

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister		
+	1 1. MRZ. 2015	+
No.		

Swiss Plastics
Schachenallee 29C
CH-5000 Aarau
+41 62 834 00 60
info@swiss-plastics.ch
www.swiss-plastics.ch

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
CH 3003 Bern

Urs F. Meyer
Geschäftsführer

u.meyer@swiss-plastics.ch

Aarau, 10. März 2015 | UFM

Betreff: Stellungnahme zur Änderung des Obligationenrechts

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Als Branchenverband der Kunststoffindustrie der Schweiz nehmen wir gerne Stellung zu ausgewählten Punkten der vorgeschlagenen Vorlage. Wir bedanken uns bestens für die Kenntnisnahme unserer Anliegen.

Keine Quotenregelung im Obligationenrecht

Art 734e postuliert die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung von börsenkotierten Unternehmen. Swiss Plastics vertritt die Meinung, dass im Obligationenrecht **ausschliesslich** Regelungen aufgeführt werden sollen, welche direkt mit der Führung und Ausgestaltung einer Unternehmung zu tun haben, sowie Sicherheiten für die Aktionäre und die Gläubiger regeln. Die Forderung nach der geschlechtlichen Zusammensetzung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung einer privaten Gesellschaft **geht den Gesetzgeber nichts an**, da dies nicht sicherheitsrelevant ist.

Selbst bei börsenkotierten Unternehmen hat sich der Staat in die Besetzung des Verwaltungsrates und schon gar nicht in jene der Geschäftsleitung einzumischen. Will eine Schweizer Unternehmung im Ausland tätig sein, so ist es deren Sache, die ausländischen Auflagen zu erfüllen; nicht jene des Obligationenrechtes. Swiss Plastics **lehnt** in diesem Sinn die Quotenregelung **ab**.

Keine Abschaffung der Buchwertkonsolidierung

Swiss Plastics setzt sich für einen attraktiven Wirtschaftsstandort Schweiz ein. Sie lehnt deshalb die im Rahmen der Aktienrechtsrevision vom Bundesrat vorgeschlagene Abschaffung der Buchwertkonsolidierung für mittelständische Konzerngesellschaften über

gewissen Schwellenwerten ausdrücklich ab. Die Konzernrechnungslegung gemäss «anerkannten Standards» muss weiterhin auf Freiwilligkeit beruhen. Damit kann die KMU-Landschaft unseres Landes weiter gestärkt werden.

Nachstehend einige **Gründe**, welche für Swiss Plastics dafür sprechen, die Buchwertkonsolidierung auch weiterhin beizubehalten:

- Die „anerkannten Standards“, welche im Gesetzesentwurf als obligatorisch proklamiert werden, verursachen erfahrungsgemäss **grosse Aufwände** und Kosten. Davon sind unter anderem auch in Konzerne eingegliederte KMU betroffen.
- Wirtschaftlich gesehen muss einem Aufwand auch ein Ertrag (Nutzen) gegenüberstehen. Dies ist bei der Einführung der „anerkannten Standards“ nicht gegeben. Legitime Anliegen wie der **Minderheitenschutz** werden durch umfangreiche Regelungen im bestehenden Recht **bereits gewährleistet**. Es gibt deshalb Grund, vom bewährten Prinzip der Freiwilligkeit abzukommen; zumal keine Fälle in unserem Land bekannt sind, welche im KMU-Bereich wegen mangelnder Regelung zu Schadenfällen der Minderheiten geführt hätten.
- Die Rechnungslegung gemäss «anerkannten Standards» verbietet die Schaffung von **stillen Reserven**. Diese sind jedoch eine wichtige Säule vieler Unternehmen und haben einen stabilisierenden Effekt in Krisenzeiten. Bestes Beispiel ist die gegenwärtige Situation mit der Euroschwäche und der Eigenhilfe bei den exportorientierten KMU. Es besteht nicht dasselbe öffentliche Interesse an voller Transparenz (bezogen auf buchhalterische Reserven), wie bei Publikumsgesellschaften.
- Mit der vorgesehenen Neuregelung würde neben Publikumsgesellschaften und KMU eine weitere Kategorie bezüglich Rechnungslegung geschaffen. Swiss Plastics ist der Auffassung, dass eine solche zusätzliche Ebene unnötig ist und nur weiteren **administrativen Aufwand** generieren.
- Das **Parlament** hat bereits 2011 die Abschaffung der Buchwertkonsolidierung für grössere mittelständische Konzerne **abgelehnt**. Mit dem erneuten Vorstoss zur Abschaffung versucht der Bundesrat diesen demokratischen Entscheid zu untergraben

Wir bedanken uns bestens für die Möglichkeit der Stellungnahme und für die Beachtung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse


Swiss Plastics
Urs F. Meyer
Geschäftsführer


Peter Stauffer
Stv. Geschäftsführer



Swiss-American Chamber of Commerce

Talacker 41, 8001 Zurich, Switzerland Phone: 043 443 72 00 Fax: 043 497 22 70
www.amcham.ch e-mail: info@amcham.ch



Vorab per E-Mail

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
z. Hd. von Herrn Florian Zihler
Bundesamt für Justiz
CH 3003 Bern

Zürich, 13. März 2015

Vernehmlassung zur Aktienrechtsrevision – Frage der Anwendbarkeit von Vergütungsbestimmungen, welche durch Art. 95 III BV verursacht sind, auf Gesellschaften, die einzig im Ausland kotiert sind und als kotierte Gesellschaften ihren Sitz in die Schweiz verlegen

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Zihler

Wir beziehen uns auf die Medienmitteilung des Bundesrates vom 28. November 2014 zum Vorentwurf über die Änderungen des Obligationenrechts (Aktienrecht), in welcher interessierten Kreisen die Gelegenheit gegeben wurde, bis am 15. März 2015 an einer Vernehmlassung zu den Vorschlägen Stellung zu nehmen. Mit vorliegender Eingabe (samt ihren Beilagen) wollen wir von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und danken Ihnen dafür, dass wir auf diese Art im Gesetzgebungsprozess gehört werden.

Unsere Vernehmlassung nimmt Bemühungen auf, welche damals 8 Gesellschaften im Rahmen des Erlasses der VegüV im Sommer 2013 unter Federführung der Swiss-American Chamber of Commerce mit dem Ziel initiiert haben, für Gesellschaften die einzig im Ausland kotiert sind und als kotierte Gesellschaften ihren Sitz in die Schweiz verlegen, die Möglichkeit eines "Opting-out" zu schaffen;

diese Bemühungen sind im Erläuternden Bericht auf S. 15 auch kurz angesprochen.¹ Im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten zur VegüV wurde damals aber – auch vom Bundesamt für Justiz – bedeutet, dass ein *Opting-out*, wie es hierin gefordert wird, nur im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsprozess erfolgen kann.

Wenn die Zahl der heutigen Unterzeichner kleiner ist, dann deshalb, weil – wie zu erwarten war und damals schon vorausgesagt wurde – drei damalige Unterzeichner die Schweiz verlassen haben (eine Unternehmung allerdings im Rahmen einer Transaktion). Wir bitten Sie dabei zu beachten, dass aus Sicht der Schweizer Volkswirtschaft nicht nur relevant ist, wie viele Gesellschaften wegen inkompatibler Regelungen die Schweiz verlassen, sondern noch *viel wichtiger ist, welche Gesellschaften wegen Schwierigkeiten mit dem Schweizer Entschädigungsrecht ihren Sitz gar nicht mehr hierher verlegen*. Wir verweisen hierzu auf die folgenden Ausführungen.

Für Rückfragen können Sie sich an Herrn Benedikt Gschwend² und an Herrn Andrew Etkind³ wenden. Wir bitten Sie allfällige Korrespondenz an Martin Naville, Swiss-American Chamber of Commerce zu richten.⁴

I Formulierungsvorschlag für eine neue Bestimmungen

- 1 Analog zu den Bemühungen im Sommer 2013 wollen die Vernehmlasserinnen nur erreichen, dass Aktionäre von Firmen, die bereits im Ausland kotiert waren und ihren Sitz in die Schweiz verlegen, *wählen können*, sich in Vergütungsfragen einzig dem ausländischen Recht zu unterstellen. Es geht also nicht darum, einzelne Gesellschaften per se anders oder besser zu stellen, sondern darum, den Aktionären in Spezialsituationen eine Wahlmöglichkeit zu geben, dies ganz im Sinne des auch von Art. 95 III BV geforderten Aktionärsschutzes – die Anwendung von zwei Systemen (meist dem amerikanischen und dem schweizerischen) führt nämlich zu bedeutenden Kosten, welche letztlich die Aktionäre zu tragen haben. Die Aktionäre sollen entscheiden können, welches Recht sie für sich und die ihnen gehörende Gesellschaft wählen wollen (und damit indirekt, wieviel sie das kosten soll), dies auch vor dem Hintergrund, dass gerade die an der amerikanischen Börse kotierten Unternehmen ohnehin äusserst strengen und lang erprobten Vergütungsregulierungen unterliegen.

- 2 Eine Formulierung könnte folgendermassen lauten:

Aktionäre einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland, die ihren Sitz in die Schweiz verlegt oder die im Rahmen eines grenzüberschreitenden Zusammenschlusses mehrheitlich im Ausland tätiger Unternehmungen die Schweiz als künftiges Sitz-

¹ Vgl. hierzu das Schreiben der Swiss American Chamber of Commerce an Frau Bundesrätin Sommaruga vom 23. Juli 2013.

² Ace Limited, Bärensasse 32, 8001 Zürich, Tel. 043 456 76 11.

³ Garmin Ltd., Mühlenstallstrasse 2, 8200 Schaffhausen, Tel. 052 630 16 58.

⁴ Swiss-American Chamber of Commerce, Talacker 41, 8001 Zürich.

Land wählt, können in den Statuten vorsehen, dass für die Gesellschaft die Bestimmungen des vierten Abschnittes (Art. 732 ff. des Obligationenrechts) nicht anwendbar sind (opting-out), wenn eine bereits im Ausland bestehende Kotierung aufrechterhalten wird und keine Kotierung in der Schweiz erfolgt.

Übergangsrechtliche Regelung im Schlusstitel: Die Bestimmung von Art. [X] gilt auch für Gesellschaften, die ihren Sitz seit 1. Januar 2005 in die Schweiz verlegt haben und im Übrigen die Voraussetzungen dieses Artikels erfüllen.

Die Formulierung ist so gewählt, dass Firmen, die bereits hierzulande kotiert sind, oder historisch hier ansässig waren, von diesem *Opting-out* nicht profitieren können, ebensowenig Schweizer Firmen, die im In- oder Ausland einen IPO planen, was deshalb notwendig ist, weil Art. 95 III BV für diese Gesellschaften keine Ausnahme- oder Ausweichmöglichkeit zulässt. Wird eine Bestimmung nach vorstehendem Muster in das Gesetz aufgenommen, profitieren lediglich (i) die Vernehmlasserinnen plus (ii) weniger als eine Handvoll Gesellschaften, die in einer ähnlichen Situation sind (beide allerdings nur von der übergangsrechtlichen Regelung) und (iii) insb. *alle Firmen, die erwägen, in die Schweiz zu ziehen und deren Aktionäre keinen kostspieligen doppelten Regulierungen unterstellt sein wollen*. Analoges gilt (iv) für Fälle, wo sich zwei Unternehmen zusammenschliessen und die Schweiz als neuen, gemeinsamen Standort vorsehen, was in der Vergangenheit immer wieder vorkam.

- 3 Die gewählte Formulierung diskriminiert auch nicht gegen die Schweizer Börse, da sie nur anwendbar ist, falls bereits eine ausländische Kotierung besteht und diese aufrechterhalten wird. Bei Erstkotierungen greift sie nicht.

II Begründung

1 Volkswirtschaftliche Vorteile

- 4 Wie dies bereits im Rahmen der bisherigen Bemühungen unter Federführung der Swiss-American Chamber of Commerce festgehalten wurde⁵, hat der Umsetzungsvorschlag des Vorentwurfes (wie auch die VegÜV) für Unternehmen mit gegenwärtigem oder künftigem Sitz in der Schweiz, jedoch ausschliesslicher Kotierung im Ausland, eine schwierige (und teure) Konfliktsituation zwischen zwei Rechtsordnungen zur Folge. Im Falle einer Sitzverlegung dieser schon heute hier ansässigen Unternehmen ins Ausland, hätte dies erhebliche negative Auswirkungen auf die Schweizer Volkswirtschaft (wie einleitend festgehalten wurde, sind schon drei Unternehmen aus der Schweiz weggezogen). Im Jahr 2013 beschäftigte die ursprüngliche Gruppe knapp

⁵ Schreiben der Swiss American Chamber of Commerce an Frau Bundesrätin Sommaruga vom 23. Juli 2013.

2'000 Mitarbeiter. Die durch sie geleisteten Steuerzahlungen an Bund und Kantone beliefen sich auf rund CHF 100'000'000, dazu kommen Einkommenssteuern der Kader in der Höhe von ca. CHF 50'000'000, sowie sämtliche einschlägigen Sozialabgaben.⁶ Zu berücksichtigen ist auch die wirtschaftliche Bedeutung des Konsums dieses Kaderpersonals, sowie aller weiteren Angestellter.⁷ Trotz der geringen Anzahl solcher Unternehmen gehören diese zu den überproportional starken Steuerzahlern und Arbeitgebern, deren potentielle Sitzverlegung ins Ausland bei der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV nicht ohne Not in Kauf genommen werden sollte.

- 5 In welchem Umfang sich diese Kennzahlen seit Juli 2013 bereits reduziert haben, kann nicht genau abgeschätzt werden. Kommuniziert wurde bereits, dass einige Grossunternehmen der betroffenen Gruppe ihren Sitz ins Ausland verlegt und somit die diversen Dislozierungsankündigungen im Vorfeld der Abstimmung über die Minder-Initiative in die Tat umgesetzt haben. Dazu zu zählen ist etwa der Erdöl-Plattformbetreiber Noble Corporation⁸, dessen Wegzug bei der Berechnung der angesprochenen Kennzahlen bereits in Abzug gebracht wurde. Den Hauptsitz nach Irland verlegte sowohl der Sicherheits- und Brandsystemkonzern Tyco im November 2014⁹ als auch der Wassertechnologiekonzern Pentair im Rahmen einer grenzüberschreitenden Transaktion.¹⁰ Und auch der im November 2014 von der britischen Amec übernommene Anlagebaukonzern Foster Wheeler hat die Schweiz verlassen.¹¹ Dass der Wegzug dieser Unternehmen in direktem Zusammenhang mit der Umsetzung der Minder-Initiative steht, lässt sich im Falle der Noble Corporation anhand eines Auszugs aus deren *Proxy Statement*¹² aufzeigen, in welchem sich die Gesellschaft wie folgt äussert:

*"The legal requirements we will be subject to as a company incorporated in the U.K. and listed on the NYSE strike the right balance between robust external governance oversight and regulation of our executive pay practices, and the ability of our board of directors to fix and adjust executive compensation to incentivize our executive management and to offer competitive salaries and benefits. We believe that this balance will be negatively impacted in Switzerland once recent as well as imminent initiatives to change Swiss law become effective."*¹³

- 6 Ähnlich äusserte sich Tyco gegenüber der Nachrichtenagentur Reuters, in deren Berichterstattung die folgenden Ausführungen zu finden sind:

⁶ Schreiben des Schweizerischen Generalkonsulats New York an Frau Bundesrätin Sommaruga.

⁷ Schreiben der Swiss-American Chamber of Commerce an Frau Bundesrätin Sommaruga vom 23. Juli 2013.

⁸ NZZ Newsticker vom 2. Juli 2013.

⁹ Tyco Press Release vom 30. Januar 2015; vgl. auch Artikel der Handelszeitung vom 3. April 2014, sowie NZZ Newsticker vom 3. April 2014.

¹⁰ Pentair News Release vom 3. Juni 2014; vgl. auch Artikel der Bilanz vom 16. April 2014.

¹¹ Artikel der Bilanz vom 16. April 2014.

¹² Das *Proxy Statement* ist ein umfangreiches Dokument, welches sehr detailliert darlegt, worüber die Aktionäre abstimmen, und diesen die dazu notwendigen Informationen vermittelt.

¹³ Auszug aus dem definitiven *Proxy Statement* von Noble Corporation vom 5. September 2013.

*"Security systems maker Tyco International said its board had approved a proposal to move the company's headquarters to Ireland from Switzerland, citing recent Swiss laws capping executive pay and tightening immigration rules. Under a proposal called Minder Initiative, Switzerland is pushing public companies to allow shareholders to give a binding vote on executive pay amount, veto executive pay proposals and ban big rewards for new and departing managers. 'Recent changes to Swiss law impacting regulatory environment are of great concern to us,' Tyco spokesman Steve Wasdick told Reuters."*¹⁴

- 7 Wie eingangs angesprochen, bereitet jedoch nicht nur der Wegzug von Unternehmen Anlass zur Sorge. Insbesondere im Raum New York bekundeten diverse Wirtschaftsakteure gegenüber dem Schweizerischen Generalkonsulat, sowie dem Swiss Business Hub wiederholt ihre Besorgnis über die geplante Umsetzung der Minder-Initiative.¹⁵ Aufgrund der aktuellen Entwicklung, welche aus Sicht ausländischer Unternehmen als Rechtsunsicherheit qualifiziert wird, sowie aufgrund der Kosten und der Normkonflikte zwischen der ausländischen Börsenregulierung und der Umsetzung der Minder-Initiative, ist zu erwarten, dass eine Ansiedlung in der Schweiz unter dem aktuellen Aktienrechtsentwurf für betroffene ausländische Unternehmen nicht mehr attraktiv ist. Dieser Schaden dürfte weitgrösser sein als die entgangenen Steuereinnahmen von Unternehmen, die weggezogen sind oder noch wegziehen.
- 8 Eine strenge Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV, wie sie der Vorentwurf derzeit vorsieht, verschärft diese Problematik weiter und schwächt den Wirtschaftsstandort Schweiz in einer Weise, welche nach Ansicht der Unterzeichnenden für eine Umsetzung, sowohl des Wortlauts von Art. 95 Abs. 3 BV, als auch der Zielsetzung der Initiative nicht geboten ist. Der oben vorgeschlagene Wortlaut und die damit einhergehende Möglichkeit eines *Opting-out* für Unternehmen, welche nicht an der Schweizer Börse kotiert sind und auch historisch nicht in der Schweiz ansässig waren, bietet unter Berücksichtigung der Ziele der Initiative eine sachgerechte Lösung, durch welche weitere volkswirtschaftliche Einbussen vermieden werden können.

2 Unterstützung durch relevante Behörden und Organisationen

- 9 Das Interesse an einer (eine Randfrage betreffenden) restriktiveren Umsetzung der Minder-Initiative im hier vorgeschlagenen Sinne wird nicht nur von den Unterzeichnenden und weiteren betroffenen Unternehmen selbst anbegehrt, auch Wirtschaftsorganisationen und diverse Kantonsregierungen haben sich besorgt gezeigt und sich aktiv im Prozess der Umsetzung der Initiative engagiert.

¹⁴ Artikel der Reuters vom 4. Mai 2014; ausserdem ist anzumerken, dass auch das Grossunternehmen Weatherford, wenn es auch nicht in die betroffene Unternehmensgruppe im Sinne der vorliegenden Vernehmlassung fällt, ihren Wegzug in direkte Verbindung zur Minder-Initiative gesetzt hat, vgl. dazu den Artikel der SwissInfo vom 3. April 2014.

¹⁵ Schreiben der Switzerland Global Enterprise vom 8. November 2013 an das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, sowie an das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO.

- 10 So hat sich etwa die Switzerland Global Enterprise in ihrem Schreiben an die Regierung¹⁶ für das Anliegen der Unterzeichnenden stark gemacht und begrüsst die hier vorgeschlagene Lösung. Insbesondere hervorgehoben wurde das bereits angesprochene potentielle Risiko des Wegzuges von betroffenen Unternehmen, sowie die Schwächung des Unternehmensstandortes Schweiz und die dadurch verursachte Erschwerung der hiesigen Ansiedlung ausländisch kotierter Unternehmen (vgl. schon RZ 4 oben). Mit gleichen Argumenten und ebenfalls den vorliegenden Umsetzungsvorschlag begrüssend, wandte sich auch der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen mit der Bitte an den Bundesrat, die Möglichkeit des *Opting-out* entsprechend umzusetzen.¹⁷
- 11 Die Beteiligung sowohl der betroffenen Unternehmen, wirtschaftlichen Organisationen und der Kantonsregierungen, als auch die negative mediale Resonanz zeigen, dass der aktuelle Vorentwurf in Bezug auf die vorliegende Thematik nicht im besten Interesse des Wirtschaftsstandortes Schweiz liegt und über das Ziel der Initiative hinaus-schiesst.

3 Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Bestimmung

- 12 Das vorgeschlagene *Opting-out* erfasst ausschliesslich ausländische Unternehmen, welche nicht an der Schweizer Börse kotiert sind und auch nicht historisch in der Schweiz ansässig waren. Das Ziel der hier vorgeschlagenen Umsetzung besteht keineswegs in der Umgehung der Vorgaben der Minderinitiative – die Aktionäre der hier auftretenden Gesellschaften sind ja durch das Recht des Landes ihrer Kotierung in etwa ähnlichem Ausmass geschützt, wenn sich die Schutzmechanismen im Detail auch unterschieden (vgl. das Beispiel unten, unter Ziff. 16 zu Abgangsentschädigungen, welche aber nur fehlenden Kündigungsschutz ersetzen). Vielmehr entspricht sie deren Zielsetzung, sowohl die Volkswirtschaft als auch die Aktionärinnen und Aktionäre zu schützen und deren Rechte zu stärken. Den Interessen der Aktionäre ist vielmehr gedient, wenn sie selbst bestimmen können, ob sie einer oder zweier Rechtsordnungen unterliegen möchten. Der Wirtschaftsstandort Schweiz soll auch nicht weiter an Attraktivität für ausländische Investoren verlieren, welche keine historische bedeutsame Verbindung zur Schweiz aufweisen und überdies nur eine sehr geringe Anzahl von Schweizer Aktionären zu ihrem Aktionariat zählen.
- 13 Der am 28. November 2014 vom Bundesrat vorgestellte Vorentwurf erfasst nun aber (wie schon die VegüV) in- und ausländisch kotierte Unternehmen gleichermassen. Ob jedoch ein *Opting-out* mit dem Wortlaut von Art. 95 Abs. 3 BV vereinbar oder deren Einführung gar geboten ist, muss durch Auslegung bestimmt werden. Ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Rolf Watter nimmt sich dieser Frage aus allen Perspektiven juris-

¹⁶ Schreiben der Switzerland Global Enterprise vom 8. November 2013 an das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, sowie an das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO.

¹⁷ Schreiben des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen vom 3. September 2013.

tischer Auslegung an.¹⁸ Zusammenfassend kommt der Gutachter zum Schluss, dass sowohl eine Auslegung nach dem Wortlaut, wie auch eine Auslegung im historischen Kontext ein *Opting-out* durchaus zulassen würden.

- 14 So zeigt etwa eine systematische Auslegung, welche nach der Bedeutung einer Bestimmung aufgrund ihres Kontextes in der Rechtsordnung fragt, dass der Wegzug betroffener Unternehmen, sowie die Erschwerung deren Zuzugs weder der Bedeutung der Bestimmung, noch der Zielsetzung der Initiative entspricht. Die Schwächung des Unternehmensstandorts Schweiz wirkt dem Initiativziel (und damit Art. 95 III BV) vielmehr entgegen.
- 15 Insbesondere die teleologische Auslegung, welche nach dem Sinn und Zweck einer Bestimmung fragt und als primäre Auslegungsmethode gilt, zeigt zwar, dass es das Ziel der Initiative war, Schweizer Unternehmen mit in- oder ausländischer Kotierung den Minder-Regelungen zu unterstellen. Dass jedoch auch die ausländische Kotierung erfasst ist, bezweckt lediglich zu verhindern, dass sich durch eine blosser Änderung der Kotierung ein Unternehmen den Regelungsbereich der Minder-Initiative entziehen kann. Die Einführung der Möglichkeit eines *Opting-out* überlässt den Aktionären die Entscheidung, ob sie sich den Minder-Regelungen unterstellen wollen, dies aber nur, wenn dies im Zusammenhang mit einem Umzug in die Schweiz passiert und bereits ein Schutzniveau im Land der Kotierung besteht.
- 16 Die vorgeschlagene Übergangsregel rechtfertigt sich aus Gründen der Gleichbehandlung, sollten doch auch Gesellschaften profitieren können, die diesen Schritt früher gemacht, aber auch heute mit dem Umstand zu kämpfen haben, dass sie unter zwei schwierig in Einklang zu bringenden Systemen operieren müssen und deswegen erhebliche Kosten tragen: so sind beispielsweise Abgangsentschädigungen in den USA üblich, aber primär deshalb, weil dort gar keine Kündigungsfristen bestehen. Da die hier agierenden Firmen auch ihr Management überwiegend auf diesem oder anderen, ähnlich funktionierenden Märkten suchen müssen, sind sie benachteiligt und ihre Konkurrenzfähigkeit in Bezug auf die Rekrutierung von Top-Kadern ist aufgrund der Minder-Bestimmungen eingeschränkt.
- 17 Des Weiteren haben die Aktionäre der an der Amerikanischen Börse kotierten Unternehmen gemäss Amerikanischem Recht rückwirkend über die Vergütung der sog. *Named Executive Officers (NEOs)* abzustimmen. Da diese jedoch nicht auch zwingend Mitglieder der Geschäftsleitung sein müssen, ergibt sich für die Aktionäre Verwehlungspotential. Ausserdem müssen die Aktionäre aufgrund der Vorgabe, dass die Abstimmung hiezulande bindend ist, womit praktisch über Vergütungen im Voraus abgestimmt werden muss, über die gleichen Vergütungen auch noch (rückwirkend) ein zweites Mal abstimmen, sodass widersprüchliche Beschlüsse ergehen können.

¹⁸ Gutachten von Prof. Dr. Rolf Watter vom 23. Juli 2013.

- 18 Bei den hier im Rahmen der Vernehmlassung auftretenden Gesellschaften sind im Verlauf der bisherigen Umsetzung der Minder-Initiative durch die VegüV diverse weitere Schwierigkeiten aufgetaucht, welche auch unter dem aktuellen Vorentwurf weiter bestehen werden. Das Amerikanische Recht lässt es etwa zu, dass der Verwaltungsratsvorsitzende gleichzeitig die Funktion des Chief Executive Officer (CEO) wahrnimmt. Durch die jährliche Wahl des Verwaltungsrates unter den Minder-Bestimmungen wird dieses Konzept in Frage gestellt. Ausserdem werden die Restriktionen in Bezug auf Mitgliedschaften in weiteren Gesellschaften im Vergleich zum amerikanischen Recht weiter verschärft und diverse Anstellungsverträge von Verwaltungsratsmitgliedern der betroffenen Unternehmungen müssen auf Ende 2015 in marktüblicher Weise angepasst werden. Es kommt hinzu, dass Traktanden in den USA im Rahmen des *Proxy Statements* der Securities and Exchange Commission (SEC) vorgelegt werden muss, welche es zu bewilligen hat: wegen der Minder-Bestimmungen sind diese *Proxy Statements* um das Dreifache angewachsen, mit entsprechenden Kostenfolgen. Aus allen diesen Konflikten resultiert der wohl gewichtigste Faktor für die verlorene Attraktivität des Unternehmensstandort Schweiz: die massiven Ressourcen und Kosten, die sowohl intern als auch durch externe Berater aufgebracht, bzw. verursacht werden. Diese Kosten tragen letztlich die Aktionäre und es ist damit nur fair, dass sie in den hier angesprochenen Konstellationen entscheiden können sollen, ob sie neben dem sehr weitgehenden Schutz, den beispielsweise das amerikanische Recht gewährt, auch noch die von Art. 95 III BV veranlassten Regeln zur Anwendung bringen wollen (wobei vorliegend ja nur gefordert wird, dass die Aktionäre ein "Opting-out" machen können).
- 19 Weitere Probleme betreffen den Umstand, dass die Aktionäre dieser Firmen praktisch ausschliesslich aus ausländischen Personen bestehen, die das System der bindenden Salärabstimmung gar nicht kennen. Endlich sind die Offenlegungsvorschriften mit dem Inhalt des Vergütungsberichtes nicht kompatibel und führen zu Verwirrung (und auch wieder zu Kosten).
- 20 Gesamthaft führt die hier vorgeschlagene Regelung zu einer Stärkung der Aktionärsrechte und entspricht dem Primärziel der Initianten, die Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre zu schützen¹⁹ und die Volkswirtschaft zu stärken.

4 Praktische Schwierigkeiten für Firmen, die mehreren Standards zu genügen haben

- 21 Der aktuelle Vorentwurf löst bei den betroffenen Unternehmen mit ausschliesslicher Kotierung im Ausland erhebliches Konfliktpotential aus. Sowohl das schweizerische als auch das ausländische, insbesondere das amerikanische Recht enthalten zwingende Bestimmungen, welche zu Kollisionen führen (vgl. schon RZ 4 und 16 f. oben). Es erscheint daher fragwürdig, den bloss ausländisch kotierten Gesellschaften ein

¹⁹ Vgl. zum Ganzen das Gutachten von Prof. Dr. Rolf Watter vom 23. Juli 2013.

Regelungskomplex aufzuzwingen, mit welchem deren Aktionäre unter Umständen nicht einverstanden sind oder der ihnen zu teuer ist. Dies hat insbesondere zu gelten unter Berücksichtigung der Zielsetzung der Initiative, den Schutz der Aktionärinnen und Aktionäre zu stärken.

- 22 Das amerikanische Recht – die im vorliegenden Kontext wohl relevanteste Rechtsordnung – hält ausserdem ein eigenes Regelwerk bereit, welches den Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärsrechte gewährleistet und sich im Ergebnis bloss unwesentlich von den schweizerischen Normen unterscheidet.
- 23 In vielen Bereichen jedoch, insbesondere etwa bei der Bezahlung von Antrittsprämien oder der Genehmigung der Vergütung der Konzernleitung bestehen unüberbrückbare Differenzen.

Wir bitten Sie um wohlwollende Prüfung dieses Vorschlags bzw. Gesuchs und verbleiben

mit vorzüglicher Hochachtung, im Namen von

Ace Limited

Allied World Assurance Company Holding Ltd.

Coca-Cola HBC AG

Garmin Ltd.

TE Connectivity Ltd.

Swiss-American Chamber of Commerce



Martin Naville

CEO Swiss-American Chamber of Commerce

Beilagenverzeichnis

Beilage 1: Schreiben der Swiss American Chamber of Commerce an Frau Bundesrätin Sommaruga vom 23. Juli 2013.

Beilage 2: Schreiben des Schweizerischen Generalkonsulats New York an Frau Bundesrätin Sommaruga.

Beilage 3: NZZ Newsticker vom 2. Juli 2013.

Beilage 4: Tyco Press Release vom 30. Januar 2015.

Beilage 5: Artikel der Handelszeitung vom 3. April 2014.

Beilage 6: NZZ Newsticker vom 3. April 2014.

Beilage 7: Pentair News Release vom 3. Juni 2014.

Beilage 8: Artikel der Bilanz vom 16. April 2014.

Beilage 9: Auszug aus dem definitiven *Proxy Statement* von Noble Corporation vom 5. September 2013.

Beilage 10: Artikel der Reuters vom 4. Mai 2014.

Beilage 11: Artikel der SwissInfo vom 3. April 2014.

Beilage 12: Schreiben der Switzerland Global Enterprise vom 8. November 2013 an das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, sowie an das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO.

Beilage 13: Schreiben des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen vom 3. September 2013.

Beilage 14: Gutachten von Prof. Dr. Rolf Watter vom 23. Juli 2013.



Swiss-American Chamber of Commerce

Talacker 41, 8001 Zurich, Switzerland Phone: 043 443 72 00 Fax: 043 497 22 70
www.amcham.ch e-mail: info@amcham.ch

Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Vorsteherin EJPD
Bundeshaus West
CH-3003 Bern

Zürich, 23. Juli 2013

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,

Wir bedanken uns herzlich für die Gelegenheit, zum Entwurf der Verordnung zur Umsetzung des Art. 95(3) der Schweizerischen Bundesverfassung Stellung nehmen zu dürfen.

Wir arbeiten mit einer Gruppe von Mitgliedern der Schweizerisch-Amerikanischen Handelskammer, die wegen ihrer spezifischen Voraussetzungen sehr besorgt sind über die geplante Umsetzung des neuen Art. 95(3) BV. Diese Firmen waren nie an einer Schweizerischen Börse kotiert und haben demzufolge nur eine vernachlässigbare Anzahl Schweizer Investoren. Sie haben ihren Firmensitz in den vergangenen Jahren in die Schweiz verlegt, dabei aber ihre Kotierung im Ausland (meist in New York, eine in London) beibehalten. Diese Firmen sind damit strikten Regularien unterstellt, gerade auch in Salärfragen. Diese spezielle Gruppe von Firmen zählt knapp zehn Mitglieder, fünf davon sind in den beigelegten Dokumenten namentlich aufgelistet. Die gesamte Gruppe der betroffenen Gesellschaften (ohne die nachfolgend erwähnte Noble Corp.) beschäftigt in der Schweiz knapp 2'000 Mitarbeiter, zahlt zusammen fast CHF 100'000'000 Steuern an Bund und Kantone und das Kader dieser Gesellschaften zahlt gegen CHF 50'000'000 an Einkommenssteuern – selbstverständlich zusätzlich noch AHV und die anderen Sozialabgaben. Mit ihrer Kotierung im Ausland finden sich diese Firmen in einer schwierigen Position, falls sie den neuen Art. 95 (3) umsetzen müssen und sie werden sich in vielen Fällen im Konflikt zwischen zwei juristischen Regimen finden.

Sie werden zwei angehängte Dokumente finden: das erste ist ein Brief der betroffenen Firmen, das zweite ein juristisches Gutachten von Prof. Dr. Watter, Bär & Karrer, der zum Schluss kommt, dass die neue Verfassungsnorm die Unterstellung der betroffenen Firmen nicht verlangt, ja ein Opt-out einer korrekten Auslegung der Verfassung besser entsprechen würde. Wir sind überzeugt, dass das erklärte Ziel des Verfassungstexts und der Geist der Initiative – Schutz der Schweizer Wirtschaft, des Privatbesitzes und der Investoren – mit dem Opt-out besser umgesetzt wird.

Im juristischen Gutachten werden wir die legalen und ökonomischen Konsequenzen beleuchten und vorschlagen, dass Art.1 folgendermassen ergänzt wird:

Aktionäre von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz können in den Statuten vorsehen, dass sie auf die Anwendbarkeit dieser Verordnung verzichten (opting-out), falls kumulativ (a) die Gesellschaft ihren Sitz in die Schweiz verlegt oder verlegt hat, (b) vor ihrer Sitzverlegung, als Gruppe, den Hauptteil ihrer Geschäftstätigkeit im Ausland abgewickelt hat, (c) eine Kotierung ausserhalb der Schweiz hatte und eine solche Kotierung nach der Sitzverlegung aufrecht erhält oder aufrecht erhalten hat, ohne ihre Aktien in der Schweiz zu kotieren.



Swiss-American Chamber of Commerce

Talacker 41, 8001 Zurich, Switzerland Phone: 043 443 72 00 Fax: 043 497 22 70
www.amcham.ch e-mail: info@amcham.ch

Wir sind überzeugt, dass eine solche Lösung im Interesse der Schweizer Wirtschaft liegt. Ohne sie würde es für diese Gruppe von Firmen schwierig, ohne schwerwiegende Rechtskonflikte in der Schweiz zu verbleiben. Wie eben bekannt wurde, wird eine erste dieser Firmen, Noble Corp. aus Zug, ihren Aktionären den Umzug nach Grossbritannien vorschlagen. Die anderen, sich in derselben Situation befindlichen Firmen haben den klaren Wunsch, in der Schweiz zu bleiben, und haben darum die Swiss-American Chamber of Commerce gebeten, Ihnen diese Angelegenheit zu unterbreiten. Wir sind überzeugt, dass eine Berücksichtigung obiger Ergänzung den Standort Schweiz auch für weitere Zuzüge attraktiv behalten wird. So können nämlich Firmen, deren Aktionäre dies wünschen, unter den gleichen strikten Unternehmens- und Salarierungsregeln bleiben, unter denen sie erfolgreich wurden.

Ich bitte Sie um ein kurzes Treffen mit Vertretern einiger der genannten Firmen, um die offenen Fragestellungen und den gemachten Vorschlag praktisch zu diskutieren. Wir werden Ihr Vorzimmer in der Woche vom 4. August anrufen, um die Möglichkeiten für ein solches Treffen zu erörtern.

Herzlichen Dank für Ihre geschätzte Berücksichtigung
und mit den besten Grüssen

Martin Naville
CEO
martin.naville@amcham.ch

cc: Herr Prof. Dr. Luzius Mader, EJPD, BA für Justiz

Per E-Mail: BA für Justiz, Eidg. Amt für das Handelsregister (Stichwort: Verordnung gegen die Abzockerei): ehra@bj.admin.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

**Vorentwurf der Verordnung zur Umsetzung des Artikels 95 Absatz 3 der Bundesverfassung -
Auswirkungen auf auslandskotierte Unternehmen mit Firmensitz in der Schweiz**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Evtl. persönliche Einleitung BFR

Das Schweizerische Generalkonsulat in New York wurde in den vergangenen Wochen wiederholt von Unternehmen kontaktiert, die sich über die geplante Umsetzung der Minder-Initiative und Zukunft des Wirtschaftsstandorts Schweiz besorgt zeigten. Dabei handelt es sich überwiegend um Unternehmen, die ihren Firmensitz in den vergangenen Jahren in die Schweiz verlegt und ihre Kotierung im Ausland beibehalten haben. Nebst den betroffenen Firmen haben auch die Schweizerisch-Amerikanische Handelskammer und verschiedene Kantonsregierungen ihre Besorgnis zum Ausdruck gebracht und sich für eine flexible Umsetzung der Minder-Initiative im Sinne der „Opting Out Lösung“ gemäss Rechtsgutachten von Prof. Watter (Bär & Karrer) stark gemacht.

Vor dem Hintergrund, dass amerikanische Firmen mit einem Investitionsvolumen von rund USD 125 Mrd. (2011) in der Schweiz zu den bedeutsamsten Investoren zählen und für mehr als 80'000 Arbeitsplätze verantwortlich zeichnen, ersuche ich Sie - nicht zuletzt auch aufgrund des kürzlich bekannt gewordenen Wegzugs von namhaften Firmen wie Yahoo und Noble Corporation - den Bedenken der betroffenen Firmen in Bezug auf mögliche Rechtskonflikte Rechnung zu tragen und diese nach Möglichkeit im Rahmen der Umsetzung auf Verordnungsebene zu berücksichtigen.

Die betroffenen Firmen zeigten sich nicht nur aufgrund der anhaltenden Rechtsunsicherheit (u.a. Steuerumfeld), sondern insbesondere auch mit Blick auf die sich abzeichnenden Rechtskonflikte im Sinne einer Unvereinbarkeit der Minder-Bestimmungen mit ausländischen Börsenregeln beunruhigt und stellen den Unternehmensstandort Schweiz zunehmend in Frage. Nebst der Vermeidung von unliebsamen volkswirtschaftlichen Kosten einer möglichen Abwanderung der direkt betroffenen Firmen (u.a. Verlust von bis zu 1600 Arbeitsplätzen inklusiv Steuerausfällen von rund CHF 150 Mio) gilt es insbesondere auch sicherzustellen, dass die Schweiz zukünftig für volkswirtschaftlich bedeutsame Ansiedlungen attraktiv bleibt.

Vor dem Hintergrund, dass ein verfassungskonformer Lösungsansatz (im Einklang mit dem Verfassungstext und den Zielen der Initiative) gemäss Rechtsgutachten von Prof. Watter möglich scheint und eine Abwanderung von weiteren finanzstarken Firmen weder im Interesse des Initiativkomitees noch des Wirtschaftsstandorts Schweiz liegt, danke ich Ihnen vorab für eine wohlwollende Prüfung der Anliegen der betroffenen Firmen durch die für die Umsetzung der Minder-Initiative zuständig zeichnenden Spezialisten des EJPD.

Für die geschätzte Berücksichtigung der Anliegen des Wirtschaftsstandorts Schweiz danke ich Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse

François Barras
Ambassador, Consul General

Consulate General of Switzerland

633 Third Avenue, 30th floor
New York, NY 10017-6706
United States of America
Tel. +1 212 599 5700 ext. 1020



Neue Zürcher Zeitung



Klick auf aktuelle TV-Sendungen

International | Wirtschaft | Finanzen | Schweiz | Zürich | Meinung | Sport | Feuilleton | Wissenschaft | Panorama | Lebensart | mehr

WIRTSCHAFTSNACHRICHTEN

Weiterzug nach Grossbritannien

Noble Corp. verlässt die Schweiz wieder

2.7.2013



Noble Corp. ist eine ausserst. mobiles Unternehmen. (Bild: imago)

gym. Die texanische Erdöl-service-Gesellschaft Noble Corp. will ihren Hauptsitz von Baar (ZG) nach Grossbritannien verlegen. Der Verwaltungsrat

LESERTREND

GELESEN EMPFOHLEN KOMMENTIERT

[▼ Mehr anzeigen](#)

Anzeige



UBS ADVICE. NACHTAKTIV. PROAKTIV.

NZZ BUSINESS EVENTS



11. Europäischer Trendtag
Gottlieb Duttweiler Institute, Ruschlik
11.3.2015

[zurück](#) [jobs.NZZ.ch](#) [weiter](#)

SEE ÄSTHETIK - PLASTISCHE UND ÄSTHETISCHE
MPA / Ärztin für Plastische
und Ästhetische Chirurgie

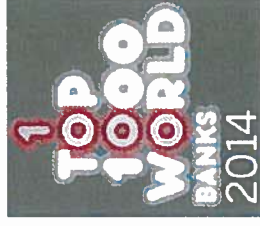


WUEST & PARTNER AG
Leiter(in) Makroökonomie

STADTWERK WINTERTHUR
Energiewirtschaftler/-in

AUSGEZEICHNET
ALS SOLIDESTE
SCHWEIZER BANK*

The Banker



* Klassifikation laut «Capital/Assets»
Ratio von The Banker in der Studie
«Top 1000 World Banks 2014», Juli 2014

SYZ PRIVATE BANKING

will den Dislozierungsantrag den Aktionären an ...er ausserordentlichen Generalversammlung im Schlussquartal 2013 vorlegen. Seit März 2009 ist das Unternehmen in Genf domiziliert und zahlt im Kanton Zug Steuern. Zuvor war es von Houston auf die Cayman-Inseln gezogen. Der erneute Umzug wird mit den identischen Worten begründet, die vor vier Jahren den Ausschlag für die Schweiz gegeben haben sollen. Doch nun ist es das britische «gut etablierte Steuerregime», das Noble Corp. helfen werde, seine Wettbewerbsposition im globalen Markt zu halten, wird Verwaltungsratspräsident und Konzernchef David W. Williams in einer Mitteilung zitiert. Das Unternehmen erwirtschaftete 2012 mit 5600 Mitarbeitern einen Umsatz von 3,5 Mrd. \$. Die an der New York Stock Exchange kotierten Aktien sind im S&P-500-Index vertreten.

Anzeige



UBS Anlageplan

Wecken Sie Ihr Geld. Jetzt von 1,0% Zins profitieren.

[Mehr Informationen](#)



Bereits ab CHF 5'000.-

Professionell investieren und Ihr Portfolio online steuern und überwachen. Jetzt Konto eröffnen



Sprachkurse für Firmen

in der ganzen Schweiz und weltweit
www.academia-schweiz.ch

Business Click

METROHM AG

Produkte-Entwicklung Programm
Manager (m/fw)

PERSONAL SIGMA LUZERN AG

ICT SYSTEM SENIOR ENGINEER
LINUX - Luzerner Kantonalbank

SWISSELECT AG



Press Release

Tyco Reports First Quarter 2015 Earnings From Continuing Operations Before Special Items of \$0.49 Per Share and GAAP Earnings of \$0.38 Per Share

CORK, Ireland, Jan. 30, 2015 (PRNewswire) —

- // Revenue of \$2.5 billion increases 2% on an organic basis, led by the Global Products segment with organic growth of 10%.
- // Diluted EPS from continuing operations before special items increases 17%.
- // Announces five acquisitions during the quarter that are expected to generate a total of \$240 million in revenue on an annualized basis.
- // Repurchases 10 million shares for \$417 million during the quarter.
- // Provides guidance for second quarter 2015 EPS before special items of \$0.48 - \$0.50.
- // Provides guidance for full year 2015 EPS before special items to a range of \$2.30 - \$2.40, adjusting for incremental 10.0% headwind from foreign currency exchange rates, offset by \$0.04 benefit from recent acquisitions and additional productivity.

**(Income and EPS amounts are attributable to Tyco ordinary shareholders)
(\$ millions, except per-share amounts)
(All prior periods have been recast to reflect certain businesses as discontinued operations)**

	Q1 2015	Q1 2014	% Change
Revenue	\$ 2,479	\$ 2,493	(1)%
Segment Operating Income	\$ 272	\$ 298	(9)%
Operating Income	\$ 198	\$ 344	(42)%
Income from Continuing Operations	\$ 163	\$ 246	(34)%
Diluted EPS from Continuing Operations	\$ 0.38	\$ 0.52	(27)%
Special Items	\$ (0.11)	\$ 0.10	
Segment Operating Income Before Special Items	\$ 326	\$ 322	1%
Income from Continuing Ops Before Special Items	\$ 209	\$ 198	6%
Diluted EPS from Continuing Ops Before Special Items	\$ 0.49	\$ 0.42	17%

Tyco (NYSE: TYCO) today reported \$0.38 in GAAP diluted earnings per share (EPS) from continuing operations for the fiscal first quarter of 2015 and diluted EPS from continuing operations before special items of \$0.49. Revenue of \$2.5 billion in the quarter decreased 1% versus the prior year due to the impact of the stronger U.S. dollar against foreign currencies. Organic revenue grew 2% in the quarter, led by Global Products with a 10% increase. Service revenue grew 1% organically and installation revenue was relatively flat. Acquisitions contributed one percentage point of growth, which was partially offset by the impact of divestitures.

"We are off to a solid start in 2015 with our sixth consecutive quarter of double digit earnings growth," said Tyco Chief Executive Officer George R. Oliver. "Our teams continue to execute well, with exceptional organic growth of 10% from our products businesses, which drove overall organic revenue growth of 2% and contributed to the 17% increase in earnings per share, year over year. In addition, we committed nearly \$1 billion of capital to acquisitions and share repurchases."

"We are making good progress in transforming our direct channel into a technology solutions provider by expanding our capabilities through organic investments and strategic acquisitions. During the quarter, we appointed Danyil Fogal as our Chief Technology Officer, we launched our new Tyco On™ software solutions platform and completed or signed five acquisitions focused on key areas of growth for Tyco, including gas and flame detection, growth markets, and expanding our services platform. These acquisitions accelerate our strategic priorities, with a focus on technology that enables innovative solutions to uniquely address customer problems utilizing our direct channel," continued Mr. Oliver.

"While we continue to deliver strong operating performance, the sustained strengthening of the U.S. dollar is putting additional pressure on our results. Based on current exchange rates, we have an incremental \$0.09 of foreign currency headwinds on top of the \$0.07 we had expected when we gave 2015 guidance in November. We are able to partially offset this incremental headwind with the benefit of recent acquisitions and additional productivity. As a result, we are updating our full year EPS guidance to a range of \$2.30 to \$2.40 before special items, which at the midpoint would represent an 18% year-over-year improvement," Mr. Oliver added.

Organic revenue, free cash flow, operating income, segment operating income, and diluted EPS from continuing operations before special items are non-GAAP financial measures and are described below. For a reconciliation of these non-GAAP measures, see the attached tables. Additional schedules as well as first quarter review slides can be found in the Investor Relations section of Tyco's website at <http://investors.tyco.com>.

SEGMENT RESULTS

The financial results presented in the tables below are in accordance with GAAP unless otherwise indicated. All dollar amounts are pre-tax and stated in millions. In fiscal year 2014, certain businesses were classified as discontinued operations. The revenue and operating income results shown below have been adjusted to reflect these changes in all periods presented. All comparisons are to the fiscal first quarter of 2014 unless otherwise indicated.

North America Installation & Services

	Q1 2015	Q1 2014	% Change
Revenue	\$ 951	\$ 957	(1)%
Operating Income	\$ 105	\$ 117	(10)%
Operating Margin	11.0%	12.2%	
Special Items	\$ (26)	\$ (12)	
Operating Income Before Special Items	\$ 131	\$ 129	2%
Operating Margin Before Special Items	13.8%	13.5%	

Revenue of \$951 million decreased 1% due to the weakening of the Canadian dollar. Organic growth in service revenue of 1% was offset by a decline in installation revenue of 1%. Backlog of \$2.5 billion increased 5% year over year and 1% on a quarter sequential basis, excluding the impact of foreign currency.

Operating income for the quarter was \$105 million and the operating margin was 11.0%. Special items of \$26 million consisted primarily of restructuring charges. Before special items, operating income was \$131 million and the operating margin was 13.8%. Improved execution and the benefit of restructuring and productivity initiatives were partially offset by a legal charge, which negatively impacted the operating margin by 80 basis points.

Rest of World Installation & Services

	Q1 2015	Q1 2014	% Change
Revenue	\$ 917	\$ 971	(6)%
Operating Income	\$ 69	\$ 95	(27)%
Operating Margin	7.5%	9.8%	
Special Items	\$ (21)	\$ (8)	
Operating Income Before Special Items	\$ 90	\$ 103	(13)%
Operating Margin Before Special Items	9.8%	10.6%	

Revenue of \$917 million decreased 6% compared to the prior year, driven by a 7% unfavorable impact related to changes in foreign currency exchange rates. Organic revenue growth was relatively flat with a modest increase in both service and installation revenue. Acquisitions contributed 2% to revenue growth, which was partially offset by the impact of divestitures. Backlog of \$2.1 billion increased 2% on a year over year and quarter sequential basis, excluding the impact of foreign currency.

Operating income for the quarter was \$69 million and the operating margin was 7.5%. Special items of \$21 million consisted primarily of restructuring charges. Before special items, operating income was \$90 million, and the operating margin declined 80 basis points to 9.8%, primarily due to the mix of businesses contributing to growth and a lower percentage of higher-margin service revenue.

Global Products

	Q1 2015	Q1 2014	% Change
Revenue	\$ 611	\$ 505	8%
Operating Income	\$ 98	\$ 86	14%
Operating Margin	16.0%	15.2%	
Special Items	\$ (7)	\$ (4)	
Operating Income Before Special Items	\$ 105	\$ 90	17%
Operating Margin Before Special Items	17.2%	15.9%	

Revenue of \$611 million increased 8% in the quarter. Organic revenue growth of 10% was driven by strong growth across all three platforms, led by Security Products and Life Safety Products. Organic growth included a 2 percentage point benefit from increased shipments of Scott Safety Air-Pak X-3s compared to the prior year. Acquisitions contributed an additional point of growth, which was more than offset by a 3% decrease related to changes in foreign currency exchange rates.

Operating income for the quarter was \$98 million and the operating margin was 16.0%. Special items of \$7 million consisted primarily of restructuring charges. Before special items, operating income was \$105 million and the operating margin increased 130 basis points to 17.2%. Operating leverage on increased revenue, favorable product mix and productivity benefits drove the operating margin improvement.

OTHER ITEMS

// Cash from operating activities was \$56 million and free cash flow was \$4 million, which included a cash outflow of \$38 million, primarily related to restructuring and repurchasing activities. Adjusted free cash flow for the quarter was \$41 million. The company completed the quarter with \$413 million in cash and cash equivalents.

// Corporate expenses for the quarter were \$55 million before special items and \$14 million on a GAAP basis, primarily due to restructuring and repurchasing charges.

// The tax rate before special items was 17.5% for the quarter.

// During the quarter, the company repurchased 10 million shares for \$417 million. The remaining share repurchase authorization is \$1.0 billion.

// <http://investors.tyco.com/phoenix.zhtml?c=12348&p=irol-newsArticle&tid=2012073123032015091920>

Handelszeitung

UNTERNEHMEN

Milliardenkonzern Tyco kehrt Schweiz den Rücken

Wegzug Noch ein Unternehmen verlässt die Schweiz nach wenigen Jahren wieder. Der Sicherheitskonzern Tyco verlegt seinen Hauptsitz von Neuhausen SH nach Irland. Die Schweiz sei zu «unberechenbar».

VON STEFAN EISELIN 03.05.2014



Google

Eigentlich hatte Tyco noch vor kurzem vor, den Standort Schaffhausen auszubauen. Der Sicherheits- und Brandsystem-Spezialist errichtete in Neuhausen SH dazu gar noch ein neues Bürogebäude für 75 Finanzexperten. Doch nun ist die Liebe zur Schweiz nicht mehr so gross. Tyco will seinen globalen Hauptsitz nach Irland verlegen, wie das Unternehmen am Freitagabend bekannt gab. Nicht vom Entscheid betroffen sind die Tyco-Töchter.

Unternehmen könnten in «stabilen, berechenbaren Umgebungen» am besten florieren. Das sei in Irland gegeben. Oder mit anderen Worten: Die Schweiz wurde dem Management zu unberechenbar. Kürzliche Änderungen beim Schweizer Recht betreffend dem regulatorischen Umfeld würden das Unternehmen sehr beunruhigen, teilte der Konzern mit. Dies führe unter anderem zu einem

DISKUSSION

9 Kommentare

MEHR ZUM THEMA



**Jetzt Server
und Software
erneuern.**

Wechseln Sie auf die
neueste Technologie.





Umzug Weatherford
zieht wieder aus der
Schweiz weg
03.04.2014

Wegzug
Sicherheitsfirma Aegis
verlässt die Schweiz
27.04.2014


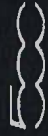
Wettbewerbsnachteil. Definitiv über die Verlegung der Holding entscheiden werden die Aktionäre des Milliardenkonzerns.



Ende Jahr verlässt Holding in Neuhausen

Der Wegzug sei aus Sicht der Besitzer die beste Lösung, so Tyco weiter. Noch bis Ende Jahr soll der Schritt vollzogen werden. Noch im März hatte ein Sprecher gesagt, dass man am Sitz in Neuhausen festhalte. Es ist bereits der x-te Fall eines Wegzugs. Vor kurzem beschloss der britische Sicherheitskonzern Aegis von Basel wegzuziehen, zuvor verliess auch der Ölservice-Konzern Weatherford nach nur sechs Jahren die Schweiz schon wieder.

Besonders Irland ist für die Umzieher attraktiv. Verlockend sind für viele Multis die günstigen Steuersätze auf der Insel. Der übliche Satz liegt in Irland bei im internationalen Vergleich niedrigen 12,5 Prozent. In der Schweiz sind es 21 Prozent.

[Alerts](#) [Drucken](#) [Empfehlen](#) [Twitter](#) [Facebook](#) [Google Plus](#)

Zur Beta-Version der NZZ-Website wechseln

Jobs Immo Trauer eBalance Services Shops Abo Angebote Hilfe Login Q Suchen



Zürich 11°

Neue Zürcher Zeitung

Donnerstag 12. März 2015 – [E-Paper](#) [Webpaper](#)



85. Internationaler Autosalon in Genf

International | Wirtschaft | Finanzen | Schweiz | Zürich | Meinung | Sport | Feuilleton | Wissenschaft | Panorama | Lebensart | mehr v

NEWSTICKER

10:18 Tyco verlegt Hauptsitz von Neuhausen SH nach Irland

Neuhausen SH (awp/sda/Reuters) - Der internationale Sicherheitskonzern Tyco verlegt seinen globalen Hauptsitz von Neuhausen SH nach Irland. Als Grund für den Wegzug gibt das Unternehmen die Annahme der Abzockerinitiative vor einem Jahr an.

Kürzliche Änderungen beim Schweizer Recht betreffend dem regulatorischen Umfeld würden das Unternehmen sehr beunruhigen, sagte ein Tyco-Sprecher gegenüber der Nachrichtenagentur Reuters. Dies führe unter anderem zu einem

KOMMENTARE

Anleihekäufe im Euro-System
Lose Fesseln von QE
von [Thomas Fuster](#)



KURSÜBERSICHT

INDIZES	DEVISEN	ROHSTOFFE
Index	Aktuell	Prozent
SMI	9099.99	-0.07%
DAX	11'792.27	-0.12%
EURO STOXX 50	3642.97	-0.18%
DOW JONES	17'635.39	-0.16%
NIKKEI 225	18'991.11	1.43%



Zufrieden
oder
Geld zurück!

Wettbewerbsnachteil. Gemäss «Blick» vom Samstag hatte noch im März ein Sprecher gesagt, dass man am Sitz in Neuhausen festhalte.



08:45 Aktien Schweiz Vorbörs: Wenig verändert - Gemischte Vorgaben aus...

08:43 Morning Briefing - Markt Schweiz

08:39 Devisen: Euro fällt zum USD auf tiefsten Stand seit 2003 - EUR/CHF...

08:28 Aktien Frankfurt Ausblick: Rally dürfte Dax weiter gen 12 000...

08:23 Dufry steigert Umsatz auf Rekordniveau - Gewinn durch...

08:02 Deutschland: Verbraucherpreise steigen kaum - Ölpreise drücken

07:40 Morning Briefing - International

07:23 Ölpreise legen leicht zu

06:28 Südkoreas Zentralbank senkt Zinsen auf Rekordtief herab

21:19 Aktien New York Schluss: Moderate Verluste nach Verkaufswelle vom...

20:53 US-Anleihen: Überwiegend moderate Gewinne nach schwachem Start

20:41 Devisen: Eurokurs sackt weiter ab - Zeitweise tiefster Stand seit...

20:36 IWF, OECD & Co. fordern von Euro-Ländern mehr Reformanstrengungen

20:13 Ukrainische Führung begrüsst IWF-Milliardenkredit

19:57 Ukraine/Lagarde: IWF beschliesst neues Hilfsprogramm

Seite 1 2 3 4

Anzeige



Bestseller bei Investoren

Gratis-Abol ideas, das Magazin für Strukturierte Produkte und ETFs.
Jetzt klicken und gratis lesen



30% Rabatt

Winterfreuden für UBS-Kunden. SBB RailAway-Kombi-Angebote mit 30% Rabatt

[Mehr Informationen](#)



FINANZEN

SMI EURO STOXX 50 DOW JONES
9101.54
SMI -0.05%
Stand: 12. März
09.02.09 03:09 04:09 05:09 10:09 10:59 10:59 10:59



Ist es Zufall, dass liberale Volkswirtschaften erfolgreicher sind als stärker regulierte?

Wohlstand - kein Zufall.

«Das Buch von Kurt Schiltknecht regt zu Diskussionen an.» @retolipp SRF ECO

NZZ Libro

Jetzt bestellen

AWP-FONDS-NEWS-TICKER

19.02. Schweizer Fondsmarkt schrumpft im Januar - Netto-Zunahme von 10 Mrd CHF

09.02. Umsatz mit strukturierten Produkten im Januar fast ein Drittel höher

06.02. Immobilien im Halbjahr mit höherem Gesamterfolg trotz tieferer Mieternahmen

19.01. Schweizer Fondsmarkt wächst im Dezember - Netto-Zunahme von 1,8 Mrd CHF



PENTAIR COMPLETES CHANGE IN PLACE OF INCORPORATION TO IRELAND



MANCHESTER, United Kingdom - June 3, 2014 - Pentair plc (NYSE: PNR) today announced that it completed the change in the place of incorporation of the publicly traded parent company of Pentair from Switzerland to Ireland on June 3, 2014.



ABOUT PENTAIR PLC

Pentair plc (www.pentair.com) delivers industry-leading products, services and solutions for its customers' diverse needs in water and other fluids, thermal management and equipment protection. With 2013 revenues of \$7.5 billion, Pentair employs approximately 30,000 people worldwide.

###

PENTAIR CONTACTS:

Jim Lucas
Vice President, Investor Relations
Direct: 763-656-5575
Email: jim.lucas@pentair.com

Rebecca Osborn
Senior Manager, External Communications
Direct: 763-656-5589
Email: rebecca.osborn@pentair.com

Umzug

Neuorientierung bei Garmin und Co.

Acht internationale Konzerne mit Sitz in der Schweiz wollten eine Ausnahmeklausel für die Abzocker-Initiative – ohne Erfolg. Mindestens zwei von ihnen gehen jetzt.

VON FLORENCE VUICHARD – 16.04.2014



Navigationsspezialisten von Garmin: Bald nicht mehr in Schaffhausen? Keystone

Diskussion

0 Kommentare

Mehr zum Thema



Volkswille

Salärabschmungen:
Geminderte Manager
12.01.2014

Abzocker-Initiative: Links
überholt
23.03.2013

BILANZ-Business-Talk
vom 10. Februar 2013

Abzocker-Initiative - Fluch
oder Segen für die

Am 20. Mai entscheiden die Aktionäre von Pentair, ob der Wassertechnologiekonzern seinen Holdingsitz nach Irland und seinen Steuersitz nach Grossbritannien verlegen soll. Diese Standorte brächten «gewisse Vorteile» im Vergleich mit der Schweiz, sagt Kommunikationschef John Vanderklift.

Ein gewichtiger Grund für den absehbaren Umzug: Die Abzocker-Initiative, gehörte doch Pentair zu den acht Konzernen, die eine Ausnahmeklausel für das neue Aktienrecht gefordert hatten. Doch ohne Erfolg. Jetzt zieht also Pentair weg. Und auch der Anlagebauer Foster Wheeler ist wohl bald weg aus Baar (ZG), wird er doch gerade von seinem britischen Konkurrenten Amec übernommen.

Zur Achtergruppe gehören auch die beiden Versicherer ACE (Zürich) und Allied World Assurance (Baar). Doch die Hälfte der Konzerne ist ausgerechnet im Heimatkanton vom Vater der Abzocker-Initiative, in Thomas Minders Schaffhausen zuhause: Nebst Pentair sind dies die beiden Technologiekonzerne TE Connectivity und Tyco sowie die GPS-Navigationssysteme spezialisierte Garmin-Gruppe.

Mehr zum Thema lesen Sie in der neuen «BILANZ», ab Donnerstag am Kiosk oder mit Abo jeweils bequem im Briefkasten.

Table of Contents

UNITED STATES
SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION
Washington, D.C. 20549

SCHEDULE 14A

**Proxy Statement Pursuant to Section 14(a) of
the Securities Exchange Act of 1934**

Filed by the Registrant ☒

Filed by a Party other than the Registrant ☐

Check the appropriate box:

- ☐ Preliminary Proxy Statement
- ☐ **Confidential, for Use of the Commission Only (as permitted by Rule 14a-6(e)(2))**
- ☒ Definitive Proxy Statement
- ☐ Definitive Additional Materials
- ☐ Soliciting Material Pursuant to §240.14a-12

Noble Corporation

(Name of Registrant as Specified In Its Charter)

N/A

(Name of Person(s) Filing Proxy Statement, if other than the Registrant)

Payment of Filing Fee (Check the appropriate box):

- ☒ No fee required.
- ☐ Fee computed on table below per Exchange Act Rules 14a-6(i)(1) and 0-11.
- (1) Title of each class of securities to which transaction applies:
- (2) Aggregate number of securities to which transaction applies:
- (3) Per unit price or other underlying value of transaction computed pursuant to Exchange Act Rule 0-11 (set forth the amount on which the filing fee is calculated and state how it was determined):
- (4) Proposed maximum aggregate value of transaction:
- (5) Total fee paid:
- ☐ Fee paid previously with preliminary materials.
- ☐ Check box if any part of the fee is offset as provided by Exchange Act Rule 0-11(a)(2) and identify the filing for which the offsetting fee was paid previously. Identify the previous filing by registration statement number, or the Form or Schedule and the date of its filing.
- (1) Amount Previously Paid:
- (2) Form, Schedule or Registration Statement No.:
- (3) Filing Party:
- (4) Date Filed:

Table of Contents

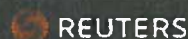
- The legal requirements we will be subject to as a company incorporated in the U.K. and listed on the NYSE strike the right balance between robust external governance oversight and regulation of our executive pay practices, and the ability of our board of directors to fix and adjust executive compensation to incentivize our executive management and to offer competitive salaries and benefits. We believe that this balance will be negatively impacted in Switzerland once recent as well as imminent initiatives to change Swiss law become effective.
- Our ability to attract and retain executive talent will be enhanced as a U.K. company with our headquarters in London.
- London is a hub for international travel and as such would facilitate our global operations management, logistics and communications.
- London is a world-wide center for the energy industry, insurance industry, finance and commerce, and that incorporation of our holding company in the U.K. would provide our management with easier access to financing sources, shareholders, customers, insurers and suppliers in Europe, the U.S. or elsewhere around the world.
- Incorporation of our holding company in the U.K. would allow our directors and shareholders to take advantage of improved travel and logistics to attend meetings of our board and shareholders.

See “Approval of the Merger Agreement—Background and Reasons for the Merger” for further information.

Conditions to Completion of the Merger (see page 35)

The Merger will not be completed unless the following conditions, among others, are satisfied:

- the SEC has declared the registration statement on Form S-4 that includes this proxy statement/prospectus effective, and no stop order with respect thereto shall be in effect;
- the Merger Agreement is approved by the requisite vote of shareholders;
- there shall be no exit withholding tax payable under Swiss law as a result of the Merger;
- Noble-UK has re-registered as a public limited company;
- the Ordinary Shares to be issued pursuant to the Merger are authorized for listing on the NYSE, subject to official notice of issuance;
- the Ordinary Shares have been deemed eligible for deposit, book-entry and clearance services by DTC and its affiliates;
- Noble-Switzerland has completed its required creditor calls and received a confirmatory report from the statutory auditor regarding such calls;
- Noble receives an opinion from Baker Botts L.L.P., in form and substance reasonably satisfactory to it, confirming, as of the effective date of the Merger, the matters discussed under “Material Tax Considerations—U.S. Federal Income Tax Considerations;”
- Noble receives an opinion from Pestalozzi Attorneys at Law, Ltd., in form and substance reasonably satisfactory to it, confirming, as of the effective date of the Merger, the matters discussed under “Material Tax Considerations—Swiss Tax Considerations;”

[» Print](#)

This copy is for your personal, non-commercial use only. To order presentation-ready copies for distribution to colleagues, clients or customers, use the Reprints tool at the top of any article or visit: www.reutersreprints.com.

Tyco to move to Ireland as Swiss tighten laws on CEO pay, immigration

Fri, May 2 2014

May 2 (Reuters) - Security systems maker Tyco International said its board had approved a proposal to move the company's headquarters to Ireland from Switzerland, citing recent Swiss laws capping executive pay and tightening immigration rules.

Under a proposal called Minder Initiative, Switzerland is pushing public companies to allow shareholders to give a binding vote on executive pay amount, veto executive pay proposals and ban big rewards for new and departing managers.

"Recent changes to Swiss law impacting regulatory environment are of great concern to us," Tyco spokesman Steve Wasdick told Reuters.

Wasdick said the proposals put Tyco at a competitive disadvantage, limiting its ability to attract, retain and move talent in key roles and posing a risk to shareholder interests.

Switzerland, so far considered pro-business for its low taxes, stable politics and business-friendly laws, has received criticism from companies for these laws.

Ireland is a popular destination for U.S. companies seeking new tax domiciles.

Pentair Plc, which bought Tyco's flow control business in 2012, also moved to Ireland from Switzerland in December last year. Others U.S. listed companies already domiciled in Ireland are Eaton Corp Plc and Ingersoll-Rand Plc.

Tyco said it expected the move to be tax neutral, and its effective tax rate would likely stay near current levels.

Ireland's business-friendly atmosphere, well-developed legal and regulatory framework and good corporate governance standards can help Tyco maximize returns for shareholders over the long term, the company said in a statement.

Tyco's shareholders will vote on the proposal at a special general meeting.

The company's shares were up slightly at \$40.86 on Friday afternoon on the New York Stock Exchange. (Reporting by Mridhula Raghavan in Bangalore; Editing by Kirti Pandey)

© Thomson Reuters 2014. All rights reserved. Users may download and print extracts of content from this website for their own personal and non-commercial use only. Reproduction or redistribution of Thomson Reuters content, including by framing or similar means, is expressly prohibited without the prior written consent of Thomson Reuters. Thomson Reuters and its logo are registered trademarks or trademarks of the Thomson Reuters group of companies around the world.

Thomson Reuters journalists are subject to an Editorial Handbook which requires fair presentation and disclosure of relevant interests.

