

Gegenvorschlag zur KVI – Compliance mit den neuen nicht-finanziellen Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten

Daniel S. Weber, Rechtsanwalt, LL.M., Counsel Wenger & Vieli AG (Zürich)

Stephanie Lienhard, Rechtsanwältin, Associate Wenger & Vieli AG (Zürich)

Im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags zur Konzernverantwortungsinitiative (KVI) wird die Schweiz neue nichtfinanzielle Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten für bestimmte Schweizer Unternehmen einführen. Die Sicherstellung der Compliance mit diesen Vorschriften bedarf nicht zu unterschätzender Vorarbeit. Unternehmen sind deshalb gut beraten, sich mittels Gap-Analyse eine Übersicht zu verschaffen.



Zu den Autoren

Daniel S. Weber, LL.M., Rechtsanwalt, arbeitet als Counsel bei Wenger & Vieli. Er ist vorwiegend in den Bereichen Financial Services, FinTech, (ESG-) Compliance, Wirtschaftskriminalität und interne und regulatorische Untersuchungen tätig.

Stephanie Lienhard, Rechtsanwältin, ist Associate bei Wenger & Vieli. Sie ist insbesondere in den Bereichen Financial Services, FinTech und (ESG-)Compliance tätig.

Ausgangslage

Am 29. November 2020 scheiterte die Konzernverantwortungsinitiative am Ständemehr. Ihr Ziel war es, dass Schweizer Unternehmen weltweit Menschenrechte und internationale Umweltstandards einhalten. Die parlamentarischen Beratungen zur KVI hatten vor der Abstimmung zu einem indirekten Gegenvorschlag auf Gesetzesstufe geführt. Dieser sieht Berichterstattungs-

pflichten über nichtfinanzielle Belange sowie Sorgfalts- und Transparenzpflichten bzgl. Konfliktmineralien und Kinderarbeit vor (Art. 96^{bis} ff. E-OR). Nachdem das Bundesgericht im April 2021 Beschwerden im Zusammenhang mit der Abstimmung über die KVI abgewiesen hatte, publizierte der Bundesrat am 27. April 2021 den Gegenvorschlag im Bundesblatt und löste die bis am 5. August 2021 laufende Referendumsfrist aus. Parallel startete er am 14. April 2021 die Vernehmlass-

sung zur Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz in den Bereichen Mineralien und Metalle aus Konfliktgebieten sowie Kinderarbeit (VSoTr).

Berichterstattungspflichten über nichtfinanzielle Belange

Der Gegenvorschlag sieht eine jährliche Berichterstattungspflicht über nichtfinanzielle Belange in unterschiedlichen Bereichen vor. Die EU-Richtlinie zur Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen aus dem Jahre 2014 diene dabei als Vorbild. Die Richtlinie verpflichtet europäische Unternehmen von öffentlichem Interesse mit über 500 Mitarbeitenden zur Veröffentlichung von Informationen zu Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelangen, zur Achtung der Menschenrechte und zur Bekämpfung von Korruption und Bestechung sowie zur Diversität der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane. In der EU tätige Schweizer Unternehmen waren also schon bislang von ähnlichen Pflichten betroffen.

Die neuen Berichterstattungspflichten gemäss Art. 964^{bis} ff. E-OR betreffen Gesellschaften des «öffentlichen Interesses». Neben Banken, Versicherungen sowie weiteren von der FINMA beaufsichtigten Finanzdienstleistern fallen Publikumsgesellschaften in den Anwendungsbereich der neuen Bestimmungen, sofern sie zusammen mit von ihnen kontrollierten in- und ausländischen Unternehmen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren im Jahresdurchschnitt mind. 500 Vollzeitstellen haben und eine Bilanzsumme von CHF 20 Mio. oder einen Umsatz von CHF 40 Mio. überschreiten. Als Publikumsgesellschaft gilt eine Gesellschaft, die a) Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert oder b) Anleiheobligationen ausstehend hat oder bei der c) mind. 20% der Aktiven oder des Umsatzes zur Konzernrechnung einer der vorgenannten Gesellschaften beitragen. Nicht betroffen sind Unternehmen, welche von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden, für das die Berichterstattungspflichten bereits gelten oder das einen gleichwertigen Bericht nach ausländischem Recht erstellen muss.

