

„Legal update“ für Führungskräfte 2015

Zusammenfassung der am 29. Januar 2015 in Zürich gehaltenen Referate

Inhaltsverzeichnis

Immaterialgüterrecht	2
Umstrittene Swissness-Gesetzgebung auf der Zielgeraden	5
Steuerrecht.....	10
Gesellschafts- und Finanzmarktrecht	12
Konzernfinanzierung – was ist noch zulässig (BGE 4A_138/2014)?.....	17

Immaterialgüterrecht

(Michael Ritscher)

Das Immaterialgüterrecht - sowohl das schweizerische als auch das ausländische, namentlich das in der EU harmonisierte und vereinheitlichte - befindet sich nach wie vor in einem ständigen Umbruch.

Für Führungskräfte schweizerischer Unternehmen sind im Alltag folgende Themen besonders relevant, deren Missachtung in unserer täglichen Praxis oft zu Problemen führt. Ich erlaube mir daher, Ihnen zu jedem Thema jeweils auch konkrete Empfehlungen auf den Weg zu geben.

Das schweizerische **Firmenrecht** kennt – und steht damit meines Wissens weltweit alleine - **kein Branchenprinzip**, also keine Einschränkung des Schutzes auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich.

So wurde vom Bundesgericht in Fortsetzung seiner Praxis einer ausländischen Bank mit der Firma „Keytrade“ deren Verwendung untersagt, obwohl die gleichnamige ältere schweizerische Firma im Handel mit Düngemitteln tätig war.

Das bedeutet einerseits, dass bei der Gründung neuer Gesellschaften auch Bezeichnungen von Firmen berücksichtigt werden müssen, die in völlig anderen Bereichen tätig sind. Andererseits, dass der Schutz einer Firma sehr weit geht.

Ein Gegengewicht zu diesem weiten Schutz bildet die nach wie vor geltende Praxis, wonach das Firmenrecht nur gegenüber anderen Firmenbezeichnungen und nicht gegenüber Marken gilt.

Entsprechend ist es wichtig, bei der Gründung neuer Gesellschaften oder Firmenänderungen nicht nur zuerst zu prüfen, ob ältere Markenrechte Dritter verletzt werden, sondern empfiehlt es sich, Firmen stets auch **als Marken eintragen** zu lassen.

Zudem sollten Firmen regelmässig, am besten mindestens einmal pro Jahr, auch darauf hin **überwacht** werden, ob nicht inzwischen jüngere verwechselbar ähnliche Firmen eingetragen sind. Denn allzu lange darf man in solchen Fällen nicht warten, will man seine Rechte nicht verwirken.

Anders als bei Marken, wo eine Überwachung inzwischen best practice ist, hat sich eine systematische Überwachung von Firmen unseres Erachtens aber noch zu wenig eingespielt.

Im **Markenrecht** findet zur Zeit nicht nur in der Schweiz, sondern auch international eine Entwicklung statt, die sich von der Starrheit der Registereintragungen löst und stärker auf die tatsächlichen Marktgegebenheiten abstellt, also dynamischer geworden ist. Das Markenrecht nähert sich stärker der **Markenrealität** an. Entsprechend dürfen alte Grundsätze, wie jener, wonach eine schwarzweiss eingetragene Marke auch Schutz für alle farbigen Varianten geniesst, oder wonach ein Oberbegriff automatisch auch alle Unterbegriffe umfasst, nicht unbesehen weiter angewandt werden.

Daher empfehlen wir,

1. das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis eher eng zu formulieren,
2. die tatsächliche Benutzung der eingetragenen Marken regelmässig zu dokumentieren und
3. das Markenportfeuille, also die Markeneintragungen regelmässig (einmal jährlich) auf dessen Übereinstimmung mit der Wirklichkeit zu prüfen und nötigenfalls anzupassen.

Nach wie vor äusserst streng ist die Praxis des Bundesgerichtes nicht nur hinsichtlich der Schützbarkeit von Herkunftsangaben, sondern auch hinsichtlich des Gemeingutcharakters bzw. der Freihaltebedürftigkeit von Zeichen. So hat es – in Fortführung seiner Praxis (CREATON; PROLED) – in jüngster Zeit den Bezeichnungen YOU und THINK OUTDOORS Markenschutz grundsätzlich verweigert.

Von den Unternehmen immer noch total unterschätzt wird das Instrument der **Designhinterlegung**. Dies obwohl das Designrecht vor bald 15 Jahren nicht nur in der Schweiz, sondern auch in der EU grundlegend modernisiert worden ist und mit dem bevorstehenden Beitritt der USA und anderer wichtiger Länder auch international noch attraktiver wird.

Es gibt kaum ein anderes Instrument, um eine neue Gestaltung (zwei- oder dreidimensional) so rasch, einfach und kostengünstig zu schützen.

Auch das Potential des **nicht eingetragenen EU-Designrechts** wird noch oft unterschätzt, und zwar sowohl in offensiver als auch in defensiver Hinsicht (Beweis der Nicht-Nachahmung).

Der einzige Nachteil ist allerdings das ja auch dem Patentrecht bekannte **Neuheitserfordernis**. Das bedeutet, dass bei neuen Gestaltungen immer zu allererst, vor jeglicher Kommunikation nach aussen, geprüft werden muss, ob eine Designhinterlegung vorgenommen werden soll.

Das **Urheberrecht** wird vor allem durch die digitale Welt vor Zerreihsproben gestellt. In den herkömmlichen Bereichen ist aber vor allem für die EU eine Senkung der **Schutzschwelle** festzustellen.

Auch wenn in der Schweiz die Anforderungen für einen Urheberrechtsschutz vor allem ausserhalb des klassischen Kunstbereichs nach wie vor relativ hoch sind, muss vor allem für die EU davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich alle kreativen Arbeitsergebnisse geschützt sind.

