

# Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung

Prof. Dr. Karl Hofstetter, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Zürich (Meggen/Bern)\*

## I. Einleitung

Das Thema Konzernhaftung, d.h. die Frage der Haftung von Muttergesellschaften für ihre Töchter, eignet sich auf den ersten Blick nicht für den breiten politischen Diskurs. Dafür ist es zu technisch. Es setzt zudem einiges an gesellschaftsrechtlichem Vorverständnis voraus, z.B. das Wissen um die Existenz und die Funktion der Haftungstrennung juristischer Personen. Die vor einiger Zeit lancierte sog. Konzernverantwortungsinitiative<sup>1</sup> (im Folgenden KVI) hat es nichtsdestotrotz geschafft, das Thema in die aktuelle politische Diskussion zu katapultieren. Dazu mag beigetragen haben, dass es um die Verantwortung für internationale Menschenrechts- und Umweltstandards geht, zwei stark emotional aufgeladene Bereiche. Darin liegt nichts Verwerfliches. Im Gegenteil: Die laufende Debatte erlaubt, Möglichkeiten, Grenzen und Gefahren der Unternehmenshaftung verstärkt ins allgemeine politische Bewusstsein zu bringen. Sie hat darüber hinaus das Potenzial, auch die fachliche Diskussion anzuregen und zu vertiefen.

Die Auseinandersetzung mit der Initiative hat eine Vielzahl von Autoren auf den Plan gerufen, die sich in der einen oder anderen Form zu dogmatischen Fragen rund um diese zu Wort meldeten. Die AJP widmete im Jahr 2017 sogar einen ganzen Monatsband dem Thema «Unternehmen und Menschenrechte».<sup>2</sup> Auch in Tageszeitungen, wie der NZZ, wurden wie-

*Der Beitrag befasst sich mit den rechtlichen Implikationen der Konzernverantwortungsinitiative und der darin vorgesehenen Haftung schweizerischer Konzernmütter für Menschenrechtsverletzungen und Umweltvergehen durch Tochtergesellschaften im Ausland. Der Autor lehnt diese ab und zeigt die Unterschiede auf zu der von ihm in seiner Habilitation von 1995 entwickelten Figur der «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung».*

*L'article traite des conséquences juridiques de l'initiative pour des multinationales responsables. Il aborde notamment la responsabilité que prévoit cette initiative à l'encontre des sociétés mères installées en Suisse pour les violations des droits de l'homme et les infractions contre l'environnement commises par leurs filiales à l'étranger. L'auteur rejette cette initiative et montre les différences qu'il y a entre cette dernière et la notion de «responsabilité adéquate des dirigeants pour l'entreprise» qu'il a développée dans son habilitation de 1995. P.P.*

\* Präsident Swissholdings. Der Autor dankt Frau Dr. Manuela Baeriswyl herzlich für ihre wertvolle Unterstützung und ihre Anregungen bei der Erarbeitung dieses Artikels.

<sup>1</sup> Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», BBl 2017 399.

<sup>2</sup> AJP 8 (2017), darin namentlich: *Gregor Geisser*, Die Konzernverantwortungsinitiative, Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung, AJP 2017 943 ff.; *Lukas Handschin*, Konzernverantwortungsinitiative, Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2017 998 ff.; zum Thema auch: *Andreas Bohrer*, Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland?, GesKR 2017 323 ff.; *Christine Kaufmann*, Global agieren, lokal profitieren – und keine Verantwortung, SZW 2018 329 ff.; *Peter Böckli/Christoph B. Bühler*, «Zur Konzernverantwortungsinitiative» – Rechtliche Überle-

derholt fachtechnische Fragen rund um die Konzernhaftung beleuchtet.<sup>3</sup> In einigen Publikationen und Zeitungsartikeln<sup>4</sup> wurde prominent auf meine Habilitationsschrift aus dem Jahre 1995 verwiesen, die sich umfassend mit der Thematik beschäftigte.<sup>5</sup> Sie entwickelte unter anderem das Konzept der «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung», von dem sich die Initianten nach eigenen Angaben inspirieren liessen. Dieses Haftungskonzept bewegte sich freilich strikt im Rahmen des geltenden schweizerischen Obligationenrechts. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die rechtspolitischen Neuerungen der Initiative überhaupt etwas mit diesem Konzept gemein haben und, falls ja, mit welchen Implikationen.

## II. Das Konzept der «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung»

### A. Die Funktion der Haftungstrennung im Konzern

Die Haftungstrennung juristischer Personen<sup>6</sup> ist ein weltweit anerkanntes Instrument der Risikoallokation zwischen Eigenkapitalgebern (typischerweise Aktionären) und der Allgemeinheit. Es ist volkswirtschaftlich effizient, weil es Ausdruck des Gleichlaufs von Haftung und Kontrolle ist. Aktionäre kre-

---

gungen zu den vier Forderungen der Volksinitiative «Für Verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt», in: SzA Zürich 2018.

- <sup>3</sup> Vgl. *Hansueli Schöchli*, Die Beweislast soll beim Kläger liegen, NZZ vom 28.6.2018, 25; *Franz Werro*, Konzernverantwortungsinitiative, über den Mythos Unternehmenshaftung, NZZ vom 18.12.2018, 10; *Karl Hofstetter*, Viel zu offene Haftungsgrundlage, NZZ vom 17.1.2019, 11; *Andrea Tognina*, Die Unternehmen stehen in der Pflicht: Aber bis zu welchem Grad?, swissinfo.ch vom 11.3.2019 <[https://www.swissinfo.ch/ger/wirtschaft/konzernverantwortungsinitiative\\_die-unternehmen-stehen-in-der-pflicht--aber-bis-zu-welchem-grad-/44814468](https://www.swissinfo.ch/ger/wirtschaft/konzernverantwortungsinitiative_die-unternehmen-stehen-in-der-pflicht--aber-bis-zu-welchem-grad-/44814468)> zuletzt besucht am 13.3.2019.
- <sup>4</sup> *Doris Kleck*, «Es drohen politische Schauprozesse», Aargauer Zeitung vom 8.3.2019, 8, sowie in diversen Print- und Onlinemedien der CH Media; *Doris Kleck*, Der Gegner wird zum Kronzeugen, Aargauer Zeitung vom 4.1.2019, 6, sowie in den diversen Print- und Onlinemedien der CH Media; *Franz Werro* (Fn. 3) 10; vgl. ferner in wissenschaftlichen Artikeln zum Thema: *Gregor Geisser*, (Fn. 2) 943 ff.; *Franz Werro*, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative, *Sui generis* 2018 428 ff. N 16.
- <sup>5</sup> *Karl Hofstetter*, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, Zürich/Tübingen 1995.
- <sup>6</sup> Namentlich *Peter Jung*, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659, 2. A., Zürich 2016, Art. 620 OR N 124; zum Ganzen eingehend auch schon *Karl Hofstetter/Re-nate Lang*, Konzern(mutter)haftung, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII*, Bern 2013, 231 ff.

ieren und kontrollieren die unmittelbaren Risiken der wirtschaftlichen Tätigkeit einer AG. Dafür haften sie mit dem gesamten Aktienkapital. Dieses muss der wirtschaftlichen Tätigkeit entsprechen, andernfalls zu Recht ein Haftungsdurchgriff auf die Aktionäre erfolgt.<sup>7</sup> Die Erfolge und Misserfolge von Aktiengesellschaften können aber entscheidend durch Faktoren beeinflusst sein, die in der Hand von Dritten liegen. Dazu gehört insbesondere das politische Risiko, dem jede unternehmerische Tätigkeit permanent ausgesetzt ist. Wirtschaftspolitische und wirtschaftsrechtliche Fehlleistungen des staatlichen Umfelds können dafür verantwortlich sein, dass die Aktiven einer juristischen Person nicht mehr ausreichen, um die Forderungen aller Gläubiger zu decken. Dieses Risiko politischen Versagens kontrolliert letztlich die zuständige staatliche Allgemeinheit. Die Haftungstrennung erlaubt die effiziente Ausgrenzung solch politischer Unsicherheiten und deren Zuteilung an die Allgemeinheit. Damit werden entscheidende Investitionsanreize (und nebenbei auch solche für kluges politisches Handeln) gesetzt.<sup>8</sup>

Die Haftungstrennung juristischer Personen wird durch deren Integration in einen Konzernverbund grundsätzlich nicht aufgehoben.<sup>9</sup> Das ist sachgerecht, weil dadurch auch innerhalb von Konzernen differenzierte Risikoarrangements für verschiedene Tätigkeiten mit verschiedenen Umfeldern ermöglicht werden. Geschäftstätigkeiten mit unterschiedlichem Risikoprofil können in separaten Tochtergesellschaften zusammengefasst werden. Diese wiederum können ihre Aktivitäten, z.B. über Enkelgesellschaften, an die unterschiedlichen Risikoprofile von Gaststaaten anpassen, ohne dabei risikoreichere mit risikoärmeren Tätigkeiten und Gaststaatprofilen zu vermengen. Darin liegt ein signifikantes Potenzial für effiziente rechtliche Arrangements zwischen Konzernen und Gaststaaten, das viele Investitionen – vor allem solche in politische Hochrisikoländer – wohl erst ermöglicht.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Zum Durchgriff als Ausnahme vom Trennungsprinzip: *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62 N 47 ff.

