

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII

Peter Böckli
Christoph B. Bühler
Hans-Jakob Diem
Lukas Glanzmann
Florian S. Jörg
Peter Jung
Peter V. Kunz
Stefan Oesterhelt
Martin Schenk
Urs Schenker



Stämpfli Verlag

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ
OLIVER ARTER
FLORIAN S. JÖRG

Mit Beiträgen von:

PETER BÖCKLI
CHRISTOPH B. BÜHLER
HANS-JAKOB DIEM
LUKAS GLANZMANN
FLORIAN S. JÖRG
PETER JUNG
PETER V. KUNZ
STEFAN OESTERHELT
MARTIN SCHENK
URS SCHENKER



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-0530-9

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-0531-6

Judocu ISBN 978-3-0354-1484-4

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Konzernverantwortung ohne Grenzen

PETER BÖCKLI / CHRISTOPH B. BÜHLER

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	146
2.	Forderungen der Kampagne «Recht ohne Grenzen»	147
3.	Respektierung der Menschenrechte und Umweltstandards	148
3.1	Vorbemerkungen.....	148
3.2	Leitungsorgane sind bereits heute zur Beachtung der Menschenrechte sowie der Umweltvorschriften verpflichtet	150
3.3	Extraterritorialer Eingriff in die rechtliche Souveränität anderer Länder	151
3.4	Internationale Standards erzeugen für multinationale Unternehmen in den Bereichen Menschenrechte und Umwelthanliegen einen faktischen Befolgungszwang	153
3.4.1	Internationale Standards zur unternehmerischen Verantwortung für Menschenrechte und Umwelt	153
3.4.1.1	UNO-Leitlinien für Unternehmen und Menschenrechte («Ruggie-Prinzipien»).....	154
3.4.1.2	OECD-Guidelines for Multinational Enterprises	155
3.4.1.3	UN Global Compact.....	155
3.4.2	Rechtliche Bedeutung der internationalen Standards	156
4.	Sorgfaltsprüfungspflicht der Schweizer Unternehmen für «kontrollierte Unternehmen»	157
4.1	Sorgfaltspflicht und Compliance-Anforderungen erstrecken sich bereits heute auf Tochtergesellschaften.....	157
4.2	Überdehnte Sorgfaltspflicht im Bereich ausserhalb der konzernmässigen Kontrolle führt zu Risikoscheu und Auftragsvergabe wenn immer möglich innerhalb des Konzerns	158
4.3	Ausweitung der Sorgfaltspflicht der Leitungsorgane auf «Corporate Social Responsibility»-Massnahmen liegt nicht unbedingt im Gesellschaftsinteresse.....	159
5.	Haftung der Schweizer Konzernmuttergesellschaft für die Handlungen ihrer Tochtergesellschaften und Zulieferunternehmen	160
5.1	Vorbemerkungen.....	160
5.2	Konzernhaftungsrecht bezieht bereits heute die Muttergesellschaft weitgehend in die Verantwortung für die Tochtergesellschaften ein.	162
5.2.1	Haftung für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganschaft.....	162
5.2.2	Haftung der Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft.....	163
5.2.3	Haftungsrechtlicher «Durchgriff»	163

5.2.4	Haftung aus «Konzernvertrauen».....	163
5.3	Ausdehnung der Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für die Handlungen und Unterlassungen der Zulieferer widerspricht den Grundsätzen des Haftungsrechts	164
6.	Schluss	165
	Literaturverzeichnis	167

1. Einleitung

Die Kampagne «*Recht ohne Grenzen*»¹, die u.a. von Organisationen wie Amnesty International, Greenpeace und Terre des Hommes getragen wird, fordert seit 2012 in verschiedenen politischen Vorstössen von Bundesrat und Parlament, mit *verbindlichen* Bestimmungen dafür zu sorgen, dass international tätige Unternehmen mit Sitz in der Schweiz bei allen ihren Aktivitäten weltweit die Menschenrechte und Umweltstandards einhalten müssen². Die Vorstösse lehnen an die UNO-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten an, die 2011 verabschiedet worden sind³; sie wurden jedoch gestützt auf einen rechtsvergleichenden Bericht der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrates⁴ in der Bundesversammlung abgelehnt.

Angenommen wurde einzig das *Postulat von Graffenried* vom 13. Juni 2012, das die Erarbeitung einer Strategie zur Umsetzung der UNO-Leitprinzipien für die Schweiz verlangt⁵. Der Bundesrat hat am 1. April 2015 ein *Positionspapier «Gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen»*

¹ <http://www.rechtohnegrenzen.ch/>, zuletzt besucht am 10. November 2016.

² Vgl. dazu SCRUZZI, Menschenrechtsbruch, S. 12; SCRUZZI, Aktionsplan, S. 9 und 21.

³ Vgl. Bericht UNITED NATIONS A/HRC/17/31 vom 21. März 2011; vgl. auch KAUFMANN, Menschenrechte, S. 748 ff.

⁴ Vgl. AUSSENPOLITISCHE KOMMISSION DES NATIONALRATS, Postulat 12.3980 vom 30. Oktober 2012, Rechtsvergleichender Bericht, Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechten und Umwelt im Zusammenhang mit den Auslandaktivitäten von Schweizer Konzernen, sowie den rechtsvergleichenden Bericht des Bundesrates, «Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechten und Umwelt im Zusammenhang mit den Auslandaktivitäten von Schweizer Konzernen», vom 2. Mai 2014.

⁵ Vgl. Postulat 12.3503 ALEC VON GRAFFENRIED vom 13. Juni 2012, Eine Ruggie-Strategie für die Schweiz; Interpellation 12.3520 TIANA A. MOSER vom 13. Juni 2012, Soziale und ökologische Unternehmensverantwortung. Selbstregulierung oder verpflichtende Regeln; VON GRAFFENRIED, S. 16.

publiziert⁶. Dieses beinhaltet auch einen Aktionsplan, der darauf abzielt, die Corporate Social Responsibility auf nationaler und internationaler Ebene zu fördern, ohne jedoch verbindliche neue Regeln auf Gesetzesstufe einzuführen⁷.

Die Kampagne «Recht ohne Grenzen» erachtet diese vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmen als zu wenig wirkungsvoll und hat daher am 30. März 2015 die eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt – kurz «Konzernverantwortungsinitiative» – lanciert⁸. Am 10. Oktober 2016 haben die Initianten die Volksinitiative mit rund 120'000 beglaubigten Unterschriften eingereicht.

2. Forderungen der Kampagne «Recht ohne Grenzen»

Die Kampagne «Recht ohne Grenzen» fordert mit der Konzernverantwortungsinitiative die Verankerung eines neuen Artikels 101a in der Bundesverfassung, der den Bund anhält, Massnahmen zur Stärkung der Respektierung der Menschenrechte und Umwelt durch die Wirtschaft zu treffen⁹. Konkret soll das *Gesetz* die Pflichten der Unternehmen mit Sitz oder Hauptverwaltung in der Schweiz nach folgenden Grundsätzen regeln¹⁰:

- (i) die Unternehmen haben auch im Ausland die international *anerkannten Menschenrechte sowie die internationalen Umweltstandards zu respektieren* und dafür zu sorgen, dass dies auch die von ihnen kontrollierten Unternehmen (Tochtergesellschaften oder Zulieferunternehmen) tun;

⁶ Vgl. Gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen, Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt, vom 1. April 2014; vgl. auch WEBER, Unternehmensverantwortlichkeit, S. 25 ff.

⁷ A.a.O., S. 20 ff.

⁸ Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», Vorprüfung, BBl 2015, S. 3245 ff., vgl. <http://konzerninitiative.ch/>, zuletzt besucht am 10. November 2016; BÜHLER, Entwicklung, S. 357 f.; FORSTMOSER, Menschenrechte, S. 703 ff.; MÜLLER/FRITSCH, S. 407 ff.; KUNZ, Konzernrecht, N 67 f., 821 ff.; SCRUIZZI, Menschenrechtsbruch, S. 12.

