

Ständerat

Conseil des Etats

Consiglio degli Stati

Cussegl dals stadis



16.077 n OR. Aktienrecht (Entwurf 2)

Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 19. Februar 2019

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) hat am 19. Februar 2019 den indirekten Gegenentwurf ([16.077](#), Entwurf 2) zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» ([17.060](#)) verabschiedet. Im vorliegenden Bericht werden diejenigen Bestimmungen des indirekten Gegenentwurfs erläutert, welche die RK-S gegenüber dem Entwurf des Nationalrats vom 14. Juni 2018 abgeändert oder neu eingefügt hat.

Anträge der Kommission

Siehe Anträge der Kommission sowie der Minderheiten auf der [Fahne 16.077](#), [Entwurf 2](#).

Berichterstattung: Engler (d).

Im Namen der Kommission
Der Präsident:

Robert Cramer

Inhalt des Berichtes

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



1 Ausgangslage

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) ist am 17. Oktober 2018 mit 9 zu 2 Stimmen bei 1 Enthaltung auf den vom Nationalrat am 14. Juni 2018 im Rahmen der Aktienrechtsrevision ([16.077](#), Entwurf 2) beschlossenen [indirekten Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative](#) eingetreten. Gleichzeitig hat die Kommission beschlossen, für die Weiterführung der Arbeiten am indirekten Gegenentwurf eine Subkommission einzusetzen. Diese sollte mit Unterstützung der Verwaltung den vom Nationalrat verabschiedeten Text unter Berücksichtigung der am 21. August 2018 von der Kommission durchgeführten Anhörungen prüfen und der Plenarkommission im ersten Quartal 2019 Bericht erstatten.¹

Am 5. November 2018, 29. November 2018, 12. Dezember 2018, 18. Januar 2019 und am 11. Februar 2019 haben Sitzungen der Subkommission der RK-S stattgefunden, an denen der indirekte Gegenentwurf beraten wurde.

Am 19. Februar 2019 hat die RK-S den indirekten Gegenentwurf mit 6 zu 4 Stimmen bei 3 Enthaltungen in der Gesamtabstimmung angenommen.

2 Erläuterungen zu den einzelnen Anträgen der Kommission

Es werden in den nachfolgenden Ausführungen nur die Bestimmungen des indirekten Gegenentwurfs erläutert, welche die RK-S gegenüber dem Entwurf des Nationalrates vom 14. Juni 2018 abändert oder neu eingefügt hat.

Wenn nichts vermerkt ist, gelten die Erläuterungen des [Zusatzberichts der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 18. Mai 2018](#) weiter.²

2.1 Haftung und Verantwortlichkeit

2.1.1 Vorbemerkungen zur Gesetzessystematik

Der Nationalrat hat die Haftungsnorm seines indirekten Gegenvorschlags systematisch der Haftung des Geschäftsherrn (Art. 55 OR) angegliedert, und zwar als neue Absätze 1^{bis} und 1^{ter} von Artikel 55 OR. Dabei stützte er sich auf Lehrmeinungen, welche die Anwendbarkeit der Geschäftsherrenhaftung des geltenden Artikel 55 Absatz 1 OR auf juristische Personen grundsätzlich bejahen. Das Bundesgericht äusserte sich zur Frage, ob Artikel 55 OR auf juristische Personen anwendbar ist, bisher erst in einem *obiter dictum*.³ In einem Fall, in dem Schweizer Recht anwendbar war, schloss das Bundesgericht die Anwendung von Artikel 55 OR im Konzernverhältnis nicht von vornherein aus, verlangte aber ein Subordinationsverhältnis, das sich im Konzernkontext durch eine vertragliche Bindung äussern müsse. Vor diesem Hintergrund, und um entsprechender Kritik aus den Anhörungen Rechnung zu tragen, schlägt die RK-S vor, die Regelung des Nationalrats systematisch in einen neuen Artikel 55a E-OR zu überführen.

Die Marginalie vor Artikel 55 OR muss deshalb neu «C. Haftung des Geschäftsherrn und Haftung für tatsächlich kontrollierte Unternehmen» lauten. Die bisherige Marginalie von Artikel 55 OR bleibt inhaltlich unverändert, wird aber neu nummeriert («I. Haftung des Geschäftsherrn»), während der neu

¹ [Medienmitteilung vom 17.10.2018](#).

² [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](#).

³ Entscheidung des BGer vom 11. Juni 1992 (R. Inc. c. S. SA), zusammengefasst in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht SZW/RSDA, 65. Jahrgang, 6/1993, S. 308 und Semaine Judiciaire, 1992, S. 627-628.



vorgeschlagene Artikel 55a E-OR die Marginalie «II. Haftung für tatsächlich kontrollierte Unternehmen» erhält.

Die Haftung des neuen Artikel 55a E-OR ist rechtsformneutral ausgestaltet.

