

# Entwicklung der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative

## *Corporate Social Responsibility, Geschlechterquote und weitere Neuerungen*

PD Dr. iur. Christoph B. Bühler, Rechtsanwalt, LL.M. (Basel und Zürich)\*

### I. Einleitung\*\*

Die Annahme der Minder-Initiative und deren provisorische Umsetzung durch die VegüV<sup>1</sup> haben die Corporate-Governance-Landschaft für Schweizer Publikumsgesellschaften teilweise tiefgreifend verändert. Sie haben unter dem Dogma der Stärkung «Aktionärsdemokratie» vor allem eine Verlagerung von bisher dem Verwaltungsrat vorbehaltenen Kompetenzen auf die Generalversammlung bewirkt. Damit einher ging auch eine Zunahme des Einflusses ausländischer Investoren und deren Stimmrechtsberater. Über diese Entwicklung wurde in den letzten Jahren eingehend berichtet<sup>2</sup> – sie wird hier daher nicht mehr behandelt.

Das Inkrafttreten der VegüV vom 1. Januar 2014 hat im Bereich der Corporate Governance in der Schweiz nun

*Der Autor zeigt die Entwicklungen im Bereich der Corporate Governance als Folge der Umsetzung der Minder-Initiative auf. Er stellt fest, dass sich die Corporate-Governance-Diskussion vermehrt am Stakeholder-Ansatz orientiert; dies zeigt sich sowohl bei den «Best Practices» als auch im Gesetzesrecht. Zudem wird die bewährte Gestaltungsfreiheit im Aktienrecht durch zwingende Vorschriften und durch die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf nicht börsennotierte Gesellschaften weiter eingeschränkt. Das schweizerische Aktienrecht wird zunehmend instrumentalisiert, um gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Anliegen zum Durchbruch zu verhelfen. Im Blickfeld stehen die Geschlechterquote und die Corporate Social Responsibility.* **Zi.**

*L'auteur montre les évolutions dans le domaine du gouvernement d'entreprise (corporate governance) comme conséquence de la mise en œuvre de l'initiative Minder. Il constate que la discussion relative à la corporate governance s'oriente de plus en plus autour de la notion de parties prenantes (stakeholders); on constate cela tant en lien avec les codes de bonne conduite qu'avec la réglementation légale. En outre, la liberté d'organisation du droit de la société anonyme, qui a fait ses preuves, est de plus en plus restreinte par des dispositions impératives et l'extension de leur champ d'application aux sociétés non cotées en bourse. Le droit des sociétés anonymes est toujours plus instrumentalisé pour permettre la réalisation de conceptions de politique économique ou de société. On pense notamment aux quotas de femmes et à la responsabilité sociale des entreprises (corporate social responsibility).* **P.P.**

\* Der Autor ist Partner bei böckli bühler partner in Basel und Privatdozent für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an den Universitäten Zürich und Basel.

\*\* Überarbeitete und per 1. Mai 2015 aktualisierte Fassung des Referats, das der Verfasser am 18. März 2015 an der 12. Zürcher Aktienrechtstagung des Europa Instituts an der Universität Zürich gehalten hat.

<sup>1</sup> Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsennotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (SR 221.331).

<sup>2</sup> Vgl. *Holger Fleischer*, Proxy Advisors in Europe, Reform Proposals and Regulatory Strategies, *European Company Law* 9 (2012) 12 ff.; *Volonté/Zaby*, Stimmrechtsberatung, *ST* 2013 499 ff.; *Hausmann/Bechtold-Orth*, Corporate Governance: Überholt die Schweiz Europa?, *GesKR* 2013 234 ff., 242 f.; *Wohlmann/Gerber*, Der Dialog der Aktiengesellschaft mit den Stimmrechtsberatern, *SZW* 2014 284 ff.; *Christoph B. Bühler*, Neues Vergütungsregime für Publikumsgesellschaften: Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, *SJZ* 2014 449 ff., 455 f.; *Peter Böckli*, Corporate Governance: Erfolg und Versagen einer Leitidee, *ST* 2014 349 ff., 353; *Gericke/Baum*, Corporate Governance: Wer ist der Governor?, *SZW* 2014 345 ff.; *Dieter Gericke*, Von der Fremdbestimmung der Beschlussfassung durch Vermögensverwalter und Stimmrechtsberater, *Kunz/Arter/Jörg* (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, 77 ff.

aber auch verschiedene weitere Entwicklungen ausgelöst, und zwar auf unterschiedlichen Regulierungsebenen:

- Am 1. September 2014 hat die SIX Exchange Regulation die an die VegüV angepasste *Richtlinie betr. Information zur Corporate Governance* verabschiedet, welche die an der SIX Swiss Exchange kotierten Publikumsgesellschaften zur Offenlegung bestimmter Schlüsselinformationen zur Corporate Governance verpflichtet.
- Nur wenig später, am 29. September 2014, gab economiesuisse die revidierte Fassung des «*Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*» bekannt, der seit 2002 von der Praxis anerkannte Leitlinien für eine zweckmässige Ausgestaltung der Corporate Governance von Schweizer Unternehmen setzt. Die überarbeitete Fassung berücksichtigt insbesondere auch die Neuerungen, die sich aufgrund der Umsetzung der Minder-Initiative ergeben haben.
- Mit der Annahme der Minder-Initiative wurde dann auch die auf Eis gelegte «grosse Aktienrechtsrevision» wieder reaktiviert: Am 28. November 2014 hat das Bundesamt für Justiz bekanntlich den *Vorentwurf zur Änderung des Aktienrechts* zusammen mit einem erläuternden Bericht veröffentlicht<sup>3</sup> und eine Vernehmlassung durchgeführt. Der Vorentwurf sieht nicht nur eine Überführung der VegüV ins Gesetz vor, sondern beinhaltet eine Reihe von weiteren Verschärfungen im Vergütungsbereich sowie von Anpassungen im gesetzlichen Gefüge der Corporate Governance von kotierten und *nicht* kotierten Aktiengesellschaften.
- Von den Aktienrechtlern bisher etwas weniger beachtet wurden sodann *verschiedene politische Vorstösse betreffend Menschenrechte und Umwelt im Zusammenhang mit den Auslandaktivitäten von Schweizer Konzernen*.

Der vorliegende Beitrag widmet sich diesen *nach* dem Inkrafttreten der VegüV vom 1. Januar 2014 eingetretenen regulatorischen Entwicklungen im Bereich der Corporate Governance der Schweiz. Es liegt auf der Hand, dass dabei angesichts der Fülle der neuen Regelungen nur ein Überblick über die wesentlichen Neuerungen verschafft werden kann.

