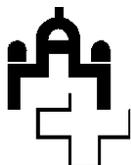


Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegl naziunal



16.077 n OR. Aktienrecht

Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen 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

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) stellt im Rahmen der Revision des Aktienrechts (16.077) neue Anträge, die einen indirekten Gegenentwurf zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» darstellen. Weil diese Anträge nicht Gegenstand der Vernehmlassung zur Aktienrechtsrevision bzw. des Entwurfs des Bundesrates waren, hat die Kommission beschlossen, ihre Anträge für einen indirekten Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative zuhanden des Nationalrates schriftlich zu erläutern.

Nationalrat Hans-Ueli Vogt hat im Auftrag der Kommission die Erläuterungen zu den Anträgen der Kommission im vorliegenden Bericht verfasst.

Anträge der Kommission und Minderheiten

Siehe Anträge der Kommission sowie der Minderheiten auf der Fahne zu den *Artikeln 55 Abs. 1^{bis} und 1^{ter}, 716a Abs. 1 Ziff. 5 und 10, 716a^{bis}, 759a, 810 Abs. 2 Ziff. 4, 810a, 901, 918a, 961e Obligationenrecht (OR), Artikel 69a^{bis} Zivilgesetzbuch (ZGB), Artikel 139a Internationales Privatrecht (IPRG)*.

Berichterstattung: Markwalder (d), Fehlmann-Rielle (f)

Im Namen der Kommission
Der Präsident:

Pirmin Schwander

Inhalt des Berichtes

- 1 Ausgangslage
- 2 Erläuterungen zu den einzelnen Anträgen der Kommission



1 Ausgangslage

1.1 Arbeiten der Kommission

Die Kommission hat sich an ihrer Sitzung vom 19. April 2018 mit 18 zu 1 Stimmen bei 2 Enthaltungen im Grundsatz dafür ausgesprochen, der Volksinitiative [17.060](#) «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» im Rahmen der Aktienrechtsrevision ([16.077](#)) einen indirekten Gegenentwurf gegenüberzustellen. An ihrer Sitzung vom 2. Mai 2018 hat die Kommission die Beratung der einzelnen Bestimmungen des indirekten Gegenentwurfs abgeschlossen und diesen mit 14 zu 10 Stimmen bei 1 Enthaltung angenommen. Sie möchte damit den Weg für den Rückzug der Volksinitiative ebnen. An ihrer Sitzung vom 18. Mai 2018 hat sie den vorliegenden Bericht genehmigt und verabschiedet. Eine Minderheit (Zanetti, Bauer, Burkart, Egloff, Geissbühler, Nidegger, Reimann Lukas, Rickli Natalie, Tuena) möchte auf einen indirekten Gegenentwurf gänzlich verzichten und beantragt ihrem Rat, die entsprechenden Bestimmungen wieder aus der Aktienrechtsvorlage zu streichen. Die Konzernverantwortungsinitiative ([17.060](#)) ist in der Rechtskommission des Ständerates (RK-S) hängig. Diese hat ihre Arbeiten sistiert, um die Beschlüsse des Nationalrates im Rahmen des Aktienrechts abzuwarten.

1.2 Verhältnis zur Konzernverantwortungsinitiative

Die Kommission erwartet vom Initiativkomitee der Konzernverantwortungsinitiative, dass dieses im Hinblick auf die Beschlussfassung im National- und im Ständerat auf der Grundlage entsprechender Beschlüsse des Initiativkomitees öffentlich und mit verbindlicher Wirkung erklärt, dass die Volksinitiative im Fall der Verabschiedung des indirekten Gegenentwurfs gemäss den Anträgen der Kommission zurückgezogen wird, unter der Bedingung, dass der indirekte Gegenentwurf nicht in einer Volksabstimmung abgelehnt wird (bedingter Rückzug).

2 Erläuterungen zu den einzelnen Anträgen der Kommission

Die Bestimmungen des indirekten Gegenentwurfs umfassen (Ziff. 2.1) eine Verpflichtung der Leitungsorgane der erfassten Gesellschaften, Massnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland zu treffen, (Ziff. 2.2) eine Verpflichtung zur Berichterstattung über die getroffenen Massnahmen, (Ziff. 2.3) Regelungen zur Haftung im Zusammenhang mit einer Verletzung der genannten Bestimmungen sowie (Ziff. 2.4) eine Regelung des auf entsprechende Haftungsfälle anzuwendenden Rechts.

2.1 Massnahmen des Verwaltungsrats zur Sicherstellung der Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland

2.1.1 Artikel 716a, Absatz 1, Ziffer 5 und 10 Obligationenrecht (OR) 2. Unübertragbare Aufgaben

Artikel 716a Absatz 1 bezeichnet die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats. Nach Ziffer 5 dieser Bestimmung gehört zu diesen Aufgaben unter anderem die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen. Damit bringt das Gesetz bereits



heute zum Ausdruck, dass der Verwaltungsrat die Oberaufsichtsverantwortung hat mit Bezug auf die Rechtmässigkeit der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft. Soweit nach dem indirekten Gegenentwurf der Verwaltungsrat Massnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt treffen muss, gehört zur Rechtmässigkeit der Geschäftstätigkeit im Prinzip auch die Einhaltung der genannten Bestimmungen (obwohl deren Rechtsgrundlagen nicht im förmlichen Sinn Gesetze sind und obwohl sich diese Bestimmungen nicht direkt an die Gesellschaften als Verpflichtete richten). Dennoch soll im Interesse der Klarheit Ziffer 5 von Artikel 716a Absatz 1 entsprechend ergänzt werden.

Wie allgemein mit Bezug auf die Befolgung der Gesetze, Statuten usw. gilt auch betreffend die Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Ausland, dass der Verwaltungsrat als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe die entsprechende Oberaufsichtsverantwortung hat. Im Übrigen ist die Aufgabe, für die Rechtmässigkeit der Geschäftstätigkeit und damit auch für die Einhaltung der genannten Bestimmungen zu sorgen, eine übertragbare Aufgabe (siehe allgemein Art. 716 Abs. 2). Der Verwaltungsrat kann sie der operativen Geschäftsführung des Unternehmens oder auch einer Tochtergesellschaft übertragen. Die operative Durchführung der Sorgfaltsprüfung wird der Verwaltungsrat in der Regel durch Einrichtung entsprechender Kontrollen in den betroffenen Geschäftsbereichen der Gesellschaft gewährleisten oder indem er dafür sorgt, dass die Sorgfaltsprüfung bei den kontrollierten Gesellschaften durchgeführt wird, diesen mithin die Aufgabe soweit delegierbar zur Erfüllung überträgt.

Ziffer 10 von Artikel 716a Absatz 1 hält fest, dass die Erstellung des Berichts betreffend Massnahmen zur Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats ist. Damit wird, parallel zum Geschäftsbericht (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6) und zum Vergütungsbericht (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 9 des Entwurfs) die Verantwortung für die Berichterstattung in die Hände des Verwaltungsrats gelegt.

2.1.2 Artikel 716a^{bis} Obligationenrecht (OR)

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

Artikel 716a^{bis} ist die Kern- und Ankerbestimmung des indirekten Gegenentwurfs. Sie umschreibt den Inhalt der Pflicht des Verwaltungsrats, für die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland zu sorgen, bestimmt ihren Anwendungsbereich und enthält eine Begriffsklärung.

2.1.2.1 Absatz 1, 2 und 6

a) Allgemeines

Satz 1 von Absatz 1 statuiert den *Grundsatz*: Der Verwaltungsrat hat Massnahmen zu treffen, die sicherstellen sollen, dass die Gesellschaft die fraglichen Bestimmungen einhält. Damit wird der Grundsatz umschrieben, auf den sich die Sorgfaltsprüfung gemäss den Sätzen 2 bis 5 von Absatz 1 bezieht. Was den Inhalt der Aufgabe des Verwaltungsrats angeht, so hat der erste Satz von Absatz 1 keine über die Sätze 2 bis 5 hinausgehende Bedeutung. Er enthält jedoch einige für die Sorgfaltsprüfung nach den Sätzen 2 bis 5 wichtige Regeln.

Es geht um Massnahmen, die die Einhaltung der fraglichen Bestimmungen *sicherstellen sollen*. Das Gesetz kann vom Verwaltungsrat einer Gesellschaft keine Massnahmen verlangen, die die



Einhaltung der Bestimmungen im rechtlichen Sinne eines Erfolgs garantieren, sondern lediglich ein Tätigwerden im Hinblick auf das genannte Ziel. Das ist von Bedeutung namentlich (aber nicht nur) für die Haftung.

