

## Konzernverantwortungsinitiative: Was ändert sich bei einem JA?

Yeşim M. Atamer | Florian Willi

*The highly debated Swiss Responsible Business Initiative will be put to public vote in November 2020. If the electorate supports the position of the Initiative, a provision titled «Responsibility of Businesses» will be introduced into the Swiss Constitution. According to this provision companies seated in Switzerland would be required to respect internationally recognized human rights and environmental standards not only in Switzerland but also abroad. These companies would have to conduct a periodic due diligence throughout their supply and distribution chain, and to publicly disclose the results. The provision further clarifies that a smaller group among these companies would also be held liable for torts committed in their distribution chain if caused by a «controlled» company infringing human rights or environmental standards.*

*The authors examine the content of this possible constitutional amendment and dwell especially on the implementation measures needed. It is demonstrated that the lawmaker has some discretion in defining the companies subject to a due diligence and reporting requirement, the content and scope of such duties as well as the sanctions of violating them. The second and harder task for the law maker would be to define what a controlling situation is, as well as the details of a tort liability for controlled companies. The authors aim at giving the law maker guidance in drafting the necessary legislation, also considering comparative and international developments.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
  - 1. Ausgangslage
  - 2. Hintergrund der Kontroverse
- II. Regelungsinhalt von Art. 101a BV und eventueller Umsetzungsbedarf
  - 1. Geltungsbereich
  - 2. Pflichten der Unternehmen
  - 3. Haftung der Unternehmen
- III. Ausblick

### I. Einführung

#### 1. Ausgangslage

Im Juni 2020 hat das über fünf Jahre andauernde Tauziehen um die sogenannte «Konzernverantwortungsinitiative»<sup>1</sup> vorerst ein Ende gefunden. Im November 2020 wird das Schweizer Volk voraussicht-

lich über das Schicksal der Initiative befinden. Im Falle einer Annahme wäre der Gesetzgeber verpflichtet, die Verantwortung von Unternehmen im Zusammenhang mit der Achtung von Menschenrechten und der Umwelt auf Gesetzesstufe umzusetzen. Vorgesehen ist insbesondere eine Haftung für von kontrollierten (ausländischen) Unternehmen verursachte Schäden.<sup>2</sup> Sollte eine solche Verfassungsänderung abgelehnt werden, würde der indirekte Gegenvorschlag<sup>3</sup>, sprich das Konzept des Ständerates, in Kraft treten<sup>4</sup>. Dieser Vorschlag sieht diverse Gesetzesänderungen, insbesondere die Einführung von Berichter-

\* Prof. Dr. Yeşim M. Atamer, LL.M., und MLaw Florian Willi, LL.M., beide Universität Zürich. Die Autoren danken den Hilfsassistenten Floreana Hug und Jan Küng für ihre wertvollen Kommentare und vorsichtige Durchsicht des Fussnotenapparates.

<sup>1</sup> Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», BBl 2017 6379 (<<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis462t.html>>).

<sup>2</sup> Obwohl die Verfassungsänderung auch nur national agierende Unternehmen betreffen kann, werden in diesem Beitrag internationale Konstellationen anvisiert. Vgl. für Binnensachverhalte Verein Konzernverantwortungsinitiative (Hrsg.), Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», 19 f., <[https://konzerninitiative.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170915\\_Erlaeuterungen-DE.pdf](https://konzerninitiative.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170915_Erlaeuterungen-DE.pdf)> (zit.: Erläuterungen zur Volksinitiative). Nicht weiter eingegangen wird auf Art. 101a Abs. 1 E-BV, der den Bund allgemein mit der Stärkung der Respektierung der Menschenrechte und der Umwelt durch die Wirtschaft beauftragt.

<sup>3</sup> Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=49174>> (zit.: indirekter Gegenvorschlag).

<sup>4</sup> Nur falls ein Referendum zustande kommen sollte, würde auch der indirekte Gegenvorschlag vor das Volk kommen.

stattungspflichten bezüglich Umwelt-, Sozial-, und Arbeitnehmerbelangen, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption vor, ohne jedoch eine explizite Haftungsnorm einzuführen. Ziel dieses Beitrags ist es, potentielle Veränderungen in der Rechtslandschaft der Schweiz im Falle einer Annahme der Initiative zu beleuchten. Dabei sollen auch der indirekte Gegenentwurf sowie eine rechtsvergleichende Perspektive berücksichtigt werden.

## 2. Hintergrund der Kontroverse

Die Frage, welche Ziele Unternehmen konkret verfolgen müssen und ob es ihnen vor allem auch obliegt, eine gewisse gesellschaftliche Verantwortung zu tragen, wird in den letzten Dekaden kontrovers diskutiert.<sup>5</sup> Der Grundsatz, dass ein Unternehmen nur Gewinnmaximierung zum Ziel haben kann und von diesem Ansatz nicht nur die Aktionäre, sondern auch die Gesellschaft als Ganzes profitieren wird, steht unter Kritik.<sup>6</sup> Sehr prägnant verdeutlicht der revidierte Deutsche Corporate Governance Kodex<sup>7</sup> die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, «[...] im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, der Belegschaft und der sonstigen mit dem Unternehmen

verbundenen Gruppen (Stakeholder) für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse). Diese Prinzipien verlangen nicht nur Legalität, sondern auch ethisch fundiertes, eigenverantwortliches Verhalten [...]. Die Gesellschaft und ihre Organe haben sich in ihrem Handeln der Rolle des Unternehmens in der Gesellschaft und ihrer gesellschaftlichen Verantwortung bewusst zu sein».

Die *Corporate Social Responsibility* oder CSR<sup>8</sup> hat als Begriff in alle Rechtssprachen Eingang gefunden. Die Literatur zu ihrer Beziehung zum Schutz der Menschenrechte ist inzwischen schier unüberschaubar geworden.<sup>9</sup> Darüber hinaus bilden vielseitige andere Themen wie die Erhöhung des Frauenanteils in den Führungsebenen der Unternehmen, die Beteiligung der Arbeitnehmer, nachhaltige Vorstandsvergütung, nachhaltige Wertschöpfung, nachhaltige Finanzierung, artgerechte Tierhaltung, Handel mit Konfliktmineralien oder Prävention von Kinderarbeit und Korruption Teil der CSR-Diskussion – und das nicht nur in ihren nationalen, sondern gerade auch internationalen Bezügen. Das bedeutet, dass sehr unterschiedliche Rechtsgebiete wie das Gesellschafts-, Arbeits-, Straf-, Delikts-, Insolvenz- und Steuerrecht berührt sowie international privatrechtliche und prozessrechtliche Fragen aufgeworfen werden. Eine

Mehr dazu *Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., 2016, 648 N 9 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Forstmoser*, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Waldburger et al. (Hrsg.), FS Nobel, 2015, 157, 158; *Forstmoser*, Profit – das Mass aller Dinge?, in: Zäch et al. (Hrsg.), FG zum Schweizerischen Juristentag 2006, 2006, 55 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., 2018, § 10 N 253 ff.; *Blanc*, Corporate Purpose and Board of Directors: Means and Ends of Corporate Governance, SZW 2020, 227 ff.

<sup>6</sup> Dazu *Kaufmann*, From Profit to People and Planet: Rethinking the Purpose of the Corporation, in: Weber et al. (Hrsg.), FS von der Crone, 2017, 3 ff.; *Häusermann*, Corporate Social Responsibility: Aktienrechtliche Grundfragen und Zweck des Gesellschaftsrechts, in: Fleischer et al. (Hrsg.), Corporate Social Responsibility, 2018, 39 ff.; *Müller*, Corporate Social Responsibility: Politisches Engagement von Unternehmen, *ibid.*, 284, 307 ff.; Vgl. dazu, wie weit die Aktienrechtsreform ein Umdenken vom *shareholder approach* zum *stakeholder approach* mit sich bringt, *Troxler*, Die grosse Aktienrechtsrevision im Lichte der internationalen Corporate-Governance-Debatte, recht 2018, 205 ff.

<sup>7</sup> Erlassen am 16. Dezember 2019: <<https://www.dcgk.de/>>.

<sup>8</sup> Zur Geschichte dieses Begriffs *Carroll*, A History of Corporate Social Responsibility: Concepts and Practices, in: Crane et al. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility, 2008, 19 ff.; *Nadakavukaren Schefer*, Social Power, Social Responsibilities, and Corporations: from CSR to Business and Human Right, ZSR 2020/II, 8 ff.

<sup>9</sup> Vgl. nur aus den letzten fünf Jahren *Enneking et al.* (Hrsg.), Accountability, International Business Operations, and the Law – Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains, 2020; *Palombo*, Business and Human Rights, 2020; *Choudhury/Petrin*, Corporate Duties to the Public, 2019; *Nordhues*, Die Haftung der Muttergesellschaft und ihres Vorstands für Menschenrechtsverletzungen im Konzern, 2019; *Witting*, Liability of Corporate Groups and Networks, 2018; *Krajewski/Saage-Maass* (Hrsg.), Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen, Zivilrechtliche Haftung und Berichterstattung als Steuerungsinstrumente, 2018; *Fleischer/Kall/Vogt* (Hrsg.), Corporate Social Responsibility, 2018; *Spiesshofer*, Unternehmerische Verantwortung – Zur Entstehung einer globalen Wirtschaftsordnung, 2017; *Heckendorn Urscheler/Fournier* (Hrsg.), Regulating Human Rights Due Diligence for Corporations, 2017; *Álvarez Rubio/Yiannibas* (Hrsg.), Human Rights in Business, 2017. Siehe auch das seit 2016 von Cambridge UP herausgegebene Business and Human Rights Journal.

systematische Erfassung der Themen ist nur schwer möglich.