2.1.2 Erläuterungen zu Artikel 55a E-OR

Artikel 55 Absatz 1^{bis} und Artikel 55 Absatz 1^{ter} des nationalrätlichen Entwurfs werden *gestrichen* und ihr Inhalt in Artikel 55a E-OR überführt. Um der redaktionellen Kritik aus den Anhörungen Rechnung zu tragen, wurde der Inhalt des nationalrätlichen Artikels 55 Absatz 1^{bis} E-OR der Übersichtlichkeit halber auf zwei Absätze von Artikel 55a E-OR aufgeteilt. Der neue Artikel 55a Absatz 1 E-OR regelt die Haftungsvoraussetzungen, Absatz 2 den Entlastungsbeweis.

Absatz 1 entspricht, abgesehen von redaktionellen Änderungen, inhaltlich dem nationalrätlichen Artikel 55 Absatz 1^{bis} Satz 1 E-OR. Die Begriffe "Nach diesen Grundsätzen haften" wurden gestrichen und die Ausdrücke "auch im Ausland" neu positioniert.

Auch in **Absatz 2** hat die RK-S nur redaktionelle Anpassungen vorgenommen (das Wort "insbesondere" wurde gestrichen und die Formulierung "dass sie die durch das Gesetz von ihnen geforderten Massnahmen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt getroffen haben" hat die RK-S durch die Formulierung "dass sie die Massnahmen gemäss Artikel 716a^{bis} [E-OR] getroffen haben," ersetzt). Materiell entspricht die Bestimmung dem nationalrätlichen Artikel 55 Absatz 1^{bis} Satz 2 E-OR.

Inhaltlich regeln **Artikel 55a Absatz 1 und Absatz 2** Folgendes:

- **Absatz 1** regelt die Voraussetzungen der Haftung. Diese sind vom Kläger bzw. Geschädigten zu beweisen. Es sind dies:
 - der Schaden (an Leib und Leben oder Eigentum);
 - der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem Schaden;
 - der funktionelle Zusammenhang ("in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen");
 - das Subordinationsverhältnis ("tatsächlich kontrollierte Unternehmen");
 - die Widerrechtlichkeit (d.h. die Verletzung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt).
- **Absatz 2** eröffnet dem beklagten Unternehmen die Möglichkeit, den Exkulpationsbeweis zu erbringen. Es handelt sich um den Nachweis des Unternehmens, dass es die Massnahmen gemäss Artikel 716a^{bis} E-OR getroffen hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten oder dass es nicht auf das Verhalten des kontrollierten Unternehmens, in dessen Zusammenhang die geltend gemachten Rechtsverletzungen stehen, Einfluss nehmen konnte.

Absatz 3 präzisiert den Kreis der Unternehmen, für deren Verhalten die Konzernmutter haftet. Der neue Wortlaut soll – im Gegensatz zum Entwurf des Nationalrates in Artikel 55 Absatz 1^{ter} E-OR – positiv formulieren, in welchen Fällen die tatsächliche Kontrolle gegeben ist. Demnach kontrolliert ein Unternehmen ein anderes tatsächlich, wenn es die Beherrschung oder Kontrolle effektiv ausübt. Die rein wirtschaftliche Abhängigkeit begründet keine tatsächliche Kontrolle. Die neue Formulierung lehnt sich an die Definition des Konzerns von Artikel 963 Absatz 2 Ziffer 1 OR an. Darin wird geregelt, in welchen Fällen eine juristische Person verpflichtet ist, eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) zu erstellen. Nach dieser Bestimmung genügt hierfür die *Möglichkeit* einer Beherrschung bzw. Kontrolle, mithin ist keine tatsächliche Kontrolle vorausgesetzt. Weil Artikel 963 Absatz 2 Ziffer 1 OR keine tatsächliche Kontrolle verlangt, musste der Wortlaut dieser Norm für die



Übernahme in Artikel 55a Absatz 3 E-OR entsprechend angepasst werden. Damit greift die Haftung nur bei *tatsächlicher*, d.h. effektiv ausgeübter Beherrschung resp. Kontrolle. Wie in Artikel 963 Absatz 2 Ziffer 1 OR sind auch in Artikel 55a Absatz 3 E-OR in den Ziffern 1-3 drei alternative Fälle geregelt, bei denen eine tatsächliche Kontrolle gegeben ist.