Es geht um die Einhaltung der in den *Tätigkeitsbereichen* der Gesellschaft *massgeblichen* Bestimmungen. Die fraglichen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte oder der Umwelt müssen sachlich, das heisst, von ihrem Gegenstand her die Geschäftstätigkeiten der Gesellschaft erfassen. Anzuknüpfen ist hierbei an die Gesellschaft, auf die Artikel 716a^{bis} anwendbar ist, zusätzlich aber auch an alle Gesellschaften, auf die sich die Kontrolle durch die erstere Gesellschaft erstreckt (siehe Absatz 1 Satz 5). Abzustellen ist auf die tatsächlich verfolgten Tätigkeiten, nicht auf den statutarischen Zweck. Die Gesellschaft trifft keine Pflicht oder Verantwortung, ausserhalb ihrer Tätigkeitsbereiche für die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte oder der Umwelt zu sorgen.

Artikel 716a^{bis} und der ganze indirekte Gegenentwurf beziehen sich auf die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt *auch im Ausland*. Gemeint ist die Einhaltung der genannten Bestimmungen auch bei Tätigkeiten im Ausland, wobei nach dem Auswirkungsprinzip darauf abzustellen ist, ob sich eine Tätigkeit im Ausland auswirkt. Mit Bezug auf Tätigkeiten, die im genannten Sinn schweizerische sind, sind die entsprechenden schweizerischen Rechtsvorschriften massgeblich und einzuhalten. Das ergibt sich aus Artikel 717 Absatz 1. Dies kann dazu führen, dass internationale Bestimmungen in der Schweiz für die Gesellschaften noch nicht massgeblich sind, weil sie nicht unmittelbar anwendbar und noch nicht durch nationales Recht umgesetzt worden sind, während die Gesellschaften sie im Ausland bereits einzuhalten haben (im nachstehend genannten Sinn). (Die bloss mittelbare Anwendbarkeit internationaler Bestimmungen hindert ihre Massgeblichkeit im Rahmen von Artikel 716a^{bis} nicht; dazu hinten **Ziff. 2.1.2.1 b) Absatz 13**).

Die *massgeblichen* Bestimmungen sind *einzuhalten*. Die Einhaltung dieser Bestimmungen bedeutet, was den Schutz der Menschenrechte betrifft, nicht eine Verpflichtung zur Rechtsbefolgung im eigentlichen Sinn. Denn die Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte richten sich nicht direkt an Unternehmen (als Verpflichtete), sondern an Staaten. Sie können darum nicht im eigentlichen Sinn eingehalten werden. Die Einhaltung dieser Bestimmungen bedeutet vielmehr, dass die Sorgfaltspflicht der Verwaltungsratsmitglieder (Art. 717 Abs. 1 OR) im Sinne einer indirekten Drittwirkung entsprechend den einschlägigen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte konkretisiert wird. Wo Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte den Staaten oder staatlichen Organisationen Schutz- oder Gewährleistungspflichten auferlegen, begründen diese keine entsprechenden Pflichten für Gesellschaften. (Anders kann es sein, wenn Private staatliche Aufgaben erfüllen.) So sind Gesellschaften nicht verpflichtet, ein Recht von Menschen auf Bildung (Art. 13 Abs. 1 UNO-Pakt I¹) in dem Sinn einzuhalten, dass sie für entsprechende Ausbildungsmöglichkeiten zu sorgen hätten. Und Gesellschaften sind auch nicht verpflichtet, für Arbeitsmöglichkeiten zu sorgen bzw. ganz grundsätzlich von Entlassungen abzusehen; dies, obwohl Art. 6 Abs. 1 UNO-Pakt I ein Recht auf Arbeit vorsieht. Eine Handlungspflicht und eine Aufgabe des Verwaltungsrats begründet Artikel 716a^{bis} Absatz 1 nur insofern, als der Verwaltungsrat zu bestimmten Massnahmen und im Besonderen zu einer Sorgfaltsprüfung verpflichtet wird. Die Pflicht zur Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte begründet auch im Fall von Menschenrechten mit einem primär negatorischen Inhalt (Rechte zur Abwehr staatlicher Eingriffe, zum Beispiel das Recht, die eigene Meinung zu äussern) keine Schutzpflichten in dem Sinn, dass

¹ SR 0.103.1.



die Gesellschaften verpflichtet wären, durch Massnahmen zu gewährleisten, dass die fraglichen Rechte tatsächlich ausgeübt werden können und die betreffenden Rechtsgüter insofern geschützt werden. Die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht im Lichte der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte bedeutet eine Respektierungspflicht: Von Tätigkeiten und Verhaltensweisen, die einen Eingriff in die durch die fraglichen Menschenrechte geschützten Rechtsgüter, zum Beispiel in die körperliche Integrität, bedeuten würden, müssen die Gesellschaften Abstand nehmen. Es geht mit anderen Worten um eine Unterlassungspflicht: Die Gesellschaften sollen schädigendes Verhalten hinsichtlich der Menschenrechte und der Umwelt unterlassen. Nur Menschenrechte, die in diesem Sinn Gegenstand einer Respektierungs- bzw. Unterlassungspflicht sein können, sind massgebliche Bestimmungen im Sinne von Absatz 1 Satz 1.

b) Sorgfaltsprüfung

Sätze 2 bis 4 von Absatz 1 beschreiben die *Sorgfaltsprüfung* durch den Verwaltungsrat. Die einzelnen Massnahmen werden zusammenfassend als Sorgfaltsprüfung bezeichnet (siehe Satz 5 von Absatz 1), auch wenn die Massnahmen im Einzelnen beispielsweise auch die Überwachung der Wirksamkeit von Massnahmen einschliessen. Diese Terminologie lehnt sich an die einschlägigen internationalen Regelwerke an. Gemäss den UNO-Leitprinzipien² und den OECD-Leitsätzen³ lassen sich die Elemente einer Sorgfaltsprüfung wie folgt zusammenfassen: Identifikation von Risiken, Ergreifen von Massnahmen, Berichterstattung.⁴ Die Gliederung der Sätze 2 bis 4 von Absatz 1 widerspiegelt diese Elemente. Allgemein ist festzuhalten, dass Artikel 716a^{bis} von den genannten Regelwerken inspiriert ist (wie es auch die Konzernverantwortungsinitiative ist), doch enthält der indirekte Gegenentwurf eine autonome schweizerische gesetzliche Regelung der Pflicht von Organen, für die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland zu sorgen.

Die Sorgfaltsprüfung ist eine *fortlaufende, dauerhafte Tätigkeit*, welche die Geschäftstätigkeit in allen ihren Phasen betrifft. Sie kann als Teil der Compliance verstanden werden, also derjenigen Unternehmensfunktion, die die Rechtmässigkeit der unternehmerischen Tätigkeit gewährleisten soll, und auch als Teil des Risikomanagements eines Unternehmens. So ist am Anfang eine Einschätzung dazu zu machen, wer unter Umständen von einer bestimmten Geschäftstätigkeit betroffen sein könnte, welches die einschlägigen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt sind und inwiefern die geplanten Tätigkeiten und die damit verbundenen Geschäftsbeziehungen nachteilige Auswirkungen auf den ermittelten Personenkreis haben könnten. Änderungen an den relevanten rechtlichen Grundlagen oder an der Geschäftstätigkeit ist entsprechend Rechnung zu tragen. Angezeigt ist eine Prüfung im beschriebenen Sinn insbesondere vor der Aufnahme einer neuen Geschäftstätigkeit oder Geschäftsbeziehung oder vor Entscheidungen mit grosser Tragweite (wie etwa bei Eintritt in einen neuen Markt oder Einführung eines neuen Produkts oder bei Veränderungen der Geschäftsgrundsätze oder umfassenden Umstrukturierungen) oder bei wesentlichen Veränderungen im Geschäftsumfeld (etwa bei

² United Nations, UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011, abrufbar unter <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf> (zuletzt besucht am 23.05.2018); in (nichtamtlicher) deutscher Übersetzung auch abrufbar unter <http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/140522_leitprinzipien_wirtschaft_und_menschenrechte.pdf> (zuletzt besucht am 23.05.2018).

³ OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, 2011, abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/OECD-Guidelines.html> (zuletzt besucht am 23.05.2018).

