

Nach der KVI ist vor dem indirekten Gegenvorschlag

Neue Sorgfalts- und Rechenschaftspflichten des Verwaltungsrats

Die Konzernverantwortungsinitiative wurde am 29. November 2020 abgelehnt. Damit tritt – nach Ablauf der Referendumsfrist – der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments vom Juni 2020 in Kraft. Dieser sieht für bestimmte Unternehmen zusätzliche Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten vor. Der Verwaltungsrat ist für die Einhaltung dieser Pflichten sowohl zivil- als auch strafrechtlich verantwortlich.

Neu eingeführt werden einerseits eine Pflicht zur Berichterstattung über nichtfinanzielle Belange (Art. 964^{bis} ff. nOR) sowie andererseits Sorgfaltspflichten und Transparenzvorschriften bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (Art. 964^{quinquies} ff. nOR).

Berichterstattung über nichtfinanzielle Belange

Betroffene Unternehmen

Unternehmen, die *kumulativ* folgende Kriterien erfüllen, müssen in Zukunft jährlich Rechenschaft ablegen über nichtfinanzielle Belange („ESG-Bericht“):

1. Gesellschaften des öffentlichen Interessens (Publikumsgesellschaften und Beaufsichtigte nach FINMAG)

Gesellschaften des öffentlichen Interessens sind einerseits Publikumsgesellschaften nach Aktienrecht (Art. 727 Abs. 1 OR), d.h. börsenkotierte Gesellschaften, Gesellschaften mit ausstehenden Anleiheobligationen und Gesellschaften, die mindestens 20 Prozent der Aktiven oder des Umsatzes zur Konzernrechnung einer börsenkotierten Gesellschaft oder einer Gesellschaft mit ausstehenden Anleiheobligationen beitragen. Andererseits gelten auch Unternehmen, die der Finanzmarktaufsicht unterstehen (namentlich Banken und Versicherungen), und die durch eine von der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde zugelassene Prüfgesellschaft geprüft werden (Art. 24 Abs. 1 lit. a FINMAG), als Gesellschaften öffentlichen Interessens.

2. Gesellschaften mit mindestens 500 Vollzeitstellen (im In- und Ausland)

Als weiteres Kriterium gelten die weltweiten Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Gesellschaften, die zusammen mit von ihnen kontrollierten Unternehmen im In- oder Ausland in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren mindestens 500 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt haben, sind gegebenenfalls von den neuen Regelungen betroffen.

3. Gesellschaften mit mehr 20 Millionen Bilanzsumme oder 40 Millionen Umsatz

Als drittes Kriterium für die Unterstellung unter die neuen Regelungen des indirekten Gegenvorschlags dient die Höhe der Bilanzsumme oder des Umsatzes. Gesellschaften, die zusammen mit von ihnen kontrollierten Unternehmen im In- oder Ausland in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren entweder die Schwelle von 20 Millionen Franken

Bilanzsumme *oder* die Schwelle von 40 Millionen Franken Umsatzerlös überschreiten, unterstehen gegebenenfalls den neuen Vorschriften.

Die drei Kriterien (Gesellschaft des öffentlichen Interessens, 500 Vollzeitstellen, 20 Millionen Bilanz oder 40 Millionen Umsatz) müssen gemäss Gesetzestext (Art. 964^{bis} nOR) kumulativ erfüllt sein. Zudem sind Unternehmen, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden, das entweder selber einen Bericht über nichtfinanzielle Belange nach schweizerischem Recht oder einen gleichwertigen Bericht nach ausländischem Recht abliefern muss, von der Rechenschaftspflicht befreit.

ESG-Bericht

Der in einer Landessprache oder in Englisch zu erstellende Bericht über nichtfinanzielle Belange muss Rechenschaft geben über Umweltbelange (insbesondere CO₂-Ziele), über Sozialbelange, über Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption (Art. 964^{ter} nOR). Diese Kriterien werden in der Praxis häufig unter der Abkürzung ESG (Environment – Social – Governance) zusammengefasst, weshalb hier im Folgenden die vom Gesetzgeber verlangten Belange mit dem Terminus „ESG“ bezeichnet werden. Das Gesetz verwendet den Begriff nicht.

Der ESG-Bericht muss diejenigen Angaben enthalten, die zum Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage des Unternehmens sowie der Auswirkungen der Tätigkeit auf diese Belange erforderlich sind. Es sind dies namentlich (Art. 964^{ter} Abs. 2 nOR):

- eine Beschreibung des Geschäftsmodells,
- eine Beschreibung der ESG-Konzepte (einschliesslich der angewandten Sorgfaltsprüfung),
- eine Darstellung der zur Umsetzung der ESG-Konzepte ergriffenen Massnahmen sowie eine Bewertung deren Wirksamkeit,
- eine Beschreibung der wesentlichen Risiken im Zusammenhang mit den ESG-Belangen sowie der Handhabung dieser Risiken (massgebend sind Risiken aus der eigenen Geschäftstätigkeit und - sofern relevant und verhältnismässig – die Risiken aus Geschäftsbeziehungen, Produkten oder Dienstleistungen),
- die für die Unternehmenstätigkeit wesentlichen Leistungsindikatoren für ESG-Belange.

Der ESG-Bericht muss alle kontrollierten Unternehmen umfassen. Sofern und soweit er sich auf nationale, europäische oder internationale Regelwerke stützt (namentlich auf die OECD-Leitsätze), ist das angewandte Regelwerk zu nennen und dieses muss die Anforderungen des indirekten Gegenvorschlags erfüllen. Verfolgt ein pflichtiges Unternehmen in einem oder mehreren Belangen kein ESG-Konzept, muss dies im Bericht klar begründet erläutert werden.