Wie schon diese Themenvielfalt zeigt, geht es bei den CSR-Zielen nicht nur um *doing no harm*, sondern auch um *doing good*.<sup>10</sup> Wenn z.B. bei einem Einstellungsgespräch diskriminiert wird, dann ist dies mit einem direkten Schaden für die diskriminierte Person verbunden.<sup>11</sup> Wenn hingegen bestimmte Quoten in der Unternehmensführung erhöht werden sollen, dient dies nicht der Kompensation eines Schadens, sondern der Umsetzung eines verfassungsrechtlich verankerten Gleichberechtigungsideals (Art. 8 BV). Dies sind rechtspolitische Entscheidungen, die der Gesetzgeber zwingend regulieren oder als Zielvorstellungen angeben und über Berichterstattungspflichten fördern kann.

Es liegt auf der Hand, dass die diversen CSR-Ziele nicht durch eine einzige und auch nicht unbedingt die gleiche Regulierungsmethode sinnvoll erreicht werden können. Das Instrumentarium reicht von *soft law*, dessen Befolgung freiwillig ist, bis hin zu *hard law* Instrumenten, die eine zivil- und sogar strafrechtliche Haftung nach sich ziehen können.<sup>12</sup> Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, die richtigen Anreize zu

setzen, damit Unternehmen weiterhin gewinnbringend funktionieren, gleichzeitig aber auch die ihnen aufgetragene gesellschaftliche Rolle wahrnehmen und ihre negativen externen Effekte internalisieren können.

Die Ansätze der Initiative und des indirekten Gegenvorschlags überlappen sich bezüglich der regulierten Themenbereiche weitgehend, unterscheiden sich aber gerade in der Regulierungsmethode. Während die Initiative eine Berichterstattungs-<sup>13</sup> und Sorgfaltsprüfungspflicht zum Schutz der «*international anerkannten Menschenrechte und der internationalen Umweltstandards*» einführt und auch eine deliktsrechtliche Haftung bei Verletzung der gebotenen Sorgfalt statuiert, belässt es der Gegenvorschlag bei einer detaillierten Berichterstattungspflicht. Die sogenannte «Transparenz bezüglich nichtfinanzieller Belange» im indirekten Gegenentwurf orientiert sich inhaltlich wesentlich an der EU CSR-Richtlinie<sup>14</sup> sowie an deren Umsetzung auf Ebene der EU-Mitgliedstaaten. Neben weiteren Transparenzpflichten be-

<sup>10</sup> Spiesshofer (Fn. 9), 510 ff.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995, SR 151.1; dazu Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., 2019, N 250a ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu z.B. Jentsch, Corporate Social Responsibility between Self-Regulation and Government Intervention, EBLR 2020, 285 ff. Die unternehmensinternen Kontrollmechanismen und deren Spillover-Effekt zum Schutz von Interessen Dritter dürfen in diesem Rahmen nicht vernachlässigt werden. Diverse wirtschaftliche, soziale sowie ökologische Aspekte der CSR werden z.B. als Teil der Compliance-Verpflichtung der Unternehmen eine Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats mit sich bringen und bei unzureichender Einrichtung oder Kontrolle der Compliance Organisation zur Haftung des Verwaltungsrats für eventuelle Schäden der Gesellschaft gemäss Art. 754 OR führen. Vgl. dazu Sethe/Andreotti, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Isler/Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, 2016, 87, 92 f. und 138 ff.; Nagel, Die Pflichtverletzung nach Art. 754 OR in Bezug auf Corporate Social Responsibility, Jusletter 25. Juni 2018. Siehe auch Fleischer, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321 ff. Vgl. aber dazu, dass ein solch indirekter Schutz besonders für Deliktsgläubiger nicht ausreichen kann Weller/Thomale, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 2017, 509, 519 f.; Hübner, Human Rights Compli-

ance und Haftung im Aussenverhältnis, in: Krajewski/Saage-Maass (Hrsg.) (Fn. 9), 61, 62.

<sup>13</sup> Obwohl in dem von der Initiative vorgeschlagenen Art. 101a E-BV die Berichterstattungspflicht nicht explizit erwähnt wird, führen die Erläuterungen zur Initiative aus, dass eine solche Pflicht aus dem Erfordernis «*Rechenschaft über ergriffene Massnahmen abzulegen*» hervorgeht. Vgl. dazu Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2), 34.

<sup>14</sup> Die sogenannte «CSR-Richtlinie» (Richtlinie 2014/95/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte grosse Unternehmen und Gruppen, ABl. 15.11.2014, L 330/01) führte eigentlich hauptsächlich zu einer Änderung der als «Bilanz-Richtlinie» abgekürzten Richtlinie der EU (Richtlinie 2013/34/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates). Durch die CSR-Richtlinie wurden Art. 19a und 29a über die nichtfinanziellen Erklärungen in die Bilanzrichtlinie eingeführt. Aufgrund ihrer Bedeutung wird die CSR-Richtlinie oft separat erwähnt.

züglich Konfliktmineralien<sup>15</sup> und Kinderarbeit<sup>16</sup> wird in diesen beiden Regelungsbereichen auch eine Sorgfaltspflicht statuiert<sup>17</sup>.

Die Konsultation des indirekten Gegenentwurfs zeigt, wo im Rahmen einer allfälligen Initiativumsetzung besonderer Handlungsbedarf herrscht. Eine deliktsrechtliche Haftung der Unternehmen kann nur eine *ex post* Gutmachung des Schadens bewirken. Wichtig ist es hingegen, die Unternehmensführung durch effektive Methoden zu regelmässiger Kontrolle und Vorsorge zu inzentivieren, sodass der Schadenseintritt *ex ante* verhindert wird. Eine Berichterstattungspflicht kann diesbezüglich eine wichtige Rolle spielen. Hinzu kommt aber, dass die Berichterstattungspflicht auch andere CSR-Belange wie CO<sub>2</sub>-Ziele, Korruptionsbekämpfungsmethoden oder Arbeitnehmerbelange (wie Arbeitszeiten oder Lohn-gleichheit) umfasst, die nicht unbedingt einer Schadensverhinderung dienen, aber dennoch von grosser Bedeutung sind. Deswegen wird auch hinten die Thematik immer aus beiden Perspektiven betrachtet: Auf der einen Seite die Sorgfalt- und Berichterstattungspflicht, deren Adressaten und die Sanktionen einer Unterlassung sowie auf der anderen Seite die Haftpflicht, deren Adressaten, Umfang und Folgen. Der

Fokus soll auf Art. 101a Abs. 2 E-BV, d.h. auf internationalen Konstellationen liegen, in welchen ein schweizerisches Unternehmen im Ausland durch ein Tochterunternehmen oder eine Absatz- bzw. Zuliefererkette tätig wird.

## II. Regelungsinhalt von Art. 101a BV und eventueller Umsetzungsbedarf

### 1. Geltungsbereich

#### 1.1 Räumlicher Geltungsbereich

Die Verfassungsänderung sieht in Art. 101a Abs. 2 E-BV für Unternehmen mit «*satzungsmässigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz*» eine Respektierungspflicht, eine Sorgfaltprüfungs- und Berichterstattungspflicht sowie eine eventuelle deliktische Haftung vor. Der Geltungsbereich erstreckt sich auf die Schweiz, aber auch über deren Grenzen hinaus. Wie der Text unterstreicht, haben Unternehmen «*auch im Ausland*» international anerkannte Menschenrechte sowie internationale Umweltstandards im Rahmen ihrer Pflichten zu berücksichtigen.<sup>18</sup>

#### 1.2 Persönlicher Geltungsbereich

Obwohl in der nicht-juristischen Diskussion immer von der «Konzernverantwortungsinitiative» gesprochen wird, ist im Vorschlag richtigerweise der neutrale Begriff der «Verantwortung von Unternehmen» benutzt. Das schweizerische Recht kennt kein einheitliches Konzept des «Unternehmens»<sup>19</sup>, sodass der Gesetzgeber die Freiheit hat, im Rahmen eines Umsetzungsgesetzes die von der Verfassungsänderung betroffenen Rechtstypen zu konkretisieren. Diese Flexibilität ist besonders wichtig, da die Unternehmen, die gemäss Art. 101a Abs. 2 lit. b E-BV der Sorg-

<sup>15</sup> Diese sind inhaltlich an die am 1. Januar 2021 in Kraft tretende «EU-Verordnung zu Konfliktmineralien» (Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten) angelehnt.

<sup>16</sup> Grundsätzlich entsprechen diese dem – noch nicht in Kraft getretenen – niederländischen *Wet Zorgplicht Kinderarbeid*, (<[https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20191113/publicatie\\_wet\\_4/document3/f=/v13jh4kl10yx.pdf](https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20191113/publicatie_wet_4/document3/f=/v13jh4kl10yx.pdf)>) mit einigen wesentlichen Abweichungen im Rahmen der Sorgfaltspflicht, welche sich im indirekten Gegenentwurf interessanterweise an die Regelung zu Konfliktmineralien anlehnen.

<sup>17</sup> Bundesamt für Justiz BJ, Transparenz bezüglich nicht-finanzieller Belange und Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit, (<<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-kinderarbeit-bj-2019-11-19-d.pdf>>) (zit.: BJ, Transparenz). Einzig für Konfliktmineralien sowie Kinderarbeit ist speziell eine Sorgfaltspflicht vorgesehen, allerdings fehlen auch dort abschreckende Sanktionen für etwaige Unterlassungen. Es mangelt im Rahmen von Art. 325<sup>ter</sup> E-StGB etwa an einer unternehmensstrafrechtlichen Sanktionsmöglichkeit für die Verletzung der Berichterstattungspflichten.

