

HENRY PETER

LIVIA VENTURA

DELPHINE BOTTGE

VINCENT PFAMMATTER

GEWINNORIENTIERTE UND GEMEINNÜTZIGE ZWECKE

Können juristische Personen zwei Herren auf einmal dienen?

Wie können die Rechtssysteme im In- und Ausland erneuert werden, um gewinnorientierte Zwecke mit gemeinnützigen zu verbinden und zwei Herren auf einmal zu dienen? [1] Der vorliegende Artikel gibt einen allgemeinen Überblick über verschiedene Arten von Hybridgesellschaften und Tandemstrukturen in der Schweiz und im Ausland. Er ist in erster Linie auch eine Einführung in drei gründliche Analysen über diese Themen [2].

1. EINFÜHRUNG

Der Finanzkapitalismus (auch Finanzialisierung genannt) [3] hat die Entwicklung unserer Wirtschaft in den letzten 50 Jahren geprägt und unter anderem die Corporate Governance hervorgebracht, die eine Maximierung des Shareholder Value [4] verlangt.

Die Weiterentwicklung der Corporate Governance des 21. Jahrhunderts hat einen Multi-Stakeholder-Ansatz hervorgebracht, der den Stakeholder Value [5] und langfristige, dauerhafte Vorteile herausstellt, was allgemein als «Nachhaltigkeit» bezeichnet wird.

Alles begann mit der sozialen Verantwortung [6] der Unternehmen und der «Triple-Bottom-Line» [7]. Beide Konzepte empfehlen, dass die Corporate Governance neben dem Gewinnstreben auch soziale und ökologische Anliegen berücksichtigt.

Mittlerweile wurde die nächste Ebene erreicht, auf der versucht wird, gewinnorientierte Zwecke mit gemeinnützigen zu verbinden. In den letzten zehn Jahren haben die Grenzen zwischen Wohltätigkeit und Wirtschaft in der Tat sich zu verschieben, zu verschmelzen und zu verschwimmen begonnen [8]. Non-Profit-Organisationen gehen kommerziellen Aktivitäten nach, und in jeder Branche gibt es Sozialunternehmen und Sozialinnovatoren. Gewinnorientierte Unternehmen haben sich auf die Fahne geschrieben, soziale

und philanthropische Aktivitäten in ihrem Kerngeschäft [9] zu unterstützen.

Unternehmer von heute müssen sich in einer neuen Welt bewegen, in der das Gewinnstreben mit dem Willen einhergeht, eine positive Wirkung zu erzielen. Das entspricht auch den Interessen der «verantwortungsbewussten» Investoren, die vorzugsweise in Unternehmen investieren, welche die Kriterien Umwelt, Soziales und Governance (Environment, Social and Governance, ESG) erfüllen. Tatsächlich kann die Verbreitung des Trends zum sozial verantwortlichen Investieren (Social Responsible Investing, SRI) nicht nur den Aktienwert von Unternehmen beeinflussen, die diese Kriterien erfüllen, sondern auch von Unternehmen, die sich nicht daran halten. Das begünstigt die Kapitalrenditen von verantwortungsvollen Unternehmen.

Der Paradigmenwechsel ist spürbar. Von den Unternehmen wird erwartet, dass sie die Interessen aller Anspruchsgruppen – nicht nur ihrer Aktionäre – berücksichtigen, und vom Management [10] wird eine langfristige, nachhaltige Sichtweise erwartet.

2. EINE UNAUFHALTSAME ENTWICKLUNG

Dieser Trend ist stark, denn in unserer Gesellschaft wird neu definiert, wie Erfolg in der heutigen (Geschäfts-)Welt [11] wahrgenommen wird.



HENRY PETER, PROF. DR. IUR., RECHTSANWALT, LL.M., PARTNER, KELLERHALS CARRARD, JURISTISCHE FAKULTÄT, UNIVERSITÄT GENF, LEITER, GENEVA CENTRE FOR PHILANTHROPY



LIVIA VENTURA, RECHTSANWÄLTIN, DR. IN COMPARATIVE AND UNIFORM BUSINESS LAW, ACADEMIC FELLOW, GENEVA CENTRE FOR PHILANTHROPY

Die Generation der Millennial-Unternehmer konzentriert sich stärker auf soziale Verantwortung und die Verbesserung der Gesellschaft. Zudem verfolgt sie ein höheres Ziel als nur die Maximierung der Finanzrenditen [12].

