GesKR

1 | 2024

GESELLSCHAFTS- UND KAPITALMARKTRECHT

SONDERDRUCK

HERAUSGEBER

Dr. Daniel Daeniker
Dr. Frank Gerhard
Dr. Urs Kägi
Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt
Prof. Dr. Rolf Watter
Matthias Wolf

SCHRIFTLEITUNG

Dr. Andreas Müller (Vorsitz)
Dr. Joel Fischer
Patrick Schärli
Dr. Linus Zweifel

DIKE

Andreas Bohrer*

Die neuen Nachhaltigkeitsregeln von Art. 964a ff. OR in der Praxis

Herausforderungen und Lösungsansätze für den Verwaltungsrat

Inhaltsübersicht

I. ESG-Vorschriften als regulatorischer Tsunami
II. Herausforderungen und offene Fragen des neuen Rechts
1. Nichtfinanzielle Berichterstattung
2. Pflichten betreffend Kinderarbeit und Konfliktmineralien
3. Governance und Beschlussfassung
3.1. Nichtfinanzielle Berichterstattung (Art. 964a–c OR)
3.2. Pflichten betreffend Kinderarbeit und Konfliktmineralien (Art. 964j–l OR)
4. Haftungs- und Strafbestimmungen
4.1. Haftung aus nichtfinanzieller Berichterstattung?
4.2. Haftung aus den Pflichten betreffend Kinderarbeit und Konfliktmineralien?
4.3. Strafbarkeitsbestimmungen nach Art. 325ter StGB
III. Lösungsansatz für den Verwaltungsrat
IV. Fazit: ESG als Chance für «Value Creation»

«You can't stop the waves, but you can learn to surf.»[1]

I. ESG-Vorschriften als regulatorischer Tsunami

Wer sich als Verwaltungsrat, Mitglied der Geschäftsleitung oder General Counsel mit den neuen Regeln betreffend Nachhaltigkeit in der Schweiz und noch mehr im Ausland beschäftigt, sieht sich mit einem regulatorischen *Tsunami*[2] konfrontiert, der Unternehmen vor grosse Herausforderungen und Kosten stellt. Die Kunst vorausdenkender Unternehmensführung im Sinne des «*gouverner c'est prévoir*» besteht darin, die massive Welle neuer Nachhaltigkeitsregeln nicht als Bedrohung abzulehnen oder gar aufhalten zu wollen, sondern diese als Chance zur Wertschöpfung zu nutzen und zu navigieren.

Dies gilt auch für die neuen Nachhaltigkeitsbestimmungen von Art. 964a ff. OR: Mit dem Scheitern der Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (Konzernverantwortungsinitiative) in der Abstimmung vom 29. November 2020 wurde der Weg frei für das Inkrafttreten des indirekten Gegenvorschlages und damit von Art. 964a ff. OR mit Wirkung per 1. Januar 2022.

Die *Konzernverantwortungsinitiative* hatte nebst der Pflicht für Unternehmen zur Einhaltung der international anerkannten Menschenrechte sowie der internationalen Umweltstandards auch im Ausland, einer Sorgfaltsprüfung hinsichtlich Menschenrechtsverletzungen und Umweltverstössen in ihrer weltweiten Geschäftstätigkeit und einer Berichterstattungspflicht über die Sorgfaltsprüfung vor allem auch eine weitgehende und heftig umstrittene Kausalhaftung mit der Möglichkeit der Entlastung durch Sorgfaltsbeweis vorgesehen.[3]

Der weniger einschneidende *indirekte Gegenvorschlag* fokussiert sich auf die nichtfinanzielle Berichterstattung (Art. 964a–c OR) einerseits und auf die Sorgfalts- und Transparenzpflichten hinsichtlich Kinderarbeit und Konfliktmineralien (Art. 964j–l OR) andererseits. Die betreffenden Berichterstattungspflichten wurden durch Art. 325ter StGB strafrechtlich abgesichert, enthalten aber – als bewusster gesetzgeberischer Entscheid – keine Haftungsregeln.[4] Der indirekte Gegenvorschlag lehnt sich, entsprechend dem Auftrag des Bundesrates und der

---

* Prof. Dr. Andreas Bohrer ist Titularprofessor für Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich und Group General Counsel und Company Secretary der Lonza-Gruppe. Er befasst sich im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit sowie in den Gremien der Wirtschaftsverbände *economiesuisse*, *SwissHoldings* und *Scienceindustries* eng mit den Fragestellungen dieses Beitrags. Die vorliegend vertretenen Ansichten sind diejenigen des Autors und nicht notwendigerweise jene der erwähnten Institutionen.

1 Jon Kabat-Zinn: https://elevatesociety.com/you-cant-stop-the-waves/ (zuletzt besucht am 14. Januar 2024).

2 Über die Bezeichnung der ESG-Regulierung als Tsunami scheint weit verbreitete Einigkeit zu herrschen: Ernst & Young, How PEs can be prepared for the ESG regulatory tsunami, https://www.ey.com/en_gr/webcasts/2022/10/how-pes-can-be-prepared-for-the-esg-regulatory-tsunami (zuletzt besucht am 14. Januar 2024); Goldman Sachs, The ESG swell is now a tsunami – are you riding the wave?, https://privatewealth.goldmansachs.com/us/en/insights/the-esg-swell-is-now-a-tsunami---are-you-riding-the-wave- (zuletzt besucht am 14. Januar 2024).

3 Christoph B. Bühler, Nichtfinanzielle Berichterstattung nach dem Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative und ihre Bedeutung für den Finanzsektor, SZW 6/2021, 716 ff., 717; BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964a N 1.

4 Erläuternder Bericht des Bundesamt für Justiz (BJ) zum Gegenvorschlag, 6.

Rechtskommission des Ständerates, an die CSR-Richtlinie der EU hinsichtlich Berichterstattung, an die EU-Verordnung 2017/821 betreffend Konfliktmineralien und an eine seinerzeit in den Niederlanden diskutierte Regulierung über Kinderarbeit an.[5]

Schweizer Unternehmen, die sich im Anwendungsbereich der Art. 964a–c OR,[6] der Art. 964j–l OR und der Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (VSoTr)[7] und der EU-CSRD[8] befinden, sind mit der Herausforderung konfrontiert, über die nächsten Jahre ihre Nachhaltigkeitsprogramme und die Berichterstattung den sich kontinuierlich ausweitenden rechtlichen Anforderungen anzupassen.

Im nachfolgenden Beitrag soll namentlich aus der Perspektive des Verwaltungsrats dargestellt werden, welche Herausforderungen und offenen Fragen das neue Recht mit sich bringt, und welche Lösungsansätze sich anbieten.

II. Herausforderungen und offene Fragen des neuen Rechts

Die neuen Nachhaltigkeitsregeln von Art. 964a ff. OR können nur aus ihrer Entstehungsgeschichte als indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative verstanden werden. Vor diesem Hintergrund sind drei gesetzgeberische Tendenzen zu bedauern, aber letztlich kaum zu ändern:

- *Hardening of Soft Law:* Regeln zu Nachhaltigkeit und ESG (Environment, Social, Governance) lagen bisher im Ermessen der Gesellschaften, welche im Rahmen ihrer Strategie eigene Grundsätze zu Nachhaltigkeit und ESG festlegen und sich dabei an freiwilligen Best Practices und sog. «Soft Law» orientieren konnten. Im Rahmen des Regulierungs-Tsunami haben bindende Vorschriften zu ESG die Freiwilligkeit durch rechtlichen Zwang ersetzt. Damit wird bisheriges unternehmerisches Engagement durch zwingende Vorgaben ersetzt, und Soft Law durch Hard Law.
- *Risiko des Swiss Finish:* Erlässt die Schweiz eigene Regeln, besteht das latente Risiko eines sog. «Swiss Finish», indem der schweizerische Gesetz- oder Verordnungsgeber noch zusätzliche, strengere Vorgaben ergänzt oder Abweichungen vorsieht, die vielfach einen Zusatzaufwand gegenüber den ursprünglichen internationalen Regeln mit sich bringen. Der aktuellen schweizerischen Regelung von Art. 964a ff. OR und den Verordnungen ist zugute zu halten, dass sie internationale Regelungen berücksichtigen und diese als alternative Regelungsnormen zur Verfügung stellen.[9] Diesem Ansatz, wie auch der Koordination der entsprechenden Rechtsetzung in der Schweiz, ist auch künftig Sorge zu tragen, und die Befolgung anerkannter ausländischer Standards[10] sollte als Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen in der Schweiz akzeptiert werden.
- *Tucholsky-Theorem:* Die oben erwähnten Tendenzen führen zu einer Ver-(Straf)Rechtlichung von Nachhaltigkeit und ESG, und zu einer Erhöhung des administrativen, finanziellen und rechtlichen Aufwands für Reporting und Einhaltung der Rechtsnormen, alles zulasten des massgeschneiderten unternehmerischen Engagements für ESG und Nachhaltigkeit – ganz nach Kurt Tucholsky: «*Das Gegenteil von gut ist gut gemeint*.»[11]