This copy is for your personal, non-commercial use only. To order presentation-ready copies for distribution to colleagues, clients or customers, use the Reprints tool at the top of any article or visit: www.reutersreprints.com.

SWI swissinfo.ch

English ▼

Menu —

TAXING TIMES

Weatherford move highlights Swiss problems

By Matthew Allen in Zurich



Business |

REUSE ARTICLE | PRINT | SEND THIS ARTICLE | 24 COMMENTS



APR 3, 2014 - 11:00



The much travelled US oil firm

Weatherford has again got wanderlust

Switzerland's status as a corporate tax oasis has been dealt a fresh blow by the decision of oil giant Weatherford International to incorporate its headquarters in Ireland. According to a recent tax study, Switzerland's boom years may be over.

Low Swiss cantonal tax rates have proved a magnet for multinational firms in the past few decades. But international pressure to reform tax practices, combined with a perceived Swiss intolerance of foreigners, have recently tarnished the reputation of 'Location Switzerland'.

Weatherford only moved its HQ from Bermuda to Switzerland in 2008, but the company now feels it can enjoy better value in Ireland.

"Our incorporation under Irish law will strengthen Weatherford's steady course allowing us to operate at the lowest possible cost," the company said in a April 4 statement.

The firm will retain its tax domicile in Zug but told shareholders that the recent Swiss votes to rein in 'fat cat' executive pay and to limit the number of European Union workers crossing borders had created uncertainty.

Providing shareholders agree with the move, Weatherford will follow internet multinational Yahoo that upped sticks from Rolle, canton Vaud, to Ireland last year. Schaffhausen-based water filter multinational Pentair also wants to move its HQ to Ireland.

Stagnating rates

Only the day before Weatherford's move was announced, KPMG was highlighting the problems Switzerland is currently facing. The boom years of corporate tax cuts appear to be over in Switzerland, while levies on the highest-paid individuals are on the rise, the international accountancy firm said.

KPMG found that corporate tax rates have decreased only fractionally in Switzerland this year compared with a 4.07% fall since 2005. The average cantonal rate for companies now stands at 17.92% compared with 18.01% last year.

And things look set to get worse with the European Union forcing Swiss cantons to soon abandon their "uncompetitive" policy of levying lower rates on the foreign-sourced income of multinationals stationed within their borders.

Complying with new taxation standards is proving a real headache for cantons - such as Zug, Geneva and Vaud -

which rely heavily on income from foreign holding companies or headquarters.

In December, the government came up with broad ideas on how to spread the pain of tax reform while keeping foreign firms in Switzerland. These included tax breaks on patents (so-called IP boxes) and the abolition of corporate stamp duty.

More detailed plans are expected to emerge in the next few weeks, but finding a solution that fits the different requirements of individual cantons is looking extremely hard. Geneva, in particular, would find little value in IP boxes, according to KPMG, while the canton has ruled out a Neuchâtel-style general reduction in rates for both domestic and foreign firms as too costly.

International corporate tax comparison

Maximum corporate tax rates by country or canton (in %)

Created with Raphaël 2.1.2	
Canton Lucerne	12.5
Ireland	12.5
Canton Zug	
Singapore	17
Swiss cantonal average	
Canton Zurich	
Canton Vaud	
Britain	
Canton Geneva	
Netherlands	25
China	25
Germany	25
France	25
USA	35

Local company concerns

To add to the cantons' woes, the OECD and the G20 league of most influential nations in the world are also closing in on multinationals which exploit loopholes in current rules to shift profits from high-tax countries to those with lower rates, such as Switzerland.

This particular pressure is not focused purely on Switzerland. Countries such as Ireland and the Netherlands are every bit as much under the global microscope on this issue.

But firms have reportedly become jittery about tax uncertainty and a recent Swiss vote to restrict the number of EU workers coming into the country. Losing tax breaks is one thing, but losing access to the cream of international talent might be a step too far, according to the Swiss media that regularly runs rumours of firms downsizing or moving away.

It also appears that even home-grown companies can be disgruntled at high corporate taxes, which can vary enormously from canton to canton. Thierry Stern, chairman of luxury watchmaker Patek Philippe, told Le Temps newspaper that the company might leave its canton Vaud home because of "suffocating" taxes.

Cantons in the red

Layered on top of the growing list of problems is the parlous state of most cantonal finances last year. Many cantons are talking about tax hikes and cuts in services to plug the holes left in budgets by diminishing tax returns and increases in expenditure.

Red figures in cantonal balance sheets may also explain why income tax rates for high earners have increased fractionally for the second year in a row – to 33.86%.

Peter Hegglin, director of the Conference of Cantonal Tax Directors, bemoaned the fact that cantons have recently been forced into taking over the funding of hospitals and other expenses from the federal government.

Added to a slight drop in tax revenues, thanks to stagnant economic conditions, this is the reason that many cantons are struggling to make ends meet. But Hegglin also admitted that cantons may have contributed in part to their own problems by overplaying their hand in slashing taxes in the boom years.

"The general policy of cutting taxes went a bit too far in recent years, and some will have to be raised again," he said. www.swissinfo.ch.

Links

- [Weatherford press release](#)
- [Weatherford International](#)
- [KPMG Switzerland: tax survey 2014](#)
- [Finance ministry: corporate tax reform proposals](#)



SWITZERLAND GLOBAL ENTERPRISE
BLEICHERWEG 10 - CH-8002 ZÜRICH

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Dr. Eric Jakob, Botschafter
Leiter Direktion Standortförderung
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Kontaktperson
Daniel Küng
dkueng@s-ge.com
Direkt +41 44 365 53 00

Zürich, 8. November 2013

**Vorentwurf der Verordnung zur Umsetzung des Artikels 95 Absatz 3 der Bundesverfassung -
Auswirkungen auf auslandskotierte Unternehmen mit Firmensitz in der Schweiz**

Sehr geehrter Herr Botschafter, *Lieber Eric*

Das Schweizerische Generalkonsulat und der Swiss Business Hub in New York wurden in den vergangenen Wochen wiederholt von Unternehmen kontaktiert, die sich über die geplante Umsetzung der Minder-Initiative und Zukunft des Wirtschaftsstandorts Schweiz besorgt zeigten. Dabei handelt es sich überwiegend um Unternehmen, die ihren Firmensitz in den vergangenen Jahren in die Schweiz verlegt und ihre Kotierung im Ausland beibehalten haben. Nebst den betroffenen Firmen haben auch die Schweizerisch-Amerikanische Handelskammer und verschiedene Kantonsregierungen ihre Besorgnis zum Ausdruck gebracht und sich für eine flexible Umsetzung der Minder-Initiative im Sinne der „Opting Out Lösung“ gemäss Rechtsgutachten von Prof. Watter (Bär & Karrer) stark gemacht.

Vor dem Hintergrund, dass amerikanische Firmen mit einem Investitionsvolumen von rund USD 125 Mrd. (2011) in der Schweiz zu den bedeutsamsten Investoren zählen und für mehr als 80'000 Arbeitsplätze verantwortlich zeichnen, ersuche ich Sie - nicht zuletzt auch aufgrund des kürzlich bekannt gewordenen Wegzugs von namhaften Firmen wie Yahoo und Noble Corporation - den Bedenken der betroffenen Firmen in Bezug auf mögliche Rechtskonflikte Rechnung zu tragen und diese nach Möglichkeit im Rahmen der Umsetzung auf Verordnungsebene zu berücksichtigen.

Die betroffenen Firmen zeigten sich nicht nur aufgrund der anhaltenden Rechtsunsicherheit, sondern auch mit Blick auf die sich abzeichnenden Rechtskonflikte im Sinne einer Unvereinbarkeit der Minder-Bestimmungen mit ausländischen Börsenregeln beunruhigt und stellen den Unternehmensstandort Schweiz zunehmend in Frage. Nebst der Vermeidung von unliebsamen volkswirtschaftlichen Kosten einer möglichen Abwanderung der direkt betroffenen Firmen (u.a. Verlust von bis zu 1600 Arbeitsplätzen; Steuerausfälle von rund CHF 150 Mio) gilt es insbesondere auch sicherzustellen, dass die Schweiz zukünftig für volkswirtschaftlich bedeutsame Ansiedlungen attraktiv bleibt.

Vor dem Hintergrund, dass ein verfassungskonformer Lösungsansatz (im Einklang mit dem Verfassungstext und den Zielen der Initiative) gemäss Rechtsgutachten von Prof. Watter möglich scheint und eine Abwanderung von weiteren finanzstarken Firmen weder im Interesse des Initiativkomitees noch des Wirtschaftsstandorts Schweiz liegt, danke ich Ihnen vorab für eine wohlwollende Prüfung der Anliegen der betroffenen Firmen durch die für die Umsetzung der Minder-Initiative zuständig zeichnenden Spezialisten des Bundes.

Für die Berücksichtigung der Anliegen des Wirtschaftsstandorts Schweiz danke ich Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'D' followed by a horizontal line and a vertical stroke.

Daniel Küng
CEO

Cc: VDK: Staatsrat J-M. Cina, Präsident; Christoph Niederberger, GS
WBF: Botschafterin Monika Rühl Burzi, GS

Kanton Schaffhausen
Regierungsrat
Beckenstube 7
CH-8200 Schaffhausen
www.sh.ch



Telefon +41 (0)52 632 71 11
Fax +41 (0)52 632 72 00
staatskanzlei@ktsh.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Schaffhausen, 3. September 2013

Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen beschäftigt sich intensiv mit den Entwicklungen und dem Vorgehen des Bundes zur Umsetzung des Artikels 95 Absatz 3 der Bundesverfassung (Verordnung gegen die Abzockerei) sowie dessen Auswirkungen auf den Kanton Schaffhausen und seine Volkswirtschaft.

Einleitend bringt der Schaffhauser Regierungsrat sein Unverständnis zum Ausdruck, dass die Kantone im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf nicht zu einer Stellungnahme eingeladen worden sind. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Kantone zum Schutz der Volkswirtschaft und im Standortwettbewerb in dieser wesentlichen Frage nicht angehört werden. Aus diesem Grund bringen wir Ihnen in diesem Schreiben unsere Sorge über die möglichen Auswirkungen auf die bestehende Wirtschaft sowie die heutige bzw. zukünftige Attraktivität der Schweiz und des Kantons Schaffhausen als Unternehmensstandort zum Ausdruck.

Der vorliegende Entwurf der Verordnung zur Umsetzung der Minder-Initiative hat in Unternehmenskreisen grosse Besorgnis ausgelöst. Diese ist auch direkt gegenüber dem Regierungsrat des Kantons Schaffhausen geäußert worden. Insbesondere Unternehmen, die ihren Firmensitz in den vergangenen Jahre nach Schaffhausen verlegt und dabei ihre Kotierung im Ausland

beibehalten haben, zeigen sich beunruhigt über die geplante Umsetzung des neuen Art. 95 Abs. 3 BV. Der Kanton Schaffhausen hat dank seinen erfolgreichen Anstrengungen zur volkswirtschaftlichen Strukturverbesserung in den vergangenen Jahren eine überproportionale Anzahl dieser Firmen ansiedeln können. Einige davon haben sich an die in unserem Kanton zuständigen Amtsstellen und teilweise auch an die schweizerisch-amerikanische Handelskammer gewandt, um ihre spezifischen Voraussetzungen sowie ihre Handlungsalternativen je nach Umsetzung der Verordnung darzulegen.

Die gesamte Gruppe der betroffenen Unternehmen – und einzelne Unternehmen im Besonderen – haben eine wesentliche Bedeutung für die Schaffhauser Volkswirtschaft. Sie sind wertvolle Arbeitgeber in der Region und gehören zur Gruppe der besten Steuerzahler, sowohl hinsichtlich Bundes- wie auch Kantons- und Gemeindesteuern. Nicht zu vernachlässigen sind zudem die ausgelösten Steuer- und Konsumeffekte durch die zahlreichen gut entlöhnten Mitarbeitenden.

Diese Unternehmen mit einer Kotierung im Ausland beurteilen bereits heute die anhaltende Unsicherheit zum zukünftigen Steuerumfeld, die stetige Kritik aus dem In- und Ausland sowie weitere anstehende Initiativen als Nachteil. Sie stellen die Schweiz als Unternehmensstandort zunehmend in Frage. Mit dem Vorentwurf zur Umsetzung des neuen Art. 95 Abs. 3 BV in der vorliegenden Form verschärft sich die Situation für diese Unternehmen weiter. In vielen Fällen werden sie sich im Konflikt zwischen zwei Jurisdiktionen wiederfinden.

Der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen ist überzeugt, dass die Umsetzung der Initiative in keiner Weise zu einer Schwächung des Unternehmensstandortes Schweiz führen darf und eine Lösung im Sinne aller Akteure der Schweizer Wirtschaft liegen muss. Der vorliegende Entwurf stellt die erwähnten Unternehmen vor schwerwiegende Rechtskonflikte. Ohne entsprechende Berücksichtigung der speziellen Situation dieser für den Standort Schweiz und den Kanton Schaffhausen wichtigen Unternehmen befürchtet der Regierungsrat einen Umzug ins Ausland. Dies wird entsprechend negative Auswirkungen auf die Beschäftigung und die Steuereinnahmen von Bund und Kanton haben. Damit werden zudem die erheblichen Anstrengungen der letzten Jahre zur Strukturanpassung in Frage gestellt und die Attraktivität des Standorts Schweiz für weitere Zuzüge geschwächt.

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens sind Ihnen in Form von juristischen Gutachten (Prof. Dr. Rolf Watter, Bär & Karrer AG) und direkten Stellungnahmen von betroffenen Unternehmen die rechtlichen und ökonomischen Befürchtungen und Konsequenzen dargelegt worden. Mögliche Lösungsvarianten im Einklang mit dem Verfassungstext und den Zielen der Ini-

tiative sind ebenfalls aufgezeigt worden. Der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen teilt die im Gutachten von Prof. Dr. Watter vorgebrachte Argumentation. Er unterstützt das vorgeschlagene „Opting-out“ für Unternehmen, welche die ebenfalls genannten Voraussetzungen erfüllen. Sehr geehrte Frau Bundesrätin, wir bitten Sie bzw. die bei Ihnen zuständigen Spezialisten um eine entsprechende Umsetzung der Verordnung.

Vielen Dank für die Berücksichtigung unserer Anliegen.



Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates
Die Präsidentin:


Rosmarie Widmer Gyse

Der Staatsschreiber:


Dr. Stefan Bilger

Kopie an:

- Bundesrätin Evelyne Widmer-Schlumpf, Vorsteherin EFD

Prof. Dr. Rolf Watter
 Rechtsanwalt, LL.M.
 +41 58 261 50 00
 rolf.watter@baerkarrer.ch

**BÄR
 & KARRER**

Zürich, 23. Juli 2013
 387632/112/rw/*22808048.doc

**Gutachten
 bezüglich des Anwendungsbereiches von Art. 95 Abs. 3 der Schweizeri-
 schen Bundesverfassung und seine Umsetzung mittels einer Verordnung
 und später einem Bundesgesetz**

Wir wurden von den in der Schweiz domizilierten Gesellschaften ACE Ltd., Allied World Assurance Company Holdings Ltd, Foster Wheeler Ltd., Garmin Ltd. und Pentair Ltd. (nachfolgend "**auslandkotierte Gesellschaften**") beauftragt, das vorliegende Gutachten bezüglich der rechtlichen Möglichkeiten der Umsetzung des neuen Art. 95 der Schweizerischen Bundesverfassung (SR 101, "**BV**") zu verfassen, insbesondere bezüglich der Frage, ob Art. 95 Abs. 3 BV Auslegungsspielraum lässt und so interpretiert werden kann (oder gar müsste), dass vom Bundesrat und später vom Parlament Gesellschaften wie die auslandkotierte Gesellschaften, welche (i) als etablierte Unternehmen ihren Sitz in die Schweiz verlegt haben und nun hier inkorporiert sind, (ii) nie an der Schweizer Börse kotiert waren und deshalb nur eine vernachlässigbare Anzahl schweizerischer Aktionäre haben, aber (iii) im Ausland (immer noch) an einer Börse unter einem System, welches einen umfassenden Schutz von Aktionären bietet, kotiert sind und (iv) einen relativ kleinen Anteil ihres weltweiten Umsatzes in der Schweiz erzielen, von der Anwendbarkeit von Art. 95 Abs. 3 BV ausgenommen werden.

Bär & Karrer
 Rechtsanwälte

Zürich
 Bär & Karrer AG
 Brandschenkestrasse 90
 CH-8027 Zürich
 Phone: +41 58 261 50 00
 Fax: +41 58 261 50 01
 zuerich@baerkarrer.ch

Genf
 Bär & Karrer SA
 12, quai de la Poste
 CH-1211 Genève 11
 Phone: +41 58 261 57 00
 Fax: +41 58 261 57 01
 geneve@baerkarrer.ch

Lugano
 Bär & Karrer SA
 Via Vegezzi 6
 CH-6901 Lugano
 Phone: +41 58 261 58 00
 Fax: +41 58 261 58 01
 lugano@baerkarrer.ch

Zug
 Bär & Karrer AG
 Baarerstrasse 8
 CH-6301 Zug
 Phone: +41 58 261 59 00
 Fax: +41 58 261 59 01
 zug@baerkarrer.ch

www.baerkarrer.ch

A Einleitende Bemerkungen und Kurzzusammenfassung

- 1 Die Ausführungsbestimmungen zum von Thomas Minder vorgeschlagenen und durch eine Volksabstimmung am 3. März 2013 angenommenen Verfassungszusatz (nachfolgend "**Minder-Bestimmungen**") müssen deren Zielsetzung, Sinn und Geist – wie sie im Wortlaut des Textes der Minder-Bestimmungen zum Ausdruck gebracht werden – reflektieren; dieser Wortlaut hält fest, dass die Minder-Bestimmungen "**zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmungsführung**" in die BV eingeführt werden. Die Ausführungsbestimmungen müssen auch in den Gesamtrahmen der BV und der Schweizer Volkswirtschaft passen, also (a) mit den übrigen Verfassungsbestimmungen im Einklang stehen, (b) den freiheitlichen Geist des Schweizer Wirtschaftssystems im Allgemeinen (und Schweizer Gesellschaftsrechts im Besonderen) bewahren, (c) die Schweiz als interessanten Platz für ausländische Investitionen aufrechterhalten – einschliesslich der Offenheit für weitere Sitzverlegungen – und (d) einfach und kosteneffizient zu implementieren sein.
- 2 Dieses Gutachten will aufzeigen, dass mit der Zielsetzung, die Schweiz als attraktiven Wirtschaftsstandort, insbesondere für ausländische Investitionen (siehe Rz. 27), aufrechtzuerhalten und im Einklang mit dem oben zitierten Sinn und Geist der Minder-Bestimmungen, Gesellschaften wie die auslandkотиerten Gesellschaften, die ihren Sitz hierher verlegt haben, aber ausschliesslich im Ausland kotiert sind und damit kaum Schweizer Aktionäre haben, vom Anwendungsbereich der Minder-Bestimmungen wenigstens in dem Sinne ausgenommen werden können und sollten, als dass die Aktionäre solcher Gesellschaften diese Regelungen als für ihre Gesellschaft nicht anwendbar erklären können (*opting-out*), weil dies einem vernünftigen Verständnis von Art. 95 Abs. 3 BV besser entspricht.¹ Die Ausführungsbestimmungen sollten daher klarstellen, dass der Anwendungsbereich der Minder-Bestimmungen sich nur auf Gesellschaften mit einer historisch bedeutsamen Verbindung zur Schweiz (bspw. weil das Geschäft von hier aufgebaut wurde) bezieht und die (wegen der Kotierung) eine bedeutsame Anzahl von Schweizer Aktionären haben. In diesem Gutachten wird deshalb unter anderem dargelegt, dass der Wortlaut der Minder-Bestimmungen nur deshalb auch Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz umfasst, die im Ausland kotiert sind, weil verhindert werden sollte, dass Schweizer Gesellschaften der Regulierung ausweichen, indem sie lediglich ihre Kotierung ändern (siehe Rz. 18 unten).
- 3 Der derzeitige, am 14. Juni 2013² veröffentlichte Verordnungsentwurf sieht ohne weitere Präzisierungen oder Voraussetzungen eine Anwendung der neuen rechtlichen Bestimmungen auf in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften mit einer Kotierung im Ausland vor. Wir schlagen einen Wortlaut vor, der es Gesellschaften

¹ Solche Abwahlmöglichkeiten sind in verschiedenen Gesetzen enthalten, im Falle von kotierten Gesellschaften bspw. für die Übernahmebestimmungen, siehe Art. 22 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über den Börsen und Effektenhandel ("**BEHG**").

² Verfügbar unter: <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-06-141/vorentw-d.pdf>>.

wie den auslandkотиerten Gesellschaften erlauben würde, falls deren Aktionäre dies wollen, von den zwingenden und anderen Bestimmungen der Minder-Bestimmungen ausgenommen zu werden, denn diese Bestimmungen stehen teilweise mit den Geschäftspraktiken derjenigen Orte im Widerspruch, wo die Gesellschaften einen Grossteil ihrer Geschäfte abwickeln, wo sich die grosse Mehrheit ihrer Aktionäre befindet und wo ein umfassendes regulatorisches Rahmenwerk zum Schutz der Aktionäre auf sie anwendbar ist, das teilweise mit den Minder-Bestimmungen nicht kompatibel ist. Dieser vorgeschlagene Wortlaut würde solchen Gesellschaften nicht nur die nötige Freiheit geben, um ihr Geschäft in der Weise auszuführen, an die sie gewohnt sind und mit der sie erfolgreich sind, es würde die Schweiz auch für **zukünftige Sitzverlegungen von Gesellschaften** mit einem vergleichbaren Set-up offen halten.

- 4 Der **vorgeschlagene Wortlaut** wäre der folgende:

Aktionäre von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz können in den Statuten vorsehen, dass sie auf die Anwendbarkeit dieser Verordnung verzichten (opting-out), falls kumulativ (a) die Gesellschaft ihren Sitz in die Schweiz verlegt oder verlegt hat, (b) vor ihrer Sitzverlegung, als Gruppe, den Hauptteil ihrer Geschäftstätigkeit im Ausland abgewickelt hat, (c) eine Kotierung ausserhalb der Schweiz hatte und eine solche Kotierung nach der Sitzverlegung aufrecht erhält oder aufrecht erhalten hat, ohne ihre Aktien in der Schweiz zu kotieren.

- 5 Eine solche Bestimmung würde nicht nur dem **Geist der Minder-Bestimmungen** entsprechen, sondern auch aus einer *Corporate Governance-Perspektive* Sinn machen, weil dann die **grosse, wenn nicht fast ausschliesslich nicht-schweizerische Aktionärsbasis**, die weder für die Minder-Bestimmungen gestimmt hat, noch diese kennt, sondern auf den zusätzlichen Schutz der Minder-Bestimmungen verzichten kann, wenn sie der Ansicht ist, dass dies dem Geschäft wenig kompatibel ist, dem Aktionariat nichts bringt oder sogar Konflikte schafft. Indem nur eine Abwahlmöglichkeit (*opting-out*) vorgeschlagen wird, können Aktionäre solcher Gesellschaften (von denen es weniger als zehn gibt, wobei aber Gesellschaften, die inskünftig eine Sitzverlegung beschliessen, ebenso profitieren würden) **dasjenige Regime wählen, welches sie bevorzugen** – wobei dann, wenn keine Mehrheit dies wünscht, die Minder-Bestimmungen auch für die betreffende auslandkотиerte Gesellschaft gelten würden.
- 6 Damit würde der vorgeschlagene Wortlaut Gesellschaften und deren Aktionären helfen, **potentielle Konflikte** zwischen den verschiedenen auf Gesellschaften mit einem Sitz in der Schweiz und einer ausländischen Kotierung anwendbaren Rechtsordnungen zu vermeiden (siehe Rz. 21 und 27).
- 7 Anders gesagt wird gezeigt, dass **der vorgeschlagene Text die Ziele der Initiative, nämlich den Schutz der Volkswirtschaft und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie eine nachhaltige Unternehmensführung besser erreicht**, indem (i) aus volkswirtschaftlicher Sicht die Schweiz Wegzüge von Fir-

men verhindert (eine erste auslandkotierte Gesellschaft, Noble Corporation, hat dies bereits angekündigt) und für Zuzüge weiter offen bleibt sowie (ii) den (ausländischen) Aktionären dieser Firmen eine Wahlmöglichkeit gibt, die es ihnen erlaubt, im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung das Regime zu wählen, das ihnen besser zusagt.

B Begründung und detaillierte Antworten zu den Fragen

I Auslegungsmethoden für Gesetzestexte im Allgemeinen

1 Einführung

- 8 Die Frage, ob der Anwendungsbereich der Minder-Bestimmungen notwendigerweise Gesellschaften wie die auslandkotierte Gesellschaften abdeckt, hängt von der Auslegung von Art. 95 Abs. 3 BV ab, noch genauer von dessen vorliegend massgebendem Wortlaut, d.h. der Formulierung, dass diese Bestimmung auf die "im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften" anwendbar ist (siehe Art. 95 Abs. 3 BV, Einleitungssatz).

2 Grammatikalische Auslegung

- 9 Die Ausgangslage einer jeden Auslegung ist die *grammatikalische Auslegung*, welche den allgemeinen wie auch den juristisch-technischen Sprachgebrauch berücksichtigt.³ Der Begriff "Schweizer Aktiengesellschaften" kann jede in der Schweiz inkorporierte Aktiengesellschaft meinen (was die allgemeine Bedeutung des Begriffes ist) oder kann so verstanden werden, dass es eine gewisse Verbindung zur Schweiz braucht, damit die Bestimmungen anwendbar sind.
- 10 Die wirkliche Bedeutung von "Schweizer Aktiengesellschaften" muss entweder anlässlich des Entwurfes der Verordnung oder des Bundesgesetzes oder durch die Gerichte und Vertreter der Lehre bei der Anwendung der Regelungen ermittelt werden; obwohl vorliegend nur indirekt relevant, ist darauf hinzuweisen, dass sich Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf während der Debatte des Nationalrates mit Bezug zum zweiten verwendeten Begriff, d.h. "kотиert", dahingehend geäussert hat, dass die wirkliche Bedeutung von solchen offenen Rechtsbegriffen durch Lehre und Rechtsprechung festgelegt werden muss.⁴ Demzufolge, und weil der Wortlaut des Begriffes "Domizil" nicht ganz klar ist, muss der wirkliche Anwendungsbereich durch die Verwendung anderer Auslegungsregeln bestimmt werden.⁵

³ Für weitere Hinweise ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 91 ff.; PIERRE TSCHANNEN, § 9 Verfassungsauslegung, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 149 ff., S. 153 f.

⁴ Siehe Abstimmung EVELINE WIDMER-SCHLUMPF, AB 2010 N 436 f.

⁵ BGE 131 II 697, E. 4.1.

- 11 Dass auch der Begriff "Domizil" auslegungsbedürftig ist, zeigt nämlich ein Präzedenzfall in der "anderen Richtung": Obwohl das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel ("**BEHG**") in aArt. 22 Abs. 1 festhielt, dass seine Bestimmungen nur auf in der Schweiz domizilierte und kotierte (Ziel-)Gesellschaften anwendbar sind⁶, entschied die zuständige Regulierungsbehörde, die "Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommission" (heute FINMA, die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht), dass das BEHG auf das Übernahmeangebot auf die TAG Heuer International SA anwendbar sei, obwohl diese ihren Sitz in Luxemburg hatte. Begründet wurde dies damit, dass die vorherrschende Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaft in der Schweiz war und sich die Gesellschaft selbst immer als schweizerische Gesellschaft betrachtet hatte.⁷ Mit anderen Worten entschied die Schweizer Regulierungsbehörde in diesem Entscheid, dass die Verbindung zur Schweiz wichtiger war als der formelle Sitz. Eine analoge Betrachtung muss auch zugunsten der auslandkотиerten Gesellschaften gelten, wenigstens dergestalt, dass deren Aktionäre nicht gezwungen werden sollten, ein Regelwerk zu akzeptieren, welches sie möglicherweise nicht angewandt sehen wollen, weil es im Widerspruch zu denjenigen Bestimmungen steht, an welche die Gesellschaft und ihre Aktionäre gewohnt sind.
- 12 Neben der Auslegungsbedürftigkeit ist unter dem Titel "Wortlaut" der Minder-Bestimmungen auch darauf hinzuweisen, dass der Text nicht indiziert, dass die Ausführungsbestimmungen zwingend auf alle Gesellschaften Anwendung finden müssen. Deshalb wurde in der Lehre auch vertreten, man sollte kotierten Gesellschaften (bzw. ihren Aktionären) generell die Wahl einzuräumen, ob die Ausführungsbestimmungen auf sie anwendbar sein sollen oder nicht (*Opting-out*)⁸. Dies wurde vermutlich im vorliegenden Verordnungsentwurf deshalb nicht gemacht, weil anlässlich der Kampagne von vielen Wirtschaftsvertretern geltend gemacht wurde, die Bestimmungen seien zwingend – diese Aussagen bezogen sich unseres Wissens aber nie auf die auslandkотиerten Gesellschaften, sondern auf Gesellschaften, die immer in der Schweiz ansässig waren und wegen ihrer Managementvergütungen seit vielen Jahren im Fokus der Öffentlichkeit standen.

3 Systematische Auslegung

- 13 Die *systematische Auslegung* versucht die wirkliche Bedeutung einer Bestimmung auf der Grundlage ihres Kontextes im gleichen Erlass oder in der Rechtsordnung als Ganzes zu finden.⁹ Art. 95 Abs. 3 BV befindet sich in der BV im Abschnitt über die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit und bei den Bestimmungen mit einer engen Verbindung zur Wirtschaft.¹⁰

⁶ Die Regeln haben im Jahre 2012 geändert.

⁷ Siehe EBK Bulletin 2000, S. 25 ff., verfügbar unter: <<http://www.finma.ch/archiv/ebk/f/publik/bulletin/pdf/bull39.pdf>>. Bezüglich der für die Regulierungsbehörde für die Erstellung der Regel wichtigen Elemente, siehe EBK Bulletin 2000, S. 28 ff.

⁸ DANIEL M. HÄUSERMANN, Aktienrechtliche Umsetzung der "Abzocker"-Initiative: Spielraum und Rechtstechniken, SJZ 108 (2012) Nr. 22, S. 537 ff., S. 543 f.

⁹ Für weitere Hinweise HAFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 97 ff.; TSCHANNEN, FN 4, S. 154 f.

¹⁰ KLAUS A. VALLENDER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Vorbemerkungen zur Wirtschaftsverfassung Rz. 1.

- 14 Im eigentlichen Text von Art. 95 Abs. 3 BV findet sich der Begriff "Schweizer Aktiengesellschaften" nach einleitenden Worten, die erklären, dass die Regelung "zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung" aufgestellt wird. Der Begriff "Schweizer Aktiengesellschaft" muss folglich mit Blick auf diese Zielsetzung interpretiert werden.
- 15 Im Hinblick insbesondere auf die Zielsetzung, die Volkswirtschaft zu schützen, sollte die Auslegung des Begriffes "Schweizer Aktiengesellschaften" nicht so erfolgen, dass bspw. Sitzverlegungen gegenüber heute erschwert werden; zumindest nicht, falls keine anderen Interessen, welche die Minder-Bestimmungen schützen wollen, gefährdet sind. Auch müssen unter diesem Titel Wegzüge (wie sie Noble Corporation plant) verhindert werden. Deshalb ist der vorgeschlagene Wortlaut eine bessere Umsetzung von einem ganzheitlich gelesenen Art. 95 Abs. 3 BV, weil er sowohl verhindert, dass Gesellschaften wegen der auf sie eventuell nicht passenden Minder-Bestimmungen das Land verlassen – insbesondere würde er auch ein liberales Umfeld für zukünftige Sitzverlegungen aufrechterhalten. Damit setzt der Vorschlag die BV besser um, als der derzeitige Entwurf, weil die Wirtschaft durch die vorgeschlagene Bestimmung besser geschützt ist.

4 Historische Auslegung

- 16 Die *historische Auslegung* fragt nach dem Sinn der Bestimmung zur Zeit ihrer Entstehung.¹¹ Die Materialien zu den Minder-Bestimmungen sind allerdings unklar, was die Bedeutung des Wortlautes "im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften" ist oder was die Überlegungen waren. Zudem ist die Bedeutung der Materialien für die Auslegung von Art. 95 Abs. 3 BV aufgrund der Tatsache, dass es eine Volksinitiative war und die Bestimmung nicht vom Gesetzgeber entworfen wurden, beschränkt.¹²
- 17 Wir glauben demzufolge, dass die historische Auslegung keine spezifischen Erkenntnisse bezüglich der massgeblichen Frage liefert und sicher die mittels systematischer Auslegung gewonnenen Erkenntnisse nicht ändert.

5 Teleologische Auslegung

- 18 Eine weitere Auslegungsmethode besteht darin, nach der Zweckvorstellung bzw. der Zielsetzung hinter der betreffenden Bestimmung zu fragen (*teleologische Auslegung*).
- 19 Die Zielsetzung des Initiativkomitees (welche sich auch im Text von Art. 95 Abs. 3 BV spiegelt, siehe einleitenden Satz) war, wie gesagt, die Volkswirtschaft, das Privateigentum und die Aktionärinnen und Aktionäre zu schützen sowie Regelungen im Sinne einer nachhaltiger Unternehmensführung aufzustellen. Das Ziel war es, auf Schweizer Gesellschaften mit einer Kotierung in der Schweiz oder im

¹¹ Für weitere Hinweise HÄFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 101 ff.; TSCHANNEN, FN 4, S. 155 f.

¹² HÄFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 107.

Ausland abzu zielen, und nicht auf ausländische Gesellschaften mit einer Kotierung in der Schweiz – jene Gesellschaften sind nicht verpflichtet, sich an die Bestimmungen zu halten.¹³ Dies führt zur ersten Schlussfolgerung, dass nicht jede Gesellschaft mit einer gewissen Auswirkung auf Schweizer Aktionäre und auf die Schweizerische Volkswirtschaft sich an die neue Regelung halten muss. Falls die erwartete Auswirkung auf die Schweiz geringfügig ist (wie es namentlich der Fall ist, falls die grosse Mehrheit der Aktionäre im Ausland lebt), oder wenn die Gesellschaften weitgehend unter einer anderen Rechtsordnung agieren (wie es bei ausländischen Gesellschaften, die in der Schweiz kotiert sind, der Fall ist), sind die Bestimmungen nicht anwendbar, auch wenn Gesellschaften mit einer wichtigen Geschäftstätigkeit in der Schweiz formell ihren Sitz im Ausland haben (wie es bei TAG Heuer der Fall war). Eine ähnliche Schlussfolgerung ist zwingend für in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften zu ziehen, die im Ausland kotiert sind, aber nur eine vergleichsweise geringe Anzahl von Arbeitnehmern in der Schweiz und eine überwältigend grosse Anzahl ausländischer Aktionäre haben.

- 20 Die Tatsache, dass die Minder-Bestimmungen auch auf in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften mit einer Kotierung im Ausland anwendbar sind, kann damit erklärt werden, dass verhindert werden sollte, dass Schweizer Gesellschaften dem neuen Erlass dadurch ausweichen, dass sie sich einzig von der hiesigen Börse dekotieren und an einer ausländischen Börse erneut kotieren (was ja nicht einmal einer Zustimmung durch die Aktionäre bedürfte). Die Bestimmung zielte also nach ihrem Zweck nicht auf die auslandkotierte Gesellschaften. Damit ist aus der Perspektive einer teleologischen Auslegung eine Regel, welche solchen Gesellschaften bzw. ihren Aktionären erlaubt, im Sinne eines *Opting-out* das für sie adäquate Recht zu wählen, stimmiger, gerade auch aus einer *Corporate Governance-Perspektive* und dem damit verbundenen Schutz der Aktionäre, weil diese so Konflikte zum System, an das sie gewohnt sind, und dem "ihre" Gesellschaft unterliegt, vermeiden können.
- 21 Folglich würde eine Umsetzung der Minder-Bestimmungen, welche die Schweiz für Sitzverlegungen attraktiv erhielte (und hierhergezogenen Gesellschaften den Anreiz nimmt, weiter zu ziehen), wie hierin vorgeschlagen, die Schweizer Volkswirtschaft besser schützen und besser für die Aktionäre sein (welche ein Wahlrecht erhalten) und damit auch von einem Corporate Governance-Gesichtspunkt besser, als der Entwurf der Verordnung.
- 22 Es bestehen deshalb sehr starke Argumente um die Anwendbarkeit von Art. 95 Abs. 3 BV auf Gesellschaften mit einer historischen und/oder einer engen Verbindung zur Schweiz zu beschränken – bzw. den Aktionären von hierhergezogenen Gesellschaften wenigstens die Möglichkeit eines *opting-out* von den Minder-Bestimmungen zu geben.

¹³ Siehe die Hinweise des Initiativkomitees zu den Minder Bestimmungen, verfügbar unter: <http://www.abzockerinitiative.ch/wp-content/uploads/Erlaeuterungen.pdf>.

6 Besondere Regeln für die Verfassungsauslegung

- 23 Obwohl die Auslegung der Bundesverfassung mehr oder weniger den gleichen Grundsätzen wie die Auslegung von Gesetzesbestimmungen folgt,¹⁴ sind Besonderheiten zu beachten.
- 24 Erstens muss berücksichtigt werden, dass Bestimmungen in der Verfassung nur die grundsätzlichen Prinzipien beinhalten, welche dann durch den Gesetzgeber anlässlich des Entwerfens der ausführenden Gesetzesbestimmungen oder durch das Gericht ausgelegt werden müssen.¹⁵ Obwohl Art. 95 Abs. 3 BV mit Bezug auf die in Bst. a-d enthaltenen Grundsätze detailliert ist, ist, wie oben gezeigt wurde, die Formulierung "die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften" auslegungsbedürftig. Aufgrund der Tatsache, dass bei einer Änderung der BV auf der Grundlage einer Volksabstimmung die künftige Anwendung einer Bestimmung nur teilweise voraussehbar ist, ist eine massgebliche Frage bezüglich der Auslegung von Art. 95 Abs. 3 BV, ob ein Bewusstsein für die Probleme existierte, die entstehen, falls die Minder-Bestimmungen auf Gesellschaften wie die betroffenen Gesellschaften anwendbar sind.
- 25 In der Schweiz inkorporierte Gesellschaften wie die auslandkotierte Gesellschaften, die im Ausland kotiert sind (vorliegend alle in den USA), sind für gewöhnlich in der Rechtsordnung ihrer (Primär-)Kotierung sehr soliden Registrierungs- und Corporate Governance-Anforderungen unterworfen. Wenn diese Bestimmungen Grundsätze, wie sie die Minder-Bestimmungen anvisieren, auf eine ganzheitliche Art und Weise regeln (wie bspw. Vergütungen der Gesellschaftsleitung und damit verbundene Offenlegungen; Stimmabgabe mittels eines schriftlichen Abstimmungssystems, dem sog. Proxy Voting, das berücksichtigt, dass die grosse Mehrheit der Aktien von einem Nominee gehalten werden – was nebenbei gesagt auch mit der Regel der Minder-Bestimmungen betreffend dem "unabhängigen Stimmrechtsvertreter" schlecht kompatibel ist), kann dies zu doppelten oder sich widersprechenden Anforderungen und deshalb zu Unsicherheit und technischer Nichteinhaltung führen. Konflikte zwischen Rechtsordnungen sind generell schwierig zu lösen und sind für die betroffenen Gesellschaften eine erhebliche Herausforderung. Wir konnten keinen Hinweis darauf finden, dass man sich dieses Problems von sich in Einzelbereichen widersprechenden Rechtsordnungen während des parlamentarischen Prozesses oder während der Kampagne bewusst war. Deshalb sollte Art. 95 Abs. 3 BV nicht eng ausgelegt werden, sondern vielmehr nach den hier vorgeschlagenen Grundzügen, welche Aktionären von Gesellschaften, falls diese mehrheitlich im Ausland sind, eine Wahl lässt.

¹⁴ BGE 2C_828/2011 12. Oktober 2012, E. 4.1; BGE 131 I 74, E. 4.1; HÄFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 75; TSCHANNEN, FN 4, S. 149.

¹⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 77.

- 26 Darüber hinaus muss jede Auslegung einer Verfassungsbestimmung unter Einschluss aller anderen Verfassungsbestimmungen mit Relevanz für die zu beantwortenden Fragen geschehen.¹⁶ Dies bedeutet, dass im vorliegenden Fall Art. 27 und 94 BV berücksichtigt werden müssen, weil die Minder-Bestimmungen die Wirtschaftsfreiheit von Gesellschaften, welche in den Anwendungsbereich der neuen Regelung fallen, beschränken. Grundsätzlich sind die Bestimmungen der BV gleichrangig, falls der Verfassungsgeber es nicht anders bestimmt. Dass eine Bestimmung gegenüber einer anderen einen Vorrang genießt, sollte nicht leicht hin angenommen werden¹⁷ und im Gegensatz bspw. zu Art. 100 Abs. 3 BV bestimmt Art. 95 Abs. 3 BV nicht ausdrücklich, dass der Bund falls nötig vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen kann. Bei der Entscheidung spezifischer Fragen muss deshalb die Ausführungsgesetzgebung den inneren Zusammenhang der Verfassung gewährleisten und es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.¹⁸ Das öffentliche Interesse an der Anwendung der Minder-Bestimmungen ist für Gesellschaften wie die auslandkотиerten Gesellschaften klein. Andererseits ist die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit durch die Minder-Bestimmungen, besonders mit Bezug auf den Einfluss, welchen Art. 95 Abs. 3 BV auf den Wettbewerb zwischen kotierten Gesellschaften mit ihrem Sitz in der Schweiz und deren ausländischen Pendants sowie gegenüber nicht-kotierten Schweizer Gesellschaften hat, beträchtlich. Deshalb müssen die Interessen der Wirtschaft in Fällen, wie dem vorliegenden, überwiegen und im konkreten Fall für die auslandkottierten Gesellschaften wie vorgeschlagen gelöst werden.¹⁹

7 Schlussfolgerung

- 27 Im Sinne einer Schlussfolgerung kann festgehalten werden, dass starke rechtliche Gründe (abgesehen von den sogar noch überzeugenderen wirtschaftlichen) dafür bestehen, dass die wirkliche Zielsetzung der Minder-Bestimmungen nur war, Gesellschaften, welche an der Schweizer Börse kotiert sind oder waren, und/oder welche eine bedeutende schweizerische Aktionärsbasis haben, zu regeln. Die Tatsache, dass ausländische Kotierungen auch erfasst sind, wurde nur eingefügt, um zu vermeiden, dass diese Gesellschaften der Regulierung durch eine Neukotierung im Ausland ausweichen können. Gesellschaften mit den hierin beschriebenen Charakteristika und einer sehr kleinen Anzahl von Schweizer Aktionären sind hingegen von den zwingenden Minder-Bestimmungen auszunehmen, zumindest in den Fällen, in denen Aktionäre bereit sind, einem *opting-out* zuzustimmen.

¹⁶ TSCHANNEN, FN 4, S. 159.

¹⁷ BGE 2C_828/2011 12. Oktober 2012, E. 4.2.1 f.; siehe auch TSCHANNEN, FN 4, S. 152 f.

¹⁸ TSCHANNEN, FN 4, S. 159.

¹⁹ A.M. HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative gegen die Abzockerei?, GesKR 2013, S. 5 ff., S. 9 f., wonach Art. 95 Abs. 3 BV Vorrang hat.

II Ausnahmen von der Anwendbarkeit von Art. 95 Abs. 3 BV aufgrund eines Konflikts mit anwendbarem ausländischen Recht

- 28 Falls ein Konflikt zwischen schweizerischem und ausländischem Recht besteht und beide Rechtsordnungen in einem bestimmten Fall ihre Anwendbarkeit vorsehen, kann dies zu Konflikten zwischen den betroffenen Systemen führen, insbesondere im Fall von zwingenden Bestimmungen.²⁰ Aus dieser Perspektive erscheint es aus einer schweizerischen Sicht zumindest fragwürdig, den auslandkотиerten Gesellschaften Bestimmungen aufzuzwingen, mit welchen ihre Aktionäre unter Umständen nicht einverstanden sind. Deshalb und aufgrund des bedeutenden negativen Einflusses, welcher ein solcher Konflikt haben kann, sollte Schweizer Recht nicht anwendbar sein, falls (i) gestützt auf eine Interessenabwägung die Interessen des ausländischen Rechts an der Anwendung seiner Bestimmungen die schweizerischen Interessen überwiegen oder falls (ii) die Interessen gleichrangig sind und die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sind: (a) das ausländische Recht verletzt den schweizerischen *ordre public* nicht, (b) das ausländische Recht hat eine ähnliche Zielsetzung, und (c) es besteht eine starke Verbindung des Sachverhalts mit dem fremden Rechtssystem.²¹
- 29 Mit Bezug auf die auslandkотиerten Gesellschaften ist festzuhalten, dass US-amerikanisches Recht bezüglich des Schutzes der Volkswirtschaft, des Privateigentums, der Aktionärsrechte und Garantien für eine nachhaltige Unternehmensführung in Gehalt und Form dem schweizerischen Recht ähnlich ist. An einer US-amerikanischen Börse primärkотиerte Gesellschaften müssen bspw. ihre Aktionäre über die Managementvergütungen, inklusive die individuellen Vergütungen der obersten Geschäftsleitungsmitglieder, zwingend abstimmen lassen (allerdings konsultativ). Das US-amerikanische System der Stimmrechtsvertretung macht es weiter viel schwieriger, eine Stimmempfehlung zu ändern bzw. diese neu abzugeben, falls Aktionäre je einen Vorschlag ablehnen sollten (es müssten eines neues sog. *Proxy Statement* bei der SEC eingereicht und den Aktionären zugesandt werden). Weitere Bestimmungen, die nur schwer in Übereinstimmung zu bringen sind, sind gewisse von den Minder-Bestimmungen verbotene Zahlungen, die aber in anderen Ländern, wo die auslandkottierten Gesellschaften geeignetes Personal rekrutieren, üblich sind – und schliesslich lässt sich die grosse Bedeutung, welche die Minder-Bestimmungen dem sogenannten unabhängigen Stimmrechtsvertreter beimessen, schlecht mit dem US-amerikanischen System der Stimmrechtsvertretung in Einklang bringen, da alle Aktien durch einen Nominee gehalten werden. Auch aus diesem Blickwinkel sollten die Minder-Bestimmungen folglich nicht zwingend auf die auslandkottierten Gesellschaften angewandt werden. Mit der hierin vorgeschlagenen Vorgehensweise kann ein (potentieller) Konflikt zwischen unterschiedlichen anwendbaren Rechtsordnungen verhindert werden, falls es die Aktionäre so wollen.

²⁰ TIFFANY ENDER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Risiken des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs aus dem Blickwinkel des schweizerischen Aufsichtsrechts, Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 11. Januar 2010, SZW 6/201, S. 506 ff., S. 514.

²¹ ENDER/VON DER CRONE, FN 20, S. 514.

- 30 Sollte dem hierin vorgebrachten Vorschlag gefolgt werden, kann die Schweiz verhindern, dass auslandkotierte Gesellschaften (welche hierzulande Steuern zahlen) ihren Sitz in eine andere Rechtsordnung verlegen (wie es die Noble Corporation tun will, gemäss ihrem Proxy Statement, und zwar gerade auch (wenigstens teilweise) wegen der Minder-Bestimmungen) und es kann – noch wichtiger – sichergestellt werden, dass die Schweiz weiterhin für Sitzverlegungen offen bleibt.

* * *

Freundliche Grüsse

Prof. Dr. Rolf Watter



Par eMail à ehra@bj.admin.ch

Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Genève, 14 mars 2015

Consultation : révision du code des obligations (droit de la société anonyme)
Prise de position de STSA dans la procédure de consultation

Madame, Monsieur

En référence à la communication du Conseil Fédéral du 28 novembre 2014, STSA (Swiss Trading and Shipping Association) - l'Association Suisse de Négoce et de Transport Maritime - a l'avantage par la présente de prendre part à la procédure de consultation sur la révision du code des obligations (droit de la société anonyme).

STSA est l'association faitière suisse du secteur du négoce de matières premières. Elle regroupe les trois associations régionales - GTSA (Geneva Trading and Shipping Association), ZCA (Zug Commodity Association) et LCTA (Lugano Commodity Trading Association) - et compte plus de 170 entreprises suisses membres, réparties dans tout le pays. Les sociétés membres de STSA représentent les leaders du négoce de matières premières, du transport maritime, de l'inspection, des banques de financement du négoce et des services associés.

En tant qu'unique association représentant le secteur du négoce de matières premières en Suisse, STSA, pour cette consultation, prendra position seulement sur les articles 964a – f du projet de loi, concernant exclusivement la transparence dans les entreprises de matières premières.

Prise de position

STSA, en tant qu'association faitière suisse du secteur du négoce de matières premières, se prononce sur les articles 964a – f du présent projet de loi concernant la transparence dans les entreprises de matières premières, de la manière suivante.

Articles 964 a – 964 e

STSA est d'accord avec l'insertion des réglementations de transparence dans le Code des Obligations, telle que prévue aux articles 964a – e,

reconnaissant qu'elle répond à un besoin d'harmonisation internationale (« level playing field ») au niveau des activités extractives et productives de matières premières.

Article 964 f

STSA admet la clause de délégation, telle que prévue à l'article 964f, qui permettrait au Conseil Fédéral, dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale, l'extension des mêmes prescriptions de transparence aux activités de négoce en matières premières,

étant entendu que :

- a. une « procédure harmonisée à l'échelle internationale » **implique** que plusieurs autres places principales de négoce de matières premières, comme Londres, Chicago ou Singapour, appliquent des dispositions de transparence équivalentes ;
- b. ces dispositions de transparence **s'appliquent aux activités** de négoce de matières premières, quel que soit l'agent économique qui les performe, **plutôt qu'à une catégorie** « entreprise de négoce de matières premières », afin de
 - éviter toutes distorsions éventuelles de concurrence entre acteurs économiques ; et
 - tenir compte de la difficulté à définir positivement une « entreprise de négoce de matières premières » ;
- c. ces dispositions de transparence doivent **s'appliquer de façon cohérente au niveau international** pour ne pas introduire des possibilités d'arbitrage réglementaire, ni désavantager la place économique suisse.

* * *

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à la présente et vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de notre haute considération.

Dr Stéphane Graber
Secrétaire Général
STSA

Par eMail à ehra@bj.admin.ch

Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Genève, 14 mars 2015

Consultation : révision du code des obligations (droit de la société anonyme)
Prise de position de STSA dans la procédure de consultation

Madame, Monsieur

En référence à la communication du Conseil Fédéral du 28 novembre 2014, STSA (Swiss Trading and Shipping Association) - l'Association Suisse de Négoce et de Transport Maritime - a l'avantage par la présente de prendre part à la procédure de consultation sur la révision du code des obligations (droit de la société anonyme).

STSA est l'association faitière suisse du secteur du négoce de matières premières. Elle regroupe les trois associations régionales - GTSA (Geneva Trading and Shipping Association), ZCA (Zug Commodity Association) et LCTA (Lugano Commodity Trading Association) - et compte plus de 170 entreprises suisses membres, réparties dans tout le pays. Les sociétés membres de STSA représentent les leaders du négoce de matières premières, du transport maritime, de l'inspection, des banques de financement du négoce et des services associés.

En tant qu'unique association représentant le secteur du négoce de matières premières en Suisse, STSA, pour cette consultation, prendra position seulement sur les articles 964a –f du projet de loi, concernant exclusivement la transparence dans les entreprises de matières premières.

Prise de position

STSA, en tant qu'association faitière suisse du secteur du négoce de matières premières, se prononce sur les articles 964a – f du présent projet de loi concernant la transparence dans les entreprises de matières premières, de la manière suivante.

Articles 964 a – 964 e

STSA est d'accord avec l'insertion des réglementations de transparence dans le Code des Obligations, telle que prévue aux articles 964a – e,

reconnaissant qu'elle répond à un besoin d'harmonisation internationale (« level playing field ») au niveau des activités extractives et productives de matières premières.

Article 964 f

STSA admet la clause de délégation, telle que prévue à l'article 964f, qui permettrait au Conseil Fédéral, dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale, l'extension des mêmes prescriptions de transparence aux activités de négoce en matières premières,

étant entendu que :

- a. une « procédure harmonisée à l'échelle internationale » **implique** que plusieurs autres places principales de négoce de matières premières, comme Londres, Chicago ou Singapour, appliquent des dispositions de transparence équivalentes ;
- b. ces dispositions de transparence **s'appliquent aux activités** de négoce de matières premières, quel que soit l'agent économique qui les performe, **plutôt qu'à une catégorie** « entreprise de négoce de matières premières », afin de
 - éviter toutes distorsions éventuelles de concurrence entre acteurs économiques ; et
 - tenir compte de la difficulté à définir positivement une « entreprise de négoce de matières premières » ;
- c. ces dispositions de transparence doivent **s'appliquer de façon cohérente au niveau international** pour ne pas introduire des possibilités d'arbitrage réglementaire, ni désavantager la place économique suisse.

* * *

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à la présente et vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de notre haute considération.

Dr Stéphane Graber
Secrétaire Général
STSA

Modification du Code des obligations (droit de la société anonyme)

Prise de position de la coalition d'ONG



9 février 2015

Office fédéral de la justice
Office fédéral du
registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Résumé

La réforme du droit de la société anonyme présente l'occasion de compléter le Code des obligations de manière à ce qu'il reflète les évolutions internationales en matière de bonne gouvernance des entreprises et que les sociétés suisses assument mieux leurs responsabilités, en particulier lorsqu'elles sont actives dans les pays en développement. Sans prendre position sur l'ensemble de l'avant-projet, les organisations signataires proposent d'ajouter à celui-ci des dispositions précisant les devoirs des sociétés dans le domaine du respect des droits humains et de la publicité des ayants droit économiques. Elles commentent, en outre, les dispositions prévues en matière de transparence des paiements dans le secteur des matières premières. A ce sujet, elles considèrent comme décisif d'inclure le négoce, qui constitue le cœur de l'activité de ce secteur en Suisse, dans les dispositions légales prévues.

Contacts pour la coalition d'ONG : Olivier Longchamp, Déclaration de Berne, avenue Charles-Dickens 4, 1006 Lausanne, tél. 021 620 03 03, fax 021 620 03 00, info@ladb.ch, www.ladb.ch / Urs Rybi, Erklärung von Bern, Dienerstrasse 12, Postfach, tél. 044 277 70 00, Fax 044 277 70 01, urs.rybi@evb.ch, www.evb.ch, 8026 Zurich / Chantal Peyer, Pain pour le prochain, avenue du Grammont 9, 1007 Lausanne, tél. 021 614 77 10, fax 021 617 51 75, peyer@bfa-ppp.ch, www.ppp.ch

Table des matières

1. Préambule	1
2. Remarques générales	3
2.1 Renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques (ADE) des sociétés	4
2.1.1 Importance du problème	5
2.1.2 Contexte international.....	6
2.1.3 Quelques cas impliquant des sociétés suisses	8
2.1.4 La réforme du droit de la société	8
2.2 Transparence des paiements.....	10
2.2.1 Importance du problème	10
2.2.2 Contexte international.....	11
2.2.3 Le trou noir du négoce	13
2.3 Devoirs de diligence des sociétés en matière de droits humains.....	15
2.3.1. Les enjeux et la situation internationale	15
2. 3. 2. La situation en Suisse	17
2. 3. 3. La réforme du droit de la société.....	19
3. Remarques spécifiques	22
3.1 Renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques (ADE) des sociétés anonymes.....	22
3.2 Transparence des paiements dans le secteur des matières premières	23
3.3. Devoirs de diligence des sociétés en matière de droits humains.....	29

1. Préambule

Issues de la société civile, les organisations signataires s'engagent depuis des années pour que les entreprises suisses se comportent de façon responsable et afin qu'elles respectent les droits humains et l'environnement, en particulier lorsqu'elles sont actives dans les pays du Sud. Elles ont contribué à montrer les conséquences des agissements problématiques de certaines sociétés helvétiques dans les pays les plus pauvres par des campagnes de sensibilisation, des recherches sur des secteurs spécifiques (par exemple, celui des matières premières) et des études de cas portant sur des affaires de corruption, de violations des droits humains et de l'environnement ou encore sur l'optimisation fiscale agressive des groupes internationaux. Elles ont soutenu diverses initiatives de

vérification des conditions de travail dans les sites de production à l'étranger et ont dialogué avec certaines firmes. Elles connaissent donc bien les pratiques des sociétés suisses et sont très intéressées à commenter les dispositions légales encadrant leurs activités.

Fortes de leur expérience, les organisations signataires sont arrivées à trois constats.

En premier lieu, elles sont convaincues de la responsabilité particulière de la Suisse. Notre pays abrite, en effet, la plus forte densité de multinationales par habitant du monde, et le nombre de sociétés internationales qui se sont implantées en Suisse s'est accéléré ces dernières années¹. Ces sociétés sont souvent actives dans des pays du Sud. Certains secteurs importants du paysage économique suisse, comme celui des matières premières, sont même actifs en premier lieu dans des pays pauvres ou dans des Etats dont la gouvernance est faible. Les autorités helvétiques ont donc un devoir accru de veiller à ce que ces sociétés s'abstiennent de toute activité problématique et qu'elles adoptent un comportement responsable et respectueux des droits humains. Ce premier constat a été reconnu à maintes reprises par le Conseil fédéral. Ainsi, dans un rapport publié en mai 2014, le Conseil fédéral reconnaissait que, « en tant que siège de nombreuses entreprises internationales, la Suisse assume une grande responsabilité en matière de respect des droits de l'homme et de protection de l'environnement, en particulier vis-à-vis des pays qui ne respectent pas suffisamment les principes de l'Etat de droit. Cette responsabilité est engagée en cas de violation des droits de l'homme ou de pollutions commises dans ces pays par des entreprises suisses, violations qui peuvent entacher l'image de notre pays. »²

Les organisations signataires sont ensuite convaincues de la nécessité de réguler l'activité des sociétés sur certains points. Au niveau des droits humains, par exemple, les initiatives dites « volontaires », dont l'impact dépend – comme leur nom l'indique – uniquement du bon vouloir des firmes, ont montré leurs limites. De plus, les sociétés dont les comportements sont les plus problématiques ne s'engagent que rarement dans de telles initiatives et disposent d'un avantage comparatif par rapport à celles qui tentent d'agir selon les meilleures pratiques. Dès lors, il est nécessaire de disposer de bases légales minimales obligeant toutes les sociétés suisses à respecter les droits humains et l'environnement partout dans le monde. Cette exigence constitue précisément le cœur de la pétition « Droit sans frontières », qui a été déposée en 2012 avec plus de 135 000 signatures par une large coalition de 50 organisations de la société civile, et soutenue en particulier par les organisations signataires. La nécessité de compléter les démarches volontaires par des mesures juridiquement contraignantes (« *smart mix* ») a été reconnue par les [Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits humains](#), lesquels font d'une telle combinaison un moyen pour l'Etat d'accomplir son devoir de protéger les droits humains. Des mesures légales sont d'autant plus nécessaires qu'il existe un véritable fossé entre la globalisation de l'économie, portée notamment par les entreprises multinationales, et l'état du droit national, généralement mal outillé pour

¹ A ce sujet, cf. par exemple Arthur D. Little, *Headquarters on the move – Benchmarking of Global and regional Headquarters in Switzerland*, novembre 2009, en particulier p. 7.

faire face à cette évolution et rendre les sociétés responsables de leurs implications dans des violations – directes ou indirectes – des droits humains et de l'environnement.

Enfin, les organisations signataires ont constaté ces dernières années, sur le plan international, une tendance à davantage de régulation des activités des sociétés multinationales. Que ce soit du point de vue des droits humains, dans le domaine de la transparence des paiements du secteur des matières premières ou de la transparence des structures des groupes internationaux, les principaux pays industrialisés ont adopté des lois encadrant l'activité des sociétés et renforçant leur transparence. Cette tendance – sur laquelle nous revenons en détail plus loin – a été, elle aussi, reconnue par le Conseil fédéral à plusieurs reprises³. Si la Suisse reste à la traîne, le risque existe que les sociétés étrangères désireuses de se soustraire aux obligations qui leur sont imposées ailleurs délocalisent des activités problématiques dans notre pays.

Les organisations signataires considèrent l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme comme une occasion d'améliorer le contexte légal helvétique en tenant compte de ces différents constats. Elles remercient les autorités fédérales de pouvoir contribuer à cette importante révision.

2. Remarques générales

Le 28 novembre 2014, le Conseil fédéral a envoyé en consultation l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme. Cet avant-projet comporte différents éléments relatifs à la gouvernance d'entreprise sur lesquels les organisations signataires n'ont pas de commentaires particuliers à faire.

En revanche, les organisations signataires ont été déçues de constater que les autorités fédérales n'ont pas saisi l'occasion qui se présentait d'adapter le droit suisse aux évolutions internationales en cours. Certes, dans le domaine de la transparence des paiements effectués par les sociétés du secteur des matières premières, le Conseil fédéral propose, dans son avant-projet, d'adopter de nouvelles dispositions prévoyant d'obliger les sociétés suisses à publier les paiements qu'elles acquittent à des entités étatiques. Comme les autorités proposent cependant d'exempter les opérations de négoce, qui constituent le cœur de l'activité des sociétés de ce secteur en Suisse, cette disposition est insuffisante.

Par ailleurs, aucune disposition de l'avant-projet ne vient renforcer les devoirs des sociétés et des conseils d'administration dans le domaine de la transparence des ayants droit économiques ou de la responsabilité en matière de droits humains et d'environnement. A ce sujet aussi, l'évolution internationale est claire. Différentes législations récentes ont introduit – ou sont en passe d'introduire – des dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques, des obligations de diligence en

² [Rapport de droit comparé. Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger](#) - Rapport rédigé en exécution du postulat 12.3980, 2.5.2014, p. 2.

³ Dans [un rapport publié en 2014 au sujet de la transparence des paiements](#), par exemple, le Conseil fédéral relevait à juste titre « à l'échelon international une tendance en faveur d'une plus grande transparence des paiements effectués par les entreprises du secteur des matières premières aux gouvernements ».

matière de droits humains pour les sociétés ainsi que des obligations de publication de rapports extrafinanciers. Il importe donc de compléter l'avant-projet sur ces points, afin de tenir compte des évolutions internationales les plus récentes et de la responsabilité particulière de la Suisse.

Sans se prononcer sur l'ensemble de l'avant-projet, les organisations signataires souhaitent donc l'améliorer et le compléter sur les trois points évoqués ci-dessus. Nous précisons les raisons de le faire dans la suite de ce texte. Des propositions concrètes d'amendement sont présentées au point 3 plus loin.

2.1 Renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques (ADE) des sociétés

L'usage de structures juridiques (comme des sociétés écrans ou des trusts) destinées à abriter des avoirs résultant de délits est l'un des traits récurrents de la criminalité financière et économique internationale. La Suisse n'est pas épargnée : des cas récents ont montré que, parfois, des personnes politiquement exposées ou des réseaux criminels se cachent derrière des sociétés helvétiques. Pour blanchir de l'argent ou dissimuler des sommes provenant de la corruption ou de la fraude fiscale, il est en effet nécessaire de disposer de structures légales permettant de cacher les ayants droit économiques réels des avoirs illicites. Si ce constat est connu, « la plupart des pays n'ont pas de stratégie cohérente pour s'attaquer à ce problème »⁴, comme le relevaient la Banque mondiale, l'initiative StAR et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime dans un rapport publié en 2011.

Dissimuler les ayants droit économiques (ADE) des sociétés n'est pas l'apanage de la criminalité économique. Lorsque des entreprises ou des particuliers cherchent à conclure des opérations douteuses, parce qu'elles peuvent impliquer des violations des droits humains ou de normes environnementales, parce qu'elles peuvent comporter un risque de poursuite pénale ou un risque de réputation, l'usage de structures anonymes est répandu. Il permet de diluer la responsabilité juridique et morale des personnes qui conduisent de telles activités problématiques et de les dissimuler.

A l'échelle internationale, on note un mouvement général pour davantage de transparence des structures juridiques. Ainsi qu'on le verra plus loin, de nombreux Etats ont identifié ce problème et adopté des mesures légales afin de combattre l'usage de structures opaques. En Suisse, la situation est toujours loin d'être satisfaisante. L'adaptation récente des lois destinées à mettre les pratiques helvétiques en conformité avec les normes du GAFI a certes introduit des dispositions destinées à renforcer la transparence des ayants droit économiques⁵. Toutefois, les informations relatives aux détenteurs des sociétés ne sont publiées en Suisse que pour une très petite proportion des sociétés helvétiques (celles qui sont cotées en Bourse). Si les firmes savent désormais à qui elles appartiennent, elles ne communiquent généralement pas ces informations, qui restent donc inaccessibles au public. La publicité des ayants droit économiques des

⁴ [The Puppet Masters. How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It](#), Washington, The World Bank, etc., 2011, p. 33.

⁵ [Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière \(GAFI\)](#), du 12.12.2014.

sociétés est un moyen très simple de rendre beaucoup plus difficile l'usage problématique de constructions juridiques visant à dissimuler des avoirs illicites ou des actes répréhensibles. La réforme actuelle du droit des sociétés représente l'occasion de mettre la législation suisse en adéquation avec cette tendance internationale.

2.1.1 Importance du problème

En 2011, la Banque mondiale, l'initiative StAR et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime ont commandé un rapport sur la question de l'identification des ayants droit économiques. Ce rapport a analysé en détail 150 affaires relevant de la grande corruption internationale. Dans 128 d'entre elles, des sociétés – y compris suisses – avaient été utilisées pour camoufler les avoirs provenant de la corruption⁶. Cet échantillon montre que la fréquence à laquelle des structures juridiques opaques sont utilisées pour dissimuler des avoirs illicites est très élevée. Le plus souvent, les montages utilisés consistent en un enchevêtrement complexe de structures (par exemple, une société dans une juridiction X possédant une société dans une juridiction Y, possédant elle-même un trust dans une juridiction Z ainsi que des comptes dans plusieurs banques et pays différents). Dans les cas les plus sophistiqués, huit à neuf entités distinctes peuvent être imbriquées. Plus ces montages sont élaborés, plus il est difficile d'identifier à qui les fonds détenus par ces sociétés appartiennent et à quoi leurs transactions sont destinées. Ainsi que le rapport précité le relève, la multiplication des juridictions représente également un obstacle de taille pour les autorités pénales lors d'éventuelles poursuites. Pour connaître les ayants droit de ces structures ou retracer les mouvements de fonds, elles dépendent souvent des mécanismes lents et fragiles de l'entraide pénale internationale.

Il n'existe pas, à notre connaissance, de données nationales ou internationales permettant de savoir à quelle fréquence des sociétés suisses sont utilisées dans les affaires de grande corruption ou, plus largement, pour camoufler des actes répréhensibles ou problématiques. On peut tout au plus relever que le nombre de sociétés helvétiques dépourvues d'activités opérationnelles est conséquent. Il n'existe pas de statistiques officielles à ce propos⁷. Toutefois, d'après une estimation conservatrice⁸ effectuée par le *Tages-Anzeiger*⁹, 75 000 sociétés suisses seraient dépourvues d'activités opérationnelles, soit environ 14 % du nombre total des sociétés inscrites au Registre du commerce helvétique en 2013 (540 641). Si les sociétés dépourvues d'activités opérationnelles ne sont pas nécessairement vouées à des activités délictueuses ou problématiques, c'est bien de tels montages qui sont le plus souvent utilisés lorsqu'il s'agit de cacher des ayants droit économiques en Suisse. On peut donc raisonnablement penser qu'une part importante de ces 75 000 sociétés n'a pas d'autres raisons d'exister.

Une façon très simple de contrer ce problème consisterait à obliger les personnes morales à identifier et à publier la liste de leurs ayants droit économiques, c'est-à-dire les

⁶ [The Puppet Masters. How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It](#), Washington, The World Bank, etc., 2011, p. 34.

⁷ Le Registre du commerce se borne à recenser les inscriptions de sociétés, sans se préoccuper de leur activité. La statistique des entreprises de l'OFS ne recense que les entreprises ayant une activité économique.

⁸ Basée sur le nombre de sociétés inscrites avec une adresse « c/o », dont sont soustraites celles disposant d'un compte TVA, et donc d'une activité commerciale.