<sup>18</sup> Falls es wegen eines Sorgfaltspflichtverstosses zu einer deliktischen Haftung des schweizerischen Unternehmens kommen sollte, werden die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht von Bedeutung sein. Vgl. hierzu im Detail *Huber-Lehmann/Renz*, Haftpflichtprozesse aufgrund von Menschenrechtsverletzungen im Ausland, Jusletter 20. August 2018. Siehe schon *Schwenzler/Hosang*, Menschenrechtsverletzungen – Schadenersatz vor Schweizer Gerichten, *SZIER*, 2/2011, 273 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Jung/Kunz/Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2018, 131 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 5), § 5 N 2 ff.

faltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht unterliegen, einen grösseren Kreis bilden als diejenigen, für welche die deliktische Haftung gemäss lit. c in Frage kommt.<sup>20</sup> Deswegen wird es bei der Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs vorgezogen, in Bezug auf die verpflichteten Unternehmen zwischen der Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht einerseits sowie der Haftung für unerlaubte Handlung andererseits zu unterscheiden.

### 1.2.1 Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht

Art. 101a Abs. 2 lit. b E-BV sieht vor, dass Unternehmen zur Sorgfaltsprüfung verpflichtet sind und Rechenschaft über ergriffene Massnahmen ablegen müssen. Welche Unternehmen diesen Pflichten unterliegen, könnte – wie auch schon im indirekten Gegenvorschlag – anhand der CSR-Richtlinie ausgearbeitet werden.<sup>21</sup> Obwohl diese Richtlinie keine Sorgfaltsprüfungspflicht einführt, versucht sie, eine ausgewogene Belastung nach der Unternehmensgrösse schon hinsichtlich der Berichterstattungspflicht zu berücksichtigen. Vorschlagsweise könnte eine Definition dergestalt formuliert werden, dass grosse Unternehmen, welche i) von öffentlichem Interesse sind, und ii) allein oder konzernweit mindestens 500 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt beschäftigen, den Pflichten in Art. 101a Abs. 2 lit. b E-BV nachkommen müssten (vgl. Art. 1 der CSR-Richtlinie).

Eine Definition angelehnt an die CSR-Richtlinie würde in mehrfacher Hinsicht die Auflagen in lit. b erfüllen, da die Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht i) für alle Unternehmenstypen inklusive Konzernmüttern gelten würde, und ii) für KMU im Prinzip keine Anwendung finden würde.

Ein genereller Ausschluss von KMU wäre u.E. jedoch falsch, da auch diese negative Auswirkungen auf Menschenrechte oder Umwelt generieren kön-

nen.<sup>22</sup> Für risikoreiche KMU-Tätigkeiten müssten daher unbedingt Ausnahmen eingeführt werden. In diesem Sinne dürfen die Ausnahmeregelungen vom Unternehmensbegriff i.S.v. Art. 1 der CSR-Richtlinie z.B. im Bereich der Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht für Konfliktmineralien von Bedeutung sein. Die EU-Verordnung zu Konfliktmineralien knüpft nicht an die Grösse der Unternehmen, sondern an die Einfuhrmenge der erfassten Mineralien an.<sup>23</sup> Der indirekte Gegenentwurf regelt dies analog und verpflichtet den Bundesrat gemäss Art. 964g Abs. 2 E-OR, eine Einfuhrmenge festzulegen, was u.E. eine sinnvolle Lösung darstellen würde. Es erscheint auch wesentlich, für Kinderarbeit Sonderregelungen einzuführen, wobei an Stelle der Unternehmensgrösse daran angeknüpft werden sollte, ob Produkte oder Dienstleistungen in die Schweiz eingeführt werden, für die ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht. Im Bereich der Konfliktmineralien und der Kinderarbeit wären KMU somit nicht *per se* von der Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht ausgeschlossen.

### 1.2.2 Haftung für Handlungen von kontrollierten Unternehmen

Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV sieht eine deliktische Haftung von Unternehmen für die Verletzung von «*international anerkannten Menschenrechten oder internationalen Umweltstandards*» vor. Es ist selbstverständlich und müsste nicht separat geregelt werden, dass jedes Unternehmen – unabhängig von seiner Grösse oder von seinem Rechtstypus – für die unerlaubten Handlungen seiner Organe und Verrichtungsgehilfen

<sup>20</sup> Vgl. Kaufmann, Global agieren, lokal profitieren – und keine Verantwortung?, SZW 2018, 329, 339.

<sup>21</sup> Der indirekte Gegenentwurf knüpft hier mit Art. 964<sup>bis</sup> E-OR praktisch nahtlos an die CSR-Richtlinie (Fn. 14) an. Die Schwellenwerte des indirekten Gegenentwurfs betreffend Umsatzerlös und Bilanzsumme entsprechen den in Art. 3 Abs. 4 lit. a und b der Bilanz-Richtlinie festgelegten Werten für grosse Unternehmen, welche gemäss dem neuen Art. 19a (1) der Bilanz-Richtlinie berichtspflichtig sind.

<sup>22</sup> Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte der Vereinten Nationen, Umsetzung des Rahmens der Vereinten Nationen «Schutz, Achtung und Abhilfe» (zit.: UN-Leitprinzipien), Nr. 17–18; vgl. deutsche inoffizielle Übersetzung (<[https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/140522\\_leitprinzipien\\_wirtschaft\\_und\\_menschenrechte.pdf](https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/140522_leitprinzipien_wirtschaft_und_menschenrechte.pdf)>). So auch OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, 2011, 20 N 5, <[https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik\\_Wirtschaftliche\\_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/OECD-Guidelines.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/OECD-Guidelines.html)> OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln, 2018, 9, 48, <<https://mneguidelines.oecd.org/OECD-leitfaden-fur-die-erfullung-der-sorgfaltspflicht-fur-verantwortungsvolles-unternehmerisches-handeln.pdf>>.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 1 (3) und Anhang I der EU-Verordnung zu Konfliktmineralien (Fn. 15).

einstehen muss, auch wenn diese Handlungen im Ausland begangen wurden.<sup>24</sup> Wichtig ist an dieser Bestimmung, dass ein Unternehmen auch für die Menschenrechtsverletzungen und Umweltschäden der kontrollierten Unternehmen, deren Qualifikation als Hilfspersonen gemäss Art. 55 OR nicht offensichtlich ist<sup>25</sup>, eintreten muss.

Der Begriff der «Kontrolle» wird typischerweise im Konzernverhältnis genutzt. Das schweizerische Recht kennt aber keinen einheitlichen Konzernbegriff,<sup>26</sup> sodass je nach Rechtsgebiet unterschiedliche Definitionen in Frage kommen können.<sup>27</sup> Art. 963 Abs. 2 OR bestimmt z.B. im Rahmen der Pflicht, eine konsolidierte Konzernrechnung aufzustellen, wann ein Unternehmen ein anderes Unternehmen konkret kontrolliert. Demnach ist dies der Fall, falls das Unternehmen über die Stimmrechts- oder die Organbestimmungsmehrheit verfügt oder aufgrund von Statuten, Stiftungsurkunden, Verträgen oder vergleichbaren Instrumenten einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

Diese Definition sollte u.E. für die Konkretisierung von Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV herangezogen werden.<sup>28</sup> Wichtig ist, dass Art. 963 OR keine tatsächliche Beherrschung voraussetzt, sondern eine Kontrollmöglichkeit als ausreichend betrachtet.<sup>29</sup> Da im Rahmen der deliktischen Haftung die Beweislast bezüglich der Kontrolle beim Geschädigten verbleibt<sup>30</sup>, müsste er nur das Vorhandensein eines konsolidie-

rungspflichtigen Unternehmens beweisen. Der Konzernmutter sollte der Gegenbeweis, dass sie z.B. trotz der Stimmrechtsmehrheit *de facto* auf die Geschäftsführung der Tochter keinen Einfluss genommen hat, nicht erlaubt werden.<sup>31</sup>

Ob jedoch die angeführten Fälle der Kontrolle die einzigen sind, die im Rahmen von Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV zur Haftung eines Unternehmens führen können, müsste in einem Umsetzungsgesetz geklärt werden.<sup>32</sup> Die Erläuterungen zur Volksinitiative besagen explizit, dass sie sich «für einen Konzernbegriff, der über die Konsolidierungspflicht gemäss Art. 963 OR hinausgeht» entschieden haben.<sup>33</sup> Als Beispiel werden Alleinbezugs- oder Alleinvertriebsverträge angegeben, die auch ein Kontrollverhältnis begründen können, da ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis gegeben sei.<sup>34</sup> Ob diese Art von wirtschaftlicher Beherrschung auch ein Konzernverhältnis begründet,<sup>35</sup> ist u.E. in diesem Kontext aber nicht von Bedeutung. Eine Machtposition und dadurch eine tatsächliche Kontrolle in einem Alleinbezugs- oder Alleinbelieferungsvertrag kann nämlich auch jedes andere Unternehmen innehaben, unabhängig vom

<sup>24</sup> Vgl. zur Deliktstfähigkeit der Gesellschaft *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 19), 264 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 5), § 2 N 18.

<sup>25</sup> Hinten II.3.1.

