

Sachdokumentation:

Signatur: DS 2921

Permalink: www.sachdokumentation.ch/bestand/ds/2921



Nutzungsbestimmungen

Dieses elektronische Dokument wird vom Schweizerischen Sozialarchiv zur Verfügung gestellt. Es kann in der angebotenen Form für den Eigengebrauch reproduziert und genutzt werden (private Verwendung, inkl. Lehre und Forschung). Für das Einhalten der urheberrechtlichen Bestimmungen ist der/die Nutzer/in verantwortlich. Jede Verwendung muss mit einem Quellennachweis versehen sein.

Zitierweise für graue Literatur

Elektronische Broschüren und Flugschriften (DS) aus den Dossiers der Sachdokumentation des Sozialarchivs werden gemäss den üblichen Zitierrichtlinien für wissenschaftliche Literatur wenn möglich einzeln zitiert. Es ist jedoch sinnvoll, die verwendeten thematischen Dossiers ebenfalls zu zitieren. Anzugeben sind demnach die Signatur des einzelnen Dokuments sowie das zugehörige Dossier.

Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt»

Modellgesetz gestützt auf den Entwurf des Nationalrates

Gesetzestext, Erläuterung und Einordnung

7. Oktober 2020

Verfasst von: Dr. iur. GREGOR GEISSER* (Rechtsgutachter des Initiativkomitees)

Besprochen mit (alphabetisch geordnet, beginnend mit Prof.):

- Prof. Dr. iur. EVELYNE SCHMID** (im Fachbereich Völkerrecht)
- Prof. Dr. iur. WALTER STOFFEL** (im Fachbereich Gesellschaftsrecht und internationales Privatrecht)
- Prof. Dr. iur. FRANZ WERRO** (im Fachbereich Haftpflichtrecht mit Rechtsvergleichung)
- Rechtsanwältin CARINA FRÖHLI** (zur Anwendung der Geschäftsherrenhaftung auf Schweizer Konzerne im internationalen Verhältnis)

Der Verfasser dankt diesen Personen für ihren Input. Für den vorgeschlagenen Text zeichnet er allein verantwortlich.

* Zur Person s. unten Vertiefung/II.

** Zur Person s. unten Vertiefung/II.

Herausgeber:

Verein Konzernverantwortungsinitiative,
Monbijoustrasse 31, Postfach, 3001 Bern
+41 31 390 93 36 / info@konzern-initiative.ch



Inhaltsverzeichnis

Übersicht	6
I. Gesetzestext auf der Basis des Entwurfes des Nationalrates	6
II. Inhalt der Vorlage – Zusammenfassung	10
1. Grundkonzept – Entwurf des Nationalrates mit Anpassungen	10
2. Kernelemente der Vorlage	11
A. Kreis der betroffenen Unternehmen – Gross- und Hochrisikounternehmen (KMU-Entlastung nicht KMU-Belastung)	11
B. Sorgfaltsprüfungspflicht – «risikobasiert» und «angemessen» (Handlungspflicht keine Erfolgspflicht).....	12
a. Inhalt der Sorgfaltsprüfung	12
b. Materielle Bestimmungen für die Sorgfaltsprüfung – Respektierungspflicht	12
C. Umfang der Haftung – Verantwortlichkeit bei Verletzung grundlegender Rechtsgüter im Konzern (Konzernhaftung keine Zulieferhaftung)	14
a. Konzept.....	14
b. Haftungsvoraussetzungen im Überblick.....	15
c. Kontrolle – Haftung nur im Konzern	15
d. Schaden – Personen- oder Sachschaden.....	17
e. Widerrechtlichkeit – Fokus auf grundlegendste Rechtsgüter	18
f. Kausalzusammenhang	19
g. Fehlende Sorgfalt – unternehmerischer Entlastungsbeweis keine «Beweislastumkehr».....	19
D. Reichweite der Regelung in räumlicher Hinsicht – Pflicht von Schweizer Unternehmen (Schweizer Verantwortlichkeit kein «Rechtsimperialismus»)	20
a. Zuständigkeit – bestehender nicht neuer Gerichtsstand	20
b. Anwendbares Recht – Initiative schafft Rechtssicherheit	22
3. Ergebnis	24
Vertiefung	27
III. Ausgangslage – politischer Prozess	27
IV. Auftrag und Konsultation	28
V. Grundlagen und konzeptioneller Ansatz	29
VI. Die einzelnen Bestimmungen mit Erläuterungen	33
1. Pflichtenträger	33
A. Gesetzestext	33
B. Erläuterung.....	33
2. Inhalt der Sorgfaltsprüfungspflicht	34

A.	Verfassungstext.....	34
B.	Gesetzestext	34
C.	Erläuterung.....	35
3.	Massgebliche materielle Bestimmungen für die Sorgfaltsprüfung.....	38
A.	Verfassungstext.....	38
B.	Gesetzestext	38
C.	Erläuterung.....	38
4.	Persönlicher Geltungsbereich – betroffene Unternehmen.....	42
A.	Verfassungstext.....	42
B.	Gesetzestext	42
C.	Erläuterung.....	43
c.	Grundsätze – Rechtsformneutralität.....	43
d.	Regel – Grossunternehmen.....	44
e.	Ausnahme – Hochrisiko-KMU	44
f.	Ausschluss der übrigen KMU – Initiative wirkt entlastend	45
5.	Haftung.....	46
A.	Grundkonzept.....	46
B.	Haftungsvoraussetzungen im Überblick.....	48
a.	Verfassungstext.....	48
b.	Gesetzestext	49
c.	Erläuterung.....	49
C.	Schaden – Personen- oder Sachschaden.....	50
D.	Widerrechtlichkeit – Fokus auf die Verletzung grundlegendster Rechtsgüter ...	51
E.	Kausalzusammenhang.....	53
F.	Fehlende Sorgfalt – unternehmerischer Entlastungsbeweis.....	54
G.	Fokus haftungsrelevante Kontrolle – Beschränkung auf Konzern	56
a.	Verfassungstext.....	56
b.	Gesetzestext	56
c.	Erläuterung.....	57
d.	Fazit – Haftungsrelevante Kontrolle «in a nutshell».....	70
6.	Räumlicher Geltungsbereich – Internationales Privatrecht.....	73
A.	Verfassungstext.....	73
B.	Umsetzung auf Gesetzesebene.....	73
a.	Zuständigkeit – Initiative baut auf bestehenden Gerichtsstand am Sitz des Beklagten	73
b.	Anwendbares Recht – Initiative schafft Rechtssicherheit	75

c.	Gesamtergebnis – Anwendung von Schweizer Recht mit internationaler Fundierung für Schweizer Unternehmen.....	82
VII.	Gesamtbewertung.....	84
VIII.	Synoptischer Vergleich mit dem Gegenvorschlag	85

Übersicht

Legende
Für Gesetzestext:
Gesetzestext gemäss geltendem Recht
Gesetzestext gemäss Entwurf Nationalrat
Gesetzestext gemäss Vorschlag des Verfassers (Anpassungen am Text des Nationalrates)

I. Gesetzestext auf der Basis des Entwurfes des Nationalrates

OR, ZGB, IPRG werden wie folgt geändert:

[Basis:¹ Vom Nationalrat am 14. Juni 2018 mit 121:73 angenommener Entwurf **mit inhaltlichen Anpassungen für Modellgesetz**]

Art. 716a Absatz 1 OR

2. Unübertragbare Aufgaben

Pflichtenträger

¹ Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

5. die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen sowie der **internationalen**² Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland;

10. bei Gesellschaften, die verpflichtet sind, Massnahmen zur Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland zu treffen: die Erstellung des Berichts gemäss Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 4.

¹ Inhaltliche Grundlage bildet damit der Entwurf des Nationalrates nach Beschluss vom 14. Juni 2018 (NR 18) ([Fahne 7.5.2020](#), zweite Spalte); rechtstechnisch vollzogene Anpassungen, wie vom Nationalrat am 4. März 2020 (NR 20) ([Fahne 7.5.2020](#), vierte Spalte) verabschiedet, sind (soweit sinnvoll) ebenso übernommen worden. Inhaltliche Abstriche oder rein deskriptive Bestimmungen, die im Zuge des politischen Prozesses Eingang in den Gesetzestext gefunden haben und diesen ohne neuen Regelungsgehalt schwerfälliger gemacht haben, bleiben im Sinne eines schlanken und auf das Nötigste beschränkten Gesetzestextes hingegen unberücksichtigt. Dasselbe gilt für die Anträge der Rechtskommission des Ständerates vom 19. Februar 2019 (RK-S 2/19) ([Fahne 25.2.2019](#), dritte Spalte) und vom 21. November 2019 (RK-S 11/19) ([Fahne 28.11.2020](#), letzte Spalte); sollten die RK-S-Anträge in der Folge ausnahmsweise Modell stehen, wird dies in der Fussnote ausdrücklich vermerkt. Ansonsten ist die Basis in der Folge eine Kombination der Fassung NR 18 und NR 20 (diese Fassungen sind für den Nachvollzug des anschliessenden Gesetzestextes entsprechend zusammen zu lesen).

² Rein redaktionelle Klarstellung, keine inhaltliche Änderung (s. Art. 716a^{bis} Abs. 6 E-OR). In der Folge so nachvollzogen.

Art. 716a^{bis} OR

2a. Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland

¹ Der Verwaltungsrat trifft Massnahmen, die sicherstellen sollen, dass die Gesellschaft auch im Ausland die in ihren Tätigkeitsbereichen massgeblichen internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt einhält (Sorgfaltsprüfung). Der Verwaltungsrat hat hierbei folgende Aufgaben:

Sorgfaltsprüfungspflicht

1. Er ermittelt mögliche und tatsächliche Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und Umwelt und schätzt diese ein.
2. Er setzt unter Berücksichtigung der Einflussmöglichkeiten der Gesellschaft Massnahmen zur Minimierung der festgestellten Risiken sowie zur Wiedergutmachung von Verletzungen um.
3. Er überwacht die Wirksamkeit der Massnahmen.
4. Er berichtet über die Erfüllung der Aufgaben gemäss den Ziffern 1-3.*

² Gegenstand der Sorgfaltsprüfung sind auch die Auswirkungen der Geschäftstätigkeit von kontrollierten Unternehmen und aufgrund von Geschäftsbeziehungen mit Dritten.

^{2bis} Der Verwaltungsrat befasst sich vorrangig mit den schwersten Auswirkungen auf Menschenrechte und Umwelt. Er wahrt den Grundsatz der Angemessenheit.

* *Drittera* Abschnitt: Bericht über die Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland

Reporting

Art. 961e OR

Der Bericht nach Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 4 ist öffentlich zugänglich zu machen.

persönlicher Geltungsbereich	<p>³ Dieser Artikel findet Anwendung auf Gesellschaften, die, allein oder zusammen mit einem oder mehreren von ihnen kontrollierten in- oder ausländischen Unternehmen, zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschreiten:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Bilanzsumme von 40 20 Millionen Franken; b. Umsatzerlös von 80 40 Millionen Franken; c. 500 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. <p>⁴ Er findet überdies Anwendung auf Gesellschaften, deren Tätigkeit ein besonders grosses Risiko der Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland birgt. Er ist nicht anzuwenden auf Gesellschaften mit einem besonders kleinen solchen Risiko. Der Bundesrat erlässt dazu Ausführungsbestimmungen.</p> <p><i>[optional unverändert übernehmen: Verhinderung einer Duplizierung der Sorgfaltsprüfung gemäss Art. 716a^{bis} Abs. 5]³</i></p> <p><i>[zudem zur rechtformneutralen Ausgestaltung übernehmen: Art. 810 Abs. 2 Ziff. 4 OR, Art. 810a OR, Art. 901 Ziff. 5 OR, Art. 69a^{bis} Abs. 1 ZGB; im Übrigen mit den nötigen Anpassungen auch auf Stiftungen übertragen]⁴</i></p>
Normen	<p>⁶ Wo das Gesetz auf die internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland verweist, sind damit die entsprechenden für die Schweiz verbindlichen, international anerkannten Bestimmungen gemeint, soweit sie sich dazu eignen, auch gegenüber Unternehmen wirksam zu werden.⁵</p>
Haftung	<p>Art. 55a OR</p> <p>II. Haftung für tatsächlich kontrollierte Unternehmen</p> <p>¹ Nach den Grundsätzen von Artikel 55⁶ haften Unternehmen, die nach Gesetz zur Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland verpflichtet sind.</p> <p>^{1bis} Sie haften für den Personen- oder Sachschaden, den durch sie tatsächlich kontrollierte Unternehmen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen durch Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt an Leib, Leben, Eigentum im Ausland verursacht haben.</p>

³ In der Fassung NR 20.

⁴ In der Fassung NR 18.

⁵ Basis: Rechtskommission des Ständerates am 19. Februar 2019 (RK-S 2/19) ([Fahne 25.2.2019](#), dritte Spalte).

⁶ Rein redaktionelle Klärung zum Entwurf NR 20, der den Wortlaut hat: «¹ Nach den gleichen Grundsätzen [...]».

Haftungsbefreiung	<p>² Unternehmen haften insbesondere nicht, wenn sie nachweisen, dass sie die Massnahmen entsprechend Artikel 716a^{bis} getroffen haben, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass sie nicht auf das Verhalten des kontrollierten Unternehmens, in dessen Zusammenhang die geltend gemachten Rechtsverletzungen stehen, Einfluss nehmen konnten dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.</p> <p>[Abs. 3 und 4 in der Folge]</p> <p>[Optional übernehmen: ⁵ Die im Ausland Geschädigten haben gegen die Mitglieder der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane sowie alle mit der Geschäftsführung befassten Personen des Unternehmens keinen Anspruch aufgrund dieser Bestimmung.]</p>
Kontrollbegriff	<p>³ Ein Unternehmen kontrolliert ein anderes Unternehmen, wenn es dieses durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung zusammenfasst.</p> <p>^{3bis} Zudem kontrolliert ein Unternehmen ein anderes, wenn es dieses zwar nicht unter einheitlicher Leitung zusammenfasst, für dieses aber zur Konsolidierung nach Artikel 963 Absatz 2 verpflichtet ist. Dabei besteht die Kontrolle nur dann, wenn es gemäss Artikel 716a^{bis} die Pflicht gehabt hat, auf das Verhalten des Unternehmens Einfluss zu nehmen, in dessen Zusammenhang die geltend gemachte Schädigung steht.</p> <p>⁴ Diese Bestimmung begründet keine Haftung für das Verhalten von Dritten, mit denen das Unternehmen oder ein von ihm kontrolliertes Unternehmen eine Geschäftsbeziehung hat.</p>
Anwendbares Recht	<p>Art. 139a IPRG</p> <p>g. Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland</p> <p>Ansprüche gegen Gesellschaften, die nach schweizerischem Recht zur Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland verpflichtet sind, wegen Verletzung dieser Bestimmungen unterstehen schweizerischem Recht.⁷</p> <p>Art. 160a IPRG</p> <p>Va. Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland</p> <p>Bei Gesellschaften mit satzungsmässigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz untersteht die Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt schweizerischem Recht.</p>

⁷ Basis: Entwurf des Nationalrates nach Beschluss vom 4. März 2020 (NR 20) ([Fahne 7.5.2020](#), vierte Spalte) sowie Rechtskommission des Ständerates vom 19. Februar 2019 (RK-S 2/19) ([Fahne 25.2.2019](#), dritte Spalte).

II. Inhalt der Vorlage – Zusammenfassung

Legende
Für Beispiele und Grafiken:
Erfasst durch Präventionspflicht (Sorgfaltsprüfungspflicht)
Erfasst durch Reparationspflicht (Haftung/Schadenersatz)
Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Regelung

1. Grundkonzept – Entwurf des Nationalrates mit Anpassungen

Der Konzernverantwortungsinitiative zielt auf einen verbindlichen Grundrahmen für Schweizer Konzerne zur Sorgfalt im Umgang mit internationalen Bestimmungen zum Schutz von Mensch und Umwelt. Dies in enger Abstimmung mit den UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte. Dafür formuliert der Verfassungstext drei Grundsätze an die Gesetzgebung:

- 1) Verankerung einer **präventiven Sorgfaltsprüfungspflicht** von Unternehmen im Umgang mit internationalen Bestimmungen zum Schutz von Mensch und Umwelt.
- 2) Verankerung eines **fokussierten Durchsetzungsmechanismus bei Pflichtverletzung im Haftpflichtrecht** (dort wo eine Schweizer Konzernmutter schädigendes Verhalten ihrer Konzerntochter im Ausland kontrolliert, soll sie bei fehlender Sorgfalt dafür haften).
- 3) Verankerung einer **Regelung, die sicherstellt**, dass diese Grundsätze auch bei Sachverhalten mit Auslandsbezug **zur Anwendung kommen** (im internationalen Privatrecht).

Der vorstehende Modellentwurf steht für eine schlanke Variante der Umsetzung dieser Grundsätze. Die Vorlage beschränkt sich auf die Einfügung von sechs substanziellen Artikeln im bestehenden Privatrecht (OR/ZGB/IPRG) – ohne Spezialgesetz, ohne Verwaltungs- oder Strafnormen und ohne prozessuale Änderungen. Die Bestimmungen bauen auf dem Entwurf auf, an dem der Nationalrat bis zur Einigungskonferenz festgehalten hat. Die Initiant/innen haben diesen Entwurf über den gesamten parlamentarischen Prozess – trotz Abstrichen im Vergleich zur Initiative – für rückzugsfähig erklärt. Er fand breite Unterstützung in weiten Teilen der Zivilgesellschaft, Politik sowie von Wissenschaft und Wirtschaft. Acht namhafte Wirtschaftsverbände und die Volkswirtschaftsdirektorenkonferenz haben ihn bis zuletzt unterstützt.

Nachdem dieser Entwurf im Sommer 2020 knapp gescheitert ist, haben die Initiant/innen ihrem Rechtsgutachter folgenden Auftrag erteilt:

- «Nachdem wir den Initiativtext mit juristischen Erläuterungen kommentiert haben, möchten wir gegenüber der Öffentlichkeit noch konkreter werden mit einem ausformulierten Vorschlag. Dieses soll wiederum von juristischen Erläuterungen begleitet werden, um so transparent wie möglich aufzuzeigen, wie eine Umsetzung aus Sicht der Initianten konkret aussehen könnte.
- Dafür sollen die bisherigen Überlegungen zur Umsetzung neu **auf die Basis der breit anerkannten parlamentarischen Vorarbeit (Entwurf Nationalrat) gestellt werden und transparent ausgewiesen werden welche Anpassungen notwendig sind um auch als Modell für eine Umsetzung der Volksinitiative dienen zu können.**»

Der Verfasser dieser Arbeit hat unter Konsultation von Expert/innen aller einschlägigen Rechtsgebiete die nötigen Anpassungen am Entwurf des Nationalrates vorgenommen. Die Initiant/innen erachten dieses in den vergangenen drei Monaten entstandene Modell als zweckmässig sowie in Übereinstimmung mit ihrem Willen und dem Wortlaut des Verfassungstextes. Sie legen damit der Öffentlichkeit dar, wie sie sich eine Umsetzung der Konzernverantwortungsinitiative in einer schlanken **Variante** konkret vorstellen.

Vorbehalt: Dabei bleibt selbstverständlich, dass die Umsetzung dem Parlament obliegt und diesem Prozess hier nicht vorgegriffen wird.

Um den Kernanliegen der Initiative gerecht zu werden, waren zur Umsetzung der Initiative **Anpassungen** am Text des Nationalrates vorzunehmen. Damit bestätigt sich nach Auffassung des Verfassers wie der Initiant/innen: Der Entwurf des Nationalrates hatte nicht den Erfüllungsgrad eines vorgezogenen Umsetzungsgesetzes. Die Ergänzungen sind im Gesetzestext **im Korrekturmodus** vermerkt. Sie sind überschaubar und im Gehalt verhältnismässig, aber dennoch entscheidend. Die Regelung präsentiert sich in einer Übersicht ihrer Themen mit Grenzlinien (d.h. Ein- || und Ausschlüssen) wie folgt:

2. Kernelemente der Vorlage

A. Kreis der betroffenen Unternehmen – Gross- und Hochrisikounternehmen (KMU-Entlastung || nicht KMU-Belastung)

Die Regelung richtet sich primär an **Grossunternehmen** ab einer bestimmten Grösse. Somit ist auch hier auf das Konzept des Nationalrates zu bauen. Allerdings sind die dortigen Werte gestützt auf die Materialien (Erläuterungen und Botschaft) zu halbieren: Mit den Schwellenwerten von **20 Mio. CHF Bilanzsumme, 40 Mio. CHF Umsatzerlös bzw. 250 Vollzeitstellen** wird sachgerecht an die **Pflicht** zur ordentlichen Revision sowie zur Erstellung einer Konzernrechnung angeknüpft. Diese Schwellenwerte bestimmen die untere Grenze zu den KMU.

Hochrisikounternehmen sind nach unveränderter Bestimmung des Nationalrates Unternehmen, «deren Tätigkeit ein besonders grosses Risiko der Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland birgt.» Der Bundesrat hat den konkreten Geltungsbereich (z.B. mittels Auflistung) nach den Kriterien *Sektor, Tätigkeit* und *Gastland* in einer Verordnung zu regeln. Als Beispiele solcher Hochrisikotätigkeiten nennt der Nationalrat zum hier unverändert übernommenen Artikel den **Abbau oder Handel mit Rohstoffen wie Kupfer oder Gold in Entwicklungsländern sowie den Handel mit Diamanten oder Tropenholz.**

Fazit

Von der Regelung sind Gross- und Hochrisikounternehmen betroffen.

Die übrigen KMU, d.h. über 99% Prozent der in der Schweiz ansässigen Unternehmen, sind davon weder direkt noch indirekt betroffen; das heisst weder gesellschafts-, haftpflicht- noch vertragsrechtlich.

☞ Für weiterführende Erläuterungen (auch zur KMU-Entlastung): Vertiefung, Kapitel VI.4 (S. 42).

B. Sorgfaltsprüfungspflicht – «risikobasiert» und «angemessen» (Handlungspflicht || keine Erfolgspflicht)

a. Inhalt der Sorgfaltsprüfung

Die Einführung einer gesetzlich verankerten **Sorgfaltsprüfungspflicht** bildet das Herzstück der Initiative. Die UNO-Leitprinzipien und die OECD-Leitsätze definieren die «Sorgfaltsprüfung» in einem klar strukturierten Pflichtenheft in folgendem Dreischritt: **(1) Risiken identifizieren, (2) Massnahmen ergreifen und deren Wirksamkeit überwachen sowie (3) darüber berichten.**

Die diese Grundsätze verankernde Bestimmung des Nationalrates kann für die Umsetzung der Initiative unverändert übernommen werden. Die Sorgfaltsprüfung gemäss Art. 716a^{bis} E-OR hat folgende Eigenschaften:

Sie ist **risikobasiert**. Verlangt ist eine angemessene Sorgfalt, ausgehend von den «schwersten Auswirkungen [unternehmerischer Tätigkeit] auf Mensch und Umwelt». Die bedeutendsten Risiken können sich aus dem operativen Umfeld (z.B. politische Spannungen mit gesellschaftlichen Konflikten) oder auch aus den Besonderheiten (z.B. dem Gefahrenpotenzial) der Geschäftstätigkeiten, Produkte oder Dienstleistungen ergeben.

Gefordert ist eine **Handlungspflicht – keine Erfolgspflicht**. Verlangt ist, das «Angemessene» (Abs. 2^{bis}) zu tun, um den Eintritt des Risikos möglichst zu vermeiden und widrigenfalls die nötige Abhilfe zu leisten (durch «Minimierung» und «Wiedergutmachung»; Abs. 1 Ziff. 2).

Gemeint ist **kontinuierliche** Verbesserung; es besteht weder eine Nullrisikotoleranz noch, wie mitunter behauptet wird, eine daraus folgende Pflicht zum Rückzug aus den Gaststaaten (sog. «cut and run»). Ganz im Gegenteil bleibt nach den UNO-Leitprinzipien in solchen Situationen in erster Linie der unternehmerische Einfluss nach Möglichkeit zu erhöhen, um Verbesserung herbeizuführen. Die Beendigung einer Geschäftsbeziehung ist nur als *ultima ratio* und unter Abwägung der menschenrechtlichen Konsequenzen angezeigt.

Die Sorgfaltsprüfung reicht im Einklang mit den internationalen Vorgaben über das eigene Unternehmen sowie den Konzern hinaus bis zu **Geschäftsbeziehungen** mit Dritten (Abs. 2). Die Prüfung beschränkt sich dabei allerdings auf Auswirkungen, die **unmittelbar** mit der Geschäftstätigkeit, den Produkten oder den Dienstleistungen des Unternehmens **verbunden** sind. Von der Prüfungspflicht ausgeschlossen sind damit Risiken, die keinen Bezug zur eigenen Geschäftstätigkeit haben. Die Haftungsnorm reicht in weiterer Einschränkung dagegen nur bis zum Konzern (dazu später).

→ Initiative wie Modellgesetz verlangen demnach im Gleichklang mit dem Entwurf des Nationalrates international Abgestimmtes, Umsetzbares und Verhältnismässiges.

☞ Für weiterführende Erläuterungen mit Beispielen: Vertiefung, Kapitel VI.2 (S. 34).

b. Materielle Bestimmungen für die Sorgfaltsprüfung – Respektierungspflicht

Die Unternehmen trifft bezüglich materieller Vorgaben der Sorgfaltsprüfung in Übereinstimmung mit den internationalen Vorgaben eine *Respektierungspflicht*. Die Unternehmen haben **von Tätigkeiten abzusehen**, durch welche sie die internationalen Bestimmungen zum Schutz

der Menschenrechte und Umwelt verletzen würden. Das Unternehmen hat somit vorab die auf Abwehr gerichteten Freiheitsrechte Dritter zu beachten. Gemeint sind Garantien zum **Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität**.

Ein Unternehmen handelt demnach insbesondere dann widerrechtlich, wenn es die **absolut geschützten Rechte** anderer verletzt, so namentlich **Leib, Leben oder Eigentum**. Diese Garantien bilden Grundwerte des Privatrechts und der Menschenrechte.

 Die hier geregelten privat tätigen Unternehmen trifft dagegen **keine darüber hinausgehende Schutz- oder Gewährleistungspflicht** (wie z.B. die Gewährleistung sozialer Sicherheit, die Abschaffung der Todesstrafe oder staatlicher Diskriminierung von Frauen im Gastland o.ä.). Jene Pflichten richten sich typischerweise an Staaten.

Hochrangige Rechtsgüter: «International anerkannte Bestimmungen» zeichnen sich nach dieser Regelung sodann durch einen besonders hohen Gehalt der betroffenen Rechtsgüter aus. Deren Verletzung ist **von besonderer Schwere, Dauer oder grossem Ausmass**. Eine beispielhafte Abgrenzung bietet:

auf der einen Seite eine von der Regelung erfasste grossflächige Verseuchung durch ein Pestizid eines Schweizer Agrokonzerns mit hunderten von Verletzten in Mexiko;

auf der anderen Seite ein von der Regelung nicht erfasster, einzelner Unfall, den ein lokaler Angestellter dieser Unternehmensgruppe aus Unachtsamkeit bei einem Mitarbeitenden verursacht.

Für den Verbindlichkeitsgrad bleibt zu unterscheiden:

(a) Als unternehmerischer **Sorgfaltsmassstab** i.S.v. Art. 716^{bis} E-OR muss in einem Umsetzungsgesetz in Ergänzung des Entwurfs des Nationalrats auch **internationales Soft Law** Platz finden. Ansonsten würden die UNO-Leitprinzipien und OECD-Leitsätze nicht konsequent umgesetzt, und es blieben viele für Unternehmen massgebliche Vorgaben zu Unrecht unbeachtet, welche die Grundlage für einen international anerkannten Sorgfaltsstandard wirtschaftlicher Tätigkeit bilden (z.B. WHO-Grenzwerte bei Ausstoss von Schadstoffen durch lokale Industrie). Der Bundesrat kann im Rahmen seiner Verordnungskompetenz dazu auch eine Auflistung der einschlägigen «international anerkannten Bestimmungen» machen.

(b) Hingegen ist und bleibt für eine **Haftung** immer auch ein **Personen- oder Sachschaden** vorausgesetzt (s. dazu unten). Diesbezüglich schränken sich Initiative wie deren Umsetzung **bewusst ein** auf den engen Kreis **privatrechtlicher Güter (namentlich Leib, Leben und Eigentum)**; diese finden ihre Grundlage gerade auch im **harten** Völkerrecht (UNO Pakt II).

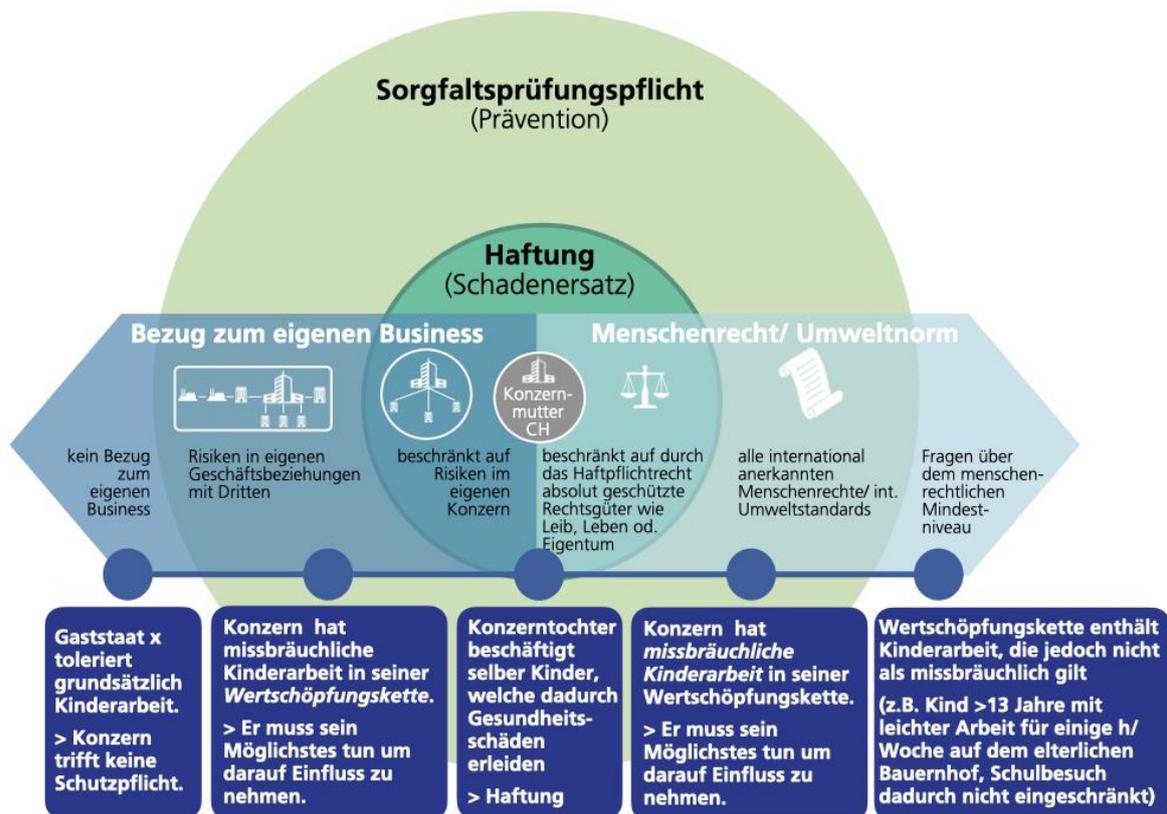
 *Fallbeispiel Kinderarbeit*

Ein Schweizer Unternehmen ist im Gaststaat x tätig. Die dortige Regierung toleriert Kinderarbeit. Das Unternehmen trägt für die reine Anwesenheit in diesem Staat **keine Schutzpflicht**, sich gegen dort verbreitete Kinderarbeit einzusetzen. Initiative wie Umsetzungsgesetz (wie bereits der Entwurf des Nationalrats) ändern nichts an diesem Ausschluss.

Hingegen muss das Unternehmen **im Rahmen der Sorgfaltsprüfung von Art. 716^{bis} E-OR** sein Möglichstes tun, um darauf Einfluss zu nehmen, dass in seiner **eigenen Wertschöpfungskette** keine Kinderarbeit vorkommt. Was international *verbotene* Kinderarbeit im Einzelnen ist, definieren die universellen Kernübereinkommen der International Labour Organisation.

Haftbar wird das Unternehmen **gemäss Art. 55a E-OR** schliesslich dann, wenn es durch fehlende Sorgfalt im Kreis seines **eigenen Konzerns** nicht davon absieht, Kinder zu beschäftigen – und dies nur dann, wenn diese Arbeit bei den Kindern effektiv zu **Gesundheitsschäden (z.B. Vergiftungen o.ä.)** geführt hat. Für Verfehlungen, die ausserhalb des Konzerns in der Wertschöpfungskette geschehen, wird das Schweizer Unternehmen im Geltungsbereich der Initiative bei Untätigkeit **nicht** haftbar (s. Art. 55a Abs. 3-4 E-OR; dazu unten).

Diese Ausführungen lassen sich anhand des vorstehenden Beispiels wie folgt veranschaulichen:



☞ Für weiterführende Erläuterungen: vgl. VI.3 (S. 38).

C. Umfang der Haftung – Verantwortlichkeit bei Verletzung grundlegendster Rechtsgüter im Konzern (Konzernhaftung || keine Zulieferhaftung)

a. Konzept

Die Geschäftsherrenhaftung, auf welche die Initiative, der Entwurf des Nationalrates und auch der vorliegende Modellentwurf aufbauen, ist wie andere funktional vergleichbare Institute ein international allgegenwärtiges Haftungskonzept. Sie bildet die Grundnorm für typische Unternehmensrisiken. Ihr liegt das Haftungsprinzip zugrunde, dass wer aus der Tätigkeit eines Anderen wirtschaftlichen Nutzen zieht, auch die damit verbundenen Risiken von Schädigungen Dritter tragen soll; **wer jemanden kontrolliert, diese Kontrolle auch nutzen muss, um Schaden zu verhindern** («respondeat superior»).

Die Übertragung dieser Haftung oder vergleichbarer ausländischer Institute auf Konzernverhältnisse folgt wiederum einer klaren in- und ausländischen Entwicklung, die bereits im geltenden Recht angelegt ist.

KARL HOFSTETTER bringt Sinn und Zweck einer solchen Übertragung bereits 1995 wie folgt auf den Punkt: «Beim konzernadäquaten Ausbau der Geschäftsherrenhaftung geht es um den Schutz der durch das aktienrechtliche Haftungsprivileg besonders gefährdeten ausservertraglichen Tochtergläubiger. Funktionale causa dieses Schutzes ist die Tatsache, dass ausservertragliche Gläubiger für das auf sie übertragene Risiko nicht kompensiert zu werden pflegen.» (Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, 1995, 239).

Initiative wie bereits der Entwurf des Nationalrates bauen demnach auf einer sachgerechten und in ihrer schweizerischen Ausgestaltung (in den meisten anderen Staaten steht dem Unternehmen kein Entlastungsbeweis offen) zurückhaltenden Haftungsnorm auf. Sie erweitern den geltenden Haftungsrahmen nicht, sondern präzisieren ihn. Dies bestätigt auch das **Bundesamt für Justiz**, welches zum gleichen Haftungsansatz im Entwurf des Nationalrates am 10. August 2018 festgehalten hat: «**Die neuen Haftungsregeln sind aus unserer Sicht als Unterfall bzw. Konkretisierung der geltenden Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) zu qualifizieren. Sie gehen nicht über den Grundtatbestand hinaus.**» (so zitiert nach [SCHWEIZERISCHEM INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG](#), 3).

☞ Für weiterführende Erläuterungen: Vertiefung, Kapitel VI.5.B (S. 48).

b. Haftungsvoraussetzungen im Überblick

Der Verfassungstext und die vorgeschlagene Umsetzung sehen im Gleichklang mit dem Entwurf des Nationalrates folgende Haftungsvoraussetzungen vor. Die Bestimmungen folgen dabei exakt der Beweislastverteilung gemäss des bestehenden Art. 55 OR (von einer «Beweislastumkehr» kann deshalb keine Rede sein):

- 1) Unternehmen A «**kontrolliert**» Unternehmen B (**konzernrelevantes Kontrollverhältnis**)
→ Beweislast bei geschädigter Person
- 2) Unternehmen B verursacht **widerrechtlich** und **kausal** einen «**Personen-** oder **Sachschaden**»
→ Beweislast bei geschädigter Person
- 3) dies in «**dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtung**» für Unternehmen A (funktioneller Zusammenhang)
→ Beweislast bei geschädigter Person
- 4) der **Sorgfaltsbeweis** von Unternehmen A **misslingt** (fehlende Sorgfalt)
→ Beweislast beim Unternehmen (Entlastungsbeweis)

c. Kontrolle – Haftung nur im Konzern

Haftung besteht nach dem Haftungsprinzip von Art. 55 OR dort, wo ein Schaden durch Kontrolle verhindert werden kann. Diese Kontrolle ist beim Konzern typischerweise gegeben. So lautet die Doktrin in der Schweiz und im Ausland. Und dem folgt die Initiative: Haftung besteht nur bei Schädigungen, die durch «**konzernrelevante Kontrolle**» entstehen (vgl. [Erläuterungen zur Initiative](#), 43).

Eine Haftung über den Konzern hinaus in die Lieferkette hinein verlangen weder die Initiative noch der Umsetzungsentwurf (s. Art. 55a Abs. 4 E-OR).

Der Entwurf stützt sich bei der konkreten Regelung auf die **Konzernbegriffe des Leitungs- und Kontrollprinzips**. Diese sind dem Schweizer Obligationenrecht altbekannt.

1) Einheitliche Leitung im Sinne des **Leitungsprinzips** wird in aller Regel durch Stimmmehrheit ausgeübt (z.B. Mehrheit der Aktien → Hauptfall). Sie kann aber auch auf «auf andere Weise» ausgeübt werden (s. bereits Art. 663e aOR = analog Art. 55a Abs. 3 E-OR). Dazu gehört nach einhelliger Auffassung in Lehre und Gesetzesmaterialien zum Aktienrecht auch eine Leitung durch «wirtschaftliche Abhängigkeit». Oder in anderen Worten: «Die Beherrschung eines Unternehmens kann auch durch wirtschaftliche Abhängigkeit, also bloss faktische, nicht juristische Machtausübung erfolgen» (s. u.a. VON BÜREN, in dem Standardwerk zum Schweizer Konzern; s. Verweise im Kapitel VI.5.G.). Und darauf nimmt die Initiative Bezug, wenn sie festhält, dass eine Kontrolle *«faktisch auch durch wirtschaftliche Machtausübung erfolgen»* kann (Bst. a *in fine*). Verfügt z.B. ein Unternehmen lediglich über eine Minderheitsbeteiligung bei einem anderen Unternehmen, übt es aber zusammen mit engen vertraglichen Bindungen (z.B. über einen Alleinbezugsvertrag, Vorkaufsrechte und operative Kontrolle) Leitung über das abhängige Unternehmen aus, kann nach richterlicher Beurteilung wirtschaftliche Abhängigkeit und ein geleiteter Konzern vorliegen. Genau diesem im Konzernrecht hergebrachten Leitungsprinzip entspricht die Bestimmung des Modellgesetzes. In diesem Punkt war der Nationalrat im Vergleich dazu zu einschränkend. Er hat das an sich vorgesehene Konzernierungsmittel der «wirtschaftlichen Abhängigkeit» in einer nicht sachgerechten Verkürzung des Leitungsprinzips ausdrücklich ausgeschlossen.