⁹ *Tages-Anzeiger*, 2.5.2013.

personnes physiques qui les contrôlent réellement. Cette solution est une mesure efficace pour lutter contre la criminalité économique. Il s'agit en outre de la seule mesure permettant à des entreprises d'identifier leurs partenaires d'affaires. Les intermédiaires financiers disposeraient ainsi d'un moyen de vérifier la réalité des informations fournies aujourd'hui par les sociétés au nom de qui elles ouvrent un compte, et de réduire le coût des opérations de *compliance* qu'elles doivent bien souvent réaliser à ce sujet. Enfin, la publicité des ADE simplifierait le travail des autorités fiscales ou pénales étrangères, qui doivent, aujourd'hui, passer par les mécanismes lents et complexes de l'échange d'informations pour mener leurs investigations. Le Conseil fédéral a d'ailleurs reconnu le bien-fondé de telles mesures, soulignant, dans sa réponse à une interpellation, que « les mesures de transparence relatives à l'identité des ayants droit économiques contribuent à lutter contre de tels flux financiers. Elles permettent, d'une part, de mettre en place des mesures préventives (au niveau des sociétés ou des intermédiaires financiers) visant à empêcher ces flux et, d'autre part, d'assurer la traçabilité de l'information nécessaire à l'action des autorités administratives et pénales concernées. »¹⁰ L'accès à des informations essentielles serait facilité pour les autorités pénales, les journalistes ou les ONG anticorruption. L'effet dissuasif d'une telle disposition serait par conséquent élevé.

La problématique de l'identification des ayants droit économiques est un défi mondial. Toutefois, et contrairement à ce qui se passe dans d'autres Etats, la Suisse n'a, pour l'instant, pas réellement identifié ce défi. La Confédération risque donc d'être en retard par rapport aux avancées législatives rapides des autres pays, et de se voir contrainte, une fois de plus, de combler ce retard sous le feu des pressions internationales.

2.1.2 Contexte international

Pour l'instant, les standards internationaux en matière de lutte contre la criminalité économique (par exemple, les recommandations du GAFI) obligent les Etats à se doter de dispositions légales leur permettant de savoir rapidement à qui appartient une personne morale. Les recommandations 24 et 25 du GAFI, révisées en 2012, fixent en effet les devoirs relatifs à la transparence des bénéficiaires effectifs des personnes morales et des constructions juridiques. Si ces normes n'obligent pas à publier les informations relatives au contrôle effectif des sociétés, elles contraignent néanmoins les autorités à s'assurer qu'elles sont bien en mesure d'obtenir ces informations¹¹. La législation suisse a récemment été modifiée pour être en conformité avec ce standard, notamment en créant un mécanisme permettant aux sociétés disposant d'actions au porteur de connaître leurs actionnaires. De plus, selon la nouvelle [loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière \(GAFI\)](#), toutes les sociétés non cotées en Bourse sont désormais obligées (au titre des nouveaux articles 697 j et l CO, entre autres) de tenir une liste des ayants droit économiques contrôlant davantage que 25 % de leurs parts. Toutefois, la nouvelle législation ne prévoit aucune disposition relative à la publicité de ces informations.

La question de la publicité des ayants droit économiques contrôlant les personnes juridiques a pris, ces dernières années, une place importante dans l'agenda international.

¹⁰ [Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation 13.4288.](#)

¹¹ FATF Guidance, [Transparency and beneficial ownership](#), October 2014.

Un rapport réalisé en 2012 pour le World Economic Forum de Davos édictait déjà des recommandations stipulant que tous les pays devraient publier, dans des registres officiels et publics, par ailleurs accessibles à prix modique, des informations sur les ADE des sociétés¹². Le GAFI précise également qu'il convient « de faciliter l'accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des personnes morales »¹³. Dans ce contexte, les voix demandant des registres publics des ADE de sociétés se sont multipliées. La Fédération bancaire de l'Union européenne s'est prononcée en faveur d'une telle mesure¹⁴. En novembre 2013, le ministre français des Finances, Pierre Moscovici, a relevé que « la généralisation de mécanismes de registres centralisés et publics reste le seul moyen pour permettre un accès rapide aux informations relatives aux bénéficiaires effectifs, et qu'elle doit donc être consacrée au niveau européen. »¹⁵

A la suite de ces déclarations, de nombreuses démarches ont été entreprises à l'échelle internationale afin de créer des registres publics des ayants droit économiques. Le mouvement le plus important a sans doute eu lieu au début de l'année 2014. Dans le cadre de la 4^e révision de la Directive européenne sur le blanchiment d'argent, deux comités du Parlement européen ont accepté, le 20 février, de demander aux pays membres de l'UE de créer des registres publics des ayants droit économiques des sociétés et des trusts¹⁶. Cette décision a été ratifiée par le Parlement européen en mars 2014.

Dans la foulée, plusieurs pays membres de l'UE ont entrepris de transcrire cette exigence dans leur droit national. Suivant les promesses faites en 2013 par le premier ministre anglais, David Cameron¹⁷, un projet de loi est actuellement en seconde lecture devant le Parlement anglais. Ce projet prévoit d'obliger les sociétés anglaises à tenir un registre de leurs bénéficiaires économiques et d'autoriser toute personne intéressée à le consulter au siège de la société et à en prendre des copies¹⁸. Ce projet de loi devrait entrer en vigueur au printemps 2015¹⁹. En France, un décret introduisant une base pour la création d'un registre public des résidents français agissant en tant qu'administrateurs, « settlors » ou bénéficiaires d'un trust a été promulgué. Le 1^{er} décembre 2014, le ministre des Finances danois a présenté un projet de registre public des ayants droit économiques des sociétés²⁰. Même les îles Caïman discutent actuellement de l'opportunité d'introduire des registres publics des détenteurs de personnes morales²¹. Enfin, le 27 octobre 2014, l'Ukraine a décidé de créer un registre public des ayants droit économiques des sociétés²².

¹² WEF (Ed.), Global Agenda Council on Organized Crime, [Organized Crime Enablers](#), July 2012.

¹³ [Recommandation 24 du GAFI](#).

¹⁴ [EBF Position on the ECB Proposal for a 4th EU AML Directive](#), 12.6.2012, p. 6.

¹⁵ [Communiqué ONE du 15.11.2013](#).

¹⁶ [Communiqué de presse : Blanchiment d'argent : fin de l'anonymat des bénéficiaires de sociétés et de fiducies](#), Affaires économiques et monétaires, Parlement européen, 20.2.2014.

¹⁷ UK Government Press Release, [Public register to boost company transparency](#), 31.10.2013.

¹⁸ Cf. draft section 790 O of Schedule 3 Part 1, [Small Business, Enterprise and Employment Bill](#), [Explanatory notes to the Bill](#), UK Parliament.

¹⁹ L'état d'avancement de ce projet peut être suivi [ici](#).

²⁰ Son discours (en danois) peut être consulté [ici](#).

²¹ [Statement by Minister for Financial Services, Wayne Panton, on the Commencement of Cayman's Consultation on its G8 Action Plan](#), Cayman Island Financial Services, 4.11.2013.

²² [Ukraine : Upfront Disclosure of Beneficial Ownership Now Required](#), Global Compliance News, 27.10.2014.

2.1.3 Quelques cas impliquant des sociétés suisses

En Suisse, de nombreuses affaires rendues publiques, ces dernières années, ont montré comment des sociétés helvétiques permettent de dissimuler des avoirs illicites ou des actes répréhensibles. Nous présentons ici quelques cas emblématiques. La liste aurait pu être prolongée sans peine²³.

- *Les sociétés fribourgeoises du fils Obiang.* Teodorin Obiang, le fils du président de la Guinée équatoriale, est accusé d'avoir détourné des caisses publiques des sommes utilisées pour acquérir, à l'étranger, des biens immobiliers luxueux par le biais de comptes ouverts en Suisse au nom de cinq sociétés helvétiques.
- *Une banque biélorusse douteuse à Fribourg.* En 2012, le Trésor américain a décidé de placer la banque biélorusse Credex sur liste noire au titre du Patriot Act de 2001. Cette banque, 22^e de son pays par les actifs, est soupçonnée de blanchiment par les autorités américaines. Elle appartenait à 96,82 % à une société boîte aux lettres fribourgeoise, Vicpart Holding. Dépourvue de bureau et d'employés ; cette firme gérée par un administrateur genevois était installée dans un petit immeuble où sont enregistrées plus de deux cents sociétés. Vicpart a été mise en liquidation en janvier 2013. Les autorités américaines ne sont jamais parvenues à identifier à qui elle appartenait réellement.
- *L'évasion fiscale alléguée de Lionel Messi à travers des sociétés zougaises.* Le célèbre footballeur Lionel Messi est accusé par la justice espagnole d'avoir soustrait une partie de ses revenus à l'impôt. D'après les informations publiées dans la presse, l'évasion fiscale impliquant des montants de l'ordre de 4,2 millions d'euros aurait été réalisée par le biais d'un montage complexe de sociétés offshore. L'argent aurait transité par les comptes de deux sociétés écrans zougaises.

Dans tous ces cas, la publicité des ayants droit économiques des sociétés aurait permis soit d'innocenter les firmes impliquées des soupçons nourris à leur encontre, soit d'accélérer le travail des autorités de poursuite. Par ailleurs, le fait même que les sociétés situées en Suisse doivent publier leurs ayants droit économiques serait de nature à dissuader les personnes cherchant à disposer de structures opaques pour camoufler des affaires douteuses de créer de telles structures en Suisse.

2.1.4 La réforme du droit de la société

La réforme actuelle du droit de la société anonyme présente l'opportunité de modifier les dispositions légales suisses de façon à accroître la transparence des ayants droit économiques, dans le but de limiter les risques décrits ci-dessus. Il existe plusieurs façons théoriques de le faire.

- L'une d'elles consisterait à prévoir que toutes les sociétés doivent divulguer des informations sur leurs ayants droit économiques, par exemple dans leurs rapports annuels.

²³ [La publicité des ayants droit économiques des sociétés – Problèmes, enjeux et solutions](#), Fiche d'information, Déclaration de Berne, février 2015. Plus d'informations sur www.ladb.ch/avoirs-illicites.

- Une autre façon consisterait à faire figurer les informations relatives aux ADE des sociétés suisses sur les extraits du Registre du commerce.

La première solution laisserait aux sociétés la responsabilité de publier les informations relatives à leurs ayants droit économiques. Il faudrait toutefois s'assurer que ces informations sont publiées sous un format qui engage la responsabilité de la société et de ses directeurs, et dont l'exactitude est contrôlée par les réviseurs. Pour cette raison, il paraît opportun de faire figurer cette information dans les rapports annuels. Cette première solution se heurte cependant à deux écueils. a) D'une part, seule une petite partie des sociétés suisses sont aujourd'hui légalement tenues de publier leurs rapports annuels. b) D'autre part, les informations publiées de cette manière ne présenteraient que l'état de fait correspondant à la situation au moment du bouclage des comptes. Dans certains cas, cet état de fait peut ne plus correspondre à la réalité. Il est aussi aisé d'imaginer des moyens légaux de contourner cette obligation, par exemple en modifiant la liste des ayants droit économiques juste avant ou juste après sa date de publication légale.

La seconde solution correspond, à peu près, à ce qui se pratique, par exemple en Slovaquie²⁴, ou à la pratique actuelle en ce qui concerne les actionnaires des S.à r.l. en Suisse ou en Allemagne. Elle aurait l'avantage de permettre une vérification précise de l'état de fait relatif aux ayants droit économiques des sociétés par une autorité publique. A condition que les sociétés soient tenues de communiquer tout changement aux Registres du commerce – ainsi qu'elles doivent le faire, par exemple, pour une modification de la liste de leurs administrateurs – les informations sur les ayants droit économiques auraient en outre l'avantage d'être exactes et exigibles en tout temps. Cette seconde solution impliquerait cependant une importante modification des attributions et des dotations des administrations concernées, qui seraient chargées de vérifier la véracité des informations publiées sous leur responsabilité, et cela est difficilement envisageable.

En tenant compte de ces différentes limites, nous avons imaginé une solution mixte, consistant à combiner les trois dispositions suivantes.

- 1. Une première disposition consiste à rendre publiques les listes d'ayants droit économiques des sociétés introduites par la récente réforme GAFI (article 697 l CO). Ainsi, n'importe quelle personne pourrait se rendre auprès d'un lieu convenu, par exemple au siège d'une société, puis voir en tout temps qui contrôle celle-ci et copier ces informations, ainsi que le prévoit le projet qui devrait être soumis au Parlement britannique sous peu.
- 2. Une telle disposition n'est toutefois pas suffisante, dans la mesure où il peut être relativement coûteux ou compliqué d'accomplir une telle démarche – par exemple pour des entreprises étrangères cherchant à connaître leurs partenaires d'affaires suisses. Il serait dès lors utile de compléter cette disposition par une obligation, pour les sociétés, de publier régulièrement, au moins annuellement, la liste des personnes qui les contrôlent dans leur rapport d'activité.
- 3. Néanmoins, dans la mesure où de tels rapports d'activité ne sont généralement pas publiés en Suisse, il est nécessaire d'introduire une disposition obligeant

²⁴ Registre du commerce slovaque : [Slovenian Business Register \(PRS\)](#).

toutes les sociétés de déposer leurs rapports d'activité auprès des Registres du commerce, et de charger ces autorités de publier ceux-ci sur internet, à l'image de ce qui se pratique par exemple aux Pays Bas²⁵, au Luxembourg²⁶ ou à Singapour²⁷. Cela assure la diffusion centralisée de tels rapports, sans pour autant charger ces autorités de tâches de contrôle ou de certification de leurs contenus, des missions qui iraient certainement au-delà de leurs compétences et de leurs capacités actuelles.

La solution que nous proposons ci-dessous (point 3.1) combine ces trois différentes mesures.

Elle présente, en outre, l'avantage d'obliger toutes les sociétés à publier leurs comptes annuels. Cette disposition va au-delà du droit actuel (article 958 e CO), qui ne prévoit de telles obligations que pour certaines sociétés précises, et à l'égard de leurs créanciers. Ainsi que nous le précisons ci-dessus, de telles dispositions sont courantes à l'étranger. Elles présentent l'avantage d'améliorer grandement la qualité des informations disponibles pour les investisseurs, les créanciers, les partenaires d'affaires des sociétés helvétiques et le public. Les informations contenues dans ces documents sont également très importantes, par exemple pour repérer l'activité réelle des sociétés ou documenter les structures de groupes internationaux (filiales, maisons mères, etc.).

Au cas où une telle solution s'avérerait impraticable politiquement, par exemple parce qu'une partie importante des petites sociétés considéreraient que l'obligation de publier leurs comptes et leur rapport annuels n'était pas souhaitable, il serait imaginable de développer subsidiairement un mécanisme permettant aux sociétés de choisir entre la publication au Registre du commerce de la liste de leurs ayants droit économiques ou leurs comptes et rapports annuels. Nous laissons à l'administration le soin de développer une telle solution, si cela devait être nécessaire.

2.2 Transparence des paiements

2.2.1 Importance du problème

Les deux tiers des minerais et des matières premières énergétiques proviennent de pays en développement. Cette richesse représente un énorme potentiel, mais les revenus qui en découlent ne profitent que rarement aux populations pauvres des pays producteurs. Ce constat a été reconnu par le Conseil fédéral. Dans son rapport sur la transparence des paiements, publié en juin 2014, le Conseil fédéral relève en effet que « les structures étatiques des pays d'extraction sont souvent défaillantes. Les fonds versés aux gouvernements de ces pays (impôts, redevances et autres transferts importants) pour

²⁵ [Registre du commerce des Pays-Bas](#). Informations disponibles : recherches par nom ou n° d'incorporation ; rapports annuels détaillés de toute société, cotée en Bourse ou non ; date d'incorporation ; directeurs et administrateurs ; actionnaires – à certaines conditions ; chiffre d'affaires ; bénéfices ; impôts ; filiales.

²⁶ [Registre du commerce du Luxembourg](#) : voir les articles 75-77 de la « [Loi modifiée du 19 décembre 2002](#) concernant le Registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales ». Rapports annuels détaillés des sociétés, cotées en Bourse ou non, à certaines conditions.

²⁷ [Registre du commerce de Singapour](#). Informations disponibles : recherches par nom ou numéro d'incorporation ; rapports annuels détaillés de toute société, cotée en Bourse ou non ; date d'incorporation ; directeurs et administrateurs ; actionnaires ; chiffre d'affaires ; bénéfices ; impôts ; activités (détaillées par pays) et filiales.

permettre l'extraction et le négoce peuvent s'évanouir pour des raisons de mauvaise gestion, de corruption ou d'évasion fiscale, voire servir à financer un conflit. En conséquence, la population bénéficie peu des retombées économiques et reste victime de la pauvreté. On parle, dans ce contexte, de « malédiction des matières premières »²⁸. Si cette richesse profitait effectivement à la population des pays d'origine des matières premières, la pauvreté extrême pourrait pratiquement être réduite de moitié dans le monde d'ici à 2030²⁹.

Un des premiers pas permettant de combattre la malédiction des ressources serait d'accroître la transparence des paiements effectués entre les gouvernements et les sociétés du secteur des matières premières. Le Conseil fédéral l'a reconnu, à raison, dans son rapport précité : « Les informations relatives aux flux financiers et aux flux de matières premières n'étant généralement pas publiées, il est difficile voire impossible à la société civile et aux instances de contrôle politique, comme les parlements, d'imputer les abus constatés dans les pays en développement et dans les pays émergents aux gouvernements. On postule donc qu'en exigeant la transparence sur ces flux, on pourra améliorer la situation. »³⁰

La transparence des paiements signifie que les flux financiers entre les sociétés du secteur des matières premières et les entités étatiques des pays producteurs de matières premières sont publiés. Les transactions entre tiers ne sont pas concernées par cette disposition. Celle-ci augmente les chances que les paiements correspondants aboutissent effectivement dans les caisses publiques. La transparence des paiements n'est de loin pas une solution qui permettra à elle seule d'endiguer la malédiction des ressources. Mais c'est une condition préalable à l'amélioration de la situation. La publication des revenus engrangés grâce aux matières premières permet en effet à la société civile locale de poser des questions critiques à son gouvernement et aussi de lui demander des comptes sur la répartition de la rente provenant de l'extraction des matières premières. La transparence des paiements est donc une forme d'aide, instaurant les conditions d'un développement autonome et un excellent moyen de créer une relation de confiance entre citoyens, citoyennes et gouvernement ainsi que de prévenir la corruption. C'est la raison pour laquelle la coalition « Publiez ce que vous payez » ([PWYP](#)), un réseau global de plus de 800 ONG, représentée en Suisse par la Déclaration de Berne et Swissaid, s'engage à l'échelle mondiale pour davantage de transparence dans le secteur des matières premières.

2.2.2 Contexte international

Dans son rapport sur la transparence des paiements publié en 2014, le Conseil fédéral relève à juste titre l'existence « à l'échelon international [d']une tendance en faveur d'une plus grande transparence des paiements effectués par les entreprises du secteur des matières premières aux gouvernements »³¹. Dans une analyse récente, *The Economist* le

²⁸ [Rapport](#) relatif à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat 13.3365 « Davantage de transparence dans le secteur des matières premières » du 16 mai 2014, publié le 25.6.2014, p. 4.

²⁹ [Reverse the curse, Maximizing the potential of resource-driven economies](#), December 2013, pp. 31–33.

³⁰ [Rapport](#) relatif à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat 13.3365 « Davantage de transparence dans le secteur des matières premières » du 16 mai 2014, publié le 25.6.2014, p. 5.

³¹ Ibid., p. 16.

confirmait : « Le sens de la marche est clairement indiqué. »³² Ces dernières années, la communauté internationale a tenté d'instaurer un standard mondial en matière de transparence des paiements en adressant tant les responsabilités des Etats sièges des sociétés du secteur des matières premières que celles des Etats producteurs.

L'Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE) réunit les Etats producteurs de matières premières disposés à faire preuve de transparence. La Suisse est un « pays qui soutient l'ITIE » ; elle s'acquitte à ce titre de contributions financières. Un comité composé de représentants des « parties prenantes » (Etats, entreprises et ONG), définit des règles sur le plan international (type des versements à rendre publics, niveau de détail, etc.) que les pays producteurs doivent ensuite mettre en œuvre. L'ITIE est une initiative importante, mais elle ne suffit pas. Des pays particulièrement opaques (par exemple, l'Angola ou la Guinée équatoriale, dans lesquels des sociétés suisses du secteur des matières premières sont actives) ne sont en effet pas (ou plus) membres de l'ITIE pour des raisons évidentes et n'entendent pas le devenir. Par ailleurs, les Etats faibles manquent de moyens afin de contrôler que leurs règles à ce sujet soient effectivement traduites dans les faits ou pour contrôler l'ensemble des flux financiers. Mise à part l'exclusion d'un pays participant à l'initiative, l'ITIE n'a aucun moyen de sanction à sa disposition.

Les lacunes de l'ITIE expliquent pourquoi de plus en plus d'Etats où les entreprises de matières premières ont leur siège, parfois des Etats où elles sont cotées en Bourse, contribuent, de leur côté, à renforcer la transparence des paiements. Déjà en 2010, la *Bourse de Hong Kong* a introduit des dispositions modestes en la matière pour les sociétés demandant leur cotation, ou lors d'importantes transactions. L'[UE](#) et les [Etats-Unis](#) ont pris les devants sur le plan légal. En tant que sièges de nombreuses entreprises extractives, tant l'UE que les USA exigent de celles-ci qu'elles publient leurs versements à des gouvernements, indépendamment du fait qu'ils soient destinés à un Etat membre de l'ITIE ou non. Ainsi, tous les pays dans lesquels une entreprise opère sont recensés et les données recueillies correspondent à un standard unifié – défini précisément et d'une façon très semblable à celui de l'ITIE³³, ce qui facilite les comparaisons. La [Norvège](#) a introduit une disposition légale analogue en janvier 2014. Les premiers rapports des sociétés sont attendus pour mars 2015. En [Grande-Bretagne](#) comme en [France](#), la transposition de la directive UE dans le droit national a été effectuée le 1^{er} décembre 2014 et le 1^{er} janvier 2015, respectivement. L'Italie, l'Allemagne, la Suède, le Danemark et la Finlande ont fait part de leur volonté de mettre leur législation à jour dans le courant de 2015. Au [Canada](#), un projet de loi contenant des dispositions équivalentes a été présenté en décembre 2014 et on attend son entrée en vigueur prochaine. Aux [USA](#), les dispositions d'exécution devraient être publiées à l'automne de 2015.

³² *The Economist*, 13.12.14, « The direction of travel is clear ».

³³ [Directive UE sur la transparence](#) : « Ce rapport devrait mentionner les types de paiements *comparables* à ceux dont la publication est prévue dans le cadre de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE) ». [USA Dodd-Frank, Section 1504](#):

« (C) the term 'payment' — (...) includes taxes, royalties, fees (including license fees), production entitlements, bonuses, and other material benefits, that the Commission, *consistent with the guidelines of the Extractive Industries Transparency Initiative* (to the extent practicable), determines are part of the commonly recognized revenue stream for the commercial development of oil, natural gas, or minerals .»

Par ailleurs, on relève un intérêt croissant des investisseurs à l'égard de telles règles de transparence. Aux Etats-Unis, par exemple, des investisseurs gérant ensemble des fonds s'élevant à plus de 5600 milliards de dollars (et, parmi eux, UBS Global Asset Management) ont approuvé résolument l'introduction de règles relatives à la transparence des paiements³⁴.

Au cours des dernières années, un standard international s'est développé au sein de l'ITIE et dans les lois des pays sièges des sociétés pour que les rapports concernant la transparence des paiements se fassent au niveau des projets (*project-by-project reporting*) et pas seulement au niveau des pays (*country-by-country reporting*). Ce niveau de détail améliore de façon déterminante les chances pour la société civile et les communautés locales directement affectées par l'exploitation minière ou pétrolière de demander des comptes à leurs gouvernements sur l'utilisation de la rente extractive et de bénéficier ainsi des transferts ou de la part de la rente extractive qui leur revient de droit. Pour les investisseurs, le fait de disposer de rapports par projet est central en matière de gestion du risque.

2.2.3 Le trou noir du négoce

Il convient de saluer le fait que le Conseil fédéral prévoie, par le présent avant-projet, de suivre la tendance internationale vers davantage de transparence dans le secteur des matières premières. Une lacune importante subsiste néanmoins dans l'avant-projet. Elle est si large que, à défaut de corrections appropriées, le projet actuel risque simplement de manquer sa cible.

Dans le domaine extractif, les réglementations UE et USA et celles des pays ayant récemment adopté des textes analogues couvriront 75 % à 80 % des entreprises cotées en Bourse. En matière de négoce, une énorme lacune subsiste. Première place mondiale du commerce des matières premières – on estime que 25 % des parts du marché mondial du négoce international de matières premières s'effectue depuis la Suisse, et même que 74 % des sociétés de négoce, au niveau mondial, ont un lien important ou très important avec la Suisse³⁵ –, il est du devoir de la Confédération de combler cette lacune.

En juillet 2014, la DB, Swissaid et le Natural Resource Governance Institute (NRGI) ont publié une étude pionnière qui a permis, pour la première fois, de quantifier les paiements effectués par des sociétés suisses aux dix plus gros Etats producteurs de pétrole au sud du Sahara³⁶. Selon cette étude, les paiements accomplis par des négociants suisses aux gouvernements de ces pays au cours des trois dernières années représentent pas moins de 55 milliards de dollars. Ce montant équivaut au double du total de l'aide au développement reçue par ces pays durant la même période, et vingt-huit fois les montants de l'aide versée par la Confédération à l'ensemble du continent. Dans des pays comme le Nigeria ou la Guinée équatoriale, 20 % à 30 % des recettes publiques

³⁴ [Investors Submission](#) auprès de la Securities and Exchange Commission (SEC), 14.8.2013.

³⁵ Source des données: selon l'investisseur *First Reserve* qui s'exprimait à ce sujet au Global Commodities Summit organisé par le *Financial Times* à Lausanne en 2013 (données basées sur les informations fournies par les sociétés, dernières données annuelles disponibles), les sociétés Vitol, Glencore, Trafigura, Mercuria, Gunvor contrôlent 45 % du chiffre d'affaires des négociants physiques indépendants. Ces sociétés ont toutes leur siège principal ou leur principal siège opérationnel en Suisse. Les sociétés Cargill, Koch, Noble Group, ADM, Bunge, Louis Dreyfus couvrent 29 % supplémentaires du marché mondial. Ces sociétés possèdent toutes au moins un siège régional ou leur principale division de négoce en Suisse.

³⁶ [Big Spenders](#), Natural Resource Governance Institute, Swissaid, Déclaration de Berne, 2014.

dépendent de négociants suisses. La transparence des paiements permettrait aux négociants de contribuer efficacement à empêcher le détournement de telles sommes dans les pays producteurs.

La façon la plus importante dont la Suisse pourrait potentiellement contribuer à davantage de transparence dans le domaine des matières premières consisterait à prendre au sérieux son rôle de plaque tournante du négoce. Pourtant, le Conseil fédéral entend précisément exempter cette activité des dispositions légales contenues dans l'avant-projet. Cela est en contradiction totale avec l'analyse du Conseil fédéral, qui reconnaît lui-même le poids du négoce helvétique. Le gouvernement souligne à juste titre, à la page 56 du rapport destiné à commenter l'avant-projet soumis en consultation que, « au cours des dernières décennies, la Suisse est devenue l'une des places de négoce des matières premières les plus importantes au monde » et que, à ce titre, « elle a donc une responsabilité particulière ». Dans son rapport sur la transparence des paiements, le Conseil fédéral souligne que la régulation des activités de négoce pourrait réduire le risque de réputation qui découle de celles-ci pour la Suisse. Il note que « l'adoption de dispositions sur la transparence dans le négoce limiterait les risques pour la réputation de la Suisse dans ce domaine, où elle joue un rôle majeur au plan mondial »³⁷.

Pour ces raisons, on peine à comprendre pourquoi le Conseil fédéral ne propose pas de soumettre le négoce des matières premières à la disposition proposée en termes de transparence des paiements. Et ce, d'autant plus que l'utilité de ces dispositions, si elles ne s'appliquent qu'aux activités extractives, semble très relative. En effet, d'après nos propres recherches, les activités extractives de toutes les sociétés du secteur suisse des matières premières devront déjà être publiées au terme des dispositions légales états-uniennes ou européennes. Le Conseil fédéral paraît d'ailleurs le reconnaître. Dans son rapport précité, il relève en effet que ces sociétés « n'auraient donc pas à subir d'inconvénients si la Suisse adoptait une réglementation analogue à celle de l'UE ou des Etats-Unis. Elles ne seraient pas soumises à une charge supplémentaire, puisque les éléments qu'elles devraient déclarer seraient les mêmes. »³⁸ Le Conseil fédéral n'a pas cru bon de présenter un aperçu des sociétés concernées par la nouvelle disposition légale et de leurs activités, ce qui aurait permis de mesurer plus précisément l'utilité marginale éventuelle de la disposition contenue dans l'avant-projet, tant que le négoce n'y est pas soumis.

Dans son commentaire de l'avant-projet (*page 177*), le Conseil fédéral propose une norme de délégation permettant de soumettre le négoce rapidement par voie d'ordonnance lorsque « plusieurs places importantes de négoce de matières premières applique(ro)nt les dispositions relatives à la transparence aussi aux négociants ». On peut se demander, à bon droit, pour quelles raisons les places de négoce d'une moindre importance que la Suisse effectueraient une telle démarche si la place du négoce des matières premières la plus importante du monde refuse de faire le premier pas. Principal marché mondial des capitaux, les Etats-Unis ont ainsi pris les devants en 2010, lorsqu'il s'est agi de réguler les sociétés cotées en Bourse aux USA, indépendamment des autres pays. Ce faisant, ils ont soumis à des règles de transparence le secteur extractif, qui jouait un rôle dominant dans

³⁷ [Rapport](#) relatif à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat 13.3365

³⁸ « Davantage de transparence dans le secteur des matières premières » du 16 mai 2014, publié le 25.6.2014, p. 16.

³⁸ Ibid. : p. 14

leur juridiction. On attend de la Suisse qu'elle procède de même avec le négoce. Par ailleurs, le processus consistant à soumettre les négociants aux règles relatives à la transparence des paiements a déjà été initié au niveau des pays producteurs. Le nouveau standard de l'ITIE, publié en mai 2013, prévoit la publication des paiements effectués par des sociétés de négoce ou d'autres acheteurs privés à des entités étatiques³⁹. Du point de vue des firmes concernées, la société genevo-lucernoise Trafigura a annoncé récemment vouloir publier, dès 2015, les paiements qu'elle effectue à des entités publiques de pays membres de l'ITIE. Elle reconnaît, par ailleurs, ses responsabilités dans ce domaine : « We believe that as a leading commodities trader we have a role in disclosing how much we pay to Governments and their National Oil Companies (NOCs) (...) ».⁴⁰

L'annonce de Trafigura montre que le fait de devoir publier les paiements effectués à des entités étatiques du fait d'opérations de négoce – soulignons-le, précisément les transactions que l'avant-projet prévoit d'exempter – est possible, et qu'il n'engendre pas de grosses dépenses supplémentaires et qu'il n'occasionne pas de désavantage concurrentiel. A l'inverse, cela relativise les arguments du Conseil fédéral, qui affirme que la soumission des opérations de négoce aux dispositions prévues nuirait à l'attractivité helvétique et qu'il serait impossible de mettre en place une telle disposition unilatéralement. Pour ces raisons, il importe de soumettre les opérations de négoce à cette disposition dès à présent. Ce n'est qu'à cette condition que la Suisse assumerait correctement les responsabilités découlant de sa position de première place mondiale du négoce de matières premières.

2.3 Devoirs de diligence des sociétés en matière de droits humains

2.3.1. Les enjeux et la situation internationale

Selon un rapport publié à la fin d'octobre 2014⁴¹, la moitié des entreprises européennes cotées en Bourse auraient commis de graves violations des droits humains au cours de ces dix dernières années. Le problème ne se limite cependant pas aux entreprises européennes. Comme l'ont démontré de nombreux rapports, articles de journaux et, ainsi que plusieurs interpellations parlementaires l'ont relayé, un nombre important d'entreprises suisses commettent également de graves violations des droits humains et de l'environnement à l'étranger⁴². Le Conseil fédéral l'a d'ailleurs reconnu à plusieurs reprises, soulignant, par exemple, dans sa réponse à une interpellation parlementaire que cette situation « risque d'entacher la réputation de la Suisse et pourrait être jugée contradictoire avec notre engagement international en faveur des droits de l'homme et de l'environnement »⁴³.

Conscient de l'ampleur des violations des droits humains commises à l'étranger par les sociétés des pays industrialisés, l'ancien secrétaire général des Nations Unies, Kofi

³⁹ Rule 4.1.c "Sale of the state's share of production or other revenues collected in-kind"

⁴⁰ Trafigura, communiqué de presse du 18 novembre 2014.

⁴¹ *The Adverse Human Rights risks and Impacts of European Companies : Getting a glimpse of the picture*, European Coalition on Corporate Justice, October 2014.

⁴² Voir par exemple *Profit or Progress ? Glencore's Corporate Responsibility in the Democratic Republic of Congo*, Bread for All, Swiss Catholic Lenten Fund and RAID, June 2014. Ou « La Suisse raffine de l'or illégal de Madre de Dios », *Le Matin Dimanche*, 25.9.2012. Ou *Distribution of Paraquat. Does Syngenta Respect Human Rights ? Legal Opinion*, European Center for Constitutional and Human Rights and Berne Declaration, December 2011.

Annan, a nommé, en 2005, un représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des entreprises. Durant plus de six ans, ce dernier a publié des milliers de pages de recherches et mené des dizaines de consultations avec les partenaires sociaux – notamment avec les associations patronales et syndicales – pour élaborer des normes bénéficiant d'un large consensus et clarifiant le rôle des entreprises en matière de respect des droits humains. Le texte final, les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme »⁴⁴, a été adopté à l'unanimité, en juin 2011, par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Ces principes directeurs marquent un changement de paradigme notamment sur deux points importants.

Premièrement, ils soulignent que l'Etat a le devoir de protéger les droits humains, qu'il doit donc adopter des politiques, des lois, des mesures d'incitation et d'encouragement pour que les entreprises respectent les droits de l'homme.

Deuxièmement, ils précisent que toutes les sociétés ont la responsabilité de respecter les droits humains, partout dans le monde, non seulement dans le cadre de leurs propres activités et de celles de leurs filiales, mais également dans le cadre des relations commerciales qu'elles entretiennent avec leurs sous-traitants et leurs fournisseurs (Principe directeur 13). Le respect des droits humains n'est donc plus une possibilité, mais une responsabilité pour tous les acteurs économiques. Concrètement, cette responsabilité signifie que les sociétés doivent adopter des mesures de diligence (*due diligence*), afin d'éviter de commettre des violations des droits humains dans leurs activités (*do no harm*). Elles ont aussi la responsabilité de remédier à toute violation et à tout impact négatif qui pourraient avoir eu lieu.

Dans le domaine des mesures contraignantes permettant aux Etats de mettre en œuvre leur obligation de protéger les droits humains, le rapporteur spécial des Nations Unies, John Ruggie, a souligné⁴⁵ que le droit des sociétés constitue un domaine prioritaire. Il permet de créer de la clarté, de la stabilité et des règles uniformes (*level playing field*) pour toutes les entreprises et tous les membres de conseils d'administration : « Les lois sur les sociétés et les valeurs mobilières ne précisent pas clairement ce que les sociétés et leurs agents sont autorisés à faire, et, a fortiori, ce qu'ils sont tenus de faire pour ce qui concerne les droits de l'homme. Les lois et les politiques en vigueur dans ce domaine devraient fournir des indications suffisantes pour permettre aux entreprises de respecter les droits de l'homme, en tenant dûment compte du rôle des structures de gouvernance existantes, comme les conseils d'administration. »⁴⁶

Ces dernières années, les exemples de législations en matière de droit des sociétés et de rapports extrafinanciers se sont multipliés en Europe et dans le monde. Dans le droit des sociétés anglais, par exemple, l'obligation pour les membres du conseil d'administration de prendre en compte l'environnement et les communautés a été complétée, en 2014, par

⁴³ [Violation des droits humains et de l'environnement par des filiales de multinationales](#), Interpellation 12.3517.

⁴⁴ [Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme](#), Conseil des droits de l'homme, Nations Unies, 2011.

⁴⁵ [Human rights and corporate Law: trends and observations from a cross-national study conducted by the Special Representative](#), May 2011, A/HRC/17/31/add.2.

⁴⁶ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Commentaire au principe 3.

un article sur les droits humains⁴⁷. En France, le Code de commerce contient, depuis 2010, une obligation pour les sociétés d'inclure dans leur rapport de gestion « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités »⁴⁸. Au niveau européen, une directive adoptée en automne 2014⁴⁹ exige de toutes les entreprises de plus de 500 employés, ou ayant un chiffre d'affaires de plus de 40 millions d'euros par an, qu'elles présentent un rapport non financier sur l'impact de leurs activités en matière d'environnement, de droits du travail, de droits humains et de corruption ainsi que sur leurs politiques à ce sujet. Aux Etats-Unis, l'approche est plus sectorielle. Certaines réglementations se concentrent sur un pays particulier, comme la directive américaine sur la transparence des investissements au Myanmar⁵⁰. Celle-ci exige que les sociétés rendent compte de leurs opérations et de celles de leurs filiales au Myanmar ainsi que des processus de diligence mis en place en matière de droits humains, d'environnement, de lutte contre la corruption et d'achat ou de location de terres. D'autres textes de loi prévoient de telles obligations, tout en les limitant à certains droits humains, comme la California Supply Chain Transparency Act⁵¹, qui concerne la prévention de l'esclavage et la traite d'êtres humains.

2. 3. 2. La situation en Suisse

Dans l'étude de droit comparé qu'il a publiée à la fin de mai 2014, à la suite d'un postulat de la Commission des affaires étrangères⁵², le Conseil fédéral reconnaît que les Principes directeurs constituent le cadre de référence incontournable comme instrument de mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises. Il reconnaît également que la mise en œuvre de ces principes suppose un mélange de mesures volontaires et de mesures contraignantes. Le Conseil fédéral fait encore un pas de plus en proposant diverses pistes législatives concrètes permettant d'introduire une obligation de diligence en matière de droits humains dans le droit suisse⁵³. La concrétisation de ces pistes n'a cependant pas encore eu lieu. Et la Suisse risque de devenir un havre pour les sociétés qui souhaitent se soustraire aux obligations européennes en matière de droits humains, d'environnement et de rapport extrafinancier sur ces thèmes.

Le rapport de droit comparé met en lumière les lacunes actuelles du droit suisse, à savoir que :

- lorsqu'il est question des relations qu'entretient une société avec ses filiales ou ses relations commerciales, il n'existe pas d'obligations claires pour les sociétés et leurs organes dirigeants en matière de droits humains et d'environnement ;

⁴⁷ [Companies Act](#), Article 417, The National Archives, UK.

⁴⁸ [Code de commerce](#), article R 225-102-1.

⁴⁹ [European Parliament legislative resolution of April 2014](#) on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the council amending Council directives 78/660/EEC and 83/349/EEC as regards disclosure of non-financial and diversity informations by certain large companies.

⁵⁰ [Media Note: Burma Responsible Investment Reporting Requirements](#), U.S. Department of State, 23.5.2013.

⁵¹ [California Transparency in Supply Chains Act of 2010](#).

⁵² [Mécanismes de diligence en matière de droits humains et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger](#), postulat 12.3980.

⁵³ [Divers mécanismes de diligence possibles pour les entreprises](#), communiqué du DFJP, 28 mai 2014.

- les sociétés ne sont pas tenues de publier un rapport extrafinancier, avec des informations systématiques et accessibles quant à leurs politiques en matière de droits humains et d'environnement.

a) Les devoirs des sociétés et des organes dirigeants en matière de droits humains et d'environnement

Selon le Code des obligations actuel, le conseil d'administration doit « exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données »⁵⁴ (article 716 a CO, alinéas 1, 5). Il est également stipulé que les membres du conseil d'administration ou toute personne responsable de la gestion répondent du dommage qu'ils causent à la société intentionnellement ou par négligence (article 754 CO). En dépit des constats du Conseil fédéral, l'avant-projet mis en consultation ne prévoit pas de modifier ces articles. C'est une occasion manquée : les dispositions légales actuelles sont en effet tout à fait insuffisantes pour mettre en œuvre une politique en matière de droits humains répondant aux Principes directeurs. Pour plusieurs raisons.

Premièrement, le devoir pour le conseil d'administration de veiller au respect des règlements et des instructions, selon l'article 716 CO, ne s'applique qu'aux directives internes existantes. La loi n'exige donc pas l'adoption d'une politique de droits humains et d'environnement pour les sociétés qui n'en auraient pas. Les firmes les moins responsables peuvent le rester, alors que les membres de conseils d'administration de sociétés qui ont déjà une politique des droits humains, sont soumis à une responsabilité en droit des sociétés plus importante. Ou, pour le dire autrement, le Code des obligations actuel n'a aucun impact sur les « moutons noirs ».

Deuxièmement, l'article 716 CO n'établit pas clairement que le standard pour un règlement en matière de droits humains devrait être la mise en œuvre d'une procédure de diligence répondant aux normes internationales, conformément à ce qui est prévu dans les Principes directeurs. Selon l'avant-projet actuel, chaque société reste donc libre d'établir les règlements ou les instructions qui lui conviennent et le conseil d'administration doit uniquement veiller au respect du standard volontaire que la firme s'est elle-même fixé.

Troisièmement, selon l'article 754 CO, les administrateurs ou les dirigeants ne répondent d'un dommage que si leurs décisions ou leurs actions ont nui à l'intérêt de la société. Les membres du conseil d'administration pourraient peut-être être rendus responsables d'un manque de diligence en matière de droits humains ou d'environnement, mais uniquement si les violations constituent un risque pour le succès de la société, c'est-à-dire s'ils ont un coût économique pour la firme⁵⁵. Ces coûts peuvent exister si des violations des droits humains font, ou peuvent faire, l'objet d'une plainte pénale. Ou

⁵⁴ [Loi fédérale complétant le Code civil suisse. Livre cinquième : Droit des obligations.](#)

⁵⁵ Selon la jurisprudence, les administrateurs ont été accusés d'un manque de diligence, sur la base de l'article 754, principalement dans des cas de faillites ou de liquidation. Aucune jurisprudence ne fait référence à des enjeux non financiers comme les droits humains ou des atteintes à l'environnement. A cet égard, il faut encore souligner que, dans le cadre de l'article 754, le plaignant doit pouvoir démontrer la violation d'un devoir. Or, dans le CO actuel, les organes dirigeants n'ont pas de devoirs en matière de droits humains et d'environnement, comme nous l'avons démontré.

encore si des abus sont dénoncés par une campagne internationale, campagne dont l'impact engendrerait un risque de réputation ayant une incidence sur les bénéfices de la société ou les intérêts patrimoniaux de ses actionnaires. Cependant, de tels cas de figure demeurent rares. Et, dans tous les cas, cette responsabilité d'évaluer les risques que posent les droits humains uniquement dans leur matérialité pour la firme n'a rien à voir avec un processus systématique de diligence en matière de droits humains et d'environnement.

b) L'absence d'une obligation de publier un rapport extrafinancier

Dans le Code des obligations actuel, comme dans l'avant-projet mis en consultation, les membres du conseil d'administration sont chargés de présenter une évaluation des risques dans le rapport annuel (article 961c, alinéa 2, point 2 CO). Cet article ne concerne cependant que les risques matériels pour la société. Il n'inclut pas de rapport extrafinancier ni d'obligation de rendre compte systématiquement des démarches faites par la société en matière de droits humains et d'environnement.

En effet, l'analyse des risques est une pratique courante dans la vie des sociétés, mais celle-ci se limite traditionnellement à une évaluation des risques qui se posent à la société et non à une évaluation des risques que la société pose à des acteurs externes (communautés, villageois, environnement, etc.). Or, dans le cadre d'un processus de diligence en matière de droits humains et d'environnement, les détenteurs de droits (*rightsholders*) sont au centre de l'évaluation des risques. Concrètement, cela signifie que les impacts en matière de droits humains et d'environnement doivent être pris en compte même s'ils n'ont pas de matérialité pour la société. Ou, pour le dire autrement, les membres du conseil d'administration et de la direction doivent prendre en compte l'impact des activités de la société sur les droits humains, même si cet impact ne nuit pas aux intérêts de la firme, n'aura pas de conséquences financières ou ne suscitera pas de risques de réputation pour la société.

Ce changement de perspective a été intégré par l'Union européenne dans le cadre de sa nouvelle Directive sur les rapports extrafinanciers. Celle-ci exige des entreprises qu'elles publient les informations permettant de comprendre le développement de la société, sa performance, sa position, mais aussi l'impact de ses activités sur les droits humains et l'environnement⁵⁶. Le texte fait également référence à la nécessité, pour les firmes, de rendre compte publiquement des processus de diligence mis en place pour évaluer et gérer les risques de violations des droits humains qu'elles engendrent.

2. 3. 3. La réforme du droit de la société

Pour qu'une obligation de diligence en matière de droits humains et d'environnement soit efficace, il faut qu'elle repose sur l'introduction d'un devoir, et la reconnaissance d'une responsabilité, au sein des organes dirigeants. Il faut également qu'elle permette de s'assurer que les organes dirigeants et la société :

⁵⁶ [Résolution législative du Parlement européen du 15 avril 2014](#) sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes.

- identifient préventivement les risques de leurs activités pour les droits de l'homme et l'environnement ;
- prennent les mesures adéquates pour circonvenir ces risques et atténuer les impacts négatifs ;
- fassent un suivi de l'efficacité des mesures prises ;
- publient des informations complètes sur ces mesures.

Pour que l'efficacité de ces mesures soit avérée, il faut enfin introduire certains mécanismes de contrôle.

Les modifications que nous proposons au projet de révision du droit des sociétés couvrent l'ensemble de ce champ.

a) Le devoir de diligence

Le devoir de diligence en tant que tel serait introduit par le biais d'un nouvel article 717 b CO – devoir de diligence étendu pour certaines sociétés – que nous proposons. La mention claire et sans équivoque d'un tel devoir de diligence en matière de droits humains et d'environnement permettrait :

- d'ancrer les enjeux des droits humains au plus haut niveau hiérarchique d'une société et d'élargir les compétences des organes dirigeants dans ce domaine ;
- de placer les droits humains et l'environnement au cœur des processus de décision et de clarifier les droits et les devoirs des organes dirigeants, particulièrement en cas de conflits d'intérêts entre développement économique et respect des droits humains ;
- de clarifier les attentes du Conseil fédéral envers les firmes ;
- de créer des règles uniformes pour toutes les sociétés dont le siège est en Suisse.

Cette disposition ne mettrait pas en question le fondement du droit des sociétés, notamment en ce qui concerne la responsabilité des organes de la société mère pour les actes de sa filiale, mais accentuerait les obligations de la société mère en matière de gestion des risques dans le domaine des droits humains et de l'environnement.

b) Le rapport extrafinancier

Le devoir de diligence introduit l'obligation, pour la société, d'agir pour le respect des droits humains et de l'environnement. L'obligation de publier un rapport extrafinancier, quant à elle, introduit un devoir de transparence. Comme le souligne le Conseil fédéral, la transparence constitue « un élément central pour une mise en œuvre efficace de toute nouvelle réglementation »⁵⁷. Nous proposons d'ajouter une telle obligation dans la présente révision du droit de la société en ajoutant un nouvel article 716c CO.

Afin de permettre d'établir des comparaisons, et pour être significative, l'obligation de publier un rapport extrafinancier doit contenir au minimum les éléments suivants :

- une description des politiques de diligence en matière de droits humains et d'environnement ;

⁵⁷ [Rapport de droit comparé. Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger](#), Confédération suisse, 2.5.2014.

- le résultat de ces politiques ;
- les principaux risques identifiés en relation avec les opérations de la société, y compris les sociétés qu'elle contrôle ainsi que les sous-traitants et les fournisseurs, et comment la société gère ces risques ;
- des indicateurs de performance basés sur les standards internationaux de diligence.

Ces éléments ne sont pas nouveaux : ils constituent le fondement du rapport extrafinancier exigé par l'Union européenne.

Quelle que soit la forme adoptée (rapport annuel, annexe au rapport annuel, rapport séparé), le rapport non financier doit être public et facilement accessible, sur papier et électroniquement. En effet, les informations contenues dans les rapports extrafinanciers ne sont pas seulement destinées aux actionnaires. Elles doivent également permettre aux organisations non gouvernementales, aux médias ou aux communautés d'accéder à des informations relatives aux politiques des firmes. Enfin, elles doivent permettre aux entreprises d'échanger des bonnes pratiques et de faire évoluer leur performance dans ce domaine. Le Conseil fédéral le souligne également : « Un éventuel rapport ne devrait pas avoir uniquement les actionnaires pour destinataires. Il existe certainement un intérêt public à la diffusion plus large de ces informations. »⁵⁸

c) Les mécanismes de contrôle

Le rapport extrafinancier accroît la transparence des politiques de la firme. Pour garantir la solidité des informations fournies, il est également nécessaire d'introduire un outil de contrôle. A cet égard, il est important d'élargir le catalogue des tâches de l'organe de révision, telles que définies à l'article 728a CO. Nous proposons d'ajouter un cinquième alinéa à l'article 728a CO de l'avant-projet, afin d'inclure un devoir pour l'organe de révision de contrôler si le rapport extrafinancier est conforme aux dispositions légales et aux statuts.

L'organe de révision ne constitue cependant pas le seul outil de vérification : la surveillance exercée par les actionnaires, via la possibilité de demander un examen spécial, est également un outil important du droit des sociétés. Par cet outil, les actionnaires peuvent demander une analyse et un dialogue sur des enjeux relevant des devoirs et des attributions des organes dirigeants. Dans l'avant-projet, la possibilité de demander un contrôle spécial n'existe que pour des violations de la loi ou des statuts qui portent préjudice à la société, et donc qui ont une matérialité pour elle. Afin de tenir compte du changement de paradigme impliqué par les Principes directeurs de l'ONU et de permettre un contrôle des devoirs et des attributions en matière de droits humains et d'environnement, une adaptation de l'article 697 d, alinéa 3 CO est nécessaire. Il convient d'ajouter la possibilité de demander un contrôle spécial lorsqu'une infraction commise par les organes dirigeants porte préjudice aux détenteurs de droits humains ou à l'environnement.

d) La plainte

⁵⁸ *Rapport de droit comparé*. op.cit, p.10.

Lorsque le contrôle spécial ne permet pas de clarifier une situation, ou lorsque les organes dirigeants ont pris des décisions qui ont nui aux intérêts de la société, les actionnaires peuvent déposer une plainte. Le projet de révision apporte un changement intéressant à cet égard, en introduisant la possibilité, pour les actionnaires, d'intenter une action aux frais de la société. En effet, dans le droit actuel, l'intérêt économique des actionnaires est insuffisant pour motiver une plainte, même en cas de faute grave, puisque l'actionnaire agit en paiement à la société. Concrètement, cela signifie que c'est la société qui bénéficie d'un paiement, si les administrateurs sont condamnés pour mauvaise gestion ou un manquement à leurs devoirs. Les actionnaires paient donc des frais de justice, mais ne sont que très partiellement dédommagés s'ils obtiennent gain de cause devant le tribunal. Le projet de révision assouplit cette disposition en introduisant la possibilité pour les actionnaires de faire porter les frais d'une action en justice à la société pour autant qu'un certain nombre de conditions, définies aux articles 697 j et 697 k) CO, soient remplies. Afin que le droit d'intenter une action aux frais de la société s'applique aussi en cas de violation des devoirs des organes dirigeants en matière de droits humains et d'environnement, il est nécessaire d'apporter une modification à l'article 697k, alinéa 2a CO.

3. Remarques spécifiques

Dans ce chapitre, nous présentons les modifications que nous proposons d'apporter à l'avant-projet de loi, afin qu'il tienne compte de nos commentaires généraux.

3.1 Renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques (ADE) des sociétés anonymes

Afin de renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques, toutes les sociétés anonymes sont tenues d'accorder à quiconque le droit de consulter, à leur siège, la liste de leurs ayants droit économiques, au sens de l'article 697 j CO⁵⁹. L'obligation pour les sociétés anonymes de tenir une telle liste existe déjà (art. 697 l CO). Il suffit d'ajouter à cet article une phrase obligeant les sociétés à rendre cette liste publique en tout temps.

Proposition : ajouter le point 3 (souligné) :

Article 697l (CO)

1. La société tient une liste des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques annoncés à la société.
2. Cette liste mentionne soit le prénom et le nom, soit la raison sociale ainsi que l'adresse des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques. Elle mentionne la nationalité et la date de naissance des détenteurs d'actions au porteur.
3. La liste des ayants droit économiques de la société est publique et peut être consultée en tout temps au siège de la société. Elle reflète en tout temps l'état de fait réel.
4. [reprendre l'ancien alinéa 3]

⁵⁹ [Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière \(GAFI\)](#), du 12.12.2014.

Cette disposition n'est cependant pas suffisante. Il peut s'avérer relativement coûteux ou compliqué – par exemple pour des entreprises étrangères cherchant à connaître leurs partenaires d'affaires suisses – d'accomplir une telle démarche. Il serait dès lors utile de compléter cette disposition par une obligation, pour les sociétés, de publier annuellement la liste des personnes qui les contrôlent dans leurs rapports d'activité, et de s'assurer que ceux-ci sont publiés par le Registre du commerce.

Cela nécessite la modification de deux dispositions du Code des obligations. Il est nécessaire, d'une part, de modifier les dispositions relatives à la publication des comptes des sociétés :

Proposition : remplacer les dispositions actuelles par les dispositions suivantes :

Article 958e (CO) – Publication et consultation

Les comptes annuels individuels et les comptes annuels consolidés accompagnés de leurs annexes et des rapports de révision doivent être déposés auprès du Registre du commerce dans les deux mois qui suivent leur établissement.

Le Registre du commerce est chargé de leur publication par voie électronique, conformément aux dispositions figurant à l'article 929a.

D'autre part, il est important de préciser que l'annexe aux comptes doit comporter la liste des ayants droit économiques à la date de boucllement des comptes :

Proposition : ajouter le point suivant (souligné) :

Article 959c CO, alinéa 2

15. La liste des ayants droit économiques au sens de l'article 697j à la date du boucllement des comptes.

3.2 Transparence des paiements dans le secteur des matières premières

Le champ d'application des dispositions relatives à la transparence des paiements dans le secteur des matières premières est en inadéquation avec la structure de ce secteur en Suisse. Comme indiqué plus haut, ce secteur est caractérisé par des sociétés actives avant tout dans le négoce, alors que les dispositions prévues dans l'avant-projet concernent les activités extractives. Certes, il est important de soumettre également ces dernières aux dispositions proposées. L'effet de cette mesure sera toutefois très faible, car les activités extractives des principales sociétés helvétiques sont déjà couvertes par les dispositions en vigueur aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne, du fait de la cotation en Bourse de ces sociétés ou de la localisation de leurs filiales dans ces juridictions. Les dispositions proposées ne peuvent dès lors déployer leurs effets que si le négoce de matières premières est soumis à l'article 964a alinéa 1 CO au même titre que les activités extractives.

Dans le secteur des matières premières, l'usage d'intermédiaires ou d'hommes de paille, mais aussi le recours à des sociétés écrans créées afin de s'interposer entre les entités étatiques et les sociétés privées et destinées à dissimuler leur relation directe est fréquent. Cette pratique est particulièrement répandue dans le négoce de matières premières, notamment de produits pétroliers, ou lors d'achat ou de revente rapide de licences

d'exploration ou d'extraction (*licence flipping*). Le recours à des intermédiaires est néanmoins utilisé aussi pour éviter d'avoir à remplir les obligations existant en matière de transparence des paiements (puisque seuls les paiements effectués à des gouvernements doivent être publiés). Dès lors, il est essentiel de disposer de mesures analogues à celles figurant dans la Directive UE et destinées à empêcher que les règles en la matière soient contournées (article 43.4). Du point de vue de la systématique du droit, cette disposition devrait figurer à l'article 964c CO. Une première tentative prudente – mais importante – dans ce sens figure à l'alinéa 4 proposé ci-dessous. Elle propose d'inclure les personnes proches des entités étatiques.

Cette disposition peut contribuer à découvrir les tentatives de contournement des règles proposées et, dès lors, elle renforce l'avant-projet. Il convient néanmoins de la compléter et de la renforcer par l'adjonction des alinéas 5 et 6 proposés ci-dessous, couvrant non seulement les entités publiques, mais également les personnes proches des sociétés assujetties ou des firmes que celles-ci contrôlent, qui pourraient agir comme intermédiaires dans les transactions, afin de contourner les obligations de transparence. L'efficacité de cette disposition est en étroite relation avec les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques discutées plus haut dans notre prise de position.

Proposition : ajouter les termes (souligné) :

Article 964a CO

1. Les entreprises que la loi soumet au contrôle ordinaire et qui sont, directement ou indirectement, actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires et celles qui sont actives dans le négoce de ces biens doivent établir, chaque année, un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements.
2. [inchangé]
3. [inchangé]
4. [inchangé]
5. Un paiement dû à une entité étatique et reçu par une entité non étatique est considéré comme un paiement à une entité étatique.
6. Un paiement effectué en lieu et place d'une société soumise au présent article est considéré comme un paiement de cette société.

L'article 964b CO détaille le type de paiements qui sont soumis aux dispositions de la loi. Il convient d'y faire figurer les paiements résultant d'opérations de négoce dans un nouvel alinéa 8. Comme les impôts indirects et les taxes à la consommation perçues sur les opérations du secteur des matières premières peuvent jouer un grand rôle pour les pays producteurs, il convient de les exclure de l'exception prévue à l'alinéa 2. Il convient également d'ajouter une disposition à l'alinéa 4 pour éviter que les dispositions légales soient contournées par le gonflement excessif des dividendes et la réduction équivalente d'autres paiements.

Proposition : ajouter les termes (souligné) :

Article 964b CO

1. Les paiements peuvent être effectués en espèces ou en nature. Ils comprennent notamment les types de prestations suivantes.

1. [inchangé]

2. Les impôts ou les taxes sur la production, le revenu ou le bénéfice des entreprises, à l'exclusion des taxes sur la valeur ajoutée ou sur le chiffre d'affaires et des autres impôts ou taxes sur la consommation tant que ceux-ci ne sont pas prélevés sur des opérations de négoce.

3 [inchangé]

4. Les dividendes, à l'exclusion des dividendes versés à un gouvernement en sa qualité d'actionnaire tant que ces dividendes lui sont versés à des conditions identiques à celles applicables aux autres actionnaires et qu'ils ne sont pas versés en lieu et place d'autres versements en nature ou en espèces.

5 à 7 [inchangés]

8. Des paiements à des entités étatiques du fait d'opérations de négoce de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou de produits de l'exploitation de forêts primaires.

L'article 964c alinéa 1 CO de l'avant-projet répète la disposition qui figure à l'article 964a CO. Il convient, par conséquent, de supprimer cet alinéa.

Du fait de la modification des cours du change intervenue en janvier 2015, la limite financière à partir de laquelle les paiements sont soumis à la loi (article 963c alinéa 2 CO) devrait être adaptée à 100 000 francs, afin de correspondre aux limites existant dans les législations européenne et américaine (EU = 100 000 € ; USA = 100 000 \$).

L'article 964c alinéa 3 CO définit le niveau de consolidation des paiements devant être publiés. C'est par conséquent une des dispositions les plus importantes de l'avant-projet. L'obligation de décliner les paiements par projet est d'une importance cruciale pour la gestion des risques des investisseurs allouant des fonds à un projet, pour les populations directement affectées par l'exploitation des ressources naturelles ainsi que les entités étatiques infranationales (provinces, régions, etc.). Ce n'est qu'avec cette précision décisive que les paiements provenant de projets spécifiques et destinés à des collectivités publiques infranationales peuvent être estimés et qu'il est possible, pour les populations concernées, de s'assurer de leur usage approprié. Par ailleurs, la consolidation de tels paiements au niveau des projets est devenue un standard international, tant au sein de l'ITIE que dans les dispositions légales équivalentes de l'UE ou des Etats-Unis. Du fait de l'importance cruciale de cette disposition, il paraît approprié de décrire plus précisément ce qu'est un « projet » dans un nouvel alinéa 4. En outre, nous aimerions attirer l'attention sur la nécessité de prévoir plus précisément, dans les dispositions d'application de cette loi, comment la matérialité des liens entre un projet et le paiement qui lui est lié doit être définie.

Par ailleurs, afin de permettre de classer correctement les paiements en fonction du projet dont ils découlent ou de la nature du transfert, et pour éviter que les règles ne soient contournées, il convient de préciser les dispositions prévues à l'alinéa 2 et d'y ajouter des dispositions plus précises, formulées dans de nouveaux alinéas 5 et 6. Ces nouveaux alinéas correspondent aux dispositions équivalentes prévues dans la Directive européenne [articles 43 (2) et 43 (4)].

Afin de faciliter la comparaison internationale des rapports sur les paiements effectués à des entités étatiques, il est important de préciser, à l'alinéa 8, que ces rapports ne doivent pas seulement être produits dans une langue nationale, mais également en anglais.

Proposition : ajouter les termes soulignés, supprimer les termes biffés :

Article 964c CO

~~1. Le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements ne rend compte que des paiements provenant des activités de production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou d'exploitation de forêts primaires.~~

2. Le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements comprend tous les paiements relatifs aux activités figurant à l'article 964a effectués à des entités étatiques, dès lors qu'ils atteignent au moins 120 000 100 000 francs par exercice, qu'ils prennent la forme d'un versement effectué en une seule fois ou d'une série de paiements atteignant ensemble au moins 120 000 100 000 francs.

3. [inchangé]

4. Un projet est défini comme toute activité opérationnelle correspondant à un contrat, à une licence, à un contrat de location ou de vente, à l'octroi d'une concession ou à tout accord contractuel semblable, et qui représente la base d'un paiement à des entités étatiques.

5. Les paiements, les activités ou les projets ne peuvent être scindés artificiellement ou agrégés de façon à contourner les obligations découlant des dispositions du présent article⁶⁰.

6. Le rapport financier sur les paiements doit refléter la substance de chaque paiement, de chaque activité ou de chaque projet et non sa forme⁶¹.

7. [point 4 de l'avant-projet, corrigé ainsi :] Le rapport est établi par écrit dans une des langues nationales ~~ou~~ et en anglais et doit être approuvé par l'organe supérieur de direction ou d'administration.

Les dispositions proposées dans l'avant-projet prévoient que les rapports sur les paiements effectués par des sociétés suisses à des entités étatiques soient publiés sous forme électronique, ce qui signifie probablement, en premier lieu, que de tels rapports seraient publiés sur la page internet de la société considérée. Cependant, les sociétés peuvent fusionner, racheter d'autres firmes, faire faillite et ainsi disparaître. Pour cette raison, il est important que les sociétés soient aussi obligées de transmettre leurs rapports

⁶⁰ Basé sur la Directive UE, article 43 (4): « Les paiements et les activités ne peuvent être artificiellement scindés ou regroupés pour échapper à l'application de la présente directive. »

⁶¹ Basé sur la Directive UE, article 43 (4): « La déclaration des paiements visée au présent article reflète la substance du paiement ou de l'activité concernés, plutôt que leur forme. (...).

à un office central chargé de les conserver et de les mettre à disposition du public. L'Office fédéral du registre du commerce paraît être l'autorité la plus appropriée pour se charger d'une telle tâche.

Par ailleurs, il est crucial que ces rapports soient produits dans un format électronique lisible et consultable par ce biais, afin de faciliter leur consultation et leur comparaison. Le lien entre le registre suisse conservant ces rapports et les offices chargés de tâches analogues dans d'autres Etats permettrait de comparer les rapports à l'échelle internationale, ce qui augmente grandement leur utilité. La réglementation britannique entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2014 (*Reports on Payments to Governments Regulation 2014*) constituant la transposition dans le droit britannique de la Directive européenne prévoit aussi que les rapports sur les paiements effectués aux entités étatiques soient transmises à un registre central. Afin que ces rapports restent disponibles pour des recherches historiques ou la recherche scientifique, il importe de les conserver pendant 25 ans.

Proposition : ajouter les termes soulignés, supprimer les termes biffés :

Article 964d CO

1. Le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements est publié par voie électronique. Il doit être déposé auprès d'un office chargé de tenir un registre central de tels rapports ; il y est consultable publiquement sous format électronique.
2. Les publications électroniques doivent être délivrées dans un format lisible et consultable électroniquement.
3. Il doit rester accessible au public au moins pendant ~~dix~~ vingt-cinq ans.

Pour les raisons précitées, les rapports doivent être conservés au moins durant vingt-cinq ans et fournis dans un format électronique aisément lisible.

Proposition : ajouter les termes soulignés, supprimer les termes biffés :

Article 964e CO

1. Le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements et toutes les autres pièces importantes doivent être conservés pendant au moins ~~dix~~ vingt-cinq ans. Ce délai court à partir de la fin de l'exercice.
2. [inchangé]
3. Les données enregistrées sur un support informatique doivent être accessibles pendant au moins ~~dix~~ vingt-cinq ans.

Il faut saluer comme un pas dans la bonne direction la possibilité d'élargir ultérieurement au négoce les dispositions d'exécution de la présente loi. Comme il a été exposé plus haut, et étant donné la structure du secteur suisse des matières premières, dominée par les activités de négoce, il convient d'inclure d'emblée celles-ci dans le projet de loi, au même titre que les activités extractives. Dans ces conditions, la proposition d'article 965f CO peut être biffée sans être remplacée.

Si le négoce de matières premières devait néanmoins échapper à la loi, il serait absolument nécessaire de biffer, à l'article 964f CO, les références à une démarche

internationale. La Suisse est la principale place mondiale du négoce de matières premières et notre pays devrait assumer les responsabilités qui découlent de cette position sans attendre que d'autres juridictions soient disposées à agir. Le Conseil fédéral devrait disposer de la compétence d'agir en matière de transparence des paiements dans les activités de négoce sans être obligé d'attendre une évolution internationale. Par ailleurs, une telle coordination internationale au niveau de la transparence des paiements dans le secteur du négoce, respectivement dans le domaine de la vente de matières premières par des entités étatiques à des négociants, a déjà eu lieu à l'échelle internationale dans le cadre de l'ITIE, ce qui rend superflue la disposition prévue à l'article 964f CO.

Proposition :

Article 964f CO

Proposition : supprimer les termes biffés :

~~Dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale,~~ Le Conseil fédéral peut prescrire que les obligations visées aux articles 964a à 964e sont également applicables aux entreprises actives dans le négoce de matières premières.

Par ailleurs, il convient de souligner que les dispositions en matière de sanctions, par exemple lorsqu'un rapport est incomplet ou faux, telles qu'elles sont prévues dans l'avant-projet (modification de l'article 325bis CP) sont tout à fait insuffisantes. Elles doivent être repensées et une proposition nouvelle doit être faite à ce sujet.

Rien n'indique, dans l'avant-projet, quelle autorité aurait la responsabilité de contrôler les informations figurant dans les rapports remis par les sociétés ; pas davantage d'informations sur les compétences d'une autorité qui serait chargée de réclamer les rapports manquants, d'ordonner que soient complétés les rapports lacunaires et de prendre les mesures adéquates à l'encontre des sociétés négligentes. De telles fonctions pourraient être octroyées à l'Office fédéral du registre du commerce, qui pourrait également fonctionner comme autorité chargée de centraliser les rapports émis par les sociétés et de les conserver, selon la proposition faite à l'article 964d CO. Les sociétés de révision chargées d'effectuer le contrôle ordinaire des sociétés assujetties pourraient aussi être chargées de contrôler l'exactitude et l'exhaustivité de leurs rapports en matière de paiements à des entités étatiques et de renseigner la direction et les organes supérieurs de contrôle de la société du résultat de leur examen.

Les sanctions prévues pour les violations des dispositions relatives à la transparence des paiements, que celles-ci soient commises intentionnellement ou par négligence, sont insuffisantes, si l'on tient compte du montant des transactions usuellement conclues avec des entités étatiques dans le secteur des matières premières. Selon l'article 106 CP, le montant maximal de l'amende qui pourrait être infligée aux sociétés contrevenant aux dispositions prévues dans l'avant-projet serait de 10 000 francs. Une telle somme ne satisfait pas du tout, en l'espèce, les recommandations de la Directive UE, sur laquelle le présent avant-projet s'appuie. Dans son article 51, la Directive UE stipule en effet que les sanctions doivent être effectives, proportionnées et qu'elles doivent avoir un effet dissuasif. Les nouvelles dispositions prévues à l'article 325bis CP de l'avant-projet ne satisfont pas du tout à ces conditions.

