



Die Konzernverantwortungsinitiative

Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung

GREGOR GEISSER*

Die Konzernverantwortungsinitiative hat gestützt auf den internationalen Referenzrahmen ein Normkonzept entwickelt, das nach Ansicht des Autors der Anlage nach geeignet ist, den Menschenrechtsschutz zu stärken, für mehr Rechtssicherheit zu sorgen und durch ein verbessertes Sorgfaltsbewusstsein präventiv zu wirken. Die Vorlage beschränkt sich auf Schweizer Unternehmen, bei deren Auslandstätigkeit die Schweiz eine Schutzaufgabe hat. Zudem betrifft sie international anerkannte Menschenrechte und verzichtet mithin auf einen Export inländischer Werte. Als Grundmechanismus setzt die Initiative auf eine schlanke privatrechtliche Lösung. Für eine verhältnismässige Umsetzung der Vorlage müssen die Haftungslinien allerdings klar bleiben: Eine Haftung kann sich lediglich auf eigene Handlungen der Schweizer Unternehmen sowie auf deren fehlende Sorgfalt in der Überwachung von kontrollierten Unternehmen erstrecken und nicht auf darüber hinausgehende Verletzungen in der Wertschöpfungskette.

Prenant appui sur le cadre de référence international, l'initiative pour des multinationales responsables a développé une esquisse d'acte normatif qui, de l'avis de l'auteur, est de nature à renforcer la protection des droits de l'homme, assurer une plus grande sécurité juridique et, par le biais d'une sensibilité accrue à la question de la diligence, avoir un effet préventif. Le projet se limite aux entreprises suisses dont les activités l'étranger font l'objet d'une obligation de protection de la part de la Suisse. Il concerne également des droits humains reconnus au niveau international et renonce par conséquent à exporter des valeurs nationales. Comme mécanisme fondamental, l'initiative a choisi une solution simple de droit privé. Pour que le projet puisse être mis en œuvre de manière raisonnable, les lignes de responsabilité doivent cependant rester claires : la responsabilité ne peut s'étendre qu'aux propres activités des entreprises suisses ainsi qu'à leur manque de diligence dans la surveillance d'entreprises contrôlées et non pas à des violations supplémentaires survenant dans la chaîne de création de valeur.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtliche Ausgangslage
 - A. Völkerrecht
 - B. Landesrecht
- III. Die Konzernverantwortungsinitiative
 - A. Ansatz und Betrachtung
 - B. Räumlicher Geltungsbereich
 1. Zuständigkeit
 2. Anwendbares Recht
 - C. Die Verantwortungsgrundsätze
 1. Grundkonzept
 2. Respektierungsverantwortung – Widerrechtlichkeit
 3. Sorgfaltsprüfungspflicht – Verschulden
 4. Haftung für fehlende Sorgfalt im Kontrollverhältnis
- IV. Gesamtwürdigung
- V. Ausblick auf eine mögliche Umsetzung
 - A. Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht
 1. Internationale Gerichtszuständigkeit
 2. Anwendbares Recht
 - B. Rahmengesetz zur Umsetzung der Initiative
 - C. Grundsatznorm
 - D. Die drei Schritte der Sorgfaltsprüfung
 - E. Weitere Regelungen
- VI. Schlussbemerkung

* GREGOR GEISSER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Rechtsanwälte.og42, St. Gallen.

Der Autor hat unter dem Titel «Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für «Menschenrechtsverletzungen» bei internationalen Sachverhalten» promoviert (vgl. FN 1) und hat zum vom Initiativkomitee entworfenen Verfassungstext in dessen Auftrag ein internes Rechtsgutachten verfasst. Der vorliegende Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

I. Einleitung

Auf der Suche nach verbindlichen Regeln für transnational tätige Unternehmen im Umgang mit Menschenrechten fällt die Bestandesaufnahme im geltenden Recht der Schweiz durchgezogen aus. Wie im Einzelnen noch darzulegen sein wird, mangelt es an verlässlichen Beurteilungskriterien, die auf einer hinreichend soliden gesetzlichen Grundlage beruhen.¹ In deutlichem Widerspruch zu dieser von Rechtsunsicherheit geprägten Ausgangslage steht die wachsende Praxisrelevanz der Thematik.² Vor diesem

¹ Grundlegend vorab GREGOR GEISSER, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen bei internationalen Sachverhalten – Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht, Zürich u.a. 2013, *passim*; CHRISTINE KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 2016, 45 ff., 53 f.; NICOLAS BUENO, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, AJP 2017, 1015 ff., 1018 f. und 1022 f.

² Vgl. zu dieser Erkenntnis neben den Vorzitaten zudem Bundesrat, Rechtsvergleichender Bericht vom 2. Mai 2014 zur Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechten und Umwelt im Zusammenhang mit Auslandsaktivitäten von Schweizer Konzernen, Internet: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-05-28/ber-apk-nr-d.pdf> (Abruf 11.7.2017) (zit. Bundesrat, Bericht Sorgfaltsprüfung), 2; Bundesrat, Bericht vom 6. Dezember 2016 über die Schweizer Strategie zur Umsetzung der UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, Internet: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/46597.pdf> (Abruf

Hintergrund ist eine Verfassungsinitiative beachtlich, die auf verbindliche Regeln für Schweizer Unternehmen mit zwei Hauptzielen setzt, den Menschenrechts- und Umweltschutz beim transnationalen Wirtschaften zu stärken und für mehr Rechtssicherheit zu sorgen. Mit diesem Anspruch tritt die Konzernverantwortungsinitiative an, über die das Schweizer Volk in den nächsten Jahren entscheiden wird.³

Jede Regelung von grenzüberschreitenden Sachverhalten muss allerdings dem sensiblen *völkerrechtlichen* Gleichgewicht Rechnung tragen. Im Ausgleich zwischen kollisions- und materiellrechtlicher Gerechtigkeit haben verbindliche Regeln für transnationale Unternehmen auf *international möglichst konsensfähigem Rechtsmaterial* zu beruhen. Nur unter dieser Voraussetzung verschafft eine Regelung Grundwerten der Staatengemeinschaft Nachachtung, um gleichzeitig dem kollisionsrechtlichen Interesse an einen möglichst konfliktfreien, rechtssicheren Wirtschafts- und Rechtsverkehr verbunden zu bleiben.⁴ Jede Verfassungsvorlage hat zudem der *Verhältnismässigkeit* zu genügen. Sie hat so konkret wie möglich und so offen wie nötig zu sein. In ihrer Konkretheit muss sie zum einen tatsächlich mehr Schutz und Rechtssicherheit bewirken. In ihrer Offenheit hat sie der Gesetzgebung wie der Rechtsanwendung zum anderen den nötigen Spielraum für ausgewogene Regelungen zu belassen, um Überregulierung und undifferenzierte Gleichschaltung zu vermeiden.⁵ Nach diesen Massstäben ist die Konzernverantwortungsinitiative zunächst darzustellen und zu würdigen (III.–IV.), um zuletzt Vorschläge für deren mögliche Umsetzung zu entwerfen (V.). Vorab bleibt die rechtliche Ausgangslage zu klären, der die Initiative entspringt (II.).

11.7.2017) (sog. Nationaler Aktionsplan; zit. Bundesrat, Bericht NAP), 12.

³ Vgl. Art. 101a Abs. 1 E-BV der Verfassungsvorlage (Zweckartikel); Initiativkomitee der Konzernverantwortungsinitiative, Der Initiativtext mit Erklärungen, Internet: http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2016/10/FS5_D_Online3.pdf (Abruf 11.7.2017) (zit. Erklärungen zum Initiativtext), 1–2; so auch KAUFMANN (FN 1), 54.

⁴ Grundlegend vgl. ALEX MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge 2009, *passim*; STEFAN LEIBL/MATTHIAS RUFFERT, Einführung, in: Stefan Leible/Matthias Ruffert (Hrsg.), *Völkerrecht und IPR*, Gottmadingen 2006, 17 ff., 19 ff.; vorliegend GEISSER (FN 1), N 178 ff.; GREGOR GEISSER/ALEXANDRE MÜLLER, *Transnational Civil Human Rights Litigation against Corporations – Swiss Perspectives in Private International Law*, in: Francisco Javier Zamora Cabot et al. (Hrsg.), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights – Private International Law Perspectives*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Genf/Zürich 2017, 135.

⁵ Vgl. GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. A., Zürich u.a. 2013, N 219 ff. (223) und 250 ff.; vorliegend auch GEISSER (FN 1), N 170 f., 243 ff. und 250 ff.

II. Rechtliche Ausgangslage

A. Völkerrecht

Die UNO-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten (2011) geben den Staaten und Unternehmen zusammen mit den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen (2011)⁶ erstmals einen international anerkannten Referenzrahmen im Umgang mit Menschenrechten.⁷ Die Vorgaben stützen sich dabei auf drei Pfeiler:

1. Staatliche Schutzpflicht – Die Staaten sind dazu verpflichtet, Individuen vor menschenrechtlichen Beeinträchtigungen durch Unternehmen zu schützen.
2. Unternehmerische Respektierungsverantwortung – Unternehmen trifft eine Verantwortung zur Achtung der Menschenrechte. Kernelement dieser Verantwortung ist eine hinreichende Sorgfaltsprüfung.
3. Zugang zum Rechtsschutz und Wiedergutmachung – Die Staaten haben dafür zu sorgen, dass Betroffene von Menschenrechtsverletzungen Zugang zu wirksamem Rechtsschutz erhalten. Damit setzen die UNO-Leitprinzipien gleichermaßen auf Prävention wie Reparation.⁸

Die Vorgaben beruhen zum Teil auf verbindlichem Völkerrecht, zum Teil auf internationalem *soft law*.⁹ Als solche bilden diese Vorgaben die aktuellste Leitlinie zur Ausgestaltung des Landesrechts.¹⁰ Indem sich die Kon-

⁶ OECD, *OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen*, Neufassung 2011, Internet: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/OECD-Guidelines.html (Abruf 13.7.2017) (zit. OECD-Leitsätze).

⁷ Vgl. nachfolgend zum Ganzen Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework*, 21.3.2011, UN Doc. A/HRC/17/31, Internet: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf (Abruf 13.6.2017) (zit. UNO-Leitprinzipien), deutsche Übersetzung unter http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/140522_leitprinzipien_wirtschaft_und_menschenrechte.pdf (Abruf 13.7.2017); Bundesrat, Bericht Sorgfaltsprüfung (FN 2), 4.

⁸ Vgl. UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 17/Kommentar.

⁹ Für eine aktuelle Weiterentwicklung vgl. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, 23.6.2017, UN Doc. E/C.12/GC/24 (Advance Unedited Version).

¹⁰ Dabei entfallen die UNO-Leitprinzipien selbst eine Wirkung, die als *soft law* zu qualifizieren ist (vgl. KAUFMANN [FN 1], 46 m.w.H.). Zur Umschreibung und zur rechtsgestaltenden Rolle von *soft law* im vorliegenden Zusammenhang vgl. Nachweise bei GEISSER (FN 1), N 43 ff.

zernverantwortungsinitiative darauf stützt, setzt sie am richtigen Ort an.¹¹

B. Landesrecht

Die nationalen Massnahmen haben gemäss UNO-Leitprinzipien in einer angemessenen und unabdingbaren Mischung («*smart mix*») von Freiwilligkeit und Verbindlichkeit zu erfolgen.¹² Die staatlichen Bemühungen, in einem konsistenten Ansatz auch verbindliche Regeln für Schweizer Unternehmen zur Diskussion zu stellen, sind beim heutigen Stand gescheitert.¹³ Dieser Verzicht auf Verbindlichkeit stösst in der Lehre wie auch auf UNO-Ebene auf Kritik.¹⁴ So ist etwa der UNO-Ausschuss für Kinderrechte «*besorgt darüber, dass sich [die Schweiz] einzig auf freiwillige Selbstregulierung verlässt und keine rechtlichen Rahmenbedingungen vorsieht, welche explizit die Pflichten jener Unternehmen regeln, die der Gerichtsbarkeit oder der Kontrolle [der Schweiz] unterstehen.*»¹⁵ Bei welchen Rechtsgebieten hätten rechtliche Rahmenbedingungen nun aber anzusetzen? Innerhalb des Privatrechts, welches im Verhältnis zwischen privaten Betroffenen und privat tätigen Unternehmen im Vordergrund stehen muss,¹⁶ hat die politische Diskussion den Fokus bislang auf das *Gesellschaftsrecht* gelegt. In einem knappen Entscheid hat der Nationalrat die Erweiterung der Verwaltungsratspflichten um eine menschenrechtliche Sorgfaltspflicht im März 2015 abgelehnt;¹⁷ so

bemerkenswert dieser Schritt hin zu einer Klärung der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit innerhalb des Unternehmens gewesen wäre.¹⁸ Für einen wirksamen Menschenrechtsschutz (vgl. die vorstehenden Pfeiler der UNO-Leitprinzipien) haftet jeder Lösung, die sich auf das Gesellschaftsrecht *beschränkt*, ein wesentlicher systembedingter Makel an: Zur Klage aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit sind nur die Gesellschaft und deren Gesellschafter berechtigt, nicht aber die direkt Betroffenen von Menschenrechtsverletzungen.¹⁹ Hier sei in Klammer die Frage angefügt, worin denn, abgesehen von schwer greifbaren Reputationsrisiken, den Gesellschaftern durch menschenrechtsrelevante Tätigkeiten ihrer aufrecht stehenden Gesellschaft ein Schaden entstünde? Die Initiative rückt den Fokus sodann weg vom Gesellschaftsrecht hin zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht.