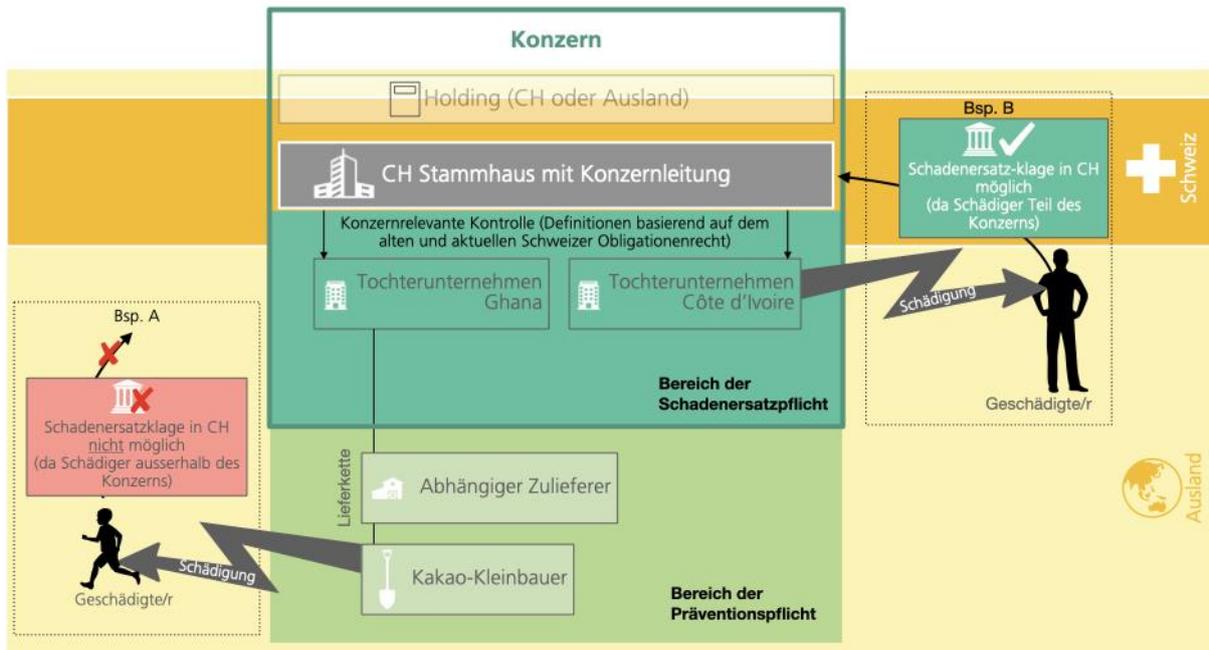
Ein Konzern ist gemäss eben diesem Leitungsprinzip dagegen **nicht bereits deshalb zu bejahen, weil ein Lieferant von einem Schweizer Unternehmen existenziell abhängig ist**, so weil es etwa sein Hauptkunde ist. Dafür sind **weitere Konzernmerkmale nötig (wie z.B. gesellschaftsrechtliche Beteiligungen, enge Vertragsbeziehungen wie Alleinbezug, wirtschaftliche Einheit gegen aussen wie z.B. gemeinsame Verhaltenskodex o.ä.)**. Der Entscheid, ob ein Konzern gegeben ist, obliegt wie bis anhin letztlich der gerichtlichen Beurteilung. An diesem gängigen Konzernverständnis ändert die Initiative nichts. Dabei ist klar: Eine neue Haftung für Schädigungen ausserhalb des Konzerns sieht die Initiative **nicht** vor. Entweder ein ausländisches Unternehmen ist Geschäftspartner (z.B. auch ein abhängiger Lieferant), womit sein Verhalten für das Schweizer Unternehmen **nicht** haftungsrelevant ist. Oder es ist Teil des Konzerns, womit sein Verhalten für den Konzern haftungsrelevant ist.

2) Ein Unternehmen kontrolliert ein anderes Unternehmen überdies dann, wenn es die Leitung zwar nicht ausübt, diese aber gestützt auf seine **Konsolidierungspflicht** und eine **Konzernleitungspflicht** ausüben müsste (= **geltendes Kontrollprinzip von Art. 963 Abs. 2 OR mit Einschränkung; s. Art. 55a Abs. 3^{bis} E-OR**). Nach dieser bereits heute anerkannten Konzernleitungspflicht (so u.a. PETER FORSTMOSER et al.; s. Verweise in Kap. VI.5.G.) kann ein Konzern gewisse minimale Leitungsfunktionen nicht einfach ablegen, um sich etwa dem Haftungsrisiko zu entziehen. Dazu zählt auch die Sorgfalt bei der Einhaltung von internationalen Bestimmungen zum Schutz von Mensch und Umwelt.

Soweit ein Unternehmen im Konzern durch Wahrnehmen dieser Leitungspflicht Schädigungen durch das abhängige Unternehmen hätte verhindern können, verfügt er damit über haftungsrelevante Kontrolle.

Umgekehrt hat ein Unternehmen, das sich auf das Halten von Beteiligungen beschränkt (Holding) und keine Konzernleitung beheimatet (kein VR, keine Geschäftsleitung), keinen entscheidenden Einfluss auf das Verhalten des gehaltenen Unternehmens. Dann besteht keine haftungsrelevante Kontrolle.

Bildlich lässt sich die **Haftungslinie** zwischen Konzern und unabhängigen Geschäftspartnern wie folgt ziehen (im Vergleich dazu Reichweite der präventiven Sorgfaltsprüfung ohne Haftungsfolgen):



Folge und Klarstellung – Keine Haftung für Schädigungen durch Unternehmen, die ausserhalb des Konzerns liegen:

Art. 55a Abs. 4 E-OR: «Diese Bestimmung begründet keine Haftung für das Verhalten von Dritten, mit denen das Unternehmen oder ein von ihm kontrolliertes Unternehmen eine Geschäftsbeziehung hat.»

Diese Bestimmung entspricht dem Entwurf des Nationalrats. Sie stellt sicher, dass eine Haftung ausserhalb des Konzerns gestützt auf Art. 55a E-OR ausgeschlossen ist. Die Haftungsbestimmung des Verfassungstextes erfasst nach klarem Verständnis der Initiative **nur Sachverhalte von «konzernrelevanter Kontrolle»** (dazu oben). Gleichzeitig macht dieser Gesetzespassus deutlich, dass eine **Kettenhaftung ausgeschlossen ist, die über den Konzern hinaus in die Geschäftsbeziehungen mit Dritten hineinwirkt.**

☞ Für eine Vertiefung mit Beispielen: Vertiefung, Kapitel VI.5.G.d (S. 70).

d. Schaden – Personen- oder Sachschaden

Schaden ist im Haftpflichtrecht wie unverändert auch in der vorliegenden Norm eine Vermögenseinbusse aufgrund einer Beeinträchtigung

- ✓ **der Person (Tötung oder Körperverletzung)**
- ✓ **oder Sache (Zerstörung oder Beschädigung).**

Erst wenn demnach im *Fallbeispiel Kupfermine* mit einer Konzernmutter in der Schweiz und ausländischer Tochter lokale Asthmaopfer ungedeckte Spitalkosten bzw. eine Einkommenseinbusse infolge bleibender Arbeitsunfähigkeit nachweisen können, ist der Schaden haftungsrelevant. Die Schadensberechnung (d.h. Kosten und Einkommen) bestimmen sich dabei nach den Verhältnissen am Wohnort des Opfers.

☞ Für weiterführende Erläuterungen: Vertiefung, Kapitel VI.5.C (S. 50).

e. Widerrechtlichkeit – Fokus auf grundlegendste Rechtsgüter

Der vorstehende Schaden ist nach Art. 55a E-OR nur dann haftungsrelevant, wenn er haftpflichtrechtlich gesprochen durch die Verletzung einer *bestimmten Verhaltensnorm*, hier «durch Verletzung der international anerkannten Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt» im Sinne von Art. 716a^{bis} Abs. 6 E-OR verursacht worden ist. Die so bezeichneten internationalen Rechtsgüter zum Schutz von Mensch und Umwelt zeichnen sich aus durch eine besondere

- **Werthaltigkeit des Rechtsgutes** (z.B. Schutz der körperlichen Unversehrtheit durch Verbot von Kinderarbeit),
- **Schwere bzw. Systematik** ihrer Verletzung (z.B. Kinderarbeit als Teil des Geschäftsmodells des kontrollierten Unternehmens, d.h. ohne Ausnahmecharakter),
- **Dauer der Beeinträchtigung** (Aufrechterhalten des rechtswidrigen Zustandes über einen gewissen Zeitraum) oder auch
- **ein grosses Ausmass** des konkreten Eingriffs (z.B. grossflächige Verseuchung mit Gesundheitsfolgen für eine Vielzahl von Personen).

Insofern kann im Einklang mit der Initiative bei Art. 55a E-OR auch von **einer menschenrechtlich qualifizierten Haftpflichtnorm** gesprochen werden, die gerade (und nur) die Verantwortlichkeit für **schwere Schädigungen** im Blick hat.

Fallbeispiel Kupfermine

Zur Annahme der Tatbestandsmässigkeit im dargelegten Sinne reicht es im erwähnten Beispiel etwa nicht, wenn ein Angestellter der ausländischen Tochtergesellschaft während der Arbeit in der Mine aus Unachtsamkeit einen Mitarbeiter verletzt.

Die Verletzung von international anerkannten und für die Schweiz verbindlichen Bestimmungen schränkt die Haftung auf ganz bestimmte, schwerwiegende Schadensfälle ein, wie z.B. hier die Verletzung von grundlegenden Garantien wie jene des UNO-Paktes II (oder für die Arbeiterschaft) zusätzlich auch ILO-Kernabkommen zu Sicherheitsfragen. So zeichnen sich von der Bestimmung erfasste Menschenrechtsverletzungen unter Berücksichtigung der Völkerrechtsquellen wie erwähnt durch eine besondere **Schwere, Dauer** oder ein grosses **Ausmass** von Betroffenen aus. Das ist im Anwendungsfall einer **grossflächigen Verseuchung durch Schwefeldioxid mit Todesopfern** bei Überschreitung der WHO-Grenzwerte der Fall (vgl. oben).

💡 **Klarstellungen** – Art. 55a E-OR fällt demnach entgegen anderer Auffassung im Vergleich zu Art. 55 OR **nicht ausweitend**, sondern – wie es bereits das **Bundesamt für Justiz** erkannt hat (vgl. S. 15) – **vielmehr einschränkend** aus.

☞ Für weiterführende Erläuterungen mit Beispielen und Quellen: Vertiefung, Kapitel VI.5.D (S. 51).

f. Kausalzusammenhang

Das vorliegende Modellgesetz verlangt im Gleichklang mit dem Entwurf des Nationalrates sowie dem geltenden Art. 55 OR einen **doppelten** Kausalzusammenhang

- ✓ einen solchen zwischen der **Handlung** des kontrollierten ausländischen Unternehmens **und** dem **Schaden** (diesen notorisch schwierigen Beweis hat ebenso die geschädigte Person zu erbringen);
- ✓ und einen solchen zwischen der **Sorgfaltsverletzung** des kontrollierenden Schweizer Unternehmens **und** dem **Schaden** (zusätzliche Entlastungsmöglichkeit des Unternehmens).

Im Fall der *Kupfermine* hätten die Asthmaopfer in Bezug auf das erste Kausalitätselement zunächst zu beweisen, dass ihr Leiden die Folge auf erhöhte Schwefeldioxidwerte zurückzuführen ist (das geschieht etwa durch einen medizinischen Bericht, welchen die Oper beizubringen haben). Gleiches gilt für den weiteren Beweis, dass es tatsächlich die Tochtergesellschaft des Schweizer Mutterkonzerns gewesen ist, die zum Zeitpunkt des Asthma-Vorfalles die massgebliche Grenzwertüberschreitung zu verantworten hatte und nicht eine andere Emissionsquelle.

☞ Für weiterführende Erläuterungen mit Beispielen: Vertiefung, Kapitel VI.E (S. 53).

g. Fehlende Sorgfalt – unternehmerischer Entlastungsbeweis || keine «Beweislastumkehr»

Art. 55a E-OR lautet wie folgt: «Unternehmen haften insbesondere nicht, wenn sie nachweisen, dass sie die Massnahmen entsprechend Artikel 716a^{bis} getroffen haben, um einen Schaden dieser Art zu verhüten.»

Auch dieser Passus kann zur Umsetzung der Initiative unverändert vom Entwurf des Nationalrates übernommen werden.

Die Verbindung von Sorgfaltsprüfungspflicht und Haftung erfolgt durch den Entlastungsbeweis. Um sich von Haftungsrisiken freizuhalten, hat das Unternehmen die gesetzlich geforderte Sorgfalt walten zu lassen. Hat es diese Sorgfalt angewendet, kann es sich von der Haftung entlasten. Diese haftpflichtrechtliche Wirkung schafft für Unternehmen den Anreiz, der Sorgfaltsprüfungspflicht mit der nötigen Ernsthaftigkeit zu begegnen. Das *Zusammenspiel von Gesellschafts- und Haftpflichtrecht* kann insoweit betont *präventiv* wirken.

Art. 716a^{bis} E-OR (in Verbindung mit Art. 55a E-OR) leitet die Unternehmen zunächst zum Dreischritt an, (1) Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und Umwelt zu ermitteln und einzuschätzen, (2) die nötigen Massnahmen umzusetzen und zu überwachen sowie (3) darüber zu berichten. Diese Trilogie stützt sich auf die international anerkannten, gut strukturierten und praxisnahen UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte.

Fallbeispiel Kupfermine

Ein Schweizer Mutterhaus hat eine ausländische Tochter, die im Staat x eine Kupfermine betreibt. Seine Sorgfaltsprüfungspflicht hat es bei der **Ermittlung** der Risiken etwa dann

verletzt, wenn es sich dabei auf bestimmte Menschenrechte beschränkt, es aber unterlässt, jene Bereiche zu ermitteln, in denen das menschenrechtliche Risiko bei seiner Tätigkeit viel näher liegt. Das gilt für den Abbau von Kupfer z.B. bei ungefiltert gesundheitsgefährdendem Ausstoss von Schwefeldioxid in Überschreitung der WHO-Grenzwerte.

 **Klarstellung: Von einer «Beweislastumkehr» im Vergleich zum geltenden Recht (Art. 55 OR) kann keine Rede sein.** Die Beweislast bleibt unverändert. Die Geschäftsherrenhaftung basiert auf dem Verständnis, dass sich der Geschäftsherr von einem schädigenden Fehlverhalten seiner Hilfsperson durch einen Sorgfaltsbeweis haftpflichtrechtlich **distanzieren** kann. Diesen Sorgfaltsbeweis – oder eben **Entlastungsbeweis** – hat bereits nach Art. 55 OR systembedingt das Unternehmen zu erbringen. Das Gleiche gilt übrigens ganz allgemein (vgl. z.B. für die Elternhaftung nach Art. 333 ZGB oder die Tierhalterhaftung Art. 56 OR; zudem im Vertragsverhältnis Art. 97/101 OR). Wer nun behauptet, der Entlastungsbeweis sei eine systemfremde unternehmerische Last, die der Unschuldsvermutung widerspreche, **irrt nicht nur zwischen Straf- und Haftpflichtrecht** und verkennt das erwähnte Konzept der Geschäftsherrenhaftung. Er verschliesst auch die Augen vor massgeblichen Rechtstatsachen. Es dürfte dem **Geschädigten kaum je möglich sein zu beweisen, dass das Unternehmen die gebotene Sorgfalt hat walten lassen, liegen doch die Beweise beim Unternehmen [z.B. Sitzungsprotokolle des Verwaltungsrates]**. Diese sind wegen der fehlenden prozessualen Herausgabepflicht gegenüber dem Beklagten für Aussenstehende kaum je zugänglich. Entsprechend hält auch HOFSTETTER (1995, a.a.O. Fn. 63, 240) die Beweislastregel von Art. 55 OR zur Sorgfalt unverändert als adäquat:

«Eine funktionale Auslegung von Art. 55 OR führt deshalb zu einer Beweislastregel, welche den Gläubigern den Hauptbeweis für die widerrechtliche und kausale Zufügung eines Schadens durch die Konzernmutter auferlegt. Wird dieser Beweis erbracht, rechtfertigt sich eine Haftungsvermutung zu Lasten der Konzernmuttergesellschaft. Die Vermutung muss aber dadurch wiederlegt werden können, dass die Muttergesellschaft [...] beweist, [...] [sie] habe alle gebotene Sorgfalt angewandt [...]»

☞ Für weiterführende Erläuterungen mit Beispielen: Vertiefung, Kapitel VI.F (S. 54).

D. Reichweite der Regelung in räumlicher Hinsicht – Pflicht von Schweizer Unternehmen (Schweizer Verantwortlichkeit || kein «Rechtsimperialismus»)

a. Zuständigkeit – bestehender || nicht neuer Gerichtsstand

Die Initiative baut bei der Zuständigkeit bewusst auf den bereits heute bestehenden, klassischen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten: Demnach werden die Auslandsaktivitäten von Unternehmen mit «satzungsmässigem Sitz», «Hauptverwaltung» oder «Hauptniederlassung» in der Schweiz von Schweizer Gerichten beurteilt (Art. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 60 Ziff. 1 LugÜ). Insoweit bildet die Initiative lediglich das geltende Recht ab.

Im *Fallbeispiel Kupfermine* wird folglich bereits heute eine Klage gegen das Mutterhaus durch Schweizer Gerichte zu beurteilen sein, sei es weil dieses hierzulande den Satzungssitz oder eine allenfalls davon abweichende Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung hat.

Die Professorin in Zivilprozessrecht an der Universität Zürich [TANJA DOMEJ](#) hält dazu unter dem Titel «Konzernverantwortung – Missverständnis» fest: «Wer nach den möglichen künftigen Regelungen [der Initiative] klagen wollte, müsste *Gerichtsstände* in Anspruch nehmen, die *heute schon bestehen*. Bei einer Klage gegen ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ist das Lugano-Übereinkommen massgeblich. Es erlaubt schon heute ohne weiteres Klagen gegen schweizerische Unternehmen ‘für Dinge, die sich im Ausland abspielen’. [...] Von einer ‘Amerikanisierung’ des schweizerischen Zuständigkeitsrechts kann also keine Rede sein.» [Hervorhebungen hinzugefügt]

Prof. [Dr. ALEXANDER BRUNNER](#), Handelsrichter a.D. Handelsgericht Zürich hält im Zusammenhang mit der Konzernverantwortungsinitiative darüber hinaus allgemein fest: «Es wird behauptet, dass Schweizer Gerichte ‘normalerweise’ nicht mit Schadensfällen zu tun hätten, die sich im Ausland ereignet haben. Diese Behauptung ist unzutreffend und realitätsfremd. Wir leben und arbeiten heute in einer globalisierten Wirtschaft [...]. Das führt dazu, dass Schweizer Gerichte auch vermehrt über solche Schadensfälle zu entscheiden haben. In meiner 20jährigen Praxis als Oberrichter am Handelsgericht Zürich [...] waren *rund ein Drittel aller Verfahren Prozesse mit Auslandbezug*. Die Schweizer Gerichte sind für solche Verfahren [...] *praxiserprobt*.» [Hervorhebungen hinzugefügt]

Dabei ist zu beachten: In Zivilprozessen wie den vorliegenden gilt der **Verhandlungsgrundsatz**. Demnach haben die Parteien die Tatsachen vorzubringen und Beweise beizubringen und nicht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (wie z.B. im Straf- oder Verwaltungsrecht). Von Reisen der Gerichte in ferne Länder zur Beweisaufnahme, was mitunter behauptet wird, kann keine Rede sein.

Bereits im geltenden Recht hat es übrigens vereinzelt zivilrechtliche Menschenrechtsklagen gegen Unternehmen mit Auslandbezug gegeben: So haben z.B. Hinterbliebene von Opfern des nationalsozialistischen Regimes gegen eine Niederlassung von IBM beim Zivilgericht in Genf geklagt. Der Vorwurf: Lochkartenmaschinen zur Zählung der Opfer von Konzentrationslagern produziert und noch Deutschland geliefert zu haben. Anwendbar war im gegebenen Fall wegen Rechtswahl Schweizer Recht. Das Bundesgericht hatte die Gehilfenschaft des Unternehmens zu Völkermord in einer zuständigkeitsrechtlichen Vorfrage zwar als wahrscheinlich erachtet, den Haftungsanspruch im Jahr 2006 in der Sache dann aber als verjährt betrachtet (BGE 131 III 153 und 132 III 661). Auch hier handelt es sich um eine Klage mit Auslandbezug. Die Zivilgerichte haben den Fall durch den ganzen Instanzenzug nüchtern und fundiert nach Schweizer Recht gestützt auf die ihnen vorgelegten Beweise beurteilt.

 Die Konzernverantwortungsinitiative fällt dabei in Sachen Zuständigkeit im **Rechtsvergleich** zurückhaltend aus: Sie beschränkt das Schweizer Forum zur Beurteilung von Klagen gegen Konzerne auf solche gegen das *inländische* Mutterhaus und erstreckt sie **nicht**, wie in *anderen Staaten üblich*, auf Klagen gegen *ausländische* Töchter (s. z.B. für die Niederlande das zurzeit hängige Verfahren *Akpan v. Royal Dutch Shell and Shell Nigeria* [Vorwurf schwerer Menschenrechtsverletzungen und Umweltverschmutzungen im Niger-Delta]).

Wäre in einer vergleichbaren Konstellation aus Sicht der Schweiz eine Klage gegen die Tochter im Ausland hängig (hierzulande ist eine solche gegen das ausländische Unternehmen wie erwähnt nicht möglich), würde ein Schweizer Gericht gestützt auf Art. 126 ZPO die Klage gegen die Mutter schliesslich **sistieren, d.h. aussetzen**. Die Furcht vor parallel laufenden Prozessen ist mit Blick ins Zivilprozessrecht unbegründet. Und war eine Klage gegen die Tochter im Ausland wegen demselben Schaden erfolgreich, kann nicht erneut in der Schweiz geklagt werden. Das verbietet das **Bereicherungsverbot**.

b. Anwendbares Recht – Initiative schafft Rechtssicherheit

aa. Geltendes Recht – Unsicherheit

Es ist nicht so, dass auf die vorliegenden Sachverhalte **heute immer ausländisches Recht** zur Anwendung käme. Vielmehr weist das IPRG **mitunter in Richtung schweizerischem Recht**. Was klar ist: Das geltende Recht ist für diese Thematik von **Unsicherheit geprägt**. Diese sieht wie folgt aus:

<i>Unternehmen mit CH...</i>	Satzungssitz	<i>Hauptverwaltung</i>	<i>Hauptniederlassung</i>
<i>Zuständigkeit</i>	CH	CH	CH
<i>Gesellschaftsrecht</i>	CH Recht	CH R./ausl. R. y (?)	CH R./ausl. R. y (?)
<i>Haftpflichtrecht</i>	CH R./ausl. R. x (?)	CH R./ausl. R. x (?)	CH R./ausl. R. x (?)

Wenn ein Unternehmen somit seinen Satzungssitz im Staat y (z.B. in Frankreich) hat, in der Schweiz aber tatsächlich verwaltet wird und dabei dem Vorwurf ausgesetzt ist, in einem Gaststaat x eine Menschenrechtsverletzung begangen zu haben, fallen zur Beurteilung dieser Klage **nach heutigem IPR drei verschiedene Rechtsordnungen in Betracht**.

bb. Initiative – Rechtssicherheit

Die Lösung der **Initiative und das darauf gestützt Modellgesetz schaffen dagegen einen Gleichlauf** zwischen Zuständigkeit und dem für die Sorgfaltsprüfungspflicht wie Verantwortlichkeit anwendbaren Recht. Dies führt zu folgender sauberen Ordnung:

<i>Unternehmen mit CH ...</i>	Satzungssitz	<i>Hauptverwaltung</i>	<i>Hauptniederlassung</i>
<i>Zuständigkeit</i>	CH	CH	CH
<i>Gesellschaftsrecht</i>	CH R.	CH R.	CH R.
<i>Haftpflichtrecht</i>	CH R.	CH R.	CH R.

Die mit den einfachen Verweisungsregeln des Modellgesetzes gewonnene Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Entscheidungsgrundlagen kommt allen Beteiligten zugute: den Klägern, die sich vor Schweizer Gerichten dann nicht zu Unrecht auf fremdes Recht berufen, aber auch dem beklagten Unternehmen, das sich von vornherein vor Klagerisiken schützt, wenn es sich an das Recht hält, das ohnehin aufgrund seines Gesellschaftssitzes massgeblich ist. Gleichzeitig können die Schweizer Gerichte, das ihnen vertraute eigene Recht anwenden. Dass eine solche Regelung im Vergleich zum geltenden Recht Sicherheit schafft, hat auch die [Rechtskommission des Ständerates](#) zum Entwurf des Nationalrates erkannt, die für die einschlägigen Verhaltenspflichten festhält:

«Die Anwendung Schweizer Rechts bietet Rechtssicherheit. Für Unternehmen muss im Voraus klar sein, an welche Regeln sie sich halten müssen und an welchen Massstäben sie gemessen werden.»

cc. Einheitlicher Sitzbegriff

Gemäss dem erwähnten Lugano-Übereinkommen begründen die in Art. 160a E-IPRG erwähnten Anknüpfungen «satzungsmässiger Sitz», «Hauptverwaltung» oder «Hauptniederlassung» im Gesellschafts- wie Haftpflichtrecht wie dargelegt je eine internationale Zuständigkeit Schweizer Zivilgerichte (Art. 60 Ziff. 1 LugÜ). Das anwendbare Recht knüpft damit an bewährte und äusserst praxiserprobte Tatbestände an.

Beim anwendbaren Recht sorgt die neue Bestimmung nun dafür, **dass ein Unternehmen mit geschäftlichem Schwerpunkt in der Schweiz nicht nur von hiesigen Gerichten beurteilt wird, sondern auch an grundlegenden Verhaltensregeln unserer Rechtsordnung wie der internationalen Staatengemeinschaft gemessen wird.**

Auch die *parlamentarischen Vorarbeiten* scheinen diesem breiten Sitzverständnis zumindest zwischenzeitlich verbunden gewesen zu sein. So hat Art. 139a E-IPRG in der Fassung ([RK-S 2/19](#)) die Anwendung schweizerischen Rechts in gleichem Umfang – d.h. unter Einschluss von «Hauptverwaltung» und «Hauptniederlassung» – vorgesehen. Diese Überlegungen wurden aber im internationalen Privatrecht nicht konsequent umgesetzt und letztlich fallen gelassen. Hier ist der Entwurf des Nationalrates entsprechend anzupassen.

In der **Regel** wird der **satzungsmässige Sitz mit der Hauptverwaltung (und der Hauptniederlassung) zusammenfallen**, womit es im Ergebnis bei der Gründungstheorie bleibt.

Allerdings gibt es (gerade bei Domizilstrukturen) auch Fälle, bei denen diese Elemente auseinander fallen. Insoweit geht es der Initiative um die integrale Erfassung von Unternehmen, welche in der Schweiz ihren Geschäftsschwerpunkt haben: So könnte sich ein Unternehmen (z.B. aus steuerlichen Gründen) nach einem ausländischen Recht (z.B. den Bahamas) organisieren, aber dennoch den **Geschäftsschwerpunkt (Leitungsorgane)** in der Schweiz haben.

Dagegen nimmt die Initiative **von der Regulierung** bewusst reine **Zweigniederlassungen aus**. Diese haben nicht die Qualität eines Geschäftsschwerpunktes und verfügen entsprechend über keinen besonders engen Bezug zur Schweiz.

dd. Ergebnis – Anwendung von Schweizer Recht mit internationaler Fundierung für Schweizer Unternehmen



Die Anwendung von schweizerischem Recht mit internationalem Rückhalt auf die vorliegenden Sachverhalte ist aus folgenden Gründen **sachgerecht und verhältnismässig**. In gleicher **Klarheit** bleibt unberechtigten Vorwürfen wie jenem eines ‘schweizerischen Rechtsimperialismus’ **zu begegnen**.

- 1) Die mit dieser einfachen Verweisungsregel gewonnene Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Entscheidungsgrundlagen **kommt allen Beteiligten zugute**: den Klägern, die sich vor Schweizer Gerichten dann nicht zu Unrecht auf fremdes Recht berufen, das beklagte Unternehmen, das sich von vornherein vor Klagerisiken schützt, wenn es sich an das Recht hält, das ohnehin aufgrund seines Gesellschaftssitzes massgeblich ist. Gleichzeitig können die Schweizer Gerichte, das ihnen vertraute eigene Recht anwenden.
- 2) Die Regelung fügt sich **nahtlos** in das **IPRG** ein. Das Gesetz kennt z.B. bei der Produkthaftung, der Haftung bei Persönlichkeitsverletzungen oder grenzüberschreitenden Umweltimmissionen bereits heute Bestimmungen, die bei weniger Binnenbezug zur Anwendung von inländischem Recht führen.
- 3) Die Anwendung Schweizer Rechts beschränkt sich dabei **auf in der Schweiz verletzte Sorgfalt** eines **hier ansässigen Unternehmens**. Dass bei Sachverhalten mit derart engem Binnenbezug schweizerisches Recht zur Anwendung kommt, entspricht nicht nur der völkerrechtlichen Schutzaufgabe unseres Landes (s. sogleich); eine Anwendung ist für die Unternehmen im internationalen Koordinationsrahmen von Recht und Wirtschaft auch ohne weiteres voraussehbar (keine «unfair surprise»).

- 4) Die Schweiz trifft in dieser Reichweite die **völkerrechtliche Aufgabe** zu verhindern, dass von ihrem Gebiet aus wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt werden, die im Ausland Menschenrechtsverletzungen verursachen oder begünstigen. Da die Vorlage nicht das Verhalten ausländischer Akteure regelt, sondern lediglich jenes von Schweizer Unternehmen, hat die Vorlage sodann nur innerhalb der Landesgrenzen **direkte** Wirkung und greift somit **nicht in die ausländische Souveränität** ein. Es handelt sich lediglich um eine sowohl von internationalen Gremien wie auch vom Bundesrat favorisierte innerstaatliche Massnahme mit Reichweite auf Auslandsaktivitäten von hier ansässigen Unternehmen (s. unten).
- 5) Die Regelung erstreckt sich mithin nicht auf ausländische Unternehmen, auch nicht auf **ausländische Töchter** einer inländischen Mutter; diese **werden weiterhin an lokalen Massstäben** gemessen. Damit hält die Regelung bewusst Abstand von einer extraterritorialen Rechtsanwendung, wie dies von Kritikern der Vorlage ins Feld geführt wird.

	<i>CH Mutter</i>	<i>Ausl. Tochter</i>
<i>Zuständigkeit</i>	CH	<i>Ausland</i>
<i>Gesellschaftsrecht</i>	CH R.	<i>Ausl. R.</i>
<i>Haftpflichtrecht</i>	CH R.	<i>Ausl. R.</i>

- 6) Schliesslich beschränkt sich die Sorgfaltspflicht sowohl beim Prüfungsprogramm (UNO-Leitprinzipien/OECD-Leitsätze) als auch beim Prüfungsgehalt auf **international anerkannte Bestimmungen** (dazu oben).

Im *Beispielfall der Kupfermine* bedeutet dies etwa eine Beschränkung auf das Recht auf Leib und Leben nach UNO-Pakt II verbunden mit der Sorgfalt, die international anerkannten einschlägigen WHO-Grenzwerte bzw. Sicherheitsvorgaben der ILO-Kernnormen einzuhalten. Sie bezieht sich (um ein weiteres Missverständnis zu klären), **nicht** auf darüber hinausgehende, Schweizer Standards wie z.B. die Einhaltung der inländischen Luftreinhalteverordnung oder von Sicherheitsstandards nach Schweizer Arbeitsgesetz. Der gegen die Vorlage vorgebrachte Mythos eines ‘Schweizer Rechtsimperialismus’ entbehrt demnach der Grundlage.

☞ Für weiterführende Erläuterungen mit Beispielen: Vertiefung, Kapitel VI.6 (S. 73).

3. Ergebnis

Die entworfene Vorlage liegt **nah beim Entwurf des Nationalrates** und hat die nötigen Anpassungen in massvollem Umfang vollzogen. Sie **fügt sich nahtlos in das bestehende Privatrecht** ein und ist in der erwähnten Art **ohne weiteres umsetzbar**. Der Befund, den unter anderem Prof. FRANZ WERRO bereits zuhanden des nationalrätlichen Entwurfs gezogen hat, bestätigt sich mit Blick auf die vorliegende gesetzgeberische Umsetzung der Initiative: Die Schweiz wählt mit der Konzernverantwortungsinitiative eine Lösung, die im Einklang mit ihrer Rechts-tradition steht und gerade auch im internationalen Vergleich verhältnismässig ist. Die Schweiz erfüllt damit ihre Schutzaufgabe, in Nachachtung der UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte einen **gesetzlichen Grundrahmen zu setzen, der die unternehmerischen Sorgfaltspflichten klärt und die bestehenden Haftungsgrundlagen präzisiert** ([sui-generis 2018, in fine](#)). Bildlich gesprochen wird damit ein Weg beleuchtet, der zwar in Ansätzen bereits dem

geltenden Recht zugrunde liegt, der sich aber in der Realität als zu wenig sichtbar erwiesen hat, um präventive Geltungskraft zu entfalten.

Insoweit zielt die Vorlage nicht zuletzt auch darauf, zwischen den Teilnehmern an der Wirtschaft gleich lange Spiesse herzustellen (Herstellung eines «level playing field»). An gewisse grundlegende internationale Verhaltenspflichten sollen sich alle Schweizer Konzerne sowohl beim Wirtschaften in der Schweiz als auch im Ausland halten.

Die Initiant/innen sind sich in Sachen Durchsetzung bewusst: Dem Haftpflichtrecht kommt betont präventive Funktion zu. Ohne grundlegende Eingriffe ins Zivilprozessrecht, die hier in bewusster Zurückhaltung nicht geplant sind, werden Klagen gegen Unternehmen angesichts des beklagten- d.h. unternehmerfreundlichen Prozessrechts nach wie vor die **Ausnahme** bilden. Das beweist auch die ‘Loi Vigilance’ in Frankreich. Umso entschiedener ist der Vorwurf zurückzuweisen, die Initiative verursache eine Klagewelle. Es bleibt aber beim Grundsatz: Eine Pflicht ohne Durchsetzung ist keine Pflicht.

Und genau diesem Anspruch an ein bescheidenes Mass mehr Rechtsverbindlichkeit in Sachen **Schweizer Konzernverantwortung** genügt der **Gegenvorschlag** zur Volksinitiative **unter keinem Titel**. Er beinhaltet im Wesentlichen eine reine Berichterstattung und in willkürlicher und punktueller Auswahl bei Kinderarbeit und vier Konfliktmineralien (Zinn, Tantal, Wolfram und Gold) eine Sorgfaltsprüfungspflicht. Auf eine wirksame Durchsetzung für Geschädigte und ihr Recht auf Wiedergutmachung wird von vornherein kategorisch verzichtet.

☞ Für **weiterführende Erläuterungen im Vergleich zum Gegenvorschlag**: Vertiefung, (c) Kapitel VI.3.C in fine, S. 41 (zum Anachronismus des Gegenvorschlags im Rechtsvergleich), (b) Kapitel VI.4.C.f, S. 45 (für eine mögliche KMU-Betroffenheit durch den Gegenvorschlag) (c) Kapitel VII, S. 85 (für synoptischen Vergleich von geltendem Recht, Initiative und Gegenvorschlag).

Vertiefung

III. Ausgangslage – politischer Prozess

Im April 2015 lancierten damals 66 Organisationen der Zivilgesellschaft die Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (kurz: Konzernverantwortungsinitiative). Am 10. Oktober 2016 wurde sie mit rund 120'000 gültigen Unterschriften eingereicht. Die folgenden Jahre sind geprägt von einem äusserst ereignisreichen politischen Prozess, der sich in zwölf Etappen fassen lässt:

- 1) 15. September 2017: Der Bundesrat empfiehlt in seiner Botschaft die Initiative ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung.
- 2) 14. November 2017: Die Rechtskommission des Ständerates (RK-S) berät die Initiative und beschliesst eine parlamentarische Initiative für einen Gegenentwurf. Diese wird in der Folge von der Rechtskommission des Nationalrates abgelehnt (RK-N).
- 3) 23. Februar - 4. Mai 2018: Die RK-N erarbeitet unter der Leitung von **Prof. Hans-Ueli Vogt (SVP/ZH) und Karl Vogler (CSP/OW)** im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision an mehreren Sitzungen einen indirekten Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative. Dieser Gegenentwurf basiert im Kern auf dem gleichen Konzept wie die Initiative (umfassende Sorgfaltsprüfungspflicht mit eingeschränkter Haftung), enthält aber zahlreiche Abstriche zur Initiative (dazu im Zuge dieser Arbeit). Die Initiant/innen sichern trotz diesen Abstrichen im Fall der Annahme durch die Räte den Rückzug zu.
- 4) 14. Juni 2018: **Der Nationalrat stimmt diesem Gegenentwurf mit 121:73 Stimmen zu** (bei 2 Enthaltungen).
- 5) 21. August 2018 - 11. Februar 2019: Die RK-S führt Anhörungen von Experten durch (worunter als Haftpflichtexperte der auch beim vorliegenden Modellgesetz konsultierte Prof. FRANZ WERRO). Eine Subkommission der Rechtskommission überarbeitet diesen Gegenentwurf in der Folge an mehreren Sitzungen.
- 6) 12. März 2019: Der **Ständerat** entscheidet gegen die Mehrheit seiner vorberatenden Kommission mit **22:20 Stimmen Nichteintreten** auf diesen Gegenentwurf.
- 7) 13. Juni 2019: Der Nationalrat hält an seinem Gegenentwurf fest. In der Folge lanciert der Bundesrat durch seine federführende Bundesrätin Karin Keller-Sutter einen eigenen Gegenentwurf; dies nachdem er dem Parlament ursprünglich eine Ablehnung ohne Gegenvorschlag empfohlen hatte (vgl. Etappe 1 vorstehend).
- 8) 14. August 2019: Die RK-S empfiehlt auch in Kenntnis der Pläne von Bundesrätin Keller-Sutter dem Ständerat dennoch mit 7:4 dem nationalrätlichen Gegenentwurf zu folgen; dieser wird am 3. September 2019 unter Publikation eines Kommissionsberichts bereinigt.
- 9) 26. September 2019: Ständerat Ruedi Noser (FDP/ZH) beantragt seinen Ratskollegen, die Debatte über den Gegenentwurf des Nationalrates zu verschieben. Der Ständerat folgt diesem Antrag. Damit verschiebt sich die Debatte auf nach den Gesamterneuerungswahlen.
- 10) 18. Dezember 2019: Gegen die Mehrheit der RK-S entscheidet sich der Ständerat für den von Bundesrätin Karin Keller-Sutter lancierten und Beat Rieder (CVP/VS) dann als Minderheitsantrag eingebrachten Gegenentwurf und gegen jenen des Nationalrates. Ersterer beinhaltet im Wesentlichen eine punktuelle Sorgfaltsprüfungspflicht (in Bezug auf Kinderarbeit und vier

Konfliktmineralien) und beschränkt sich im Übrigen auf eine Berichtspflicht. Eine Haftung ist nicht vorgesehen. Die Initiant/innen lehnen diesen Vorschlag als nicht rückzugsfähig ab.

- 11) März 2020: Der Nationalrat hält zwei weitere Male an seinem rückzugsfähigen Gegenentwurf fest. Der Ständerat hält ein weiteres Mal an seinem nicht rückzugsfähigen Gegenentwurf fest. Die Session wird aufgrund der Corona-Krise abgebrochen.
- 12) Juni 2020: Der Ständerat stimmt ein drittes Mal für seinen Gegenentwurf. Dieser setzt sich danach in der Einigungskonferenz mit 15:11 gegen jenen des Nationalrates durch und wird in der Folge von beiden Räten angenommen. Er tritt als indirekter Gegenvorschlag in Kraft, falls die Initiative abgelehnt wird.

Am 29. November 2020 kommt es zur Volksabstimmung über die Konzernverantwortungsinitiative. Hinter der Initiative stehen heute 130 Menschenrechts- und Umweltorganisationen, Hilfswerke und Kinderrechtsorganisationen, ein Wirtschaftskomitee mit über 250 Unternehmer/innen, mehr als 350 Politiker/innen aus BDP, CVP, EVP, GLP, FDP, SVP im «Bürgerlichen Komitee für Konzernverantwortung» sowie die katholische und reformierte Landeskirche und Freikirchen. SP, Grüne, EVP, BDP und JCVP Schweiz, sowie mehrere Kantonalparteien von CVP und GLP haben bereits die JA-Parole beschlossen.

Die dargelegte Zeitachse steht für einen langen und in verschiedener Hinsicht speziellen Parlamentsprozess, in dessen Zuge sich zuletzt zwei unterschiedliche Konzepte unvereinbar gegenüberstanden: Vertiefter Gegenstand der anschliessenden Betrachtung ist *nicht* der Gegenentwurf des Ständerates, der sich zuletzt in der Einigungskonferenz knapp durchsetzte (in der Folge: «Gegenvorschlag»). Als Grundlage für das vorliegende Umsetzungsmodell zur Initiative soll vielmehr jener *Gegenentwurf* dienen, an dem der *Nationalrat* bis zur Einigungskonferenz festhielt, der von acht namhaften Wirtschaftsverbänden⁸ sowie der Volkswirtschaftsdirektorenkonferenz unterstützt wurde und den die Initiant/innen bis zuletzt öffentlich als rückzugsfähig erklärten (in der Folge: «Entwurf des Nationalrates»).