La version retravaillée des dispositions relatives aux sanctions devrait s'inspirer de la façon dont la Directive UE a été transposée dans la loi britannique entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014 (« [The Reports on Payments to Governments Regulations 2014](#) »)⁶². Les sanctions pour les violations des devoirs de publication peuvent aller jusqu'à des peines de prison. Pour les sociétés cotées en Bourse, les fausses indications peuvent entraîner des amendes substantielles, analogues à celles qu'encourent les sociétés donnant des indications fausses ou susceptibles de tromper les marchés financiers.

3.3. Devoirs de diligence des sociétés en matière de droits humains

Afin d'introduire un devoir de diligence des membres du conseil d'administration en matière de droits humains et d'environnement, il est nécessaire de compléter le texte du projet de révision du Code des obligations en ajoutant un nouvel article 717b CO à l'article portant sur les devoirs de diligence et de fidélité.

Proposition : ajouter l'article suivant :

Article 717b CO

Devoirs de diligence étendus pour certaines sociétés

Dans les sociétés soumises au contrôle ordinaire au sens de l'article 727 alinéa 1, les membres du conseil d'administration font preuve de toute la diligence nécessaire et prennent les mesures raisonnables afin que la société, les sociétés qu'elle contrôle ainsi que les sous-traitants et les fournisseurs, respectent les droits de l'homme internationalement reconnus des personnes touchées par leurs actes, qu'il s'agisse de cocontractants ou de tiers.

Il est important de souligner que la définition du contrôle d'une société par une autre, telle qu'utilisée dans la proposition d'article 717b CO, est donnée à l'article 963 alinéa 2 CO.

L'article 717 b CO définit une obligation d'agir. La mise en œuvre efficace de ce devoir doit être accompagnée d'un devoir de transparence et de publication. L'avant-projet soumis en consultation ne contient pas d'obligation de fournir des informations non financières. Cette obligation devrait être introduite via un nouvel article 716c, alinéa 1 CO. Le rapport non financier doit être public et facilement accessible, sous la forme papier et sur internet.

Proposition : ajouter les points suivants :

Article 716c CO

V. Rapport extrafinancier

Alinéa 1 Le conseil d'administration établit le rapport annuel non financier qui présente la politique de diligence en matière de droits de l'homme internationalement reconnus, les objectifs définis ainsi que les résultats de ces politiques.

⁶² [U.K. Government, 2014.](#)

Alinéa 2 Le rapport non financier doit indiquer :

1. la politique de diligence en matière de droits humains et d'environnement ;
2. les résultats de ces politiques ;
3. les principaux risques identifiés en relation avec les opérations de la société, y compris les sociétés qu'elle contrôle, ainsi que les sous-traitants et les fournisseurs, et comment la société gère ces risques ;
4. des indicateurs de performance basés sur les standards internationaux en la matière.

Alinéa 3 Le rapport non financier doit être accessible publiquement, par voie électronique.

Pour garantir la fiabilité des mesures prises et des informations non financières fournies par les organes dirigeants selon les nouveaux articles 716c et 717b CO, le catalogue des tâches des organes de révision doit être adapté.

Proposition : ajouter les points suivants (souligné) :

Article 728, alinéas 1, point 5 CO

L'organe de révision vérifie :

5. si le rapport extrafinancier est conforme aux dispositions légales et aux statuts.

Pour que la demande d'un examen spécial puisse être faite sur les enjeux relatifs aux droits et à l'environnement, selon les nouvelles dispositions proposées aux articles 716 c et 717b CO, une adaptation de l'article 697d CO est nécessaire.

Proposition : ajouter le bout de phrase suivant (souligné) :

Article 697d, alinéa 3 CO

Le tribunal ordonne un examen spécial lorsque les requérants rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont enfreint les dispositions de la loi ou des statuts et que cette violation est de nature à porter préjudice à la société, aux actionnaires, à l'environnement et aux droits de l'homme internationalement reconnus des personnes touchées par leurs actes.

Pour que le droit d'intenter une action aux frais de la société soit reconnu pour les enjeux relatifs aux droits humains et à l'environnement, il est nécessaire également d'adapter l'article 697k CO.

Proposition : ajouter le point suivant (souligné) :

Article 697k, alinéa 2 CO

2. Le tribunal admet la requête lorsque :

a. les requérants rendent vraisemblable une violation de la loi ou des statuts ainsi qu'un dommage ou un préjudice financier causé à la société, à l'environnement ou aux droits de l'homme internationalement reconnus des personnes touchées par leurs actes ;

[le reste inchangé]

Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Stellungnahme der NGO-Koalition



9. Februar 2015

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Zusammenfassung

Die Revision des Aktienrechts bietet die Gelegenheit das Obligationenrecht im Hinblick auf internationale Weiterentwicklungen auf dem Gebiet der Corporate Governance zu ergänzen, damit Schweizer Gesellschaften ihre Verantwortung besser wahrnehmen – insbesondere wenn sie in Entwicklungsländern aktiv sind. Ohne zur Gesamtheit des Vorentwurfs Stellung zu nehmen, schlagen die unterzeichnenden Organisationen vor, die Revision einerseits mit Bestimmungen hinsichtlich der Respektierung der Menschenrechte und andererseits bezüglich der Offenlegung von «wirtschaftlich Berechtigten» («beneficial ownership») zu ergänzen. Sie kommentieren darüber hinaus die vorgeschlagenen Bestimmungen zur Transparenz von Zahlungen von Rohstoffunternehmen an staatliche Stellen. Diesbezüglich betrachten sie es als entscheidend, dass der Rohstoffhandel, welcher das Kerngeschäft des Schweizer Rohstoffsektors bildet, in die vorgeschlagene Regelung miteinbezogen wird.

Kontakte für die NGO-Koalition: Olivier Longchamp, Déclaration de Berne, Avenue Charles-Dickens 4, 1006 Lausanne, tél. 021 620 03 03, fax 021 620 03 00, info@ladb.ch, www.ladb.ch / Urs Rybi, Erklärung von Bern, Dienerstrasse 12, Postfach, 8026 Zürich, Tel. 044 277 70 00, urs.rybi@evb.ch, www.evb.ch / Chantal Peyer, Brot für Alle, Avenue du Grammont 9, 1007 Lausanne, Tel. 021 614 77 10, Fax 021 617 51 75, peyer@bfa-ppp.ch, www.brotfueralle.ch

Inhaltsverzeichnis

1. Vorbemerkungen	1
2. Grundsätzliche Bemerkungen	3
2.1 Veröffentlichung der wirtschaftlich Berechtigten einer Gesellschaft	4
2.1.1 Relevanz der Problematik.....	5
2.1.2 Internationaler Kontext	7
2.1.3 Einige Fälle mit Schweizer Bezug	8
2.1.4 Die Revision des Aktienrechts.....	9
2.2 Transparenz bei Rohstoffunternehmen.....	11
2.2.1 Relevanz des Themas	12
2.3 Sorgfaltsprüfungspflicht der Gesellschaften in Bezug auf Menschenrechte ..	16
2.3.1 Herausforderungen und internationale Situation.....	16
2.3.2 Die Situation in der Schweiz	18
2.3.3 Die Revision des Aktienrechts	21
3. Spezifische Bemerkungen	23
3.1 Veröffentlichung der wirtschaftlich Berechtigten einer Gesellschaft	23
3.2 Transparenz bei Rohstoffunternehmen (sechster Abschnitt).....	24
3.3 Sorgfaltsprüfungspflicht von Gesellschaften in Menschenrechtsbelangen....	30

1. Vorbemerkungen

Die unterzeichnenden Organisationen der Zivilgesellschaft setzen sich seit Jahren dafür ein, dass sich Schweizer Gesellschaften in Bezug auf die Einhaltung der Menschenrechte und den Schutz der Umwelt verantwortungsvoll verhalten. Dies gilt besonders in Bezug auf deren Geschäftsaktivitäten in den Ländern des Südens. Sie haben Wirtschaft, Öffentlichkeit und die Politik dafür sensibilisiert, dass gewisse Schweizer Firmen

namentlich in den ärmsten Ländern und in bestimmten Sektoren (wie dem Rohstoffsektor) problematische Geschäftspraktiken verantworten. Studien haben auf Fälle von Korruption, Verletzung von Menschenrechten und Umweltstandards oder aggressive Steueroptimierung hingewiesen. Sie haben verschiedene Initiativen unterstützt, welche die Arbeitsbedingungen in ausländischen Produktionsstätten überprüfen, und sind mit gewissen Firmen in einen Dialog getreten. Die unterzeichnenden Organisationen sind gut vertraut mit den Aktivitäten von Schweizer Firmen im Ausland und sind darum sehr interessiert daran, die Ausgestaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für ihre Tätigkeiten zu kommentieren.

Aufgrund ihrer Erfahrung, kommen die unterzeichnenden Organisationen zu diesen drei Befunden.

Zunächst sind sie überzeugt, dass die Schweiz eine besondere Verantwortung hat. Unser Land verfügt weltweit über die höchste Dichte von multinationalen Gesellschaften pro EinwohnerIn. Die Anzahl von Niederlassungen solcher Gesellschaften in der Schweiz, hat in den letzten Jahren immer mehr zugenommen.¹ Diese Firmen sind oft in den Ländern des Südens tätig. Wichtige Teile der Schweizer Wirtschaft, wie jene, die sich mit Rohstoffen beschäftigen, sind sogar in erster Linie in armen Ländern tätig oder in Staaten mit schwacher Gouvernanz. Die Schweizer Behörden haben darum eine wichtige Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass diese Firmen auf alle problematischen Tätigkeiten verzichten und dass sie ein verantwortungsvolles Geschäftsgebaren in Bezug auf die Menschenrechte verfolgen. Dieser erste Befund wurde vom Bundesrat mehrere Male anerkannt. So schrieb er in einem Bericht, der im Mai 2014 veröffentlicht wurde: «Die Schweiz als Standort zahlreicher international tätiger Unternehmen trägt für die Einhaltung der Menschenrechte und den Umweltschutz, namentlich auch in Ländern mit ungenügender Rechtsstaatlichkeit, eine grosse Verantwortung. Diese zeigt sich etwa bei Menschenrechtsverletzungen oder Umweltverschmutzungen durch Schweizer Unternehmen oder Konzerne. In diesen Fällen besteht zudem das Risiko von negativen Auswirkungen auf die Reputation der Schweiz.»²

Im Weiteren sind die Unterzeichnenden überzeugt von der Notwendigkeit, die Aktivitäten der Gesellschaften in gewissen Punkten zu regulieren. In Bezug auf die Menschenrechte etwa haben sich die Grenzen des Einflusses von sogenannten freiwilligen Initiativen gezeigt, die – wie es der Name sagt – ausschliesslich vom guten Willen der Firmen abhängen. Kommt dazu, dass sich ausgerechnet jene Firmen, deren Verhalten am problematischsten ist, selten an solchen Initiativen beteiligen. Sie verfügen darum über einen komparativen Vorteil gegenüber jenen, die bestrebt sind gemäss *best practices* zu arbeiten. Infolgedessen ist es nötig, über minimale gesetzliche Grundlagen zu verfügen, die alle Schweizer Firmen verpflichten, auf der ganzen Welt die Menschenrechte und Umweltstandards einzuhalten. Diese Forderung entspricht exakt dem Kern der Petition

¹ Zu diesem Thema, vgl. z.B. Arthur D. Little, Headquarters on the move – Benchmarking of Global and regional Headquarters in Switzerland, Nov. 2009, vor allem S. 7.

² [Rechtsvergleichender Bericht](#). Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechten und Umwelt im Zusammenhang mit den Auslandaktivitäten von Schweizer Konzernen – Bericht in Erfüllung des Postulates 12.3980, 2.5.2014, S. 2.

«Recht ohne Grenzen», die 2012 von einer breiten Koalition von fünfzig Organisationen der Zivilgesellschaft mit mehr als 135'000 Unterschriften eingereicht wurde. Die Notwendigkeit, dass freiwillige durch rechtlich bindende Massnahmen («smart mix») ergänzt werden, wurde in den [Uno-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte](#) anerkannt. Diese sehen in einer solchen Kombination ein Mittel, damit Staaten ihre Verpflichtung zum Schutz der Menschenrechte wahrnehmen. Verbindliche Regeln sind umso notwendiger als es einen deutlichen Graben gibt zwischen der namentlich von multinationalen Firmen getragenen globalisierten Wirtschaft und den national verfassten Rechtsstaaten, die in der Regel schlecht gerüstet sind, um dieser Entwicklung entgegenzutreten und Firmen für – direkte oder indirekte – Verletzungen von Menschenrechten oder Umweltschäden verantwortlich zu machen.

Schliesslich haben die unterzeichnenden Organisationen in den letzten Jahren festgestellt, dass auf internationaler Ebene die Bemühungen verstärkt wurden, die Aktivitäten multinationaler Gesellschaften vermehrt zu regulieren, sei es in Bezug auf Menschenrechte, in Bezug auf die Transparenz von Geldflüssen im Rohstoffsektor oder in Bezug auf die Transparenz von Geschäftsstrukturen internationaler Gruppen. Die wichtigsten Industrieländer haben Gesetze verabschiedet, die die Aktivitäten der Unternehmen regulieren und die Firmen zu mehr Transparenz verpflichten. Auch diese Tendenz – auf die wir weiter unten zurückkommen – wurde vom Bundesrat verschiedene Male anerkannt.³ Sollte die Schweiz sich diesen Bemühungen verschliessen, so besteht das Risiko, dass Firmen, die sich solchen Verpflichtungen anderswo entziehen wollen, ihre problematischen Aktivitäten in die Schweiz verlagern werden.

Die unterzeichnenden Organisationen halten den Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts für eine gute Gelegenheit um den verschiedenen Befunden im Rahmen der Schweizer Rechtsordnung Rechnung zu tragen. Sie danken den Bundesbehörden, dass sie bei dieser wichtigen Gesetzesrevision angehört werden.

2. Grundsätzliche Bemerkungen

Am 28. November 2014 hat der Bundesrat den Vorentwurf für die Aktienrechtsrevision in die Vernehmlassung geschickt. Dieser Vorentwurf umfasst verschiedene Elemente bezüglich Unternehmensführung zu welchen die unterzeichnenden Organisationen keine spezifischen Kommentare zu machen haben.

Dagegen haben die unterzeichnenden Organisationen mit Enttäuschung festgestellt, dass die Bundesbehörden die Chance verpasst haben, das Schweizer Recht laufenden internationalen Entwicklungen anzupassen. Der Bundesrat schlägt in seinem Vorentwurf neue Bestimmungen im Bereich Zahlungstransparenz von Rohstoffunternehmen vor,

³ In einem 2014 veröffentlichten [Bericht über die Transparenz im Rohstoffsektor](#) zum Beispiel schrieb der Bundesrat dazu: «International ist ein Trend in Richtung zunehmender Transparenz bezüglich Zahlungen von Unternehmen an Regierungen im Rohstoffsektor feststellbar.»

welche die Offenlegung von Zahlungen an staatliche Stellen vorsehen. Das Kerngeschäft des hiesigen Rohstoffsektors – den Rohstoffhandel – schliesst er aber von diesen Bestimmungen aus, weshalb sie nur ungenügend greifen.

Darüber hinaus beinhalten die Bestimmungen für Gesellschaften und Verwaltungsräte im Vorentwurf weder Pflichten bezüglich Transparenz über «wirtschaftlich Berechtigte» («beneficial ownership») noch bezüglich Menschenrechte und Verantwortung gegenüber der Umwelt. Auch hier zeichnen sich internationale Entwicklungen deutlich ab: Verschiedene Regierungen haben in letzter Zeit Bestimmungen eingeführt (oder sind im Begriff dies zu tun), welche die Veröffentlichung von wirtschaftlich Berechtigten, menschenrechtliche Sorgfaltsprüfungen («due diligence»), sowie Offenlegungspflichten für nicht-finanzielle Informationen gesetzlich regeln. Es ist deshalb wichtig, den Vorentwurf in diesen Punkten zu ergänzen, damit neueren internationalen Entwicklungen sowie der besonderen Verantwortung der Schweiz Rechnung getragen wird.

Ohne sich also über die Gesamtheit des Vorentwurfs zu äussern, möchten die unterzeichnenden Organisationen in den drei genannten Punkten Verbesserungen und Ergänzungen einbringen. Diese werden im Folgenden weiter ausführt und begründet.

2.1 Veröffentlichung der wirtschaftlich Berechtigten einer Gesellschaft

Der Gebrauch von juristischen Strukturen (wie Briefkastenfirmen oder Trusts) ist ein gängiges Mittel der internationalen Wirtschaftskriminalität, um Vermögen aus Delikten zu verbergen. Neuere Fälle haben gezeigt, dass sich auch hinter Schweizer Firmen mitunter politisch exponierte Personen (PEP) oder kriminelle Netzwerke verstecken. Um im Fall von Korruption oder Steuerbetrug kriminelle Gelder zu waschen oder zu verstecken, braucht es rechtliche Strukturen, die es erlauben, die tatsächlich wirtschaftlich berechtigten BesitzerInnen der unrechtmässigen Vermögen zu verstecken. Obwohl dieser Umstand bekannt ist, «verfügen die meisten Länder über keine kohärente Strategie um dieses Problem anzugehen», wie ein 2011 im Rahmen der StAR-Initiative von der Weltbank und dem UNO-Büro für Drogen- und Verbrechensbekämpfung (UNODC) publizierter Bericht ⁴ festhält.

Die Verschleierung der wirtschaftlich Berechtigten ist jedoch kein Phänomen, das sich auf die Wirtschaftskriminalität beschränkt: Wenn Konzerne oder Privatpersonen Geschäfte abschliessen, bei denen Menschenrechte verletzt oder Umweltstandards missachtet werden, oder ihnen das Risiko einer Strafverfolgung oder ein Reputationsverlust droht, ist die Verwendung solch anonymer Strukturen ebenfalls anzutreffen. Sie helfen die rechtliche und moralische Verantwortung von wirtschaftlich berechtigten Personen, zu verwässern und zu kaschieren.

⁴ [The Puppet Masters. How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It](#), Washington, The World Bank et al., 2011, S. 33.

Auf internationaler Ebene stellt man eine generelle Entwicklung hin zu mehr Transparenz im Bereich juristischer Strukturen fest, wie weiter unten aufgezeigt. Zahlreiche Staaten haben das Problem erkannt und nun rechtliche Massnahmen zur Bekämpfung von opaken Strukturen ergriffen. Die kürzlich verabschiedeten Gesetzesänderungen, welche das Schweizer Recht in Übereinstimmung mit den GAFI-Normen bringen und voraussichtlich im April 2015 in Kraft treten sollen, enthalten zwar Massnahmen zur Stärkung der Transparenz von wirtschaftlich Berechtigten,⁵ die Situation in der Schweiz bleibt aber nach wie vor unbefriedigend: Informationen über die BesitzerInnen müssen nur von einem sehr kleinen Anteil – den börsenkotierten Unternehmen – publiziert werden. Zwar haben die Gesellschaften nun die Pflicht zu wissen, wem sie gehören, doch publizieren nicht-börsenkotierte Gesellschaften diese Informationen in der Regel nicht. Der öffentliche Zugang zu Informationen über wirtschaftlich berechnete Personen wäre eine sehr einfache Möglichkeit, die Verwendung von Rechtskonstrukten zur Vertuschung von unlauteren und illegal erworbenen Vermögen oder von strafbaren Handlungen zu erschweren.

Die aktuelle Revision des Aktienrechts bietet die Gelegenheit dem internationalen Trend hin zu mehr Transparenz in der Schweizer Gesetzgebung zu entsprechen.

2.1.1 Relevanz der Problematik

2011 verfasste die Weltbank und das UNO-Büro für Drogen- und Verbrechensbekämpfung (UNODC) im Rahmen der StAR-Initiative einen Bericht zur Identifikation der wirtschaftlich Berechtigten. Dieser Bericht analysiert detailliert 150 internationale Fälle von «grand corruption». In 128 Fällen wurden Gesellschaften – darunter auch schweizerische – zur Tarnung von Korruptionsgeldern benutzt.⁶ Diese Stichprobe zeigt mit welcher enormer Häufigkeit opake juristische Strukturen zum Verstecken solcher Gelder eingesetzt werden. Meistens werden dabei verschachtelte Strukturen eingesetzt (z.B.: Eine Gesellschaft in Land X besitzt eine Gesellschaft in Land Y, welche ihrerseits einen Trust in Land Z besitzt und Konten bei mehreren Banken in verschiedenen Ländern hat). In den meisten Fällen handelt es sich um ein komplexes Geflecht von Strukturen, bestehend aus bis zu acht oder neun juristischen Personen. Je komplexer die Konstrukte, desto schwieriger ist es, die EigentümerInnen einer Gesellschaft sowie den Zweck der Transaktionen in Erfahrung zu bringen. Zudem zeigt der genannte Bericht, dass die Multiplikation involvierter Rechtsordnungen auch für Strafverfolgungsbehörden ein grosses Hindernis darstellt. Um die wirtschaftlich Berechtigten dieser Strukturen zu identifizieren oder Vermögensbewegungen zurückzuverfolgen, sind sie von den oftmals langwierigen und fragilen Abläufen internationaler Rechtshilfe abhängig.

⁵ [Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière \(GAFI\) vom 12.12.2014.](#)

⁶ [The Puppet Masters. How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It](#), Washington, The World Bank et al., 2011, S. 34.

Nach unserem Wissen existieren keine nationalen oder internationalen Daten darüber, wie häufig Schweizer Gesellschaften zur Verschleierung von Korruption oder anderer problematischer Geschäfte benutzt werden. Man kann höchstens feststellen, dass eine beträchtliche Anzahl von Schweizer Firmen keine operative Tätigkeit ausübt. Eine offizielle Statistik zu diesem Zweck⁷ existiert nicht, doch gemäss einer konservativen Schätzung⁸ des *Tages-Anzeigers*,⁹ gibt es 75'000 solcher Briefkastenfirmen. Das entspricht 14% aller 540 641 Gesellschaften, die 2013 im Schweizer Handelsregister eingetragen waren. Obwohl Briefkastenfirmen nicht zwangsläufig zu problematischen oder strafbaren Aktivitäten bestimmt sind, ist es dennoch genau dieses Konstrukt, welches in der Schweiz am häufigsten zur Verschleierung wirtschaftlich Berechtigter zum Einsatz kommt. Man kann also davon ausgehen, dass ein Grossteil dieser 75'000 Gesellschaften über keinen anderen Existenzgrund verfügt.

Diesem Problem könnte sehr einfach begegnet werden: Juristische Personen müssen dazu verpflichtet werden, ihre wirtschaftlich Berechtigten, das heisst die natürlichen Personen welche die eigentliche Kontrolle über eine Gesellschaft haben, zu identifizieren und zu veröffentlichen. Diese Lösung wird auf internationaler Ebene als eine der effektivsten Massnahmen im Kampf gegen Wirtschaftskriminalität anerkannt. Es handelt sich zudem um die einzige Massnahme, welche es Gesellschaften erlaubt ihre GeschäftspartnerInnen zu identifizieren. Finanzintermediäre würden damit über ein Mittel verfügen, um die Angaben der Gesellschaften, in deren Namen sie ein Konto eröffnen, zu verifizieren und damit ihre Compliance-Kosten zu reduzieren. Eine Veröffentlichung der wirtschaftlich Berechtigten würde zudem Untersuchungen ausländischer Steuer- oder Strafbehörden erleichtern, für welche heute langwierige und komplizierte Abläufe nötig sind. Andernorts hat der Bundesrat die Berechtigung solcher Massnahmen anerkannt und unterstreicht in seiner Antwort auf eine Interpellation: «Die Transparenzmassnahmen zur Feststellung der Identität der wirtschaftlich Berechtigten tragen zur Unterbindung solcher Finanzströme bei. So können zum einen (auf Stufe Unternehmen oder Finanzintermediäre) Präventivmassnahmen zur Verhinderung solcher Finanzströme getroffen und kann zum andern die Rückverfolgbarkeit der Informationen, aufgrund derer die Administrativ- und Strafbehörden überhaupt erst aktiv werden können, gewährleistet werden.»¹⁰ Der Zugang zu essenziellen Informationen über wirtschaftlich Berechtigte würde aber nicht nur für die Behörden, sondern auch für Medienschaffende und Anti-Korruptions-NGOs vereinfacht. Eine solche Bestimmung hätte somit eine grosse abschreckende Wirkung.

Die Problematik der Identifizierung wirtschaftlich Berechtigter ist eine weltweite Herausforderung. Im Gegensatz zu anderen Ländern hat die Schweiz diese Herausforderung jedoch noch nicht wirklich erkannt. Damit riskiert sie, im Vergleich mit

⁷ Das Handelsregister begnügt sich mit der zahlenmässigen Erfassung der Gesellschaften, ohne sich mit deren Tätigkeit zu befassen. Die Unternehmensstatistik des BFS verzeichnet nur Firmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.

⁸ Basierend auf der Anzahl der eingetragenen Gesellschaften mit einer «c/o»-Adresse abzüglich derjenigen im Besitz eines MwSt.-Kontos als Bescheinigung einer nachweislichen Geschäftstätigkeit.

⁹ *Tages-Anzeiger*, 2.5.2013.

¹⁰ [*Antwort des Bundesrates auf Interpellation 13.4288*](#).

den rasch voranschreitenden gesetzlichen Anpassungen in anderen Ländern, in Verzug zu geraten und sich dann einmal mehr gezwungen zu sehen, unter internationalem Druck aufzuschliessen.

2.1.2 Internationaler Kontext

Die 2012 revidierten Empfehlungen 24 und 25 der GAFI (Groupe d'action financière) legt die Transparenzbestimmungen hinsichtlich der tatsächlich Begünstigten von juristischen Personen und Strukturen fest. Diese Normen verpflichten nicht zur Veröffentlichung von Informationen über die tatsächlich Begünstigten. Aber sie zwingen die Behörden, über gesetzliche Strukturen zu verfügen, die ihnen eine schnelle Identifikation erlauben.¹¹ Die Schweizer Gesetzgebung wurde kürzlich angepasst, um mit diesem Standard übereinzustimmen, namentlich indem ein Mechanismus eingeführt wurde, der Firmen mit Inhaberaktien erlaubt, ihre Aktionärinnen und Aktionäre zu kennen.

Zudem sind gemäss dem neuen [Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière \(GAFI\)](#), alle nicht-börsenkotierten Gesellschaften dazu verpflichtet (gemäss dem neuen Art. 697 j und l OR), ein Verzeichnis von allen wirtschaftlich Berechtigten zu führen, welche über 25% der Anteile kontrollieren. Dennoch enthält die neue Gesetzgebung keine Bestimmung zur Veröffentlichung dieser Informationen.

Die Frage nach dem öffentlichen Zugang zu Informationen über wirtschaftlich Berechtigte von juristischen Personen nahm in den letzten Jahren einen wichtigen Platz auf der internationalen Agenda ein. Ein Bericht im Auftrag des «World Economic Forum» empfahl 2012 allen Ländern, Informationen über wirtschaftlich Berechtigte zu veröffentlichen und zwar in offiziellen und öffentlichen (sowie kostengünstigen) Registern.¹² Die GAFI hält es ebenfalls für angezeigt «den Zugang zu Informationen über wirtschaftlich Berechtigte und die Kontrolle» zu erleichtern.¹³ Immer mehr Stimmen fordern ein öffentliches Register mit wirtschaftlich Berechtigten. Die European Banking Federation (EBF) hat sich für eine solche Regelung ausgesprochen.¹⁴ Und der französische Finanzminister Pierre Moscovici wies im November 2013 darauf hin, dass die allgemeine Einführung von zentralisierten und öffentlich zugänglichen Registern europaweit das einzige Mittel darstelle, um einen raschen Zugang zu Informationen über die effektiven Begünstigten zu gewährleisten.¹⁵

Aus diesen Gründen wurden auf internationaler Ebene zahlreiche Schritte unternommen, um öffentliche Register für wirtschaftlich Berechtigte einzurichten. Der grösste Stein wurde Anfang 2014 ins Rollen gebracht. Im Rahmen der vierten Revision der EU-Anti-

¹¹ FATF Guidance, [Transparency and beneficial ownership](#), October 2014.

¹² WEF (ed.), Global Agenda Council on Organized Crime, [Organized Crime Enablers](#), July 2012.

¹³ [Empfehlung 24 der GAFI](#)

¹⁴ [EBF Position on the ECB Proposal for a 4th EU AML Directive](#), 12.06.2012, S. 6.

¹⁵ [Medienmitteilung ONE vom 15.11.2013](#).

Geldwäscherichtlinie forderten zwei Ausschüsse des europäischen Parlaments am 20. Februar von EU-Mitgliedsstaaten die Einführung öffentlicher Register über die wirtschaftlich Berechtigten von Unternehmen und Trusts.¹⁶ Der Entschluss wurde im März 2014 vom europäischen Parlament ratifiziert.

Einige EU-Länder machten sich sogleich daran, diese Forderung in nationales Recht überzuführen. Ende Oktober 2013 kündigte der britische Premier David Cameron die Einrichtung eines öffentlichen Registers an.¹⁷ Ein Gesetzesentwurf wird derzeit in zweiter Lesung im britischen Parlament erörtert. Vorgesehen ist die Verpflichtung britischer Unternehmen, ein Register der wirtschaftlich Berechtigten zu führen und allen interessierten Personen am Firmensitz Einblick zu gewähren.¹⁷ Der Gesetzesentwurf soll im Frühling 2015 in Kraft treten.¹⁸ In Frankreich fordert ein Erlass eine Gesetzesgrundlage für ein öffentliches Register über in Frankreich wohnhafte Personen, die als Verwalterinnen, Treugeber oder Nutzniesserinnen eines Trusts auftreten. Der dänische Finanzminister stellte am 1. Dezember 2014 ein Projekt für ein Register der wirtschaftlich Berechtigten von Unternehmen vor.¹⁹ Sogar die Cayman Islands diskutieren gegenwärtig die Möglichkeit eines öffentlichen Registers über Inhaberinnen und Inhaber von juristischen Personen.²⁰ Und nicht zuletzt hat auch die Ukraine am 27. Oktober 2014 beschlossen, ein öffentliches Register über wirtschaftlich berechtigte Personen zu erstellen.²¹

2.1.3 Einige Fälle mit Schweizer Bezug

Hierzulande erlangten in den vergangenen Jahren zahlreiche Fälle öffentliche Bekanntheit, welche die Bedeutung von Schweizer Gesellschaften bei der Verschleierung unrechtmässig erworbener Vermögen oder strafbarer Handlungen zeigen. Wir führen hier einige typische Fälle auf.²² Die Liste hätte ohne weiteres verlängert werden können.

- *Teodorín Obiangs Scheingesellschaften in Freiburg.* Teodorin Obiang, der Sohn des äquatorialguineischen Präsidenten, wird beschuldigt, öffentliche Gelder zum Kauf von Luxus-Immobilien im Ausland veruntreut zu haben. Das Geld soll über die Konten von fünf Schweizer Firmen geflossen sein.

¹⁶ Pressemitteilung des Europaparlaments, [Money laundering: MEPs vote to end anonymity of owners of companies and trusts](#), 20.02.2014

¹⁷ UK Government Press Release, [Public register to boost company transparency](#), 31.10.2013.

¹⁸ [Zum gegenwärtigen Stand des Entwurfs.](#)

¹⁹ [Zur Rede \(auf Dänisch\).](#)

²⁰ [Statement by Minister for Financial Services, Wayne Panton, on the Commencement of Cayman's Consultation on its G8 Action Plan](#), Cayman Island Financial Services, 4.11.2013.

²¹ Global Compliance News, Ukraine: [Upfront Disclosure of Beneficial Ownership Now Required](#), Oktober 2014

²² [Die Veröffentlichung der wirtschaftlich Berechtigten von Schweizer Gesellschaften - Probleme, Herausforderungen und Lösungen](#), Factsheet, Erklärung von Bern, Februar 2015. Weitere Informationen unter www.evb.ch/themen-hintergruende/finanzen/potentatengelder.

- *Dubiose weissrussische Bank in den Händen einer Freiburger Briefkastenfirma.* 2012 wurde die weissrussische Bank Credex vom US-Finanzministerium unter dem Patriot Act von 2001 auf die schwarze Liste gesetzt. Die amerikanischen Behörden verdächtigen Credex der Geldwäscherei. Zu diesem Zeitpunkt gehörte die Bank zu 96,82% der Freiburger Briefkastenfirma Vicpart Holding. Vicpart verfügte weder über Büros noch Angestellte. Am Sitz der Gesellschaft, welche von einer Genfer Treuhandgesellschaft verwaltet wurde, waren über 200 andere Gesellschaften eingetragen. Vicpart wurde im Januar 2013 liquidiert. Die amerikanischen Behörden haben es nie geschafft, die wirklichen BesitzerInnen der Gesellschaft zu identifizieren.
- *Die Rolle von Zuger Briefkastenfirmen bei Messis mutmasslicher Steuerhinterziehung.* Der berühmte Fussballer Lionel Messi wird von der spanischen Justiz bezichtigt, einen Teil seines Einkommens nicht versteuert zu haben. Laut Presseberichten hat Messi Summen in der Höhe von 4,2 Millionen Euro mittels eines komplexen Offshore-Geflechts hinterzogen. Das Geld floss über die Konten zweier Zuger Gesellschaften.

In all diesen Fällen hätte es die Publikation der wirtschaftlich Berechtigten ermöglicht, die betroffenen Firmen entweder zu entlasten oder die Arbeit der Steuer- und Strafverfolgungsbehörden zu beschleunigen. Ausserdem wäre bereits der Umstand, dass Firmen in der Schweiz ihre wirtschaftlich Berechtigten publizieren müssen, eine Abschreckung für Personen, welche beabsichtigen in der Schweiz undurchsichtige Strukturen zur Verschleierung zweifelhafter Geschäfte aufzubauen.

2.1.4 Die Revision des Aktienrechts

Die aktuelle Reform des Aktienrechts bietet die Gelegenheit die Transparenz über wirtschaftlich Berechtigte zu erhöhen und so die oben genannten Risiken zu begrenzen. Theoretisch existieren zwei Möglichkeiten dies zu tun:

- Eine ist die Pflicht für alle Gesellschaften die Informationen über ihre wirtschaftlich Berechtigten offenzulegen, zum Beispiel in ihrem Jahresbericht.
- Die zweite ist der Eintrag der Informationen über wirtschaftlich Berechtigte im Handelsregistrauszug.

Die erste Möglichkeit überliesse den Gesellschaften die Verantwortung zur Publikation dieser Informationen. Es müsste also sichergestellt werden, dass Gesellschaften und Direktoren die Verantwortung für die Veröffentlichung übernehmen müssen und, dass die Korrektheit der Angaben durch die RevisorInnen kontrolliert wird. Aus diesen Gründen scheint es opportun diese Informationen in den Jahresbericht zu integrieren. Dieser erste Lösungsansatz stösst dennoch zweifach an Grenzen: a) Nur ein kleiner Teil der Gesellschaften ist heute rechtlich zur Veröffentlichung ihres Jahresberichts verpflichtet. Und b) repräsentieren die Informationen im Jahresbericht lediglich die Situation am Bilanzstichtag. In einigen Fällen, könnten die Informationen also bereits nicht mehr der Realität entsprechen. Es sind auch legale Mittel vorstellbar, um diese

Verpflichtung zu umgehen, beispielsweise indem die wirtschaftlich Berechtigten knapp vor und nach dem Stichdatum ausgetauscht werden, um die eigentlichen Besitzverhältnisse bei Publikation des Verzeichnisses zu kaschieren.

Die zweite Lösung entspricht in etwa dem Standard in Slowenien.²³ Auch in der Schweiz und in Deutschland wird dieser Mechanismus bereits angewandt, allerdings nur in Bezug auf die GesellschafterInnen einer GmbH. Sie bringt den Vorteil einer Verifikation der Fakten durch eine Behörde mit sich. Unter der Bedingung, dass Gesellschaften verpflichtet sind, jegliche Veränderung dem Handelsregister zu kommunizieren – so wie sie es beispielsweise bei einer Veränderung ihrer Zeichnungsberechtigten tun müssen – hätte diese Lösung den Vorteil, dass die Informationen jederzeit einsehbar und aktuell wären. Diese zweite Lösung hätte allerdings gewichtige Änderungen des Aufgabenbereichs der zuständigen Behörden zur Folge, welche mit der Überprüfung der publizierten Informationen betraut wäre.

Um diesen verschiedenen Vor- und Nachteilen Rechnung zu tragen, haben wir eine gemischte Lösung entwickelt, welche sich aus den drei folgenden Bestimmungen zusammensetzt:

- 1. Das mit der GAFI-Reform (Art. 697l OR) eingeführte Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen muss öffentlich sein: Demnach könnte sich jede interessierte Person an eine definierte Stelle wenden, zum Beispiel an den Sitz der Gesellschaft, um das Verzeichnis einzusehen und zu kopieren, wie es bspw. die Vorlage vorsieht, welche in Kürze dem britischen Parlament unterbreitet wird.
- 2. Eine solche Bestimmung wäre allerdings nicht genügend, da diese Schritte relativ kostenaufwendig und kompliziert sein können – etwa für ausländische Gesellschaften, welche ihre Schweizer GeschäftspartnerInnen identifizieren möchten. Es wäre deshalb nützlich die erste Bestimmung mit folgender Pflicht zu kombinieren: Gesellschaften müssen regelmässig, im Minimum jährlich, ein Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen in ihrem Geschäftsbericht zu publizieren.
- 3. Ausserdem müssen Gesellschaften ihre Geschäftsberichte dem Handelsregister übermitteln, welches zur Publikation der Berichte im Internet verpflichtet ist. So wie es heute bspw. bereits in Grossbritannien²⁴, Luxemburg²⁵ oder in Singapur²⁶ gängige Praxis ist. Dies stellt die zentralisierte Verbreitung der Informationen

²³ Handelsregister Sloweniens: [Slovenian Business Register \(PRS\)](#).

²⁴ [Britisches Handelsregister](#). Verfügbare Informationen: Suche nach Name oder Inkorporierungsnummer; detaillierter Geschäftsbericht jeder Gesellschaft, ob börsenkotiert oder nicht; Inkorporierungsdatum; Direktoren und Verwalter ; Aktionäre – unter bestimmten Voraussetzungen; Umsätze; Gewinne; Steuern; Tochterfirmen.

²⁵ [Handelsregister Luxemburg](#). Siehe Art. 75-77 des « [Loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales](#) ». Detaillierte Geschäftsberichte jeder Gesellschaft, ob börsenkotiert oder nicht, unter bestimmten Voraussetzungen.

²⁶ [Handelsregister von Singapur](#). Verfügbare Informationen: Suche nach Name oder Inkorporierungsnummer; detaillierter Geschäftsbericht jeder Gesellschaft, ob börsenkotiert oder nicht; Inkorporierungsdatum; Direktoren und Verwalter ; Aktionäre; Umsätze; Gewinne; Steuern; Aktivitäten (detailliert nach Land) und Tochterfirmen.

sicher, ohne den Behörden die Kontrolle und Überprüfung der Inhalte aufzubürden.

Die Lösung, die wir unten vorschlagen (Kapitel 3.1.) kombiniert diese drei verschiedenen Massnahmen: Sie bietet zudem den Vorteil, dass alle Gesellschaften zur Publikation ihrer Jahresrechnung verpflichtet werden. Diese Bestimmung geht über das aktuelle Recht (Art. 958 e OR) hinaus, welches solche Verpflichtungen nur für bestimmte Gesellschaften und nur gegenüber ihren Gläubigern vorsieht. Wie oben ausgeführt, sind solche Bestimmungen im Ausland üblich. Sie steigern die Qualität der verfügbaren Informationen für Investoren, Geschäftspartnerinnen, und Gläubiger von Schweizer Gesellschaften sowie für die Öffentlichkeit enorm. Ausserdem sind diese Informationen sehr wichtig, um beispielsweise die realen Aktivitäten einer Gesellschaft auszumachen oder die Strukturen internationaler Unternehmensgruppen (Tochterfirmen, Muttergesellschaften etc.) zu dokumentieren.

Für den Fall, dass sich eine solche Lösung als politisch ungangbar erweisen sollte, zum Beispiel weil ein bedeutender Teil der kleinen Firmen eine Veröffentlichung ihrer Jahresrechnung und ihres Geschäftsberichts als Nachteil erachten würde, wäre es denkbar einen zusätzlichen Mechanismus zu etablieren, welcher es den Gesellschaften erlauben

würde zu wählen, ob sie im Handelsregister Jahresrechnung und Geschäftsbericht oder nur das Verzeichnis der wirtschaftlich Berechtigten publizieren möchten. Wir überlassen die Entwicklung einer solchen Lösung den Behörden, sollte sie nötig sein.

2.2 Transparenz bei Rohstoffunternehmen

2.2.1 Relevanz des Themas

Zwei Drittel der Metall- und Energie-Rohstoffe stammen aus Entwicklungsländern. Dieser Reichtum birgt ein enormes Entwicklungspotential, doch die Erträge erreichen die Bevölkerung oft nicht, wie der Bundesrat in seinem Transparenz-Bericht (Juni 2014)²⁷ analysierte:

«Rohstoffe werden oft in Ländern abgebaut, die über schlecht funktionierende staatliche Strukturen verfügen. Vor diesem Hintergrund besteht bei der Rohstoffextraktion bzw. beim Handel mit Rohstoffen regelmässig ein Risiko, dass die an die jeweiligen

²⁷ [Bericht](#) in Erfüllung der Empfehlung 8 des Grundlagenberichts Rohstoffe und des Postulats 13.3365 «Mehr Transparenz im Schweizer Rohstoffsektor» vom 16. Mai 2014, publiziert am 25.6.2014.

²⁸ [McKinsey Global Institute](#), Reverse the curse, S. 31–33.

Regierungen geleisteten Zahlungen – wie etwa Steuern, Nutzungsabgaben oder weitere bedeutende Ausgaben – aufgrund von Misswirtschaft, Korruption und Steuerflucht versickern oder zur Konfliktfinanzierung missbraucht werden. In der Folge profitiert die Bevölkerung kaum vom Rohstoffreichtum ihres Landes und verbleibt in Armut, was als sogenannter «Rohstofffluch» bezeichnet wird.» (Transparenz-Bericht, S. 5)

Käme dieser Reichtum effektiv der Bevölkerung zugute, könnte extreme Armut weltweit bis 2030 fast halbiert werden.²⁸

Einer der ersten Schritte zur Bekämpfung des Rohstofffluchs ist erhöhte Transparenz in Bezug auf die Zahlungsflüsse zwischen Rohstoffunternehmen und den Regierungen rohstoffreicher Länder, wie der Bundesrat bestätigt: «Weil die Informationen über die Zahlungs- und Rohstoffströme in der Regel der Öffentlichkeit nicht zugänglich sind, ist es sowohl für die Zivilgesellschaft als auch für politische Kontrollinstanzen, wie Parlamente, schwierig bis unmöglich, die Regierungen in den Entwicklungs- und Schwellenländern bei Missbräuchen zur Rechenschaft zu ziehen. Die Forderung nach diesbezüglicher Transparenz wird vor diesem Hintergrund zu einem zentralen Postulat.» (Transparenz-Bericht, S. 5)

«Zahlungstransparenz» bedeutet, dass Zahlungsströme zwischen Rohstofffirmen und Regierungen von Rohstoffländern (nicht aber zwischen Privaten) offengelegt werden. Dies erhöht den Druck, dass die entsprechenden Zahlungen tatsächlich die Staatskassen erreichen. Zahlungstransparenz löst natürlich nicht alle Probleme, ist für spürbare Verbesserungen aber eine notwendige Voraussetzung. Erst die Offenlegung der staatlichen Rohstoffeinnahmen erlaubt es der lokalen Zivilgesellschaft (allenfalls mit internationaler Unterstützung), ihrer Regierung kritische Fragen zu stellen und sie auch für deren Verteilung der Rohstoffgewinne systematisch zur Rechenschaft zu ziehen. Transparenz ist also klassische Hilfe zur Selbsthilfe und zugleich ein gutes Mittel zur Vertrauensbildung und Korruptionsprävention. Deshalb setzt sich Publish What You Pay ([PWYP](#)), ein globales Netzwerk von über 800 NGO (in der Schweiz repräsentiert durch die Erklärung von Bern und SWISSAID), weltweit für mehr Transparenz im Rohstoffsektor ein.

a) Internationale Situation

«International ist ein Trend in Richtung zunehmender Transparenz bezüglich Zahlungen von Unternehmen an Regierungen im Rohstoffsektor feststellbar», schreibt der Bundesrat (Transparenz-Bericht, S.16). Und der *Economist* bestätigt in einer kürzlich erschienenen Analyse zu Unternehmenstransparenz: «Es ist klar, wohin die Reise geht».²⁹ Die internationale Gemeinschaft hat in den letzten Jahren mit verschiedenen Instrumenten einen globalen Transparenzstandard mit geteilter Verantwortung zwischen Gast- und Heimatstaaten der Rohstofffirmen etabliert, welche sich gegenseitig ergänzen.

Die Extractive Industries Transparency Initiative ([EITI](#)) umfasst transparenzwillige **Gaststaaten** von Rohstoffunternehmen (= Länder, in denen Rohstoffe gefördert werden). Die Schweiz als Nicht-Rohstoffland ist «Supporting Country» und zahlt Beiträge. In einem Multistakeholder-Gremium von Staaten, Firmen und NGO werden international die Regeln festgelegt (Art der offenzulegenden Zahlungen, Aggregationsebene, Detailgrad etc.), welche die EITI-Mitgliedländer dann umzusetzen haben. Die EITI ist wichtig, reicht aber nicht aus, weil besonders intransparente Länder (z.B. Angola oder Äquatorialguinea, wo Schweizer Rohstoffunternehmen aktiv sind), aus «gutem Grund» nicht (oder nicht mehr) EITI-Mitglied sind, und schwachen Staaten die Möglichkeiten zur Überprüfung aller Regeln und Zahlungsströme fehlen. Abgesehen vom Ausschluss eines Landes aus der Initiative stehen der EITI keine Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.

Deshalb tragen immer mehr **Heimatstaaten** von Rohstofffirmen (= Länder wie die Schweiz, in denen Rohstofffirmen domiziliert oder an der Börse notiert sind) ihren eigenen, komplementären Beitrag zu mehr Transparenz bei und helfen damit, die Lücken der EITI zu schliessen. Die *Hong Kong Stock Exchange* hat bereits 2010 in begrenztem Umfang Transparenzregeln für neue Börsengänge und grosse Transaktionen eingeführt. Auf gesetzlicher Ebene sind die [EU](#) und die [USA](#) vorangegangen und verlangen als wichtige Heimatstaaten von ihren Firmen die Offenlegung – unabhängig davon, ob die Zahlungen in einem EITI- oder Nicht-EITI-Land erfolgt sind. Damit sind alle Operationsländer einer Firma erfasst; die Daten entsprechen zudem einem einheitlichen – eng auf EITI abgestimmten³⁰ – Standard und sind dadurch vergleichbarer. [Norwegen](#) hat ein solches Gesetz im Januar 2014 in Kraft gesetzt, im März 2015 werden die ersten Berichte von Rohstofffirmen erwartet. In [Grossbritannien](#) und [Frankreich](#) ist die Transposition der EU-Richtlinien in nationales Recht per 1.12.2014 respektive 1.1.2015 in Kraft getreten. Auch Italien, Deutschland, Schweden, Dänemark und Finnland haben eine rasche nationale Umsetzung vor Juni 2015 angekündigt. In [Kanada](#) wurden im Dezember 2014 analoge Gesetzesbestimmungen verabschiedet, und es wird erwartet, dass sie in Kürze in Kraft treten. In den [USA](#) werden Ausführungsbestimmungen bis Herbst 2015 erwartet.

Es ist zudem ein wachsendes Interesse von Investoren an solchen Transparenzregeln festzustellen. In den USA beispielsweise haben Investoren, die zusammen mehr als 5.6 Billionen US-Dollar verwalten (darunter u.a. UBS Global Asset Management)³¹ die Transparenzregulierung entschieden befürwortet.

Innerhalb der EITI und der erwähnten Heimatstaaten-Regulierungen hat sich in den letzten Jahren die Berichterstattung auf Projektebene (*project-by-project reporting*) und nicht nur die Aufschlüsselung nach Ländern (*country-by-country reporting*) zum internationalen Standard entwickelt. Diese detailliertere Aufschlüsselung erhöht die Chancen der lokalen Zivilgesellschaft und der direkt von Minen oder Ölförderung

²⁹ Economist, 13.12.2014, «the direction of travel is clear».

³⁰ [EU Transparenzrichtlinie](#): «In dem Bericht sollten Zahlungen aufgeführt werden, die mit denen vergleichbar sind, die im Rahmen der Initiative für Transparenz in der Rohstoffwirtschaft (EITI) offengelegt werden.» [USA Dodd-Frank, Section 1504](#): «(C) the term 'payment'— (...) includes taxes, royalties, fees (including license fees), production entitlements, bonuses, and other material benefits, that the Commission, consistent with the guidelines of the Extractive Industries Transparency Initiative (to the extent practicable), determines are part of the commonly recognized revenue stream for the commercial development of oil, natural gas, or minerals.»

³¹ [Investors Submission](#) an die Securities and Exchange Commission (SEC), 14.8.2013

betroffenen Gemeinschaften entscheidend, mit dem publizierten Datenmaterial ihre Regierungen zur Rechenschaft zu ziehen und von dem ihnen zustehenden Anteil der Rohstoff-Rente zu profitieren. Für Investoren ist die Berichterstattung auf Projektebene zentral für ihr Risikomanagement.

b) Die Transparenz-Lücke im Rohstoff-Handel

Grundsätzlich ist es begrüssenswert, dass der Bundesrat mit den vorliegenden Bestimmungen vorschlägt, sich der internationalen Transparenz-Bewegung anzuschliessen. Allerdings enthält die Vorlage eine derart gravierende Lücke, dass sie ohne entsprechende Korrektur Gefahr läuft, keinen nennenswerten praktischen Nutzen zu entfalten.

So werden in der **Rohstoff-Förderung** mit den Regulierungen in der EU, den USA und weiteren Ländern bereits 75-80% der börsenkotierten Unternehmen abgedeckt³². Bezüglich **Rohstoff-Handel** bleibt jedoch eine massive Transparenzlücke. Als führende Drehscheibe im Rohstoffhandel – rund 25% des Welthandels mit Rohstoffen wird in der Schweiz abgewickelt und gar 74% der Rohstoffhandelsfirmen weltweit haben einen wichtigen oder sehr wichtigen Bezug zur Schweiz³³ – liegt es an der Schweiz, diese Lücke zu schliessen.

Eine aktuelle Studie³⁴ zeigt erstmals das Ausmass der Zahlungsflüsse zwischen Schweizer Rohstoffhandelsfirmen und afrikanischen Ländern auf. Allein für die grössten zehn afrikanischen Ölförderländer südlich der Sahara betrugen diese in den letzten drei Jahren mindestens 55 Milliarden US-Dollar. Das ist das Doppelte der gesamten weltweiten Entwicklungshilfe an diese Länder, und das 28-fache der öffentlichen Entwicklungshilfe des Bundes an den gesamten Kontinent. In Ländern wie Nigeria oder Äquatorialguinea hängen 20-30% aller Staatseinnahmen von Schweizer Rohstoff-Firmen ab. Mit der Offenlegung ihrer Zahlungen könnten Rohstoffhändler ohne grossen Aufwand dazu beitragen, dass die Veruntreuung dieser Einnahmen in Förderländern erschwert wird.

Der wichtigste potenzielle Beitrag der Schweiz zur Zahlungstransparenz im Rohstoffsektor liegt also eindeutig in ihrer Position als weltweit wichtigste Rohstoffhandels-Drehscheibe. Ausgerechnet den Rohstoffhandel will der Bundesrat indessen von den Transparenz-Bestimmungen ausnehmen. Dies steht im Widerspruch zu den eigenen Einschätzungen im «Erläuternden Bericht» zu den vorliegenden Bestimmungen, wo der Bundesrat der Verantwortung der Schweiz als grösstem Rohstoffhandelsplatz der Welt grosse Bedeutung beimisst: «Die Schweiz hat sich in den

³² [Renvenue Watch: Oil & Minig Companies on Global Stock Exchanges](#)

³³ Datenquelle: Laut dem Investor First Reserve am FT Global Commodities Summit 2013 (basierend auf Firmendaten, aktuellstes verfügbares Jahr) bestreiten die folgenden Firmen 45% des globalen Umsatzes der unabhängigen physischen Rohstoffhändler: Vitol, Glencore, Trafigura, Mercuria, Gunvor. Alle diese Firmen haben ihren Hauptsitz oder zumindest operativen Hauptstandort in der Schweiz. Folgende weitere Firmen decken weitere 29% des globalen Marktes ab: Cargill, Koch, Noble Group, ADM, Bunge, Louis Dreyfus. Diese Firmen verfügen zumindest über eine regionale oder globale Handelsabteilung in der Schweiz.

³⁴ [Big Spenders \(2014\)](#), Natural Resource Governance Institute, SWISSAID, Erklärung von Bern

letzten Jahrzehnten weltweit zu einem wichtigen Zentrum des internationalen Rohstoffhandels entwickelt und trägt damit eine entsprechend grosse Verantwortung».³⁵ An anderer Stelle weist der Bundesrat darauf hin, dass die Regulierung des Rohstoffhandels die Reputationsrisiken der Schweiz reduzieren könnte: «Zumal aber ein beträchtlicher Anteil des weltweiten Rohstoffhandels aus der Schweiz heraus betrieben wird, würden Transparenzbestimmungen im Bereich des Rohstoffhandels die Reputationsrisiken auch in diesem Bereich reduzieren.»³⁶

Aus diesen Gründen ist es nicht nachvollziehbar, weshalb der Bundesrat den Handel mit Rohstoffen nicht in die Transparenzbestimmungen mit einbezieht, zumal der Nutzen der vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen, sofern diese auf extraktive Aktivitäten beschränkt bleiben, fragwürdig ist. Denn gemäss unseren eigenen Abklärungen sind die extraktiven Aktivitäten aller grossen Schweizer Rohstofffirmen bereits durch die Transparenzbestimmungen in der EU bzw. in den USA abgedeckt. Der Bundesrat scheint dies zu bestätigen: «Damit hätte eine analoge Regelung in der Schweiz für diese Unternehmen kaum Nachteile zur Folge. Der Zusatzaufwand für die Erfüllung der Vorgaben in der Schweiz bliebe für sie wohl gering, da die offenzulegenden Tatsachen identisch wären.»³⁷ In diesem Zusammenhang hat es der Bundesrat leider verpasst, eine Zusammenstellung der betroffenen Firmen und Aktivitäten vorzulegen und damit den allfälligen Zusatznutzen zu den US- und EU-Regulierungen auch für den Fall aufzuzeigen, dass der Rohstoffhandel den Schweizer Bestimmungen nicht unterstellt wird.

Der Bundesrat schlägt lediglich vor, dass er im Rahmen einer Delegationsnorm die Bestimmungen auf den Rohstoffhandel ausdehnen könne, «wenn mehrere international bedeutende Rohstoffhandelsplätze die Transparenzbestimmungen auch auf rohstoffhandelnde Unternehmen anwenden.»³⁸ Dabei stellt sich indessen die Frage, welches Interesse kleinere Handelsplätze haben sollten, anstelle des globalen Marktleaders Schweiz den ersten Schritt zu machen. Auch die USA als weltweit grösster Kapitalmarkt für die extraktive Industrie gingen 2010 unabhängig von anderen Staaten voran, als sie an US-Börsen notierte extraktive Unternehmen regulierten, jenen Sektor also, der in ihrem Rechtsraum die dominierende Rolle spielt. In der gleichen Logik müsste die Schweiz beim Rohstoffhandel vorangehen. Auf der Ebene der Gaststaaten ist dieser Prozess im Übrigen bereits angelaufen. Der im Mai 2013 revidierte neue EITI-Standard verlangt die Publikation sämtlicher Rohstoff-Verkäufe staatlicher Firmen an private Rohstoffhändler oder andere Abnehmer.³⁹ Und auf Ebene der Firmen hat Trafigura kürzlich angekündigt, man werde ab 2015 Zahlungen an staatliche Stellen in EITI-Ländern auch für den Handel mit Rohstoffen offenlegen: «We believe that as a

³⁵ Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht): S.56

³⁶ Bericht in Erfüllung der Empfehlung 8 des Grundlagenberichts Rohstoffe und des Postulats 13.3365 «Mehr Transparenz im Schweizer Rohstoffsektor»; 16. Mai 2014; S.16.

³⁷ Ibid: S. 14

³⁸ Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht): S.177

³⁹ Rule 4.1.c 'Sale of the state's share of production or other revenues collected in-kind'

leading commodities trader we have a role in disclosing how much we pay to Governments and their National Oil Companies (NOCs) (...)».⁴⁰

Trafiguras Ankündigung zeigt, dass die Deklaration von Zahlungen an staatliche Stellen aufgrund von Handelstransaktionen – also genau jene Zahlungen, die in den vorliegenden Bestimmungen ausgeschlossen werden – für die betroffenen Firmen ohne grossen zusätzlichen Aufwand möglich und nicht mit Wettbewerbsnachteilen verbunden ist. Dies relativiert wiederum die Argumentation des Bundesrates, die Unterstellung des Rohstoffhandels unter die vorliegenden Bestimmungen würde die Attraktivität des Standortes Schweiz gefährden und dürfe deshalb nicht im Alleingang geschehen. Der Rohstoffhandel muss deshalb schon zum heutigen Zeitpunkt in die Transparenzbestimmungen eingeschlossen werden. Nur so kann die Schweiz ihrer Verantwortung als globaler Leader in diesem Geschäft gerecht werden.

2.3 Sorgfaltsprüfungspflicht der Gesellschaften in Bezug auf Menschenrechte

2.3.1. Herausforderungen und internationale Situation

Wie ein Ende Oktober 2014 veröffentlichter Bericht der European Coalition on Corporate Justice zeigt, wurden im Laufe der letzten zehn Jahre gegen die Hälfte der börsenkotierten Unternehmen in der EU Vorwürfe wegen schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen laut. Das Problem ist jedoch nicht auf Gesellschaften in der EU beschränkt: Aus zahlreichen Berichten, Zeitungsartikeln und parlamentarischen Vorstössen geht hervor, dass auch eine beträchtliche Anzahl von Schweizer Gesellschaften für schwere Menschenrechtsverletzungen und Umweltschäden im Ausland verantwortlich ist. Der Bundesrat hat dies auch mehrmals anerkannt. So hat er etwa in seiner Antwort auf eine parlamentarische Interpellation unterstrichen, dass dies «ein Reputationsrisiko für die Schweiz darstellen und als Widerspruch zum internationalen Engagement der Schweiz im Bereich der Menschenrechts- und Umweltpolitik gesehen werden könnte».

Im Wissen um das Ausmass der Menschenrechtsverletzungen, die Gesellschaften aus Industrieländern im Ausland begehen, ernannte Uno-Generalsekretär Kofi Annan 2005 einen Sonderbeauftragten für die Fragen rund um Unternehmen und Menschenrechte. Im Laufe von über sechs Jahren hat dieser auf mehreren tausend Seiten die Ergebnisse seiner Untersuchungen veröffentlicht und dutzende Konsultationen mit den Sozialpartnern – namentlich mit Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften – mit dem Ziel durchgeführt, auf breiter Zustimmungsbasis Normen auszuarbeiten und die Rolle der Unternehmen bei der Achtung der Menschenrechte zu klären. Der Schlusstext «Uno-Leitprinzipien für Unternehmen und Menschenrechte» wurde im Juni 2011 vom Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen einstimmig angenommen. Diese Leitprinzipien stellen vor allem in zwei Punkten einen Paradigmenwechsel dar:

⁴⁰ Trafigura Press Release; 18 November, 2014.

- Erstens unterstreichen diese Leitprinzipien, dass der Staat die Pflicht hat, die Menschenrechte zu schützen, eine entsprechende Politik zu verfolgen und Gesetze sowie Anreiz- und Fördermassnahmen beschliessen muss, damit die Unternehmen die Menschenrechte respektieren;
- Zweitens halten sie fest, dass alle Unternehmen die Pflicht haben die Menschenrechte zu respektieren und zwar überall auf der Welt und nicht nur im Rahmen ihrer eigenen Tätigkeiten und denen ihrer Tochtergesellschaften, sondern auch im Rahmen der Geschäftsbeziehungen, die sie mit ihren Subunternehmern und Lieferanten unterhalten (Leitprinzip 13). Die Achtung der Menschenrechte ist also nicht mehr einfach eine Möglichkeit, sondern eine Verantwortung für alle Akteurinnen und Akteure im Wirtschaftsleben. Konkret bedeutet diese Pflicht, dass die Unternehmen Massnahmen zur Sorgfaltsprüfung (due diligence) ergreifen müssen, um im Zuge ihrer Tätigkeiten Menschenrechtsverletzungen zu vermeiden (do no harm). Sie stehen auch in der Verantwortung, alle Verletzungen und alle bereits bestehenden negativen Auswirkungen wiedergutzumachen.

Der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen, John Ruggie, identifizierte das Gesellschaftsrecht als eines der prioritären Handlungsfeld, um die verbindlichen Massnahmen, die es den Staaten gestatten, ihre Pflicht zum Schutz der Menschenrechte wahrzunehmen, umzusetzen. Damit könnten Klarheit, Stabilität und einheitliche Regeln (level playing field) für alle Gesellschaften und alle Mitglieder von Verwaltungsräten geschaffen werden:

«So wird im Unternehmens- und Wertpapierrecht nicht klar ausgeführt, was Unternehmen und ihre leitenden Angestellten in Bezug auf die Menschenrechte tun dürfen, und noch weniger, wozu sie gehalten sind. Gesetze und Politiken auf diesem Gebiet sollten hinlängliche Handlungsanleitungen enthalten, die Unternehmen befähigen, die Menschenrechte zu achten, unter gebührender Berücksichtigung der Rolle existierender Lenkungsstrukturen wie etwa der Aufsichtsorgane des Unternehmens.»

Im Laufe der letzten Jahre sind in Europa und weltweit zunehmend Gesetze zum Gesellschaftsrecht und zur Berichterstattung nicht-finanzieller Informationen erlassen worden. So wurde etwa 2014 im britischen Gesellschaftsrecht die Pflicht für Mitglieder des Verwaltungsrats, Umwelt und Gemeinwesen zu berücksichtigen, um einen Artikel über die Menschenrechte erweitert. In Frankreich wurde 2010 im Handelsgesetzbuch die Pflicht für die Unternehmen verankert, im Geschäftsbericht «Informationen über die Art und Weise, wie das Unternehmen die sozialen und umweltbezogenen Konsequenzen ihrer Tätigkeit berücksichtigt, sowie Informationen über das gesellschaftliche Engagement für nachhaltige Entwicklung, für den Kampf gegen Diskriminierung und zur Förderung der Vielfalt zu geben». Auf europäischer Ebene verpflichtet eine im Herbst 2014 angenommene EU-Richtlinie alle Unternehmen mit über 500 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder mit einem Umsatz von über 40 Millionen Euro pro Jahr zur Vorlage eines nicht-finanziellen Berichts über die Auswirkungen ihrer Tätigkeiten im Hinblick auf Umwelt, Arbeitsrechte, Menschenrechte und Korruption sowie über ihre Politik in diesen Bereichen. In den Vereinigten Staaten ist der Ansatz eher

sektorspezifisch. Manche Regelungen beziehen sich auch auf bestimmte Länder, so etwa die US-amerikanische Richtlinie über Transparenz der Investitionen in Myanmar. Diese Richtlinie verlangt von den Unternehmen eine Berichterstattung über ihre Tätigkeiten und die ihrer Tochtergesellschaften in Myanmar, sowie über ihre Sorgfaltsprüfung in den Bereichen Menschenrechte, Umwelt, Kampf gegen die Korruption und Kauf oder Pachtung von Land. Andere Gesetzestexte sehen ebenfalls solche Verpflichtungen vor, beschränken sich jedoch auf gewisse Menschenrechte, wie der «California Supply Chain Transparency Act», welche die Prävention von Sklaverei und Menschenhandel betrifft.

2.3.2. Die Situation in der Schweiz

Der Bundesrat anerkennt in seinem von der aussenpolitischen Kommission des NR angeforderten rechtsvergleichenden Bericht, der Ende Mai 2014 veröffentlicht wurde, dass die Leitprinzipien den massgebenden Referenzrahmen für die Umsetzung der menschenrechtlichen Verantwortung der Unternehmen darstellen. Er anerkennt auch, dass die Umsetzung dieser Leitprinzipien eine Kombination von freiwilligen und verbindlichen Massnahmen voraussetzt. Der Bundesrat geht sogar noch einen Schritt weiter und schlägt mehrere Möglichkeiten für die Gesetzgebung vor, die es gestatten würden, die Sorgfaltsprüfungspflicht in Sachen Menschenrechte im Schweizer Gesetz zu verankern. Die Konkretisierung dieser Möglichkeiten hat jedoch noch nicht stattgefunden. Somit läuft die Schweiz Gefahr ein Zufluchtsort für Gesellschaften zu werden, die sich den europäischen Menschenrechts- und Umweltauflagen sowie der nicht-finanziellen Berichterstattung darüber entziehen wollen.

Der rechtsvergleichende Bericht hebt die gegenwärtig bestehenden Gesetzeslücken hervor, d.h.:

- Im Hinblick auf das Verhältnis einer Gesellschaft zu seinen Tochtergesellschaften oder seinen GeschäftspartnerInnen, besteht für die Gesellschaft und ihre Leitungsorgane keinerlei Verpflichtung in Menschenrechts- und Umweltbelangen.
- Die Gesellschaften sind nicht verpflichtet, einen nicht-finanziellen Bericht mit systematischen und allgemein zugänglichen Informationen über ihre Politik in Sachen Menschenrechte und Umwelt zu veröffentlichen.

a) Die Pflichten einer Gesellschaft und ihrer Leitungsorgane in Sachen Menschenrechte und Umwelt

In der gegenwärtigen Fassung sowie gemäss Vorentwurf des Obligationenrechts hat der Verwaltungsrat «die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen» (Artikel 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Weiter ist festgelegt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen für den Schaden verantwortlich sind, den sie der Gesellschaft absichtlich oder fahrlässig verursachen (Art. 754 OR). Trotz den Erkenntnissen des Bundesrats, ist im Vorentwurf nicht geplant, diese Artikel zu revidieren. Das ist eine verpasste Gelegenheit: Die

aktuellen Bestimmungen sind völlig ungenügend für eine Menschenrechts-Policy, die den Leitprinzipien entspricht. Und zwar aus folgenden Gründen:

Erstens bezieht sich die Pflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 716 OR (auf die Befolgung der Reglemente und Weisungen zu achten) nur auf die existierenden internen Richtlinien. Das Gesetz verlangt also nicht die Einführung einer Menschenrechts- und Umweltpolitik für Gesellschaften, die keine solche Policy haben. Die am wenigsten verantwortungsbewussten Gesellschaften können also weitermachen wie bisher, während die Verwaltungsratsmitglieder von Gesellschaften, die bereits eine Menschenrechtspolitik haben, gemäss dem Gesellschaftsrecht eine grössere Verantwortung tragen. Oder, um es anders auszudrücken: Das aktuelle Obligationenrecht hat null Auswirkungen auf die «schwarzen Schafe».

Zweitens postuliert Artikel 716 OR nicht, dass der Standard für ein Reglement in Menschenrechtsfragen die Einführung von Verfahren der Sorgfaltsprüfung gemäss internationalen Standards, d.h. in Übereinstimmung mit den Uno-Leitprinzipien, sein sollte. Laut aktuellem Vorentwurf ist jede Gesellschaft frei, nach eigenem Gutdünken Reglemente oder Weisungen festzulegen, und der Verwaltungsrat hat nur die Aufgabe, die Einhaltung der freiwilligen Normen zu überwachen, die sich die Gesellschaft selbst gegeben hat.