Die Formulierung wurde so angepasst, dass gemäss Artikel 55a Absatz 3 Ziffer 1 E-OR die Mehrheit der Stimmen tatsächlich ausgeübt werden muss bzw. worden sein muss, damit eine tatsächliche Beherrschung oder Kontrolle bejaht werden kann. Die blosser Möglichkeit zur Ausübung der Mehrheit der Stimmrechte genügt also nicht. Nach Artikel 55a Absatz 3 Ziffer 2 E-OR muss die Muttergesellschaft direkt oder indirekt effektiv die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans bestellt oder abberufen *haben* (die blosser Möglichkeit dazu genügt nicht). Mit Verträgen im Sinne von Artikel 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). Vielmehr geht es um vertraglich eingeräumte Rechte, die dem kontrollierenden Unternehmen einen *beherrschenden* Einfluss ermöglichen. Dies wäre bspw. der Fall, wenn das herrschende Unternehmen vertraglich das Recht hätte, eine Anordnung oder eine Weisung an den Vertragspartner zu geben und diesen als Träger der Stimmrechte zur Wahl oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des obersten Verwaltungs- und Leitungsorgans des beherrschten Unternehmens zu veranlassen.

Absatz 4 stellt klar, dass *diese* Bestimmung (d.h. Art. 55a E-OR) keine Haftung aufgrund von Geschäftsbeziehungen mit Dritten begründet. Mit Dritten sind namentlich Lieferanten oder Unternehmen der Lieferkette gemeint. Der Ausschluss der Haftung für Dritte wurde explizit in das Gesetz aufgenommen. Damit wird die Rechtssicherheit erhöht. Im Entwurf des Nationalrats fehlte der Ausschluss; er war lediglich im Zusatzbericht erwähnt.

Absatz 5: Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 759a, Artikel 918a E-OR sowie Artikel 69a^{bis} Absatz 2 E-ZGB des Entwurfs des Nationalrates. Artikel 55a Absatz 5 E-OR ersetzt diese drei Bestimmungen. Er ist rechtsformneutral ausgestaltet und verständlicher formuliert.

Absatz 6: (Subsidiaritätsregel) Die Bestimmung ist neu. Sie enthält eine Subsidiaritätsregel nach dem Vorbild des Bürgschaftsrechts (Art. 495 OR): Das kontrollierende Unternehmen soll erst dann belangt werden können, wenn es wahrscheinlich ist, dass eine Klage gegen das kontrollierte Unternehmen, das den Schaden verursacht hat, unmöglich, erschwert oder aussichtslos ist.

Das kontrollierende Unternehmen kann einerseits dann belangt werden, wenn das kontrollierte Unternehmen in Konkurs geraten ist oder Nachlassstundung erhalten hat (Bst. a), d.h. wenn es insolvent ist oder sich in einem insolvenznahen Zustand befindet. In solch einer Situation ist es absehbar, dass der Schaden der Opfer nicht oder nicht vollständig durch die verantwortliche Tochtergesellschaft ersetzt werden kann.

Das kontrollierende Unternehmen kann zudem auch dann belangt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Rechtsverfolgung im Ausland gegen das kontrollierte Unternehmen im Vergleich zur Klage in der Schweiz gegen das kontrollierende Unternehmen erheblich erschwert ist (Bst. b). Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn nicht zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht innert angemessener Frist eine Entscheidung fällt (vgl. Art. 9 Abs. 1 IPRG), oder wenn zu erwarten ist, dass die ausländische Entscheidung in der Schweiz nicht anerkennbar wäre, etwa, weil sie mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre, oder z.B. der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht gewährt würde.

Eine Minderheit (*Levrat*, Cramer, Engler, Janiak, Jositsch, Seydoux) beantragt, auf eine Subsidiaritätsregelung zu verzichten (Streichung des Absatzes 6).



Regelung "ohne Haftung"

Eine Minderheit (*Hefti*, Rieder, Schmid Martin) beantragt die Streichung der Bestimmungen zur Haftung, d.h. sie beantragt einen indirekten Gegenvorschlag mit Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht, jedoch ohne Haftungsregelung. Bei der Regelung "ohne Haftung" wären folgende Artikel und Marginalien zu streichen: Artikel 55 E-OR Marginalie, Artikel 55 Absatz 1^{bis} E-OR, Artikel 55 Absatz 1^{ter} E-OR, Artikel 55a E-OR, Artikel 716a^{bis} Absatz 7 E-OR, Artikel 759a E-OR, Artikel 918a E-OR, Marginalie vor Artikel 961e E-OR, Marginalie vor Artikel 961f E-OR, Artikel 961f E-OR, Artikel 69a^{bis} Absatz 2 E-ZGB, Artikel 139a E-IPRG, Artikel 142 Absatz 3 E-IPRG. Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 4 E-OR müsste mit dem Satz "Der Bericht ist öffentlich zugänglich zu machen." ergänzt werden, da der inhaltlich gleiche Artikel 961e bei der Variante "ohne Haftung" aufgehoben würde. Die spezifische Haftungsregelung von Artikel 55a E-OR für tatsächlich kontrollierte Unternehmen entfielen.