IV. Auftrag und Konsultation

Der Auftrag der vorliegenden Arbeit besteht darin, ein Umsetzungsgesetz zur Konzernverantwortungsinitiative zu entwerfen, das **auf dem Entwurf des Nationalrates aufbaut**. Daran soll es die nötigen Anpassungen vornehmen, um der Volksinitiative gerecht zu werden. Gleichzeitig soll es den Gesetzestext erläutern und anhand von Beispielen illustrieren.

Das **Initiativkomitee** hat dazu Dr. iur. [GREGOR GEISSER](#) beauftragt. Der **Verfasser** dieser Arbeit war für das Komitee bereits als Rechtsgutachter des Initiativtextes tätig. Er beschäftigt sich seit Jahren in Wissenschaft und Praxis mit der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen im Umgang mit internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt. Darin hat er promoviert.⁹ Mit dieser Expertise hat er u.a. als Mitherausgeber der Schwerpunktausgabe «Unternehmen und Menschenrechte» der *Aktuellen Juristischen Praxis* (AJP 8/2017) mitgewirkt.

⁸ [Gemeinsame Stellungnahme 27.5.2020](#) von IG Detailhandel, Swiss Retail Federation, HANDELSchweiz, Groupement des Entreprises Multinationales (GEM), Genfer Handelskammer CCIG, Swiss Textiles, SWICO; Zum Positionswechsel des Nahrungsmittelverbands FIAL vgl. Tages-Anzeiger 15.5.2020, [Überläufer lanciert Debatte um Konzernverantwortungsinitiative neu](#); [Medienmitteilung der VDK](#) 17.6.2019.

⁹ 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*, Dissertation, Zürich u.a. 2013.

Der Verfasser hat in dieser rechtsgebietsübergreifenden Thematik namentlich die folgenden Personen aus den einschlägigen Bereichen *Völkerrecht, Gesellschaftsrecht, internationales Privatrecht und Haftpflichtrecht mit Rechtsvergleichung als Experten konsultiert*:

Prof. Dr. iur. [EVELYNE SCHMID](#) (MA Law&Diplomacy, Fletcher School, Massachusetts): Professorin für Völkerrecht und Menschenrechtsschutz an der Universität Lausanne. Einer ihrer Forschungsschwerpunkte liegt bei den **staatlichen Schutzpflichten im Bereich der Menschenrechte**. In dieser Vertiefung ist sie u.a. Mitherausgeberin der Schwerpunktausgabe «Unternehmen und Menschenrechte» der Aktuellen Juristischen Praxis (AJP 8/2017).

Prof. Dr. iur. [WALTER STOFFEL](#) (LL.M., Yale Law School, New Haven): Professor für **Wirtschaftsrecht und Internationales Privatrecht** (Universität Fribourg). Eine seiner zahlreichen Funktionen neben dem Lehrstuhl war das Amt des Präsidenten der Schweizerischen Wettbewerbskommission (2003-2010). Die Schwerpunkte seiner Forschungen und Publikationen betreffen das Wettbewerbs- und Gesellschaftsrecht sowie Fragen des schweizerischen und internationalen Verfahrens- und Gerichtssystems. In dieser Vertiefung hat er auch zum **Konzernhaftungsrecht** publiziert. Zudem ist er **Mitglied** des in Auflösung begriffenen [Komitees](#) «Ja zur Unternehmensverantwortung mit Gegenvorschlag [Entwurf des Nationalrates]».

Prof. Dr. iur. [FRANZ WERRO](#) (LL.M., University of California, Berkeley): Professor für Obligationenrecht und Europäisches Privatrecht, Universität Fribourg und Georgetown University Law Center (Washington, D.C.). Er war zum Gegenentwurf des Nationalrates, auf den das vorliegende Modellgesetz aufbaut, als **Haftpflichtexperte zur Anhörung der Rechtskommission des Ständerates vom 21. August 2018** eingeladen. Er unterrichtet Vertragsrecht und Haftpflichtrecht sowie eine Einführung zum europäischen Privatrecht. Er ist namentlich Spezialist des Haftpflichtrechts mit rechtsvergleichender Betrachtung. Aus dieser Perspektive hat er zur Konzernverantwortungsinitiative und zum Entwurf des Nationalrates bereits mehrfach **publiziert**.¹⁰

[CARINA FRÖHLI](#) (Rechtsanwältin, M.A. HSG in Law and Economics): Doktorandin an der Universität St. Gallen. In der Dissertation beschäftigt sie sich mit der Forschungsfrage, ob die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR auf juristische Personen als Hilfspersonen angewendet werden kann. Sie geht dabei von einem internationalen Sachverhalt aus, nach welchem eine Tochtergesellschaft im Ausland eine widerrechtliche Handlung begeht und beschäftigt sich daher mit der haftpflichtrechtlichen Verantwortung der Schweizer Muttergesellschaft und mit IPR-Fragen. Neben einem Rechtsvergleich mit Fokus Deutschland, Frankreich und UK untersucht sie, nach welchen Kriterien die Geschäftsherrenhaftung auf juristische Personen als Hilfspersonen angewendet werden kann.

Der Verfasser dankt diesen Personen für ihre wertvollen Inputs.¹¹ Für den vorgeschlagenen Text zeichnet er allein verantwortlich.

V. Grundlagen und konzeptioneller Ansatz

1. Ausgangslage, Anliegen und Kernpunkte der Volksinitiative

Die Suche nach verbindlichen Regeln für transnational tätige Unternehmen im Umgang mit Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im geltenden Recht der Schweiz fällt negativ aus. Es mangelt an verlässlichen Beurteilungskriterien, die auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage stehen. Dieser Befund ist von internationalen Gremien erkannt, von der Praxis und Lehre festgestellt und im Prinzip auch vom Bundesrat bestätigt.¹²

¹⁰ Zu seinen einschlägigen Publikationen vgl. im Zuge dieses Dokuments.

¹¹ Für das kritische Lektorat dankt er ebenso ALEXANDRE MÜLLER (LL.M., International Human Rights Law, Essex).

¹² (a) So ist etwa der UNO-Ausschuss für Kinderrechte «besorgt darüber, dass sich [die Schweiz] einzig auf freiwillige Selbstregulierung verlässt und keine rechtlichen Rahmenbedingungen vorsieht, welche explizit die Pflichten jener Unternehmen regeln, die der Gerichtsbarkeit

An diesem Handlungsbedarf knüpft die Konzernverantwortungsinitiative an. Sie verlangt einen gesetzlichen Grundrahmen für Schweizer Unternehmen, der den zwei Hauptzielen folgt,

- (1) den Menschenrechts- und Umweltschutz beim transnationalen Wirtschaften für die Betroffenen zu stärken und
- (2) mehr Rechtssicherheit zu schaffen.¹³

Vorbild der Initiative sind die mittlerweile fast zehnjährigen [UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte](#) (2011) sowie die [OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen](#) (2011). Diese haben den Unternehmen erstmals einen international anerkannten und von der Schweiz intensiv beworbenen Referenzrahmen im Umgang mit Menschenrechten und Umweltschutz gegeben. Sie leiten die Staaten zu einer angemessenen und unabdingbaren Mischung («*smart mix*») von **Freiwilligkeit und Verbindlichkeit** an.¹⁴ Für verbindliche staatliche Regeln hat sich der gesetzliche Grundrahmen demnach auf drei Pfeiler zu stützen:

- 1. Staatliche Schutzpflicht** – Die Staaten sind dazu verpflichtet, Mensch und Umwelt vor Beeinträchtigungen durch Unternehmen zu schützen. Diese internationale Vorgabe hat die Initiative in Art. 101a Abs. 2 (Ingress) E-BV mit einem Gesetzgebungsauftrag gemäss den folgenden Verantwortungsgrundsätzen verankert.
- 2. Unternehmerische Respektierungsverantwortung** – Unternehmen trifft eine Verantwortung zur Achtung von international anerkannten Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und Umwelt. Kernelement dieser Verantwortung ist eine hinreichende Sorgfaltsprüfung. Diese Grundsätze hat die Initiative für die Schweiz in Art. 101a Abs. 2 Bst. a und b E-BV verankert und dabei das internationale Pflichtenheft abgebildet.
- 3. Zugang zum Rechtsschutz und Wiedergutmachung** – Die Staaten haben mit besonderem Blick auf Konzernverhältnisse dafür zu sorgen, dass Betroffene von Menschenrechtsverletzungen Zugang zu wirksamen Rechtsschutz erhalten. Diesen Grundsatz hat die Initiative für die Schweiz in Art. 101a Abs. 2 Bst. c E-BV verankert und anhand einer Haftungsnorm im Konzernverhältnis konkretisiert.¹⁵

oder der Kontrolle [der Schweiz] unterstehen.» (vgl. Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland, UN Doc. CRC/C/CHE/CO/2-4, 26. Februar 2015, Ziff. 22-23; wie zitiert übersetzt durch BSV). Zudem auch die Besorgnis beim UN-Sonderbeauftragten JOHN RUGGIE, Die Menschenrechte – die neue Normalität, in der Handelszeitung vom 22. März 2018, der den damals im Parlament diskutierten Entwurfs des Nationalrates wohlwollend zur Kenntnis genommen und gleichzeitig festgehalten hat, dass die Schweiz bei dessen Scheitern die Gefahr läuft, international ins Hintertreffen zu geraten. (b) Vgl. stellvertretend für die Praxis BGer, 4C.379/2006 vom 22. Mai 2007, E. 3.4 *in fine*: «[...] la jurisprudence et la doctrine n'apportent guère d'enseignement pour ce qui est d'une action en responsabilité civile pour la réparation des dommages consécutifs à des crimes contre l'humanité, la vie et l'intégrité corporelle, commis à l'étranger [...]» (Zwar auf Art. 3 IPRG bezogen, aber als zuständigkeitsrechtliches Pendant zum Ordre-public-Vorbehalt sinngemäss auch auf Art. 17 IPRG übertragbar). Bezeichnend insoweit z.B. BGE 139 III 411 E. 2.6 (mögliche Anwendung von Art. 17 IPRG ungeprüft gelassen); BGE 79 II 193 ff., E. 7 und 8 (Ius-cogens-Charakter zu wenig Rechnung tragend; für eine kritische Würdigung u.a. FRANK VISCHER, Das nationalsozialistische Recht im Spiegel einiger Entscheidungen schweizerischer Gerichte, in: Jürgen Basedow u.a. [Hrsg.] Festschrift Ulrich Drobnig, Tübingen 1998, 455 ff.). Grundlegend auch GEISSER (FN 9), passim; CHRISTINE KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 2016, 45 ff., 53 f.; NICOLAS BUENO, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme – État de la pratique suisse, AJP /2018, 1015ff. (c) Vgl. Bundesrat, Rechtsvergleichender Bericht vom 2. Mai 2014 zur Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechten und Umwelt im Zusammenhang mit Auslandsaktivitäten von Schweizer Konzernen, 9 («Anerkennung des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs in diesem Bereich»).

¹³ Vgl. Art. 101a Abs. 1 E-BV der Verfassungsvorlage (Zweckartikel); s. [Erläuterungen](#) zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“ (in der Folge: [Erläuterungen zur Initiative](#)), 21 und 47 ff.

¹⁴ Vgl. explizit zum Ganzen [UNO-Leitprinzipien](#), Prinzipien 3, 26-29 (je Kommentare dazu); [OECD-Leitsätze](#), Menschenrechte, Ziff. 46. Mit einer zusätzlichen Betonung der Unabdingbarkeit von verbindlichen Massnahmen vgl. WSK-Ausschuss, General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, UN Doc. E/C.12/GC/24, 23. Juni 2017, Ziff. 14 und 39. Vgl. selbst Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» vom 16. September 2017, BBl 2017 6368 (in der Folge [Botschaft zur Initiative](#)), 6344.

¹⁵ [UNO-Leitprinzipien](#), Prinzip 17/Kommentar. Vorstehend zum Ganzen auch [Botschaft zur Initiative](#), 6354 (in einer einsichtigen Zusammenfassung). Für das Konzernverhältnis vertiefend unten IV.5.A.

2. Rechtsmethodische Grundlagen zur gesetzlichen Umsetzung dieser Anliegen

Verfassungsinitiativen – wie auch die vorliegende –¹⁶ sind in aller Regel nicht direkt anwendbar. Sie bedürfen der Umsetzung auf Gesetzesebene. Die Konzernverantwortungsinitiative enthält, wie der Bundesrat festhält, für den Gesetzgeber vergleichsweise detaillierte Eckwerte.¹⁷ Gleichwohl bleiben auch diese Vorgaben naturgemäss konkretisierungsbedürftig. Bei Ausführung des Verfassungsauftrages ist neben dem *Wortlaut* des Verfassungstextes v.a. auch *Sinn und Zweck* der Initiative zu beachten. Hierbei spielt der *Wille* der Initiant/innen eine besondere Rolle. Bei der Ermittlung dieses historischen Willens hat die Legislative den vom Initiativkomitee öffentlich gemachten Erläuterungen Rechnung zu tragen.¹⁸ Von diesen Auslegungsgrundsätzen lässt sich das vorliegende Modellgesetz leiten.

Auch die **Gesetzgebung** selbst kennt rechtsmethodische Vorgaben, die es zu beachten gilt. Jede Gesetzesvorlage hat dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen (Art. 5 Abs. 2 BV). Sie hat so konkret wie möglich und so offen wie nötig zu sein. In ihrer Konkretheit muss sie zum einen tatsächlich mehr Schutz und Rechtssicherheit bewirken. In ihrer Offenheit muss sie zum anderen der Rechtsanwendung (und vorab allenfalls dem Verordnungsgeber) den nötigen Spielraum für ausgewogene Regelungen im Einzelfall belassen.¹⁹ Auch diese Massstäbe hat das Modellgesetz zu beachten.

3. Konzeptioneller Ansatz

Die Gesetzgebung hat in formeller Hinsicht **zwei Grundvarianten**, um die Verfassungsinitiative umzusetzen:²⁰

- (a) Sie kann die Pflichten der Unternehmen umfassend in einem Spezialgesetz regeln oder
- (b) die Vorgaben in den bereits bestehenden Gesetzen verankern.

Denkbar sind auch Mischformen (z.B. eine Grundsatzregelung in einem neuen Spezialgesetz verbunden mit Einzelregelungen in bestehenden Regelwerken).

Der Nationalrat hat sich bei seinem Kompromissvorschlag für Variante (b), d.h. eine Integration in bestehende Gesetze entschieden. Er hat die Vorgaben ins Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) und hierin in den Fünften Teil zum Obligationenrecht (OR) eingefügt. Zudem hat er zum räumlichen Geltungsbereich das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) ergänzt.

Da das Konzept des Nationalrates für das vorliegende Umsetzungsgesetz mit Anpassungen Modell stehen soll (so der Auftrag des Initiativkomitees), folgt die vorliegende Arbeit der Variante (b), d.h. einer Integration der Regelungen in bestehende Gesetze.

Ohne hier auf die Vor- und Nachteile im Vergleich von Spezialgesetzgebung und Integration in geltende Regelwerke einzugehen,²¹ erscheint die auftragsgemässe Anknüpfung am Bestehenden nachvollziehbar:

¹⁶ Art. 101a Abs. 1 E-BV: «Das Gesetz regelt die Pflichten [...] nach folgenden Grundsätzen: [...]». [Erläuterungen zur Initiative](#), 55 f.

¹⁷ [Botschaft zur Initiative](#), 6362.

¹⁸ Dieses Auslegungselement als besonders gewichtig erachtend u.a. bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 1C_646/2012 vom 22. Mai 2013, E. 8 und 10.2.

¹⁹ Vgl. GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. A., Zürich u.a. 2013, N 219 ff. (223) und 250 ff.

²⁰ S. [Erläuterungen zur Initiative](#), 54; [Botschaft zur Initiative](#), 6362.

²¹ Dazu weiterführend vgl. GREGOR GEISSER, *Die Konzernverantwortungsinitiative – Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung*, AJP 8/2017, 963 ff. (insb. 964).

Aus *rechtspolitischer* Sicht hat der Anschluss an den parlamentarischen Vorarbeiten (die im OR, ZGB und IPRG geregelt haben) *zunächst* den Vorteil, auf einen Gesetzentwurf aufzubauen, der über einen hohen gesetzgeberischen *Reifegrad* verfügt. Zudem genießt er in gewichtigen Teilen von Zivilgesellschaft, Wissenschaft, Politik und Wirtschaft (d.h. auch nach dem knappen Nein im Parlament) nach wie vor grosse *Anerkennung* (dazu oben Kap. III).

Dieser Entscheid ist *sodann* auch *rechtlich* nachvollziehbar. Der Ansatz des Nationalrates trifft, wenn auch mit zu erläuternden Abstrichen, den Kerngehalt der Initiative. Dieser ist nach dem Willen der Initiant/innen vor allem im *Gesellschafts-* und *Haftpflichtrecht* sowie im *internationalen Privatrecht* zu verwirklichen:²²

- 1) Die präventive Sorgfaltsprüfungspflicht ist im *Gesellschaftsrecht* zu verankern.
- 2) Die Reparation bei Verletzung dieser Pflicht ist im *Haftpflichtrecht* zu verorten.
- 3) Das *internationale Privatrecht* hat schliesslich sicherzustellen, dass diese Regelungen bei Sachverhalten mit Auslandbezug zur Anwendung kommen.

Mit diesem Variantenentscheid sei aber auch gesagt: Bei einer Regelung, die auf dem Ansatz des Nationalrates aufbaut, sind bestimmte Regelungsbereiche a priori schwerer zu erfassen als bei einer Spezialgesetzgebung mit umfassenderem Ansatz: Zu denken ist z.B. an Regelungen im Straf- oder Verwaltungsrecht bzw. in prozessualer Hinsicht im Zivilprozessrecht. Obschon die Verfassungsinitiative in bewusster Zurückhaltung darauf verzichtet hat, dazu spezifische Vorgaben zu machen, haben die Initiant/innen dennoch klar gemacht, dass Massnahmen in jenen Bereich gestützt auf den einführenden Gesetzgebungsauftrag in Betracht zu ziehen sind; sei es etwa wie in anderen Staaten durch eine verhältnismässige Erweiterung der (primären) Unternehmensstrafbarkeit oder mit Blick auf multinationale Konzerne auch durch die Einführung eines internationalen Gerichtsstandes der passiven Streitgenossenschaft.²³

Das Ziel dieser Mindestumsetzung besteht darin, aufbauend **auf dem Entwurf des Nationalrates die nötigen Anpassungen am Gesetzestext vornehmen**, um der Volksinitiative gerecht zu werden. Gleichzeitig geht es in diesem Dokument darum, die Umsetzung in die geltende Rechtsordnung **einzubetten**, zu **erläutern** und anhand von **Fallbeispielen** zu veranschaulichen. Mit dem gesetzgeberischen Konkretisierungsgrad der Verfassungsanliegen besteht die Aufgabe der vorliegenden Arbeit nicht zuletzt auch darin, dort **Klarstellungen** vorzunehmen, wo das Narrativ der politischen Gegner der Konzernverantwortungsinitiative von rechtlichen Missverständnissen bzw. Falschaussagen geprägt ist.²⁴

Die Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen haben die folgende **Struktur**: In rechtslogischer Abfolge des Regelungswerkes beinhalten die einzelnen Kapitel jeweils den

- (a) einschlägigen *Verfassungstext* (soweit mit expliziter Regelung),
- (b) den darauf wie auf dem Willen der Initiant/innen aufbauenden *Gesetzestext* sowie
- (c) die zugehörigen *Erläuterungen*.

²² [Erläuterungen zur Initiative](#), 55.

²³ Vgl. [Erläuterungen zur Initiative](#), 56 f.

²⁴ S. stellvertretend in einem Compendium solcher Aussagen [«Faktenblatt Economiesuisse zum Initiativtext»](#). Diese Vorwürfe bzw. Bedenken werden im Zuge der Arbeit mit einer fundierten rechtlichen Argumentation konfrontiert.

VI. Die einzelnen Bestimmungen mit Erläuterungen

Legende für die nachfolgenden Erläuterungen

Für Gesetzestext:

Gesetzestext gemäss geltendem Recht

Gesetzestext gemäss Entwurf Nationalrat

Gesetzestext gemäss **Vorschlag des Verfassers (Anpassungen am Text des Nationalrates)**

Für Beispiele und Grafiken:

Erfasst durch Präventionspflicht (Sorgfaltsprüfungspflicht)

Erfasst durch Reparationspflicht (Haftung/Schadenersatz)

Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Regelung

1. Pflichtenträger

A. Gesetzestext

Art. 716a Absatz 1 E-OR

2. Unübertragbare Aufgaben

¹ Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

5. die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen sowie der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland;

10. bei Gesellschaften, die verpflichtet sind, Massnahmen zur Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland zu treffen: die Erstellung des Berichts gemäss Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 4.

B. Erläuterung

Die Initiative zielt für die Einhaltung von internationalen Bestimmungen zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt auf das Unternehmen (typischerweise im Sinne einer juristischen Person) als Pflichtenträger.²⁵ Beim Umsetzungskonzept mit einer Verankerung der Sorgfaltsprüfungspflicht im *Gesellschaftsrecht* bleibt es die Aufgabe der Gesetzgebung, die konkreten Pflichtenträger im Unternehmen, d.h. die verantwortlichen Organe zu bezeichnen. Die Bestimmung des Entwurfs des Nationalrats kann dafür unverändert übernommen werden:

Art. 716a Abs. 1 OR bezeichnet bereits heute die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates als *oberstes Leitungsorgan* der (Aktien-)Gesellschaft; dies im Sinne der Oberaufsichtsverantwortung.

²⁵ S. [Erläuterungen zur Initiative](#), 18.

Dass zur Rechtmässigkeit der Geschäftstätigkeit gemäss dem bestehenden Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR im Prinzip auch die Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutze der Menschenrechte und der Umwelt gehören, ist mittlerweile in der Lehre anerkannt und von der Botschaft zur Initiative wie der Rechtskommission des Nationalrates bestätigt.²⁶ Insoweit ist die Verankerung dieser Pflicht – und der zugehörigen Berichterstattung – beim obersten Leitungsorgan in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 und 10 E-OR eine Bestätigung dieser Entwicklungen. Hingegen lässt das geltende Recht Inhalt wie Reichweite dieser Pflicht unregelt. Klarheit schafft die anschliessende Bestimmung von Art. 716a^{bis} E-OR.

2. Inhalt der Sorgfaltsprüfungspflicht

A. Verfassungstext

Art. 101a Abs. 2 E-BV [...]

b. Die Unternehmen sind zu einer angemessenen Sorgfaltsprüfung verpflichtet; sie sind namentlich verpflichtet, die tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen auf die international anerkannten Menschenrechte und die Umwelt zu ermitteln, geeignete Massnahmen zur Verhütung von Verletzungen international anerkannter Menschenrechte und internationaler Umweltstandards zu ergreifen, bestehende Verletzungen zu beenden und Rechenschaft über ergriffene Massnahmen abzulegen; diese Pflichten gelten in Bezug auf kontrollierte Unternehmen sowie auf sämtliche Geschäftsbeziehungen; der Umfang dieser Sorgfaltsprüfungen ist abhängig von den Risiken in den Bereichen Menschenrechte und Umwelt; [...].

B. Gesetzestext

Art. 716a^{bis} E-OR

2a. Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland

¹ Der Verwaltungsrat trifft Massnahmen, die sicherstellen sollen, dass die Gesellschaft auch im Ausland die in ihren Tätigkeitsbereichen massgeblichen internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt einhält (Sorgfaltsprüfung). Der Verwaltungsrat hat hierbei folgende Aufgaben:

1. Er ermittelt mögliche und tatsächliche Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und Umwelt und schätzt diese ein.
2. Er setzt unter Berücksichtigung der Einflussmöglichkeiten der Gesellschaft Massnahmen zur Minimierung der festgestellten Risiken sowie zur Wiedergutmachung von Verletzungen um.

²⁶ [Botschaft zur Initiative](#), 6368 und 6372; Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) vom 18. Mai 2018 zu den Anträgen der Kommission für einen indirekten Gegenentwurf zur Volksinitiative «für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» im Rahmen der Revision des Aktienrechts (in der Folge [RK-N-Bericht](#)), 2 f. und 14 f. Im Grundsatz im Übrigen PETER FORSTMOSER, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, insb. S. 174 f.; PETER FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: Angela Cavallo u.a. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich u.a. 2012, 708 ff. (713); ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, [Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries](#), 1. Juli 2015, 687 f.; für die Arbeiten rund um die UNO-Leitprinzipien s. JOHN RUGGIE, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights [...], UN Doc. A/HRC/8/5, 7. April 2008, wonach die Menschenrechtsthematik insgesamt Teil der Führungsaufgabe der Konzernleitung sein muss.

3. Er überwacht die Wirksamkeit der Massnahmen.

4. Er berichtet über die Erfüllung der Aufgaben gemäss den Ziffern 1-3.

² Gegenstand der Sorgfaltsprüfung sind auch die Auswirkungen der Geschäftstätigkeit von kontrollierten Unternehmen und aufgrund von Geschäftsbeziehungen mit Dritten.

^{2bis} Der Verwaltungsrat befasst sich vorrangig mit den schwersten Auswirkungen auf Menschenrechte und Umwelt. Er wahrt den Grundsatz der Angemessenheit.

C. Erläuterung

Die Einführung einer gesetzlich verankerten **Sorgfaltsprüfungspflicht** bildet das Herzstück der Initiative. Die UNO-Leitprinzipien und die OECD-Leitsätze definieren die «Sorgfaltsprüfung» in einem klar strukturierten Pflichtenheft in folgendem Dreischritt: **(1) Risiken identifizieren, (2) Massnahmen ergreifen und deren Wirksamkeit überwachen sowie (3) darüber berichten**. Auch Umweltverträglichkeitsprüfungen, wie sie beispielsweise in den OECD-Leitsätzen festgehalten sind, folgen diesem Prozess der Sorgfaltsprüfung. Die Initiative übernimmt dieses Instrument. Der Entwurf des Nationalrats hat das Pflichtenprogramm auf gesetzlicher Ebene an richtiger Stelle und in der Sache zutreffend verankert. Diese Bestimmung kann für die Umsetzung der Initiative somit unverändert übernommen werden.

Aus den Erläuterungen zur Initiative sowie den Berichten der Rechtskommission des Nationalrates und des Ständerates lassen sich zu Inhalt und Grenzen dieser Pflicht folgende Kernaussagen ziehen (vgl. zu Weiterungen und Verweisen *ebenda*):²⁷

Die Sorgfaltsprüfung ist als Aufgabe des in den Unternehmen bereits etablierten Risikomanagementsystems (IKS) **risikobasiert**; verlangt ist eine angemessene Sorgfalt, ausgehend von den «schwersten Auswirkungen [unternehmerischer Tätigkeit] auf Mensch und Umwelt» (s. Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2^{bis}). Die bedeutendsten Risiken können sich aus dem konkreten operativen Umfeld (z.B. politische Spannungen mit gesellschaftlichen Konflikten) oder auch aus den Besonderheiten (z.B. dem Gefahrenpotenzial) der betreffenden Geschäftstätigkeiten, Produkte oder Dienstleistungen ergeben.

Gefordert ist eine **Handlungspflicht** – keine Erfolgspflicht («Massnahmen, die sicherstellen *sollen*»; s. Abs. 1 Ingress). Es geht nicht darum, die Einhaltung der erwähnten Bestimmungen als Erfolg zu garantieren. Verlangt ist dagegen, das «Angemessene» (Abs. 2^{bis}) zu tun, um den Eintritt des Risikos möglichst zu vermeiden und widrigenfalls Abhilfe zu leisten (durch «Minimierung» und «Wiedergutmachung»; Abs. 1 Ziff. 2).

Gemeint ist mithin eine stete Aufgabe **kontinuierlicher** Verbesserung; es besteht weder eine Nullrisikotoleranz noch, wie mitunter behauptet wird, eine daraus folgende Pflicht zum Rückzug aus den Gaststaaten (sog. «cut and run»), sollte das Unternehmen das Einhalten der Bestimmungen nicht garantieren können. Ganz im Gegenteil bleibt nach den UNO-Leitprinzipien in solchen Situationen in erster Linie der unternehmerische Einfluss nach Möglichkeit zu erhöhen (Abs. 1 Ziff. 2), um Verbesserung herbeizuführen. Die Beendigung einer Geschäftsbeziehung ist nur als *ultima ratio* und unter Abwägung der menschenrechtlichen Konsequenzen angezeigt.

²⁷ Vgl. [Erläuterungen zur Initiative](#), 32 ff.; [RK-N-Bericht](#), 5 ff.; ergänzend auch Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) zum Aktienrecht (Entwurf 2) vom 19. Februar 2019 (in der Folge [RK-S-Bericht](#)), 4/5 f.

Die Sorgfaltsprüfung reicht im Einklang mit den internationalen Vorgaben über das eigene Unternehmen sowie den Konzern hinaus bis zu Geschäftsbeziehungen mit Dritten (Abs. 2). Die Prüfung beschränkt sich dabei auf Auswirkungen, die **unmittelbar** mit der Geschäftstätigkeit, den Produkten oder den Dienstleistungen des Unternehmens **verbunden** sind (Abs. 2 [«aufgrund»]).²⁸ Von der Prüfungspflicht ausgeschlossen sind damit Risiken, die keinen Bezug zur eigenen Geschäftstätigkeit haben.

→ Initiative wie Ausführungsgesetz verlangen demnach im Gleichklang mit dem Entwurf des Nationalrats international Abgestimmtes, Umsetzbares und Verhältnismässiges.

Fallbeispiel Kupfermine

(1) Ein Schweizer Mutterhaus hat eine ausländische Tochter, die im Staat x eine Kupfermine betreibt. Seine Sorgfaltsprüfungspflicht hat es bei der **Ermittlung** der Risiken etwa dann verletzt, wenn es sich auf bestimmte Menschenrechte beschränkt (so z.B. auf das Verbot von Kinderarbeit, wozu der reduzierte Blick des Gegenvorschlags anleitet), wenn sie es aber unterlässt, jene Bereiche zu ermitteln, in denen das menschenrechtliche Risiko bei seiner Tätigkeit viel näher liegt. Das gilt für den Abbau von Kupfer z.B. bei ungefiltert gesundheitsgefährdendem Ausstoss von Schwefeldioxid in Überschreitung der WHO-Grenzwerte.

(2) Die Sorgfalt, die nötigen **Massnahmen zu ergreifen**, hat das Rohstoffunternehmen in einem zweiten Schritt etwa dann verletzt, wenn die Konzernmutter von der Schweiz aus (wie in einem geleiteten Konzern typisch) Vorgaben zu Umsatz- und Ertragszielen oder auch zur Produktion macht, so vorliegend zum Zeithorizont der Inbetriebnahme der Kupfermine; und wenn es nun an diesen Zielen festhält, obschon es weiss oder wissen müsste, dass dieses Ziel nicht erreichbar ist, ohne vorher die nötige Filteranlage eingebaut zu haben. Nimmt die Tochtergesellschaft getreu den Produktionsvorgaben der Mutter die Mine ohne Filter in Betrieb und nimmt die Mutter dadurch das Risiko ungefilterter SO_x-Emissionen in Kauf, hat diese ihren Einfluss nicht ausgeübt, um die eingetretenen Gesundheitsschädigungen (z.B. Todesfälle unter Asthma-Betroffenen) zu verhindern. Geschieht dies fortwährend, so verletzt das Mutterhaus zudem seine Pflicht, bestehenden Schaden zu minimieren, die Situation laufend zu verbessern sowie Wiedergutmachung zu leisten.

Fallbeispiel Pestizide

Ein multinationaler Agrokonzern hat seinen Sitz in der Schweiz. Seine Tochtergesellschaft mit Sitz in Mexiko produziert ein giftiges Pestizid S. Es kommt zu rund hundert nachgewiesenen Vergiftungen (einige mit Todesfolge) bei lokalen Bauern, welche das Pestizid ausbringen. Das Pestizid wird ausschliesslich von der Tochter produziert.

(1) Das Mutterhaus kann seine Pflicht, die möglichen Risiken zu ermitteln etwa dann verletzt haben, wenn es das operative Umfeld, in dem das Pestizid von der Tochter produziert und auf den Markt gebracht wird, nicht hinreichend abgeklärt hat. Dies kann zum Beispiel dann der Fall gewesen sein, wenn es die nötigen Kontrollmechanismen nicht installiert hat, um sicherzustellen, dass die Tochter bei den Anwendern durch Konsultation in Erfahrung bringt, in welcher Sprache die Gebrauchsanweisung des Giftstoffs zu übersetzen ist, damit sie von den Anwendern verstanden wird. Insoweit fehlen die nötigen Informationen über die Gefährlichkeit des konkreten Pestizids mit inhärent toxischen Eigenschaften wie auch über die möglichen Schutzvorkehrungen.²⁹

²⁸ S. zudem explizit [RK-N-Bericht](#), 7.

²⁹ S. zu diesem Grundsatz von nötiger Konsultation explizit auch die [Erläuterungen zur Initiative](#), 33 (gestützt auf die dort referenzierten UNO-Leitprinzipien).

(2) In einem zweiten Schritt kann es das Mutterhaus unterlassen haben, die nötigen Massnahmen zu ergreifen, wenn es der Tochter gestützt auf die Konzernleitung zur Produktion grünes Licht für den Vertrieb des Produkts in Mexiko gegeben hat; dies im Wissen, dass das Pestizid wegen den dort herrschenden Temperaturen von über 40 °C – d.h. ohne Schutzanzug – keinen sicheren Einsatz erlaubt. Geboten wäre stattdessen etwa die Herstellung eines auf das betreffende Umfeld angepassten Produkts gewesen, das auch bei anderen, realisierbaren Schutzvorkehrungen zu keiner Gesundheitsschädigung der Nutzer führt.³⁰

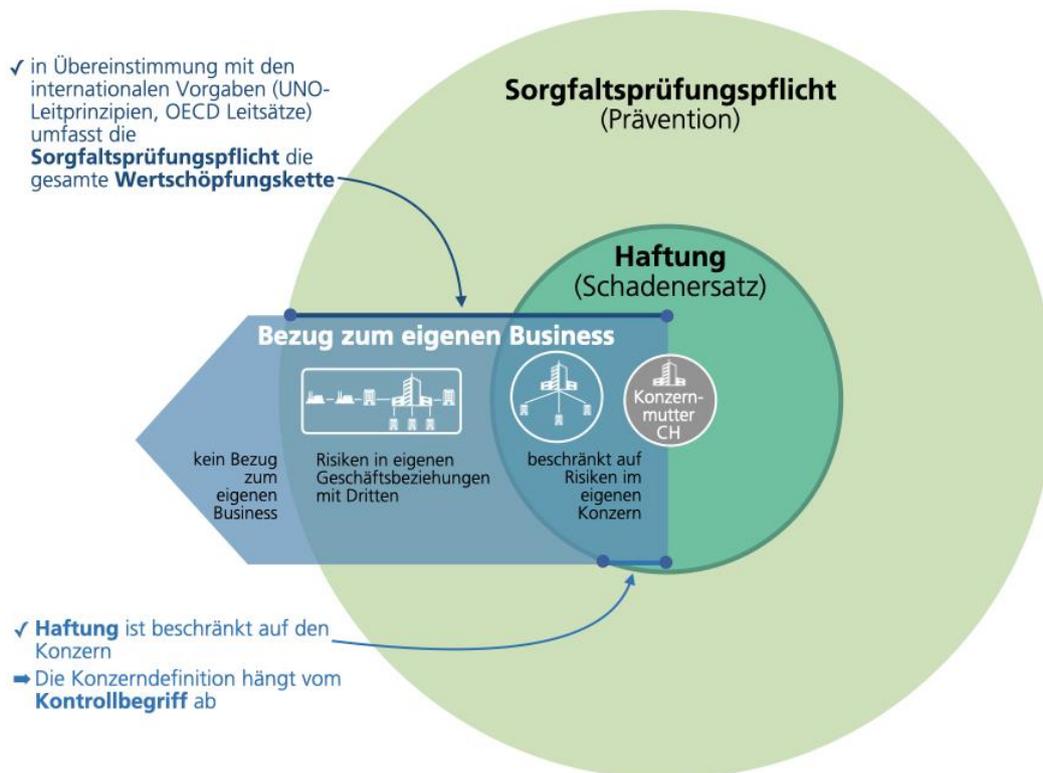


Rechtliche Klarstellungen:

Die vorliegende Regelung hat **nicht** die Pflicht der ausländischen Tochterhäuser im Blick, ↔ sondern die (gestützt auf die UNO-Leitprinzipien und OECD-Leitsätze bestehende) **eigene** Sorgfaltspflicht **der in der Schweiz ansässigen Mutterhäuser** in Bezug auf ihre Auslandsaktivitäten (dazu auch unten IPR-Kapitel).

Es geht **nicht** um ein Durchleuchten **jedes** noch so kleinen Risikos **ohne** Bezug zur eigenen Geschäftstätigkeit. ↔ Vielmehr zielt die Vorlage auf **risikobasierte**, in der Umsetzung **angemessene** Sorgfalt in Bezug auf **grundlegende** Rechtsgüter und Auswirkungen, die mit der eigenen Geschäftstätigkeit **unmittelbar** verbunden sind. **Noch enger gefasst** als die Sorgfaltsprüfung ist die damit verbundene **Haftung**. Diese beschränkt sich nach Wortlaut der Initiative auf **Schadensrisiken** im **eigenen** Unternehmen und im **Konzern** – sie erstreckt sich nicht auf Risiken in Geschäftsbeziehungen mit Dritten (dazu unten).

Die so verstandene Sorgfaltsprüfungspflicht lässt sich in einem **Zwei-Kreise-Modell** (im Vergleich zur Haftung)³¹ wie folgt veranschaulichen:



Grafik 1: Zweikreise-Modell (Prävention und Haftung – Reichweite der Sorgfaltsprüfung der Initiative)

³⁰ FAO/WHO, [The International Code of Conduct on Pesticide Management](#), 2017, para. 3.6.

³¹ Dazu im Einzelnen später.

3. Massgebliche materielle Bestimmungen für die Sorgfaltsprüfung

A. Verfassungstext

Art. 101a Abs. 2 E-BV

a. Die Unternehmen haben auch im Ausland die international anerkannten Menschenrechte sowie die internationalen Umweltstandards zu respektieren;

B. Gesetzestext

Art. 716a^{bis} E-OR

⁶ Wo das Gesetz auf die internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland verweist, sind damit die entsprechenden ~~für die Schweiz verbindlichen~~, international anerkannten Bestimmungen gemeint, soweit sich dazu eignen, auch gegenüber Unternehmen wirksam zu werden.³²

C. Erläuterung

Diese Bestimmung beantwortet die wichtige Frage, welche materiellen Massstäbe Gegenstand der vorstehenden Sorgfaltsprüfung sind. Auch dieser Passus kann mit einer leichten Anpassung (dazu unter Ziff. 4) von den parlamentarischen Vorarbeiten übernommen werden (entsprechend sei auch hier neben den Erläuterungen zur Initiative auf die einlässlichen Kommissionsberichte verwiesen).³³ Diese Ausführungen enthalten die folgenden Kernaussagen:

1) Respektierungspflicht – Die Unternehmen trifft in Übereinstimmung mit den internationalen Vorgaben im Verständnis der Initiative wie auch jenem des Entwurfs des Nationalrats eine *Respektierungspflicht*. Die Unternehmen haben demnach **von Tätigkeiten abzusehen haben**, durch welche die internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und Umwelt verletzt würden. Das Unternehmen hat somit vorab die *auf Abwehr gerichteten Freiheitsrechte Dritter* zu beachten. Gemeint sind Garantien zum Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität. Das Unternehmen soll keinen Schaden an derart zentralen Rechtsgütern anrichten, und der Staat soll im «Verletzungsfall»³⁴ eine Form von Wiedergutmachung durchsetzen.

Danach handelt ein Unternehmen insbesondere dann widerrechtlich, wenn es die **absolut geschützten Rechte** anderer verletzt, so namentlich

- **Leib,**
- **Leben,**
- **Persönlichkeit**
- **oder Eigentum.**

Diese Garantien bilden gleichermassen Grundwerte des Privatrechts und der Menschenrechte.³⁵

³² Basis: Rechtskommission des Ständerates vom 19. Februar 2019 (RK-S 2/19) ([Fahne 25.2.2019](#), dritte Spalte).

³³ Nachfolgend zum Ganzen [Erläuterungen zur Initiative](#), 22 ff.; [RK-N-Bericht](#), 9 ff.; ergänzend auch [RK-S-Bericht](#), 6 ff.

³⁴ Der Begriff «Verletzung» ist im Lichte der fehlenden direkten Drittwirkung der Menschenrechte in der Folge untechnisch zu verstehen und meint die negativen Auswirkungen, die ein Unternehmen auf die Menschenrechte von Individuen haben kann (so auch [OECD-Leitsätze](#), Menschenrechte, Ziff. 41). Vgl. auch [UNO-Leitprinzipien](#), Prinzip 17 (Kommentar).