Drittens, sind die Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung gemäss Artikel 754 OR für einen Schaden nur dann haftbar, wenn ihre Entscheidungen oder ihr Vorgehen den Interessen einer Gesellschaft geschadet haben. Die Mitglieder des Verwaltungsrats können für einen Mangel an Sorgfalt in Menschenrechts- und Umweltbelangen also nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn diese Verstösse eine Gefahr für den Erfolg einer Gesellschaft darstellen, das heisst, wenn sie diesem einen wirtschaftlichen Schaden verursachen. Solche Kosten können dann entstehen, wenn Menschenrechtsverletzungen Gegenstand einer Strafanzeige sind oder werden könnten. Oder, wenn Fälle von Missbrauch im Rahmen einer internationalen Kampagne an den Pranger gestellt werden, und sich die Auswirkungen dieser Kampagne nachteilig auf den Ruf und damit auf den Gewinn einer Gesellschaft oder die Vermögensinteressen der Aktionäre auswirken könnten. Fälle dieser Art sind allerdings selten. Und auf jeden Fall hat diese Verantwortung zur Abwägung der Risiken, bei der eine Gesellschaft die Menschenrechte ausschliesslich in Bezug auf die eigenen materiellen Aspekte berücksichtigen muss, nichts mit einem systematischen Prozess der Sorgfaltsprüfung in Menschenrechts- und Umweltbelangen zu tun.

b) Fehlen einer Verpflichtung zur Veröffentlichung nicht-finanzieller Berichte

Im zurzeit gültigen Obligationenrecht wie auch im Vorentwurf obliegt den Mitgliedern des Verwaltungsrats die Aufgabe, im Lagebericht eine Risikobeurteilung (Art. 961c Abs. 2 Ziff. 2 OR) vorzulegen. Dieser Artikel bezieht sich jedoch nur auf die materiellen Risiken einer Gesellschaft. Er spricht nicht von einem nicht-finanziellen Bericht und der Pflicht, systematisch über die von einer Gesellschaft in Menschenrechts- und Umweltbelangen unternommen Massnahmen zu berichten. Die Risikoanalyse ist zwar gängige Praxis vieler

Gesellschaften, jedoch beschränkt sich dieser Ansatz traditionellerweise auf eine Beurteilung der Risiken für eine Gesellschaft; sie erstreckt sich nicht auf eine Abwägung der Risiken, die eine Gesellschaft für externe Akteure (Gemeinschaften, DorfbewohnerInnen, Umwelt, usw.) darstellt. Im Rahmen der Sorgfaltsprüfung in Menschenrechts- und Umweltbelangen stehen jedoch die InhaberInnen dieser Rechte (rightsholders) im Mittelpunkt der Risikobewertung. Konkret bedeutet dies, dass die Auswirkungen auf Menschenrechte und Umwelt berücksichtigt werden müssen, selbst wenn sie keinen materiellen Wert für eine Gesellschaft besitzen. Oder, um es anders auszudrücken: Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung müssen die Auswirkungen der Unternehmensaktivitäten auf die Menschenrechte berücksichtigen, selbst wenn diese Auswirkungen den Interessen einer Gesellschaft nicht schaden, keine finanziellen Konsequenzen haben und auch keine Gefahr für den Ruf der Gesellschaft darstellen.

Diese neue Sichtweise wurde übrigens auch von der EU im Rahmen ihrer neuen Richtlinie über die Offenlegung nicht-finanzieller Informationen übernommen. Diese Richtlinie sieht vor, dass die Gesellschaften Informationen veröffentlichen, die es gestatten, die Entwicklung einer Gesellschaft, ihrer Leistung, ihrer Position, aber auch die Auswirkungen ihrer Tätigkeiten auf die Menschenrechte und die Umwelt zu verstehen. Die Richtlinie verweist auch auf die Notwendigkeit für Gesellschaften, öffentlich über ihre Prozesse der Sorgfaltsprüfung (Due Diligence) Rechenschaft abzulegen und zu zeigen, wie sie Risiken im Bereich Menschenrechte identifizieren und mit ihnen umgehen.

2.3.3. Die Revision des Aktienrechts

Damit die Sorgfaltsprüfungspflicht im Hinblick auf Menschenrechte und Umwelt wirksam ist, muss sie auf der Einführung einer Sorgfaltsprüfungspflicht sowie der Anerkennung einer Verantwortung der leitenden Organe beruhen. Sie muss auch gewährleisten, dass die leitenden Organe und die Gesellschaft

- die Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf Menschenrechte und Umwelt präventiv identifizieren;
- die entsprechenden Massnahmen ergreifen, um diese Risiken zu vermeiden und negative Auswirkungen zu mindern;
- die Wirksamkeit der ergriffenen Massnahmen ständig überprüfen;
- umfassende Informationen über diese Massnahmen veröffentlichen.

Zur Überprüfung der Wirksamkeit dieser Massnahmen braucht es Kontrollmechanismen.

Die Änderungen, die wir für die Revision des Gesellschaftsrechts vorschlagen, decken alle diese Aspekte ab.

a) Die Sorgfaltsprüfungspflicht

Die Sorgfaltsprüfungspflicht wird über einen neuen Art. 717b – Sorgfaltsprüfungspflicht für gewisse Gesellschaften – eingeführt, den wir vorschlagen. Die klare und eindeutige Nennung einer solchen Sorgfaltsprüfungspflicht in Sachen Menschenrechte und Umwelt würde

- die Frage der Menschenrechte auf höchster hierarchischer Ebene in einer Gesellschaft verankern, und die Kompetenzen der Leitungsorgane in diesem Bereich erweitern;
- Menschenrechte und Umwelt im Mittelpunkt der Entscheidungsprozesse ansiedeln, und die Rechte und Pflichten der Leitungsorgane klar definieren – insbesondere im Falle von Interessenkonflikten zwischen wirtschaftlicher Entwicklung und Achtung der Menschenrechte
- die Erwartungen des Bundesrates an Gesellschaften klarstellen;
- einheitliche Regeln für alle Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz festlegen.

Diese Bestimmung würde die Grundsätze des Gesellschaftsrechts nicht in Frage stellen, insbesondere im Hinblick auf die Verantwortung der Organe der Muttergesellschaft für Vergehen der Tochtergesellschaften nicht; sie würde jedoch die Pflichten der Muttergesellschaft im Hinblick auf das Risikomanagement im Bereich Menschenrechte und Umwelt unterstreichen.

b) Nicht-finanzielle Berichterstattung

Die Sorgfaltsprüfungspflicht bedeutet, dass Unternehmen Menschenrechte und Umwelt respektieren müssen. Die darin enthaltene Pflicht der nichtfinanziellen Berichterstattung betrifft die Transparenzbestimmungen. Wie der Bundesrat unterstreicht, stellt die Transparenz «ein zentrales Element für eine Einführung einer wirksamen Regulierung» dar. Diese Pflicht wird in einem neuen Art. 716c eingeführt, den wir für die Revision des Aktienrechts vorschlagen.

Damit die Berichterstattungspflicht sinnvoll und mit anderen Bestimmungen vergleichbar ist, muss die Regelung mindestens nachstehende Elemente enthalten:

- eine Beschreibung der Politiken (Policies) in Sachen Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechte und Umwelt;
- das Ergebnis dieser Politiken;
- die wesentlichen identifizierten Risiken im Zusammenhang mit den Tätigkeiten einer Gesellschaft, unter Einschluss der von ihr kontrollierten Gesellschaften, der Sub-Unternehmer und der Lieferanten sowie der Umgang einer Gesellschaft mit diesen Risiken;
- Leistungsindikatoren, die auf internationalen Normen für die Sorgfaltsprüfung beruhen.

All dies sind keine neuen Elemente: sie sind Grundlage der nicht-finanziellen Berichterstattung, wie sie von der Europäischen Union gefordert wird.

Der nicht-finanzielle Bericht muss, in welcher Form auch immer er schlussendlich verfasst wird (Jahresbericht, Anhang zum Jahresbericht, eigener Bericht), öffentlich und leicht zugänglich sein, auf Papier und im Internet. Die im nicht-finanziellen Bericht enthaltenen Informationen sind nicht nur für die Aktionärinnen und Aktionäre bestimmt. Sie müssen auch Nichtregierungsorganisationen, Journalistinnen und Journalisten oder Gemeinwesen den Zugang zu Informationen über die jeweilige Unternehmenspolitik ermöglichen. Sie sollen es den Gesellschaften aber auch möglich machen, in einen Austausch über best practices zu treten und ihre Leistung in diesem Bereich zu verbessern. Der Bundesrat unterstreicht auch: «Ein allfälliger Bericht hinsichtlich der Beachtung der Menschenrechte und des Schutzes der Umwelt sollte nicht ausschliesslich die Aktionäre als Zielpublikum haben. Es gibt selbstredend ein öffentliches Interesse an einer weiteren Verbreitung dieser Informationen».

c) Kontrollmechanismen

Der nicht-finanzielle Bericht erhöht die Transparenz der Unternehmenspolitik. Um die Richtigkeit der gelieferten Informationen zu garantieren, bedarf es der Einführung eines Kontrollinstruments. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, den Aufgabenkatalog der Revisionsstelle, wie er in Art. 728a festgelegt ist, zu erweitern. Wir schlagen vor, in Art. 728a des Vorentwurfs einen 5. Absatz hinzuzufügen, der die Revisionsstelle verpflichtet, zu kontrollieren, ob der nicht-finanzielle Bericht den Bestimmungen und den Statuten genügt.

Die Revisionsstelle ist jedoch nicht die einzige Prüfungsmöglichkeit: Die Überwachung durch die Aktionärinnen und Aktionäre, mit der Möglichkeit, eine Sonderprüfung zu verlangen, ist ebenfalls ein wichtiges Instrument im Aktienrecht. Damit können die – Aktionärinnen und Aktionäre eine Analyse und eine Diskussion darüber verlangen, welche Pflichten und Aufgaben die Leitungsorgane haben sollen. Der Revisionsentwurf sieht allerdings nur im Falle von Gesetzes- oder Statutenverletzungen, die einer Gesellschaft schaden, die also einen materiellen Wert für eine Gesellschaft bedeuten, die Möglichkeit einer Sonderprüfung vor. Im Sinne des Paradigmenwechsels, der durch die Leitprinzipien der UNO gegeben ist, und um eine Kontrolle in Menschenrechts- und Umweltbelangen zu ermöglichen, ist eine Anpassung von Art. 697d Abs. 3 nötig. Es muss die Möglichkeit vorgesehen werden, auch eine Sonderprüfung durchzuführen, wenn ein von den leitenden Organen begangener Verstoss die rightsholders oder die Umwelt schädigt.

d) Klage

Wenn eine Sonderprüfung keine Klärung der Situation bringt, oder wenn Entscheidungen der leitenden Organe den Interessen einer Gesellschaft geschadet haben, können die Aktionärinnen und Aktionäre auf Kosten einer Gesellschaft Klage erheben. Mit der Einführung dieser Möglichkeit enthält der Vorentwurf eine interessante Änderung. Im heute geltenden Recht ist das wirtschaftliche Interesse der Aktionärinnen und Aktionäre als Motivation für das Einreichen einer Klage selbst im Falle eines groben Verschuldens ungenügend, da sie auf Leistung an die Gesellschaft klagen. Das heisst im

Falle des Erfolgs einer Klage profitiert die Gesellschaft von einer Zahlung und nicht die Aktionärin, der Aktionär. Die Aktionärinnen und Aktionäre zahlen also die Prozesskosten, werden aber kaum entschädigt, wenn sie vor Gericht gewinnen. Der Revisionsentwurf lockert diese Bestimmung, weil er für Aktionärinnen und Aktionäre die Möglichkeit schafft, bei einer Klage die Prozesskosten der Gesellschaft aufzubürden, vorausgesetzt, dass eine Reihe von Bedingungen, die in Art. 697j und Art. 697k festgelegt werden, erfüllt sind. Damit das Recht auf Klageerhebung auf Kosten der Gesellschaft auch in Fällen von Pflichtverletzung durch die leitenden Organe in Menschenrechts- und Umweltbelangen anwendbar ist, muss Art. 697k Abs. 2 Bst. a abgeändert werden.

3. Spezifische Bemerkungen

In diesem Kapitel schlagen wir Änderungen und Ergänzungen des Vorentwurfs vor, welche unseren grundsätzlichen Bemerkungen Rechnung tragen.

3.1 Veröffentlichung der wirtschaftlich Berechtigten einer Gesellschaft

Um die Offenlegung der wirtschaftlich Berechtigten zu gewährleisten, müssen alle Aktiengesellschaften allen Interessierten an ihrem Sitz jederzeit Einsicht gewähren in das Verzeichnis der wirtschaftlich Berechtigten im Sinne von Art. 697j OR.⁴¹ Die Verpflichtung der Aktiengesellschaften ein solches Verzeichnis zu führen, besteht bereits (Art. 697l OR). Es genügt diesem Artikel einen Satz hinzuzufügen, welcher die Gesellschaft verpflichtet, dieses Verzeichnis jederzeit öffentlich zu machen.

Vorschlag: unterstrichene Teile hinzufügen (Absatz 3):

Art. 697l

1. [unverändert]

2. [unverändert]

3. Das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen der Gesellschaft ist öffentlich und kann jederzeit am Sitz der Gesellschaft konsultiert werden. Es reflektiert jederzeit die tatsächlichen Gegebenheiten.

4. [früheren Absatz 3 übernehmen]

Allerdings ist diese Bestimmung noch nicht genügend. Dieses Vorgehen kann sich als teuer und kompliziert erweisen – zum Beispiel für Unternehmen im Ausland welche ihre Schweizer GeschäftspartnerInnen kennen möchten. Es wäre daher nützlich, diese

⁴¹ [Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière \(GAFI\)](#), 12.12.2014.

Bestimmung durch folgende Pflicht zu ergänzen: Ein Gesellschaft muss das Verzeichnis ihrer wirtschaftlich Berechtigten in ihrem Geschäftsbericht ausweisen und sicherstellen, dass dieser durch das Handelsregister publiziert wird. Das erfordert die Anpassung von zwei Bestimmungen des Obligationenrechts.

Einerseits ist es notwendig, die Vorschriften bezüglich der Publikation der Jahresrechnung zu modifizieren.

Vorschlag: die aktuelle Bestimmung durch die Folgende ersetzen:

Art. 958e: Offenlegung und Einsichtnahme

Jahresrechnung und Konzernrechnung müssen zusammen mit ihren Anhängen und den Revisionsberichten innerhalb von zwei Monaten nach der Genehmigung durch das zuständige Organ beim Handelsregister hinterlegt werden.

Das Handelsregister sorgt für ihre elektronische Publikation, in Übereinstimmung mit den Bestimmungen von Art. 929 a.

Andererseits ist es wichtig, zu präzisieren, dass der Anhang des Geschäftsberichts das Verzeichnis der wirtschaftlich Berechtigten zum Bilanzstichtag umfassen muss:

Vorschlag: unterstrichenen Teil hinzufügen (Ziffer 15):

Art. 959c Abs. 2

15. Das Verzeichnis der wirtschaftlich Berechtigten im Sinne von Art. 697j am Bilanzstichtag.

3.2 Transparenz bei Rohstoffunternehmen

Der Geltungsbereich der neuen Bestimmungen über die Transparenz bei Rohstoffunternehmen steht im Widerspruch zu den Strukturen der Rohstoffbranche in der Schweiz. Wie oben ausgeführt, wird der Sektor von Firmen geprägt, die mit Rohstoffen handeln, während sich die vorgeschlagenen gesetzlichen Bestimmungen lediglich auf extraktive Aktivitäten, also auf die Förderung von Rohstoffen, beziehen. Zwar ist die Erfassung dieser Aktivitäten wichtig, der Effekt solcher Bestimmungen wird jedoch eng beschränkt sein, denn die extraktiven Aktivitäten der wichtigsten Schweizer Gesellschaften werden aufgrund von Börsenkotierungen oder Holdingsitzen bereits durch ähnliche Bestimmungen in anderen Rechtsräumen (EU, USA) erfasst. Die vorgeschlagenen Bestimmungen können also nur Wirkung entfalten, wenn auch der Handel mit Rohstoffen in den Grundsatzartikel 964a, Absatz 1 einbezogen, und damit den gleichen Regeln unterworfen wird wie die extraktiven Aktivitäten.

Im Rohstoffgeschäft ist es ein bekanntes Muster, Berater oder Vertrauenspersonen, aber auch eigens zu diesem Zweck gegründete Personen- oder Kapitalgesellschaften in die

Geschäfte zwischen staatlichen Stellen und privaten Unternehmen einzuschalten, um die direkte Verbindung zu verschleiern. Diese Praxis ist insbesondere im Handel mit Rohstoffen (v.a. Rohöl) bzw. beim Kauf und schnellen Wiederverkauf von Explorations- und Extraktionslizenzen («licence flipping») zu beobachten. Das Dazwischenschalten von Intermediären ist aber auch zur Umgehung der Offenlegungspflicht von Zahlungsflüssen geeignet (da nur Zahlungen an Regierungen offenlegungspflichtig sind). Es braucht deshalb wirkungsvolle Schutzmassnahmen, wie sie die EU-Rechnungslegungs-Richtlinie (Artikel 43 (4)) explizit vorsieht, die aber aufgrund der Systematik der Vorlage in den Artikel 964c eingefügt werden sollten. Ein vorsichtiger, aber wichtiger Schritt in diese Richtung ist auch der vorgeschlagene Absatz 4 des Artikels 964a bzw. die darin enthaltene Erwähnung von «staatlichen Stellen nahe stehende(n) Personen.»

Dieser kann dazu beitragen, Umgehungsgeschäfte zu entdecken und stärkt damit die vorgeschlagenen Bestimmungen. Er sollte jedoch mit den zusätzlichen Absätzen 5 und 6 ergänzt und weiter gestärkt werden, indem auch Personen (bzw. Personen- oder Kapitalgesellschaften) erfasst werden, die einem «diesen Bestimmungen unterstellten Unternehmen» nahe stehen und damit ebenso wie «staatlichen Stellen nahe stehende Personen» als Intermediäre zur Umgehung der Offenlegungspflicht agieren können. Die Wirksamkeit dieser Bestimmungen steht in engem Zusammenhang mit den Bestimmungen zur Offenlegungspflicht der «wirtschaftlich Berechtigten» («beneficial ownership»), die in Kapitel 2.1. und 3.1. diskutiert werden.

Vorschlag: unterstrichene Teile hinzufügen, durchgestrichene Teile ~~streichen~~

Art. 964a

- | | |
|---|--|
| 1 | Unternehmen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet und direkt oder indirekt im Bereich der Gewinnung von Mineralien, Erdöl und Erdgas, sowie des im Einschlags von Holz in Primärwäldern <u>sowie im Handel mit diesen Rohstoffen</u> tätig sind, müssen jährlich einen Bericht über ihre Zahlungen an staatliche Stellen verfassen. |
| 2 | [unverändert] |
| 3 | [unverändert] |
| 4 | [unverändert] |
| 5 | <u>Eine einer staatlichen Stelle geschuldete Zahlung, die von einer nicht-staatlichen Stelle empfangen wird, gilt als Zahlung an eine staatliche Stelle.</u> |
| 6 | <u>Eine Zahlung, die anstelle eines diesen Bestimmungen unterstellten Unternehmens geleistet wird, wird als Zahlung dieses Unternehmens behandelt.</u> |

Artikel 964b listet die Art der Zahlungen auf, die von den Bestimmungen erfasst werden. Dabei fehlen die Zahlungen an staatliche Stellen aufgrund von Handelsgeschäften, was in einem neuen Absatz 8 korrigiert werden sollte. Da beim Handel mit Rohstoffen Steuern

und Abgaben auf dem Verbrauch eine gewichtige Rolle spielen können, sollten diese in Absatz 2 von der entsprechenden Ausnahme ausgenommen werden. Um die Umgehung der Bestimmungen durch das Aufblähen von Dividenden und die entsprechende Reduktion anderer Zahlungen zu verhindern, sollte in Absatz 4 eine Bestimmung gegen diese Praxis eingeführt werden.

Vorschlag: unterstrichene Teile hinzufügen

Art. 964b

- 1 Eine Zahlung kann in einer Geld- oder Sachleistung bestehen. Sie umfasst insbesondere folgende Arten von Leistungen:
1. [unverändert]
 2. Steuern auf der Produktion, den Erträgen oder Gewinnen von Unternehmen, unter Ausschluss von Mehrwert- oder Umsatzsteuern und anderen Steuern auf dem Verbrauch, sofern diese Verbrauchssteuern nicht auf den Handelsgeschäften angefallen sind;
 3. [unverändert]
 4. Dividenden, ausgenommen die an eine staatliche Stelle als Stammaktionär dieses Unternehmens gezahlten Dividenden, solange diese unter denselben Bedingungen an die staatliche Stelle wie an die anderen Aktionäre und nicht anstelle anderer Geld- oder Sachleistungen gezahlt werden.
 5. bis 7. [unverändert]
 8. Zahlungen an staatliche Stellen aufgrund des Handels mit Mineralien, Erdöl oder Erdgas und mit Holz aus Primärwäldern.

Absatz 1 des Artikels 964c ist eine Wiederholung von Artikel 964a und sollte gestrichen werden.

Die Materialitätsgrenze in Absatz 2 sollte aufgrund der veränderten Wechselkursverhältnisse auf CHF 100'000 gesetzt werden, womit sie jenen in anderen Rechtsräumen (EU=100'000 Euro; USA=100'000 \$) in etwa entsprechen würde.

Absatz 3 des Artikels 964c definiert die Aggregationsebene der zu deklarierenden Zahlungen und ist damit eine der wichtigsten Bestimmungen der Vorlage. Die Offenlegungspflicht pro Projekt ist äusserst bedeutsam für das Risikomanagement von Investoren, für die von der Rohstoffförderung direkt betroffenen lokalen Gemeinschaften sowie für sub-nationale staatliche Stellen (Provinzen, Regionen, etc.). Nur so können diese die Zahlungsflüsse für die in ihren Regionen angesiedelten Projekte eruieren und gegenüber zentral-staatlichen Stellen für den entsprechenden Transfer der Zahlungen (bzw. der ihnen zustehenden Teile davon) in die betroffenen Regionen bzw. zu den betroffenen Gemeinschaften sorgen. Die Offenlegungspflicht pro Projekt ist zudem zum

internationalen Standard geworden, sowohl innerhalb der EITI, wie auch in den gesetzlichen Transparenz-Bestimmungen anderer Rechtsräume. Angesichts der grossen Bedeutung dieser Bestimmung scheint es deshalb angebracht, die nähere Umschreibung eines «Projekts» in einem neuen Absatz 4 bereits auf Gesetzesstufe zu regeln. In Absatz 3 müsste es im Gesetzestext – wie im «Erläuternden Bericht» – «für» jedes Projekt statt «an» jedes Projekt heissen. Im übrigen möchten wir auf die Notwendigkeit hinweisen, in späteren Ausführungsbestimmungen eingehender darauf einzugehen, wie mit «materiell verbundenen» rechtlichen Vereinbarungen im Sinne von Absatz 4 zu verfahren ist.

Um die korrekte Zuordnung von Zahlungen zum richtigen Projekt bzw. zur richtigen Zahlungskategorie zu gewährleisten und allfällige, weiter oben eingehender diskutierte Umgehungsgeschäfte zu verhindern, müssten der Absatz 2 präzisiert, sowie in neuen Absätzen 5 und 6 entsprechende Gegenmassnahmen eingeführt werden. Diese Präzisierung bzw. die neuen Absätze entsprechen den Bestimmungen zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften in der EU-Rechnungslegungs-Richtlinie (Artikel 43 (2) bzw. Artikel 43 (4)).

Um die Berichte über die Zahlungen an staatliche Stellen international besser vergleichbar zu machen, sollten diese laut Absatz 8 nicht nur in einer der Landessprachen, sondern auch in Englisch abgefasst werden.

Vorschlag: unterstrichene Teile hinzufügen, durchgestrichene Teile ~~streichen~~

Art. 964c

- 1 ~~Der Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen erstreckt sich nur auf Zahlungen, die sich aus der Geschäftstätigkeit in der mineral-, erdöl- und erdgasgewinnenden Industrie oder auf dem Gebiet des Holzeinschlags in Primärwäldern ergeben.~~
- 2 ~~Er~~ Der Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen umfasst alle Zahlungen im Zusammenhang mit den Tätigkeiten im Sinne von Artikel 964a von mindestens ~~120 000~~ 100'000 Franken pro Geschäftsjahr an staatliche Stellen. ~~und zwar~~ Er umfasst sowohl Einzelzahlungen wie auch Zahlungen in mehreren Teilbeträgen, die zusammen mindestens ~~120000~~ 100'000 Franken erreichen.
- 3 Anzugeben ist der Betrag der Zahlungen, die insgesamt und aufgeschlüsselt nach Art der Leistung an jede staatliche Stelle und für ~~an~~ jedes Projekt geleistet werden.
- 4 Unter Projekt sind die operativen Tätigkeiten zu verstehen, die sich nach einem einzigen Vertrag, einer Lizenz, einem Miet- oder Kaufvertrag, einer Konzession oder ähnlichen rechtlichen Vereinbarungen richten und die Grundlage für Zahlungsverpflichtungen gegenüber staatlichen Stellen bilden.

- 5 Zahlungen, Aktivitäten und Projekte dürfen nicht künstlich aufgeteilt oder aggregiert werden, um der Anwendung dieser Bestimmungen zu entgehen.⁴²
- 6 Die Berichterstattung über die Zahlungen muss die Substanz, nicht die Form jeder Zahlung, relevanten Aktivität oder jedes Projekts reflektieren.⁴³
- 7 [Absatz 4 des Entwurfs, ergänzt:] Der Bericht ist schriftlich in einer der Landessprachen ~~oder~~ und in Englisch abzufassen und vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan zu genehmigen.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen verlangen die Publikation des Berichtes über Zahlungen an staatliche Stellen in elektronischer Form, womit primär die Website des jeweiligen Unternehmens gemeint sein dürfte. Doch Unternehmen können fusionieren, andere Unternehmen übernehmen oder Konkurs gehen und damit verschwinden. Deshalb sollten die Unternehmen ihre Berichte neben der eigenen elektronischen Publikation an eine zentrale Registerstelle übermitteln, wo sie aufbewahrt und öffentlich eingesehen werden können. Am ehesten wäre eine solche Registerstelle wohl beim Eidg. Handelsregisteramt anzusiedeln.

Zudem müssten die Berichte in einem offenen und Maschinen-lesbaren Datenformat eingereicht werden, damit sie einfach zugänglich und auch miteinander vergleichbar sind. Indem man das Schweizer Register mit den entsprechenden Registern anderer Rechtsräume verbindet, könnten die Berichte auch auf internationaler Ebene miteinander verglichen werden, was deren Nutzen stark erhöht. So verlangt etwa die am 1. Dezember 2014 in Kraft getretene «Reports on Payments to Governments Regulation 2014» des Vereinigten Königreiches – die Transposition der EU-Rechnungslegungs-Richtlinie – die Einreichung der Berichte an ein solches zentrales Register. Damit die Berichte auch für künftige historische oder andere wissenschaftliche Forschung von Nutzen sein können, sollten sie während mindestens 25 Jahren zugänglich sein.

Vorschlag: unterstrichene Teile hinzufügen, durchgestrichene Teile ~~streichen~~

Art. 964d

- 1 Der Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen ist elektronisch zu veröffentlichen und muss bei einer zentralen Registerstelle eingereicht werden, wo er elektronisch und öffentlich einsehbar ist.
- 2 Die elektronische Publikation muss in einem offenen und Maschinen-lesbaren Format erfolgen.
- 3 ~~Er~~ Der Bericht muss mindestens ~~zehn~~ 25 Jahre lang öffentlich zugänglich sein.

⁴² Basierend auf der EU Richtlinie Art. 43(4): «(...) Zahlungen und Tätigkeiten dürfen nicht künstlich mit dem Ziel aufgeteilt oder zusammengefasst werden, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen.»

Aus den bereits oben erwähnten Gründen müssen die Berichte während mindestens 25 Jahren aufbewahrt und Maschinen-lesbar gemacht werden können.

Vorschlag: unterstrichene Teile hinzufügen, durchgestrichene Teile ~~streichen~~

Art. 964e

- 1 Die Berichte über Zahlungen an staatliche Stellen und alle anderen wesentlichen Unterlagen sind mindestens während ~~zehn~~ 25 Jahren aufzubewahren. Die Aufbewahrungsfrist beginnt mit dem Ende des Geschäftsjahres.
- 2 [unverändert]
- 3 Elektronische Daten müssen mindestens während ~~zehn~~ 25 Jahren lesbar gemacht werden können.

Die Möglichkeit, den Anwendungsbereich der Bestimmungen zu einem späteren Zeitpunkt auch auf den Handel mit Rohstoffen auszudehnen, ist als Schritt in die richtige Richtung zu begrüßen. Gemäss unseren Ausführungen in den allgemeinen Bemerkungen und angesichts der Struktur der Schweizer Rohstoffbranche, die von Handelsgesellschaften dominiert wird, müsste allerdings der Handel mit Rohstoffen bereits von Anbeginn den gleichen Bestimmungen unterworfen sein wie die extraktiven Aktivitäten. In diesem Fall kann Artikel 964f ersatzlos gestrichen werden.

Falls dennoch beschlossen würde, den Rohstoffhandel nicht diesen Transparenzbestimmungen zu unterstellen, müsste in Artikel 964f die Voraussetzung eines international abgestimmten Vorgehens gestrichen werden. Die Schweiz ist weltweit der grösste Handelsplatz für Rohstoffe und sollte deshalb ihrer entsprechenden Verantwortung gerecht werden und nicht zuwarten, bis andere Rechtsräume zu handeln bereit sind. Der Bundesrat müsste die Kompetenz erhalten, im Bereich der Zahlungstransparenz für den Rohstoffhandel die Führung zu übernehmen, ohne Verpflichtung, dies im Rahmen eines internationalen Verfahrens zu tun. Zudem ist eine solche internationale Koordination der Zahlungstransparenz für den Rohstoffhandel bzw. die Rohstoff-Verkäufe von staatlich kontrollierten Firmen im Rahmen der EITI bereits angelaufen, was die entsprechende Bedingung im Artikel 964f überflüssig macht.

Vorschlag: durchgestrichene Teile ~~streichen~~

Art. 965f

⁴³ Basierend auf der EU Richtlinie Art. 43(4): «Bei der Angabe der Zahlungen gemäss diesem Artikel wird auf den Inhalt der betreffenden Zahlung oder Tätigkeit, und nicht auf deren Form, Bezug genommen. (...)»;

Der Bundesrat kann ~~im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens~~ festlegen, dass die Verpflichtungen nach den Artikeln 964a–964e auch auf Unternehmen Anwendung finden, die mit Rohstoffen handeln.

Ausserdem gilt es zu betonen, dass die Bestimmungen über die Kontrolle auf Vollständigkeit und Richtigkeit der Berichte über Zahlungen an staatliche Stellen bzw. über die Durchsetzung und Sanktionierung der vorgeschlagenen Bestimmungen zur Transparenz von Rohstofffirmen (Modifikation Art. 325bis StGB) vollkommen ungenügend sind und vollständig neu überdacht und überarbeitet werden müssen.

Insbesondere fehlt jeglicher Hinweis auf die für die Aufsicht zuständige Behörde, welcher auch die Kompetenz zukommen müsste, fehlende Berichte oder fehlende Informationen in Berichten anzufordern bzw. mangelhafte Informationen zu beanstanden und die entsprechenden rechtlichen Schritte einzuleiten. Diese Funktion könnte etwa dem Eidg. Handelsregisteramt zukommen, das gleichzeitig als zentrale Registerstelle im Sinne von Artikel 964d fungieren könnte. Der ordentlichen Revisionsstelle könnte zudem die Aufgabe zukommen, im Rahmen der Rechnungsprüfung die Vollständigkeit und Richtigkeit der Berichte vorgängig zu prüfen und dem obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan des Unternehmens darüber Bericht zu erstatten.

Das vorgesehene Strafmass bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der vorliegenden Bestimmungen ist angesichts der enormen Summen, die bei Zahlungen an staatliche Stellen im Rohstoffgeschäft anfallen, zu tief. Gemäss Artikel 106 StGB kann eine Busse höchstens 10'000 Franken betragen. Diese Summe wird den Anforderungen keinesfalls gerecht, welche die EU-Rechnungslegungs-Richtlinie, auf die sich die vorliegenden Bestimmungen anlehnen, stipuliert. Diese verlangt in Artikel 51, das Strafmass müsse «effektiv, verhältnismässig und abschreckend» sein. Davon kann im vorgeschlagenen neuen Artikel 325bis StGB keine Rede sein.

Die Überarbeitung dieser Bestimmungen müsste in Richtung der Transposition der EU-Rechnungslegungs-Richtlinie im Vereinigten Königreich vom 1. Dezember 2014 gehen ([«The Reports on Payments to Governments Regulations 2014»](#)).⁴⁴ Diese ermöglichen bei Verstössen auch Gefängnisstrafen. Bei börsenkotierten Unternehmen können falsche Angaben in den Berichten über Zahlungen an staatliche Stellen zudem die gleichen substanziellen Bussen zur Folge haben wie bei anderen Verstössen, welche die Finanzmärkte irreführen.

3.3 Sorgfaltsprüfungspflicht von Gesellschaften in Menschenrechtsbelangen

Um eine Sorgfaltsprüfungspflicht für die Mitglieder des Verwaltungsrats in Menschenrechts- und Umweltbelangen einzuführen, muss der Text des Vorentwurfs des

⁴⁴ [U.K. Government, 2014](#).

Aktienrechts durch einen neuen Art. 717b unter Artikel 717 V betreffend die Sorgfalts- und Treuepflicht ergänzt werden.

Vorschlag: neuer Artikel 717b hinzufügen

Art. 717b: Sorgfaltsprüfungspflicht für gewisse Gesellschaften

In Gesellschaften, die einer ordentlichen Revision im Sinne von Artikel 727 Absatz 1 unterworfen sind, weisen die Mitglieder des Verwaltungsrats die nötige Sorgfalt nach und ergreifen angemessene Massnahmen, damit die Gesellschaft und die von ihr kontrollierten Gesellschaften, ihre Subunternehmer und Lieferanten die Umwelt und die international anerkannten Menschenrechte der von ihren Tätigkeiten betroffenen Personen, seien es Vertragspartner oder Dritte, respektieren.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Definition der Kontrolle einer Gesellschaft durch eine andere, wie sie im Vorschlag eines neuen Art. 717b genannt wird, in Art. 963 Abs. 2 OR definiert ist.

Artikel 717b legt eine Verpflichtung zum Handeln fest. Die wirksame Umsetzung dieser Pflicht muss mit der Verpflichtung zu Transparenz und Veröffentlichung einhergehen. Der Revisionsentwurf des Obligationenrechts enthält keine Verpflichtung zur Veröffentlichung nicht-finanzieller Informationen. Diese Pflicht wird durch einen neuen Artikel 716c Abs. 1 eingeführt. Der nicht-finanzielle Bericht muss öffentlich und leicht zugänglich sein, auf Papier und im Internet.

Vorschlag: Hinzufügung folgender Punkte:

Art. 716c

V. Nicht-finanzielle Berichterstattung

Abs. 1. Der Verwaltungsrat erstellt einen jährlichen nicht-finanziellen Bericht, in dem die Politiken der Sorgfaltsprüfung in Menschenrechts- und Umweltbelangen, die festgelegten Zielsetzungen und die Ergebnisse dieser Politiken vorgelegt werden.

Abs. 2. Der nicht-finanzielle Bericht muss Aufschluss geben über:

1. die Politiken der Sorgfaltsprüfung in Sachen Menschenrechte und Umwelt
2. die Ergebnisse dieser Politiken
3. die wesentlichen Risiken, die im Zusammenhang mit den Tätigkeiten der Gesellschaft, einschliesslich der von ihr kontrollierten Gesellschaften sowie der Subunternehmer und Lieferanten, festgestellt wurden, und die Art und Weise, wie die Gesellschaft mit diesen Risiken umgeht
4. auf einschlägige internationale Standards basierende Leistungsindikatoren

Abs. 3. Der nicht-finanzielle Bericht muss öffentlich auf elektronischem Wege zugänglich sein.

Um die Verlässlichkeit der von den leitenden Organen gemäss den neuen Artikeln 716 und 717b getroffenen Massnahmen und nicht-finanziellen Informationen zu gewährleisten, muss der Aufgabenkatalog der Revisionsstellen angepasst werden.

Vorschlag: Hinzufügung folgender Punkte (unterstrichen)

Art. 728 Abs. 1 Ziff. 5

Die Revisionsstelle prüft, ob

5. der nicht-finanzielle Bericht den gesetzlichen Bestimmungen und den Statuten entspricht.

Um gemäss den neuen Bestimmungen in Art. 716c OR und Art. 717b OR einen Antrag auf eine Sonderprüfung im Hinblick auf Fragen der Menschenrechte und der Umwelt stellen zu können, ist eine Anpassung von Art. 697d OR nötig.

Vorschlag: Hinzufügung des folgenden Punkts (unterstrichen)

Art. 697d Abs. 3

Das Gericht ordnet eine Sonderuntersuchung an, wenn die Gesuchsteller glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt haben und die Verletzung geeignet ist, die Gesellschaft, ~~oder~~ die Aktionäre, die international anerkannten Menschenrechte der durch ihre Tätigkeiten betroffenen Menschen oder die Umwelt zu schädigen.

Damit das Recht auf Klageerhebung auf Kosten einer Gesellschaft in Fragen betreffend die Menschenrechte und die Umwelt anerkannt werden kann, bedarf es auch einer Anpassung von Art. 697k OR.

Vorschlag: Hinzufügung des folgenden Punkts: (unterstrichen)

Art. 697k Abs. 2

2 Das Gericht heisst das Gesuch gut, wenn:

a. die Gesuchsteller eine Verletzung von Gesetz oder Statuten und einen Schaden oder sonstigen finanziellen Nachteil der Gesellschaft, der Umwelt oder der international anerkannten Menschenrechte der von ihren Tätigkeiten betroffenen Menschen glaubhaft machen.

Fondation Ethos
Place Cornavin 2
Case postale
CH-1211 Genève 1
T +41 (0)22 716 15 55
F +41 (0)22 716 15 56
www.ethosfund.ch

Par e-mail : ehra@bj.admin.ch
Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Genève, le 12 mars 2015

Modernisation du droit de la société anonyme Prise de position de la Fondation Ethos

1. Résumé

La Fondation Ethos est globalement satisfaite de l'avant-projet soumis en consultation par le Conseil fédéral. La révision du code des obligations ainsi que de quelques autres actes qui est proposée améliore clairement la gouvernance d'entreprise des sociétés suisses.

Ethos salue en particulier :

- Les dispositions proposées dans le cadre de la mise en œuvre de l'initiative Minder, et notamment le fait que les modalités de vote prévoient que les rémunérations variables ne puissent pas être votées de manière prospective.
- Les diverses améliorations des règles en matière de gouvernement d'entreprise, notamment un renforcement des possibilités de restitution de prestations, la diminution des seuils pour ajouter un point à l'ordre du jour et pour convoquer une assemblée générale, de même que l'introduction d'un dividende additionnel pour les actionnaires représentés à l'assemblée générale.

Toutefois, Ethos est d'avis que plusieurs amendements et adjonctions devraient être apportés aux propositions prévues dans l'avant-projet (voir chapitre 2). Il s'agit en particulier de réduire les limites proposées pour la nouvelle notion de marge de fluctuation de capital et d'étendre les exigences de transparence aux entreprises actives dans le négoce des matières premières.

Par ailleurs, certains sujets ne sont pas abordés dans l'avant-projet de révision malgré qu'ils soient particulièrement importants en matière de règles de bonne gouvernance. Ethos souhaite par conséquent les ajouter au projet de révision qui sera présenté par le Conseil fédéral au

parlement (voir chapitre 3). En l'occurrence, Ethos propose notamment la suppression des actions au porteur, l'introduction d'un reporting extra financier, l'extension du devoir de diligence du conseil d'administration aux droits fondamentaux et à l'environnement, de même que la limitation de la portée de l'opting out dans la loi sur les bourses et le négoce des valeurs mobilières.

2. Points importants de l'avant-projet

2.1 Rapport entre rémunération fixe et globale (article 626 alinéa 2 chiffre 3 AP-CO)

Ethos est d'avis qu'il est important que les statuts prévoient une indication sur la part de la rémunération variable au sein de la rémunération globale. En pratique, cet indicateur est présenté sous la forme du rapport entre la rémunération variable et le salaire de base (c'est-à-dire la rémunération fixe moins les versements au titre de plan de retraite et les avantages en nature). En effet, on observe souvent que les sociétés définissent des rémunérations variables relativement très importantes, en argumentant que cela permet de baisser les frais fixes lorsque l'entreprise ne fait pas de bons résultats. Malheureusement, la part variable des rémunérations dépend souvent d'objectifs qui ont des effets pervers en conduisant les managers à prendre des décisions qui engendrent d'importants risques pour l'entreprise.

Il est donc important que la part variable de la rémunération ne puisse pas dépasser un certain multiple du salaire de base (et non de la rémunération fixe).

Ethos propose dès lors de reformuler le chiffre 3 pour tenir compte de la pratique actuelle des sociétés :

« le rapport maximal entre la rémunération variable et le salaire de base des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif pour chaque organe. »

2.2 Marge de fluctuation de capital (article 653s AP-CO)

L'introduction dans les statuts d'une marge de fluctuation de capital donne au conseil d'administration une flexibilité en matière d'augmentation et de réduction du capital, ce qui peut être vu de manière positive. Il n'est cependant pas souhaitable que cela permette au conseil d'administration de prendre des décisions ayant des répercussions majeures sur une société, sans que les actionnaires aient pu se prononcer.

L'ampleur de l'augmentation de capital doit donc être limitée. Au cas où cette limite serait insuffisante, il y aurait toujours la possibilité pour une société de convoquer une assemblée générale extraordinaire, afin de demander l'augmentation de capital souhaitée tout en expliquant clairement aux actionnaires pourquoi elle est nécessaire. Il est également utile de rappeler que la situation dans laquelle une société se trouve peut rapidement changer en

raison de facteurs externes et/ou internes. Les actionnaires ne peuvent donc pas s'engager pour une trop longue durée.

Pour éviter que la marge de fluctuation du capital ne se transforme en « chèque en blanc » trop important donné au conseil d'administration, Ethos est d'avis que le délai maximal pour utiliser la marge de fluctuation du capital ne doit pas excéder trois ans. Par ailleurs, le capital maximal ne devrait pas être supérieur à 120% et le capital de base inférieur à 80% du capital inscrit au registre du commerce.

En revanche, Ethos approuve pleinement que l'institution d'une marge de fluctuation de capital doive être approuvée par deux tiers des voix exprimées et la majorité des valeurs nominales (article 704 alinéa 1 chiffre 5 AP-CO).

2.3 Procès-verbal de l'assemblée générale (article 656d alinéa 2 AP-CO et article 702, alinéa 2 chiffre 3 AP-CO)

Ethos salue ces dispositions qui prévoient que le procès-verbal de l'assemblée générale soit mis à disposition avec indication de la répartition exacte des voix. Cette information est très importante pour les actionnaires et permet de mieux jauger le soutien apporté (ou non) aux propositions du conseil d'administration et/ou des actionnaires. Cela est d'autant plus important que dans la plupart des sociétés à actionnariat dispersé, les droits de vote de la majorité du capital sont exercés par le représentant indépendant, ce qui signifie que l'actionnaire lui-même n'est pas physiquement présent. Il est ainsi important pour l'actionnaire d'être informé rapidement des résultats des votes avec la répartition exacte des voix.

2.4 Dividende additionnel (article 661 alinéa 2 AP-CO)

Ethos est très satisfait de cette nouvelle disposition. En effet, c'est le seul moyen efficace pour lutter contre les « actions dispo », c'est-à-dire la partie du capital souvent très importante (entre un quart et la moitié du capital) dont les détenteurs refusent de s'inscrire au Registre des actions. Ces actionnaires non inscrits ne peuvent pas non plus voter à l'assemblée générale. La situation actuelle pose notamment les deux problèmes suivants :

- Le conseil d'administration ignore qui sont les détenteurs d'une partie significative du capital, malgré le fait que les actions soient nominatives.
- La participation à l'assemblée générale reste souvent inférieure à 60%, ce qui donne un poids disproportionné à des actionnaires qui veulent prendre le contrôle de la société avec une minorité du capital. Ces actionnaires sont souvent orientés à très court terme et agissent contre les intérêts à long terme de l'entreprise.

L'expérience (en Espagne notamment) a montré que le fait de verser un dividende additionnel aux actionnaires représentés à l'assemblée générale augmente fortement le taux de participation.

2.5 Réserve légale issue du bénéfice (article 672 alinéa 2 AP-CO)

Nous pensons qu'une erreur s'est glissée dans la version française de cette disposition :

« La réserve légale issue du bénéfice est alimentée jusqu'à ce qu'elle atteigne, avec la réserve légale issue du capital, la moitié [...]. »

2.6 Restitution de prestations (article 678 AP-CO et article 693 alinéa 3 chiffre 5 AP-CO)

Ethos est très satisfait de la nouvelle formulation de cet article. En particulier, il est très apprécié d'avoir supprimé le critère de disproportion avec la situation économique de l'entreprise. Par ailleurs, l'alinéa 5 donnant la possibilité à l'assemblée générale de décider si la société intente une action en restitution est également important.

Il est également très apprécié que la restitution de prestations fasse l'objet d'un vote proportionnel au capital et non pas du nombre d'actions (article 693 alinéa 3 chiffre 5).

2.7 Représentation de l'actionnaire (article 689b alinéa 1 AP-CO)

Cet alinéa est important. En effet, pour des raisons pratiques, de nombreux actionnaires souhaitent déléguer leurs droits sociaux. Dans ce cas, il est essentiel que chaque actionnaire puisse choisir librement son représentant pour exercer ses droits sociaux, en particulier ses droits de vote.

2.8 Représentation de l'actionnaire (article 689c alinéa 6 chiffre 2 AP-CO)

Il est nécessaire que les actionnaires aient la possibilité de communiquer leurs instructions séparément s'il s'agit d'une proposition non annoncée provenant du conseil d'administration, respectivement d'autres actionnaires. En effet, on peut imaginer que les actionnaires veuillent donner des instructions différentes dans les deux cas. Ethos propose donc d'ajouter au chiffre 2 :

« Les instructions doivent pouvoir être données séparément suivant si la proposition non annoncée provient du conseil d'administration ou d'autres actionnaires. »

2.9 Seuils pour agir en tant qu'actionnaire (article 699 alinéa 3 et article 699a alinéa 1 chiffre 1 AP-CO)

Ethos salue la diminution des seuils nécessaires pour convoquer une assemblée générale extraordinaire et pour mettre un point à l'ordre du jour. Cela va dans le sens d'une amélioration des droits de participation des actionnaires.

2.10 Assemblée générale (article 700 alinéa 1 et alinéa 3 AP-CO)

Il est très apprécié que le délai de convocation d'une assemblée générale soit porté de 20 à 30 jours. En effet, la plupart du temps la majorité des actions sont détenues par des actionnaires institutionnels qui votent par l'intermédiaire d'un représentant. Au vu de la complexité de plus en plus grande des sujets soumis à l'ordre du jour, il est important que ces actionnaires aient le temps de préparer leurs positions de vote.

Par ailleurs, afin que les actionnaires puissent voter de manière claire et non ambiguë, il est important que l'unité de matière de chaque point à l'ordre du jour soit respectée.

2.11 Forum électronique (article 701g AP-CO)

Afin de permettre une meilleure visibilité des règles de l'action de concert pour les actionnaires utilisant le forum électronique (rapport explicatif page 121), la Fondation Ethos estime qu'il serait utile d'ajouter un alinéa 6 qui précise :

« Les règles définies par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers en matière d'action de concert sont applicables à la participation au forum électronique. »

2.12 Devoir de diligence du conseil d'administration (article 717 AP-CO)

Ethos salue la nouvelle disposition sur le devoir de diligence du conseil d'administration dans la fixation des indemnités (alinéa 1bis).

Ethos demande d'ajouter un troisième alinéa qui précise que, pour les sociétés soumises au contrôle ordinaire, le devoir de diligence est étendu aux droits fondamentaux et à l'environnement (voir point 3.1.4).

2.13 Rapport de rémunération (article 734a alinéas 2 et 3 AP-CO)

Au niveau de la direction, Ethos salue que la transparence des indemnités soit prévue de manière individuelle comme cela est déjà le cas pour le conseil d'administration.

En revanche, à l'alinéa 2 chiffre 4, il est nécessaire de préciser que les titres de participation, les droits de conversion et les droits d'option doivent être indiqués à la valeur de marché. En effet, certaines sociétés publient la valeur fiscale des titres, ce qui contribue à induire en erreur.

2.14 Représentation des sexes (article 734e AP-CO)

La solution qui est proposée pour tenter de renforcer la présence des femmes au sein des directions et des conseils d'administration des sociétés est satisfaisante pour Ethos. Il faut préciser que la disposition prévue n'est qu'incitative, puisque les sociétés peuvent y déroger en appliquant le principe « *comply or explain* ».

2.15 Modalités de vote des rémunérations (article 735 alinéa 3 AP-CO)

Ethos est très satisfait du chiffre 4 qui prévoit que les rémunérations variables ne peuvent pas être votées de manière prospective. En effet, la rémunération variable est indissociable de la performance d'une entreprise. Par conséquent, il est seulement possible de se prononcer sur les rémunérations variables une fois les résultats connus, c'est-à-dire rétroactivement en fin de période.

2.16 Montant complémentaire (article 735a alinéa 1 AP-CO)

L'application de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb) a montré que beaucoup de sociétés prévoient un montant complémentaire en pourcentage du montant global prévu pour la rémunération de la direction. Cela conduit à prévoir des montants trop élevés qui pourraient conduire à verser des sommes importantes lors de l'engagement de nouveaux membres de la direction. Pour garder l'esprit de l'initiative Minder, qui vise à empêcher les rémunérations abusives, Ethos propose d'ajouter la phrase suivante à l'alinéa 1 :

« Le montant complémentaire doit être indiqué, pour chaque nouveau membre, soit sous la forme d'un montant précis selon la fonction, soit en pourcentage de la rémunération de la personne à remplacer ou de celle d'une fonction similaire lorsqu'il s'agit d'un nouveau poste. »

2.17 Transparence dans les entreprises de matières premières (articles 964a à 964e AP-CO)

Ethos est très favorable à assurer la transparence des paiements effectués par les entreprises de matières premières au profit de gouvernements.

2.18 Extension des exigences de transparence aux entreprises actives dans le négoce des matières premières (article 964f AP-CO)

La Suisse joue un rôle particulier dans le monde du négoce des matières premières au vu de l'importance des échanges effectués depuis son territoire. La Suisse ne devrait donc pas uniquement attendre une « procédure harmonisée à l'échelle internationale » pour assurer la transparence des entreprises actives dans le négoce de matières premières, mais prendre des mesures préventives.

Dans cet esprit, Ethos est d'avis que la transparence des paiements effectués par les entreprises actives dans le négoce des matières premières devrait être assurée de manière similaire à celle qui est exigée des entreprises de matières premières.

2.19 Obligation de vote pour les institutions de prévoyance (article 71a et 71b AP-LPP)

Ethos regrette l'obligation de faire un rapport détaillé uniquement en cas d'abstention ou de vote contraire au conseil d'administration prévue à l'article 71b alinéa 2. En effet, cette disposition pourrait inciter les institutions concernées à suivre les recommandations de vote du

conseil d'administration en vue d'éviter de devoir rédiger ce rapport détaillé. Cette conséquence n'est pas souhaitable, particulièrement dans le cadre de l'approbation de la rémunération du conseil d'administration et de la direction où le rôle de l'actionnaire est essentiel. Pour éviter cet effet pervers, il convient que l'obligation de reporting concerne l'ensemble des points soumis au vote.

Ethos souhaite également que l'obligation de vote soit étendue aux actions détenues indirectement, afin d'éviter que la loi puisse être contournée en aliénant ses actions directes au profit d'une détention indirecte par le biais d'un fonds de placement par exemple.

3. Propositions de modifications supplémentaires

3.1 Code des Obligations

3.1.1 Suppression des actions au porteur (article 622 CO)

Les actions au porteur posent un sérieux problème au niveau de la transparence de l'actionnariat. Le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (« GAFI ») aborde la question dans ses normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. En particulier, la Recommandation 24 prévoit que « les pays dans lesquels les personnes morales peuvent émettre des actions au porteur [...] devraient prendre des mesures efficaces pour s'assurer qu'elles ne sont pas détournées à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme. »

Les notes interprétatives de la Recommandation 24 précisent que les « pays devraient prendre des mesures pour prévenir l'utilisation abusive des actions au porteur et des bons de souscription d'actions au porteur, en appliquant par exemple un ou plusieurs des exemples suivants :

- (a) les interdire ;
- (b) les convertir en actions nominatives ou bons de souscription d'actions (par dématérialisation, par exemple) ;
- (c) les immobiliser en exigeant qu'elles soient détenues auprès d'une institution financière ou d'un intermédiaire professionnel réglementé ; ou
- (d) imposer aux actionnaires détenant une participation de contrôle de le notifier à la société et à la société d'enregistrer leur identité. »

Ethos est d'avis que le projet de modernisation du droit de la société anonyme devrait tenir compte de la problématique formulée par le GAFI. En l'occurrence, Ethos propose de supprimer les actions au porteur et d'adapter en conséquence l'article 622 CO.

3.1.2 Actions à droit de vote privilégié (article 693 alinéa 2 CO)

En principe, l'existence d'actions à droit de vote privilégié ne correspond pas à une bonne pratique en matière de gouvernement d'entreprise, car cela remet en cause le principe de l'égalité de traitement entre actionnaires. Toutefois, Ethos est conscient que les actions à droit de vote privilégié permettent à un actionnaire de contrôle (par exemple un actionnaire familial) de garder le contrôle d'une société avec une minorité du capital seulement. Dans certains cas, cela permet de protéger la société face à des offres publiques d'acquisition hostiles provenant d'actionnaires opportunistes qui ne sont intéressés que par une plus-value à court terme.

Pour garder un bon équilibre entre les principes d'égalité de traitement entre actionnaires et la protection contre des investisseurs opportunistes, Ethos propose de réduire le rapport maximal entre la valeur nominale des différentes catégories d'actions. La modification suivante de l'article 693 alinéa 2 est proposée :

« [...] La valeur nominale des autres actions ne peut être plus de deux fois supérieure à celle des actions à droit de vote privilégié. »

3.1.3 Rapport extra financier (nouvel article 716c AP-CO)

Il est reconnu que les activités d'une société présentent des enjeux et des risques non seulement au niveau financier, mais également en matière environnementale et sociale. Il est devenu usuel qu'une entreprise communique également au niveau extra financier en ce qui concerne sa responsabilité environnementale et sociale.

Dans cet esprit, Ethos propose d'ajouter l'article 716c suivant :

¹ *Dans les sociétés soumises au contrôle ordinaire au sens de l'article 727 alinéa 1, le conseil d'administration établit un rapport annuel extra financier qui présente les principaux risques, les politiques, les objectifs et les résultats obtenus en matière de responsabilité environnementale et sociale.*

² *Le rapport extra financier doit indiquer :*

- 1. Les principaux risques identifiés en matière environnementale et sociale en relation avec les opérations de la société et comment la société gère ces risques.*
- 2. Une description des politiques de diligence et des objectifs fixés en matière environnementale et sociale.*
- 3. Les résultats obtenus par l'application de ces politiques.*

3.1.4 Devoir de diligence du conseil d'administration (article 717 AP-CO)

Ethos salue la nouvelle disposition sur le devoir de diligence du conseil d'administration et des personnes chargées de la gestion dans la fixation des indemnités (alinéa 1bis).

Ethos demande d'ajouter un troisième alinéa qui précise que, pour les sociétés soumises au contrôle ordinaire, le devoir de diligence est étendu aux droits fondamentaux et à l'environnement. L'adjonction suivante est proposée :

« Dans les sociétés soumises au contrôle ordinaire au sens de l'article 727 alinéa 1, ils font preuve de toute la diligence nécessaire et prennent les mesures raisonnables afin que la société, les sociétés qu'elle contrôle ainsi que les sous-traitants et les fournisseurs, respectent les droits fondamentaux et l'environnement des personnes touchées par leurs actes. »

3.1.5 Cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de la direction générale (article 717a AP-CO)

Ethos considère que la séparation des fonctions de président du conseil d'administration et de la direction générale est nécessaire pour assurer l'équilibre des pouvoirs au sein de la société. Elle permet de renforcer la capacité du conseil d'administration à prendre des décisions en toute indépendance et à surveiller la gestion effectuée par la direction générale. Le cumul par une même personne des fonctions de président du conseil d'administration et de président de la direction générale ne doit par conséquent pas être autorisé. Il s'agit donc de généraliser une telle règle qui est déjà valable dans les banques et les compagnies d'assurance. Ethos propose l'introduction d'un quatrième alinéa au nouvel article 717a consacré aux conflits d'intérêts :

« Le cumul de la fonction de président du conseil d'administration et de la direction générale est interdit. »

3.1.6 Organe de révision (article 727 AP-CO)

Afin d'augmenter l'indépendance des organes de révision, le Parlement européen et le Conseil européen ont introduit l'obligation de rotation du réviseur pour les entités d'intérêt public. Ethos estime que l'indépendance du réviseur externe est primordiale pour les sociétés visées par l'article 727 alinéa 1, chiffre 1 CO. Dès lors, l'alinéa 1^{bis} suivant devrait être ajouté à l'article 727 CO.

« Les sociétés visées au chiffre 1 de l'alinéa 1 sont tenues de changer d'organe de révision tous les vingt ans au moins. »

3.1.7 Honoraires des membres du conseil d'administration (article 735c, nouvel alinéa 4 CO)

L'une des attributions principales des membres du conseil d'administration est d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion. Pour assurer de manière

indépendante cette surveillance, il est indispensable que les membres du conseil d'administration ne bénéficient pas des mêmes types de rémunération que les membres de la direction. En particulier, les honoraires des membres du conseil d'administration ne doivent pas varier en fonction de la performance de la société.

En l'occurrence, les administrateurs non exécutifs devraient recevoir uniquement une rémunération fixe, répartie en espèces et en un montant converti en actions bloquées pendant plusieurs années. A cet effet, Ethos propose d'ajouter un quatrième alinéa à l'article 735c CO :

« Les membres non exécutifs du conseil d'administration ne peuvent pas recevoir de rémunération variable. »

3.2 Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM)

3.2.1 Opting out (article 22 alinéa 3 LBVM)

En principe, un actionnaire qui dépasse le seuil de 33.3% des droits de vote d'une société doit présenter une offre d'achat pour tous les autres titres cotés de la société. L'obligation de devoir faire une offre a pour objectif de protéger les actionnaires minoritaires de l'apparition d'un nouvel actionnaire important en leur laissant l'opportunité de revendre leurs titres au prix offert par l'acquéreur.

Toutefois, la LBVM permet de prévoir dans les statuts de l'entreprise la possibilité de relever le seuil pour ne devoir présenter une offre qu'à partir de 49% (opting up) ou de supprimer entièrement cette obligation (opting out). Dans ce cas, les actionnaires minoritaires ne sont plus protégés lorsque l'actionnaire majoritaire décide de vendre ses parts à un nouvel investisseur.

L'opting out a deux buts essentiels :

- a) Eviter que l'actionnaire de contrôle actuel (souvent un actionnaire familial) ne doive faire une offre sur tout le capital lorsqu'il franchit lui-même le seuil des 33.3%. En effet, on peut imaginer qu'un actionnaire qui possède plus d'un tiers des droits de vote franchisse le seuil à la baisse (suite à une augmentation de capital par exemple), puis décide de remonter à sa participation initiale. Dans ce cas, il est compréhensible qu'il ne doive pas faire une offre sur tout le capital.
- b) Permettre à l'actionnaire de contrôle de recevoir une prime lorsqu'il vend son paquet d'actions, puisque le nouvel actionnaire pourra détenir plus du tiers des droits de vote sans devoir faire d'offre à tous les actionnaires. Le récent cas de la société Sika est la parfaite illustration du préjudice important qui peut être porté aux actionnaires minoritaires.

Pour éviter à l'avenir que la clause d'opting out ne prétérite les actionnaires minoritaires, mais qu'elle continue cependant à protéger l'actionnaire de contrôle lors de ses propres franchissements de seuil, Ethos propose la modification suivante de l'article 22 alinéa 2 LBVM :

« [...] les sociétés peuvent prévoir dans leurs statuts qu'un actionnaire particulier (ou un groupe d'actionnaires) n'est pas tenu de présenter une offre publique d'acquisition conformément aux articles 32 et 52. »

Ainsi, l'actionnaire de contrôle peut continuer à bénéficier de la clause d'opting out, mais les actionnaires minoritaires sont protégés en cas de changement d'actionnaire. Il convient de préciser que l'exemption est liée à l'actionnaire direct ou indirect de la société. En effet, si un actionnaire de contrôle détient sa participation dans la société par le biais d'une autre société, la vente des participations dans cette autre société ne saurait maintenir la validité de la clause statutaire.

3.3 Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)

3.3.1 Exercice des droits de vote

Les droits de vote ont une valeur essentielle pour un actionnaire. Dans le cas d'un investisseur institutionnel, l'exercice de ses droits relève par conséquent d'une obligation fiduciaire des responsables envers les bénéficiaires des fonds institutionnels. Ce point de vue a été défendu dans le cadre de l'initiative Minder pour les institutions de prévoyance soumises à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

Ethos est d'avis que les articles 71a et 71b de l'avant-projet de la LPP relatifs à l'exercice des droits de vote par les institutions de prévoyance doivent s'appliquer de manière similaire pour les autres assurances sociales, en particulier pour l'assurance vieillesse et survivants, l'assurance-invalidité, l'assurance-chômage et l'assurance-accidents.

Dès lors, il convient de transposer ces deux articles dans la LPGA afin d'étendre leur application.

Dominique Biedermann
Directeur

Vincent Kaufmann
Directeur adjoint



Association suisse pour les droits de la femme
Schweizerischer Verband für Frauenrechte

ASSOCIATION SUISSE POUR LES DROITS DE LA FEMME

Présidence 2015 : Association vaudoise pour les droits de la femme

Révision du code des obligations (droit de la société anonyme)

Prise de position de notre association dans la Procédure de consultation

Extrait du nouveau Plan d'action de la Suisse (chapitre G, p 63) :

MESURES A PRENDRE

La 2^e mesure dit ceci : *«imposer des objectifs (quotas) de femmes aux positions de pouvoir et de décision dans le secteur public ainsi que dans les directions et conseils d'administration des entreprises»*.

Le comité de notre association a pris acte avec satisfaction de la parution du nouveau plan d'action de la Suisse EGALITE ENTRE FEMMES ET HOMMES, et il souhaite que nos autorités marquent leur volonté de prendre les mesures nécessaires pour atteindre dans un avenir pas trop lointain l'égalité garantie par notre Constitution.

C'est la raison pour laquelle **nous soutenons fermement la prise de position de la Commission fédérale pour les questions féminines,**

pour le comité :

Martine Gagnebin, présidente

La Tour-de-Peilz, le 14.03.2015

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

13. März 2015

Stellungnahme der Swiss Private Equity & Corporate Finance Association ("SECA") zur Aktienrechtsreform

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 28. November 2014 hat der Bundesrat den Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision samt erläuterndem Bericht in die Vernehmlassung geschickt und interessierte Kreise zur Stellungnahme eingeladen. Die Aktienrechtsrevision betrifft die Interessen der von der SECA vertretenen Mitglieder in einem zentralen Bereich. Daher nimmt die SECA gerne die Gelegenheit zur Stellungnahme wahr.

Die SECA repräsentiert die schweizerische Private Equity, Venture Capital und Corporate Finance Branche, ist mit über 300 Mitgliedern der bedeutendste Schweizer Verband im Private Equity und Venture Capital Bereich und setzt sich seit ihrem Bestehen unter anderem auch für:

- die Anliegen von Startups, Jungunternehmen und Risikokapitalgebern;
- die Förderung der beruflichen Fortbildung, die Entwicklung von ethischen Verhaltensregeln und deren Umsetzung im Bereich Venture Capital und Private Equity; sowie
- generell für ein innovations- und investitionsfreundliches regulatorisches Umfeld in der Schweiz ein.¹

S•E•C•A
Grafenauweg 10
Postfach 4332
CH-6304 Zug

P +41 41 757 67 77
F +41 41 757 67 00
E info@seca.ch
www.seca.ch

Chairman
Bernd Pfister (President)

General Secretary
Maurice Pedernana (Lead)
Andrea Villiger (Secretary)
Patrick Bucher (Events)
Marianne Zutter (Romandie)

SECA Chapters:

Seed Money & VC
Jean-Philippe Tripet (Lead)
Diego Braguglia*
Ulrich Geilinger
Peter Letter
Florian Schweitzer
Christian Wenger

Private Equity
Björn Böckenförde (Lead)
Cédric Bruix*
Rolf Friedli
Rolf Lanz
Roberto Paganoni
Karl Spielberger

Legal & Tax
Hannes Glaus (Lead)
Jacques Bonvin*
Christian Koller
Beat Kühni
Dieter Wirth

Corporate Finance
Beat Unternährer (Lead)
Gian-Reto Conrad
Marek Franke
Jean-François Lagassé*

Comité Romand (*)
Pierre Kladny (Lead)

Communication & Media
Martin Meier-Pfister (Lead)
Marie-Hélène Hancock*

SECA Workgroups:

Young SECA
Cédric Vollmar (Lead)
Alan Frei

Private Equity Real Estate
John Davidson (Lead)

Research & Statistics
Maurice Pedernana (Lead)
Thomas Heimann

Member Services:

Professional networking
Website information
Weekly eNewsletter
Events & Conferences
Research & Statistics
Publications / Yearbook
Lobbying

¹ Weitere Informationen zur SECA finden Sie auf unserer Website (<http://www.seca.ch/>).

1. Gesamtwürdigung des Vorentwurfs für Schweizer Startups und Jungunternehmen

Die Bedeutung einer leistungsfähigen Wirtschaft mit hohem Innovations- und Wertschöpfungspotential für eine Volkswirtschaft wie die Schweiz mit hohen absoluten Produktionskosten ist breit anerkannt. Ebenso breit anerkannt ist die Bedeutung einer Bildungs- und Hochschulpolitik, welche (u.a. auch) die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsstandorts Schweiz sicherstellt und fördert. Der Bundesrat und das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO erachten Innovation denn auch zu Recht als Grundlage des Wohlstandes der Schweiz, welche mit ihrer ausgeprägten Exportwirtschaft von Innovation lebt.²

Während die Schweiz weltweit als kompetitivstes Land in Sachen Wettbewerbskraft³ und Innovation gilt⁴ und gemessen an der Grösse der Volkswirtschaft im internationalen Vergleich durch reife und etablierte Unternehmen – auch im Technologie-, Entwicklungs- und Forschungsbereich – regelmässig Spitzenplätze in Sachen Wettbewerbsfähigkeit und Innovationskraft erreicht, präsentiert sich die Lage für Schweizer Startups und Jungunternehmen im Innovationsbereich weit weniger vorteilhaft:

Trotz sehr hohen Bildungs- und Forschungsinvestitionen und zahlreichen wichtigen und begrüssenswerten – allerdings unverändert wenig koordinierten – Initiativen zur direkten oder indirekten Startup- und Jungunternehmensförderung durch die öffentliche Hand ebenso wie durch private Trägerschaften und Unternehmen⁵ haben Risikokapitalinvestitionen insbesondere in den frühen, späteren und Wachstumsphasen (sog. Seed, Startup, Later Stage und Growth) von Startups und Jungunternehmen in den vergangenen zehn Jahren nicht nur stagniert, sondern sind seit 2007 dramatisch um etwa zwei Drittel regelrecht eingebrochen.⁶ Die Schweiz liegt damit bei Risikokapitalinvestitionen in den frühen Unternehmensphasen weit hinter anderen Ländern Europas zurück. Frühphaseninvestitionen in der Schweiz liegen sogar unter dem europäischen Durchschnitt.⁷

² Siehe den vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements EVD (SECO) verfassten Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate Fässler (10.3076) und Noser (11.3429, 11.3430, 11.3431), "Risikokapital in der Schweiz" vom Juni 2012 (nachfolgend "**Bundesratsbericht Risikokapital**"), S. 12. (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/27392.pdf>).

³ Global Competitiveness Report 2014-2015 des World Economic Forum (WEF): Die Schweiz liegt auf Rang 1 von 144 einbezogenen Ländern (<http://www.weforum.org/reports/global-competitiveness-report-2014-2015>).

⁴ Europäische Kommission: Innovation Union Scoreboard 2014 (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/innovation/policy/innovation-scoreboard/index_en.htm).

⁵ Nebst KMU bezogenen Initiativen und Förderprogrammen des Bundes sind auch die kantonalen Wirtschaftsförderungen, regionalen Wirtschaftskammern, Clusterorganisationen, Gründerzentren, die SECA, platinn, CTI Invest, Business Angels Schweiz und viele mehr zu nennen (vgl. die Übersicht zu privaten Initiativen im Anhang II. des Bundesratsberichts Risikokapital).