<sup>26</sup> *Kunz*, Wirtschaftsrecht, 2019, § 7 N 21 ff.; *Monsch/von der Crone*, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, SZW 2013, 445, 452 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 5), § 24 N 47.

<sup>27</sup> *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 5), § 24 N 46 f.; *Stäuber*, Kartellrechtliche Konzernhaftung und ihre Bedeutung für Unternehmenstransaktionen, GesKR 2020, 89, 90.

<sup>28</sup> Wieweit KMU-Konzerne auch eine deliktrechtliche Haftung für ihre Töchter treffen wird, muss vom Gesetzgeber bedacht werden. Eine parallele Regelung zur Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht wäre sinnvoll, sodass nur im Falle einer Verletzung verbunden mit Konfliktmineralien oder Kinderarbeit eine Haftung in Frage käme. Vgl. zum Begriff *Handschin*, Der KMU-Konzern, Grundlagen und Besonderheiten, GesKR 2008, 314 ff.

<sup>29</sup> *Kunz* (Fn. 26), § 7 N 29 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 5), § 8 N 136 und § 24 N 45; *Böckli*, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., 2019, N 1204.

<sup>30</sup> Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2), 47.

<sup>31</sup> So bezüglich der Konsolidierungspflicht *Böckli* (Fn. 29), N 1205. Vgl. auch *Handschin*, Konzernverantwortungsinitiative: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2017, 998, 1000.

<sup>32</sup> Vgl. die Kritik von *Handschin* (Fn. 31), 1001, dass der Kontrollbegriff an keine objektiven Kriterien anknüpft.

<sup>33</sup> Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2), 44.

<sup>34</sup> Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2), 43. Ob der Ausdruck in Art. 963 Abs. 2 lit. 3 «[...] oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann» auch solcher Art von wirtschaftliche Abhängigkeiten im Rahmen der Konsolidierungspflicht umfassen kann, ist fraglich. Die von *Böckli* (Fn. 29), N 1203 für diese Bestimmung gegebenen Beispiele sind Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge bzw. die Errichtungsurkunde eines Trusts. Auch die Kommentare zu § 290 HGB bezüglich der Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses lassen eine wirtschaftliche Abhängigkeit für die Annahme eines Beherrschungsverhältnisses und somit für die Konsolidierung nicht genügen. Vgl. z.B. *Senger/Hoehne*, § 290 HGB N 114, in: *Dicken et al.* (Hrsg.), *beck-online Grosskommentar*, Stand 15.2.2020; *Grottel/Kreher*, § 290 HGB N 51, in: *Grottel et al.* (Hrsg.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 12. Aufl., 2020.

<sup>35</sup> So z.B. *von Büren*, Der Konzern, SPR/VIII, 2005, 81, der dieses Beherrschungsverhältnis aber kartellrechtlich von Relevanz sieht.

Vorliegen einer Konzernstruktur.<sup>36</sup> Falls z.B. das ausländische Unternehmen nur die Produkte/Dienstleistungen des schweizerischen Unternehmens vertreibt und somit einer verbundenen Vertriebsgesellschaft gleichkommt oder es nur für das Unternehmen in der Schweiz produziert und somit wie eine ausgelagerte Produktionsstätte zu beurteilen ist, dann sollte man das als Kontrollverhältnis begründende Vertragsbindung kategorisieren.<sup>37</sup> Die Erläuterungen zur Initiative rücken u.E. die Konzernstruktur zu sehr in den Mittelpunkt, obwohl der vorgeschlagene Verfassungstext nur von einem kontrollierenden Unternehmen spricht und nirgends von einem Konzern.<sup>38</sup>

## 2. Pflichten der Unternehmen

### 2.1 Übersicht

Art. 101a Abs. 2 lit. a E-BV statuiert für Unternehmen die Pflicht, «auch im Ausland die international anerkannten Menschenrechte sowie die internationalen Umweltstandards zu respektieren». Die Verletzung dieser sogenannten Respektierungspflicht soll nach

den Erläuterungen zur Volksinitiative eine Rechtswidrigkeit begründen.<sup>39</sup> Die Details der Sorgfaltsprüfung im Rahmen dieser Respektierungspflicht werden in lit. b definiert. Diese Pflicht knüpft an eine Berichterstattungspflicht an, sodass beide hinten zusammen ausgewertet werden. Falls die gebotene Sorgfalt unterlassen wurde, dann kann von einem Verschulden des Unternehmens ausgegangen werden.<sup>40</sup> So kann es zu einer deliktischen Haftung des Unternehmens kommen, wenn auch die Voraussetzungen von lit. c erfüllt sind.

### 2.2 Respektierungspflicht

Art. 101a Abs. 2 lit. a E-BV knüpft an die UN-Leitprinzipien an, welche in Nr. 11 festlegen, dass Wirtschaftsunternehmen die Menschenrechte achten (*respect*) sollen. Demnach müssen sie vermeiden, die Menschenrechte anderer zu beeinträchtigen und nachteilige menschenrechtliche Auswirkungen, an denen sie Mitverursacher sind, beheben. Auch die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen übernehmen diesen Ansatz des «schützen, achten und Rechtsschutz gewähren».<sup>41</sup>

Was konkret unter den Begriff der «international anerkannten Menschenrechte» fällt, wird in allen relevanten Texten gleich umschrieben.<sup>42</sup> Dies sind insbesondere die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, dem Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte und dem über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und der Erklärung der ILO von 1998 über grundlegende

<sup>36</sup> Vgl. *Handschin* (Fn. 31), 1000 f. Siehe aber *Werro*, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, *sui-generis* 2018, 428, 438.

<sup>37</sup> Ein Beispiel dieser vertraglichen Abhängigkeit können z.B. Open Book-Klauseln sein. Der Lieferant ist diesfalls vertraglich verpflichtet, dem Käufer alle seine Bücher offenzulegen. Dadurch werden die ganzen Einkaufs-, Produktions- sowie Weiterverkaufspreise dem Abnehmer kundgegeben, sodass die Abnahmepreise auch dementsprechend bestimmt werden können. Vgl. dazu *Alenius/Lind/Strömsten*, The role of open book accounting in a supplier network: Creating and managing interdependencies across company boundaries, *Industrial Marketing Management* 45 (2015), 195, 197 für Beispiele von Lieferkettenabhängigkeiten: «*Carr and Ng's (1995) detailed study on the uses of OBA between Nissan and its suppliers reached similar findings. They stated that »the relationship proved extremely close, mirroring that between a parent and a subsidiary«.*

<sup>38</sup> Der Kritik von *Kaufmann*, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, *SZW* 2016, 45, 51 f. zur Ausuferung der Haftung wird u.E. durch das Kontrollkriterium entsprochen. Vgl. Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2), 39. Auch das Ende Juni 2020 diversen Zeitungen und Verbänden in Deutschland zugänglich gemachte Eckpunktepapier für ein Sorgfaltspflichtengesetz (<[https://die-korrespondenten.de/fileadmin/user\\_upload/die-korrespondenten.de/Lieferkettengesetz-Eckpunkte-10.3.20.pdf](https://die-korrespondenten.de/fileadmin/user_upload/die-korrespondenten.de/Lieferkettengesetz-Eckpunkte-10.3.20.pdf)>) unterstreicht, dass die Haftung von der Möglichkeit der Verhaltensbeeinflussung abhängt.

<sup>39</sup> Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2), 17, 23 ff. Siehe auch *Geisser*, Die Konzernverantwortungsinitiative, *AJP* 2017, 943, 949.

<sup>40</sup> Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2), 17, 32 ff.; *Geisser* (Fn. 39), 950.

<sup>41</sup> OECD-Leitsätze (Fn. 22), 36, N 1–6.

<sup>42</sup> Vgl. Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2), 23; UN-Leitprinzipien (Fn. 22), Nr. 16; OECD-Leitsätze (Fn. 22), 37 N 39; Vgl. dazu auch *Weller/Thomale* (Fn. 12), 513 f.

Prinzipien und Rechte bei der Arbeit<sup>43</sup> geschützten Rechte.<sup>44</sup>

Es liegt auf der Hand, dass Unternehmen nur in Bezug auf gewisse Menschenrechte überhaupt Adressat sein können.<sup>45</sup> Einem Recht auf Bildung sowie soziale Sicherheit oder angemessenen Lebensstandard kann nur von den jeweiligen Staaten entsprochen werden. Doch ist es sehr wohl möglich, dass durch die Unternehmenstätigkeit in einem Land das Recht auf Leben und Eigentum, das Diskriminierungsverbot, das Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit, das Recht auf faire Arbeitsbedingungen oder die Koalitionsfreiheit verletzt wird. Durch ihre Tätigkeit in kriegsgefährdeten Ländern und/oder ihr Engagement in der Gewinnung von Konfliktmineralien können Unternehmen auch negative Auswirkungen auf die Lebens- und Arbeitsbedingungen der lokalen Bevölkerung ausüben.<sup>46</sup>

In einem Umsetzungsgesetz sollte jedoch keine abschliessende Liste der von den Unternehmen zu berücksichtigenden Menschenrechte vorgesehen werden.<sup>47</sup> Dies ist wichtig, da die Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht einen weiteren Kreis von Rechten umfasst. Die deliktische Haftung adressiert hingegen nur die Verletzung besonders geschützter Rechte wie

das Leben, die Gesundheit, die Freiheit oder das Eigentum und ist dementsprechend enger.<sup>48</sup> Die Berichterstattung muss aber neben diesen Rechten z.B. arbeitsrechtliche Missstände oder die in den Führungsebenen erreichte Geschlechtergleichstellung umfassen, welche nicht unbedingt eine deliktsrechtliche Haftung auslösen werden. Da ein Umsetzungsgesetz unbedingt auch die Berichterstattungspflicht der Unternehmen regeln müsste, sollte eine Begrenzung auf die nur deliktsrechtlich relevanten Verletzungen vermieden werden.<sup>49</sup>

Das gleiche gilt für die Respektierungspflicht bezüglich «internationaler Umweltstandards».<sup>50</sup> Hier erscheint es noch schwieriger, die einzuhaltenden Standards zu bestimmen<sup>51</sup>, da diese durch das Umweltvölkerrecht<sup>52</sup>, diverse sektorale *soft-law* Regelungsansätze<sup>53</sup> und neuerdings auch durch internationale Finanzakteure festgelegt werden können.<sup>54</sup> Die OECD-Leitsätze legen etwa im VI. Kapitel zur Umwelt nur fest,<sup>55</sup> dass die Unternehmen «Gesetze, Bestimmungen und Verwaltungspraktiken der Länder, in denen sie tätig sind, und unter Berücksichtigung der einschlägigen internationalen Abkommen, Grundsätze, Ziele und Standards» ihre Geschäftstätigkeit ausüben müssen.