³⁵ Vgl. zum Ganzen die zahlreichen Nachweise bei den [Erläuterungen zur Initiative](#), 24 (ebenda insb. FN 86).



Die hier zu regelnden privat tätigen Unternehmen trifft dagegen **keine darüber hinausgehende Schutz- oder Gewährleistungspflicht** (wie z.B. die Gewährleistung sozialer Sicherheit, die Abschaffung der Todesstrafe oder der staatlichen Diskriminierung von Frauen im Gastland o.ä.); jene Pflichten richten sich typischerweise an Staaten. Dementsprechend führt auch die Anwesenheit eines Unternehmens in einem Staat mit solchen Herausforderungen für sich alleine nicht zu einer Konzernverantwortung im Sinne der Initiative.³⁶

2) Hochrangige Rechtsgüter: «International anerkannte Bestimmungen» zeichnen sich nach dieser Regelung sodann durch einen besonders hohen Gehalt der betroffenen Rechtsgüter aus; deren Verletzung ist **von besonderer Schwere, Dauer oder grossem Ausmass**.³⁷ Eine intuitive, beispielhafte Abgrenzung dazu bietet im eingangs erwähnten Pestizidfall:

auf der einen Seite eine von der Regelung erfasste grossflächige Verseuchung durch ein Pestizid des Agrokonzerns mit rund hundert Verletzten in Mexiko;

auf der anderen Seite ein von der Regelung nicht erfasster, einzelner Unfall, den ein lokaler Angestellter dieser Unternehmensgruppe aus Unachtsamkeit bei einem Mitarbeitenden verursacht.

Bei der Definition, welche fundamentalen Rechte Unternehmen auch bei ihren Tätigkeiten mit Auslandbezug zu respektieren haben, orientieren sich Initiative wie das (auf den Entwurf des Nationalrats gestützte) Umsetzungsgesetz vorrangig an den UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte: Gemäss Prinzip 12 umfassen die international anerkannten Menschenrechte im Minimum die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte zusammen mit ihren wichtigsten Umsetzungsinstrumenten: dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II), dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) sowie den acht Kernübereinkommen der International Labour Organization (ILO).

3) Eignungsvorbehalt: Die Anwendung dieser Regeln steht dabei aber immer unter dem Respektierungsvorbehalt (dazu oben Ziff. 1). Der konkrete Normgehalt muss sich dazu eignen, **«auch gegenüber Unternehmen wirksam zu werden»** (s. Art. 716a^{bis} Abs. 6 E-OR; analog zum Wortlaut von Art. 35 Abs. 3 BV).³⁸ An welche Vorgaben sich die Unternehmen im Einzelnen zu halten haben, dazu gibt es einsichtige internationale Leitlinien (z.B. [OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct](#) mit zusätzlichen Branchenstandards). Dasselbe gilt für internationalen Bestimmungen zum Schutz der Umwelt.

Auch bei den **Bestimmungen zum Schutz der Umwelt** handelt es sich um Normen, die über einen international anerkannten Gehalt verfügen; angefangen bei verbindlichem Völkerrecht (z.B. vom Montreal-Abkommen zum Schutz der Ozonschicht bis zum Übereinkommen über die Verhütung von Meerverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen und anderen Stoffen) hin zu hochrangigen Regelwerken internationaler Organisationen (z.B. die [Nachhaltigkeitsstandards der International Finance Corporation](#)).³⁹

³⁶ Mit zahlreichen Nachweisen vgl. zum Ganzen [Erläuterungen zur Initiative](#), 23 f.; ebenso [RK-N-Bericht](#), 4 f.

³⁷ S. für diese Fundierung Referenzen bei den [Erläuterungen zur Initiative](#), 26.

³⁸ Zu dieser Einfügung einlässlich m.w.H. [RK-S-Bericht](#), 6 f.

³⁹ Dazu eingehend [Erläuterungen zur Initiative](#), 29 ff.; für eine beispielhafte Auflistung massgeblicher Übereinkommen zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung natürlicher Ressourcen s. Revision des öffentlichen Beschaffungswesens (revBöB) ebenso im Anhang des [Entwurfs zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen VöB \(Anhang 2\)](#); eingehend dazu in rechtsvergleichender Betrachtung auch UMWELTBUNDESAMT, Von der menschenrechtlichen zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht – Aspekte zur Integration von Umweltbelangen in ein Gesetz für globale Wertschöpfungsketten, 10.3.2020.

4) **Bezüglich Verbindlichkeitsgrad** bleibt denn auch zu unterscheiden: Als **Sorgfaltsmassstab** i.S.v. Art. 716a^{bis} E-OR muss in einem Modellgesetz über den Entwurf des Nationalrats hinaus auch internationales **Soft Law**⁴⁰ Platz finden; ansonsten würden die UNO-Leitprinzipien und OECD-Leitsätze nicht konsequent umgesetzt, und es blieben viele für Unternehmen massgebliche Vorgaben zu Unrecht unbeachtet, welche die Grundlage für einen international anerkannten Sorgfaltsstandard wirtschaftlicher Tätigkeit bilden (z.B. WHO-Grenzwerte bei Ausstoss von Schadstoffen durch lokale Industrie). Hingegen ist und bleibt für eine **Haftung** immer ein Personen- oder Sachschaden vorausgesetzt (s. Art. 55a E-OR; dazu unten). Diesbezüglich **schränken Initiative wie deren Umsetzung bewusst ein auf privatrechtliche Rechtsgüter (namentlich «Leib, Leben und Eigentum»)**, die ihre Grundlage im **harten Völkerrecht** finden (dazu Ziff. 1 vorstehend).

5) Die dargelegten Grundsätze lassen sich wie folgt veranschaulichen:

Zwei-Kreise-Modell der massgeblichen materiellen Bestimmungen differenziert nach Sorgfaltsprüfungspflicht und Haftung:



Grafik 2: Zweikreise-Modell (Prävention und Haftung – einschlägige materielle Bestimmungen gemäss Initiative)

⁴⁰ *Soft Law* bildet die jeweils aktuellste Leitlinie zur Ausgestaltung und Auslegung des Landesrechts nach internationalen Vorgaben (dazu im vorliegenden Zusammenhang Nachweise bei [Erläuterungen zur Initiative](#), 6 und 36).

💡 Fallbeispiel Kinderarbeit

Ein Schweizer Unternehmen ist im Gaststaat x tätig. Die dortige Regierung toleriert Kinderarbeit. Das Unternehmen trägt für die reine Anwesenheit in diesem Staat **keine Schutzpflicht**, sich gegen dort verbreitete Kinderarbeit einzusetzen. Initiative wie Modellgesetz (wie bereits der Entwurf des Nationalrats) ändern an diesem Ausschluss nichts.

Hingegen muss das Unternehmen **im Rahmen der Sorgfaltsprüfung von Art. 716a^{bis} E-OR** sein Möglichstes tun, um darauf Einfluss zu nehmen, dass in seiner **eigenen Wertschöpfungskette** keine Kinderarbeit vorkommt. Was international verbotene Kinderarbeit ist, definieren die Kernübereinkommen der ILO.

Haftbar wird das Unternehmen **gemäss Art. 55a E-OR** schliesslich nur aber immerhin dann, wenn es durch fehlende Sorgfalt im Kreis seines **eigenen Konzerns** nicht davon absieht, Kinder zu beschäftigen – dies dann, wenn diese Arbeit bei den Kindern effektiv zu **Gesundheitsschäden (z.B. Vergiftungen o.ä.)** geführt hat. Für Verfehlungen, die ausserhalb des Konzerns in der Wertschöpfungskette geschehen, wird das Schweizer Unternehmen im Anwendungsbereich der Initiative bei Untätigkeit **nicht** haftbar (s. Art. 55a Abs. 3-4 E-OR; dazu unten).

Das vorstehende Beispiel lässt sich wie folgt veranschaulichen:



Grafik 3: Zweikreise-Modell (in allen Dimensionen gemäss Initiative – Beispiel Kinderarbeit)

🌐 **Rechtsvergleichender Ausblick unter Einbezug des Gegenvorschlags:** Der Gegenvorschlag setzt primär auf *Berichtspflichten* (comply or explain) und nur *punktuell* auf eine Sorgfaltsprüfungspflicht (Kinderarbeit, vier Konfliktmineralien). **Dieser Ansatz muss mit Blick auf Europa als überholt betrachtet werden.** Laufende Gesetzgebungsprozesse für eine Sorgfaltsprüfungspflicht **umfassen alle Branchen und alle Menschenrechte und meist auch Umweltaspekte:**

- **Deutschland** (Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Entwurf für Eckpunkte eines Bundesgesetzes über die Stärkung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in globalen Wertschöpfungsketten [Sorgfaltspflichtengesetz] 10.3.2020),
- **Niederlande** (Initiatiefnota ChristenUnie, Een wettelijke ondergrens voor verantwoord ondernemen, 3.3.2020; Sociaal-Economische Raad (SER), Samen naar duurzame ketenimpact: Toekomstbestendig beleid voor internationaal MVO, 16.9.2020),
- **Finnland** (Ministry of Economic Affairs and Employment, Judicial Analysis on the Corporate Social Responsibility Act, 2.9.2020),
- **Norwegen** (Norwegian Ethics Information Committee, Proposal for an Act regulating Enterprises transparency about supply chains, duty to know and due diligence, 10.2.2020).

Sie entsprechen damit dem Ansatz **der französischen Gesetzgebung** (Loi no 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre).

Im Bestreben in der **Europäischen Union** eine rasche Harmonisierung herbeizuführen, wird die EU-Kommission Anfangs 2021 einen Regulierungsentwurf mit **demselben umfassenden Ansatz vorlegen** (European Commission, Inception Impact Assessment Sustainable corporate governance, 30.7.2020).

Eine umfangreiche Studie der EU-Kommission vom Februar 2020 (European Commission, Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, 24.2.2020) ergab, dass **die heutige EU-Regulierung (welche der Gegenvorschlag unter Ergänzung des Themas Kinderarbeit übernehmen will) nicht die gewünschte Veränderung brachte**. Rund 70% der antwortenden Unternehmen waren sodann der Meinung, dass eine *allgemeine* Sorgfaltsprüfungspflicht auf EU-Ebene Vorteile bringt, insbesondere fairere Wettbewerbsbedingungen und Rechtssicherheit. Im Gegensatz zu den Verbänden der Wirtschaft, sprachen sich die meisten Unternehmen dabei für eine *branchenübergreifende* Regulierung aus, welche *alle* Menschenrechte und die Umwelt umfasst (und nicht nur *einzelne* Themen wie Kinderarbeit oder moderne Sklaverei).

4. Persönlicher Geltungsbereich – betroffene Unternehmen

A. Verfassungstext

Art. 101a E-BV

² Das Gesetz regelt die Pflichten der Unternehmen mit satzungsmässigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz nach folgenden Grundsätzen: [...]

b. [...] bei der Regelung der Sorgfaltsprüfungspflicht nimmt der Gesetzgeber Rücksicht auf die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen, die geringe derartige Risiken aufweisen;

B. Gesetzestext

Art. 716a^{bis} E-OR

³ Dieser Artikel findet Anwendung auf Gesellschaften, die, allein oder zusammen mit einem oder mehreren von ihnen kontrollierten in- oder ausländischen Unternehmen, zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschreiten:

- a. Bilanzsumme von ~~40~~ 20 Millionen Franken;
- b. Umsatzerlös von ~~80~~ 40 Millionen Franken;
- c. ~~500~~ 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

⁴ Er findet überdies Anwendung auf Gesellschaften, deren Tätigkeit ein besonders grosses Risiko der Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland birgt. ~~Er ist nicht anzuwenden auf Gesellschaften mit einem besonders kleinen solchen Risiko.~~ Der Bundesrat erlässt dazu Ausführungsbestimmungen.

C. Erläuterung

c. Grundsätze – Rechtsformneutralität

Der Geltungsbereich hat eine räumliche und eine persönliche Komponente:

In **räumlicher** Hinsicht betrifft die Regelung **in der Schweiz ansässige Unternehmen** (zum Sitzbegriff und zum räumlichen Geltungsbereich s. unten).

Der hier thematisierte **persönliche** Geltungsbereich beantwortet die Frage, welche hier ansässigen Unternehmen betroffen sind. Dies entscheidet sich nach den im Initiativtext im Lichte der UNO-Leitprinzipien benannten Kriterien **Unternehmen**, **Grösse** und **Risiken**. Der Entwurf des Nationalrates steht dafür mit den nötigen Anpassungen Modell.

Rechtsformneutralität: Zunächst ist dem Anliegen der Initiative nach einer rechtsformneutralen Regelung für «Unternehmen» als Akteure mit wirtschaftlicher Zweckverfolgung bzw. kaufmännischen Gewerbe nachzuleben.⁴¹ Das Ziel dieses Ansatzes besteht im Gleichklang mit den UNO- und OECD-Vorgaben darin, alle Akteure, die (auch wenn nicht gewinnorientiert) in irgendeiner Weise als wirtschaftliche Akteure auftreten, an den gleichen Verhaltenspflichten zu messen. Dafür kann auf den Entwurf des Nationalrates verwiesen werden: Dieser zielt zwar zunächst auf die in der Praxis häufigste Rechtsform der **Aktiengesellschaft**. Durch Verweisnormen umfasst er aber auch die **GmbH**, die **Genossenschaft** sowie den **Verein**. Damit wird sichergestellt, dass etwa auch Nichtregierungsorganisationen mit kaufmännischem Gewerbe (so z.B. die *FIFA*) die nötige Sorgfalt anwenden. Einzubeziehen sind von daher – in Ergänzung zum Entwurf des Nationalrates – zuletzt auch **Stiftungen**, wenn sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (wie z.B. der *WWF International* mit Sitz in der Schweiz).⁴² Zwecks Mindestumsetzung sind damit die **praxisrelevantesten** Rechtsformen unternehmerischer Tätigkeit abgedeckt, was zum nächsten Einschlusskriterium führt:

⁴¹ [Erläuterungen zur Initiative](#), 18; so auch rezipiert von [Botschaft zur Initiative](#), 6355.

⁴² Die nötigen gesetzgeberischen Anpassungen bleiben mit Blick auf das Stiftungsrecht zu vollziehen.

d. Regel – Grossunternehmen

Die Erläuterungen zur Initiative wie die Botschaft des Bundesrates machen klar: Die Regelung soll sich primär an Unternehmen ab einer bestimmten Grösse richten.⁴³ Somit ist auch hier auf das Konzept des Nationalrates zu bauen. Die dortigen Werte sind aber gestützt auf die referenzierten Materialien zu halbieren:⁴⁴ Mit den Schwellenwerten von **20 Mio. CHF Bilanzsumme, 40 Mio. CHF Umsatzerlös bzw. 250 Vollzeitstellen** wird sachgerecht an die Pflicht zur ordentlichen Revision sowie zur Erstellung einer Konzernrechnung angeknüpft (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Art. 963a Abs. 1 OR). Die **Pflicht** (nur diese ist für die vorliegende Regelung entscheidend) zur ordentlichen Revision betrifft **rund 3500 Unternehmen** (EBERLE/LENGAUER/HANDSCHIN [2016], Die Aktiengesellschaft, Art. 727-731a, S. 132). Diese Zahl ist für eine Schätzung der von der Konzernverantwortungsinitiative betroffenen Unternehmen allerdings grosszügig bemessen, da sie neben Grossunternehmen (Art. 727 Abs. 1 Ziffer 2) und Grosskonzernen (Ziffer 3) auch das Kriterium der «Publikumsgesellschaft» (Ziffer 1) verwendet. Somit schliesst sie auch kleinere börsenkotierte Unternehmen mit ein, die im vorliegenden Zusammenhang von der Regulierung ausgeschlossen werden. KMU sind (abgesehen von der nachstehenden Ausnahme) ausgeschlossen.

Ein gesetzlicher Ausschluss für Grossunternehmen mit besonders kleinen Risiken ist von der Initiative dagegen nicht vorgesehen. Ein solcher rechtfertigt sich nicht, zumal diese Unternehmen angesichts ihrer Grösse über die nötigen Risikomanagementsysteme (IKS) verfügen, worin auch das vorliegende Pflichtenheft, sollte dies nicht bereits geschehen sein, Platz findet. Der Prüfungsaufwand solcher Grossunternehmen, wie z.B. von vorwiegend in der Schweiz tätigen Immobiliengesellschaften, wird sich wegen dem kleinen Risiko in äusserst bescheidenem Rahmen halten. Der betreffende Passus des Entwurfs des Nationalrates ist daher zu streichen.

e. Ausnahme – Hochrisiko-KMU

Die Sorgfaltsprüfung ist wie erwähnt risikobasiert. Ein KMU-Ausschluss (dazu sogleich) rechtfertigt sich daher für jene Unternehmen, deren Tätigkeit nicht «ein besonders grosses Risiko der Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland birgt.» Unternehmen hingegen, ob gross oder klein, deren Geschäftsmodell auf einer im erwähnten Sinne besonders risikoreichen Auslandstätigkeit basiert, sind einer Prüfungspflicht zu unterstellen. Die internen Kontrollen bleiben zu installieren, sollten sie sinnvollerweise nicht bereits aufgebaut sein. Als Beispiele solcher Hochrisikotätigkeiten nennen die Erläuterungen wie der Kommissionsbericht zum hier unverändert übernommenen Artikel den **Abbau oder Handel mit Rohstoffen wie Kupfer oder Gold in Entwicklungsländern sowie den Handel mit Diamanten oder Tropenholz**.⁴⁵ Der Bundesrat wird die Einzelheiten dazu auf **Verordnungsstufe** zu regeln und periodisch zu überprüfen haben. Massgeblich für die Bestimmung des «besonders grossen Risikos» ist

- (a) neben dem **Sektor** (z.B. Textilbranche) auch
- (b) die **konkrete Tätigkeit** (z.B. Abgrenzung zwischen technischen Textilien und Modetextilien) und
- (c) der **Staat oder die Region**, wo das Unternehmen operativ ist.⁴⁶

⁴³ [Kurzerklärungen zur Initiative](#), *passim*; [Botschaft zur Initiative](#), 6362.

⁴⁴ A.a.O., vorstehende FN.

⁴⁵ Zum Ganzen [Erläuterungen zur Initiative](#), 35; ebenso [RK-N-Bericht](#), 11.

⁴⁶ S. ausdrücklich [RK-N-Bericht](#), 11.

Dergestalt liegt eine Ausnahmeregelung vor, die sich in überschaubarem Rahmen hält und je nach verordneter Ausgestaltung **einige hundert zusätzliche Unternehmen** erfassen dürfte.

f. Ausschluss der übrigen KMU – Initiative wirkt entlastend

Alle anderen KMU, die keiner der erwähnten Hochrisikotätigkeit nachgehen, sind von der Vorlage **nach klarem Willen der Initiative nicht betroffen – weder direkt noch indirekt, weder gesellschafts- noch haftpflichtrechtlich.**⁴⁷ Gegenteilige Bedenken zielen damit ins Leere. Auch die **Botschaft des Bundesrates** hält den Bedenken der KMU-Betroffenheit entgegen, **«dass der Initiativtext dem Gesetzgeber bei der Umschreibung der Ausnahmen von der Sorgfaltsprüfungspflicht für KMU explizit einen Ermessensspielraum einräumt, um den besonderen Bedürfnissen dieser Unternehmen Rechnung zu tragen.»**⁴⁸

Diesen Spielraum hat die Umsetzung gestützt auf den Entwurf des Nationalrates genutzt: Die Initiative und deren Ausführung kann die KMU nicht nur in ihrem **eigenen** Wirkungskreis (d.h. direkt) von Sorgfaltsprüfungspflichten und Haftungsrisiken freihalten. Sie kann dies auch dann tun, wenn die KMU **im Wirkungskreis von Grossunternehmen** tätig sind (sei dies z.B. als Zulieferer oder Subunternehmer). Eine solche **KMU-Entlastung** sehen die vorliegende Umsetzung wie bereits der Entwurf des Nationalrates mit folgenden Bestimmungen vor:

- ✓ KMU ohne besondere Risiken sind von der Sorgfaltsprüfungspflicht wie auch von der Haftung explizit ausgenommen (Art. 716a^{bis} Abs. 3 und 4 i.V.m. Art. 55a Abs. 1 E-OR).
- ✓ Das Leitungsorgan eines Grossunternehmens kann seine eigene Sorgfaltsprüfungspflicht wegen gesellschaftsrechtlichen Schranken auch nicht an das KMU «abschieben», zumal sie mit entsprechender Verantwortlichkeit im Kern undelegierbar ist (s. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 E-OR; dazu oben).
- ✓ Grossunternehmen haften schliesslich nur für Schäden, die durch das eigene Unternehmen oder im Konzern verursacht werden, nicht aber für jene durch Zulieferer oder Subunternehmer (s. Art. 55a Abs. 3-4 E-OR).⁴⁹ Das Grossunternehmen kann folglich mangels Haftung für Dritte diese Verantwortlichkeit weder durch vertragliche Regelung an das KMU weitergeben, noch kann es im Schadensfall auf das KMU Rückgriff nehmen: Denn wird der Konzern für solche Schädigungen nicht haftbar, ist diesem kein Vermögensschaden entstanden. Fehlt ein solcher Schaden, hat das Schweizer Grossunternehmen auch keinen vertraglichen Rückgriffsanspruch gegenüber dem KMU.⁵⁰ Die Befürchtung von sog. Back-to-Back-Klauseln⁵¹ mit vertraglicher Überwälzung von Haftungsfolgen für KMU zielt folglich ins Leere.



Klarstellung: Dementsprechend wirkt die **Initiative für die KMU** nicht belastend, sondern vielmehr in jeder Hinsicht **entlastend**. Dies ist **beim Gegenvorschlag zur Initiative nicht der Fall**: Jenes Regelwerk lässt nicht zuletzt **wegen fehlender Klärung der Haftungsreichweite** gegenüber geschädigten Dritten offen, inwieweit die Grossunternehmen ihre Sorgfaltsprüfungspflicht gemäss Art. 964g ff. E-OR/GV für Kinderarbeit und Konfliktmineralien an ihre

⁴⁷ S. neben dem Wortlaut der Initiative insb. [Erläuterungen zur Initiative](#), 39 (Ausschluss der KMU auch in Bezug auf die Haftung).

⁴⁸ [Botschaft zur Initiative](#), 6366.

⁴⁹ Dazu unten beim Kontrollbegriff.

⁵⁰ Statt vieler bereits BGE 115 II 42 E. 2a; BSK (2020) OR I-GRABER, Art. 148 N 5 (Der Rückgriffsanspruch kann nur dann geltend gemacht werden, wenn effektiv eine Haftung des Grossunternehmens als Schuldner besteht und dabei gar erst dann, wenn dieses den Anspruch des Drittgeschädigten befriedigt hat. Ein solcher Anspruch des Drittgeschädigten besteht hier allerdings gar nicht, das ja das Grossunternehmen nur im Konzern haftet und nicht gegenüber dem Verhalten eines KMU-Zulieferers).

⁵¹ Gemeint sind Vertragsklauseln (die v.a. bei baulichen Aktivitäten üblich sind), bei denen typischerweise Subunternehmer Risiken aus einem Hauptvertrag mit einem Kunden in gleichem Umfang übernehmen wie die Hauptunternehmer.

KMU-Zulieferer/Subunternehmer abdelegieren können; dies mit der Folge aus eigener Haftung⁵² der Grossunternehmen entstehender Regressansprüche gegenüber den KMU.⁵³

Fazit: Ausgehend von der Anzahl der zur ordentlichen Revision verpflichteten Unternehmen sowie einigen hundert Hochrisikounternehmen dürften von der Regelung weniger als 1% der hier ansässigen rund 590'000 Unternehmen betroffen sein. Die übrigen KMU sind von dieser Regelung weder direkt noch indirekt betroffen.

5. Haftung

A. Grundkonzept

Die Initiative wie der Entwurf des Nationalrates basieren auf demselben Haftungskonzept. Zunächst ist dieses Konzept kurz vorzustellen und in die internationale wie nationale Rechtsordnung einzubetten. Danach sind die einzelnen Haftungsvoraussetzungen zu erläutern.

Völkerrechtliche Einordnung: Die UNO-Leitprinzipien leiten zusammen mit weiterem internationalem Rechtsmaterial die Staaten dazu an, die nötigen gesetzlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, um die haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit *angemessen unter den Mitgliedern einer Unternehmensgruppe zu verteilen*; eine solche Aufteilung im Konzern soll verhindern, dass sich einzelne Unternehmen zulasten einer effektiven Wiedergutmachung der Geschädigten von der Verantwortung entziehen können.⁵⁴ Auch der Bundesrat hat für die Schweiz dazu Handlungsbedarf erkannt,⁵⁵ diesem Befund aber keine Taten folgen lassen. Die Initiative hat zum Ziel, diese Rechtsschutzlücke durch eine gesetzlich geregelte Haftung im Kontrollverhältnis zu schliessen.⁵⁶

Grundentscheid für Art. 55 OR: Die Initiative knüpft in Übereinstimmung mit WERRO und WEBER/BAISCH wie internationalen Stimmen an der sog. Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR an. Diese bildet die geeignete Grundlage für einen gesetzlichen Grundrahmen, der die Aufgaben der Konzernleitung bei der Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum

⁵² Vgl. in dieser Dimension überraschend weitgehend KARL HOFSTETTER, Tribüne – KVI-Gegenvorschlag wird unterschätzt, NZZ vom 31.8.2020, der für diesen zu bedenken gibt, es «würden durch die Sorgfaltspflichten neue Haftungsgrundlagen geschaffen, zum Beispiel im Fall offensichtlich unzulässiger Kinderarbeit bei Lieferanten, die von einem Unternehmen mutwillig missachtet wurden.» Dagegen betont SR Beat Rieder, Wortführer bzgl. Gegenvorschlag, am 9.6.2020 im Ständerat kategorisch: «An dieser Stelle sei zuhanden der Materialien erwähnt [...] Insbesondere besteht bei einer allfälligen Annahme des ständerätlichen Gegenvorschlages [...] keinerlei Haftungsgrundlage.» Der rechtliche Wert dieses Votums ist aus staatsrechtlicher Sicht fraglich, zumal es nicht primär Aufgabe der Gesetzgebung, sondern jener der Rechtsanwendung ist, Haftungswirkungen zu beurteilen, die sich aus dem Gefüge einer neuen Sorgfaltspflicht mit *geltenden* Haftungsgrundlagen ergeben können. Diese unterschiedlichen Ansichten der Befürworter des GV machen v.a. eines deutlich, dass die Haftung beim Gegenvorschlag unregelt und rechtsunsicher bleibt. Demgegenüber definiert die Initiative klar: Nur aber immerhin wo konzernrelevante Kontrolle vorliegt, besteht haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit (dazu unten).

⁵³ Daran ändert auch Art. 964g Abs. 3 E-OR/GV nichts, welcher nur die direkte und nicht die indirekte Betroffenheit der KMU vom Gegenvorschlag dem Bundesrat zur Regelung überlässt.

⁵⁴ Vgl. in einer Gesamtschau: [UNO-Leitprinzipien](#), 25 und 26/Kommentar; WSK-Ausschuss (FN 14), Ziff. 44 («This requires State Parties to remove [...] barriers to remedies, including by establishing *parent company or group liability* regimes [...].»); Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland, UN Doc. CRC/C/CHE/CO/2-4, 26. Februar 2015, Ziff. 22-23 (mit Blick auf die Schweiz); [OECD-Leitsätze](#), I. Ziff. 4 (Aufgabenteilung); UNITED NATIONS, The Corporate Responsibility to Respect Human Rights – An Interpretive Guide, 2012, 22; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Final Conference Report Sofia – International Civil Litigation for Human Rights Violations, 2012, Princ. 3.2 (Kommentar); WEBER/BAISCH (FN 26), 676 f.

⁵⁵ Vgl. Bundesrat, Rechtsvergleichender Bericht vom 2. Mai 2014 zur Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechten und Umwelt im Zusammenhang mit Auslandsaktivitäten von Schweizer Konzernen, 9.

⁵⁶ Materiell-rechtlich nicht weiter konkretisiert wird hier in einer Mindestumsetzung der Initiative dagegen die Haftung für Schädigungen, welche einem CH Unternehmen direkt zugerechnet werden (z.B. Schädigung durch rechtlich unselbständige ausländische Zweigniederlassung einer Schweizer Gesellschaft). Hier ist der Klärungsbedarf des geltenden Rechts (z.B. in Anwendung von Art. 41 OR) weniger akut als im Konzernverhältnis; es wäre allerdings ein Wertungswiderspruch und würde der Initiative nicht gerecht (s. [Erläuterungen zur Initiative](#), 16, 38, 56), diese Tatbestände ausser Acht zu lassen; in die IPR-Regelung (dazu unten) werden diese Konstellationen in Nachachtung der Initiative denn («auch») (vgl. Bst. c und d des Initiativtextes) einbezogen.

Schutz der Menschenrechte und der Umwelt klärt.⁵⁷ Die so verstandene Sorgfaltshaftung hebt das Trennungsprinzip nicht auf und hat damit für die Unternehmen nicht jene negativen Folgen, welche die Durchgriffshaftung bestimmen. Die Vorlage beschränkt sich auf die Verankerung einer bestimmten *Überwachungspflicht des Mutterunternehmens in Bezug auf menschenrechtlich relevante Tochtertätigkeiten*. Die Tochter wird dabei weiterhin als eigenständige juristische Person betrachtet und im eigenen Land und nach den dort geltenden Vorgaben verantwortlich (s. unten beim IPR-Kapitel).⁵⁸

Dazu sei erneut die praxisnahe Grundkonstellation vor Augen geführt: Ein Mutterunternehmen mit Sitz in der Schweiz kontrolliert eine Tochter mit Sitz im Ausland; die Tochter baut derweil einen für die Anwohner gesundheitsschädigenden Rohstoff ab. Inwiefern trägt die Mutter gestützt auf eine eigene Sorgfaltsverletzung eine Mitverantwortung?

Die der Antwort auf diese Frage zugrunde liegenden **Haftungsprinzipien** lauten wie folgt:

- Wer ein Unternehmen kontrolliert, soll diese Kontrolle bei gebotener Sorgfalt auch zur Verhinderung von Schädigungen ausüben;
- wer aus der Tätigkeit eines anderen wirtschaftlichen Nutzen zieht, soll auch die damit verbundenen Risiken tragen;
- wenn eine herrschende Gesellschaft ihren Handlungsspielraum durch Einsatz von abhängigen Gesellschaften ausweitet, trägt sie für die Handlungen in diesem erweiterten Handlungsbereich eine haftpflichtrechtliche Mitverantwortung (*respondeat superior*).⁵⁹

Diese Haftungsprinzipien, von welchen sich die Initiative leiten lässt, stimmen mit jenen der Geschäftsherrenhaftung von Art. 55 OR überein.⁶⁰ Der Verfassungstext ist daher dieser Bestimmung nachgebildet. In der Schweiz, wie in ähnlicher – manchmal gar schärferer – Form auch im Ausland,⁶¹ stellt die Geschäftsherrenhaftung die Grundnorm für ausservertragliche Unternehmensrisiken dar. Als solche war sie bereits wegleitend für die Produkthaftpflicht, die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung und weist auch Entwicklungen hin zu einer unternehmerischen Organisationshaftung den Weg.⁶²

Übertragung auf Konzernverhältnisse: In ihrer Anlage als derart vielseitige Grundnorm erstaunt es nicht, wenn Art. 55 OR nach ganz vorherrschender Lehre mit Blick auf Konzerne auch dann anwendbar sein soll, wenn nicht natürliche Personen, sondern Unternehmen Geschäftsherr und Hilfsperson sind.⁶³ HOFSTETTER bringt Sinn und Zweck einer solchen Übertragung wie folgt auf den Punkt:

⁵⁷ So zum Ganzen FRANZ WERRO, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, in: [sui-generis 2018](#), 428 ff., N 13 ff. u. 25; WEBER/BAISCH (FN 26), 685 ff. (687); CEES VAN DAM, Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms – On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights, *Journal of European Tort Law* 2011, 248; WSK-Ausschuss (FN 14), Ziff. 44 («establishing parent company or group liability regimes»).

⁵⁸ So zum Ganzen mit Nachweisen s. GEISSER, AJP (FN 21), 953 f.

⁵⁹ [Erläuterungen zur Initiative](#), 41; WERRO (FN 57), N 14.

⁶⁰ HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl., Zürich u.a. 2018, N 1066, N 84 und 897 ff.; FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 3ème éd., Berne 2017, N 495 ff; vertiefend auch MARTIN PETRIN, *Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz*, Zürich u.a. 2004, 21 und 22 f.; LUKAS HANDSCHIN, *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht*, Zürich 1994, 347.

⁶¹ Vgl. BGB/DE 831; Cei/IT 2049; ABGB/AT 1315; auf überstaatlicher Ebene vgl. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (EGTL), *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Wien u.a. 2005, Art. 6:102; dazu CEES VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford 2013, 502 ff. CCfr/FR 1384 gibt der beklagten Geschäftsherrin keine Exkulpationsmöglichkeit, wenn der Kläger seinen Schaden, die unerlaubte Handlung des Angestellten und den Kausalzusammenhang zwischen den Schaden und unerlaubter Handlung bewiesen hat.

⁶² Vgl. vorab den leading case in BGE 110 II 456 («Schachtrahmenfall»). Für die in der Schweiz angedachte, wenn auch bislang noch nicht vorlegungsreife Organisationshaftung für typische Unternehmensrisiken (vgl. VITO ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, Bern 2018, N 8.62; eingehend GERT BRÜGGEMEIER, *Prinzipien des Haftungsrechts*, Baden-Baden 1999, 126 ff.; OLIVER WAESPI, *Organisationshaftung*, Bern 2005, *passim*).

⁶³ KARL HOFSTETTER, *Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte*, Tübingen 1995, 239 ff.; HANDSCHIN (FN 60), 344 ff.; ROLAND VON BÜREN,

«Beim konzernadäquaten Ausbau der Geschäftsherrenhaftung geht es um den Schutz der durch das aktienrechtliche Haftungsprivileg besonders gefährdeten ausservertraglichen Tochtergläubiger. Funktionale causa dieses Schutzes ist die Tatsache, dass ausservertragliche Gläubiger für das auf sie übertragene Risiko nicht kompensiert zu werden pflegen.»⁶⁴

 Bereits dem geltenden Recht von Art. 55 OR liegen demnach Konturen einer Konzern-aussenhaftung zugrunde.⁶⁵ **Die von der Initiative geforderte Regelung stellt folglich eine Konkretisierung und keine Erweiterung des geltenden Rechts dar.** Dies bestätigt auch das **Bundesamt für Justiz**, welches zum gleichen Haftungsansatz im Entwurf des Nationalrates am 10. August 2018 festgehalten hat: **«Die neuen Haftungsregeln sind aus unserer Sicht als Unterfall bzw. Konkretisierung der geltenden Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) zu qualifizieren. Sie gehen nicht über den Grundtatbestand hinaus.»**⁶⁶

 **Rechtsvergleichende Klarstellung:** Auch im Ausland werden analoge Haftungsinstitute – gerade im vorliegenden Zusammenhang – immer deutlicher auf Konzernverhältnisse übertragen.⁶⁷ Diese Entwicklungen nimmt ganz aktuell die EU auf und leitet ihre Staaten zur gesetzlichen Klärung bzw. Nachschärfung ihrer bestehenden Haftungsinstitute an,

«[...] to ensure that undertakings can be held liable for damage caused by undertakings under their control where they have, in the course of business, committed violations of internationally recognized human rights or international environmental standards. They should not be held liable however if they can prove that they took all due care to avoid the loss or damage, or that the damage would have occurred even if all due care had been taken.»⁶⁸

Dieses in der EU entworfene Haftungskonzept liest sich gleich wie der Schweizer Initiativtext. Die Initiative bewegt sie sich demnach auch mit ihrer Haftungsregelung im internationalen Trend, der ebenso auf EU-Ebene sein Echo findet. Die Annahme, die Schweiz beschreite mit der gesetzlichen Verankerung der Konzernhaftung im Umgang mit Mensch und Umwelt einen Alleingang, geht vor diesem Hintergrund fehl.

B. Haftungsvoraussetzungen im Überblick

a. Verfassungstext

Art. 101a Abs. 2 E-BV [...]

c. Die Unternehmen haften auch für den Schaden, den durch sie kontrollierte Unternehmen aufgrund der Verletzung von international anerkannten Menschenrechten oder internationalen Umweltstandards in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben; sie haften dann nicht nach dieser Bestimmung, wenn sie beweisen, dass sie alle gebotene Sorgfalt gemäss

Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Der Konzern, 2. Aufl., Basel u.a. 2005, 202 f.; NINA SAUERWEIN, La responsabilité de la société mère, Bern 2006, 89 f.; KARIN BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Zürich 2004, 272 f.; JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das Schweizer Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 101; MAX ALBERS-SCHÖNBERG, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980, 174 ff.; im vorliegenden Zusammenhang zudem WERRO (FN 57), N 13 ff.; GEISSER (FN 9), N 568 (S. 494 ff.); 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, 2012, 32 ff.; zum Ganzen GEISSER, AJP (FN 21), 954.

⁶⁴ HOFSTETTER (FN 63), 239.

⁶⁵ WERRO (FN 57), N 17.

⁶⁶ So zitiert nach Schweizerisches [INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG](#), rechtsvergleichendes Gutachten zur Geschäftsherrenhaftung für kontrollierte Unternehmen – Deutschland, England, Frankreich, Holland, Kanada, Italien, Österreich, Schweden, 30. Juli 2019, 3.

⁶⁷ WERRO (FN 57), N 13; [INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG](#), passim; GEISSER (FN 9), [Rechtsvergleich](#), 18 und 18 ff.

⁶⁸ [Draft Report on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability](#) des Committees of Legal Affairs, EU Parlament, vom 11. September 2020, Recital 39 (auf Seite 16 von jenem Dokument).

Buchstabe b angewendet haben, um den Schaden zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

b. Gesetzestext

Art. 55a E-OR

II. Haftung für **tatsächlich** kontrollierte Unternehmen

¹ Nach den Grundsätzen von Artikel 55⁶⁹ haften Unternehmen, die nach Gesetz zur Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland verpflichtet sind.

^{1bis} Sie haften für den **Personen- oder Sachschaden**, den durch sie **tatsächlich** kontrollierte Unternehmen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen durch Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt **an Leib, Leben, Eigentum** im Ausland verursacht haben.

² Unternehmen haften insbesondere nicht, wenn sie nachweisen, dass sie die Massnahmen entsprechend Artikel 716a^{bis} getroffen haben, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder **dass sie nicht auf das Verhalten des kontrollierten Unternehmens, in dessen Zusammenhang die geltend gemachten Rechtsverletzungen stehen, Einfluss nehmen konnten dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.**

c. Erläuterung

Aus dem vorstehenden Verfassungstext und dessen gesetzlicher Umsetzung lassen sich die folgenden Haftungsvoraussetzungen lesen. Die Bestimmung folgt dabei eins zu eins der Beweislastverteilung gemäss den bestehenden Art. 55 OR (von einer Beweislastumkehr kann keine Rede sein):

- 1) Unternehmen A «**kontrolliert**» Unternehmen B (konzernrelevantes Kontrollverhältnis)*
→ Beweislast bei geschädigter Person
- 2) Unternehmen B verursacht **widerrechtlich** und **kausal** einen «**Personen- oder Sachschaden**»
→ Beweislast bei geschädigter Person
- 3) dies in «**dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtung**» für Unternehmen A (funktioneller Zusammenhang)
→ Beweislast bei geschädigter Person
- 4) der **Sorgfaltsbeweis** von Unternehmen A **misslingt** (fehlende Sorgfalt)
→ Beweislast beim Unternehmen (Entlastungsbeweis)

*Essentielles Kriterium dieser Haftung ist das Kontrollverhältnis. Dieses bedarf genauerer Betrachtung und ist Gegenstand des einlässlichen Abschlusskapitels. Dazu zur Klärung vorweg: **Gehaftet wird nur bei konzernrelevanter Kontrolle**, eine darüber hinausgehende Haftung in die Lieferkette hinein ist nicht gegeben.

⁶⁹ Rein redaktionelle Klärung zum Entwurf des Nationalrats 2020 ([Fahne 7.5.2020](#), vierte Spalte), der den Wortlaut trägt: «¹ Nach den gleichen Grundsätzen [...]».