## II. Anpassungen der Corporate-Governance-Richtlinie der SIX

Die Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance verpflichtet die an der SIX Swiss Exchange kotierten Unternehmen bekanntlich, im Geschäftsbericht bestimmte Schlüsselangaben zur Konzernstruktur und zum Aktionariat, zur Kapitalstruktur, zu den obersten Führungsorganen sowie zur Ausgestaltung der Aktionärsrechte zu machen<sup>4</sup>. Die betreffenden Informationen sind nach dem *comply-or-explain*-Prinzip entweder offenzulegen oder es ist im Einzelnen substantiell zu begründen, weshalb diese Angaben nicht publiziert werden<sup>5</sup>.

Die Richtlinie stellt nunmehr klar, dass die Angaben in einem eigenen Kapitel des Geschäftsberichts, im sogenannten «*Corporate-Governance-Bericht*», zu veröffentlichen sind, wobei auf andere Stellen im Geschäftsbericht, namentlich im Vergütungsbericht, oder auf einschlägige Webseiten *verwiesen* werden kann<sup>6</sup>.

Neu anzugeben sind die erstmalige Wahl sowie eine allfällige Amtszeitbeschränkung je pro Mitglied des Verwaltungsrates sowie allfällige von den dispositiven Bestimmungen der VegüV<sup>7</sup> abweichende Regeln in den Statuten über die Ernennung des Präsidenten, der Mitglieder des Vergütungsausschusses und des unabhängigen Stimmrechtsberaters<sup>8</sup>.

In Anpassung an die geltenden Bestimmungen der VegüV haben Schweizer Aktiengesellschaften zudem namentlich die gemäss VegüV verlangten Angaben in den *Statuten* entweder ausdrücklich im Corporate-Governance-Bericht abzubilden oder aber dort auf die entsprechenden Angaben im Vergütungsbericht bzw. auf die Statutenbestimmungen zu verweisen.

In Bezug auf die *Revisionsstelle* muss schliesslich neben der Dauer des Revisionsmandats und der Amtsdauer des leitenden Revisors sowie dem Revisionshonorar und den weiteren Honoraren für zusätzliche Beratungsdienstleistungen (non-audit-Dienstleistungen) zugunsten des Emittenten neu auch explizit die *Art der erbrachten zu-*

<sup>3</sup> Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014.

<sup>4</sup> Art. 4 RLCG und Anhang zur RLCG; vgl. auch Kommentar zur Corporate-Governance-Richtlinie der SIX Swiss Exchange vom 20. September 2007.

<sup>5</sup> Art. 7 RLCG; vgl. zu diesem Prinzip *Christoph B. Bühler*, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Zürich 2009, N 62 f. und 1122 f. sowie *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich 2009, § 14 N. 242 f.

<sup>6</sup> Art. 6 RLCG.

<sup>7</sup> Gemäss Art. 12 Abs. 2 Ziff. 7 VegüV.

<sup>8</sup> Ziff. 3.4 Anhang RLCG.

sätzlichen Dienstleistungen genannt werden, also z.B. «Steuerberatung»<sup>9</sup>.

Die insgesamt wenig spektakulären Änderungen der vor allem an die neuen vergütungsrechtlichen Rahmenbedingungen angepassten Corporate-Governance-Richtlinie sind am 1. Oktober 2014 in Kraft getreten. Die neue Richtlinie fand damit für die meisten Emittenten, die ihren Bilanzstichtag jeweils am 31. Dezember haben, erstmals Anwendung auf den Geschäftsbericht 2014.

### III. Neuerungen im revidierten Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance

Eine bemerkenswertere Entwicklung ist seit dem Inkrafttreten der VegüV demgegenüber im «soft law»-Bereich zu verzeichnen: Nachdem der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» seit seiner Einführung im Jahre 2002 – mit Ausnahme einer punktuellen Anpassung im Jahre 2007 im Vergütungsbereich – immerhin über ein Jahrzehnt praktisch unverändert geblieben ist, war es insbesondere nach der Umsetzung der Minder-Initiative, aber auch aufgrund von verschiedenen internationalen Entwicklungen, unumgänglich, den bewährten Kodex an die veränderten Rahmenbedingungen anzupassen<sup>10</sup>.

Hervorzuheben ist insbesondere die grundsätzliche Abkehr von der bisherigen Fokussierung auf das Aktionärsinteresse nach dem traditionellen «Shareholder Value»-Ansatz. Der Swiss Code betont nunmehr das Konzept des nachhaltigen Unternehmensinteresses als Leitmaxime einer sinnvollen Corporate Governance und orientiert sich damit am zeitgemässeren «Stakeholder»-Ansatz, der auch die Interessen der weiteren Anspruchsgruppen im Unternehmen berücksichtigt.<sup>11</sup>

Diese fundamentale Neuausrichtung des Swiss Code ist zu begrüssen, denn inzwischen dürfte klar sein, dass die Fokussierung der Corporate-Governance-Diskussion allein auf die Bezugsgruppe der Aktionäre zu eng ist; sie ist nicht geeignet, die wichtigsten Aussen- und Innenbeziehungen einer Aktiengesellschaft abzubilden, die heute tatsächlich die Führung und Kontrolle im Unternehmen bestimmen. Auch für die Aktionäre kann ein Mehrwert letztlich nur durch eine Berücksichtigung der Interessen auch der übrigen Anspruchsgruppen im Unternehmen geschaffen werden, indem dieses gute Mitarbeiter gewinnt, eine gute Reputation bei seinen Kunden und Lieferanten aufbaut und im Verhältnis zu den Behörden und der Gesellschaft für ein förderliches unternehmerisches Umfeld sorgt<sup>12</sup>.

Der aktualisierte «Swiss Code» enthält sodann verschiedene neue Leitlinien zur *Zusammensetzung des Verwaltungsrates*. Zu den wichtigsten gehören die folgenden:

- Der Verwaltungsrat soll eine angemessene *Diversität* seiner Mitglieder sicherstellen. Der Begriff bezeichnet im Grunde das Streben nach Vielfalt bei der Besetzung von Führungspositionen und wird in der Literatur vor allem unter den Aspekten einer höheren Internationalisierung des Verwaltungsrates und der verstärkten Repräsentanz von Frauen erörtert. Neu betont auch der Swiss Code, dass dem Verwaltungsrat weibliche und männliche Mitglieder angehören sollen, ohne jedoch eine feste Quote zu empfehlen<sup>13</sup>.
- Neu ist auch, dass eine Mehrheit des Verwaltungsrates bestimmte, in Ziff. 14 näher definierte *Unabhängigkeitskriterien* erfüllen soll<sup>14</sup>. Als unabhängig gelten dabei – wie bisher –, nicht exekutive Mitglieder des Verwaltungsrates, welche der Geschäftsführung nie oder vor mehr als drei Jahren angehört haben und die mit der Gesellschaft in keinen oder nur verhältnismässig geringfügigen geschäftlichen Beziehungen stehen.

