mit einem erhöhten Risiko einer Rechtsverletzung verbunden. Der Begriff „*Rechtsrisiko*“ bzw. „*Rechtsverletzungsrisiko*“ betrifft die Gefahr einer richterlichen Verurteilung und Sanktionierung wegen einer Rechtsverletzung. Die Bedeutung des Rechtsverletzungsrisikos leitet sich unmittelbar aus dem Verständnis von Recht ab: Wenn Recht wirklichkeitsnah als richterlicher Entscheid aufgefasst wird, kann das Rechtsverletzungsrisiko als Gefahr einer richterlichen Verurteilung verstanden werden. Mit anderen Worten beinhaltet der formelle Verstoss gegen eine Gesetzesnorm ein *erhöhtes Rechtsverletzungsrisiko*, welches sich zeitlich verzögert realisieren kann, wenn und sobald der Richter eine Rechtsverletzung im Rahmen des formellen Normverstosses feststellt und eine Sanktion ausspricht.

Ein Unternehmen kann gegen eine Gesetzesnorm verstossen und dabei ein erhöhtes Rechtsverletzungsrisiko bewusst in Kauf nehmen. Wenn man die Umsetzung von Gesetzesnormen antizipativ versteht und mit dem Gedanken des Rechtsverletzungsrisikos verbindet, kann der normative Anspruch auf Gesetzeinhaltung von seiner Natur her nicht absolut sein. Er ist relativ und lässt sich aus Sicht des Unternehmens risikobasiert bewerten. Der normative Anspruch auf Gesetzeinhaltung ist umso stärker, je höher das Risiko einer Rechtsverletzung nach einem Gesetzesverstoss ist. Ob sich die Kosteneinsparung aus einer fehlenden Normumsetzung für

das Unternehmen wirtschaftlich lohnen kann, hängt von der Höhe des Risikos einer richterlichen Sanktionierung ab. Wie andere Risiken kann auch das Rechtsverletzungsrisiko allgemein als Produkt von Schadenhöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit verstanden werden. Es bemisst sich danach, wie hoch eine Sanktion ausfallen könnte und wie wahrscheinlich das Ausfallen der Sanktion ist. Die Nichtumsetzung einer Gesetzesnorm trägt ein „Preisschild“. Je höher die angedrohte Sanktion und je wahrscheinlicher das Ausfallen der Sanktion ist, desto mehr wird ein Unternehmen „insentiviert“ sein, die Gesetzesnorm antizipativ umzusetzen (vgl. in diesem Zusammenhang z.B. HEINEMANN, S. 23).

Es ist Sache des Staates, einer bestehenden Rechtsordnung Geltung zu verschaffen und diese auch durchzusetzen, damit Normadressaten ein Rechtsverletzungsrisiko als zu hoch einstufen und deshalb Gesetzeserlasse antizipativ umsetzen. Wird ein Gesetzeserlass von Normadressaten nicht oder nicht ausreichend umgesetzt, so kann und soll der Staat reagieren. Dies ist beispielsweise im Bereich der börsenrechtlichen Offenlegungspflichten geschehen. Die Bundesverwaltung reagierte vor einigen Jahren auf eine verbreitete Nichtbeachtung mit verstärkter staatlicher Verfolgung.

Antizip. Umsetzung von Strafnormen

Rückwirkende Strafverfolgung

Wer gegen eine Strafnorm verstösst, dem drohen strafrechtliche Sanktionen. „*Strafnormen*“ sind nach diesem Verständnis Gesetzesnormen, bei denen eine Rechtsverletzung mit strafrechtlichen Sanktionen bestraft wird. Strafrechtliche Sanktionen sind Freiheitsstrafen, Geldstrafen und Bussen (Art. 34, 40 und 103 StGB). Sie können sich gegen die Organe des Unternehmens, die Mitarbeitenden des Unternehmens oder das Unternehmen selbst richten (vgl. Art. 102 StGB, Art. 7 VStrR). Normen mit Strafdrohung befinden sich nicht nur im StGB, sondern auch in anderen öffentlich-rechtlichen Erlassen. Eine möglicherweise strafbare Handlung nach Verstoss gegen eine Strafnorm wird auf Anzeige hin oder von Amtes wegen von der Polizei ermittelt und der Untersuchungsbehörde untersucht. Bei geringfügigen Delikten haben Behörden erstinstanzliche Strafkompentenz unter Vorbehalt der Anfechtung und

des Weiterzugs an den Strafrichter. Dies ist im Verwaltungsstrafrecht häufig der Fall (z.B. börsenrechtliche Delikte). Bei den übrigen Delikten reicht die Strafuntersuchungsbehörde bzw. der Staatsanwalt im Namen des Staates eine Strafanklage gegen den Angeschuldigten ein. Der Strafrichter entscheidet und spricht im Fall einer Verurteilung eine strafrechtliche Sanktion aus.

Bei der strafrechtlichen Beurteilung kommt dem Gesetzeswortlaut eine besondere Bedeutung zu. Im Strafrecht gilt der (rechtspositivistische) Grundsatz „*nulla poena sine lege*“. Eine Strafe darf nach Art. 1 StGB nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt. Es ist dem Strafrichter verwehrt, seine Entscheidung auf ein Gesetz zu stützen, das auf den konkreten Fall nicht anwendbar sein soll (STRATENWERTH, AT/1, § 4 N 33). Normadressaten sollen sich auf den Gesetzeswortlaut verlassen können und nicht mit einer Strafe rechnen müssen, die nicht ausdrücklich im Gesetzeserlass vorgesehen ist.

Nach der rechtspositivistischen Theorie muss das strafbare Verhalten wenigstens in Umrissen bereits als gesetzliches Verbot in einem Gesetzeserlass definiert sein. Gleichwohl findet man im Nebenstrafrecht häufig pauschale Strafnormen (sog. Blankettstrafnormen), die nur den Strafrahmen bestimmen, deren Tatbestand jedoch sogenannten ausfüllenden Normen im nachgeordneten Verwaltungsrecht entnommen werden muss (POPP/BERKEMEIER, Art. 1 Rz 28 f.). Dies trifft etwa auf Strafbestimmungen hinsichtlich der Verletzung von börsenrechtlichen Offenlegungspflichten zu.

Auch wenn die Bedeutung des Gesetzeswortlauts als Konzept zum Schutz des Angeschuldigten im Strafrecht gewissermassen vorgeschrieben ist, kommt der Richter nach wirklichkeitsnahem Rechtsverständnis gleichwohl nicht umhin, auch im Strafrecht Rechtsprechung und Lehre heranzuziehen und wertende Entscheide zu treffen. Es ist ihm nicht möglich, das Recht ausschliesslich auf der Grundlage des Wortlauts einer Strafnorm zu finden. Er muss beschränkt auch andere Rechtsgrundlagen berücksichtigen und eigene Wertung einbeziehen. Er tut dies rückwirkend mit Bezug auf eine strafbare Handlung in der Vergangenheit.

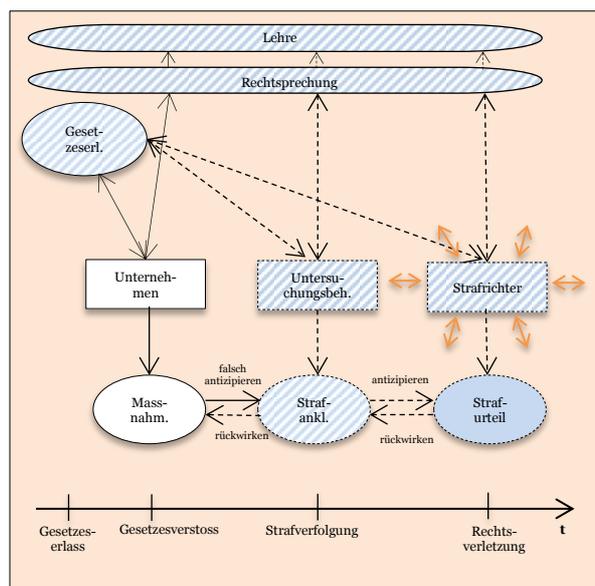
Strafrechtsprognose

Ein Unternehmen, das strafgesetzliche Normen möglichst rechtskonform umsetzen will, muss eine *Strafrechtsprognose* stellen. Es muss die Frage stel-

len, wie der Strafrichter (bzw. eine Behörde mit Strafkompetenz) eine Normumsetzung rückwirkend beurteilen würde. Dabei wird es nicht ausreichen, sich (nach dem Grundsatz „*nulla poena sine lege*“) nur auf den Wortlaut der Strafnorm zu verlassen. Ein Unternehmen muss auch die Rechtsprechung und Lehre berücksichtigen und richterliche Wertung nach Massgabe gemeinsamer Moralvorstellungen in die Prognose einbeziehen. Der Ansatz der antizipativen Gesetzesumsetzung ist auch im Strafrecht von Bedeutung, selbst wenn dem Gesetzeswortlaut dort berechtigterweise eine grössere Bedeutung beigegeben werden muss.

Ein Unternehmen kann zusätzlich zu einer Strafrechtsprognose auch eine *Strafverfolgungsprognose* stellen. Denn ohne Strafverfolgung kommt es zu keiner strafrechtlichen Verurteilung. Das Unternehmen kann die Frage stellen, wie Ermittlungsbehörde und Untersuchungsbehörde eine Normumsetzung rückwirkend beurteilen würden, d.h. ob Ermittlungen aufgenommen, eine Untersuchung durchgeführt und eine Strafanklage eingereicht würden. Dabei kann berücksichtigt werden, dass eine Untersuchungsbehörde ihrerseits die Aussichten auf eine strafrechtliche Verurteilung durch den Strafrichter prognostizieren und antizipativ berücksichtigen würde, bevor sie eine Strafanklage einreichen würde.

Die antizipative Umsetzung von Strafnormen auf der Grundlage einer Strafrechtsprognose durch ein Unternehmen, die bei einem Normverstoss zu einer Strafverfolgung und einem Strafurteil führen kann, lässt sich vereinfacht wie folgt darstellen:



Gemeinsame Moralvorstellungen

Strafverteidigung

Im Strafrecht kommt der polizeilichen Ermittlung und behördlichen Untersuchung letztlich eine grössere Bedeutung als der richterlichen Beurteilung zu. Ob es überhaupt zu einer strafrechtlichen Beurteilung der Tat kommt, hängt davon ab, ob die Polizei Ermittlungen aufnimmt und die Untersuchungsbehörde eine Untersuchung durchführt. Die Musik spielt in Tat und Wahrheit nicht im Gerichtssaal, sondern vor allem bei der Polizei und der Untersuchungsbehörde. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Wirtschaftskriminalität. Dort beanspruchen Ermittlungen und Strafuntersuchungen regelmässig viel Zeit und Geld. Wenn einmal untersucht und eine Strafanzeige eingereicht wurde, dürfte es (ohne Prüfung der entsprechenden Statistik) meistens zu einer mindestens teilweisen Verurteilung kommen. Es geht vor Gericht neben der strafrechtlichen Beurteilung vor allem noch um die Strafzumessung.