<sup>43</sup> Die Erklärung der Internationalen Arbeitsorganisation über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemassnahmen, angenommen von der Internationalen Arbeitskonferenz auf ihrer 86. Tagung, Genf, 18. Juni 1998, <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms\\_193727.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms_193727.pdf)>

<sup>44</sup> Im Detail Kiener/Kälin/Wytenbach, Grundrechte, 3. Aufl. 2018, § 2 N 5 ff.

<sup>45</sup> Ob die Pflicht zur Respektierung und die im nächsten Abschnitt zu untersuchende Sorgfaltspflicht bezüglich der Menschenrechte einer unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im Horizontalverhältnis zwischen Privatrechtssubjekten gleichkommt, wird hier nicht weiter ausgeführt. Vgl. dazu Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 80 (2016), 717, 722, 745; Bohrer, Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland?, GesKR 2017, 323, 324 ff.; zur Frage der Drittwirkung allgemein Müller, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2020, 1167, 1182 ff.

<sup>46</sup> Vgl. UN-Leitprinzipien (Fn. 22), Nr. 23.

<sup>47</sup> So auch Art. 1 Abs. 1 und 3 CSR-Richtlinie (Fn. 14). Kritisch dazu Buck-Heeb, Internationale Regel- und Standardsetzung im Bereich Corporate Social Responsibility, in: Fleischer et al. (Fn. 9), 91, 104 f.; Nordhues (Fn. 9), 306.

<sup>48</sup> Vgl. dazu Wagner (Fn. 45), 753 f.

<sup>49</sup> Dies erscheint aber der Ansatz in den Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2) zu sein (vgl. 24 ff.).

<sup>50</sup> Vgl. für eine ökologische Bewertung der Menschenrechte Grosz, Menschenrechte als Vehikel für ökologische Unternehmensverantwortung, AJP 2017, 978, 980 ff.

<sup>51</sup> Detaillierte Übersicht in den Erläuterungen zur Volksinitiative (Fn. 2), 29–31. Siehe auch Grosz, Umweltschutz als Aspekt gesellschaftlicher Unternehmensverantwortung im internationalen Kontext, UR 2017, 641 ff.

<sup>52</sup> Vgl. das International Environmental Agreements Database Project (<<https://iea.uoregon.edu/>>). Siehe auch Mitchell et al., What We Know (and Could Know) About International Environmental Agreements, Global Environmental Politics Vol. 20, 2020, 103 ff.; Epiney, Gegenstand, Entwicklung, Quellen und Akteure des internationalen Umweltrechts, in: Proelss (Hrsg.), Internationales Umweltrecht, 2017, 1 ff.

<sup>53</sup> Grosz (Fn. 51), 646 ff.

<sup>54</sup> Wie z.B. das Network of Central Banks and Supervisors for Greening the Financial System (<<https://www.ngfs.net/>>) oder die IFC Environmental and Social Performance Standards (<<https://www.ifc.org/performance-standards>>). Vgl. dazu Eggen, Klimaverträgliche Finanzflüsse – Wirkungsorientierte Massnahmen unter geltendem Recht, Jusletter 16. März 2020, N 26–29.

<sup>55</sup> OECD-Leitsätze (Fn. 22), 49.

## 2.3 Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht

### 2.3.1 Inhalt und Ziele

Art. 101a Abs. 2 lit. b E-BV statuiert eine umfassende und zwingende Sorgfaltsprüfungspflicht (*mandatory due diligence*).<sup>56</sup> Die Reichweite dieser Pflicht ist aus zwei Perspektiven wichtig. Auf der einen Seite wird diese Prüfungspflicht auch den Berichterstattungs-umfang des Unternehmens bestimmen. Auf der anderen Seite kann eine unterlassene Sorgfaltsprüfung deliktische Haftung auslösen. Da aber die Berichterstattungspflicht neben der deliktischen Haftung eine Steuerungsfunktion haben wird,<sup>57</sup> sollte sie in einem Umsetzungsgesetz auf jeden Fall ausserhalb eines haftungsrechtlichen Kontexts ausgeführt werden.<sup>58</sup>

Obwohl Publizitäts- bzw. Informationspflichten oft für den Schutz der Adressaten (z.B. Anleger oder Konsumenten) erlassen werden, haben sie auch einen nicht zu unterschätzenden Anreiz-Effekt (*nud-*

*ge*).<sup>59</sup> Falls die Unternehmensleitung sich regelmässig darüber Gedanken machen und darüber berichten muss, welche negativen Auswirkungen die Unternehmenstätigkeit etwa auf die Umwelt oder auf das Leben der lokalen Bevölkerung hat und wie man diese verhindern kann, dann könnte dies längerfristig auch eine disziplinierende Wirkung auf die Unternehmensleitung haben.<sup>60</sup>

Ziel der Sorgfaltsprüfungspflicht ist es vor allem, dass eine Menschenrechtsverletzung oder Umweltbelastung gar nicht erst stattfindet.<sup>61</sup> Die Unternehmen müssen ein Risikomanagementsystem aufbauen, welches ihnen ermöglicht, eventuelle Risiken rechtzeitig festzustellen und diesen präventiv entgegenzuwirken. Die Ernennung eines Compliance-Verantwortlichen, der speziell für diese Fragen zuständig ist, dürfte eine zentrale Überwachung erleichtern. Durch eine ständige Selbstkontrolle und Sensibilisierung, Analyse von Risiken und das Treffen von vorbeugenden Massnahmen, Überprüfung von deren Wirksamkeit und der Berichterstattungspflicht soll erreicht werden, dass Unternehmen ihr Risikopotential richtig einschätzen und dieses minimieren. Wichtig erscheint es, leicht zugängliche externe sowie interne Beschwerdeverfahren einzurichten, damit das Unternehmen über eventuelle Verletzungen rechtzeitig informiert werden kann (*whistleblowing*).<sup>62</sup> Eine Konkretisierung der Sorgfaltsanforderungen durch das SECO oder durch einen Verweis auf nationale, europäische und internationale Regelwerke – wie auch im indirekten Gegenvorschlag (Art. 964<sup>ter</sup> E-OR) vorgesehen – würde den Unternehmen detaillierte Leitlinien geben.<sup>63</sup>

<sup>56</sup> Das im Jahr 2017 erlassene französische Gesetz *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (Loi Vigilance)*, <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626?r=at9ccsT8WY>> ist eines der wenigen Gesetze in Europa, das eine zwingende *Due Diligence* eingeführt hat. Dazu ausführlich Nordhues (Fn. 9), 271 ff.; Schiller, *Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre*, JCP E, 15/2017, S. 19 ff. Vgl. auch die *Study on due diligence requirements through the supply chain, 2020*, die für die EU vorbereitet wurde, <<https://op.europa.eu/s/olsN>>. Auf der Webseite des Business & Human Rights Resource Center können die neuesten Gesetze und Gesetzesinitiativen in den europäischen Ländern eingesehen werden.

<sup>57</sup> Die ersten Resultate der 2020-Umfrage in Deutschland bezüglich der Umsetzung der Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht sind ernüchternd: «Zentrales Untersuchungsergebnis ist, dass zum Zeitpunkt der Erhebung 2020 deutlich weniger als 50 Prozent der Unternehmen mit Sitz in Deutschland und mehr als 500 Beschäftigten die im NAP beschriebenen Kernelemente menschenrechtlicher Sorgfalt angemessen in ihre Unternehmensprozesse integriert haben» (Monitoring zum Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte). Doch dieser Befund diskreditiert nicht die Sorgfaltsprüfungspflicht als solches, sondern die Einführung einer solchen Pflicht ohne jegliche Sanktion. Nun ist es auch kein Zufall, dass das Eckpunktepapier für ein Sorgfaltsprüfungsgesetz (Fn. 38) explizit eine zivilrechtliche Haftung der Unternehmen befürwortet sowie eine Bussgeldpflicht vorsieht.

<sup>58</sup> Vgl. für eine internationale Bestandsaufnahme Fleischer/Hahn, Berichtspflichten über menschenrechtliche Standards in der Lieferkette, RIW 2018, 397 ff.

<sup>59</sup> Vgl. dazu Möslein/Sørensen, *Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective*, 24 Colum. J. Eur. L. 391 (2018), 391, 408 ff.

<sup>60</sup> Möslein/Sørensen (Fn. 59), 413.