Betroffene Unternehmen müssen über nichtfinanzielle Belange in den Bereichen Umwelt, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, Achtung der Menschenrechte sowie der Korruptionsbekämpfung Bericht erstatten. Kontrolliert das Unternehmen in- oder ausländische Unternehmen, so hat der Bericht auch diese Unternehmen zu umfassen. Der Bericht soll die Angaben enthalten, welche zum Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage des Unternehmens sowie der Auswirkungen seiner Tätigkeit auf die nichtfinanziellen Belange erforderlich sind. Dazu gehören z.B. folgende Themen:

- Beschrieb des Geschäftsmodells;
- Beschrieb der in Bezug auf die nichtfinanziellen Belange verfolgten Konzepte, inkl. der angewandten Sorgfaltsprüfung;
- Darstellung der zur Umsetzung dieser Konzepte ergriffenen Massnahmen sowie Bewertung von deren Wirksamkeit;
- Beschreibung der wesentlichen Risiken im Zusammenhang mit den nichtfinanziellen Belangen sowie der Handhabung dieser Risiken;
- die wesentlichen Leistungsindikatoren in Bezug auf die nichtfinanziellen Belange.

Verwaltungsrat und Generalversammlung müssen den Bericht genehmigen, wobei er in einer Landessprache oder auf Englisch elektronisch veröffentlicht werden muss. Sofern sich der Bericht auf nationale, europäische oder internationale Regelwerke stützt, muss das verwendete Regelwerk im Bericht genannt und allenfalls ein ergänzender Bericht verfasst werden.

Um seinen Berichterstattungspflichten effektiv nachzukommen, muss sich ein Unternehmen deshalb aktiv mit seinen nichtfinanziellen Belangen auseinandersetzen, entsprechende Leistungsindikatoren definieren, daraus resultierende Risiken identifizieren und adäquat adressieren.

Damit ist gesagt, dass die Berichterstattungspflichten indirekt auch konkrete Handlungspflichten auslösen. Im Sinne des Grundsatzes «comply or explain» können Unternehmen auf Massnahmen in Bezug auf nichtfinanzielle Belange verzichten, sofern sie dies klar und begründet erläutern.



Achtung

Straf- und privatrechtliche Konsequenzen bei Verstössen gegen die neuen Vorschriften: Werden die Berichterstattungspflichten nicht eingehalten, drohen Unternehmen und Individuen Bussen bis zu CHF 100 000. Zudem kann die Nichteinhaltung der neuen Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten auch zivilrechtliche Folgen haben.

Sorgfalts- und Transparenzpflichten bzgl. Konfliktmineralien und Kinderarbeit

Der Gegenvorschlag sieht Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten im Umgang mit Metall- und Mineraliengeschäften aus Konfliktgebieten und zur Vermeidung von Kinderarbeit vor. Erfasst sind Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz, die Zinn, Tantal, Wolfram und Gold oder Metalle aus Konflikt- und Hochrisikogebieten importieren, in der Schweiz bearbeiten oder bei deren Produkten/Dienstleistungen ein begründeter Verdacht besteht, dass diese unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt/erbracht werden. Der Bundesrat wird in der VSoTr Definitionen, Ausnahmen und Einschränkungen festlegen, etwa betreffend KMU oder Mindesteinführungsmengen. Der Verordnungsentwurf vom 14. April 2021 orientiert sich bei den Ausnahmen für KMU stark an der Unternehmensgrösse, welche die Berichterstattungspflicht über nichtfinanzielle Belange auslöst. Betroffene Unternehmen müssen ein Managementsystem einführen, in welchem sie die Lieferkettenpolitik für Risikoprodukte festlegen und die Rückverfolgbarkeit sicherstellen. Weiter haben sie die Risiken zu ermitteln, zu bewerten und im Rahmen eines Risikomanagementplans Massnahmen zu deren Begrenzung zu treffen. Bzgl. Mineralien und Metallen ist die Einhaltung der Sorgfaltspflichten durch eine unabhängige Fachperson zu prüfen, wobei es sich bei dieser Person gemäss Entwurf VSoTr um ein beaufsichtigtes Revisionsunternehmen handeln soll. Das Unternehmen muss sodann jährlich über die Einhaltung der Sorgfaltspflichten berichten.