<sup>9</sup> Vgl. dazu Mitteilung Nr. 4/2009 von SIX Exchange Regulation vom 11. August 2009, Schwerpunkte betreffend Durchsicht der Geschäftsberichte 2009 bzw. 2009/2010 in Bezug auf die Einhaltung der Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance, Ziff. II. B.; *Straub/Rüdlinger*, Revision der Richtlinie «Corporate Governance», GesKR 2014 297 ff., 301.

<sup>10</sup> Vgl. dazu *Christoph B. Bühler*, «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance», Anpassungsbedarf im Spiegel der internationalen Entwicklung, GesKR 2011 477 ff., 484.

<sup>11</sup> Dieses Konzept kommt vor allem in der neuen Definition von Corporate Governance des Swiss Code nach der Präambel zum Ausdruck. Aber auch in Ziff. 9 SCBP heisst es nun ganz konkret: «Der Verwaltungsrat lässt sich vom Ziel der nachhaltigen Unternehmensentwicklung leiten.»

<sup>12</sup> In diesem Sinne auch *Peter Forstmoser*, Profit – Das Mass aller Dinge?, Roger Zäch et al. (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 55 ff., 60; *Bühler* (Fn. 5) N 349 ff.; *Klaus J. Hopt*, Vergleichende Corporate Governance, ZHR 2011 444 ff., 448 f.; kritisch gegenüber dieser Ausweitung auf den Stakeholder-Ansatz demgegenüber *Böckli* (Fn. 2) 350 und *Karl Hofstetter*, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014 ST 2015 171 ff.

<sup>13</sup> Ziff. 12 Abs. 2 SCBP.

<sup>14</sup> Ziff. 12 Abs. 3 SCBP. Kritisch zur Unabhängigkeitsanforderung an den Verwaltungsrat *Böckli* (Fn. 2) 532.

Der Verwaltungsrat kann dabei weitere oder strengere Unabhängigkeitskriterien festlegen<sup>15</sup>.

- Auch die *Ausschüsse* des Verwaltungsrates sollen sich zumindest mehrheitlich aus unabhängigen Mitgliedern zusammensetzen<sup>16</sup>. Das gilt jedenfalls für den Nominationsausschuss<sup>17</sup>. Der Prüfungsausschuss und der Vergütungsausschuss sollen sich demgegenüber neu klar *ausschliesslich* aus nichtexekutiven und unabhängigen Mitgliedern zusammensetzen; in der bisherigen Sprachregelung war noch das Wort «vorzugsweise» enthalten<sup>18</sup>.
- Im Unterschied zum bisherigen Kodex, der es noch dem Verwaltungsrat überliess, ob ein Unternehmen in *Personalunion von Präsident und CEO* oder von zwei unterschiedlichen Personen geführt wurde, favorisiert der Swiss Code nun den Regelfall der Doppelspitze. Die Personalunion an der Unternehmensspitze soll jedoch «aus unternehmensspezifischen Gründen» weiterhin möglich sein, doch soll diesfalls für adäquate Kontrollmechanismen gesorgt werden<sup>19</sup>.

In Bezug auf die *Aufgaben des Verwaltungsrates*<sup>20</sup> werden neu dessen Verantwortung für die Compliance und das Risikomanagement betont. Dieses soll sich namentlich auf die finanziellen, operationellen und reputationsmässigen Risiken beziehen<sup>21</sup>. Hinsichtlich der Compliance soll sich der Verwaltungsrat an den gemeinsam von economiesuisse und SwissHoldings separat verfassten «*Grundzügen eines wirksamen Compliance-Managements*»<sup>22</sup> orientieren, auf welche im Swiss Code verwiesen wird<sup>23</sup>. Der Verwaltungsrat soll dabei namentlich geeignete Verhaltensleitlinien erlassen – in der Praxis besser bekannt unter dem neudeutschen Begriff «Code of Conduct»<sup>24</sup>.

Gestraft und angepasst wurde sodann auch der *Anhang 1 zum Swiss Code mit den Empfehlungen zu den Vergütungen* von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. Dieser ist vollständig durch neue, auf die relativ engen zwingenden Rahmenbedingungen der VegüV abgestimmte

Empfehlungen zur Ausübung des verbleibenden Handlungsspielraums des Verwaltungsrates ersetzt worden. Hier geht es eher um «fine tuning» als um echte Neuerungen<sup>25</sup>.

Eine wichtige Neuerung betrifft aber die Einführung des «*comply-or-explain*»-Prinzips: Unternehmen, die von den Empfehlungen des «Swiss Code» abweichen, sollen in geeigneter Weise erklären, weshalb sie sich für andere Lösungen entschieden haben<sup>26</sup>. Zu erklären sind dabei nur *eigentliche Abweichungen* oder Ausnahmen, nicht aber die Ausnützung des durch den Kodex eingeräumten Handlungsspielraums. Wichtig ist, dass der Swiss Code mit der Einführung des «comply-or-explain»-Prinzips letztlich nicht die Gestaltungsfreiheit des Unternehmens einschränken will. Man darf also durchaus andere, abweichende Lösungen wählen, wenn man sie erklären kann<sup>27</sup>.

#### IV. Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision

Noch weiter gehende, insbesondere auch über den Gehalt der VegüV hinausgehende Neuerungen im Bereich der Corporate Governance sieht der am 28. November 2014 veröffentlichte Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts<sup>28</sup> vor. Diese sollen hier im Überblick dargestellt werden, wobei nicht mehr auf diejenigen Revisionspunkte eingegangen wird, die bereits durch die VegüV eingeführt und nun im Wesentlichen in den Vorentwurf transferiert worden sind.

##### A. Revisionspunkte im Bereich der internen Corporate Governance

Im Bereich der internen Corporate Governance, welche die zweckmässige Organisation und Verfahrensweise der Unternehmensspitze betrifft, sind die folgenden Revisionspunkte hervorzuheben:

###### 1. Geschlechterquote

Eine echte Neuerung gegenüber der VegüV bildet die durch Art. 734e VE-OR eingeführte Offenlegungspflicht für Publikumsgesellschaften, welche die gesetzliche KMU-Schwelle überschreiten; diese haben neu eine allfällige Unterschreitung der Quote von 30% durch ein Geschlecht

<sup>15</sup> Ziff. 14 SCBP.