Es stellt sich die Frage, ob in diesem Fall – sofern im Zusammenhang mit der Verletzung der Sorgfaltsprüfungspflicht nach Artikel 716a^{bis} E-OR Schweizer Recht anzuwenden wäre – die Geschäftsherrenhaftung des geltenden Artikel 55 Absatz 1 OR auf juristische Personen bzw. Konzernverhältnisse zur Anwendung käme, wie es die überwiegende Lehre unter bestimmten Umständen bejaht (s. oben, Ziff. 2.1.1).

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

2.2.1 Erläuterungen zu Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 10 E-OR

In **Absatz 1 Ziffer 10** wird im Vergleich zum Entwurf des Nationalrats der Gesetzesverweis geändert, da die Erstellung des Berichts betreffend die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt nicht mehr in Artikel 961e E-OR, sondern neu in Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 3 E-OR geregelt wird. Artikel 961e E-OR enthält neu nur noch die Pflicht, den Bericht öffentlich zugänglich zu machen.

2.2.2 Erläuterungen zu Artikel 716a^{bis} E-OR

Absatz 1: Die Bestimmung wurde nur redaktionell angepasst. Im ersten Satz wurde in Klammern der Begriff "Sorgfaltsprüfung" ergänzt. Es ist erforderlich, den Ausdruck "Sorgfaltsprüfung" zu Beginn einzuführen, weil er in Artikel 716a^{bis} Absatz 2 E-OR und in Artikel 961f Absatz 2^{bis} E-OR wiederholt wird. Um die Bestimmung übersichtlicher zu gestalten, wurden die bisherigen Sätze 2 bis 4 des Artikel 716a^{bis} Absatz 1 E-OR neu in die Ziffern 1 bis 4 von Artikel 716a^{bis} Absatz 1 E-OR unterteilt. Die Berichterstattungspflicht ist in Ziffer 4 geregelt. Sie umfasst sämtliche in den vorangehenden Ziffern 1-3 aufgeführten Pflichten der Sorgfaltsprüfung.

Absatz 2: Der besseren Übersichtlichkeit halber wurde der Inhalt von Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Satz 5 E-OR des Entwurfs des Nationalrats neu in Artikel 716a^{bis} Absatz 2 E-OR überführt. Der Kreis der vom Begriff "Dritten" erfassten Akteure ist weiter als derjenige des Ausdrucks "Zulieferern". Letztere sind im Begriff "Dritten" enthalten. Gemäss den [OECD-Leitsätzen](#) (S. 27) (vgl. auch die [UNO-Leitprinzipien](#), Kommentar zu Ziff. 13) umfasst der Ausdruck "Geschäftsbeziehungen" Beziehungen zu "Geschäftspartnern, Unternehmensteilen in der Zulieferkette und anderen nichtstaatlichen oder staatlichen Rechtsträgern, die direkt mit der Geschäftstätigkeit, den Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens verbunden sind." Die gesellschaftsrechtliche Sorgfaltsprüfungspflicht hat einen weiten Anwendungsbereich und umfasst Geschäftsbeziehungen über den Konzern hinaus, d.h. auch die gesamte Wertschöpfungs- und Lieferkette. Demgegenüber ist die Haftungsregelung enger formuliert: Gehaftet wird nur für Handlungen innerhalb des Konzerns. Eine Haftung aufgrund von Ge-



schäftsbeziehungen mit "Dritten" ist ausgeschlossen (vgl. 55a Abs. 4 E-OR). Beim Haftungsausschluss wird ebenfalls explizit von „Dritten“ gesprochen, d.h. die Haftung beschränkt sich auf tatsächlich kontrollierte Unternehmen.

Eine Minderheit (*Caroni, Abate, Minder, Rieder, Schmid Martin, Vonlanthen*) beantragt, den Umfang der Sorgfaltsprüfungspflicht auf "Zulieferer" zu beschränken.

Absatz 2^{bis}: Diese Bestimmung stimmt inhaltlich mit Artikel 716a^{bis} Absatz 2 E-OR des Entwurfs des Nationalrates überein. Es wurde nur eine systematische Anpassung vorgenommen. Da der Inhalt von Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Satz 5 E-OR des Entwurfs des Nationalrats in Artikel 716a^{bis} Absatz 2 E-OR verschoben wurde, musste Artikel 716a^{bis} Absatz 2^{bis} E-OR geschaffen werden, um darin den Inhalt des bisherigen Artikel 716a^{bis} Absatz 2 E-OR unterzubringen.

Absatz 4: Diese Bestimmung enthält eine redaktionelle Anpassung. Es wird klargestellt, dass es um Bestimmungen geht, welche eigentlich im Inland gelten würden, der Verwaltungsrat aber verpflichtet werden soll, Massnahmen zu deren Einhaltung im Ausland zu ergreifen.

Absatz 5: Diese Norm wurde zum besseren Verständnis redaktionell bzw. systematisch unterteilt in eine Ziffer 1 und eine Ziffer 2.