Vor diesem Hintergrund sollte eine Person oder ein Unternehmen nach einem (möglichen) Verstoß gegen eine Strafnorm zuerst darauf hinwirken, dass es gar nicht erst zu Ermittlungshandlungen kommt. Wenn es zu polizeilichen Ermittlungen kommt, sollte es darauf hinwirken, dass diese eingestellt werden. Wenn es zu einem Untersuchungsverfahren kommt, sollte es darauf hinwirken, dass es nicht zu einer Strafanzeige kommt. Wenn es einmal zu einer Strafanzeige kommt, kann es noch darauf hinwirken, dass es zu keiner Verurteilung oder einem möglichst milden Urteil kommt.

Risikobasierte Umsetzungsbewertung

Das Rechtsverletzungsrisiko ist nach einem Strafnormverstoß für gewöhnlich hoch. Die Strafverfolgung bleibt während einer langen Verjährungsfrist möglich. Wenn der Staat in der Gegenwart gewisse Straftaten mangels Ressourcen oder aus anderen Gründen kaum verfolgt, bedeutet dies noch keine garantierte Straflosigkeit für die Zukunft. Eine Strafverfolgungspraxis kann sich in Zukunft ändern. Ein Unternehmen darf sich bei einer risikobasierten Bewertung der Normumsetzung nicht auf die gegenwärtigen Verhältnisse verlassen, sondern muss die Möglichkeit einer künftigen Praxisänderung in die Überlegungen einbeziehen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich für Unternehmen, Strafnormen effektiv von Anfang an und ohne Einschränkung umzusetzen. Beispielsweise hat es sich für Schweizer Banken angesichts langer steuerstraf-

rechtlicher Verjährungsfristen wirtschaftlich nicht gelohnt, Produkte anzubieten, die von Kunden zu Steuerumgehungszwecken verwendet werden konnten. Schweizer Banken mit amerikanischen Kunden, die mit Hilfe von Offshore-Strukturen Steuern hinterzogen, mussten wegen Verstosses gegen US-Steuerrecht hohe Bussen bezahlen. Mittlerweile sind auch Schweizer Lebensversicherer ins Visier der US-Steuerbehörden geraten, weil sie offenbar amerikanischen Kunden Versicherungsmäntel anboten und dabei zeitweise nicht deklarierte Gelder akzeptierten (siehe NZZ vom 4. Oktober 2017, S. 25).

Antizip. Umsetzung von Verwaltungsnormen

Rückwirkende Verfügung durch Behörden

Wer gegen eine Verwaltungsnorm verstösst, dem drohen administrative Sanktionen. „*Verwaltungsnormen*“ sind nach diesem Verständnis Gesetznormen, bei denen eine Rechtsverletzung mit administrativen Sanktionen bestraft wird. Administrative Sanktionen sind verwaltungsrechtliche Instrumente, die insbesondere wirtschaftspolizeilichen Zwecken wie dem Schutz von Anlegern, Versicherten oder Gläubigern dienen (Art. 5 FINMAG; vgl. BGE 142 II 243). Beispielsweise kann die FINMA als Aufsichtsbehörde im Finanzmarktrecht verlangen, dass ein unterstelltes Institut den ordnungsgemässen Zustand wieder herstellt. Sie kann auch Berufsverbote aussprechen oder rechtswidrig erzielte Gewinne einziehen (Art. 31, 33 und 35 FINMAG).

Behörden sind aus Sicht des Unternehmens in Tat und Wahrheit wichtiger als der Richter, wenn es darum geht, Verwaltungsnormen umzusetzen. Während der Richter kurzfristig gar nicht zur Verfügung steht, sind Behörden jederzeit präsent und drohen mit Konsequenzen für den Fall, dass Verwaltungsnormen nicht so umgesetzt werden, wie sie es (im Rahmen der geltenden Rechtsordnung) verlangen. In der wirklichen Welt äussert sich der Richter nur in Ausnahmefällen; er kommt im Normalfall nur fiktiv in den Köpfen von Unternehmen und Behörden vor, die sich mit der Umsetzung von Verwaltungsnormen befassen. Viel früher und häufiger als der Richter beschäftigen sich Behörden mit der Geltung und Durchsetzung von Verwaltungsnormen. Sie vollziehen diese und geben den Unternehmen im Rahmen eigener Regularien detaillierte Umset-

zungsanweisungen und leiten im Fall eines Verstosses eine Untersuchung ein.

Wenn Behörden Verfügungen erlassen, entscheiden sie für gewöhnlich rückwirkend mit Bezug auf einen vergangenen Sachverhalt. Sie entscheiden wertend unter Berücksichtigung verschiedener Rechtsgrundlagen (d.h. Gesetzesnormen, Rechtsprechung und Lehre) und eigener Regularien. Es besteht dabei Ähnlichkeit zur richterlichen Rechtsfindung. Im Unterschied zum Richter entscheiden Behörden aber nicht wirklich neutral und unabhängig. Vielmehr vertreten sie öffentliche Interessen und erlassen Verfügungen entsprechend ihrer Funktion zum Schutz dieser öffentlichen Interessen. Beispielsweise haben Aufsichtsbehörden die Aufgabe, unterstellungspflichtige Unternehmen zu überwachen und sicherzustellen, dass sie die geltenden Aufsichtsgesetze rechtskonform umsetzen. Sie sind tendenziell bestrebt, eine Gesetzesumsetzung im Interesse aufsichtsrechtlich geschützter Personen (z.B. Versicherungsnehmer, Bankkunden etc.) zu verlangen. Zusätzlich sind sie bemüht, das eigene Haftungsrisiko für behördliches Fehlverhalten möglichst zu minimieren. Aufsichtsbehörden tendieren dazu, auf Nummer sicher zu gehen, und von einem beaufsichtigten Unternehmen eine Gesetzesumsetzung zu verlangen, die im Zweifelsfall weiter geht, als was rechtlich erforderlich wäre. Des Weiteren verfolgen beispielsweise Kartellbehörden den Zweck, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Kartellbehörden sind bemüht, auf der Grundlage des Kartellgesetzes einen fairen Wettbewerb zugunsten von Konsumenten und lokalen Unternehmen durchzusetzen. Entscheide von Kartellbehörden werden somit stets den Schutz der Konsumenten in den Vordergrund rücken. Hinzu kommt, dass ihre Entscheide politisch beeinflusst sein und die Interessen lokaler Unternehmen übermässig berücksichtigen können.

Verfügungsprognose

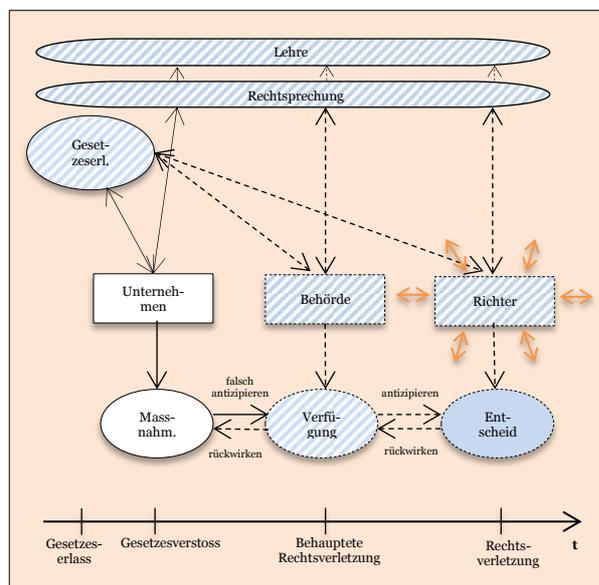
Ein Unternehmen, das Verwaltungsnormen rechtskonform umsetzen will, muss eine *Verfügungsprognose* stellen. Es muss die Erwartungen der zuständigen Behörde verstehen und prognostizieren, wie diese eine Umsetzung von Verwaltungsnormen rückwirkend beurteilen und diesbezüglich verfügen würde. Es ist für gewöhnlich einfacher, eine behörd-

liche Verfügung als einen richterlichen Entscheid vorherzusehen. Denn Behörden geben anders als der Richter im Rahmen von spezifischen Regularien und Empfehlungen bekannt, welche Normumsetzung sie von den betroffenen Unternehmen erwarten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Behördenpraxis durch eine einfache Mitteilung geändert werden kann. Betroffene Unternehmen sollten ihre Umsetzung von Verwaltungsnormen deshalb regelmässig überprüfen und falls erforderlich anpassen.

Wenn ein Unternehmen eine Verfügungsprognose stellt, darf es grundsätzlich davon ausgehen, dass die zuständige Behörde eine Verfügung innerhalb des geltenden Rechtsrahmens erlassen würde. Behörden sind ihrerseits gehalten, die richterliche Rechtsfindung zu antizipieren. Sie müssen eine Verfügung möglichst so erlassen, dass sie im Anfechtungsfall vom Richter bestätigt würde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Verwaltungsgerichte nicht jedes behördliche Ermessen überprüfen. Verwaltungsgerichte überprüfen und korrigieren Ermessensentscheide der Verwaltung auch bei voller Kognition nur mit grosser Zurückhaltung. Eine Korrektur wird nur bei einer klaren Rechtsverletzung stattfinden, die auch in einem Missbrauch oder einer Überschreitung des Ermessens bestehen kann (vgl. Art. 49 VwVG).

Stellt ein Unternehmen fest, dass es im Rahmen der eigenen Geschäftstätigkeit gegen Verwaltungsnormen verstossen und möglicherweise Verwaltungsrecht verletzt hat, so ist es in den meisten Fällen zwar nicht zu einer Selbstanzeige, aber immerhin zu einer umgehenden Korrektur des voraussichtlich rechtswidrigen Zustandes verpflichtet. Eine rückwirkende Beurteilung durch die zuständige Behörde oder den Richter wird berücksichtigen, ob rechtswidriges Verhalten nachträglich korrigiert wurde oder nicht. Das gilt insbesondere im Aufsichtsrecht, in dem administrative Sanktionen nach einer Korrektur entfallen können (z.B. Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands) und eine bewusste Nichtkorrektur die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in Frage stellen kann.