⁹ Vgl. dazu http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2016/10/FS5_D_Online3.pdf, zuletzt besucht am 28. Oktober 2016; vgl. dazu auch KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative, S. 45 ff.

¹⁰ Vgl. dazu BBl 2015, S. 3247 f.

- (ii) die Unternehmen sind zu einer angemessenen *Sorgfaltsprüfung* hinsichtlich ihrer Tätigkeit und derjenigen der von ihnen kontrollierten Unternehmen auf die tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen auf die Menschenrechte und Umwelt verpflichtet;
- (iii) die Unternehmen *haften* auch für den Schaden, den durch sie kontrollierte Unternehmen aufgrund der Verletzung von Menschenrechten und Umweltstandards in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben;
- (iv) diese Regelungen sollen für Schweizer Unternehmen unabhängig davon gelten, ob das *internationale Privatrecht* ein anderes Recht für anwendbar erklärt.

Was ist von dieser geballten Ladung rechtlicher Regelungspostulate zu halten? Wie sind diese Forderungen im bestehenden rechtlichen Gefüge zu werten? Welche Folgen hätten sie für das Schweizer Konzernhaftungsrecht?

3. Respektierung der Menschenrechte und Umweltstandards

3.1 Vorbemerkungen

Der Forderungskatalog setzt ein mit den Menschenrechten – wer könnte schon gegen die Fundamente des Rechtsstaates sein, und wer gegen die Befolgung der internationalen Umweltstandards durch die Unternehmen¹¹? So selbstverständlich diese Forderung auf den ersten Blick erscheinen mag, so wirft sie doch bereits grundsätzliche Fragen auf:

Die «*Menschenrechte*», wie sie in der Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 exemplarisch niedergelegt sind¹², so etwa das Recht auf Leben, das Verbot der Folter, der Sklaverei und der Zwangsarbeit, das Recht auf ein faires Verfahren, die Freiheit der Meinungsäusserung etc., richten sich in allererster Linie *an den Staat als Hoheitsträger und Gesetzgeber*¹³. Die meisten Menschenrechtsverletzungen können gar nicht direkt von einer Privatperson oder einem Unterneh-

¹¹ SCHMID, S. 563 ff.

¹² Vgl. Art. 2 ff. EMRK.

¹³ Art. 1 EMRK; vgl. dazu auch KAUFMANN/NIEDRIG/WEHRLI/MARSCHNER/GOOD, S. 1 ff.; VON GRAFFENRIED, S. 16.

men begangen werden; was verletzt werden kann, sind die anwendbaren staatlichen *Strafrechtsnormen* oder anderen Vorschriften, welche der Staat zur Umsetzung der Menschen- und Grundrechte in konkreter Gesetzes- oder Verordnungsform aufgestellt hat¹⁴. Diejenigen relativ wenigen Menschenrechte, die nicht ausschliesslich den Staat anvisieren, sind wegen der sog. «*Drittwirkung*» auch für Private von Bedeutung¹⁵. Dazu ist aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung inzwischen auch weitgehend unbestritten, dass die verfassungsmässig garantierten Menschenrechte auch sekundär unter Privaten wirksam sind, «*soweit sie sich dazu eignen*»¹⁶. Doch manifestieren sich solche Verletzungen durch Private wiederum in den allermeisten Fällen in Verstössen gegen die *gesetzlichen* Bestimmungen des Staates (Tötung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Kinderarbeit, Nötigung, Umweltschutzdelikte etc.).

Genauso unscharf ist die Pflicht, dafür einzustehen, dass Tochtergesellschaften und vor allem auch deren Unterakkordanten und Zulieferer «*die Umwelt respektieren*». Die Kampagne «Recht ohne Grenzen» und die Konzernverantwortungsinitiative möchten damit die Sorgfaltspflicht – über die Einhaltung der Gesetze und Verordnungen hinaus – auch auf sozio-ökologische Anliegen ausdehnen. Sie greift die aktuell intensiv geführte internationale Diskussion um die sogenannte «*Corporate Social Responsibility*»¹⁷ auf und versucht sie explizit in das «hard law» des Schweizer Rechts zu integrieren¹⁸.

¹⁴ Vgl. MEYER, S. 56 ff.

¹⁵ Art. 35 BV; vgl. so beispielsweise Art. 6 EMRK; vgl. auch PÄRLI, S. 1676; FORSTMOSER, Menschenrechte, S. 703 ff.

¹⁶ Vgl. statt vieler BGE 136 I 158, E. 3.2; vgl. dazu auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 278 ff.

¹⁷ Vgl. BOHRER, S. 273 ff.; WEBER, CSR, S. 87 ff.; ECONOMIESUISSE/SWISSHOLDINGS, S. 24; FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 96; FORSTMOSER, Rechtspflicht, S. 157 ff.; KUNZ, Wirtschaftsethik, S. 236 ff.; AIOLFI, Corporate Social Responsibility, S. 26.

¹⁸ Vgl. NOBEL, S. 398; vgl. ROTH, S. 34 ff., die sich für die ausdrückliche gesetzliche Verankerung der Pflicht zur internationalen Beachtung von Menschenrechten im *Gesellschaftsrecht* ausspricht.

3.2 **Leitungsorgane sind bereits heute zur Beachtung der Menschenrechte sowie der Umweltvorschriften verpflichtet**

Ausgangspunkt jeder Neuordnung muss das Verständnis der bestehenden Rechtsvorschriften sein: Gemäss geltendem Art. 717 Abs. 1 OR, der seit dem 1. Juli 1992 in Kraft steht¹⁹, müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates und die Geschäftsführung ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Der Gesetzgeber hat diese Sorgfaltspflicht bewusst als eine *allgemeine Handlungsmaxime* ausgestaltet, die sich nicht auf ein konkretes Pflichtenheft begrenzt, sondern die Grundlage für die Konkretisierung im einzelnen Fall bildet²⁰, und damit den Anwendungsbereich der Sorgfaltspflicht weit gefasst. Es existiert denn heute auch insbesondere im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Leitungsorgane eine reiche Gerichtspraxis und Literatur zu allen Fallgruppen und Ausfäherungen der Sorgfaltspflicht²¹.

Der Verwaltungsrat hat bereits nach geltendem Recht im Bereich, auf den die Konzernverantwortungsinitiative abzielt, zwei wichtige Pflichten: die 1992 ins Gesetz aufgenommene *Organisationsverantwortung*²² und die *Überwachungspflicht*²³. Aus der Kombination der Art. 716a Abs. 1 Ziffern 2 und 5 OR ergibt sich, dass der Verwaltungsrat insbesondere für eine *zweckmässige Organisation* zu sorgen hat, die die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen durch die mit der Geschäftsführung betrauten Personen gewährleistet²⁴. Ein Staat, der diese

¹⁹ Vorher sprach schon Art. 722 Abs. 1 OR 1936 die *Sorgfaltspflicht*, nicht aber die Treuepflicht an.

²⁰ BÖCKLI, Verwaltungsräte, S. 9; BÜHLER, Entwicklung, S. 353; ZK-HOMBURGER, Art. 717 N 764.

²¹ Zur grundsätzlichen Pflicht der Leitungsorgane nach Art. 717 Abs. 1 OR, wonach sie diejenige Umsicht und Vorsicht walten zu lassen haben, die ein vernünftiger Mensch bei der jeweiligen Aufgabenerfüllung an den Tag legen würde, vgl. eingehend BÄRTSCH, S. 243; PEYER, S. 87 ff., sowie BASK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 3 m.w.H.; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2010 vom 5. Januar 2011, E. 3.3; BGE 122 III 198, E. 3.

²² Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

²³ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR, schon Art. 722 Abs. 2 Ziff. 3 OR 1936. Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 378; BÜHLER, Corporate Governance, N 624, 634.