<sup>16</sup> Ziff. 23 SCBP.

<sup>17</sup> Ziff. 26 SCBP.

<sup>18</sup> Ziff. 23 und 25 SCBP sowie Ziff. 32 Anhang 1 SCBP.

<sup>19</sup> Ziff. 19 SCBP.

<sup>20</sup> Ziff. 9 ff. SCBP.

<sup>21</sup> Ziff. 20 SCBP.

<sup>22</sup> Herausgegeben von economiesuisse und SwissHoldings im September 2014.

<sup>23</sup> Ziff. 21 SCBP.

<sup>24</sup> Vgl. dazu *David Frick*, Der neue Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, GesKR 2014 431 ff., 438; *Hofstetter* (Fn. 12) 173.

<sup>25</sup> Dazu *Frick* (Fn. 24) 439 ff.

<sup>26</sup> Ziff. 27 Abs. 3 SCBP und Präambel SCBP, 6; vgl. *Bühler* (Fn. 10) 484 f.; *Frick* (Fn. 24) 434.

<sup>27</sup> *Frick* (Fn. 24) 434; *Hofstetter* (Fn. 12) 173.

<sup>28</sup> Vgl. Fn. 3.

im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung im Vergütungsbericht zu begründen und die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts darzulegen.

Es handelt sich hier zwar um eine bloss *Transparenzvorschrift*, doch es liegt auf der Hand, dass die Pflicht, eine Untervertretung eines Geschlechts zu begründen, unter den Aspekten der «political correctness» und Reputation faktisch bedeutet, dass diese Quote eingehalten werden muss<sup>29</sup>.

Diese Regelung ist – so sind auch die Erläuterungen zu Art. 734e E-OR zu verstehen<sup>30</sup> – in erster Linie *politisch* motiviert und lässt sich letztlich nicht stichhaltig mit funktionalen Überlegungen rechtfertigen; sie lehnt offensichtlich an die Vorgaben des einschlägigen EU-Richtlinienvorschlags<sup>31</sup> an, wonach in den EU-Mitgliedstaaten börsennotierte Unternehmen gesetzlich verpflichtet werden sollen, bei der Wahl neuer nicht exekutiver Verwaltungsräte bis zur Erreichung einer 40%-Quote dem unterrepräsentierten Geschlecht *bei gleicher Qualifikation* den Vorzug zu geben. Der nun vorgeschlagene «Swiss Finish» zu dieser Regelung sieht zwar nur eine 30%-Quote vor, doch enthält er nicht den entscheidenden Vorbehalt gleicher Qualifikation und erstreckt sich nicht nur auf den Verwaltungsrat, sondern auch auf die *Geschäftsleitung*. Damit schiesst er unter Governance-Aspekten in wesentlichen Punkten über den international austarierten EU-Konsens hinaus, der notabene umstritten und noch keineswegs in trockenen Tüchern ist. Man kann sich natürlich auch fragen, ob es *überhaupt* zur Aufgabe des Aktienrechts gehört, einem solchen gesellschaftspolitischen Postulat zum Durchbruch zu verhelfen<sup>32</sup>.

## 2. Konkretisierung der Sorgfaltspflicht im Vergütungsbereich

Politisch motiviert ist wohl auch die bereits im Gegenvorschlag des Bundesrates zur Minder-Initiative von 2008<sup>33</sup> enthaltene Vorschrift in Art. 717 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR, welche die allgemeine Sorgfaltspflicht hinsichtlich der *Festlegung der Vergütungen* der Führungsorgane konkretisieren soll. Diese sollen dafür sorgen, dass die Vergütungen «sowohl mit der wirtschaftlichen Lage als auch mit dem dauernden Gedeihen des Unternehmens im Einklang stehen und in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfänger stehen».

Eine solche spezifische Sorgfaltspflicht im Vergütungsbereich passt an sich nicht in das bewährte Konzept des Gesetzgebers, der die Sorgfaltspflicht ja bewusst als *allgemeine Handlungsmaxime* ausgestaltet hat; diese beinhaltet gerade kein konkretes Pflichtenheft, sondern bildet vielmehr die Grundlage für deren Konkretisierung im einzelnen Fall. Der Anwendungsbereich der Sorgfaltspflicht ist heute bewusst als eine weit gefasste Verhaltenspflicht ausgestaltet, um Regelungslücken möglichst vorzugreifen. Die Konkretisierung sollte dabei der Lehre und Praxis überlassen bleiben<sup>34</sup>.

## 3. Interessenkonflikte

Aus der Schublade mit der Botschaft zur Aktienrechtsrevision von 2007<sup>35</sup> geholt wurde auch die neue Bestimmung in Art. 717a VE-OR, welche den Umgang des Verwaltungsrates mit Interessenkonflikten nun explizit regelt. Demnach haben die Mitglieder des Verwaltungsrats den Präsidenten unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte zu informieren, der dann, soweit erforderlich, den Verwaltungsrat informiert. Befindet sich der Präsident in einem Interessenkonflikt, so wendet er sich an die anderen Mitglieder des Verwaltungsrates oder an den Vizeprä-

<sup>29</sup> Vgl. *Hans-Ueli Vogt*, Freiheit und Zwang im Aktienrecht, NZZ Nr. 15 vom 20. Januar 2015, 21.

<sup>30</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 42 und 152. In diesem Sinne auch *Peter Böckli*, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2015 1 ff., 4 f.

<sup>31</sup> Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Rates und des Parlaments zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Massnahmen vom 14. November 2012, COM 2012 614 final.

<sup>32</sup> *Vogt* (Fn. 29) 21; *Böckli* (Fn. 30) 5.

<sup>33</sup> Entwurf und Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2008 299 ff.; vgl. auch Erläuternder Bericht (Fn. 3) 136.

<sup>34</sup> Dazu bereits *Peter Böckli*, Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 2010 1 ff., 9, und *Christoph B. Bühler*, Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegenentwürfe, Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse Aktienrechtsrevision», Zürich 2010, 273 f.

<sup>35</sup> Entwurf und Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2007 1589 ff.

sidenten. Der Verwaltungsrat ergreift sodann die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind. Bei der Beschlussfassung über die Massnahmen muss die betroffene Person in Ausstand treten.

Die Bestimmung ist zu begrüssen, weil sie eine gewisse Rechtsunsicherheit in diesem Bereich beseitigt, die dadurch entstanden ist, dass die Frage des Umgangs mit Interessenkonflikten bisher nicht konkret geregelt war und aus der allgemeinen Treuepflicht abgeleitet werden musste<sup>36</sup>. Sie entspricht im Übrigen dem, was heute als «best practice» in den meisten Unternehmen bereits beachtet wird<sup>37</sup>.