Für soziale Unternehmen zu arbeiten, ist zu einem überzeugenden Argument geworden, um vor allem jüngere [13] Talente zu gewinnen und zu binden. Lohneinbussen werden dafür gerne in Kauf genommen.

Die Finanzmärkte und die Wirtschaft im Allgemeinen passen sich diesem neuen Trend an. Die Anleger wiederum suchen nach solchen Möglichkeiten, da sie einen stabilen und regelmässigen Gewinn [14] schätzen.

Daher müssen die Rechtssysteme dem Trend folgen, sich weiterentwickeln und sich anpassen.

3. GEMEINSAME HERAUSFORDERUNGEN

Die Kombination aus Gewinnstreben und Suche nach Sozialgütern hat viele Formen und Namen [15]: von Sozial- oder Mischunternehmen bis hin zu Hybridunternehmen wie Benefit Corporations, Low-Profit LLCs oder Social Purpose Corporations.

Egal, welches Label man Unternehmen mit mehreren Zwecken gibt: Sie stehen alle vor ähnlichen Problemen.

Erstens sind sie aus struktureller Sicht gezwungen, sich bestehender Rechtsstrukturen aus dem vergangenen Jahrhundert zu bedienen, die nicht für solche Mehrzweckmodelle [16] konzipiert wurden. Daher müssen sie sich entscheiden zwischen (i) einem Unternehmensmodell und dem Versuch, Gutes für die Umwelt und die Gesellschaft zu tun, (ii) einer Wohltätigkeitsorganisation, über die sie ihre Geschäfte betreiben, oder (iii) sie müssen den Gesetzgeber überzeugen, eine neue Art von Rechtsstruktur zu schaffen.

Unvermeidlich stellen sich eine Reihe von Fragen: Erlaubt das Gesetz eine Zweckmischung? Muss man sich zwangsläufig zwischen zwei Alternativen – gewinnorientiertes Unternehmen im alleinigen Interesse seiner Aktionäre oder eine positive Wirkung für die Gesellschaft – entscheiden? Diese Frage wird auch unter Wissenschaftlern diskutiert. Manche argumentieren, dass bestehende Unternehmen sehr gut beide Zwecke verfolgen können, ohne dass zwingend eine neue Art von Hybridstruktur [17] eingeführt werden muss.

Zweitens: Wie lassen sich die Konflikte zwischen den Interessen der Aktionäre, der Anspruchsgruppen und dem Gemeinwohl lösen? Welches Interesse muss zuerst bedient werden?

Drittens: Wie kann die Rechenschaftspflicht gegenüber dem öffentlichen Mandat (Zertifizierung durch unabhän-

gige Dritte, veröffentlichte Jahresberichte usw.) gewährleistet werden?

Viertens: Wie können Steuer-, Governance- und Regulierungsfragen gelöst werden, die sich zwangsläufig ergeben, wenn eine Struktur nicht für den ursprünglich geplanten Zweck genutzt wird?

4. AKTUELLE RECHTLICHE LÖSUNGEN

4.1 Ein Blick auf die globalen Entwicklungen. Die Notwendigkeit, das Modell des Aktionärsprimats durch einen Multi-Stakeholder-Ansatz abzulösen, hat eine heftige Debatte über die Notwendigkeit (oder auch nicht) der Einführung neuer Organisationsformen ausgelöst, um den Anliegen der Sozialunternehmen gerecht zu werden.

Dies führte einerseits zur Schaffung mehrerer am Markt verfügbarer Bewertungsstandards (z. B. das Benefit Impact

«Von den Unternehmen wird erwartet, dass sie die Interessen aller Anspruchsgruppen berücksichtigen, vom Management wird eine langfristige, nachhaltige Sichtweise erwartet.»

Assessment von B Lab, mit dem Unternehmen als «B Corporation» oder «Certified B Corporation» zertifiziert werden) und andererseits zur Einführung neuer Organisationsformen in verschiedenen Ländern.

Was Letzteres betrifft, waren einige US-Bundesstaaten besonders innovativ. Sie führten neue hybride Unternehmen ein, sodass die Grenze zwischen Profit- und Non-Profit-Unternehmen verwischt wurde. Beispiele solcher Unternehmen sind die Low-Profit Limited Liability Company (L3C), die Flexible Purpose Corporation oder die Social Purpose Corporation (SPC) und die Benefit Corporation.

2010 entstand in Maryland die Benefit Corporation. Sie ist mittlerweile von über 34 US-Bundesstaaten reguliert und zweifellos die erfolgreichste und weltweit anerkannteste hybride Rechtsform.