⁴ UNO-Leitprinzipien (Fn. 2), Prinzip 17, S. 17; OECD-Leitsätze (Fn. 3), N. 45.



politischen Veränderungen oder bei steigenden sozialen Spannungen). Zu ermitteln sind die möglichen Auswirkungen (Risiken) wie auch die tatsächlichen (zum Beispiel bereits geschehene Rechtsverletzungen).

Der Verwaltungsrat hat *Massnahmen* zur Minimierung der festgestellten Risiken einer Verletzung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt zu ergreifen und sie umzusetzen (Abs. 1 Satz 3). Zur Umsetzung gehört, dass die beschlossenen Massnahmen in den betroffenen Geschäftsbereichen und -abläufen integriert werden. Je nach möglicher oder tatsächlicher Auswirkung einer Geschäftstätigkeit sind unterschiedliche Massnahmen zu ergreifen. Mögliche negative Auswirkungen einer Geschäftstätigkeit sind mit präventiven Massnahmen zu verhüten, oder die damit verbundenen Risiken sind zu minimieren. Als Wiedergutmachung kommt nicht nur finanzielle Wiedergutmachung in Betracht. Abhilfe kann auch etwa bestehen in Entschuldigungen, Rückerstattungen, der Beseitigung von Folgen, in Strafmassnahmen sowie in einer Schadensverhütung durch vorsorgliche Verfügungen. Eine Wiedergutmachungspflicht besteht indessen nur, wenn das Unternehmen die Rechtsgutsverletzung verursacht oder zu ihr beigetragen hat.

Der Verwaltungsrat hat die *Wirksamkeit der Massnahmen* zu überwachen und über das Ergebnis dieser Tätigkeit zu berichten (zur Berichterstattung hinten **Ziff. 2.2.1**). Für die Wirksamkeitskontrollen können auch bereits bestehende unternehmensinterne Berichterstattungsverfahren (Audits usw.) genutzt werden. Ein Indikator für die Wirksamkeit von Massnahmen können auch Rückmeldungen betroffener Personen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens auf Unternehmensebene sein.

Für verschiedene Wirtschaftsbereiche oder verschiedene Aspekte des Menschenrechts- und des Umweltschutzes gibt es *Standards privater Organisationen*. Die Einhaltung dieser Standards kann mitunter durch Branchenorganisationen, Prüfungsunternehmen usw. *überprüft und zertifiziert* werden, wofür bisweilen Labels vergeben werden (so beispielsweise im Bereich der Bekleidung). Die Einhaltung solcher Standards fördert den Schutz der Menschenrechte und der Umwelt. Unternehmen, die solche Standards einhalten und sich die Einhaltung von einer unabhängigen Organisation haben bestätigen lassen, sollten die Gewissheit haben, dass sie damit auch die gesetzlichen Pflichten erfüllen (insoweit die Standards als solche den gesetzlichen Anforderungen genügen), und die Einhaltung der Standards sollte im Haftungsfall eine entlastende Wirkung haben. In der Rechtskommission des Nationalrates wurde darum ein entsprechender Vorschlag zur Diskussion gestellt: (1.) Der Verwaltungsrat kann die Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit seiner Massnahmen für eine Sorgfaltsprüfung ganz oder in Teilen durch die Revisionsstelle oder einen befähigten unabhängigen Dritten prüfen und bestätigen lassen; (2.) der Prüfungsauftrag und die Prüfungsberichterstattung der Revisionsstelle werden entsprechend ergänzt, wenn die Revisionsstelle mit einer Prüfung beauftragt worden ist; (3.) falls eine entsprechende Bestätigung vorliegt, wird im Fall einer Schadenersatzklage nach Artikel 55 Absatz 1^{bis} oder einer Klage gegen die handelnde Gesellschaft selber vermutet, dass das Unternehmen die durch das Gesetz von ihm geforderten Massnahmen getroffen hat. Die Kommission äussert den Wunsch, dass der Ständerat im Rahmen seiner Beratung der Aktienrechtsrevision diesen Vorschlag prüfen wird, und sie behält sich vor, diesen Vorschlag selber im Verlauf der weiteren Beratung des Geschäfts aufzugreifen.

Die Sorgfaltsprüfung erstreckt sich auch auf die Geschäftstätigkeit von *kontrollierten Unternehmen*. Auf deren Rechtsform kommt es nicht an; darum verwendet der Entwurf den Begriff des Unternehmens. Kontrolle eines Unternehmens ist im Sinne von Artikel 963 Absatz 2 zu verstehen. Die Kontrolle kann eine direkte oder indirekte sein. Dabei kommt es nach dem sogenannten Kontrollprinzip allein auf die Möglichkeit an, im Sinne der Ziffern 1 bis 3 von Artikel 963 Absatz 2 Kontrolle ausüben zu können; ob die Kontrolle tatsächlich ausgeübt wird (im Sinne des sogenannten



Leitungsprinzips), ist im vorliegenden Zusammenhang nicht bedeutsam. Die Sorgfaltsprüfung erstreckt sich folglich im Grundsatz – Einschränkungen können sich aus den nachstehend dargestellten Prinzipien der Sorgfaltsprüfung ergeben – auch auf Unternehmen, welche die betreffende Gesellschaft allein im Sinne einer Finanzbeteiligung kontrolliert. Demgegenüber schränkt der Gegenentwurf die Haftung einer Muttergesellschaft für Fehlverhalten einer Tochtergesellschaft bewusst auf Fälle ein, in denen die Kontrolle tatsächlich ausgeübt wird (Art. 55 Abs. 1^{bis} Satz 1; dazu hinten **Ziff. 2.3.1 Absatz 4**). Absatz 5 stellt sicher, dass die Erstreckung der Sorgfaltsprüfung auf kontrollierte Unternehmen nicht dazu führt, dass diese Unternehmen ihrerseits in den persönlichen Anwendungsbereich von Artikel 716a^{bis} fallen, was zu einer unnötigen Duplizierung der Sorgfaltsprüfungspflicht führen würde (dazu hinten **Ziff. 2.1.2.2 Absatz 5**).

Die Sorgfaltsprüfung erstreckt sich auch auf die Auswirkungen der Geschäftstätigkeit aufgrund von *Geschäftsbeziehungen mit Dritten* (sei es, dass die Gesellschaft selber eine entsprechende Geschäftstätigkeit mit Dritten eingegangen ist, sei es, dass ein von der Gesellschaft kontrolliertes Unternehmen eine solche Geschäftsbeziehung unterhält). Damit sind nicht nur die unmittelbaren Vertragspartner der Gesellschaft bzw. des kontrollierten Unternehmens gemeint. Es wird grundsätzlich die gesamte Wertschöpfungs- oder Lieferkette erfasst. Einschränkend gilt jedoch, dass nur Tätigkeiten Dritter erfasst sind, die unmittelbar mit der Geschäftstätigkeit oder den Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens verbunden sind. Zudem setzen hier der Grundsatz der Berücksichtigung der Einflussmöglichkeiten sowie der Angemessenheit Grenzen (dazu hinten **Ziff. 2.1.2.1 b) Absatz 9, 10 und 12**). Um der Sorgfaltsprüfungspflicht im Verhältnis zu Dritten nachzukommen, können diese vertraglich zur Einhaltung der fraglichen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt verpflichtet werden. Einige Unternehmen verwenden zu diesem Zweck bereits heute Verhaltenskodizes speziell für Lieferanten und sonstige Dritte.

Für die Sorgfaltsprüfung statuieren Absatz 1 Satz 3 sowie Absatz 2 *drei allgemeine Grundsätze*: die Berücksichtigung der Einflussmöglichkeiten, die Risikoorientierung und die Angemessenheit. Die beiden letzteren Grundsätze gelten für alle Teile der in Absatz 1 beschriebenen Sorgfaltsprüfung, während die Berücksichtigung der Einflussmöglichkeiten nur beim – besonders wichtigen – Aspekt der Massnahmen zur Minimierung von Risiken und zur Wiedergutmachung von Verletzungen zum Tragen kommt. Diese Grundsätze spielen auch für die Auslegung der Haftungsbestimmung von Artikel 55 Absatz 1^{bis} eine wichtige Rolle, wird doch dort an die Verpflichtung gemäss Artikel 716a^{bis} angeknüpft.