Das ist für die Autoren grundsätzlich erfreulich. Weil Urheberrechte aber von Gesetzes wegen grundsätzlich nicht auf die Arbeit- bzw. Auftraggeber übergehen, muss dies aus deren Sicht unbedingt **vertraglich** sicher gestellt werden.

In der Schweiz und vor allem in der EU finden derzeit weitreichende Entwicklungen im Bereich des Umgangs mit **technischen Innovationen** statt.

Nach der Aufnahme der Tätigkeit des schweizerischen **Bundespatentgerichts**, das einen erfolgreichen Start gehabt hat, sind auf Unionsebene vor allem die Einführung eines **EU-Patentsystems** mit für die EU einheitlichen Patenten und einer neuen Gerichtsbarkeit zu erwähnen.

Ferner eine im Entstehen begriffene EU-Richtlinie zum Schutz von Know-how. Dies ist besonders wichtig, macht die Industriespionage auch vor KMUs nicht halt und wird das Know-how der Unternehmen auch durch die neue Arbeitswelt immer durchlässiger und lässt sich vor allem auch in gerichtlichen Auseinandersetzungen kaum schützen (entweder man verliert den Prozess oder das Know-how).

Ist ein Geschäftsgeheimnis aber einmal verraten, ist der Schaden irreversibel. Entsprechend sollte man sich nicht strategisch auf **Geheimhaltungsvereinbarungen** (Non Disclosure Agreements, kurz „NDA“) verlassen.

Vielmehr empfiehlt es sich, nicht nur das Bewusstsein für den Wert und die Gefährdung von Know-how zu schärfen, sondern technische Innovationen wo immer möglich und sinnvoll durch **Patent-anmeldungen** abzusichern.

Umstrittene Swissness-Gesetzgebung auf der Zielgeraden

(Simon Holzer)

Im Sommer 2013 verabschiedete das schweizerische Parlament nach zähem Ringen ein revidiertes Markenschutzgesetz und Wappenschutzgesetz. Die beiden Erlasse sollen zukünftig den Gebrauch von schweizerischen Herkunftsangaben für Waren und Dienstleistungen regeln. Vier Ausführungsverordnungen zu diesem als „Swissness-Vorlage“ bekannt gewordenen Gesetzgebungspaket sollen die Details regeln, nach denen schweizerische Herkunftsangaben zukünftig verwendet werden dürfen. Es ist geplant, dass der Bundesrat die Verordnungen Ende 2015 verabschiedet. Das gesamte Swissness-Paket soll am 1. Januar 2017 in Kraft treten, wobei eine zweijährige Übergangsfrist für bereits im geschäftlichen Verkehr verwendete Zeichen vorgesehen ist.

Häufige Missverständnisse

Bevor im Detail auf die neu vorgesehenen Anforderungen für den Gebrauch geografischer Herkunftsangaben eingegangen wird, sind vorab ein paar Missverständnisse zu klären, die in der täglichen Beratungspraxis immer wieder auftauchen.

Kennzeichenrechtliche Herkunftsangaben und zollrechtliche Ursprungsregeln sind nicht das Gleiche

Häufig werden geografische Herkunftsangaben und zollrechtliche Ursprungsangaben miteinander verwechselt bzw. fälschlicherweise gleichgesetzt. Die beiden Begriffe sind aber auseinander zu halten. Geografische Herkunftsangaben gehören zum Kennzeichenrecht und sind Hinweise auf die geografische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise. Sie sollen sicherstellen, dass nur Produkte, die aus dem Gebiet, auf das eine geografische Herkunftsangabe verweist, mit der entsprechenden Herkunftsangabe gekennzeichnet werden. Die zollrechtlichen Ursprungsregeln dagegen dienen dem Vollzug von aussenwirtschaftlichen und zolltarifären Massnahmen, so u.a. der Festlegung von Zolltarifen. Ursprungsnachweise oder -zeugnisse bestätigen, dass eine Ware aus zollrechtlicher Sicht in einem bestimmten Land vollständig erzeugt worden ist oder eine „genügende Bearbeitung“ erfahren hat. Aufgrund dieser Unterschiede ist es deshalb möglich, dass ein Produkt gemäss den Vorschriften des Markenschutzgesetzes z.B. nicht mit der Angabe „Made in Switzerland“ angepriesen werden darf, obwohl es zollrechtlich die schweizerischen Ursprungskriterien erfüllt.

Swissness-Vorschriften gelten auch für regionale und lokale Herkunftsangaben

Obschon die neuen Bestimmungen, die den Gebrauch schweizerischer Herkunftsangaben regeln sollen, landläufig als „Swissness“-Paket bezeichnet werden, gelten diese Vorschriften auch für regionale und lokale Herkunftsangaben wie z.B. „Geneva“ für Uhren oder „Basel“ für chemische oder pharmazeutische Erzeugnisse und nicht nur für die Bezeichnungen „Schweiz“, „Swiss Made“ usw. Dies wird gelegentlich übersehen.

Ausländische Herkunftsangaben müssen den Anforderungen des Landes entsprechen, auf das sie verweisen, damit sie in der Schweiz in Zukunft verwendet werden dürfen. Für ausländische Be-

zeichnungen gelten die neuen schweizerischen Anforderungen deshalb grundsätzlich nicht. Auch ausländische Herkunftsangaben dürfen aber die Abnehmer in der Schweiz nicht täuschen.

Die Swissness-Kriterien gelten für jedes einzelne Erzeugnis

Weiter wird häufig übersehen, dass eine schweizerische Herkunftsangabe nur verwendet werden darf, wenn jedes damit gekennzeichnete Erzeugnis die Anforderungen der Swissness-Vorlage erfüllt. Selbst wenn also die überwiegende Mehrheit der Produkte eines Unternehmens die Swissness-Kriterien erfüllt, dürfen schweizerische Herkunftsangaben auch in Zukunft nicht für alle Produkte dieses Unternehmens verwendet werden, sondern nur für diejenigen, welche die neuen Anforderungen erfüllen.