<sup>8</sup> S. hierzu *Hofstetter/Lang* (Fn. 6) 232 f.; *Hofstetter* (Fn. 5) 81 ff.

<sup>9</sup> Zum Trennungsprinzip im Konzern namentlich: *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, N 61 (auf die Haftung Bezug nehmend); *Peter V. Kunz*, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, Rz. 240 ff.; BGE 138 II 61 E. 4.1.: «Das schweizerische Rech [...] behandelt jede Gesellschaft als ein rechtlich selbständiges Gebilde mit eigenen Organen, welche die Geschäfte im Interesse der besagten Gesellschaft und nicht in demjenigen des Konzerns, anderer Gesellschaften oder des sie beherrschenden Anteilinhabers zu tätigen haben.»

<sup>10</sup> S. hierzu *Hofstetter/Lang* (Fn. 6) 233; *Hofstetter* (Fn. 5) 83 ff.

## B. Ausnahmen von der Haftungstrennung im Konzern

Die Effizienz des Haftungstrennungsprinzips im Konzernverbund mahnt zur Vorsicht bei der Konzipierung von Ausnahmen. Diese sollten zudem eng definiert werden, um die Haftungstrennung nicht auszulöchern und ad absurdum zu führen. Dass es umgekehrt Konstellationen gibt, in welchen sich die Haftungstrennung auch aus volkswirtschaftlicher Effizienzperspektive nicht aufrechterhalten lässt, ist unbestreitbar. Es kann dabei zwischen drei Kategorien<sup>11</sup> einer Haftung der Konzernmutter für die Verbindlichkeiten ihrer Töchter unterschieden werden:

- Haftung der Mutter als Aktionärin der Tochter: Diese Ausnahme kommt sachgerecht zum Tragen, wenn die Mutter es als Aktionärin versäumte, die Tochter organisatorisch und finanziell so auszugestalten, dass sie systemgerecht, d.h. als überlebensfähige autonome Einheit, funktionieren konnte. Das klassische Instrument, das hierfür im schweizerischen Recht (und analog in anderen Rechtsordnungen)<sup>12</sup> zur Verfügung steht, ist der Durchgriff.<sup>13</sup>
- Haftung der Mutter als Geschäftsführerin der Tochter: Soweit sich die Muttergesellschaft über ihre klassische Aktionärsrolle hinaus in Tochterangelegenheiten einmischt, beispielsweise durch die Übernahme strategischer und operativer Leitungsfunktionen im Rahmen einer einheitlichen Leitung des Konzerns, ist es gerechtfertigt, diese Eingriffe einer dem Tochterinteresse verpflichteten Sorgfaltpflicht und Haftung zu unterstellen. Das schweizerische Recht kennt dazu insbesondere das Institut der faktischen Organhaftung der Mutter.<sup>14</sup> Andere Rechtsordnungen kennen ähnliche Instrumente.<sup>15</sup>

- Haftung der Mutter als Drittperson: Sie erfasst das Verhalten der Konzernmutter im Umfeld der Tochter, das weder aus ihrer Rolle als Aktionärin noch aus der Übernahme faktischer Geschäftsführerfunktionen erwächst. Wenn sich aus dem allgemeinen Vertrags- und Deliktsrecht eine Haftung der Konzernmutter gegenüber Tochtergläubigern ergibt, geschieht dies in erster Linie aus Gründen der Durchsetzung allgemeiner privatrechtlicher Zwecke. Beispiele sind etwa vertraglich zugesicherte Muttergarantien gegenüber Tochtergläubigern, die sog. «Konzernvertrauenshaftung»<sup>16</sup>, oder direkte deliktsrechtliche Schädigungen von Tochtergläubigern durch die Mutter im Sinne von Art. 41 und evtl. Art. 55 OR.

## C. Die Übertragung des Instituts der Geschäftsherrenhaftung auf den Konzernkontext

Die Geschäftsherrenhaftung ist eine besonders interessante Figur des allgemeinen Deliktsrechts. Sie ist in Art. 55 OR des schweizerischen Rechts verankert, hat aber Entsprechungen auch in anderen Rechtsordnungen.<sup>17</sup> Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass der Geschäftsherr, welcher die für ihn tätigen Personen auswählt und dirigiert, die Möglichkeit hat, deren Verhalten entscheidend zu beeinflussen. Damit ist er – nebst dem eigentlichen Delinquenten – der Akteur mit den geringsten Kontrollkosten, um die Schädigung Dritter im Rahmen der Geschäftstätigkeit zu vermeiden. Die Haftung des Geschäftsherrn lässt sich zumindest in dieser einfachen Grundkonstellation auch unter volkswirtschaftlichen Effizienzgesichtspunkten gut rechtfertigen, zumal er sich exkulpieren kann, wenn er nachweist, dass er die fehlbaren Personen sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat.

Das simple Paradigma der Geschäftsherrenhaftung entspricht natürlich längst nicht mehr der Realität moderner Unternehmensorganisationen. Das hat dazu geführt, dass die Gerichtspraxis das Institut in Richtung einer Organisationshaftung für Unternehmen weiterentwickelte. Das war z.B. im Produkthaftungsrecht der Fall. Dabei wurde insbesondere der Entlastungsbeweis dadurch erschwert, dass die beklagte Unternehmung nun ganz generell eine adäquate Organisation ihrer

<sup>11</sup> S. zu dieser Kategorisierung eingehend *Hofstetter* (Fn. 5) 89 ff.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu namentlich die Rechtsvergleiche zum Konzern(haftungs-)recht in *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 11 N 84 ff.; *Hofstetter* (Fn. 5) 119 ff.

<sup>13</sup> Zum Durchgriff etwa: *Roland von Büren*, Der Konzern, VIII/6 in: *Roland von Büren/Arthur Meyer-Hayoz* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, 2. A., Basel 2005, 181 ff.; *Böckli* (Fn. 12) 2009, § 11 N 456 ff.; *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, Bern 2014, § 15 N 145 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7) § 62 N 47 ff.; ausführlich: *Marlene Kobierski*, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Eine interdisziplinäre Studie für eine einheitliche methodische Einordnung des Durchgriffs im Gesellschafts- und Steuerrecht unter Berücksichtigung des Aspekts der Einheit der Rechtsordnung, Bern 2012.

<sup>14</sup> Vgl. zum Institut namentlich: *von Büren* (Fn. 13) 207 ff.; *Böckli* (Fn. 12) § 11 N 464 ff.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu namentlich die Rechtsvergleiche zum Konzern(haftungs-)recht in *Böckli* (Fn. 12) § 11 N 84 ff.; *Hofstetter* (Fn. 5) 119 ff.

<sup>16</sup> Vgl. zum Institut namentlich: *Böckli* (Fn. 12) § 11 N 475; *von der Crone* (Fn. 13) § 14 N 801 ff.

<sup>17</sup> Z.B. § 831 BGB; im US-amerikanischen Recht existiert ein vergleichbares Institut unter dem Namen «vicarious liability» bzw. «respondeat superior»; s. auch *Werro* (Fn. 4) 430 ff.