Absatz 6: Diese Bestimmung enthält gegenüber dem Entwurf des Nationalrates zunächst eine Präzisierung. In der Norm wurde der Begriff "anerkannten" eingefügt. Damit wird klargestellt, dass nicht jeder bilaterale Staatsvertrag gemeint ist, sondern nur die Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt, die für die Schweiz verbindlich und international anerkannt sind.

Gemäss den [UNO-Leitprinzipien](#) (s. Kommentar zu UNO-Leitprinzip Ziff. 12,) können die "Wirtschaftsunternehmen Auswirkungen auf nahezu das gesamte Spektrum der international anerkannten Menschenrechte" haben. Dementsprechend bezieht sich auch die ihnen obliegende Verantwortung quantitativ grundsätzlich auf *alle* diese Rechte. Qualitativ beinhaltet die Unternehmensverantwortung eine *Respektierungspflicht*, während die Staaten auch eine Schutz- und Gewährleistungspflicht trifft. Davon ausgehend präzisiert die Bestimmung von Artikel 716a^{bis} Absatz 6 E-OR den Anwendungsbereich wie folgt: Es sollen die international anerkannten Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland nur erfasst werden, "soweit sie sich dazu eignen, auch gegenüber Unternehmen wirksam zu werden".

Diese Formulierung trägt einer Kritik Rechnung, die im Rahmen der Anhörungen geäussert wurde. Sie orientiert sich zudem an Artikel 35 Absatz 3 BV. Nach dieser Verfassungsbestimmung sorgen die Behörden dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Artikel 35 Absatz 3 BV verpflichtet somit die "Behörden", die Grundrechte unter Privaten zu verwirklichen. Dazu bedarf es eines Übertragungsaktes (sog. indirekte Drittwirkung des Menschenrechtsschutzes zwischen Privaten, vgl. BSK BV-WALDMANN, 2015, Art. 35 BV, Rz 58, 60; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 52).

Gemäss den Ausführungen im [Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 18. Mai 2018](#) (S. 4) bedeutet die Einhaltung der international anerkannten Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland, "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." Im internationalen Menschenrechtsschutz gibt es ferner die Figur der "obligations positives". Es geht dabei um Schutzpflichten des Staates, die darauf abzielen, im Verhältnis unter Privaten die Grundrechte zum Tragen zu bringen bzw. Private vor privaten Übergriffen wirksam zu schützen.

Zu den Grundrechten, die sich dazu eignen, unter Privaten wirksam zu werden, gehören vor allem die Freiheitsrechte (BSK BV-WALDMANN, 2015, Art. 35 BV, Rz 62). Auch Grundrechte, welche



Schutzfunktion enthalten, eignen sich dazu (KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, Bern 2018, S. 53, Rz. 90). Grundrechte, die dem Einzelnen in der Hauptsache Ansprüche auf staatliche Leistungen (soziale Grundrechte) oder Teilhaberechte in der politischen Willensbildung (politische Rechte) bzw. im Verfahren (Verfahrensgarantien) vermitteln, sind hingegen nicht geeignet, um unter Privaten wirksam zu werden. Gleiches gilt für Grundrechte, die dem Staat grundlegende Richtlinien für die Ausgestaltung seiner Rechtsordnung und die Beziehung zu seinen Bürgern vorgeben (z.B. das Willkürverbot, das allgemeine Gleichbehandlungsgebot, der Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung oder das Petitionsrecht [BSK BV-WALDMANN, 2015, Art. 35 BV, Rz 63]).

Zu den Grundrechten mit Schutzfunktion, welche sich im Sinne von Artikel 35 Absatz 3 BV eignen, um unter Privaten wirksam zu werden, gehören namentlich: das Recht auf Leben, das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere der Schutz der Gesundheit, das Recht auf besonderen Schutz der Unversehrtheit der Kinder und Jugendlichen sowie das Recht auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten und damit auch der Privatsphäre (KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, Bern 2018, S. 138, Rz. 25; S. 35, Rz. 18; S. 159, Rz. 54 f.).

Auch der Schutz des Eigentums gehört zu den Grundrechten, die sich dazu eignen, unter Privaten wirksam zu werden (vgl. BSK BV-WALDMANN, 2015, Art. 26 BV, Rz 32). Verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz geniessen insbesondere das Eigentum im sachenrechtlichen Sinn (Art. 641 ff. ZGB) sowie andere vermögensmässige Rechte des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, z.B. dingliche und obligatorische Rechte (KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, Bern 2018, S. 350, Rz. 10). Im Vordergrund stehen beim Schutz des Eigentums im Kontext von Artikel 716a^{bis} E-OR namentlich die Verletzung von Eigentumsrechten im sachenrechtlichen Sinn als Folge von Umweltschäden.