#### 4. Zwingender Mindestgehalt des Organisationsreglements

Wie schon die Botschaft 2007<sup>38</sup> umschreibt der Vorentwurf in Art. 716b Abs. 2 neu den zwingenden Mindestinhalt des Organisationsreglements (Organisation und Ausschüsse des Verwaltungsrates, Organisation der Geschäftsführung, Modalitäten der Berichterstattung und Umgang mit Interessenkonflikten). Kommentarlos weggelassen wurde dabei die im Entwurf von 2007 noch enthaltene Pflicht, im Organisationsreglement auch die *wichtigen Geschäfte* zu nennen, die der Genehmigung durch den Verwaltungsrat bedürfen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb gerade dieses wesentliche Instrument der inneren Corporate Governance, das durchaus ins Organisationsreglement gehört, aus dem Katalog des Mindestgehalts herausgefallen ist<sup>39</sup>.

#### 5. Unzulässigkeit unechter Antrittsprämien und exzessiver Konkurrenzverbotsentschädigungen

Eine Verschärfung gegenüber dem Regelungsgehalt der VegüV bringt sodann Art. 735c VE-OR, der den Katalog der unzulässigen Vergütungen gemäss Art. 20 VegüV um *unechte Antrittsprämien* und *Entschädigungen für exzessive Konkurrenzverbote* ergänzt.

Antrittsprämien sind im Gegensatz zu den generell unzulässigen Vergütungen im Voraus Ersatzzahlungen für

werthaltige Ansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeit- oder Auftraggeber, die einem VR- oder GL-Mitglied zugestanden hätten, wenn es nicht das Unternehmen gewechselt hätte. Die Leistung einer Antrittsprämie ist weiterhin zulässig, doch muss ein klar nachweisbarer finanzieller Nachteil des Empfängers aufgrund des Stellenantritts der Gesellschaft kompensiert werden<sup>40</sup>.

Auch Entschädigungen für Konkurrenzverbote sind grundsätzlich zulässig; diese müssen jedoch marktüblich und geschäftsmässig begründet sein, indem dadurch namentlich ein potenzieller Schaden von der Gesellschaft abgewendet wird. Das Konkurrenzverbot ist ausserdem auf eine Dauer von 12 Monaten beschränkt<sup>41</sup>.

#### B. Revisionspunkte im Bereich der externen Corporate Governance

Ein weiteres Bündel von neuen Bestimmungen beschlägt sodann die *externe Corporate Governance*, welche sich auf das Zusammenspiel der Unternehmensspitze mit der Eigentümerebene und den weiteren Stakeholdern bezieht.

##### 1. Ausbau der Informationsrechte der Aktionäre

Eine wichtige Neuerung im Bereich der externen Corporate Governance betrifft den Ausbau der Informationsrechte der Aktionäre von nicht kotierten Aktiengesellschaften. Diese konnten ihren Informationsanspruch bisher praktisch nur an der Generalversammlung geltend machen.

##### a) Auskunftsrecht der Aktionäre zwischen den Generalversammlungen

Art. 697 Abs. 2 VE-OR sieht deshalb vor, dass jeder Aktionär einer nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft vom Verwaltungsrat schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen kann, soweit dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen der Gesellschaft entgegenstehen. Der Verwaltungsrat hat mindestens *zweimal im Jahr* auf die Anfragen zu reagieren. Die erteilten Auskünfte sind dann an der nächsten GV zur Einsicht aufzulegen oder den Aktionären unverzüglich elektronisch zugänglich zu machen<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Vgl. *Thomas Alexander Steinger*, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2011, 83 ff., 102 ff.; *Peter Böckli*, Insihgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 2012 354 ff.; *Bühler/Spichlin*, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, GesKR 2015 150 ff., 155 f.

<sup>37</sup> Ziff. 17 SCBP.

<sup>38</sup> Dort noch in Art. 716c E-OR 2007.

<sup>39</sup> So auch *Böckli* (Fn. 30) 5.

<sup>40</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 154 ff.; *Poggio/Zihler*, Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts, ST 2015 93 ff., 97 f.

<sup>41</sup> Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV.

<sup>42</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 111 f.

Das ist durchaus ein zweckmässiger Ansatz<sup>43</sup>. Zu Recht verzichtet der Vorentwurf auf ein *jederzeitiges* Auskunftsrecht der Aktionäre, wie es noch im Entwurf von 2007 vorgesehen war<sup>44</sup>. Das wäre mit einem zu grossen administrativen Aufwand für den Verwaltungsrat verbunden gewesen.

*b) Information über Vergütungen an der GV von nicht kotierten Gesellschaften*

Publikumsgesellschaften müssen nun ja gemäss VegüV und den neuen Artikeln 734 ff. VE-OR die Angaben zu den Vergütungen an das oberste Kader in einem *eigenständigen Vergütungsbericht* offenlegen<sup>45</sup>.

Die Kenntnis der Vergütung der obersten Führungsorgane ist an sich auch in *nicht kotierten Aktiengesellschaften* Voraussetzung für die Ausübung verschiedener Schutzrechte der Aktionäre. Daher soll gemäss Art. 697 Abs. 4 VE-OR künftig auch der Verwaltungsrat einer privaten Aktiengesellschaft verpflichtet werden, die Aktionäre anlässlich der Generalversammlung über die Vergütungen, Darlehen und Kredite nach den Vorgaben über den Vergütungsbericht zu informieren<sup>46</sup>. Dieser Informationsanspruch der Aktionäre ist durchaus legitim; die Anwendung des detaillierten Rasters von Art. 734a-c VE-OR ist für nicht kotierte Aktiengesellschaften jedoch eine übertriebene Anforderung<sup>47</sup>.

Die Anforderung an die im Vergütungsbericht offenzulegenden Informationen wird übrigens durch Art. 734a Abs. 3 VE-OR sogar noch *verschärft*, indem neu auch auf Stufe Geschäftsleitung nicht nur die Gesamtvergütung und die Vergütung des am höchsten bezahlten Mitglieds offenzulegen sind, sondern auch die *einzelnen Vergütungen pro Mitglied*<sup>48</sup>.

*c) Elektronisches Aktionärsforum*

Eine echte Neuerung für den Informationsaustausch unter den Aktionären bringt Art. 701g VE-OR, der Publikumsgesellschaften verpflichtet, den Aktionären ab der Einberufung der Generalversammlung bis zwei Tage vor deren Durchführung ein sogenanntes *«elektronisches Forum»*, z.B. einen «Chatroom», zur Verfügung zu stellen.