²⁴ Der Verwaltungsrat ist zudem gehalten, die Zweckmässigkeit der Organisation auch aufgrund von Art. 102 StGB, namentlich der Strafbarkeit des Unternehmens aufgrund

Bezeichnung verdient, setzt die Gesundheit der Menschenrechte und Umweltschutzregeln in direkt anwendbares, zwingendes Recht um. Der Verwaltungsrat muss eine umfassende «*compliance*» – sowohl in normativer Hinsicht, d.h. die Sicherstellung und Einhaltung von Gesetzen und Statuten sowie anderen internen Regelwerken, wie auch in betriebswirtschaftlicher Hinsicht – namentlich mit der zweckmässigen Organisation einrichten und mit der Beaufsichtigung der Abläufe und der Zielkonformität der Entscheidungen wirksam überwachen und von seinen Untergebenen überwachen lassen («Oberaufsichtspflicht»)²⁵. Teil der Oberaufsicht ist auch, über die Einhaltung einzelner Normen hinaus, die «*compliance*» im Sinne der Gewährleistung eines integren und verantwortungsvollen Handelns der im Unternehmen tätigen Personen. Die gesetzliche Organisations- und Sorgfaltspflicht zielt mithin bereits nach geltendem Recht auf ein *gesetzeskonformes sowie mit der behördlichen Regulierung und den internen Regeln übereinstimmendes Verhalten* der Unternehmensführung ab²⁶. Diese Verhaltenspflicht beinhaltet auch und vor allem die Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt.

3.3 Extraterritorialer Eingriff in die rechtliche Souveränität anderer Länder

Die Kampagne «Recht ohne Grenzen» macht geltend, das Schweizer Recht enthalte heute keine Bestimmungen, welche die Leitungsorgane von internationalen Konzernen verpflichte, bei ihren Aktivitäten die Menschenrechte und die Umwelt *auch im Ausland* zu respektieren. Sie leitet daraus ab, entsprechende Pflichten und Haftungsnormen *mit extraterritorialer Geltung* seien im Schweizer Gesetz zu verankern. Die Initiative verlangt mithin, dass Schweizer Unternehmen für alles, was irgendwo auf der Welt geschieht und mit ihnen in Verbindung gebracht werden kann, *in der Schweiz* eingeklagt werden können sollen. Schadenersatzklagen werden demnach nicht mehr dort erhoben, wo der Schaden eintritt. Damit

mangelnder oder mangelhafter Organisation, fortwährend zu überprüfen; vgl. auch JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 7 ff.

²⁵ Vgl. CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI, Art. 716a OR N 7; SCRUIZZI, Aktionsplan, S. 9.

²⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_41/2011 vom 24. März 2011, E. 2.3.1; WATTER/SPILLMANN, S. 107; BÄRTSCHI, S. 243; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 393; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 3.

werden internationale Entwicklungen, die genau ein solches *Auseinanderdriften von Zuständigkeit und Schadensort* verhindern wollen, unterlaufen. Könnte ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz für einen Sachverhalt in einem weit entlegenen Ort der Welt eingeklagt werden, so wäre dies mit kaum überwindbaren *prozessualen* und praktischen Hürden verbunden. Denn die Beweiserhebung und Beweiswürdigung gestaltet sich bei grenzüberschreitenden Prozessen bereits heute als schwierig. Ein Schweizer Gericht darf auf fremdem Territorium selber keine Beweiserhebungsmassnahmen vornehmen, da Amtshandlungen ausserhalb der Schweiz verboten sind²⁷. Hierfür ist das weltweit etablierte Instrument der *internationalen Rechtshilfe* in Anspruch zu nehmen: Der Richter in der Schweiz muss die Behörden im Ausland um Unterstützung anfragen, um auf fremdem Territorium Prozess- und andere Amtshandlungen vorzunehmen und das Ergebnis dem Gericht in der Schweiz zu übermitteln. Die ersuchte Behörde im Ausland wäre dann aber just das eigentlich zuständige Gericht, welchem gegenüber die Schweiz mit ihrer Anfrage zum Ausdruck bringt, dass es selber nicht kompetent genug ist, sich dem Fall anzunehmen. Dem eigentlich zuständigen Staat wird mithin signalisiert, dass sein Recht untauglich ist und seine Gerichte nicht in der Lage sind, dieses durchzusetzen. Dies käme einem Eingriff in die *Souveränität* des betreffenden Staates gleich²⁸. Es liegt auf der Hand, dass die Kooperationsbereitschaft dieses Gerichts bei der Ermittlung des Sachverhalts im Ausland unter diesen Umständen ziemlich gering wäre.

Auch für den ausländischen *Geschädigten* wäre eine Klageerhebung in der Schweiz eine grosse Herausforderung: er müsste hierzu einen entsprechenden Kostenvorschuss leisten, beim Gericht in der Schweiz in der betreffenden Landessprache eine Klageschrift einreichen, sämtliche Beweismittel bezeichnen und den Schaden belegen und beziffern. Es ist immerhin fraglich, ob er hierzu unter sprachlichen und finanziellen Aspekten in der Lage wäre²⁹.

²⁷ Gemäss Art. 299 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, «wer die Gebietshoheit eines fremden Staates verletzt, insbesondere durch unerlaubte Vornahme von Amtshandlungen auf dem fremden Staatsgebiete».

²⁸ Swissholdings, Dossierpolitik No. 10/2016, Lösungen statt Gerichtsprozesse vom 8. Oktober 2016, S. 15.

²⁹ Swissholdings, Dossierpolitik No. 10/2016, Lösungen statt Gerichtsprozesse vom 8. Oktober 2016, S. 16.

3.4 Internationale Standards erzeugen für multinationale Unternehmen in den Bereichen Menschenrechte und Umwelthanliegen einen faktischen Befolgungszwang

3.4.1 Internationale Standards zur unternehmerischen Verantwortung für Menschenrechte und Umwelt

Die Legiferierung in der Schweiz muss, wenn sie grenzüberschreitende Sachverhalte regeln soll, immer *im internationalen Kontext* betrachtet werden und auf die internationale Zusammenarbeit im Rahmen der UNO, der EU und der OECD abgestimmt werden. Würde sich die Schweiz – wie das die Konzernverantwortungsinitiative verlangt – anmassen, ihr Recht im Alleingang international durchzusetzen, würde dies die Anstrengungen zur Schaffung *weltweit einheitlicher Standards* im Bereich der Menschenrechte und Umwelt unterlaufen.

Die Kampagne verkennt, dass sich die internationale Beachtung der Menschenrechte und Umwelt durch multinational tätige Konzerne kaum wirksam in das *territorial begrenzte Recht* eines Landes einbinden lässt. Es handelt sich dabei um Belange, die aufgrund der grenzüberschreitenden Auswirkungen und Zusammenhänge nur auf überstaatlicher Ebene sinnvoll geregelt werden können³⁰. Ein Vorpreschen einzelner Staaten in diesen Bereichen würde zu einem «*regulatory arbitrage*»-Effekt³¹ führen und könnte betroffene Unternehmen dazu veranlassen, ihre Tätigkeit in Staaten zu verlegen, in denen weniger strenge gesetzliche Haftungsnormen bestehen.

Auf internationaler Ebene wird daher in diesen Bereichen seit einigen Jahren mit Erfolg der Regulierungsansatz der *internationalen Standards* verfolgt. Im Bereich der Menschenrechte und Umwelthanliegen haben führende internationale Gremien gerade in jüngster Zeit viel Initiative entfaltet³², und es bestehen heute bereits verschiedene international anerkannte Standards, die bereits ihre Wirkung entfalten.

³⁰ Vgl. HOFSTETTER, S. 381; BÜHLER, Corporate Governance, N 194 ff.; vgl. zu derselben Problematik im Bereich der Finanzmarktregulierung BÜHLER, Finanzmarktregulierung, S. 477.

³¹ Vgl. dazu RILES, S. 1.

³² Vgl. auch BÜHLER, Corporate Governance, N 255.

3.4.1.1 *UNO-Leitlinien für Unternehmen und Menschenrechte* («Ruggie-Prinzipien»)

Mit den im März 2011 vom UN-Menschenrechtsrat verabschiedeten *UNO-Leitlinien für Unternehmen und Menschenrechte*, die nach dem zuständigen Sonderberichterstatter für Menschenrechte und internationale Unternehmen JOHN RUGGIE auch als «Ruggie-Prinzipien»³³ bezeichnet werden, soll ein *globaler Standard* geschaffen werden, um negative Auswirkungen unternehmerischer Aktivitäten auf die Menschenrechte zu verhindern.