III. Die Konzernverantwortungsinitiative

A. Ansatz und Betrachtung

Inspiziert von den UNO-Leitprinzipien sieht die Initiative als Grundkonzept eine unternehmerische Respektierungsverantwortung (Abs. 2 lit. a) und eine entsprechende Sorgfaltsprüfungspflicht vor (Abs. 2 lit. b), die sie für den Verletzungsfall mit einem Haftungsinstrument verbindet (Abs. 2 lit. c). Dieser Ansatz leuchtet in Nachachtung der UNO-Leitprinzipien ein. Denn in der Schweiz ist es im Gleichklang mit der Staatengemeinschaft das *ausservertragliche Haftpflichtrecht*, das als staatlicher Grundmechanismus im Sinne von UNO-Leitprinzip 26 einem Geschädigten einen Wiedergutmachungsanspruch gegenüber

¹¹ So auch KAUFMANN (FN 1), 53 f.

¹² Vgl. explizit zum Ganzen UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzipien 3, 26–29 (je Kommentare dazu); OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. IV, Ziff. 46. Mit einer zusätzlichen Betonung der Unabdingbarkeit von verbindlichen Massnahmen vgl. CESCR (FN 9), Ziff. 14 und 39.

¹³ Vgl. Bundesrat, Bericht NAP (FN 2), 4, insb. Pi 1, Pi 12 und 13. Für die bisherigen landesrechtlichen Entwicklungen vgl. weiterführend KAUFMANN (FN 1), 46 f.

¹⁴ Für die Lehre: BUENO (FN 1), AJP 2017, 1022 f.; KAUFMANN (FN 1), 45; ROLF H. WEBER, Auf dem Weg zu einem neuen Konzept der Unternehmensverantwortlichkeit?, SJZ 2016, 25 ff., 27; MARK PIETH, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AJP 2017, 1005 ff., 1012 ff.

¹⁵ Vgl. Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland, 26.2.2015, UN Doc. CRC/C/CHE/CO/2-4, Ziff. 22–23; wie zitiert übersetzt durch BSV.

¹⁶ Vgl. u.a. CESCR (FN 9), Ziff. 15 und 49–51. Modellgebend für einen punktuellen verwaltungs- und strafrechtlichen Ansatz vgl. das Bundesgesetz vom 27. September 2013 über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (BPS; SR 935.41); grundlegend zum Strafrecht vgl. auch PIETH (FN 14), *passim*.

¹⁷ Ablehnung der Motion der Aussenpolitischen Kommission-NR 14.3671, Umsetzung des rechtsvergleichenden Berichtes des Bundesrates über die Verantwortung von Unternehmen bezüglich Menschenrechten und Umwelt vom 1. September 2014, Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143671> (Abruf 11.7.2017).

¹⁸ So steht zur Diskussion, ob die Beachtung der Menschenrechte und des Umweltschutzes nicht bereits im geltenden Recht zu den Sorgfalts- und Treuepflichten des Verwaltungsrates gehören (III.C.4.f.).

¹⁹ Vgl. Art. 754 Abs. 2 OR; KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen 1995, 80 f., 97 ff. und 239 ff. Vgl. vorliegend auch CHRISTINE KAUFMANN ET AL., Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz – Eine Bestandesaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft, Bern 2013, Internet: https://register.weblaw.ch/bookinfo.php?book_id=287&pref_lang=de (Abruf 11.7.2017), N 178; Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (SIR), Gutachten über gesetzliche Verpflichtungen zur Durchführung einer Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechte und Umwelt bei Auslandsaktivitäten von Unternehmen und zur Berichterstattung über getroffene Massnahmen, Lausanne 2013, Internet: <https://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-05-28/gutachten-sir-d.pdf> (Abruf 11.7.2017), 50.

jedem Schädiger begründet.²⁰ Verbunden mit einer Sorgfaltsprüfungspflicht hat dieses Instrument neben reparativer vor allem auch präventive Funktion.²¹ In der Lehre wie in internationalen Gremien rückt das Haftpflichtrecht dementsprechend zusehends in den Fokus einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen im Umgang mit Menschenrechten.²² Von daher konzentriert sich die anschliessende Betrachtung der Initiative auf das Verhältnis von Menschenrechten und Haftpflichtrecht – dies im Bewusstsein, dass sich der Auftrag der Verfassungsvorlage (Abs. 1) auch auf andere Rechtsgebiete erstreckt und als Rechtsgüter über die Menschenrechte hinausgehende Umweltstandards mitumfasst.²³ Da die Thematik an der Schnittstelle von Völkerrecht, Verfassungsrecht, internationalem Privatrecht, Haftpflichtrecht und Gesellschaftsrecht liegt, sieht sich der Autor einer betont rechtsgebietsübergreifenden Betrachtung verbunden.²⁴

²⁰ Vgl. statt vieler rechtsvergleichend International Commission of Jurists, Corporate Complicity & Legal Accountability, Report of the Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Vol. 3: Civil Remedies, Genf 2008, 3; für die Schweiz vgl. GEISSER (FN 1), N 138 ff. mit Hinweisen. Zu Bezugspunkten der UNO-Leitprinzipien zum Haftpflichtrecht vgl. im Zuge der Abhandlung.

²¹ CEES VAN DAM, Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms – On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights, Journal of European Tort Law 2011, 221 ff., 245; vgl. zudem HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2008, N 15; mit kontextbezogener Betonung Bundesrat, Bericht Sorgfaltsprüfung (FN 2), 12; LIESBETH ENNEKING, Paying the Price for Socially Irresponsible Business Practices?, AJP 2017, 988 ff., 989 f.; ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries, 1.7.2015, Internet: <http://www.legalanthology.ch/wp-content/uploads/2016/12/40.-Rolf-H.-Weber-Rainer-Baisch-Liability-of-Parent-Companies-for-Human-Rights-violations-of-Subsidiaries.pdf> (Abruf 11.7.2017), 678.

²² Vgl. neben den letzten beiden FN Nachweise bei GEORGE P. FLETCHER, Tort Liability for Human Rights Abuses, Oxford/Portland Oregon 2008, *passim*; vgl. CESCR (FN 9), Ziff. 51; Recommendation of the Committee of Ministers to member States on human rights and business, 2.3.2016, CM/Rec(2016)3 (zit. Recommendation CM/Rec(2016)3), Ziff. 32 ff.; Bundesrat, Bericht NAP (FN 2), 37 f.

²³ Damit bleibt der Hinweis auf GROSZ verbunden, wonach zwischen Menschen- und Umweltrechten eine ausgesprochene Interdependenz besteht (vgl. MIRINA GROSZ, Menschenrechte als Vehikel für ökologische Unternehmensverantwortung, AJP 2017, 978 ff., *passim*).

²⁴ Vgl. zu diesem grundlegenden Postulat statt vieler PEER ZUMBANSEN, Globalization and the Law: Deciphering the Message of Transnational Human Rights Litigation, German Law Journal 2004, 1499 ff.; KAUFMANN (FN 1), 54 *in fine*.

B. Räumlicher Geltungsbereich

Die Initiative hat in der Sprache des internationalen Privatrechts eine doppelte räumliche Tragweite: Sie umfasst die Zuständigkeit zur Beurteilung von Sachverhalten mit Auslandsbezug durch Schweizer Gerichte (III.B.1.) und die Anwendung bestimmter Vorgaben auf diese Sachverhalte (III.B.2.).

1. Zuständigkeit

Die Initiative bezieht sich auf Schweizer Unternehmen, konkret auf solche mit «*satzungsmässigem Sitz*», «*Hauptverwaltung*» oder «*Hauptniederlassung*» in der Schweiz (Abs. 2). Als solche stimmt sie mit der internationalen Zuständigkeit überein, wie sie etwa das Lugano-Übereinkommen²⁵ bei internationalen Zivil- und Handelssachen kennt (siehe Art. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 60 Ziff. 1 LugÜ).²⁶ Die Verfassungsvorlage basiert mithin auf *geltenden*, international bewährten Zuständigkeiten und kann sich bei der Klärung der Sitzbestimmung auf eine im Wirtschaftsverkehr gängige Auslegungspraxis stützen.²⁷ Die Bedenken gegenüber einem neuen exorbitanten Forum im Sinne eines schweizerischen Weltgerichts sind insoweit unbegründet.²⁸

2. Anwendbares Recht

Die Vorlage zielt primär auf Auslandsaktivitäten von Schweizer Unternehmen.²⁹ Um auch bei diesen Sachverhalten Wirkung zu entfalten, sollen die materiellrechtlichen Verantwortungsgrundsätze «*unabhängig vom durch das internationale Privatrecht bezeichneten Recht*» gelten (Abs. 2 lit. d). Wie ist diese Regelung im Lichte des internationalen Privatrechts (IPR) der Schweiz und den völkerrechtlichen Grundprinzipien zu beurteilen?

²⁵ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12).

²⁶ So auch KAUFMANN (FN 1), 48.

²⁷ Vgl. mit entsprechender Stichwortsuche im Internet: <https://www.swisslex.ch>.

²⁸ So z.B. entgegen DAVIDE SCRUIZZI, Konzernverantwortungsinitiative – Klagen aus aller Welt, NZZ vom 21.4.2015, 11; vorgesehen ist insbesondere kein Notgerichtsstand gemäss Art. 3 IPRG; zu Abs. 2 lit. c der Vorlage vgl. auch III.C.3.d.

²⁹ Vgl. zum einen den Wortlaut in Abs. 2 lit. a: «Die Unternehmen haben auch im Ausland [...]», zum anderen die Systematik als Art. 101a E-BV (direkt hinter der Aussenwirtschaftspolitik).

a. Beurteilung im Lichte des IPR der Schweiz

Die Initiative hat die klassische Konstellation im Blick, in der ein Unternehmen von der Schweiz aus im Ausland tätig ist und infolge einer *innerstaatlichen* Handlung bzw. Unterlassung im Umfeld der *Auslandstätigkeit* eine Menschenrechtsverletzung verursacht oder begünstigt.³⁰ Das geltende internationale Privatrecht der Schweiz führt zur Beurteilung solcher Fälle in der Regel zur Anwendung von ausländischem Recht des Staates X, in dem die Verletzung *erfolgt ist* (Erfolgsort).³¹ Dieses Ergebnis ist für die Geschädigten dann stossend, wenn das Recht des Staates X – was Praxisbeispiele belegen – für Menschenrechtsverletzungen keinen angemessenen Rechtsschutz gewährleistet bzw. keine effektive Wiedergutmachung vorsieht.³² Gegebenenfalls fällt *de lege lata* zwar der *Ordre-public*-Vorbehalt in Betracht: Demnach ist die Anwendung von ausländischem Recht dann ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führt, das mit grundlegenden Werten der Schweiz unvereinbar ist (Art. 17 IPRG³³). Diese Generalklausel überlässt es aber weitgehend dem richterlichen Ermessen, wann und nach welchen Massstäben ausländisches Recht zu korrigieren ist. Bei der Beurteilung zivilrechtlicher Menschenrechtsklagen im internationalen Verhältnis ist sich die Rechtsprechung denn auch *fehlender Beurteilungskriterien* bewusst.³⁴ Ohne die wertvolle Aufgabe des *Ordre-public*-Vorbehalts als Notventil grundsätzlich infrage zu stellen, bleibt dennoch zu konstatieren, dass eine derart grobmaschige, richterrechtlich geprägte Ausnahmeregelung einer grundlegenden und zusehends praxisrelevanten Thematik wie der vorliegenden

für sich alleine³⁵ kaum mehr gerecht zu werden vermag.³⁶ Fehlende gesetzliche Orientierungspunkte (*«Topoi»*) schwächen den internationalen Menschenrechtsschutz und führen nicht zuletzt auch zu Rechtsunsicherheit.³⁷

Als Antwort auf diese Problematik macht die Konzernverantwortungsinitiative folgende Vorgabe: Schweizer Unternehmen sollen auch bei ihrer Tätigkeit im Ausland ohne Weiteres nach bestimmten Verantwortlichkeitsmassstäben beurteilt werden – dies unabhängig davon, auf welches Recht das internationale Privatrecht verweist. Damit ruft die Initiative das Konzept der Eingriffsnorm auf den Plan (vgl. Art. 18 IPRG). Gemeint sind Normen, die für die Schweiz (auch) aus menschenrechtlichen Gründen von derart fundamentaler Bedeutung sind, dass sie auch bei Sachverhalten mit Auslandsbezug vorbehaltlos gelten sollen.³⁸ So bleibt es bei der Beurteilung von Schweizer Unternehmen im Umgang mit Menschenrechten für bestimmte, besonders grundlegende Tatbestände und hinreichendem Binnenbezug nicht mehr dem alleinigen richterlichen Ermessen übertragen, im Einzelfall zu entscheiden, ob das ausländische Recht des Staates X menschenrechtswidrig und zu korrigieren ist. Vorsicht bei der konkreten Ausgestaltung einer solchen Eingriffsregelung ist dennoch geboten: Unternehmerische Verantwortungsgrundsätze können sich nur dann vom Vorwurf des Wertemperialismus frei halten, wenn sie von internationalem Rechtsmaterial genährt sind.³⁹ Eine international geprägte, hinreichend konkrete, aber genügend offene Eingriffsnorm (vgl. I.) hat nach dem Gesagten ihre Berechtigung

³⁰ Zur Qualifikation als «internationale Haftungsfälle» vgl. Erklärungen zum Initiativtext (FN 3), 3.