Dieses soll es den Aktionären insbesondere ermöglichen, die Traktanden und Anträge im Vorfeld der Generalversammlung zu diskutieren und Stimmempfehlungen abzugeben. Die Erläuterungen<sup>49</sup> stellen denn auch klar, dass mit der Verwendung des Wortes «insbesondere» zum Ausdruck gebracht wird, dass sich die Aktionäre dabei auch zu weiteren gesellschaftsrelevanten, jedoch für die einberufene Generalversammlung *nicht traktandierten Themen* äussern können. Es wird sich zeigen, welche «Blüten»<sup>50</sup> dieses Instrument tragen wird. Zu denken ist dabei namentlich an die Problematik der börsenrechtlichen Vorgaben zum Handeln in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe<sup>51</sup>.

*2. Einheit der Materie bei der Abstimmung über Traktanden in der Generalversammlung*

Eine bemerkenswerte Neuerung ist sodann in Art. 700 Abs. 3 VE-OR enthalten: Demgemäss hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass die Verhandlungsgegenstände die *Einheit der Materie* wahren, und der Generalversammlung alle Informationen vorzulegen, die für ihre Beschlussfassung von Bedeutung sind. Die Aktionäre sollen ihr Stimmrecht gezielt und unverfälscht ausüben können. Deshalb darf ein Traktandum nur einen einzigen Inhalt betreffen, innerhalb dessen alle Aspekte einen engen Zusammenhang aufweisen. Das gilt namentlich für Statutenänderungen. So dürfte künftig eine Totalrevision der Statuten nicht mehr in einer einzigen Abstimmung möglich sein, wie dies etwa verschiedene Publikumsgesellschaften noch im Zusammenhang mit der Umsetzung der VegüV praktiziert haben<sup>52</sup>.

*3. Verschärfungen gegenüber den Anforderungen der VegüV*

Im Vergütungsbereich führt der Vorentwurf sodann gegenüber der VegüV zwei weitere Verschärfungen ein, die im Verhältnis zu den Aktionären zu beachten sind:

*a) Statutarische Festlegung des maximalen Verhältnisses von fester und variabler Vergütung*

Stillschweigend und ohne Begründung ergänzt wurde der bereits in Art. 12 VegüV vorgesehene Katalog der Punkte,

<sup>43</sup> Gleicher Meinung Böckli (Fn. 30) 4.

<sup>44</sup> Art. 697 Abs. 2 E-OR 2007; Botschaft 2007 (Fn. 35) 1671 f.

<sup>45</sup> Art. 5 VegüV.

<sup>46</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 112.

<sup>47</sup> Böckli (Fn. 30) 4.

<sup>48</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 149 f.; Poggio/Zihler (Fn. 40) 98.

<sup>49</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 126.

<sup>50</sup> Kritisch auch Böckli (Fn. 30) 4.

<sup>51</sup> Art. 10 BEHV-FINMA. Dieses Problem scheint immerhin bereits erkannt worden zu sein, denn der Erläuternde Bericht (Fn. 3) 127 erwähnt, dass dabei «die Vorgaben der Eidg. Finanzmarktaufsicht zu beachten» seien.

<sup>52</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 122.

die – wenn sie geregelt werden – zu ihrer Verbindlichkeit in die Statuten aufgenommen werden müssen, der sogenannte bedingt notwendige Statuteninhalt. Gemäss Art. 626 Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR soll künftig auch das *Verhältnis zwischen fixer Vergütung und variabler Vergütung* je für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und einen allfälligen Beirat in die Statuten aufgenommen werden<sup>53</sup>.

Diese über den Regelungsgehalt der VegüV hinausgehende Vorschrift dürfte angeregt worden sein durch die einschlägige *Empfehlung der EU-Kommission von 2009*<sup>54</sup> sowie durch die Stimmrechtsrichtlinien von Stimmrechtsberatern wie *ethos*. Diese halten dafür, dass die maximale variable Vergütung nicht höher sein soll als das fixe Grundsalar<sup>55</sup>.

#### b) Verbot der prospektiven GV-Abstimmung über variable Vergütungen

In der VegüV nicht vorgesehen war auch das in Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 VE-OR nun enthaltene *Verbot der prospektiven Abstimmung der Generalversammlung über die variablen Vergütungen*. Zur Begründung ist in den Erläuterungen<sup>56</sup> zu lesen, «die variablen Vergütungen (»Bonii«) sollen erst festgelegt und von der GV genehmigt werden, wenn die revidierte Jahresrechnung und damit die definitiven Zahlen vorliegen. Dadurch müssen die Aktionärinnen und Aktionäre den Beschluss über ihre Stimmabgabe nicht auf Eventualitäten abstützen.» Dieser Schritt zur weiteren Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Aktiengesellschaft, von welcher bisher immerhin eine deutliche Mehrheit im Sinne des prospektiven Abstimmungsmodells Gebrauch gemacht hat, ist zu bedauern. Es mag zwar aus der partikulären Sicht der Aktionäre zutreffen, dass sie sich erst in Kenntnis des Jahresergebnisses ein gesichertes Bild über die Angemessenheit der Vergütungen der obersten Kader machen können. Diese Gewissheit geht jedoch auf die Kosten der Rechtssicherheit anderer Stakeholder, namentlich der Mitglieder der Geschäftsleitung, denen unter diesen Umständen zugemutet wird, ohne gesicherte Lohnerwartung in Vorleistung

zu gehen<sup>57</sup>. Die Dispositionsfreiheit würde ausserdem der Vielfalt der Ausgestaltungsvarianten der Aktiengesellschaften besser Rechnung tragen<sup>58</sup>.

#### 4. Ausdehnung des Anwendungsbereichs von für Publikumsgesellschaften konzipierten Bestimmungen auch auf nicht kotierte Aktiengesellschaften

Unnötige und unzweckmässige weitere Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit ergeben sich auch durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs von für Publikumsgesellschaften konzipierten Bestimmungen auf nicht kotierte Aktiengesellschaften:

##### a) Zwingende Einzelwahl des VR auch bei nicht kotierten Gesellschaften

So müssen gemäss Art. 710 Abs. 3 VE-OR die Mitglieder des Verwaltungsrates neu bei allen Gesellschaften *einzel*n gewählt werden<sup>59</sup>. Eine Wahl in corpore ist damit künftig also auch ausgeschlossen, wenn in einer nicht kotierten Gesellschaft diesbezüglich an sich Einvernehmen unter den Aktionären herrscht<sup>60</sup>.