Strukturen und Prozesse nachweisen muss, soweit diese für die Sicherheit und Qualität ihrer Produkte relevant sind.<sup>18</sup>

Der Grundgedanke der Organisationshaftung lässt sich im Prinzip auch auf den Konzernkontext übertragen. Grössere Teile der Lehre in Deutschland<sup>19</sup> und der Schweiz<sup>20</sup> befürworten die Anwendbarkeit von Art. 55 OR in Konzernverhältnissen, wobei die Mutter als Geschäftsherrin der Tochter konzipiert wird. Die Idee einer Entfaltung von Art. 55 OR im Verhältnis zwischen der Konzernmutter und ihren Töchtern hat jedoch auch Gegner.<sup>21</sup> Das BGer hatte bisher noch keine Gelegenheit, sich vertieft mit der Frage auseinanderzusetzen. Ein Entscheid aus den Neunzigerjahren zeigt immerhin eine gewisse Offenheit für das Konzept.<sup>22</sup>

Für eine Anwendung von Art. 55 OR auf Konzernmuttergesellschaften als «Geschäftsherrinnen» ihrer Töchter lassen sich gute Gründe anführen, allerdings nur unter einschrän-

kenden Voraussetzungen, die nicht immer mit der nötigen Klarheit und Differenzierung referiert werden:

- Der Gedanke des Gleichlaufs von Haftung und Kontrolle spricht dafür, eine Muttergesellschaft dann, aber auch nur dann als «Geschäftsherrin» ihrer Töchter zu qualifizieren, wenn sie sich konkret über ihre Rolle als Aktionärin hinaus in deren Angelegenheiten einmischte. Als Kriterium bietet sich z.B. das dem schweizerischen Recht geläufige Konzept der «einheitlichen Leitung» an, das die Intervention der Mutter in strategische und operative Belange der Tochter voraussetzt.<sup>23</sup> Würde dagegen bereits die Mehrheitskontrolle als Aktionärin genügen, käme dies einer dem Aktienrecht widersprechenden Aushöhlung des Prinzips der Haftungstrennung gleich. Die Konzernmutter hätte dann gar keine Chance mehr, sich auf das ihr aktienrechtlich zugesicherte Haftungsprivileg zu berufen, selbst wenn sie sich auf die ihr (wiederum vom Aktienrecht) zugewiesene Rolle als Aktionärin beschränken würde. Das wäre ein Widerspruch in sich selbst.<sup>24</sup>
- Die Haftung der Konzernmutter als «Geschäftsherrin» ihrer Töchter kann zudem nur dann infrage kommen, wenn eine Tochtergesellschaft Drittpersonen widerrechtlich und kausal Schaden zufügte.<sup>25</sup> Diese gewichtige Einschränkung ergibt sich einerseits aus der Dogmatik von Art. 55 OR. Sie ist andererseits aber auch funktional von zentraler Bedeu-

<sup>18</sup> Vgl. hierzu namentlich *Heinz Rey/Isabelle Wildhaber*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2018 N 1117 ff.; *Roland Brehm*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61, 4. A., Bern 2013 (zit. *BK-Brehm*), Art. 55 OR N 80a ff.; BGE 110 II 456 (Schacht-rahmenfall).

<sup>19</sup> Aus der älteren Lehre: *Eckard Rehbinde*, Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Frankfurt am Main/Bad Homburg u.a. 1969, 529 ff.; für eine Analyse zum aktuellen Stand: *Sophie Nordhues*, Die Haftung der Muttergesellschaft und ihres Vorstands für Menschenrechtsverletzungen im Konzern, Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, Baden-Baden 2019, 140 ff.

<sup>20</sup> Im Sinne einer Auswahl: *von Büren* (Fn.13) 202 ff.; *Gregor Geisser*, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für «Menschenrechtsverletzungen» bei internationalen Sachverhalten, Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis von Völkerrecht und internationalem Privatrecht, Zürich 2013, N 568; *Lukas Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 2004, 344 ff.; *Hofstetter* (Fn. 5) 225 ff. und 239 ff.; *Max Albers-Schönberg*, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980, 174 ff.; die Möglichkeit erwähnend: *Karin Beyeler*, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Zürich 2004, 273; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7) S 60 N 44.

<sup>21</sup> Kritisch in der neueren Lehre: *Böckli* (Fn. 12) N 472, wonach feststehe, dass die Figur einer konzernspezifischen Deliktshaftung in der Praxis bislang wenig gebracht habe. *François Membrez*, Etude juridique – Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses, Genf 2012, 32 ff., welcher davon ausgeht, im geltenden Recht finde Art. 55 OR auf Tochterfirmen keine Anwendung. Er fordert deshalb, dass ein Artikel eingeführt werde, wonach Muttergesellschaften solidarisch mit ihren Tochtergesellschaften haften. Aus der älteren Lehre: *Markus Dennler*, Zürich 1984, 45; *Andreas von Planta*, Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel 1981, 137.

<sup>22</sup> Entscheid des BGer vom 11. Juni 1992 (R.Inc. gegen S. SA), zusammengefasst in: SJ 1992 627 f.

<sup>23</sup> Vgl. den Gesetzeswortlaut von Art. 663e Abs. 1 OR in der bis am 31. Dezember 2012 in Kraft stehenden Fassung «*Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern) [...]*». Der Begriff «einheitliche Leitung» wird erst durch die systematische Einmischung der Mutter in vitale Geschäftsführungsbereiche der Tochter erfüllt. Besondere Beachtung verlangt dabei die zentrale Rolle des Finanzwesens im Bereich der Konzernkontrolle, aber auch Eingriffe über die Strategieplanung, das Personalwesen, die Produktion oder den Absatz können bei entsprechendem Gewicht die einheitliche Leitung indizieren. Eine blosser Mehrheitsbeteiligung genügt dagegen nicht (*Hofstetter* [Fn. 5] 234 f.)

<sup>24</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Hofstetter* (Fn. 5) 241 f.

<sup>25</sup> Davon geht die herrschende Lehre aus: *BK-Brehm* (Fn. 18) Art. 55 N 4; *Walter Fellmann/Andrea Kottmann*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, N 753; *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. A., N 23.14. Teile der Lehre äussern sich betreffend Widerrechtlichkeit einschränkend: *Rey/Wildhaber* (Fn. 18) N 792, N 1045 und N 1064; vgl. ferner *Franz Werro*, La responsabilité civile, 3. A., Bern 2017, N 502: «La responsabilité de l'employeur suppose d'abord que les conditions générales de la responsabilité soient remplies: il faut donc un préjudice [...] et un lien de causalité naturelle et adéquate [...]. Celui-ci doit exister entre le préjudice et l'acte illicite de l'auxiliaire d'une part, et le défaut de diligence de l'employeur d'autre part».

tung. Die Legitimation für eine erleichterte Haftung der Konzernmutter gegenüber ausservertraglichen Tochtergläubigern über Art. 55 OR liegt primär in deren Kostenvorteilen bei der Kontrolle von Tochterrisiken in Bereichen, die der einheitlichen Leitung unterstehen. Diese Kostenvorteile bestehen jedoch nur unter der Voraussetzung, dass solche Risiken für die Konzernmutter identifizierbar, in ihren Folgen abschätzbar und mittels Präventionsmassnahmen beeinflussbar sind. Das wiederum ruft nach klarer Begrifflichkeit bei den Konzepten Widerrechtlichkeit, Kausalität und Schaden.<sup>26</sup> Die etablierte Dogmatik des geltenden schweizerischen Haftpflichtrechts bietet dafür eine wichtige Gewähr.<sup>27</sup>

- Eine Besonderheit der Geschäftsherrenhaftung liegt in der Beweislastregelung. Diese wurde im Rahmen der richterlichen Weiterentwicklung des Produkthaftungsrechts der Realität moderner Unternehmensorganisationen angepasst.<sup>28</sup> Sie müsste auch bei einer Anwendung von Art. 55 OR auf Konzernmuttergesellschaften konzernadäquat umformuliert werden. Art. 8 ZGB lässt dafür genügend Raum.<sup>29</sup> Auf dieser Basis liesse sich eine austarierte Beweislastregelung herleiten, die folgendermassen strukturiert werden könnte:
  - Die Kläger müssten beweisen, dass sie durch die Tochtergesellschaft widerrechtlich und kausal geschädigt wurden und dass die Tochter mindestens während einer

gewissen Zeit vor der Schädigung unter einheitlicher Leitung der Mutter stand.<sup>30</sup>

- Die Mutter müsste sich alsdann entlasten können, indem sie beweist, dass sie in den für die Schädigung entscheidenden Zeiträumen keine einheitliche Leitung ausgeübt hat, dass zwischen der Schädigung und der Ausübung einheitlicher Leitung kein funktioneller Zusammenhang existierte bzw. sie in der Ausübung einheitlicher Leitung alle gebotene Sorgfalt anwandte oder zwischen ihrer Sorgfaltswidrigkeit und der Schädigung der Kläger keine Kausalität bestand.<sup>31</sup>

### III. Internationalrechtliche Aspekte der Konzernhaftung

In der globalisierten Wirtschaft stellt sich die Frage der Haftung einer Muttergesellschaft für ihre Töchter häufig nicht innerhalb einer Rechtsordnung, sondern über zwei oder mehrere Rechtsordnungen hinweg. Der Fall Bhopal steht paradigmatisch hierfür. In dessen Zentrum stand die Frage der Haftung einer amerikanischen Mutter für deren indische Tochter.<sup>32</sup> Der Fall Seveso ist ein ähnliches Beispiel mit schweizerischem Bezug. Es ging dabei um die Haftung der Muttergesellschaft des Roche-Konzerns für einen Chemieunfall bei ihrer italienischen Tochter.<sup>33</sup> In diesen Fällen sind der materiellrechtlichen Haftungsfrage immer zwei Aspekte vorgelagert: die Klärung des Gerichtsstands der Muttergesellschaft und diejenige des anwendbaren Rechts.