³¹ Vgl. u.a. Art. 133 IPRG; dazu GEISSER (FN 1), N 437 ff. (446 ff.).

³² Vgl. GEISSER (FN 1), N 462 ff. (häufig besteht zudem Unsicherheit über die im Staat X geltenden Standards); ENNEKING (FN 21), AJP 2017, 989 f.

³³ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

³⁴ Vgl. stellvertretend BGer, 4C.379/2006, 22.5.2007, E. 3.4 *in fine*: «[...] la jurisprudence et la doctrine n'apportent guère d'enseignement pour ce qui est d'une action en responsabilité civile pour la réparation des dommages consécutifs à de crimes contre l'humanité, la vie et l'intégrité corporelle, commis à l'étranger [...]» (zwar auf Art. 3 IPRG bezogen, aber als zuständigkeitsrechtliches Pendant zum *Ordre-public*-Vorbehalt sinngemäss auch auf Art. 17 IPRG übertragbar). Bezeichnend insoweit z.B. BGE 139 III 411 E. 2.6 (mögliche Anwendung von Art. 17 IPRG ungeprüft gelassen); BGE 79 II 193 E. 7 und 8 (*Ius-cogens*-Charakter zu wenig Rechnung tragend; für eine kritische Würdigung u.a. FRANK VISCHER, Das nationalsozialistische Recht im Spiegel einiger Entscheidungen schweizerischer Gerichte, in: Jürgen Basedow et al. [Hrsg.], Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1998, 455 ff.).

³⁵ Unbeschadet bliebe die Anwendung von Art. 17 IPRG für von der Initiative nicht geregelte Bereiche.

³⁶ Vgl. zu den Herausforderungen, die auf dem Boden des geltenden Rechts mit einer menschenrechtskonformen Auslegung verbunden sind, weiterführend GEISSER (FN 1), N 462 ff.

³⁷ In einem Ausgleich von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit vgl. grundlegend ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016, 292 f.; GEISSER (FN 1), N 180 ff. und 248 *in fine* («Gesetzgebung selbst»).

³⁸ Vgl. Botschaft vom 10. November 1982 zum IPRG, BBl 1983 I 263 ff., 314; Eingriffsnormen als Normen, welche «für den Staat und die Rechtsgemeinschaft von fundamentaler Bedeutung sind»; BSK IPRG-MÄCHLER/WOLF-METTIER, Art. 18 N 16a, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013; VAN DAM (FN 21), 232 (Normen zum «Schutz der Menschenwürde»).

³⁹ Im Lichte des sog. menschenrechtsbezogenen *Ordre Public* nähern sich Art. 17 und 18 IPRG im Übrigen derart an, dass die Unterschiede im Wesentlichen nur noch im Mechanismus und nicht mehr im Inhalt bestehen. In Weiterentwicklung zu KAUFMANN (FN 1), 49 f., vgl. für die gegenseitige Durchdringung von Art. 17 und 18 IPRG weiterführend GEISSER (FN 1), N 518 ff.; auch der Bundesrat, Bericht NAP (FN 2), 38, nennt die beiden IPRG-Bestimmungen insoweit in einem Atemzug.

und fügt sich als solche ins geltende IPR-Instrumentarium ein.

b. Beurteilung im Lichte des internationalen Koordinationsrahmens

Damit bleibt die Frage zu klären, inwieweit die Verfassungsvorlage auch dem *Völkerrecht*, sprich den Grundlagen des internationalen Koordinationsrahmens, gerecht wird. Aus einer überstaatlichen Optik des internationalen Privatrechts ist dabei ein Ausgleich zwischen kollisions- und materiellrechtlicher Gerechtigkeit zu finden (I.). Für eine ausgewogene Balance dieser beiden Gerechtigkeitsvorstellungen sind namentlich das Kriterium des Binnenbezugs der Sachverhalte sowie jenes des Geltungsraums des auf dem Spiel stehenden Rechtsgutes massgebend.⁴⁰

i. Binnenbezug der Sachverhalte zur Schweiz

Die Vorlage zielt zwar auf Sachverhalte mit gewissem Auslandsbezug, so auf die Einhaltung menschenrechtlicher Standards zur Verhinderung von Verletzungen im Ausland. Sie beschränkt sich aber gleichzeitig auf von der Schweiz ausgehende Tätigkeiten von in der Schweiz ansässigen Unternehmen, das heisst, auf das Verhalten von Akteuren mit einem starken Binnenbezug. Die Schweiz trifft in dieser Reichweite die Aufgabe zu verhindern, dass von ihrem Gebiet aus wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt werden, die im Ausland Menschenrechtsverletzungen verursachen oder begünstigen. Die Geltungskraft dieser Aufgabe bewegt sich gestützt auf immer robusteres Völkerrecht zusehends hin zu einer eigentlichen Schutzpflicht.⁴¹ Da die Vorlage nicht das Verhalten ausländischer Akteure regelt, sondern lediglich jenes von Schweizer Unternehmen, hat sie sodann nur innerhalb der Landesgrenzen *direkte* Wirkung und greift somit nicht unmittelbar in die ausländische Souveränität ein. Es handelt sich nur – aber immerhin – um eine international wie vom Bundesrat propagierte *innerstaatliche Massnahme mit Reichweite auf Auslandsaktivitäten von hier ansässigen Unternehmen*.⁴²

⁴⁰ Eingehend dazu GEISSER (FN 1), N 506 ff.

⁴¹ Vgl. den neuesten Stand wiedergebend CESCR (FN 9), Ziff. 30 ff.; grundlegend auch UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 2/Kommentar. Weiterführend EVELYNE SCHMID, *Exigences internationales de prendre des mesures législatives*, AJP 2017, 930 ff., 939 f.; Bundesrat, Bericht NAP (FN 2), 8; Botschaft vom 23. Januar 2013 zum Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsleistungen (BPS), BBl 2013 1745 ff., 1797.

⁴² Vgl. CESCR (FN 9), Ziff. 33; Bundesrat, Bericht NAP (FN 2), 14; dazu auch CHRISTINE KAUFMANN/CHRISTOPH GOOD/SABRINA GHIEMINI/CHARLOTTE BLATTNER, *Extraterritorialität im Bereich der Menschenrechte*, Zusammenfassung der Studie, Bern 2016, Internet: http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160815_Zusammenfassung_Studie_Extraterritorialitaet_web.pdf (Abruf 10.7.2017), 4; eingehend und zur Qualifikation der Konzernverantwortungsinitiative als solche CHRISTINE KAUFMANN ET AL., Studie im Volltext unter Internet: http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160815_SKMR_Studie_Extraterritorialitaet.pdf (Abruf 10.7.2017), insb. N 231.

ii. Geltungsraum der Vorgaben

Basiert die anvisierte Regelung auf universellen Standards, verblasen kollisionsrechtliche Bedenken weiter. Denn in diesem Rahmen setzt sich die Schweiz weder dem Vorwurf unreflektierten Wertemperialismus aus noch können sich transnational tätige Unternehmen kraft OECD-Leitsätzen und UNO-Leitprinzipien gegebenenfalls mit gutem Recht darauf berufen, mit diesem Verhaltensstandard in Ermangelung entsprechender lokaler Vorschriften nicht gerechnet zu haben (*«unfair surprise»*).⁴³ Auch im internationalen Koordinationsrahmen des konfliktfreien, rechtssicheren Wirtschafts- und Rechtsverkehrs erscheint die Vorlage *unter der Voraussetzung möglichst internationaler Fundierung* angemessen. Daran sind die einzelnen Verantwortungsgrundsätze in der Folge denn auch zu messen.

C. Die Verantwortungsgrundsätze

1. Grundkonzept

Zur wirksamen Durchsetzung der in Abs. 2 der Vorlage verankerten Verantwortungsgrundsätze erkennt die Initiative, wie dargelegt, das grösste Potenzial im Haftpflichtrecht. Dementsprechend sind die Verantwortungsgrundsätze zu den Haftungsvoraussetzungen in Bezug zu setzen, wie sie das ausservertragliche Haftpflichtrecht der Schweiz im Gleichklang mit anderen Staaten kennt.⁴⁴ Die *Respektierungsverantwortung* gemäss Abs. 2 lit. a der Verfassungsvorlage findet ihr haftpflichtrechtliches Pendant in der *Widerrechtlichkeit* einer schädigenden Handlung. Die *Sorgfaltsprüfungspflicht*, wie sie die Vorlage in Abs. 2 lit. b umreisst, mündet in haftpflichtrechtlicher Übersetzung im *verschuldensmässigen Handeln*.⁴⁵ Die Verfassungsvorlage hat dabei primär die Verantwortlichkeit für *eigene* Handlungen im Sinne der Grundnorm

⁴³ Vgl. OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. IV, Ziff. 38 ff.; UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 23/Kommentar; PETER FORSTMOSER, *Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?*, in: Angela Cavallo et al. (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich 2012 (zit. FORSTMOSER, *Schutz der Menschenrechte*), 712 f.

⁴⁴ Für die Schweiz vgl. statt vieler REY (FN 21), *passim*; rechtsvergleichend vgl. z.B. International Commission of Jurists (FN 20), 7.

⁴⁵ Die weiteren Haftungsvoraussetzungen wie die Bestimmung des Schadens (bzw. der immateriellen Unbill) und den Kausalzusammenhang überlässt die Initiative weiterhin dem geltenden Recht.

von Art. 41 OR im Blick. Soweit sie punktuell auch eine Verantwortlichkeit für die schädigende Handlung *anderer* Unternehmen verankert, bedarf es zusätzlich einer besonderen Zurechnungsnorm. Eine solche ist in Abs. 2 lit. c verankert. Die Schweizer Unternehmen haften demnach in Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung von Art. 55 OR für Schäden, die von ihnen *kontrollierte* (ausländische) Unternehmen aufgrund der Verletzung von Menschenrechten verursacht haben.⁴⁶ Das Grundkonzept der Initiative hat somit folgende Struktur:

| Verantwortungsgrundsätze | Übersetzung ins Haftpflichtrecht |
|--|--|
| a. Respektierungsverantwortung | Widerrechtlichkeit |
| b. Sorgfaltsprüfungspflicht | Verschulden |
| c. Besondere Fallkonstellation: Verantwortlichkeit für kontrollierte Unternehmen | Besondere Haftungsnorm nach dem Vorbild von Art. 55 OR |

Die anschliessende Betrachtung folgt dieser Grundstruktur.

2. Respektierungsverantwortung – Widerrechtlichkeit

Abs. 2 lit. a der Verantwortungsgrundsätze sieht vor, dass die «*Unternehmen [...] die international anerkannten Menschenrechte [...] zu respektieren*» haben. Diese Vorgabe wirft mit Blick auf das Haftpflichtrecht zwei zentrale Fragen auf: (a.) Was sind international anerkannte Menschenrechte und (b.) worin besteht eine haftungsrelevante Respektierungsverantwortung?

a. International anerkannte Menschenrechte

Menschenrechte sind Garantien, die dem Schutz zentraler Aspekte der menschlichen Person und Würde dienen. Die international anerkannten Menschenrechte bilden eine Teilmenge davon. Sie zeichnen sich durch besondere Werthaltigkeit und einen entsprechend grossen Geltungsraum aus.⁴⁷ Als Kanon von international anerkannten Menschenrechten weisen die UNO-Leitprinzipien (Leitprinzip 12) und die OECD-Leitsätze (Menschenrechte, Ziff. 39) in nicht abschliessender Aufzählung auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) und den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) hin. Hinzu

kommen die acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO). Dieses universelle Vertragsrecht bindet die Schweiz wie die meisten Staaten der Welt. Im Verständnis des völkerrechtlichen Koordinationsrahmens und in Anlehnung an die UNO-Leitprinzipien zieht die Initiative unter die erwähnten, *international anerkannten Menschenrechte zu Recht den entscheidenden Strich*.⁴⁸ Rein regionale oder gar nationale Grundwerte bei internationalen Sachverhalten kategorisch zur Anwendung zu bringen, führte zu einem unreflektierten Werteexport.⁴⁹ Zu nennen sind insoweit in Anlehnung an einen konkreten Bundesgerichtsfall z.B. (Gesundheits-)vorschriften des schweizerischen Arbeitsgesetzes, die über den ILO-Garantien liegen.⁵⁰ Die Aufgabe eines einzelfallgerechten Exports solcher Standards in stossenden Einzelfällen muss weiterhin dem geltenden Recht, das heisst dem *Ordre-public*-Vorbehalt, überlassen bleiben und kann nicht Gegenstand einer umfassenden Eingriffsnorm sein.⁵¹

b. Respektierungsverantwortung

Der Grundsatz stellt solides Völker- wie Verfassungsrecht dar: Menschenrechte wirken nicht nur zwischen Privaten und Staat, sondern – soweit sie sich dazu eignen – über die staatliche Schutzpflicht mittelbar auch zwischen Privaten (vgl. UNO-Leitprinzip 11; für die Schweiz analog Art. 35 Abs. 3 BV; sog. indirekte Drittwirkung).⁵² Lehre und Rechtsprechung haben indes bis heute nicht abschliessend geklärt, welche Menschenrechte Private in welchem Umfang beeinträchtigen können. Klar ist, dass sich gewisse Rechte im Allgemeinen besser eignen als andere. Dazu gehören vorab die auf *Abwehr* gerichteten Freiheitsrechte Dritter. Insoweit ist die Respektierungsverantwortung («*responsibility to respect*»), wie sie die Initiative und die UNO-Leitprinzipien einhellig vorsehen, primär als Verantwortung zur *Achtung*, das heisst zur Verhinderung negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte Dritter, zu verstehen.⁵³ Eine derart gefasste Verpflichtung

⁴⁸ So auch von KAUFMANN (FN 1), 50, begrüsst.