##### b) Erstreckte Minimalfrist für Einberufung der GV

Gleiches gilt für die Verlängerung der minimalen Einberufungsfrist für die ordentliche GV von bisher 20 Tagen auf neu 30 Tage in Art. 701g VE-OR<sup>61</sup>. Diese mag wegen des elektronischen Aktionärsforums für börsenkotierte Gesellschaften begründet sein; für nicht kotierte Aktiengesellschaften stellt sie jedoch nichts anderes als eine unnötige Einengung der Handlungsfreiheit dar<sup>62</sup>.

#### 5. Stärkung der Mitwirkungs- und Klagerechte der Aktionäre

Der Vorentwurf enthält sodann verschiedene Vorschläge zur Überwindung des Problems der Zurückhaltung der Aktionäre bei der Wahrnehmung ihrer Mitwirkungs- und Klagerechte:

<sup>53</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 72.

<sup>54</sup> Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften vom 30. April 2009, ABl. Nr. L 120 vom 15. Mai 2009, 28 ff., Ziff. 3.

<sup>55</sup> Ethos, Richtlinien zur Ausübung der Stimmrechte 2015/Grundsätze zur Corporate Governance, Zürich 2014, 101.

<sup>56</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 153; vgl. auch *Poggio/Zihler* (Fn. 40) 98.

<sup>57</sup> *Blaeser/Glanzmann*, in: Watter/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015, Art. 18 N. 137 ff.; *Christoph B. Bühler* (Fn. 2) 450.

<sup>58</sup> So auch *Böckli* (Fn. 30) 6.

<sup>59</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 132.

<sup>60</sup> Kritisch auch *Böckli* (Fn. 30) 5.

<sup>61</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 127 f.

<sup>62</sup> *Böckli* (Fn. 30) 4.

a) *Senkung der Schwellenwerte zur Ausübung von Aktionärsrechten*

Einerseits sollen die Schwellenwerte zur Ausübung der Mitwirkungsrechte gesenkt werden, wobei zwischen börsenkotierten und nicht kotierten Aktiengesellschaften unterschieden wird. Anstelle der bisherigen Einheitsschwelle von 10% des Aktienkapitals soll bei ersteren für das Recht auf Sonderuntersuchung<sup>63</sup>, das Einberufungsrecht<sup>64</sup> und die Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft<sup>65</sup> neu ein Schwellenwert von 3% und für das Traktandierungs- und Antragsrecht<sup>66</sup> ein solcher von 0,25% gelten. Für die nicht kotierten Aktiengesellschaften soll demgegenüber nur der Schwellenwert für das Traktandierungs- und das Antragsrecht auf 2,5% gesenkt werden. Ausserdem soll nicht mehr zusätzlich am Nennwert angeknüpft werden<sup>67</sup>.

b) *Aktionärsklage auf Kosten der Gesellschaft*

Erheben Aktionäre gestützt auf Art. 678 VE-OR eine Rückerstattungsklage oder aber eine Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft, so sollen sie der Generalversammlung beantragen können, dass diese *Klage auf Kosten der Gesellschaft* geht<sup>68</sup>. Das Antragsrecht steht Aktionären zu, welche bei einer börsenkotierten Aktiengesellschaft 3 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen und bei einer nicht kotierten Aktiengesellschaft über 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen. Entspricht die GV dem Antrag nicht, so können die Aktionäre innert drei Monaten das Gericht um Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft ersuchen<sup>69</sup>. Dieses neue Recht dürfte zwar der «rationalen Apathie» der Aktionäre bei der Ausübung ihrer Klagerechte entgegenwirken, doch es besteht dabei ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass die Gesellschaft dadurch in lange dauernde Prozesse über die Frage nicht nur der Haftung ihrer Organe sondern auch über die Frage der Kostenanlastung an die Gesellschaft verwickelt wird. Das kann die Selbstverwaltung und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft nachhaltig beeinträchtigen. Ausserdem kann man sich fragen, ob in einer Kapitalgesellschaft wirklich der Richter anstelle der Aktionärsmehrheit darüber entscheiden soll, was im Interesse der Gesellschaft liegt<sup>70</sup>.

6. *Corporate Social Responsibility*

a) *Berichterstattungspflicht für Rohstoffunternehmen*

Ein Produkt der aktuellen Stossrichtung der Corporate-Governance-Debatte, welche der *Corporate Social Responsibility* einen höheren Stellenwert beimisst, ist die in Art. 964a ff. VE-OR geregelte Berichterstattungspflicht für Rohstoffunternehmen. Demnach sollen künftig Unternehmen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind und direkt oder indirekt im Bereich der Gewinnung von näher definierten Rohstoffen tätig sind, jährlich einen Bericht über ihre Zahlungen an staatliche Stellen von mindestens CHF 120 000 pro Geschäftsjahr verfassen. Der Bericht muss vom Unternehmen elektronisch veröffentlicht werden. Die Vorschriften dürften sich in erster Linie an börsenkotierte und grosse Rohstoffgewinnungsunternehmen richten<sup>71</sup>. Eine Delegationsnorm in Art. 964f VE-OR ermächtigt den Bundesrat allerdings sozusagen «auf Vorrat», die Berichterstattungspflicht im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens auf rohstoffhandelnde Unternehmen auszudehnen.

Diese Vorschriften zielen darauf ab, dem Missbrauch von Zahlungen von Rohstoffunternehmen an Regierungen von Abbauländern mit ungenügenden staatlichen Strukturen entgegenzuwirken, indem sie die Transparenz in diesem Bereich fördern. Damit fügt sich die Schweiz einem internationalen Trend, der in Europa insbesondere durch die EU-Rechnungslegungs- und Transparenzrichtlinien bereits reguliert worden ist<sup>72</sup>. Es geht hier vor allem darum – so die Erläuterungen – die «Reputationsrisiken für die Schweiz» als wichtiges Zentrum des internationalen Rohstoffhandels zu reduzieren – also letztlich um ein *politisches* Endziel<sup>73</sup>.

b) *Vorstösse zur Einführung einer Sorgfaltsprüfungspflicht für Unternehmen bezüglich Menschenrechten und Umwelt*

Verschiedene weitere Vorstösse im Bereich der Corporate Social Responsibility haben schliesslich (noch) nicht Eingang in den Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision gefunden. Hervorzuheben ist insbesondere die am 11. März 2015 im Nationalrat behandelte Motion 14.3671 der Aussenpoli-

<sup>63</sup> Art. 697e VE-OR.