Zusätzlich zu den erwähnten Tendenzen auf der gesetzgeberischen Meta-Ebene enthalten die Bestimmungen von Art. 964a ff. OR weitere Herausforderungen und offene Fragen für die Gesellschaften und ihre Verwaltungsräte:

1. Nichtfinanzielle Berichterstattung

Der Bericht über nichtfinanzielle Belange gibt nach Art. 964b OR Rechenschaft über «*Umweltbelange, insbesondere die CO_2-Ziele, über Sozialbelange, Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption*». Dazu ist Folgendes zu bemerken:

---

5 Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 5 ff. m.w.H.

6 Der jährlichen Berichterstattung nach Art. 964a–c OR unterliegen Unternehmen, wenn sie Gesellschaften des öffentlichen Interesses (d.h. Publikumsgesellschaften oder FINMA-beaufsichtigte Unternehmen) sind, siehe BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964a N 21; Bühler (FN 3), 719 f., zusammen mit kontrollierten Unternehmen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren mindestens 500 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt haben, und in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren entweder eine Bilanzsumme von 20 Millionen Franken oder einen Umsatzerlös von 40 Millionen Franken überschreiten: Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 6 und 11 ff.

7 Den Sorgfalts- und Transparenzpflichten bezüglich Konfliktmineralien und Kinderarbeit nach Art. 964j–l OR unterliegen nicht dieselben Gesellschaften wie der nichtfinanziellen Berichterstattung, sondern Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz, die Konfliktmineralien in den freien Verkehr der Schweiz überführen oder in der Schweiz bearbeiten, oder die Produkte oder Dienstleistungen anbieten, bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass sie unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden: Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 6 ff.

8 Auch für Unternehmen aus Drittländern wie der Schweiz: Siehe BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964a N 10 ff.

9 Siehe etwa Art. 964a Abs. 2 Ziff. 2, Art. 964b Abs. 3, Art. 964l Abs. 4 OR. Diese Flexibilität ist gerade auch vor dem Hintergrund der sich stetig und schnell weiter entwickelnden EU-Regularien von grosser praktischer Wichtigkeit.

10 Beispielsweise CSRD.

11 Andreas Bohrer, Zum Schaden aller. Die Konzernverantwortungs-Initiative bewirkt das Gegenteil dessen, was sie anstrebt, Basler Zeitung vom 11. Oktober 2016, 4.

- *Abschliessender Mindestinhalt:* Die in Art. 964b OR aufgezählten Themen beschreiben den Mindestinhalt der nichtfinanziellen Berichterstattung. Die Unternehmen sind frei, den Bericht um weitere Aspekte zu erweitern,[12] sind aber aufgrund der Strafdrohung von Art. 325ter StGB gut beraten, diese weiteren Aspekte ausserhalb der Berichterstattung von Art. 964b OR darzustellen, und dies im Rahmen ihres Nachhaltigkeitsberichts entsprechend zu definieren und abzugrenzen.[13]
- *Berichterstattung über Umweltbelange:* Art. 964b Abs. 1 OR wird für die Umweltberichterstattung konkretisiert durch die Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange.[14] Die Verordnung verlangt im Sinne der «*double materiality*» die Berichterstattung über die Auswirkungen des Klimawandels auf Unternehmen sowie die Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit auf den Klimawandel.[15] Dabei ist allerdings festzuhalten, dass die TCFD-Verordnung eine reine Vollzugsverordnung ist und keine gesetzesvertretende Verordnung, und somit die Pflichten von Art. 964b OR nicht ergänzen oder ausweiten kann.[16] Aufgrund des Prinzips der doppelten Wesentlichkeit müssen Unternehmen nur nichtfinanzielle Aspekte in die Berichterstattung aufnehmen, die für das Unternehmen aus finanzieller Sicht («*outside-in*») oder deren Auswirkungen auf die Umwelt («*inside-out*») wesentlich sind.[17] Die Berichterstattung nach Art. 964b OR ist entsprechend durch das Prinzip der Wesentlichkeit limitiert.
- *Berichterstattung über Sozialbelange und Arbeitnehmerbelange:* Die Problematik eines «*hardening of soft law*» ist besonders evident bei der Definition der Sozialbelange. Gemäss Bericht des BJ sollen darunter Ausführungen über Massnahmen zum Schutz der verschiedenen Stakeholder, wie beispielsweise Aktionäre, Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten, Gläubiger, Medien, Gewerkschaften, Behörden, kritische Interessengruppen sowie lokale Gemeinschaften fallen.[18] Auch wenn diese Themen durchaus im erweiterten freiwilligen Rahmen eines Nachhaltigkeitsberichts Eingang finden können, so sind sie in ihrer Breite keineswegs durch den Wortlaut des verbindlichen Art. 964b Abs. 1 OR abgedeckt, zumal gerade auch Medien, Gewerkschaften, Behörden und kritische Interessengruppen keine Stakeholder im engeren Sinn sind, sondern Intermediäre zwischen dem Unternehmen und den Stakeholder (Öffentlichkeit, Arbeitnehmer und Gemeinwesen).
- *Berichterstattung über Achtung der Menschenrechte und Bekämpfung der Korruption:* Hinsichtlich Menschenrechte ist zu beachten, dass deren Schutz und Gewährleistung Aufgabe des Staates ist; Unternehmen sind nur, aber immerhin, angehalten, Menschenrechte zu *respektieren*.[19] Dabei soll sich die Berichterstattung aber an denjenigen Bestimmungen orientieren, die für die Schweiz verbindlich und durch die Schweiz ratifiziert worden sind.[20] Ähnliches gilt für die Berichterstattung über die *Korruptionsbekämpfung*, wo der Umfang der Berichterstattungspflicht nach Art. 964b Abs. 1 OR auf die Tatbestände limitiert ist, die unter das geltende schweizerische Korruptionsstrafrecht fallen können, namentlich also Vorteilsgewährung und Bestechung.[21]
- *Berichterstattung über Konsolidierungskreis:* Nach Art. 964b Abs. 4 OR umfasst der Bericht die kontrollierten Unternehmen im In- und Ausland, wobei auf die Konsolidierungskriterien von Art. 963 Abs. 2 OR abgestellt wird.[22]
- *Berichtsinhalt nach Art. 964b Abs. 2 OR:* Hinsichtlich der oben erwähnten «Belange» hat der nicht-

---

12 Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 13; BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 5.

13 Siehe dazu hinten, Kapitel III.

14 Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange («TCFD-Verordnung»), SR 221.434, Inkrafttreten am 1. Januar 2024. «TCFD» steht für «Task Force on Climate-Related Financial Disclosures».

15 Art. 1 Abs. 2 TCFD-Verordnung.

16 So auch BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 11 und 14, und wohl auch Erläuterungsbericht des EFD über die TCFD-Verordnung, 2. Dasselbe gilt erst recht für den Erläuternden Bericht des BJ zum Gegenvorschlag (9), welcher Themen wie Luftverschmutzung, Wasserverbrauch, biologische Vielfalt, Energienutzungen usw. unter die Umweltberichterstattung subsumiert; diese Aufzählung kann aber nicht als verpflichtend verstanden werden, sondern nur als mögliche Themen, aus denen die Unternehmen die für sie *wesentlichen* auswählen.