Eine weitere Prämisse zu den Haftungsvoraussetzungen: Ein *Subsidiaritätserfordernis*, wie es in den parlamentarischen Beratungen zwischenzeitlich Eingang in die Haftungsbestimmung gefunden hatte,⁷⁰ widerspricht Wortlaut und Gedanke der Initiative wie der Geschäftsherrenhaftung. Ein solches darf nicht Teil einer Umsetzungsgesetzgebung sein. In der Schweiz gegen das Mutterhaus *subsidiär* nur dann klagen zu können, so die Idee der Kommissionmehrheit des Ständerates, wenn eine solche gegen das Tochterhaus «erheblich erschwert ist», verletzt zentrale Haftungsprinzipien. Damit würde die Geschäftsherrenhaftung in systemwidriger Weise auf eine Bürgschaft reduziert.⁷¹ Dies wäre eine Abkehr vom Prinzip einer *primären und unabhängigen* Haftung der Geschäftsherrin gegenüber den Geschädigten. Eine solche Regelung fiel hinter geltendes Recht zurück.⁷² Diese Systemwidrigkeit wäre für die Betroffenen folgeschwer: Ein Anspruch gegenüber der Konzernmutter bliebe stets abhängig von einer nachweislich erschwerten Rechtsverfolgung im Ausland. Die bereits mehrfach hürdenreiche Haftungsbestimmung hätte damit eine entscheidende Hürde zu viel. Das vorgeschlagene Klageerfordernis der erschwerten Rechtsverfolgung im Ausland führte für die Schweizer Justiz schliesslich zu komplexen Fragen zur Funktionsfähigkeit ausländischer Justizapparate, diskriminierender Zugangsbeschränkungen oder der Unzumutbarkeit einer Verfahrensdauer. Solche Erwägungen wären rechtlich heikel und aussenpolitisch sensibel.

Gestützt auf diese einleitenden Bemerkungen sind nun die einzelnen Haftungsvoraussetzungen zu erläutern.

C. Schaden – Personen- oder Sachschaden

Art. 55a E-OR spricht von «*Personen- oder Sachschaden*».

Diese Formulierung entspricht dem Schadensbegriff des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, wie ihn unverändert die Initiative versteht.⁷³ Es geht demnach um eine unfreiwillige Vermögenseinbusse aufgrund einer Beeinträchtigung

- ✓ **der Person (Tötung oder Körperverletzung)**
- ✓ **oder Sache (Zerstörung oder Beschädigung).**⁷⁴

Während der Entwurf des Nationalrates untechnisch von Schaden an «Leib, Leben oder Eigentum» spricht, bleibt der Umsetzungsvorschlag begrifflich eng beim Haftpflichtrecht. Diese sprachliche Anpassung bringt eine materielle und verbessernde Klärung mit sich: Unter «Personenschaden» fällt – in Ergänzung zum Verständnis des Nationalrates –⁷⁵ nicht nur die Beeinträchtigung physischer sondern auch jene psychischer Natur.⁷⁶

Gemeint ist mit letzterer eine medizinisch ausgewiesene psychische Störung (z.B. aufgrund eines traumatischen Schadensereignisses), die zu einer Vermögenseinbusse führt, so etwa infolge bleibender Arbeitsunfähigkeit. Ein solcher Schaden ist in der Praxis (gerade mit Blick auf die Kausalität) häufig schwerer zu beweisen als eine physische Körperverletzung. Gleichwohl gehört auch diese Art des Personenschadens zum Kanon des Haftpflichtrechts.⁷⁷ Es besteht kein Grund, hinter geltendes Recht

⁷⁰ Anträge der Rechtskommission des Ständerates vom 19. Februar 2019 (RK-S 2/19) ([Fahne 25.2.2019](#), dritte Spalte) und dortigen Art. 55a Abs. 6 E-OR.

⁷¹ S. Art. 495 OR.

⁷² Vgl. zum geltenden Recht statt vieler REY/WILDHABER (FN 60), N 1058 ff.; WERRO, Responsabilité (FN 60), N 523 ff.; wenn Subsidiaritätshaftung vorgehen wird, so lediglich zu Gunsten des Opfers (so zum Beispiel die subsidiäre Haftung des Verkäufers für ein fehlerhaftes Produkt, wenn der Hersteller oder Importeur unbekannt bleibt).

⁷³ Bst. c des Initiativtextes; zudem, 24.

⁷⁴ Statt vieler REY/WILDHABER (FN 60), N 221 ff., m.N.; WERRO, Responsabilité (FN 60), N 63 ff.

⁷⁵ [RK-N-Bericht](#), 15, spricht zwar explizit nur von «physischer» Integrität. Der Wortlaut «Leib» liesse aber durchaus Raum für eine offenere Auslegung, welche auch die psychische Integrität umfasste.

⁷⁶ WERRO, Responsabilité (FN 60), N 68.

⁷⁷ Statt vieler REY/WILDHABER (FN 60), N 260 ff., m.H. auf die Bundesgerichtspraxis; WERRO, Responsabilité (FN 60), N 68, 89 f.

zurückzufallen, zumal auch internationale Instrumente diese Schadensart zum festen Bestandteil effektiver Wiedergutmachung zählen.⁷⁸

Reine Vermögensschäden bzw. -ansprüche (z.B. Forderung nach existenzsicherndem Lohn aus einem Arbeitsverhältnis) qualifizieren in unverändertem Verständnis des Nationalrates dagegen ebenso wenig als ausservertragliche Schäden wie die Beeinträchtigung der Umwelt, wenn diese nicht zugleich mit Personen- oder Sachschäden verbunden sind.⁷⁹ Mit der Verortung dieses Umsetzungsentwurfs im Privatrecht und einer entsprechenden Anbindung an privatrechtliche Güter (der Person und ihrer Sachen) fallen reine Umweltschäden⁸⁰ (z.B. Verlust der Biodiversität eines Landstrichs durch unternehmerische Tätigkeiten) nicht unter die Haftungsnorm. Wo gleichzeitig absolut geschützte Rechte von Individuen direkt betroffen sind (z.B. die Gesundheit von Anwohnern einer Industrieanlage durch verseuchtes Trinkwasser), überschneidet sich allerdings der Menschenrechts- mit dem Umweltschutz, womit der Tatbestand haftungsrelevant wird. In einer restriktiv privatrechtlichen Umsetzung der Initiative bleibt darüber hinaus aber kein Platz für ein eigenständiges Umwelthaftungsrecht. In einer extensiveren Umsetzung mit rechtsgebietsübergreifendem Ansatz wäre eine solche wiederum in Betracht zu ziehen. Der Wortlaut des Textes sowie die Erläuterungen zur Initiative lassen Spielraum für beide Umsetzungsvarianten.⁸¹



Klarstellung: In der politischen Diskussion werden mitunter Haftungsbeispiele ins Feld geführt, bei denen gar kein Schaden im haftpflichtrechtlichen und damit im Sinne der Initiative vorliegt. So kommt etwa bei verbotener Kinderarbeit lediglich dann ein Haftungsanspruch infrage, wenn das Kind dadurch einen Schaden mit finanziellen Folgen erlitten hat.

Erst wenn demnach im *Fallbeispiel Kupfermine* sambische Asthmaopfer etwa ungedeckte Spitalkosten bzw. eine Einkommenseinbusse infolge bleibender Arbeitsunfähigkeit nachweisen können, ist der Schaden haftungsrelevant. Die Schadensberechnung (d.h. Kosten und Einkommen) bestimmen sich dabei nach den Verhältnissen am Wohnort des Opfers.⁸²

D. Widerrechtlichkeit – Fokus auf die Verletzung grundlegendster Rechtsgüter

Art. 55a E-OR spricht als nächste Haftungsvoraussetzung davon, dass der dargelegte Personen- oder Sachschaden «durch Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt» verursacht worden sein muss.

Diese Voraussetzung wirkt im Vergleich zum bestehenden Art. 55 OR **einschränkend**.⁸³ Denn während die Widerrechtlichkeit einer schädigenden Handlung dort in aller Regel im nachgewiesenen Personen- oder Sachschaden (d.h. in der Verletzung absolut geschützter Rechte von Leib und Leben) aufgeht, behält diese Voraussetzung hier ihre eigenständige Bedeutung. So ist zwar immer ein Personen- oder Sachschaden vorausgesetzt. Dieser ist aber nach Art. 55a E-OR nur dann haftungsrelevant, wenn er haftpflichtrechtlich gesprochen durch die Verletzung einer *bestimmten Verhaltensnorm*, hier «durch Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt» im Sinne von Art. 716a^{bis} Abs. 6 E-OR verursacht

⁷⁸ S. u.a. *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation* [...], UN Doc. Res. 60/147, Ziff. 20 (a).

⁷⁹ [RK-N-Bericht](#), 15.

⁸⁰ WERRO, Responsabilité (FN 60), N 115.

⁸¹ [Erläuterungen zur Initiative](#), 24 und 28 ff. Zum Ganzen s. auch MIRINA GROSZ, Menschenrechte als Vehikel für ökologische Unternehmensverantwortung – Eine Ergänzung der Diskussion «Wirtschaft und Menschenrechte» um eine grüne Dimension, AJP 8/2017, 978 ff.

⁸² Dazu unten beim IPR-Kapitel.

⁸³ WERRO, (FN 57), N 26; DERS, The Swiss Responsible Business Initiative and the Counter-Proposal, *Journal of European Tort Law* 2019, 175 ff. (177 f.).

worden ist.⁸⁴ Die so bezeichneten internationalen Rechtsgüter zum Schutz von Mensch und Umwelt zeichnen sich dabei aus durch eine besondere

- **Werthaltigkeit des Rechtsgutes** (z.B. Schutz der körperlichen Unversehrtheit durch Verbot von Kinderarbeit),
- **Schwere bzw. Systematik** ihrer Verletzung (z.B. Kinderarbeit als Teil des Geschäftsmodells des kontrollierten Unternehmens, d.h. ohne Ausnahmecharakter),
- **Dauer der Beeinträchtigung** (Aufrechterhalten des rechtswidrigen Zustandes über einen gewissen Zeitraum) oder
- **ein grosses Ausmass** des konkreten Eingriffs (z.B. grossflächige Verseuchung mit Gesundheitsfolgen für eine Vielzahl von Personen).⁸⁵

Insofern kann im Einklang mit der Initiative bei Art. 55a E-OR auch von **einer menschenrechtlich qualifizierten Haftpflichtnorm** gesprochen werden, welche gerade (und nur) die Verantwortlichkeit für schwere Schädigungen im Blick hat.

Fallbeispiel Kupfermine

Zur Annahme einer Tatbestandsmässigkeit im dargelegten Sinne reicht es im erwähnten Beispiel etwa nicht, wenn ein Angestellter der ausländischen Tochtergesellschaft während der Arbeit in der Mine aus Unachtsamkeit einen Mitarbeiter verletzt.

Die Verletzung von international anerkannten und für die Schweiz verbindlichen Bestimmungen schränkt die Haftung auf ganz bestimmte, schwerwiegende Schadensfälle ein, wie z.B. hier die Verletzung von grundlegenden Garantien wie jene des UNO-Paktes II (oder für die Arbeiterschaft) zusätzlich auch ILO-Kernabkommen zu Sicherheitsfragen. So zeichnen sich von der Bestimmung erfasste Menschenrechtsverletzungen unter Berücksichtigung des Völkerrechts wie erwähnt durch eine besondere **Schwere, Dauer** oder ein grosses **Ausmass** von Betroffenen aus. Das ist im Anwendungsfall bei einer **grossflächigen Verseuchung durch Schwefeldioxid mit Todesopfern** bei deutlicher Überschreitung der WHO-Grenzwerte zum Beispiel der Fall (vgl. oben).



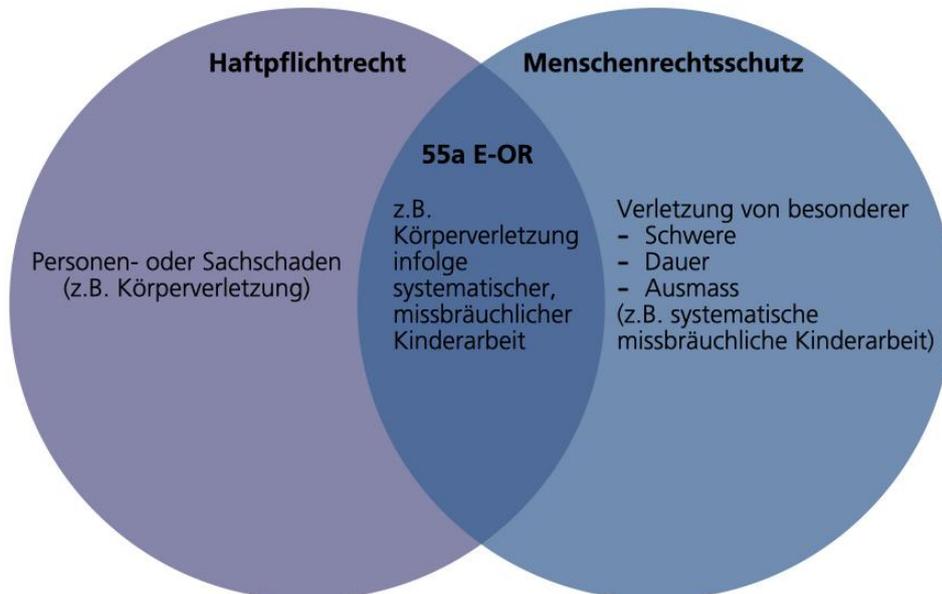
Klarstellungen – Art. 55a E-OR fällt demnach entgegen anderer Auffassung im Vergleich zu Art. 55 OR **nicht ausweitend**, sondern – wie es bereits das Bundesamt für Justiz erkannt hat –⁸⁶ **vielmehr einschränkend** aus. Diese Norm schränkt den Rechtskatalog möglicher Verletzungen auf internationale Kerngehalte ein. Was die Initiative im Auge hat und der Entwurf des Nationalrates wie das Modellgesetz nach dem Gesagten einschliesst, sind Personen- oder Sachschäden, die durch **Verstösse gegen grundlegende Rechtsgüter mit besonderer**

⁸⁴ Zu dogmatischen Grundlagen der Widerrechtlichkeit im ausservertraglichen Haftpflichtrecht bei entsprechender Einordnung von Verhaltensnormen (hier einschränkend und nicht ausweitend) s. statt vieler WERRO, Responsabilité (FN 60), N 331 ff.; REY/WILDHABER (FN 60), N 789 ff. Mit Blick auf die Drittwirkungsdiskussion bleibt hier anzufügen, dass die vorliegende Regelung mit dem einschlägigen Art 716a^{bis} Abs. 6 E-OR und dem zugehörigen Pflichtenheft des kontrollierenden Unternehmens (denn diese ist Pflichtenträgerin der Verhaltensnorm, s. a.a.O., N 1064) auf dem Boden der einhelligen indirekten Drittwirkung gemäss Art. 35 Abs. 3 BV bleibt (vgl. dazu oben IV.3). Vor diesem Hintergrund bleibt auf Ebene der effektiven Umsetzungsgesetzgebung bei der Formulierung dieser Bestimmung allenfalls Klärungspotenzial. Mit dem Auftrag, mit den Anpassungen am Entwurf des Nationalrates möglichst sparsam umzugehen, lässt das vorliegende Modellgesetz diese Formulierung aber unverändert.

⁸⁵ S. dazu zahlreiche Nachweise bei [Erläuterungen zur Initiative](#), 26 f. Die Tatbestandsmässigkeit wird das Gericht gestützt auf diese Leitlinien im Einzelfall zur erkennen haben. Die Justiz ist dazu z.B. auch bei Anwendung von Art. 28 ZGB praxiserprobt und das internationale Recht ist dazu genügend ausdifferenziert; zum Ganzen weiterführende Nachweise bei GEISSER (FN 9), N 559 ff. (dort auch in Abgrenzung zum ius cogens, das noch weit enger als hier nur einen sehr engen Kernbestand bereits gewohnheitsrechtlich geltender Garantien vom Verbot von Völkermord sowie Verbot der Sklaverei und der Folter bis hin zum Verbot der systematischen Rassendiskriminierung und willkürlicher Tötungen umfasst (dazu im vorliegenden Zusammenhang DERSELBE, N 41).

⁸⁶ Bundesamt für Justiz in Antwort vom 10. August 2018 auf diese Frage aus dem Kreis des Ständerates: «Die neuen Haftungsregeln sind aus unserer Sicht als Unterfall bzw. Konkretisierung der geltenden Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) zu qualifizieren. Sie gehen nicht über den Grundtatbestand hinaus.». So zitiert nach Schweizerisches [INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG](#), 3.

Schwere, Systematik, Dauer oder besonderem Ausmass verursacht wurden. Grafisch lässt sich diese Schnittmenge wie folgt fassen:



Grafik 5: Teilmenge haftungsrelevanter Rechtsgüter gemäss Initiative

E. Kausalzusammenhang

Das vorliegende Modellgesetz verlangt im Gleichklang mit dem Entwurf des Nationalrates sowie dem geltenden Art. 55 OR einen **doppelten** Kausalzusammenhang

- ✓ einen solchen zwischen der **Handlung** des kontrollierten ausländischen Unternehmens **und** dem **Schaden** (diesen notorisch schwierigen Beweis hat ebenso die geschädigte Person zu erbringen);
- ✓ und einen solchen zwischen der **Sorgfaltsverletzung** des kontrollierenden Schweizer Unternehmens **und** dem **Schaden** (zusätzliche Entlastungsmöglichkeit des Unternehmens).

Im Fall der *Kupfermine* hätten die Asthmaopfer in Bezug auf das erste Kausalitätselement zunächst zu beweisen, dass ihr Leiden die Folge auf erhöhte Schwefeldioxidwerte zurückzuführen ist (das geschieht etwa durch einen medizinischen Bericht, welchen die Oper beizubringen haben). Gleiches gilt für den weiteren Beweis, dass es auch tatsächlich die Tochtergesellschaft des Schweizer Mutterkonzerns gewesen ist, welche zum Zeitpunkt des Asthma-Vorfalles die massgebliche Grenzwertüberschreitung zu verantworten hatte und nicht etwa eine andere Emissionsquelle.

Die vorliegende Umsetzung hat die zusätzliche Haftungsschranke aus dem Entwurf des Nationalrates gestrichen, «~~dass das kontrollierende Unternehmen nicht auf das Verhalten des kontrollierten Unternehmens, in dessen Zusammenhang die geltend gemachten Rechtsverletzungen stehen, Einfluss nehmen konnte.~~» Eine solche Schranke ist weder von der Initiative noch von Art. 55 OR vorgesehen. Im Ergebnis bleibt diese Streichung allerdings folgenlos. So geht dieser Tatbestand in zwei anderen Haftungsvoraussetzungen auf: zum einen im neu formulierten Kontrollbegriff von Art. 55a Abs. 3^{bis} E-OR (dazu unten), zum anderen im **Erfordernis des funktionellen Zusammenhangs**. Demnach muss das kontrollierte Unternehmen die schädigende Handlung in «Ausübung ihrer dienstlichen oder

geschäftlichen Verrichtung», d.h. im Wirkungskreis des kontrollierenden Unternehmens verursacht haben und nicht etwa bei Gelegenheit, d.h. bei der Tätigkeit für eine andere Person (z.B. Schädigung bei Tätigkeit für die Rechtsvorgängerin des kontrollierenden Unternehmens).

Stattdessen fügt das Modellgesetz im Zusammenhang mit der Kausalität den zusätzlichen Befreiungsbeweis ein, «dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.» Dieser Passus entspricht dem *rechtmässigen Alternativverhalten*, wie es in Art. 55 OR und gleichlautend im Initiativtext (Bst. c) seinen Niederschlag findet. Demnach kann sich das kontrollierende Unternehmen durch den zusätzlichen Entlastungsbeweis befreien, dass auch bei Anwendung der Kontroll Sorgfalt gemäss Art. 716a^{bis} E-OR das kontrollierte Unternehmen den Schaden dennoch verursacht hätte.

F. Fehlende Sorgfalt – unternehmerischer Entlastungsbeweis

Artikel 55a E-OR lautet wie folgt: «Unternehmen haften insbesondere nicht, wenn sie nachweisen, dass sie die Massnahmen entsprechend Artikel 716a^{bis} getroffen haben, um einen Schaden dieser Art zu verhüten.»

Dieser Passus kann zur Umsetzung der Initiative unverändert vom Entwurf des Nationalrates übernommen werden. Diese vom Haftpflichtexperten Prof. WERRO bereits anlässlich der parlamentarischen Beratungen kommentierte Bestimmung kann in seinen Worten sinngemäss wie folgt erläutert werden:⁸⁷

In der Ausgestaltung bleibt Art. 55a E-OR mit dem Entlastungsbeweis im internationalen Vergleich als herkömmlich-zurückhaltend zu bezeichnen. Im menschenrechtlichen Zusammenhang kann der Aufbau auf eine Geschäftsherrenhaftung, die dem beklagten Unternehmen nach wie vor einen solchen Entlastungsbeweis belässt, gleichwohl seine Berechtigung haben. So steht der entworfene Gesetzesrahmen inspiriert von den international anerkannten UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte auf zwei Beinen:

1. Zunächst sieht er eine unternehmerische **Sorgfaltsprüfungspflicht** vor, die in **voller Reichweite** vorab in einer gesellschaftsrechtlichen Berichterstattungspflicht mündet.
2. Bei Verletzung dieser Sorgfaltsprüfungspflicht kennt die Vorlage zur staatlichen Durchsetzung und effektiven Wiedergutmachung sodann eine **auf den Konzern beschränkte Haftung**.

Die Verbindung von Sorgfaltsprüfungspflicht und Haftung erfolgt durch den Entlastungsbeweis. Um sich von Haftungsrisiken freizuhalten, hat das Unternehmen die gesetzlich geforderte Sorgfalt walten zu lassen. Hat es diese Sorgfalt angewendet, kann es sich von der Haftung entlasten. Diese haftpflichtrechtliche Wirkung schafft für Unternehmen den Anreiz, der gesellschaftsrechtlich verankerten Sorgfaltsprüfungspflicht mit der nötigen Ernsthaftigkeit zu begegnen. Das *Zusammenspiel von Gesellschafts- und Haftpflichtrecht* kann insoweit betont *präventiv* wirken. Diese Korrelation bringt das UNO-Hochkommissariat für Menschenrechte in seinem Bericht *The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability* wie folgt auf den Punkt: «Permitting a defense to liability based upon human rights due

⁸⁷ Nachfolgend in diesem Kapitel zum Ganzen mit zahlreichen Nachweisen s. WERRO (FN 57), N 20 ff. und 30 f.

diligence activities could incentivize companies to meaningfully engage in such activities and have important preventative effect [...].»⁸⁸

Wie muss dieser *Sorgfaltsmassstab nun ausgestaltet sein?* Art. 716a^{bis} E-OR (in Verbindung mit Art. 55a E-OR) leitet die Unternehmen zunächst zum Dreischritt an, (1) Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und Umwelt zu ermitteln und einzuschätzen, (2) die nötigen Massnahmen umzusetzen und zu überwachen sowie (3) darüber zu berichten. Diese Trilogie stützt sich auf die international anerkannten, sehr gut strukturierten und praxisnahen UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte.

[Mit Blick auf das Anwendungsbeispiel *Kupfermine* sei hier entsprechend auf die Ausführungen zur konkreten Sorgfalt gestützt auf die Konzernleitungspflicht zu verweisen.]⁸⁹

Ganz generell sei auf die einsichtige Kurzformel konzernadäquater Sorgfalt zu schliessen, wie sie gewichtige Stimmen in der Lehre gestützt auf einschlägiges Rechtsmaterial (darunter die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen) entworfen haben: *Die unter den gegebenen Umständen gebotene Sorgfalt im Konzern ergibt sich letztlich aus einer zweckmässigen, dem Verhältnis von Kontrolle, Risiken und Mitteln entsprechende Kompetenzaufteilung innerhalb der Unternehmensgruppe, die organisatorisch darauf abzielt, menschenrechtliche Beaufichtigungslücken zu vermeiden.* In dezentralen Konzernbereichen geht es demnach seitens der Konzernleitung um ein sorgfältiges Monitoring der konzernweiten Gesamtstruktur verbunden mit einer hinreichenden finanziellen, personellen und technischen Ausstattung der kontrollierten Gesellschaft und weniger um die Überwachung jedes Einzelrisikos. Anders liegen die Dinge in zentralistisch organisierten Bereichen des Konzerns, in welchen die Mutter die Tochter im Detail kontrolliert und daher auch in der Lage ist, die weisungsmässige Abwicklung der Geschäfte zu überprüfen.



Klarstellung: Von einer Beweislastumkehr im Vergleich zum geltenden Recht (Art. 55 OR), kann keine Rede sein. Als Exkulpationsmöglichkeit ist der Sorgfaltsbeweis wie erwähnt vielmehr ein im Prinzip überkommenes unternehmerfreundliches Tatbestandselement. Jenen Stimmen, welche die **Beweislast** im Rahmen von Art. 55a E-OR statt dem Unternehmen nun der geschädigten Person auferlegen wollen, bleibt bei dieser Ausgangslage umso entschiedener zu entgegnen: Die Geschäftsherrenhaftung basiert auf dem Verständnis, dass sich der Geschäftsherr von einem schädigenden Fehlverhalten seiner Hilfsperson durch einen Sorgfaltsbeweis haftpflichtrechtlich **distanzieren** kann. Diesen Sorgfaltsbeweis – oder eben **Entlastungsbeweis** – hat systembedingt das Unternehmen zu erbringen. Das Gleiche gilt übrigens ganz allgemein (vgl. Art. die Elternhaftung nach 333 ZGB, sowie die die Tierhalterhaftung gemäss Art. 56 OR; zudem im Vertragsverhältnis Art. 97/101 OR). Vorliegend ist diese Beweislastverteilung umso vordringlicher, als der Möglichkeit eines unternehmerischen Sorgfaltsbeweises im Gesamtkonzept betont präventive Funktion zukommt. Wer nun behauptet, der Entlastungsbeweis sei eine systemfremde unternehmerische Last, die der Unschuldsvermutung widerspreche, irrt nicht nur zwischen Straf- und Haftpflichtrecht und verkennt das erwähnte Konzept der Geschäftsherrenhaftung. Er verschliesst auch die Augen vor massgeblichen Rechtstatsachen. Es dürfte dem **Geschädigten kaum je möglich sein zu beweisen, dass das Unternehmen die gebotene Sorgfalt hat walten lassen, liegen doch die Beweise beim Unternehmen [z.B. Sitzungsprotokolle des Verwaltungsrates].** Diese sind wegen der fehlenden

⁸⁸ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance relevance of human rights due diligence to determine nations of corporate liability*, 1. Juni 2018, UN Doc. A/HRC/38/20/add.2, Ziff. 29.

⁸⁹ Einfügung durch den Autor.

prozessualen Herausgabepflicht gegenüber dem Beklagten für Aussenstehende kaum je zugänglich. Entsprechend hält auch HOFSTETTER (1995, a.a.O. Fn. 63, 240) die Beweislastregel von Art. 55 OR zur Sorgfalt unverändert als adäquat:

«Eine funktionale Auslegung von Art. 55 OR führt deshalb zu einer Beweislastregel, welche den Gläubigern den Hauptbeweis für die widerrechtliche und kausale Zufügung eines Schadens durch die Konzernmutter auferlegt. Wird dieser Beweis erbracht, rechtfertigt sich eine Haftungsvermutung zu Lasten der Konzernmuttergesellschaft. Die Vermutung muss aber dadurch wiederlegt werden können, dass die Muttergesellschaft [...] beweist, [...] [sie] habe alle gebotene Sorgfalt angewandt [...].»

G. Fokus haftungsrelevante Kontrolle – Beschränkung auf Konzern

Dieses die Haftung abschliessende Kapitel erfährt aus zwei Gründen einen besonderen Fokus: *Erstens* ist der Kontrollbegriff des Entwurfs des Nationalrats sehr einschränkend ausgefallen. Er bedarf mit Blick auf das Modellgesetz einer gut fundierten Erweiterung, die sich allerdings *nicht* ausserhalb des Konzerns bewegt. Die damit aufgeworfene Frage der Reichweite der Initiative in Sachen Haftung hat sodann Anlass zu Missverständnissen gegeben. Dieses Kapitel dient damit *zweitens* auch rechtlicher Klarstellungen – dazu vorweg: Eine Haftung über den Konzern hinaus sieht die Initiative nicht vor.

a. Verfassungstext

Art. 101a Abs. 2 E-BV

a. [...] ob ein Unternehmen ein anderes kontrolliert, bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen; eine Kontrolle kann faktisch auch durch wirtschaftliche Machtausübung erfolgen;

b. Gesetzestext

Art. 55a E-OR

³ Ein Unternehmen kontrolliert ein anderes Unternehmen, wenn es dieses durch Stimmenmehrheit **oder auf andere Weise** unter einheitlicher Leitung zusammenfasst.

^{3bis} **Zudem kontrolliert ein Unternehmen ein anderes, wenn es dieses zwar nicht unter einheitlicher Leitung zusammenfasst, für dieses aber zur Konsolidierung nach Artikel 963 Absatz 2 verpflichtet ist. Dabei besteht die Kontrolle nur dann, wenn es gemäss Artikel 716a^{bis} die Pflicht gehabt hat, auf das Verhalten des Unternehmens Einfluss zu nehmen, in dessen Zusammenhang die geltend gemachte Schädigung steht.**

⁴ Diese Bestimmung begründet keine Haftung für das Verhalten von Dritten, mit denen das Unternehmen oder ein von ihm kontrolliertes Unternehmen eine Geschäftsbeziehung hat.

c. Erläuterung

aa. Ausgangslage – Verständnis

Verständnis der **Konzernverantwortungsinitiative**: Um den internationalen Vorgaben zu genügen, trifft die Unternehmen *zwar* eine gesellschaftsrechtliche Sorgfaltsprüfungspflicht, die bis zu Geschäftsbeziehungen mit Dritten reicht (Bst. b des Initiativtextes; vgl. oben IV.2.). Den Kreis ausservertraglicher Haftung zieht die Initiative *dagegen* deutlich enger. Die Initiative beschränkt die Haftung klar auf «konzernrelevante Kontrolle» ([Erläuterungen zur Initiative](#), S. 43).⁹⁰ Eine darüber hinausgehende Haftung in die Lieferkette sieht die Initiative nicht vor (vgl. unten dd.).

Dieses Verständnis entspricht **Sinn und Zweck der geltenden Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)**, auf welche die Initiative baut (vgl. oben VI.5.A.): Wer eine andere Person zwecks wirtschaftlicher Tätigkeit kontrolliert, soll die Kontrolle über diese Person auch zur Verhinderung von Schädigen Dritter nutzen (*respondeat superior*). Diese als «ökonomisch-organisatorisch»⁹¹ gefasste Kontrolle liegt im Konzern zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen typischerweise vor. Ein solches Verständnis kennt die ganz vorherrschende Doktrin der Schweiz wie jene zu analogen ausländischen Haftungsinstituten (vgl. Nachweise oben 5.A.).

Nachdem **geklärt**, dass eine *haftungsrelevante Kontrolle* im Konzern grundsätzlich **vorliegt**, bleibt zu **erläutern**, in welchen Konzernverhältnissen diese zu bejahen ist. Diese Frage beantwortet Art. 55a Abs. 3-4 E-OR. Die Mechanik dieser Bestimmung sei in der Folge vorgestellt und mit Fallkonstellationen veranschaulicht.

bb. Konzept

Der Konzernbegriff bleibt rechtsgebietsbezogen zu fassen.⁹² Gleichzeitig ist festzustellen: Die wesentlichen Konzerndefinitionen finden sich im Gesellschaftsrecht, d.h. gestützt auf das vormalige Leitungsprinzip in Art. 663e aOR (seit 1. Juli 1993) und mit dem Kontrollprinzip im geltenden Art. 963 OR (seit 1. Januar 2013). Beide Artikel verpflichten zur Erstellung einer Konzernrechnung und sind vorab auf das Rechnungslegungsrecht gerichtet. Als gesetzliche und kommentierte Konzernbegriffe haben sie allerdings bereits Modell gestanden für andere Rechtsgebiete, so z.B. für die lauterkeits- und kartellrechtliche Verantwortlichkeit oder die Konzernaussenhaftung.⁹³ Der Vorlage geht es nicht darum, grundlegend neues Konzernrecht zu setzen. Initiative wie Modellgesetz haben einzig den Anspruch, eine bestehende Haftungsnorm (Art. 55 OR) im Konzernverhältnis zu konkretisieren. Daher stützt sich auch der

⁹⁰ S. zudem GEISSER, AJP (FN 21), 956.

⁹¹ Vgl. bereits BGE 61 II 342 E. 2; im vorliegenden Zusammenhang v.a. WERRO (FN 57), N 14; generell REY/WILDHABER (FN 60), N 1066; PETRIN (FN 60), 67 ff.

⁹² Vgl. statt vieler PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, N 17 ff.; DERS., Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikation, ZBJV 148/2012, 355 f.; in Betracht fallen dabei als Rechtsgebiete neben dem Gesellschafts- und Haftpflichtrecht auch das Steuer-, Börsen-, Banken- sowie Lauterkeits- und Kartellrecht. Zur strafrechtlichen Erfassung des Konzerns vgl. auch MATTHIAS HEINIGER, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Bern 2011, insb. 9 ff. Für das Rechnungslegungsrecht als Grundlage etwa auch STEPHAN GLANZ/FLORIAN ZIHLER, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, in: Dieter Pfäff et al. (Hrsg.), Praxiskommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, Zürich 2014, N 1 ff. zu Art. 963 OR.

⁹³ Zum Ganzen vgl. CHRISTIAN REBELL, Lauterkeitsrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, Zürich/St. Gallen 2015, 74 ff.; zudem RICHARD STÄUBER, Kartellrechtliche Konzernhaftung und ihre Bedeutung für Unternehmenstransaktionen, GesKR 2020, 89 ff. (92 f.); mit Blick auf die Konzernaussenhaftung gemäss Art. 55 OR s. u.a. HANDSCHIN (FN 60), 349 (bereits in Anlehnung an das Kontrollprinzip).

Kontrollbegriff dieser Vorlage – im Gleichklang mit der Doktrin zu Art. 55 OR – auf die Konzerndefinitionen von Art. 663e aOR und Art. 963 OR.⁹⁴

Übersetzungsarbeit bleibt gleichwohl zu leisten: Zur sachgerechten Übertragung dieser Definitionen ins Haftpflichtrecht hat sich der Umsetzungsentwurf dafür entschieden, das Leitungsneben das Kontrollprinzip zu stellen – und zwar in einem Subsidiaritätsverhältnis. Dem Ausgleich von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit verbunden,⁹⁵ führt das Gesetz damit zu folgender Fallgruppenordnung:

Primärer Fall – Einheitliche Leitung durchgesetzt (Leitungsprinzip) > haftungsrelevante Kontrolle gegeben (Abs. 3);

Subsidiärer Fall – Möglichkeit, einheitliche Leitung durchzusetzen (Kontrollprinzip) > haftungsrelevante Kontrolle unter zu erläuternden Umständen gegeben (Abs. 3^{bis});

Ausschlussfall – Sachverhalte ausserhalb des Konzerns sind kategorisch ausgeschlossen (Zulieferer- oder Subunternehmerverhältnisse) (Abs. 4).

Diese Ordnung ist anschliessend einzuführen, bevor daran die Erläuterungen anknüpfen.

cc. Fallgruppenordnung

Nach einer gängigen und im internationalen Verhältnis tragfähigen Formel der Doktrin kontrolliert ein Unternehmen ein anderes dann,

«wenn diesem eine mit der Stellung einer Geschäftsherrin [im Sinne von Art. 55 OR] vergleichbare Möglichkeit zukommt, durch Beeinflussung der abhängigen Gesellschaft eine Schädigung Dritter zu vermeiden.»⁹⁶ Richtigerweise ist demnach «von der konkreten konzernspezifischen Stellung des herrschenden Unternehmens auszugehen»:⁹⁷

i. Dort wo das Unternehmen seine einheitliche Leitung durchsetzt (Leitungsprinzip), ist es ohne weiteres als Geschäftsherr zu qualifizieren.

ii. Dort wo das Unternehmen zwar die Möglichkeit zur Leitung hat (Kontrollprinzip), diese aber nicht durchsetzt, fällt eine haftungsrelevante Kontrolle dagegen nur unter bestimmten Umständen in Betracht.⁹⁸

Diese gängige Lesart haftungsrelevanter Kontrolle liegt dem Gesetzesentwurf zugrunde:

⁹⁴ So auch die Lehre zu Art. 55 OR: vgl. neben dem vorstehend zitierten HANDSCHIN, a.a.O. (gestützt auf Kontrollprinzip), auch ALEXANDER VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Bern u.a. 1997, 192 ff. (auf Leitungs- und Kontrollprinzip abstellend); VON BÜREN (FN 63), 203 (analog VOGEL); HOFSTETTER (FN 63) 241 f. (einschränkend gestützt auf das Leitungsprinzip).

⁹⁵ Aus rechtsmethodischer Sicht generell vgl. oben Kap. V.; für eine betont *einzelfallgerechte* Lösung und eine entsprechende Fallgruppenbildung vgl. die im Übrigen kritische Stimme aus der deutschen Lehre HOLGER FLEISCHER/STEFAN KORCH, Konzerndeliktsrecht: Entwicklungsstand und Zukunftsperspektiven, Der Betrieb Nr. 35, 1946 f. (gestützt auf den zu Art. 55 OR analogen § 831 BGB); mit Blick auf die Umsetzung der Initiative bezüglich haftungsrelevanter Kontrolle dagegen auf vorbehaltlose *Rechtssicherheit* im Sinne von Art. 963 OR setzend LUKAS HANDSCHIN, Konzernverantwortungsinitiative: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 8/2017, 1000 ff.

⁹⁶ VON BÜREN (FN 63), 203; VOGEL (FN 94), 191, mit weiteren Nachweisen; im internationalen Verhältnis, d.h. mit Blick auf Multinationale Konzerne und vor einem rechtsvergleichenden Hintergrund s. auch HOFSTETTER (FN 63), 240 ff.

⁹⁷ VON BÜREN (FN 63), 203, wie auch nachfolgend zum Ganzen; zudem VOGEL (FN 94), 195.

⁹⁸ Vgl. Nachweis in der vorstehenden FN; zu eben dieser Unterscheidung von Kontroll- und Leitungsprinzip s. zusammenfassend u.a. REBELL (FN 93), 77 ff.

i. Primärer Tatbestand – Haftungsrelevante Kontrolle bei einheitlicher Leitung

³ Ein Unternehmen kontrolliert ein anderes Unternehmen, wenn es dieses durch Stimmenmehrheit **oder auf andere Weise** unter einheitlicher Leitung zusammenfasst.

a) Anlehnung am Leitungsprinzip – Einklang mit Entwurf des Nationalrates

Dieser primäre Kontroll-Tatbestand stützt sich auf das Leitungsprinzip, wie es in dieser Formulierung in Art. 663e aOR verankert gewesen ist; der Konzern versteht sich demnach als

- 1) Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen
- 2) unter einheitlicher Leitung.⁹⁹

Das Leitungsprinzip setzt voraus, dass das herrschende Unternehmen seine Leitung *tatsächlich* durchsetzt, d.h. seinen Einfluss ausübt. Indem der Umsetzungsentwurf primär auf das Leitungsprinzip abstellt, nimmt er bewusst Abstand von einer Lösung, die direkt und kategorisch auf das weiter gefasste Kontrollprinzip abstellt; dieses setzt nur die *Möglichkeit* zur einheitlichen Leitung voraus, nicht deren tatsächliche Durchsetzung.¹⁰⁰ Das entspricht der vermittelnden Lehre, dem Entwurf des Nationalrates wie auch dem Verständnis der Initiative.¹⁰¹ In der Tat behält das Leitungsprinzip hier als primärer Tatbestand einer haftungsrelevanten Kontrolle seine Berechtigung: Geschäftsherr ist vorbehaltlos der, welcher *seine einheitliche Leitung durchgesetzt*, d.h. seinen herrschenden Einfluss auf das Verhalten seiner Hilfsperson auch tatsächlich ausgeübt hat.

Einheitliche Leitung wird dabei im Konzernverhältnis in Anlehnung an Art. 663e aOR *in aller Regel* «durch Stimmenmehrheit» ausgeübt.

Zur Veranschaulichung kann erneut das Beispiel der *Kupfermine* dienen: Das in der Schweiz ansässige Unternehmen hält eine Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen mit Sitz im Ausland. In einem geleiteten (und hierin typischerweise zentralistisch geführten) Konzern machen die *Leitungsorgane der Mutter ihrer Tochter Vorgaben zu Umsatz- und Ertragszielen oder auch zur Produktion*.¹⁰² Um diese Ertragsziele zu erreichen, setzt die Tochter ihre Fabrik vorzeitig in Betrieb, ohne die zur Verhinderung gesundheitsschädigender Emissionen nötige Filteranlage eingesetzt zu haben.