<sup>61</sup> Im Detail Geisser (Fn. 39), 956 ff.

<sup>62</sup> So z.B. auch das französische *Loi Vigilance* (Fn. 56), in Art. 1. Vgl. Nordhues (Fn. 9), 329.

<sup>63</sup> Die CSR-Richtlinie (Fn. 14) listet diverse solcher Regelwerke in den Erwägungen N 9 auf. Vgl. auch die Mitteilung der Kommission, Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen (Methode zur Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen), 2017, <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/national-regional-movements-for-mandatory-human-rights-environmental-due-diligence-in-europe/>>. Vgl. auch Bahar, *Responsabilité sociétale des entreprises en droit de la société anonyme*, ZSR 2020/II, 269, 343.

### 2.3.2 Umfang und Format

Die Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht gilt in erster Linie bezüglich aller **kontrollierten Unternehmen**. Das kontrollierende Unternehmen, wird ein Risikomanagementsystem von oben nach unten durch die Konzernstruktur hindurch aufbauen, eine Risikoanalyse für jeden Geschäftsbereich durchführen und regelmässig eine *Due Diligence* in allen Tochtergesellschaften abhalten müssen.

Doch die Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht begrenzt sich explizit nicht auf diese Unternehmen, sondern umfasst auch **sämtliche Geschäftsbeziehungen**.<sup>64</sup> Das bedeutet, dass in allen vertraglichen Beziehungen zu Produkt- oder Dienstleistungsanbietern eine *Due Diligence* durchgeführt werden müsste. Eine Prüfungspflicht, welche sich nur auf die erste Stufe (*first tier*) der Liefer- bzw. Wertschöpfungskette erstreckt, würde in der Umsetzung aber nicht ausreichen, da die Probleme oft in der untersten Stufe entstehen. Kinderarbeit z.B. findet hauptsächlich auf der Kaffeeplantage statt, sodass eine Sorgfaltspflicht begrenzt auf die Stufe des Grosshändlers für gerösteten Kaffee keinen Sinn machen würde.<sup>65</sup> Häufig wird es das schweizerische Unternehmen als Hauptauftraggeber der Kaffeeplantage durchsetzen können, dass der Grosshändler auch in die Verträge mit der Plantage Überwachungsmaßnahmen bzw. *codes of conduct* aufnimmt.<sup>66</sup> Ausserdem müsste die Überwachungspflicht sich nicht nur auf den Ankauf von Produkten (*upstream*), sondern auch auf deren Absatz in den nachgelagerten Märkten (*downstream*) beziehen.

Der Umfang der *Due Diligence* muss in einer Umsetzung proportional zum Risiko geregelt werden.<sup>67</sup>

Insbesondere die Unternehmensgrösse, der Tätigkeitsbereich des Unternehmens, die Risikoanfälligkeit der Produkte oder der Länder, in denen die kontrollierten Unternehmen aktiv sind, und die Schwere einer allfälligen Verletzung sollten ausschlaggebend sein. Je grösser das Risiko ist, desto umfangreicher muss auch die Sorgfaltsprüfungspflicht ausfallen. Das Gleiche gilt bezüglich der Einflussmöglichkeit des Unternehmens. Die Verantwortung zur Umsetzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten wäre demnach grösser «[j]e näher die Beziehung zum Zulieferer und je höher die Einwirkungsmöglichkeit [...]» ist.<sup>68</sup>

Eine externe Kontrolle des Berichts durch unabhängige Dritte (*social audit*)<sup>69</sup> könnte dessen Effektivität erhöhen. Ein einheitliches Berichterstattungsformat würde der Öffentlichkeit die Durchdringung und den Vergleich der diversen Berichte erleichtern.

### 2.3.3 Sanktionen bei Pflichtverletzungen

In einem Umsetzungsgesetz müssten die Details bezüglich der administrativen Kontrolle der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht geregelt werden. Wichtig ist es aber auch – wie im indirekten Gegenvorschlag – strafrechtliche Sanktionen für eine Pflichtwidrigkeit vorzusehen.<sup>70</sup> Dabei ist es essentiell, dass allfällige Sanktionen auch gegen das Unternehmen selbst verhängt werden können und so eine abschreckende Wirkung entfalten, was leider im indirekten Gegenvorschlag in seiner jetzigen Form nicht vorgesehen ist. Ferner müsste man unbedingt

<sup>64</sup> Das *Loi Vigilance* (Fn. 56) ist hier etwas eingrenzender, da es nur Subunternehmen und Lieferanten, zu denen eine gefestigte Geschäftsbeziehung besteht, in den Umfang der *Due Diligence* Prüfung aufnimmt (Art. 1). Im Kommentar zum UN-Leitprinzip (Fn. 22) Nr. 13, 17 werden Geschäftsbeziehungen hingegen folgendermassen definiert: Sie «umfassen Beziehungen zu Geschäftspartnern, zu Einrichtungen in seiner Wertschöpfungskette und zu allen anderen nichtstaatlichen oder staatlichen Stellen, die mit seiner Geschäftstätigkeit, seinen Produkten oder Dienstleistungen unmittelbar verbunden sind».

<sup>65</sup> Vgl. z.B. den Spiegel, 21.9.2017, <<https://www.spiegel.de/spiegel/kaffee-die-bittere-wahrheit-ueber-unser-lieblinggetraenk-a-1168626.html>>.

<sup>66</sup> Vgl. Nordhues (Fn. 9), 311 f., 330 f.

<sup>67</sup> OECD-Leitfaden (Fn. 22), 17.

<sup>68</sup> Eckpunktepapier zum deutschen Sorgfaltspflichtengesetz (Fn. 38), 3.

<sup>69</sup> Der indirekte Gegenvorschlag verzichtet hingegen auf eine materielle Prüfung des nichtfinanziellen Berichts, weil dies aufwendig und teuer sein würde, BJ, Transparenz (Fn. 17), 17.

<sup>70</sup> Es ist trotzdem zu hoffen, dass es für viele Unternehmen auch einen «*business case*» für freiwillige Sorgfaltsausübung und Berichterstattung gibt. Gemäss der für die EU-Kommission vorbereiteten Study on due diligence requirements (Fn. 56), 89–90, erachten Unternehmen sowie Industrievereinigungen Reputationsrisiken, Druck von Investoren und Druck von Konsumenten für die wichtigsten drei Gründe für eine *due diligence*. Dieser Druck wird zukünftig sicherlich nur zunehmen. Siehe dazu Forstmoser, Corporate Responsibility and Reputation, in: Liber Amicorum Watter, 2008, 197 ff.; Amstutz, The Evolution of Corporate Social Responsibility, SZW 2015, 189, 198. Vgl. zur Rolle von *naming and shaming* Kampagnen durch Informationsintermediäre Fleischer/Hahn (Fn. 58), 404.

dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot gerecht werden und den Anknüpfungspunkt der Strafnorm konkretisieren.<sup>71</sup>

### 3. Haftung der Unternehmen

#### 3.1 Übersicht

Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV sieht für bestimmte Unternehmen<sup>72</sup>, welche eine Kontrolle ausüben können, eine deliktische Haftung vor. Das Besondere an dieser Haftung ist, dass die kontrollierenden Unternehmen für fremdes Verhalten einstehen müssen. Eine solche Einstandspflicht kennt das schweizerische Recht in diversen Konstellationen.<sup>73</sup> Die Geschäftsherrenhaftung kommt der im Entwurf vorgesehenen Haftung sicherlich am nächsten. Warum aber eine Haftung des kontrollierenden Unternehmens gemäss Art. 55 OR Fragen aufwirft und es einer Sondernorm bedarf, sollte hier kurz angesprochen werden.

Bei der Geschäftsherrenhaftung ist das Subordinationsverhältnis zentral. Die Hilfsperson wird vorübergehend oder längerfristig für die Interessen des Geschäftsherrn eingesetzt und ist ihm untergeordnet.<sup>74</sup> Selbständige Unternehmen fallen im Prinzip nicht unter Art. 55 OR. Sie müssen keine Weisungen annehmen oder bewahren wenigstens einen Entscheidungsspielraum bei der Umsetzung dieser Weisungen. Da kein Subordinationsverhältnis vorliegt, muss der Geschäftsherr auch für deren Fehlverhalten nicht einstehen.<sup>75</sup>

Dieses Resultat wird aber in diversen Rechtsordnungen in Frage gestellt.<sup>76</sup> Gesetze setzen nämlich falsche Anreize, wenn ein Geschäftsherr für das Handeln eines Arbeitnehmers vollumfänglich eintreten muss, nicht aber, wenn die gleiche Tätigkeit auf ein anderes Unternehmen ausgelagert wird, welches zwar gemäss Trennungsprinzip<sup>77</sup> unabhängig ist, doch z.B. durch Stimmrechtsmehrheit vom Geschäftsherrn beherrscht wird.<sup>78</sup> Das Trennungsprinzip, kombiniert mit der beschränkten Haftung der Gesellschafter in Kapitalgesellschaften, ist eine perfekte Motivation, diverse riskante Aktivitäten über die Tochtergesellschaft zu führen und dort die Haftung durch Unterkapitalisierung zu begrenzen (*strategic judgement proofing*).<sup>79</sup>

In einem solchen Fall verursacht die Unternehmenstätigkeit negative externe Effekte.<sup>80</sup> Werden diese schädlichen Auswirkungen nicht durch Schadenersatzzahlungen, Strafen und/oder Steuern internalisiert, so sinkt das Sorgfaltsniveau; die Produktion steigt über das effiziente Mass. Da der Preis zu niedrig ist, wird das Produkt oder die Dienstleistung auf dem Markt zu viel konsumiert, was wiederum zu grösseren Schäden führt. Das Unternehmen generiert für die Aktionäre zwar einen zusätzlichen

<sup>71</sup> Siehe *Nordhues* (Fn. 9), 298 ff. zu den Details der Entscheidung des französischen Verfassungsgerichts, das die Bussen in dem *Loi Vigilance* wegen der Verletzung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots kassierte. Betreffend den Anknüpfungspunkt ist zu bedenken, dass sich im Zusammenhang mit der Unternehmensstrafbarkeit zahlreiche Fragen stellen werden, mehr dazu *Pflaum*, Das Recht der Verantwortlichkeit von Unternehmen/Verbänden für Straftaten. Der Rechtszustand de lege lata in der Schweiz, Österreich, im Fürstentum Liechtenstein und in Deutschland, in: *Lehmkuhl/Wohlers* (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2020, 15, 16 ff.