<sup>64</sup> Art. 699 VE-OR.

<sup>65</sup> Art. 697j f. VE-OR.

<sup>66</sup> Art. 699a VE-OR.

<sup>67</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 45 ff.

<sup>68</sup> Art. 697j und 697k VE-OR.

<sup>69</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 115 f.

<sup>70</sup> Böckli (Fn. 30) 6.

<sup>71</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 173 ff.

<sup>72</sup> Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte grosse Unternehmen und Gruppen, ABl. Nr. L 330 vom 15. November 2014, 1 ff.

<sup>73</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 3) 56 f.

tischen Kommission des Nationalrates vom 1. September 2014, wonach der Bundesrat gestützt auf seinen in diesem Zusammenhang verfassten rechtsvergleichenden Bericht vom 2. Mai 2014<sup>74</sup> hätte beauftragt werden sollen, im Rahmen der Revision des Aktienrechts eine *Sorgfaltsprüfungspflicht für Unternehmen bezüglich Menschenrechten und Umwelt* vorzuschlagen. Gleiches verlangt auch die am 30. März 2015 eingereichte Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt»<sup>75</sup>, welche zusätzlich die Haftung der Schweizer Konzernmutter für den von ihren ausländischen Tochtergesellschaften in Verletzung von international anerkannten Menschenrechten oder internationalen Umweltstandards verursachten Schaden in der Verfassung verankern will.

Das Konzept der Sorgfaltsprüfung ist auf die OECD-Leitlinien für multinationale Unternehmen von 2011 und die UNO-Leitlinien für Wirtschaft und Menschenrechte<sup>76</sup> zurückzuführen. Die Motion der Aussenpolitischen Kommission und die Volksinitiative gehen aber deutlich weiter als das, was heute international vor dem Hintergrund der erwähnten Standards auch regulatorisch konkret umgesetzt ist<sup>77</sup>. So sehen insbesondere auch die einschlägigen EU-Richtlinien<sup>78</sup>, welche grössere Unternehmen zwar verpflichten, nicht finanzielle Informationen über Menschenrechte und Umwelt im Lagebericht offenzulegen, *keine Sorgfaltsprüfungspflicht* vor. Es gilt zudem das *comply-or-explain-Prinzip*, d.h., die Unternehmen können auf eine inhaltliche Berichterstattung verzichten, wenn sie dies mit einer Erklärung begründen.

Dass die Menschenrechte einzuhalten und mit der Umwelt verantwortungsvoll umzugehen ist, wird niemand bestreiten. Die Grundfrage lautet aber, ob die Kontrolle dabei in erster Linie den Führungsorganen von Unternehmen

oder aber dem *Staat* übertragen werden soll. Die Menschenrechte sind im Kern Garantien der Einzelpersonen gegen einen allmächtigen und willkürlichen Staat. Spricht man also davon, das Unternehmen sei für «Verletzungen der Menschenrechte und der Umwelt» im Ausland in die Pflicht zu nehmen, so geht bei genauer Betrachtungsweise rechtlich darum, die Muttergesellschaft im Inland als eine Art Generalgarantin dafür einstehen zu lassen, was schwache Staaten im Ausland durchzusetzen versäumen. Dabei wird klar, dass das Aktienrecht hier im Grunde als Plattform zur Erreichung eines Regelungsziels verwendet wird, für welches es gar nicht konzipiert ist.

Geht es aber darum, die Führungsorgane von Schweizer Konzernen in Bezug auf die Einhaltung der Menschenrechte und Umweltanliegen im Rahmen ihrer Auslandaktivitäten in die Pflicht zu nehmen, so rennt die Forderung damit offene Türen ein, denn die Konzernleitung ist nach Schweizer Aktienrecht an sich bereits zu einem sorgfältigen konzernweiten Risikomanagement auch in Bezug auf die Einhaltung der Menschenrechte und der Umweltvorschriften verpflichtet.

Der Nationalrat hat die Motion daher am 11. März 2015 zu Recht abgelehnt<sup>79</sup>. Das ist aber möglicherweise noch nicht das Ende der Fahnenstange, denn Frau Bundespräsidentin Simonetta Sommaruga hat in ihrem Abschlussvotum zu diesem Geschäft im Nationalrat in Aussicht gestellt, dass der Bundesrat das Anliegen, das in dieser Motion zum Ausdruck komme, unterstütze und daher mit einer eigenen Regelung die entsprechenden Entwicklungen aufnehmen werde.

## V. Schluss

Lassen wir die dargelegten jüngsten Entwicklungen im Bereich der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative Revue passieren, so sind im Ergebnis vor allem *drei grundlegende Tendenzen* festzustellen:

- Während bisher vorwiegend der «Shareholder Value» als Leitmaxime für ein gut funktionierendes Zusammenspiel von Führung und Kontrolle im Unternehmen diente, scheint sich die Corporate-Governance-Diskussion nun vermehrt am *Stakeholder-Ansatz* zu orientieren; dieser Paradigmenwechsel zeichnet sich sowohl in der sanfteren «Best Practice» als auch auf der harten Regulierungslinie des Gesetzesrechts ab.

<sup>74</sup> Aussenpolitische Kommission Nationalrat, Rechtsvergleichender Bericht vom 30. Oktober 2012, Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechten und Umwelt in Zusammenhang mit den Auslandaktivitäten von Schweizer Konzernen, Bericht in Erfüllung des Postulates 12.3980.

<sup>75</sup> BBl 2015, 3245.

<sup>76</sup> United Nations, Guiding Principles on Business and Human Rights, New York/Geneva 2011.

<sup>77</sup> Vgl. dazu Peter Forstmoser, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, Angela Cavallo et al. (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich 2012, 703 ff.; Müller/Fritsch, Die soziale Verantwortung (multi-)nationaler Unternehmen im Rahmen der internationalen Instrumente – eine Gegenüberstellung, Bani/Obrist (Hrsg.), *Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Zürich 2014, 407 ff.

<sup>78</sup> Vgl. Fn. 72.

<sup>79</sup> Amtliches Bulletin des Nationalrates vom 11. März 2015 zum Geschäft 14.3671.

- Die bewährte *Gestaltungsfreiheit* des Schweizer Aktienrechts wird durch zwingende Vorschriften und Erweiterungen des Anwendungsbereichs von an sich für Publikumsgesellschaften konzipierten Regeln auch auf nicht börsennotierte Unternehmen teilweise unbedacht *weiter eingeschränkt*.
- Das Aktienrecht wird zunehmend *instrumentalisiert*, um gesellschafts- und wirtschafts*politischen* Anliegen zum Durchbruch zu verhelfen.