Dieser Tatbestand von Stimmenmehrheit bei einheitlicher Leitung ist von der vorliegenden Regelung analog zum Entwurf des Nationalrats klar erfasst. Er bedarf keiner weiteren Erklärung. In Anbetracht zusehends straff geführter Konzerne ist dies der Hauptfall.¹⁰³

⁹⁹ So auf den Punkt gebracht statt vieler ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich u.a. 2011, 368.

¹⁰⁰ Dazu unter Kap. ii. (anschliessend).

¹⁰¹ Für die weitergehende Lehre s. HANDSCHIN (FN 60), 348 f. (Kontrollprinzip soll für die Annahme von Art. 55 OR ausreichen); DERS. dies mit Blick auf die Konzernverantwortungsinitiative bestätigend, AJP (FN 95), 1000 f.; vermittelnd im Sinne der hier vorgeschlagenen Regelung dagegen VOGEL (FN 94), 192 ff. (primär auf Leitungs- und subsidiär auf Kontrollprinzip abstellend); ebenso VON BÜREN (FN 63), 203; einschränkend (gestützt auf das Leitungsprinzip, im Einzelnen aber wieder etwas öffnend) dagegen HOFSTETTER (FN 63), 241 f. Für das vermittelnde Verständnis der Initiative vgl. [Erläuterungen zur Initiative](#), 43 f.; in diesem Sinne vertiefend GEISSER, AJP (FN 21), 956. Für den Entwurf des Nationalrats vgl. [RK-N-Bericht](#) (allerdings einschränkend nur auf das Leitungsprinzip abstellend; dazu unten Kap. ii).

¹⁰² Als Beispiele solcher Konzernleitungsaufgaben vgl. VON BÜREN (FN 63), 57; HANDSCHIN (FN 60), 352 (zu Art. 55 OR).

¹⁰³ U.a. BSK OR-NEUHAUS/BLÄTTLER, Art. 663e [aOR] N 9, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), 4. Aufl. [!], Basel 2012; REBELL (FN 93), 82.

b) Ergänzung des Entwurfs des Nationalrates – vollständige Geltung des Leitungsprinzips
Einheitliche Leitung kann gemäss Art. 663e aOR allerdings nicht nur durch *Stimmenmehrheit* entstehen. Sie kann wortgetreu auch «auf andere Weise» ausgeübt werden – so etwa nach einhelliger Auffassung auch durch *personelle Verflechtung, statutarische Regelungen, Vertrag (unter Einschluss von «Austauschverträgen»)* bzw. «wirtschaftliche Abhängigkeit».¹⁰⁴

b.1) Grundsatz – Leitung auch durch «wirtschaftliche Abhängigkeit»

Einen Teil dieser Konzernierungsmittel hat der *Entwurf des Nationalrats* zur Begründung haftungsrelevanter Kontrolle nun aber *beschnitten*: Leitung durch «Vertrag» hat er auf Aktionärsbindungsverträge beschränkt und somit Austauschverträge (wie etwa Alleinbezug) ausgeschlossen; Leitung durch «wirtschaftliche Abhängigkeit» liess er aussen vor.¹⁰⁵

Im Konzept eines Gegenvorschlags zur Initiative mag diese Einschränkung als Versuch eines politischen Kompromisses nachvollziehbar gewesen sein. Ein Umsetzungsgesetz hat nun aber dem Initiativtext vollständig Rechnung zu tragen (Kontrolle «auch durch wirtschaftliche Machtausübung»). Eine Verkürzung des Leitungsprinzips würde diesem klar widersprechen. Es gibt keinen rechtlichen Grund, das Leitungsprinzip nicht in voller Tragweite gelten zu lassen. **Denn ob ein Konzern geleitet ist, bestimmt sich nicht nach fixen und abschliessenden Kriterien, sondern in einer funktionalen Betrachtung der konkreten Umstände.**¹⁰⁶

Anders zu entscheiden und gewisse Mittel zur Annahme einheitlicher Leitung kategorisch auszuschliessen, hiesse z.B. bei einer Aktienbeteiligung von 49% und ausgesprochener wirtschaftlicher Abhängigkeit (so etwa über ein engmaschiges Alleinbezugssystem) nie von einer haftungsrelevanten Kontrolle auszugehen.¹⁰⁷

Eine solche Verkürzung der einheitlichen Leitung im Konzern, wie sie der Nationalrat vorgesehen hat, steht im Widerspruch zu zentralen Eigenschaften eben dieses Prinzips. VON BÜREN bringt diese im Gleichklang mit Botschaft und Lehre unter dem Titel «Beherrschung durch wirtschaftliche Abhängigkeit» in einem Konzern wie folgt auf den Punkt:

«Die Beherrschung eines Unternehmens kann auch durch wirtschaftliche Abhängigkeit, also bloss faktische, nicht juristische Machtausübung erfolgen. [...] Diese wirtschaftliche Macht kann sich auf verschiedene Arten äussern: Eigentum an Immaterialgütern, Alleinvertriebsverträge, Alleinbezugsverträge, Darlehen und Sicherungsverträge. In all diesen Fällen liegt eine Abhängigkeit vor, welche in der starken wirtschaftlichen Stellung des herrschenden Unternehmens begründet ist.»¹⁰⁸

¹⁰⁴ Zahlreiche Nachweise bei REBELL (FN 93), 81; zudem VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (FN 99), N 1557 ff.; s. bereits Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 818 (mit explizitem Hinweis auch auf «Austauschverträge»); darauf verweisend HANDSCHIN (FN 60), 32.

¹⁰⁵ Vgl. den ausdrücklichen Ausschluss des NR in Art. 55 Abs. 1^{ter} E-OR in seiner Fassung 2018 ([Fahne 7.5.2020](#), zweite Spalte) («Ein Unternehmen kontrolliert ein anderes nicht allein deswegen, weil dieses von jenem wirtschaftlich abhängt») bzw. die eingeschränkte Bestimmung von Art. 55a Abs. 3 E-OR in der Fassung 2020 ([Fahne 7.5.2020](#), vierte Spalte) (dort insb. Ziff. 3 zweiter Satzteil: «die wirtschaftliche Abhängigkeit alleine begründet keine tatsächliche Kontrolle»). Dazu [RK-N-Bericht](#), 14; zudem [RK-S-Bericht](#): «Mit Verträgen im Sinne von Art. 55a Absatz 3 Ziffer 3 E-OR sind nicht Verträge gemeint, welche zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit führen können (z.B. Darlehen, Bürgschaft, Alleinbezug und Alleinvertrieb); stattdessen sollen etwa nur Aktionärsbindungsverträge zur Konzernierung geeignet sein.

¹⁰⁶ Für dieses einhellige Verständnis statt vieler REBELL (FN 93), 81 f. (m.w.H.); vgl. auch HANDSCHIN (FN 60), 43 u. 57; so bereits Botschaft, AG (FN 104); aus der Praxis bereits BGE 71 II 272.

¹⁰⁷ Beispiel inspiriert von [Erläuterungen zur Initiative](#), 44; zur dogmatischen Fassung eines solchen Tatbestandes sogleich. Zu einer reichen Fallpraxis im internationalen Vergleich (mitunter auch mit Blick auf ausservertragliche Schädigungen) NICOLAS BUENO, Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations, *The International Journal of Human Rights* 2017, 565 ff., 575 ff.

¹⁰⁸ S. VON BÜREN (FN 63), 81 (Hervorhebung hinzugefügt); zudem Botschaft, AG (FN 104), 818; HANDSCHIN (FN 60), 32 und 46, VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (FN 99), N 1561; REBELL (FN 93), 84.

Von einem derart integralen Leitungsprinzip geht die Lehre auch dann aus, wenn sie daraus eine haftungsrelevante Kontrolle ableitet.¹⁰⁹ In dieser Art will sich ebenso die Initiative verstanden wissen, wenn sie festhält, dass eine Kontrolle «*faktisch auch durch wirtschaftliche Machtausübung erfolgen*» kann (Bst. a *in fine*). Und in diesem Sinne ist der Umsetzungsentwurf zu lesen, wenn er einheitliche Leitung in Anlehnung an Art. 663e aOR ebenso «auf andere Weise» als mit Stimmenmehrheit bejaht. **Der Umsetzungsentwurf folgt also dem im Gesellschaftsrecht geläufigen Begriff des Leitungsprinzips und erweitert diesen nicht.**

Zwischenfazit: In sachgerechter Geltung des Leitungsprinzips ist die «wirtschaftliche Abhängigkeit» als Konzernierungsmittel dem Modellgesetz zugrunde zu legen. Der Entwurf des Nationalrates ist entsprechend zu ergänzen. Damit bleibt in einem zweiten Schritt zu beschreiben, welche Kriterien zur Annahme dieses Tatbestandes relevant sind.

b.2) Konkretisierung – Kriterien für eine Leitung durch «wirtschaftliche Abhängigkeit»

Im Wechselspiel von Gesellschafts- und Haftpflichtrecht kann aus Praxis und Lehre sowie internationalen Vorgaben eine Reihe von Kriterien gezogen werden, die der Beurteilung von konzernrelevanter Kontrolle aus «wirtschaftlicher Abhängigkeit» den Weg weisen.

Generell gilt dabei sowohl für das Leitungsprinzip als auch die Geschäftsherrenstellung:¹¹⁰

- entscheidend sind die *tatsächlichen Verhältnisse*, d.h. ob ein ökonomisch-organisatorisches Kontrollverhältnis vorliegt ↔ nicht die rechtliche Bezeichnung der Beziehung zwischen den Unternehmen;
- entscheidend ist die *faktische Weisungsmacht* ↔ nicht die rechtliche Weisungsbefugnis gegenüber dem beherrschten Unternehmen;
- entscheidend ist eine *qualitative Betrachtung* der Kriterien *nach den konkreten Umständen* ↔ nicht eine mechanische Anwendung quantitativer Werte.

Im Lichte dieser Grundregeln fallen die erwähnten Konzernierungsmittel als **massgebliche Kriterien** wie folgt in Betracht:¹¹¹

1) Gesellschaftlich

Namentlich die Stimmeteiligung¹¹² bleibt bei der Frage nach wirtschaftlicher Abhängigkeit beachtlich, *ist aber nicht absolut vorausgesetzt*.¹¹³

¹⁰⁹ In diesem Selbstverständnis s. VON BÜREN (FN 63), 81 f. i.V.m. 203; HOFSTETTER (FN 63), 241 f.; HANDSCHIN (FN 60), 32/46 i.V.m. 348 f.; VOGEL (FN 94), 192 ff.

¹¹⁰ Nachfolgend zum Ganzen – (a) *Für das Haftpflichtrecht im Allgemeinen*: u.a. WERRO, Responsabilité (FN 60), N 504 ff.; ROBERTO (FN 62), N 08.07; BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, 4. Aufl., Bern 2013, Art. 55 OR N 7; s. bereits BGE 41 II 494 ff. E. 3 (Subordinationsfall, dem nicht einmal ein Vertrag zugrunde lag); weitere Literatur unter dem Stichwort «ökonomisch-organisatorisch» oben bei entsprechender FN unter Kap. c.aa. (b) *Mit Blick auf die konzernbezogene Anwendung von Art. 55 OR*: HANDSCHIN (FN 60), 349; VOGEL (FN 94), 192 f.; aus dem ansonsten sehr zurückhaltenden Lager deutscher Literatur vgl. rechtsvergleichend auch FLEISCHER/KORCH (FN 95), 1946 f. (mit Praxisformeln). (c) *Für den Konzernbegriff im Besonderen* auch VON BÜREN (FN 63), 83; REBELL (FN 93), 81 f. (notabene bereits unter Berücksichtigung des Kontrollprinzips); GLANZ/ZIHLER (FN 92), N 13 und 49 (dito); HEINIGER (FN 92), 19.

¹¹¹ Nachfolgend zum Ganzen s. u.a. vorab aus der (a) CH Literatur: HANDSCHIN (FN 60), 33, 45 f., 115 ff., 348 f. (entsprechend zu Art. 55 OR); VON BÜREN (FN 63), 78 ff. (81) u. 203 (ebenso); VOGEL (FN 94), 189 ff. (ebenso); REBELL (FN 93), 82 ff. (b) Vorliegend mit Blick auf die Fallpraxis rechtsvergleichend z.B. auch BUENO (FN 107), 565 ff., 575 ff.; generell aus Sicht von gemeinsamen Haftungsprinzipien in europäischen Ländern: VAN DAM (FN 57), 247 ff.; ebenso in gemeinsamen Nennern aus der Staatenpraxis INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ), Report of the Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, 2008, Vol. 3, Civil Remedies, u.a. 35, 38 u. 45 ff. (c) Aus den einschlägigen internationalen Leitlinien vgl. zudem die Ansätze in den [UNO-Leitprinzipien](#) für Wirtschaft und Menschenrechte (2011), Prinzip 17 (Kommentar), [OECD-Leitsätze](#) für multinationale Unternehmen (2011), Kap. I Ziff. 4 sowie Kap. «Allgemeine Grundsätze», Ziff. 17, 21 u. 23 (dort auch zu den Grenzen entsprechender Kontrolle), zudem Kap. «Menschenrechte», Ziff. 43; zur Rechtsrelevanz dieser (OECD-)Leitsätze zudem bereits HANS W. BAADE, The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises, German Yearbook of International Law 1979, 11 ff., 29 ff.

¹¹² Denkbar sind aber etwa auch personelle Verflechtungen zwischen den Unternehmen.

¹¹³ S. VON BÜREN (FN 63), 81 («häufig wird die wirtschaftliche Abhängigkeit [...] gekoppelt sein mit einer aktienmässigen Beteiligung»); REBELL (FN 93), 84 («Auch eine Kontrollmöglichkeit durch wirtschaftliche Abhängigkeit ist oft mit einer Kapitalbeteiligung verbunden.»).

- Bei einer Minderheitsbeteiligung ist dabei auch die Verteilung des übrigen (Aktien-)Besitzes massgeblich: Liegen diese Anteile in gebündelter Hand oder handelt es sich um zersplitterte Beteiligungen vieler Investoren?¹¹⁴

2) Vertraglich

Zentral für die Frage nach wirtschaftlicher Abhängigkeit ist sodann die konkrete vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen den Unternehmen.¹¹⁵

- Handelt es sich um ein einfaches Vertragsverhältnis (Einzelvertrag) oder ist ein Vertrag eingebettet in einen Rahmenvertrag mit der Folge eines engmaschigen Vertriebssystems mit hierarchischer Ausprägung (und Weisungsbefugnissen)?¹¹⁶
- Auf welche Dauer ist das Vertragsverhältnis angelegt? Handelt sich um einen einmaligen Auftrag (obschon von grossem Volumen) oder ein langjähriges Verhältnis in gleichem Umfang?
- Wird der Grundvertrag von zusätzlichen Vereinbarungen wie der Einräumung von Immaterialgüterrechten oder der Gewährung von Darlehen bzw. dem Abschluss von Sicherungsverträgen (Bürgschaften o.ä.) überlagert?
- Werden die Verträge zu Marktbedingungen abgeschlossen (at arms length) oder nicht (z.B. Liefervertrag zu Preisen unter Gestehungskosten)?¹¹⁷

3) Wirtschaftlich

Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist ganz wesentlich auch vom Attribut einer einheitlichen «wirtschaftlichen» Leitung geprägt.¹¹⁸

- Wie ist die Marktstellung des herrschenden Unternehmens im Vergleich zum abhängigen: Hat das Unternehmen ohne die ihm vom herrschenden Unternehmen zugewiesenen Aufgaben keine Überlebensfähigkeit; wäre der Entzug dieser Aufgaben gleichbedeutend mit dem Entzug der Geschäftsgrundlage des abhängigen Unternehmens oder nicht?¹¹⁹
- Massgeblich ist in diesem Zusammenhang etwa auch, was zu den typischen (minimalen) Konzernaufgaben gehört (z.B. organisiertes Finanzwesen, operative Vorgaben o.ä.)¹²⁰ und ob das herrschende Unternehmen diese gegenüber dem abhängigen wahrnimmt.¹²¹

¹¹⁴ U.a. Nachweise bei REBELL (FN 93), 82.

¹¹⁵ S. generell nachfolgend zum Ganzen Nachweise in der vorvorletzten FN; hierbei insb. VON BÜREN (FN 63), 81; HANDSCHIN (FN 60), 49, (Verträge, die «durch ihren Inhalt das Tochterunternehmen faktisch an die Mutter binden können, zum Beispiel Exklusivlieferungs- oder Kreditverträge»; zudem grundlegend REBELL (FN 93), 83; aus haftpflichtrechtlicher Sicht auch KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Bd.: Besonderer Teil, Erster Teilband, 4. Aufl., Zürich 1987, 303 ff. (305) (Massstab der Abhängigkeit vertraglicher Stellung betonend). Zudem grundlegend zur Realität immer komplexer werdender Vertragsverbindungen und einer entsprechenden Konvergenz von Vertrags- und Gesellschaftsrecht s. BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 50 ff. (57), in: Corinne Widmer Lüchinger u.a. (Hrsg.), 7. Aufl., Basel 2019: Demnach sind Vertragsverbindungen Produkte der fortschreitenden Arbeitsteilung. Individualistische Vertragsstrukturen werden insoweit wertungsmässig von ihrer Einbettung in ein Gesamtsystem überlagert. Derartige Vertragsverbunde sprengen die Grundunterscheidung zwischen Verträgen im Sinne von Austauschverträgen (je unterschiedliche Interessen der Parteien werden befriedigt) und der Gesellschaft (es besteht eine Interessengleichschaltung der Gesellschafter). Es handelt sich in der wirtschaftlichen Realität häufig um Zwischendinge. Unterteilt man nach der Struktur möglicher Vertragsgruppen/Vertragsverflechtungen kann etwa unterschieden werden zwischen Vertragsketten: hierin zwischen (1) einfachen oder hierarchischen Vertragsketten. (2) Vertragsnetzen: auch hierbei können Hierarchien bzw. einseitige Abhängigkeiten vorkommen (bspw. bei Vertriebsverträgen; (Subordinations-)Franchising [a.a.O. N 132, besonders enge Einbindung, wobei heute dieser Erscheinungsform den Regelfall bildet], Lizenzverträge u. dergl.).

¹¹⁶ Dies z.B. als Eigenschaft eines Subordinations-Franchising oder Alleinabnahmevertrags: Kann der Abnehmer konkret den Preis, die Produktionsmenge oder -geschwindigkeit diktieren (vgl. ICJ [FN 111], 35); HANDSCHIN (FN 60), 49 u. 115.

¹¹⁷ U.a. HANDSCHIN (FN 60), 116 ff.; GLANZ/ZIHLER (FN 92), 668 f.

¹¹⁸ S. in Ergänzung zu den vorstehenden Nachweisen statt vieler mit entsprechenden Attribut VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (FN 99), N 1555.

¹¹⁹ S. in Ergänzung zu den vorstehenden Nachweisen insb. VON BÜREN (FN 63), 81; REBELL (FN 93), 84; HANDSCHIN (FN 60), 60 f.: «Die wirtschaftliche Einheit mit dem Konzern liegt auch vor, wenn das Tochterunternehmen organisatorisch durch Zuweisung einer bestimmten Aufgabe – zum Beispiel Vertrieb oder Produktion usw. – in Abstimmung mit übergeordneten Konzernzielen und in Verfolgung des Konzernzwecks, in den Konzern eingebunden wird und unabhängig davon nicht überlebensfähig ist.»

¹²⁰ Zu dieser Kernaufgabe eines geleiteten Konzerns s. Botschaft, AG (FN 104); NEUHAUS/BLÄTTLER (FN 103), N 9a; HANDSCHIN (FN 60), 33.

¹²¹ Zu diesen Aufgaben eingehend VON BÜREN (FN 63), 55 f.

- Tritt die Unternehmensgruppe gegen aussen hin, d.h. in Wahrnehmung der Geschädigten, als Einheit auf oder nicht (besteht z.B. ein gemeinsamer, gegen aussen kommunizierter «Code of Conduct»)?¹²²

HOFSTETTER erkennt eine in diesem Sinne gegen aussen kommunizierte Einheit als zusätzliche Rechtfertigung konzernrechtlicher Geschäftsherrenhaftung: «Mit der einheitlichen Leitung beginnt [...] häufig auch die *nach aussen in Erscheinung tretende Einheit* des Konzerns. Das dadurch in der Öffentlichkeit bewirkte Bild einer Haftungseinheit [sic] vermag bei *potentiellen ausservertraglichen Gläubigern* (z.B. Konsumenten oder Anwohnern von Industrieanlagen) [...] ein gewisses Konzernvertrauen auszulösen. Hierin liegt ein zusätzlicher funktionaler Grund, beim Nachweis einheitlicher Leitung von einer Haftungsvermutung zu Lasten der Konzernmutter auszugehen.»¹²³

Ergebnis: Ein derart integrales Verständnis des Konzerns ist unverzichtbar, um den tatsächlichen Verhältnissen gerecht zu werden und stossende Einzelfälle, namentlich ev. Umgehungsversuche durch Verzicht auf gewisse Konzernierungsmittel (z.B. Verzicht auf Aktienmehrheit) einzufangen. Darauf zielt die Initiative ab, wenn sie festhält, dass es sich nach den «tatsächlichen Verhältnissen bestimmt», ob eine Kontrolle vorliegt oder nicht (Bst. a).¹²⁴ Dass solche Sachverhalte ausgesprochener wirtschaftlicher Beherrschung vorkommen, belegt ein zwar fiktives Beispiel, das allerdings von realen Fällen inspiriert ist:

Ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ist ursprünglich mit einer Aktienmehrheit an einer Tochtergesellschaft beteiligt, die im Ausland eine Mine betreibt. In der Folge verkauft das Schweizer Unternehmen die Aktienmehrheit an eine ausländische Minengesellschaft; (es behält aber weiterhin eine Aktienminderheit) und übt v.a. durch Alleinabnahmeverträge, Vorkaufsrechte sowie vorgegebene Mindestfördermengen weiterhin massgeblichen Einfluss auf die Minenaktivitäten aus. Der Unternehmensgruppe wird vorgeworfen, der Betrieb ihrer Mine und der damit verbundene Ausstoss von Arsen, Blei und anderen Schwermetallen verursache bei den Anwohnern (v.a. bei Kindern) Vergiftungen mit Gesundheitsschäden – von Blutarmut über Lähmungen bis hin zu Todesfällen.

Die Doktrin nennt vergleichbare Tatbestände als *Beispiele für Konzerne aus «wirtschaftlicher Abhängigkeit»*.¹²⁵ Die vorstehenden Kriterien weisen in dieselbe Richtung. Ob im erwähnten Beispiel letztlich ein geleiteter Konzern mit haftungsrelevanter Kontrolle vorliegt, entscheidet das Gericht entlang der dargelegten Leitlinien auf der Basis der konkreten Fakten.¹²⁶ Zwei Vorzeichen sind dabei nach dem Gesagten klar: Zum einen ist und bleibt der Massstab für eine einheitliche Leitung streng; zum anderen ist und bleibt dafür das Halten von gesellschafts-

¹²² FORSTMOSER Menschenrechte (FN 26), 714, weist mit Blick auf entsprechende Codes of Conduct (dort am Beispiel von Holcim und Nestlé) darauf hin: «Mit solchen Erklärungen wird kundgetan, dass die Grundsätze der Unternehmensführung *konzernweit einheitlich gelten* sollen, was eine Verantwortung auf Ebene der Muttergesellschaft und ihrer Organe zumindest für angemessene Kontrollen nach sich zieht.»; zur entsprechenden Haftungsfragen dann a.a.O., 719 f. (721).

¹²³ HOFSTETTER (FN 63), S. 241 f. (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹²⁴ Darauf zielt im internationalen Verhältnis nicht zuletzt auch die [INTERGOVERNMENTAL WORKING GROUP \(IGWG\)](#), Rapporteur second revised draft of the proposed binding treaty on business and human rights, 6. August 2020, Art. 8 (Legal Liability) Ziff. 8: «States Parties shall ensure that their domestic law provides for the liability legal or natural or legal persons conducting business activities, including those of transnational character, for their failure to prevent another legal or natural person with whom it has a business relationship, from causing or contributing to human rights abuses, when the former legally *or factually* controls or supervises such person [...]» (Hervorhebung hinzugefügt). Aus der rechtsvergleichenden Literatur zieht HEIN KÖTZ, Deliktshaftung für selbständige Unternehmer, ZEuP 2017 283 ff. (296), in diesem Zusammenhang auch die eingängige, allerdings untechnisch verstandene Analogie zur «Scheinselbständigkeit» in anderen Rechtsgebieten.

¹²⁵ S. u.a. HANDSCHIN (FN 60), 46; VON BÜREN (FN 63), 81; REBELL (FN 93), 84.

¹²⁶ So z.B. auch HANDSCHIN (FN 60), 54 (ob die Leitungsmechanismen die dafür erforderliche Intensität aufweisen, «kann nicht anhand formeller Kriterien festgestellt werden, sondern nur durch richterliche Prüfung im Einzelfall.»).

rechtlichen Beteiligungen zwar ein wichtiges Indiz, aber keine absolute Voraussetzung. Erfahrene Gesellschaftsrechtler/innen können sich zur Einschätzung die Frage stellen: Wäre ein Konzern unter Art. 663a aOR zur Konsolidierung verpflichtet gewesen?

Zweifellos ist auch eine Leitung durch wirtschaftliche Abhängigkeit häufig gepaart mit gesellschaftsrechtlicher (Minderheits-)Beteiligung (vgl. hiervor). Zudem bleibt eine **zweite Voraussetzung** gestützt auf das Leitungsprinzip nach wie vor erforderlich: Die beschriebene und vorstehend vertiefte Beherrschungsmöglichkeit muss auch **tatsächlich** ausgeübt werden, um einheitliche Leitung im Konzern zu bejahen. Dieser Tatbestand ist in einer Mindestumsetzung der Initiative unverändert von den Geschädigten zu belegen; damit bleibt eine auch in der Beweisführung notorisch hohe Klagehürde des geltenden Rechts bestehen.¹²⁷



Klarstellung: In Kenntnis dieser hohen Messlatte zur Bejahung haftungsrelevanter Kontrolle ist im folgenden Fall (wie bei vergleichbaren Sachverhalten, die gegen die Initiative unter dem Titel «Lieferantenhaftung» ins Feld geführt werden) eine solche klar zu verneinen:

Ein Konzern ist nicht bereits deshalb zu bejahen, weil ein Lieferant von einem Schweizer Unternehmen existenziell abhängig ist, so weil es etwa sein Hauptkunde ist. Dafür sind weitere Konzernmerkmale nötig (wie z.B. gesellschaftsrechtliche Beteiligungen, enge Vertragsbeziehungen wie Alleinbezug, wirtschaftliche Einheit gegen aussen wie z.B. gemeinsame Verhaltenskodex o.ä.). Der Entscheid, ob ein Konzern gegeben ist, obliegt wie bereits im geltenden Recht letztlich der gerichtlichen Beurteilung.¹²⁸ Dabei ist klar: Eine neue Haftung für Schädigungen ausserhalb des Konzerns sieht die Initiative **nicht** vor (vgl. dazu auch unten dd.).

ii. Subsidiärer Tatbestand – Haftungsrelevante Kontrolle über konsolidierungspflichtiges Unternehmen aus Konzernleitungspflicht gemäss Art. 716a^{bis} E-OR

Für diesen subsidiären Tatbestand sei die durchdringende Doktrin rekapituliert. Danach ist von der konkreten konzernspezifischen Stellung des herrschenden Unternehmens auszugehen:

- i. Dort wo das Unternehmen seine einheitliche Leitung gegenüber dem abhängigen Unternehmen durchsetzt (Leitungsprinzip), ist es ohne weiteres als Geschäftsherr zu qualifizieren. Dieser primäre Tatbestand ist in Absatz 3 des Kontrollbegriffs geregelt und vorstehend erläutert (s. Kap. i).
- ii. Dort wo das Unternehmen zwar die Möglichkeit zur einheitlichen Leitung hat (Kontrollprinzip), diese aber nicht durchsetzt, fällt eine haftungsrelevante Kontrolle dagegen nur unter bestimmten Umständen in Betracht. Diesen subsidiären Tatbestand regelt Absatz 3^{bis} der Vorlage, der wie folgt lautet:

^{3bis} Zudem kontrolliert ein Unternehmen ein anderes, wenn es dieses zwar nicht unter einheitlicher Leitung zusammenfasst, für dieses aber zur Konsolidierung nach Artikel 963 Absatz 2 verpflichtet ist. Dabei besteht die Kontrolle nur dann, wenn es gemäss Artikel 716a^{bis} die

¹²⁷ Zum Ganzen VON BÜREN (FN 63), 83, der daher die gesetzgeberische Idee einer (widerlegbaren) Vermutungskaskade ins Spiel bringt, wie sie z.B. das deutsche Aktienrecht kennt. Mit Einführung des Kontrollprinzips (mit einfacherer Beweisthematik; REBELL [FN 93], 85) und dem daran angelehnten subsidiären Tatbestand haftungsrelevanter Kontrolle (Kap. ii hiernach) ist die Beweisnot etwas entschärft, bleibt aber gerade bezüglich «wirtschaftlicher Abhängigkeit» im Wesentlichen aufrecht, weil unklar ist, ob dies nach Art. 963 Abs. 2 OR einen Konsolidierungsgrund darstellt. Auch HOFSTETTER (FN 63), 241 f., tut sich mit Blick auf Art. 55 OR aus Sicht der Geschädigten eher schwer mit der Beweislast zum Nachweis einheitlicher Leitung und schlägt daher in konzernadäquater Anpassung eine differenzierte gerichtliche Handhabung vor.

¹²⁸ Zu einer solchen Einzelfallbeurteilung hat bereits Art. 663e aOR angeleitet («auf andere Weise») und leitet auch Art. 963 Abs. 2 OR («aufgrund vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann») (dazu Kap. ii. nachstehend).

Pflicht gehabt hat, auf das Verhalten des Unternehmens Einfluss zu nehmen, in dessen Zusammenhang die geltend gemachte Schädigung steht.

Bevor diese Bestimmung im Einzelnen zu erläutern ist, sei hier in einem ersten Schritt der entscheidende Ansatzpunkt haftungsrelevanter Kontrolle benannt und begründet.

a) Ansatzpunkt Konzernleitungspflicht

Die Frage, wann ein nach Art. 963 Absatz 2 OR konsolidierungspflichtige Konzernmutter haftungsrelevante Kontrolle ausübt, entscheidet sich nach der durchdringenden und gleichzeitig vermittelnden Lehre *bereits im geltenden Recht* nach Massgabe der Konzernleitungspflicht.¹²⁹

Denn Dreh- und Angelpunkt jeder Konzernverantwortung ist die **Konzernleitungspflicht**:

¹²⁹ Vgl. zum Ganzen in der Folge vorab VOGEL (FN 94), 192 ff.; HOFSTETTER (FN 63), 240 ff.; so anerkennend auch [Botschaft zur Initiative](#): «Die Beachtung der Menschenrechte und des Umweltschutzes kann bereits als von der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats erfasst gelten (Art. 717 Abs. 1 OR).» Dazu GEISSER, AJP (FN 21), 961. Im Grundsatz im Übrigen FORSTMOSER, (FN 26), 708 ff. (713); WEBER/BAISCH (FN 26), 687 f.; für die Arbeiten rund um die UNO-Leitprinzipien s. JOHN RUGGIE, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights [...], UN Doc. A/HRC/8/5, 7. April 2008, wonach die Menschenrechtsthematik insgesamt Teil der Führungsaufgabe der Konzernleitung sein muss. Rechtsvergleichend mit Bezug zu den UNO-Leitprinzipien und zum Haftpflichtrecht auch CEES VAN DAM/FILIP GREGOR, Corporate responsibility to respect human rights vis-à-vis legal duty of care, in: Juan José Alvarez Rubio u.a. (Hrsg.), Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union, New York 2017, 131 ff.; für konzernrechtliche Grundlagen vgl. HANDSCHIN (FN 60), 109 ff., 111 und 346 ff. (353) (in Verbindung von Konzernleitungspflicht und Geschäftsherrenhaftung); JEAN NICOLAS DRUEY, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 24 ff. Die Doktrin sei im Übrigen wie folgt zusammengefasst: Die Antwort auf die Frage, ob und gegebenenfalls wann ein nach Art. 963 Absatz 2 OR konsolidierungspflichtige Konzernmutter haftungsrelevante Kontrolle ausübt, lässt Lehre (und Praxis) in drei Strömungen fließen [vorab diese drei Lager zusammenfassend VON BÜREN (FN 63), 202 f. (203); im vorliegenden Kontext ebenso WERRO (FN 57), N 15]. (1) Eine erste Strömung, die in der Lehre kaum mehr Anhänger findet, die aber in älterer Rechtsprechung noch leicht abgefärbt hat, lässt die Konsolidierung, d.h. nur die *Möglichkeit* zur Durchsetzung einheitlicher Leitung *nicht genügen*, um eine konzernrelevante Kontrolle zu begründen; diese muss auch tatsächlich durchgesetzt worden sein [(a) In diesem Sinne einschränkend (gestützt auf das Leitungsprinzip, im Einzelnen aber wieder etwas öffnend) s. z.B. HOFSTETTER (FN 63), 241 f.; dieser Linie folgend Entwurf des Nationalrats (s. [RK-N-Bericht](#), 14 f.); im Ergebnis ähnlich einschränkend vgl. einzig im Ansatz den nicht amtlich publ. Entscheid des Bundesgerichts vom 11. Juni 1992, in: SJ 114 (1992), S. 627 f. (verlangt mit Blick auf Art. 55 OR eher in der Art eines *obiter dictum* Vereinbarung, wonach sich die Handlungen des abhängigen Unternehmens nach den Instruktionen des herrschenden Unternehmens richten); BGE 71 II 272 (ähnlich eng an die Weisungsgebundenheit anknüpfend, dort allerdings mit Blick auf die Durchgriffsthematik); offener dagegen bereits BGE 120 II 331 E. 5 (s. die Rezeption von VOGEL [FN 94], in seiner FN 128); von einer belastbaren Rechtsprechungslinie neueren Datums kann folglich keine Rede sein. (b) aus der deutschen Lehre als ähnlich zurückhaltende Vertreter FLEISCHER/KORCH (FN 95), 1947)]. Jene Auffassung ist vom Bestreben geprägt, die Konzernfreiheit in keiner Weise zu beschneiden und aus ihrer Sicht überschüssende Konzernhaftungen um jeden Preis zu verhindern. Diese Lesart wird von Kritikern indes als zu einschränkend empfunden, knüpft sie doch Verantwortlichkeit an die normative Kraft tatsächlich ausgeübter Leitung und schafft sie so den stossenden Anreiz, sich auf die Grenze eines ungeleiteten Konzerns zurückzuziehen, um sich so der Haftung entziehen zu können. (2) Neuere Stimmen, worunter HANDSCHIN, erkennen im Kontrollprinzip dementsprechend kategorisch und vorbehaltlos Haftungsrelevanz: Sobald demnach die konsolidierungspflichtigen Konzernleitungsmechanismen (z.B. durch Stimmenmehrheit) gelegt sind, übt die herrschende Mutter über ihre abhängige Tochter haftungsrelevante Kontrolle i.S.v. Art. 55 OR aus; diese Stimmen möchten dergestalt auch die Konzernverantwortungsinitiative umgesetzt wissen [für diesen Teil der Lehre v.a. HANDSCHIN (FN 60), 348 f. (Kontrollprinzip soll für Annahme von Art. 55 OR ausreichen: «zwischen einem Mitter- und einem Tochterunternehmen [liegt] immer ein Subordinationsverhältnis vor; auch dann, wenn zwischen den beiden die Leitungsmechanismen nur vorliegen, die effektive Leitung im Zeitpunkt der Schadensausübung aber nicht ausgeübt wird.»; gleichzeitig im Ergebnis den vermittelnden Stimmen annähernd, a.o. 352); diesen Autoren so rezipiert bei VON BÜREN (FN 63), 203; HANDSCHIN, seine Auffassung mit Blick auf die Konzernverantwortungsinitiative bestätigend, AJP (FN 95), 1000 f. Dem Ansatz folgt in einem themennahen Umfeld etwa das Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (BPS, SR 935.41), das die Kontrollpflichten beim konsolidierungspflichtigen Konzern festmacht (Art. 5 Abs. 1). Dieses Gesetz ist allerdings durch verwaltungsrechtliche Normierung geprägt]. Eine solche Ansicht trägt dem möglichen Umstand Rechnung, «dass ein Tochterunternehmen eines Konzerns [gerade deshalb] schadenstiftend tätig wird, weil die Mutter es unterlassen hat, ihre Leitung auszuüben»; es widerspricht dem Haftungsverständnis dieser Stimmen, wenn «der liederlich geführte [sic] und dadurch Dritte schädigende» Konzern weniger Haftungsrisiken zu tragen habe, als der verantwortungsvoll geleitete [HANDSCHIN (FN 60), 43 (und 349); s. auch VOGEL (FN 94), 192]. Zudem sei mit dem Konsolidierungskreis ein rechtssicherer Haftungstatbestand gefunden [DERS., AJP (FN 95), 1000 f.]. (3) Die dritte und gleichsam herrschende Doktrin erkennt die berechtigten Anliegen beider Stimmen und findet deren Ausgleich in folgender Lösung: Eine Geschäftsherrenstellung im Konzern ist nur aber immerhin *soweit* gegeben, als im konsolidierungspflichtigen Konzern eine *Konzernleitungspflicht* besteht. In diesem (und nur in diesem) Umfang ist die Konzernfreiheit beschränkt. Im Übrigen bleibt es dem Konzern unbenommen, sich betont dezentral zu organisieren, d.h. abhängige Unternehmen in weitgehender Autonomie zu belassen [in diesem Sinne vermittelnd für die herrschende Lehre u.a. VOGEL (FN 94), 192 ff. (195 f. u. 197 f.); DERS., Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich u.a. 2002, 620; VON BÜREN (FN 63), 202 f. (203)]. An dieser letzten und vermittelnden Lesart von Art. 55 OR knüpft die Initiative wie deren Umsetzung an [für das vermittelnde Verständnis der Initiative vgl. [Erläuterungen zur Initiative](#), S. 43 f.; in diesem Sinne vertiefend GEISSER, AJP (FN 21), 956]. Insoweit nimmt das vorliegende Gesetz bewusst Abstand vom Entwurf des Nationalrats, welcher der ersten Strömung folgend eine haftungsrelevante Kontrolle strikt auf den Tatbestand «*tatsächlich*» ausgeübter Kontrolle (d.h. auf das Leitungsprinzip) beschränkt [s. diese Formulierung von Art. 55a Abs. 1 E-OR in der NR Fassung 2020 ([Fahne 7.5.2020](#), vierte Spalte); dazu [RK-N-Bericht](#), 14 f.].

Zwar herrscht der Grundsatz der **Konzernfreiheit**. Demnach ist die Konzernobergesellschaft grundsätzlich frei, Aufgaben nicht zu übernehmen, sondern bei der Tochtergesellschaft zu belassen. Damit verbunden ist auch die Freiheit, sich dezentral zu organisieren, um dadurch auf das Verhalten der Tochter nicht im Einzelnen Einfluss nehmen zu müssen und insoweit keine Pflicht zu tragen, jedes Einzelrisiko im Konzern zu überwachen.

Diese Freiheit findet ihre Grenze jedoch unbestritten bei der minimalen Konzernleitungspflicht: **In bestimmtem Umfang muss ein Konzern – wie auch immer er die Aufgaben aufteilt – geleitet bleiben. Diese Mindestschranke wird gemeinhin als sorgfältige Ausübung der Organisationspflicht beschrieben. Und in diesem Umfang muss die Mutter auf das Verhalten der Tochter Einfluss nehmen, um bei gebotener Sorgfalt gerade auch Schädigungen Dritter zu verhindern.**¹³⁰ Insoweit trifft die Konzernleitung der Obergesellschaft nach mittlerweile mehrheitlicher Auffassung bereits *de lege lata* eine im Kern undelegierbare Oberaufsichtspflicht (so aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 und 5 sowie Art 717 bzw. Art. 55 OR). Das gilt besonders auch für die Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Umwelt und Menschenrechte. Worin Inhalt und Umfang dieser Konzernleitungspflicht genau besteht, darüber herrscht im geltenden Recht in Auslegung der erwähnten Generalklauseln aber grosse Unsicherheit.¹³¹

Für die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt bringt in Nachachtung der internationalen Vorgaben **nun jenes Pflichtenheft Klärung, das der Entwurf des Nationalrats in Art. 716a^{bis} E-OR formuliert hat.** Dieses kann für die Umsetzung der Initiative unverändert übernommen werden (dazu oben VI.2). In stringenter Gesetzgebung

muss der durch Art. 716a^{bis} E-OR bestimmte *Umfang* dieser Konzernleitungspflicht



in gleichem *Umfang* zu Konzernverantwortung führen und



dementsprechend auch die Grenze *haftungsrelevanter* Kontrolle bestimmen.