Das Kreuz mit dem Kreuz

Neu geregelt werden auch die Voraussetzungen, nach denen das Schweizerkreuz für die Bewerbung von Produkten verwendet werden darf. Gemäss heutiger Rechtslage ist es grundsätzlich verboten, das Schweizerkreuz auf Waren anzubringen. Eine Ausnahme gilt bloss für Dienstleistungen und für solche Waren, bei denen das Kreuz im konkreten Fall nicht als Herkunftsangabe, sondern als blosser Dekoration verstanden wird. Ein dekorativer Gebrauch liegt z.B. vor, wenn das Schweizerkreuz auf Fan- oder Souvenirartikeln angebracht wird. Neu sollen die Schweizerfahne und das Schweizerkreuz von allen Anbietern verwendet werden dürfen, deren Produkte gemäss den neuen Voraussetzungen eine schweizerische Herkunftsangabe tragen dürfen. Die Wappen (in der Form eines Wappenschildes) bleiben nach wie vor den berechtigten Gemeinwesen vorbehalten.

Abb. 1: Schweizer Wappen (bleibt auch zukünftig der Schweizerischen Eidgenossenschaft vorbehalten)

Abb. 2: Schweizerfahne (darf zukünftig für die Kennzeichnung schweizerischer Erzeugnisse verwendet werden)

Verschiedene Kategorien von Herkunftskriterien

Das revidierte Gesetz unterscheidet die folgenden Kategorien, für welche je eigene Herkunftskriterien gelten:

- Naturprodukte
- Lebensmittel
- Andere Produkte, insbesondere gewerbliche und industrielle Erzeugnisse
- Dienstleistungen

Gegenstand heftiger politischer Auseinandersetzungen waren insbesondere die Voraussetzungen, die für Lebensmittel gelten. Das Tauziehen zwischen der schweizerischen Landwirtschaft und der

verarbeitenden Industrie geht auch zurzeit während der Ausarbeitung der Ausführungsverordnungen noch weiter.

Herkunftskriterien für gewerbliche und industrielle Erzeugnisse

Von grosser Bedeutung ist die neue Vorlage aber insbesondere auch für die Maschinenindustrie. Im Folgenden soll deshalb exemplarisch auf die betreffenden Bestimmungen eingegangen werden.

Für Maschinenbauerzeugnisse und anderen Industrieprodukte dürfen zukünftig schweizerische geografische Herkunftsangaben verwendet werden, wenn mindestens 60 Prozent der Herstellungskosten in der Schweiz am Ort der Herkunftsangabe anfallen.

Weiter müssen diese Industrieprodukte im Gebiet, auf das die Herkunftsangabe verweist, ihre wesentlichen Eigenschaften erhalten haben. In forschungsintensiven Branchen ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn die Forschung und Entwicklung im Gebiet der Herkunftsangabe stattgefunden hat.

In jedem Fall muss aber auch ein wesentlicher Fabrikationsschritt an jenem Ort stattgefunden haben. Eine reine Forschungs- und Entwicklungstätigkeit in der Schweiz reicht somit nicht aus, damit für Industriewaren eine schweizerische Herkunftsangabe verwendet werden darf.

Berechnung der Herstellungskosten

Bei der Berechnung des 60 Prozent-Kostenanteils ist vorab die Bezugsgrösse zu bestimmen, d.h. alle massgebenden Herstellungskosten, von denen mindestens 60 Prozent am Ort der Herkunftsangabe anfallen müssen.

Zu den relevanten Herstellungskosten gehören grundsätzlich:

- Forschungs- und Entwicklungskosten;
- Materialkosten;
- Fertigungskosten, inklusive der Kosten für gesetzlich vorgeschriebene oder branchenweit einheitlich geregelte Qualitätssicherungs- und Zertifizierungskosten.

Forschungs- und Entwicklungskosten

Die in die Vernehmlassung geschickten Verordnungsentwürfe sehen vor, dass zu den Forschungs- und Entwicklungskosten auch Ausgaben für nichtproduktbezogene Grundlagenforschung gehören. Die Unternehmen können weitgehend frei festlegen, wie sie diese Kosten auf die einzelnen Produkte umlegen wollen.

Gemäss den Vorschlägen des Bundesrats sind die Forschungs- und Entwicklungskosten auch nach Ablauf des branchenüblichen Abschreibungszeitraums noch den Herstellungskosten zuzu-

rechnen und zwar in der gleichen Höhe, wie dies während dem üblichen Abschreibungszeitraum der Fall war.

Materialkosten

Zu den Herstellungskosten gehören auch die Materialkosten. Diese umfassen Materialeinzelkosten (z.B. Kosten für Rohmaterialien und Halbfabrikate) sowie Materialgemeinkosten (z.B. Kosten für den Transport des Materials während des Herstellungsprozesses).

Nicht als Herstellungskosten gelten Auslagen für unverarbeitete Naturprodukte, die im Gebiet der Herkunftsangabe nicht vorkommen. Wenn also ein schweizerischer Maschinenhersteller z.B. unverarbeitete Mineralien zukaufte, dann sind diese Kosten bei der Berechnung der Herstellungskosten nicht zu berücksichtigen.

Ebenfalls nicht miteinzubeziehen sind Kosten für in der Schweiz nicht erhältliche Rohstoffe und Halbfabrikate, zumindest wenn eine Branche diese Information öffentlich verfügbar macht. In den neuen Verordnungsentwürfen ist nicht vorgesehen, dass auch einzelne Unternehmen darauf hinweisen dürfen, dass bestimmte Rohstoffe bzw. Halbfabrikate in der Schweiz nicht erhältlich und deshalb bei der Berechnung der Herstellungskosten nicht zu berücksichtigen sind. Dieser Punkt wird bei der Ausarbeitung der Detailverordnung sicherlich noch zu reden geben.