17 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 3. Gemäss BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 2 erstreckt sich das Prinzip der doppelten Wesentlichkeit implizit auf die gesamte Berichterstattung nach Art. 964b OR. Zum Konzept der Wesentlichkeit im Bereich der Nachhaltigkeitsinformation generell und zur doppelten Wesentlichkeit, vgl. Aline Darbellay/Yannick Caballero Cuevas, The Materiality of Sustainability Information under Capital Markets Law, SZW 6/2023, 44 ff. Eggen/Hermidas, 21 (Mirjam Eggen/Semir Hermidas, Doppelte Wesentlichkeit und Sustainable Finance, in: Jusletter 9. Mai 2022) weisen mit Recht darauf hin, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 VSoTr die Berichterstattung nach TCFD-Standards vermutungsweise die Erfordernisse von Art. 964b Abs. 1 OR im Klimabereich erfüllt, und dass die TCFD-Standards Nachhaltigkeitsrisiken nur dann als *wesentlich* erachten, wenn diese für den Wert des Unternehmens, also finanziell, materiell sind («Vielmehr fokussieren sie auf eine Offenlegung der Nachhaltigkeitsrisiken (*financial materiality*) und befassen sich lediglich dann mit der Frage nach den klimabezogenen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeiten gegen aussen, wenn diese zugleich das Potential haben, sich auch auf den Wert des Unternehmens oder die Stellung der Anlegerinnen und Anleger auszuwirken.»).

18 Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 9.

19 Andreas Bohrer, Corporate Social Responsibility. Chances, success factors and new challenges of CSR, GesKR 3/2016, 273 ff., 275; Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 10.

20 Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 10 mit einer Aufzählung der relevanten Übereinkommen.

21 Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 10 mit Hinweis auf Art. 322ter, 322quinquies, 322septies, 322octies und 322novies StGB.

22 Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 16; BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 55. Eine Art. 964b Abs. 4 OR entsprechende Konsolidierungsbestimmung fehlt im Bereich der Bestimmungen von Art. 964j ff. OR.

finanzielle Bericht die folgenden Punkte zu enthalten: Das *Geschäftsmodell*, die bezüglich der erwähnten Belange verfolgten *Konzepte und Sorgfaltsprüfung*,[23] eine Darstellung der zur Umsetzung dieser Konzepte ergriffenen *Massnahmen* sowie eine Bewertung der *Wirksamkeit* dieser Massnahmen.[24] Weiter verlangt Art. 964b Abs. 2 OR eine Beschreibung der *wesentlichen Risiken* im Zusammenhang mit den erwähnten Belangen sowie die *Handhabung* dieser Risiken durch das Unternehmen; massgebend sind dabei Risiken, die sich aus der eigenen Geschäftstätigkeit des Unternehmens ergeben und, wenn dies relevant und verhältnismässig ist,[25] die sich aus seinen Geschäftsbeziehungen, seinen Erzeugnissen oder seinen Dienstleistungen ergeben.[26] Als letzter Punkt verlangt das Gesetz eine Beschreibung der für die Unternehmenstätigkeit *wesentlichen Leistungsindikatoren* in Bezug auf die Belange gemäss Art. 964b Abs. 1 OR.[27]

– *Ausländische Regelwerke:* Das Gesetz erlaubt die Berichterstattung nach alternativen Regelwerken, wie etwa GRI oder SASB. Erfüllt ein solches Regelwerk nicht alle Erfordernisse von Art. 964b OR, so ist ein ergänzender Bericht zu verfassen.[28] Nach Oser/Mattle ist davon auszugehen, dass bei korrekter Anwendung von GRI oder ESRS-Standards, und wenn die Ausführungen zur Korruption auf die schweizerischen Korruptionstatbestände Bezug nehmen und hinsichtlich Menschenrechte Ausführungen zu den für die Schweiz verbindlichen internationalen Menschenrechtsbestimmungen gemacht werden, inhaltlich die Mindestanforderungen an die nichtfinanzielle Berichterstattung gemäss Art. 964b Abs. 1 und 2 OR erfüllt sind.[29]
– *Comply or Explain:* Art. 964b Abs. 5 OR erlaubt es, auf die Berichterstattung eines oder mehrerer Belange zu verzichten, wenn das Unternehmen im Hinblick auf diese Belange kein Konzept verfolgt und dies im Bericht klar und begründet erläutert.[30] Nicht vollumfänglich geteilt wird vorliegend die Ansicht von Oser/Mattle,[31] dass die Befreiung von der Berichterstattung nicht gilt für die Darstellung der Risiken und Leistungsindikatoren; gerade im Fall, wo aufgrund der Geschäftstätigkeit kein wesentliches Risiko identifiziert wurde, besteht kein Bedürfnis und keine Rechtfertigung für eine Berichterstattung über Risiko und Leistungsindikatoren.

2. Pflichten betreffend Kinderarbeit und Konfliktmineralien

Die Sorgfalts- und Transparenzpflichten bezüglich Kinderarbeit und Konfliktmineralien betreffen nach Art. 964j OR Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz,[32] die (1) Zinn, Tantal, Wolfram oder Gold enthaltende Mineralien oder Metalle aus Konflikt- und Hochrisikogebieten in den freien Verkehr der Schweiz überführen oder in der Schweiz bearbeiten, oder (2) Produkte oder Dienstleistungen anbieten, bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass sie unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden.

---

23 Dabei handelt es sich bei den «Konzepten» um interne Richtlinien und Strategien, und bei der «Sorgfaltsprüfung» um Due Diligence Prozesse, mit Hilfe derer Risiken erkannt und mittels Massnahmen verhindert oder gemildert werden können: BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 27 ff.; Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 14 f. Der Erläuternde Bericht spricht in diesem Zusammenhang von einer «gewisse[n] Analysetätigkeit»: Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 7 f. Es ist also nicht richtig anzunehmen, dass der Gesetzgeber bei jeder Identifizierung eines ihm wichtig erscheinenden Themas (wie z.B. Zwangsarbeit, vgl. Parlamentarische Initiative 21.427 *Gredig* betreffend Bekämpfung von Zwangsarbeit durch die Ausweitung der Sorgfaltspflicht) den Katalog der Sorgfaltspflichten gemäss Art. 964j ff. OR erweitern muss: Art. 964b OR enthält bereits genügende Analyse- und Due Diligence-Prozesse.

24 Die Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen hängt von den jeweiligen Massnahmen ab. Zudem lässt das Gesetz offen, welcher Zeitraum für die Ermittlung der Wirksamkeit zu berücksichtigen ist; Massnahmen, die nur langfristig zur Zielerreichung beitragen, müssen nicht jährlich überprüft und im nichtfinanziellen Bericht adressiert werden: BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 33 ff.

25 Zusätzlich zum Kriterium der *Wesentlichkeit* (siehe nachfolgend) müssen Risiken aus Geschäftsbeziehungen nur dann beschrieben werden, wenn die Kriterien der *Relevanz* und *Verhältnismässigkeit* erfüllt sind. Gemäss Materialien (Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 15) und wohl auch der Lehre (BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 42) beziehen sich die Relevanz und Verhältnismässigkeit auf die Geschäftsbeziehung. Das bedeutet, dass sich das Unternehmen auf die geschäftlich wichtigen Vertragspartner limitieren kann, bei denen nach allgemeiner Lebenserfahrung auch die Informationsgewinnung einfacher und damit verhältnismässiger ist (BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 42).

26 Gemäss BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 36 ff. müssen die wesentlichsten Risiken in Bezug auf die nichtfinanziellen Belange identifiziert und beschrieben werden, und nicht in Bezug auf die finanziellen Risiken der Geschäftstätigkeit. Der Prognosehorizont ist durch das Unternehmen festzulegen. Reputationsrisiken sind ebenfalls zu berücksichtigen (so auch Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 15).

27 Das Gesetz lässt offen, welche und wie viele Leistungsindikatoren (*key performance indicators, KPI*) ein Unternehmen in die Berichterstattung aufzunehmen hat. Einziges Kriterium ist die Wesentlichkeit der KPI, und dass diese Bezug nehmen auf die nichtfinanziellen Belange gemäss Art. 964b Abs. 1 OR: BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 44.

28 Art. 964b Abs. 3 OR; Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 15f.; BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 51 ff.

29 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 54.