⁴⁹ Vgl. III.B.2.b.ii.

⁵⁰ Aus Sicht der Initiative im Ergebnis insoweit wohl zutreffend BGE 139 III 411.

⁵¹ Vgl. dazu III.B.2.a.

⁵² Mit Hinweis auf die völkerrechtliche Fundierung statt vieler Human Rights Council, Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts, Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 9.2.2007, UN Doc. A/HRC/4/035, Ziff. 10 ff.

⁵³ Vgl. u.a. OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. IV, Ziff. 41. Die Verantwortlichkeit erstreckt sich grundsätzlich nicht auf positive Ge-

⁴⁶ Vgl. Erklärungen zum Initiativtext (FN 3), 2.

⁴⁷ Zum Ganzen statt vieler WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. A., Basel 2013, 33 ff. und 103 ff.

ist im Privatrecht besonders auf das *ausservertragliche Haftpflichtrecht* zugeschnitten. Demnach handelt ein Unternehmen dann *widerrechtlich*, wenn es die absolut geschützten Rechte anderer verletzt, so *Leib* (Art. 11 ZGB), *Leben* (Art. 11 ZGB), *Persönlichkeit* (Art. 28 ZGB) oder *Eigentum* (Art. 641 ZGB).⁵⁴ Die Initiative hat mit ihrem menschenrechtlichen Bezug und ihrer haftpflichtrechtlichen Ausrichtung *insoweit primär die Funktion*, diesen absolut geschützten privaten Rechten, soweit sie ein internationales Echo haben, in rechtssicherer Anwendung über die Grenzen hinweg zum Durchbruch zu verhelfen.

3. Sorgfaltsprüfungspflicht – Verschulden

a. Grundsätze

Abs. 2 lit. b der Verantwortungsgrundsätze verpflichtet die Unternehmen zu einer «angemessenen Sorgfaltsprüfung». Die Einführung dieser *Sorgfaltsprüfungspflicht*, die als solche auf unmissverständlichen UNO-Vorgaben beruht,⁵⁵ stellt das Herzstück der Initiative dar.⁵⁶ Die Vorlage folgt dabei dem in den UNO-Leitprinzipien und OECD-Leitsätzen verankerten Dreischritt, (1) Risiken menschenrechtlicher Auswirkungen zu identifizieren, (2) Massnahmen zu ergreifen und (3) darüber zu berichten.⁵⁷

Dieses risikobasierte Vorgehen weist ausgesprochene Parallelen zum Sorgfaltsmassstab auf, wie ihn das ausservertragliche Haftpflichtrecht für das *Verschulden* kennt. Das haftungsrelevante Sorgfaltserfordernis ist in universellem Verständnis wie auch in der Schweiz ein objektiver Standard, der unter den beiden Voraussetzungen verletzt ist, dass (1) das Risiko des Verhaltens für den Schädiger voraussehbar gewesen ist und (2) dieser die nötigen Massnahmen zur Verhinderung des Schadeneintritts nicht ergriffen hat. Zudem ist das Verschulden nach einhelligem Verständnis im geltenden Recht der Schweiz wie international anhand von Massstäben fassbar, die nicht den Grad von harten, rechtsverbindlichen Normen erreichen müssen, sondern *gerade auch im Sinne von «soft law»* die

gebotene Sorgfalt bestimmen können.⁵⁸ Dementsprechend bildet die Sorgfaltsprüfung der UNO-Leitprinzipien, wie sie die Initiative verankert hat, auch für das haftpflichtrechtliche Verschulden von Unternehmen im Umgang mit Menschenrechten die erste umfassende internationale Richtschnur.⁵⁹ Deutlich wird dies anhand eines Anwendungsbeispiels.

b. Konkrete Anwendung

Betroffene machen ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und Niederlassung im Staat X dafür verantwortlich, im Staat X die Anwohnerschaft im Umfeld geplanter Wirtschaftstätigkeiten von ihrem Land vertrieben zu haben, bei ihrer Aktivität für die Anwohner- und Arbeiterschaft gesundheitsschädigende Emissionen auszustossen und gegen Demonstrationen mit Sicherheitskräften unter schweren Körperverletzungen gewaltsam vorgegangen zu sein. Für dieses Beispiel lässt sich eine haftpflichtrechtliche Sorgfalt anhand der Risikotrias der Initiative etwa wie folgt konkretisieren:

1. Schritt : Die tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen auf die international anerkannten Menschenrechte ermitteln (Art. 101a Abs. 2 lit. b E-BV)

Die risikobasierte Prüfung stützt sich unter anderem auf die Bewertung des konkreten menschenrechtlichen Umfelds, in dem ein Unternehmen tätig ist; besonders zu berücksichtigen sind verletzte und marginalisierte Gruppen. Das Gebot nach umfassender Information muss dabei auch unabhängiges Fachwissen umfassen (vgl. ausgewählte Elemente aus UNO-Leitprinzip 18/Kommentar). So hätte das erwähnte Unternehmen nach dem Stand der Wissenschaft unter Einbezug von Expertisen voraussehen können, dass der getätigte Rohstoffabbau angesichts massiver Überschreitung international anerkannter Grenzwerte (z.B. der WHO) bei der Arbeiter- und Anwohnerschaft zu erheblichen Gesundheitsrisiken führt. Auch hätte dem Unternehmen bei hinreichender Prüfung des menschenrechtlichen Umfelds etwa bekannt sein können, dass sein Betrieb den Enteigneten als Teil einer indi-

währleistungs- oder Schutzpflichten, wie sie in vollem Umfang die Staaten treffen (vgl. etwa Garantien im Bereich der sozialen Sicherheit). Die Diskussion zusammenfassend und mit Differenzierungen GEISSER (FN 1), N 106 ff. und 115 ff.

⁵⁴ Aus der internationalen Diskussion VAN DAM (FN 21), 243, und International Commission of Jurists (FN 20), 4. Für die Schweiz u.a. bereits JÖRG PAUL MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982, insb. 49.

⁵⁵ Vgl. neuerdings sehr explizit CESC (FN 9), Ziff. 16 und 33.

⁵⁶ Erklärungen zum Initiativtext (FN 3), 2.

⁵⁷ Einleitend vorab in UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 17; zur begrüssenden Feststellung dieses Nachvollzugs durch die Initiative auch KAUFMANN (FN 1), 52.

⁵⁸ Vgl. eingehend VAN DAM (FN 21), 238 ff. (245) (auch mit Blick auf die UNO-Leitprinzipien); CEES VAN DAM/FILIP GREGOR, *Corporate responsibility to respect human rights vis-à-vis legal duty of care*, in: Juan José Alvarez Rubio/Katerina Yiannibas (Hrsg.), *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, New York 2017, 131; mit Blick auf die Schweiz GEISSER (FN 1), N 563 f.

⁵⁹ VAN DAM (FN 21), 245 ff.; UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 17/Kommentar *in fine*.

genen Bevölkerung die Existenzgrundlage nahm und das Unternehmen dafür keinen zumutbaren Ersatz leistete.⁶⁰

2. Schritt: Geeignete Massnahmen zur Verhütung von Verletzungen ergreifen und bestehende Verletzungen beenden (Art. 101a Abs. 2 lit. b E-BV)

Mit Blick auf den Anwendungsfall nehmen die angemessenen Sorgfaltsmassnahmen sodann unterschiedliche Formen an, je nachdem, ob ein Unternehmen eine Verletzung selbst verursacht oder es dazu beiträgt (UNO-Leitprinzip 19 lit. b). *Verursacht* ein solches durch eigene Tätigkeit unmittelbar Menschenrechtsverletzungen, hat es die notwendigen Massnahmen zu treffen, sie zu beenden oder zu verhüten (UNO-Leitprinzip 19/Kommentar). So hätte es das erwähnte Rohstoffunternehmen nach Kenntnis der Schädlichkeit der Emissionen etwa selbst in der Hand gehabt, den Betrieb umgehend einzustellen, bis die nötigen technischen Massnahmen zur Einhaltung der Grenzwerte getroffen worden wären. Soweit das Unternehmen zu einer Menschenrechtsverletzung eines anderen Akteurs *beiträgt*, hat es immerhin die nötigen Massnahmen zu treffen, um seinen Beitrag zu verhüten oder zu beenden und seinen Einfluss einzusetzen, um alle verbleibenden Auswirkungen möglichst zu mildern (UNO-Leitprinzip 19/Kommentar). Im erwähnten Beispiel hat sich das Unternehmen in diesem Sinne z.B. dann verschuldetes Verhalten vorwerfen zu lassen, wenn es das von ihm beauftragte Sicherheitsunternehmen mit dem Hinweis waffentauglich ausgerüstet hat, gegen die Demonstranten in eigenem Ermessen mit Waffengewalt vorgehen zu können (für Hinweise des stattdessen gebotenen Vorgehens vgl. UNO-Leitprinzip 19/Kommentar).⁶¹

3. Schritt: Rechenschaft über ergriffene Massnahmen ablegen (Art. 101a Abs. 2 lit. b E-BV)

Demnach haben die Unternehmen unter anderem extern, regelmässig und ausreichend über die ergriffenen Massnahmen zu berichten (vgl. UNO-Leitprinzip 21). Je substantiierter ein solches über Menschenrechtsbelange berichtet, desto besser kann es im Klagefall auch den Tatbeweis erbringen, die nötigen Massnahmen getroffen zu haben.

⁶⁰ Vgl. UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 18/Kommentar, und CESCR (FN 9), Ziff. 12, beide mit Bezug auf die UN Declaration on the Rights of Indigenous People, 13.9.2007, UN Doc. A/Res/61/295.

⁶¹ Unter beispielhafter Konkretisierung mit den Voluntary Principles on Security and Human Rights (Multi-Stakeholder-Initiative, an der auch die Schweiz teilnimmt; vgl. Internet: <http://www.voluntaryprinciples.org> [Abruf 20.6.2017]).

c. Zwischenfazit

Das Anwendungsbeispiel zeigt auf, wie sich der grobmächtige Tatbestand des haftpflichtigen Verschuldens im vorliegenden Zusammenhang von der Risikotrias, wie sie die Initiative verankert hat, erschliessen lässt. Eine Umsetzung der Initiative durch gesetzliche Orientierungspunkte kann demnach wesentlich dazu beitragen, die Rechtsanwendung im internationalen Verhältnis vorausehbarer und rechtssicherer zu gestalten. Dabei bleibt aber zu bedenken, dass auch das objektivierte haftpflichtrechtliche Sorgfaltsanfordernis letztlich risikobasiert und damit stark situativ geprägt ist.⁶² Die erwähnte Risikotrias kann damit nur, aber immerhin die erste Richtschnur für ein sorgfältiges unternehmerisches Vorgehen im Umgang mit Menschenrechten bilden.⁶³ Der konkrete Massstab ist im Übrigen etwa anhand von sich fortentwickelnden branchenspezifischen Standards zu verfeinern und muss einer Beurteilung der konkreten Umstände zugänglich bleiben. Diesem Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit könnte die Gesetzgebung dahingehend Rechnung tragen, dass sie die Methodik und Abwägungsgrundsätze eines risikobasierten Vorgehens im Sinne erster Problemlösungsgesichtspunkte (sog. «*Topoi*») vorgibt,⁶⁴ für situationsbezogene Verfeinerungen indes etwa auf anschlussfähige branchenspezifische Standards sowie den richterlichen Beurteilungsspielraum verweist.⁶⁵

d. Haftungslinien

Für ein ausgewogenes Verständnis der Initiative bleiben schliesslich erste Haftungslinien zu ziehen. Dabei sind zwei Arten der Beteiligung von Unternehmen an Menschenrechtsverletzungen zu unterscheiden: (1) die Beteiligung durch eigene Handlung und (2) die Beteiligung über eine Geschäftsbeziehung mit einem anderen Akteur als Schädiger.⁶⁶

(1) *Eigene Handlung des Schweizer Unternehmens*: Die Schädigung durch eigene Handlung ist im Gleichklang der UNO-Leitprinzipien mit der Grundnorm von Art. 41

⁶² Vgl. REY (FN 21), N 843 f.; so auch Erklärungen zum Initiativtext (FN 3), 2.