Der Ruggie-Referenzrahmen für Wirtschaft und Menschenrechte beruht auf drei Säulen³⁴: Erstens werden die Staaten angehalten, aktiv dafür zu sorgen, dass Unternehmen den Schutz der Menschenrechte nicht beeinträchtigen («*state duty to protect*»). Das zweite Element, die «*corporate responsibility to respect*», betrifft indirekt die Unternehmen und schafft die Erwartung, dass diese den Schutz der Menschenrechte zum Bestandteil ihrer Unternehmenskultur und Corporate Governance machen und ihn in die eigenen Geschäftsabläufe integrieren. Schliesslich befasst sich die dritte Säule mit den Opfern von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen, indem sie von den Mitgliedstaaten wirksamere Mechanismen zur Wiedergutmachung und Streitbeilegung fordert («*access to remedy*»).

Die Ruggie-Prinzipien begründen keine neuen völkerrechtlichen Verpflichtungen in Ergänzung zu den bestehenden UN-Menschenrechtskonventionen, welche auch die Schweiz ratifiziert und umgesetzt hat. Es handelt sich um ein *Rahmenwerk* mit *nicht rechtsverbindlichen Standards*, das sich in erster Linie an die *Staaten* richtet, denn diese sind es, die in allererster Linie zur Wahrung der Menschenrechte verpflichtet sind. Implizit soll das Regelwerk gleichzeitig bei den Unternehmen das Bewusstsein schärfen, mit ihrer Unternehmenskultur den Respekt vor den in den Gesetzen und Verordnungen umgesetzten Menschenrechte zu fördern. Gemäss den Ruggie-Leitlinien soll grundsätzlich jeder Staat selbst entscheiden, wie er den Prinzipien Rechnung tragen will.

³³ Vgl. *United Nations, A/HRC/17/31* vom 21. März 2011, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises (John Ruggie), Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Project, Respect and Remedy» Framework.

³⁴ Vgl. RUGGIE, S. 1; vgl. auch die Medienkonferenz von *Andreas Missbach* vom 28. Januar 2011; *Recht ohne Grenzen, Uno-Leitprinzipien*, S. 1.

3.4.1.2 OECD-Guidelines for Multinational Enterprises

Ein weiteres in der Praxis wichtiges Regelwerk sind die OECD-Guidelines. Die am 25. Mai 2011 revidierten *Leitsätze für multinationale Unternehmen*³⁵ sind Empfehlungen der Regierungen von 34 OECD-Staaten und acht weiterer Unterzeichnerstaaten an die in ihren Ländern operierenden multinationalen Unternehmen. Sie stellen ein Kondensat der gemeinsamen Wertvorstellungen der Regierungen jener Länder dar, die Ursprung des grössten Teils der weltweiten Direktinvestitionsströme sind und in denen die meisten multinationalen Unternehmen ihren Hauptsitz haben. Die Leitsätze enthalten u.a. auch Empfehlungen für unternehmerisches Wohlverhalten hinsichtlich der Umwelt, Korruptionsbekämpfung, Abschaffung der Kinder- und Zwangsarbeit und Förderung des Respekts vor anderen Menschenrechten³⁶.

In der Revision von 2011 wurde daher insbesondere ein neues Kapitel «Menschenrechte» und Bestimmungen zur Sorgfaltspflicht der Unternehmen für ihre Zulieferkette eingefügt. Damit verfolgen die Unterzeichnerstaaten das Ziel, den Unternehmen durch klare Richtlinien aufzuzeigen, wie sie nachteilige Auswirkungen ihrer Geschäftstätigkeit auf die Menschenrechte identifizieren, verhindern oder beheben können³⁷. Die OECD-Leitsätze bezwecken dabei, das Ruggie-Framework in die Praxis umzusetzen, indem den Unternehmen eine spezifische «Due Diligence» hinsichtlich der Beachtung der Menschenrechte nahegelegt wird. Diese soll Teil des unternehmerischen Risikomanagements sein.

3.4.1.3 UN Global Compact

Der schon seit einiger Zeit wirksame *UN Global Compact*³⁸ geht auf eine Initiative des UNO-Generalsekretärs Kofi Annan anlässlich des Weltwirtschaftsforums in Davos von 1999 zurück. Danach verpflichteten sich Unternehmen, internationale Organisationen und Verbände sowie NGOs, neun weltweit gültige *Prinzipien für verantwortungsvolles Wirtschaften* in ihre Geschäftspolitik zu integrieren und kontinuierlich weiterzuentwickeln³⁹. Der UN Global Compact umfasst jene Prinzipien aus dem Bereich der

³⁵ Vgl. OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing 2011.

³⁶ MÜLLER/FRITSCH, S. 409 ff.

³⁷ MÜLLER/FRITSCH, S. 412.

³⁸ Vgl. die UNO-Website zum Global Compact <https://www.unglobalcompact.org/>, zuletzt besucht am 6. Oktober 2016.

³⁹ Vgl. AMSTUTZ, S. 64 ff.; BÜHLER, Corporate Governance, N 251 ff.

Menschenrechte, Arbeitsnormen und Umweltstandards, die für nachhaltige international tätige Unternehmen zum modernen Grundverständnis ethischen und verantwortungsvollen Handelns gehören.

3.4.2 Rechtliche Bedeutung der internationalen Standards

Es handelt sich bei den dargelegten Standards um Verhaltensregeln, Zielsetzungen und Prinzipien, die heute international als die effizienteste «*best practice*» anerkannt werden⁴⁰. Mit ihnen sind Instrumente geschaffen worden, die den Unternehmen Leitlinien vorgeben, wie sie zur Stärkung der «*Corporate Social Responsibility*» in den Schwellen- und Entwicklungsländern beitragen können.

Die erlassenden Institutionen bezeichnen die internationalen Standards als *rechtlich unverbindlich*; die internationale Staatengemeinschaft hat sich also für einen *selbstverantwortlichen* Lösungsansatz entschieden. Es ist jedoch verfehlt, daraus den Schluss zu ziehen, die internationalen Standards seien unbedeutend oder «zahnlos», denn sie werden von den betroffenen Unternehmen trotz fehlender Rechtsverbindlichkeit direkt befolgt⁴¹. Die international tätigen Schweizer Konzerne betreiben schon heute ein *Compliance-Management*, um ein sozial und ethisch verantwortungsvolles Handeln sicherzustellen⁴². Sie nutzen dabei auch ihre Einflussmöglichkeiten, um auf das Verhalten ihrer Zulieferer und Unterakordanten einzuwirken, mit denen sie über die jeweiligen Produkte oder Dienstleistungen in Verbindung stehen. Der Grad der Befolgung der internationalen Grundsätze gerade durch Schweizer Konzerne ist hoch. Der Hauptgrund dafür besteht in der «*peer pressure*», die durch die breite Akzeptanz dieser internationalen Standards in Wirtschaft und Politik erzeugt wird, und im möglichen *Reputationsverlust* des Unternehmens bei der Nichtbefolgung der Standards.

Diese Sanktionsmechanismen werden in der Regel dadurch verstärkt, dass Organisationen die Befolgung der internationalen Standards prüfen⁴³. Es gibt auch eine Policy, die Nichteinhaltung publik zu machen (sog.

⁴⁰ Vgl. BÜHLER, *Corporate Governance*, N 243 m.w.H.; vgl. auch SCRUIZZI, *Konzerne*, S. 13.

⁴¹ Vgl. UN Doc A/CONF.157/23 vom 12. Juli 1993; WEBER, *AJP* 2014, S. 518 f.; STAMM, S. 35.

⁴² Vgl. auch ECONOMIESUISSE/SWISSHOLDINGS, S. 11 ff.

⁴³ Vgl. etwa auch die neue EU-Strategie 2011-14 für die soziale Verantwortung der Unternehmen vom 25. Oktober 2011, Ziff. 4.8.1.