30 Dies kann etwa der Fall sein, wenn das Unternehmen aufgrund seiner Geschäftstätigkeit keine wesentlichen Risiken in einem Belang aufweist (Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 16; BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 47; Bühler [FN 3], 722 f.) oder die Integration eines akquirierten Geschäfts noch nicht abgeschlossen und daher noch kein Konzept implementiert ist (BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 47).

31 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 48.

32 Zu den Begrifflichkeiten hinsichtlich Sitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung, siehe im Detail BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964j N 16 ff.

Das Gesetz[33] delegiert dem Bundesrat wesentliche Elemente der Anwendbarkeit der Bestimmungen, so (1) die jährliche Festlegung der Einfuhrmengen von Mineralien und Metallen, bis zu denen ein Unternehmen von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht befreit ist, (2) die Voraussetzungen, unter welchen KMU und Unternehmen mit geringen Risiken im Bereich Kinderarbeit nicht prüfen müssen, ob ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht, und (3) die Voraussetzungen, unter denen Unternehmen von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten ausgenommen sind, wenn sie sich an ein international anerkanntes gleichwertiges Regelwerk, wie insbesondere die Leitsätze der OECD, halten. Der Bundesrat hat die betreffenden Punkte in der Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (VSoTr)[34] geregelt. Aus Sicht der Praxis sind folgende Punkte von Interesse:

– *Sorgfaltspflichten:* Die Sorgfaltspflichten umfassen nach Art. 964k OR ein Managementsystem mit Lieferkettenpolitik und System der Rückverfolgung, einen Risikomanagementplan, und die Überprüfung der Einhaltung der Sorgfaltspflichten betreffend Konfliktmineralien durch eine unabhängige Fachperson. Bei den Sorgfaltspflichten handelt es sich im Einklang mit den internationalen Regelwerken um Bemühens- und nicht um Erfolgspflichten,[35] d.h. um Handlungspflichten im Sinne eines Tätigwerdens mit aller Sorgfalt («*best effort*»-Ansatz) und mit einem risikobasierten Ansatz, der eine Priorisierung der Sorgfaltspflichten nach den Risiken erlaubt.[36] Es handelt sich mithin bei den Sorgfaltspflichten um die Pflicht, ein *Compliance-System mit Due Diligence-Prozessen* für die Lieferkette zu entwickeln und zu betreiben.[37]
– *Pflichten betreffend Kinderarbeit:* Die Bestimmungen zur Sorgfaltspflicht bezüglich Kinderarbeit sind nicht intuitiv und erfordern ein mehrstufiges Vorgehen.[38] In einem ersten Prüfschritt werden die *Schwellenwerte* gemäss Art. 6 VSoTr geprüft; KMU[39] sind vom Geltungsbereich ausgenommen. Die anderen Unternehmen müssen in einem zweiten Schritt der *Risikoeinstufung* nach Art. 7 VSoTr prüfen, ob sie ihre Produkte gemäss Herkunftsangabe («*made in*») oder ihre Dienstleistungen schwerpunktmässig in Ländern beziehen oder herstellen/erbringen, die gemäss UNICEF Children's Rights in the Workplace Index als «*basic*» (geringes Risiko) und nicht als «*enhanced*» (mittleres Risiko) oder «*heightened*» (hohes Risiko) eingestuft werden. Zur Einordnung: Die Schweiz gilt aktuell als geringes Risiko, die USA als mittleres Risiko;[40] operationelle Tätigkeiten in Ländern wie den USA führen entsprechend zum dritten Schritt, der *Verdachtsprüfung* nach Art. 5 VSoTr. Besteht ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit, muss das Unternehmen den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten nach Art. 964k OR nachkommen. Ein Verdacht ist dann begründet, wenn er auf einem oder mehreren konkreten und belegten Hinweis(en) bzw. Wahrnehmungen beruht, welche einen Einsatz von unzulässiger Kinderarbeit bei der Herstellung des Produkts oder der Erbringung der Dienstleistung befürchten lassen.[41] Die Hinweise können unternehmensintern (z.B. Kontrollen vor Ort, Einholen von Auskünften) oder extern sein, etwa Hinweise von Dritten wie Medienberichte, Gerichtsurteile, Mitteilungen; allerdings liefert nicht jeder solche Hinweis einen begründeten Verdacht, sollte aber für das Unternehmen Anlass zu weiteren Abklärungen geben.[42]

3. Governance und Beschlussfassung

3.1. Nichtfinanzielle Berichterstattung (Art. 964a–c OR)

Der Bericht über die nichtfinanzielle Berichterstattung bedarf bei der Aktiengesellschaft der Genehmigung und Unterzeichnung durch den Verwaltungsrat sowie der Genehmigung durch die Generalversammlung. Der Verwaltungsrat stellt zudem sicher, dass der Bericht umgehend nach der Genehmigung elektronisch veröffentlicht wird

33 Art. 964j Abs. 2–4 OR.
34 SR 221.433.
35 Erläuternder Bericht zur VSoTr, 5 und 26 ff.; BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964k N 5.
36 Erläuternder Bericht zur VSoTr, 26 ff.
37 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964k N 6f. Zum fehlenden Konsolidierungskreis vgl. oben, FN 22.
38 Erläuternder Bericht zur VSoTr, 17 ff.; BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964j N 71 ff.
39 Als KMU gelten gemäss Art. 6 VSoTr Unternehmen, die zusammen mit den von ihnen kontrollierten in- und ausländischen Unternehmen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren zwei der nachstehenden Grössen unterschreiten: (a) eine Bilanzsumme von 20 Millionen Franken; (b) einen Umsatzerlös von 40 Millionen Franken; (c) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Die Ausnahme gilt nach Art. 8 VSoTr nicht, wenn ein offensichtlicher Einsatz von Kinderarbeit besteht.
40 https://www.unicef.ch/en/media/4548/download?attachment= (zuletzt besucht am 14. Januar 2024).
41 Erläuternder Bericht zur VSoTr, 19 f.
42 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964j N 52 f. *In praxi* stellt sich die Frage, ob das Unternehmen nur aktiv werden muss, wenn ihm ein Verdacht zugetragen wird, oder ob sich der Entscheid, ob ein begründeter Verdacht besteht oder nicht, auf minimale Prüfungs- bzw. Due Diligence Handlungen des Unternehmens abstützen muss. Aus dem Wortlaut von Art. 964j Abs. 1 Ziff. 2 OR und der mehrstufigen Vorgehenssystematik nach Art. 5 ff. VSoTr wird aus rechtlicher Sicht verlangt, dass die Unternehmen prüfen, ob ein *konkreter Verdacht besteht*. Dafür muss das Konsultieren der beim Unternehmen vorhandenen Informationen genügen. Eine darüber hinausgehende Prüfungspflicht ist abzulehnen, weil sie Gegenstand der Sorgfaltsprüfung ist, die erst bei Vorliegen eines begründeten Verdachts zur Anwendung gelangt. In praktischer Hinsicht steht es den Unternehmen natürlich frei, einen minimalen Desktop Research externer Quellen durchzuführen und damit das Risiko zu reduzieren, dass öffentlich verfügbare Informationen einen entsprechenden Verdacht nahelegen.

und mindestens zehn Jahre lang öffentlich zugänglich bleibt.[43] Für die Praxis sind folgende Punkte relevant:

- *Unterzeichnung des Berichts:* Dass der Gesetzeswortlaut von der Unterzeichnung durch das Organ spricht, bedeutet nicht, dass alle Verwaltungsratsmitglieder den Bericht physisch unterzeichnen müssen. Vielmehr wird es zulässig sein, dass der Verwaltungsratsbeschluss den Bericht genehmigt und dabei ein oder mehrere Mitglieder des Verwaltungsrats zur Unterzeichnung ermächtigt.[44]
- *Keine obligatorische Prüfung durch die Revisionsstelle:* Das Gesetz verzichtet auf eine obligatorische Prüfung des Berichts durch die Revisionsstelle, weil der Mehrwert einer Prüfung als gering und eine materielle Prüfung als zu aufwendig und teuer eingeschätzt wurde.[45] Es liegt jedoch im Ermessen der Gesellschaften, etwa zur Qualitätssicherung und vor dem Hintergrund der drohenden fahrlässigen Falschberichterstattung nach Art. 325ter Abs. 2 StGB eine Prüfung, namentlich im Sinne einer «*limited assurance*», durch die Revisionsstelle vornehmen zu lassen.
- *Generalversammlungsbeschluss:* Der Beschluss der Generalversammlung geht auf Genehmigung (oder allenfalls Ablehnung) des nichtfinanziellen Berichts, der ihr vom Verwaltungsrat erstattet wird. Inhaltlich fällt die Strategie auch bezüglich nichtfinanzieller Belange in die Kompetenz des Verwaltungsrats nach Art. 716a OR, womit es der Generalversammlung nicht möglich ist, über inhaltliche Änderungen am Bericht zu befinden oder gar den Verwaltungsrat zur Änderung seiner diesbezüglichen Strategie zu zwingen.[46] Verweigert die Generalversammlung die Genehmigung des Berichts, so ist grundsätzlich auch keine Korrektur und Wiedervorlage an die Generalversammlung erforderlich, zumindest nicht solange der Bericht nicht offensichtlich und die wesentlichen Punkte betreffend unvollständig oder falsch ist.[47]
- *Zeitpunkt der Berichterstattung und Genehmigung:* Nach Art. 964c Abs. 2 OR ist der Bericht «umgehend nach der Genehmigung» durch die GV elektronisch zu veröffentlichen. Die Gesellschaft kann den Bericht aber selbstverständlich bereits vor der GV veröffentlichen (und wird dies aufgrund von Art. 699a OR faktisch auch müssen); dasselbe gilt selbst bei einer Ablehnung des Berichts durch die Generalversammlung.[48] Der Zeitpunkt des Genehmigungsbeschlusses durch die GV wird im Gesetz offengelassen; er muss nicht zwingend an der ordentlichen Generalversammlung stattfinden. Ob das Unterlassen der Berichterstattung in dem auf das Berichtsjahr folgenden Jahr als reine Ordnungsvorschrift ohne Sanktionsfolge betrachtet werden kann[49] oder als Unterlassen der Berichterstattung nach Art. 325ter StGB zu verfolgen ist, muss offengelassen werden.[50] Immerhin ist festzuhalten, dass der nichtfinanzielle Bericht entweder als Separatdokument[51] oder als Teil des Lageberichts bzw. Geschäftsberichts erstattet werden kann.[52]

---

43 Art. 964c OR.

44 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964c N 9; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5.A., Zürich 2022, §6 N 714; ähnlich auch Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 16, wobei der Verweis auf die für die Erstellung des Berichts verantwortliche Person in Analogie zu Art. 958 und 958f OR sich nicht mit dem Gesetzeswortlaut von Art. 964c OR in Übereinstimmung bringen lässt. Unterschrift durch den Verwaltungsratspräsidenten auf Grundlage eines entsprechenden Verwaltungsratsbeschlusses dürfte mithin eine angemessene Lösung darstellen. Der Verwaltungsratsbeschluss ist mit Vorteil zu dokumentieren, es besteht aber kein Erfordernis, diesen Beschluss oder einen Hinweis auf den Beschluss zu veröffentlichen. Das Gesetz verlangt auch nicht, dass die elektronisch veröffentlichte Version des Berichts die Unterschrift enthält; es genügt kraft des Verweises von Art. 964c Abs. 3 auf Art. 958f OR, dass der Bericht schriftlich und unterzeichnet aufzubewahren ist. Dasselbe gilt auch für Art. 4 Abs. 2 TCFD-Verordnung, wonach die elektronische Veröffentlichung nach Art. 964c Abs. 2 Ziff. 1 OR auch in einem für Maschinen lesbaren Format zu erfolgen habe. Diese Bestimmung geht über den Rahmen des Gesetzes («elektronisch veröffentlicht») hinaus, was für eine blosse Vollzugsverordnung (Erläuterungsbericht des EFD über die TCFD-Verordnung, 5 f.) nicht statthaft ist; noch weniger akzeptabel wäre eine in der Verordnung festgelegte Pflicht zur Verwendung eines XBRL- oder sonstigen Formats, welches international nicht verwendet wird.

45 Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 17.

46 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964c N 2 f.; Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, Art. 964c N 5; Böckli (FN 44), §6 N 714, der von einer zustimmenden Kenntnisnahme durch die Generalversammlung in Analogie zur Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht ausgeht. Ob die Abstimmung bindenden oder konsultativen Charakter hat, kann offenbleiben und ändert nichts an den erwähnten rechtlichen Betrachtungen.

47 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964c N 5 f. m.w.H.

48 **Gl.M.** BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964c N 10 ff. **A.M.** Claudio Bazzi, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten im Zusammenhang mit den neuen nicht-finanziellen Berichterstattungspflichten, Corporate Newsletter Bratschi AG, Juni 2024, 3, https://www.bratschi.ch/assets/content/files/publikationen/Strafrechtliche_Verantwortlichkeit_von_Verwaltungsraeten_-_Claudio_Bazzi.pdf (zuletzt besucht am 14. Januar 2024), der davon auszugehen scheint, dass der Bericht bei einer Nichtgenehmigung durch die GV nicht veröffentlicht werden kann, was zu einem strafrechtlichen Problem wegen Unterlassung der Berichterstattung führen würde.

49 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964c N 2.

50 Zu beachten ist, dass Art. 325ter StGB im Unterschied zum ähnlich gelagerten Art. 325bis StGB (der explizit die teilweise Unterlassung der Berichterstattung pönalisiert) *nur die gänzliche, nicht die teilweise Unterlassung* der Berichterstattung unter Strafe stellt. Dies ergibt sich aus dem Vergleich der beiden Bestimmungen, welche gleichzeitig in Kraft getreten sind: Vgl. Bazzi (FN 48), 2.

51 Der Erläuternde Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 2, ging anscheinend noch zwingend von einem separaten Bericht aus, was aber im Gesetzeswortlaut keine Stütze findet, möglicherweise mit den entgegenstehenden Vorschriften der EU CSRD kollidieren würde, und von der Lehre zu Recht abgelehnt wird: BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 57.

52 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 57.

3.2. Pflichten betreffend Kinderarbeit und Konfliktmineralien (Art. 964j–l OR)

Hinsichtlich der Prüfung, Berichterstattung und Berichtsgenehmigung ist bei den Sorgfaltspflichten Folgendes festzuhalten:

- *Prüfung durch eine unabhängige Fachperson:* Während im Bereich der Kinderarbeit keine externe Prüfpflicht hinsichtlich der Einhaltung der Sorgfaltspflichten besteht, verlangt Art. 964k Abs. 3 OR eine solche im Bereich der Konfliktmineralien. Gemäss Art. 16 VSoTr erfolgt die Prüfung durch ein Revisionsunternehmen zur Frage, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass die Sorgfaltspflichten nach Art. 964k Abs. 1 und 2 OR nicht eingehalten wurden (sog. «*negative assurance*»).[53]
- *Berichterstattung über die Sorgfaltspflichten:* Gleich wie der Bericht nach Art. 964a OR kann die Berichterstattung über die Sorgfaltspflichten entweder als Separatdokument oder als Teil des Berichts über nichtfinanzielle Belange oder des Lageberichts integriert werden.[54] Oser/Mattle empfehlen, den Bericht über die Sorgfaltspflichten klar auszuweisen, damit eindeutig bleibt, über welchen Teil des Dokuments die Generalversammlung abstimmt.[55]
- *Genehmigung des Berichts:* Der Bericht nach Art. 964l OR ist durch den Verwaltungsrat jährlich zu erstatten und innerhalb von sechs Monaten seit Ablauf des Geschäftsjahres elektronisch zu veröffentlichen. Im Unterschied zum Bericht über nichtfinanzielle Belange nach Art. 964a OR muss der Bericht nicht der Generalversammlung zur Genehmigung unterbreitet werden.

4. Haftungs- und Strafbestimmungen

Die neuen Bestimmungen enthalten *keine Haftungsregeln*; solche waren als Teil der sog. Konzernverantwortungsinitiative explizit zur Abstimmung gebracht und verworfen worden, und der indirekte Gegenvorschlag hat als bewusster gesetzgeberischer Entscheid auf Haftungsnormen verzichtet. Es findet somit das bestehende Haftungsregime Anwendung.[56] Eingeführt wurde mit dem indirekten Gegenvorschlag jedoch eine Strafbestimmung in Art. 325ter StGB.