⁶³ Vgl. UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 17/Kommentar *in fine*.

⁶⁴ Vgl. dazu grundlegend KRAMER (FN 37), 292 f. und 297 ff.; vorliegend GEISSER (FN 1), N 180 ff. (248) *in fine*.

⁶⁵ Zu nennen sind mit den UNO-Leitprinzipien insb. auch Verweise auf aktuelle internationale Standards im Nationalen Aktionsplan des Bundesrates (FN 2), 18 ff. und 35 ff.; zu Kriterien zur Tauglichkeit als haftpflichtrechtliche Sorgfaltsstandards vgl. VAN DAM (FN 21), 238 ff.; GEISSER (FN 1), N 564.

⁶⁶ UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 13 lit. a und b; REY (FN 21), N 69 und 72 f.

OR haftungsrelevant.⁶⁷ Das Unternehmen kann die Schädigung dabei durch eigene Tätigkeit als Haupttäter verursacht haben («*cause*») oder zu einer Schädigung beitragen («*contribute to*») – sei es als Anstifter (Veranlassung) oder Gehilfe (Förderung) unerlaubter Handlung eines anderen Akteurs (vgl. zur Illustration dieser Varianten zunächst den vorstehenden Modellfall).⁶⁸ Zu einer unerlaubten Handlung kann ein Schweizer Unternehmen innerhalb einer Zulieferungskette etwa auch dann anstiften, wenn es in letzter Minute die Produktionsanforderungen erhöht, ohne die Lieferfrist anzupassen, wodurch es den Zulieferer dazu bewegt, sein Personal zu ILO-widriger Mehrarbeit mit Gesundheitsschädigungen zu verpflichten.⁶⁹

(2) *Geschäftsbeziehung mit einem anderen Akteur als Schädiger*: Unter diesen Titel fällt demgegenüber der Fall, in dem ein Schweizer Abnehmer bei einem ausländischen Produzenten ohne die erwähnten Weisungen Kleider bestellt, die unter ILO-widrigen Arbeitsbedingungen entstanden sind.⁷⁰ Diesfalls steht das Schweizer Unternehmen mit dem Produzenten zwar in einer Geschäftsbeziehung, die mit der Verletzung auch zusammenhängt. Im Unterschied zur vorstehenden Konstellation ist aber kein darüber hinausgehender, kausaler und fahrlässiger Beitrag des Schweizer Unternehmens im Sinne einer Veranlassung zu einer Verletzung erkennbar. Hier ist die Grenze einer Verschuldenshaftung denn auch zu ziehen. Aus Abs. 2 lit. b des Initiativtextes eine *Verschuldenshaftung* über «sämtliche Geschäftsbeziehungen» hinweg zu folgern, führte zu einem überdehnten Haftungsverständnis, das weder dem internationalen Referenzrahmen noch Art. 41 OR entspricht.⁷¹ Eine solche Haftungserweiterung

sieht die Initiative in wortlautgetreuer und systematischer Auslegung allerdings *nicht* vor: Der Tatbestand «sämtliche Geschäftsbeziehungen» ist weder im Grundtatbestand rechtlicher Verantwortlichkeit von Abs. 2 lit. a noch im besonderen Haftungstatbestand von Abs. 2 lit. c zu finden.⁷² Soweit sich die Sorgfaltsprüfungspflicht der Initiative im Einklang mit den UNO-Leitprinzipien auf Verletzungen erstreckt, die mit den Geschäftsbeziehungen unmittelbar verbunden sind («*directly linked to*»),⁷³ mag dieses Gebot gestützt auf aktuelle UNO-Leitprinzipien etwa noch die Kraft einer *gesellschaftsrechtlichen* Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht haben.⁷⁴ Sie müsste aber ohne Folgen einer *Verschuldenshaftung* bleiben.⁷⁵

Diese Überlegungen führen zu einem Verständnis der Initiative, das der *Verschuldenshaftung* klare Grenzen setzt: Die eigene schädigende Handlung oder ein Beitrag dazu sind darin eingeschlossen, eine reine Geschäftsbeziehung nicht. Im Vergleich zum geltenden Recht dient die Sorgfaltsprüfungspflicht gemäss Abs. 2 lit. b der Vorlage somit der kontextbezogenen Klärung des Sorgfaltsmassstabs und führt nicht zu einer Erweiterung der Verschuldenshaftung. Bei diesem Ergebnis bleibt ein besonderer Tatbestand vorbehalten, der Gegenstand des letzten Verantwortungsgrundsatzes der Initiative ist: die Haftung für fehlende Sorgfalt im Kontrollverhältnis.

4. Haftung für fehlende Sorgfalt im Kontrollverhältnis

a. Ausgangslage

Die fortschreitende Globalisierung steht auch im Zeichen ökonomischer Verflechtung über Gruppen von verbundenen Unternehmen, so namentlich multinationale Konzerne. Die auf SAVIGNY zurückgehende Betrachtung einzelner Gesellschaften als isolierte juristische Personen steht zu dieser Realität – gerade angesichts der Haftungsschranken gegenüber schwerwiegenden Tatbeständen wie Men-

⁶⁷ Nachfolgend zum Ganzen UNO-Leitprinzip (FN 7), Prinzip 17/Kommentar, Prinzip 22 (Wiedergutmachung), Prinzip 26 (Zusammenhang); REY (FN 21), N 516 ff., so namentlich im Sinne einer natürlich und kausal adäquaten, verschuldensmässigen Handlung; zudem ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 50 OR N 24 ff.; vorliegend ANDREW CLAPHAM/SCOTT JERBI, Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses, Hastings International and Comparative Law Journal 2001, 339 ff.; FLETCHER (FN 22), 161 ff.; STEVEN R. RATNER, Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility, Yale Law Journal 2001, 443 ff., 522 ff.

⁶⁸ Vgl. für den Fall einer Gehilfenschaft, allerdings nur im Rahmen der Zuständigkeitsfrage behandelt, aus der Praxis BGE 131 III 153 E. 6.4.

⁶⁹ Inspiriert von United Nations, The Corporate Responsibility to Respect Human Rights – An Interpretive Guide, 2012, Internet: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/RtRInterpretativeGuide.pdf> (Abruf 20.6.2017) (zit. UN Interpretative Guide), 17.

⁷⁰ Fall ebenso inspiriert von UN Interpretative Guide (FN 69), 17.

⁷¹ Vgl. UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 17/Kommentar (Fragen der Mittäterschaft) sowie Prinzip 22 (Wiedergutmachung) und

Prinzip 26; vgl. REY (FN 21), N 591 ff. (602), wonach eine Kausalität durch Unterlassung bei Fehlen einer haftungsrelevanten Handlungspflicht nicht zu einer Verschuldenshaftung führen kann; vorliegend GEISSER (FN 1), N 558, m.w.H.

⁷² Vgl. zum Grundkonzept III.C.1.

⁷³ Zum einschränkenden Verständnis der Formulierung von «sämtliche Geschäftsbeziehungen» mit «unmittelbar verbunden» vgl. Erklärungen zum Initiativtext (FN 3), 2.

⁷⁴ CESC (FN 9), Ziff. 33; mit Blick auf UNO-Leitprinzip 21 den in der Schweiz bereits einmal diskutierten Vorschlag einer gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsprüfungspflicht (II.B.).

⁷⁵ Diesem Gebot könnte in der erwähnten systematischen Auslegung von Abs. 1 lit. a–c der Initiative somit nicht die Kraft einer haftungsrelevanten Handlungspflicht im Sinne von REY (FN 21), N 591 ff. (602), zukommen.

schenrechtsverletzungen – in einem deutlich erkannten Spannungsverhältnis.⁷⁶ Die UNO-Leitprinzipien leiten gestützt auf den dritten Pfeiler (Zugang zu Rechtsschutz und Wiedergutmachung) zusammen mit weiterem internationalem Rechtsmaterial die Staaten dementsprechend dazu an, die nötigen gesetzlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, um die rechtliche Verantwortlichkeit nach Massgabe ihrer jeweiligen Verantwortung *angemessen unter den Mitgliedern einer Unternehmensgruppe zu verteilen*, um so zu verhindern, dass sich einzelne Unternehmen zulasten einer effektiven Wiedergutmachung der Geschädigten von der menschenrechtlichen Verantwortung entziehen können. *Wie* das Konzept ausgestaltet sein soll, überlässt das Völkerrecht indes bis auf Weiteres den Staaten.⁷⁷ Obschon der Bundesrat die Problematik erkannt hat, ist zurzeit keine Vorlage in Sicht.⁷⁸ Damit bleibt die Thematik in Ermangelung eines gesetzlich geregelten Konzernrechts dem weiten Feld von richterrechtlichen Instituten zur punktuellen Durchbrechung von Haftungsschranken überlassen, welche die Praxis im Spannungsverhältnis von *Vielheit und Einheit* entwickelt hat. Die vorliegende Thematik betrifft dabei die Konzern*aussen-* und nicht die Konzern*innen*haftung, das heisst in erster Linie das ausservertragliche Haftpflichtrecht und nicht das Gesellschaftsrecht. Zu diesem Aspekt ist die sonst überaus reiche Lehre ungleich dünner.⁷⁹ Vorliegend geht es spezifischer noch um die Frage, inwieweit die inländische Muttergesellschaft gegenüber den von der ausländischen Tochter menschenrechtlich geschädigten Dritten haftpflichtrechtlich mitverantwortlich ist. Diesbezüglich hält sich die inländische Lehre im internationalen Ver-

gleich gar auffallend ruhig.⁸⁰ Diese Lücke zu schliessen, sprengte die vorliegende Untersuchung. Der Beitrag beschränkt sich darauf, die Initiative vor dem Hintergrund internationaler Entwicklungen ins Landesrecht einzuordnen, um den initiierten Weg zu verstehen und so einer ersten Beurteilung unterziehen zu können.

b. Grundkonzept der Initiative

i. *Entscheid für eine Sorgfaltshaftung*

Zur punktuellen Durchbrechung von Haftungsschranken innerhalb des Konzerns gegenüber ausservertraglich geschädigten Dritten stehen in der Schweiz wie in anderen Staaten grundsätzlich zwei Varianten zur Diskussion – die Durchgriffshaftung (*«piercing the corporate veil»*) und die Sorgfaltshaftung (*«duty of care»*).⁸¹

Durchgriffshaftung: Die aus Art. 2 ZGB entwickelte Durchgriffshaftung erscheint für eine griffige Regelung der vorliegenden Tatbestände ungeeignet: Sie durchbricht das Trennungsprinzip und fasst eine Unternehmensgruppe in Missbrauchsfällen als Einheit auf. Von daher muss der Haftungsdurchgriff die Ausnahme bleiben. Eine zu ausdehnende Anwendung des Durchgriffs stellt die Unternehmen unter Generalverdacht, hemmt den internationalen Wirtschaftsverkehr und wirkt im zwischenstaatlichen Rechtsverkehr zu ausgreifend. Da die vorgesehenen Ausnahmetatbestände – so namentlich Unterkapitalisierung, verdeckte Gewinnausschüttung und Vermögensvermischung – nicht auf eine menschenrechtliche Konzern*aussen*haftung zugeschnitten sind, dürften sie *de lege lata* vorliegend denn auch kaum je zur Anwendung gelangen.⁸²

Sorgfaltshaftung: Die Konzernverantwortungsinitiative knüpft folglich in Übereinstimmung mit WEBER/BAISCH und internationalen Stimmen zu Recht an der zweiten Haftungsvariante an. Zum einen erlaubt eine wie auch immer geartete Sorgfaltshaftung eine vertiefte Analyse der Sorgfaltspflicht von unternehmerischen Leitungsorganen mit Blick auf die Überwachung ausländischer

⁷⁶ Statt vieler WEBER (FN 14), 25 f. mit Hinweisen.

⁷⁷ Vgl. in einer Gesamtschau: UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 26/Kommentar (Missstand feststellend); CESCR (FN 9), Ziff. 44: «This requires State Parties to remove [...] barriers to remedies, including by establishing *parent company or group liability* regimes [...]» (Hervorhebung hinzugefügt); Committee on the Rights of the Child (FN 15), Ziff. 22–23 (mit Blick auf die Schweiz); OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. I, Ziff. 4 (Aufgabenteilung); UN Interpretative Guide (FN 69), 22; International Law Association, Final Conference Report Sofia – International Civil Litigation for Human Rights Violations, 2012, Prinzip 3.2/Kommentar; WEBER/BAISCH (FN 21), 676 f.

⁷⁸ Vgl. Bundesrat, Bericht Sorgfaltsprüfung (FN 2), 9; WEBER (FN 14), 27.