Benefit Corporations sind gewinnorientierte Unternehmen. Ihr Zweck besteht darin, einerseits einen Gewinn zu erzielen, andererseits negative externe Auswirkungen zu mindern und einen positiven Beitrag für die Umwelt, die Gesellschaft, die Arbeitnehmer und die Gemeinschaft, in der sie tätig sind (öffentlicher Nutzen), zu leisten. Benefit



DELPHINE BOTTGE,
RECHTSANWÄLTIN,
PARTNER, BOTTGE &
ASSOCIÉS,
ACADEMIC FELLOW,
GENEVA CENTRE FOR
PHILANTHROPY



VINCENT PFAMMATTER,
LL.M. (UC BERKELEY),
RECHTSANWALT, PARTNER,
SIGMA LEGAL,
GENEVA CENTRE FOR
PHILANTHROPY

Corporations unterscheiden sich von traditionellen Gesellschaften hinsichtlich des Gesellschaftszwecks, der Rechenschaftspflicht des Verwaltungsrats und der Transparenz, nicht jedoch hinsichtlich der Besteuerung.

So wurde das Modell der Benefit Corporations in Italien mit der Einführung der «*società benefit*» im Jahr 2016 und in Kolumbien im Juli 2018 mit den «*sociedades comerciales de Beneficio e Interés Colectivo*» (BIC), auch bekannt als «*Empresas B*», übernommen.

Ausgehend von den bestehenden Statuten zeichnen sich diese neuen hybriden Organisationsformen für Sozialunternehmen durch folgende Hauptmerkmale aus:

- i) Doppelzweckklauseln, mit der das Gewinnstreben mit dem Gemeinnutzen kombiniert wird;
- ii) die treuhänderischen Pflichten des Verwaltungsrats, der nicht nur die Auswirkungen seiner Entscheidungen auf das Unternehmen und die Aktionäre, sondern auch auf andere Anspruchsgruppen (wie Arbeitnehmer, Kunden, Gemeinschaften, Lieferanten und Umwelt) berücksichtigen muss;
- iii) Transparenzanforderungen, da alle Unternehmen, auch die gewinnorientierten, jährlich einen Bericht über ihr Sozial- und Umweltverhalten verfassen müssen, wobei der Trend darin besteht, sie anhand einer externen Norm zu bewerten;
- iv) keine Steuervorteile, zumindest bislang in den meisten Ländern.

Heute denken auch andere Länder über die Einführung einer ähnlichen hybriden Rechtsform für Sozialunternehmen nach, die viel Positives bewirken kann. Sie kann Unternehmen helfen, öffentliches Vertrauen, Glaubwürdigkeit und das Vertrauen von Konsumenten, Investoren und Arbeitnehmern aufzubauen. Als innovatives politisches Instrument kann sie Regierungen bei der Bewältigung seismischer Veränderungen im wirtschaftlichen Umfeld unterstützen und darüber hinaus den Sozialschutz, die Beschäftigung und ein integratives Wachstum fördern.

Stehen wir vor der Geburt eines neuen, einheitlichen und transnationalen Modells für *gewinnorientierte* Unternehmen? Die Antwort wird der Markt geben. Man kann aber durchaus sagen, dass die Einführung eines bekannten und anerkannten internationalen hybriden Gesellschaftsmodells eine wichtige Rolle bei der Entwicklung des vierten Sektors in einer globalen Marktperspektive und bei der Markenentwicklung dieser Unternehmen spielen kann.

Dieses Thema wird in der Abhandlung von Dr. Livia Ventura ab S. 170 weiterentwickelt.

4.2 Hybride Unternehmen in der Schweiz. Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass das Schweizer Recht keine eigene Rechtsform für hybride Unternehmen oder Benefit Corporations kennt. Unternehmer müssen sich daher entweder für eine Unternehmensstruktur oder eine Wohltätigkeitsorganisation entscheiden, weil Gesellschaften mit Doppelzweck ursprünglich nicht vorgesehen sind.

Die typischen Rechtsformen von Unternehmen (GmbH oder AG [18]) müssen sich an den rechtlichen Rahmen des OR, die Treuhandpflichten und den Marktdruck halten. Es gibt

jedoch Lösungen zur Bewältigung dieser Herausforderungen. Dazu gehört die Anpassung der Statuten und der Governance-Struktur. Zudem ist das Schweizer Recht flexibel, denn es erlaubt den Unternehmern, bei der Hybridität der Unternehmensstruktur recht weit zu gehen. Eine weitere, weitgehend unerprobte Option ist die Gründung einer gemeinnützigen Gesellschaft im Sinne von Art. 620 Abs. 3 OR [19].