Fertigungskosten

Zu den Herstellungskosten gehören schliesslich auch die Fertigungskosten, also z.B. Lohnkosten, Maschinenkosten und Gebäudekosten im Zusammenhang mit der Herstellung eines industriellen Erzeugnisses. Die entsprechenden Kosten sind nach branchenüblichen Massstäben auf ein einzelnes Erzeugnis umzulegen. Zu berücksichtigen sind sowohl fixe als auch variable Fertigungskosten. Zu den Fertigungskosten gehören auch Lizenzkosten, die das Herstellerunternehmen z.B. für die Anwendung eines patentgeschützten Herstellungsverfahrens bezahlt.

Berechnung des 60 Prozent-Anteils

Sobald die gesamten relevanten Herstellungskosten bestimmt sind, muss geprüft werden, wie gross der Anteil ist, der im Gebiet der Herkunftsangabe bzw. ausserhalb dieses Gebiets angefallen ist.

„Angefallen“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass es darauf ankommt, woher die Waren oder Dienstleistungen, welche die entsprechenden Kosten ausmachen, ursprünglich stammen. Wenn für die Herstellung einer Maschine einem schweizerischen Handelsunternehmen ein vollkommen im Ausland hergestelltes Halbfabrikat abgekauft wird, dann gelten diese Kosten nicht als in der Schweiz angefallen, obschon der Verkäufer seinen Sitz in der Schweiz hat.

Gemäss dem Entwurf der zu revidierenden Markenschutzverordnung sind bei der Kostenaufteilung folgende Besonderheiten zu berücksichtigen:

- Forschungs- und Entwicklungskosten, die nach branchenüblichen Abschreibungszeiträumen auf ein einzelnes Produkt umgelegt werden, sind grundsätzlich auch nach Ablauf der Abschreibungsperiode noch in der Höhe der durchschnittlichen jährlichen Abschreibungsbetrags zu berücksichtigen. Damit wird verhindert, dass bei erfolgreichen Produkten, die lange Zeit auf dem Markt sind, plötzlich die Berechnung des 60 Prozent-Anteils geändert werden muss.
- Werden für die Herstellung von Maschinen Halbfabrikate zugekauft, dann kann der Hersteller wählen, wie er die entsprechenden Kosten bei den Herstellungskosten berücksichtigen will: Geht es zum Beispiel um die Herkunftsangabe „Swiss Product“, dann kann das Herstellungsunternehmen auswählen, ob es die im Halbfabrikat steckenden schweizerischen und ausländischen Kosten anteilmässig dem schweizerischen bzw. ausländischen Anteil anrechnen will oder ob es die im Zusammenhang mit dem Halbfabrikat angefallenen Kosten ganz dem schweizerischen oder ausländischen Konto zurechnen will, je nach dem, ob das Halbfabrikat seinerseits die Anforderungen an ein schweizerisches Produkt erfüllt oder nicht. In beiden Fällen wird das Herstellerunternehmen gewisse Informationen über die Herkunft bzw. die Kostenstruktur des Halbfabrikats benötigen. Die erste Variante (anteilmässige Kostenaufteilung) dürfte für schweizerische Hersteller immer dann interessant sein, wenn das Halbfabrikat seinerseits die Swissness-Kriterien knapp nicht erfüllt, sie erfordert aber exakte Kenntnisse, wie sich die Kosten des Halbfabrikats zusammensetzen. Diese Angaben dürften in der Regel schwierig zu erhalten sein, wenn der Zulieferer nicht aus dem gleichen Konzern wie das Herstellerunternehmen stammt.

Fazit und Handlungsbedarf

Die geplante Ausgestaltung der Swissness-Gesetzgebung belässt Industrieunternehmen relativ viele Freiräume, um die Vorlage im Einzelfall umzusetzen. Unternehmen, welche auch zukünftig mit schweizerischen Herkunftsangaben für ihre Produkte werben wollen, müssen prüfen, ob sie die neuen Voraussetzungen erfüllen. Es gilt, den vorhandenen Spielraum geschickt zu nutzen. Wenn die neuen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt werden, ist abzuklären, ob allenfalls andere Hinweise auf die Schweiz möglich sind, z.B. der Verweis auf bestimmte Teilherstellungsschritte, die in der Schweiz stattfinden („Swiss Design“, „Engineered in Switzerland“ usw.).

Steuerrecht

(David Brönimann)

Im Jahr 2015 stehen einige Volksabstimmungen über steuerliche Vorlagen an. Bereits im März wird über die Steuerfreiheit von Ausbildungs- und Kinderzulagen sowie über die Vorlage Energie- statt Mehrwertsteuer abgestimmt. Etwas später im Jahr folgt dann die Abstimmung über die Einführung einer nationalen Erbschaftssteuer.

Wesentlich prägender für den Steuerstandort Schweiz dürfte aber die Debatte über die Unternehmenssteuerreform III sein, welche nun, nach dem Ablauf der Vernehmlassungsfrist Ende Januar 2015 intensiviert werden dürfte.

Die Unternehmenssteuerreform III (UStR III) ist erforderlich, um dem seit mehreren Jahren auf die Schweiz ausgeübten Druck seitens der EU zu begegnen. In einer Absichtserklärung hat sich die Schweiz verpflichtet, fünf besondere Steuerregimes abzuschaffen:

- Domizil- und Verwaltungsgesellschaften (inkl. gemischte Gesellschaften);
- Holdinggesellschaften;
- Prinzipalgesellschaften; sowie
- Swiss Finance Branch.