«black listing»). Die OECD-Leitsätze sehen zudem ein Umsetzungs- und Beschwerdeverfahren vor, das sowohl staatliche nationale Kontaktstellen als auch gesellschaftliche Akteure einbindet. In Bezug auf strittiges Unternehmensverhalten sind die Kontaktstellen (in der Schweiz das SECO) angehalten, ein Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren zwischen den betroffenen Parteien einzuleiten.

4. Sorgfaltsprüfungspflicht der Schweizer Unternehmen für «kontrollierte Unternehmen»

4.1 Sorgfaltspflicht und Compliance-Anforderungen erstrecken sich bereits heute auf Tochtergesellschaften

Die Konzernverantwortungsinitiative verlangt ausdrücklich eine «Ausdehnung» des Anwendungsbereichs der Sorgfaltspflicht der Schweizer Unternehmen auf von ihnen «kontrollierte Unternehmen» (wobei die Kontrolle sich nach den *tatsächlichen* Verhältnissen bestimmen soll und *faktisch* auch durch eine wirtschaftliche Machtausübung erfolgen könne). Sie soll sich insbesondere auch auf Tochtergesellschaften erstrecken, die im Konzern ihrer einheitlichen Leitung unterstellt sind.

Diese Forderung rennt offene Türen ein. Denn nach herrschender Lehre und Praxis ist es bereits heute so, dass sich die Sorgfaltspflicht der Muttergesellschaft auch auf die Geschäfte der Tochtergesellschaft erstreckt, soweit jene die Oberleitungskompetenzen für die Tochtergesellschaft effektiv an sich gezogen hat und dann auch organotypisch in deren Geschäfte hineinwirkt. Sie kann sich in dieser Situation nicht auf ihre Aktionärsrolle zurückziehen, sondern wird dadurch zum *faktischen Organ* der Tochtergesellschaft. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich dabei um «*Personen, die formellen Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der juristischen Person massgebend mitbestimmen*»⁴⁴.

Eine im Gesetz *selektiv hervorgehobene* Erstreckung der Sorgfaltspflicht der Muttergesellschaft auf die Belange der unter ihrer einheitlichen Leitung zusammengefassten Tochtergesellschaften würde mit dem bewährten Regulierungsansatz des Schweizer Aktienrechts brechen. Die

⁴⁴ BGE 122 III 225, E. 4; BGE 124 III 418, E. 1; BGE 128 III 92, E. 3; BGE 132 III 523.

Schweiz kennt bis heute *kein positiv geregeltes, explizites Konzernrecht*. Der Gesetzgeber hat – mit Ausnahme vor allem der 1993 in Kraft getretenen Konsolidierungsvorschrift im Rechnungslegungsrecht, heute geregelt in Art. 963 OR – im Hinblick auf die entwickelte breite Lehre und Praxis zum Konzernrecht stets bewusst darauf verzichtet, konzernrechtliche Tatbestände explizit in gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zu regeln. Auch im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision ist eine Kursänderung – hin zu einem positivrechtlich geregelten Konzernrecht wie etwa in Deutschland – kein Thema⁴⁵. Die Schweiz befolgt damit eine Gesetzgebungslinie, wie sie sich auch in Frankreich und Grossbritannien, Holland und den USA praktisch bewährt hat.

4.2 Überdehnte Sorgfaltspflicht im Bereich ausserhalb der konzernmässigen Kontrolle führt zu Risikoscheu und Auftragsvergabe wenn immer möglich innerhalb des Konzerns

Die Initiative geht aber noch einen Schritt weiter: Sie fordert die Ausweitung der Sorgfaltspflicht sogar auf den Bereich *ausserhalb* der konzernmässigen Kontrolle, nämlich auf das Verhalten von *Vertragspartnern* (Unterakkordanten und Zulieferern), die faktisch vom Schweizer Konzern kontrolliert werden.

Wer die Sorgfaltspflicht auf Bereiche *ausserhalb* der eigenen konzernmässigen Beherrschung durchsetzt, lässt die Mitglieder der Konzernleitung für ein *Verschulden Dritter* eintreten. Eine solche Haftung für nicht konzernmässig beherrschte Drittunternehmen muss die Bereitschaft, Güter bei unabhängigen lokalen Anbietern zu beziehen, beeinträchtigen. Örtliche Drittlieferanten oder Drittleistungsersteller könnten – wegen der kaum mehr kontrollierbaren Rechtsrisiken der Konzernmuttergesellschaft – nicht mehr mit Aufträgen rechnen. Dies könnte die *Risikoscheu* der Leitungsorgane fördern; diese müssten ja durch eine Unterstellung unter die eigenen Organisationsvorgaben und das eigene Compliance-System die Vertragspartner tendenziell zum Dienst nach Vorschrift anhalten. Zur

⁴⁵ Vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht, BBl 2007, S. 1589 ff.

Risikobeschränkung würde jede Konzerngesellschaft lieber nur noch mit anderen Konzerngesellschaften zusammenarbeiten.

4.3 **Ausweitung der Sorgfaltspflicht der Leitungsorgane auf «Corporate Social Responsibility»-Massnahmen liegt nicht unbedingt im Gesellschaftsinteresse**

Nicht nur die Treuepflicht der Leitungsorgane, sondern auch ihre Sorgfaltspflicht ist im Grunde eine *Interessenwahrungspflicht*⁴⁶. Es ist letztlich gar nicht möglich, die mittel- und langfristigen, rechtmässigen Interessen des Unternehmens – ob es nun als Einzelgesellschaft oder als Unternehmensgruppe organisiert ist – anders als nach Grundsätzen der Loyalität und der Sorgfalt zu wahren. Die Forderung der Kampagne «Recht ohne Grenzen» weitet die Sorgfaltspflicht der Leitungsorgane nun aber nicht nur auf den Aussenbereich, nicht konzernmässig beherrschten Bereich von Drittunternehmen aus, sondern geht noch wesentlich weiter. Sie

- (i) dehnt die Pflichten auf Gebiete aus, die *ausserhalb der Interessensphäre der Aktiengesellschaft* im Sinne der aktienrechtlichen Konzeption liegen; und
- (ii) setzt implizit voraus, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrats der Muttergesellschaft über die Einhaltung des *Rechts* hinaus *an Stelle des Staates für die Verwirklichung von Schutzziele durch Drittunternehmen zu sorgen* hat.

Multinationale Konzerne streben bereits heute nach dem sogenannten «*Triple-Bottom-Line*»-Ansatz bei der Unternehmensführung einen harmonischen Ausgleich zwischen dem finanziellen Erfolg, sozialen Zielen und nachhaltiger Umweltverträglichkeit an⁴⁷. Sie haben dabei jedoch im Auge zu behalten, dass die Aktiengesellschaft – soweit sie nicht staatlich kontrolliert ist und einen öffentlichen Leistungsauftrag zu erfüllen hat – nach der aktienrechtlichen Konzeption wirtschaftliche Zwecke verfolgt und typischerweise einer *gewinnstrebigen* Geschäftsführung verpflichtet ist⁴⁸.

⁴⁶ Vgl. ZK-HOMBURGER, Art. 717 N 773.

⁴⁷ Vgl. WATTER/SPILLMANN, S. 105; FORSTMOSER, Gewinnmaximierung, S. 207 ff.; FORSTMOSER, Corporate Social Responsibility, S. 197 ff.; BÜHLER, Corporate Governance, N 432; AIOLFI, Firmen, S. 1.

⁴⁸ KRATZ, S. 97 und 105; vgl. auch AMSTUTZ, S. 74; BÜHLER, Corporate Governance, N 440; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 474; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 56.

Die Leitungsorgane der Aktiengesellschaft dürfen daher die Wahrnehmung ihrer sozialen Verantwortung nicht als Selbstzweck oder als losgelösten Kostenfaktor betrachten, sondern müssen Corporate Social Responsibility-Massnahmen grundsätzlich als *integralen Bestandteil ihres wirtschaftlichen Handelns* verstehen.