Eine antizipative Umsetzung von Verwaltungsnormen auf der Grundlage einer Verfügungsprognose durch ein Unternehmen, die bei einem Normverstoss zu einer behördlichen Verfügung und einer Verurteilung wegen Rechtsverletzung durch den Verwaltungsrichter führen kann, lässt sich vereinfacht wie folgt darstellen:



Gemeinsame Moralvorstellungen

Rechtswidrige Behördenpraxis und Beschwerde

Die Rechtsfindung ist dem Richter vorbehalten. Behörden können das Recht nicht finden; sie können es nur prognostizieren und antizipieren. Die von Behörden verlangte Umsetzung von Verwaltungsnormen kann deshalb lediglich den Stellenwert einer Rechtsauffassung zum Zweck einer vorläufigen bzw. bedingten Rechtsdurchsetzung haben. Eine Behördenpraxis kann von einem betroffenen Unternehmen jederzeit in Frage gestellt werden. Ein Unternehmen kann von der Behörde eine Verfügung und vom Richter deren Aufhebung verlangen.

Wenn ein betroffenes Unternehmen der Auffassung ist, dass eine zuständige Behörde mehr verlangt, als es die bestehende Rechtslage zulassen würde, so ist es durchaus sinnvoll, dass es eine Verfügung verlangt und den Richter anruft. Behörden dürften zu einem noch restriktiveren Verständnis von Verwaltungsnormen neigen, wenn sie davon ausgehen können, dass ihre Praxis ohnehin nicht in Frage gestellt wird. Das gilt insbesondere für die aufsichtsrechtliche Praxis. Die verbreitete Zurückhaltung, die Praxis einer Aufsichtsbehörde auf dem Rechtsweg in Frage zu stellen, beruht unter anderem auf einer falsch

verstandenen Aufsichtsbeziehung. Schweizerische Aufsichtsbehörden werden m.E. unterschätzt, wenn ihnen unterstellt wird, sie könnten ein Unternehmen, das eine Verfügung verlangt und eine Beschwerde einreicht, nachträglich benachteiligen. Es wäre rechtsstaatlich zu begrüssen und letztlich auch im Interesse der Aufsichtsbehörden, wenn unterstellungspflichtige Unternehmen eine möglicherweise rechtswidrige Behördenpraxis vermehrt gerichtlich abklären lassen würden.

Beziehung zu Behörden

Der Rechtsweg wird allerdings auch im Verwaltungsrecht stets ultima ratio bleiben. Bevor es zu einer Beschwerde kommt, finden für gewöhnlich Gespräche über eine verlangte Gesetzesumsetzung zwischen einem betroffenen Unternehmen und der zuständigen Behörde statt. Solche Gespräche machen durchaus Sinn; denn Behörden haben bei der Beurteilung einer Umsetzung von Verwaltungsnormen im Einzelfall durchaus Spielraum. Sie können die besonderen Bedürfnisse eines Unternehmens berücksichtigen oder aber auf einer restriktiven Normumsetzung beharren.

Es liegt im Bereich des Aufsichtsrechts im Interesse eines unterstellungspflichtigen Unternehmens, die Beziehung zur Aufsichtsbehörde optimal zu gestalten. Ein Unternehmen kann Fehler bei der Umsetzung von Verwaltungsnormen tendenziell kostengünstiger korrigieren, wenn es eine intakte Beziehung mit der zuständigen Aufsichtsbehörde unterhält, als wenn es wegen vergangener Vorkommnisse bereits auf einer „schwarzen Liste“ steht. Eine intakte Aufsichtsbeziehung ist insofern bedeutsam, als eine Aufsichtsbehörde erhebliche Kosten zulasten eines unterstellungspflichtigen Unternehmens verursachen kann, indem sie etwa eine Untersuchung einleitet oder verwaltungsrechtliche Sanktionen ausspricht.

Umsetzungsprobleme im Aufsichtsrecht

Gelegentlich kann es vorkommen, dass unterstellungspflichtige Unternehmen Gespräche mit einer Aufsichtsbehörde über die Umsetzung von Verwaltungsnormen trotz unklarer Rechtslage bewusst vermeiden. Sie tun dies, weil sie einen negativen Bescheid befürchten, der, wenn er befolgt werden müsste, die eigene Geschäftstätigkeit einschränken und zu einer Benachteiligung gegenüber Konkurrenzunternehmen führen würde. Sie wissen um die naturgemässe Tendenz von Aufsichtsbehörden, im

öffentlichen Interesse eine restriktive Umsetzung von Verwaltungsnormen zu verlangen. Und wenn ein Unternehmen eine Aufsichtsbehörde ausdrücklich und unter Angabe des eigenen Namens einmal gefragt und diese einmal nein gesagt hat, wird es nicht leichthin von der negativen Antwort abweichen und die fragliche Geschäftspraxis weiterführen bzw. aufnehmen.

Es ist unter diesen Umständen nachvollziehbar, dass ein unterstellungspflichtiges Unternehmen auf eine rechtliche Klärung seitens der Aufsichtsbehörde verzichten möchte. Daraus kann sich allerdings ein erhöhtes Rechtsverletzungsrisiko ergeben. Ein Unternehmen, das trotz unklarer Rechtslage eine zweifelhafte Geschäftstätigkeit ohne weitere Abklärung fortführt, riskiert, zu einem späteren Zeitpunkt allenfalls unter veränderten Umständen von einer behördlichen Untersuchung betroffen und vom Richter verurteilt zu werden. Wie soll ein unterstellungspflichtiges Unternehmen mit dieser Art von Rechtsverletzungsrisiko umgehen?

Unterstellungspflichtige Unternehmen sind nicht verpflichtet, die Aufsichtsbehörde um Klärung einer unklaren Rechtslage zu ersuchen. Nicht jede Rechtsfrage eignet sich für eine Anfrage bei der Aufsichtsbehörde. Bei komplexen Rechtsfragen sollte man die Aufsichtsbehörde eigentlich besser nicht fragen und die Aufsichtsbehörde sollte eigentlich besser keine Auskunft erteilen. Eine Aufsichtsbehörde ist nicht in der Lage und es ist auch gar nicht ihr Auftrag und entspricht nicht ihrer Funktion, komplexe Rechtsfragen zu beantworten. Es liegt letztlich in der Verantwortung des einzelnen unterstellungspflichtigen Unternehmens, Aufsichtsgesetze korrekt umzusetzen. Ein Unternehmen kann offene aufsichtsrechtliche Fragen eigenständig klären und dabei insbesondere ein *Rechtsgutachten* einholen und dieses zu den Akten legen. Es liegt dann in der aufsichtsrechtlichen Verantwortung des Unternehmens, im Rahmen einer eigenständigen Beurteilung zu entscheiden, ob es die Ausgestaltung der Geschäftstätigkeit auf das Rechtsgutachten abstützen will oder nicht. Man kann von einem unterstellungspflichtigen Unternehmen aufsichtsrechtlich nicht mehr verlangen, als dass es die Zulässigkeit der eigenen Geschäftstätigkeit (mittels eines Rechtsgutachtens) rechtlich angemessen abklärt und danach handelt. Ein solches Verhalten ist m.E. nicht geeignet, die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in Frage zu stellen, selbst dann nicht, wenn die eigene Beurtei-

lung nachträglich vom Richter unerwartet abgelehnt werden sollte.

Wenn die Aufsichtsbehörde Kenntnis von einer Geschäftspraxis erhält, die sie als rechtlich unzulässig erachtet, kann sie eine formelle Verfügung erlassen und die fragliche Geschäftspraxis verbieten. Erst danach kann es zu einer eigentlichen Klärung der Rechtslage kommen, nämlich dann, wenn das betroffene Unternehmen eine Beschwerde gegen die Verfügung beim Verwaltungsgericht einreicht. Es entscheidet in der Folge der Richter im Rahmen der Rechtsfindung.

Gelegentlich besteht ein Interesse daran, wichtige verwaltungsrechtliche Fragen im Interesse einer ganzen Branche verbindlich zu klären. In diesem Fall kann ein einzelnes Unternehmen die Aufsichtsbehörde um Auskunft ersuchen und im Fall einer negativen Antwort eine Verfügung verlangen und diese mit Beschwerde vor dem Verwaltungsgericht anfechten. Das beschwerdeführende Unternehmen sollte dabei gegenüber seinen Konkurrenzunternehmen im Interesse einer effizienten Rechtsdurchsetzung möglichst nicht benachteiligt werden. Eine Benachteiligung könnte etwa dadurch vermieden werden, dass ein Gesuch um aufschiebende Wirkung mit dem Hinweis gestellt wird, die angefochtene Verfügung widerspreche einer verbreiteten Praxis im Markt. Alternativ könnten die Konkurrenzunternehmen durch den Verband über das hängige Verfahren (ohne aufschiebende Wirkung) informiert werden. Sie würden so aufsichtsrechtlich in eine vergleichbare Position versetzt, sodass sich eine Aussetzung der zweifelhaften Geschäftspraxis auch für sie aufdrängen würde.

Risikobasierte Umsetzungsbewertung

Das Rechtsverletzungsrisiko ist in der Schweiz nach einem Verstoss gegen Verwaltungsnormen regelmässig hoch. Behördliche Verfügungen können bei Bedarf jederzeit noch nachträglich ergehen und mit geeigneten administrativen Sanktionen versehen werden. Bei der risikobasierten Umsetzungsbewertung kommt es letztlich auf die Sanktionen an, die im Fall einer Rechtsverletzung ausgesprochen würden. Wenn lediglich eine Anpassung der eigenen Geschäftspraxis mit Wirkung für die Zukunft droht, besteht im Rahmen der Normumsetzung mehr Spielraum, als wenn zusätzlich administrative Sanktionen mit „Strafcharakter“ (z.B. Berufsverbot) angedroht werden und möglich erscheinen. Beispielsweise empfiehlt es sich für unterstellungspflichtige

Unternehmen im Finanzdienstleistungsbereich, Verwaltungsnormen von Anfang an vollständig und vorsichtig umzusetzen. Jede opportunistische Nichtumsetzung von Verwaltungsnormen kann nachträglich aufsichtsrechtlich als schwerwiegendes Fehlverhalten des Unternehmens und des Managements beurteilt werden. Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit kann dabei in Frage gestellt werden (vgl. z.B. Art. 14 VAG).