4.1. Haftung aus nichtfinanzieller Berichterstattung?

Bei Verletzung der *nichtfinanziellen Berichterstattungspflicht* von Art. 964a OR ist eine Haftung aufgrund von Organhaftungsrecht oder Deliktsrecht abzulehnen,[57] weil die Art. 964a ff. OR keine Schutznormen sind, die den Schutz des Vermögens der Aktionäre oder der Gesellschaftsgläubiger bezwecken. Zudem ist in der Regel der Nachweis eines Schadens sowie eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Verschulden kaum zu erbringen. Auch eine Konzernhaftung in analoger Anwendung von Art. 55 OR ist abzulehnen; sie wäre ein Widerspruch zum konzernrechtlichen Trennungsprinzip, wurde als Konzept mit der Ablehnung der Konzernverantwortungsinitiative vom Souverän explizit verworfen, und widerspricht dem aktuellen gesetzgeberischen Willen.[58] Vorbehalten bleiben allerdings Ansprüche aus Lauterkeitsrecht oder aus kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen.[59]

4.2. Haftung aus den Pflichten betreffend Kinderarbeit und Konfliktmineralien?

Art. 964k OR enthält im Unterschied zu Art. 964a–c OR auch *Sorgfaltspflichten*, wobei es sich dabei wie oben erwähnt um Bemühens- und nicht um Erfolgspflichten handelt – namentlich die Pflicht, mit einem risikobasierten Ansatz, der eine Priorisierung der Sorgfaltspflichten nach den Risiken erlaubt, ein *Compliance-System mit Due Diligence-Prozessen* für die Lieferkette zu entwickeln und zu betreiben. Auch hier ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber bewusst auf die Einführung von Haftungsnormen verzichtet hat und diese im Rahmen der Abstimmung über die Konzernverantwortungsinitiative verworfen wurden. Und wie bei Art. 964a OR gilt auch hier, dass die Sorgfaltspflichten nach Art. 964k OR nicht als haftungsbegründende Schutznorm herangezogen werden können.[60]

Dasselbe gilt für die *Berichterstattungspflicht* nach Art. 964l OR, die keine haftungsbegründende Schutz-

---

53 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964k N 37 ff.
54 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964l N 2.
55 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964l N 2.
56 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964a N 43.
57 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964a N 44 ff.; Bühler (FN 3), 724 f.; im Ergebnis wohl auch Darbellay/Caballero Cuevas (FN 17), 57 f.
58 Votum Kommissionssprecher und Vertreter der Mehrheit, Nationalrat Philipp Matthias Bregy, in der Nationalratsdebatte vom 8. Juni 2020 aus der Einigungskonferenz zwischen National- und Ständerat zum indirekten Gegenvorschlag: «*Zu guter Letzt wurde auch noch die Diskussion zur Frage geführt, ob der heutige Artikel 55 OR bereits die Möglichkeit für Klageerhebungen in der Schweiz biete. Das ist, dies einfach zuhanden der Materialien, nicht der Fall.*»: AB-N *2020* 732. Diese Klarstellung in den gesetzgeberischen Materialien wird auch mit überzeugender Herleitung gestützt durch die Lehre: Christoph B. Bühler, Geschäftsherrenhaftung im Konzernverhältnis?, SZW 3/2022, 202 ff., 209 ff. mit Verweis auch auf die Rechtsprechung und einschlägige Literatur. Vgl. auch Carina Fröhli, Geschäftsherrenhaftung der Muttergesellschaft für Handlungen von Tochtergesellschaften, Diss. St. Gallen 2021, 124 ff., https://www.alexandria.unisg.ch/server/api/core/bitstreams/388a0e8b-b8c9-4a4a-a75c-d165614d2b90/content (zuletzt besucht am 14. Januar 2024).
59 Yeşim M. Atamer/Florian Willi, CSR-Berichterstattung Ante Portas: Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, SZW 6/2020, 686 ff., 700; BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964a N 52 f., welche diese allerdings für kaum relevant halten.
60 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964k N 42 ff.

norm darstellt, womit die Grundlage für eine Haftung entfällt.[61]

4.3. Strafbarkeitsbestimmungen nach Art. 325ter StGB

Im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags wurde ein neuer Art. 325ter StGB in Kraft gesetzt, wonach mit Busse bestraft wird, wer vorsätzlich[62] oder fahrlässig[63] in den Berichten nach Art. 964a, 964b und 964l OR falsche Angaben macht oder die Berichterstattung unterlässt, oder den Aufbewahrungs- und Dokumentationspflichten nicht nachkommt. Von praktischer Bedeutung dürfte vor allem die fahrlässige Falschberichterstattung sein.[64] Dabei ist Folgendes zu beachten:

– *Strafbarkeit:* Gemäss Oser/Mattle[65] ist der Übertretungstatbestand[66] von Art. 325ter StGB ein echtes Sonderdelikt, welches nur von Personen begangen werden kann, denen die Erstellung des Berichts obliegt. Das ist in erster Linie der Verwaltungsrat.[67] Das Unternehmen selbst kann nicht gebüsst werden, da die Voraussetzungen von Art. 102 StGB nicht gegeben sind.[68]

– *Objektiver Tatbestand und Erfordernis der Wesentlichkeit:* Den Tatbestand erfüllt, wer in den Berichten nach Art. 964a–b und 964l OR falsche Angaben macht. Entsprechend ist die Abgrenzung dieser Berichte von den weiteren Berichten im Nachhaltigkeitsbereich, sei es im Rahmen des Lageberichts oder des Nachhaltigkeitsberichts, von Bedeutung. Der Anwendungsbereich von Art. 325ter StGB ist daher in doppelter Hinsicht zu limitieren: Einerseits kann die Gesellschaft in *formeller* Hinsicht mit Hilfe einer Konkordanztabelle oder anderen Eingrenzungen definieren, welche Teile der Nachhaltigkeits-Berichterstattung nicht in den Anwendungsbereich von Art. 964a ff. OR und damit von Art. 325ter StGB fallen; andererseits sind aufgrund des Prinzips der *doppelten Wesentlichkeit* nur nichtfinanzielle Aspekte Teil der Berichterstattung, die für das Unternehmen aus finanzieller Sicht («*outside-in*») oder deren Auswirkungen auf die Umwelt («*inside-out*») wesentlich sind. Die Berichterstattung nach Art. 964a ff. OR ist, wie die Strafbarkeit nach Art. 325ter StGB, entsprechend durch das Prinzip der Wesentlichkeit limitiert. Wesentlich ist, was den Wert des Unternehmens beeinflussen kann (*outside-in*) oder aus ökologischer und sozialer Sicht für das Verständnis der Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit auf die Menschen und die Umwelt erforderlich ist (*inside-out*).[69] Fehler in der Berichterstattung, die nicht wesentlich sind, fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 325ter StGB. Eine *Erheblichkeitsschwelle* ergibt sich mithin aus der Natur der Sache[70] und wird denn auch in der Lehre postuliert.[71]

---

61 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964l N 12 ff.; im Ergebnis auch Darbellay/Caballero Cuevas (FN 17), 57 f.

62 Art. 325ter Abs. 1 StGB, mit Bussandrohung bis zu 100'000 Franken.

63 Art. 325ter Abs. 2 StGB, mit Bussandrohung bis zu 50'000 Franken.

64 Im Gegensatz zu Art. 325ter StGB verlangt Art. 152 StGB (Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe) einerseits *Vorsatz* (BSK StGB-Weissenberger, Art. 152 N 35; BGer 6B_577/2010 vom 28. Februar 2011, E. 4.5) und andererseits, dass die unwahren Angaben «von erheblicher Bedeutung» sind und «einen andern zu schädigenden Vermögensverfügungen veranlassen können».

65 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964a N 55 ff.

66 Atamer/Willi (FN 59), 698; Bazzi (FN 48), 3; Sebastian Curiger, Nichtfinanzielle Berichterstattung: Ein Vergleich Deutschland – Schweiz, Masterarbeit Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften und Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin, 2023, https://digitalcollection.zhaw.ch/bitstream/11475/29171/1/2023_Curiger_Sebastian_MSc_ML.pdf, 54 (zuletzt besucht am 14. Januar 2024).