Die Abschaffung dieser Steuerregimes dürfte nicht spurlos an der Schweiz vorübergehen. Immerhin stammen rund 50% des Gewinnsteueraufkommens bei der direkten Bundessteuer von solchen Gesellschaften, während es auf Ebene der Kantons- und Gemeindesteuern rund ein Fünftel ist. Da die betroffenen Gesellschaften in vielen Fällen sehr mobil sind, ist eine Abwanderungswelle mit einhergehendem Verlust des Steuersubstrates zu befürchten. Entsprechend sind alternative Besteuerungsmodalitäten zu entwickeln, welche die befürchtete Abwanderung zu dämpfen vermögen und die Attraktivität des Steuerstandortes Schweiz auf lange Sicht gewährleisten. Dabei ist aber zu beachten, dass die Ergebnisse des Aktionsplans BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) der OECD gegen Ende des laufenden Kalenderjahres erwartet werden. Der Aktionsplan BEPS verfolgt die Ziele, die Gewinnbesteuerung am Ort der wirtschaftlichen Tätigkeit vorzunehmen sowie internationale Nichtbesteuerung zu vermeiden. Aufgrund des relativ langsamen Gesetzgebungsprozesses besteht für die Schweiz die Herausforderung, diese Ergebnisse in der Planung der UStR III soweit möglich bereits vorwegzunehmen, damit nicht nach kurzer Zeit bereits eine nächste Reform erforderlich sein wird.

Die vom Bundesrat entwickelte Vernehmlassungsvorlage beinhaltet zahlreiche Reformvorschläge. Die per 29. Januar 2015 bereits veröffentlichten Vernehmlassungsantworten verschiedener Gemeinwesen, Interessengruppen und politischer Parteien sprechen aber eine überraschend deutliche Sprache: Einzig die Einführung einer Lizenzbox und Anpassungen bei den kantonalen Kapitalsteuern sind weitgehend unumstritten. Weitergehende Reformen, wie beispielsweise die Einführung einer zinsbereinigten Gewinnsteuer, die Abschaffung der Emissionsabgabe auf Eigenkapital

sowie der Wechsel von der indirekten zur direkten Freistellung beim Beteiligungsabzug erfahren teilweise vehementen Gegenwind. Gleiches gilt für die vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmen zur Kompensation von Einnahmenausfällen, insbesondere die Einführung einer Steuer auf privaten Kapitalgewinnen.

Angesichts dieser kritischen Antworten ist zumindest zweifelhaft, ob die UStR III noch im laufenden Jahr wesentlich vorangetrieben werden kann. Veranschaulicht man sich aber den bisherigen Verlauf, so wird deutlich, dass die UStR III ein Projekt von höchster politischer Priorität sein muss:

Das Projekt UStR III läuft seit 2012 (Einsatz der Projektorganisation durch das EFD). Selbst wenn die parlamentarische Beratung noch im laufenden Jahr abgeschlossen werden könnte, ist nicht mit einem Inkrafttreten der Reformen vor 2019 zu rechnen. Es ist zudem durchaus realistisch, dass sich die fertige Vorlage einer Volksabstimmung stellen muss. Sollte das Volk sich gegen die Reform stellen, stünde die Schweiz ohne Reform da, und der Prozess müsste von vorn beginnen. Es ist kaum vorstellbar, dass sich die EU weitere sieben Jahre geduldig zeigen würde, und Gegenmassnahmen wären wohl kaum zu vermeiden.

Dass kurzfristig nicht mit Reformen zu rechnen ist, heisst nun aber nicht, dass Unternehmen mit einer abwartenden Haltung in jedem Fall gut beraten sind:

Zum einen ist bemerkenswert, dass die wenig umstrittene Lizenzbox nach dem Vorschlag des Bundesrates als blosser Patentbox ausgestaltet sein wird. Übrige Immaterialgüterrechte wie Marken, Urheberrechte etc. fallen damit nicht in diese Definition und würden inskünftig ordentlich besteuert. Gleiches gilt für internationale Handels- und Finanzierungsgesellschaften. Diese Gesellschaften müssen also aller Voraussicht nach ihre Struktur überdenken.

Umstrukturierungen lösen oft auch Fiskalkosten aus, etwa bei der Verlagerung von Funktionen. Angesichts der momentanen wirtschaftlichen Unsicherheiten kann es durchaus sein, dass diese Fiskalkosten zur Zeit tiefer ausfallen würden als in Zeiten wirtschaftlicher Prosperität. Betroffene Gesellschaften sollten daher bereits heute Möglichkeiten prüfen, sich nachhaltig steuerlich sinnvoll aufzustellen.

Gesellschafts- und Finanzmarktrecht

(Alexander Vogel)

1. Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften

Der Bundesrat hat die übergangsrechtlichen Ausführungsbestimmungen zur am 3. März 2013 durch das Volk angenommenen Abzockerinitiative in der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) erlassen. Diese ist am 1. Januar 2014 in Kraft getreten und betrifft Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz, die an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind. Die wichtigsten Änderungen betreffen folgende Bereiche:

- Die Generalversammlung stimmt über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung ab und wählt jährlich einzeln die Verwaltungsratsmitglieder, den Verwaltungsratspräsidenten, die Mitglieder des Vergütungsausschusses und den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.
- In Bezug auf Organmitglieder müssen in den Statuten insbesondere folgende Regelungen festgehalten werden: die Dauer der Arbeitsverträge und die Kündigungsfrist, die Anzahl konzernexterner Mandate, die Erfolgs- und Beteiligungspläne sowie die Höhe der Kredite, Darlehen und Vorsorgeleistungen. Ebenfalls muss eine Ermächtigung zur Übertragung der Geschäftsführung in den Statuten geregelt sein.
- Der Verwaltungsrat muss jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht erstellen, welcher alle Vergütungen an die Organpersonen offenlegt.
- Einige Vergütungsformen an Organpersonen sind nicht mehr zulässig, worunter sich insbesondere Abgangsentschädigungen, Vorausvergütungen sowie Provisionen im Rahmen von Unternehmensübernahmen befinden.
- Die Generalversammlung wählt einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Die institutionelle Stimmrechtsvertretung, d.h. die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist nicht mehr zulässig.
- Grundsätzlich wird jeder Verstoss gegen die neuen Bestimmungen unter Strafe mit bis zu drei Jahren Freiheitsentzug und Geldstrafe gestellt.