Die *Berücksichtigung der Einflussmöglichkeiten* bedeutet für die Aufgabenerfüllung durch den Verwaltungsrat, dass seine Pflicht nach Artikel 716a^{bis} durch rechtliche oder tatsächliche Hindernisse eingeschränkt sein kann. Eine Einflussmöglichkeit besteht dann, wenn die Gesellschaft die Möglichkeit hat, Veränderungen im vermeintlichen unrechtmässigen Verhalten eines Rechtsverletzers zu bewirken. Wenn diese Möglichkeit besteht, soll die Gesellschaft ihren Einfluss zum Tragen bringen. Diese Möglichkeit besteht namentlich dann, wenn das Verhalten von der Gesellschaft selber ausgeht. Sie besteht in der Regel auch dann, wenn es um das Verhalten eines *kontrollierten Unternehmens* geht. Die Einflussmöglichkeit kann jedoch gerade in diesem Fall auch eingeschränkt sein. So kann eine Gesellschaft gegenüber dem Leitungsorgan eines von ihr kontrollierten Unternehmens unter Umständen nicht ohne Weiteres Massnahmen durchsetzen, die sich auf das operative Geschäft des Unternehmens und damit mitunter auf die Risiken für Menschenrechte und Umwelt beziehen. Es hängt dies wesentlich von der tatsächlichen und rechtlichen Ausgestaltung der Konzernverbindung ab. Bei einem dezentral strukturierten und geführten Konzern, in dem etwa die einzelnen Ländergesellschaften weitgehend autonom ihr Geschäft betreiben, sind die Einflussmöglichkeiten entsprechend eingeschränkt; sie beschränken sich dann mitunter auf die finanzielle, personelle und allenfalls technische Ausstattung der



Tochtergesellschaft. Umgekehrt ist aber zu beachten, dass der Entwurf in Artikel 716a^{bis} bewusst – anders als in Artikel 55 Absatz 1^{bis} – das Kontrollprinzip als Anknüpfungspunkt verankert; eine Gesellschaft kann sich darum ihrer Verantwortung mit Bezug auf das Verhalten eines dezentral geführten Tochterunternehmens nicht vollends unter Hinweis auf die fehlende Einflussmöglichkeit entziehen.

Die *Berücksichtigung der Einflussmöglichkeiten* ist sodann vor allem im Zusammenhang mit *Geschäftsbeziehungen zu Dritten* von Bedeutung. So mag der Einfluss der Gesellschaft oder eines von ihr kontrollierten Unternehmens gegenüber einem Dritten, mit dem eine Geschäftsbeziehung besteht, zur Durchsetzung der Einhaltung von Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt durch diesen Dritten dadurch eingeschränkt sein (oder ganz einfach nicht bestehen), weil der Geschäftspartner wirtschaftlich unabhängig und darum frei ist, sich dem Einfluss der Gesellschaft oder des kontrollierten Unternehmens zu entziehen, indem die Geschäftsbeziehung nicht fortgeführt wird. Der Einfluss kann auch dadurch eingeschränkt sein, dass es einer Gesellschaft oder einem kontrollierten Unternehmen angesichts der grossen Zahl von Geschäftspartnern oder wegen stark verflochtenen, schwer zu überschauenden Ketten von Zulieferern nicht möglich ist, bei allen Geschäftspartnern die gewünschten Verhaltensänderungen zu bewirken. Die Risikoorientierung der Sorgfaltsprüfung gebietet indes, auch unter solchen Umständen diejenigen Geschäftspartner zu identifizieren, deren Tätigkeiten mit besonders hohen Risiken der Verletzung von Menschenrechten und Umwelt verbunden sind. Insofern muss die Gesellschaft auch selber dafür sorgen, dass sie Einflussmöglichkeiten hat.

Bei der Sorgfaltsprüfung ermittelt der Verwaltungsrat neben den tatsächlichen auch die möglichen Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und Umwelt (Abs. 1 Satz 2). Dabei befasst er sich bei den tatsächlichen wie auch bei den möglichen Auswirkungen vorrangig mit den schwersten Auswirkungen (Abs. 2 Satz 1). In diesen beiden Bestimmungen kommt die *Risikoorientierung* der Sorgfaltsprüfung zum Ausdruck. Mit "Risiken" sind die Risiken der Verletzung der Rechtsgüter, die durch die betreffenden Menschenrechte bzw. Umweltvorschriften geschützt werden, gemeint, nicht die Geschäftsrisiken für das Unternehmen, die sich aus Verletzungen der betreffenden Bestimmungen ergeben können. Die Risikoorientierung bezieht sich zunächst auf die Identifikation von mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken (Abs. 1 Satz 2): Bei dieser Aufgabe gilt es zu ermitteln, wo im Unternehmen bzw. bei welchen Geschäftspartnern Risiken bestehen. Risikoorientierung heisst sodann, dass die Risiken zu gewichten und entsprechend ihrer Schwere zu priorisieren sind. Die Schwere beurteilt sich nach dem Ausmass der tatsächlichen oder möglichen Verletzung, nach ihrem Umfang (Anzahl betroffener Personen) und nach der Frage, ob oder inwieweit eine Verletzung wiedergutmacht werden kann. Dies wiederum bezieht sich auf die einzelnen Geschäftsbereiche sowie auf die einzelnen kontrollierten Unternehmen und die Geschäftsbeziehungen mit Dritten. Dabei kann auch die Geschäftstätigkeit etwa einer kleineren Ländergesellschaft erhebliche Auswirkungen auf Menschenrechte und Umwelt haben. Die Risiken sind bei der Geschäftstätigkeit in einem Land, in dem es regelmässig zu Menschenrechtsverletzungen kommt, grösser als etwa in den Nachbarländern der Schweiz, mag auch die Geschäftstätigkeit in den Nachbarländern für die betreffende Gesellschaft wirtschaftlich betrachtet viel bedeutsamer sein als die Geschäftstätigkeit im Land mit den Menschenrechtsverletzungen. Mit dem so verstandenen Grundsatz der Risikoorientierung wird als *Ultima Ratio* in Kauf genommen, dass Unternehmen sich aus Ländern zurückziehen, in denen Menschenrechte und Umweltvorschriften regelmässig verletzt werden, weil sie die Sorgfaltsprüfung nicht gewährleisten können und Haftungsrisiken vermeiden wollen.

Die Sorgfaltsprüfung unterliegt sodann dem Grundsatz der *Angemessenheit* (Abs. 2 Satz 2). Er kommt insbesondere bei der Planung und Umsetzung von Massnahmen zur Vermeidung und



Milderung der Auswirkungen der Geschäftstätigkeit für Menschenrechte und Umwelt zur Geltung. Die Massnahmen müssen im Verhältnis zur Schwere der Auswirkungen, aber auch zur Grösse des Unternehmens und im Kontext der Geschäftstätigkeit angemessen sein. Die Angemessenheit der Massnahmen hängt auch vom Einfluss des Unternehmens ab, verstanden als Fähigkeit, rechtsverletzendes Verhalten zu ändern. Hat das Unternehmen keinen solchen Einfluss, kann dies Grund sein, eine Geschäftsbeziehung zu beenden. Der Grundsatz der Angemessenheit wirkt überdies auch als Korrektiv gegenüber dem Grundsatz der Risikoorientierung: Nach Letzterem sind die Massnahmen nach der Schwere der möglichen Verletzungen zu priorisieren, doch ist Risiken mit einer geringen Wahrscheinlichkeit der Realisierung mit Blick auf die Angemessenheit nicht ohne Weiteres die erste Priorität einzuräumen.

Absatz 6 definiert die *Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt* im Sinne von Artikel 716a^{bis} sowie der anderen Bestimmungen des indirekten Gegenentwurfs. Damit wird bewusst davon abgesehen, Bestimmungen, Standards, Empfehlungen und dergleichen aus internationalen Regelwerken oder von internationalen Organisationen oder die sonst als international "anerkannt" gelten über den Weg einer Sorgfaltspflicht der Organe zu verbindlichem schweizerischem Recht zu machen. Unverbindliche Praktiken, die sich international als Standards etabliert haben mögen, sind als materielle Vorgaben nicht erfasst. Erfasst werden nur internationale Bestimmungen, die für die Schweiz Rechtsverbindlichkeit erlangt haben. Hierfür müssen sie von der Schweiz ratifiziert und im massgeblichen internen Verfahren durch die zuständige Behörde (Parlament, Bundesrat) genehmigt worden sein. Keine Rolle spielt demgegenüber, ob es sich um unmittelbar oder nur um mittelbar anwendbares internationales Recht handelt. Im letzteren Fall – die Bestimmungen richten sich an die Staaten, und diese werden darin typischerweise angehalten, bestimmte Massnahmen zu treffen – wird es indessen oft an der Massgeblichkeit der betreffenden Menschenrechte für die Unternehmen fehlen, soweit sie Schutz- und Gewährleistungspflichten vorsehen (dazu vorn **Ziff. 2.1.2.1 a) Absatz 5**).