Die Frage des Gerichtsstands<sup>34</sup> dürfte unter schweizerischem Recht selten streitig sein, weil die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für Muttergesellschaften mit Sitz in der Schweiz im Prinzip vorbehaltlos gilt.<sup>35</sup> In ausländischen Rechtsordnungen ist das dagegen nicht immer eindeutig. So lehnten die US-Gerichte im Fall Bhopal eine Zuständigkeit für Klagen gegen das amerikanische Mutterhaus des Union Carbide-Konzerns unter Berufung auf das Institut des «forum non conveniens» ab, sodass die Klage materiell ausschliesslich vor indischen Gerichten abgewickelt wurde.<sup>36</sup>

<sup>26</sup> Zu diesen Konzepten statt vieler: *BK-Brehm* (Fn. 18) Art. 41 N 15 ff.; *Fellmann/Kottmann* (Fn. 25) N 70 ff. Die Widerrechtlichkeit ist dabei mit der neueren Lehre richtigerweise als Verhaltensunrecht zu definieren, d.h. als Verletzung eines Gebots oder Verbots (vgl. *Fellmann/Kottmann* [Fn. 25] N 273 und N 334 ff. und dortige Referenzen; früh auch: *Portmann*, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht, SJZ 1993 273 ff., 277). Die Theorie des Erfolgsunrechts wäre dagegen vor allem bei den (im Kontext von Art. 55 OR besonders wichtigen) Unterlassungen untauglich. Auch das BGE hat deshalb im Entscheid BGE 4A\_520/2007 vom 31.3.2018 E. 2.1 zu Recht festgehalten: «Eine ausservertragliche Haftung wegen Unterlassung setzt auch bei der Beeinträchtigung eines absoluten Rechts ein Nichthandeln trotz Bestehens einer rechtlichen Handlungspflicht voraus. Denn der Grundsatz, dass die Verletzung eines absoluten Rechtsgutes per se widerrechtlich sei, ist auf die Beeinträchtigung durch aktives Handeln ausgerichtet.»

<sup>27</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Hofstetter* (Fn. 5) 240 f.; zur ökonomischen Funktion von Dogmatik im Haftpflichtrecht vgl. *Karl Hofstetter*, Neues Deliktsrecht für Unternehmen: Die Organisations- und Gefährdungshaftung im Vorschlag OR 2020, SZW 2015 322 ff.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 110 II 456 (Schachtrahmenfall); vgl. namentlich: *Rey/Wildhaber* (Fn. 18) N 1117 ff.; *BK-Brehm* (Fn. 18) Art. 55 OR N 80a ff.

<sup>29</sup> S. *Hofstetter* (Fn. 5) 230 f. und 239 ff.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu *Hofstetter* (Fn. 5) 240 ff.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu *Hofstetter* (Fn. 5) 242 ff.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu *Hofstetter* (Fn. 5) 27 ff.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu *Hofstetter* (Fn. 5) 34 ff.

<sup>34</sup> Zum Gerichtsstand ausführlich von *Büren* (Fn. 13) 571 ff.; *Hofstetter* (Fn. 5) 251 ff.; *Ivo Schwander*, Internationales Privatrecht (IPR) und Internationales Zivilprozessrecht (IZPR) des Konzernrechts, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII*, Bern 2013, 99 ff.

<sup>35</sup> Art. 151 IPRG.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu eingehend *Hofstetter* (Fn. 5) 28 f.

Wesentlich offener als die Gerichtsstandsfrage ist jene nach dem anwendbaren Recht.<sup>37</sup> Das hängt auch damit zusammen, dass dieses, je nach angerufenem Haftungsinstitut, unterschiedlich ist. Es gibt m.a.W. kein einheitliches IPR der Konzernhaftung. Immerhin gilt für Fragen des Gesellschaftsrechts und damit auch der Haftungstrennung der Tochter sowohl international wie nach schweizerischem IPR grundsätzlich das Tochterstatut.<sup>38</sup> Das ist in jeder Beziehung sachgerecht. Andernfalls könnte ein Gastland der Muttergesellschaft im Zusammenhang mit einer von ihr in Betracht gezogenen Investition haftungsmässig gar keinen verbindlichen Schutz vor politischen Risiken mehr gewähren. Darin läge nicht nur ein Eingriff in die Souveränität des Gastlandes, sondern es könnten auch volkswirtschaftlich wünschbare Investitionen, vor allem in politische Hochrisikoländer, verhindert werden.

Für Institute der Haftung der Mutter als Aktionärin, z.B. den Durchgriff, und für solche, bei denen die Mutter als Geschäftsführerin ihrer Tochter haftbar gemacht werden soll, z.B. die faktische Organschaft, kommt somit nach schweizerischem IPR zu Recht das Tochterstatut zur Anwendung. Bei der Haftung der Mutter als Drittperson gelten dagegen die jeweiligen Vertrags- und Deliktsstatute.<sup>39</sup> Diese können, müssen aber nicht mit dem Tochterstatut übereinstimmen. Entscheidend sind dabei die Handlungs- und Wirkungszentren der jeweils infrage stehenden Mutterakte. Das ist wiederum durchaus sachgerecht, weil die Muttergesellschaft diese Akte grundsätzlich in ihrer eigenen Hand hat und insofern auch das anwendbare Recht zumindest bis zu einem gewissen Grad steuern kann.

Wendet man Art. 55 OR, wie diskutiert, auch auf das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochterunternehmen an, muss man natürlich auch klären, welches Recht zur Anwendung kommt. Grundsätzlich gilt für die Geschäftsherrenhaftung das Deliktsstatut. Art. 133 Abs. 2 IPRG sieht den Primat des Erfolgsorts vor demjenigen des Handlungsorts vor, «wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolgs in diesem Staat rechnen musste». Diese Voraussetzung, welche wohl meistens zur Anwendung von Gastlandrecht führen würde, dürfte im Zusammenhang mit der «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung» durchwegs erfüllt sein. Der Grund liegt darin, dass dieses Institut gemäss der hier vertretenen Konzeption nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Tochter der einheitli-

chen Leitung der Mutter unterstand und der Schaden im Rahmen der einheitlichen Leitung verursacht wurde. Indem die Mutter sich für die einheitliche Leitung entschied, nahm sie nicht nur eine (beschränkte) direkte Haftung in Kauf, sondern in diesem Rahmen auch den Eintritt eines Schadens im Gastland. Die Anwendung von Gastlandrecht führt aber im Ergebnis dazu, dass das schweizerische Institut der «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung» nicht zur Anwendung kommt, wenn es um den typischen Fall der Haftung einer schweizerischen Muttergesellschaft für ihre ausländischen Töchter geht.

#### IV. Die Aushebelung der Grenzen einer «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung» durch die KVI

##### A. Das Konzept der KVI

Die KVI, im offiziellen Wortlaut Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», schlägt einen neuen Art. 101a der Bundesverfassung vor. Gemäss Abs. 1 soll der Bund verpflichtet werden, «Massnahmen zur Stärkung der Respektierung der Menschenrechte und der Umwelt durch die Wirtschaft» zu treffen. Das Herzstück der Initiative findet sich in Abs. 2. Dieser enthält weit ausgreifende Sorgfalts- und Haftungsbestimmungen für «Unternehmen mit satzungsmässigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz». Dabei stechen folgende Elemente heraus:

- eine Pflicht zur Respektierung der «international anerkannten Menschenrechte sowie der internationalen Umweltstandards» durch schweizerische Unternehmen und die «durch sie kontrollierten Unternehmen» im Ausland (lit. a);
- detaillierte Sorgfaltspflichten für solche Unternehmen in Bezug auf Menschenrechte und Umwelt, wobei sich diese Pflichten wiederum auch auf kontrollierte Unternehmen und darüber hinaus auf «sämtliche Geschäftsbeziehungen» erstrecken (lit. b);
- eine spezifische, dem Konzept von Art. 55 OR entlehnte Haftung schweizerischer Unternehmen für «durch sie kontrollierte Unternehmen aufgrund der Verletzung von international anerkannten Menschenrechten oder internationalen Umweltstandards». Die Unternehmen sollen sich nur dann entlasten können, «wenn sie beweisen, dass sie alle gebotene Sorgfalt gemäss Buchstabe b angewendet haben, um den Schaden zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre» (lit. c);

<sup>37</sup> Zum anwendbaren Recht ausführlich von Büren (Fn. 13) 552; Hofstetter (Fn. 5) 245 ff.; Schwander (Fn. 34) 81 ff.