Dieser Gleichlauf von Gesellschafts- und Haftpflichtrecht im *Konzern* sichert erst den Präventiveffekt der Regelung: Er führt zu einer gesetzlich bestimmten Konzernleitungspflicht, die bei Verletzung in gleichem Umfang haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit zur Folge hat. Indem sich der Entwurf des Nationalrats bei der Konzernleitungspflicht zwar auf das Kontrollprinzip (Möglichkeit zur Einflussnahme) stützt, sich bei der Verantwortlichkeit aber auf das engere Leitungsprinzip (tatsächlich ausgeübter Einfluss) zurückgezogen hat, bleibt er insoweit unvollendet und ist entsprechend zu ergänzen.¹³²

Für die haftungsrelevante Kontrolle führt dieser Gleichlauf von Pflicht und Verantwortung zu folgender Klärung des Kontrollbegriffs:

b) Erläuterung der Bestimmung

Art. 55a Abs. 3^{bis} E-OR sieht für eine haftungsrelevanter Kontrolle zwei Voraussetzungen vor:

- Konsolidierungspflicht nach Art. 963 Abs. 2 OR (b.1) und

¹³⁰ Zum Ganzen vgl. Verweise in der vorstehenden FN.

¹³¹ Vgl. zum Ganzen Nachweise in der vorletzten FN.

¹³² S. [RK-N-Bericht](#), im Gegensatz von 6 f. und 14 f.

- Konzernleitungspflicht gemäss Art. 716a^{bis} E-OR (b.2).

(b.1) Konsolidierungspflicht

Die **Konsolidierungspflicht** als erste Voraussetzung ist rasch referenziert: Nach Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, «wenn sie

1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt;
2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen; oder
3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss^[133] ausüben kann.»

(b.2) Konzernleitungspflicht

Als zweite Voraussetzung führt die in Art. 55a Abs. 3^{bis} E-OR verankerte Konsolidierung für das herrschende Unternehmen dann zu haftungsrelevanter Kontrolle, wenn es «gemäss Artikel 716a^{bis} die Pflicht gehabt hat, auf das Verhalten des kontrollierten Unternehmens Einfluss zu nehmen, in dessen Zusammenhang die geltend gemachte Schädigung steht.»¹³⁴

Die in Art. 716a^{bis} E-OR geklärte Konzernleitungspflicht beantwortet für die haftungsrelevante Kontrolle die folgenden zwei entscheidenden Fragen:

- (1) Wer trägt die Pflicht, d.h. **wo** im Konzern ist die Leitung angesiedelt?
- (2) Was beinhaltet die Pflicht, d.h. **in welchem Umfang** besteht eine Konzernleitungspflicht?

(1) Ort der Konzernleitung → Ort haftungsrelevanter Kontrolle

Die Sorgfaltsprüfungspflicht gehört zu den im Kern unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des obersten Leitungsorgans der Gesellschaft (s. Art. 716a^{bis} i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 E-OR; s. oben). Das oberste Leitungsorgan ist beim Konzern die *Konzernleitung*. Sie trägt die Oberaufsichtspflicht.¹³⁵ **Haftungsrelevante Kontrolle kann damit im Konzern nur dort ausgeübt werden, wo die Leitung angesiedelt ist.**

Von vornherein ausser Betracht fällt damit (in einer Holdingstruktur) jenes Unternehmen eines Konzerns, welches sich (z.B. aus steuerlichen Gründen) auf das Halten von Beteiligungen an den anderen Unternehmen beschränkt.¹³⁶ *Die Konzernleitung siedelt nicht zu dieser Holding*

¹³³ Ob Art. 963 Abs. 2 OR auch «wirtschaftliche Abhängigkeit» als Instrument für «beherrschenden Einfluss» anerkennt, ist in der Lehre umstritten; die Diskussion ist dynamisch und international beeinflusst [einschränkend LUKAS GLANZMANN, Der Konzern im neuen Rechnungslegungsrecht, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW 2016 32 ff. (38 f.); PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich u.a. 2019, N 1201 f.; ausdehnend dagegen u.a. REBELL (FN 93), 81 f. u. 84; ebenso in offener Formulierung neuerer International Financial Reporting Standard (IFRS 10), Consolidated Financial Statements, *passim* (auch zit. in BÖCKLI [FN 133], dort FN 2419). Einschränkende Klarheit geschaffen hat vorliegend der Entwurf des Nationalrats (s. [RK-S-Bericht](#), 4)]. Auf diese Debatte ist hier im Sinne einer zurückhaltenden Lösung gesetzgeberisch nicht einzuwirken, zumal wirtschaftliche Abhängigkeit gemäss dem primär verankerten Leitungsprinzip (s. Kap. i), d.h. im engeren Kreis durchgesetzter Leitung, unbestritten konzernrelevant ist und der Initiative in einer Mindestumsetzung so Rechnung getragen ist.

¹³⁴ *Zum einen* knüpft dieser Passus des Entwurfs an die eingangs dieses Kapitels vertiefte Formel an, wonach dem beherrschenden Unternehmen «eine mit der Stellung eines Geschäftsherrn [im Sinne von Artikel 55 OR] entsprechende *Möglichkeit* zukommen muss, durch Beeinflussung des anderen Unternehmens eine Schädigung Dritter zu vermeiden.» *Zum anderen* bestimmt er diese *Einflussmöglichkeit* normativ und rechtssicher anhand der *Konzernleitungspflicht* von Art. 716a^{bis} E-OR (vgl. vorstehend zur Begründung). Das führt zum logischen Dreischritt: 1) Umfang der Konzernleitungspflicht nach Art. 716a^{bis} E-OR bestimmt, 2) Umfang der Möglichkeit zur Einflussnahme bestimmt, 3) Grenze der haftungsrelevanten Kontrolle nach Art. 55a E-OR.

¹³⁵ S. in unveränderter Geltung [RK-N-Bericht](#), S. 3.

¹³⁶ S. etwa auch die Terminologie in Art. 671 Abs. 4 OR. Zum Ganzen eingehend VON BÜREN (FN 63), 16 ff.

um, sondern verbleibt beim sog. Stammhaus.¹³⁷ Dieses behält die Fäden in der Hand und bleibt damit in der Verantwortung. Die erwähnte Holdinggesellschaft dagegen trägt keine Leitungspflicht gemäss Art. 716a^{bis} E-OR und verfügt über keine entsprechende Einflussmöglichkeit über das Verhalten der Untergesellschaft.¹³⁸ Somit kann etwa eine **Finanzholding**, obschon sie konsolidierungspflichtig ist,¹³⁹ keine haftungsrelevante Kontrolle ausüben. Sie fällt zu Recht nicht unter den Tatbestand von Art. 55a Abs. 3^{bis} E-OR.

Ein solcher Ausschluss entspricht nicht nur dem Verständnis der Initiative.¹⁴⁰ Er stimmt auch mit anderen Rechtsordnungen überein, die im vorliegenden Zusammenhang erkennen:

«Mere ownership at the time of the tort (for instance by being the majority or absolute shareholder) is likewise insufficient, passive investment is not enough.»¹⁴¹

Während Art. 716a^{bis} E-OR für die haftungsrelevante Kontrolle nach Art. 55a Abs. 3^{bis} E-OR mit dem *Ort* der Konzernleitungspflicht den wesentlichen Ausschluss bestimmt, beschreibt er mit dem *Umfang* dieser Pflicht den entscheidenden Einschluss:

(2) Umfang der Konzernleitungspflicht → Grenze haftungsrelevanter Kontrolle

Art. 716a^{bis} E-OR stellt die Konzernleitungspflicht auf eine gesetzliche Grundlage und erhellt diese, wie weiter oben erläutert, wie folgt:

¹ Der Verwaltungsrat trifft Massnahmen, die sicherstellen sollen, dass die Gesellschaft auch im Ausland die in ihren Tätigkeitsbereichen massgeblichen internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt einhält (Sorgfaltsprüfung). Der Verwaltungsrat hat hierbei folgende Aufgaben:

1. Er *ermittelt* mögliche und tatsächliche Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und Umwelt und schätzt diese ein.
2. Er setzt unter Berücksichtigung der *Einflussmöglichkeiten* der Gesellschaft Massnahmen zur Minimierung der festgestellten Risiken sowie zur Wiedergutmachung von Verletzungen um.
3. Er überwacht die Wirksamkeit der *Massnahmen*.
4. Er *berichtet* über die Erfüllung der Aufgaben gemäss den Ziffern 1-3.

² Gegenstand der Sorgfaltsprüfung sind auch die Auswirkungen der Geschäftstätigkeit von *kontrollierten Unternehmen* und aufgrund von Geschäftsbeziehungen mit Dritten.

^{2bis} Der Verwaltungsrat befasst sich vorrangig mit den schwersten Auswirkungen auf Menschenrechte und Umwelt. Er wahrt den Grundsatz der Angemessenheit.

Dieser Artikel beschreibt **erstens** das Pflichtenprogramm gerade auch der Konzernleitung i.S. einer Oberaufsichtsverantwortung mit dem Dreischritt *Risiken* ermitteln, *Massnahmen* ergreifen und *darüber berichten* (Abs. 1 Ziff. 1-3; dazu oben Kap. VI.2, S. 34).

Er stellt **zweitens** klar, dass sich diese Pflicht auch auf die Auswirkungen der Geschäftstätigkeiten von konsolidierungspflichtigen¹⁴² «kontrollierten Unternehmen» erstreckt (Abs. 2; dazu oben Kap. VI.2, S. 34).

¹³⁷ Zu möglichen Konzernstrukturierungen mit eingängigen Schemen einführend VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (FN 99), N 1596 ff.; eingehend dazu BEYELER (FN 63), 18 f.

¹³⁸ Vgl. u.a. NEUHAUS/BLÄTTLER (FN 103), N 9.

¹³⁹ Vgl. GLANZ/ZIHLER (FN 92), N 17; BÖCKLI (FN 133), N 1199 (dies im Gegensatz zum vormaligen Leitungsprinzip).

¹⁴⁰ S. [Erläuterungen zur Initiative](#), 44.

¹⁴¹ So mit Blick auf analoge Haftungsinstitute für die UK: PHILIPP MORGAN, 31 J. Prof. Negligence 2016 276 ff. (296); insoweit einer Meinung auch mit FLEISCHER/KORCH (FN 95), 1947.

¹⁴² In diesem Sinne klarstellend: [RK-N-Bericht](#), 6 f.

Der Artikel macht **drittens** deutlich, dass bei dieser *Konzernleitungspflicht* die konkreten «**Einflussmöglichkeiten**» zu berücksichtigen sind (Abs. 1 Ziff. 2). Aus dem Bericht der Rechtskommission des Nationalrates zusammen mit internationalem Rechtsmaterial lassen sich zu den Einflussmöglichkeiten im Konzern die folgenden Leitlinien erkennen:

Selbst in einem dezentral¹⁴³ organisierten Konzern hat sich die Konzernleitung in einer *ersten Schranke* der Konzernfreiheit ihrer unübertragbaren Aufgabe einer sorgfältigen Überwachung der *konzernweiten Gesamtstruktur anzunehmen. Diese ist verbunden mit einer hinreichenden finanziellen, personellen und technischen Ausstattung des kontrollierten Unternehmens.*¹⁴⁴

Als *zweite Schranke* kann es sich mit FORSTMOSER und VOGEL sodann verbieten, bestimmte Aufgaben bei einer Konzernuntergesellschaft zu belassen, wenn bei dieser die erforderlichen – d.h. dem konkreten Risiko entsprechenden finanziellen, personellen oder technischen Mittel für die Erfüllung fehlen. Dies kann insbesondere bei Aufgaben von *besonderer Schwierigkeit oder grossem Schadensrisiko* der Fall sein.¹⁴⁵

Der so beschriebene Mindestumfang der Konzernleitungspflicht bestimmt gleichzeitig die Grenze einer haftungsrelevanten Kontrolle. Hinter dieses Minimum kann sich das herrschende Unternehmen nicht zurückziehen – auch nicht unter Berufung auf die Konzernfreiheit. Bei Unterlassung dieser Pflicht trägt der konsolidierungspflichtigen Konzern Mitverantwortung, wenn dadurch Dritte an zentralen Rechtsgütern zu Schaden kommen. In diesem Umfang ist *haftungsrelevante Kontrolle* zu bejahen, obschon die Konzernleitung nicht ausgeübt wurde.

Zur Veranschaulichung dieses Tatbestandes von Art. 55a Abs. 3^{bis} E-OR kann erneut das Beispiel der *Kupfermine* dienen: Angenommen in diesem Konzern hält die Muttergesellschaft mit Sitz in der Schweiz zwar Mehrheitsanteile an der Tochter und ist für diese konsolidierungspflichtig. Jedoch nimmt die Konzernspitze die einheitliche Leitung im Sinne von Art. 55a Abs. 3 E-OR nicht wahr. Gegebenenfalls ist die Mutter dennoch im erwähnten Umfang Geschäftsherrin der Tochter und kontrolliert diese im Sinne von Abs. 3^{bis}. Dies ist hier etwa in jenem Umfang der Fall, in dem sie die Tochter gestützt auf die Aufgabe zur Gesamtüberwachung mit zu wenig finanziellen, technischen und personellen Mitteln ausstattet, damit die Tochter die Gesundheitsrisiken der Angestellten und Anwohner frühzeitig erkennen konnte, um in einem zweiten Schritt die nötigen Abhilfemassnahmen zu treffen, d.h. den nötigen Filter einzubauen.

¹⁴³ Das Begriffspaar zentralisiert – dezentralisiert beschreibt, in welchem Masse die einheitliche Leitung beim herrschenden Unternehmen konzentriert ist oder an Konzernuntergesellschaften delegiert ist; so grundsätzlich unterscheidend statt vieler REBELL (FN 93), 87; für diese Unterscheidung im vorl. Zusammenhang s. VOGEL (FN 94), 194; HANDSCHIN (FN 60), 352 f.

¹⁴⁴ Anders liegen die Dinge im zentralistisch geführten Konzern, in dem das Mutterunternehmen die Tochter im Detail anweist und daher gestützt auf die etablierten Leitungsmechanismen auch in der Lage ist, die weisungsmässige Abwicklung der Geschäfte zu überprüfen und in diesem Umfang auch Einzelrisiken bei der Tochter zu überwachen hat (s. HANDSCHIN [FN 60], 352 f.). Diese Regel beschlägt allerdings nicht die Frage der haftungsrelevanten Kontrolle bei einem nicht geleiteten Konzern, sondern die Frage des Sorgfaltsmassstabes im geleiteten Konzern (dazu oben IV.5.F.).

¹⁴⁵ VOGEL (FN 94), 197, weist hierbei zur besonderen Konzernleitungspflicht bei ungewöhnlichen Aufgaben insbesondere auf solche mit grossem Schadensrisiko hin (z.B. bei finanziellen Krisen, Betriebsschliessungen oder Umweltproblemen); in einer Fallsammlung zitiert nach HOFSTETTER [FN 63] s. auch sein Hinweis auf Grossereignisse wie *Seveso*, *Amoco Cadiz* und *Bophal*. Auf den Punkt gebracht geht es im Gleichklang mit den einschlägigen OECD-Leitsätzen und UNO-Leitprinzipien demnach um eine zweckmässige, dem Verhältnis von Kontrolle, Risiken und Mitteln entsprechende Organisation innerhalb der Unternehmensgruppe. Diese hat organisatorisch darauf abzielen, menschen- und umweltrechtliche Beaufsichtigungslücken möglichst zu vermeiden (sog. Konzernorganisationspflicht). Vorstehend zum Ganzen s. (a) für den Entwurf des Nationalrats [RK-N-Bericht](#), 7 f. (b) Für die Lehre in einer Gesamtschau: VOGEL (FN 94), 192 ff. (197 f.); HANDSCHIN (FN 60), 111, 352 f. (mit einer Konkretisierung der Risiko-/Mittel-Relation); FORSTMOSER Menschenrechte (FN 26), 715 (Organisationspflicht dahingehend, dass die Mutter die Tochter in die Lage zu versetzen hat, die ihr verbleibenden bzw. zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen), 720 (zum konkreten Haftungsfall einer Unterkapitalisierung); DERS. (FN 26), 157 ff., 175; VON BÜREN (FN 63), 203, der in Art. 55 OR m.w.H. eine «den konzernspezifischen Verhältnissen und Umständen» angepasste Aufsichtspflicht der Konzernmutter erkennt; vgl. so auch erneut die Formel von HOFSTETTER (FN 63), 243; WERRO (FN 57), N 23; GEISSER, AJP (FN 21), 957 f. (c) Als Mindestvorgabe [OECD-Leitsätze](#), Erläuterungen zu den allgemeinen Grundsätzen, Ziff. 9 (Gesamtmonitoring im Sinne der Überprüfung interner Strukturen); für die Arbeiten rund um die UNO-Leitprinzipien s. RUGGIE (FN 26), *passim*.

Fazit: Im konsolidierungspflichtigen, aber nicht geleiteten Konzern verfügt jenes Unternehmen über haftungsrelevante Kontrolle, das die Konzernleitung trägt. Diese Pflicht besteht im Mindestumfang einer Konzernorganisationspflicht gemäss Art. 716a^{bis} E-OR, die darauf abzielt, auf das Verhalten des kontrollierten Unternehmens Einfluss zu nehmen, in dessen Zusammenhang die Schädigungen erfolgt sind.

dd. Ausschluss – Keine Haftung ausserhalb des Konzerns (keine «Lieferantenhaftung»)

⁴ Diese Bestimmung begründet keine Haftung für das Verhalten von Dritten, mit denen das Unternehmen oder ein von ihm kontrolliertes Unternehmen eine Geschäftsbeziehung hat.



Klarstellung: Diese Bestimmung entspricht dem Entwurf des Nationalrats. Sie stellt sicher, dass eine Haftung ausserhalb des Konzerns gestützt auf Art. 55a E-OR ausgeschlossen ist. Sie steht im Einklang mit dem Bewusstsein der Initiantinnen und Initianten, «dass der Fähigkeit von Unternehmen Grenzen gesetzt sind, über das erwähnte Kontrollverhältnis hinaus auf das Verhalten von anderen Unternehmen innerhalb der Wertschöpfungskette Einfluss nehmen zu können.»¹⁴⁶ Die Haftungsbestimmung des Verfassungstextes erfasst nach klarem Verständnis der Initiative denn auch **nur Sachverhalte von «konzernrelevanter Kontrolle»** (dazu oben). Gleichzeitig macht dieser Gesetzespassus deutlich, dass eine **Kettenhaftung ausgeschlossen ist, die über den Konzern hinaus in die Geschäftsbeziehungen mit Dritten** hineinwirkte. Gegenteilige Behauptungen, welche die Initiative untechnisch mit einer «Lieferkettenhaftung» in Verbindung bringen, sind gestützt auf diese Erkenntnisse haltlos.



Rechtsvergleichender Ausblick: Mit der Beschränkung auf eine Konzernhaftung geht die Schweiz weniger weit als andere Länder, wie z.B. Frankreich mit ihrer «Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères»: Dieses Gesetz verankert bei Menschenrechtsverletzungen und Umweltverschmutzungen über den Begriff «relation commerciale établie» eine über den Konzern hinausgehende Haftung französischer Unternehmen bei Schädigungen durch ausländische Unternehmen.¹⁴⁷

d. Fazit – Haftungsrelevante Kontrolle «in a nutshell»

Dem Ausgleich von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit verbunden, folgt der Begriff konzernrelevanter Kontrolle im Sinne von Art. 55a Abs. 3-4 E-OR in schematischer Darstellung folgender Ordnung:

¹⁴⁶ [Erläuterungen zur Initiative](#), 44; zudem GEISSER, AJP (FN 21), 956. Die Schädigung durch eigene Handlung bleibt dabei im Gleichklang der UNO-Leitprinzipien mit der Grundnorm von Art. 41 OR allerdings nach wie vor (d.h. wie bereits im geltenden Recht) haftungsrelevant. Das Unternehmen kann die Schädigung dabei durch eigene Tätigkeit als Haupttäter verursacht haben («cause») oder zu einer Schädigung beitragen («contribute to») – sei es als Anstifter (Veranlassung) oder Gehilfe (Förderung) unerlaubter Handlung eines anderen Akteurs (vgl. zur Illustration solcher Varianten und klar definierten Grenzen der Haftung die [Erläuterungen zur Initiative](#), 38 f.). Siehe zum Ganzen auch [UNO-Leitprinzipien](#), Prinzip 17/Kommentar, Prinzip 22 (Wiedergutmachung), Prinzip 26 (Zusammenhang); REY/WILDHABER (FN 60), N 516 ff., so namentlich im Sinne einer natürlich und kausal adäquaten, verschuldensmässigen Handlung; zudem ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 4. Aufl., Bern 2013, Art. 50 N 24 ff.; vorliegend ANDREW CLAPHAM/SCOTT JERBI, Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses, Hastings International and Comparative Law Journal 2001, 339 ff.

¹⁴⁷ Dazu im Vergleich zur schweizerischen Lösung u.a. WERRO (FN 57), N 27; weiterführend s. auch den einschlägigen Artikel L225-102-4, L225-102-5 im Code de commerce, eingeführt durch Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre vom 27. März 2017, in Kraft seit dem 29. März 2017. In Auseinandersetzung mit der konkreten Frage vgl. STÉPHANE BRABANT et al., The Vigilance Plan – Cornerstone of the Law of the Corporate Duty of Vigilance, Revue Internationale de la Compliance, Suppl., 2017, 2 f. Für zusätzliche ausdehnende Tendenzen in anderen Staaten s. auch VAN DAM (FN 57), 251 ff. und VAN DAM/GREGOR (FN 129), 132, 134 ff.

DARSTELLUNG A

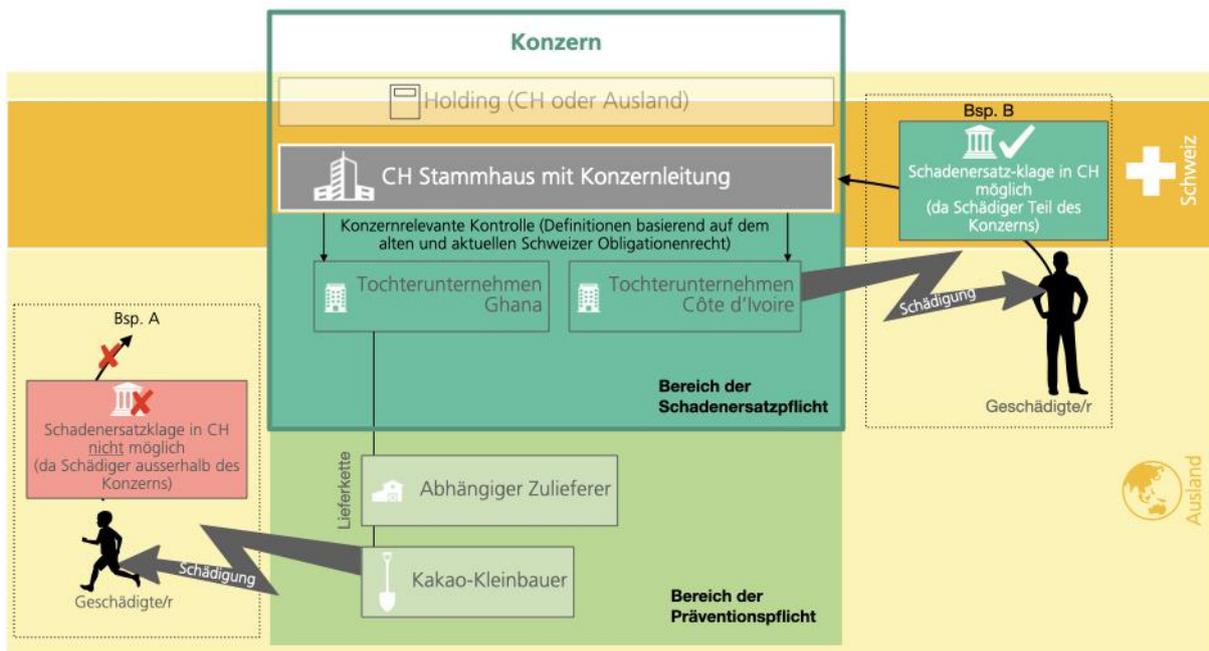
Primärer Tatbestand – Dort wo das Unternehmen im engen Kreis des Konzerns seine einheitliche Leitung gegenüber dem abhängigen Unternehmen durchsetzt (Leitungsprinzip), verfügt es ohne weiteres über haftungsrelevante Kontrolle (Abs. 3);

Subsidiärer Tatbestand – Dort wo der Konzern im weiteren Kreis zwar die Möglichkeit zur einheitlichen Leitung hat (Kontrollprinzip), diese aber nicht durchsetzt, ist eine haftungsrelevante Kontrolle dort und insoweit gegeben, als das Unternehmen eine Konzernleitungspflicht gemäss Art. 716a^{bis} E-OR gehabt hat, auf das Verhalten des kontrollierten Unternehmens Einfluss zu nehmen, in dessen Zusammenhang die Schädigung erfolgt ist (Abs. 3^{bis});

Ausschluss-Tatbestand – Sachverhalte ausserhalb des Konzerns sind kategorisch ausgeschlossen (so z.B. Zulieferer- oder Subunternehmerverhältnisse) (Abs. 4).

DARSTELLUNG B

Veranschaulichung von haftungsrelevanter **Kontrolle** und **Ausschluss** gemäss Art. 55a Abs. 3-4 E-OR im Konzern (inkl. Holdingstruktur) anhand zweier typischer Beispiele. Bsp. A ohne, Bsp. B mit konzernrelevanter Kontrolle (und damit potenzieller Haftung).



Grafik 6: Reichweite und Grenze der haftungsrelevanten Kontrolle im Konzern

DARSTELLUNG C

Im Vergleich von Entwurf des Nationalrates und Umsetzungsentwurf lässt sich das Kapitel mit **Ein-** und **Ausschluss** konzernrelevanter Kontrolle zuletzt auch wie folgt veranschaulichen:

KONZERN				Ausserhalb des Konzerns (keine 'Loi Vigilance'/FR)
		MITTEL der Kontrolle		
		Gesellschaftsrechtlich (u.a. Stimmenmehrheit)	Zudem „ wirtschaftliche Abhängigkeit “ (Initiative: „faktisch durch wirtschaftliche Machtausübung“)	Über Konzern hinausgehende Geschäftsbeziehungen (Zulieferer, Subunternehmer o.ä.)
STATUS der Kontrolle	Primär (Abs. 3) Tatsächlich = einheitliche Leitung <i>tatsächlich</i> durchgesetzt (Leitungsprinzip i.S.v. 663e aOR)	NR Entwurf 663e aOR verkürzt übernommen (wenn auch mit empirischem Hauptfall)	Erweiterung durch Umsetzungsentwurf 663e aOR in voller Tragweite (d.h. inklusive „wirtschaftliche Abhängigkeit“ → Verständnis von „auf andere Weise“ gemäss einhelliger Lehre/Praxis/Botschaft Entscheidungskriterien (qualitative Betrachtung): - Gesellschaftlich (z.B. Minderheitsbeteiligung oder auch personelle Verflechtungen) - Vertraglich (Verbundenheit/Weisungsrecht/Dauer) - Wirtschaftlich (wirtsch. Abhängigkeit; gemeinsamer Auftritt; gegenseitige Markstellung u.a.) Schwierigkeit für Geschädigte: Nachweis einheitlicher Leitung Beispiel: Enges Vertragssystem in Kombination mit gesellschaftsrechtlicher (Minderheits-)beteiligung	Keine Leitung Beispiel Hauptlieferant eines CH Unternehmens ohne den nebenstehenden qualifizierenden Merkmalen, die einen (geleiteten) Konzern begründeten
	Subsidiär (Abs. 3^{bis}) Potenziell = <i>Möglichkeit</i> , einheitliche Leitung durchzusetzen (Kontrollprinzip i.S.v. 963 OR)	Erweiterung durch Umsetzungsentwurf Konzernrelevante Kontrolle dort und soweit Konzernleitungspflicht gemäss Art. 716a ^{bis} E-OR besteht (Finanz)holding (Zweck: Halten von Beteiligungen)	Art. 963 OR (vgl. dort erwähnte Konzernierungsmittel; ist nach h.L. insoweit einschränkend zu verstehen; die Frage, ob „wirtschaftliche Abhängigkeit“ dereinst ein Konsolidierungsmittel ist, überlässt die Initiative der Rechtsentwicklung)	

6. Räumlicher Geltungsbereich – Internationales Privatrecht

A. Verfassungstext

Art. 101a E-BV

² Das Gesetz regelt die Pflichten der Unternehmen mit satzungsmässigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz nach folgenden Grundsätzen: [...]

d. Die gestützt auf die Grundsätze nach den Buchstaben a–c erlassenen Bestimmungen gelten unabhängig vom durch das internationale Privatrecht bezeichneten Recht.

B. Umsetzung auf Gesetzesebene

Die abschliessende Frage nach dem räumlichen Geltungsbereich der Regelung betrifft das technische, aber wichtige Feld des internationalen Privatrechts sowie den völkerrechtlichen Rahmen, welcher staatliche Regulierungsmassnahmen mit Reichweite auf Auslandsaktivitäten regelt. Der Geltungsbereich hat dabei eine doppelte Tragweite, jene der (a) Zuständigkeit der Schweizer Gerichte zur Beurteilung der interessierenden Sachverhalte und jene des (b) von ihnen anzuwendenden Rechts.

a. Zuständigkeit – Initiative baut auf bestehenden Gerichtsstand am Sitz des Beklagten

Die Initiative baut bei der Zuständigkeit bewusst auf den bereits heute bestehenden, klassischen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten: Demnach werden die Auslandsaktivitäten von Unternehmen mit «satzungsmässigem Sitz», «Hauptverwaltung» oder «Hauptniederlassung» in der Schweiz von Schweizer Gerichten beurteilt (Art. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 60 Ziff. 1 LugÜ).¹⁴⁸ Insoweit bildet die Initiative lediglich das geltende Recht ab.¹⁴⁹

Im *Fallbeispiel Kupfermine* wird folglich bereits heute eine Klage gegen das Mutterhaus durch Schweizer Gerichte zu beurteilen sein, sei es weil dieses hierzulande den Satzungssitz oder eine allenfalls davon abweichende Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung hat.

 **Klarstellung mit rechtsvergleichendem Ausblick:** Schon heute gehören Zivilhaftungsfälle mit Auslandbezug zum Alltag Schweizer Gerichte. Prof. [Dr. ALEXANDER BRUNNER](#), Handelsrichter a.D. Handelsgericht Zürich hält im Zusammenhang mit der Konzernverantwortungsinitiative denn auch klar fest:

«Es wird behauptet, dass Schweizer Gerichte ‘normalerweise’ nicht mit Schadensfällen zu tun hätten, die sich im Ausland ereignet haben. Diese Behauptung ist unzutreffend und realitätsfremd. Wir leben und arbeiten heute in einer globalisierten Wirtschaft [...]. Das führt dazu, dass Schweizer Gerichte

¹⁴⁸ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12).

¹⁴⁹ So bestätigend statt vieler die Professorin in Zivilprozessrecht an der Universität Zürich TANJA DOMEJ, Konzernverantwortung Missverständnis «Das Schweizer Recht wird nicht amerikanisiert», Handelszeitung vom 7.2.2019.

auch vermehrt über solche Schadensfälle zu entscheiden haben. In meiner 20jährigen Praxis als Oberrichter am Handelsgericht Zürich [...] waren *rund ein Drittel aller Verfahren Prozesse mit Auslandsbezug*. Die Schweizer Gerichte sind für solche Verfahren [...] *praxiserprobt*.»¹⁵⁰

Bereits im geltenden Recht hat es übrigens vereinzelt zivilrechtliche Menschenrechtsklagen gegen Unternehmen mit Auslandsbezug gegeben: So haben z.B. Hinterbliebene von Opfern des nationalsozialistischen Regimes gegen eine Niederlassung von IBM beim Zivilgericht in Genf geklagt. Der Vorwurf: Lochkartenmaschinen zur Zählung der Opfer von Konzentrationslagern produziert und noch Deutschland geliefert zu haben. Anwendbar war im gegebenen Fall wegen Rechtswahl Schweizer Recht. Das Bundesgericht hatte die Gehilfenschaft des Unternehmens zu Völkermord in einer zuständigkeitsrechtlichen Vorfrage zwar als wahrscheinlich erachtet, den Haftungsanspruch im Jahr 2006 in der Sache dann aber als verjährt betrachtet (BGE 131 III 153 und 132 III 661). Auch hier handelt es sich um eine Klage mit Auslandsbezug. Die Zivilgerichte haben den Fall durch den ganzen Instanzenzug nüchtern und fundiert nach Schweizer Recht gestützt auf die ihnen vorgelegten Beweise beurteilt.

Dabei ist zu beachten: In Zivilprozessen wie den vorliegenden gilt der Verhandlungsgrundsatz. Demnach haben die Parteien die Tatsachen vorzubringen und Beweise beizubringen und nicht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (wie z.B. im Straf- oder Verwaltungsrecht). Von Reisen der Gerichte in ferne Länder zur Beweisaufnahme, was mitunter behauptet wird, kann keine Rede sein.

Die Initiative schafft keinen neuen streitgegenstandsfernen Gerichtsstand.¹⁵¹ Die Professorin in Zivilprozessrecht an der Universität Zürich [TANJA DOMEJ](#) hält dazu unter dem Titel «Konzernverantwortung – Missverständnis» fest:

«Wer nach den möglichen künftigen Regelungen [der Initiative] klagen wollte, müsste *Gerichtsstände* in Anspruch nehmen, die *heute schon bestehen*. Bei einer Klage gegen ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ist das Lugano-Übereinkommen massgeblich. Es erlaubt schon heute ohne weiteres Klagen gegen schweizerische Unternehmen ‘für Dinge, die sich im Ausland abspielen’. [...] Von einer ‘Amerikanisierung’ des schweizerischen Zuständigkeitsrechts kann also keine Rede sein.» Die Schweiz gab sich schon seit je her Mühe, «eine Klage im Ausland Klage im Ausland unattraktiv zu machen und darauf hinzuwirken, dass der hiesige Beklagte wirklich ‘vor dem Richter seines Wohnortes gesucht’ wird, wie es die alte Bundesverfassung von 1874 ausdrückte. Man kann aber nicht den Fünfer und das Weggli haben: Gerade wenn man ausländische Urteile nicht akzeptieren will, muss man gegen inländische Beklagte Klagen im Inland zulassen.»¹⁵²

Bisher legten Schweizer Unternehmen (z.B. im Zusammenhang mit der Produkthaftung) immer grossen Wert darauf, dass Klagen gegen sie aus ihrer Geschäftstätigkeit ausschliesslich vor Schweizer Gerichten hängig gemacht werden dürfen. Daher sieht Art. 149 IPRG vor, dass grundsätzlich ausländische Gerichtsurteile gegen sie in der Schweiz nicht anerkannt und vollstreckt werden. Wollte man im Bereich der Konzernverantwortung den Grundsatz der Garantie des Gerichtsstands am schweizerischen Sitz der beklagten Partei aufweichen, müsste Art. 149 IPRG dahingehend geändert werden, dass ausländische Gerichtsurteile gegen Schweizer Unternehmen [neu!] im Bereich der Konzernverantwortung zu anerkennen und zu vollstrecken sind. Ob dies von der grossen Mehrheit korrekt handelnder Schweizer Gesellschaften angestrebt werden will, ist zweifelhaft. Der Gesetzgeber bleibt aber in der Pflicht: Entweder sieht er im Bereich der Konzernverantwortung – entgegen dem übrigen Inhalt von Art. 149 IPRG – den Grundsatz der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile gegen Schweizer Unternehmen vor oder er stellt doch einen Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung. Eine völlige Verweigerung des Rechtsschutzes würde ebenso gegen die Schweizer BV wie gegen die EMRK verstossen. Zudem: Wenn ein Schweizer Unternehmen sich partout nur einem ausländischen Gericht anvertrauen will, kann es bei diesem eine negative Feststellungsklage hängig machen.

¹⁵⁰ A.a.O. aktiver Link in Haupttext; Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁵¹ Insoweit auch die [Botschaft zur Initiative](#), 6366 f., unzutreffend, wenn sie festhält, die Initiative wolle eine Verschiebung der Zuständigkeit auf Schweizer Gerichte herbeiführen.

¹⁵² [DOMEJ](#) (FN 149), *passim*, Hervorhebungen hinzugefügt.

Die Konzernverantwortungsinitiative fällt in Sachen Zuständigkeit im **Rechtsvergleich** zurückhaltend aus: Sie beschränkt das Schweizer Forum zur Beurteilung von Klagen gegen Konzerne auf solche gegen das *inländische* Mutterhaus und erstreckt sie **nicht**, wie in anderen Staaten üblich, auf Klagen gegen *ausländische* Töchter.¹⁵³

Im vorliegenden Zusammenhang ist etwa in den Niederlanden gestützt auf dieses im Vergleich zur Schweiz erweiterte Forum eine prominente Klage gegen *Shell Nigeria – Tochter* des NL Mutterkonzerns – vor dortigen Zivilgerichten hängig. Dem Konzern wird vorgeworfen, schwere Umweltverschmutzungen des Niger-Deltas verursacht und Gehilfenschaft bei Tötungen von Umweltaktivisten aus den Reihen der ansässigen Ogoni durch lokale Sicherheitskräfte geleistet zu haben. Dieser Prozess ist zurzeit hängig (*Akpan v. Royal Dutch Shell and Shell Nigeria*).

Wäre in einer vergleichbaren Konstellation aus Sicht der Schweiz eine Klage gegen die Tochter im Ausland hängig (hierzulande ist eine solche gegen das ausländische Unternehmen wie erwähnt nicht möglich), würde ein Schweizer Gericht gestützt auf Art. 126 ZPO die Klage gegen die Mutter schliesslich **sistieren, d.h. aussetzen**.¹⁵⁴ Die Furcht vor parallel laufenden Prozessen ist mit Blick ins Zivilprozessrecht unbegründet. Und war eine Klage gegen die Tochter im Ausland wegen demselben Schaden erfolgreich, kann nicht erneut in der Schweiz geklagt werden. Das verbietet das **Bereicherungsverbot**.

Im Bereich des Zuständigkeitsrechts besteht gegenüber der heutigen Rechtslage kein Änderungsbedarf; die Umsetzung der Initiative schafft auch keinen solchen. Wenn es um die anschliessende Frage des anwendbaren Rechts geht, lässt das geltende IPRG dagegen die nötige Sicherheit vermissen. Und genau hier setzen Initiative und deren Umsetzung an.

b. Anwendbares Recht – Initiative schafft Rechtssicherheit

aa. Geltendes Recht

Gesellschaftsrecht

Im IPRG richtet sich die bereits heute im Ansatz bestehende, mit Art. 716a^{bis} E-OR nun gesetzlich verankerte Sorgfaltsprüfungspflicht nach dem Recht am *satzungsmässigen* (= statutarischen) Sitz der Gesellschaft; gemeint ist der Ort, nach dessen Vorschriften das Unternehmen gegründet wurde (s. Art. 154 Abs. 1 IPRG; sog. Gründungs- oder Inkorporationstheorie). *Das führt hier in aller Regel zur Anwendung von schweizerischem Gesellschaftsrecht*. Insoweit deckt das geltende Recht das Anliegen der Initiative ab. Dagegen ist nach heutiger Rechtslage regelkonform ausländisches Recht anwendbar, wenn die Gesellschaft nach ausländischem Recht gegründet worden sind; dies bleibt im Grundsatz selbst dann der Fall, wenn das Unternehmen in der Schweiz seinen *tatsächlichen* Sitz hat – sei es als Hauptverwaltung (z.B.

¹⁵³ Sog. internationaler Gerichtsstand der Streitgenossenschaft, den u.a. die Niederlande, UK, Spanien oder auch Schweden kennen. Zur entsprechenden Forderung im vorliegenden Zusammenhang vgl. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (FN 54): «The Courts of the State where one of a number of defendants is domiciled shall have jurisdiction over all defendants in respect of closely connected claims.» (Art. 2.2[1] der ILA-Leitlinien); weiterführend dazu GREGOR GEISSER, Sachgerechter internationaler Rechtsvergleich zwischen der Konzernverantwortungsinitiative und dem heute geltenden Recht in Frankreich, Niederlanden, Grossbritannien sowie Deutschland, 29. Mai 2020, 31 f. ([Kurzfassung](#)).