⁷⁹ Nach wie vor das zentrale Grundlagenwerk KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen 1995 (zwischen Konzern*innen-* und Konzern*aussen*haftung abgrenzend, 201 und 205 ff.); im Sinne von PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, N 298, steht die Thematik meines Erachtens streng genommen ausserhalb des Konzernrechts.

⁸⁰ Mit weiteren Hinweisen auf die reiche internationale Lehre und Praxis sowie mit Ausblick auf die Schweiz WEBER/BAISCH (FN 21), *passim*.

⁸¹ WEBER/BAISCH (FN 21), 685; VAN DAM (FN 21), 248.

⁸² So zum Ganzen WEBER/BAISCH (FN 21), 688 ff. (691); KAUFMANN (FN 1), 51; VAN DAM (FN 21), 247 f.; GEISSER (FN 1), N 569; PIETH (FN 14), AJP 2017, 1013 f. Im Überblick ROLAND VON BÜREN, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern, 2. A., Basel 2005, 181 ff.; vorliegend FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte (FN 43), 720 f. (punktuell käme noch Unterkapitalisierung oder Schaffung von Konzernvertrauen im Sinne von BGE 120 II 331 infrage; das Konzernvertrauen als eigenständige Rechtsfigur für eine Haftung ist in der Lehre aber umstritten, vgl. mit Hinweisen PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 11 N 475 ff.).

Tochertätigkeiten, um gleichzeitig auch deren Grenzen aufzuzeigen. Damit verfügt sie über das Potenzial, die Konzernaufsichtspflicht auch in ihrer menschenrechtlichen Tragweite weiter zu klären.⁸³ Zum anderen hebt eine so verstandene Sorgfaltshaftung das Trennungsprinzip nicht auf und zeitigt insofern nicht jene negativen Folgen, welche die Durchgriffshaftung bestimmen. Die Vorlage beschränkt sich auf die Verankerung einer bestimmten *Überwachungspflicht des Mutterunternehmens in Bezug auf menschenrechtlich relevante Tochertätigkeiten*. Die Tochter wird im Übrigen aber weiterhin als eigenständige juristische Person betrachtet und bleibt *a priori* im eigenen Land und nach den dort einschlägigen Vorgaben verantwortlich.⁸⁴ Weil die Haftung der Mutter für eine direkt schädigende Handlung Dritter (d.h. der Tochter) als Haftung aus Unterlassung eine besondere Handlungspflicht voraussetzt, bedarf es hierzu in der Schweiz einer speziellen Haftungsnorm.⁸⁵ Dies führt uns zum zweiten Grundentscheid der Initiative.

ii. *Entscheid für Anlehnung an Geschäftsherrenhaftung*

Führen wir uns dazu eine praxisnahe Grundkonstellation vor Augen. Ein Mutterunternehmen mit Sitz in der Schweiz kontrolliert eine Tochter mit Sitz im Ausland; die Tochter baut derweil einen für die Anwohner gesundheitsschädigenden Rohstoff ab. Die einschlägigen Verantwortungsgrundsätze der Initiative lauten wie folgt: Wer ein Unternehmen kontrolliert, soll diese Kontrolle bei gebotener Sorgfalt auch zur Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen ausüben;⁸⁶ wer aus der Tätigkeit eines anderen wirtschaftlichen Nutzen zieht, soll auch die damit verbundenen Risiken tragen. Diese Haftungsprinzipien stimmen mit jenem der Geschäftsherrenhaftung von Art. 55 OR überein.⁸⁷ Der Verfassungstext ist deshalb

dieser Bestimmung nachgebildet. In der Schweiz, wie in ähnlicher Form auch im Ausland,⁸⁸ stellt die Geschäftsherrenhaftung die Grundnorm für ausservertragliche Unternehmensrisiken dar. Als solche war sie etwa wegleitend für die Produkthaftungspflicht, die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung und weist auch Entwicklungen hin zu einer unternehmerischen Organisationshaftung den Weg.⁸⁹ In ihrer Anlage als derart vielseitige Grundnorm erstaunt es nicht, wenn Art. 55 OR nach ganz vorherrschender Lehre – mit Blick auf Konzerne – auch dann anwendbar sein soll, wenn nicht natürliche Personen, sondern Unternehmen Geschäftsherr und Hilfsperson sind.⁹⁰ HOFSTETTER bringt Sinn und Zweck einer solchen Übertragung wie folgt auf den Punkt:

Beim konzernadäquaten Ausbau der Geschäftsherrenhaftung geht es um den Schutz der durch das aktienrechtliche Haftungsprivileg besonders gefährdeten ausservertraglichen Tochtergläubiger. Funktionale causa dieses Schutzes ist die Tatsache, dass ausservertragliche Gläubiger für das auf sie übertragene Risiko nicht kompensiert zu werden pflegen.⁹¹

Das Bundesgericht scheint eine Übertragung zu befürworten, hat diese Frage bislang aber nicht eindeutig geklärt.⁹² Angesichts des Praxispotenzials von Art. 55 OR

⁸³ So zum Ganzen WEBER/BAISCH (FN 21), 685 ff. (687); VAN DAM (FN 21), 248; WEBER (FN 14), 26 ff.; ENNEKING (FN 21), AJP 2017, 991 ff. und 996 f. CESC (FN 9), Ziff. 44 («establishing parent company or group liability regimes»).

⁸⁴ Für eine Ausnahme *de lege lata* nach der Notzuständigkeit von Art. 3 IPRG (GEISSER [FN 1], N 354 ff. [385]); zu einem Vorschlag *de lege ferenda*, der aber über die Initiative hinausgeht, vgl. V.A.1.

⁸⁵ REY (FN 21), N 72 f. und 591 ff. (602); KUNZ (FN 79), N 757; LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 110 f. (Art. 55 OR als Tatbestand einer schadensauslösenden Unterlassung des Mutterunternehmens). Notabene: Die UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 13/Kommentar, verstehen als «Tätigkeiten» eines Unternehmens «sowohl Handlungen als auch Unterlassungen».

⁸⁶ Erklärungen zum Initiativtext (FN 3), 2.

⁸⁷ REY (FN 21), N 84 und 897 ff.; vertiefend auch MARTIN PETRIN, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Zürich 2004, 21 und 22 f.; HANDSCHIN (FN 85), 347.

⁸⁸ Vgl. Art. 831 BGB/DE; Art. 1384 (V) Cc/FR; Art. 2049 Cc/IT; Art. 1315 ABGB/AT; auf überstaatlicher Ebene vgl. European Group on Tort Law (EGTL), Principles of European Tort Law – Text and Commentary, Wien/New York 2005, Art. 6:102; dazu CEES VAN DAM, European Tort Law, Oxford 2013, 502 ff.

⁸⁹ Vgl. vorab den Leitentscheid BGE 110 II 456 («Schachtrahnenfall»). Für die in der Schweiz angedachte, wenn auch bislang noch nicht vorlegungsreife Organisationshaftung für typische Unternehmensrisiken vgl. VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, Bern 2013, N 8.62; eingehend GERT BRÜGGEMEIER, Prinzipien des Haftungsrechts, Baden-Baden 1999, 126 ff.; OLIVER WAESPI, Organisationshaftung, Bern 2005, *passim*; vgl. mit Blick auf das Strafrecht PIETH (FN 14), AJP 2017, 1008 f.

⁹⁰ HOFSTETTER (FN 19), 239 ff.; HANDSCHIN (FN 85), 344 ff.; VON BÜREN (FN 82), 202 f.; NINA SAUERWEIN, La responsabilité de la société mère, Bern 2006, 89 f.; KARIN BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Zürich 2004, 272 f.; JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das Schweizer Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 101; MAX ALBERS-SCHÖNBERG, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980, 174 ff.; GEISSER (FN 1), N 568 (S. 494 ff.); FRANÇOIS MEMBRESZ, Etude juridique – Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses, Genf 2012, 32 ff.; einzig zurückhaltender mit dem Hinweis auf die fehlende Praxisrelevanz noch MARC AMSTUTZ, Musique plurielle: Überlegungen zu einem konzernorganisatorischen Haftungsrecht, in: Marcel A. Niggli/Marc Amstutz (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Basel 2007, 146. Kategorisch ablehnende Stimmen sind in der neueren Literatur, soweit ersichtlich, nicht mehr vorhanden.

⁹¹ HOFSTETTER (FN 19), 239.

⁹² Der Grund besteht wohl darin, dass bei reinen Binnensachverhalten eine Haftung des direkt schädigenden Unternehmens im Vorder-

gerade im international-menschenrechtlichen Kontext,⁹³ erscheint es nur eine Frage der Zeit, bis sie gerichtlich beantwortet sein wird. Die Verfassungsvorlage antizipiert diese Rechtsentwicklung und macht für die vorliegenden Tatbestände eine doppelte Vorgabe: Zum einen gelten auch Unternehmen (d.h. juristische Personen) als Hilfspersonen. Zum anderen gilt die verfassungsrechtlich verankerte Geschäftsherrenhaftung für Schweizer Unternehmen auch gegenüber ausländischen Unternehmen als deren Hilfspersonen.

c. Haftungsvoraussetzungen im Überblick

In Anlehnung an Art. 55 OR lautet die Verfassungsvorlage wie folgt: «Die Unternehmen haften auch für den Schaden, den durch sie kontrollierte Unternehmen aufgrund der Verletzung von international anerkannten Menschenrechten [...] in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben; sie haften dann nicht nach dieser Bestimmung, wenn sie beweisen, dass sie alle gebotene Sorgfalt gemäss Buchstabe b angewendet haben, um den Schaden zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.» Daraus lassen sich die folgenden Haftungsvoraussetzungen lesen:

1. Unternehmen A kontrolliert Unternehmen B (Kontrollverhältnis);
2. Unternehmen B verursacht kausal und widerrechtlich einen Schaden;
3. dies in Ausübung geschäftlicher Verrichtung (funktionaler Zusammenhang);
4. der Sorgfaltsbeweis von Unternehmen A als kontrollierendes Unternehmen misslingt.

Die Kontrolle und die gebotene Sorgfalt bedürfen vertiefter Betrachtung.

d. Kontrolle

Abs. 2 lit. a der Verfassungsvorlage bestimmt: «Ob ein Unternehmen ein anderes kontrolliert, bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen; eine Kontrolle kann faktisch auch durch wirtschaftliche Machtausübung erfolgen.» Daraus sind unter Einbezug der Erklärungen die folgenden kumulativen Voraussetzungen für eine haftungsrelevante Kontrolle zu schliessen:

(1) *Geschäftsbeziehung mit Zusammenhang zur Menschenrechtsverletzung*: Zunächst muss eine Geschäftsbeziehung vorliegen – jede Kontrolle setzt eine Geschäftsbeziehung voraus. Gemäss Abs. 2 lit. c muss das kontrollierte Unternehmen die menschenrechtliche Schädigung denn auch «in Ausübung geschäftlicher Verrichtung» verursacht haben und nicht etwa bei Gelegenheit bzw. in Ausübung einer Verrichtung für eine andere Person als jener der Muttergesellschaft.⁹⁴ Diese Haftungsvoraussetzung eines funktionellen Zusammenhangs entspricht auch der Grenze der UNO-Leitprinzipien. Diese sehen ausserhalb einer Geschäftsbeziehung, die im Zusammenhang mit einer Menschenrechtsverletzung steht, wie erwähnt keine unternehmerische Verantwortung vor (III.C.3.d.).

(2) *Hierarchisches Element – Kontrollverhältnis*: Art. 55 OR verlangt ein Subordinations- sprich Kontrollverhältnis. Massgebend ist demnach letztlich nicht die rechtliche Bezeichnung der Geschäftsbeziehung, sondern dass ein *tatsächliches*, das heisst ökonomisch-organisatorisches Kontrollverhältnis zwischen den Unternehmen vorliegt.⁹⁵ Im Konzern entsteht ein Kontrollverhältnis zwar klassischerweise über eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung (so z.B. indem ein Unternehmen über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt bzw. über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen; siehe Art. 963 OR in Verankerung des Kontrollprinzips).⁹⁶ Denkbar ist eine konzernrelevante Kontrolle aber in einem weiteren Verständnis etwa auch durch Vertrag oder – wie es die Initiative alternativ vorsieht – durch besondere «wirtschaftliche» Abhängigkeit, das heisst «faktische Machtausübung». VON BÜREN spricht diesbezüglich das Beispiel von Alleinbezugsverträgen an: Ein Unternehmen produziert praktisch ausschliesslich Ware für ein anderes; die Einstellung der Bezüge stellte die Existenz jenes Unternehmens infrage. Massgebliche Kontrollparameter könnten in diesem Sinne auch die gegenseitige Marktstellung der betreffenden Unternehmen sein sowie die konkreten vertraglichen Vereinbarungen zwischen diesen oder Ähnliches.⁹⁷ Neben diesen Kriterien ist mit Blick auf

grund steht. Vgl. einzig im Ansatz den nicht amtlich publizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 11. Juni 1992, in: Semaine Judiciaire 1992, 627 f.

⁹³ Im internationalen Verhältnis steht in der Schweiz zur Beurteilung der ausländischen Töchter kein ordentlicher Gerichtsstand zur Verfügung (vgl. V.A.1.). Für die potenzielle Praxisrelevanz vgl. BUENO (FN 1), AJP 2017, *passim* (insb. 1018 ff.).