<sup>38</sup> Art. 154 IPRG; Schwander (Fn. 34) 96 f.; Hofstetter (Fn. 5) 246.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu Hofstetter (Fn. 5) 247 ff.

- eine IPR-Regel, wonach alle Bestimmungen gemäss lit. a-c in jeder internationalrechtlichen Konstellation zwingend anzuwenden sind (lit. d.).

## B. Konstruktionsfehler der KVI im Vergleich mit der «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung»

Die dargestellte Figur der «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung» lässt sich, wie gezeigt, sowohl sachlich-funktional, sprich unter volkswirtschaftlichen Effizienzgesichtspunkten, wie dogmatisch, d.h. im Rahmen des geltenden schweizerischen Rechtskanons, sehr gut begründen. Sie besteht den Doppeltest unter anderem deshalb, weil sie drei gewichtige Punkte erfüllt:

- Sie respektiert und schützt im Grundsatz die wesentliche und legitime wirtschaftliche Funktion der Haftungstrennung im Konzern. Sie öffnet diese nur sehr beschränkt für den Fall, dass die Muttergesellschaft eine Tochter über ihre Aktionärsrolle hinaus einheitlich leitete.<sup>40</sup> Damit entscheidet die Muttergesellschaft letztlich selbst, ob und inwieweit sie sich der Geschäftsherrenhaftung unterstellt. In diesem Sinn ist die Haftung das deliktsrechtliche Pendant zu der im schweizerischen Recht ebenfalls möglichen Haftung der Konzernmutter aus faktischer Organschaft.
- Die «konzernadäquate Geschäftsherrenhaftung» bewegt sich im schmalen Bereich des klassischen Deliktsrechts. Sie setzt die widerrechtliche Verursachung eines Schadens durch die Tochtergesellschaft voraus. Nach richtiger Auffassung bedeutet dies die Verletzung einer Verhaltensnorm der schweizerischen Rechtsordnung, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dient.<sup>41</sup> Das sind Bestimmungen mit rechtsstaatlicher und demokratischer Legitimation. Darin liegt eine nicht zu unterschätzende Eingrenzung der Pflichten der Konzernmutter, welche diese im Rahmen ihrer einheitlichen Leitung zu erfüllen hat.
- Gemäss den Regeln des IPRG kommt die Geschäftsherrenhaftung des schweizerischen Rechts typischerweise nicht zur Anwendung, wenn es um Klagen gegen schweizerische Muttergesellschaften im Zusammenhang mit ausländischen Tochterunternehmen geht.<sup>42</sup> Das schützt nicht nur die Souveränität der Gaststaaten als Gut an sich, sondern auch deren Fähigkeit, gegenüber Konzernmuttergesell-

schaften glaubwürdige Zusicherungen zum Haftungsprivileg für Tochtertätigkeiten im Gastland abzugeben.

Das Konzernhaftungskonzept der KVI erfüllt den erwähnten wirtschaftlichen und rechtlichen Doppeltest dagegen in keiner Weise. Das Konzept scheitert im Vergleich mit der «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung» gemäss Art. 55 OR auf mehreren Ebenen:

- Unbestimmter Rechtskatalog: Die KVI operiert mit einem nur in Umrissen bestimmten Rechtskatalog, indem sie schweizerische Unternehmen auf «alle international anerkannten Menschenrechte sowie die internationalen Umweltstandards» verpflichten will. Das ist eine extrem offene Haftungsbasis, die auch bezüglich ihrer Weiterentwicklung jeglicher Kontrolle des schweizerischen Gesetzgebers entzogen wird. Sie ist deshalb nicht mit der eng an die schweizerische Rechtsordnung gekoppelten Widerrechtlichkeit des klassischen Deliktsrechts, inkl. Art 55 OR, vergleichbar. Durch die direkte Verweisung auf international anerkannte «Standards» fehlt ihr zudem die rechtsstaatliche und demokratische Legitimation schweizerischer Gesetzesnormen. Darüber hinaus enthält der Katalog alle klassischen Menschenrechte, die sich gar nicht an Unternehmen, sondern ausschliesslich an Staaten richten. Damit würde die KVI das Feld öffnen, um private Unternehmen auch für politische Menschenrechtsverletzungen durch Gaststaaten verantwortlich zu machen.
- Extensive Haftung für Dritte: Die KVI geht weit über die Haftung für einheitlich geleitete Tochterunternehmen hinaus. Die von ihr postulierten Sorgfaltspflichten erstrecken sich auf «kontrollierte Unternehmen sowie auf sämtliche Geschäftsbeziehungen». Damit wird die Widerrechtlichkeits- und Verschuldensbasis für eine Haftung von Schweizer Unternehmen aufgrund menschen- und umweltrechtlicher Vergehen Dritter gelegt. Zu diesen Dritten könnten, nebst Zulieferfirmen («up stream») und Kunden («down stream»), insbesondere auch Gastlandregierungen gehören, mit denen Investitionsarrangements getroffen oder andere Verträge geschlossen wurden. Damit würden Tür und Tor geöffnet für Klagen gegen Schweizer Unternehmen mit dem Argument, diese hätten Menschenrechtsverletzungen durch Regierungen in Gaststaaten gefördert, indem sie diese mittels ihrer geschäftlichen Beziehungen gestützt oder sogar ermutigt hätten. Solche Klagekonstruktionen wurden international in den letzten Jahren immer wieder versucht, in der Schweiz würde mit der KVI erstmals eine explizite rechtliche Basis hierfür geschaffen.

<sup>40</sup> S. oben unter II.C.

<sup>41</sup> Zu den dogmatischen Fragen rund um den Begriff der Widerrechtlichkeit s. oben unter II.C., insbesondere Fn. 26.

<sup>42</sup> S. oben unter III.

- Gefährliche Beweislastumkehr: Die Beweislastumkehr gemäss Art. 55 OR, die im Rahmen der «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung» in eine austarierte Beweislastregelung eingebettet werden kann, lässt sich sowohl wirtschaftlich wie juristisch gut rechtfertigen. Das ist für die in der KVI vorgeschlagene Beweislastumkehr dagegen eindeutig nicht der Fall. Der nur in Umrissen bestimmte, offene Rechtskatalog in Kombination mit der extensiven Ausweitung der Haftung für Drittverhalten entfernt das Haftungskonzept der KVI vom wirtschaftsrechtlich zentralen Grundsatz des Gleichlaufs von Haftung und Kontrolle: Der Verantwortungsbereich der Unternehmen wird in einer Weise geöffnet, die es nicht mehr erlaubt, diesen berechenbar zu organisieren und zu kontrollieren. Die gemäss Art. 101a Abs. 2 lit. c KVI vorgeschlagene, im Prinzip an Art. 55 OR orientierte Beweislastumkehr potenziert die Unberechenbarkeit zusätzlich und ist in dieser Konstellation deshalb klar abzulehnen.

Die Beweislastumkehr der KVI deckt, im Gegensatz zum Haftungspotenzial an sich, zwar nicht den ganzen Verantwortungsbereich der Unternehmen für Dritte ab, sondern nur denjenigen für «kontrollierte Unternehmen». Damit sind aber keineswegs nur einheitlich geleitete Tochtergesellschaften gemeint. Ob ein Unternehmen ein anderes kontrolliert, soll sich gemäss KVI nach den «tatsächlichen Verhältnissen» bestimmen, wobei eine Kontrolle «faktisch auch durch wirtschaftliche Machtausübung» erfolgen kann. Das erfasst nebst Tochterunternehmen auch Zulieferer und andere Geschäftspartner, die wirtschaftlich stark von der Zusammenarbeit mit dem betreffenden Schweizer Unternehmen abhängig sind.