Antizip. Umsetzung von Privatrechtsnormen

Rückwirkende Klage durch Geschädigte

Wenn ein Unternehmen im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit Rechte anderer Personen verletzt, können diese Personen als Geschädigte gegen das Unternehmen wegen Verstosses gegen privatrechtliche Normen klagen und Schadenersatz oder Erfüllung verlangen. Das Unternehmen kann in der Folge vom Zivilrichter wegen Privatrechtsverletzung verurteilt werden. „Privatrechtliche Normen“ sind nach diesem Verständnis Gesetzesnormen oder Vertragsbestimmungen, die das Verhältnis zwischen Privatpersonen betreffen und bei denen eine Rechtsverletzung ausschliesslich zu privatrechtlichen Ansprüchen (d.h. Schadenersatz- oder Erfüllungsansprüche) einer Partei gegen eine andere Partei führen kann. Die Personengruppen, die als Geschädigte und Zivilkläger in Frage kommen, sind Kunden, Geschäftspartner, Aktionäre, Konkurrenten und Mitarbeitende des Unternehmens.

Anders als bei einem Verstoss gegen Verwaltungsnormen droht dem Unternehmen bei einem Verstoss gegen privatrechtliche Normen keine Gefahr seitens der Behörden. Die Gefahr droht ausschliesslich seitens der geschädigten Privatpersonen. Es liegt bei einem solchen Normverstoss eine grundlegend andere Situation vor. Es können nur Privatpersonen Ansprüche stellen. Die Öffentlichkeit hat kein Interesse. Es drohen keine behördlichen Massnahmen.

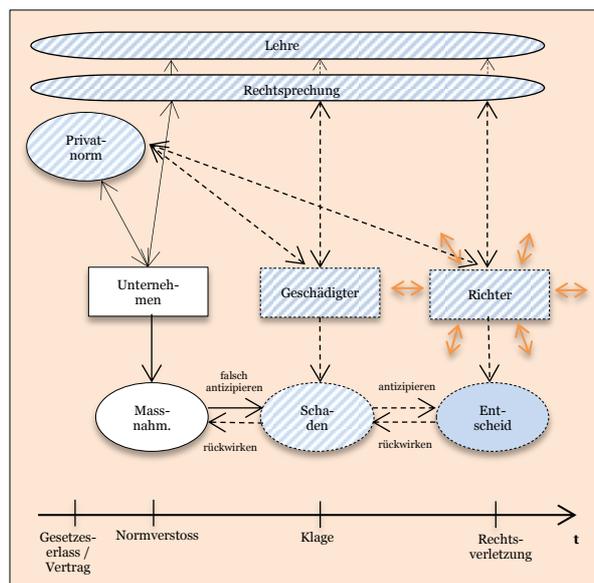
Die Klage eines Geschädigten gegen das Unternehmen ist rückwirkend. Sie bezieht sich auf einen Sachverhalt in der Vergangenheit. In der Vergangenheit hat das Unternehmen gegen eine privatrechtliche Norm verstossen und in der Gegenwart verlangt der Geschädigte Kompensation für die Folgen des Normverstosses. Der Geschädigte kann nachträgliche Erfüllung (neben Schadenersatz we-

gen Verspätung) oder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen (vgl. Art. 107 OR für den Fall einer Vertragsverletzung).

Schadens- und Rechtsprognose

Ein Unternehmen, das privatrechtliche Normen rechtskonform umsetzen will, muss eine Schadens- und Rechtsprognose stellen. Im Rahmen der *Schadensprognose* prognostiziert das Unternehmen, unter welchen Umständen Drittpersonen durch eine Geschäftstätigkeit Schaden erleiden würden. Und im Rahmen der *Rechtsprognose* prognostiziert es, unter welchen Umständen im Schadenfall auch eine Rechtsverletzung vorliegen würde, sodass Geschädigte mit Erfolg klagen könnten. Aus einem Normverstoss werden dem Unternehmen nur dann zusätzliche Kosten entstehen, wenn Schaden verursacht wird und Geschädigte klagen. Das Unternehmen darf davon ausgehen, dass sich Geschädigte im Schadenfall rational verhalten und nur klagen würden, wenn eine realistische Aussicht besteht, dass der Richter auch ein Urteil wegen Rechtsverletzung aussprechen würde. Im Zusammenhang mit der Rechtsprognose können allenfalls auch verfahrensrechtliche Aspekte (z.B. Beweislast) und praktische Überlegungen (z.B. Streitwerthöhe) berücksichtigt werden, die auf eine grössere oder weniger grosse Klagebereitschaft des Geschädigten hinweisen.

Eine antizipative Umsetzung von privatrechtlichen Normen auf der Grundlage einer Schadens- und Rechtsprognose durch ein Unternehmen, die bei einem Normverstoss zu einer Klage des Geschädigten und einer Verurteilung wegen Rechtsverletzung durch den Zivilrichter führen kann, lässt sich vereinfacht wie folgt darstellen:



Gemeinsame Moralvorstellungen

Ab dem Zeitpunkt der Klageeinreichung durch einen Geschädigten entstehen dem Unternehmen zusätzliche interne und externe Kosten (Verfahrens- und Verteidigungskosten). Solche Kosten wird das Unternehmen in der Regel mindestens teilweise selbst tragen müssen, auch wenn die Klage später vor Gericht unter Kostenfolge vollständig abgewiesen werden sollte.

Schadenvermeidung und Schadenmanagement

Unternehmen können auf der Grundlage einer Schadens- und Rechtsprognose geeignete Massnahmen ergreifen, um Schadenfälle und Zivilklagen möglichst zu vermeiden. Mit Bezug auf Kunden und Geschäftspartner können angemessene Verträge verwendet und Vertragsbeziehungen aktiv betreut werden. Mit Bezug auf Aktionäre und Gläubiger kann etwa in der Sanierungsphase darauf geachtet werden, dass Anspruchsgruppen einbezogen und zulässige Sanierungsmassnahmen ergriffen werden. Mit Bezug auf Konkurrenten kann darauf geachtet werden, dass der eigene Auftritt auf dem Markt rechtskonform erfolgt und ein allenfalls bestehender Branchenkodex eingehalten wird. Mit Bezug auf Mitarbeitende kann mit angemessenen Reglementen und Prozessen sichergestellt werden, dass sie fair behandelt werden.

Kein Unternehmen ist in der Lage, Schadenfälle und Zivilklagen durch geeignete Massnahmen über einen langen Zeitraum vollständig zu vermeiden. Hingegen kann ein Unternehmen einmal aufgetretene Schadenfälle und einmal eingereichte Zivilklagen optimal managen, um so die Schadenshöhe möglichst zu reduzieren. Es kann einen entstandenen Schaden möglichst schnell ersetzen, um eine Klage und einen damit verbundenen Reputationsschaden zu vermeiden. Es kann die rechtliche Situation am Anfang eines Verfahrens abklären und einen Vergleich abschliessen, um ein kostspieliges und langwieriges Gerichtsverfahren zu vermeiden. Es kann geeignete Verteidigungsmassnahmen ergreifen, um in einem laufenden Zivilverfahren eine Verurteilung zu vermeiden.

Schadenfreier Normverstoss auf Zusehen hin

Privatrechtliche Normen müssen aus Sicht des Unternehmens nicht unbedingt wörtlich, sondern können an sich auch abweichend vom Wortlaut umgesetzt werden, solange dabei keine zusätzlichen Kos-

ten entstehen. Die Normumsetzung kann sich antizipativ ausschliesslich an den Folgen einer möglichen Rechtsverletzung orientieren. Es kann bei der Normumsetzung lediglich darauf achten, dass kein Schaden verursacht wird. Denn ein formeller Normverstoss ohne Schaden kann immerhin insofern zu keiner Rechtsverletzung führen, als dabei keine Ersatzpflicht entsteht.

Allerdings ist bei der Umsetzung privatrechtlicher Normen zu berücksichtigen, dass bei einem Normverstoss nicht nur auf Ersatz des Schadens, sondern auch auf Erfüllung geklagt werden kann. Es kann auch ohne Schaden auf wortgetreue Normerfüllung geklagt werden. Wenn beispielsweise eine Bearbeitung von Personendaten normwidrig durchgeführt wird (Verstoss gegen privatrechtliche Datenschutznormen), können betroffene Personen von einem Unternehmen auch ohne Schaden nachträglich klageweise verlangen, dass die Bearbeitung ihrer Daten korrigiert und normkonform durchgeführt wird. Der Richter kann in der Folge eine Korrektur für die Zukunft anordnen. Vor diesem Hintergrund sollte ein Unternehmen eine formelle Abweichung von privatrechtlichen Normen grundsätzlich so ausgestalten, dass eine Korrektur nachträglich ohne erhebliche Kosten möglich bleibt. Es sollte von privatrechtlichen Normen formell nur auf Zusehen hin abweichen.

Risikobasierte Umsetzungsbewertung

Ein Unternehmen kann sich auf der Grundlage einer risikobasierten Umsetzungsbewertung entschliessen, privatrechtliche Normen nicht umzusetzen und das entsprechende Rechtsverletzungsrisiko (insbesondere das Risiko einer Verurteilung auf Schadenersatz) in Kauf zu nehmen. Ein solcher Ansatz ist angesichts langer privatrechtlicher Verjährungsfristen allerdings riskant. Insbesondere im Massengeschäft empfiehlt es sich für Unternehmen, privatrechtliche Normen von Anfang an möglichst rechtskonform umzusetzen. Denn das erhöhte Rechtsverletzungsrisiko kann sich später nicht nur bei einem, sondern bei einer Vielzahl von geschädigten Kunden verwirklichen. Dies gilt beispielsweise für den Anspruch von Vermögensverwaltungskunden auf Herausgabe von Retrozessionszahlungen mit einer zehnjährigen Verjährungsfrist auf der Grundlage des Auftragsrechts (Art. 400 Abs. 1 OR).

Antizipativer Reputationsschutz

Rückwirkende Änderung des Kaufverhaltens

Ein Unternehmen braucht Kunden, die seine Produkte kaufen und seine Dienstleistungen beziehen. Andernfalls kann es für seine Kosten nicht aufkommen und keinen Gewinn erzielen. Des Weiteren braucht ein Unternehmen Geschäftspartner und Investoren. Andernfalls kann es sein Geschäft mangels Material, Know-how oder Finanzierung nicht betreiben. Kunden und potentielle Kunden, aber auch Geschäftspartner und Investoren interessieren sich unter Umständen nicht ausschliesslich für Preise und Qualität von Produkten und Dienstleistungen eines Unternehmens. Sie können sich auch dafür interessieren, ob sich ein Unternehmen an bestehende soziale Normen hält (zum Begriff der sozialen Normen siehe vorne). Wenn ein Unternehmen gegen soziale Normen verstösst und das Fehlverhalten nachträglich öffentlich bekannt wird, können etwa Kunden enttäuscht werden. Das Unternehmen kann einen Umsatzrückgang erleiden, weil weniger Produkte verkauft oder weniger Dienstleistungen bezogen werden. Beispielsweise haben sich viele Kunden des VW-Konzerns nach Bekanntwerden der manipulierten Abgas-Software vom Unternehmen abgewandt.