Verbindliche internationale Bestimmungen zu den Menschenrechten finden sich insbesondere in folgenden Regelwerken:

- Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I, SR 0.103.1)
- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2).
- Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD, SR 0.104)
- Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW, SR 0.108)
- Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (CAT, SR 0.105)
- Übereinkommen über die Rechte des Kindes 1989 (CRC, SR 0.107)
- Übereinkommen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD, SR 0.109)
- Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwinden lassen (CED, SR 0.103.3).
- Kernübereinkommen der International Labour Organization (ILO):
 - o Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit (SR 0.822.713.9)



- Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (SR 0.822.719.7)
- Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (SR 0.822.719.9)
- Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (SR 0.822.720.0)
- Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit (SR 0.822.720.5)
- Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (SR 0.822.721.1)
- Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (SR 0.822.723.8)
- Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (SR 0.822.728.2)

Verbindliche Bestimmungen im Umweltbereich finden sich insbesondere in folgenden Regelwerken:

- Montreal-Abkommen zur Reduktion von ozonabbauenden Stoffen (SR 0.814.021)
- Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung (SR 0.814.05)
- Internationale Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für Ölverschmutzungsschäden (SR 0.814.291)
- Protokoll von Cartagena über die biologische Sicherheit zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt (SR 0.451.431)
- Protokoll von 1996 zum Übereinkommen über die Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen und anderen Stoffen (SR 0.814.287.1)
- Stockholmer Übereinkommen über persistente organische Schadstoffe (SR 0.814.03)

2.1.2.2 Absatz 3, 4 und 5

Absatz 3, 4 und 5 regeln den *persönlichen Anwendungsbereich* von Art. 716a^{bis} sowie der übrigen Bestimmungen des Gegenentwurfs. Die Regelung des Anwendungsbereichs ist wie folgt konzipiert: Angeknüpft wird in erster Linie an die wirtschaftliche Grösse des Unternehmens, definiert durch Schwellenwerte bei gewissen Unternehmenskennzahlen (Abs. 3). Davon ausgehend soll der Anwendungsbereich nach zwei Richtungen hin in gewisser Weise korrigiert werden: Gesellschaften mit einem besonders grossen Risiko der Verletzung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland sollen ungeachtet der Schwellenwerte erfasst werden, solche mit einem besonders kleinen Risiko sollen nicht erfasst werden (Abs. 4). Absatz 5 regelt schliesslich die Anwendung von Artikel 716a^{bis} im Konzern.

Die *Schwellenwerte* sind doppelt so hoch wie in Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR (Pflicht zur ordentlichen Revision) und Art. 963a Abs. 1 OR (Befreiung von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung). Damit wird auf die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen Rücksicht genommen, mit deren Geschäftstätigkeit regelmässig geringere Risiken für Menschenrechte und Umwelt verbunden sind. Es wird damit auch anerkannt, dass die sogenannte KMU-Schwelle nicht ungeachtet des Regelungsgegenstandes stets überall gleich anzusetzen ist; die "richtige" Schwelle hängt auch vom



Sachzusammenhang ab. Die EU-Richtlinie über nichtfinanzielle Berichterstattung setzt ebenfalls bei 500 Vollzeitstellen an.⁵ Mit den drei Schwellenwerten, von denen zwei erfüllt sein müssen, dürften deutlich weniger als 1'000 Unternehmen erfasst sein; gemäss Statistik des Bundesamts für Statistik (BFS) gab es im Jahr 2015 669 Unternehmen mit mehr als 500 Vollzeitstellen.

Eine Gesellschaft unterliegt der Sorgfaltsprüfungspflicht, wenn sie die Schwellenwerte *allein* oder *aber zusammen mit einem oder mehreren von ihr kontrollierten in- oder ausländischen Unternehmen* überschreitet. Abzustellen ist auf den Kontrollbegriff des Rechnungslegungsrechts (siehe Art. 963 Abs. 2). Auf die Rechtsform der Untergesellschaften kommt es nicht an; darum ist von "Unternehmen" die Rede. Auch wird klargestellt, dass es für die Begründung der Sorgfaltsprüfungspflicht unerheblich ist, ob eine Untergesellschaft ihren Sitz in der Schweiz oder im Ausland hat.

Absatz 4 "korrigiert" den auf der Grundlage der Schwellenwerte bestimmten Anwendungsbereich von Artikel 716a^{bis} aufgrund des Kriteriums des *besonders grossen bzw. besonders kleinen Risikos* einer Verletzung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt. Im Fall des besonders grossen Risikos liegt eine Erweiterung des Anwendungsbereichs vor, im Fall eines besonders kleinen Risikos wird eine Ausnahme zum an sich bestehenden Anwendungsbereich geschaffen. Diese Begriffe wird der Bundesrat in einer Verordnung zu klären haben, indem er Branchen, Wirtschaftsbereiche, Geschäftstätigkeiten, Produkte und Dienstleistungen usw. umschreibt, allenfalls in Verbindung mit Ländern oder Regionen, mit denen grössere oder kleinere Risiken verbunden sind. Ein Beispiel für eine Geschäftstätigkeit mit besonders grossem Risiko ist der Abbau von Rohstoffen in Entwicklungsländern oder der Handel mit solchen Rohstoffen. Demgegenüber birgt die Geschäftstätigkeit einer rein national tätigen Immobiliengesellschaft ohne wesentliche eigene Bautätigkeit grundsätzlich ein kleines Risiko. Die Regelung auf Verordnungsstufe erlaubt Differenzierungen, die auf Gesetzesstufe kaum vorgenommen werden könnten (etwa eine Unterscheidung im Bereich der Textilien zwischen einerseits technischen, z.B. medizinischen Textilien und andererseits Bekleidung). Dabei ist dem Ausnahmecharakter der Regelung Rechnung zu tragen: Auch wenn die Risikoneigung einer Tätigkeit im Grunde genommen das sachgerechtere Kriterium als die mittels Schwellenwerten definierte wirtschaftliche Bedeutung eines Unternehmens ist, um den Anwendungsbereich von Artikel 716a^{bis} zu bestimmen, besteht doch ein Grundsatzentscheid zugunsten der Regelung mittels Schwellenwerten. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Anwendungsbereich eines Gesetzes zu den wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen im Sinne von Artikel 164 Absatz 1 Bundesverfassung gehört, was eine Delegation an den Bundesrat verbietet, mit der der Anwendungsbereich gar in seinen Grundzügen durch den Bundesrat festgelegt würde.

Absatz 5 Satz 1 regelt den *persönlichen Anwendungsbereich im Konzernzusammenhang*. Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind diejenigen Gesellschaften, die *von einem Unternehmen kontrolliert* werden (im Sinne von Art. 963 Abs. 2 OR), auf das Artikel 716a^{bis} Anwendung findet. Denn dann erstreckt sich die Sorgfaltsprüfung dieses Unternehmens nach Absatz 1 ohnehin auch auf die kontrollierten Gesellschaften. Damit soll eine Duplizierung der aus Artikel 716a^{bis} resultierenden Pflichten und insofern ein überschüssiger Anwendungsbereich vermieden werden.

⁵ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte grosse Unternehmen und Gruppen.



Dazu statuiert Satz 2 von Absatz 5 eine *Gegenausnahme*. Auch auf kontrollierte Gesellschaften soll Artikel 716a^{bis} unter bestimmten Umständen Anwendung finden, wenn diese ein oder mehrere ausländische Unternehmen kontrollieren. Diese Regelung will sicherstellen, dass die Haftungsnorm von Artikel 55 Absatz 1^{bis} nicht dadurch ins Leere zielt, dass in einem konkreten Fall alle Schweizer Gesellschaften sich auf die Grenzen ihrer Sorgfaltsprüfungspflicht, auf eine fehlende tatsächliche Kontrolle oder eine fehlende Einflussmöglichkeit berufen und sich einer Haftung entziehen können. Indem der Anwendungsbereich diejenigen Gesellschaften erfasst, welche unmittelbar die ausländischen Unternehmen kontrollieren, wird gleichsam das "letzte Schweizer Glied in der Kette" zum potenziellen Haftungssubjekt. Erfasst werden solche Gesellschaften vom Anwendungsbereich jedoch nur, wenn (i) sie zusammen mit den kontrollierten ausländischen Unternehmen die Schwellenwerte nach Absatz 3 überschreiten und die Geschäftstätigkeiten der Gesellschaft und der ausländischen Unternehmen einen engen Zusammenhang haben (denn ohne einen solchen Zusammenhang rechtfertigt sich die Zusammenrechnung der betreffenden betriebswirtschaftlichen Kennzahlen nicht) oder wenn (ii) die Tätigkeiten der ausländischen Unternehmen ein besonderes Risiko im Sinne von Absatz 4 bergen. Ein enger Zusammenhang zwischen der Geschäftstätigkeit der in der Schweiz domizilierten und verpflichteten Gesellschaft und der Tätigkeit des durch sie kontrollierten Unternehmens im Ausland besteht beispielsweise innerhalb der Produktionskette desselben Produkts zwischen der Gewinnung der Rohstoffe, deren Verarbeitung und der Herstellung von Halbfertig- und Endprodukten.