- Eingriff in das vom Gastland gewährte Haftungsprivileg: Gemäss der in Art. 101a Abs. 2 lit. d KVI enthaltenen IPR-Bestimmung gelten die Haftungsregeln der KVI zwingend, d.h. auch dann, wenn das IPRG eigentlich auf das Gastlandstatut verweisen würde. Die Auswirkungen dieser extraterritorialen Bestimmung sollte man nicht unterschätzen. Sie bedeuten in concreto, dass dem Gastland die Möglichkeit entzogen wird, das von ihm zugesagte Haftungsprivileg für Tochtergesellschaften mit Sitz in seinem Territorium einzuhalten. Dies gilt selbst dann, wenn die Muttergesellschaft sich gegenüber der Tochter auf ihre Aktionärsrolle beschränkt, weil die Haftung (inkl. Beweislastumkehr) der KVI auf die faktische Kontrolle abstellt statt auf die einheitliche Leitung. Damit hätten vor allem Gastländer mit hohen politischen Risiken keine Chance mehr, gegenüber Schweizer Unternehmen glaubwürdige Zusagen zur maximalen finanziellen Exposition geplanter Investitionen

zu machen. Dieser Effekt wird verstärkt, indem die KVI die Konzernmutterhaftung nicht subsidiär vorsieht, sondern als Primärhaftung konzipiert. Dies bedeutet, dass sie nicht – wie etwa der haftungsrechtliche Durchgriff – erst zum Tragen kommt, wenn die Aktiven der Tochtergesellschaft nicht mehr ausreichen,<sup>43</sup> sondern völlig unabhängig von einer Erstklage gegenüber der Tochter. Damit wird das Prinzip der Haftungstrennung von Tochtergesellschaften vollends ad absurdum geführt. Als Resultat könnten volkswirtschaftlich sinnvolle Investitionen, vor allem in Gastländer mit hohem politischem Risiko, unterbleiben.

## V. Internationale Vergleiche

### A. Allgemeines

Die Arbeiten und die Berichterstattung von *John Ruggie* im Auftrag der UN lösten eine internationale Diskussion zur Verantwortung der Unternehmen für die Respektierung von Menschenrechten aus. Die Empfehlungen *Ruggies* aus dem Jahr 2011 richten sich sachgerecht primär an die Staaten.<sup>44</sup> Sie sprechen sich zusätzlich dafür aus, dass auch Unternehmen im Rahmen ihrer Aktivitäten die Menschenrechte beachten.<sup>45</sup> Die Empfehlungen enthalten zwar eine Aufforderung an die Staaten, den Opfern von Menschenrechtsverletzungen innerhalb ihres Territoriums Wiedergutmachung zu ermöglichen.<sup>46</sup> Von einer Aufforderung, Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen haftbar zu machen, sind sie aber weit entfernt. Unter dem Titel «Remediation» wird vorsichtig festgehalten:

*«Where business enterprises identify that they have caused or contributed to adverse impacts, they should provide for or cooperate in their remediation through legitimate processes.»*<sup>47</sup>

Die Empfehlungen *Ruggies* lassen Raum für unterschiedliche Ansätze zu ihrer Umsetzung, zumal ihnen ohnehin keine Verbindlichkeit zukommt. Die durch sie ausgelöste Debatte

<sup>43</sup> *Von Büren* (Fn. 13) 184; *Hofstetter* (Fn. 5) 186; *von der Crone* (Fn. 13) § 15 N 154.

<sup>44</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, United Nations, New York und Genf 2011, <[https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf)> zuletzt besucht am 21.2.2019, 1 ff., 3 ff.

<sup>45</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights (Fn. 44) 11 ff.

<sup>46</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights (Fn. 44) 25 ff.

<sup>47</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights (Fn. 44) 22.

führte aber zu einer Vielfalt an Aktivitäten auf internationaler und nationaler Ebene mit dem Ziel, Unternehmen in adäquater Weise auf die Menschenrechte zu verpflichten. International ist insbesondere auf die Bemühungen der OECD im Rahmen der «Leitsätze für multinationale Unternehmen» hinzuweisen.<sup>48</sup> Auf die verschiedenen nationalen Versuche, der Grundidee der Ruggie-Prinzipien zum Durchbruch zu verhelfen, wird hier nicht eingegangen.<sup>49</sup> Andere Publikationen und Rechtsvergleiche haben sich bereits damit befasst.<sup>50</sup> Es ist immerhin festzuhalten, dass keine dieser nationalen Entwicklungen zu einem annähernd weit ausgreifenden Haftungsregime führten, wie es die KVI vorschlägt.<sup>51</sup> Das gilt auch für die im Jahr 2017 erlassene französische «Loi vigilance».<sup>52</sup> Ernsthafte Versuche, ein ähnliches Haftungsregime aufzuziehen, wie es der KVI vorschwebt, gab es hingegen in den USA. Auf sie soll deshalb speziell eingegangen werden.

## B. USA

Die USA waren und sind wohl immer noch das Land mit der dynamischsten Rechtsprechung. Verschiedene Gründe haben dazu geführt, dass in den USA auf dem Klageweg immer wieder mit neuen Ansätzen experimentiert wird. Das gilt auch und gerade für das Haftungsrecht. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass der Versuch, Unternehmen in grossem Stil für Menschenrechtsverletzungen im Ausland haftbar zu machen, erstmals in den USA gestartet wurde. Als Basis diente das sog. Alien Torts Statute (im folgenden ATS), ein Relikt aus dem 18. Jahrhundert, das die Zuständigkeit der US-Gerichte für Deliktklagen von Ausländern aufgrund von Verletzungen des

Völkerrechts verankerte. In neuerer Zeit versuchten Klageanwälte, das ATS für Klagen gegen Unternehmen wegen Verletzungen von Menschenrechten nutzbar zu machen. Ein frühes Beispiel waren Klagen im Jahre 1996 gegen Ölfirmen im Zusammenhang mit dem Bau einer Pipeline in Myanmar. Später folgten Prozesse gegen schweizerische und andere Unternehmen im Zusammenhang mit deren Präsenz in Südafrika während der Zeit der Apartheid.<sup>53</sup> Die Unternehmen wurden nicht nur beschuldigt, direkt für Menschenrechtsverletzungen, z.B. gegenüber Arbeitnehmern, verantwortlich gewesen zu sein, sondern auch indirekt für solche, welche angeblich von den betreffenden Gastlandregierungen begangen wurden. Auch wenn diese Klagen letztlich meist nicht erfolgreich waren, kam es zu Vergleichen, beispielsweise geschätzte 25 Mio. USD mit Unocal im Zusammenhang mit der Ölpipeline in Myanmar.<sup>54</sup>

Der US Supreme Court hatte in den letzten Jahren mehrmals Gelegenheit, sich mit Klagen auf der Basis des ATS zu befassen. Er engte dabei die Tragweite des Statuts konsequent ein. Seine Skepsis bezüglich der Instrumentalisierung des ATS für Klagen gegen Unternehmen brachte er in seinem jüngsten Urteil besonders deutlich zum Ausdruck. In der Jesner-Entscheidung vom 24.4.2018<sup>55</sup> wies er eine Klage von Terroropfern gegen eine jordanische Bank mit einer Filiale in New York, die angeblich die Hamas finanzierte, als unzulässig ab. Er verneinte dabei ausdrücklich, dass es zulässig sei, auf der Basis des ATS Unternehmen einzuklagen, jedenfalls ausländische. Er liess dabei deutlich seine Befürchtung durchblicken, dass die Zulassung derartiger Klagen zu Schwierigkeiten für US-Unternehmen im Ausland führen könnte und dass es nicht Aufgabe der Gerichte sei, sich ohne klares Mandat des Gesetzgebers auf diese Weise in fremde Händel einzumischen. Er wies auch auf die potenziell kontraproduktiven wirtschaftlichen Auswirkungen einer Zulassung von Klagen gegen ausländische Unternehmen unter dem ATS hin:

*«In other words, allowing plaintiffs to sue foreign corporations under the ATS could establish a precedent that discourages American corporations from investing abroad, including in developing economies where the host government might have a history of alleged human-rights violations, or where judicial systems might lack the safeguards of United*

<sup>48</sup> <<http://mneguidelines.oecd.org/>> zuletzt besucht am 21.2.2019.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu die Nationalen Aktionspläne des Vereinigten Königreichs, Niederlande, Dänemark, Finnland, Litauen, Schweden, Norwegen, Kolumbien, Schweiz, Italien, USA, Deutschland, Frankreich, Polen, Spanien, Belgien, Chile, Tschechien, Irland, Luxemburg, Slowenien, sowie eine Auflistung von Staaten, welche voraussichtlich einen Plan erstellen werden/in welchen Schritten betreffend Erstellung unternehmen worden sind, unter <<https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx>> zuletzt besucht am 21.2.2019.