<sup>72</sup> Vorne II.1.2.2.

<sup>73</sup> Vgl. *Oftringer/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 1987, § 17 N 4.

<sup>74</sup> *Kessler*, Art. 55 N 7, in: *Basler Kommentar OR I*, Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), 2020 («zit.: BSK OR»).

<sup>75</sup> *Fellmann/Kottmann*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 2012, N 758.

<sup>76</sup> Vgl. z.B. *Waespi*, Organisationshaftung, 2005, 295 ff.; *Petrin*, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, 2004, 81 ff.; *Arlen*, Economics of Tort Law, in: *Parisi* (Hrsg.), *The Oxford Handbook on Law and Economics*, V.2, 2019, 41, 85 f.; *Arlen/MacLeod*, Beyond Master-Servant: A Critique of Vicarious Liability, in: *Madden* (Hrsg.), *Exploring Tort Law*, 2005, 111 ff.; *Morgan*, Vicarious liability for group companies: the final frontier of vicarious liability?, *J. of Professional Negligence* 2015, 276 ff.; *Petrin/Choudhury*, Group Company Liability, *EBOR* 2018, 771 ff.; *Witting* (Fn. 9), 396 ff.; *Nordhues* (Fn. 9), 142 ff.; *König*, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, *AcP* 2017, 611, 656 ff.

<sup>77</sup> *Kunz* (Fn. 26), § 7 N 240 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 5), § 24 N 61.

<sup>78</sup> Vgl. *König* (Fn. 76), 622 ff.

<sup>79</sup> *König* (Fn. 76), 624; *Armour*, Legal Capital: An Outdated Concept?, *EBOR* 2006, 5, 12; *Arlen/MacLeod* (Fn. 76), 122 f.

<sup>80</sup> Zum Begriff vgl. *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., 2017, 76 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., 2012, 81, *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, 6. Aufl., 2012, 39 f., 168 ff. Vgl. zu Umweltschäden als Externalitäten im Detail *Faure/Partain*, *Environmental Law and Economics*, 2019, 13 ff.

Gewinn, doch wohlfahrtsökonomisch ist dies nicht effizient.<sup>81</sup>

Von den diversen Lösungen, welche in der Lehre vorgeschlagen werden<sup>82</sup>, sind für internationale Konstellationen insbesondere diejenigen von Bedeutung, die einen direkten Anspruch gegenüber dem kontrollierenden Unternehmen begründen. Denn das Problem ist nicht immer die Insolvenz des kontrollierten Unternehmens. Es ist oft der überhaupt fehlende Anspruch gegen dieses Unternehmen, da die Gesetze im globalen Süden die Verletzten entweder nicht so schützen, wie es im globalen Norden der Fall ist, oder der Justizgewährungsanspruch am Ort der Schädigung ist nicht gesichert, sodass Schadenersatzklagen ins Leere laufen.<sup>83</sup>

In vielen Rechtsordnungen ist inzwischen auch eine Tendenz ersichtlich (spezifisch bezüglich Kontrollverhältnissen im Konzern), ein Subordinationsverhältnis anzuerkennen und demnach eine Haftung des beherrschenden Unternehmens über die Geschäftsherrenhaftung zu begründen – wenigstens dann, wenn das beherrschende Unternehmen eine Schädigung Dritter durch korrekte Ausübung der Kontrolle hätte vermeiden können.<sup>84</sup> Alternativ wird aber auch argumentiert, dass durch die Auswahl und den Einsatz eines unqualifizierten selbständigen Unternehmens eine Gefahrenquelle geschaffen und

somit eine eigene Sorgfaltspflicht verletzt wurde.<sup>85</sup> Diesfalls ist es eine Haftung für eigenes Verschulden. Die höheren Gerichte Englands sprechen z.B. inzwischen von einer *direct duty of care* des beherrschenden Unternehmens gegenüber manchen deliktischen Gläubigern des beherrschten Unternehmens.<sup>86</sup> Im Rahmen dieser Entwicklungen ist der Vorschlag der Initiative, eine direkte Haftungsgrundlage gegen das beherrschende Unternehmen zu statuieren, sicherlich zeitgemäss.

### 3.2 Haftungstatbestand

Eine den Vorgaben von Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV entsprechende Umsetzung des Haftungstatbestandes setzt Folgendes voraus:<sup>87</sup>

- Zwei Unternehmen, die in einem Kontrollverhältnis stehen (vorne 1.2.2);
- Verletzung von international anerkannten Menschenrechten oder internationalen Umweltstandards durch das kontrollierte Unternehmen (vorne 2.2);
- Verletzung in Ausübung der geschäftlichen Verrichtung;

<sup>81</sup> Schäfer/Ott (Fn. 80), 722 f.; Thomale, Zur Versicherung der Kapitalgesellschaft durch ihre Gläubiger, in: Behme/Fries/Stark (Hrsg.), Versicherungsmechanismen im Recht, 2016, 131, 133 f.

<sup>82</sup> Vgl. Hansmann/Kraakman, Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts, 100 Yale L. J. 1991, 1879 ff.; Thomale (Fn. 81), 140 ff.; Witting (Fn. 9), 268 ff.; Choudhury/Petrin (Fn. 9), 120 ff.

<sup>83</sup> Vgl. Vedanta Resources PLC & another v Lungowe & others [2019] UKSC 20, N 88 ff.

<sup>84</sup> Vgl. Handschin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, 1994, 349; von Büren (Fn. 35), 203; Waespi (Fn. 76), 302; Vogel, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, 1997, 190 ff.; Werro (Fn. 36), 433 f.; Geisser, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für «Menschenrechtsverletzungen» bei internationalen Sachverhalten, 2013, 494 ff.; Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, SJZ 2019, 271, 274 setzt noch zusätzlich eine Einmischung in die Angelegenheiten der Tochter voraus. Siehe auch Stoffel/Sautier, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung im Konzern, SZW 2019, 509, 516 ff.; Nordhues (Fn. 9), 142 ff. und dort Fn. 484–485; König (Fn. 76), 656 ff. Vgl. im common law Bereich Morgan (Fn. 76), 299.

<sup>85</sup> So z.B. Wagner (Fn. 45), 773 ff.; Kramer, Wann haftet ein deutsches Unternehmen für extraterritoriale Menschenrechtsverletzungen?, RIW 2020, 96, 98 ff. Vgl. zu dem parallelen Gedanken der *non-delegable duties* im englischen Recht Witting (Fn. 9), 405 f.; Petrin (Fn. 76), 100 ff.

<sup>86</sup> Chandler v Cape plc [2012] EWCA Civ 525, N 78–79; Vedanta Resources plc & another v Lungowe & others [2019] UKSC 20, N 49 ff. Vgl. dazu auch Morgan (Fn. 76), 286 ff.; Witting (Fn. 9), 346 ff.; Weber/Baisch, Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries, EBLR 2016, 669, 685 ff.

<sup>87</sup> In den Erläuterungen zur Initiative wird ausgeführt, dass bezüglich der deliktischen Verantwortung der Unternehmen die Rechtswidrigkeit sowie das Verschulden nach schweizerischem Recht bestimmt werden müsste, hingegen für die Konkretisierung der Kausalität und des Schadens das anwendbare Recht weiterhin zuständig bliebe (Erläuterungen zur Volksinitiative [Fn. 2], 16/Fn. 56 und 21). Diese Aufteilung des Deliktstatbestandes leuchtet nicht ein. Ein eventueller Haftungstatbestand müsste u.E. alle Elemente der deliktischen Haftung regeln. Es ist insbesondere nicht sachgerecht, dass hiernach Regeln – z.B. bezüglich der Kausalität – einem Recht entnommen werden sollen, welches eine Haftung von kontrollierenden Unternehmen gar nicht kennt. Dies wäre aus Gründen der Rechtssicherheit nicht vertretbar, da für jedes Land, in welchem die betroffenen Unternehmen tätig sind, die Grenzen einer eventuellen Haftung einzeln auszuloten wären.

- Verursachung eines Schadens; und
- Misslingen des Sorgfaltsnachweises durch das kontrollierende Unternehmen.