⁶ Siehe etwa: Bundesratsbericht Risikokapital, S. 24; SECA Yearbooks 2013 und 2014; EVCA Yearbooks 2013 und 2014.

⁷ Statt vieler: KTI Tätigkeitsbericht 2011, S. 51. Die Situation hat sich seither nicht verbessert, sondern akzentuiert, indem Venture Capital bzw. Private Equity Investitionen in sehr bedeutendem Umfang sich weitestge-

Dies hat primär strukturelle Gründe und ist im internationalen Vergleich und insbesondere gemessen an der Wettbewerbsfähigkeit und Innovationskraft der Schweizer Volkswirtschaft alarmierend. Die Schweiz droht gegenüber den Ländern mit den höchsten Frühphaseninvestitionen (Seed, Startup, Later Stage und Growth) im Risikokapitalbereich – so insbesondere gegenüber den USA, Israel, Schweden, England, Kanada, Norwegen, Finnland, Dänemark und Deutschland – zunehmend den Anschluss zu verlieren⁸. Im Unterschied zu diesen Ländern, hat sich in der Schweiz erst ein Bewusstsein für die Bedeutung von Risikokapital als alternative Frühphasenfinanzierungsform entwickelt, aber noch keine eigentliche "Risikokapitalkultur" etabliert.

Dies ist sehr beunruhigend und bedarf aus Sicht der SECA dringend der Korrektur, weil einerseits die Volkswirtschaft Schweiz damit hohes Wertschöpfungspotential mindestens leichtfertig, wenn nicht gar grobfahrlässig, vergibt und weil andererseits alle wesentlichen Voraussetzungen⁹ für eine prosperierende Startup- und Jungunternehmerkultur in der Schweiz eigentlich in geradezu idealtypischer Weise vorhanden wären.

Der Gründe für das Verharren von Frühphasenrisikokapitalinvestitionen in Schweizer Startups und Jungunternehmen auf vergleichsweise bedenklich tiefem Niveau sind viele – und Abhilfe wird nicht mit einzelnen isolierten Massnahmen, sondern nur mit einer fokussierten, konsequenten, koordinierten und breit angelegten Politik der gezielten Förderung von Rahmenbedingungen gelingen, welche den Bedürfnissen von Startups und Jungunternehmen im Innovationsbereich ebenso wie von Risikokapitalinvestoren vermehrt Rechnung trägt.

Eine der naheliegenden Gelegenheiten, Startups und Jungunternehmen zu verbesserten Rahmenbedingungen zu verhelfen, präsentiert sich der Schweiz mit der vorliegenden Aktienrechtsrevision. Die Analyse des Vorentwurfs (VE-OR) und des erläuternden Berichts des Bundesrates (EB) zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) fällt aus Sicht der SECA aber ernüchternd aus:

- Zwar beinhaltet der Vorentwurf verschiedene begrüssenswerte Erleichterungen, Flexibilisierungen und Modernisierungen des Aktienrechts, von denen generell alle Aktiengesellschaften – und damit auch die in dieser Rechtsform organisierten Startups und Jungunternehmen – profitieren werden.
- Der Vorentwurf beinhaltet aber konzeptionell keine einzige, spezifisch für Startups oder Jungunternehmen vorgeschlagene Anpassung des geltenden Aktienrechts.

hend auf die späteren und risikoärmeren Unternehmensphasen, insbesondere Buyout Investments, beschränken (vgl. auch SECA Yearbook 2014; EVCA Yearbook 2014).

⁸ Vgl. bspw. OECD Scoreboard on SME and Entrepreneurship Financing Data and Policies 2014 (<http://www.oecd.org/cfe/financing-smes-and-entrepreneurs-23065265.htm>).

⁹ Wie beispielsweise hohes Bildungsniveau, führende Forschungsabteilungen der Schweizer Hochschulen und Universitäten, führende Unternehmen im Bereich Life Sciences & Technologie, leistungsfähige Finanzdienstleistungsindustrie, hohe Wettbewerbsfähigkeit und Innovationskraft.

- Schlimmer noch, der Vorentwurf akzentuiert durch Abschaffung der Teilliberierung die problematische Frühphasenfinanzierung und führt bei Kapitalverlust – für Startups und Jungunternehmen aus offenkundigen Gründen zwangsläufig notorische Wegbeleiter in den ohnehin fragilen Anfangsjahren ihrer Existenz vor Erreichen der Gewinnschwelle – höchst problematische zusätzliche und erweiterte Pflichten ein, welche für diese jungen Unternehmen im Ergebnis existenzbedrohend sein werden.

Der Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision fällt damit für Startups und Jungunternehmen im Innovationsbereich – trotz diverser begrüssenswerter Erleichterungen und Flexibilisierungen – insgesamt enttäuschend aus und bedarf dringend der nachfolgend vorgeschlagenen Anpassungen.

Als Mindestziel sind dabei unnötige zusätzliche administrative Erschwerungen für Startups und Jungunternehmen konsequent zu vermeiden¹⁰ und es ist zu fordern, dass massvolle Erleichterungen in den für Startups und Jungunternehmen besonders wesentlichen Bereichen (wie insbesondere beim unvermeidlichen Kapitalverlust in den Anfangsjahren vor Erreichen der Gewinnschwelle) unter Wahrung von zentralen Bestimmungen des Kapital- und Gläubigerschutzes in die Aktienrechtsreform aufzunehmen sind.

2. Erforderliche Korrekturen der Aktienrechtsrevision

a) Festhalten an der Teilliberierung

Gemäss Vorentwurf soll bei der Gründung bzw. Kapitalerhöhung für jede Aktie neu eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet werden müssen (Vollliberierung; vgl. Art. 632 VE-OR). Die bisher mögliche Teilliberierung gemäss Art. 632 OR (mindestens 20% bzw. CHF 50'000) soll künftig nicht mehr möglich sein. Dies begründet der Bundesrat damit, dass aktuell nur eine kleine Minderheit die Möglichkeit der Teilliberierung nutze und mit der GmbH eine der AG in vielen Bereichen ähnliche Kapitalgesellschaft zur Verfügung stehe, welche bereits mit CHF 20'000 gegründet werden könne (EB S. 21).

Die SECA verwirft die neu vorgeschlagene zwingende Vollliberierung und fordert das Festhalten an der heutigen Lösung der Teilliberierung gemäss Art. 632 OR aus folgenden Gründen:

- **Bewährte Praxis:** Die heutige Regelung der Teilliberierung hat sich in der Praxis bewährt und zu keinen nennenswerten Problemen geführt, welche eine gesetzgeberische Korrektur erfordern würden.

¹⁰ Der Bundesrat und das SECO anerkennen zu Recht, dass administrative Hürden gerade für junge Unternehmen besonders belastend sind (siehe Bundesratsbericht Risikokapital, S. 13).

- **Wenig heisst nicht unwichtig:** Die Tatsache, dass die Teilliberierung bisher nur von einer Minderheit von Aktiengesellschaften genutzt wird, bedeutet nicht, dass die Teilliberierung für diese Minderheit nicht bedeutend wäre.
- **Hohe Hürden für Startups / GmbH keine Alternative:** Dies gilt insbesondere für Startups und Jungunternehmen, für die die Kapitalaufbringung unverändert eine oft prohibitiv hohe Hürde darstellt. Mit der Abschaffung der Möglichkeit der Teilliberierung wird für sie dieses Problem zusätzlich akzentuiert. Und im Unterschied zu klassischen Neugründungen von typischen KMUs im gewerblichen Bereich stellt die GmbH für Startups und Jungunternehmen im Innovationsbereich gerade keine valable Alternative dar (Stichworte: volle Kapitalallokation in hohe Forschungs- und Entwicklungskosten; kaum operative Erträge vor Marktreife der zu entwickelnden Produkte oder Dienstleistungen; deutlich unter Markt liegende Saläre auch für leitende Mitarbeiter; Notwendigkeit von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen, für welche die GmbH aufgrund der hohen Mindestnennwerte der Stammanteile und des Fehlens von bedingtem Aktienkapital keine praxis-taugliche Lösung anbietet; keine Möglichkeit zur automatischen Wandlung von für Startups wesentlichen Aktionärsdarlehen, Mezzanine-Finanzierungen oder ähnlichen Fremdkapitalfinanzierungsformen durch Fehlen von bedingtem Stammkapital).
- **Keine Gefährdung des Gläubigerschutzes:** Gläubigerinteressen sind mit der bewährten Teilliberierung gerade nicht tangiert; die Aktionäre bleiben gemäss geltendem Recht zur Nachliberierung des nicht liberierten Aktienkapitals verpflichtet.

Die im Erläuterungsbericht zum Vorentwurf aufgeführten Gründe zur Abschaffung der Teilliberierung sind mithin für Startups und Jungunternehmen weder einschlägig noch sachdienlich. Die Abschaffung der Teilliberierung wird dementsprechend von der SECA abgelehnt.

Schliesslich ist in jedem Fall die Möglichkeit eines aufgeschobenen Agio beizubehalten (was durch die Verwendung des Wortes "Ausgabebetrag" in Art. 632 VE-OR, welcher auch ein allfälliges Agio beinhaltet, nicht mehr der Fall wäre).

b) Sonderregelung für Jungunternehmen bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung

Gemäss Vorentwurf sollen die bisherigen Vorschriften betreffend den Kapitalverlust und die Überschuldung der Aktiengesellschaft umfassend revidiert werden (EB S. 138-143). Zusätzliche Indikatoren wirtschaftlicher Schwierigkeiten (sog. Frühwarnsysteme) und der graduelle Einbezug externer Stellen sollen bewirken, dass der Verwaltungsrat früher als bisher Sanierungsmassnahmen vornimmt.

Die SECA anerkennt grundsätzlich die Wünschbarkeit der vorausschauenden Berücksichtigung der Liquidität der Gesellschaft ebenso wie die massvolle Vorverschiebung der Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit. Beides erscheint in der Sache für die Mehrzahl der Aktiengesellschaften in der Schweiz nachvollziehbar, zweckmässig und angemessen.

Die SECA kritisiert aber nachdrücklich, dass der Vorentwurf die verschärften Bestimmungen undifferenziert auf alle Aktiengesellschaften – und damit auch auf Startups und Jungunternehmen im Innovationsbereich – gleichermassen angewandt wissen will.

Auf die im gesamteuropäischen Vergleich unterdurchschnittliche Verfügbarkeit von Frühphasenrisikokapital in der Schweiz ist bereits verwiesen worden¹¹. Die auch vom Bundesrat anerkannten "Funding Gap"¹² für Frühfinanzierungen führt im Ergebnis für Startups und Jungunternehmen im Innovationsbereich zwangsläufig zu dünnen Minimalkapitalausstattungen in den entscheidenden Anfangsjahren ihrer Existenz. Gleichzeitig sind Kapitalverluste für solche forschungs- und entwicklungsintensiven Jungunternehmen aus offensichtlichen Gründen regelmässig unvermeidbar, solange sie die Gewinnschwelle noch nicht erreicht haben. Die Vorverschiebung des neu vorgesehenen "Frühwarnsystems" (mit aktuellem Liquiditätsplan und umfassender vorausschauenden Beurteilungspflicht der wirtschaftlichen Lage für 12 Monate gemäss Art. 725 ff. VE-OR) wird für Startups und Jungunternehmen deshalb im Ergebnis zwangsläufig existenzbedrohende Wirkungen haben. Dies kann vom Gesetzgeber nicht einfach hingenommen werden. Vielmehr regt die SECA folgende Anpassungen an:

- **Erfahrungen zu Art. 958a OR:** Die bisherigen Erfahrungen mit den revidierten Grundsätzen der Rechnungslegungsvorschriften und insbesondere mit Art. 958a Abs. 2 OR¹³ für Startups und Jungunternehmen im Innovationsbereich sind dramatisch und bedürfen dringend der Kurskorrektur durch den Gesetzgeber, wenn es diesem mit der Förderung dieses vielversprechenden Bereichs von Jungunternehmen ernst ist.
- **Wahlrecht für Startups:** Neu gegründete Aktiengesellschaften sind deshalb für die ersten 5 Jahre seit ihrer Gründung von (1) der vorausschauenden Beurteilung ihrer Zahlungsunfähigkeit und der umfassenden Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft für die nächsten 12 Monate gemäss Art. 725 Abs. 1 VE-OR ebenso wie von Art. 958a Abs. 2 OR, (2) der Erstellungspflicht eines Liquiditätsplans gemäss Art. 725 VE-OR, (3) der Prüfungspflicht des Liquiditätsplans durch einen zugelassenen Revisor gemäss Art. 725 Abs. 3 und 5 VE-OR und von (4) Art. 725a Abs. 1 Ziff. 2 und 3 und Art. 725a Abs. 2 VE-OR auszunehmen (**Ausnahmen**), falls die Aktiengesellschaft in ihren Gründungsstatuten für diese Ausnahmen optiert (einmalige Wahloption).
- **Transparenz:** Diese Ausnahmen-Optierung hat aus Transparenzgründen auch aus dem Handelsregistrauszug der betreffenden Gesellschaft hervorzugehen.
- **Sanierungsmassnahmen bei Kapitalverlust:** Gleichzeitig ist der Verwaltungsrat von optierenden Aktiengesellschaften – analog dem geltenden Recht im Falle eines hälftigen Kapitalverlusts – bei qualifiziertem Kapitalverlust (neu ein Drittel der Summe aus Aktienkapi-

¹¹ Siehe 1. oben.

¹² Bundesratsbericht Risikokapital, S. 46.

¹³ Startups im Innovationsbereich haben – im Unterschied zu KMUs im gewerblichen Bereich oder zu reiferen Gesellschaften – in der Regel in ihren Anfangsjahren weder auf der Ertrags- noch auf der Aufwandseite der Erfolgsrechnung gross Handlungsspielraum für andere Sanierungsmöglichkeiten (Erträge gibt es bis zur Marktreife der Produkte oder Dienstleistungen noch nicht; die Aufwandseite ist durch den erforderlichen Entwicklungsaufwand ebenfalls weitgehend gesetzt).

tal, gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve) gemäss Art. 725a Abs. 1 Ziff. 1 VE-OR in Verbindung mit Art. 725 Abs. 4 VE-OR zur unverzüglichen Einberufung der Generalversammlung und zur Beantragung von Sanierungsmassnahmen zu verpflichten. Es ist zudem klarzustellen, dass für optierende Aktiengesellschaften (werthaltige) Finanzierungszusicherungen aller Art (neben Kapitalerhöhungen auch gegebenenfalls subordinierte Fremdfinanzierungen, Wandeldarlehen, etc.) als Sanierungsmassnahmen gelten¹⁴.

- **Aufwertung von Entwicklungskosten:** Schliesslich ist zu prüfen, ob neu gegründeten Aktiengesellschaften für die ersten 5 Jahre seit ihrer Gründung (zusätzlich zur Möglichkeit der Auflösung von stillen Zwangsreserven durch Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen gemäss Art. 725c VE-OR) auch die Aufwertung von bisher nicht aktivierten Entwicklungskosten und Eigenleistungen für selbst geschaffene immaterielle Vermögenswerte bis höchstens zur Höhe ihres wirtschaftlichen Nutzens zu erlauben sei. Dies unter folgenden, kumulativen Voraussetzungen: (1) nur Entwicklungskosten (d.h. Aktivierungsverbot für Grundlagenforschung oder angewandte Forschung); (2) Erfüllung von Aktivierungskriterien für immaterielle Vermögenswerte analog Swiss GAAP FER 10 / IAS 38.57; (3) gesonderte Ausweisung des Aufwertungsbetrages unter der gesetzlichen Gewinnreserve als Aufwertungsreserve (analog der Aufwertungsreserve für Grundstücke und Beteiligungen); (4) absolute Dividenden- bzw. Ausschüttungssperre.

Die von der SECA vorgeschlagenen Sonderregelungen für Jungunternehmen sind mithin zeitlich beschränkt, ändern nichts an der Verantwortlichkeit der handelnden Organe, orientieren sich hinsichtlich der Aufwertung von immateriellen Vermögenswerten an Konzepten für immaterielle Vermögenswerte analog Swiss GAAP FER 2014/2015¹⁵, dem deutschen Handelsgesetzbuch¹⁶, dem Financial Reporting Standard for Smaller Entities (2015) des UK Financial Reporting Council¹⁷ bzw. IFRS¹⁸ im Rahmen der Erstbewertung immaterieller Vermögenswerte und werden aus Sicht der SECA insgesamt eine massvolle Entlastung von den ansonsten für Startups und Jungunternehmen existenzbedrohenden Verschärfungen der Bestimmungen bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung gemäss Vorentwurf bewirken, ohne die Kapital- und Gläubigerschutzbestimmungen des Aktienrechts wesentlich einzuschränken.

Die vorgeschlagene Aufwertung von immateriellen Vermögenswerten ist für optierende Aktiengesellschaften (Startups und Jungunternehmen) schon aus systematischen Gründen zuzulassen, weil diese schon unter geltendem Recht als Aufwertung von Beteiligungen

¹⁴ Die Bestimmung zwingt Startups und Jungunternehmen im entwicklungsintensiven Innovationsbereich vor Erreichen der Gewinnschwelle in der Praxis oft bereits ab dem Tag ihrer Gründung in eine Bewertung zu Veräusserungswerten und zur Bildung von Rückstellungen für die mit der möglichen Einstellung der Geschäftstätigkeit verbundenen Aufwendungen.

¹⁵ Swiss GAAP FER 10.

¹⁶ §§ 247 Abs. 2, 248, 255 Abs. 2a und § 268 Abs. 8 HGB.

¹⁷ Insbesondere 6.3 – 6.10 FRS for SEs.

¹⁸ IAS 38 (insbes. IAS 38.8, 38. 57, 38.63 und 38.66).

dann möglich ist, wenn die betreffenden immateriellen Vermögenswerte in eine Tochtergesellschaft eingebracht werden. Startups und Jungunternehmen aber in doppelte Gründungs- und Administrierungskosten für zwei Gesellschaften zu "zwingen", nur um auf diesem kostspieligen Umweg dasselbe Ergebnis zu erlauben, kann nicht den vernünftigen Intentionen des Gesetzgebers entsprechen.

Die Aufwertung wird schliesslich zu erfolgswirksamen Abschreibungen führen, welche Startups zudem die Verrechnung mit Steuerverlustvorträgen innerhalb der Maximaldauer von sieben Jahren erlauben, die ansonsten für Startups aufgrund der oft jahrelangen Dauer bis zum Erreichen der Gewinnschwelle ungenutzt verloren gehen.

c) Zulassung von persönlichen Rechten und Pflichten für Aktionäre von Startups und Jungunternehmen

Im Unterschied zu vielen anderen Rechtsordnungen¹⁹, erlaubt das Schweizer Aktienrecht mit Ausnahme der Liberierungsverpflichtung keine weiteren Verpflichtungen von Aktionären. Die SECA ist sich bewusst, dass diese Konzeption einen zentralen Eckpfeiler des Schweizer Aktienrechts darstellt. Die SECA will dies denn auch nicht grundsätzlich in Frage stellen, weist aber darauf hin, dass:

- die Umsetzung von weltweit üblichen Vertragsbestimmungen für Risikokapitalinvestitionen in der Schweiz im Unterschied zu vielen anderen Rechtsordnungen nur über ein ausserordentlich aufwändiges – und damit im internationalen Vergleich kostspieliges – Zusammenspiel von Aktionärsbindungsvertrag, Statuten, Organisationsreglement und Investitionsvertrag möglich ist;²⁰
- die Umlegung von international etablierten Standards für Risikokapitalinvestitionen mit hin aufgrund der diesbezüglichen Starrheit des Aktienrechts in der Schweiz deutlich aufwändiger und damit teurer als in vielen anderen Ländern ist, was mit Sicherheit einer der Gründe für den eklatanten "Funding Gap" bei Frührendeninvestitionen in der Schweiz im internationalen Vergleich darstellt;
- hier dringend Abhilfe geschaffen werden müsste, falls die Schweiz hier gleich lange Spiesse für Schweizer Startups und Jungunternehmen schaffen will;
- diese Abhilfe sich mit wenig Aufwand durch gezielte und limitierte Durchbrechung der vorerwähnten Starrheit des Aktienrechts mittels Zulassung von stärker personenbezogenen Rechten und Pflichten in den Statuten einer neu zu schaffenden Unterkategorie von Aktiengesellschaften (analog der Stärkung von personenbezogenen Elementen anlässlich

¹⁹ Insbesondere, aber nicht nur, die Rechtsordnungen angelsächsischer Ausrichtung.

²⁰ Anschaulich wird dies bei der Durchsicht der von der SECA entwickelten und für Startups kostenlos zur Verfügung gestellten Musterdokumentation (<http://www.seca.ch/Templates/Templates/VC-Model-Dokumentation.aspx>) bestehend aus Term Sheet, Investment Agreement, Shareholders Agreement, Articles of Association und Board Regulations).

der letzten GmbH Revision) erreichen liesse, ohne dass damit die Rechtsstellung der Aktionäre aller anderen Aktiengesellschaften tangiert wären; und

- sich der schweizerische Gesetzgeber dabei vor Augen halten sollte, dass diesbezüglich flexiblere ausländische Rechtsordnungen zu keinen zusätzlichen Problemen oder Missständen in der Praxis führen, sondern innerhalb der beteiligten Aktionäre, d.h. Gründer, Management, sog. FFF's ("Family Fools & Friends") und Finanzinvestoren, breite Anerkennung und Verwendung finden.

Eine dahingehende Flexibilisierung des Schweizer Aktienrechts würde die Umlegung von internationalen Standards für Risikokapitalinvestitionen durch wesentlich kürzere und entschlackte Vertragsdokumentationen zu erheblich tieferen Transaktionskosten erlauben und damit einen der Gründe für den diagnostizierten "Funding Gap" bei Frührendeninvestitionen wesentlich entschärfen. Die SECA regt deshalb nachdrücklich an, die Zulassung von stärker personenbezogenen Rechten und Pflichten in den Statuten einer neu zu schaffenden Unterkategorie von Aktiengesellschaften im Rahmen des laufenden Revisionsvorhabens des Aktienrechts zu prüfen und umzusetzen.

3. Wünschbare Korrekturen der Aktienrechtsrevision

Zusätzlich zu den aus Sicht der SECA zwingend erforderlichen Korrekturen gemäss 2. vorstehend, regt die SECA mit Blick auf die Interessenslage von Startups und Jungunternehmen folgende Korrekturen gegenüber dem Vorentwurf an:

- **Keine Befristung des Kapitalbandes** (Art. 653s ff. VE-OR): Aus Sicht der SECA gibt es keine überzeugenden Gründe, von Gesetzes wegen das neu eingeführte Kapitalband auf maximal 5 Jahre zu befristen. Dieses ist vielmehr unbefristet zuzulassen (selbstverständlich muss eine statutarische Befristung möglich sein, falls dies die Generalversammlung beschliesst).
- **Kapitalband für alle Aktiengesellschaften** (Art. 653s Abs. 1 VE-OR): Die Möglichkeit zur Einführung eines Kapitalbandes ist unabhängig von der Frage, ob die betreffende Gesellschaft der vollen Revision, einer eingeschränkten Revision oder keiner Revision unterliegt, allen Aktiengesellschaften einzuräumen. Andernfalls wäre dieses ansonsten sehr begrüssenswerte neue Instrument für Startups und Jungunternehmen im Ergebnis ein Non-Valeur.
- **Streichung der Frist zur Eintragung des Kapitalbandes** (Art. 653s Abs. 6 VE-OR): Die vorgeschlagene Verwirkungsfrist von 30 Tagen für die Anmeldung zur Eintragung des Ermächtigungsbeschlusses ist sachlich nicht erforderlich, in der Umsetzung von Ermächtigungsbeschlüssen in einem Transaktionskontext (wie bei Risikokapitalrunden von Startups) ein Hindernis und ist deshalb zu streichen. Selbstverständlich ist es der Generalversammlung unbenommen, dem Verwaltungsrat eine solche Verwirkungsfrist im Ermächtigungsbeschluss aufzuerlegen, falls dies der Generalversammlung im Einzelfall als erfor-

derlich oder wünschbar erscheint. Von einer gesetzlichen Verwirkungsfrist ist aber abzu-
sehen.

- **Sacheinlage:** Die SECA bedauert, dass die Aktienrechtsrevision nicht auch analoge Erleichterungen bei Sacheinlagegründungen aufnimmt, wie sie in der EU in Art. 10 Abs. 4 und Art. 11 der EU-Kapitalrichtlinie 2013/30/EU bestehen. Die SECA regt an, hier im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Aktienrechts gleich lange Spiesse zu schaffen.
- **Ausschüttungsvoraussetzungen für Kapital- und Gewinnreserven** (Art. 671 ff. VE-OR): Die SECA bedauert die gemäss Vorentwurf vorgeschlagene Verschärfung der heutigen Agio-Ausschüttungspraxis (neu soll die Bestätigung der Gesetzes- und Statutenkonformität für die Ausschüttung von Kapitalreserven nicht mehr genügen, sondern es muss für Kapital- und Gewinnreserven ein Prüfungsbericht vorliegen, der bestätigt, dass keine Gläubigergefährdung und keine begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit in den nächsten 12 Monaten vorliegt). Die SECA schlägt vor, für Ausschüttungen von Kapitalreserven und Gewinnreserven (Letztere stellen im Übrigen keine "Rückzahlungen" dar, wie der Wortlaut von Art. 671 Abs. 3 VE-OR und Art. 672 Abs. 2 VE-OR suggeriert) die heutige Agio-Praxis zu kodifizieren.
- **Streichung der statutarischen Grundlage von Zwischendividenden** (Art. 675a VE-OR): Aus Sicht der SECA ist das Erfordernis einer statutarischen Grundlage für Zwischendividenden entbehrlich und demnach zu streichen.
- **Auskunftsbegehren und Informationen über Vergütungen an der Generalversammlung** (Art. 697 VE-OR): Die Stärkung von Aktionärsrechten im Sinne der Corporate Governance auch bei nicht börsenkotierten Unternehmen ist im Grundsatz nachvollziehbar. Die Regelung von Art. 697 Abs. 4 VE-OR knüpft hingegen an den Mindestinhalt der Informationen des Vergütungsberichts einer börsenkotierten Gesellschaft (gemäss Art. 734a – 734c VE-OR) an und geht damit für nicht börsenkotierte Gesellschaften deutlich zu weit. Abs. 4 von Art. 697 VE-OR ist deshalb entweder ganz zu streichen oder hinsichtlich der Mindestinformationspflichten über die Vergütungen, Darlehen und Kredite wesentlich zu entschärfen.

Die vorliegende Stellungnahme der SECA zum Vorentwurf des Aktienrechts konzentriert sich primär auf die für Startups, Jungunternehmen und Risikokapitalgeber wesentlichen Bestimmungen der Aktienrechtsrevision. Da allerdings in- und ausländische Risikokapitalgeber die Standortattraktivität der Schweiz auch massgeblich aufgrund der Attraktivität des regulatorischen Gesamtumfelds beurteilen, sei hier immerhin der Hinweis erlaubt, dass:

- die im Vorentwurf enthaltenen Verschärfungen der vergütungsbezogenen Bestimmungen, insoweit als sie über Art. 95 Abs. 3 BV bzw. über die geltende Vergütungsverordnung (VegüV) hinausgehen (keine prospektive Abstimmung über "say on pay"; Verbot von Konkurrenzverboten über 12 Monate hinaus; Verbot von Provisionen für Umstrukturierungen und interne Transaktionen; Streichung des subjektiven Tatbestandsmerkmals "wider besseres Wissen" in Art. 154 VE-StGB); und

- an sich verständliche, aber dem europäischen und angelsächsischen Umfeld vorausseilende Regelungen aufgrund gesellschaftspolitischer Forderungen (wie die Geschlechterquote i.S. des "comply or explain" auf Stufe Verwaltungsrat und Geschäftsleitung),

die relative Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz auch für Neuansiedelungen von Startups und Jungunternehmen aus Sicht von internationalen Risikokapitalgebern mit Bestimmtheit nicht erhöhen werden. Die SECA regt deshalb an, in diesen Bereichen Augenmass zu halten und für einmal von einem vielleicht wünschbaren, aber überschüssenden "Swiss Finish" abzusehen.

4. Von der SECA unterstützte Änderungen des Aktienrechts

Mit Ausnahme der erforderlichen und wünschbaren Korrekturen zum Vorentwurf, beurteilt die SECA die gemäss Vorentwurf vorgesehenen Änderungen des Aktienrechts insgesamt als überwiegend positiv und unterstützt ausdrücklich die folgenden, im Vorentwurf enthaltenen Liberalisierungen, Vereinfachungen und Modernisierungen:

- **Aktienkapital in fremder Währung** (Art. 621 Abs. 2 und 3 VE-OR): Die SECA begrüsst die damit geschaffene Kohärenz der kapitalbezogenen Bestimmungen des Aktienrechts mit dem neuen Rechnungslegungsrecht, welches die Buchführung und Rechnungslegung in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen, fremden Währung bereits zulässt (vgl. Art. 957a Abs. 4, Art. 958d Abs. 3 OR). Der Wegfall der bisher erforderlichen Umrechnung für alle kapitalbezogenen Aspekte nach geltendem Recht ist für Unternehmen mit Bedarf nach einer Fremdwährung als Funktionswährung positiv.
- **Senkung des Mindestnennwerts** (Art. 622 Abs. 4 VE-OR): Die Ermöglichung eines weiteren Aktiensplitting bringt weitere Flexibilität und ist gutzuheissen.
- **Abschaffung der (beabsichtigten) Sachübernahme**: Dies stellt eine wesentliche Erleichterung in der Praxis dar und wird dazu führen, dass sich verschiedene, komplexe Abgrenzungsfragen unter dem geltenden Recht ohne wesentliche Einbussen beim Kapital- und Gläubigerschutz erübrigen. Letzterer Aspekt wird mit den Rechtsbehelfen der Kapitalerhaltungsvorschriften, der gestärkten Rückerstattungsklage sowie den Verantwortlichkeitsbestimmungen erreicht.
- **Verrechnungslibrierung** (Art. 634a VE-OR): Die neuformulierte Bestimmung zur Verrechnungslibrierung entspricht weitgehend der Kodifizierung der bestehenden Praxis, räumt dabei aber verbleibende Restunsicherheiten unter geltendem Recht aus und ist deshalb zu begrüßen.
- **Kapitaländerungen** (Art. 650 ff. VE-OR): Die Neuordnung der bisher nur fragmentarisch geregelten Kapitalherabsetzung ebenso wie die Einführung des Kapitalbandes ist positiv zu bewerten; insbesondere das Kapitalband wird dem Verwaltungsrat bei entsprechender Ermächtigung durch die Generalversammlung eine gegenüber dem geltenden Recht deut-

lich erhöhte Flexibilität geben. Dies wird auch für Kapitalrunden von Startups und Jungunternehmen im Innovationsbereich zu wesentlichen Vereinfachungen führen.

- **Reserven** (Art. 671 ff. VE-OR): Die Aufgliederung der gesetzlichen Reserven in Kapitalreserven und Gewinnreserven stellt eine wünschenswerte Angleichung an das Rechnungslegungsrecht dar.
- **Zulässigkeit der Zwischendividende** (Art. 675a VE-OR): Die SECA begrüsst die Zulässigkeit von Zwischendividenden für Ausschüttungen aus Gewinnen des laufenden Geschäftsjahres.
- **Stärkung der Rückerstattungsklage** (Art. 687 f. VE-OR): Die SECA anerkennt schliesslich den Bedarf zur Stärkung der Rückerstattungsklage als sachgerechtes Korrektiv für vorgesehene Erleichterungen des Vorentwurfs.

Die SECA dankt Ihnen für die Prüfung ihrer Anregungen und ersucht Sie eindringlich, die angeregten Anpassungen zum Vorentwurf der Aktienrechtsrevision zugunsten von Startups und Jungunternehmen im Innovationsbereich – und damit letztlich zugunsten der Stärkung und zukunftssträchtigen Ausrichtung des Wirtschaftsstandorts Schweiz – beim Revisionsvorhaben zu berücksichtigen.

Wir stehen bei Fragen selbstverständlich sehr gerne zur Verfügung.

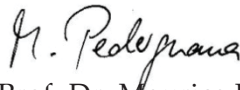
Mit freundlichen Grüssen

SECA

Swiss Private Equity & Corporate Finance Association



Dr. Bernd Pfister
SECA Chairman



Prof. Dr. Maurice Pedernana
SECA Geschäftsführer



BPW SWITZERLAND
Business & Professional Women

BPW Switzerland, Schönbühlstrasse 10, 8032 Zürich

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister EHRA
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Mail an ehra@bj.admin.ch

Zürich, 24. März 2015

Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht). Stellungnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens, namentlich zum neu vorgeschlagenen Artikel 734e OR

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Bundesrat hat am 28. November 2014 einen Vorentwurf über die Revision des Aktienrechts in die Vernehmlassung gegeben. Der Vorentwurf verfolgt in erster Linie das Ziel, die sog. Minder-Initiative umzusetzen, die „Abzocker-Verordnung“ in das formelle Recht überzuführen und die Corporate Governance zu verbessern. Zusätzlich enthält die Vorlage ein paar weitere Revisionspunkte.

Business and Professional Women (BPW) bilden eines der grössten und ältesten Berufsnetzwerke für Frauen – schweiz- und weltweit. Der Verband vertritt die Interessen von berufstätigen Frauen auf vielfältige Weise und agiert dabei über die verschiedenen Branchen, Parteien und Religionen hinweg. Er hat seit über 80 Jahren das Ziel, dass Frauen gleichberechtigt und gleichwertig in Führungs- und Machtpositionen vertreten sind. BPW Switzerland setzt sich namentlich aktiv für Lohngleichheit und für Frauenquoten in börsenkotierten Firmen ein (<http://bpw.ch/argumentarium-frauenquoten>).

Wir konzentrieren uns in unserer Stellungnahme zum Vorentwurf auf den neu vorgeschlagenen Artikel 734e OR zur Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung.

Frauen sind heute gut ausgebildet und motiviert, sie sind in Leitungsgremien namentlich der Wirtschaft aber massiv untervertreten; sie stossen nach wie vor an die gläserne Decke. Das hat nach unserer Erfahrung nicht damit zu tun, dass Frauen offenbar aktiv ermuntert werden müssten, sich entsprechend zu engagieren – es würde oft schon reichen, sie überhaupt wahrzunehmen und dabei als vollwertig wahrzunehmen.



Die aktuelle Situation befremdet umso mehr, als sich erwiesen hat, dass gemischte Teams eine bessere Performance erreichen (vgl. zum Ganzen auch die Erläuterungen des Bundesrates unter Ziffer 3.3.4). Die Schweizer Wirtschaft, die sich im globalen Konkurrenzkampf bewähren muss und letztlich jede Möglichkeit zur besseren Effizienz, für eine bessere Performance, für Innovationen wahrnimmt – und auch wahr nehmen muss – hält es auch heute nicht für nötig, die hochqualifizierten und hoch motivierten Frauen mit ins Boot zu holen. Offenbar übersteuern diesbezüglich andere – sachfremde – Kriterien die Kompetitivität.

Grundsatzbemerkung

Vorab halten wir fest, dass eine Verbesserung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern sehr zu begrüßen ist. Die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter in Gesellschaft und Arbeit ist ja seit 1981 auch ein expliziter Verfassungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 BV). Der Auftrag richtet sich zudem an den Gesetzgeber, und in diesem Sinne ist es nur folgerichtig, wenn eine entsprechende Regelung auf der Stufe des formellen Gesetzes statuiert wird (vgl. auch Art. 35 BV). Die Schweiz hat zudem verschiedene internationale Regelwerke unterzeichnet und ratifiziert, die die Diskriminierung explizit verbieten (namentlich EMRK, CEDAW).

Wir begrüßen ausdrücklich, dass der Gesetzgeber die Wirtschaft vermehrt in die Pflicht nehmen soll. Das gilt umso mehr, als sich immer deutlicher abzeichnet, dass für die Beseitigung noch bestehender Diskriminierungen von Frauen freiwillige und private Massnahmen nicht ergriffen werden oder viel zu zaghaft sind und jedenfalls nicht ausreichen werden, um eine tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu erreichen. Wir verweisen hier namentlich auf den gescheiterten Lohngleichheitsdialog. Der Gesetzgeber sieht sich demnach in der Pflicht, die verfassungsmässig garantierten Ansprüche verbindlicher zu statuieren und auch durchzusetzen. Auch der Bundesrat erkennt diesbezüglich Handlungsbedarf (vgl. Erläuterungen zu Art. 734e, Seite 152 oben).

Die neu vorgeschlagene Regelung geht demnach in die richtige Richtung, sie bleibt nach unserem Dafürhalten aber auf halbem Weg stehen. Die Kritik im Detail:

Festschreibung eines starren Satzes von (nur) 30 Prozent (Art. 734e Einleitungssatz)

Der Vorentwurf statuiert eine Begründungspflicht, wenn nicht je mindestens 30 Prozent Frauen und Männer im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung vertreten sind.

Es ist eine Tatsache, dass Frauen und Männer je die Hälfte der Bevölkerung, also je rund 50 Prozent, ausmachen. Eine tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in Leitungsgremien von Firmen würde bedeuten, dass sie paritätisch vertreten sind. Auch der Bundesrat sieht langfristig das Ziel in einer entsprechenden Parität (vgl. die Erläuterungen unter Ziff. 3.3.4). Eine Gleichstellung würde mit einer Vorgabe von mindestens 30 Prozent – was bekanntlich ja nicht einmal einem Drittel entspricht – letztlich nicht erreicht. Es ist vielmehr zu befürchten, dass die 30 Prozent nicht das Minimum, sondern gleichzeitig auch das Maximum wären. Die immer wieder ins Feld geführte Ausrede, dass sich gar nicht genügend qualifizierte Frauen für Leitungsgremien fänden, ist nach unserer Erfahrung eine reine Schutzbehauptung (vgl. dazu bereits oben).



Der Gesetzgeber sollte unseres Erachtens die grundsätzliche Parität in Leitungsgremien explizit und auf Stufe formelles Gesetz statuieren. Gleichzeitig könnte er für die „Übergangszeit“ ein stufenweises Vorgehen vorsehen. Die konkret vorgeschlagenen 30 Prozent würden damit quasi die erste „Sofortmassnahmen“ der nächsten Jahre auf dem Weg zu einer paritätischen Vertretung von Frauen und Männern in Leitungsgremien, weitere Abstufungen in zeitlicher und / oder quantitativer Hinsicht könnten an den Bundesrat delegiert werden.

Wir schlagen demnach vor, explizit die Parität ins Gesetz aufzunehmen und dem Bundesrat für die Konkretisierung die Kompetenz zu erteilen, den Fahrplan und die Stufen (Prozente) periodisch festzulegen.

Minimaler Geltungsbereich (Art. 734e Einleitungssatz)

Die Verpflichtung zur Erklärung der Gründe für die Untervertretung und die Angabe der vorgesehen Massnahmen zur Herstellung eines besseren Gleichgewichts betreffen nur die Gesellschaften von einer gewissen Grösse und damit eine kleine Minderheit von Firmen. Wir sind uns bewusst, dass nicht jede KMU ihr Leitungsgremium paritätisch besetzen kann – das soll sie auch nicht tun müssen. Es stellt sich nach unserem Dafürhalten indessen schon die Frage, warum die Latte so hoch gelegt werden soll und für Firmen, die die Schwellenwerte gemäss Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 OR nicht erreichen, keinerlei Vorgaben gemacht werden. Wenn denn schon nur eine Rechenschaftspflicht (ohne Sanktionen) vorgesehen werden soll, dann wäre die auch für Firmen geringerer Grösse möglich.

Völlig offene Fördermassnahmen (Art. 734e Ziff. 2)

Es ist sicher richtig, den Gesellschaften keine konkreten Vorgaben auf formellgesetzlicher Stufe zu machen, wie sie vorzugehen haben im Hinblick auf eine paritätische Vertretung beider Geschlechter in den Leitungsgremien.

Welche Massnahmen aber möglich, sinnvoll oder nötig sein könnten, darüber schweigt sich die Vorlage aus. Es wäre zumindest zu erwarten, dass in den Materialien Beispiele angeführt werden: mögliche Massnahmen, mögliche Anlaufstellen etc. Ansonsten werden wieder Schutzbehauptungen vorgebracht werden, dass keine Frauen zu finden seien, die genügend kompetent und willens wären etc. etc. BPW Switzerland haben bei den Mitgliedern eine Umfrage gemacht, und es hat sich gezeigt, dass zahlreiche, hochqualifizierte Frauen interessiert und bereit wären, sich in Leitungsgremien von Firmen aktiv einzubringen. Die eine oder andere dürfte sogar kompetent genug sein...

Eine Gesellschaft, die Jahr für Jahr keine Fortschritte zu verzeichnen hat und / oder die keine, unsinnigen oder offensichtlich untaugliche Massnahmen angibt, sollte ab einem gewissen Zeitpunkt in die Pflicht genommen werden können. Zu den fehlenden Sanktionen vgl. unten.

Wir schlagen vor, mögliche Fördermassnahmen mindestens in den Materialien (Botschaft) ausführlicher darzustellen. Gleichermassen ist darzulegen, welche Konsequenzen es hat, wenn keine sinnvollen Massnahmen ergriffen werden.



Fehlende Sanktionen

Die Rechenschaftspflicht führt nur – aber immerhin – zu Transparenz. Eine Gesellschaft, die weder gute Gründe für die Unausgewogenheit noch Massnahmen für die Verbesserung plausibel angeben kann, hat gemäss dem Vorentwurf keinerlei Sanktionen zu gewärtigen. Es bleibt jeder einzelnen Person überlassen, sich den Vergütungsbericht zu organisieren, sich über die Situation zu orientieren, ihre eigenen Schlüsse zu ziehen und allenfalls ihr Marktverhalten entsprechend anzupassen und beispielsweise mit einer anderen Firma Geschäfte zu machen. So dies denn auf Grund der Grösse und Bedeutung der Gesellschaft auf dem Markt überhaupt möglich ist.

Wir sind uns bewusst, dass das Fehlen von griffigen Sanktionen mit der Mehrheitsfähigkeit der Vorlage zu tun haben dürfte – lieber einen kleinen Schritt machen als gar keinen. Es stellt sich aber doch die Frage, ob für betroffene Gesellschaft damit ein genügender Anreiz vorhanden ist, ihr Verhalten überhaupt anzupassen. Damit stellt sich auch die Frage, ob die vorgesehenen Vorgaben von Artikel 734e OR überhaupt Sinn machen können – was ist eine Regelung letztlich wert, deren Nichtbeachtung völlig folgenlos bleibt?

Wir schlagen vor, in einem nächsten Schritt mögliche Sanktionen zu diskutieren. Zumindest in den Materialien (Botschaft) ist anzugeben, welche Möglichkeiten bestehen könnten.

Evaluation der Regelungen

Die neue Regelung, wie sie denn im Detail auch immer aussieht, sollte Wirkung zeitigen. Wir schlagen vor, dass Artikel 734e OR zu gegebener Zeit evaluiert wird und anschliessend entsprechende, gegebenenfalls verbindlichere Regelungen ins Auge gefasst werden (vgl. auch Art. 170 BV).

Wir schlagen vor, zumindest in den Materialien darauf hinzuweisen, dass im Falle der nicht genügenden Wirkung einer neuen Regelung weitere, verbindlichere Regelungen vorgeschlagen werden müssten, um dem Verfassungsauftrag von Artikel 8 BV Genüge zu tun.

Zusammenfassend halten wir fest, dass ein zaghafter Schritt in die richtige Richtung unternommen worden ist. Wir sind uns bewusst, dass der Bundesrat damit auch der Mehrheitsfähigkeit der Vorlage Rechnung tragen will. Es gilt aber auch zu bedenken, dass der Anspruch der Frauen auf Nichtdiskriminierung und auf Gleichberechtigung ein expliziter ist, und zwar auf Verfassungsstufe. Politischer und rechtlicher Druck sind dementsprechend in der Tat notwendig und angebracht. Dieser Aspekt kann und soll noch ausdrücklicher in den Vordergrund rücken.

Die Feministischen Juristinnen Ostschweiz fjo schlagen in ihrer Stellungnahme vom 19. Februar 2015 eine adäquatere Regelung vor (Ziff. 3 der Stellungnahme fjo). Wir unterstützen diesen Vorschlag.



BPW SWITZERLAND
Business & Professional Women

Wichtig erscheint uns, dass nun konkrete Schritte gemacht werden im Hinblick auf die Gleichstellung von Frauen und Männern und dass eine entsprechende Regelung sich nicht bereits im Entwurf ans Parlament nirgends mehr findet.

Gleichzeitig versichern wir Ihnen, dass BPW sich nach wie vor und konkret für die Verbesserung der auch tatsächlichen Gleichstellung der Frauen in Familie, Ausbildung, Erwerbsleben einsetzen werden. Gerne bieten wir auch Unterstützung, wenn es darum geht, mögliche Massnahmen zu formulieren, mögliche Kandidatinnen zu eruieren etc.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen und Vorschläge danken wir Ihnen bereits heute.

Mit den besten Grüssen

BPW Switzerland

Monique Ryser
Zentralpräsidentin



BPW SWITZERLAND
Business & Professional Women

BPW Switzerland, Schönbühlstrasse 10, 8032 Zürich

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister EHRA
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Mail an ehra@bj.admin.ch

Zürich, 13. März 2015

Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht). Stellungnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens, namentlich zum neu vorgeschlagenen Artikel 734e OR

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Bundesrat hat am 28. November 2014 einen Vorentwurf über die Revision des Aktienrechts in die Vernehmlassung gegeben. Der Vorentwurf verfolgt in erster Linie das Ziel, die sog. Minder-Initiative umzusetzen, die „Abzocker-Verordnung“ in das formelle Recht überzuführen und die Corporate Governance zu verbessern. Zusätzlich enthält die Vorlage ein paar weitere Revisionspunkte.

Business and Professional Women (BPW) bilden eines der grössten und ältesten Berufsnetzwerke für Frauen – schweiz- und weltweit. Der Verband vertritt die Interessen von berufstätigen Frauen auf vielfältige Weise und agiert dabei über die verschiedenen Branchen, Parteien und Religionen hinweg. Er hat seit über 80 Jahren das Ziel, dass Frauen gleichberechtigt und gleichwertig in Führungs- und Machtpositionen vertreten sind. BPW Switzerland setzt sich namentlich aktiv für Lohngleichheit und für Frauenquoten in börsenkotierten Firmen ein (<http://bpw.ch/argumentarium-frauenquota>).

Wir konzentrieren uns in unserer Stellungnahme zum Vorentwurf auf den neu vorgeschlagenen Artikel 734e OR zur Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung.

Frauen sind heute gut ausgebildet und motiviert, sie sind in Leitungsgremien namentlich der Wirtschaft aber massiv untervertreten; sie stossen nach wie vor an die gläserne Decke. Das hat nach unserer Erfahrung nicht damit zu tun, dass Frauen offenbar aktiv ermuntert werden müssten, sich entsprechend zu engagieren – es würde oft schon reichen, sie überhaupt wahrzunehmen und dabei als vollwertig wahrzunehmen.



Die aktuelle Situation befremdet umso mehr, als sich erwiesen hat, dass gemischte Teams eine bessere Performance erreichen (vgl. zum Ganzen auch die Erläuterungen des Bundesrates unter Ziffer 3.3.4). Die Schweizer Wirtschaft, die sich im globalen Konkurrenzkampf bewähren muss und letztlich jede Möglichkeit zur besseren Effizienz, für eine bessere Performance, für Innovationen wahrnimmt – und auch wahr nehmen muss – hält es auch heute nicht für nötig, die hochqualifizierten und hoch motivierten Frauen mit ins Boot zu holen. Offenbar übersteuern diesbezüglich andere – sachfremde – Kriterien die Kompetitivität.

Grundsatzbemerkung

Vorab halten wir fest, dass eine Verbesserung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern sehr zu begrüßen ist. Die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter in Gesellschaft und Arbeit ist ja seit 1981 auch ein expliziter Verfassungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 BV). Der Auftrag richtet sich zudem an den Gesetzgeber, und in diesem Sinne ist es nur folgerichtig, wenn eine entsprechende Regelung auf der Stufe des formellen Gesetzes statuiert wird (vgl. auch Art. 35 BV). Die Schweiz hat zudem verschiedene internationale Regelwerke unterzeichnet und ratifiziert, die die Diskriminierung explizit verbieten (namentlich EMRK, CEDAW).

Wir begrüßen ausdrücklich, dass der Gesetzgeber die Wirtschaft vermehrt in die Pflicht nehmen soll. Das gilt umso mehr, als sich immer deutlicher abzeichnet, dass für die Beseitigung noch bestehender Diskriminierungen von Frauen freiwillige und private Massnahmen nicht ergriffen werden oder viel zu zaghaft sind und jedenfalls nicht ausreichen werden, um eine tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu erreichen. Wir verweisen hier namentlich auf den gescheiterten Lohngleichheitsdialog. Der Gesetzgeber sieht sich demnach in der Pflicht, die verfassungsmässig garantierten Ansprüche verbindlicher zu statuieren und auch durchzusetzen. Auch der Bundesrat erkennt diesbezüglich Handlungsbedarf (vgl. Erläuterungen zu Art. 734e, Seite 152 oben).

Die neu vorgeschlagene Regelung geht demnach in die richtige Richtung, sie bleibt nach unserem Dafürhalten aber auf halbem Weg stehen. Die Kritik im Detail:

Festschreibung eines starren Satzes von (nur) 30 Prozent (Art. 734e Einleitungssatz)

Der Vorentwurf statuiert eine Begründungspflicht, wenn nicht je mindestens 30 Prozent Frauen und Männer im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung vertreten sind.

Es ist eine Tatsache, dass Frauen und Männer je die Hälfte der Bevölkerung, also je rund 50 Prozent, ausmachen. Eine tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in Leitungsgremien von Firmen würde bedeuten, dass sie paritätisch vertreten sind. Auch der Bundesrat sieht langfristig das Ziel in einer entsprechenden Parität (vgl. die Erläuterungen unter Ziff. 3.3.4). Eine Gleichstellung würde mit einer Vorgabe von mindestens 30 Prozent – was bekanntlich ja nicht einmal einem Drittel entspricht – letztlich nicht erreicht. Es ist vielmehr zu befürchten, dass die 30 Prozent nicht das Minimum, sondern gleichzeitig auch das Maximum wären. Die immer wieder ins Feld geführte Ausrede, dass sich gar nicht genügend qualifizierte Frauen für Leitungsgremien fänden, ist nach unserer Erfahrung eine reine Schutzbehauptung (vgl. dazu bereits oben).



Der Gesetzgeber sollte unseres Erachtens die grundsätzliche Parität in Leitungsgremien explizit und auf Stufe formelles Gesetz statuieren. Gleichzeitig könnte er für die „Übergangszeit“ ein stufenweises Vorgehen vorsehen. Die konkret vorgeschlagenen 30 Prozent würden damit quasi die erste „Sofortmassnahmen“ der nächsten Jahre auf dem Weg zu einer paritätischen Vertretung von Frauen und Männern in Leitungsgremien, weitere Abstufungen in zeitlicher und / oder quantitativer Hinsicht könnten an den Bundesrat delegiert werden.

Wir schlagen demnach vor, explizit die Parität ins Gesetz aufzunehmen und dem Bundesrat für die Konkretisierung die Kompetenz zu erteilen, den Fahrplan und die Stufen (Prozente) periodisch festzulegen.

Minimaler Geltungsbereich (Art. 734e Einleitungssatz)

Die Verpflichtung zur Erklärung der Gründe für die Untervertretung und die Angabe der vorgesehenen Massnahmen zur Herstellung eines besseren Gleichgewichts betreffen nur die Gesellschaften von einer gewissen Grösse und damit eine kleine Minderheit von Firmen. Wir sind uns bewusst, dass nicht jede KMU ihr Leitungsgremium paritätisch besetzen kann – das soll sie auch nicht tun müssen. Es stellt sich nach unserem Dafürhalten indessen schon die Frage, warum die Latte so hoch gelegt werden soll und für Firmen, die die Schwellenwerte gemäss Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 OR nicht erreichen, keinerlei Vorgaben gemacht werden. Wenn denn schon nur eine Rechenschaftspflicht (ohne Sanktionen) vorgesehen werden soll, dann wäre die auch für Firmen geringerer Grösse möglich.

Völlig offene Fördermassnahmen (Art. 734e Ziff. 2)

Es ist sicher richtig, den Gesellschaften keine konkreten Vorgaben auf formellgesetzlicher Stufe zu machen, wie sie vorzugehen haben im Hinblick auf eine paritätische Vertretung bei der Geschlechter in den Leitungsgremien.

Welche Massnahmen aber möglich, sinnvoll oder nötig sein könnten, darüber schweigt sich die Vorlage aus. Es wäre zumindest zu erwarten, dass in den Materialien Beispiele angeführt werden: mögliche Massnahmen, mögliche Anlaufstellen etc. Ansonsten werden wieder Schutzbehauptungen vorgebracht werden, dass keine Frauen zu finden seien, die genügend kompetent und willens wären etc. etc. BPW Switzerland haben bei den Mitgliedern eine Umfrage gemacht, und es hat sich gezeigt, dass zahlreiche, hochqualifizierte Frauen interessiert und bereit wären, sich in Leitungsgremien von Firmen aktiv einzubringen. Die eine oder andere dürfte sogar kompetent genug sein...

Eine Gesellschaft, die Jahr für Jahr keine Fortschritte zu verzeichnen hat und / oder die keine, unsinnigen oder offensichtlich untaugliche Massnahmen angibt, sollte ab einem gewissen Zeitpunkt in die Pflicht genommen werden können. Zu den fehlenden Sanktionen vgl. unten.

Wir schlagen vor, mögliche Fördermassnahmen mindestens in den Materialien (Botschaft) ausführlicher darzustellen. Gleichermassen ist darzulegen, welche Konsequenzen es hat, wenn keine sinnvollen Massnahmen ergriffen werden.



Fehlende Sanktionen

Die Rechenschaftspflicht führt nur – aber immerhin – zu Transparenz. Eine Gesellschaft, die weder gute Gründe für die Unausgewogenheit noch Massnahmen für die Verbesserung plausibel angeben kann, hat gemäss dem Vorentwurf keinerlei Sanktionen zu gewärtigen. Es bleibt jeder einzelnen Person überlassen, sich den Vergütungsbericht zu organisieren, sich über die Situation zu orientieren, ihre eigenen Schlüsse zu ziehen und allenfalls ihr Marktverhalten entsprechend anzupassen und beispielsweise mit einer anderen Firma Geschäfte zu machen. So dies denn auf Grund der Grösse und Bedeutung der Gesellschaft auf dem Markt überhaupt möglich ist.

Wir sind uns bewusst, dass das Fehlen von griffigen Sanktionen mit der Mehrheitsfähigkeit der Vorlage zu tun haben dürfte – lieber einen kleinen Schritt machen als gar keinen. Es stellt sich aber doch die Frage, ob für betroffene Gesellschaft damit ein genügender Anreiz vorhanden ist, ihr Verhalten überhaupt anzupassen. Damit stellt sich auch die Frage, ob die vorgesehenen Vorgaben von Artikel 734e OR überhaupt Sinn machen können – was ist eine Regelung letztlich wert, deren Nichtbeachtung völlig folgenlos bleibt?

Wir schlagen vor, in einem nächsten Schritt mögliche Sanktionen zu diskutieren. Zumindest in den Materialien (Botschaft) ist anzugeben, welche Möglichkeiten bestehen könnten.

Evaluation der Regelungen

Die neue Regelung, wie sie denn im Detail auch immer aussieht, sollte Wirkung zeitigen. Wir schlagen vor, dass Artikel 734e OR zu gegebener Zeit evaluiert wird und anschliessend entsprechende, gegebenenfalls verbindlichere Regelungen ins Auge gefasst werden (vgl. auch Art. 170 BV).

Wir schlagen vor, zumindest in den Materialien darauf hinzuweisen, dass im Falle der nicht genügenden Wirkung einer neuen Regelung weitere, verbindlichere Regelungen vorge schlagen werden müssten, um dem Verfassungsauftrag von Artikel 8 BV Genüge zu tun.

Zusammenfassend halten wir fest, dass ein zaghafter Schritt in die richtige Richtung unternommen worden ist. Wir sind uns bewusst, dass der Bundesrat damit auch der Mehrheitsfähigkeit der Vorlage Rechnung tragen will. Es gilt aber auch zu bedenken, dass der Anspruch der Frauen auf Nichtdiskriminierung und auf Gleichberechtigung ein expliziter ist, und zwar auf Verfassungsstufe. Politischer und rechtlicher Druck sind dementsprechend in der Tat notwendig und angebracht. Dieser Aspekt kann und soll noch ausdrücklicher in den Vordergrund rücken.

Die Feministischen Juristinnen Ostschweiz fjo schlagen in ihrer Stellungnahme vom 19. Februar 2015 eine adäquatere Regelung vor (Ziff. 3 der Stellungnahme fjo). Wir unterstützen diesen Vorschlag.

Wichtig erscheint uns, dass nun konkrete Schritte gemacht werden im Hinblick auf die Gleichstellung von Frauen und Männern und dass eine entsprechende Regelung sich nicht bereits im Entwurf ans Parlament nirgends mehr findet.



BPW SWITZERLAND
Business & Professional Women

Gleichzeitig versichern wir Ihnen, dass BPW sich nach wie vor und konkret für die Verbesserung der tatsächlichen Gleichstellung der Frauen in Familie, Ausbildung, Erwerbsleben einsetzen werden. Gerne bieten wir auch Unterstützung, wenn es darum geht, mögliche Massnahmen zu formulieren, mögliche Kandidatinnen zu eruieren etc.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen und Vorschläge danken wir Ihnen bereits heute.

Mit den besten Grüssen

BPW Switzerland

Monique Ryser
Zentralpräsidentin

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Stellungnahme von allianceF, Bund Schweizerischer Frauenorganisationen (Februar 2015)

1. Grundsätzliches

allianceF stellt fest, dass sämtliche freiwilligen Bemühungen zur Erhöhung des Frauenanteils in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen nicht die erhoffte Wirkung gezeigt haben. Der Schilling-Report 2014 beziffert den Frauenanteil in Verwaltungsräten mit 13% und in Geschäftsleitungen auf 6%. Die Schweiz steht damit bezüglich Frauenvertretung deutlich schlechter da als der europäische Durchschnitt. Die Untervertretung der Frauen in den Führungsetagen lässt sich jedoch nicht mehr mit mangelnden Qualifikationen erklären. Sie beruht auf gesellschaftlichen Wertungen und Stereotypen, die Frauen nach wie vor benachteiligen. Die Gleichstellung von Frau und Mann ist nicht nur aus Gerechtigkeitsaspekten dringend umzusetzen. Sie ist auch aus makroökonomischen Gründen anzustreben, gehen der Volkswirtschaft doch Talente und Fähigkeiten verloren. Darum mahnt auch der Genderreport des World Economic Forum 2014, dass es in der Schweiz – ohne Intervention – noch weitere 81 Jahre dauern wird, bis Gleichstellung erreicht sein wird.

allianceF begrüsst darum die Stossrichtung der geplanten Modernisierung des Aktienrechts, wonach ein Richtwert für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung börsenkotierter Aktiengesellschaften eingeführt werden soll. Wir sind jedoch der Ansicht, dass das vom Bundesrat vorgeschlagene Modell zu wenig griffig ist, da es weder obligatorische Quoten noch Sanktionsmöglichkeiten vorsieht. Abweichungen von den Richtwerten müssen lediglich begründet werden («comply or explain»-Ansatz).

2. allianceF, der Bund Schweizerischer Frauenorganisationen fordert darum

- Die Einführung einer befristeten gesetzlichen Geschlechterquote von 40% in Verwaltungsräten von börsenkotierten und öffentlichen Unternehmen sowie von Unternehmen ab 250 Mitarbeitenden; zu erreichen innert 5 Jahren.
- Die Einführung einer gesetzlichen Geschlechterquote von 33% in Geschäftsleitungen von börsenkotierten und öffentlichen Unternehmen sowie von Unternehmen ab 250 Mitarbeitenden; zu erreichen innert 10 Jahren.
- Beide Regelungen sind zu befristen (im Sinne einer Sunset Legislation); Regelungen, die wieder ausser Kraft gesetzt werden, sobald das Ziel einer angemessenen Vertretung der Frauen in Führungsfunktionen erreicht ist.
- Griffige Kontrollmechanismen zur Erreichung dieser Ziele.
- Wirksame Sanktionen bei Nichterreichen der Ziele. allianceF schlägt Sanktionen in Form von Geldstrafen bis zur Auflösung des entsprechenden Gremiums (Verwaltungsrat resp. Geschäftsleitung) vor.

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Stellungnahme von allianceF, Bund Schweizerischer Frauenorganisationen (Februar 2015)

1. Grundsätzliches

allianceF stellt fest, dass sämtliche freiwilligen Bemühungen zur Erhöhung des Frauenanteils in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen nicht die erhoffte Wirkung gezeigt haben. Der Schilling-Report 2014 beziffert den Frauenanteil in Verwaltungsräten mit 13% und in Geschäftsleitungen auf 6%. Die Schweiz steht damit bezüglich Frauenvertretung deutlich schlechter da als der europäische Durchschnitt. Die Untervertretung der Frauen in den Führungsetagen lässt sich jedoch nicht mehr mit mangelnden Qualifikationen erklären. Sie beruht auf gesellschaftlichen Wertungen und Stereotypen, die Frauen nach wie vor benachteiligen. Die Gleichstellung von Frau und Mann ist nicht nur aus Gerechtigkeitsaspekten dringend umzusetzen. Sie ist auch aus makroökonomischen Gründen anzustreben, gehen der Volkswirtschaft doch Talente und Fähigkeiten verloren. Darum mahnt auch der Genderreport des World Economic Forum 2014, dass es in der Schweiz – ohne Intervention – noch weitere 81 Jahre dauern wird, bis Gleichstellung erreicht sein wird.

allianceF begrüsst darum die Stossrichtung der geplanten Modernisierung des Aktienrechts, wonach ein Richtwert für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung börsenkotierter Aktiengesellschaften eingeführt werden soll. Wir sind jedoch der Ansicht, dass das vom Bundesrat vorgeschlagene Modell zu wenig griffig ist, da es weder obligatorische Quoten noch Sanktionsmöglichkeiten vorsieht. Abweichungen von den Richtwerten müssen lediglich begründet werden («comply or explain»-Ansatz).

2. allianceF, der Bund Schweizerischer Frauenorganisationen fordert darum

- Die Einführung einer befristeten gesetzlichen Geschlechterquote von 40% in Verwaltungsräten von börsenkotierten und öffentlichen Unternehmen sowie von Unternehmen ab 250 Mitarbeitenden; zu erreichen innert 5 Jahren.
- Die Einführung einer gesetzlichen Geschlechterquote von 33% in Geschäftsleitungen von börsenkotierten und öffentlichen Unternehmen sowie von Unternehmen ab 250 Mitarbeitenden; zu erreichen innert 10 Jahren.
- Beide Regelungen sind zu befristen (im Sinne einer Sunset Legislation); Regelungen, die wieder ausser Kraft gesetzt werden, sobald das Ziel einer angemessenen Vertretung der Frauen in Führungsfunktionen erreicht ist.
- Griffige Kontrollmechanismen zur Erreichung dieser Ziele.
- Wirksame Sanktionen bei Nichterreichen der Ziele. allianceF schlägt Sanktionen in Form von Geldstrafen bis zur Auflösung des entsprechenden Gremiums (Verwaltungsrat resp. Geschäftsleitung) vor.

swisscleantech | Reitergasse 11 | 8004 Zürich | [A Post](#)

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

ehra@bj.admin.ch

Zürich, 13. März 2015 | FBA
franziska.barmettler@swisscleantech.ch | Tel. +41 58 580 0816

Stellungnahme: Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit, zur Änderung des Obligationenrechts Stellung zu nehmen.

Unsere Stellungnahme bezieht sich ausschliesslich auf die vorgeschlagenen **Bestimmungen zur Transparenz von Zahlungen von Rohstoffunternehmen an staatliche Stellen**. swisscleantech begrüsst es, dass der Bundesrat mit den EU-Richtlinien Schritt halten will, plädiert aber klar dafür, den **Rohstoffhandel** in die vorgeschlagenen Regelungen miteinzubeziehen.

swisscleantech wird im Juni 2015 eine umfassende Übersicht der Schweizer Ressourcen-Landschaft veröffentlichen. Die **Cleantech Ressourcenstrategie** beschreibt den aktuellen Ressourcenverbrauch der Schweiz, weist auf Risiken hin und definiert Nutzungsgrenzen und Reduktionspfade für die Schweiz. Unserer Analyse zeigt, dass der Bereich Rohstoffhandel eines der wichtigsten Handlungsfelder einer konsequenten und nachhaltigen Schweizer Ressourcenpolitik darstellt. Die im Rahmen der Aktienrechtsrevision vorgeschlagene Einführung von Transparenz ist ein erster wichtiger Schritt.

Bereits 2011 haben wir in der **Cleantech Strategie Schweiz** dargelegt, wie die Schweiz als Hochpreisland auch in Zukunft wettbewerbsfähig bleiben kann. Die Marke ‚Schweiz‘ soll nicht nur mit Präzision und Verlässlichkeit assoziiert werden, sondern auch mit Nachhaltigkeit bzw. Cleantech. Dazu gehört auch eine ‚saubere‘ Rohstoffwirtschaft.

Sie finden unten stehend unsere Überlegungen und Änderungsvorschläge zum Vorentwurf.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen für weitere Ausführungen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Christian Zeyer
Co-Geschäftsleiter

Franziska Barmettler
Co-Geschäftsleiterin

Stellungnahme zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Datum: 13. März 2015

Kontaktperson: Franziska Barmettler, Co-Geschäftsleiterin, franziska.barmettler@swisscleantech.ch

Einleitende Bemerkungen

Wieso Transparenz?

Die Mehrheit der natürlichen Ressourcen wird in Entwicklungs- und Schwellenländern gefördert. Trotz Ressourcenreichtum dieser Länder wird aufgrund von Korruption und Misswirtschaft kaum lokaler Mehrwert geschaffen und die Bevölkerung verbleibt in Armut (sogenannter Ressourcenfluch). Mehr Transparenz über die Gelder, die an die Regierungen von Rohstoffländern fließen, befähigt die Zivilgesellschaft, Druck auf die Verantwortlichen auszuüben. Da ein signifikanter Teil dieser Gelder von Firmen mit Standort in der Schweiz in Drittstaaten fliesst, spielen die in der Schweiz etablierten Transparenzregeln eine entscheidende Rolle. 2011-2013 flossen 55 Mio. USD von Schweizer Rohstoffhändler an 10 afrikanische Ölförderländer – mehr als das Doppelte der weltweiten Entwicklungshilfe an diese Länder.

Beschränkung auf den Abbau erzeugt keine Wirkung

Der wichtigste Beitrag der Schweiz liegt deshalb eindeutig in ihrer Position als weltweit wichtigste Rohstoffhandels-Drehscheibe – ein Viertel des globalen Handels mit Rohstoffen wird über die Schweiz abgewickelt. Ausgerechnet den Rohstoffhandel will der Bundesrat indessen von den Transparenz-Bestimmungen ausnehmen. Dies steht im Widerspruch zu den eigenen Einschätzungen im «Erläuternden Bericht» und den vorliegenden Bestimmungen, in denen der Bundesrat der Verantwortung der Schweiz als grösstem Rohstoffhandelsplatz der Welt grosse Bedeutung beimisst. Möchte sich die Schweiz auf konstruktive Art und Weise an der internationalen Transparenzbewegung beteiligen, dann muss Sie im Bereich des Rohstoffhandels eine führende Rolle übernehmen.

Vorreiterrolle einnehmen – von Alleingang ist keine Rede

Indem die Schweiz mit gutem Beispiel proaktiv vorangeht, schafft Sie eine Umgebung, die für lokale Firmen langfristig von Vorteil ist. Werden bereits heute effektive Transparenz-Standards gesetzt, so entstehen beständige Rahmenbedingungen und Rechtssicherheit – ausgestaltet mit Rücksicht auf die Partikularitäten der Schweizer Rohstoffbranche – welche langfristig sowohl die Marke Schweiz als auch die Rohstoffbranche stärken.

International ist ein Trend in Richtung zunehmender Transparenz bezüglich Zahlungen von Unternehmen an Regierungen im Rohstoffsektor feststellbar. Dies wird vom Bundesrat im Transparenz-Bericht bestätigt. Auf gesetzlicher Ebene sind die EU und die USA vorangegangen und verlangen als wichtige Heimatstaaten von ihren Abbaufirmen die Offenlegung. Von einem Alleingang der Schweiz kann daher keine Rede sein.