5. Haftung der Schweizer Konzernmuttergesellschaft für die Handlungen ihrer Tochtergesellschaften und Zulieferunternehmen

5.1 Vorbemerkungen

Die Schweizer Muttergesellschaft soll direkt haften für widerrechtliche geschäftliche Handlungen und vertragliche Verpflichtungen ihrer Tochtergesellschaften und der Zulieferunternehmen ihrer Tochtergesellschaften⁴⁹.

Dies bedeutet im internationalen Vergleich, nicht nur gegenüber dem angelsächsischen Rechtskreis, sondern vor allem auch gegenüber dem deutschen Konzernrecht und der französischen Rechtstradition, eine geradezu *unerhörte Ausdehnung der zivilrechtlichen Haftung*⁵⁰. Die Schulden und anderen Verpflichtungen der Tochtergesellschaften aus unerlaubter Handlung und aus Vertrag könnten von allen Gläubigern weltweit direkt bei der Muttergesellschaft in der Schweiz eingeklagt und eingetrieben werden.

Bei genauerer rechtlicher Analyse geht es nicht bloss um eine eigentliche «Haftung» für die Schuld eines Dritten, sondern sogar um eine *direkte solidarische Mitverpflichtung* der Muttergesellschaft für alle Verbindlichkeiten der Konzernuntergesellschaften. Damit wird die rechtliche Gestaltungsstruktur eines Konzerns, wie sie heute praktisch weltweit anerkannt ist, schlicht aufgehoben.

Das würde einen wirtschaftspolitischen Eingriff von grosser Tragweite bedeuten. Was herauskommt, ist nicht etwa ein sogenanntes «Einheitsunternehmen», bei dem alle Aktiven und Passiven des Konzerns rechtlich in einer Wirtschaftseinheit zusammengefasst werden. Vielmehr werden im Ergebnis einerseits alle Verbindlichkeiten der Muttergesellschaft angehängt; doch die Aktiven, die den Verbindlichkeiten jeder einzelnen Un-

⁴⁹ «Direct liability»; neuer Art. 722a E-OR.

⁵⁰ Vgl. FORSTMOSER, Menschenrechte, S. 719 ff.; SCRUIZZI, Paragrafen, S. 21.

tergesellschaft gegenüberstehen, verbleiben je in dieser einzelnen Untergesellschaft. Die Muttergesellschaft muss daher nicht nur Rückstellungen für die konsolidierten Schulden aller Tochtergesellschaften vornehmen, sondern muss deren Schulden insgesamt als ihre *eigenen* Verbindlichkeiten erfassen. Es entsteht ein rechtlich und finanztheoretisch unverantwortliches Mischprodukt in der Mutterbilanz, nämlich aus allen Beteiligungsrechten an den Tochtergesellschaften auf der Aktivseite (nicht konsolidiert) und den gesamten Schulden aller Tochtergesellschaften auf der Passivseite (konsolidiert). Die Mittel, die für die Zahlung erforderlich sind, liegen in den Tochtergesellschaften; die Schulden treffen direkt die Muttergesellschaft.

Entgegen dem Anschein, den der Gesetzesvorschlag erzeugt, enthält dieser im Wesentlichen gar nicht eine Haftung der juristischen Person für *Delikte ihrer eigenen Organpersonen* nach der geltenden Konzeption des Art. 722 OR. Die nach der Initiative vorgesehene Haftungsnorm in Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV würde für die Aktiengesellschaft das Prinzip von Art. 55 ZGB verwirklichen: Der Kläger, welcher die juristische Person für einen von der natürlichen Person in geschäftlicher Verrichtung angerichteten Schaden haftbar machen will, muss die *Organeigenschaft* des Täters nachweisen. Die juristische Person haftet dann so, *wie wenn sie selber* als natürliche Person an der Stelle ihres Organs gehandelt und Schaden angerichtet hätte.

Die vorgeschlagene Haftungsnorm der Initiative passt nun aber überhaupt nicht zu dieser Konstellation. Sie stellt offenbar nicht auf die Organeigenschaft ab, sondern will die Muttergesellschaft – unabhängig davon, ob ihr im konkreten Fall hinsichtlich ihrer Tochtergesellschaft Organeigenschaft zukommt – schlechthin *solidarisch haftbar* machen. Die Muttergesellschaft soll – voraussetzungslos und direkt – als Mitverpflichtete für den durch widerrechtliche Handlungen ihrer Tochtergesellschaften entstandenen Schaden und deren vertragliche Verpflichtungen in die Haftung genommen werden. Dieser Ansatz hat nichts zu tun mit der rechtlichen Konzeption des Haftungstatbestandes von Art. 722 OR, der den allgemeinen Grundsatz von Art. 55 ZGB für die Belange der Aktiengesellschaft konkretisiert und nach den allgemeinen Rechtsprinzipien stets auf die Organeigenschaft des Schädigers abstellt⁵¹.

⁵¹ BasK-WATTER, Art. 722 N 1.

5.2 Konzernhaftungsrecht bezieht bereits heute die Muttergesellschaft weitgehend in die Verantwortung für die Tochtergesellschaften ein

Die Kampagne «Recht ohne Grenzen» und die Konzernverantwortungsinitiative gehen vom Vorwurf aus, das Schweizer Recht biete Opfern von Menschenrechtsverletzungen keine Möglichkeit, die *Muttergesellschaft* für die Verstösse ihrer Tochtergesellschaften haftbar zu machen. Das trifft so nicht zu: der Grundsatz der Trennung zwischen der Tochtergesellschaft als selbständiger juristischer Person mit einem Sondervermögen und eigenem Haftungssubstrat einerseits und ihrer Muttergesellschaft andererseits wird im Konzern bereits nach geltendem Recht in mehrfacher Hinsicht relativiert, soweit dies unter haftungsrechtlichen Prinzipien angezeigt ist⁵². Darauf ist näher einzugehen.

5.2.1 Haftung für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganshaft

Im Konzern entsendet die Muttergesellschaft nach verbreiteter Praxis zur Gewährleistung der einheitlichen Leitung ihre «Vertreter» öfters Mitglieder der Konzernleitung in die Verwaltungsräte ihrer Tochtergesellschaften⁵³. Soweit diese «Konzernvertreter» in den Tochtergesellschaften Organstellung innehaben, kann nach heutigem Recht grundsätzlich auch die Muttergesellschaft für Pflichtverletzungen dieser «entsandten» Verwaltungsräte im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Tochtergesellschaft in die Haftung genommen werden. Nach dem herrschenden Meinungsstand in der Lehre begründet zwar die blossе «Entsendung» eines Verwaltungsrates für sich allein noch keine Organstellung und Haftung des «Entsenders». Zuzufolge des Grundsatzes der Haftung der juristischen Person für widerrechtliche Handlungen ihrer Organpersonen gemäss dem geltenden Art. 722 OR haftet die Muttergesellschaft jedoch, wie bereits erwähnt, als juristische Person für die widerrechtlichen Handlungen ihres Exekutivorgans, das seine Organstellung bei der Tochtergesellschaft einnimmt⁵⁴.

⁵² SCHÖCHLI, S. 23.

⁵³ Vgl. dazu auch FORSTMOSER, Haftung, S. 102 ff., 130 ff.

⁵⁴ Vgl. BGE 124 III 299; Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 470a; BasK-WATTER, Art. 722 N 1 und 10.

5.2.2 Haftung der Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft

Ausserhalb der Konstellation einer Doppelorganschaft sind haftungsrechtlich vor allem die Fälle relevant, in denen die Muttergesellschaft nach den bereits dargelegten Grundsätzen als *faktisches Organ* ihrer Tochtergesellschaft betrachtet wird. Dies ist der Fall, wenn sie organotypisch leitend in den Zuständigkeitsbereich der Tochtergesellschaft hineinwirkt⁵⁵. Gerade in typischen, straff geführten modernen Konzernen ist dies durchaus eine häufige Konstellation. Voraussetzung dieser konzernrechtlichen Haftung ist, dass die Muttergesellschaft bei ihrer organotypischen Leitungstätigkeit in der Tochtergesellschaft *pfllichtwidrig* gehandelt und dadurch Schaden verursacht hat.