Je nach Art der Geschäftstätigkeit müssen Unternehmen ein mehr oder weniger hohes *Reputationsrisiko* beachten. Es handelt sich dabei um die Gefahr, dass aus einem sozial verpönten Verhalten ein *Reputationsschaden* resultiert, der sich in Form eines Umsatzrückgangs materialisiert. Ob ein Unternehmen wegen Nichteinhaltung sozialer Normen Umsatzeinbussen erleidet, hängt davon ab, wie private Anspruchsgruppen wie Kunden auf das Fehlverhalten reagieren, nachdem es bekannt geworden ist.

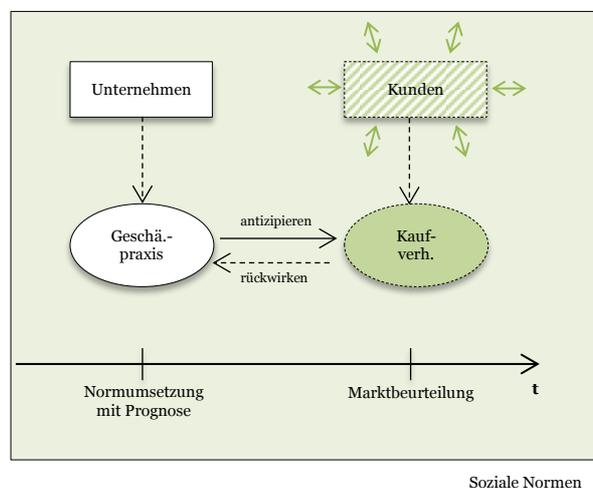
Kundenreaktionen, die zu einem Reputationsschaden führen, sind insofern rückwirkend, als sie auf eine vergangene Geschäftspraxis des Unternehmens nach deren Bekanntwerden reagieren. Ein Unternehmen hat in der Vergangenheit gegen eine soziale Norm verstossen. Der Normverstoss wird nachträglich bekannt (Skandal) und die Kunden sind enttäuscht und reagieren darauf, indem sie ihr Kaufverhalten in Zukunft ändern. Dem Unternehmen entsteht wegen einer vergangenen Geschäftspraxis nach

deren Bekanntwerden ein Reputationsschaden im Rahmen der künftigen Geschäftstätigkeit.

Reaktionsprognose

Ein Unternehmen hat ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran zu wissen, welches soziale Verhalten im Rahmen der eigenen Geschäftstätigkeit von Kunden und potentiellen Kunden, aber auch von Geschäftspartnern und Investoren erwartet wird und im Fall eines Normverstosses zu einem Reputationsschaden führen könnte. Das Unternehmen sollte dementsprechend eine *Reaktionsprognose* stellen. Es kann prognostizieren, ob wegen einer zweifelhaften Geschäftspraxis, wenn sie bekannt werden würde, negative Kundenreaktionen zu erwarten wären. Um eine wirksame Reaktionsprognose stellen zu können, muss ein Unternehmen das soziale Umfeld der eigenen Geschäftstätigkeit und die Erwartungen privater Anspruchsgruppen einschliesslich möglicher Veränderungen über die Zeit ausreichend verstehen.

Das Antizipieren von Kundenreaktionen auf der Grundlage einer Reaktionsprognose durch ein Unternehmen im Rahmen der eigenen Geschäftstätigkeit kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Schadenvermeidung und Schadenmanagement

Ein Unternehmen sollte relevante soziale Normen antizipativ umsetzen und mithin geeignete Massnahmen ergreifen, um den Erwartungen von Kunden und potentiellen Kunden, aber auch von Geschäftspartnern und Investoren zu entsprechen und auf diese Weise einen Reputationsschaden in Zukunft möglichst zu vermeiden.

Ein Unternehmen sollte aber nicht nur Gutes tun, sondern auch darüber sprechen. Es sollte die antizi-

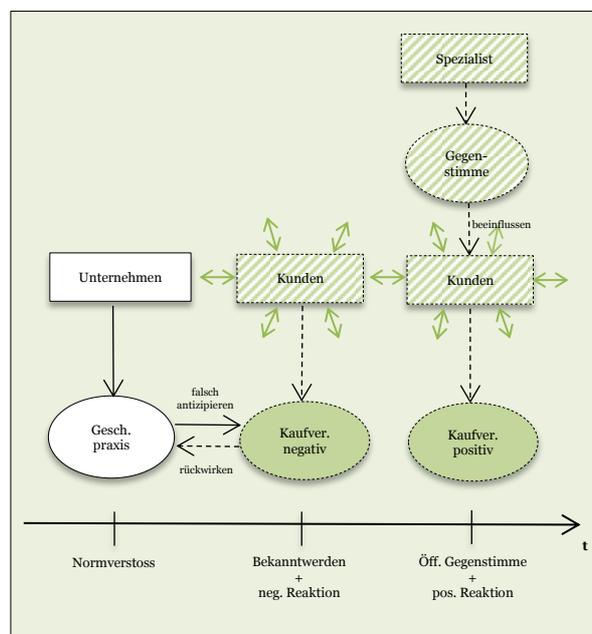
pativ e Umsetzung sozialer Normen fortlaufend mit Customer Relations-, Investor Relations- und Public Relations-Massnahmen unterstützen. Global tätige Unternehmen erlassen beispielsweise oftmals „Codes of Ethics“ für ihre Mitarbeitenden und Partnerunternehmen und veröffentlichen diese auf der eigenen Webseite. Auf diese Weise soll eine vorbildliche Unternehmenskultur durchgesetzt und bekannt gemacht werden. Solche „Codes of Ethics“ dienen langfristig dem Aufbau und Erhalt einer guten Reputation und mithin auch dem Ziel der Gewinnmaximierung. Ein Unternehmen mit guter Reputation wird nach einem Skandals möglicherweise weniger Verluste erleiden als ein Unternehmen mit beeinträchtigter Reputation. Im einen Fall können private Anspruchsgruppen dazu tendieren, von einem „Ausrutscher“ auszugehen. Im anderen Fall können sie sich in ihren Vorbehalten gegenüber dem Unternehmen bestätigt fühlen und Konsequenzen daraus ziehen.

Trotz angemessener Schutzmassnahmen wird ein Unternehmen nicht in der Lage sein, Reputationsschäden über eine lange Zeitspanne gänzlich zu vermeiden. Reputationsschäden haben gelegentlich externe Ursachen, die von einem Unternehmen nur beschränkt beeinflusst werden können. Wenn ein Fehlverhalten oder ein mögliches Fehlverhalten eines Unternehmens nachträglich bekannt wird (Skandal), tendieren Kunden, Geschäftspartner und Investoren dazu, sofort zu reagieren. Sie kaufen nicht mehr ein, kündigen Verträge oder stoppen eine Finanzierung. Während der Aufbau von Vertrauen durch ein Unternehmen im Markt Jahre dauert, kann die Zerstörung von Vertrauen in wenigen Tagen geschehen.

Was soll ein Unternehmen tun, wenn eine (angeblich) verpönte Geschäftspraxis nachträglich bekannt wird (Skandal) und ein Reputationsschaden droht? Anders als im Bereich der gesetzlichen Normen gibt es bei den sozialen Normen keine richterliche Instanz, die es einem Unternehmen erlauben würde, sich nachträglich zu erklären und zu rechtfertigen. Kunden, Geschäftspartner und Investoren dürften nur beschränkt daran interessiert sein, ob ein Unternehmen tatsächlich ein Verschulden trifft. Sie werden im Zweifelsfall umgehend und emotional reagieren und vom schlechtmöglichsten Fall ausgehen. In der Folge können Aktienkurs und Umsatzzahlen zurückgehen, lange bevor das Unternehmen die Möglichkeit hat, Stellung in einem rechtlichen Verfahren zu nehmen.

Vor diesem Hintergrund muss ein Unternehmen, das von einem Skandal betroffen ist, umgehend reagieren. Es muss sich gegenüber privaten Anspruchsgruppen und der Öffentlichkeit möglichst rasch erklären. Es muss geeignete und koordinierte Customer Relations-, Investor Relations- und Public Relations-Massnahmen ergreifen. Es braucht eine laute Stimme, die den Skandal und die falsch oder unvollständig kommunizierten Informationen wenigstens teilweise zu übertönen vermag. In solchen Situationen ist es für ein Unternehmen in der Regel sinnvoll, mit externen Spezialisten zusammenzuarbeiten oder vorgängig eine entsprechende Versicherungslösung einzukaufen.

Die verpönte Geschäftspraxis, deren Bekanntwerden, die Reaktion von Kunden und die Gegenmassnahmen des Unternehmens können vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



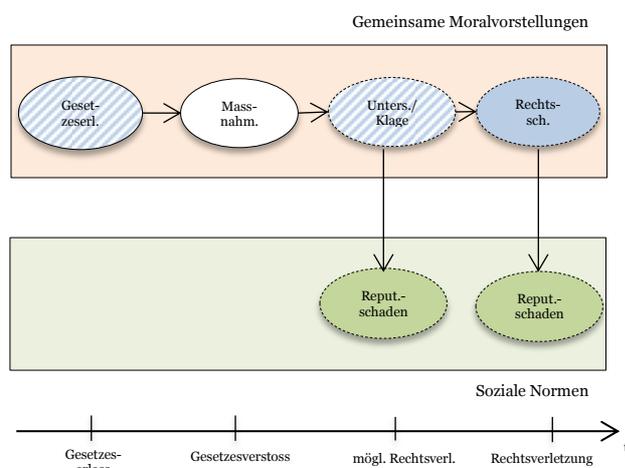
Soziale Normen

Rechtsverletzung und Reputationsschaden

Bei hoher Relevanz können soziale Normen durch Gesetze kodifiziert und über staatliche Zwangsmassnahmen durchgesetzt werden. Gegebenenfalls kann eine mögliche oder tatsächliche Rechtsverletzung gleichzeitig zu einem Reputationsschaden führen. Wenn beispielsweise öffentlich bekannt wird, dass gegen ein Unternehmen eine behördliche Untersuchung eingeleitet oder eine Klage eingereicht worden ist, drohen dem Unternehmen nicht nur rechtliche Sanktionen, sondern auch ein Reputationsschaden. Der Reputationsschaden tritt im Regelfall umgehend

und umfassend ein, während die Rechtskosten erst mit Verzögerung anfallen, nämlich im Laufe des rechtlichen Verfahrens und bei einer richterlichen Verurteilung. Im Ergebnis können dem Unternehmen aus einer (möglichen) Rechtsverletzung sowohl Reputationskosten (z.B. Umsatzrückgang, zusätzliche Finanzierungskosten wegen tieferem Aktienkurs oder Rating, Reputationsschutzmassnahmen) als auch Rechtskosten (z.B. Verfahrenskosten, Verteidigungskosten, zusätzliche Rückstellungen) entstehen.