Handlungsbedarf: Anpassung Statuten, Reglemente, Vergütungssysteme und Arbeitsverträge von Organpersonen.

2. Umsetzung der GAFI-Empfehlungen

Das Parlament verabschiedete im Dezember 2014 verschärfte Geldwäscherei-Regeln. Dabei wurden auch einige grundlegende aktienrechtliche Neuerungen beschlossen. Momentan läuft noch bis am 2. April 2015 die Referendumsfrist. Das Inkrafttreten ist voraussichtlich auf den 1. Juli 2015 ge-

plant. Die revidierte Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) wird durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) voraussichtlich Mitte Februar 2015 in die Anhörung gegeben.

Mit den Gesetzesänderungen wollen der Bundesrat und das Parlament die Geldwäscherei-Regeln dem aktuellen internationalen Standard anpassen und so verhindern, dass die Schweiz auf eine schwarze Liste gesetzt wird, weil sie durch die "Groupe d'action financière" (GAFI) bzw. "Financial Action Task Force (FATF), eine von den G-7 ins Leben gerufene Expertengruppe zur Geldwäschereibekämpfung, empfohlene Massnahmen nicht umgesetzt hat.

2.1 Kleine Aktienrechtsrevision

Als wesentliches Element gelten mit der Gesetzesrevision neue Transparenzregeln für Inhaberaktien. Wer Inhaberaktien einer Gesellschaft erwirbt, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, muss künftig den Erwerb der Gesellschaft melden und sich identifizieren. Die Gesellschaft muss neu, je nach konkretem Fall, folgende Verzeichnisse führen:

Zusätzlich werden diverse weitere Vorschriften des Aktienrechts angepasst, wie bspw. die Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien; die Vertretung einer Gesellschaft durch eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz, welche Mitglied des Verwaltungsrates oder Direktor sein muss und überdies Zugang zu den durch die Gesellschaft geführten Verzeichnissen haben muss, soweit diese nicht von einem Finanzintermediär geführt werden.

Kommt der Aktionär seinen Meldepflichten nicht innert eines Monats nach dem Erwerb der Aktien nach, so verwirkt er seine Vermögensrechte, während die Mitgliedschaftsrechte ruhen. Holt er die Meldung zu einem späteren Zeitpunkt nach, so kann er die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Vermögensrechte geltend machen.

Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den neuen Vorschriften nicht entsprechen, müssen innerhalb von zwei Jahren ihre Statuten und Reglemente den neuen Bestimmungen anpassen. Bestimmungen der Statuten und Reglemente, die mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind, bleiben bis zur Anpassung, längstens aber noch zwei Jahre in Kraft.

Personen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung bereits Inhaberaktien halten, müssen den Meldepflichten für Inhaberaktionäre und wirtschaftlich Berechtigte ebenfalls innert sechs Monaten nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung nachkommen, nach Ablauf dieser Frist tritt die Verwirkung der Vermögensrechte ein. Im Falle von Namenaktien – und wirtschaftlich berechtigten an Namenaktien – wird die Meldepflicht erst durch einen Eigentumsübergang ausgelöst. Entsprechend empfiehlt es sich vor dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften bestehende Inhaber- in Namenaktien umzuwandeln.

Handlungsbedarf: Anpassung Statuten, Reglemente, Gesellschaftsverzeichnisse, Prüfung weitere Massnahmen, wie bspw. Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien.

2.2 Revision des Geldwäschereigesetzes (GwG)

Wenn Händler mehr als 100'000 Franken in bar entgegennehmen, unterliegen sie künftig gewissen Sorgfaltspflichten. Alternativ können sie solche Zahlungen über einen Finanzintermediär, d.h. über eine Bank, abwickeln. Zu den Pflichten gehört es, die Vertragsparteien und die wirtschaftlich berechtigten Personen zu identifizieren und die Identifikation zu dokumentieren. Erscheint ein Geschäft ungewöhnlich oder liegen Anhaltspunkte vor, dass das Geld aus einem Verbrechen oder aus Steuerbetrug stammt, muss der Händler die Hintergründe abklären. Erhärtet sich der Verdacht, muss er unverzüglich die Geldwäschereimeldestelle (MROS) benachrichtigen. Betroffen sind unter anderem Unternehmen in der Immobilien-, Kunst-, Antiquitäten-, Schmuck-, Auto- oder Edelsteinbranche. Bei konkursamtlichen Steigerungen wird neu eine Bargeldlimite von 100'000 Franken gelten.

Zu den weiteren zentralen Neuerungen gehört, dass Steuerbetrug als Vortat zu Geldwäscherei gilt, wenn die hinterzogenen Steuern bei mindestens 300'000 Franken pro Steuerperiode liegen. Damit müssen Finanzintermediäre bei Verdacht auf ein solches Delikt den Kunden der Geldwäschereibehörde melden.

Neu gilt das Prinzip, dass nur natürliche Personen wirtschaftlich Berechtigte sein können, uneingeschränkt. Folglich müssen insbesondere auch bei operativ tätigen juristischen Personen die wirtschaftlich Berechtigten, d.h. Personen mit mindestens 25% des Kapitals oder der Stimmen, abgeklärt und dokumentiert werden.

Neuerungen bringt die Gesetzesrevision auch für sogenannte politisch exponierte Personen (PEP). Gegenüber solchen Personen müssen Finanzintermediäre bereits heute erhöhte Sorgfaltspflichten wahrnehmen. Neu gelten jedoch nicht nur Personen im Ausland, sondern auch Personen bei internationalen Organisationen sowie Personen in der Schweiz als PEP, beispielsweise Mitglieder der eidgenössischen Räte.