In der Lehre und punktuell auch in der Rechtsprechung wird einigen Grundrechten auch sog. *direkte* Drittwirkung zugeschrieben, d.h. es ist kein Umsetzungsakt nötig, damit sie unter Privaten wirksam werden können (sog. "direkte Horizontalwirkung"; vgl. BSK BV-WALDMANN, 2015, Art. 35 BV, Rz 60, KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, Bern 2018, S. 26, Rz. 12.). Beispiele: Schutz vor Sklaverei und Zwangsarbeit, Schutz der persönlichen physischen und psychischen Integrität, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, einzelne Diskriminierungsverbote oder das Streikrecht (s. Auswahl bei SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 60 u. 61).

Hinsichtlich der Bestimmungen zum Schutz der Umwelt kann auf die Ausführungen im [Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 18. Mai 2018](#) verwiesen werden (S. 6 und 10). Oftmals sind Menschenrechtsverletzungen eine Folge von Umweltschädigungen bzw. liegen diese gleichzeitig vor. Es gibt somit eine Wechselwirkung zwischen den Menschenrechten und der Umwelt. Als Beispiele können genannt werden: Der Betrieb von illegalen Deponien, die Wasserverschmutzung, der Flughafenlärm, die Staub- und Geruchsimmissionen von z.B. Steinbrüchen, die Kultivierung von Agrarprodukten unter Verwendung eines gesundheitsgefährdenden und umweltbelastenden Insektizids, wenn diese Tätigkeiten die Gesundheit der betroffenen Menschen beeinträchtigen.⁴

Artikel 716a^{bis} Absatz 6 E-OR nimmt – wie erwähnt – den Grundsatz der indirekten Drittwirkung des Menschrechtsschutzes zwischen Privaten auf. Damit lehnt er sich an Artikel 35 Absatz 3 BV an. Nach Artikel 35 Absatz 3 BV sorgen die Behörden dafür, dass die Grundrechte, "soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.". In Artikel 716a^{bis} Absatz 6 E-OR werden – abweichend von Artikel 35 Absatz 3 BV – nicht die Begriffe "unter Privaten", sondern die Ausdrücke

⁴ Vgl. [Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement, Editions du Conseil de l'Europe, 2e édition, 2012 2e édition, 2012.](#)



"gegenüber Unternehmen" verwendet. Diese Formulierung ermöglicht es, nebst dem Menschenrechtsschutz auch den Umweltschutz miteinzubeziehen. Damit bleibt – anders als Artikel 35 Absatz 3 BV – offen, ob dem Unternehmen als Rechtsträger "Private" (im Sinne von Menschen) gegenüberstehen oder ob es sich um die Umwelt handelt.

Absatz 7: Diese Bestimmung ist neu. Sie präzisiert bei den Pflichten des Verwaltungsrats über die Sorgfaltsprüfung, nach welcher Norm sich die Haftung richtet, falls diese Pflichten verletzt werden.

2.3 Ausschluss der Haftung

Der Inhalt von Artikel 759a, Artikel 918a E-OR sowie Artikel 69a^{bis} Absatz 2 E-ZGB des Entwurfs des Nationalrates wurde in Artikel 55a Absatz 5 E-OR überführt. Daher konnten Artikel 759a, Artikel 918a E-OR sowie Artikel 69a^{bis} Absatz 2 E-ZGB des Entwurfs des Nationalrates gestrichen werden.

2.4 Berichterstattung durch die Unternehmen, Artikel 961e E-OR

Die Marginalie zu Artikel 961e E-OR lautet neu: "A. Veröffentlichung des Berichts".

Zu **Artikel 961e:** Die Berichterstattung über die Erfüllung der Sorgfaltsprüfung wird neu in Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 3 E-OR geregelt. Im Entwurf des Nationalrates ist die Berichterstattungspflicht in Artikel 961e Absatz 1 E-OR und Artikel 716a^{bis} Absatz 1 E-OR normiert. Artikel 961e E-OR regelt neu nur noch die Pflicht, den Bericht über die Sorgfaltsprüfung gemäss Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 3 E-OR öffentlich zugänglich zu machen.

2.5 Prüfung des Berichts, Artikel 961f E-OR

Die Marginalie zu Artikel 961f E-OR lautet neu: "B. Prüfung des Berichts".

Absatz 1 und 2 nehmen ein Anliegen auf, das die Kommissionsprecherin im Nationalrat explizit an den Ständerat gerichtet hatte:

«Es ist zudem ein Anliegen unserer Kommission, dass der Ständerat ein weiteres Element prüft, wofür wir noch keinen Formulierungsvorschlag gefunden haben; nämlich, dass sich Unternehmen bestätigen lassen können, dass sie Menschenrechte und Umweltvorschriften einhalten, dies zertifizieren respektive durch die Revisionsgesellschaft bestätigen lassen. Dies sollte dahingehend haftungsrechtliche Konsequenzen haben, dass Unternehmen damit die Sicherheit haben, dass sie den Anforderungen des Gesetzes Genüge getan haben.» (Votum Markwalder AB 2018 N 1075 / BO 2018 N 1075).