Folgen bei Nichteinhaltung der neuen Vorgaben

Eine Verletzung der Vorschriften betreffend die nichtfinanzielle Berichterstattung wird neu in Art. 352^{ter} E-StGB geregelt (Offizialdelikt). Wer die Berichterstattung unterlässt, in den Berichten falsche Angaben macht oder der gesetzlichen Pflicht zur Aufbewahrung und Dokumentation nicht nach-

kommt, wird bei Vorsatz mit einer Busse bis zu CHF 100 000 bzw. bei Fahrlässigkeit mit bis zu CHF 50 000 bestraft. Hingegen wurde im Falle der Verletzung von Sorgfaltspflichten betreffend Konfliktmineralien und Kinderarbeit auf eine strafrechtliche Sanktionierung verzichtet. Neben strafrechtlichen Folgen kann die Nichteinhaltung der neuen Pflichten allenfalls auch privatrechtliche Konsequenzen haben (z.B. Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht, Organhaftung).

Gap-Analyse

Die neuen Regelungen werden voraussichtlich per 1. Januar 2022 in Kraft treten. Die Übergangsbestimmungen sehen vor, dass die neuen Vorschriften erstmals auf das Geschäftsjahr Anwendung finden, das ein Jahr nach dem Inkrafttreten der Bestimmungen beginnt. Damit wird 2023 das erste Jahr sein, über welches Bericht erstattet werden muss. Die erste Berichterstattung wird demnach im ersten Halbjahr 2024 im Vorfeld der Generalversammlung 2024 zu erfolgen haben. Die neuen Sorgfaltspflichten zu Konfliktmineralien und Kinderarbeit werden voraussichtlich ebenfalls 2023 erstmals gelten. Für die Vorbereitung auf die Einhaltung der Vorschriften bleibt damit ein bescheidener Zeitraum, insbesondere wenn ein Unternehmen nicht bereits über eine ausgereifte Berichterstattung zu nichtfinanziellen Aspekten und ein ausgereiftes Risikomanagement verfügt. Die Erfüllung der Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten benötigt nicht zu unterschätzende Vorarbeit und Vorlaufzeit. Für die konkrete Umsetzung der neuen Pflichten wird deshalb empfohlen, sich im Rahmen einer Gap-Analyse baldmöglichst eine Übersicht zu verschaffen. Der Verwaltungsrat muss klären, ob sein Unternehmen in den Anwendungsbereich der neuen Regeln fällt. Darauf sollte eine Analyse des aktuellen Stands der Berichterstattung über nichtfinanzielle Angelegenheiten und des Risiko- sowie Compliance-Managements folgen. Die Festlegung klarer Verantwortlichkeiten und eines Zeitplans stellt sicher, dass ein Unternehmen die Regeln effektiv, effizient und zeitgerecht umsetzt.



Die Erfüllung der neuen Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten bedarf genügender Vorarbeit und Vorlaufzeit. Mit Blick auf die Umsetzung der Pflichten sollten sich Unternehmen im Rahmen einer Gap-Analyse baldmöglichst eine Übersicht verschaffen.