Die so umschriebene Gegenausnahme zur Befreiung kontrollierter Gesellschaften ist indessen durch eine weitere Ausnahme und insofern eine *Rückkehr zum Grundsatz der Nichtunterstellung kontrollierter Gesellschaften* zu korrigieren, damit das Gesetz für konzernmässig verbundene Unternehmen keine Übererfüllung gesetzlicher Pflichten verlangt: Eine Berichterstattungspflicht besteht für die betreffende Gesellschaft nicht (Abs. 5 Satz 2), denn diese wird von der sie kontrollierenden Gesellschaft erfüllt. Zudem ist die Pflicht zur Sorgfaltsprüfung insoweit eingeschränkt, als die kontrollierende Gesellschaft sie wahrnimmt; insoweit besteht eine Delegation der Aufgabe an die Muttergesellschaft.

2.1.3 Artikel 810, Absatz 2, Ziffer. 4 Obligationenrecht (OR) *II. Aufgaben der Geschäftsführer*

In Artikel 810 Absatz 2 Ziffer 4 wird für die GmbH die gleiche Ergänzung vorgenommen wie in Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 5.

2.1.4 Artikel 810a Obligationenrecht (OR) *III. Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland*

In Artikel 810a wird für die GmbH auf die entsprechende Bestimmung bei der Aktiengesellschaft verwiesen. Die Ziele des indirekten Gegenentwurfs sind rechtsformunabhängig. Die Differenzierung beim Anwendungsbereich geschieht mittels der Schwellenwerte sowie des Risikokriteriums (siehe vorn **Ziff. 2.1.2.2**).

2.1.5 Artikel 901 Obligationenrecht (OR) *5. Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland*

In Artikel 901 wird auch für die Genossenschaft auf die entsprechende Bestimmung bei der Aktiengesellschaft verwiesen.



2.1.6 Artikel 69a^{bis} Zivilgesetzbuch (ZGB)

3. *Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland*

Auch Vereine können Geschäftstätigkeiten verfolgen, die unter dem Aspekt der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt bedeutsam sind. Darum erfasst der Gegenentwurf grundsätzlich auch Vereine. Differenziert wird der Anwendungsbereich aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens, das der Verein betreibt (Schwellenwerte), sowie aufgrund der Risikoneigung der unternehmerischen Tätigkeit (siehe vorn **Ziff. 2.1.2.2**).

2.2 **Berichterstattung durch die Unternehmen**

2.2.1 Artikel 961e Obligationenrecht (OR)

Zur Sorgfaltsprüfung gehört gemäss Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Satz 4 auch die *Berichterstattung* über die getroffenen Massnahmen. Was dies bedeutet, regelt Artikel 961e in rechtsformunabhängiger Weise im Kontext der Bestimmungen zur Rechnungslegung. Der persönliche Anwendungsbereich deckt sich mit dem persönlichen Anwendungsbereich der der Berichterstattung zugrunde liegenden Pflichten.

Zu berichten ist über die Erfüllung der *einzelnen Pflichten*, also über alle Elemente der Sorgfaltsprüfung nach Artikel 716a^{bis} Absatz 1 und 2. Die identifizierten Risiken und die festgestellten Verletzungen der einschlägigen Bestimmungen sind zu benennen; die Einschätzung und Gewichtung der Risiken ist darzulegen; die Massnahmen zur Minimierung der Risiken sowie zur Wiedergutmachung festgestellter Verletzungen sind aufzuzeigen; und die Prüfung der Wirksamkeit und das Ergebnis der Prüfung sind darzustellen.

Die Berichterstattung erfolgt zuhanden der *Öffentlichkeit*. Der Bericht ist darum öffentlich zugänglich zu machen. Die Öffentlichkeit hat unter anderem den Zweck, die Durchsetzung der Pflichten nach Artikel 716a^{bis} auch in Fällen zu fördern, in denen keine Haftung nach Artikel 55 Absatz 1^{bis} besteht (namentlich, weil die Haftung bewusst enger gefasst ist als der Pflichtenkatalog; dazu hinten **Ziff. 2.3.1**).

Es bietet sich eine *formelle Berichterstattung* im Rahmen des Geschäftsberichts an. Im Speziellen kann an die Nachhaltigkeitsberichterstattung angeknüpft werden.⁶ Zusätzlich zu einer Publikation auf der Website des Unternehmens können andere Formen und Kanäle der Berichterstattung je nach den Umständen angebracht sein, etwa auch Konsultationen mit betroffenen Anspruchsgruppen. Eine entsprechende Rechtspflicht besteht jedoch nicht.

Als Anhaltspunkt für den *Umfang der Berichterstattung* können internationale Richtlinien im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung beigezogen werden. Ein Beispiel ist das UN Guiding Principles Reporting Framework, das eine praxisorientierte Anleitung für die Berichterstattung zur menschenrechtlichen Sorgfaltsprüfung gibt und hinter dem bedeutende private Unternehmen, NGOs, Rechnungslegungsorganisationen und Forschungsinstitute stehen.⁷

⁶ Ein in der Schweiz bereits bestehender Mechanismus zur Berichterstattung ist die Nachhaltigkeitsberichterstattung der SIX Swiss Exchange (Art. 9 Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance).

⁷ Siehe <<https://www.ungpreporting.org>> (zuletzt besucht am 23.05.2018, verfügbar auch auf Deutsch und Französisch).



2.3 Haftung und Verantwortlichkeit

2.3.1 Artikel 55 Abs. 1^{bis} Obligationenrecht (OR)

C. Haftung des Geschäftsherrn

Artikel 55 Absatz 1^{bis} regelt die Haftung einer Gesellschaft für bestimmtes widerrechtliches Verhalten eines von ihr kontrollierten Unternehmens. Es geht somit um die Haftung einer Konzernmuttergesellschaft für bestimmtes Fehlverhalten einer Tochtergesellschaft. Diese Haftung ist ein *Anwendungsfall der Geschäftsherrenhaftung* gemäss Artikel 55 Absatz 1. Die positiven wie auch die negativen Voraussetzungen einer Haftung nach Absatz 1 müssen erfüllt sein, damit es zu einer Haftung nach Absatz 1^{bis} kommt: Die Haftung besteht gemäss dem Wortlaut von Absatz 1^{bis} "nach diesen Grundsätzen", also nach den Voraussetzungen von Absatz 1. Dies schliesst nicht aus, dass die Übertragung der Geschäftsherrenhaftung, die idealtypisch an ein Rechtsverhältnis zwischen einem Geschäftsinhaber und einem Angestellten als einer natürlichen Person anknüpft, auf das Verhältnis zwischen einer Mutter- und einer Tochtergesellschaft gewisse Anpassungen erfordert. Das betrifft namentlich die Voraussetzung des funktionellen Zusammenhangs zwischen der Verrichtung der Hilfsperson und der schädigenden Handlung ("in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen").

Von den Haftungsvoraussetzungen nach Artikel 55 Absatz 1 als Grundlage einer Haftung der Muttergesellschaft ist die erwähnte Voraussetzung des *funktionellen Zusammenhangs* besonders hervorzuheben. Das Handeln der Hilfsperson, aus dem die Schädigung hervorgegangen ist, muss im Zusammenhang mit den vom Geschäftsherrn angestrebten Zwecken der fraglichen Verrichtung stehen. Die Übertragung dieser Haftungsvoraussetzung auf das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft bedeutet, dass die Muttergesellschaft dann nicht nach dieser Bestimmung haftet, wenn die Tochtergesellschaft die Schädigung ausserhalb des Konzernzwecks in einem Bereich begangen hat, in dem sie gegenüber dem Konzern autonom war.