Der ESG-Bericht muss vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan (bei der AG: Verwaltungsrat) unterzeichnet und vom für die Genehmigung der Jahresrechnung zuständigen Organ (bei der AG: Generalversammlung) genehmigt werden. Der Verwaltungsrat ist verantwortlich für die umgehende elektronische Veröffentlichung des genehmigten ESG-Berichts und dafür, dass dieser mindestens zehn Jahre öffentlich

zugänglich bleibt. Für die Führung und Aufbewahrung des ESG-Berichts gelten die Vorschriften über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher (Art. 958f OR).

Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit

Betroffene Unternehmen

Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz müssen in ihrer Lieferkette Sorgfaltspflichten einhalten und darüber Bericht erstatten, wenn sie gewisse Mineralien oder Metalle (Zinn, Tantal, Wolfram, Gold) aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten in den freien Verkehr der Schweiz überführen oder in der Schweiz bearbeiten oder Produkte und Dienstleistungen anbieten, bei denen begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht (Art. 964^{quinquies} nOR). Der Bundesrat legt jährlich die Einfuhrmengen von Mineralien und Metallen fest, bis zu deren Erreichen ein Unternehmen von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht befreit ist. Zudem definiert er, unter welchen Voraussetzungen KMU und Unternehmen mit geringen Risiken im Bereich der Kinderarbeit nicht prüfen müssen, ob ein begründeter Verdacht besteht, dass Produkte oder Dienstleistungen unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden. Der Bundesrat legt ebenfalls fest, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen, die sich an ein gleichwertiges international anerkanntes Regelwerk (namentlich die OECD-Leitsätze) halten, von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht ausgenommen sind.

Sorgfaltspflichten und Berichterstattung (Risikomanagement)

In Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht (Art. 964^{sexies} nOR) müssen die betroffenen Unternehmen ein Managementsystem einführen, das die Lieferkettenpolitik festlegt

- für möglicherweise aus Konflikt- und Hochrisikogebieten stammende Mineralien und Metalle und
- für Produkte oder Dienstleistungen mit begründetem Verdacht auf Kinderarbeit.

Es muss sichergestellt sein, dass die Lieferketten zurückverfolgt werden können. Die Unternehmen müssen Risiken in der Lieferkette ermitteln und bewerten, einen Risikomanagementplan erstellen und Massnahmen zur Minimierung der festgestellten Risiken treffen. Die Einhaltung der Sorgfaltspflichten bezüglich Mineralien und Metallen muss durch eine unabhängige Fachperson geprüft werden. Nähere Vorschriften sind vom Bundesrat noch zu erlassen.

Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan muss jährlich in einer Landessprache oder in Englisch Bericht erstatten über die Erfüllung der diesbezüglichen Sorgfaltspflichten und sicherstellen, dass der Bericht innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres elektronisch veröffentlicht wird und während mindestens zehn Jahren öffentlich zugänglich bleibt. Für die Führung und Aufbewahrung des Berichts gelten die Vorschriften über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher (Art. 958f OR).

Unternehmen, die Produkte und Dienstleistungen von Unternehmen anbieten, die einen entsprechenden Bericht verfasst haben, sind für diese Produkte von der Erstellung eines Berichtes befreit.

Strafbestimmungen

Die Einhaltung der neuen Sorgfalts- und Rechenschaftspflichten gehört zur sorgfältigen Erfüllung des Verwaltungsratsmandats (Art. 717 Abs. 1 OR), und der Verwaltungsrat haftet der Gesellschaft, den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern zivilrechtlich für eine absichtliche oder fahrlässige Verletzung dieser Pflichten (Art. 754 OR).

Neu eingeführt wird zudem eine strafrechtliche Haftung bei Verletzung der Berichterstattungs- sowie Aufbewahrungs- und Dokumentationspflichten. Wer im ESG-Bericht oder im Bericht bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit vorsätzlich falsche Angaben macht, den Bericht unterlässt oder der Aufbewahrungs- und Dokumentationspflicht (Veröffentlichung) nicht nachkommt, kann mit einer Busse von bis zu 100'000 Franken bestraft werden. Bei fahrlässiger Wiederhandlung beträgt die Busse maximal 50'000 Franken (Art. 325^{ter} nStGB).

Mit Busse bestraft wird ebenfalls, wer vorsätzlich gegen die Transparenzvorschriften bei Rohstoffunternehmen des neuen Aktienrechts verstösst (Art. 325^{bis} nStGB).

Inkraftsetzung

Der indirekte Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative wurde vom Parlament am 19. Juni 2020 verabschiedet. Er untersteht dem fakultativen Referendum und wird nun nach Ablehnung der Initiative im Bundesblatt publiziert, womit die 100tägige Referendumsfrist zu laufen beginnt. Es ist nicht anzunehmen, dass gegen den indirekten Gegenvorschlag das Referendum ergriffen wird, so dass nach (unbenütztem) Ablauf der Frist der Bundesrat das Inkrafttreten der neuen Regelungen bestimmt. Es ist anzunehmen, dass er das Inkrafttreten des indirekten Gegenvorschlags mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts koordiniert.

Stefanie Meier-Gubser

*Rechtsanwältin, Partner advokatur56, Bern
Mitglied Beirat SwissBoardForum*