67 Gemäss Curiger (FN 66), 55 ist nicht abschätzbar, inwiefern die Anwendbarkeit von Art. 325ter StGB auf tiefere Managementstufen durchdringt. BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964a N 57 halten die Anwendbarkeit der Strafnorm bei Falschberichterstattung auch für Delegationsempfänger unterhalb des Verwaltungsrats für möglich. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die gesetzliche Regelung in Art. 964c OR implizit, und in Art. 964l OR explizit, die Berichterstattungspflicht dem Verwaltungsrat im Sinne eines echten Sonderdelikts auferlegt, und nicht den untergeordneten Delegationsempfängern. Für diese würden sich Fragen der Gehilfenschaft, der Anstiftung oder der Mittäterschaft stellen, wobei *Gehilfenschaft* bei Übertretungen aufgrund von Art. 105 Abs. 2 StGB entfällt, *Anstiftung* in den vorliegenden Konstellationen nicht relevant ist, und *Mittäter* wiederum nur sein kann, wer Träger der Sondereigenschaft, also Verwaltungsratsmitglied, ist: Markus Vischer/Dario Galli, Gedanken zu Art. 327 StGB und Art. 327a StGB, AJP 4/2020, 400 ff., 402.

68 Atamer/Willi (FN 59), 698; Bazzi (FN 48), 3; Curiger (FN 66), 56 f.; BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964a N 58. **A.M.** scheinbar Erläuternder Bericht zur VSoTr, 26 («Das Unternehmen kann somit wegen Unterlassung der Berichterstattungspflicht, wie sie das OR und die vorliegende Verordnung vorsehen, nach Art. 325ter StGB gebüsst werden.»), allerdings ohne weitere Begründung.

69 BSK OR II-Oser/Mattle, Art. 964b N 3 f.; auch die Materialien limitieren den Anwendungsbereich der Berichterstattung auf die Wesentlichkeit und die Informationen, welche für den Zweck der Berichterstattung und deren Verständnis erforderlich sind. «Damit unterscheidet sich die nichtfinanzielle Berichterstattung von typischerweise weiter gefassten Nachhaltigkeitsberichten»: Erläuternder Bericht des BJ zum Gegenvorschlag, 13 f.

70 So verlangt auch Art. 152 StGB, der nur vorsätzlich begangen werden kann, dass die unwahren Angaben «von erheblicher Bedeutung» sind. Dies reflektiert die mangelnde Strafwürdigkeit, wonach unerhebliche Fehler unterhalb der Wesentlichkeitsschwelle (d.h. geringfügige quantitative oder qualitative Fehlangaben bzw. Fehler in Themenbereichen, die nicht im Bereich der doppelten Wesentlichkeit liegen) keine Strafverfolgung rechtfertigen; auch Forstmoser/Küchler (FN 46), 709 monieren, dass Art. 325ter StGB im Unterschied zum gleichzeitig erlassenen Art. 325bis StGB die Fahrlässigkeit sanktioniert, «ohne dass eine unterschiedliche Strafwürdigkeit ersichtlich ist».

71 Vera Naegeli, Neue Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten für Unternehmen in der Schweiz, 2021, https://hub.hslu.ch/economiccrime/neue-berichterstattungs-und-sorgfaltspflichten-fuer-unternehmen-in-der-schweiz/ (zuletzt besucht am 14. Januar 2024); so auch Vera Naegeli, New ESG rules in Switzerland: how to mitigate the risk of criminal liability, The In-House Lawyer Winter 2022, 91, https://media.baerkarrer.ch/karmarun/image/upload/baer-karrer/vbqccdnwjpa26so5kdyj.pdf (zuletzt besucht am 14. Januar 2024); Vera Naegeli, New ESG Due Diligence and Reporting Obligations, Bär & Karrer Briefing Januar 2022, 3, https://media.baerkarrer.ch/karmarun/image/upload/baer-karrer/tyunshvq0xmqwaiojciu.pdf (zuletzt besucht am 14. Januar 2024); Curiger 55.

– *Nachweis genügender Sorgfalt als zentrales Erfordernis:* Auch in dem durch das Element der Wesentlichkeit limitierten Anwendungsbereich von Art. 325ter StGB ist der Nachweis genügender Sorgfalt zentral.[72] Die gebotene Vorsicht ergibt sich nach Art. 12 Abs. 3 StGB «nach den Umständen». Dabei helfen als Orientierungspunkte bestehende Sorgfaltsregeln von Behörden wie auch Sicherheitsempfehlungen, Richtlinien und dergleichen von privaten Standesorganisationen, welche als Gradmesser für das üblicherweise angebrachte Mindestmass an Sorgfalt dienen können.[73] Im Kontext von Art. 964a ff. OR existieren allerdings keine staatlichen oder privaten Sorgfaltsregeln, welche das Risiko falscher Berichterstattung adressieren. Der Verwaltungsrat hat sich entsprechend selbst für einen Lösungsansatz zu entscheiden, der aus seiner Sicht den Nachweis genügender Sorgfalt bei der Berichterstattung nach Art. 964a ff. OR erlaubt.
– *Haftungsbefreiung durch Beizug von Dritten und korrekte Delegation:* Zentral ist in diesem Zusammenhang, dass der Verwaltungsrat sowohl beim Beizug von fachunterstützenden Drittpersonen bei seinen eigenen unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716a OR,[74] wie auch bei der korrekten Delegation von Aufgaben nach Art. 716b OR strafrechtlich nur einer Pflichtverletzung bezichtigt werden kann, wenn er gegen die *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* verstösst.[75] Der Verwaltungsrat darf sich mithin auf den Standpunkt stellen, alle nach Art. 325ter StGB gebotene Sorgfalt angewendet zu haben, wenn er interne und ggf. externe Spezialisten beauftragt, in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben und auf Basis eines soliden und dokumentierten Prozesses die Berichterstattung vorzubereiten und zur Genehmigung vorzulegen. Eine externe Validierung, etwa durch eine «*limited assurance*» der Revisionsstelle, sichert die geforderten *curae* doppelt ab. Sollten sich auf dieser Basis immer noch Fehler bei der nichtfinanziellen Berichterstattung ergeben, womit bei der Menge an gesetzlich gefordertem Zahlenmaterial durchaus zu rechnen ist, dann fehlt es an der für die Fahrlässigkeit erforderlichen Sorgfaltspflichtverletzung durch den Verwaltungsrat und den mit der Berichterstattung befassten weiteren Personen.[76]

III. Lösungsansatz für den Verwaltungsrat

Rechtliche wie vor allem auch reputationelle Gründe legen nahe, dass der Verwaltungsrat sich mit der Frage befasst, wie er die Qualitätssicherung für die Berichterstattung nach Art. 964a und 964l OR organisieren will, um die nach den Umständen gebotene Sorgfalt anzuwenden. Da es weder staatliche noch private Sorgfaltsregeln oder Mindeststandards gibt, hat der Verwaltungsrat seinen eigenen Lösungsansatz zu wählen.

In der Praxis finden sich eine Reihe von Elementen, aus denen der Verwaltungsrat die Bestandteile seines Qualitätssicherungs-Systems für die Nachhaltigkeits-Berichterstattung wählen kann. Da sich die gebotene Sorgfalt aus den Umständen des Unternehmens ergibt, ist es nicht notwendig, alle Elemente einzusetzen.[77] Umgekehrt ist aber festzuhalten, dass die nachfolgenden Elemente nach heutigem Wissensstand alle bekannten und eingesetzten Elemente der Qualitätssicherung für Nachhaltigkeits-Berichterstattung sind, sodass der Vorwurf der Fahrlässigkeit nach Art. 325ter Abs. 2 StGB nicht erhoben werden kann, wenn die Gesellschaft eine Reihe solcher Elemente zu einem Qualitätssicherungs-System zusammenfasst:

– *Dokumentierter Datensammlungs- und Aggregierungs-Prozess:* Es empfiehlt sich, die Sammlung und Aggregierung der Daten für die Nachhaltigkeits-Berichterstattung in einem formellen und strukturierten Prozess festzuschreiben und dessen Einhaltung durchzusetzen. Der Prozess sollte die üblichen Qualitätssicherungen eingebaut haben, mit Vieraugenprinzip und Plausibilitäts-Checks, wo angebracht.
– *Verantwortlichkeits-Matrix mit Sign-off durch die Verantwortlichen:* In Anlehnung an andere Prozesse, die strafbewehrt sind, kann eine formelle Zuständigkeits-/RACI-Matrix mit dem Erfordernis des per-

72 Nach Art. 12 Abs. 3 StGB handelt fahrlässig, «wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.»

73 BSK-StGB Niggli/Maeder, Art. 12 N 111. Zwar binden solche Sorgfaltsregeln den Strafrichter nicht, dienen aber als Auslegungshilfe: BGE 125 IV 139, 144.