Eine Haftung der Muttergesellschaft besteht für bestimmtes Verhalten eines Unternehmens, das die Muttergesellschaft *tatsächlich kontrolliert* (Abs. 1^{bis} Satz 1). Dadurch wird die allgemeine Voraussetzung des Subordinationsverhältnisses als Voraussetzung einer Geschäftsherrenhaftung für den Konzernkontext gesetzlich konkretisiert. Tatsächliche Kontrolle setzt erstens *Kontrolle* im Sinne von Artikel 963 Absatz 2 voraus. Die Kontrolle kann eine direkte oder indirekte sein. Zum Begriff der Kontrolle bringt Absatz 1^{ter} eine Klarstellung an: Wirtschaftliche Abhängigkeit eines Unternehmens bedeutet für sich allein nicht, dass das abhängige Unternehmen vom anderen Unternehmen kontrolliert würde. Diese Klarstellung erachtet die Rechtskommission des Nationalrates für notwendig, da die Auslegung von Artikel 963 Absatz 2 nicht mit letzter Gewissheit ergibt, dass sich ein "beherrschender Einfluss" im Sinne von Ziffer 3 von Artikel 963 Absatz 2 niemals allein aufgrund einer wirtschaftlichen Abhängigkeit ergeben kann. Die Rechtskommission will jedoch eine Haftung der Muttergesellschaft in solchen Fällen strikt ausschliessen: Es soll namentlich keine Haftung für das Verhalten von Lieferanten geben, mögen diese auch wirtschaftlich vom betreffenden Unternehmen abhängen, was Letzterem einen natürlichen Einfluss verschafft. Die Rechtskommission nimmt damit in Kauf, dass die Klarstellung in Absatz 1^{ter} nur klarstellenden, deklaratorischen Charakter hat, also nicht eine echte potenzielle Ausnahme zu Artikel 963 Absatz 2 begründet. Erst recht besteht demnach keine Kontrolle, wenn die beiden Unternehmen eine Geschäftsbeziehung verbindet, die keine wirtschaftliche Abhängigkeit begründet.

Die so definierte Kontrolle muss von der Muttergesellschaft *tatsächlich ausgeübt* werden. ("Tatsächlich kontrolliert" bedeutet demnach nicht etwa eine Kontrolle aufgrund faktischer, namentlich wirtschaftlicher Gegebenheiten, sondern eine tatsächlich ausgeübte Kontrolle.) In



bewusstem Gegensatz zu Artikel 716a^{bis} knüpft der Gegenentwurf bei der Haftung im Konzernverhältnis an das Leitungsprinzip an: Die Muttergesellschaft muss die Kontrollmöglichkeit tatsächlich wahrgenommen haben. Erforderlich ist eine einheitliche Leitung im Sinne des bis am 31. Dezember 2012 in Kraft stehenden Artikels 663e Absatz 1. Denn während im Hinblick auf die Erstellung der Jahres- bzw. Konzernrechnung die Ausübung der Kontrollmöglichkeit in der Tat nicht als ausschlaggebend erscheint (entsprechend der nunmehr positivrechtlichen Anordnung in Artikel 963a Absatz 2 Ziffer 3), ist eine Haftung der Muttergesellschaft für Fehlverhalten einer Tochtergesellschaft aus rechtsethischer Sicht nur zu rechtfertigen, wenn die Muttergesellschaft ihren potenziellen Einfluss ausgeübt hat.

Eine Haftung der Muttergesellschaft für bestimmtes Fehlverhalten von Tochtergesellschaften besteht nur, wenn ein Schaden, also eine Vermögensverminderung, aufgrund einer Beeinträchtigung von *Leib und Leben* (physische Integrität eines Menschen) oder von *Eigentum* im Ausland entstanden ist. Reine Vermögensschäden qualifizieren ebenso wenig wie Beeinträchtigungen der Umwelt, wenn diese nicht zugleich Verletzungen eines der beiden Rechtsgüter sind.

Die Muttergesellschaft kann sich von einer Haftung befreien, wenn sie den *Sorgfalts-* oder den *Entlastungsbeweis* nach Artikel 55 Absatz 1 OR erbringt. Auch insofern gilt, dass die Haftung nach Absatz 1^{bis} ein Anwendungsfall der Haftung nach Absatz 1 ist (Haftung "nach diesen Grundsätzen"). Das gilt auch hinsichtlich der Beweislast. Eine Konkretisierung des Sorgfaltsbeweises besteht im Nachweis der belangten Muttergesellschaft, dass sie die von ihr aufgrund von Artikel 716a^{bis} (bzw. der entsprechenden Bestimmungen bei den anderen Gesellschaftsformen) obliegenden Pflichten erfüllt hat, also eine Sorgfaltsprüfung im Sinne des Gesetzes durchgeführt hat. Auch diesbezüglich gilt (selbstverständlich), dass die Beweislast bei der Muttergesellschaft liegt. Auch ohne gesetzliche Anordnung (siehe dazu vorn **Ziff. 2.1.2.1 b) Absatz 5**) wird eine unabhängige Bestätigung, dass die Gesellschaft sich an einen einschlägigen Standard im Bereich des Umwelt- oder des Menschenrechtsschutzes gehalten hat, im entsprechenden Umfang als tatsächliche Vermutung für die Erfüllung der Sorgfaltsprüfungspflicht betrachtet werden.

Im Übrigen hat der *Kläger* die haftungsbegründenden Voraussetzungen einer Haftung zu *beweisen*, namentlich die tatsächliche Kontrolle der Mutter- gegenüber der Tochtergesellschaft, den Schaden, die Widerrechtlichkeit, den funktionellen Zusammenhang und den Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Verhalten des kontrollierten Unternehmens und dem Schadenseintritt.

Zusätzlich zu den Grundlagen für eine Haftungsbefreiung, die sich aus der Anwendung von Artikel 55 Absatz 1 ergeben, räumt der Gegenentwurf der Muttergesellschaft die Möglichkeit ein, einzuwenden, dass sie nicht auf das *Verhalten des kontrollierten Unternehmens, in dessen Zusammenhang die geltend gemachten Rechtsverletzungen stehen, Einfluss nehmen konnte*. Hier ist vorausgesetzt, dass die Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft die Kontrolle tatsächlich ausgeübt hat, dass jedoch die Einflussmöglichkeit gerade mit Bezug auf das Verhalten, aus dem die Schädigung hervorgegangen ist, nicht bestanden hat, sodass sich eine Haftung der Muttergesellschaft nicht rechtfertigen lässt. So kann der Muttergesellschaft ein umfassender Einfluss auf die Geschäftstätigkeiten der Tochtergesellschaft verwehrt sein, wenn die Tatsache, dass es neben ihr noch andere bedeutende Aktionäre oder Vertreter solcher Aktionäre in den Leitungsorganen der Tochtergesellschaft gibt, sie daran hindert, die einheitliche Leitung durchzusetzen. Umgekehrt versteht sich, dass die Muttergesellschaft sich nicht mit dem Argument befreien kann, die Kontrolle mit Bezug auf bestimmte Tätigkeiten im konkreten Zusammenhang nicht ausgeübt zu haben; das Vorliegen tatsächlicher Kontrolle verpflichtet die Muttergesellschaft, ihren Einfluss soweit wie möglich geltend zu machen.



Artikel 55 Absatz 1^{bis} regelt nur die Haftung einer Muttergesellschaft für bestimmtes Fehlverhalten einer Tochtergesellschaft. Nach *allgemeinen Bestimmungen*, welche durch die neuen Absätze 1^{bis} und 1^{ter} von Artikel 55 nicht berührt werden, beurteilt sich die Haftung der Muttergesellschaft für ihr selber zuzurechnendes Verhalten von zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugten Personen (Art. 722). Nach allgemeinen Bestimmungen beurteilt sich sodann, ob gestützt auf andere Rechtsgrundlagen, wie etwa eine Durchgriffshaftung, eine Haftung der Muttergesellschaft begründet werden kann. Und nach der allgemeinen Bestimmung von Artikel 55 Absatz 1 ist namentlich denkbar, dass eine Haftung der Muttergesellschaft auch für Schäden besteht, die nicht durch Verletzung von in Absatz 1^{bis} genannten Rechtsgütern entstanden sind, und dass eine Haftung besteht, die nicht auf einer Verletzung von Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Ausland gründet. Demgegenüber ist eine Haftung der Muttergesellschaft gestützt auf Absatz 1 jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn die Voraussetzung der tatsächlichen Kontrolle nicht erfüllt ist oder wenn die Muttergesellschaft die Einwendung der fehlenden Einflussmöglichkeit im konkreten Zusammenhang erheben kann.