Handlungsbedarf: Anpassung der internen GwG-Weisungen; Schulungen der mit den GwG-Sorgfaltspflichten befassten Personen; Abklärung der GwG-Vorschriften bei Händlern

3. Grosse Aktienrechtsrevision

Der Bundesrat hat am 28. November 2014 den Vorentwurf für die Revision des Aktienrechts veröffentlicht, in welcher er die Abzockerinitiative auf Gesetzesstufe umsetzen und diverse weitere Neuerungen einführen will. In diversen Punkten schlägt er analoge Lösungen vor, wie sie bereits die VegüV vorsieht, in einigen Punkten enthält der Entwurf Präzisierungen. Weiter sieht der Entwurf vor, dass in wirtschaftlich bedeutenden, börsenkotierten Gesellschaften beide Geschlechter zu mindestens 30 Prozent im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung vertreten sein sollen. Wird dieser Richtwert nach Ablauf von 5 Jahren nicht erreicht, so gelangt der Comply-or-Explain-Ansatz zur Anwendung, d.h. die Gesellschaft muss die Gründe sowie die bereits umgesetzten und die geplanten Massnahmen im jährlichen Vergütungsbericht nennen.

Der Vorentwurf will insbesondere die Sorgfaltspflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung bei der Vergütungspolitik präzisieren sowie Leitplanken für Antrittsprämien und für

Entschädigungen im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten setzen. Damit sollen diese Prämien und Entschädigungen auf Gesetzesstufe von den unzulässigen Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, und von den unzulässigen Abgangsentschädigungen abgegrenzt werden. Ferner will der Vorentwurf durch Erleichterungen einer Rückerstattungs- oder Verantwortlichkeitsklage auf Kosten der Gesellschaft den Aktionären die Möglichkeit geben, gegen widerrechtliche Vergütungen an das oberste Kader vorzugehen.

Weiter stellt der Vorentwurf eine Lösung vor, um die Problematik der hohen Bestände von Dispoaktien zu lösen. Schliesslich sollen revidierte Bestimmungen zur Sanierung Anreize für Unternehmen schaffen, frühzeitig – wenn möglich schon vor der Eröffnung eines formellen Nachlassverfahrens – die notwendigen Sanierungsmassnahmen zu treffen.

Der Vorentwurf übernimmt überdies verschiedene Teile des Entwurfs vom 21. Dezember 2007 zur Revision des Aktienrechts, den das Parlament infolge der Annahme der Volksinitiative "gegen die Abzockerei" durch Volk und Stände an den Bundesrat zurückgewiesen hatte. Dazu zählen die Liberalisierung der Gründungs- und Kapitalbestimmungen, die Verbesserung der Corporate Governance – auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften – und die Nutzung elektronischer Mittel bei der Generalversammlung. Zudem behebt der Vorentwurf Unstimmigkeiten mit dem am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Rechnungslegungsrecht. Er harmonisiert die Bestimmungen zu den Reserven und den eigenen Aktien. Das Aktienkapital muss neu nicht mehr zwingend auf Schweizer Franken lauten und die Rückzahlung von Kapitaleinlagen wird mit Schutzvorschriften ergänzt. Bei den Kapitalherabsetzungen, den Rückzahlungen von Kapitaleinlagen und den Sanierungsvorschriften stellt der Vorentwurf stärker auf die vorhandene und zukünftige Liquidität der Gesellschaft ab.

Die Vernehmlassung zur Revision des Aktienrechts dauert bis zum 15. März 2015. Ein allfälliges Inkrafttreten der (grossen) Aktienrechtsrevision ist nicht vor 2020 zu erwarten.

4. Neue Architektur der Finanzmarktgesetzgebung

Das bisher produktspezifisch durch das Banken- (BankG), Börsen- (BEHG), Kollektivanlagen- (KAG), das Versicherungsaufsichts- (VAG) sowie Versicherungsvertragsgesetz (VVG) geregelte Finanzmarktrecht soll in naher Zukunft durch produktübergreifende, Querschnittsgesetze geregelt werden. Dabei können insbesondere das Geldwäschereigesetz (GwG) sowie das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG), welche beide schon in Kraft stehen, als Vorbilder herhalten.

Der Bundesrat hat am 3. September 2014 die Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) verabschiedet. Mit dem Gesetz wird die Regulierung der Finanzmarktinfrastrukturen und des Handels mit Derivaten an die Entwicklungen des Marktes und an internationale Vorgaben angepasst. Die Regeln für die Börsen entsprechen dabei weitgehend den bestehenden im Börsengesetz. Insbesondere wird das geltende Prinzip der Selbstregulierung beibehalten, das sich in diesem Bereich bewährt hat. Im Bereich der Finanzmarktinfrastrukturen wird zudem neu eine generelle Bewilligungspflicht für zentrale Gegenparteien, Zentralverwahrer, Transaktionsregister und Zahlungssysteme eingeführt. Der sehr vage und im internationalen Vergleich nicht mehr aktuelle Begriff der börsenähnlichen Einrichtung wird durch die präziser definierten und besser abgrenzbaren Begriffe des multilateralen Handelssystems und des organisierten Handelssystems ersetzt. Die par-

lamentarischen Beratungen werden in der Frühjahressession 2015 starten und das Inkrafttreten ist voraussichtlich für 2015/2016 geplant.

Der Bundesrat hat am 27. Juni 2014 die Vernehmlassung zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) eröffnet. Beide Vorlagen sollen voraussichtlich im 2015/2016 im Parlament behandelt und im 2017/2018 in Kraft gesetzt werden.

Das FIDLEG regelt für alle Finanzprodukte die Beziehung der Finanzintermediäre zu ihren Kunden. Die Regelung umfasst Bestimmungen von der Produktion von Finanzdienstleistungen mit Prospektspflichten und der Pflicht, den Kunden ein leicht verständliches Basisinformationsblatt zur Verfügung zu stellen, über den Vertrieb mit entsprechenden Verhaltensregeln am point of sale bis zur Rechtsdurchsetzung.