5.2.3 Haftungsrechtlicher «Durchgriff»

Soweit die Muttergesellschaft besonders aktiv in die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft hineinwirkt, kann die Haftung der Muttergesellschaft für die Handlungen der Tochtergesellschaft nach Lehre und Praxis mit einem sogenannten «*Durchgriff*» begründet werden⁵⁶. Geht das bedenkenlose Schalten und Walten der Konzernleitung auf der Ebene der Konzernuntergesellschaft sehr weit, so erscheint die Berufung der Muttergesellschaft auf die Selbständigkeit der Tochtergesellschaft als *rechtsmissbräuchlich* und die Gerichte können sich ausnahmsweise über den sonst universell geltenden Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft hinwegsetzen. Die formalrechtliche Selbständigkeit der juristischen Person wird ausgeblendet und stattdessen wird auf die wirtschaftliche Realität abgestellt, d.h., es wird durch die Rechtsperson der Aktiengesellschaft hindurch auf die dahinter stehende Muttergesellschaft ge-griffen⁵⁷.

5.2.4 Haftung aus «Konzernvertrauen»

Seit dem «Swissair»-Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1995 wird auch die sogenannte «*Haftung aus Konzernvertrauen*» diskutiert⁵⁸.

⁵⁵ Vgl. dazu auch FORSTMOSER, Haftung, S. 121.

⁵⁶ Vgl. FORSTMOSER, Haftung, S. 131 f.

⁵⁷ BGE 120 II 331; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 456; KUZMIC, S. 97 ff.

⁵⁸ BGE 120 II 331; VON BÜREN, S. 187 ff.; VOGEL, S. 632 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 475 ff.; FORSTMOSER, Haftung, S. 132 ff.

Danach haftet eine Muttergesellschaft für die Schulden ihrer Tochtergesellschaft, wenn sie gegenüber Dritten zum Ausdruck gebracht hat, dass sie für die betreffenden Schulden ihrer Tochtergesellschaft einsteht, und sich bei diesen Dritten deshalb ein berechtigtes Vertrauen in die Unterstützung durch die Muttergesellschaft bildet.

In der Lehre wird inzwischen jedoch überwiegend dafürgehalten, dass es im Grunde *keine* eigenständige Rechtsfigur «*Haftung aus Konzernvertrauen*» gibt⁵⁹. Es geht immer um die Frage, ob die Voraussetzungen einer allgemeinen *Vertrauenshaftung* gegeben sind. Diese kommt praktisch nur dann in Frage, wenn die Konzernleitung zuerst ein ganz spezifisches Vertrauen geschaffen hat und dieses anschliessend in krasser Weise verletzt.

5.3. Ausdehnung der Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für die Handlungen und Unterlassungen der Zulieferer widerspricht den Grundsätzen des Haftungsrechts

Das schweizerische Privatrecht steht auf dem Boden des *Verschuldensprinzips*: Das Entstehen für den zugefügten Schaden⁶⁰ setzt neben dem Kausalzusammenhang und der Widerrechtlichkeit in der Regel ein *Verschulden* des Haftpflichtigen voraus⁶¹.

Die Konzernverantwortungsinitiative will aber, wie erwähnt, die Muttergesellschaft auch für die widerrechtlichen Handlungen oder Unterlassungen ihrer *Zulieferer* oder *Unterakkordanten* gegenüber den Opfern von Menschenrechtsverletzungen oder Umweltverstössen in die solidarische Haftung nehmen – und zwar offenbar unabhängig davon, ob sie im konkreten Fall in ihrer Tochtergesellschaft als Organ handelt. Die Muttergesellschaft soll voraussetzungslos, direkt als *Mitverpflichtete*, also rechtlich noch strenger als eine Solidarbürdin oder eine Garantin, für den Schaden, der durch widerrechtliche Handlungen von Drittunternehmen entstanden ist, in die Pflicht genommen werden.

Die örtlichen Zulieferer und die Unterakkordanten, die nicht der einheitlichen Leitung der Muttergesellschaft unterstehen, sind jedoch nicht in den Konzern eingeordnet. Es handelt sich sowohl unter aktienrechtlichen

⁵⁹ Vgl. LOSER, N 983; DRUEY, S. 1087 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 478; FORSTMOSER, Haftung, S. 132 ff.

⁶⁰ Art. 42 OR oder die immaterielle Unbill, Art. 47, 49 OR.

⁶¹ Art. 41 und 754 OR.

wie auch unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten um «Dritte», die eigenverantwortlich handeln. Deren Verhalten kann richtigerweise nicht der Muttergesellschaft zugerechnet werden. Durch die vorgesehene voraussetzungslose und direkte Zurechnung des Verhaltens eines Dritten zur Muttergesellschaft bricht die Forderung der Konzernverantwortungsinitiative mit dem haftungsrechtlichen *Verschuldensprinzip* und will eine sachlich nicht begründete direkte *Mitverpflichtung* der Muttergesellschaft für ihre Zulieferer und Unterakkordanten begründen⁶².

Die Haftungsbestimmung in Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV ist gemäss den Initianten offenbar der Geschäftsherrenhaftung in Art. 55 OR nachgebildet und somit als *Kausalhaftung mit Exkulpationsmöglichkeit* konzipiert⁶³. Dem beklagten Schweizer Unternehmen ist nach dem Grundsatz *res ipsa loquitur* eine Entlastung aber faktisch unmöglich, weil ihm der Exkulpationsbeweis, dass auch die weit entfernten Zulieferer alle relevanten Standards einhalten, kaum gelingen wird. Für einen eigenständigen Kausalhaftungstatbestand «*ausservertragliche Haftung der Gesellschaft für Zulieferer*» fehlt zudem die sachliche Begründung, denn im strikten Gegensatz zum Geschäftsherrn hat die Bestellerin, die Tochtergesellschaft, *keine Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse* im Innenbereich des Lieferanten, des ihm gegenüberstehenden Vertragspartners. Auch im Bereich der Kausalhaftung wird der Schaden nur auf denjenigen überwältzt, der ihn *verursacht* hat. In einem weiten Sinn wird also stets – auch im Fall der Kausalhaftung – dem haftungsrechtlichen Grundgedanken der Verursachung und Verantwortung Rechnung getragen.

Die Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für die Zulieferer des Konzerns würde demgegenüber zu einer *überkausalen Situationshaftung* führen: Die Muttergesellschaft müsste als Mitverpflichtete auch ohne ein tragendes rechtliches Band mit ihrem Vermögen für eine Schadensverursachung durch nicht der Konzernleitung unterstehende Dritte herhalten.

6. Schluss

Insgesamt ist festzustellen: Die Konzernverantwortungsinitiative, die aus der Kampagne «*Recht ohne Grenzen*» hervorgegangen ist, unterschätzt sowohl die grosse praktische Bedeutung der heute dicht gewobenen Regelwerke der *internationalen Standards* als auch die *Griffigkeit* der in der

⁶² Vgl. dazu oben Abschnitt 4.

⁶³ KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative, S. 52.

Schweiz heute bestehenden Rechtsinstitute zur Haftung einer Konzernspitze. Darüber hinaus will die Kampagne «*Recht ohne Grenzen*» auf weite Strecken *zusätzliche rechtliche Haftungen* einführen, die äusserst weit gehen. Diese müssten die Konzerne mit einer schweizerischen Obergesellschaft der Gefahr neuartiger rechtlicher Haftungsprobleme und Rechtsunsicherheiten aussetzen. Vor allem die Einführung einer allgemeinen direkten Schuldenhaftung der Obergesellschaft für alle Untergesellschaften und die Ausdehnung der Haftung von Schweizer Konzernen auf Regelverstösse im Bereich der Menschenrechte und Umweltstandards durch Drittunternehmen, die den ausländischen Konzerngesellschaften Leistungen erbringen, gehen extrem weit. ***Im Kern geht es darum, dass Schweizer Unternehmen im Inland als Generalgaranten dafür einstehen sollen, was schwache Staaten im Ausland durchzusetzen versäumen.*** Das würde zweifellos einen gravierenden Standortnachteil für die Schweiz verursachen.