Entsprechend schlägt die RK-S einen neuen Artikel 961f Absatz 1 und 2 E-OR vor, nach dem das Unternehmen den Bericht nach Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 3 E-OR durch eine zugelassene Revisionsexpertin oder einen zugelassenen Revisionsexperten prüfen und bestätigen lassen kann. Es handelt sich hierbei um eine "Kann-Vorschrift", d.h. das Unternehmen ist nicht dazu verpflichtet, den Bericht über die Sorgfaltsprüfung prüfen und bestätigen zu lassen. Wird eine Prüfung durchgeführt, erfolgt sie auf Mandatsbasis (Auftragsrecht, Art. 394 ff. OR), d.h. sie ist nicht Bestandteil der (eingeschränkten/ordentlichen) Revision der Jahresrechnung, welche die Revisionsstelle in der Eigenschaft als Organ der Gesellschaft durchführt und die überwiegend finanziellen Aspekte betrifft. Die Berichtsprüfung ist demgegenüber nichtfinanzieller Natur. Auftraggeber der Berichtsprüfung ist der Verwaltungsrat. Es wäre daher systemfremd, den Bericht nach Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 3 E-OR im Rahmen der Revision der Jahresrechnung zu prüfen bzw. prüfen zu lassen. Denkbar ist aber, dass die Revisionsstelle auch die Prüfung des Berichts betreffend die Sorgfaltsprüfung übernimmt (ausserhalb der Prüfung der Jahresrechnung).

Absatz 2 regelt den Gegenstand und Umfang der Prüfung gemäss Artikel 961f Absatz 1 E-OR. Demnach prüft die zugelassene Revisionsexpertin oder der zugelassene Revisionsexperte, ob



Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass die Berichterstattung (nach Art. 716a^{bis} Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 961e E-OR) nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Es handelt sich dabei um eine begrenzte Zusicherung (sog. "negative assurance"), wie sie auch bei der eingeschränkten Revision der Jahresrechnung durch die Revisionsstelle vorgesehen ist (s. Art. 729a OR).

Absatz 2^{bis}: Hat eine zugelassene Revisionsexpertin oder ein zugelassener Revisionsexperte den Bericht (nach Art. 716a^{bis} Abs. 1 Ziff. 3 E-OR) gemäss Artikel 961f Absatz 1 und 2 E-OR geprüft und vorbehaltlos bestätigt, so soll das Gericht diese Bestätigung bei der Beurteilung einer Klage nach Artikel 55a E-OR im Rahmen der Beweismwürdigung berücksichtigen.

Absatz 3: Bei der Prüfung (durch die zugelassene Revisionsexpertin oder einen zugelassenen Revisionsexperten) gelten gemäss Artikel 961f Absatz 3 E-OR die Bestimmungen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle (Art. 728 OR) und zur Auskunftserteilung durch den Verwaltungsrat sowie die Geheimhaltung (Art. 730b OR) sinngemäss. Die Bestimmungen von Artikel 728 OR und Artikel 730b OR müssen ausdrücklich als sinngemäss anwendbar erklärt werden, weil der Bericht nach Artikel 716a^{bis} Absatz 1 Ziffer 3 in Verbindung mit Artikel 961f E-OR selbständig bzw. mandatsbasiert geprüft wird, unabhängig von der Revision der Jahresrechnung.

2.6 Internationales Privatrecht

2.6.1 Erläuterungen zu Artikel 139a E-IPRG

Artikel 139a E-IPRG sieht die Anwendung Schweizer Rechts vor. So ist sichergestellt, dass die neue Haftungsbestimmung auch tatsächlich zur Anwendung kommen kann.

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.

Die Unterstellung des gesamten Anspruchs unter das Schweizer Recht *vereinfacht die Rechtsanwendung* durch die Gerichte. Sie verhindert eine Rechtszersplitterung der auf die einzelnen Haftungsvoraussetzungen anwendbaren Rechtsordnungen und vermeidet Inkohärenzen in der Rechtsanwendung.

Die Anwendung Schweizer Rechts *schliesst das Risiko exorbitanter Schadenersatzsummen nach ausländischem Recht aus*. Aufgrund des in der Schweiz geltenden Bereicherungsverbots darf nicht mehr zugesprochen werden, als der Ersatz des tatsächlichen Schadens. Für die Berechnung des Schadenersatzes wird auf die Genesungs- und Lebenskosten bzw. den Lohn am Wohnsitz des Opfers abgestellt. Die Anwendung Schweizer Rechts bedeutet also nicht, dass die Schadenersatzsummen gezahlt werden müssen, die für Körperschäden oder Lohnverlusten in der Schweiz üblich sind; es wird auf die lokalen Verhältnisse abgestellt.