<sup>50</sup> Namentlich *Christine Kaufmann*, Menschen- und Sorgfaltsprüfung im internationalen Vergleich, Wie sinnvoll ist ein «Swiss Finish»? AJP 2017 967 ff.; *Kaufmann* (Fn. 2) SZW 2018 329 ff.

<sup>51</sup> Vgl. z.B. rechtsvergleichender Bericht des Bundesrates vom 2.5.2014 in Erfüllung des Postulates 12.3980 an die Aussenpolitische Kommission Nationalrat «Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechten und Umwelt im Zusammenhang mit den Auslandaktivitäten von Schweizer Konzernen», 7 ff.

<sup>52</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074 du 28 mars 2017; Code de Commerce Art. L225-102-4 f.

<sup>53</sup> Vgl. z.B. «Swiss banks reject links between investment and apartheid», swissinfo vom 12.11.2002.

<sup>54</sup> Vgl. Energy giant agrees settlement with Burmese villagers, The Guardian vom 14.12.2004.

<sup>55</sup> Entscheidung des Supreme Court of the United States, *Jesner et al v. Arab Bank, PIC*, vom 24.4.2018.

*States courts. And, in consequence, that often might deter the active corporate investment that contributes to the economic development that so often is an essential foundation of human rights.»<sup>56</sup>*

Die Jesner-Entscheidung musste sich aufgrund der Fakten zwar nicht mit der Frage befassen, ob in Zukunft auch Klagen gegen US-Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen im Ausland auf Basis des ATS unzulässig seien. Verschiedene Ausführungen des Supreme Court lassen das aber zumindest als möglich, wenn nicht gar wahrscheinlich erscheinen. Besonders deutlich wird dies an den Stellen, in welchen der Supreme Court grundsätzlich infrage stellt, ob die Zielsetzungen des ATS überhaupt mit einer Haftung der Unternehmen vereinbar seien oder ob es nicht sachgerechter wäre, für Menschenrechtsverletzungen nur die verantwortlichen Individuen ins Recht zu fassen:

«*It has not been shown that corporate liability under the ATS is essential to serve the goals of the statute [...] plaintiffs can still sue the individual corporate employees responsible for a violation of international law under the ATS. If the Court were to hold that foreign corporations have liability for international-law violations, then plaintiffs may well ignore the human perpetrators and concentrate instead on multinational corporate entities.»<sup>57</sup>*

## VI. Implikationen für einen Gegenvorschlag des Parlaments zur KVI

### A. Parlamentarische Bemühungen um einen indirekten Gegenvorschlag

Die grundsätzlichen Sympathien für den Schutz von Menschenrechten rund um den Globus auf der einen und die ernsthaften Bedenken gegenüber den haftungsrechtlichen Konstruktionsfehlern der KVI auf der andern Seite führten 2018 und Anfang 2019 zu intensiven Bemühungen im Parlament, einen indirekten Gegenvorschlag zur Initiative zu erarbeiten. Der Nationalrat erliess im Schnellverfahren einen ersten Entwurf (im Folgenden GGV-NR),<sup>58</sup> der danach zu

intensiven Diskussionen im Ständerat bzw. in dessen Rechtskommission Anlass gab.<sup>59</sup> Der Ständerat entschied am 12.3.2019 aber mit knapper Mehrheit Nichteintreten auf das Projekt eines Gegenvorschlags und sprach sich gleichentags – wie früher bereits der Bundesrat – gegen die Initiative aus.<sup>60</sup> Damit wurde das Geschäft wieder an den Nationalrat zurückverwiesen. Es dürfte von diesem in der Sommersession 2019 behandelt werden. Es ist aufgrund des ständerätlichen Entscheids zwar eher unwahrscheinlich, dass es noch zu einem indirekten Gegenvorschlag kommen und die Initiative als Folge davon zurückgezogen wird. Die Vorschläge des Nationalrats sollen trotzdem einer zumindest kursorischen wirtschaftsrechtlichen Bewertung unterzogen werden. Dabei lässt sich ganz allgemein festhalten, dass der GGV-NR die gravierenden Konzeptionsmängel der KVI nicht entscheidend korrigierte.

### B. Gegenvorschlag des Nationalrats aus Sicht des Wirtschaftsrechts

– Rechtskatalog: Der GGV-NR übernahm im Prinzip den gesamten Menschen- und Umweltrechtskatalog der KVI als Grundlage der Widerrechtlichkeit. Er konkretisierte diesen in Art. 716a<sup>bis</sup> zudem dahingehend, dass damit nur «die für die Schweiz verbindlichen internationalen Bestimmungen» gemeint seien. Damit ergab sich zwar eine gewisse Einengung der infrage kommenden Normen, aber keine entscheidende. Aus Sicht des Wirtschaftsrechts wäre wesentlich gewesen, diese Standards zusätzlich auf solche einzuschränken, die sich tatsächlich an Unternehmen und nicht bloss an Staaten richten. Versuchen, die Unternehmen für staatliches Versagen in Gastländern mitverantwortlich zu machen, wäre damit a priori der Boden entzogen gewesen.

Des Weiteren hätte sichergestellt werden müssen, dass internationale Menschenrechts- und Umweltstandards, die nicht weltweit, sondern nur in bestimmten Regionen oder Ländern gelten, auch Unternehmen nur geografisch beschränkt binden. Falls etwa aus der EMRK irgendwelche Ansprüche gegenüber Unternehmen abgeleitet würden,

<sup>56</sup> Entscheid des Supreme Court of the United States, *Jesner et al v. Arab Bank, PIC*, vom 24.4.2018, II/B/3.

<sup>57</sup> Entscheid des Supreme Court of the United States, *Jesner et al v. Arab Bank, PIC*, vom 24.4.2018, II/B/3.

<sup>58</sup> Fahne 2018 II N: N 2-11, Sommersession Nationalrat, Entwurf 2, Beschluss vom 14.6.2018 <[https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/N\\_2-11%20D.pdf](https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/N_2-11%20D.pdf)> zuletzt besucht am 21.2.2019.

<sup>59</sup> Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats verabschiedete am 19.2.2019 einen Entwurf (Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 20.2.2019 <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2019-02-20.aspx>> zuletzt besucht am 21.2.2019), über welchen der Ständerat am 12.3.2019 beriet.

<sup>60</sup> S. Medienmitteilung der SDA vom 12.3.2019 <[https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2019/20190312122743003194158159041\\_bsd097.aspx](https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2019/20190312122743003194158159041_bsd097.aspx)> zuletzt besucht am 14.2.2019.

könnte es nicht angehen, diese auch ausserhalb Europas anzuwenden. Sonst entstünde die paradoxe Situation, dass Unternehmen in Gaststaaten für Menschenrechtsstandards geradestehen müssten, für welche der Gaststaat keine internationale Verpflichtung hätte. Dasselbe würde z.B. für die Klimaziele des Pariser Umweltübereinkommens gelten. Die Beispiele zeigen exemplarisch die Gefahren des offenen Rechtskatalogs der KVI, denen im Zusammenhang mit einem Gegenvorschlag höchste Beachtung hätte geschenkt werden müssen.

- Haftung für Dritte: Der GGV-NR implementierte grosso modo die Sorgfaltspflichten der KVI. Sie erfassten insbesondere «auch die Auswirkungen der Geschäftstätigkeit von kontrollierten Unternehmen und aufgrund von Geschäftsbeziehungen mit Dritten». Damit bannte auch er das Gespenst der extensiven Haftung der KVI für Dritte nicht. Daran ändert nichts, dass er die Unternehmenshaftung explizit zwar nur für «kontrollierte Unternehmen» erwähnte und diese in Art. 55 OR einbaute. Die eine Verantwortung für Drittverhalten einschliessende Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates, die nach ihrem Zweck auch Drittgeschädigte schützen sollte, hätte dazu eingeladen, über Art. 41 OR und ZGB 55 eine Haftung des Unternehmens auch ausserhalb von Art. 55 OR zu begründen.
- IPR und Subsidiarität: Der GGV-NR enthielt eine relativ komplizierte IPR-Regel, welche im Ergebnis aber nicht stark von der Konzeption der KVI abwich. Die materiellrechtlichen Regeln zur Unternehmenshaftung im Bereich der Menschenrechte und Umwelt hätten damit das Gastlandrecht grundsätzlich verdrängt. Die Kritik an dieser exzessiven Extraterritorialität musste deshalb dieselbe sein wie im Rahmen der KVI. Sie musste, wiederum analog zur KVI, vor allem auch darum besonders scharf ausfallen, weil die Haftung der Konzernmutter in keiner Art und Weise subsidiär zu derjenigen der Tochtergesellschaft gestaltet war. Damit wären – ohne Not – nicht nur Souveränitätsrechte des Gastlands usurpiert, sondern es wäre auch das Haftungstrennungsprinzip am zuständigen Gastland vorbei unterwandert worden. Den volkswirtschaftlichen Preis hierfür hätte wiederum das Gastland bezahlt.
- Geschäftsherrenhaftung: Der GGV-NR entwarf einen neuen Art. 55 Abs. 1<sup>bis</sup> OR, der die Haftung der Konzernmutter für die Verletzung menschen- und umweltrechtlicher Bestimmungen durch «tatsächlich kontrollierte Unternehmen» im Ausland vorsah. Die Haftung wäre zwar sachgerecht auf Schäden an Leib, Leben und Eigentum eingeschränkt gewesen, womit reine Vermögensschäden ausgeschlossen waren. Der Vorschlag litt aber nichtsdes-