Literaturverzeichnis

- AIOLFI, SERGIO (Corporate Social Responsibility): Corporate Social Responsibility, Illusorische Gestaltungskraft der Politik, NZZ vom 2. April 2015, S. 26.
- AIOLFI, SERGIO (Firmen): Firmen brauchen kein staatliches Umerziehungsprogramm, NZZ vom 25. April 2015, Online Archiv.
- AMSTUTZ, MAX D.: Macht und Ohnmacht des Aktionärs, Möglichkeiten und Grenzen der Corporate Governance bei der Wahrung der Aktionärsinteressen, Zürich 2007.
- BARTSCHI, HARALD: Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001.
- BÖCKLI, PETER (Aktienrecht): Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009.
- BÖCKLI, PETER (Verwaltungsräte): Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 106 (2010), S. 1.
- BOHRER, ANDREAS: Corporate Social Responsibility, GesKR 3 (2016), S. 273.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Corporate Governance): Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil., Zürich 2009.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Finanzmarktregulierung): Finanzmarktregulierung im Spannungsfeld von Recht und Politik, SJZ 106 (2010), S. 469.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Entwicklung): Entwicklung in der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative, Corporate Social Responsibility, Geschlechterquote und weitere Neuerungen, SJZ 111 (2015), S. 349.
- DRUEY, JEAN NICOLAS: Neues aus dem Konzernrecht. Oder: Man bittet, das Skalpell nicht mit dem Buschmesser zu verwechseln, AJP 14 (2005), S. 1083.
- ECONOMIESUISSE/SWISSHOLDINGS: Corporate Social Responsibility aus Sicht der Unternehmen, Zürich 2015.
- FORSTMOSER, PETER (Haftung): Haftung im Konzern, in: BAER, CHARLOTTE M. (Hrsg.): Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, S. 89.
- FORSTMOSER, PETER (Gewinnmaximierung): Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?, Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen, in: KIESOW, RAINER MARIA et al. (Hrsg.): Festschrift Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 2005, S. 207.
- FORSTMOSER, PETER (Corporate Social Responsibility): Corporate Social Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle vom Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in: VOGT, NEDIM PETER/STUPP, ERIC/DUBS, DIETER (Hrsg.): Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, S. 197.
- FORSTMOSER, PETER (Menschenrechte): Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: CAVALLO, ANGELA et al. (Hrsg.): Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, S. 703.
- FORSTMOSER, PETER (Rechtspflicht): Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: WALDBURGER, ROBERT et al. (Hrsg.): Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 157.
- FORSTMOSER, PETER/KÜCHLER, MARCEL: Schweizer Aktienrecht 2020, EF 1-2 (2016), S. 86.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich 2016.

- HOFSTETTER, KARL: Globalisierung und Wirtschaftsrecht, ZSR 119 (2000) II, S. 361.
- HOMBURGER, ERIC (ZK-HOMBURGER): Art. 707-726 OR. Aktiengesellschaft – Der Verwaltungsrat, in: HOMBURGER, ERIC/HARDMEIER, HANS ULRICH (Hrsg.): Zürcher Kommentar, Band V/5b, 2. Auflage, Zürich 1997.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Auflage, Basel 2016.
- JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, MARC: Das Desorganisationsdelikt, Art. 102 Absatz 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches im internationalen Kontext, Zürich 2013.
- KAUFMANN, CHRISTINE (Menschenrechte): Wirtschaft und Menschenrechte – Anatomie einer Beziehung, AJP 22 (2013), S. 744.
- KAUFMANN, CHRISTINE (Konzernverantwortungsinitiative): Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 2016, S. 45.
- KAUFMANN, CHRISTINE/NIEDRIG, JONATAN/WEHRLI, JUDITH/MARSCHNER, LAURA/GOOD, CHRISTOPH: Grundlagenstudie des SKMR, Teilband «Menschenrechte und Wirtschaft», September 2013.
- KRATZ, BRIGITTA: Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1996.
- KUNZ, PETER V. (Wirtschaftsethik): Departement für Wirtschaftsrecht – Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?, in: KUNZ, PETER V./WEBER, JONAS/LIENHARD, ANDREAS/FARGNOLI, IOLE/KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA (Hrsg.): Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014.
- KUNZ, PETER V. (Konzernrecht): Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016.
- KUZMIC, KRISTINA: Haftung aus 'Konzernvertrauen', Diss., Zürich 1998.
- LOSER, PETER: Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Bern 2006.
- MEYER, FRANK: Multinationale Unternehmen und das Völkerstrafrecht, ZStrR 131 (2013), S. 56.
- MÜLLER, ROLAND A./FRITSCH, DANIELA: Die soziale Verantwortung (multi-)nationaler Unternehmen im Rahmen der internationalen Instrumente – eine Gegenüberstellung, in: BÄNI, EVA-MARIA/OBRIST, ANGELA (Hrsg.): Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, S. 407.
- NOBEL, PETER: Internationales und Transnationales Aktienrecht, Band 1: Teil IPR und Grundlagen, 2. Auflage, Bern 2012.
- PÄRLI, KURT: Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 12 (2015), S. 1671.
- PEYER, PATRIK R.: Das «vernünftige Verwaltungsratsmitglied» oder der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: ZINDEL, GAUDENZ G./PEYER, PATRIK R./SCHOTT, BERTRAND (Hrsg.): Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, S. 85.
- RILES, ANNELESE: Managing Regulatory Arbitrage: An Alternative to Harmonization, Cornell Law Faculty Publications Paper 880, Ithaca (New York) 2013.
- ROBERTO, VITO/TRÜEB, HANS RUDOLF (Hrsg.) (CHK-BEARBEITER): CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR, 2. Auflage, Zürich 2012.
- ROTH, MONIKA: Compliance – der Rohstoff von Corporate Social Responsibility, Zürich 2014.
- RUGGIE, JOHN: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights, An Interpretive Guide, New York/Genf 2012.

- SCHMID, EVELYNE: The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to «Business and Human Rights»? , SZIER 2015, S. 563 ff.
- SCHÖCHLI, HANSUELI: Haftung der Konzernzentrale, NZZ vom 24. April 2015, S. 23.
- SCRUZZI, DAVIDE (Konzerne): Ringen um neue Regeln für Konzerne, NZZ vom 6. April 2013, S. 13.
- SCRUZZI, DAVIDE (Paragrafen): Menschenrechte ohne Paragrafen, NZZ vom 19. März 2014, S. 21.
- SCRUZZI, DAVIDE (Aktionsplan): Ein Aktionsplan für das globale Gewissen der Firmen, NZZ vom 19. März 2014, S. 9.
- SCRUZZI, DAVIDE (Menschenrechtsbruch): Firmen wegen Menschenrechtsbruch einklagen, NZZ vom 8. November 2014, S. 12.
- STAMM, EUGEN: Banken sondieren das Soft Law zu Menschenrechten, NZZ vom 19. Dezember 2013, S. 35.
- VOGEL, ALEXANDER: Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: SCHWEIZER, RAINER J./BURKERT, HERBERT/GASSER, URS (Hrsg.): Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 607.
- VON BÜREN, ROLAND: Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, 2. Auflage, Basel 2005.
- VON GRAFFENRIED, ALEC: Menschenrechte in Unternehmen, NZZ vom 21. Januar 2014, S. 16.
- WATTER, ROLF/SPILLMANN, TILL: Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, GesKR 1 (2006), S. 94.
- WEBER, ROLF H. (Finanzmarktinstrumente): Finanzmarktinstrumente im Dienste ethisch-sozialer Nachhaltigkeitskonzepte, AJP 23 (2014), S. 511.
- WEBER, ROLF H. (CSR): Corporate Social Responsibility As a Gap-Filling Instrument?, in: NEWELL, ANDREW P. (Hrsg.): Corporate Social Responsibility, Challenges, Benefits and Impact on Business Performance, New York 2014, S. 87.
- WEBER, ROLF H. (Unternehmensverantwortlichkeit): Auf dem Weg zu einem neuen Konzept der Unternehmensverantwortlichkeit?, SJZ 112 (2016), S. 25.