Der Verweis auf Artikel 716a^{bis} Absatz 6 E-OR stellt klar, dass dort, wo "Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt" erwähnt sind, diese im Sinne von Artikel 716a^{bis} Absatz 6 E-OR auszulegen sind.

Artikel 139a E-IPRG ist auf die *Haftung für tatsächlich kontrollierte Unternehmen* beschränkt. Das anwendbare Recht auf die Haftung einer Gesellschaft für ihr *direkt* zurechenbares Verhalten wird demgegenüber nicht geändert und richtet sich nach den allgemeinen Regeln des internationalen Privatrechts (Art. 133 IPRG). Dies entspricht auch dem Anliegen des Nationalrats, so wenig wie möglich und nur so viel wie nötig von den allgemeinen und bewährten Regeln des Artikels 133 IPRG abzuweichen.

Artikel 139a Absätze 2 und 3 E-IPRG des indirekten Gegenentwurfs des Nationalrats können ersatzlos gestrichen werden. Artikel 142 Absatz 1 IPRG hält bereits ausdrücklich fest, dass sich die Haftungsvoraussetzungen und die Person des Haftpflichtigen nach dem "anwendbaren Recht" richten,



d.h. hier immer Schweizer Recht. Das Schweizer Recht bestimmt somit, dass die Haftung auf Schäden an Leib, Leben und Eigentum beschränkt ist, welches die Sorgfaltspflichten sind, und welche Entlastungsmöglichkeiten bestehen. Auch Artikel 139a Absatz 3 E-IPRG wird hinfällig, da keine Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts mehr nötig ist, weil dieses ohnehin anwendbar ist.

2.6.2 Erläuterungen zu Artikel 142 Absatz 3 E-IPRG

Während die Haftung im Deliktsrecht geregelt ist, sind die Verhaltenspflichten der Unternehmen ("Sorgfaltsprüfung") im Gesellschaftsrecht geregelt. Beide Rechtsbereiche unterstehen unterschiedlichen IPR-Regeln: Auf die Haftung gemäss Artikel 139a E-IPRG ist immer Schweizer Recht anwendbar; demgegenüber richten sich die Sorgfaltsprüfungspflichten nach dem am statutarischen Sitz der Gesellschaft geltenden Recht (Art. 154 IPRG). Ziel von Artikel 142 Absatz 3 E-IPRG ist es, diese IPR-Regeln miteinander zu koordinieren. Dies ist deshalb wichtig, weil es für die Bestimmung der Widerrechtlichkeit und des Verschuldens relevant sein kann, welchen Sorgfaltsprüfungspflichten ein Unternehmen untersteht.

Im Regelfall soll eine Konzernmutter mit statutarischem Sitz in der Schweiz für eine unerlaubte Handlung ihrer Tochtergesellschaft im Ausland haften. In diesem Fall führen sowohl die IPR-Regeln des Deliktsrechts als auch jene des Gesellschaftsrechts zur Anwendung des Schweizer Rechts.

Hat die in der Schweiz verklagte Gesellschaft aber ihren *statutarischen Sitz im Ausland*, stellt sich das Problem, dass Artikel 55a E-OR nur auf Gesellschaften anwendbar ist, die "nach Gesetz" auch im Ausland zur Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt verpflichtet sind. Mit dem "Gesetz" ist Artikel 716a^{bis} E-OR gemeint, der aber nur für Gesellschaften mit *statutarischem* Sitz in der Schweiz gilt, weil es sich um gesellschaftsrechtliche Vorschriften handelt (Art. 154 IPRG). Artikel 142 Absatz 3 E-IPRG bietet hier eine Lösung und stellt klar, dass in solch einem Fall die Sorgfaltsprüfungspflichten des (ausländischen) Gesellschaftsrechts im Rahmen der Beurteilung der Widerrechtlichkeit (Verstoss gegen Verhaltensnorm) oder des Verschuldens (Sorgfaltspflichtverletzung) berücksichtigt werden können.

Der neue Artikel 142 Absatz 3 E-IPRG ermöglicht zudem, bei einer Klage gegen ein Unternehmen wegen ihm *direkt* zurechenbarem Verhalten die Sorgfaltsprüfungspflichten zu berücksichtigen, die sich aus dem Gesellschaftsrecht ergeben. Diese Regeln würden sonst durch das Deliktsrecht verdrängt, welches grundsätzlich auch die Haftungsvoraussetzungen und damit die Widerrechtlichkeit und das Verschuldens definiert (Art. 142 Abs. 1 IPRG).

Der Verweis auf Artikel 716a^{bis} Absatz 6 E-OR stellt klar, dass dort, wo "Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt" erwähnt sind, diese im Sinne von Artikel 716a^{bis} Absatz 6 E-OR auszulegen sind.