74 Andreas Donatsch, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat, ZStrR 1/2002, 1 ff., 16 f. mit Hinweis auf den strafrechtlichen Vertrauensgrundsatz.

75 Donatsch (FN 74), 17 ff.; ähnlich Mark Pieth, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AJP 8/2017, 1005, 1009 ff. für die Anwendbarkeit von Art. 102 Abs. 2 StGB und Vischer/Galli (FN 67), 403 ff. für die Anwendbarkeit von Art. 327 StGB. Für Art. 325ter StGB implizit wohl auch Atamer/Willi (FN 59), 699 f. m.w.H., sogar für den Vorsatz: «*Aus subjektiver Sicht stellt sich die Frage, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit nachgewiesen werden können, wenn keine der handelnden natürlichen Personen den Gesamtzusammenhang überblickt.*»

76 Dies gilt grundsätzlich nicht nur im Strafrecht, sondern auch für die zivilrechtliche Haftung.

77 Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Aufwand für die Umsetzung der aufgeführten Massnahmen beträchtlich ist, namentlich für kleinere Unternehmen, und diese generell von Fall zu Fall unterschiedlich geeignet sind. Der Katalog an Massnahmen ist entsprechend eine Auswahl, aus der Unternehmen die für ihre Situation passenden Elemente auswählen kann; es handelt sich nicht um eine best practice und erst recht nicht um eine (Mindest-)Anforderung.

sönlichen Sign-off durch die verantwortlichen Mitarbeitenden auf allen Stufen des Prozesses angezeigt sein. Dies dient einerseits der internen Allokation von Verantwortlichkeiten und damit der Qualitätssteigerung, und andererseits als Element der Sorgfalt durch den Verwaltungsrat.

– *Assurance-Prozess durch eine Revisionsstelle:* Im Rahmen einer «*limited assurance*» führt die Revisionsstelle einen Prozess-Review durch, welcher einerseits zu einem unabhängigen Qualitäts-Check führt und andererseits dem Verwaltungsrat im Rahmen seiner Sorgfalt die zusätzliche Gewissheit vermittelt, dass der Prozess, welcher zur Nachhaltigkeits-Berichterstattung führt, in objektiv vertretbarer Weise aufgesetzt ist.[78]
– *Materielle Definition (Eingrenzung) des Anwendungsbereichs:* Aufgrund des Prinzips der *doppelten Wesentlichkeit* sind nur nichtfinanzielle Aspekte Teil der Berichterstattung, die für das Unternehmen aus finanzieller Sicht («*outside-in*») oder deren Auswirkungen auf die Umwelt («*inside-out*») wesentlich sind. Der Anwendungsbereich der obligatorischen Berichterstattungspflicht nach Art. 964a ff. OR ist entsprechend von Gesetzes wegen limitiert.
– *Formelle Eingrenzung des Anwendungsbereichs (Konkordanztabelle):* Mit Hilfe einer Konkordanztabelle oder anderen Eingrenzungen kann im Rahmen der Nachhaltigkeits-Berichterstattung genau definiert werden, welche Teile des Nachhaltigkeitsberichts im Anwendungsbereich von Art. 964a–b und 964l OR und damit von Art. 325ter StGB liegen, und welche Teile von der Generalversammlung zu genehmigen sind.
– *ESG Speak-up Hotline:* Gesellschaften, die bereits über eine Ethics Hotline verfügen, können diese auch als ESG Speak-up Hotline verwenden. Diese dient dazu, Unstimmigkeiten auch im Bereich von Nachhaltigkeit und ESG den zuständigen internen Entscheidungsträgern zur Kenntnis zu bringen, um im Falle der Substantiierung Verbesserungen herbeizuführen.
– *Gestaffelter Genehmigungsprozess:* In Übereinstimmung mit der internen Governance des Unternehmens ist es angezeigt, die Nachhaltigkeits-Berichterstattung von unten nach oben (via Geschäftsleitung zu den Verwaltungsrats-Ausschüssen und von dort zum Gesamtverwaltungsrat und anschliessend an die Generalversammlung) zur Genehmigung zu bringen. Für diesen Prozess ist genügend Zeit für Rückfragen und allfällige Korrekturen vorzusehen.
– *Beschlussfassung auf informierter Basis:* Der Verwaltungsrat kann seinen Genehmigungsbeschluss auf informierter Basis fassen, wenn er sich vom Management in geeigneter Weise erläutern lässt, welche Elemente der Qualitätssicherung beim Erstellen des Berichts verwendet wurden, und dies entsprechend dokumentiert. Die Dokumentierung dient einerseits dem Verwaltungsrat als Basis seiner informierten Beschlussfassung und kann andererseits verwendet werden, um die nach den Umständen gebotene Sorgfalt nachweisen zu können.

IV. Fazit: ESG als Chance für «Value Creation»

Nachhaltigkeit und ESG sind eine Chance für Wertschöpfung und ein Wettbewerbsvorteil, gerade auch für Schweizer Unternehmen: Sie haben den Vorteil, dass Qualität, Innovation und der sparsame Umgang mit Ressourcen als feste Bestandteile jeder Nachhaltigkeitsstrategie typisch schweizerische Werte sind. Schweizer Unternehmen nehmen denn auch bei der freiwilligen Beachtung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen im In- und Ausland einen Spitzenplatz ein.[79]

Dies trifft aber nicht für die neuen Regelwerke zu Nachhaltigkeit und ESG zu: Diese fördern nicht die Freiwilligkeit, Selbstverantwortung und Einbettung in die Strategie, sondern eher Zwang, Ver-(Straf)Rechtlichung und einen Tick-the-box-Ansatz. Das ist zu bedauern, auch wenn die heutigen schweizerischen Regeln im internationalen, v.a. europäischen Vergleich vertretbar sind. Die Implementierung der ESG-Regeln stellt die Unternehmen vor signifikante Herausforderungen und Kosten.

Der gesetzgeberische Trend ist allerdings im Moment kaum umkehrbar. Der *Gesetzgeber* in der Schweiz ist deshalb gefordert, pragmatische und international kompatible Lösungsansätze zu wählen, die Schweizer Gesellschaften Optionen und Gestaltungsspielraum verschaffen. *Gesellschaften und ihre Verwaltungsräte* sollten sich lieber früher als später dem Regulierungs-Tsunami im ESG-Bereich stellen, ihn sachlich analysieren, und lernen, auf den Wellen neuer Regeln zu surfen und sie zum Vorteil der Unternehmen und ihrer Anspruchsgruppen einzusetzen.

[78] Naegeli, Neue Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten für Unternehmen in der Schweiz (FN 71): «Selbst wenn insbesondere für den Bericht über nicht finanzielle Belange keine externe Prüfung vorgeschrieben ist, sollten sich Unternehmen überlegen, einen freiwilligen Audit vorzusehen. Insbesondere für die Bestrafung einer fahrlässigen Handlung ist es erforderlich, dass der Täter, also beispielsweise der Verwaltungsrat, nicht erkannt hat, dass er möglicherweise einen falschen Bericht erstattete, er dies aber bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen können. Durch einen freiwilligen Audit können die leitenden Organe eines Unternehmens *darlegen, dass sie sorgfältig gehandelt haben.*»; so auch Naegeli, New ESG rules in Switzerland (FN 71), 91; Naegeli, New ESG Due Diligence and Reporting Obligations (FN 71), 3.

[79] Bohrer (FN 11), 4.