2.3.2 Artikel 759a Obligationenrecht (OR) *Ca. Ausschluss der Haftung*; Artikel 918a Obligationenrecht (OR) *Ca. Ausschluss der Haftung*; Artikel 69a^{bis} Abs. 2 Zivilgesetzbuch 3. *Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland*

In denjenigen Fällen, in denen eine Haftung der Muttergesellschaft aufgrund von Artikel 55 Absatz 1^{bis} bestehen kann, soll eine *persönliche Haftung der Geschäftsführungsorgane der Muttergesellschaft gegenüber den geschädigten Personen ausgeschlossen* sein. Ein an sich möglicher Anspruch gestützt auf die Organverantwortlichkeit aufgrund einer unmittelbaren Schädigung (darum die Einordnung bei den Bestimmungen zur Verantwortlichkeit der Organe) wie auch ein persönlicher Anspruch gegen das Organ im Fall der Haftung einer juristischen Person (siehe allgemein Art. 55 Abs. 3 ZGB) werden somit ausgeschlossen. Die Haftungserleichterung, die man darin erblicken kann, dass das Gesetz mit Artikel 55 Absatz 1^{bis} eine zwar ohnehin bestehende Rechtsgrundlage für eine Haftung der Muttergesellschaft nunmehr ausdrücklich zur Verfügung stellt, soll durch den Haftungsausschluss zugunsten der Organe in gewisser Weise ausgeglichen werden. Dieser Zusammenhang ist kein rechtsdogmatisch zwingender, aber er ist aus Sicht der Rechtskommission des Nationalrates ein rechtspolitisch vertretbarer. Hinzu kommt, dass die persönliche Haftung der Geschäftsführungsorgane im Fall von grossen Schäden aufgrund der Geschäftstätigkeit grosser Unternehmen auch insofern kritisiert werden kann, als die Haftung Erwartungen auslöst, die sie angesichts der beschränkten Mittel der Haftpflichtigen ohnehin vielfach nicht einlösen kann. Diese Überlegung trifft freilich nicht nur im Zusammenhang mit einer Haftung für die Verletzung von Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt zu.

Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Artikel 55 Absatz 1^{bis} greift der Haftungsausschluss nicht. Das gilt namentlich mit Bezug auf Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft und der Aktionäre gegenüber den Geschäftsführungsorganen (siehe Art. 754 ff.).

2.4 Internationales Privatrecht (IPRG)

2.4.1 Artikel 139a Internationales Privatrecht (IPRG) *II. Anwendbares Recht 2. Im Besonderen g. Verletzung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland*

Artikel 716a^{bis} und Artikel 55 Absatz 1^{bis} regeln einen internationalen Sachverhalt, denn sie betreffen auf der einen Seite eine Schweizer Gesellschaft, auf der anderen Seite eine Pflicht bzw.



Rechtsverletzungen, die sich auf ein Verhalten im Ausland beziehen. Vor diesem Hintergrund hat die Rechtskommission des Nationalrates sich für eine *kollisionsrechtliche Bestimmung* entschieden. Sie will damit insbesondere die ansonsten nicht eindeutig zu beantwortende Frage klären, ob Artikel 55 Absatz 1^{bis} auch ohne besondere Kollisionsnorm bereits aufgrund von Artikel 18 IPRG (Zwingende Anwendung des schweizerischen Rechts) anzuwenden wäre.

Zwar geht das schweizerische Internationale Privatrecht, soweit es um potenziell widerrechtliches Verhalten und um Ansprüche aus unerlaubter Handlung geht, davon aus, dass das Recht am Erfolgsort anzuwenden ist, wenn der Erfolg nicht in dem Staat eintritt, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist (siehe im Einzelnen Art. 133 Abs. 2 IPRG). Denn dieses Recht ist in einem solchen Fall das mit der unerlaubten Handlung am engsten verbundene Recht. Doch hat die Schweiz auch ein Interesse daran, dass die nach ihrem Recht konstituierten Gesellschaften, einschliesslich der durch sie kontrollierten Unternehmen, sich im Ausland an Rechtsvorschriften halten, denen die Schweiz für das internationale Verhältnis zugestimmt hat. Vor diesem Hintergrund sieht Artikel 139a die folgende Ordnung vor:

Bei Ansprüchen wegen Verletzung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Fall von Schäden an Leib und Leben oder an Eigentum im Ausland beurteilen sich die *Widerrechtlichkeit* und das *Verschulden* nach diesen Bestimmungen. (Die gesetzliche Bestimmung verwendet das Wort "Schuldhaftigkeit", weil "Verschulden" nicht, wie im betreffenden Satz aufgrund des Satzaufbaus erforderlich, als Adjektiv zu "Verhalten" verwendet werden kann.) Damit soll die Durchsetzung dieser Bestimmungen auch im Ausland gewährleistet werden. Dabei ist immer vorausgesetzt, dass ein schweizerisches Gericht seine Zuständigkeit zur Beurteilung eines solchen Anspruchs nach den geltenden, durch den indirekten Gegenentwurf in keiner Weise tangierten Regeln des internationalen Zivilprozessrechts bejaht.

Von dieser Regelung ist ausnahmsweise dann abzusehen, wenn am Ort, wo die unerlaubte Handlung begangen wird bzw. ihr Erfolg eintritt, ein Recht gilt, das zwar den einschlägigen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt nicht entspricht, das aber immerhin nach seinem Zweck im konkreten Fall zu einem Ergebnis führt, das nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerecht erscheint. Damit lehnt sich der Gesetzesentwurf ein Stück weit an den Regelungsgedanken an, der hinter Artikel 19 IPRG (Berücksichtigung zwingender Bestimmungen eines ausländischen Rechts) steht; ein unmittelbarer, zwingender Zusammenhang besteht jedoch nicht, denn die kollisionsrechtliche Ausgangslage ist nicht die gleiche. Beispielsweise mögen in einem anderen Land weniger strenge Vorschriften zum Schutz der Umwelt bestehen; doch sind immerhin entsprechende Vorschriften in Kraft und werden diese auch befolgt. In einem solchen Fall rechtfertigt es sich nicht, den Sachverhalt, der sich im Ausland und nach einem anderen Recht ereignet hat, nach schweizerischen bzw. internationalen Vorschriften zu beurteilen. In einem solchen Fall soll, in Übereinstimmung mit Artikel 133 Absatz 2 Satz 1 oder 2, das Recht des (ausländischen) Handlungs- bzw. Erfolgsortes zur Anwendung kommen. Dasselbe gilt, wenn nach den einschlägigen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt keine Widerrechtlichkeit oder Schuldhaftigkeit des Verhaltens besteht, nach dem einschlägigen ausländischen Recht dagegen schon.

Artikel 139a *Absatz 1* gilt für Ansprüche gegen eine Muttergesellschaft gestützt auf Artikel 55 Absatz 1^{bis} OR gleich wie für Ansprüche, die sich gegen eine schweizerische Gesellschaft richten, die für ihr direkt zurechenbares Verhalten haftbar gemacht werden soll.

Absatz 2 betrifft Ansprüche gegen eine schweizerische Muttergesellschaft und ist insofern auf Artikel 55 Abs. 1^{bis} OR gemünzt. Diese Regelung soll sicherstellen, dass die Frage, ob eine



Muttergesellschaft als Haftungssubjekt ins Recht gefasst werden kann (Frage der Person des Haftpflichtigen, siehe Art. 142 Abs. 1), sowie die Voraussetzungen und damit auch die Möglichkeiten einer Haftungsbefreiung nach Artikel 55 Absatz 1^{bis} beurteilt werden. Damit wird eine kollisionsrechtliche Symmetrie hergestellt: Zwar werden die Widerrechtlichkeit und das Verschulden im Fall eines Verhaltens im Ausland nach schweizerischem Recht beurteilt; doch sollen folglich auch die Einwendung, die ins Recht gefasste Gesellschaft sei insbesondere mangels tatsächlicher Kontrolle gegenüber dem betreffenden ausländischen Unternehmen keine haftpflichtige Person, sowie alle Befreiungsmöglichkeiten der belangten Gesellschaft nach schweizerischem Recht offenstehen.