⁹⁴ REY (FN 21), N 912 ff.; HANDSCHIN (FN 85), 350 f.; KAUFMANN (FN 1), 51, illustriert an einem Beispiel, das somit nach klarem Wortlaut (Abs. 2 lit. c) nicht von der Vorlage erfasst ist.

⁹⁵ REY (FN 21), N 903 f. (904); ROBERTO (FN 89), N 8.07; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Bd.: Besonderer Teil, Erster Teilband, 4. A., Zürich 1987, 303 ff. (305); PETRIN (FN 87), 67 ff.; BGE 61 II 342 E. 2.

⁹⁶ So übernommen von Art. 5 Abs. 1 BPS (FN 16).

⁹⁷ VON BÜREN (FN 82), 78 ff. (81); für einen je nach Rechtsgebiet differenzierten Ansatz im Übrigen KUNZ (FN 79), N 17 ff.; HAND-

die Geschäftsherrenhaftung zudem erforderlich, dass eine *Konzernleitung* vorliegt oder – auf dem Boden des Kontrollprinzips – zwar die Leitungsmechanismen bestehen, die Leitung aber nicht wahrgenommen wurde.⁹⁸ Ein solches Kontrollverständnis kann sich auf Art. 55 OR stützen, findet sich im Konzernrecht wieder und entspricht auch dem Ansatz der OECD-Leitsätze.⁹⁹

Mit der gewählten Formulierung entscheidet sich die Konzernverantwortungsinitiative für einen Konzernbegriff, der über die Konsolidierungspflicht gemäss Art. 963 OR hinausgeht und zwar insoweit den Preis einer etwas weniger rechtssicheren Lösung bezahlt; die Öffnung für eine einzelfallgerechte Betrachtung der tatsächlichen Kontrolle erscheint für eine an Art. 55 OR angelehnte, auf die wirtschaftlichen Realitäten abstellende Verantwortlichkeit nach dem Gesagten dennoch folgerichtig. Bei einer Holdinggesellschaft (ohne etablierte Konzernleitungsmechanismen)¹⁰⁰ eine haftungsrelevante Kontrolle *a priori* zu bejahen, um im Gegenzug bei einem engmaschigen Alleinbezugssystem eine solche immer zu verneinen, würde den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht. An der Grenze des Konzerns im erwähnt weiten Verständnis ist meines Erachtens aber die Haftungslinie der *Konzernverantwortungsinitiative* zu ziehen. Der Fähigkeit von Unternehmen sind enge Grenzen gesetzt, um auf das Verhalten von anderen Unternehmen in der Wertschöpfungskette über das etablierte Kontrollverhältnis des Konzerns hinaus Einfluss nehmen zu können.¹⁰¹ Jenseits des Konzerns eine haftungsrelevante «Machtausübung» anzunehmen, überspannt den Bogen einer ausgewogenen Regelung.¹⁰² Die Formulierung bleibt meines Erachtens in diesem Sinne einschränkend auszulegen.

SCHIN (FN 85), 349 (entsprechend zu Art. 55 OR); vorliegend mit Blick auf die Fallpraxis rechtsvergleichend z.B. NICOLAS BUENO, *Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations*, *The International Journal of Human Rights* 2017, 565 ff. (zit. BUENO, *Corporate Liability*), 575 ff.; VAN DAM (FN 21), 247 ff.

⁹⁸ HANDSCHIN (FN 85), 353 (und 111); VON BÜREN (FN 82), 203, mit Blick auf Art. 55 OR etwas einschränkender mit der Schwelle einer effektiven Einflussmöglichkeit operierend. In der konkreten Anwendung vermittelnd und zum Verständnis der Leitungsmechanismen vgl. III.C.4.e.i.

⁹⁹ Vgl. HOFSTETTER (FN 19), 4, der Multinationale Konzerne in Anlehnung an die Begrifflichkeit der OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. I, Ziff. 4, treffend als «Aufteilung eines Unternehmens in mehrere Einheiten, welche in verschiedenen Ländern lokalisiert, aber durch gemeinsame Kontrolle verzahnt sind [...]», beschreibt.

¹⁰⁰ BEYELER (FN 90), 18 f. (Konzernleitung verbleibt etwa bei der Stammesgesellschaft).

¹⁰¹ OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. II, Erläuterungen zu den allgemeinen Grundsätzen, Ziff. 21 ff.

¹⁰² So im Ergebnis auch KAUFMANN (FN 1), 53; dabei soll aber nicht unerwähnt bleiben, dass es auch im Haftpflichtrecht punktuell be-

e. Gebotene Sorgfalt

i. Grundsätze

Im Wechselspiel zwischen nationalem und internationalem Recht lässt sich zur gebotenen Sorgfalt im Konzernverhältnis folgende schrittweise Annäherung skizzieren: Der Sorgfaltsbeweis gemäss Art. 55 OR stützt sich praxisgemäss auf die vier *curae* der (1) Sorgfalt in der Auswahl, (2) der Instruktion und (3) der Überwachung der Hilfsperson sowie (4) in einer zweckmässigen Organisation des Unternehmens.¹⁰³ HOFSTETTER hat diese Sorgfaltskriterien für multinationale Konzerne auf den folgenden Nenner gebracht:

Der Sorgfaltsbeweis der Konzernmutter sollte sich auch im Zusammenhang mit der Geschäftsherrenhaftung am Begriff der ordnungsgemässen Konzerngeschäftsführung orientieren. Diesen gilt es spezifisch auf die (funktional hergeleiteten) Schutzinteressen ausservertraglicher Tochtergläubiger auszurichten. Dabei ist der konkreten Ausgestaltung der Mutterkontrolle über die Tochtertätigkeiten und der Vorausssehbarkeit eingetretener Risiken Rechnung zu tragen. Der Nachweis der drei klassischen *curae* [...] vermag aber grundsätzlich nicht zu genügen. Gefordert ist vielmehr Beweis dafür, dass alle konzernorganisatorischen Möglichkeiten ausgeschöpft wurden, um eine optimale Sicherheit der Tochtertätigkeiten zu gewährleisten (Konzernorganisationshaftung).¹⁰⁴

Daraus lassen sich zusammen mit weiteren Lehrmeinungen¹⁰⁵ und im Verständnis der Verfassungsvorlage ein Grundsatz und zwei Parameter ableiten: Es geht vor allem um eine *zweckmässige Konzernorganisation*; die Anforderungen daran sind im Einzelnen insbesondere abhängig von der *Kontrolle* über die Tochtertätigkeiten als solche (d.h., ob mit Blick auf die konkreten Leitungsmechanismen ein straff geführter Konzern vorliegt oder nicht) und vom *Risiko* der infrage stehenden Tochtertätigkeit in Bezug auf mögliche ausservertragliche Schädigungen.

Diese Due-Diligence-Kriterien stossen im menschenrechtsbezogenen Referenzrahmen auf fruchtbaren Boden. Auch die UNO-Leitprinzipien sind risikobasiert (III.C.3.a.). Die dort postulierte Risikotrias erstreckt sich dabei auf das weite Feld *sämtlicher Geschäftsbeziehungen*, die mit einer Menschenrechtsverletzung zusammenhängen, so auch auf eine qualifizierte Geschäftsbeziehung in Form eines Kontrollverhältnisses (damit soll aber auch

reits zusätzlich ausdehnende Tendenzen gibt, so VAN DAM (FN 21), 251 ff., und VAN DAM/GREGOR (FN 58), 132, 134 ff., beide feststellend im Vergleich der Konzernverantwortungsinitiative zur am 21. Februar 2017 in Frankreich angenommenen «*Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*» und weiteren regulatorischen Bestrebungen in Europa.

¹⁰³ Statt vieler REY (FN 21), N 927 ff. (940) mit Hinweisen.

¹⁰⁴ HOFSTETTER (FN 19), 243 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁵ Vgl. zudem u.a. HANDSCHIN (FN 85), 111, 343 f. und 351 ff.; VON BÜREN (FN 82), 203.

gesagt sein, dass «Kontrolle» kein zusätzlich qualifizierendes Konzept der UNO-Leitprinzipien darstellt).¹⁰⁶ Für den Sorgfaltparameter *Kontrolle* lassen mithin v.a. die OECD-Leitsätze weitere Konkretisierungen zu. Dazu gehören etwa folgende Leitsätze:

- «Von den verschiedenen Unternehmensteilen wird – *entsprechend* der *effektiv* zwischen ihnen bestehenden *Kompetenzaufteilung* – erwartet, dass sie zusammenarbeiten und sich gegenseitig unterstützen, um die Einhaltung der Leitsätze zu erleichtern.»¹⁰⁷
- «Die *Befolungs- und Kontrollsysteme* [...] sollten wenn möglich [die] *Tochtergesellschaften* einbeziehen. Darüber hinaus beinhaltet das Monitoring der Governance durch den Board auch eine kontinuierliche *Überprüfung* der internen *Strukturen*, um innerhalb der Gruppe klare Linien für die *Rechenschaftspflicht* der Unternehmensleitung zu gewährleisten.»¹⁰⁸

Ein so genährter Sorgfaltsmasstab, der nach dem Gesagten gerade auch haftpflichtrechtlich relevant sein kann,¹⁰⁹ lässt sich in konzernbezogener Anpassung unseres Modellfalls wie folgt veranschaulichen:

ii. Konkrete Anwendung

Eine Muttergesellschaft hat ihren Sitz in der Schweiz. Die Anlagen der *Tochtergesellschaft* mit Sitz im Staat X stossen im Rahmen des Rohstoffabbaus gesundheitsschädigende Emissionen für die Arbeiter- und Anwohnerschaft aus; gegen Demonstrationen von Anwohnern im Zusammenhang mit dem Betrieb setzt die Tochtergesellschaft ihr Sicherheitspersonal ein, was zu Tötungen und schweren Körperverletzungen bei Demonstrantinnen und Demonstranten führt. Für dieses Beispiel lässt sich ein haftungsrelevanter Sorgfaltsmasstab anhand der Risikotrias der Initiative und der erwähnten Grundsätze wie folgt konkretisieren.

I. Schritt: Risiken ermitteln

Sorgfaltsprüfungen auf dem Gebiet der Menschenrechte sollten möglichst frühzeitig bei der Entwicklung einer neuen Beziehung zum Tragen kommen – so namentlich bereits im Vorfeld der Übernahme eines Unternehmens (UNO-Leitprinzip 17/Kommentar). Die Due Diligence sollte als Bezugspunkt alle international anerkannten Menschenrechte einschliessen (UNO-Leitprinzip 18/Kommentar). Diese Pflicht zur frühzeitigen Risikoprüfung hat zweifellos *Konzerntragweite*.¹¹⁰ Wenn es das kontrollierende Unternehmen im Vorfeld der Kontrollübernahme oder auch danach unterlässt, die menschenrechtlichen Risiken abzuschätzen, die mit der Tätigkeit des übernommenen Unternehmens verbunden sind, verletzt es seine Sorgfaltsprüfungspflicht.¹¹¹ Das Mutterunternehmen könnte diese im erwähnten Sachverhalt etwa dann verletzt haben, wenn es sich ohne Priorisierung auf bestimmte Menschenrechte (z.B. das Verbot von Kinderarbeit) beschränkt, es im Rahmen seines konzernweiten Risikomanagementsystems aber unterlässt, jene Bereiche zu ermitteln, in denen das Risiko menschenrechtlicher Auswirkungen im spezifischen Unternehmenskontext viel naheliegender ist, wie hier der potenziell gesundheitsgefährdende Rohstoffabbau in einem heiklen operativen Umfeld mit sich anbahnendem Widerstand seitens der Anwohnerschaft.¹¹²

Nach Massgabe der erwähnten Sorgfaltparameter *Risiko* und *Kontrolle* bleibt dabei weiter zu differenzieren, wie engmaschig eine menschenrechtliche Überwachungssorgfalt («*cura in custodiendo*») im Einzelnen ausgestaltet sein muss, um von einer umsichtigen Konzernorganisation zu sprechen. HANDSCHIN hat dazu zusammen mit anderen Stimmen für Art. 55 OR eine einleuchtende Faustregel formuliert: Je dezentraler ein Konzern organisiert ist, desto mehr geht es seitens der Konzernleitung um ein

¹⁰⁶ Siehe III.C.4.d. sowie in Ansätzen UN Interpretative Guide (FN 69), 22 (für Unternehmensgruppen auch mit dem Hinweis auf «with varying degrees of control exercised by the parent company and correspondingly varied levels of devolved authority to the subsidiaries») und 49; VAN DAM/GREGOR (FN 58), 130 f.

¹⁰⁷ OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. I, Ziff. 4 (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁰⁸ OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. II, Erläuterungen zu den allgemeinen Grundsätzen, Ziff. 9 (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁰⁹ Den landesrechtlichen Rahmen setzt Art. 55 OR; zur einhelligen Auffassung zum Bezug von *soft law* als haftungsrelevanter Sorgfaltsmasstab siehe III.C.3.a.; mit Blick auf Konzerne zudem VAN DAM/GREGOR (FN 58), 130 ff.; mit Blick auf die OECD-Leitsätze zudem bereits HANS W. BAADE, *The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, German Yearbook of International Law 1979, 11 ff., 29 ff.; in der Fallpraxis Nachweise bei GEISSER (FN 1), N 503.