Mit dem FINIG soll die Aufsicht über sämtliche Finanzdienstleister, welche in irgendeiner Form das Vermögensverwaltungsgeschäft betreiben, in einem einheitlichen Erlass geregelt werden. Die Regeln für bereits unter geltendem Recht bewilligungspflichtige Finanzinstitute werden grundsätzlich materiell unverändert aus den geltenden Erlassen übernommen, jedoch differenziert nach ihrer Tätigkeit aufeinander abgestimmt. Neu werden auch Vermögensverwalter von individuellen Kundenvermögen sowie von Vermögenswerten schweizerischer Vorsorgeeinrichtungen einer Bewilligungspflicht unterstellt.

Handlungsbedarf: Finanzdienstleistern ist zu empfehlen, bereits heute vorausschauend ihre internen Abläufe und Standardprozedere kritisch zu überprüfen und die Umsetzung gewisser Verhaltenspflichten, wie bspw. der Umgang mit Retrozessionen oder mit Interessenkonflikten oder die Protokollierung von Beratungsgesprächen, bereits in naher Zukunft in die Wege zu leiten. Dies empfiehlt sich auch vor dem Hintergrund der immer strenger werdenden Praxis der Gerichte bei der Beurteilung von angeblichen Fehlverhalten von Vermögensverwaltern.

Konzernfinanzierung – was ist noch zulässig (BGE 4A_138/2014)?

(Daniel Schoch)

1. Hintergrund des Entscheids

Im Jahr 2000 beschloss die Generalversammlung der Swisscargo AG, eine ehemalige Konzerngesellschaft der SAir Group, eine Dividende an ihre Aktionärin auszuschütten. Die Revisionsstelle der Swisscargo AG bestätigte zuhanden der Generalversammlung, dass der Dividendenantrag des Verwaltungsrates der Gesellschaft statuten- und gesetzeskonform war.

Die Swisscargo AG war Teilnehmerin am SAir Group Cash Pool. Der Cash Pool war als sog. Zero Balancing Cash Pool ausgestaltet, d.h. die Kontensaldi der Poolteilnehmer wurden täglich an ein Master Account physisch transferiert (dies im Gegensatz zum Notional Cash Pool, bei welchem die Kontensaldi der Poolteilnehmer unberührt bleiben und lediglich virtuell zwecks Zinsermittlung zusammen geführt werden).

Die Nachlassmasse der sich in Nachlassstundung befindlichen Swisscargo AG stellte sich auf den Standpunkt, dass sich ihre frühere Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftbar gemacht habe, indem sie bei der Überprüfung des Dividendenantrags des Verwaltungsrates fälschlicherweise nicht berücksichtigt habe, dass im Umfang der konzerninternen Darlehen an die Cash Pool Managerin die grundsätzlich zur Ausschüttung verfügbaren freien Reserven de facto gesperrt waren.

Der Bundesgerichtsentscheid enthält klare Regeln, welche im Rahmen von sog. up-stream Darlehen (d.h. Darlehen an eine direkte oder indirekte Muttergesellschaft) und side-stream Darlehen (d.h. Darlehen an Schwestergesellschaften – wenn nachstehend von Konzerndarlehen gesprochen wird, sind up-stream oder side-stream Darlehen gemeint) im Konzern einzuhalten sind, damit entsprechende Zahlungen nicht mit zentralen Prinzipien des Aktienrechts kollidieren (insbesondere mit dem Verbot der Einlagerückgewähr und den Vorschriften über die Dividendenausschüttung).

2. Was wurde vom Bundesgericht entschieden?

Der Entscheid des Bundesgerichts lässt sich grafisch wie folgt darstellen:

Marktkonforme Konzerndarlehen stellen aus kapitalenschutzrechtlicher Sicht keine Probleme dar und sind zulässig.

Regelmässig werden aber Konzerndarlehen zu nicht marktkonformen Bedingungen gewährt. Diesfalls wird vom Bundesgericht vorausgesetzt, dass frei verfügbare Reserven im Betrag des Konzerndarlehens vorhanden sind. Dies ist keine Neuerung und entspricht gängiger Praxis. Als zweite Voraussetzung, und hier liegt die eigentliche Neuerung des Entscheids, verlangt das Bundesgericht, dass in der Höhe des Konzerndarlehens eine Spezialreserve zu bilden sei. Damit soll laut Bundesgericht verhindert werden, dass freie Reserven doppelt verwendet werden, nämlich im Zusammenhang mit dem gewährten Konzerndarlehen einerseits und einer Dividendenausschüttung andererseits.

Werden die vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen nicht eingehalten, verstösst eine Gesellschaft gegen das Verbot der Einlagerückgewähr. Ein derartiger Verstoß hat die Nichtigkeit der entsprechenden Transaktion zur Folge.

3. Marktkonformität von Konzerndarlehen

Das Bundesgericht hat sich nicht zur Frage geäußert, welches die Voraussetzungen für das Vorliegen eines marktkonformen Darlehens sind. Aus dem Entscheid ergeben sich allerdings die folgenden Anhaltspunkte, welche für das Vorliegen eines marktkonformen Konzerndarlehens sprechen können:

- Schriftlicher Darlehensvertrag;
- Marktkonforme Zins- und Rückzahlungskonditionen;
- Sicherheiten;
- Regelmässige Prüfung der Bonität der Schuldnerin durch die Darlehensgeberin.
- Handlungsbedarf

Folgender Handlungsbedarf besteht im Bereich der nicht marktkonformen Konzerndarlehen:

- Überprüfung bestehender Konzerndarlehen und Cash Pool-Vereinbarungen;
- Regelmässige Überprüfung des maximal verfügbaren Betrags für Cash Pool / Konzerndarlehen am Bilanzstichtag und auf fortlaufender Basis;
- Bildung einer Spezialreserve in einem dem Konzerndarlehen entsprechenden Betrag;
- Sorgfaltspflicht für Geschäftsleitung / Verwaltungsrat: regelmässige Prüfung der Bonität der Schuldnerin
- Erhöhte Anforderung an Dokumentation (GV/ VR Protokolle, Statuten, etc.)