Die zeitliche Abfolge von Gesetzesverstoss und Reputations- und Rechtschaden kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



In der heutigen medialen Welt kann eine behauptete oder vermutete Rechtsverletzung insbesondere für global tätige Unternehmen verheerende Auswirkungen haben. Es entsteht Unsicherheit zulasten des Unternehmens, die nur durch ein richterliches Urteil beseitigt werden könnte, welches aber erst in ferner Zukunft verfügbar wäre. Es kann zu finanziellen Belastungen kommen (z.B. erforderliche Rückstellungen, Umsatzrückgang, höhere Finanzierungskosten etc.), die so erheblich sind, dass das Unternehmen es sich nicht leisten kann zuzuwarten, bis ein richterliches Urteil gefällt wird. Ein Reputations-schaden, der sich über eine lange andauernde Unsicherheit im Markt auswirkt, kann grösser sein als eine behördlich in Aussicht gestellte Maximalbusse. Das Unternehmen kann sich gegebenenfalls aus wirtschaftlichen Überlegungen entschliessen, auf den Rechtsschutz zu verzichten und eine ungerechtfertigte Busse zu zahlen oder in einen unvorteilhaften Vergleich einzuwilligen, um den Reputations-schaden zu begrenzen und einen Neuanfang zu ermöglichen. Unter solchen Umständen kann eine Untersuchungsbehörde faktisch zum Richter im Schnellverfahren werden. Es kommt ihr im Rahmen

der Verfahrensführung gegebenenfalls eine besondere Verantwortung zu.

Risikobasierte Umsetzungsbewertung

Beim antizipativen Reputationsschutz geht es um wirtschaftliche Überlegungen seitens des Unternehmens. Ein Unternehmen kann soziale Normen (ohne Niederschlag in einem Gesetzeserlass) einhalten oder auch nicht einhalten. Es handelt sich dabei um einen Geschäftsentscheid ohne rechtliche Relevanz. Ein mittel- oder langfristig operierendes Unternehmen kann eine Kosten-Nutzen-Analyse durchführen. Es kann schätzen, welche Kosten höher sind, jene einer zeitnahen Umstellung der fragwürdigen Geschäftspraxis oder jene einer möglichen Kundenreaktion nach Bekanntwerden der Geschäftspraxis. Es kann die kostengünstigere Variante wählen und dementsprechend die eigene Geschäftstätigkeit ändern oder unverändert fortzuführen.

Beispiel Datenschutznormen

Datenschutz-Grundverordnung der EU

Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung von 2016 tritt im Mai 2018 in Kraft (die „DS-Grundverordnung“ oder „DSGVO“). In Ergänzung dazu treten spezifizierende Umsetzungserlasse in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten in Kraft.

Die neue DS-Grundverordnung verstärkt die Durchsetzbarkeit des Datenschutzrechts erheblich. Viele Datenschutznormen sind von ihrer Sanktionierung her betrachtet sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Natur. Der Verstoss gegen eine Datenschutznorm kann je nach Umständen kumulativ oder alternativ zu einer strafrechtlichen Busse, einer administrativen Sanktion und/oder einer zivilrechtlichen Verurteilung führen (Art. 77 ff. DSGVO). Verwaltungsrechtliche Beschwerden können auch durch Einrichtungen und Organisationen im Auftrag oder ohne Auftrag einer betroffenen Person eingereicht werden (Art. 80 DSGVO). Die Bussandrohung richtet sich direkt gegen das Unternehmen und kann in der Höhe erheblich sein (bis 20'000'000 Euro oder 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres, je nachdem, welcher Betrag höher ist). Die Aufsichtsbehörden in den EU-Staaten verfügen über weitreichende Kompetenzen einschliesslich der Befugnis, Bussen auszusprechen (Art. 83 DSGVO).

Revidiertes Datenschutzgesetz der Schweiz

Das Datenschutzgesetz der Schweiz soll in Anlehnung an die DS-Grundverordnung der EU revidiert werden. Gegenwärtig liegt ein Gesetzesentwurf vom September 2017 vor (der „DS-Gesetzesentwurf“ oder „E-DSG“).

Der DS-Gesetzesentwurf verstärkt die Durchsetzbarkeit des Datenschutzrechts ebenfalls, hingegen in einem geringeren Ausmass als dies bei der DS-Grundverordnung der Fall ist. Weniger Datenschutznormen beinhalten im Verletzungsfall eine Bussandrohung und die maximale Höhe einer Busse liegt erheblich tiefer (bis 250'000 Franken). Die Bussandrohung richtet sich gegen Einzelpersonen und das Unternehmen (Art. 102 StGB) oder im Fall von Bagatelldelikten (Busse unter 100'000 Franken) nur gegen das Unternehmen, wenn die erforderlichen Untersuchungsmassnahmen unverhältnismässig wären (Art. 53 E-DSG). Nach dem DS-Gesetzesentwurf verjährt die Strafverfolgung bei Übertretungen innert fünf Jahren nach Tatbegehung (Verfolgungsverjährung, Art. 60 E-DSG). Die Verfolgung und Beurteilung strafrechtlicher Handlungen obliegt den Kantonen (Art. 59 E-DSG). Des Weiteren können betroffene Personen mögliche Rechtsverletzungen anzeigen, wobei die Aufsichtsbehörde eine Untersuchung eröffnen kann (aber nicht muss), wenn Anzeichen einer Rechtsverletzung bestehen (Art. 43 E-DSG). Die Aufsichtsbehörde kann vorsorgliche Massnahmen und Verwaltungsmassnahmen ergreifen (Art. 44 und 45 E-DSG), aber keine Bussen aussprechen. Schliesslich können betroffene Personen mögliche Rechtsverletzungen und ihre Rechtsansprüche klageweise vor Zivilgericht geltend machen (Art. 28 E-DSG).

Arten von Datenschutznormen

Die Datenschutznormen enthalten unterschiedliche Pflichten zulasten eines Unternehmens, das Personendaten bearbeitet. Die Normen im DS-Gesetzesentwurf und in der DS-Grundverordnung können im Wesentlichen in folgende Kategorien eingeteilt werden: Grundsätze der Datenbearbeitung, Rechte der betroffenen Personen, Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter sowie Normen zur Datenübermittlung.

Die verschiedenen Normkategorien befinden sich im Wesentlichen in folgenden Artikeln des DS-Gesetzesentwurfs und der DS-Grundverordnung gemäss nachfolgender Aufstellung:

| Normkategorie | E-DSG | DSGVO |
|---|--------------------|-----------------------------|
| Grundsätze der Datenbearbeitung | Art. 4, 11, 23, 24 | Art. 5, 6, 7, 9 |
| Rechte der betroffenen Personen | Art. 20 – 22 | Art. 12 – 22 |
| Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter | Art. 7, 13 – 19 | Art. 8, 11, 25 – 39, 42, 43 |
| Normen zur Datenübermittlung | Art. 5 – 6 | Art. 44 – 49 |

Die *Grundsätze der Datenbearbeitung* sind dem Wesen nach vor allem privatrechtliche Normen. Entsprechende Pflichten des bearbeitenden Unternehmens müssen von einer betroffenen Person klageweise durchgesetzt werden (vgl. Art. 28 E-DSG). Zusätzlich besteht bei diesen Normen die Möglichkeit, die Datenschutzbehörde anzurufen, welche (bei einem öffentlichen Interesse) eine Untersuchung eröffnet (vgl. Art. 43 E-DSG). Hinzu kommt, dass spezifische Verletzungen von Bearbeitungsgrundsätzen zum Verhängen einer Busse führen können (vgl. Art. 54 ff. E-DSG). Die Einhaltung der Grundsätze der Datenbearbeitung liegt somit mindestens teilweise auch im öffentlichen Interesse.

Die *Rechte der betroffenen Personen* sind dem Wesen nach privatrechtliche Normen. Sie müssen von einer betroffenen Person klageweise durchgesetzt werden (vgl. Art. 28 E-DSG). Zusätzlich bestehen Strafnormen mit Bussandrohung (vgl. Art. 54 ff. E-DSG). Die Beachtung der Rechte betroffener Personen liegt somit teilweise auch im öffentlichen Interesse.

Die *Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter* betreffen dem Wesen nach verwaltungsrechtliche Sorgfaltspflichten. Deren Einhaltung kann von Behörden administrativ durchgesetzt werden (vgl. Art. 43 ff. E-DSG). Zusätzlich bestehen Strafnormen mit Bussandrohung (vgl. Art. 54 ff. E-DSG). Die Durchsetzung dieser Pflichten liegt somit im öffentlichen Interesse.

Bei den *Normen zur Datenübermittlung* handelt es sich ebenfalls um verwaltungsrechtliche Sorgfaltspflichten, die von Behörden administrativ durchgesetzt werden können (vgl. 43 ff. E-DSG). Hinzu kommen einzelne Strafnormen mit Bussandrohung (vgl. Art. 54 ff. E-DSG). Die Durchsetzung dieser Pflichten liegt somit im öffentlichen Interesse.

Es ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass der Verstoss gegen eine Datenschutznorm zusätzlich zu

einem Reputationsschaden des Unternehmens führen kann, wenn ein administratives Verfahren eröffnet oder eine strafrechtliche Busse ausgesprochen wird. Das gilt insbesondere für den Fall einer Verletzung des Grundsatzes der Datensicherheit (Datenleck).

Bei der Umsetzung von Datenschutznormen kommt es wesentlich auf die Natur der Norm an. Die Arten der Datenschutznormen und die Folgen einer entsprechenden Rechtsverletzung können vereinfacht wie folgt dargestellt werden:

| | | | | |
|-------------------|---------------------------------|---------------------------------|---|------------------------------|
| Sanktionen | | | | |
| Reputation | Reputationsschaden | | | |
| Strafe | Busse | Busse | Busse | Busse |
| Administrativ | Durchsetzen | Durchsetzen | Durchsetzen | Durchsetzen |
| Zivilurteil | Durchsetz./ Schadenersatz | Durchsetz./ Schadenersatz | Durchsetz./ Schadenersatz | Durchsetz./ Schadenersatz |
| | Grundsätze der Datenbearbeitung | Rechte der betroffenen Personen | Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter | Datenübermittlung |
| | Normen | | | |

Umsetzung von Strafnormen

Verschiedene Datenschutznormen sind insofern Strafnormen, als eine entsprechende Rechtsverletzung mit Busse bestraft werden kann. Datenschutzrechtliche Strafnormen betreffen vor allem die Verletzung folgender Pflichten datenbearbeitender Unternehmen: Auskunftspflicht, Informationspflicht, Meldepflicht, Mitwirkungspflicht, Genehmigungspflicht, Pflicht zum Abschluss von Verträgen, Pflicht zur Sicherheitsüberprüfung, Pflicht zur Datenschutzfolgeabschätzung, Pflicht zu datenschutzfreundlichen Voreinstellungen, Dokumentationspflicht sowie Pflicht zur Befolgung von behördlichen und richterlichen Anweisungen.