Reputationsrisiko für Wirtschaft und Politik

Die Marke «Schweiz» wird mit Grundwerten wie Verlässlichkeit, Sauberkeit und Demokratie assoziiert, wovon unsere Wirtschaft im internationalen Wettbewerb stark profitiert. In den Herkunftsgebieten der gehandelten Rohstoffe werden diese Grundwerte meist nicht garantiert. Dies stellt für die Schweiz als Wirtschaftsstandort aber auch in aussenpolitischen Verhandlungen ein beträchtliches Reputationsrisiko dar, welches es zu entschärfen gilt. Mehr Transparenz ist auch im Interesse der Investoren.

Änderungsvorschläge zu den einzelnen Artikeln des Vorentwurfs

1. Integration des Rohstoffhandels

Art. 964a

¹ Unternehmen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet und direkt oder indirekt im Bereich der Gewinnung von Mineralien, Erdöl und Erdgas, ~~sowie des~~ im Einschlags von Holz in Primärwäldern **sowie im Handel mit diesen Rohstoffen** tätig sind, müssen jährlich einen Bericht über ihre Zahlungen an staatliche Stellen verfassen.

Hinweis: Diese Definition muss für den gesamten Art. 964a gelten, nachfolgende Absätze gilt es entsprechend anzupassen. Die Delegationsnorm (Art. 964f) wird damit hinfällig.

Begründung: Eine Regulierung, welche Handelsfirmen nicht miteinbezieht bleibt in der Schweiz praktisch wirkungslos. Die Abbautätigkeiten der grossen Rohstoffunternehmen mit Sitz in der Schweiz fallen fast immer auch unter Regulierungsbestimmungen der EU oder der USA und Handelsunternehmen sind weder von ausländischen, noch von geplanten Schweizerischen Transparenzregeln betroffen. Ohne Miteinbezug des Handels ändert die geplante Aktienrechtsrevision daher praktisch nichts am Status Quo und bleibt wirkungslos.

Sollte entgegen unserer Empfehlung entschieden werden, den Rohstoffhandel nicht den Transparenzregelungen zu unterstellen, schlägt swisscleantech als Mindestforderung die Streichung der Voraussetzung eines international abgestimmten Vorgehens in Artikel 964f vor.

Art. 964f

Der Bundesrat kann ~~im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens~~ festlegen, dass die Verpflichtungen nach den Artikeln 964a-964e auch auf Unternehmen Anwendung finden, die mit Rohstoffen handeln.

Begründung: Die Struktur der Rohstoffbranche der Schweiz unterscheidet sich fundamental von derjenigen in den USA und der EU. Diese Eigenheit muss berücksichtigt werden und macht effektive Transparenzregulierung in einem international abgestimmten Verfahren schwierig. Der Bundesrat braucht die Freiheit, neue Transparenzstandards mitzugestalten – notfalls ohne internationalen Konsens. Als grösster Handelsstandort kann die Schweiz kaum auf die Initiative kleinerer Standorte warten. Eine proaktive Haltung der Schweiz kann langfristig der in der Schweiz ansässigen Rohstoffhandelsindustrie Vorteile bringen.

2. Datenlage

Wir schlagen vor dem Art. 964 einen Paragraphen zur Datenerhebung hinzuzufügen. Der Paragraph fordert die jeweils verantwortlichen Bundesstellen zur Erhebung folgender Daten auf: Wertschöpfung der Rohstoffhandelsbranche, Anzahl Beschäftigte in der Rohstoffhandelsbranche, kantonale Steuereinnahmen der Rohstoffhandelsbranche, Bundessteuereinnahmen der Branche und Anzahl der Firmen in der Branche (wo die Daten bereits vorhanden sind, sollten sie auf eine solidere Grundlage gestellt werden). Die Erhebung dieser Daten erfordert unter anderem die Einführung einer Kategorie im Handelsregister und einer NOGA Klassifizierung.

Begründung: Die Auswirkungen einer Regulierung auf die Rohstoffhandelsbranche und damit auf die Schweizerische Wirtschaft sind ein zentrales Kriterium bei der Bewertung einer solchen Regulierung. Aufgrund der schlechten Qualität oder des schlichten Fehlens von Daten über viele Kenngrössen der Rohstoffhandelsbranche ist eine Abwägung der Kosten einer Regulierung sehr schwierig. Vor allem Arbeitsplätze und Steueraufkommen müssten bekannt sein.

swisscleantech | Reitergasse 11 | 8004 Zürich | [A Post](#)

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

ehra@bj.admin.ch

Zürich, 13. März 2015 | FBA
franziska.barmettler@swisscleantech.ch | Tel. +41 58 580 0816

Stellungnahme: Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit, zur Änderung des Obligationenrechts Stellung zu nehmen.

Unsere Stellungnahme bezieht sich ausschliesslich auf die vorgeschlagenen **Bestimmungen zur Transparenz von Zahlungen von Rohstoffunternehmen an staatliche Stellen**. swisscleantech begrüsst es, dass der Bundesrat mit den EU-Richtlinien Schritt halten will, plädiert aber klar dafür, den **Rohstoffhandel** in die vorgeschlagenen Regelungen miteinzubeziehen.

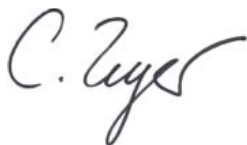
swisscleantech wird im Juni 2015 eine umfassende Übersicht der Schweizer Ressourcen-Landschaft veröffentlichen. Die **Cleantech Ressourcenstrategie** beschreibt den aktuellen Ressourcenverbrauch der Schweiz, weist auf Risiken hin und definiert Nutzungsgrenzen und Reduktionspfade für die Schweiz. Unserer Analyse zeigt, dass der Bereich Rohstoffhandel eines der wichtigsten Handlungsfelder einer konsequenten und nachhaltigen Schweizer Ressourcenpolitik darstellt. Die im Rahmen der Aktienrechtsrevision vorgeschlagene Einführung von Transparenz ist ein erster wichtiger Schritt.

Bereits 2011 haben wir in der **Cleantech Strategie Schweiz** dargelegt, wie die Schweiz als Hochpreisland auch in Zukunft wettbewerbsfähig bleiben kann. Die Marke ‚Schweiz‘ soll nicht nur mit Präzision und Verlässlichkeit assoziiert werden, sondern auch mit Nachhaltigkeit bzw. Cleantech. Dazu gehört auch eine ‚saubere‘ Rohstoffwirtschaft.

Sie finden unten stehend unsere Überlegungen und Änderungsvorschläge zum Vorentwurf.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen für weitere Ausführungen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Christian Zeyer
Co-Geschäftsleiter



Franziska Barmettler
Co-Geschäftsleiterin

Stellungnahme zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Datum: 13. März 2015

Kontaktperson: Franziska Barmettler, Co-Geschäftsleiterin, franziska.barmettler@swisscleantech.ch

Einleitende Bemerkungen

Wieso Transparenz?

Die Mehrheit der natürlichen Ressourcen wird in Entwicklungs- und Schwellenländern gefördert. Trotz Ressourcenreichtum dieser Länder wird aufgrund von Korruption und Misswirtschaft kaum lokaler Mehrwert geschaffen und die Bevölkerung verbleibt in Armut (sogenannter Ressourcenfluch). Mehr Transparenz über die Gelder, die an die Regierungen von Rohstoffländern fließen, befähigt die Zivilgesellschaft, Druck auf die Verantwortlichen auszuüben. Da ein signifikanter Teil dieser Gelder von Firmen mit Standort in der Schweiz in Drittstaaten fliesst, spielen die in der Schweiz etablierten Transparenzregeln eine entscheidende Rolle. 2011-2013 flossen 55 Mio. USD von Schweizer Rohstoffhändler an 10 afrikanische Ölförderländer – mehr als das Doppelte der weltweiten Entwicklungshilfe an diese Länder.

Beschränkung auf den Abbau erzeugt keine Wirkung

Der wichtigste Beitrag der Schweiz liegt deshalb eindeutig in ihrer Position als weltweit wichtigste Rohstoffhandels-Drehscheibe – ein Viertel des globalen Handels mit Rohstoffen wird über die Schweiz abgewickelt. Ausgerechnet den Rohstoffhandel will der Bundesrat indessen von den Transparenz-Bestimmungen ausnehmen. Dies steht im Widerspruch zu den eigenen Einschätzungen im «Erläuternden Bericht» und den vorliegenden Bestimmungen, in denen der Bundesrat der Verantwortung der Schweiz als grösstem Rohstoffhandelsplatz der Welt grosse Bedeutung beimisst. Möchte sich die Schweiz auf konstruktive Art und Weise an der internationalen Transparenzbewegung beteiligen, dann muss Sie im Bereich des Rohstoffhandels eine führende Rolle übernehmen.

Vorreiterrolle einnehmen – von Alleingang ist keine Rede

Indem die Schweiz mit gutem Beispiel proaktiv vorangeht, schafft Sie eine Umgebung, die für lokale Firmen langfristig von Vorteil ist. Werden bereits heute effektive Transparenz-Standards gesetzt, so entstehen beständige Rahmenbedingungen und Rechtssicherheit – ausgestaltet mit Rücksicht auf die Partikularitäten der Schweizer Rohstoffbranche – welche langfristig sowohl die Marke Schweiz als auch die Rohstoffbranche stärken.

International ist ein Trend in Richtung zunehmender Transparenz bezüglich Zahlungen von Unternehmen an Regierungen im Rohstoffsektor feststellbar. Dies wird vom Bundesrat im Transparenz-Bericht bestätigt. Auf gesetzlicher Ebene sind die EU und die USA vorangegangen und verlangen als wichtige Heimatstaaten von ihren Abbaufirmen die Offenlegung. Von einem Alleingang der Schweiz kann daher keine Rede sein.

Reputationsrisiko für Wirtschaft und Politik

Die Marke «Schweiz» wird mit Grundwerten wie Verlässlichkeit, Sauberkeit und Demokratie assoziiert, wovon unsere Wirtschaft im internationalen Wettbewerb stark profitiert. In den Herkunftsgebieten der gehandelten Rohstoffe werden diese Grundwerte meist nicht garantiert. Dies stellt für die Schweiz als Wirtschaftsstandort aber auch in aussenpolitischen Verhandlungen ein beträchtliches Reputationsrisiko dar, welches es zu entschärfen gilt. Mehr Transparenz ist auch im Interesse der Investoren.

Änderungsvorschläge zu den einzelnen Artikeln des Vorentwurfs

1. Integration des Rohstoffhandels

Art. 964a

¹ Unternehmen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet und direkt oder indirekt im Bereich der Gewinnung von Mineralien, Erdöl und Erdgas, ~~sowie des im Einschlags von Holz in Primärwäldern~~ **sowie im Handel mit diesen Rohstoffen** tätig sind, müssen jährlich einen Bericht über ihre Zahlungen an staatliche Stellen verfassen.

Hinweis: Diese Definition muss für den gesamten Art. 964a gelten, nachfolgende Absätze gilt es entsprechend anzupassen. Die Delegationsnorm (Art. 964f) wird damit hinfällig.

Begründung: Eine Regulierung, welche Handelsfirmen nicht miteinbezieht bleibt in der Schweiz praktisch wirkungslos. Die Abbautätigkeiten der grossen Rohstoffunternehmen mit Sitz in der Schweiz fallen fast immer auch unter Regulierungsbestimmungen der EU oder der USA und Handelsunternehmen sind weder von ausländischen, noch von geplanten Schweizerischen Transparenzregeln betroffen. Ohne Miteinbezug des Handels ändert die geplante Aktienrechtsrevision daher praktisch nichts am Status Quo und bleibt wirkungslos.

Sollte entgegen unserer Empfehlung entschieden werden, den Rohstoffhandel nicht den Transparenzregelungen zu unterstellen, schlägt swisscleantech als Mindestforderung die Streichung der Voraussetzung eines international abgestimmten Vorgehens in Artikel 964f vor.

Art. 964f

Der Bundesrat kann ~~im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens~~ festlegen, dass die Verpflichtungen nach den Artikeln 964a-964e auch auf Unternehmen Anwendung finden, die mit Rohstoffen handeln.

Begründung: Die Struktur der Rohstoffbranche der Schweiz unterscheidet sich fundamental von derjenigen in den USA und der EU. Diese Eigenheit muss berücksichtigt werden und macht effektive Transparenzregulierung in einem international abgestimmten Verfahren schwierig. Der Bundesrat braucht die Freiheit, neue Transparenzstandards mitzugestalten – notfalls ohne internationalen Konsens. Als grösster Handelsstandort kann die Schweiz kaum auf die Initiative kleinerer Standorte warten. Eine proaktive Haltung der Schweiz kann langfristig der in der Schweiz ansässigen Rohstoffhandelsindustrie Vorteile bringen.

2. Datenlage

Wir schlagen vor dem Art. 964 einen Paragraphen zur Datenerhebung hinzuzufügen. Der Paragraph fordert die jeweils verantwortlichen Bundesstellen zur Erhebung folgender Daten auf: Wertschöpfung der Rohstoffhandelsbranche, Anzahl Beschäftigte in der Rohstoffhandelsbranche, kantonale Steuereinnahmen der Rohstoffhandelsbranche, Bundessteuereinnahmen der Branche und Anzahl der Firmen in der Branche (wo die Daten bereits vorhanden sind, sollten sie auf eine solide Grundlage gestellt werden). Die Erhebung dieser Daten erfordert unter anderem die Einführung einer Kategorie im Handelsregister und einer NOGA Klassifizierung.

Begründung: Die Auswirkungen einer Regulierung auf die Rohstoffhandelsbranche und damit auf die Schweizerische Wirtschaft sind ein zentrales Kriterium bei der Bewertung einer solchen Regulierung. Aufgrund der schlechten Qualität oder des schlichten Fehlens von Daten über viele Kenngrößen der Rohstoffhandelsbranche ist eine Abwägung der Kosten einer Regulierung sehr schwierig. Vor allem Arbeitsplätze und Steueraufkommen müssten bekannt sein.

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

science**industries**
Wirtschaftsverband Chemie Pharma Biotech

Nordstrasse 15 · Postfach · 8021 Zürich
info@scienceindustries.ch
T +41 44 368 17 11
F +41 44 368 17 70

Zürich, 13. März 2015

Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Stellungnahme von scienceindustries

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin Sommaruga

Wir beziehen uns auf den erläuternden Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) und danken Ihnen für die Gelegenheit, zum oben erwähnten Vorentwurf Stellung nehmen zu können.

scienceindustries ist der Schweizer Wirtschaftsverband Chemie Pharma Biotech. Sie vertritt die wirtschaftspolitischen Interessen von mehr als 250 in der Schweiz tätigen in- und ausländischen Unternehmen aus genannten und verwandten Branchen. Unsere Mitgliedunternehmen, darunter nicht weniger als sechs SMI- und zahlreiche andere kotierte Firmen, beschäftigen in der Schweiz rund 70'000 Mitarbeitende und leisten einen sehr wesentlichen Beitrag zum Wohlstand unseres Landes: rund 40 % aller Schweizer Exporte stammen von ihnen und 47% der gesamten privatwirtschaftlichen Investitionen in Forschung und Entwicklung in der Schweiz werden von unseren Mitgliedfirmen getätigt. Entsprechend hoch ist auch die Wertschöpfung dieses Industriezweigs in der Schweiz und er erweist sich zudem als eine verlässliche Stütze der öffentlichen Hand. Die überwiegende Mehrheit unserer Mitgliedunternehmen sind global tätig: im Schnitt erzielen sie rund 98% ihrer Umsätze im Ausland und beschäftigen dort zusätzlich über 320'000 Mitarbeitende. Dieser internationalen Ausrichtung entsprechend stammt wiederum eine grosse Anzahl der Investoren unserer Mitgliedunternehmen aus dem Ausland, welchen Umstand es gerade in gesellschaftsrechtlichen Belangen besonders zu beachten gilt.

Verzicht auf das Revisionsvorhaben im gegenwärtigen Zeitpunkt

Die Mitgliedfirmen von scienceindustries betreiben ein internationales Geschäft und finden sich dabei in einem sehr kompetitiven Umfeld wider. Entsprechend wichtig ist es, dass die Rahmenbedingungen am Standort, wo die Firmen einen wesentlichen Teil ihrer Wertschöpfung erzielen, ein erfolgreiches Wirtschaften ermöglichen. Gerade die Ausgestaltung des Aktienrechts ist in diesem Zusammenhang von eminenter Bedeutung, definiert dieses den rechtlichen Rahmen, in welchem die Unternehmen agieren können. Dieser muss den Firmen einen grossen Handlungsspielraum belassen und darf sie auch im internationalen Vergleich nicht schlechter stellen, andernfalls der wirtschaftliche Erfolg geschmälert wird, was nicht nur die direkte Wertschöpfung in der Schweiz, sondern auch die Investoren negativ trifft.

Wenngleich die Stärkung der Aktionärsrechte in einzelnen Belangen aus Sicht der Inverstoren Sinn machen mag, so konstatieren wir, dass die vorliegende Aktienrechtsreform gerade in dieser Hinsicht unausgewogen erscheint und der Handlungsspielraum der Unternehmen zu sehr eingeschränkt wird. Gerade dieser Umstand läuft im Ergebnis aber den Interessen der Inverstoren diametral zuwider, denn während diese primär vom wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen profitieren, sind zweitens ihrerseits auf ein wirtschaftsfreundliches und stabiles Umfeld angewiesen, um die Erwartungen der Inverstoren überhaupt erfüllen zu können. Dieser Wechselwirkung zwischen Wahrung unternehmerischer Freiheit und Absicherung der Interessen der Investoren ist bei der Ausgestaltung des Aktienrechts hohes Gewicht beizumessen, wobei es unbedingt eine einseitige Gewichtsverschiebung zu vermeiden gilt. Zudem sind stabile Rahmenbedingungen und eine hohe Rechtssicherheit für beide Seiten fundamental; damit ist zum einen eine bessere Planbarkeit für die Unternehmen gewährleistet und dadurch ist zum anderen das wirtschaftliche Engagement der Investoren in der Folge besser abgesichert. Nur ein Aktienrecht, das diese Wechselwirkung anerkennt und adäquat berücksichtigt, wird sich bewähren und den hier angesiedelten Unternehmen eine verlässliche Rechtshilfe sein. Gleichzeitig hängen weitere Unternehmensansiedlungen aus dem Ausland und damit einhergehende positive wirtschaftliche Impulse in hohem Masse von einem im internationalen Vergleich vorteilhaft ausgestalteten Aktienrecht ab. Gerade die Schweiz steht hier in einem für ihren Wirtschaftsstandort wichtigen Konkurrenzverhältnis zu vielen anderen Staaten und tut gut daran, ihre diesbezüglichen Rahmenbedingungen nicht zu verschlechtern; wenn überhaupt, müssten mit einer Reform des Aktienrechts klare Besserstellungen erreicht werden können.

Der Schweizer Wirtschaftsstandort steht seit langer Zeit insbesondere wegen seiner hohen Kosten vor grossen Herausforderungen. Infolge der Aufhebung der Euro-Franken-Untergrenze durch die Schweizerische Nationalbank (SNB) hat sich diese Ausgangslage weiter zugespitzt, verschlechterte sich doch mit diesem geldpolitischen Entscheid die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen auf den internationalen Märkten zusätzlich. Die Schweiz wird sich ihre heutige wirtschaftliche Position mittelfristig nur sichern können, wenn sie ihren Unternehmen Rahmenbedingungen bietet, welche die hiesigen Kosten aufwiegen können. Wichtige Faktoren dabei sind die politische Stabilität und ein generell liberales, wirtschaftsfreundliches Umfeld. Beides ist zurzeit nicht mehr in befriedigendem Masse gewährleistet. Unzählige wirtschaftsfeindliche Initiativen haben ein Klima der Verunsicherung erzeugt und führten auch schon dazu, dass einige Unternehmen sich von der Schweiz abgewandt haben. Eine eigentliche Regulierungsflut absorbiert die teuer bezahlten Arbeitskräfte in den Unternehmen, die gerade in solchen Zeiten besser und effizienter eingesetzt werden müssten. Dies ist umso bedenklicher, wenn die Administration im Zuge dieser Entwicklung zusehends zum Selbstzweck ohne nennenswertem Mehrwert für die Bürgerinnen und Bürger degradiert wird. Sodann bestehen erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der Energiepolitik, die zurzeit unseres Erachtens in mannigfacher Hinsicht in eine falsche Richtung geht. Bezüglich eminent wichtiger Steuerfragen ist nach wie vor unklar, wohin die Reise gehen soll und aussenpolitisch steht die Schweiz ebenso unter verschiedenen Aspekten unter Druck.

Unter diesen Gegebenheiten macht es unserer Ansicht nach keinen Sinn, in einem weiteren, zentralen Bereich neue, fundamentale Unsicherheiten zu schaffen, ohne dass dabei ein wirklicher Handlungsbedarf besteht. Vielmehr muss es gerade jetzt höchstes Ziel sein, bei den Unternehmen keine zusätzliche Verunsicherung zu schaffen und die Wirtschaft mit keinen weiteren vermeidbaren Regulierungskosten zu belasten. Beides wäre aber der Fall, wenn die vorgeschlagene Revision vorangetrieben wird. Denn diese enthält teilweise äusserst weit gehende Vorschläge, die zudem weit über das hinausgehen, was mit der Schweiz ver-

gleichbare Jurisdiktionen vorsehen. Entsprechend wurde auch die Veröffentlichung des Revisionsvorhabens weitherum kritisch aufgenommen und hat zusätzliche, unnötige Verunsicherung geschaffen.

Der Wiederherstellung der Rechtssicherheit und Stabilität des Schweizer Rechtsrahmens muss aber gerade heute überragende Bedeutung zukommen. Dies ganz besonders dort, wo keinerlei Druck aus dem Ausland für neue Regulierungen besteht. Nach den jahrelangen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Vergütungsfrage auf Konzernleitungsebene, den Wirren um die Minder-Initiative und ihre diversen Gegenvorschläge konnte mit der Überführung der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) eine Regelung gefunden werden, die den Verfassungsauftrag in einer Weise umsetzt, die gerade noch wirtschaftsverträglich ist. Wir betonen indes aber auch, dass die VegüV das strengste „Say on Pay“ Regime der Welt verankert hat. Die börsenkotierten Firmen mussten die VegüV und die damit verbundenen Statutenänderungen ihren Investoren in zahlreichen und mitunter schwierigen Roadshows sowie bilateralen Treffen gerade erst erklären. Es wäre für den Ruf des Standorts Schweiz sehr schädlich, wenn dieses Recht nun sogleich wieder geändert würde und den Investoren schon wieder Statutenänderungen angekündigt werden müssten.

Aus den dargelegten Gründen ist scienceindustries der klaren Ansicht, dass diese Aktienrechtsreform zum gegenwärtig Zeitpunkt nicht nötig ist, weshalb auf eine weitere Revision des Aktienrechts vorerst verzichtet werden sollte.

Allfällige Aktienrechtsreform darf Wirtschaft nicht zusätzlich belasten

Wenn die Aktienrechtsrevision trotz dieser gravierenden Bedenken weitergeführt würde, wäre es umso wichtiger, dass den vorstehenden Überlegungen zur Vermeidung von zusätzlicher Verunsicherung und Kosten auch im weiteren Verlauf der Behandlung der Vorlage grösstmögliche Beachtung geschenkt wird. Nachfolgende Ausführungen erfolgen nur für den Fall, dass der Bundesrat entgegen unserem vorstehend formulierten Anliegen - vorläufiger Verzicht auf die Weiterführung der Aktienrechtsrevision - beschliessen sollte, dem Parlament eine Botschaft zu unterbreiten.

Hauptanliegen im Falle einer Weiterführung der Revision:

- **VegüV-Regelungen nicht verändern**
- **Kein Sonderprozessrecht und keine erweiterten Klagerechte**
- **Keine gesetzlichen Geschlechterquoten**
- **Anpassungen bei Rückerstattung von Leistungen**

VegüV-Regelungen nicht verändern

Mit der Annahme der Minder-Initiative hat die Schweiz einen Weg zur Ausgestaltung ihres Gesellschaftsrechts gewählt, der sich erheblich von den Regelungen in der EU, in den USA und in anderen Ländern unterscheidet. Eine bindende Abstimmung über die Beträge der Entschädigung von Verwaltungsrat (VR) und Geschäftsleitung (GL) gibt es in keinem anderen Land der Welt. Dies hat zu grossen Verunsicherungen bei den Unternehmen und Investoren geführt. Mit grossem Aufwand und in vielen Roadshows haben die betroffenen Unternehmen den (internationalen) Investoren die neuen Regelungen erklärt und versucht, das verloren gegangene Vertrauen wieder herzustellen. Dennoch haben sich einige Unternehmen von den Schweizer Börsen dekotieren lassen (bspw. Weatherford), insbesondere auch deshalb, weil mit der Umsetzung der Minder-Initiative für diese erhebliche Zusatzkosten einhergingen und weil einige Bestimmungen inkompatibel mit Regelungen in anderen Ländern sind. Andere Unternehmen haben der Schweiz gar den Rücken gekehrt (bspw. Tyco). Neukotierungen von Unternehmen aus dem Ausland in der Schweiz sind seither gänzlich ausgeblieben.

Vor diesem Hintergrund ist es zentral, dass nicht mit abermals geänderten Regelungen die Verunsicherung erneut geschürt wird. Vielmehr gebietet es die Rechtssicherheit, nun einen Weg der klaren Kontinuität einzuschlagen. Vorerst müssen überhaupt Erfahrungen mit den VegüV-Regeln gesammelt werden können, bevor die Unternehmen bereits wieder mit neuen Anforderungen und Auflagen konfrontiert werden. Den Unternehmen und ihren Aktionären nach relativ kurzer Zeit schon wieder zuzumuten, wesentliche Statutenänderungen vorzunehmen, würde das Vertrauen in die Stabilität und Vorhersehbarkeit der Rahmenbedingungen in der Schweiz gravierend beeinträchtigen.

In dieser Hinsicht, erachten wir die Änderung der folgenden Bestimmungen des Vorentwurfs als unbedingt nötig:

- **Kein gesetzlich vorgegebener Statuteninhalt hinsichtlich max. zulässigem Verhältnis zwischen fixer und gesamter Vergütung (E-Art. 626 Abs. 2 Ziffer 3)**

Der Vorentwurf sieht vor, dass das maximal zulässige Verhältnis zwischen der fixen und der gesamten Vergütung je für den VR, die GL und den Beirat zwingend in den Statuten anzugeben ist. Der Erläuternde Bericht macht keine Angaben darüber, welcher Zweck mit diesem Vorschlag einer neuen zwingenden Norm verfolgt werden soll. Vermutungsweise soll es darum gehen, Unternehmen mittels einer erhöhten Transparenz dazu zu bringen, den Anteil der variablen Vergütungen gegenüber den fixen Vergütungen stärker zu begrenzen.

scienceindustries lehnt den Vorschlag sowohl aus grundsätzlichen Überlegungen wie auch aus Praktikabilitätsgründen ab. Mit der Annahme von Art. 95 Abs. 3 BV (Minder-Initiative) wurde der Weg gewählt, den GV's eine stärkere Mitsprache bei den Entlohnungen der Unternehmensführung zu geben; dies im Unterschied zum indirekten Gegenvorschlag, der den Unternehmen, statt der (zwingenden) Mitsprache der GV, detailliertere Vorgaben im Vergütungsreglement auferlegen wollte. Der von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern mit der Schaffung von Art. 95 Abs. 3 BV gewählte Ansatz lässt es den Unternehmen offen, in welchem Verhältnis sie fixe und variable Vergütungen vorsehen wollen. Entscheidend ist, dass die GV über die Gesamtvergütung zwingend abstimmen kann. Der gemachte Vorschlag widerspricht unter diesem Aspekt nicht nur dem mit Art. 95 Abs. 3

geschaffenen systemischen Ansatz, sondern führte zu einer eigentlichen Beschneidung der Mitspracherechte der Aktionäre bei der Ausgestaltung des Vergütungssystems.

Unter Praktikabilitätsüberlegungen stellt sich sodann die Frage, wie unter einem gesetzlichen Erfordernis der prozentmässigen Zuteilung von variablen und fixen Vergütungen mit „Long-term Incentive Plans (LTI)“ umgegangen werden soll. Je nach gewähltem Modell sind die zwischen einer langfristigen variablen Komponente und der fixen Vergütung bestehenden Unterschiede sehr gering und entsprechend ergeben sich unter der vorgeschlagenen Bestimmung auch erhebliche Zuteilungsprobleme.

Fazit

scienceindustries beantragt deshalb, den neuen Art. 626 Abs. 2 Ziff. 3 ersatzlos zu streichen.

- **Möglichkeit prospektiver GV-Abstimmung über Vergütungen (E-Art. 735)**

Wie erwähnt, hat sich die Schweiz im Rahmen der VegüV bereits heute das schärfste „Say on Pay“-Recht der Welt auferlegt. Gemäss E-Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 soll nun aber zusätzlich die prospektive Abstimmung über die variable Vergütung als unzulässig erklärt werden. Dieser Vorschlag des Bundesrates überrascht und ist einer der Hauptgründe für die erneute Verunsicherung von Unternehmen und Investoren. Dies insbesondere auch, weil der Bundesrat damit innert kürzester Zeit in dieser Sache bereits seinen dritten Regelungsansatz präsentiert. Gemäss Vorschlag im Vorentwurf zur Umsetzungsverordnung zu Art. 95 Abs. 3 BV (VgdA) von Mitte März 2013, hätte die GV grundsätzlich prospektiv über die fixen und retrospektiv über die variablen Vergütungen abstimmen müssen, während die Statuten aber eine prospektive GV-Abstimmung sowohl für fixe wie auch für variable Vergütungen hätten vorsehen können. Ende 2013, nach Abwägung aller Vor- und Nachteile beider Ansätze, entschied sich der Bundesrat im Rahmen der in Kraft gesetzten Umsetzungsverordnung (VegüV), keine Präferenz eines Abstimmungsmodus mehr zu stipulieren, sondern den Entscheid über den Abstimmungsmodus den Unternehmensstatuten zu überlassen. Ende 2014, ohne über wirkliche Erfahrung mit den von den Unternehmen gewählten Abstimmungsverfahren zu verfügen, stösst der Bundesrat seinen früheren Entscheid bereits wieder um und will nun im Rahmen des Vorentwurfs zur Aktienrechtsrevision die Möglichkeit der prospektiven Abstimmung für variable Vergütungen verbieten.

Aufgrund der Regelung der VegüV und im berechtigten Vertrauen darauf, dass der Bundesrat nicht nach kurzer Zeit wieder seine Meinung ändern würde, hat sich bekanntlicherweise der Grossteil der kotierten Gesellschaften für einen rein prospektiven Abstimmungsmodus entschieden und ihre Statuten entsprechend angepasst (in den meisten Fällen mit einer Zustimmung von rund 90% der GV). Viele Unternehmen haben diese prospektive zwingende Abstimmung mit einer Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht verbunden, was zu einer Behandlung der Vergütungsthematik durch die GV geführt hat, die auch von den internationalen Investoren verstanden und mitgetragen wurde.

Das Verbot der von der grossen Mehrheit der Unternehmen (bzw. ihren Aktionären) gewählten Abstimmungsvariante würde die von der VegüV in diesem Bereich neu geschaffenen Aktionärsrechte zum einen gleich wieder beschneiden. Zum andern haben grosse internationale Investoren nur dank dieser Umsetzungsvariante ihre Bedenken aufgegeben, dass die Schweizer Unternehmen

nicht mehr kompetitiv sein und nicht mehr die Führungskräfte finden könnten, derer sie auf dem globalen Markt bedürfen.

Neben dieser generellen Verunsicherung gilt es zu bedenken, dass sich bei retrospektiven Abstimmungen über einzelne Vergütungselemente an der GV Widersprüche ergeben können. Die prospektive Abstimmung über einen Vergütungsbericht, der alle Vergütungsteile der betreffenden Referenzperiode umfasst, fördert dagegen eine insgesamt kohärente und adäquate Beschlussfassung der GV über die Vergütungen. Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass im Anhang zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (Ziff. 38) die Möglichkeit aufgeführt wird, bei einer rein prospektiven Abstimmung den Vergütungsbericht einer Konsultativabstimmung vorzulegen. Diese ergänzende Massnahme haben viele Unternehmen eingeführt. Sie gibt den GV's die Möglichkeit, sich auch retrospektiv über die erfolgten Vergütungen zu äussern, ohne aber die operative Handlungsfähigkeit der Unternehmen zu gefährden. Eine solche retrospektive Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht oder das Vergütungssystem entspricht im Übrigen der globalen Best Practice.

Auch wenn wenige Unternehmen einen teilweise retrospektiven Ansatz gewählt haben, gilt es die dargelegten Argumente für den rein prospektiven Weg zu berücksichtigen. Das Aktienrecht muss unter all diesen Gesichtspunkten Flexibilität waren, um den Unternehmen zu ermöglichen, in den nächsten Jahren Erfahrungen zu sammeln und die für sie richtige Abstimmungsvariante zu finden.

Fazit

Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen beantragt scienceindustries, Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 ersatzlos zu streichen.

- **Zusatzbetrag: Anpassung des Wortlautes (E-Art. 735a)**

Der Vorentwurf präzisiert gegenüber der entsprechenden Regelung der VegüV (Art. 19), dass der Zusatzbetrag nicht auch für beförderte bisherige Mitglieder der Geschäftsleitung verwendet werden kann. Wir erachten diese Einschränkung nicht für nötig und in dieser Form auch nicht für angebracht. Es ist durchaus denkbar, dass ein bestehendes Mitglied der GL neue Funktionen übernehmen muss, die zusätzlich abzugelten sind. Es ist nicht einsichtig, warum nur dann der Zusatzbetrag verwendet werden könnte, wenn für diese Funktionen ein neues Mitglied gewählt wird, nicht aber dann, wenn ein bestehendes Mitglied diese Funktion übernimmt. Die vorgeschlagene Regelung schafft eine Ungleichbehandlung zwischen Bewerbern für die neue Funktion. Selbstverständlich sollen reine Lohnerhöhungen nicht durch den Zusatzbetrag abgedeckt werden können.

Fazit

Um dies klar zu stellen, beantragt scienceindustries folgende Formulierung:

E-Art. 735a Abs. 1: Für den Fall, dass die Generalversammlung über die Vergütungen der Geschäftsleitung prospektiv abstimmt, können die Statuten einen Zusatzbetrag vorsehen für die Vergütungen von Personen, die nach der Abstimmung neu als Mitglieder der Geschäftsleitung ernannt werden.

E-Art. 735a Abs. 2: Der Zusatzbetrag darf nur verwendet werden, wenn der von der Generalversammlung beschlossene Gesamtbetrag der Vergütungen der Geschäftsleitung bis zur nächsten Ab-

stimmung der Generalversammlung nicht für die Vergütung der neuen Mitglieder oder der neuen Funktionen bestehender Mitglieder ausreicht.

- **Unzulässige Vergütungen: Anpassung des Wortlautes (E-Art. 735c)**

Im Sinne einer Präzisierung der Regelung zum Konkurrenzverbot schlagen wir vor, es den Arbeitsvertragsparteien zum einen offen zu lassen, für wie lange sie ein Konkurrenzverbot vereinbaren wollen, zum andern aber klar festzuhalten, dass die Bemessungsgrundlage für die vereinbarte Entschädigung für das Konkurrenzverbot (unabhängig von dessen Dauer) auf maximal 12 Monate einer marktüblichen Entgeltung zu beschränken ist (E-Art. 735c Abs. 3). Insbesondere in Branchen, in welchen das Geistige Eigentum einen wesentlichen Erfolgsfaktor darstellt, ist es zur Absicherung des Unternehmens regelmässig erforderlich, auch 12 Monate übersteigende Konkurrenzverbote vereinbaren zu können. Mit der rein monetären Begrenzung der Karrenzenschädigung wird vermieden, unnötig in die Vertragsfreiheit zwischen dem Unternehmen und seinen Angestellten einzugreifen. Gleichzeitig wird der Zweck der im Vorentwurf vorgeschlagenen Regelung gewahrt.

E-Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5 verlangt, dass Antrittsprämien nur dann zulässig sind, wenn sie einen klar nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren. Was der Unterschied zwischen einem „klar nachweisbaren“ und einem „nachweisbaren“ finanziellen Nachteil sein soll, ist nicht verständlich und wird im Erläuternden Bericht auch nicht erklärt. Die Beweisanforderung „klar nachweisbar“ findet sich auch sonst nirgends. Auch diesbezüglich verweisen wir auf die Regelung im Swiss Code of Best Practice.

Fazit

Zusammenfassend beantragt scienceinidustries, E-Art. 735c Abs. 3 ersatzlos zu streichen und gleichzeitig E-Art. 735c Abs. 1 Ziff. 3 wie folgt zu ergänzen: „ ..., wobei eine solche maximal für einen Zeitraum von 12 Monaten bemessen und entschädigt werden darf;“. **Sodann soll das Wort „klar“ in E-Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5 gestrichen werden.**

- **Strafbestimmung: Begriffliche Anpassung (E-Art. 154 StGB)**

E-Art. 154 Abs. 3 StGB schlägt neu vor, das Erfordernis des direkten Vorsatzes in Bezug auf die Begehung der Tathandlungen von Absatz 1 und 2 des gleichen Artikels durch den Wortlaut „Nimmt der Täter die Möglichkeit der Verwirklichung einer Tat nach Absatz 1 und 2 lediglich in Kauf, so macht er sich nach diesen Bestimmungen nicht strafbar“ zu regeln. Art. 24 VegüV verwendete dazu bisher die Terminologie „wider besseres Wissen“.

Auch hier wird die VegüV ohne Not und ohne Begründung abgeändert. Es gibt aus unserer Sicht keinen Grund, vom bisher verwendeten Wortlaut abzuweichen. „Wider besseres Wissen“ stipuliert in der Regel das Erfordernis des direkten Vorsatzes, während das bloss „in Kauf nehmen“ – wie es der neue Wortlaut in E-Art. 154 Abs. 3 StGB vorschlägt – wohl auf die eventualvorsätzliche Begehung abstellt. Beide Begrifflichkeiten bewirken im Ergebnis dieselbe strafrechtliche Wirkung, weshalb es nicht nachvollziehbar ist, warum eine neue Formulierung vorgeschlagen wird. Sollten keine materiellen Änderungen mit dieser Umformulierung angestrebt werden – von wir ausgehen –, so erweist sie sich als unnötig und entsprechend kann auf eine solche verzichtet werden. Der neue Wortlaut in E-Art. 154 Abs. 3 StGB führt im Ergebnis nur zu einer unnötigen Abweichung von der VegüV, mit der blossen Auswirkung, dass die Regelungsadressaten zusätzlich verunsichert werden.

Fazit

scienceindustries beantragt daher, zur Regelung des Erfordernisses des Vorsatzes, den in Art. 24 VegÜV verwendeten Terminus „wider besseres Wissen“ beizubehalten.

- **Keine Stimmpflicht der Vorsorgeeinrichtungen (E-Art. 71a & 71b AHVG)**

Wir lehnen insbesondere eine zwingende Verpflichtung zur Abstimmung über alle Traktanden ab. Was verfassungsmässig erforderlich ist, hat der Bundesrat in der VegÜV festgelegt. Es gibt keinen Grund, darüber hinaus Aktionären – so auch nicht Vorsorgeeinrichtungen – einen Stimmzwang aufzuerlegen. Ein umfassender gesetzlicher Stimmzwang für Vorsorgeeinrichtungen würde zu einem grundsätzlichen Paradigmenwechsel führen, der so weder verfassungsrechtlich vorgesehen, noch sachlich begründet ist. Eine Vorsorgeeinrichtung wird auch ohne neuen gesetzlichen Zwang ihre Stimme zu anderen als den vorgeschriebenen Traktanden abgeben, wenn sie dies mit Blick auf die Interessen ihrer Destinatäre als erforderlich erachtet. Dazu ist sie im Übrigen unter den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Schweizer Vorsorgerechts bereits verpflichtet. Auch die Richtlinien für institutionelle Investoren halten Vorsorgeeinrichtungen an, die Stimmrechte an der GV auszuüben, wenn dies im Interesse der Destinatäre geboten ist (Ziff. 1 der Richtlinien). Die Aktienrechtsrevision soll daher auch in dieser Hinsicht nicht kostentreibend überregulieren.

Fazit

scienceindustries beantragt daher, die bisherige Aufzählung der Traktanden, unter der eine Stimmabgabe durch die Vorsorgeeinrichtungen zwingend zu erfolgen hat (bisheriger Art. 22 Abs. 1 Ziff. 1 -3 VegÜV), beizubehalten.

Kein Sonderprozessrecht und keine erweiterten Klagerechte

Der Revisionsentwurf sieht an mehreren Stellen Anpassungen am bestehenden Recht vor, welche einen direkten Einfluss auf das Prozessrecht und die Klagerechte der Aktionäre haben. Dass dies hoch standortrelevante Faktoren sind, zeigt sich exemplarisch in den USA, wo eine grosse Anzahl der Firmen in Delaware inkorporiert ist, wo die Prozessrechte vergleichsweise moderat sind. Bisher war man sich auch in der Schweiz weitgehend einig, dass man keine übertriebene Prozesskultur schaffen will.

Die Vorschläge drücken ein Misstrauen gegenüber der Wirtschaft aus. Pauschal scheint der Entwurf davon auszugehen, dass Unternehmen und deren Exponenten stärker kontrolliert und Personen, welche gegen sie Prozesse führen, durch das Gesetz unterstützt werden müssen. Diesem Stereotyp ist entschieden zu widersprechen: Prozessinstrumente in Sondergesetzen führen zu einer unnötigen und schädlichen Zersplitterung des Prozessrechtes, und dies nota bene gerade erst drei Jahre nach Einführung einer einheitlichen Schweizer Zivilprozessordnung. Mittel zur privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung gehören aber nicht in das Aktienrecht. Zudem gehen die Vorschläge auch inhaltlich in die falsche Richtung. So soll beispielsweise eine von der Mehrheit der Aktionäre an der GV abgelehnte Klage von einer kleinen Minderheit auf Kosten der Gesellschaft trotzdem erhoben werden können, was faktisch einer Entmündigung der Aktionäre gleichkäme. Durch die Kostenverlagerung auf die Gesellschaft würden die Prozesse zu einem Selbstbedienungsladen für aktivistische Hedge Funds, Minderheitsaktionäre und Prozessanwälte.

- **Keine Klage auf Kosten der Gesellschaft (E-Art. 697j f.)**

Wenn ein Kläger ohne finanzielles Risiko (und allenfalls sogar unabhängig von seinen Prozessaussichten) klagen kann, verschiebt dies das ausbalancierte Gefüge im Prozess und führt im Ergebnis zu einer **gefährlichen Verzerrung der Prozessrisiken**. Bereits das geltende Recht sieht die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege vor. Voraussetzung dafür ist die Mittellosigkeit natürlicher Personen (Art. 117 ff. ZPO). Dieses Institut hat den Vorteil, dass neben der Bedürftigkeit auch berücksichtigt wird, ob ein Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist, so dass das zuständige Gericht nicht mit unberechtigten oder gar querulatorischen Klagebegehren überhäuft wird. Schliesslich sieht Art. 107 Abs. 1bis VE-ZPO vor, dass das Gericht die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten (Art. 678 und Art. 756 OR), nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen kann. Dies trägt dem allfälligen Bedürfnis eines Aktionärs nach Kostenerleichterung bereits genügend Rechnung. Ansonsten wird das Prozessrecht zu einem Selbstbedienungsladen für Klägeranwälte und aktivistische Aktionäre.

- **Keine Unterstützung einzelner Interessengruppen gegen das Gesamtk Aktionärsinteresse**

Die Vorschläge im Rahmen von Art. 697j f. VE-OR gehen viel zu weit und sind gleichzeitig zu wenig differenziert. Damit wird einem breiten Personenkreis ein Prozessieren ohne eigenes finanzielles Risiko erlaubt. Es besteht damit das Risiko, eine Klägermentalität zu begründen. Dies würde die Unternehmen einschränken und schlimmstenfalls lähmen. Die Kosten, welche einzelne Aktionärsgruppen verursachen würden, gingen zu Lasten der Gesellschaft, mit der Folge, dass sich diese Kosten in einem geschmälernten Gewinn und schliesslich einer geschmälernten Dividende für das Gesamtkaktionariat niederschlagen würden.

- **Unmöglichkeit der klaren Prognose**

Im Zusammenhang mit Art. 697k VE-OR müsste das Gericht faktisch eine Prognose über den Ausgang eines Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsprozesses abgeben. Bei solchen Klagen müssen in der Regel komplexe Rechts- und Sachverhaltsfragen abgeklärt werden. Eine entsprechende Prognose wäre entweder aufwändig oder ohne Willkür nicht zu erbringen. Es wäre ohne weiteres möglich, differenzierte Ansätze zu verfolgen, beispielsweise eine Kostenverteilung nach Ermessen, wonach die Kosten ganz oder teilweise den Klägern auferlegt werden können, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen (vgl. dazu auch die heutigen Bestimmungen zur Sonderprüfung, Art. 697g OR). Damit könnte verhindert werden, dass nicht nur einseitig die Gesellschaft belastet wird. Voraussetzung für die Entlastung des Klägers müsste in jedem Fall sein, dass dieser begründete Anlass zur Klage hatte. Generell vertreten wir indes die Ansicht, es sei wenn überhaupt eine Beweislastverteilung zu wählen, gemäss welcher der Kläger darlegen müsste, dass die Klage im Interesse der Gesellschaft erfolgt, um im Ergebnis querulatorische, die Gesellschaft und damit das gesamte Aktionariat letztlich belastende Prozesse zu vermeiden. Aus einleitend erwähnten Gründen müsste eine solche Regelung jedoch in der ZPO Aufnahme finden und nicht im Aktienrecht.

- **Fragewürdiges Verhältnis zur Aktionärsdemokratie - kompliziertes und teures Verfahren**

Schliesslich ist der vorgeschlagene Kaskadenmechanismus von Art. 697k VE-OR grundsätzlich in Frage zu stellen. Es ist nicht ersichtlich, weswegen das Gericht besser als die Aktionärsmehrheit befähigt sein soll, zu sagen, was im Interesse der Gesellschaft ist. Es ist auch fragwürdig, dass das Gericht einen Entscheid des Aktionariates lediglich auf Antrag eines unterliegenden Minderheitsaktio-

närs hin umkehren darf. Das vorgeschlagene Verfahren ist zudem ausserordentlich kompliziert. Es müssen faktisch zwei Prozesse durchgeführt werden: in einer ersten Phase geht es um die Frage, ob die Gesellschaft die Kosten trägt und dann in einer zweiten Phase geht es dann um die Haftung der Organe.

- **Unberechenbare Auswirkungen des Spontanantrages**

Völlig verfehlt ist schliesslich Art. 703 VE-OR, welcher die Möglichkeit eines Spontanantrages für eine Klage auf Kosten der Gesellschaft an der GV vorsieht. Wie bereits ausgeführt, stellt die Möglichkeit einer Klage auf Kosten des Beklagten einen erheblichen Eingriff in das Rechtssystem dar. Viele Aktionäre kommen dann an die GV, wenn etwas Relevantes traktandiert ist. Dies betrifft insbesondere die institutionellen Investoren. Die Gefahr, dass sich eine einzelne Aktionärsgruppe mit einem Spontanantrag durchsetzt, ist folglich realistisch. Um der Unsicherheit zu begegnen, müsste jeder Aktionär, auch wenn er mit der Performance einer Gesellschaft zufrieden ist, an den GV's anwesend oder vertreten sein. Bei grossen Unternehmen mit international breit gestreuten Aktionären ist dies schlicht realitätsfremd und im Ergebnis ein Ding der Unmöglichkeit.

Fazit

Aus all diesen Gründen beantragt scienceindustries, die Art. 697j, 697k und 703 Abs. 1 VE-OR ersatzlos zu streichen.

Keine gesetzlichen Geschlechterquoten

Die Mitgliedfirmen von scienceindustries nehmen das Anliegen der Frauenförderung ernst und engagieren sich diesbezüglich in verschiedener Hinsicht. Entsprechend arbeiten zwischenzeitlich beachtlich viele Frauen in zahlreichen Unternehmen in hochrangigen Funktionen (bspw. sind viele Country Manager von Pharmafirmen in der Schweiz Frauen) und diese Tendenz wird mit Blick auf den steten gesellschaftlichen Wandel auch weiter zunehmen. Der blosser Umstand, dass in den obersten Leitungsgremien einiger Unternehmen die Frauen noch in der Minderzahl sind, sollte vor diesem Hintergrund nicht überbewertet werden. Beim eingesetzten Wandel handelt es sich um einen organischen Prozess, den es ohne weiteres Zutun des Gesetzgebers fortzusetzen gilt. Staatliche Eingriffe sind nicht nur unnötig, sondern auch kontraproduktiv, wird nämlich gerade durch solche die Akzeptanz der Anliegen der Frauen in der Geschäftswelt nicht gefördert. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall, insofern Quotenkandidatinnen die fachliche Kompetenz in ihrem Umfeld gerne a priori abgesprochen wird und diese sich einem unkonstruktiveren Umfeld ausgesetzt sehen können, als Berufskolleginnen, die eine ordentliche Laufbahn durchlaufen haben. Sodann ist auch darauf hinzuweisen, dass die Privatwirtschaft nicht mit gesetzlichen Geschlechterquoten bevormundet werden soll, während im staatlichen Umfeld von der Einführung solcher Modelle verständlicherweise Abstand genommen wird, wie auch der neuste Entscheid der Rechtskommission des Nationalrates gezeigt hat, welche eine Geschlechterquote in Schweizer Gerichten als zu starr abgelehnt hat (Parlamentarische Initiative 13.482). Wir teilen die Auffassung der Kommissionsmehrheit, dass primär die Qualität und nicht das Geschlecht der Kandidatinnen und Kandidaten für deren Auswahl ausschlaggebend sein soll, was indes in gleichen Massen für die Privatwirtschaft wie auch für den Staat gelten muss. scienceindustries lehnt deshalb die in E-Art. 734e vorgesehene Regelung klar ab. Im Sinne einer Best Practice „Comply Or Explain“-Regelung würden für grössere kotierte Unternehmen in der Schweiz im Ergebnis starre Geschlechterquoten auf Stufe VR und GL vorgesehen, was nicht nur der Sache der Frauenförderung in Ergebnis schadet, sondern weder sach- noch stufengerecht ist und mindestens hinsichtlich der Quoten für die GL einen weiteren standortgefährdenden Schweizer Alleingang darstellte.

- **Quoten sind kein probates Mittel der Frauenförderung**

Für scienceindustries sind Frauenquoten nicht geeignet, Anliegen von Frauen im wirtschaftlichen Kontext nachhaltig zu fördern. Aufgrund starrer Gesetzesquoten und damit im Ergebnis staatlichen Diktats beförderte Frauen werden sich in einem schwierigen Geschäftsumfeld widerfinden und erkennen müssen, dass ihre Kompetenzen mehr in Frage gestellt werden, als jene ihrer Kolleginnen und Kollegen, die eine ordentliche Karriere eingeschlagen haben. Die Förderung der Frau findet nicht über fixierte Quoten statt, sondern über die Schaffung von Strukturen und Positionen in den Unternehmen, die den spezifischen Anliegen der Frauen entgegenkommen und eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und privaten Verpflichtungen mit sich bringen; nota bene ist gerade letzteres auch ein zunehmendes Bedürfnis der Männer. Starre Quotensysteme helfen hier nicht weiter, sind weder im Interesse der Frauen noch der Arbeitgeber und können zudem zu ungewollten Verzerrungen im Arbeitsmarkt führen, wie das Beispiel von Norwegen zeigt. Die Quote von 40 Prozent Frauenanteil in Verwaltungsräten konnte dort auch nicht mittels Rekrutierung von Spezialistinnen aus dem Ausland erreicht werden.

Zudem sei an dieser Stelle die Bemerkung erlaubt, dass heutzutage in der Schweiz alleine schon der Begriff der Frauenförderung als überholt betrachtet werden darf. Die Frauen haben sich in den vergangenen Jahrzehnten klar emanzipiert, dies auch im Wirtschaftsleben. Spezifische Förderung wird

dem heutigen Selbstverständnis der Frauen nicht gerecht, stellt eine solche diese letztlich als hilfsbedürftig dar. Zentral ist und bleibt vielmehr die stete Fortsetzung der Entwicklung neuer Arbeitsmodelle in den Unternehmen und die Chancengleichheit für Mann und Frau: eine Frau muss unter denselben Voraussetzungen dieselben Chancen zu einer beruflichen Laufbahn haben wie ein Mann. Quoten sind indes das pure Gegenteil von Chancengleichheit.

- **Diversität beschränkt sich nicht auf Geschlechterfrage**

Das strategische Gremium eines Unternehmens steht und fällt mit den Kenntnissen, Kompetenzen und Persönlichkeiten seiner Mitglieder. Eine grosse Bandbreite von Kompetenzen und Fähigkeiten innerhalb eines Entscheidungsgremiums ist zentral. Diversität ist daher im Bereich der fachlichen Kompetenzen relevant; damit verbunden ist aber auch eine gute Durchmischung bezüglich Alter, Nationalität, fachlicher Qualifikation, Erfahrung, usw.; das Geschlecht ist dabei nur einer der zu beachtenden Faktoren. Aus Corporate Governance-Sicht sind alle Diversitätsdimensionen - Alter, Ausbildung, Fachkenntnisse, aber auch ausgewogene Geschlechtervertretung - in einem strategischen Gremium von Relevanz. Die Fixierung lediglich auf das Geschlecht ist als „best practice“-Empfehlung verfehlt.

- **Keine Standortgefährdung durch einen Schweizer Alleingang**

Wie erwähnt, ist die richtige Zusammensetzung der GL zentral, wobei eine Vielzahl von Auswahlkriterien berücksichtigt werden müssen. Die Führung von Unternehmen in VR und GL zu besetzen, ist entsprechend schwierig. Insbesondere auf Stufe der GL müssen die Kenntnis des Geschäfts, die entsprechende Fachkompetenz und die zeitliche Verfügbarkeit Priorität bei der Besetzung einer Position haben, ansonsten Unternehmen wirtschaftlich gefährdet würden. Aus diesem Grund gibt es keine mit dem Reformvorschlag vergleichbare Jurisdiktion, die auch auf operativer Ebene eine Geschlechterquote vorsieht. Die Schweiz ginge hier einen im Ergebnis sicherlich standortgefährdenden Alleingang, der unbedingt vermieden werden muss. Vielmehr gilt es, den Talentpool der Frauen langfristig aufzubauen. Dieser organische Prozess ist in vielen Unternehmen im Gang, hat auch Resultate gezeitigt und diesen Weg gilt es fortzusetzen. Denn gesetzgeberische Diktate sind noch immer gescheitert, da die wirtschaftliche Entfaltung den liberalen Kontext benötigt und deshalb auch diesem folgt.

- **Bedeutende formale Defizite des Vorschlages**

Aus rechtsdogmatischen Überlegungen gilt es zudem, klar zwischen einem Regelungsbedarf auf gesetzlicher Ebene und Best practice-Empfehlungen zu unterscheiden. Letztere gehören nicht ins Gesetz, sondern sind bis anhin nach schweizerischem Verständnis Gegenstand von selbstregulativen Kodizes. Entsprechend ist auch diese Thematik im Swiss Code aufgenommen worden und dessen Empfehlungen werden die gewünschte Wirkung zeigen, wie frühere Erfahrungen mit Swiss Code-Empfehlungen zeigen. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, warum die Thematik der Frauenförderung im Zusammenhang mit dem Vergütungsbericht einer Gesellschaft geregelt werden sollen. Der Vergütungsbericht enthält Informationen über die Vergütungspolitik; er wäre ohnehin nicht der richtige Ort für die Kommunikation von Personalentscheiden und organisatorischen Fördermassnahmen.

- **Fazit**

scienceindustries beantragt deshalb, E-Art. 734e ersatzlos zu streichen.

Rückerstattung von Leistungen (E-Art. 678 + 678a)

Die Frage der Rückerstattung von Leistungen ist hochgradig standortrelevant. Die vorgeschlagenen Neuerungen unter Art. 678 und 78a gefährden zum einen die Rechtsicherheit und untergraben zum andern die Glaubwürdigkeit des Schweizer Kapitalmarktes, weshalb scienceindustries diese Regelungen in verschiedener Hinsicht als nicht angezeigt erachtet:

- Wir lehnen eine **Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs** - wie er unter E-Art. 678 OR vorgesehen – ab und erachten es als genügend, wenn die Rückerstattungspflicht auf die GL beschränkt bleibt. Wenn überhaupt eine Ausdehnung diskutiert werden soll, so wäre zumindest darauf zu achten, dass nur solche Personen zusätzlich erfasst werden, die als Empfänger der Leistung in den Entscheidungsprozess über die Ausrichtung der Leistung (direkt oder indirekt) involviert gewesen sind und/oder ein entsprechender Interessenkonflikt vorliegt. Nur in einem solchen Fall wäre eine Überprüfung und etwaige Rückforderung von ausgerichteten Leistungen gerechtfertigt. Ansonsten ist als Grundsatz davon auszugehen, dass die Leistungen an die mit der Geschäftsführung befassten Personen unabhängig und at arm's length erfolgen, weshalb eine Überprüfung der Verhältnismässigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung unnötig ist. E-Art. 678 Abs. 2 würde dagegen eine solche Überprüfung immer zulassen, wobei eine mit der Geschäftsführung befasste Person die Leistung nicht einmal bösgläubig empfangen haben müsste.
- Gemäss Vorschlag des Vorentwurfs soll auf das **Kriterium des bösen Glaubens** verzichtet werden. Ein Verzicht auf das Erfordernis der Bösgläubigkeit ist grundsätzlich problematisch (vgl. auch hier-nach) und im Falle von Aktionären gar falsch. Mitglieder des VR oder der GL wissen oft, ob die Zuteilung von Gewinnanteilen gerechtfertigt ist bzw. ein solches Wissen kann von diesen Personen zumindest in der Regel verlangt werden. Die Lage ist aber eine ganz andere bei Aktionären. Sie sind nur sehr selten ausreichend informiert, um zu beurteilen, ob die Zuteilung von Dividenden gerechtfertigt ist. Zudem sind viele Aktionäre rein passive Anleger und interessieren sich nicht weiter für den Geschäftsverlauf "ihrer" Gesellschaften. Darum wäre es verfehlt, alle – und eben nicht nur die bösgläubigen Aktionäre – zur Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen zu verpflichten. Zudem wäre eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs der aktienrechtlichen Rückerstattungspflicht gefährlich für die Rechtssicherheit und für die Glaubwürdigkeit des Schweizer Kapitalmarkts. Diese Änderung würde Anleger der Gefahr aussetzen, Jahre nach dem Empfang von Dividenden zur Rückerstattung verpflichtet zu werden, selbst wenn sie ihrerseits von der GL, z.B. durch eine falsche Rechnungslegung oder optimistische Aussagen, getäuscht wurden. Ein solches Regulativ wird Investoren sehr zurückhaltend machen und entsprechend würden die Kosten der Kapitalbeschaffung wegen des Risikos einer Rückerstattungsklage stark erhöht. Das Erfordernis der Bösgläubigkeit ist ein zentrales und legitimes Mittel zur Haftungsbeschränkung und muss auch inskünftig erhalten bleiben.
- Der Verzicht auf die **Voraussetzung der Bösgläubigkeit** ist aber auch bei den **übrigen Passivlegitimierten** unangemessen. Ist der Vergütungsanspruch rechtsgültig entstanden, bleibt kein Raum für eine nachträgliche Rückforderung, wenn die betreffende Person gutgläubig war. Eine andere Regelung würde gegen wesentliche rechtliche Grundsätze verstossen und bspw. hochrangige leitende Angestellte schweizerischer Publikumsgesellschaften einem international einzigartigen Rückerstat-

tungsrisiko aussetzen.

- Des Weiteren ist unzutreffend, dass der böse Glaube - wie im Erläuternden Bericht (S. 104) vermerkt - **kaum nachzuweisen** ist. Klar ist dagegen, dass das Kriterium des bösen Glaubens Grenzfälle von der Pflicht zur Rückerstattung ausnimmt. Dies ist im Interesse der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes entscheidend, da ansonsten auch unter diesem Aspekt die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen als Arbeitgeber im Vergleich zu ausländischen Unternehmen klar abnehmen würde. Unter diesem Aspekt ist auch der Vorschlag der Umkehrung der Beweislast (von der Rückerstattungspflicht wird nur ausgenommen, wer als Empfänger der Leistungen beweist, dass er diese in gutem Glaube empfangen hat) klar abzulehnen. Es ist kaum verständlich, warum der Beweis des guten Glaubens einfacher sein soll als der Nachweis des bösen Glaubens.
- Der Erläuternde Bericht (S. 47) führt zu Unrecht an, dass sich die bisherige **Regelung der Rückerstattung von Leistungen** im geltenden Recht als nicht **praktikabel** erwiesen habe. In der Praxis spielt Art. 678 OR jedoch eine wesentliche Rolle, namentlich bei jeder grösseren Finanzierungstransaktion. So werden regelmässig allfällige Garantie- und Sicherheitsleistungen bspw. von Tochtergesellschaften zu Gunsten von Darlehen an die Muttergesellschaft aufgrund des geltenden Art. 678 OR eingeschränkt, um das Haftungsrisiko dort zu belassen, wo es effektiv anfällt. Art. 678 OR hat daher einen grossen praktischen Einfluss, obschon dies möglicherweise in der Öffentlichkeit so nicht wahrgenommen wird.
- Die **Verlängerung der absoluten Verjährungsfrist** auf zehn Jahre (ab Entstehung des Anspruchs) würde zu einer untragbar grossen Rechtsunsicherheit führen. Sie wäre im Zusammenhang mit der Thematik „ungerechtfertigte Bereicherung“ auch absolut singulär. Die absolute Verjährungsfrist – die ja unterbrochen werden kann – ist daher bei fünf Jahren zu belassen. Die Ausgestaltung der Regelung zur Rückerstattung von Leistungen hat für die Unternehmen deswegen eine so hohe Sensibilität, weil insbesondere ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit als Arbeitgeber von leitenden Angestellten sehr direkt tangiert ist. Es muss mit anderen Worten verhindert werden, dass die Schweiz Bestimmungen einführt, die über das hinausgehen, was in vergleichbaren Jurisdiktionen gilt. Der Vorentwurf ist vor diesem Hintergrund insbesondere betreffend der Aufgabe des Kriteriums der Bösgläubigkeit, resp. der Umkehr der Beweislast in dieser Hinsicht und der Verlängerung der Verjährungsfrist auf 10 Jahre klar abzulehnen.
- Zu begrüßen ist indes, dass in Art. 678 Abs. 2 VE-OR das Erfordernis des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung beibehalten wird.

Fazit

scienceindustries beantragt deshalb in diesem Kontext, auf jede Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs zu verzichten, das Kriterium der Bösgläubigkeit (ohne Umkehr der Beweislast) beizubehalten und die absolute Verjährungsfrist auf 5 Jahren zu belassen.

Transparenz bei Rohstoffunternehmen (E-Art. 964a ff.)

Wenngleich scienceindustries keine Mitgliedfirmen hat, die direkt als Rohstoffunternehmen bezeichnet werden können, so kommt sie dennoch nicht umhin, sich zu diesen Bestimmungen zu äussern. Gemäss Erläuterndem Bericht soll eine Regelung vorgeschlagen werden, die den Bestimmungen der EU (am 26. Juni 2013 geänderte Richtlinie 2013/34/EU, Art. 41 ff.) nachgebildet ist. Leider geht der Vorentwurf jedoch in entscheidenden Bereichen über diese EU-Regelung hinaus, denn vom **persönlichen Geltungsbereich** her werden in jenem **alle Unternehmen** erfasst, die **direkt oder indirekt** im Bereich der Mineralgewinnung oder beim Holzeinschlag von Primärwäldern tätig sind (E-Art. 964a Abs. 1). Der Erläuternde Bericht (S. 173) hält dazu fest, dass mit „indirekt“ auch Aktivitäten von Konzernuntergesellschaften und gar von (wohl ausserhalb des Konzerns stehenden) Subunternehmen erfasst werden sollen. Die potenziell sehr weit gehende Konzeption von „direkter oder indirekter“ Tätigkeit findet sich in der erwähnten EU-Richtlinie indes nirgends. Der persönliche Geltungsbereich wird auf Mutter- und Tochtergesellschaften beschränkt und gar präzisiert, dass auch Tochtergesellschaften nur erfasst werden, wenn deren Mutter nicht in der EU ansässig ist und die Zahlungen bei der Mutter nicht konsolidiert wurden (Art. 42 Richtlinie 2013/34/EU). Die EU geht damit von einem rein organisatorischen Ansatz aus und beschränkt den persönlichen Geltungsbereich auf Konzerngesellschaften, was – wenn überhaupt – sachgerecht wäre. Eine weitergehende Schweizer Lösung macht überhaupt keinen Sinn und bringt nur weitreichende Unsicherheiten mit sich. Sofern also überhaupt an der neuen Transparenzregelung festgehalten wird, ist daher die Erwähnung der „indirekten“ Tätigkeit unbedingt zu streichen.

Fazit

Wird an der Transparenzregelung für Rohstoffunternehmen festgehalten, darf die Regelung in keiner Weise über die entsprechenden EU-Bestimmungen hinausgehen. Insbesondere ist der Verweis auf die „indirekte Tätigkeit“ in E-Art. 964a Abs. 1 und die Delegationsnorm in E-Art. 964f zu streichen.

Abschliessend halten wir fest, dass soweit vorliegende Stellungnahme sich nicht explizit zu weiteren Themen im Kontext der Aktienrechtsreform äussert, wir auf die Stellungnahmen von economiesuisse und SwissHoldings verweisen, die wir unterstützen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

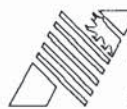


Dr. Gottlieb Keller
Präsident



Dr. Beat Moser
Direktor

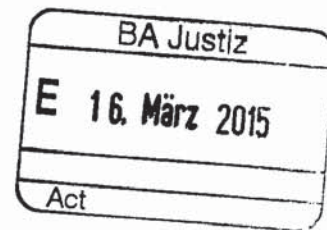
Kopie an:
SwissHoldings und economiesuisse



VERBAND BERNISCHER NOTARE
Rechtsberatung inklusive. Ihre Berner Notare.

ASSOCIATION DES NOTAIRES BERNOIS
Conseil juridique inclu. Vos notaires bernois.

Bundesamt für Justiz
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundesrain 20
3003 Bern



Bern, 13. März 2015

Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Revision des Obligationenrechts vom 28. November 2014

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne erlauben wir uns, Ihnen unsere Stellungnahme zur vorgesehenen Revision des Obligationenrechts vom 28. November 2014 einzureichen. Für Ihre Kenntnissnahme bedanken wir uns im Voraus.

Aus Sicht des Notariatsverbandes interessieren uns insbesondere die Bestimmungen, welche die öffentliche Beurkundung betreffen, weshalb wir unsere Ausführungen auf diese Bestimmungen beschränken. Vor diesem Hintergrund erlauben wir uns, die vorgeschlagene Revision wie folgt zu kommentieren:

Art. 652g OR:

Die Neuerung, dass die Urkundsperson feststellen muss, dass die geforderten Belege ihr vorgelegen haben, begrüssen wir aus notarieller Sicht. Hingegen erlauben wir uns, darauf hinzuweisen, dass es für die Urkundsperson oft nicht möglich ist, zu überprüfen, ob die Belege auch dem Verwaltungsrat als Organ vorgelegen haben, insbesondere, wenn an der Beurkundung lediglich ein Verwaltungsrat

anwesend ist. Häufig enthalten die Statuten die Ermächtigung, dass ein einzelner Verwaltungsrat die Beschlüsse über die Feststellungen betreffend Kapitalerhöhung fassen kann. Diese Ermächtigung reicht aber für die Urkundsperson nicht, um feststellen zu können, ob die Belege dem Verwaltungsrat als Organ vorgelegen haben, da der einzelne Verwaltungsrat zwar die Feststellungsbeschlüsse alleine fassen kann, aber den Verwaltungsrat als Organ nicht weitergehend vertreten kann. Im Gegensatz zur Gründung, bei welcher sich die Gründer vertreten lassen können und somit immer anwesend bzw. vertreten sein müssen, ist der Verwaltungsrat anlässlich der Feststellungsbeschlüsse gerade nicht komplett vertreten. In der Praxis begnügt sich der Notar heute grundsätzlich damit, dass der einzelne für den Verwaltungsrat für die Feststellungsbeschlüsse beschlussfähige Verwaltungsrat anwesend ist und die Belege gesehen hat. Damit dies auch im Gesetz so abgebildet wird, schlagen wir vor, die Feststellung betreffend Belege vom Verwaltungsrat selbst vornehmen zu lassen (als neue Ziffer 4 in Art. 652g OR).