totrotz an den bereits beschriebenen, völlig unzureichenden Einschränkungen des Rechtskatalogs. Er verpasste es zudem, die einheitliche Leitung zur Grundlage der Haftung für Tochtergesellschaften zu machen, und benutzte stattdessen den Begriff der tatsächlichen Kontrolle. Um die Gefahr mindestens teilweise zu entschärfen, dass damit zu viele Drittunternehmen hätten erfasst werden können, sah Abs. 1<sup>ter</sup> vor, dass ein Unternehmen ein anderes nicht allein deswegen kontrolliert, «weil dieses von jenem wirtschaftlich abhängt».

- Beweislast: Die im GGV-NR vorgesehene Beweislastumkehr orientierte sich am Konzept der Organisationshaftung. Die Konzernmutter sollte sich mit dem Nachweis entlasten können, dass sie die «geforderten Massnahmen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt» getroffen hatte, «um einen Schaden dieser Art zu verhüten», oder dass sie auf das rechtswidrige Verhalten des kontrollierten Unternehmens «keinen Einfluss nehmen» konnte. Eine Beweislastregel dieser oder ähnlicher Art wäre wirtschaftsrechtlich höchstens dann durchgegangen, falls die übrigen expansiven Elemente des Haftungskonzepts des GGV-NR, inkl. Rechtskatalog, Kontrollbegriff, Haftung für Dritte und fehlende Subsidiarität, korrigiert worden wären. Ansonsten hätte die Beweislastumkehr nur als Brandbeschleuniger einer ausser Kontrolle geratenen Haftungskonzeption gewirkt.

### C. Nichteintreten des Ständerats

Der Ständerat beschloss an seiner Sitzung vom 12.3.2019 mit 22 zu 20 Stimmen, auf das Geschäft für einen indirekten Gegenvorschlag nicht einzutreten. Die Rechtskommission des Zweitrats hatte sich zwar intensiv mit den Vorschlägen des Nationalrats befasst und diesen mit mehreren inhaltlichen Retouchen versehen. Dazu gehörte insbesondere auch eine «Subsidiaritätsklausel», welche Klagen gegen «kontrollierende Unternehmen» in der Schweiz nur dann zugelassen hätte, nachdem das «kontrollierte Unternehmen im Ausland» in Konkurs geraten war oder wenn glaubhaft gemacht worden wäre, dass «die Rechtsverfolgung im Ausland gegen das kontrollierte Unternehmen im Vergleich zur Klage in der Schweiz gegen das kontrollierende Unternehmen erheblich erschwert» gewesen wäre. Diese Klausel, welche von den Initianten vehement bekämpft wurde, hätte zumindest in die richtige Richtung gewiesen, auch wenn sie die Klagehürde in der Schweiz immer noch zu tief angesetzt hätte. Die Diskussionen rund um die Subsidiaritätsklausel, aber auch die Unmöglichkeit von vernünftigen politischen Kompromissen zu anderen um-

strittenen Themen des Gegenvorschlags veranlassten die Mehrheit des Ständerats, auf das Projekt gar nicht erst einzutreten.

## VII. Fazit

Die KVI hat in der Schweiz eine politische und wirtschaftsrechtliche Debatte zur Konzernhaftung im Allgemeinen und zur Geschäftsherrenhaftung im Besonderen ausgelöst. Im politischen Diskurs standen bisher die menschen- und umweltrechtlichen Anliegen der Initiative im Vordergrund. Die inzwischen in Gang gekommene wirtschaftsrechtliche Debatte hat die Chance, die Diskussion mit ebenso wichtigen Überlegungen zur Funktion der Haftungstrennung im Konzern und zu den wirtschaftlichen Auswirkungen des vorgeschlagenen Haftungsregimes zu ergänzen.

Das Haftungskonzept der KVI baut auf zwei Bausteinen auf: weit ausgreifenden Sorgfaltspflichten der Konzernmutter bezüglich Tochtergesellschaften und weiteren Geschäftspartnern auf der einen und einer an der Geschäftsherrenhaftung orientierten Beweislastumkehr für das Geschäftsgebahren «kontrollierter Unternehmen» auf der anderen Seite. Die Sorgfaltspflichten werden dabei so weit gefasst, dass sie sowohl bezüglich ihres Inhalts wie ihres Anwendungsbereichs uferlos wirken. Inhaltlich bauen sie auf einen völlig offenen und der Kontrolle der schweizerischen Rechtsordnung entzogenen Rechtskatalog. Bezüglich ihres Anwendungsbereichs erfassen sie «sämtliche Geschäftsbeziehungen», womit nebst Lieferketten und Kunden auch alle anderen Geschäftspartner, inkl. Gastlandregierungen, ins Visier des Haftungsregimes geraten. Das eröffnet Möglichkeiten, Konzerne für staatliches Versagen in Gastländern verantwortlich zu machen.

Dass die KVI dieses Haftungsregime mit einer Beweislastumkehr zulasten der Konzernmutter für das Geschäftsgebahren der von ihr «kontrollierten Unternehmen» kombiniert, potenziert seine Unberechenbarkeit zusätzlich. Der Dreiklang eines unbestimmten Rechtskatalogs, eines kaum begrenzten Anwendungsbereichs und einer Beweislastumkehr entkoppelt

die wirtschaftsrechtlich zentrale Kongruenz von Kontrolle und Haftung. Dieses Defizit geht einher mit der Unterwanderung der für Investitionen in Gastländern zentralen Haftungstrennung im Konzern. Besonders schwer wiegt dabei, dass den Gastländern mit dem zwingend anwendbaren Haftungsregime der KVI die Kompetenz entzogen würde, Tochtergesellschaften mit einem umfassenden Haftungsprivileg auszustatten. Das könnte vor allem Investitionen in Hochrisikoländer abschrecken.

Die negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen der KVI dürften im Übrigen noch weiter gehen. Es wäre insbesondere damit zu rechnen, dass aufgrund der Unberechenbarkeit des Haftungskonzepts Konzerne ihre Lieferketten vereinfachen und konzentrieren würden. Darunter könnten vor allem kleinere Zulieferer in den ärmsten und politisch labilsten Ländern leiden, was wohl auch aus Sicht der KVI und ihrer Initianten kontraproduktiv sein dürfte.

Die Schweiz als Mutterland könnte insofern negativ von einer Umsetzung der KVI betroffen sein, als Unternehmen (einschliesslich KMU) die unbestimmten Haftungsgefahren in ihre Standort- und Investitionsentscheide miteinbeziehen müssten. Dabei wäre zu beachten, dass zwar auch in anderen Ländern politische Bemühungen im Gang sind, Unternehmen auf menschenrechtliche Minimalstandards zu verpflichten. Solche Versuche waren bisher aber höchstens punktuell und in begrenztem Rahmen erfolgreich. Ein Haftungsregime (wie von der KVI vorgeschlagen) wäre deshalb international einmalig, zumal der US Supreme Court den Versuchen, in den USA ein ähnliches Haftungsregime aufzuziehen, eine Absage erteilt hat.

Die Bemühungen des Parlaments, einen sachlich überzeugenden Gegenvorschlag zur KVI zu erarbeiten, waren nicht von Erfolg gekrönt. Der vom Nationalrat als Erstrat verabschiedete GGV-NR blieb in den Konzeptionsfehlern der Initiative stecken. Der Nichteintretensentscheid des Ständerats im März 2019 war aus dieser Sicht zu begrüßen. Damit dürfte es aller Voraussicht nach zu einer Volksabstimmung über die KVI kommen.