¹⁵⁴ Das ergibt sich aus Art. 126 ZPO, der als lex fori zur Anwendung kommt und auch im Ausland hängige Verfahren erfassen kann. Diese Bestimmung besagt, dass das Gericht das Verfahren sistieren kann, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann aus prozessökonomischen Gründen namentlich dann sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Die Abhängigkeit der beiden Verfahren ergibt sich im vorliegenden Kontext zweifellos aus der engen Verbindung der beiden Prozesse, die auf demselben Sachverhalt und analogen Ansprüchen beruhen. Nicht entscheidend für die Sistierung sind nach Lehre und Rechtsprechung eine identische Klage oder identischen Parteien – und auch nicht, ob ein anderes Verfahren im In- oder Ausland anhängig ist; zum Ganzen u.a. BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 126 N 11, in: Karl Spühler u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2017.

Sitzungsort des Verwaltungsrates) oder Hauptniederlassung (operatives Zentrum; Hauptproduktion). Damit hat sich das IPRG in seiner Grundsatzanknüpfung für die Gründungs- und gegen die Sitztheorie entschieden.¹⁵⁵

Nicht unerwähnt bleiben soll in einer allerdings sehr engen Ausnahme dazu, dass sich aus Sorgfaltsverletzung resultierende Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe (vorliegend z.B. Klagen von Vertragsgläubigern gegen Verwaltungsräte wegen Vermögensschädigungen im Fall einer aus Reputationsschäden konkursiten Gesellschaft) auch bei (nur) inländischer Hauptverwaltung oder -niederlassung (als Ort der Geschäftsführung) nach schweizerischem Recht beurteilen können (s. die Sonderanknüpfung von Art. 159 IPRG).¹⁵⁶

Als erstes Zwischenergebnis ist somit festzuhalten: Die geltende Rechtslage ist im vorliegenden Zusammenhang von **Rechtsunsicherheit** geprägt. Im Hauptfall von satzungsmässigem Sitz in der Schweiz ist dabei eher inländisches Recht anwendbar. Einzig im selteneren Fall, dass sich die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung einer ausländischem Recht unterstehenden Gesellschaft in der Schweiz befindet, kommt es nach dem erwähnten Gründungsprinzip zur Anwendung ausländischen Gesellschaftsrechts. Diese im geltenden Recht bestehende Unsicherheit potenziert sich mit Blick auf das Haftpflichtrecht.

Haftpflichtrecht

Das geltende IPRG verweist für die Beurteilung von **Haftungsansprüchen** in den hier interessierenden Fallkonstellationen auf das Recht am Handlungs- oder Erfolgsort (s. Art. 133 Abs. 2 IPRG). Klaffen wie hier Handlungsort (Ort der Sorgfaltsverletzung → Schweiz) und Ort des Erfolges (Schaden → Staat x) auseinander, bleibt – abhängig von der offenen Frage der Voraussehbarkeit des Erfolgseintritts im Gaststaat x –¹⁵⁷ *höchst ungewiss, ob schweizerisches oder ausländisches Recht anwendbar ist*.¹⁵⁸ Ob die eine oder die andere Rechtsordnung im Einzelfall angewendet wird, hängt zum Teil von der Argumentation der Parteien ab, und jedenfalls von der Würdigung der Umstände durch das Gericht.

Fallbeispiel Kupfermine – So bleibt im Fall einer Klage gegen die Mutter in der Schweiz im heutigen Recht bis zuletzt unklar, ob schweizerisches Recht am Ort der Handlung (Sorgfaltsverletzung in der Schweiz) oder jenes am Erfolgseintritt des Schadens in Sambia anwendbar ist. Und damit nicht genug: Sollte im konkreten Fall auch ausländisches Recht anwendbar sein, könnten die Gerichte dieses Ergebnis ausnahmsweise dann wieder zugunsten von inländischem Recht korrigieren, wenn jener Staat kein menschenrechtskonform ausgestaltetes Haftpflichtrecht kennt – so z.B. keine WHO-konformen Grenzwerte für SO_x vorsieht (s. Art. 17 IPRG).¹⁵⁹

¹⁵⁵ S. auch Art. 155 (lit. g) IPRG zum hier einschlägigen Umfang des Gesellschaftsstatuts. Zum Ganzen zusammenfassend JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Bern 2018, N 2919 ff.; vertiefend BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA, Art. 154 N 1 ff., in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), 3. Aufl., Basel u.a. 2013 (a.a.O. N 5: auch zur sog. Überlagerungstheorie; N 12/14: zur Bestimmung des gemäss Art. 154 Abs. 2 IPRG ganz subsidiär zur Anwendung gelangenden tatsächlichen Sitzes – dies nur in jenen hier nicht weiter interessierenden Fällen, in denen eine Anknüpfung nach Abs. 1 nicht möglich ist oder zur Nichtigkeit der Gesellschaft führen würde).

¹⁵⁶ S. zum engen Anwendungsbereich dieser Bestimmung allerdings BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA (FN 155), Art. 159 N 11 ff. (15, 17 und 18). Unbeschadet bleiben als Vorbehalt zu Art. 154 IPRG zudem die Korrekturklauseln von Art. 17 IPRG (Ordre-public-Vorbehalt) und Art. 18 IPRG (Eingriffsnormen); dazu im vorliegenden Zusammenhang BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA (FN 155), Art. 154 N 17 f.: zudem IVO SCHWANDER, Internationales Privatrecht (IPR) und Internationales Zivilprozessrecht (IZPR) des Konzernrechts, in: Peter V. Kunz u.a. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, 79 ff. (90). Wegen dem eingeschränkten Anwendungsbereich von vornherein nicht zur Anwendung gelangen dürfte dagegen vorliegend Art. 160 IPRG (dazu BSK IPRG-RODRIGUEZ Art. 160 N 1 ff., N 5).

¹⁵⁷ Zum offen formulierten und hochgradig auslegungsbedürftigen Passus «wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste» s. u.a. KREN (FN 155), N 2645; BSK IPRG-UMBRICHT/RODRIGUEZ/KRÜSI, Art. 133 N 11 ff.

¹⁵⁸ S. zum Ganzen weiterführend GEISSER (FN 9), N 437 ff.

¹⁵⁹ Gegebenenfalls fällt *de lege lata* zwar der Ordre-public-Vorbehalt in Betracht: Demnach ist die Anwendung von ausländischem Recht dann ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führt, das mit grundlegenden Werten der Schweiz unvereinbar ist (Art. 17 IPRG). Diese Generalklausel überlässt es aber weitgehend dem richterlichen Ermessen, wann und nach welchen Massstäben ausländisches Recht zu korrigieren ist. Bei der Beurteilung zivilrechtlicher Menschenrechtsklagen im internationalen Verhältnis ist sich die Rechtsprechung denn auch *fehlender Beurteilungskriterien* bewusst (Zum Ganzen vgl. stellvertretend BGer, 4C.379/2006 vom 22. Mai 2007, E. 3.4 *in fine*: «[...] la jurisprudence et la doctrine n'apportent guère d'enseignement pour ce qui est d'une action en responsabilité civile pour la réparation des dommages consécutifs à de crimes contre l'humanité, la vie et l'intégrité corporelle, commis à l'étranger [...]») (Zwar auf Art. 3 IPRG

In der Praxis ist schliesslich auch denkbar, dass das zur Anwendung berufene ausländische Recht eines fernen und (etwa von unklaren Rechtslagen geprägten) Gastlandes schlicht nicht feststellbar ist. Auch dann wäre nach Art. 16 Abs. 2 IPRG subsidiär schweizerisches Recht massgebend.¹⁶⁰

 **Zusammenfassung mit Klarstellung:** Es ist nicht so, dass auf die vorliegenden Sachverhalte heute immer ausländisches Recht zur Anwendung käme. Vielmehr weist das IPRG mitunter in Richtung schweizerischem Recht. Was klar ist – Das geltende Recht ist für diese Thematik von Unsicherheit geprägt; diese sieht wie folgt aus:

<i>Unternehmen mit CH...</i>	<i>Satzungssitz</i>	<i>Hauptverwaltung</i>	<i>Hauptniederlassung</i>
<i>Zuständigkeit</i>	CH	CH	CH
<i>Gesellschaftsrecht</i>	CH Recht	CH R./ausl. R. y (?)	CH R./ausl. R. y (?)
<i>Haftpflichtrecht</i>	CH R./ausl. R. x (?)	CH R./ausl. R. x (?)	CH R./ausl. R. x (?)

Wenn ein Unternehmen somit seinen Satzungssitz im Staat y (z.B. in Frankreich) hat, in der Schweiz aber tatsächlich verwaltet wird und dabei dem Vorwurf ausgesetzt ist, in einem Gaststaat x eine Menschenrechtsverletzung begangen zu haben, fallen zur Beurteilung dieser Klage nach heutigem IPR drei verschiedene Rechtsordnungen in Betracht.¹⁶¹

Notwendig ist deshalb mehr Rechtssicherheit, nicht nur im materiellen Recht, sondern auch im Verweisungsrecht, d.h. im IPR.¹⁶² **Nur dadurch stellen sich klare Verhaltenspflichten bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten ein, die dergestalt auch dem internationalen Schutz von Mensch und Umwelt dienen.** Und das bezweckt die Initiative in einem letzten Schritt (s. Initiativtext): Nicht nur sollen sich demnach Unternehmen mit Satzungssitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung in der Schweiz auch bei ihren Auslandstätigkeiten an bestimmte Sorgfaltsregeln halten (Abs. 2 Ingress) – **diese Regeln sollen auch effektiv zur Anwendung gelangen** (Abs. 2 Bst. d). Dieses Anliegen lässt sich durch die anschliessende Anpassung des IPRG vollenden.

bb. Gesetzestext

Art. 139a E-IPRG

g. Verletzung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland

Ansprüche gegen Gesellschaften, die nach schweizerischem Recht zur Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im

bezogen, aber als zuständigkeitrechtliches Pendant zum Ordre-public-Vorbehalt sinngemäss auch auf Art. 17 IPRG übertragbar). Bezeichnend insoweit z.B. BGE 139 III 411 E. 2.6 (mögliche Anwendung von Art. 17 IPRG ungeprüft gelassen); BGE 79 II 193 ff., E. 7 und 8 (Ius-cogens-Charakter zu wenig Rechnung tragend; für eine kritische Würdigung u.a. VISCHER (FN 12), 455 ff.); weiterführend zum Ganzen GEISSER (FN 9), N 461 ff.

¹⁶⁰ Im vorliegenden Zusammenhang eingehend dazu GEISSER (FN 9), N 455 ff. (zum Handlungsort auch N 297 ff.).

¹⁶¹ S. dazu neben Art. 133 auch Art. 142 Abs. 2 IPRG (hier mit der Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsprüfungspflichten zur Beurteilung einer Widerrechtlichkeit oder des Verschuldens). Der zwischenzeitlich im Entwurf des Nationalrats Eingang gefundene (zuletzt fallen gelassene) Art. 142 Abs. 3 E-OR hätte diesen Zustand von Unsicherheit, immerhin als Koordinationsvorschrift gedacht, nur unwesentlich entschärft (dazu [RK-S-Bericht](#), 10). Zum Ganzen in Anwendung der Überlagerungstheorie bei Konzernverhältnissen auch SCHWANDER (FN 156), 87.

¹⁶² So auch festgestellt von Rechtskommission des Ständerates ([RK-S-Bericht](#), 9).

Ausland verpflichtet sind, wegen Verletzung dieser Bestimmungen unterstehen schweizerischem Recht.¹⁶³

Art. 160a E-IPRG

Va. Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland

Bei Gesellschaften mit satzungsmässigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz untersteht die Einhaltung der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt schweizerischem Recht.

cc. Erläuterung

i. Grundkonzept – Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht

Die Deliktsregelung von Art. 139a E-IPRG lehnt sich an den Entwurf des Nationalrats an. Die gesellschaftsrechtliche Bestimmung von Art. 160a E-IPRG – als erster Ansatzpunkt zur Einhaltung der Sorgfaltsprüfungspflicht – ist dagegen in erwähnter Art zu ergänzen.

Diese Lösung schafft einen Gleichlauf zwischen Zuständigkeit und dem für die Sorgfaltsprüfungspflicht wie Verantwortlichkeit anwendbaren Recht. Dies führt zu folgender Ordnung:

<i>Unternehmen mit CH ...</i>	Satzungssitz	<i>Hauptverwaltung</i>	<i>Hauptniederlassung</i>
<i>Zuständigkeit</i>	CH	CH	CH
<i>Gesellschaftsrecht</i>	CH R.	CH R.	CH R.
<i>Haftpflichtrecht</i>	CH R.	CH R.	CH R.

Die mit dieser einfachen Verweisungsregel gewonnene Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Entscheidungsgrundlagen kommt allen Beteiligten zugute: den Klägern, die sich vor Schweizer Gerichten dann nicht zu Unrecht auf fremdes Recht berufen, das beklagte Unternehmen, das sich von vornherein vor Klagerisiken schützt, wenn es sich an das Recht hält, das ohnehin aufgrund seines Gesellschaftssitzes massgeblich ist. Gleichzeitig können die Schweizer Gerichte, das ihnen vertraute eigene Recht anwenden. Dass eine solche Regelung im Vergleich zum geltenden Recht Sicherheit schafft, hat auch die [Rechtskommission des Ständerates](#) erkannt, die für die einschlägigen Verhaltenspflichten festhält:

«Die Anwendung Schweizer Rechts bietet Rechtssicherheit. Für Unternehmen muss im Voraus klar sein, an welche Regeln sie sich halten müssen und an welchen Massstäben sie gemessen werden.»¹⁶⁴

Im Fall der Kupfermine ist und bleibt damit *nicht nur* klar, dass für eine Klage gegen das hier ansässige Mutterhaus Schweizer Gerichte zuständig sind (nicht hingegen für eine Klage gegen die ausländische Tochter); soweit das geltende Recht (s. oben Kap. a). Die vorstehende Umsetzung der Initiative im IPRG macht nun *ebenso* klar, dass sich eine Verletzung der Sorgfaltsprüfungspflicht durch ein Schweizer Unternehmen nach schweizerischem Recht beurteilt. Dies gilt von der Verantwortlichkeit gegenüber Gesellschaftern oder Vertragsgläubigern bis zur ausservertraglichen Haftpflicht gegenüber geschädigten Dritten.

¹⁶³ Basis: Entwurf des Nationalrates nach Beschluss 4. März 2020 (NR 20) ([Fahne 7.5.2020](#), vierte Spalte) sowie Rechtskommission des Ständerates am 19. Februar 2019 (RK-S 2/19) ([Fahne 25.2.2019](#), dritte Spalte).

¹⁶⁴ [RK-S-Bericht](#), 9.

Diesem Grundkonzept von Gleichlauf und Einheitlichkeit bleiben auch die folgenden Elemente der Bestimmung treu.

ii. *Einheitlicher und umfassender Sitzbegriff*

Mit dem einheitlichen und umfassenden Sitzbegriff über den gesamten Regelungsgehalt der Sorgfaltsprüfung geht es im Einklang mit der Initiative darum, alle einschlägigen Fälle nach schweizerischem Recht zu regeln, bei denen der **Schwerpunkt des Unternehmens** in der Schweiz liegt. Die Regelung von Art. 160a E-IPRG führt im vorliegenden Themenkreis zu einer Erweiterung zur Gründungstheorie, die sich nahtlos in die gesonderten Anknüpfungen von Art. 156-160 IPRG einreihet.¹⁶⁵ Eine solche Sonderanknüpfung gemäss Art. 160a E-IPRG ist aus folgenden Gründen sachgerecht:

Gemäss dem erwähnten Lugano-Übereinkommen begründen die in Art. 160a E-IPRG erwähnten Anknüpfungen «satzungsmässiger Sitz», «Hauptverwaltung» oder «Hauptniederlassung» im Gesellschafts- wie Haftpflichtrecht wie dargelegt je eine internationale Zuständigkeit Schweizer Zivilgerichte (Art. 60 Ziff. 1 LugÜ). Das anwendbare Recht knüpft damit an bewährte und äusserst praxiserprobte Tatbestände an:

- a) Der *satzungsmässige Sitz* ergibt sich danach aus den Gesellschaftsstatuten.
- b) Die *Hauptverwaltung* liegt sodann am Ort, an dem die Willensbildung und die unternehmerische Leitung der Gesellschaft erfolgen (i.d.R. am Sitz der Gesellschaftsorgane). Sie weicht v.a. bei Domizilgesellschaften (umgangssprachlich: «Briefkastenfirmen») vom satzungsmässigen Sitz ab.
- c) Die *Hauptniederlassung* liegt schliesslich am Ort, wo der erkennbare tatsächliche Geschäftsschwerpunkt liegt, wo sich mithin bedeutende Personal- und Sachmittel befinden (etwa Hauptproduktionsstandort).¹⁶⁶

Mit der Anknüpfung an jenem Ort, an dem die Gesellschaft *ihren Schwerpunkt in der Schweiz* hat, stellt **Art. 160a E-OR** im Einklang mit dem LugÜ die Gründungs- und Sitztheorie nebeneinander. Eine in dieser Art umfassende Sitzbestimmung füllt Rechtsschutzlücken: Bei der Zuständigkeit werden diese Lücken, wie dargelegt, in einem ersten Schritt vom geltenden Lugano-Übereinkommen geschlossen.¹⁶⁷ Beim anwendbaren Recht sorgt die neue Bestimmung in einem zweiten Schritt nun dafür, **dass ein Unternehmen mit geschäftlichem Schwerpunkt in der Schweiz nicht nur von hiesigen Gerichten beurteilt wird, sondern auch an grundlegendsten Verhaltensregeln unserer Rechtsordnung wie der internationalen Staatengemeinschaft gemessen wird.**¹⁶⁸ Ein solches Verständnis deckt sich mit Bestimmungen, die

¹⁶⁵ Vgl. u.a. EBERHARD/VON PLANTA (FN 155), Art. 154 N 16.

¹⁶⁶ S. zum Ganzen u.a. die Botschaft des Bundesrates zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18. Februar 2009, BBl 2009 1804; zur Entsprechung dieser Terminologien im Ergebnis mit jenen des IPRG (insb. Art. 21 u. 154) s. auch ALEXANDER A. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014, N 754; FURRER/GLARNER, LugÜ-Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 60 N 14-16; KREN (FN 155), N 2923 f. und 2929; die Praxis zu dieser entworfenen IPRG-Bestimmung folgte aber Schweiz-autonomer Auslegung und wäre nicht zwingend gekoppelt an die Auslegungspraxis zum Lugano-Übereinkommen.

¹⁶⁷ Grundlegend zu dieser Absicht s. Botschaft zum LugÜ (FN 166); im vorliegenden Zusammenhang u.a. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (FN 54), Princ. 2.1 (und Erklärung); in diesem Sinne schliesslich [Erläuterungen zur Initiative](#), 19.

¹⁶⁸ Die damit verbundene Möglichkeit, dass ein Unternehmen im Umgang mit internationalen Bestimmungen zum Schutz von Mensch und Umwelt kumulativ mehreren Rechtsordnungen zu genügen hat, erscheint sachgerecht. Eine derartige Rechtsfolge ist denn auch mit Blick auf weniger grundlegende Materien kein Novum. Zum Zuständigkeitsrecht s. grundlegend Botschaft zum LugÜ (FN 166); ANDREAS KLEY-STRULLER, Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen, SZIER 2/1991 163 ff., N 17; zu materiellrechtlichen Regeln s. in der Folge; grundlegend zu den Vorbehalten gegenüber einer reinen Gründungstheorie vorab statt vieler KREN (FN 155), N 2922; zur Ratio Legis von Art. 159 IPRG sinnbildlich bei BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA (FN 155), Art. 159 N 1, 5 und N 7 f. (Verhinderung von Missbrauch durch die Gründungstheorie).

aus wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gründen zum Schutz fundamentaler Rechtsgüter bereits heute das IPRG prägen.¹⁶⁹ Es sind dies etwa die folgenden Anknüpfungen:

(a) Auf der Ebene der *gesellschaftsrechtlichen* Verantwortlichkeit ist zunächst *Art. 159 IPRG* zu nennen. Dieser erweitert die Anwendung von schweizerischem Recht in freilich engem Rahmen auf Verantwortlichkeitsklagen, «wenn die Geschäfte in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt» werden. Gemeint ist der Ort der inländischen Geschäftsführung, der sich nach Meinung des Gesetzgebers bis auf Zweigniederlassungen erstrecken kann.¹⁷⁰ *Art. 160 IPRG* wiederum erweitert die Anwendung von schweizerischem Recht über die Inkorporation hinaus bei bestimmten Tatbeständen (wie z.B. dem Buchführungsrecht) ebenso auf inländische Niederlassungen. Die Motivation dieser Bestimmungen liegt im Schutz des Handelsverkehrs und der Gläubiger.¹⁷¹

(b) Im *Haftpflichtrecht* ist sodann die themennahe Produkthaftpflicht zu nennen. Nach *Art. 135 Abs. 1 IPRG* unterstehen Ansprüche aus *Produktmängeln* u.a. «nach Wahl des Geschädigten» schweizerischem Recht, wenn der Schädiger seine «Niederlassung» in der Schweiz hatte. Auch hier kann es sich in weiterem Verständnis als jenem von *Art. 160a E-IPRG* um reine Zweigniederlassungen handeln; die Qualifikation als Geschäftsschwerpunkt im Sinne einer Hauptniederlassung ist nicht vorausgesetzt. Gleiches gilt bei *Persönlichkeitsverletzungen* nach *Art. 139 Abs. 1 Bst. b IPRG*.¹⁷²

(c) Mit dem *Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen* (BPS, SR 935.41) ist schliesslich eine themennahe Regulierung mit im Vergleich zur Initiative strengerer, weil verwaltungs- und strafrechtlicher Ausrichtung zu nennen, die ebenso einen weiteren räumlichen Anwendungsbereich kennt als die Initiative: Das Gesetz kommt dann zur Anwendung, wenn das Unternehmen, das die Kontrolle ausübt, seinen Sitz *oder seine Niederlassung* in der Schweiz hat. Der Bundesrat hat die Motivation dafür deutlich gemacht: Damit bestehen «Verbindungen zur Schweiz, bei denen diese ein Interesse daran hat, Sicherheits- und Reputationsrisiken zu vermeiden.»¹⁷³

(d) Die Arbeiten auf *UN-Ebene rund um einen verbindlichen Völkerrechtsvertrag im Bereich der Wirtschaft und Menschenrechte* ziehen den Anwendungsbereich staatlicher Regulierungen ebenso relativ breit. Betroffen sind nach Stand der Arbeiten Unternehmen, die ihren «*place of incorporation*», «*statutory seat*» oder auch ihre «*central administration*» bzw. «*principal place of business*» im jeweiligen Vertragsstaat haben; dies gilt mit Blick auf die Zuständigkeit wie auch das auf die Haftungsklagen anwendbare Recht.¹⁷⁴

(e) Auf EU-Ebene sieht schliesslich der *Draft Report on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability* des Committees of Legal Affairs des EU Parlaments vom 11. September 2020 ganz im Sinne des vorliegenden Entwurfs mit Blick auf das anwendbare Recht vor:

«The application of the general rule in Article 4(1) of the Rome II Regulation can lead to significant problems for claimants who are victims of human rights abuses, particularly in cases where the companies are large multinationals operating in countries with low human rights standards, where it is almost impossible for them to obtain fair compensation. [...] To remedy this situation, the Rome II Regulation should be modified to include a specific choice of law provision for civil claims relating to alleged business-related human rights abuses committed by EU companies in third countries, which would allow claimants who are victims of human rights abuses allegedly committed by undertakings operating in the Union to choose a law with high human rights standards. A new Article 26a should therefore be inserted in Regulation (EC) No 864/2007 so as to allow victims of business-related human rights violations to choose between the law of the country in which the damage occurred (*lex loci damni*), the law of the country *in which the event giving rise to the damage occurred (lex loci delicti commissi)* and the law of the place where the defendant undertaking is domiciled or, lacking a domicile in the Member State, where it operates.»¹⁷⁵

¹⁶⁹ S. zu dieser Einsicht in Relativierung der strengen Gründungstheorie u.a. KREN (FN 155), N 2922, 2934 sowie 2936; KLEY-STRULLER (FN 168), N 12; BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA (FN 155), Art. 154 insb. N 16.

¹⁷⁰ S. u.a. Nachweise bei BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA (FN 155), Art. 159 N 9 ff.

¹⁷¹ Vgl. z.B. BSK IPRG-RODRIGUEZ, Art. 160 N 5 ff.

¹⁷² S. mit Verweis auf Art. 21 Abs. 4 IPRG u.a. KREN (FN 155), N 2681 u. 2734.

¹⁷³ Botschaft vom 23. Januar 2013 zum Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsleistungen (BPS), BBl 2013 1745 ff.

¹⁷⁴ Art. 11 Ziff. 2 Bst. b i. V. m. Art. 9 Ziff. 2 des [Second Revised Draft](#).

¹⁷⁵ A.a.O. [Draft](#), III. Ziff. 4 und 5.

Sämtliche der erwähnten (in Kraft stehenden bzw. entworfenen) Regulierungen mit Nähe zur vorliegenden Thematik wenden auf die eine solche Regulierung jene Rechtsordnung, in der das **Unternehmen einen Geschäftsschwerpunkt** hat. Zum Teil sind sie dabei mit Satzungssitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung voll auf der Linie der Initiative, zum Teil lassen sie eine reine Zweigniederlassung genügen oder gehen etwa auch durch eine Rechtswahl des Geschädigten weiter.

Auch die *parlamentarischen Vorarbeiten* scheinen diesem breiten Sitzverständnis zumindest zwischenzeitlich verbunden gewesen zu sein. So hat Art. 139a E-IPRG in der Fassung ([RK-S 2/19](#)) die Anwendung schweizerischen Rechts in gleichem Umfang – d.h. unter Einschluss von «Hauptverwaltung» und «Hauptniederlassung» – vorgesehen.¹⁷⁶

Der so nun in Art. 160a E-IPRG verankerte Sitzbegriff bleibt zuletzt in seiner praktischen Tragweite einzuordnen:

In der Regel wird der **satzungsmässige Sitz mit der Hauptverwaltung (und der Hauptniederlassung) zusammenfallen**, womit es im Ergebnis bei der Gründungstheorie bleibt.

Allerdings gibt es (gerade bei Domizilstrukturen) auch Fälle, bei denen diese Elemente auseinander fallen. Insoweit geht es der Initiative um die integrale Erfassung von Unternehmen, welche in der Schweiz ihren Geschäftsschwerpunkt haben: So könnte sich ein Unternehmen (z.B. aus steuerlichen Gründen) nach einem ausländischen Recht (z.B. den Bahamas) organisieren, aber dennoch seinen **Geschäftsschwerpunkt (Leitungsorgane)** in der Schweiz haben. Die praktische Bedeutung solcher Konstellationen ist nicht zu unterschätzen: Gestützt auf die aktuellen Zahlen des Handelsregisters haben ausländische Gesellschaften in der Schweiz rund 3000 Niederlassungen. Ein wenn auch kleinerer Teil davon wird wegen seiner geschäftlichen Bedeutung als Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung zu verstehen sein, so etwa wenn die Konzernleitung (z.B. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) hier angesiedelt sind. Solche Unternehmenseinheiten fallen gestützt auf die materiellrechtlichen Überlegungen zu Recht unter die Sorgfaltsprüfungspflicht, sollten die Schwellenwerte für Grossunternehmen oder Hochrisikotätigkeiten erfüllt sein.¹⁷⁷ Mit dem erwähnten Sitzbegriff geht es hier darum, diesem Anliegen auch im internationalen Privatrecht Rechnung zu tragen.

Dagegen nimmt die Initiative **von der Regulierung** bewusst reine **Zweigniederlassungen** aus. Diese haben nicht die Qualität eines Geschäftsschwerpunktes und verfügen entsprechend über keinen besonders engen Bezug zur Schweiz.

iii. *Einheitliches Haftungsstatut*

Bezüglich der Einheitlichkeit des Haftungsstatuts entspricht die Regelung dem Entwurf des Nationalrats. Insoweit kann auf die einschlägigen Kommissionsberichte zu Art. 139a E-IPRG verwiesen werden; dies mit folgenden Kernaussagen:¹⁷⁸

¹⁷⁶ Eine so formulierte Bestimmung ist aber in der gesamten Lesung ins Leere gelaufen: Denn die verwiesene Haftungsnorm von Art. 55a E-OR hat in gleicher Fassung nur in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften erfasst, nicht auch solche mit Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz (s. Art. 55a i.V.m. Art. 716a^{bis} E-OR i.V.m. Art. 154 IPRG). Damit sind die parlamentarischen Vorarbeiten verkürzt geblieben und haben so eine grosse Einschränkung zur Initiative in Kauf genommen. Dieser Makel ist in einer Ausführungsgesetzgebung auszumerzen. Dies hat die vorliegende Regelung in konsequenter Umsetzung dadurch bewerkstelligt, dass bereits im Gesellschaftsstatut geklärt wird, dass sich die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auf alle Gesellschaften mit einem Geschäftsschwerpunkt in der Schweiz – d.h. mit inländischem Sitz, aber auch mit inländischer Hauptniederlassung und Hauptverwaltung – nach Schweizer Recht richtet.

¹⁷⁷ Dazu oben IV.4. Auf der anderen Seite sieht die vorliegende Regulierung bei der Sorgfaltsprüfungspflicht und v.a. auch bei der haftungsrelevanten Kontrolle bei einer reinen Finanzholding im materiellen Recht eine Ausnahme vor; dazu oben.

¹⁷⁸ S. [RK-S-Bericht](#), 9; ergänzend auch [RK-N-Bericht](#), 16 f.

- Artikel 139a E-OR gilt für Ansprüche gegen eine Muttergesellschaft gestützt auf Art. 55a E-OR gleich wie für Ansprüche, die sich gestützt auf das geltende Recht gegen eine hier ansässige Gesellschaft richten, die für ihr direkt zurechenbares Verhalten haftbar gemacht wird (z.B. gestützt auf Art. 41 OR).
- Die Unterstellung des gesamten Anspruchs unter das Schweizer Recht vereinfacht die Rechtsanwendung. Sie verhindert eine Rechtszersplitterung der auf die einzelnen Haftungs-voraussetzungen anwendbaren Rechtsordnungen.
- Die Anwendung Schweizer Rechts schliesst gleichzeitig das Risiko exorbitanter Schadenssummen nach ausländischem Recht aus. Aufgrund des in der Schweiz geltenden Bereicherungsverbotes darf nicht mehr zugesprochen werden als der Ersatz des tatsächlichen Schadens. Für die Berechnung des Schadenersatzes wird gleichzeitig auf die Genesungs- und Lebenskosten bzw. den Lohn am Wohnort des Opfers abgestellt. Die Anwendung von schweizerischem Recht bedeutet also nicht, dass Schadenersatzsummen zu zahlen sind, wie sie für Heilungskosten oder Lohnausfall wegen Arbeitsunfähigkeit in der Schweiz anfallen würden.

c. Gesamtergebnis – Anwendung von Schweizer Recht mit internationaler Fundierung für Schweizer Unternehmen

Die Anwendung von schweizerischem Recht mit internationalem Rückhalt auf die vorliegenden Sachverhalte ist aus folgenden Gründen **sachgerecht und verhältnismässig**. In gleicher **Klarheit** bleibt unberechtigten Vorwürfen wie jenem eines «schweizerischen Rechts-imperialismus» **zu begegnen**.

(1) Die Vorlage führt im klar abgesteckten Regelungsbereich grundlegender unternehmerischer Verhaltenspflichten zu einer **Koordination** von Zuständigkeit und anwendbarem Recht und konkret auch zwischen Gesellschafts- und Haftpflichtrecht hin zur geklärten Anwendung von schweizerischem Recht. Mit diesen Regeln ist nicht nur den Unternehmen gedient, sondern auch dem internationalen Schutz von Mensch und Umwelt. Dadurch schafft die Vorlage im Vergleich zum geltenden Recht Sicherheit. Die mit dieser einfachen Verweisungsregel gewonnene Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Entscheidungsgrundlagen kommt allen Beteiligten zugute: den Klägern, die sich vor Schweizer Gerichten dann nicht zu Unrecht auf fremdes Recht berufen, das beklagte Unternehmen, das sich von vornherein vor Klagerisiken schützt, wenn es sich an das Recht hält, das ohnehin aufgrund seines Gesellschaftssitzes massgeblich ist. Gleichzeitig können die Schweizer Gerichte, das ihnen vertraute eigene Recht anwenden.

(2) Die Regelung fügt sich **nahtlos** in das **IPRG** ein. Das Gesetz kennt z.B. bei der Produkthaftung, der Haftung bei Persönlichkeitsverletzungen oder grenzüberschreitenden Umweltimmissionen bereits heute Bestimmungen, die bei weniger Binnenbezug zur Anwendung von inländischem Recht führen (dazu vorstehend).

(3) Die Anwendung Schweizer Rechts beschränkt sich dabei **auf hierzulande zu erfüllende Verhaltenspflichten** und **hier begangene Fehler bei der Sorgfalt** eines **hier ansässigen Unternehmens**. Dass bei Sachverhalten mit derart engem Binnenbezug schweizerisches Recht zur Anwendung kommt, entspricht nicht nur der völkerrechtlichen Schutzaufgabe unseres

Landes (dazu sogleich); eine Anwendung ist für die Unternehmen im internationalen Koordinationsrahmen von Recht und Wirtschaft auch ohne weiteres voraussehbar (keine «unfair surprise»¹⁷⁹).

(4) Die Schweiz trifft in dieser Reichweite die **völkerrechtliche Aufgabe** zu verhindern, dass von ihrem Gebiet aus wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt werden, die im Ausland Menschenrechtsverletzungen verursachen oder begünstigen.¹⁸⁰ Da die Vorlage nicht das Verhalten ausländischer Akteure regelt, sondern lediglich jenes von Schweizer Unternehmen, hat die Vorlage sodann nur innerhalb der Landesgrenzen *direkte* Wirkung und greift somit **nicht in die ausländische Souveränität** ein. Es handelt sich lediglich um eine sowohl von internationalen Gremien wie auch vom Bundesrat favorisierte innerstaatliche Massnahme mit Reichweite auf Auslandsaktivitäten von hier ansässigen Unternehmen.¹⁸¹

(5) Die Regelung erstreckt sich mithin nicht auf ausländische Unternehmen, auch nicht auf **ausländische Töchter** einer inländischen Mutter; diese **werden weiterhin an lokalen Massstäben** gemessen. Damit hält die Regelung bewusst Abstand von einer extraterritorialen Rechtsanwendung, wie dies von Kritikern der Vorlage ins Feld geführt wird.

	<i>CH Mutter</i>	<i>Ausl. Tochter</i>
<i>Zuständigkeit</i>	CH	<i>Ausland</i>
<i>Gesellschaftsrecht</i>	CH R.	<i>Ausl. R.</i>
<i>Haftpflichtrecht</i>	CH R.	<i>Ausl. R.</i>

(6) Schliesslich beschränkt sich die Sorgfaltspflicht sowohl beim Prüfungsprogramm (UNO-Leitprinzipien/OECD-Leitsätze) als auch beim Prüfungsgehalt auf **international anerkannte Bestimmungen** (dazu oben).

Im Beispielfall der Kupfermine bedeutet dies etwa eine Beschränkung auf das Recht auf Leib und Leben nach UNO-Pakt II verbunden mit der Sorgfalt, die international anerkannten einschlägigen WHO-Grenzwerte bzw. Sicherheitsvorgaben der ILO-Kernnormen einzuhalten. Sie bezieht sich (um ein weiteres Missverständnis zu klären), **nicht** auf darüber hinausgehende, Schweizer Standards wie z.B. die Einhaltung der inländischen Luftreinhalteverordnung oder von Sicherheitsstandards nach Schweizer Arbeitsgesetz. Der gegen die Vorlage vorgebrachte Mythos eines «Schweizer Rechtsimperialismus» entbehrt demnach der Grundlage.

¹⁷⁹ Vgl. [OECD-Leitsätze](#), Menschenrechte, Ziff. 38 ff.; [UNO-Leitprinzipien](#), Prinzip 23 (Kommentar).

¹⁸⁰ Vgl. den neueren Stand wiedergebend WSK-Ausschuss (FN 14), Ziff. 30 ff.; grundlegend auch [UNO-Leitprinzipien](#), Prinzip 2/Kommentar. Weiterführend EVELYNE SCHMID, L'obligation internationale d'adopter des mesures législatives – La Suisse a-t-elle une obligation de légiférer dans le domaine des «entreprises et des droits humains»? AJP 8/2017, 930ff.; Bundesrat, Bericht über die Schweizer Strategie zur Umsetzung der UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte vom 6. Dezember 2016 (sog. Nationaler Aktionsplan; NAP), 8; Botschaft, BPS (FN 173), 1797.

¹⁸¹ Vgl. WSK-Ausschuss (FN 14), Ziff. 33; Bundesrat, NAP (FN 180), 14; dazu auch CHRISTINE KAUFMANN u.a., Extraterritorialität im Bereich der Menschenrechte – [Zusammenfassung der Studie](#), 15. August 2016, 4; eingehend und zur Qualifikation der Konzernverantwortungsinitiative als solche DIES. u.a., [Studie im Volltext](#), insb. N 231.

Schematisch sei die räumliche Reichweite der Regelung wie folgt zusammengefasst:



Grafik 7: Räumlicher Geltungsbereich der Initiative

VII. Gesamtbewertung

Zur Gesamtbewertung der Vorlage kann auf das Kapitel Übersicht, II. Inhalt der Vorlage, verwiesen werden. Als Abschluss dieser Arbeit bietet sich ein synoptischer Vergleich (1) des geltenden Rechts im Vergleich zur (2) Konzernverantwortungsinitiative in vorliegender Umsetzung und (3) dem Gegenvorschlag des Ständerates an, der in der Einigungskonferenz über den Entwurf des Nationalrates letztlich obsiegte.

VIII. Synoptischer Vergleich mit dem Gegenvorschlag

	Geltendes Recht	Initiative mit Modellgesetz	Gegenvorschlag (der in der Einigungskonferenz obsiegte)
Besteht eine menschen- und umweltrechtliche Sorgfaltsprüfungspflicht?	√ (JA, aber mit unklaren Konturen; in Rechtsfortbildung von 716a OR)	√ bei gesetzlicher und geklärter Verankerung gemäss 716a ^{bis} E-OR	? Verwirrung mit Potenzial, hinter geltendes Recht zurückzufallen: Punktuell Pflicht zur Sorgfaltsprüfung (Kinderarbeit und Konfliktmineralien); im Übrigen aber Reduktion auf reine Berichterstattung?
Welche Unternehmen trifft diese Pflicht und was beinhaltet diese Sorgfaltsprüfungspflicht?	? (völlig unklar: vgl. 716a OR)	√ Klärung gemäss 716a ^{bis} E-OR: Gesetzliche Regelung mit klarem und eingeschränktem Pflichtenkatalog: <ol style="list-style-type: none"> 1) Risiken ermitteln, 2) Massnahmen ergreifen und 3) darüber berichten 	? Nicht klar, worin diese Pflicht besteht: Sorgfaltsprüfung vs. Berichterstattung
Sind die CH Gerichte für Klagen gegen CH Unternehmen zuständig?	√ JA	√ geltendes Recht unverändert	√ JA
Ist CH Gesellschafts- und Haftpflichtrecht anwendbar?	? (unklar: 133 und 15 bzw. 154 und 159 IPRG)	√ Klärung gemäss 139a E-OR: <ul style="list-style-type: none"> - CH Haftpflichtrecht anwendbar + - materiell sind die internationalen Bestimmungen einschlägig 	? ungeregelt; bleibt unklar
Besteht ein Haftungsrisiko?	√ (JA aber unklar: sei es gestützt auf CH Recht oder analoge ausländische Bestimmungen)	√ insb. gestützt 55a E-OR	√ JA aber unklar: sei es gestützt auf CH Recht oder analoge ausländische Bestimmungen.
Was sind die Haftungsvoraussetzungen?	? (u.a. in Rechtsfortbildung von 55 OR oder bei Anwendung vergleichbarer ausländischer Haftungsnormen: weitgehende Unklarheit bei den Haftungsvoraussetzungen)	√ 55a E-OR geklärte und im Vergleich zum geltenden Recht mehrfach eingeschränkte Haftung: <ul style="list-style-type: none"> - nur für schwerwiegende Fälle; - nur im geleiteten Konzern (nicht Zulieferer); - nur Sorgfalt im Rahmen der Sorgfaltspflicht von 716a^{bis} E-OR 	? (u.a. in Rechtsfortbildung von 55 OR oder bei Anwendung vergleichbarer ausländischer Haftungsnormen: weitgehende Unklarheit bei den Haftungsvoraussetzungen)
Was gilt prozessrechtlich?	√ (ZPO)	√ geltendes Recht unverändert (sehr hohe Prozesshürden)	√ (geltendes Recht unverändert)