Die Genossenschaft (Art. 828 OR) ist eine interessante Option, wenn es darum geht, gewinnorientierte und gemeinnützige Zwecke zu kombinieren, insbesondere da sie (i) verschiedene Zwecke verfolgen kann und (ii) nicht auf Gewinn ausgerichtet ist, jedoch zur Ausschüttung von (begrenzten) Dividenden berechtigt ist.

Die letzte Option ist, eine Wohltätigkeitsorganisation zu gründen, in der Regel eine Stiftung oder einen Verein [20], und eine wirtschaftliche Tätigkeit mit einer solchen Gesellschaft auszuüben. In diesem Fall sind jedoch die von den Steuerbehörden auferlegten Beschränkungen für die umsatzgenerierenden Tätigkeiten von steuerbefreiten Unternehmen zu beachten. Zudem sind solche Strukturen für Investoren ungeeignet, da sie keine Finanzrenditen abwerfen und über kein Aktienkapital verfügen. Zwischenlösungen beschränken sich daher auf eine gewerbliche Nebentätigkeit oder auf die Zusammenarbeit mit einer anderen Gesellschaft, die normalerweise von der gemeinnützigen Organisation beherrscht wird (siehe Punkt 4.3 unten).

Dieses Thema wird in der Abhandlung von Vincent Pfammatter ab S. 175 weiterentwickelt.

4.3 Tandemlösung: Stiftungseigentum. Aktionärsstiftungen (oder Holdingstiftungen) sind Stiftungen, die eine bedeutende Beteiligung an einem oder mehreren Unternehmen halten, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.

Die Aktionärsstiftung hat somit keine eigenständige Rechtspersönlichkeit, sondern ist durch das Halten einer solchen Beteiligung gekennzeichnet.

Im Vergleich zu den nordeuropäischen Ländern werden Holdingstiftungen in der Schweiz noch wenig verwendet, obwohl sie seit Jahrzehnten bestehen. Das Schweizer Recht schränkt die möglichen Stiftungszwecke nicht ein, wie vom Bundesgericht [21] ausdrücklich bestätigt. Aktionärsstiftungen können eine Vielzahl von Zwecken verfolgen, von philanthropischen bis hin zu wirtschaftlichen, einschliesslich gemischter Zwecke.

Heutzutage scheint diese Tandemlösung besonders innovativ zu sein, nimmt sie doch den aktuellen Trend auf, wirtschaftliche Aktivitäten mit einer philanthropischen Mission zu verbinden.

Unternehmer, die das Eigentum an ihrem Unternehmen auf eine Stiftung übertragen, verzichten auf den Zugang zu finanziellen Gewinnen, die sie hätten erzielen können. Unabhängig von ihrer Motivation (familiäre Erwägungen, geschäftliche oder philanthropische Ziele) erschaffen sie in mehrfacher Hinsicht den Grundstein für ein positives Modell.

Die Stiftung schützt langfristig das Kapital (oder zumindest die Kontrolle darüber) des Unternehmens, das ihr unwi-

derruflich und unveräusserlich übertragen wurde, und schliesst die Möglichkeit einer feindlichen Übernahme aus. Sie ermöglicht dadurch das Modell eines dauerhaften Eigentums, was eine langfristige Vision erlaubt und die Anspruchsgruppen (Mitarbeiter und Partner) ermuntert, stärker ins Unternehmen eingebunden und engagiert zu sein. Der geschaffene Wert kann ferner direkt zum Gemeinwohl beitragen, weil aufgrund der Geschäftsentwicklung des Unternehmens geleistete Dividendenzahlungen direkt der Stif-

tung zugutekommen, sodass diese damit philanthropische Projekte durchführen oder finanzieren kann.

Stiftungseigentum verdient es, entlang der neuen vorgeschlagenen Strukturen entwickelt und untersucht zu werden und als innovatives Modell den Paradigmenwechsel anzugehen, der derzeit stattfindet.