Absatz 3 ist wie folgt abzuändern: ... Die Urkundsperson hat die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrunde liegen, einzeln zu nennen und zu bestätigen, dass sie ihr vorgelegen haben.

Art. 701d OR

Während die neuen Bestimmungen über den Tagungsort in Art. 701a OR klar festhalten, dass die Urkundsperson, die für die öffentliche Beurkundung der Beschlüsse zuständig ist, am Haupttagungsort anwesend sein muss, fehlt eine Bestimmung über die öffentliche Beurkundung in Art. 701d OR vollständig.

Im Sinne einer Klarstellung schlagen wir deshalb vor, für die öffentliche Beurkundung festzuhalten, dass die Urkundsperson die Feststellungen des Verwaltungsrates in dessen Anwesenheit zu beurkunden hat. Ansonsten stellt sich die Frage, ob auch die Feststellungen des Verwaltungsrats lediglich elektronisch abgegeben werden können.

Gerne stehen wir für die Beantwortung von allfälligen Fragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Verband bernischer Notare

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'F' and 'S' intertwined.

Franz Stämpfli, Vize-Präsident

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping 'M' and 'S'.

Ed. Marcel Steck, Sekretär

Bundesamt für Justiz
Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 26. Februar 2015

Änderung des Obligationenrechts, Aktienrecht (Vernehmlassung); Stellungnahme der Zürcher Handelskammer

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 28. November 2014 haben Sie eine Vernehmlassung über eine Änderung des Obligationenrechts (OR; SR 220) eröffnet. Gerne nehmen wir dazu im Folgenden Stellung.

Die Zürcher Handelskammer (ZHK) vertritt die Zürcher Wirtschaft und setzt sich für eine grundsätzlich wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft mit möglichst geringen Einschränkungen ein. Unsere Stellungnahme haben wir mit Unterstützung namhafter Aktienrechtsexperten unserer Mitgliedsunternehmen erarbeitet:

1. Zusammenfassende Beurteilung des Vorentwurfs

Der Vorentwurf nimmt zum einen unbestrittene Aspekte des 2013 zurückgewiesenen Revisionsentwurfs von 2007 wieder auf. Daneben sieht er die Überführung der Regelungen der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV; SR 221.331) ins Gesetz, die Verbesserung der Corporate Governance auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften sowie Regelungen zur Transparenz bei in der Rohstoffförderung tätigen Unternehmen vor.

Die ZHK begrüsst den Vorentwurf insoweit, als dass er eine Liberalisierung der Gründungs- und Kapitalbestimmungen und einen Bürokratieabbau vorsieht. Ebenfalls zu unterstützen ist die Übernahme der VegüV-Bestimmungen in das OR. Der Gesetzesentwurf sieht jedoch weitere Änderungen vor, die wir klar ablehnen. Dazu gehören sämtliche Verschärfungen der von den Unternehmen erst vor kurzem umgesetzten VegüV-Regelungen sowie Regulierungen im Bereich der Stärkung der Aktionärsrechte, Geschlechterquoten, Dispo-Aktien und Rohstoffunternehmen. Bei die-

sen Vorschriften handelt es sich um unnötige Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit, die ausserdem mit nicht zu unterschätzendem administrativem Aufwand einhergehen.

Der Vorentwurf berücksichtigt zu wenig, dass es sich bei Aktiengesellschaften um private Organisationen handelt, die nicht zur Durchsetzung (gesellschafts-)politischer Postulate missbraucht werden sollen. Einschränkungen der Privatautonomie sollten bei privaten Gesellschaften nur bei zwingendem öffentlichem Interesse vorgesehen werden. Ebenfalls findet der Umstand kaum Beachtung, dass Aktionäre nicht den Verwaltungsrat ersetzen können und dass das Wesen des Aktionärs darin besteht, einem Unternehmen Kapital ohne direkte Beteiligung an der Geschäftsführung zur Verfügung zu stellen. Stattdessen gibt der Vorentwurf über weite Strecken einer moralisierenden Grundhaltung Ausdruck, nach welcher der Aktionär grundsätzlich benachteiligt und entsprechend zu schützen sei.

Das geltende Aktienrecht hat sich grundsätzlich bewährt. Eine Überregulierung des Aktienrechts würde – nach den Annahmen der Minder- und der Masseneinwanderungsinitiativen sowie der derzeit herausfordernden Währungssituation – zu einer weiteren Phase der Unsicherheit führen, was der Standortattraktivität der Schweiz abträglich ist; sie ist deshalb abzulehnen.

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs

2.1. Aktienkapital (Art. 621 – 622 VE-OR)

Der Vorentwurf sieht vor, dass neu ein Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen fremden Währung zulässig sein soll (Art. 621 Abs. 2 VE-OR). Die ZHK begrüsst diese Liberalisierung ebenso wie die vorgeschlagene Regelung zum Mindestnennwert, der zukünftig nur noch „grösser Null“ sein soll (Art. 622 Abs. 4 VE-OR).

2.2. Statuteninhalt (Art. 626 VE-OR)

Gesellschaften mit an einer Börse kotierten Aktien sollen zukünftig in ihren Statuten das maximal zulässige Verhältnis zwischen fixer Vergütung und der gesamten Vergütung für Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat festlegen müssen (Art. 626 Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR). Diese Regelung ist aus diversen Gründen abzulehnen: Erstens sollen die Aktionäre über die Gesamtvergütung beschliessen (Art. 735 VE-OR), womit sie genügend Mitsprache bei der Ausgestaltung von Vergütungen haben. Zweitens schafft eine solche Regelung erhebliche Unsicherheit bezüglich der Einschätzung von langfristigen Vergütungsplänen. Drittens reduziert ein zu hoher Anteil von fixer Vergütung die Krisenresistenz von Unternehmen. Viertens zeigen Beispiele aus dem Ausland, dass ähnliche Regelungen zu einer Erhöhung der fixen Entschädigungen führten, was kaum beabsichtigt sein dürfte. Schliesslich ist anzuführen, dass der Vorschlag über die erst umgesetzten VegüV-Bestimmungen hinausgeht und unzählige Statutenänderungen auslösen würde.

Wir beantragen, auf die Pflicht zur Festlegung des Verhältnisses zwischen fixer und gesamter Vergütung zu verzichten.

2.3. Einlagen (Art. 632 – Art. 635 VE-OR)

Der Bundesrat schlägt vor, die Teilliberierung abzuschaffen (Art. 632 VE-OR). Für dieses Verbot besteht unseres Erachtens keine Notwendigkeit und ist auch aus dem erläuternden Bericht nicht ersichtlich (S. 74).

Wir beantragen, auf eine Änderung von Art. 632 OR zu verzichten.

Begrüssst wird hingegen, dass Unternehmen für die Sacheinlage mehrerer Grundstücke nur noch eine Urkunde (am Sitz der Gesellschaft) erstellen lassen müssen (Art. 634 Abs. 3 VE-OR). Es handelt sich dabei um eine sinnvolle administrative Entlastung der betroffenen Unternehmen.

2.4. Kapitalerhöhung (Art. 650 VE-OR)

Das heutige Recht räumt dem Verwaltungsrat zur Durchführung der ordentlichen Kapitalerhöhung eine Frist von drei Monaten ein. Die Dreimonatsfrist ist jedoch namentlich dann zu kurz, wenn die ordentliche Kapitalerhöhung bei Publikumsgesellschaften mit einer Fusion verbunden ist oder wenn ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben von der Wettbewerbskommission zu prüfen ist. Diese Frist soll auf sechs Monate verlängert werden (Art. 650 Abs. 3 VE-OR), was ein Schritt in die richtige Richtung darstellt. Wir schlagen indessen vor, die Frist nicht nur auf sechs, sondern auf zwölf Monate zu verlängern, um den Unternehmen grössere Flexibilität einzuräumen.

Wir beantragen, die Frist in Art. 650 Abs. 3 VE-OR von sechs auf zwölf Monate zu verlängern.

2.5. Bezugsrecht (Art. 652b VE-OR)

Mit der vorgeschlagenen expliziten Regelung der Festübernahme (Art. 652b Abs. 1 bis VE-OR) wären diese nur noch unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig. Für eine solche Einschränkung gibt es jedoch keine Veranlassung, sind doch heute keinerlei Probleme bekannt und die Rechtsunsicherheit hat keine praktischen Auswirkungen.

Wir beantragen, auf eine gesetzliche Regelung der Festübernahme zu verzichten.

Nicht praktikabel ist die Anforderung, wonach der Ausgabebetrag nur dann wesentlich tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden darf, wenn (das Bezugsrecht handelbar ist oder) sämtliche an der Generalversammlung vertretenen Aktionäre dem Ausgabebetrag zustimmen (Art. 652b Abs. 4 VE-OR). In der Praxis wäre diese Hürde so hoch, dass Kapitalerhöhungen bei nicht-kotierten privaten Aktiengesellschaften zu Sanierungszwecken in vielen Fällen verhindert würden. Die vorgeschlagene Regelung erschwert daher Unternehmenssanierungen, was nicht im Interesse des Wirtschaftsstandorts Schweiz ist.

Wir beantragen, das Einstimmigkeitserfordernis gemäss Art. 652b Abs. 4 VE-OR (insbesondere bei kotierten Gesellschaften) durch ein qualifiziertes Mehr (zwei Drittel der abgegeben Stimmen) zu ersetzen.

2.6. Kapitalherabsetzung (Art. 653j – Art. 653o VE-OR)

Wir begrüssen, dass die im geltenden Recht nur rudimentär geregelte Kapitalherabsetzung mit umfassenden Bestimmungen präzisiert werden soll. Ein Mangel des Kapitalherabsetzungsverfah-

rens im geltenden Recht ist der Umstand, dass die Generalversammlung grundsätzlich nur einen festen Herabsetzungsbetrag beschliessen kann. Unter Umständen weiss man bei der Ausgabe von Put-Optionen zwecks Aktienrückkaufs im Zeitpunkt der Generalversammlung noch nicht genau, wie viele Aktien angedient werden. Es sollte daher vorgesehen werden, dass die Generalversammlung auch nur einen Maximalbetrag bestimmen kann, um den das Aktienkapital herabgesetzt werden soll.

Wir beantragen, die Bestimmungen zur Kapitalherabsetzung so zu ergänzen, dass die Generalversammlung auch nur einen Maximalbetrag bestimmen kann, um den das Aktienkapital herabzusetzen ist.

2.7. Kapitalband (Art. 653s VE-OR)

Wir begrüssen die Einführung des Kapitalbands als sinnvolle Flexibilisierung und erachten die vorgeschlagene Regelung (insbesondere auch die von drei auf fünf Jahren verlängerte Frist) als angemessen.

2.8. Partizipationsschein (Art. 656a – Art. 656c VE-OR)

Die ZHK unterstützt den Verzicht auf die bisherige Beschränkung des Partizipationskapitals auf das doppelte des Aktienkapitals (Art. 656b Abs. 1 VE-OR). Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb diese Flexibilisierung nur für an Börsen kotierte Partizipationsscheine gelten sollte. Es ist zwar richtig, dass die Veräusserung nicht börsenkotierter Partizipationsscheine oft schwierig ist und dies den Rechtsschutz des Eigentums beeinträchtigen kann. Diese Rahmenbedingungen sind indessen bereits beim Erwerb von Partizipationsscheinen bekannt. Wem das Risiko der Nichtveräusserbarkeit zu hoch ist, kann auf den Erwerb von Partizipationsscheinen verzichten.

Wir beantragen, den zweiten Satz von Art. 656b Abs. 1 VE-OR („Bei den übrigen...“) ersatzlos zu streichen.

2.9. Dividendendifferenzierung (Art. 661 VE-OR)

Gemäss dem vorgeschlagenen Art. 661 Abs. 2 VE-OR können Statuten vorsehen, die Teilnahme an der Generalversammlung finanziell zu belohnen. Eines der Grundprinzipien des Aktienrechts besagt, dass die einzige Pflicht des Aktionärs die Liberierungspflicht ist. Art. 661 Abs. 2 VE-OR würde den Aktionär aber faktisch zwingen, seine Stimmrechte in der Generalversammlung auszuüben, da er andernfalls mit einer erheblichen Beeinträchtigung seiner Vermögensrechte sanktioniert würde. Beachtung dient ferner, dass eine Dividendendifferenzierung vor allem von beherrschten Gesellschaften umgesetzt werden dürfte, was eine Umverteilung von Minderheits- zu Mehrheitsaktionären bewirken könnte. Zu befürchten ist ausserdem eine Benachteiligung ausländischer Aktionäre, was die Schweiz als Investitionsstandort unattraktiver machen würde.

Wir beantragen, auf die Möglichkeit zur Dividendendifferenzierung zu verzichten.

Sollte diese Bestimmung dennoch Eingang ins Gesetz finden, wäre darauf zu achten, dass auch die Stimmrechtsausübung durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter als Teilnahme gilt und zum Bezug der höheren Dividende berechtigt. Dasselbe soll für den Fall einer Enthaltung gelten.

2.10. Gesetzliche Kapitalreserve (Art. 671 VE-OR)

Die geplanten Regelungen zur gesetzlichen Kapitalreserve sind sinnvoll und schaffen Kohärenz zur Unternehmenssteuerreform II. Sie sind deshalb zu unterstützen.

2.11. Zwischendividenden (Art. 675a VE-OR)

Die Schaffung einer klaren gesetzlichen Grundlage für die Zwischendividenden ist zu begrüßen. Zwischen- bzw. Interimsdividenden dienen dem in der Praxis verstärkt auftretenden Bedürfnis nach Liquiditätsumverteilung innerhalb eines Konzerns (unter dem Jahr) und bei Gesellschaften, deren Aktionäre aufgrund ihrer Herkunft Quartalsdividenden gewöhnt sind.

2.12. Rückerstattung von Leistungen (Art. 678 und Art. 678a VE-OR)

Das geltende Recht setzt für die Rückerstattung von ungerechtfertigt bezogenen Leistungen Bösgläubigkeit voraus. Der Vorentwurf sieht nun eine Beweislastumkehr vor, indem der Empfänger der Leistung nachzuweisen hat, dass er diese in gutem Glauben empfangen hat und zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist (Art. 678 Abs. 3 VE-OR). Diese Beweislastumkehr ist problematisch und abzulehnen. Ausserdem stellt sich die Frage, wie mit der Rückerstattungspflicht umzugehen ist, wenn die Generalversammlung zu einem früheren Zeitpunkt alle Vergütungen genehmigt hat. Ebenfalls abzulehnen ist die Ausdehnung der Verjährungsfrist von fünf auf zehn Jahre (Art. 678a Abs. 1 VE-OR), da sie für alle Beteiligten zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führt.

Wir beantragen, auf eine Änderung von Art. 678 und den vorgeschlagenen Art. 678a zu verzichten.

2.13. Auskunfts- und Einsichtsrecht (Art. 697 – Art. 697b VE-OR)

Mit dem Ausbau der Auskunfts- und Einsichtsrechte wird unseres Erachtens ein Scheinproblem aufgegriffen. Es sind jedenfalls keine Probleme mit dem geltenden Auskunfts- und Einsichtsrechts nach Art. 697 OR bekannt.

Wir beantragen, auf die Änderung von Art. 697 und den vorgeschlagenen Art. 697a zu verzichten.

2.14. Sonderprüfung (Art. 697c – Art. 697i VE-OR)

Der Vorentwurf beinhaltet eine Umbenennung der heutigen „Sonderprüfung“ nach Art. 697c OR ff. in „Sonderuntersuchung“. Der Begriff „Sonderprüfung“ hat sich jedoch bewährt. Die ZHK lehnt diese Umbenennung denn auch aus praktischen Gründen ab: Sie löst unnötigen Anpassungsaufwand aus.

Ebenfalls abzulehnen ist die Senkung des nach Ablehnung durch die Generalversammlung zur Einleitung einer Sonderprüfung berechtigenden Schwellenwertes bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien (Art. 697d Abs. 1 VE-OR). Der Bedarf für eine entsprechende Rechtsänderung ist nicht ausgewiesen und wird auch im erläuternden Bericht nicht weiter dargelegt (S. 113 ff.).

Problematisch ist ferner der Vorschlag, die Kosten einer Sonderprüfung in jedem Fall der Gesellschaft zu übertragen (Art. 697i VE-OR). Es kann gerechtfertigt sein, die Kosten ganz oder teilweise

den Gesuchstellern aufzuerlegen. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass wer klagen will, auch ein Kostenrisiko zu tragen hat. Die geltende Regelung (Art. 697g OR) ist deshalb beizubehalten.

Wir beantragen, weiterhin den Ausdruck „Sonderprüfung“ zu verwenden, auf eine Senkung der Schwellenwerte zu verzichten und die differenzierte Regelung der Kostenauf-erlegung des geltenden Rechts beizubehalten.

2.15. Klage auf Kosten der Gesellschaft (Art. 697j und Art. 697k VE-OR)

Mit der Klage auf Kosten der Gesellschaft soll ein neues Klageinstrument geschaffen werden, das unausgegoren wirkt. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Generalversammlung überhaupt über einen Antrag auf Erhebung einer Klage beraten soll, wenn die nicht durchdringenden Aktionäre auch nach Ablehnung ihres Begehrens beim Gericht um Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft ersuchen können (Art. 697k VE-OR). Für solche Anträge, welche bei Genehmigung durch die Generalversammlung oder Zulassung durch das Gericht für die betroffene Gesellschaft eine grosse Belastung darstellen und hohe Kosten mit sich bringen können, sind hohe Hürden anzusetzen. Das vorgeschlagene Verfahren erscheint ausserdem sehr kompliziert, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit erwarten lässt. Die Klage auf Kosten der Gesellschaft ist aber auch aus grundsätzlichen Gründen abzulehnen: Es soll kein Sonderprozessrecht geschaffen werden.

Wir beantragen die ersatzlose Streichung von Art. 697j und Art. 697k VE-OR.

2.16. Schiedsgericht (Art. 697l VE-OR)

Die vorgeschlagene Möglichkeit für die schiedsgerichtliche Erledigung von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten wird als Liberalisierung begrüsst. Sie vereinfacht die rasche Streiterledigung und ist insbesondere bei Aktionärsbindungsverträgen mit in- und ausländischen Aktionären sinnvoll. Der Entwurf sollte indessen dahingehend präzisiert werden, dass bei Aufnahme dieser Möglichkeit in die Statuten die Aktionäre ohne explizite (individuelle) Zustimmung bzw. durch den Erwerb der Aktien an diese Vorschrift gebunden sind.

2.17. Generalversammlung (Art. 699, 699a, 700, 701g und 703 VE-OR)

Der Vorentwurf sieht tiefere Schwellenwerte für die Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 3 VE-OR) und für die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen (Art. 699a Abs. 1 VE-OR) vor. Die ZHK unterstützt, dass die entsprechenden Schwellenwerte nicht mehr als Nennwerte, sondern als Prozentwerte definiert werden sollen. Die Schwellenwerte für an der Börse kotierte Gesellschaften sind unseres Erachtens zu tief angesetzt und sollten leicht erhöht werden, bspw. auf 5 Prozent (Einberufung) bzw. 1 Prozent (Traktandierung).

Weiter ist vorgesehen, die Einberufungsfrist von 20 auf 30 Tage zu erhöhen (Art. 700 Abs. 1 VE-OR). Die gemäss heutiger Regelung bestehende Einberufungsfrist von 20 Tagen reicht aus, damit sich die Aktionäre auf die Generalversammlung vorbereiten können. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Frist zu verlängern ist. Ebenfalls abgelehnt wird die geplante Vorgabe, wonach der Verwaltungsrat die Einheit der Materie wahren soll (Art. 700 Abs. 3 VE-OR). Es ist unklar, welches Problem hier überhaupt besteht und weshalb dieser Aspekt einer gesetzlichen Regelung bedarf.

Der Vorentwurf sieht für börsenkotierte Gesellschaften zudem die Pflicht vor, den Aktionären ein elektronisches Forum zur Verfügung zu stellen (Art. 701g VE-OR). Es steht jedem Unternehmen frei, ein solches Forum in eigener Initiative einzurichten. Aktionäre tauschen sich bereits heute über verschiedene Foren aus, die von Dritten angeboten werden. Für eine gesetzliche Pflicht besteht hingegen keine Notwendigkeit, weshalb sie aus liberaler Sicht abzulehnen ist. Es würden sich zudem bei einem solchen Forum heikle Abgrenzungsfragen zu den Pflichten der ad-hoc Publizität und der Gleichbehandlung der Aktionäre ergeben. Nicht zu unterschätzen ist auch die administrative Belastung, die sich nur schon aus der Erarbeitung neuer Reglemente ergibt (Art. 701g Abs. 5 VE-OR).

Daher beantragen wir, die Einberufungsfrist bei 20 Tagen zu belassen, auf die Vorgabe der Einheit der Materie und die Pflicht zur Einrichtung eines elektronischen Forums zu verzichten.

Da wir die Klage auf Kosten der Gesellschaft (s.o.) als neues Instrument ablehnen, ist Art. 703 VE-OR entsprechend anzupassen.

Hingegen begrüsst die ZHK die weiteren Änderungen wie bspw. zum Tagungsort oder zur Cybergeneralversammlung als sinnvolle Flexibilisierungen.

2.18. Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates (Art. 717 VE-OR)

Die Sorgfalts- und Treuepflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates soll in Zukunft auch die Festlegung der Vergütungen umfassen. Dabei haben sie dafür zu sorgen, dass die von ihnen festgelegten Vergütungen sowohl mit der wirtschaftlichen Lage als auch mit dem dauernden Gedeihen des Unternehmens in Einklang stehen und in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfänger stehen. Diese Regelung ist abzulehnen. Die Generalversammlung entscheidet abschliessend über die Vergütungen (Art. 735 VE-OR). Es ist deshalb konzeptionell falsch, den Verwaltungsrat für solche Entscheide in die Verantwortung zu nehmen.

Wir beantragen die ersatzlose Streichung von Art. 717 Abs. 1^{bis} VE-OR.

2.19. Vergütungsbericht (Art. 734a – Art. 734d VE-OR)

Die vorgeschlagenen Bestimmungen zum Vergütungsbericht sehen die Offenlegung der individuellen Vergütungen und Leistungen an jedes einzelne Verwaltungsrats-, Beirats- und Geschäftsleitungsmitglied (von börsenkotierten Gesellschaften) vor und gehen damit weit über die Vorgaben von Art. 95 Abs. 3 Bundesverfassung („Minderinitiative“) hinaus. Der Zwang zur Offenlegung der individuellen Entschädigungen ist aus prinzipiellen Gründen abzulehnen, denn das Recht auf Privatsphäre steht auch führenden Exponenten von börsenkotierten Unternehmen zu. Zudem handelt es sich bei diesem Regelungsvorschlag um den typischen Fall einer Regulierung mit unbeabsichtigten Nebenwirkungen: Erfahrungen zeigen, dass die Saläre von Führungskräften erheblich angestiegen sind, nachdem ihre individuellen Entschädigungen offengelegt wurden. Es ist daher unklar, welches Ziel mit dieser zusätzlichen Regulierung überhaupt erreicht werden soll.

Wir beantragen, auf die Pflicht zur Nennung der individuellen Entschädigungen zu verzichten.

2.20. Vertretung der Geschlechter (Art. 734e VE-OR)

Eine diversifizierte Unternehmensführung ist für jedes Unternehmen wichtig und kann nach allgemeinem Verständnis auch dessen ökonomischen Erfolg erhöhen. Es sind deshalb heterogen zusammengesetzte Führungsgremien anzustreben, wie dies auch der „Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance“ von economiesuisse vorsieht. Entsprechend ist dieses Bewusstsein in vielen Unternehmen vorhanden. Eine gesetzlich verordnete Geschlechterquote für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ist jedoch abzulehnen. Sie bedeutete einen erheblichen Eingriff in die Organisationsfreiheit von Unternehmen und ist zudem nicht dazu geeignet, die festgestellte Problematik, dass Frauen aus dem Erwerbsleben ausscheiden, weil sich Beruf und persönliche Lebensplanung nicht verbinden lassen, zu beseitigen.

Wir beantragen, auf Art. 734e VE-OR zu verzichten.

2.21. Abstimmungen der Generalversammlung über Vergütungen (Art. 735 – Art. 735d VE-OR)

Diese Bestimmungen werden nur so weit unterstützt, als dass sie die VegüV-Bestimmungen ins Gesetz übernehmen. Nicht dazu gehört Art. 735 Abs. 4 VE-OR, mit dem prospektive Abstimmungen über variable Vergütungen verboten werden sollen. Viele Gesellschaften haben ihre Statuten erst kürzlich aufgrund der VegüV angepasst und sollen nun nicht schon wieder zu weiteren Statutenänderungen verpflichtet werden. Aus dem gleichen Grund drängen sich keine materiellen Änderungen bei den Bestimmungen zum Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung (Art. 735a) sowie zu unzulässigen Vergütungen (Art. 735c) auf.

Wir beantragen, auf Verschärfungen gegenüber der VegüV in Art. 735 ff. VE-OR zu verzichten.

2.22. Organhaftung und Revisorenhaftung (Art. 754 und 759 VE-OR)

Die Beschränkung der Revisorenhaftung, wie sie mit Art. 759 VE-OR vorgesehen ist, wird begrüsst. Abgelehnt wird hingegen die Ausdehnung der Organhaftung auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter (Art. 754 Abs. 1 VE-OR). Sie würde dazu führen, dass sich kaum mehr Personen für die Tätigkeit als unabhängiger Stimmrechtsvertreter zur Verfügung stellen würden.

Wir beantragen, auf die Ausdehnung der Organhaftung auf die unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu verzichten.

2.23. Rechnungslegung (Art. 963 VE-OR)

Nach geltendem Recht müssen nur börsenkotierte Gesellschaften eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellen, wenn die Börse dies verlangt (Art. 963b Abs. 1 Ziff. 1 OR). Dieser Grundsatz soll nach dem Vorentwurf des Bundesrates nun umgekehrt werden, indem gemäss dem neu vorgesehenen Art. 963b Abs. 1 VE-OR die Konzernrechnung – unabhängig von einer Börsenkotierung – nach einem anerkannten Standard erstellt werden muss. Der Bundesrat rechtfertigt diese Grundsatzänderung damit, dass parallel dazu die Schwellenwerte der Ausnahmeregel verdoppelt würden (Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1 VE-OR). Trotz der Erhöhung der Schwellenwerte bleibt die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung eine Abkehr von

einem bewährten Grundsatz. Die mit vorliegender Gesetzesänderung resultierende Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen nichtbörsenkotierten Unternehmen ist sachlich nicht gerechtfertigt. Das geltende Recht bietet zudem bereits genügenden Schutz vor ungenügenden Informationen über die Konzernrechnung: Minderheitsaktionäre haben die Möglichkeit, die Anwendung eines anerkannten Standards zu verlangen (Art. 963b Abs. 4 Ziff. 1 OR). Es sind somit keinerlei schutzwürdige Interessen erkennbar, die nicht schon heute Berücksichtigung im Gesetz finden. Es soll nichtkотиerten Unternehmen – unabhängig von deren Grösse – grundsätzlich möglich sein, weiterhin eine Konsolidierung nach Buchwerten beziehungsweise nach OR vornehmen zu können. Eine von der Frage einer Börsenkotierung unabhängige Verpflichtung, die Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard erstellen zu müssen, hätte massiv höhere Revisionskosten und erheblichen administrativen Mehraufwand für die neu zu einem solchen Standard verpflichteten Unternehmen zur Folge.

Unterstützung verdienen hingegen die Erhöhung der Schwellenwerte als Massnahme zur administrativen Entlastung (Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1 VE-OR) und die Anpassungen von Art. 963a Abs. 2 Ziff. 2 und 5 sowie Art. 963a Abs. 4 VE-OR.

Wir beantragen, auf eine Änderung von Art. 963b OR zu verzichten.

2.24. Transparenz bei Rohstoffunternehmen (Art. 964a – Art. 964f VE-OR)

An diesen Bestimmungen zeigt sich exemplarisch der moralisierende Eifer, der bei der Erarbeitung des Vorentwurfs Pate gestanden ist. Es wird versucht, per Gesetz eine Unterscheidung zwischen „guten“ und „bösen“ Wirtschaftssektoren vorzunehmen, was entschieden abzulehnen ist. Sektorspezifische Bestimmungen gehören grundsätzlich nicht ins Aktienrecht. Bei der Umsetzung der Berichterstattungspflicht über Leistungen an staatliche Stellen dürfte es zudem zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, da nicht überall eindeutig ist, ob es sich bei einer Organisation um eine „staatliche Stelle“ handelt (Art. 964a Abs. 1 VE-OR). Es ist ferner nicht nachvollziehbar, inwiefern zusätzliche Bürokratie zu einer Beseitigung von wahrgenommenen und tatsächlichen Problemen führen soll. Besonders kritisch stehen wir Art. 964f VE-OR gegenüber, mit dem sich der Bundesrat die Option vorbehält, „im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens“ die Transparenzanforderungen auch auf Unternehmen des Rohstoffhandels auszuweiten.

Wir beantragen, auf die sektorspezifischen Bestimmungen zu Rohstoffunternehmen zu verzichten.

2.25. Strafgesetzbuch (Art. 154 VE-StGB)

Die vorgeschlagene Regelung im Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0) scheint in Bezug auf den Rechtsirrtum eine Verschärfung gegenüber Art. 24 Abs. 1 VegüV darzustellen. Hierfür gibt es unseres Erachtens keine Notwendigkeit. Dies gerade auch deshalb, weil das bereits geltende und noch mehr das zukünftige Aktienrecht zahlreiche Instrumente umfasst, mit denen die Aktionäre die Vergütungspolitik wirksam mitbestimmen können.

Die Straftatbestände sind, ohne dass Art. 95 Abs. 3 BV dies vorschreiben würde, als Offizialdelikte ausgestaltet. Die Tatsache, dass die Straftatbestände in erster Linie die Vermögensinteressen und Mitwirkungsrechte der Aktionäre bzw. das Recht auf Offenlegung und damit individuelle Interes-

sen der Aktionäre betreffen, spricht für deren Ausgestaltung als Antragsdelikte. Als Officialdelikt werden in der Regel relativ schwerwiegende Rechtsgutsverletzungen ausgestaltet. Bei den vorliegenden Straftaten handelt es sich teilweise um Widerhandlungen mit eher geringem Unrechtsgehalt; in der Regel wird auch kein spezifisches Interesse der Öffentlichkeit an einer Strafverfolgung bestehen. Die Strafnorm ist daher als Antragsdelikt auszugestalten.

Wir beantragen deshalb, auf eine Verschärfung gegenüber der VegüV zu verzichten die Straftatbestände in Art. 154 VE-StGB als Antragsdelikte auszugestalten.

2.26. Vorsorgeeinrichtungen (Art. 71a und 71b VE-BVG)

Mit den vorgeschlagenen Bestimmungen im Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) soll die Stimmpflicht von Vorsorgeeinrichtungen ins Gesetz übernommen werden. Art. 22 VegüV beschränkte die Stimmpflicht der Vorsorgeeinrichtungen bei direkt gehaltenen Aktien auf Traktanden, die im Kontext zu Vergütungsfragen stehen. Neu sollen sich Vorsorgeeinrichtungen zwingend zu allen Traktanden äussern und diese Stimmpflicht auch bei gewissen indirekt gehaltenen Titeln wahrnehmen. Der Vorentwurf geht damit über Art. 22 VegüV hinaus, was abzulehnen ist. Zudem soll es Vorsorgeeinrichtungen weiterhin möglich sein, sich im Interesse der Versicherten der Stimme zu enthalten, was von Art. 22 Abs. 3 VegüV explizit ins Gesetz zu übernehmen ist.

Wir beantragen, die in der VegüV verankerten Bestimmungen zur Stimmpflicht unverändert in das BVG zu übernehmen.

3. Zusätzliche Anregung

Wir bedauern, dass der Vorentwurf den sinnvollen Vorschlag des Bundesrates von Ende 2012 zur Aufhebung der Beurkundungspflicht bei einfach strukturierten Gesellschaften nicht wieder aufnimmt. Er würde zu einer willkommenen administrativen Entlastung führen.

Wir beantragen, die Aufhebung der Beurkundungspflicht bei einfach strukturierten Gesellschaften in die Revisionsvorlage aufzunehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Zürcher Handelskammer



Dr. Regine Sauter
Direktorin



Mario Senn
Leiter Politik & Projekte

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Email an:
ehra@bj.admin.ch

RR/jsa

312

Bern, den 13. März 2015

Stellungnahme des Schweizerischer Anwaltsverbands zur VernehmlassungoÄnderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) VVorentwurf des EJPD zur Revision des Aktienrechtes vom 2m11.2014

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) dankt Ihnen für die Gelegenheit zur oben genannten Vernehmlassung Stellung nehmen zu können.

Einleitung

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat am 28. November 2014 einen Vorentwurf der Revisionsvorlage des Aktienrechts vorgelegt. Die Vernehmlassung wurde eröffnet und sie läuft bis zum 15. März 2015.

Der SAV hat eine Vernehmlassungskommission konstituiert, die den Vorentwurf einer vertieften Analyse unterzogen hat und deren Schlussfolgerungen im Wesentlichen die Stellungnahme des SAV bilden.

Die Arbeiten der Vernehmlassungskommission wurden von Dr. Andreas von Planta koordiniert.

Sie bestand im Weiteren aus den Rechtsanwälten und Professoren Jean-Paul Vulli  ty, Andreas Binder, Philipp Habegger und Matteo Pedrazzini.

Ziel des Vernehmlassungsberichtes ist es nicht, eine politische Stellungnahme abzugeben. Der SAV als Standesorganisation ist dazu berufen, die Interessen seiner Mitglieder zu wahren. Rechtsanwälte sind ein nicht wegzudenkender Teil des Aktienrechtes. Sie beraten Gesellschaften, Organe, Aktionäre, Gläubiger und weitere interessierte Parteien. Gegebenenfalls vertreten sie deren Interessen vor Gericht. Es kann deshalb nicht darum gehen, in dieser Stellungnahme zu einem aktienrechtlichen Gesetzesentwurf in irgendeiner Form Partei zu ergreifen. Ziel des Beitrages ist es vielmehr, in objektivierter Form rechtliche Schwachstellen zu identifizieren und auf praktische Probleme hinzuweisen, die sich aus der vorgeschlagenen Regelung ergeben können. Im weiterem muss es darum gehen, berufsspezifische Hinweise anzubringen.

Die vorgeschlagene Revision betrifft wichtige Punkte des Aktienrechts. Sie geht quer durch das Gesetz, r  hrt an essenziellen Punkten des Rechts und darf füglich als grosse Revision bezeichnet werden. Sie überführt zudem den neuen Artikel 95 Abs. 3 BV und die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) in das Gesetz.

In vielen Punkten begrüsst der SAV die vorgeschlagenen Änderungen. Er nimmt namentlich mit Befriedigung zur Kenntnis, dass eine Grosszahl der Anregungen, die er in seiner Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 2. Dezember 2005 gemacht hat, im neuen Vorentwurf berücksichtigt wurden. Er anerkennt, dass das EJPD nicht nur bestrebt war, gewisse Schwächen und Irrtümer der Revision von 1991 auszumerzen, sondern auch Schwachpunkte der Folgeprojekte von 2007 und 2010 (indirekter Gegenvorschlag zur Initiative Minder) neu betrachtet und korrigiert hat. Der SAV begrüsst, dass den gewandelten Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen wird. Dies betrifft namentlich die neue Konzeption der Kapitalausstattung, sowie die Neuerungen bei der Durchführung der Generalversammlung. Auf der anderen Seite hat der Verband noch immer Mühe mit der generellen Tendenz, das Verhältnis zwischen Aktionären und ihrem Verwaltungsrat als antagonistisch anzusehen. Diese Tendenz, die sich aus verschiedenen Revisionspunkten und namentlich dem Text des Begleitberichtes ergibt, führt zum Risiko, ein generell gut funktionierendes System konzeptionell aus den Angeln zu heben, um kurzfristigen Modeströmungen nachzuleben.

In verschiedenen Punkten trägt der Entwurf den Bedürfnissen der Gesellschaften nach Rechtssicherheit zu wenig Rechnung. Sowohl in Vergütungsfragen als auch in der Rechnungslegung wurde das geltende Recht vor kurzer Zeit in wichtiger Weise revidiert. Die Gesellschaften haben sich an die neuen Bestimmungen angepasst. Es ist schwierig (und nicht notwendig), im bestehenden Revisionsvorhaben erneut auf diese Punkte zurückzukommen und den Gesellschaften weitere Änderungen aufzuzwingen. Rechtssicherheit ist ein wichtiges Element unserer Rahmenbedingungen und sie sollte nicht ohne Not in Frage gestellt werden.

Nachfolgend an diese einleitenden Bemerkungen sollen folgende grundsätzlichen Punkte aufgebracht werden.

Erklärungen

1. Rechte der Aktionäre

Der Vorentwurf führt einzelne Bestimmungen ein, die die Rechte der Aktionäre erneut stärken sollen.

Wir sind tendenziell zurückhaltend gegenüber der weiteren Stärkung der Aktionärsrechte und wir warnen davor, zwei wichtige Parameter aus den Augen zu verlieren.

Erstens müssen die Aktionärsrechte davon beeinflusst sein, dass die Aktionäre gegenüber der Gesellschaft keine die Liberierung des Ausgabebetrags übersteigenden Pflichten haben. Und zweitens können Rechte, die die sogenannten „Kleinaktionäre“ schützen, zu sinnfremden Zwecken ausgenutzt werden. Die radikale Herabsetzung verschiedener Schwellen zur Ausübung der Rechte kann hier angesiedelt werden. Die Harmonisierung der Schwellen darf nicht Selbstzweck sein; wenn der Zweck der Schwellenwerte unterschiedlich sein sollte, sind sie nicht anzugleichen.

Der SAV anerkennt, dass verschiedene neue Rechte der Aktionäre durch Artikel 95 Abs. 3 BV vorgespurt sind und dass eine diesbezügliche Kritik fehl am Platz wäre. Er nimmt im Weiteren befriedigt zur Kenntnis, dass die Rückerstattungsklage der ungerechtfertigten Bereicherung nachgebildet wurde und dass die Rückerstattung ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraussetzt. Damit sollte das Risiko, dass solche Klagen zu einer Lohnkontrolle durch den Richter führen, vermindert werden.

Generell möchten wir anregen, nach Möglichkeiten zu suchen, wie für Aktionäre Anreize zu nachhaltigem Handeln im Sinne des „dauernden Gedeihens des Unternehmens“ analog zu Art. 717 Abs. 1bis eingeführt werden könnten. Wir denken da keineswegs an zwingende Vorschriften, sondern einzig an dispositive Regeln, z.B. an die Möglichkeit, dass die Gesellschaften statutarisch diesbezügliche Anreizstrukturen vorsehen können.

In grundsätzlicher Weise haben wir Bedenken gegenüber der Tendenz der neueren Gesetzgebung, das Kostenrisiko des Aktionärsprozesses auf die Gesellschaft zu verschieben. Wir nehmen mit Befriedigung Kenntnis von der Einführung eines (freiwilligen) Verfahrens zur Zulassung der Klage auf Kosten der Gesellschaft, möchten aber anregen, das neue Institut auf mögliches Missbrauchspotential durch kurzfristig orientierte Aktionäre zu überprüfen. Kritischer beurteilen wir die weiterhin, trotz des Zulassungsverfahrens bestehende Möglichkeit, die Kosten des Verfahrens auf die obsiegende Gesellschaft zu überwälzen. Diese Möglichkeit ist konträr zu

den fundamentalen Prinzipien des Prozessrechtes und das Zulassungsverfahren würde die Möglichkeit eröffnen, von dieser konzeptionellen Irregularität abzukommen.

2. Dispoaktien

Der Begleitbericht befasst sich ausdrücklich mit dem Problem der Dispoaktien. Es wird begründet, warum das Nominee-Modell gesetzwidrig wäre (Verbot der Depotvertretung nach Art. 95 Abs. 3 BV). Es wird allerdings nicht untersucht, ob eine Umgestaltung des Modells diese Bedenken zerstreuen könnte.

Der Begleitbericht geht nicht darauf ein, ob ein Ansatz über die Dividendenzahlung zielführend sein könnte (Dividendenrecht nur für eingetragene Aktionäre und solche, deren Eintragung die Gesellschaft verweigert hat).

Als Lösung schlägt der Vorentwurf ein mögliches Dividendenprivileg bei Ausüben des Stimmrechts vor. Nach unserer Ansicht ist dies nicht ein probates Mittel, trifft es doch auch eingetragene Aktionäre, die nicht an der GV teilnehmen. Zudem verletzt diese Idee das Gleichheitsgebot und legt den Aktionären indirekt Pflichten auf, die der Konzeption der Aktiengesellschaft widersprechen.

3. Die Durchführung der Generalversammlung

Wir befürworten grundsätzlich die vorgeschlagenen Neuerungen im Zusammenhang mit der Organisation der Generalversammlung, namentlich die Generalversammlung an verschiedenen Orten und die Cyber-Generalversammlung. Es ist richtig, solche Mittel zuzulassen, die Gültigkeit der Beschlussfassung allerdings vom einwandfreien Funktionieren der technischen Hilfsmittel abhängig zu machen. Die Zukunft wird weitere Möglichkeiten eröffnen und es ist richtig, in der heutigen Zeit Offenheit zu zeigen gegenüber neuen Möglichkeiten, deren einwandfreies Funktionieren heute Zweifel erweckt.

Für die kleinen Aktiengesellschaften mit einer geringen Anzahl von Aktionären wäre es wünschbar, Generalversammlungen per Telefonkonferenz durchzuführen. Leider wird weder im Vorentwurf noch im Begleitbericht darauf hingewiesen, ob das Telefon ein zulässiges elektronisches Mittel ist. Die klassischen elektronischen Systeme wie Videokonferenz oder Internetforum und Chatroom sind wohl für solche kleinen Gesellschaften kostenmässig nicht zu verkraften.

4. Kapitalausstattung

Das EJPD sucht den Bedürfnissen der Praxis nach einer weiteren Flexibilisierung der Kapitalstruktur entgegen zu kommen. Wir stehen diesen Vorschlägen positiv gegenüber. In der Formulierung bleiben allerdings gewisse Fragen offen. Wir sehen in der Einführung des Kapitalbandes eine innovative und positive Neuerung, die es erlaubt, in Zukunft auf die Regelung einer genehmigten Kapitalerhöhung zu verzichten, wie auch auf die Einführung einer genehmigten Kapitalherabsetzung. Wir begrüßen die Neukonzeption der qualifizierten Gründung respektive Kapitalerhöhung. Der Verzicht auf die (beabsichtigte) Sachübernahme ist sinnvoll und die übrigen Mechanismen (Rückerstattungsklage, Verantwortlichkeitsklage) sind geeignet, Missbräuche zu verhindern. Wir begrüßen die Klarstellung im Zusammenhang mit der Verrechnungsliberierung und damit die Entscheidung der (etwas blutleeren) Kontroverse um die Werthaltigkeit der zu verrechnenden Forderung. Allerdings sind wir nicht überzeugt, ob es in jedem Falle sinnvoll ist, die Verrechnungsliberierung als qualifizierten Tatbestand zu behandeln.

Wir begrüßen ausdrücklich die Klärung des auf die Kapitalherabsetzung anzuwendenden Verfahrens. Gleiches gilt für die klaren Regeln, die auf die gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals anwendbar sind. Die Vernichtung der alten Aktien ist die richtige Folge und das unentziehbare Bezugsrecht der bestehenden Aktionäre ihr adäquater Schutz. Allerdings darf dieses Bezugsrecht nur dann unentziehbar sein, wenn die Wiedererhöhung nur auf den ursprünglichen Kapitalbetrag durchgeführt wird. Geht die Wiedererhöhung darüber hinaus, sollten für die überschüssenden Beträge die allgemeinen Regeln des Bezugsrechtes gelten.

Die Partizipationsscheine sollen fortan für börsenkotierte Gesellschaften ohne obere Limite zulässig sein. Wir sind vom Sinn dieser Liberalisierung nicht überzeugt, da wir die Auffassung vertreten, dass stimmrechtsloses Kapital im Überfluss der Struktur einer AG entgegensteht. Die gleichen Gründe, die zu einer Einschränkung der Stimmrechtsaktien gegenüber den Stammaktien auf das Verhältnis 1 zu 10 geführt haben, sollten auch zu einer Beschränkung gegenüber den stimmrechtslosen Aktien, das heisst den PS anwendbar sein. Ansonsten entfernen wir uns ohne Not allzu stark vom Grundprinzip „one share – one vote“.

5. Reserven

Wir begrüßen die Neuregelung der Kapital- und Gewinnreserven. Wir sind namentlich befriedigt, dass die Rückzahlung der Kapitalreserve an die Aktionäre ausdrücklich erlaubt wird, wenn die gesetzlichen Gewinn- und Kapitalreserven die Hälfte des Aktienkapitals übersteigen. Damit wird eine langandauernde Kontroverse entschieden. Unklar ist allerdings, ob für Holding-Gesellschaften, deren Pflicht zur gesetzlichen Reservebildung 20% des Aktienkapitals beträgt, diese tiefere Schwelle auf die Ausschüttbarkeit von Kapitalreserven anwendbar ist. Dies wäre

logisch und eine Klarstellung wünschenswert.

i. Kapitalschutzmechanismen

Wie bereits im Entwurf von 2007 werden die besonderen Handlungspflichten des Verwaltungsrates nicht nur bei Kapitalverlust, sondern auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit ausgelöst. Die im Gesetz beschriebenen Mechanismen erscheinen einfach und klar. Dennoch könnten sie in der Praxis die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in bedeutender Weise erhöhen.

Wir haben gegen die neuen Bestimmungen grundsätzlich nichts einzuwenden, möchten aber folgende Bedenken einbringen.

Die Frühwarnsignale bei Kapitalverlust werden vorverlegt. Dem ist grundsätzlich nichts entgegenzusetzen. Es sollte aber verhindert werden, dass Handlungspflichten bei unbedeutenden Vorkommnissen entstehen. So gilt es die Handlungspflichten bei drei konsekutiven Jahresverlusten zu hinterfragen. Sind diese unbedeutend und ist die Gesellschaft grundsätzlich gesund, ist die Erstellung eines Liquiditätsplans und dessen Vorlage an den zugelassenen Revisor möglicherweise unnötig.

7. Vergütungen

Wir möchten in unserer Vernehmlassung nicht auf die Übertragung der VegüV ins Gesetz eingehen. Die Eckpunkte werden von Artikel 95 Abs. 3 BV bestimmt und sind damit nicht zu diskutieren.

Wir möchten uns aber nachdrücklich gegen die weitere Ausweitung der vergütungsrelevanten Bestimmungen wenden. Bis zum Ende des Jahres 2015 werden alle börsenkotierten Gesellschaften ihre Statuten und Systeme gemäss der VegüV geändert haben. Es ist nicht sinnvoll, in gesetzgeberischem Übereifer die bestehenden Regulierungen zu verschärfen und einen Grossteil der börsenkotierten Gesellschaften zu weiteren Anpassungen und Statutenänderungen zu zwingen. Damit würde neuer Aufwand notwendig, der von der Bundesverfassung nicht verlangt wird und dessen Nutzen für die Aktionäre äusserst zweifelhaft ist.

Diese Bemerkung betrifft einerseits die Pflicht, ein maximal zulässiges Verhältnis zwischen fixer Vergütung und Gesamtvergütung festzulegen. Sie betrifft aber auch das Verbot, variable Vergütungen prospektiv von der Generalversammlung genehmigen zu lassen. Schliesslich betrifft sie auch die Verwendung eines im prospektiven Fall vorzusehenden Zusatzbetrages, der auf neue Mitglieder der Geschäftsleitung beschränkt bleiben soll. Dieser Zusatzbetrag muss ebenfalls zur

Verfügung stehen, wenn innerhalb der Geschäftsleitung Beförderungen vorgenommen werden und damit richtigerweise höhere Vergütungen ausbezahlt werden, die vom budgetierten Gesamtbetrag nicht gedeckt sind.

Wir weisen auch darauf hin, dass die Limitierung eines Konkurrenzverbots auf 12 Monate mit dem heute geltenden Arbeitsrecht im Widerspruch steht, ist doch dort unter bestimmten Voraussetzungen ein Konkurrenzverbot von drei Jahren zulässig. Geschäftsleitungsmitglieder, die wohl über mehr vertrauliches Wissen verfügen als andere Angestellte, könnten demnach nur für ein Jahr von der Konkurrenz ferngehalten werden, während für Letztere die Grenze von drei Jahren gilt. Dies erscheint unlogisch.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen erlaubt sich der Schweizerische Anwaltsverband nachfolgend, zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs Stellung zu nehmen. Wir beschränken uns dabei auf diejenigen Bestimmungen, zu denen wir kritisch eingestellt sind. Für sämtliche nicht erwähnten Bestimmungen empfehlen wir keine Änderungen.

Wir hoffen, mit dieser Stellungnahme, die von in der Wissenschaft exponierten Praktikern des Rechts verfasst wurde, zu einer Neuüberlegung bestimmter Vorschläge beizutragen. Wir vertreten keinerlei Partikulärinteressen. Wir sind einzig bestimmt vom Ehrgeiz, mit einer Regelung optimal die Rechte aller Beteiligten zu schützen, Klarheit zu schaffen und Prozesse zu verhindern, die auf einer unklaren Rechtslage beruhen. Wir sind auch bereit, im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses zur Verfügung zu stehen, um mitzuhelfen, den Entwurf zu einem für die praktische Ausübung des Rechts wertvollen Gesetz werden zu lassen.

Anhang**Besondere Bemerkungen zu einigen Bestimmungen des Vorentwurfs**

1. Artikel 626 Abs. 2 Ziff. 3: Die Bestimmung ist ein unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie der börsenkotierten Gesellschaften. Im Weiteren ist diese Einschränkung weder von Art. 95 Abs. 3 BV noch von der VegüV vorgesehen. Es ist nicht angebracht, den Gesellschaften, die bis Ende 2015 ihre Systeme und Statuten den neuen Bestimmungen angepasst haben, erneut eine Änderung ihrer Vergütungssysteme und Statuten aufzudrängen.

2. Artikel 634a: Auch wenn die in diesem Artikel enthaltenen Klarstellungen sehr willkommen sind, fragt sich, ob die Verrechnungsliberierung wirklich ein Tatbestand qualifizierter Gründung oder Kapitalerhöhung darstellt.

3. Artikel 652a: Sollte das Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) in Kraft treten, wäre dieser Artikel wohl ausser Kraft zu setzen.

4. Artikel 652b Abs. 4: Diese Konkretisierung des Prinzips der schonenden Rechtsausübung ist grundsätzlich willkommen. Dennoch bieten sich in der Praxis Probleme in der Qualifikation eines Ausgabepreises der „wesentlich tiefer“ als der wirkliche Wert der Aktie ist. In den nichtkotierten Gesellschaften wird sich die Problematik des wirklichen Werts der Aktien stellen und die Frage, wann ein Bezugsrecht „handelbar“ ist, wird Probleme bereiten. Die Gedanken des Erläuterungsberichts helfen nicht wirklich weiter.
 Man kann sich fragen, ob es nicht angebracht wäre, eine allgemeine Pflicht zur Wahrung der Interessen aller Aktionäre einzuführen. Diesfalls könnte die Rechtsprechung das Prinzip kasuistisch konkretisieren.

5. Artikel 653k: Nach dem Schuldenruf haben die Gläubiger das Recht, Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen. Dieses Recht entfällt, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Herabsetzung des Kapitals nicht gefährdet wird. Gemäss Artikel 653m kann die Kapitalherabsetzung nur auf der Basis einer Prüfungsbestätigung erfolgen, dass mit der Herabsetzung des Aktienkapitals die Erfüllung der Forderungen der Gläubiger nicht gefährdet ist. Bedeutet dies nicht, dass die

Sicherstellungsverpflichtung keinen Sinn ergibt, da die Kapitalherabsetzung die Bestätigung mangelnder Gläubigergefährdung voraussetzt?

6. Artikel 653q: Es sollte präzisiert werden, dass das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre nur im Umfang der Wiederherstellung des alten Aktienkapitals gilt, nicht aber für den Betrag, der über das alte Aktienkapital hinausgeht.
7. Artikel 656b: Eine Begrenzung des Partizipationskapitals im Verhältnis zum Aktienkapital sollte auch bei kotierten Gesellschaften gelten. Wir schlagen vor, auch bei kotierten Gesellschaften an der heutigen Grenze (doppeltes Aktienkapital) festzuhalten.
8. Artikel 656c Abs. 3: Der Entwurf verleiht den Inhabern von Partizipationsscheinen gewisse Mitgliedschaftsrechte (Sonderuntersuchung, Auskunft, Einsicht). Wir sind der Auffassung, dass diese Mitgliedschaftsrechte für Inhaber stimmrechtsloser Papiere nicht angebracht sind.
9. Artikel 659b Abs. 2: Es ist richtig, die durch Tochtergesellschaften erworbenen Aktien der Muttergesellschaft als eigene Aktien der Muttergesellschaft zu behandeln. Warum deren Anschaffungswert von den Beteiligungen abzuziehen ist, verstehen wir nicht, namentlich dann nicht, wenn der Anschaffungswert der Aktien der Muttergesellschaft höher ist als der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Es wäre sinnvoller, die gleiche Regel wie in Artikel 659a Abs. 4 anzuwenden und die entsprechenden Werte vom Eigenkapital der Muttergesellschaft abzuziehen.
10. Artikel 661: Wir stehen der privilegierten Dividende bei Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung skeptisch gegenüber. Es handelt sich um eine Verletzung des Gleichheitsgebots. Zudem erlegt diese Bestimmung den Aktionären indirekt eine Pflicht auf, die dem Konzept der Aktiengesellschaft widerspricht. Es ist das Recht des Aktionärs, unabhängig vom Aktienregistereintrag, nicht an der Generalversammlung teilzunehmen. Er sollte dafür nicht bestraft werden können. Sollte zudem mit diesem Mittel den Dispoständen entgegengewirkt werden, scheint dies künstlich. Wenn schon,

dann wäre an der Anerkennung als Aktionär anzuknüpfen, und nicht an der Beteiligung an der Generalversammlung.

11. Artikel 671 Abs. 2 Ziff. 4: Es sollte klargestellt werden, dass für Holding-Gesellschaften nicht 50 % des Aktienkapitals, sondern 20% überschritten sein müssen, um die Ausschüttung der gesetzlichen Kapitalreserve zu erlauben.

12. Artikel 675a: Es ist zu begrüßen, dass die Zwischendividenden nun ausdrücklich erlaubt und geregelt werden. Die Frage stellt sich aber, ob das Alter der Zwischenbilanz mit sechs Monaten nicht zu grosszügig angelegt ist. Dies würde es ermöglichen, auf der Basis der letzten Jahresbilanz und des letzten Revisionsberichtes kurz vor Ende Juni eine Zwischendividende auszuschütten, ohne dass in irgendeiner Weise nachgewiesen ist, dass im laufenden Geschäftsjahr Gewinne erzielt wurden. Es wäre wohl sinnvoller, die sechs Monate auf drei Monate zu verkürzen und eine Bestätigung der Revisionsstelle zu verlangen, dass am Datum der Generalversammlung eine Bilanzsituation vorliegt, die das Ausschütten eines Gewinnes erlaubt.

Zudem erscheint es unnötig, dass die Zwischendividende in den Statuten vorgesehen ist. Fehlt eine entsprechende Statutenbestimmung, kann sie an derselben Generalversammlung eingeführt werden, die die Zwischendividende beschliesst. Dies ist nicht zielführend.

13. Artikel 678: Bei der Rückerstattungsklage, soweit sie Vergütungen betrifft, ist das Verhältnis zum neuen Artikel 717 Abs. 1bis im Auge zu behalten. Wird die Rückerstattungsklage eingereicht und führt sie zur Rückerstattung, ist ein Verantwortlichkeitsanspruch gegen den Verwaltungsrat ausgeschlossen. Beide Klagen gehen auf Leistung an die Gesellschaft. Wird die ungerechtfertigte Vergütung zurückerstattet, hat die Gesellschaft keinen Schaden und der Verantwortlichkeitsanspruch fällt dahin.

Die Schwierigkeit in der Anwendung dieses Artikels wird bei der Definition von „offensichtlich“ liegen. Es ist zu wünschen, dass die Rechtsprechung nicht zu einer richterlichen Lohnkontrolle wird. Namentlich für unsere global tätigen Gesellschaften wäre eine solche Entwicklung fatal.

14. Artikel 689b: Die kotierte Gesellschaft soll das Recht verlieren, die Stellvertretung auf Aktionäre zu beschränken. Wir stehen dieser Einschränkung kritisch gegenüber. Es besteht kein Grund, eine solche Beschränkung auszuschliessen, wenn die Pflicht zur Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters besteht. Die gleiche Idee wird schliesslich bei nichtkотиerten Gesellschaften angewendet. Beschränken sie die Stellvertretung auf Aktionäre, müssen sie auf Begehren eines Aktionärs einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter ernennen (vgl. Art. 689d). Sowohl kotierten als auch nichtkottierten Gesellschaften sollte es möglich sein, die Vollmacht auf Aktionäre zu beschränken, wenn ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter ernannt ist. Es ist der Gesellschaft nicht zuzumuten, Nichtaktionären die Beteiligung an der Generalversammlung zu gestatten.
15. Artikel 689c Abs. 6 Ziff. 2: Die Möglichkeit von konkreten Weisungen (Annahme, Ablehnung) an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter für – im Zeitpunkt der Weisung nicht bekannte – Spontananträge von Aktionären macht keinen Sinn und ist zu streichen.
16. Artikel 697d: Es muss verhindert werden, dass die Sonderuntersuchung zu einem Mittel von Aktionärsgruppen wird, die primär gesellschaftsfremde, eigene Ziele verfolgen. Die Senkung der Schwelle auf 3% bei kotierten Gesellschaften rechtfertigt sich nicht. Die Problematik ist die gleiche wie beim Recht auf Einberufung einer ausserordentlichen General-versammlung.
17. Artikel 697j: Der Antrag an die Generalversammlung, die Erhebung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft zu beantragen, untersteht Beteiligungsschwellen, die höher sind als das Traktandierungsrecht. Der Grund dafür ist nicht ersichtlich. Unseres Erachtens ist dieser Antrag ein Traktandum wie ein anderes und die Traktandierungsschwellen sollten zur Anwendung gelangen. Wird allerdings der Antrag von der Generalversammlung abgelehnt, rechtfertigen sich die Schwellen des Artikels 697j für die Einreichung des Gesuchs an das Gericht um Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft.

18. Artikel 697l: Unser Verband begrüsst die Möglichkeit, gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen. Es wird von besonderer Wichtigkeit sein, mit allen Mitteln sicherzustellen, dass ein Schiedsurteil wirklich auf alle Aktionäre anwendbar ist. Im Weiteren ist sicherzustellen, dass von einem zukünftigen Schiedsurteil betroffene Aktionäre dem Verfahren beitreten können. Dies mag zusätzliche Änderungen der Zivilprozessordnung notwendig machen. Wir verweisen in dieser Beziehung auf die Vernehmlassungen verschiedener Schiedsgerichtsorganisationen, die sich mit diesem Thema befassen.
19. Artikel 699: Die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung ist für kotierte Gesellschaften mit einem grossen Aufwand verbunden. Sind wir auch der Meinung, dass die Senkung der Traktandierungsschwelle (Artikel 699a) zu rechtfertigen ist, so zweifeln wir an der Senkung der Schwelle des Artikels 699 auf 3%. Mit Ausnahme der ganz grossen Kapitalisierungen sind 3% zu leicht zu erreichen. Eine missbräuchliche Verwendung dieses Instruments wird mit der neuen Schwelle sehr viel wahrscheinlicher.
20. Artikel 700 Abs. 2 Ziff. 4: Der Dispobestand ist eine Grösse, deren Veröffentlichung nicht Pflicht werden sollte. Dies umso mehr, als dieser Bestand täglich variiert. Wir regen an, diese Publikationspflicht wieder zu streichen.
21. Artikel 700 Abs. 3: Haben wir auch für die Einführung des bei Verfassungsabstimmungen bewährten Prinzips der Einheit der Materie Sympathie, so fragen wir uns dennoch, ob eine Totalrevision der Statuten nicht in einer einzelnen Abstimmung möglich sein sollte. Dies ist schliesslich auch im Verfassungsrecht gebräuchlich. Wir sind uns bewusst, dass ein solches Verbot nicht im Gesetzestext steht. Der Begleitbericht ist aber in dieser Hinsicht äusserst klar und die dort enthaltene Aussage sollte unseres Erachtens korrigiert werden.
22. Artikel 701d: Wir befürworten die Möglichkeit, eine Generalversammlung ausschliesslich mit elektronischen Mitteln durchzuführen. Dies kann allerdings für die Gesellschaften zu Problemen mit möglicherweise anwendbarem

ausländischem Recht und Gerichtsstand führen. Um diesen Problemen entgegen zu wirken, sollte verlangt werden, dass der Server in der Schweiz positioniert ist. Für kleine Gesellschaften mit reduziertem Aktionärsbestand wäre es wohl wünschbar, Generalversammlungen als Telefonkonferenz durchzuführen. Es ist nicht klar, ob das Telefon als elektronisches Mittel im Sinne von Artikel 701d erachtet wird. Eine Klarstellung in dieser Hinsicht wäre wünschenswert.

23. Artikel 701g: Wir stehen der Idee eines Aktionärsforums tendenziell positiv gegenüber, allerdings nur, wenn ein solches dispositiv vorgesehen wird. Ein Obligatorium würde die Privatautonomie der Gesellschaften ohne Not einschränken. Aktionärsforen liegen im Trend der Zeit und die Gesellschaften sollten das Recht haben, selbst über deren Einführung zu entscheiden. Im Weiteren ist zu beachten, dass nicht alle kotierten Gesellschaften gross sind. Es gibt sehr viele kleine und mittlere, lokale oder regionale, kotierte Gesellschaften, für die eine solches Forum ein gewichtiger Aufwand sein könnte.

Organisiert eine kotierte Gesellschaft dagegen eine Cyber-Generalversammlung, sollte dispositiv die Einrichtung eines Aktionärsforums angeregt werden. Da sich in diesem Fall die Aktionäre nicht treffen und die Diskussion naturgemäss eingeschränkt ist, wäre ein Forum ein Mittel zur Förderung der Meinungsbildung.

24. Artikel 703 Abs. 2 und 3: Der Vorentwurf kommt vom bestehenden System der Mehrheitsfindung aufgrund der vertretenen Stimmen ab und verlangt die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Enthaltungen zählen demnach nicht mehr als Gegenstimmen. Dies erachten wir als kritisch. Bei kotierten Gesellschaften enthalten sich in der Praxis viele ausländische institutionelle Investoren der Stimme; werden solche Stimmen nicht mehr mitgezählt, führt dies unter Umständen dazu, dass eine relativ geringe Zahl von Aktionären gewichtige Entscheide der Generalversammlung massgeblich beeinflussen kann. Schwierigkeiten ergeben sich ganz besonders bei nicht traktandierten Vorschlägen. Werden, was wahrscheinlich erscheint, viele Vollmachtsstimmen zu Enthaltungen, erlaubt dies den wenigen, im Saal versammelten Aktionären, den Entscheid über den nicht traktandierten Vorschlag. Die Frage ist von Grund auf neu zu überdenken und mangels einer Lösung für die geschilderten Probleme ist an der Regelung des geltenden Rechts festzuhalten.

25. Artikel 704 Abs. 1 Ziffer 9: Sinn der qualifizierten Mehrheiten ist der Minderheitenschutz. Wir fragen uns, ob die Währung des Aktienkapitals in diesem Sinne wirklich einen qualifizierten Beschluss benötigen sollte.
26. Artikel 716 Abs. 4: Wir fragen uns, warum die Gläubiger über die Organisation des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung informiert werden sollten.
27. Artikel 725a Ziff. 3: Könnte unter Umständen einschränkender formuliert werden, zum Beispiel mit einer Referenz auf Ziffer 2, das heisst dass die drei konsekutiven Jahresverluste zu einem Verlust von mindestens der Hälfte des Eigenkapitals geführt haben.
28. Artikel 734a Abs. 2 Ziff. 8: Wir regen an, aus dieser Bestimmung die obligatorischen, gesetzlichen AHV Beiträge des Arbeitgebers auszunehmen. Der Arbeitgeber ist zu ihrer Zahlung zum gesetzlichen Satz verpflichtet. Beim geltenden System führen bei höheren Löhnen nur Teile des AHV Beitrags zu Ansprüchen auf Vorsorgeleistungen. Der überschüssende Teil ist eine gesetzlich festgelegte Finanzierung des Systems, nicht aber rentenbegründend.
29. Artikel 734e: Wir erachten die Vertretung der Geschlechter als politische Frage und äussern uns nicht dazu. Allerdings regen wir an, die Gleichschaltung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung neu zu überdenken, da es sich um grundsätzlich verschiedene Auswahlssysteme handelt. Die Quote für die Geschäftsleitungen hat ohne Zweifel ein Gefahrenpotential.
30. Artikel 735 Abs. 3 Ziff. 4: Wie schon im einleitenden Text vermerkt, wehren wir uns gegen eine Ausweitung der Bestimmungen des Artikel 59 Abs. 3 BV und der VegüV. Diese Bestimmung zwingt die kotierten Gesellschaften erneut dazu, ihr gesamtes Vergütungssystem zu erneuern und die Statuten ein weiteres Mal zu revidieren.
31. Artikel 735a: Wir sehen keinen Grund, warum der Zusatzbetrag nur auf neu

ernannte Geschäftsleitungsmitglieder anzuwenden sein soll. Es ist klar, dass er unterjährige Lohnerhöhungen in gleicher Funktion nicht decken darf, wohl aber bei Beförderungen innerhalb der Geschäftsleitung zur Anwendung kommen sollte. Wird ein Geschäftsleitungsmitglied im Laufe des Geschäftsjahres zum Vorsitzenden ernannt, wird sein Lohn entsprechend angepasst. Dies sollte vom Zusatzbetrag abgedeckt sein, da es nicht angehen kann, die Gesellschaften zur Rekrutierung ausserhalb der Geschäftsleitung zu zwingen, um Zugang zum Zusatzbetrag zu bekommen.

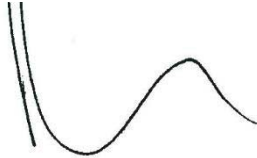
32. Artikel 735c Abs.3: Diese Bestimmung schafft einen Widerspruch zum Arbeitsrecht (Artikel 340ff OR). Es ist nicht einzusehen, warum ein nicht der Geschäftsleitung angehörender Mitarbeiter zu drei Jahren Konkurrenzverbot verpflichtet werden kann, während ein Geschäftsleitungsmitglied auf ein Jahr beschränkt bleibt. Dies widerspricht dem realen Sinn des Konkurrenzverbots.
33. Artikel 754 Abs. 1: Die Unterstellung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters unter die Organhaftung ist ungerechtfertigt und zu streichen.
34. Artikel 963a und 963b: Das Parlament hat im Rahmen der Rechnungslegungsrevision nach intensiver Debatte entschieden, die Buchwertkonsolidierung für KMU weiter zuzulassen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine Änderung dieser Regel kurz nach Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts nicht angebracht. Dasselbe gilt für die Änderung der Schwellenwerte.
35. Artikel 964a ff: Die neu eingeführten Transparenzbestimmungen bei Rohstoffunternehmen entsprechen internationalen Verpflichtungen und sind politischer Natur. Wir verzichten auf eine Kommentierung dieser Bestimmungen.
36. Artikel 107 Abs. 1bis ZPO: Es stellt sich die Frage, ob die unveränderte Geltung der Möglichkeit, die Kosten des Prozesses der Gesellschaft zu überbinden, in dieser Form fortbestehen soll. Namentlich bei Scheitern des Zulassungsverfahrens für eine Klage auf Kosten der Gesellschaft sollten die ordentlichen Regeln zur Anwendung kommen.

Mit bestem Dank für Ihre Kenntnisnahme und mit freundlichen Grüßen

für den SAV

SAV Präsident

Pierre-Dominique Schupp

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of fluid, connected loops and curves.

SAV Generalsekretär

René Rall

A handwritten signature in black ink, featuring a prominent, stylized 'R' followed by a series of loops and a trailing flourish.