Strafnormen sind grundsätzlich ausreichend bestimmt. Deren antizipative Umsetzung bereitet deshalb kaum Schwierigkeiten. Eine Ausrichtung am Wortlaut wird regelmässig möglich und ausreichend sein. Solche Normen können unternehmensintern mit geeigneten organisatorischen Massnahmen umgesetzt werden.

Datenbearbeitende Unternehmen sollten sich bei der datenschutzrechtlichen Normumsetzung zunächst auf die Strafnormen konzentrieren. Diese sollten von Anfang an umfassend umgesetzt werden. Auf diese

Weise können immerhin Bussen zulasten der Gewinnrechnung in Zukunft vermieden werden.

Umsetzung von reinen Verwaltungsnormen

Bei den datenschutzrechtlichen Verwaltungsnormen handelt es sich im Wesentlichen um die *Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter* und die *Normen zur Datenübermittlung*. Betroffene Personen können den Verstoß gegen solche Normen der Datenschutzbehörde anzeigen, welche bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses eine Untersuchung einleitet.

Die Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter und die Normen zur Datenübermittlung sind grundsätzlich ausreichend bestimmt. Ein Unternehmen ist für gewöhnlich in der Lage, geeignete Massnahmen zu ergreifen und solche Normen unternehmensintern auch umzusetzen.

Bei einem Verstoß gegen eine datenschutzrechtliche Verwaltungsnorm (ohne Bussandrohung) kann die Datenschutzbehörde eine Untersuchung einleiten und eine Anpassung der Datenbearbeitung mit Wirkung für die Zukunft anordnen. Bei dieser beschränkten Sanktionsmöglichkeit kann sich ein Unternehmen an sich entschliessen, einzelne Verwaltungsnormen auf Zusehen hin abweichend vom Gesetzeswortlaut umzusetzen, wenn die Datenbearbeitung falls erforderlich nachträglich ohne hohe Kosten angepasst werden kann. Vorbehalten bleiben Überlegungen zum Reputationsschutz.

Umsetzung von Privat- und Verwaltungsnormen

Die *Grundsätze der Datenbearbeitung* und die *Rechte der betroffenen Personen* sind oftmals sowohl als privatrechtliche als auch als verwaltungsrechtliche Normen ausgestaltet. Dabei sind die Bearbeitungsgrundsätze (z.B. Zweckbindungsgrundsatz, Verhältnismässigkeitsgrundsatz, Datensicherheit) gesetzlich kaum spezifiziert. Es lässt sich im Rahmen einer antizipativen Gesetzesumsetzung nur beschränkt voraussagen, wie der Richter in einem konkreten Fall auf der Grundlage der gesetzlichen Datenschutznorm entscheiden würde.

Immerhin bestehen gelegentlich Spezifizierungen von Bearbeitungsgrundsätzen, die branchenbezogen von Berufs- und Wirtschaftsverbänden erlassen wurden. Unternehmen dürfen sich grundsätzlich an solchen Verhaltenskodizes orientieren, insbesondere wenn sie der Datenschutzbehörde vorgelegt und von

dieser genehmigt wurden (vgl. Art. 10 E-DSG). Unternehmen können Bearbeitungsgrundsätze auch abweichend von privaten Empfehlungen umsetzen. Gegebenenfalls sollten sie aber eine Umsetzungsvariante wählen, die im Vergleich zu bestehenden Verhaltenskodizes gleichwertig sind.

Der Verstoss gegen einen datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsatz führt zunächst „lediglich“ dazu, dass eine betroffene Person gegen das Unternehmen auf Schadenersatz und/oder Erfüllung (z.B. Löschung oder Korrektur falscher Daten, siehe Art. 28 E-DSG) klagen kann. Hinzu kommt die Möglichkeit, den Normverstoss der Datenschutzbehörde anzuzeigen, welche bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses eine Untersuchung einleiten und eine Korrektur der Datenbearbeitung anordnen kann. Ein Unternehmen kann sich bei diesen beschränkten Sanktionsmöglichkeiten an sich entschliessen, einzelne Bearbeitungsgrundsätze auf Zusehen hin abweichend vom Gesetzeswortlaut oder abweichend von spezifizierenden Empfehlungen umzusetzen, wenn dabei kein Schaden zulasten der betroffenen Personen entsteht und die Datenbearbeitung falls erforderlich nachträglich ohne hohe Kosten angepasst werden kann (siehe vorne schadenfreier Normverstoss auf Zusehen hin).

Im Datenschutzrecht ist es sinnvoll und im Interesse betroffener Personen, wenn sich das Unternehmen bei der Umsetzung der Grundsätze der Datenbearbeitung nicht ausschliesslich am Wortlaut einer betreffenden Datenschutznormen orientiert, sondern darüber hinaus bewusst und verstärkt auch unmittelbar die gemeinsamen Moralvorstellungen berücksichtigt. Das UK Information Commissioner's Office (ico.) schreibt im Zusammenhang mit Big Data Folgendes: *„There is evidence that some companies are developing an approach to big data that focusses on the impact of the analytics on individuals. This approach is not concerned solely with the capabilities of the analytics or their compliance with data protection legislation, but also looks to place big data in a wider and essentially ethical context. In other words, they are asking not only ‘can we do this with the data?’, ie does it meet regulatory requirements, but also ‘should we do this with the data?’ ie is it what customers expect, or should expect?”* (ico., p. 44).

Normumsetzung und Reputationsschutz

Gesetzliche Datenschutznormen können gleichzeitig soziale Normen sein. Ein gesetzlicher Normverstoss

kann gegebenenfalls zusätzlich zu einem Reputationsschaden des bearbeitenden Unternehmens führen. Beispielsweise kann ein Datenverlust, der öffentlich bekannt wird bzw. öffentlich bekannt gegeben werden muss (vgl. Art. 22 E-DSG; Art. 34 DSGVO), dazu führen, dass sich Kunden und Geschäftspartner von einem Unternehmen abwenden. Datensicherheit ist aus Sicht des Unternehmens deshalb nicht nur ein Rechtsthema, sondern auch eine Reputationsfrage.

Im Rahmen der Umsetzung von Datenschutznormen drängen sich zusätzliche Massnahmen auf, um das Kundenvertrauen und die Reputation des Unternehmens zu stärken. Es geht dabei vor allem um angemessene Datensicherheit und entsprechende Kommunikation nach aussen. Das UK Information Commissioner's Office (ico.) schreibt im Zusammenhang mit Big Data Folgendes: *„There is a trend amongst companies towards the development of what can be seen as an ethical approach to big data analytics, it is driven by commercial imperatives as much as regulatory requirements. It would harm a company's reputation if it were the subject of a media story about the misuse of personal data, while consumers can also publicise their views to the world instantly. This is an important consideration in a competitive world. There may well be a competitive advantage in being seen as a responsible and trustworthy custodian of customer data.”* (ico., p. 46).

Umsetzung geschäftsrelevanter Normen

Relevante Normen einer Geschäftstätigkeit

Ein Unternehmen muss zuerst bestimmen, welche gesetzlichen und sozialen Normen für die eigene Geschäftstätigkeit überhaupt relevant sind. Erst wenn es die relevanten Normen identifiziert hat, kann es sich mit deren Umsetzung beschäftigen. Die relevanten Normen sind von Geschäftstätigkeit zu Geschäftstätigkeit unterschiedlich. Hinzu kommen länderspezifische Unterschiede. Das gilt vor allem für gesetzliche Normen, in einem geringeren Ausmass aber auch für soziale Normen.

Langfristig antizipative Normumsetzung

Die Normen, die für eine Geschäftstätigkeit relevant sind, müssen vom Unternehmen antizipativ umge-

setzt werden. Die antizipative Normumsetzung ist beschränkt typenabhängig. Strafnormen, Verwaltungsnormen, Privatsnormen und soziale Normen verlangen je eine etwas andere antizipative Umsetzung (siehe vorne). Hinzu kommt, dass eine Normumsetzung über die Zeit fortlaufend überprüft und nötigenfalls angepasst werden muss.

Bei der antizipativen Normumsetzung muss von einem langen Zeithorizont ausgegangen werden. Dabei kann sich ein Unternehmen insbesondere an den straf- und privatrechtlichen Verjährungsfristen orientieren. Unternehmen tendieren dazu, Rechtsverletzungs- und Reputationsschadenrisiken zu vernachlässigen bzw. zu unterschätzen. Das hängt unter anderem damit zusammen, dass die Entscheidungsträger im Unternehmen in kürzeren Zeithorizonten denken. Für sie ist etwa die Zeit bis zum nächsten Quartals- oder Jahresbericht, die Zeit bis zum nächsten Milestone im Rahmen der Realisierung von Unternehmenszielen oder auch der Zeitraum der persönlichen Karriere im Unternehmen von Bedeutung. Manager können dazu neigen, mögliche Schäden, die erst nach dem für sie relevanten Zeitraum auftreten, aus der Risikobeurteilung auszuklammern oder nicht angemessen zu berücksichtigen. Es kann in der Folge Korrekturbedarf im Interesse des langfristig operierenden Unternehmens bestehen. Korrigierende Massnahmen können beschränkt von Legal & Compliance, Revisoren und Aufsichtsbehörden ausgehen.

Beziehungs- und Schadenmanagement

Unternehmen können die antizipative Umsetzung relevanter Normen durch ein geeignetes *Beziehungsmanagement* unterstützen. Sie können die Beziehung zu den verschiedenen Anspruchsgruppen (z.B. Kunden und Behörden) pflegen und dadurch deren Erwartungen besser antizipieren. Sie können versuchen, Behörden bei deren gegenwärtigen Erwartungen zu behaften, um so zu verhindern, dass sie diese in Zukunft unter veränderten Umständen zulasten des Unternehmens erhöhen (z.B. Behördenauskünfte dokumentieren und Behördenbestätigungen (Rulings) einholen).