Dieses Thema wird in der Abhandlung von Delphine Bottge ab S. 180 weiterentwickelt. ■

Anmerkungen: Dies ist eine Übersetzung des Originalartikels, der in dieser Ausgabe des Expert Focus auf Englisch veröffentlicht wird. **1)** Inspiriert durch die Formulierung «serving two masters» des Artikels von Brakman Reiser Dana, *Blended Enterprise and the Dual Mission Dilemma*, Brooklyn Law School, BrooklynWorks, 35 Vermont Law Review, 2010, S. 105 ff. **2)** Diese Themen werden in den Abhandlungen von Livia Ventura, Delphine Bottge und Vincent Pfammatter weiterentwickelt, die ebenfalls in dieser Ausgabe des Expert Focus veröffentlicht werden. **3)** Kim Suntae, Karlesky Matthew, Myers Christopher, Schifling Todd, *Why Companies are becoming B Corporations*, Harvard Business Review, 17. Juni 2016. **4)** Amiram Gill, *Corporate Governance and Social Responsibility: A Research Agenda*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 26, 2008, S. 457; Friedman Milton, *The Social Responsibility of Business is to increase its profits*, The New York Times Magazine, 13. September 1970. **5)** Evan William M., Freeman R. Edward, *A stakeholder theory of the modern corporation: Kantian capitalism, Ethical theory and Business*, Tom L. Beauchamp, Norman E. Bowie (editors), 4th edition, 1993. **6)** «Das Konzept der sozialen Verantwortung der Unternehmen beruht auf der Idee, dass sich private Unternehmen nicht nur um kurzfristige Gewinne im Interesse ihrer Aktionäre und ihres Managements, sondern auch

um andere Anspruchsgruppen und eine nachhaltige Entwicklung kümmern sollten», Henry Peter, Guillaume Jacquemet, *Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance: quelles correlations?*, SZW/RSDA 3/2015, S. 170. **7)** John Elkington, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of the 21st Century Business*, Oxford, Capston Publishing, 1997. **8)** Porter Michael E., Kramer Mark R., *Creating Shared Value, How to revent capitalism – and unleash a wave of innovation and growth*, Harvard Business Review, Januar-Februar 2011, S. 7; Sabeti Heerad, *The For-Benefit Enterprise*, Harvard Business Review, November 2011. **9)** Brakman Reiser Dana, op. cit. **10)** Chloé F. Smith, *Corporate Social Responsibility et Durabilité*, in Expert Focus, 6–7, 2016, S. 471 ff. Siehe auch die Pariser Vereinbarung der UN-FCCC über die Verringerung von Treibhausgasemissionen. **11)** Kim Suntae, Karlesky Matthew, Myers Christopher, Schifling Todd, op. cit. **12)** Siehe Deloitte, *Millennial Innovation Survey*, Januar 2013, verfügbar unter <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/About-Deloitte/dttl-crs-millennial-innovation-survey-2013.pdf>, unter 9. **13)** Surowiecki James, *Companies with benefits*, The New Yorker, 4. August 2014; Ramus Catherine A., *Including Corporate Social Responsibility, Environmental Sustainability, and Ethics, Calibrating MBA Job Preferences*,

Fussnoten: Stanford University Graduate School of Business, Research Paper No. 1981, Dezember 2007, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=1077439>; Studie von Net Impact unter <https://www.netimpact.org/research-and-publications/talent-report-what-workers-want-in-2012>. **14)** US SIF Foundation's 2016 Report on US Sustainable, Responsible and Impact Investing Trends, Executive Summary, verfügbar unter [https://www.ussif.org/files/SIF_Trends_16_Executive_Summary\(1\).pdf](https://www.ussif.org/files/SIF_Trends_16_Executive_Summary(1).pdf), p. 12–13. **15)** Brakman Reiser Dana, op. cit. **16)** Brakman Reiser Dana, op. cit. **17)** Clemente M.L., *Benefit Corporations: Novelty, Niche, or Revolution*, 7. März 2013, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2359226>, S. 29–31; Elhauge E., *Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest*, in 80 N.Y.U. Law Review, 2005, S. 733, 763 ff.; Kerr J.E., *Sustainability Meets Profitability: The Convenient Truth of How the Business Judgment Rule Protects a Board's Decision to Engage in Social Entrepreneurship*, 29 Cardozo Law Review, 2007, S. 634 ff. **18)** Art. 772 ff. OR; Art. 620 ff. OR. **19)** Baumann Lorant R., Markowitsch S.-J., *Expert Focus 2016/3*, S. 136 ff., *Die gemeinnützige GmbH, Auslegung einer kaum genutzten Alternative zur Stiftung*. **20)** Art. 80 ff. ZGB; Art. 60 ff. ZGB. **21)** Bundesgerichtsurteil 5C.9/2001 vom 18.5.2001, BGE 127 III 337.