Die Verletzung durch das kontrollierte Unternehmen muss **in Ausführung der geschäftlichen Tätigkeit** des kontrollierenden Unternehmens geschehen. Dies ist auch unter Art. 55 OR eine der wichtigen Begrenzungen der Haftung des Geschäftsherrn.<sup>88</sup> Für eine Schädigung, die im Rahmen einer anderen geschäftlichen Beziehung des kontrollierten Unternehmens entsteht, muss das kontrollierende Unternehmen folglich nicht einstehen. In einem auf Art. 963 OR basierenden Kontrollverhältnis, wird diese Begrenzung nicht von Bedeutung sein, da angenommen werden muss, dass das Tochterunternehmen immer die von der Konzernleitung übertragenen Geschäfte ausführt.<sup>89</sup> Bei vertraglichen Kontrollverhältnissen kann diese Begrenzung jedoch wesentlich sein. Falls ein Unternehmen, mit dem das kontrollierende schweizerische Unternehmen einen Alleinlieferungsvertrag abgeschlossen hat, mit einem dritten Unternehmen einen Vertrag eingeht und in dessen Ausführung Menschen verletzt werden oder Eigentum beschädigt wird, braucht das kontrollierende Unternehmen dafür natürlich nicht einzustehen.

Das Verhalten des kontrollierten Unternehmens muss einen deliktsrechtlich relevanten Schaden verursacht haben. Wie vorne angesprochen, führt eine Verletzung verschiedener Menschenrechte nicht direkt zu einem Schaden. Nach der herrschenden Differenztheorie ist Schaden der Unterschied zwischen dem Vermögenszustand nach dem schädigenden Ereignis und dem Vermögenszustand, der ohne die schädigende Handlung eingetreten wäre.<sup>90</sup> Obwohl z.B. Kinderarbeit die ILO Erklärung über grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit<sup>91</sup> verletzt, wird es nicht unbedingt zu einem quantifizierbaren Schaden des Kindes führen. Gerade deswegen ist es auch von besonderer Bedeutung, dass die Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht richtig ausgestaltet

werden, damit auch solchen Missständen entgegenwirkt werden kann.

Falls die genannten Voraussetzungen erfüllt und vom Geschädigten bewiesen worden sind<sup>92</sup>, liegt es am kontrollierenden Unternehmen, zu beweisen,<sup>93</sup> dass es die **gebotene Sorgfalt** «angewendet ha[t], um den Schaden zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre».<sup>94</sup> Bei der Auslegung einer Umsetzungsnorm erscheint es sinnvoll, sich bezüglich Sorgfaltsbeweis an die für Art. 55 OR entwickelten Prinzipien zu halten. Das kontrollierende Unternehmen müsste demnach zuerst darlegen, dass es das kontrollierte Unternehmen richtig ausgewählt hat. Ein Background-Check kann z.B. wichtige Informationen vor dem Abschluss eines Alleinvertriebsvertrags offenbaren. Auch für ein Tochterunternehmen ist es zentral, zu prüfen, ob es den vorgesehenen Aufgaben gewachsen ist oder ob es in personellen, finanziellen oder in technischen Belangen noch unterstützt werden muss.<sup>95</sup> Weiter müsste nachgewiesen werden, dass das kontrollierte Unternehmen sorgfältig überwacht und instruiert wird. Die in Art. 101a Abs. 2 lit. b E-BV vorgesehene *Due Diligence* zielt genau darauf ab. Von grosser Bedeutung erscheint ferner die Organisationspflicht im Rahmen komplexer Unternehmensstrukturen.<sup>96</sup> Es müsste bewiesen werden, dass eine zweckmässige Organisation aufgebaut wurde, um das Risikopotential des abhängigen Unternehmens richtig einzuschätzen und dementsprechend Vorkehrungen zu treffen. Die Einrichtung effektiver und transparenter Beschwerdeverfahren wäre gerade hier unerlässlich. Auch eine regelmässige Kontrolle der Produktions-

<sup>88</sup> BSK OR I-Kessler (Fn. 74), Art. 55 N 12 f.; CHK-Müller, Art. 55 OR N 13 ff.

<sup>89</sup> Handschin (Fn. 84), 350 f.

<sup>90</sup> Schwenger/Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Aufl., 2020, N. 14.03; BSK OR I-Kessler (Fn. 74), Art. 41 N 3; CHK-Müller, Art. 41 OR N 20 ff.

<sup>91</sup> Siehe Fn. 43.

<sup>92</sup> Die Kausalität zwischen dem Verhalten des kontrollierten Unternehmens und des eingetretenen Schadens wird hier vorausgesetzt.

<sup>93</sup> Das *Loi Vigilance* (Fn. 56) belässt hingegen den Sorgfaltswidrigkeitsbeweis auf dem Geschädigten. Dazu Nordhues (Fn. 9), 313 ff.

<sup>94</sup> Die Problematik des rechtmässigen Alternativverhaltens bzw. des Beweises der fehlenden Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung wird hier nicht weiter ausgeführt. Dazu *Rey/Wildhaber*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., 2018, N 1109 ff.

<sup>95</sup> Handschin (Fn. 84), 351 f.; Vogel (Fn. 84), 194.

<sup>96</sup> Vgl. Petrin (Fn. 76), 126 ff.; Waespi (Fn. 76), 26 ff. und 294 ff.; Schwenger/Fountoulakis (Fn. 90), N 23.25; Vogel (Fn. 84), 196 ff.; Handschin (Fn. 84), 353 f. Vgl. auch Wagner, § 823 N 110 ff., Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 2020.

und Arbeitsverhältnisse wird hinsichtlich des Sorgfaltsnachweises unumgänglich sein.

### III. Ausblick

Sagt die Schweiz im November 2020 «Ja» zur Konzernverantwortungsinitiative, läge dies keineswegs abseits des internationalen Trends. Dies zeigt sich in zahllosen Regulierungsbestrebungen und -projekten auf nationaler sowie internationaler Ebene, welche den besagten negativen Externalitäten entgegenwirken wollen oder diese zu sanktionieren bezwecken. Dabei ist zunehmend auch eine Verschiebung vom *soft law* hin zum *hard law* ersichtlich.<sup>97</sup> Weiter demonstriert die wachsende Beschäftigung von Gerichten verschiedener Rechts Traditionen mit Haftungsfragen dieser Art, dass eine rechtliche Klärung in diesem Themenbereich ein gesetzgeberisches Anliegen sein muss.

Die klare Tendenz dieser Entwicklung lässt sich gerade nicht dadurch entkräften, dass in der bisherigen schweizerischen Rechtsprechung im Zusammenhang mit Konzernhaftungsfällen in der Regel das Trennungsprinzip aufrecht erhalten wurde.<sup>98</sup> So demonstriert etwa die Rechtsprechung höherer englischer Gerichte, dass sich auch ohne Aufgabe des Trennungsprinzips eine direkte Sorgfaltspflicht von kontrollierenden Unternehmen sachgerecht begründen lässt.<sup>99</sup> Unterstrichen wird dies ferner von einer

generellen Entwicklung, dass es im Konzern – sofern nötig – Ausnahmen vom Trennungsprinzip geben kann. Dies zeigt sich in der Schweiz etwa an der Konsolidierungspflicht gemäss Art. 963 ff. OR. Auf internationaler Ebene lässt sich i) die Anwendung des von der OECD geförderten Fremdvergleichsgrundsatzes (*arm's length principle*) zur Verhinderung von Steuerarbitrage<sup>100</sup>, oder ii) die Rechtsprechung des EuGH, Muttergesellschaften für die Wettbewerbsverstösse ihrer Tochtergesellschaften mit Bussgeldern belegen zu können<sup>101</sup>, anführen.

Es ist daher festzuhalten, dass die Initiative im Grundsatz einen zeitgemässen Schritt darstellt. Im Rahmen dieses Ansatzes können potentiell die richtigen Anreize für die Verhinderung von Schäden gesetzt werden, deren Entstehungspotential gerade durch das Auslagern von diversen Unternehmenstätigkeiten auf Dritte erhöht wird. Die Effektivität der Regelungen wird aber massgeblich von der gesetzgeberischen Umsetzung abhängig sein. Gerade im Knackpunkt der deliktischen Haftung gibt es aus rechtsvergleichender Perspektive – mit Ausnahme des französischen *Loi Vigilance* – keinen klaren Orientierungspunkt für eine schweizerische Umsetzung. Hier und gerade auch in der Ausgestaltung einer angemessenen Sanktionierung von Pflichtwidrigkeiten<sup>102</sup> wird Zielbewusstsein des Gesetzgebers gefragt sein.

<sup>97</sup> Teicke/Rust, Gesetzliche Vorgaben für Supply Chain Compliance – Die neue Konfliktmineralien-Verordnung, CCZ 2018, 39, 42–43. Ähnliches sehen wir auch im Bereich der CSR-Berichterstattung, dazu Spiesshofer (Fn. 9), 282 f.

<sup>98</sup> Vgl. dazu Stoffel/Sautier (Fn. 84), 518.

<sup>99</sup> Vorne II.3.1.

<sup>100</sup> OECD-Verrechnungspreisleitlinien, zuletzt revidiert 2017 <[https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-verrechnungspreisleitlinien-fur-multinationale-unternehmen-und-steuerverwaltungen-2017\\_9789264304529-de](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-verrechnungspreisleitlinien-fur-multinationale-unternehmen-und-steuerverwaltungen-2017_9789264304529-de)>. Dazu im Detail Kunz (Fn. 26), N 560 ff.

<sup>101</sup> EuGH 10.9.2009, *Akzo Nobel v Kommission*, ECLI:EU:C:2009:536. Zur Problematik in der Schweiz, Heinemann, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstösse, in: Isler/Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, 2014, 135, 153 ff.

<sup>102</sup> Zur Unternehmenshaftung im geltenden Recht vgl. Pieth, Die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz, in: Lehmkuhl/Wohlers (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2020, 279, 286 ff.