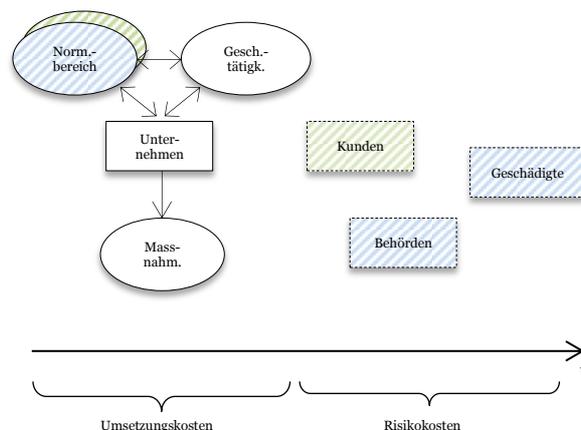
Auch wenn ein Unternehmen die Erwartungen wichtiger Anspruchsgruppen optimal antizipiert und die Beziehung zu diesen optimal pflegt, wird es Schadenfälle auf lange Sicht trotzdem nicht gänzlich vermeiden können. Auftretende Schadenfälle müssen im Rahmen eines effizienten *Schadenmanagements* abgewickelt werden. Auf diese Weise können

entstehende Zusatzkosten reduziert werden. Das gilt sowohl für Rechts- als auch für Reputationsschäden.

Risikobasierte Umsetzungsbewertung

Bei einer antizipativen Normumsetzung geht es aus Sicht des Unternehmens darum, die Gesamtkosten, die im Zusammenhang mit der Umsetzung oder Nicht-Umsetzung von Normen entstehen, über einen langen Zeithorizont möglichst tief zu halten. Kosten zulasten der Gewinnrechnung entstehen sowohl bei der Umsetzung als auch bei der Nicht-Umsetzung von Normen. Bei der Umsetzung von Normen fallen Umsetzungskosten an, d.h. Kosten im Bereich Legal & Compliance und Reputationsschutz. Und wenn Normen nicht oder nur mangelhaft umgesetzt werden, fallen zusätzliche Kosten bei der Schadenbewältigung an (Kosten der Realisierung eines erhöhten Rechtsverletzungs- und Reputationsschadenrisikos).

Die Umsetzungs- und Risikokosten, die einem Unternehmen im Rahmen der Umsetzung von gesetzlichen und sozialen Normen anfallen, können als Übersicht wie folgt dargestellt werden:



Ein (nicht reguliertes) Unternehmen kann (allenfalls mit Zustimmung der Aktionäre und Gläubiger) grundsätzlich selbst entscheiden, wie viel es in Legal & Compliance und Reputationsschutz investieren will. Je nach Art der Geschäftstätigkeit und je nach Markt wird es eine Kosten/Nutzenrechnung anstellen und mehr oder weniger in Normumsetzungsmassnahmen investieren bzw. bereit sein, ein höheres oder weniger hohes Verletzungsrisiko zu tragen. Allgemein dürfte gelten, dass höhere Umsetzungskosten zu tieferen Risikokosten und umgekehrt tiefere Umsetzungskosten zu höheren Risikokosten führen.

Es ist aus Sicht des Unternehmens m.E. grundsätzlich sinnvoll, die Umsetzung relevanter Normen risikobasiert zu bewerten. Ein Unternehmen sollte ein Risikoprofil der eigenen Geschäftstätigkeit erstellen, das sowohl das Rechtsverletzungsrisiko als auch das Reputationsschadenrisiko berücksichtigt. Dabei sollten jene Normen, deren Verletzung in Zukunft höhere Kosten verursachen können, prioritär umgesetzt werden. Hohe Rechtsverletzungs- und Reputationsschadenrisiken, d.h. Risiken mit grossem Kostenpotential, sollten unter einem besonderen Fokus des Risikomanagements stehen. Es stellte sich beispielsweise für schweizerische Banken nachträglich heraus, dass sie bei der Umsetzung von steuergesetzlichen Strafnormen der USA im Rahmen der Erbringung von Finanzdienstleistungen gegenüber US-Bürgern unerwartet hohe Rechtsverletzungsrisiken eingegangen waren.

Literaturverzeichnis

EHRlich EUGEN, Grundlegung der Soziologie des Rechts, durchgesehen und hrsg. V. M. Rehbinder, 4. Auflage, 1989

Information Commissioner's Office (ico.), ico., Big data and data protection, 20140728, Version: 1.0

HEINEMANN ANDREAS, Recht, Ökonomie und Realität, in: Waldburger Robert/Sester Peter/Peter Christoph/Baer Charlotte M. (Hrsg.), Law & Economics – Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 21 – 41

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2010

KELSEN HANS, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, 1960

LINDENBERG SIEGWART, in: Frey Bruno S./Iselin David, Economic Ideas You Should Forget, Springer 2017, S. 89 ff.

MAHLMANN MATTHIAS, Konkrete Gerechtigkeit, Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart, 3. Auflage, Zürich 2017

MAHLMANN MATTHIAS, Rechtsphilosophie und Rechtslehre, 4. Auflage, Zürich 2016

POPP PETER/BERKEMEIER ANNE, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 StGB Rz 28 f.

SEELMANN KURT/DEMKO DANIELA, Rechtsphilosophie, 6. Auflage, Beck Verlag 2014

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------|--|
| BGE | Bundesgerichtsentscheid |
| DSGVO | Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (DS-Grundverordnung) |
| E-DSG | Entwurf des revidierten schweizerischen Datenschutzgesetzes |
| FINMA | Eidgenössische Finanzmarktaufsicht |
| FINMAG | Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz) von 2007 |
| KG | Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) von 1995 |
| OR | Schweizerisches Obligationenrecht |
| StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch von 1937 |
| VAG | Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz) von 2004 |
| VStrR | Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht von 1974 |
| VwVG | Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) von 1968 |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 1907 |

Auf www.ruossvoegele.ch verfügbare Bulletins und Broschüren in PDF-Form

2017

- Privatversicherungsrechtsprechung 2016
Samuel Sauter
- Revision des Aktienrechts, Ein Nachruf auf die Sachübernahme und qualifizierte Gründungs- und Einlagetatbestände
Samuel Sauter
- Revision des Aktienrechts, Gründen in Zukunft: international, digital oder virtuell?
Bigna Grauer
- Vereinfachtes Verfahren zur Löschung nicht benutzter Marken seit 1. Januar 2017
Pascale Gola
- Obligatorische und freiwillige Versicherung durch Privatversicherer in der Schweiz
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2016

- Private Equity in der Schweiz: Regulierungsvermeidung + Strukturoptimierung (mit Rechtsprechung bis 2015)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis und Management von Rechtsrisiken
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Produktionsstandort Schweiz
SWISS MADE – Was gilt für industrielle Produkte?
Chasper Kamer, LL.M.

2015

- Aufsichtsrechtliche Optimierung durch privatrechtliche Strukturierung (Beispiel Geldwäschereibekämpfung)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Neue Meldepflichten beim Erwerb von Aktien
Dr. Franziska Buob
- Cloud Computing Hinweise zur Vertragsgestaltung
Chasper Kamer Rechtsanwalt, LL.M.
- Multifunktionale Rückversicherung nach Schweizer Recht
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2014

- Private Equity in der Schweiz:
Rechtlicher Grundriss und neuere Rechtsprechung bis 2014
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Mehr Schutz für Versicherungsnehmer am Point of Sale (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Praktische Hinweise zum Umgang mit der schweizerischen Finanzmarktaufsicht (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Arbeitszeit und deren Erfassung
Bigna Grauer
- Regelung des Datenschutzes im multinationalen Konzern (eine Übersicht) (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2013

- Wettbewerbsabreden und Marktbeherrschung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Versicherungsmarktes (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Geschäftsraummieta
Chasper Kamer, LL. M.
- Aufsichtsrechtliche Optimierung in der unabhängigen Vermögensverwaltung (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Verantwortlichkeit und Haftung des Verwaltungsrats (eine Übersicht)
(RVP)
- Umstrukturierungen im Versicherungskonzern (eine Übersicht)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Der Vorsorgeauftrag – Delegieren Sie Ihre Sorge(n)
Bigna Grauer

2012

- Entwicklungen im Unternehmens- Datenschutzrecht der Schweiz und der EU im Jahr 2011
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2011

- Geplante Änderungen im schweizerischen Versicherungsvertragsrecht in Kürze (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2011/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2011/1 (RVP)
- Vermeidung der Regulierung von Private Equity-Investitionen in der Schweiz (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.; Alfred Gilgen, LL.M., N.Y. BAR
- Durchsetzung von Geldforderungen nach der neuen ZPO
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2010

- Der Aktionärsbindungsvertrag
Chasper Kamer, LL.M.
- Regulierte Vertragsverhältnisse im schweizerischen Versicherungsgeschäft (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)
(RVP)
- Entwicklungen im Unternehmens-Datenschutzrecht der Schweiz und der EU 1/2010
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Banken- und Kapitalmarktrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Rechtliche Rahmenbedingungen der Unternehmenssanierung
(RVP)

2009

- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2009/2 (Deutsch und Englisch)
(RVP)
- Überstunden und Überzeit
Dr. Franziska Buob
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/2 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/2
- Unternehmensleitung in Krisenzeiten
Worauf es zu achten gilt
Dr. Franziska Buob
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2009/1
(RVP)

2008

- Revision des Revisionsrechtes: Eine Übersicht über die wichtigsten Neuerungen
Sara Sager
- Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2008/2 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.

- Vom Prozessieren
Dr. Franziska Buob
- Liegenschaften im Erbgang: Häufige Tücken und Fallen
(Teil I: Nachlassplanung)
Pio R. Ruoss
- Outsourcing
Dr. Marc M. Strolz
- IP IT Outsourcing
Pascale Gola, LL.M.
- Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken-
und Kapitalmarktrecht 2008/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2007

- Aktuelles aus dem Bereich des Immaterialgüter- und Fir-
menrechts
Dr. Martina Altenpohl
- Die „kleine Aktienrechtsreform“ und Neuerungen im Recht
der GmbH
Chasper Kamer, LL.M.
- Swiss Insurance Law Update 2007/1
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Privatbestechung (Art. 4a UWG)
Dr. Reto T. Ruoss
- Neue Phase der Freizügigkeit für EU/EFTA-Bürger, deren
Familienangehörige und Erbringer von Dienstleistungen in
der Schweiz
Alfred Gilgen, LL.M.
- Revidiertes Datenschutzrecht für Unternehmen in der
Schweiz
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Aktuelles aus dem Bereich des Wettbewerbs- und Immateri-
algüterrechts
Chasper Kamer, LL.M.
- Actions Required under New Swiss Collective Investment
Schemes Act
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2006

- Dokumenten- und Datenaufbewahrung im schweizerischen
Unternehmen
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Schweizerische Versicherungs- und Vermittleraufsicht
Dr. Alois Rimle, LL.M.