¹¹⁰ Diese erstreckt sich mit Bezug auf die UNO-Leitprinzipien gar auf Geschäftsbeziehungen, die darüber hinausgehen: so z.B. Norwegian National Contact Point, Complaint from Lok Shakti Abhiyan (India), KTNC Watch (South Korea), Fair Green and Global Alliance (Netherlands) and Forum for environment and development (Norway) vs. South Korean Pohang Iron and Steel Enterprise (POSCO), the Dutch Pension Fund ABP and its pension administrator APG, and the Norwegian Bank Investment Management (NBIM) of the Government Pension Fund Global, Final Statement vom 27. Mai 2013 (zit. Norwegian National Contact Point, Final Statement), Internet: <http://tiny.uzh.ch/v8> (Abruf 4.7.2017), 29 ff. (30 und 33); HANDSCHIN (FN 85), 343, der mit Blick auf Art. 55 OR insoweit eine Verletzung der «*cura in eligendo*» ausmachen könnte; dazu allg. REY (FN 21), N 929.

¹¹¹ Neben FN 110 zudem UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 17 (insb. lit. c; Risikoprüfung auch als kontinuierliche Aufgabe).

¹¹² Vgl. UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzipien 17 und 18 (je Kommentare dazu); fallbezogen z.B. Norwegian National Contact Point, Final Statement (FN 110), 37.

sorgfältiges Monitoring der konzernweiten *Gesamtstruktur* verbunden mit einer hinreichenden finanziellen, personellen und technischen Ausstattung des kontrollierten Unternehmens und weniger um die Überwachung jedes Einzelrisikos. Anders liegen die Dinge im zentralistisch geführten Konzern, in welchem das Mutterunternehmen die Tochter im Detail anweist und daher gestützt auf die vorliegenden Leitungsmechanismen auch in der Lage ist, die weisungsmässige Abwicklung der Geschäfte zu überprüfen.¹¹³ FORSTMOSER weist dabei zur Konzernfreiheit in der Aufgabenteilung auf eine wichtige *Schranke* hin: Es kann sich verbieten, bestimmte Aufgaben bei einer Konzernuntergesellschaft zu belassen, wenn bei dieser die erforderlichen – das heisst die dem konkreten Risiko entsprechenden finanziellen, personellen oder technischen – Mittel für die Erfüllung fehlen.¹¹⁴ Auf den Punkt gebracht geht es im Gleichklang der erwähnten OECD-Leitsätze und der UNO-Leitprinzipien mit der haftpflicht- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfalt demnach um eine *zweckmässige, dem Verhältnis von Kontrolle, Risiken und Mitteln entsprechende Kompetenzaufteilung innerhalb der Unternehmensgruppe, die organisatorisch darauf abzielt, menschenrechtliche Beaufsichtigungslücken zu vermeiden*.¹¹⁵

In unserem Beispiel müsste es im straff geführten Konzern angesichts der tatsächlichen Kontrolle der Mutter über Produktionsfragen, dem Gefährdungspotenzial des spezifischen Rohstoffabbaus und der fehlenden technischen Expertise bei der Tochter somit die Aufgabe der Konzernmutter sein, die Risiken frühzeitig zu erkennen. Eine derart gefasste Überwachungs- sprich Konzernlei-

tungspflicht könnte die Muttergesellschaft z.B. dann verletzt haben, wenn sie nicht rechtzeitig erkannt hätte, dass der Ausstoss der Fabrikanlage der Tochtergesellschaft wegen technischer Unzulänglichkeit die WHO-Grenzwerte massiv überschreitet.

2. Schritt: Massnahmen ergreifen

Die Unternehmen sollen die Erkenntnisse aus ihren Sorgfaltsprüfungen in alle einschlägigen internen Geschäftsbereiche und Abläufe integrieren und entsprechende Massnahmen ergreifen. Angemessene Massnahmen nehmen unterschiedliche Formen an, abhängig davon, welches Einflussvermögen das Unternehmen besitzt, um der nachteiligen Auswirkung zu begegnen. Einflussvermögen gilt dann als vorhanden, wenn das Unternehmen über die Fähigkeit verfügt, Veränderungen in den unrechtmässigen Praktiken des Schadensverursachers herbeizuführen (vgl. zum Ganzen UNO-Leitprinzip 19/Kommentar). *Konzernverhältnisse* zeichnen sich wie erwähnt durch die *Kontrolle* der Muttergesellschaft über die Tochtergesellschaft aus (III.C.4.d.). Indem die Mutter die Tochter kontrolliert, verfügt sie über *wesentliches Einflussvermögen* über deren Geschäftstätigkeit wie auch die damit verbundenen menschenrechtlichen Schädigungen.¹¹⁶ Damit gilt in gegenseitiger Annäherung von Art. 55 OR, der OECD-Leitsätze und UNO-Leitprinzipien die Grundvorgabe, *dass* sie diesen auch zu nutzen hat, um den Schaden, der die Tochter in geschäftlicher Verrichtung verursacht, zu verhin-

¹¹³ Vgl. in einer Gesamtschau: HANDSCHIN (FN 85), 111, 352 f. (über sämtliche *curae* hinweg); als Mindestvorgabe OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. II, Erläuterungen zu den allgemeinen Grundsätzen, Ziff. 9 (Gesamtmonitoring im Sinne der Überprüfung interner Strukturen); FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte (FN 43), 715 (Organisationspflicht dahingehend, dass die Mutter die Tochter in die Lage zu versetzen hat, die ihr verbleibenden bzw. zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen), 720 (zum konkreten Haftungsfall einer Unterkapitalisierung); PETER FORSTMOSER, Coporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015 (zit. FORSTMOSER, CSR), 157 ff., 175; VON BÜREN (FN 82), 203 m.w.H., der in Art. 55 OR eine «den konzernspezifischen Verhältnissen und Umständen» angepasste Aufsichtspflicht der Konzernmutter erkennt; vgl. so auch erneut die Formel von HOFSTETTER (FN 19), 243 (zitiert in III.C.4.e.i.).

¹¹⁴ FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte (FN 43), 713 f.; HANDSCHIN (FN 85), 111, 352 f. (mit einer Konkretisierung der Risiko-/Mittel-Relation).

¹¹⁵ So in einem eigenständigen Zusammenhang der vorstehenden Grundsätze und Hinweise; zudem mit Blick auf Art. 55 OR auch inspiriert von REY (FN 21), N 940, m.w.H.

¹¹⁶ Obschon die Kontrolle wie erwähnt kein zusätzlich qualifizierendes Konzept der UNO-Leitprinzipien ist, lässt der *Interpretive Guide* zu den UNO-Leitprinzipien keinen Zweifel darüber offen, dass wir uns beim Kontrollverhältnis im weiten Gefäss von «*leverage*» im Sinne von *Einflussvermögen* bewegen – vgl. die für einen «*leverage*» bestimmenden Kriterien, (UN Interpretative Guide [FN 69], 22 und 49), allen voran «degree of direct control by the enterprise over the entity» mit dem Kontrollverständnis der Initiative (III.C.4.d.). Vgl. zudem die Kriterien in den UNO-Leitprinzipien selbst, Prinzip 19/Kommentar). Zusätzlich qualifizierend sind die OECD-Leitsätze (FN 6), Kap. I, Ziff. 4, welche die multinationalen Unternehmen in Richtung Kontrolle darin verstehen, dass einer oder mehrere dieser Unternehmensteile in der Lage sein können müssen, «einen *wesentlichen Einfluss* auf die Geschäftstätigkeit der anderen Unternehmensteile auszuüben» (Hervorhebung hinzugefügt). So verstanden besteht auch ein haftungsrelevanter Einfluss nach Art. 55 OR, so nach VON BÜREN (FN 82), 203 mit Hinweisen, dann, «wenn [der Konzernmutter] eine mit der Stellung einer Geschäftsherrin vergleichbare Möglichkeit zukommt, durch *Beeinflussung* der abhängigen Gesellschaft eine Schädigung Dritter zu vermeiden» (Hervorhebung hinzugefügt); in einer zusätzlichen Verdeutlichung, wonach zur Anwendung von Art. 55 OR nicht nur die Kontrolle über den direkten Schädiger bestehen muss, sondern mittelbar auch über das deliktische Risiko, vgl. ROBERTO (FN 89), N 8.09; ALBERS-SCHÖNBERG (FN 90), 178 (diese Voraussetzung erfüllt die Initiative durch den Tatbestand einer «Ausübung in geschäftlicher Verrichtung»; vgl. III.C.4.d.).

dern oder zu beenden.¹¹⁷ Es bleibt die Frage, wie sie diesen Einfluss nutzen muss, so namentlich auf welcher Konzern-ebene welche Massnahmen zu ergreifen sind. Auch hier spielen der Grad der Kontrolle und die daraus fliessende Kompetenzaufteilung innerhalb der Unternehmensgruppe eine wesentliche Rolle.¹¹⁸ Gestützt auf den Modellfall sind dazu etwa die folgenden zwei Szenarien denkbar:

(1) Zwar machen die obersten Leitungsorgane der Muttergesellschaft der Tochter, wie in einem straff geführten Konzern typisch, operationelle Vorgaben zu Umsatz- und Ertragszielen oder auch zur Produktion, so vorliegend zum Zeithorizont der Inbetriebnahme einer neuen Anlage.¹¹⁹ Gleichzeitig fehlt aber ein Kontrollorgan, das dem Verwaltungsrat im vorliegenden Fall hätte raten können, die Zielvorgaben zu Rendite und Produktion so anzupassen, dass die Tochter mit der Inbetriebnahme zuwarten kann, bis die nötige Filteranlage eingebaut ist. Fehlt es angesichts der konkreten Kontrolle über Budget und Produktion an einer so zentralen Kontrollstelle, wie etwa der Etablierung einer Konzernabteilung «Gesundheit und Nachhaltigkeit» mit Berichterstattungspflicht zuhänden des obersten Konzernleitungsorgans, leidet die Muttergesellschaft an einem schweren *Konzernorganisationsmangel*. Die Verantwortung, Risikoprüfungen vorzunehmen und die Erkenntnisse daraus in die massgeblichen Geschäftsbereiche und Abläufe zu integrieren, um dadurch menschenrechtliche Auswirkungen zu verhüten, ist in der Sprache der UNO-Leitprinzipien somit nicht in einem angemessenen *Aufgabenbereich* und auf einer angemessenen *Ebene* angesiedelt;¹²⁰ indem dieses Risikomanagement unter den gegebenen Umständen nicht auf oberster Konzernleitungsebene installiert ist, fehlt das gebotene *Gleichgewicht* zwischen der Kontrolle über Budget und Produktion und jener über die schädigenden Auswirkungen.¹²¹ Im Verständnis der Initiative führt ein solcher Konzernorganisationsmangel – infolge *unzureichender*

konzerninterner Strukturen –¹²² zur Haftung der Muttergesellschaft für damit verbundene Gesundheitsschädigungen.

(2) Im zweiten Szenario verfügt die Konzernleitung zwar über eine Abteilung «Gesundheit und Nachhaltigkeit» oder Ähnliches und diese rapportiert zuhänden des Verwaltungsrates über die gesundheitliche Risiken der bestehenden Anlage sowie einem sich zuspitzenden Widerstand seitens der Anwohnerschaft. Der Verwaltungsrat hält aber aus Rentabilitätsüberlegungen ohne Auseinandersetzung mit der menschenrechtlichen Berichterstattung am Budget- und Zeitplan fest. Damit könnte er es in der Sprache der UNO-Leitprinzipien unterlassen haben, gestützt auf einen konsequenten *Triple-Bottom-Line-Ansatz* etwa folgende Risiken in Betracht ziehen und Massnahmen einzuleiten:

- «Any situations that are recognized as often raising tensions or dilemmas in relation to a salient issue (e.g. [...] approvals to proceed with projects affecting local communities, entry into high-risk, high-opportunity markets, the provision of security for personnel in conflict-affected areas);»
- «Any formal processes for supporting decisions where these tensions arise (e.g., gateway decision-making [...]);»
- «Any involvement of external experts in the assessment of dilemmas on a standing or ad hoc basis (e.g., an independent advisory board or council, academic or other experts)». ¹²³

Hält die Konzernmutter in unserem Beispiel an den Zielvorgaben zu Budget und Produktion fest, die bei realistischer Betrachtung keinen Aufschub durch vorgängigen Einbau einer Filteranlage seitens der Tochter zulassen, ohne sich vorgängig mit damit verbundenen Gesundheitsrisiken sowie mit der Gefahr von eskalierender Gewalt auseinanderzusetzen und wirksame Abhilfemassnahmen einzuleiten, verhält sie sich im Verständnis der Initiative – wie bereits in jenem von HANDSCHIN¹²⁴ zu Art. 55 OR – haftungsrelevant unsorgfältig.

3. Schritt: Darüber berichten

Eine formelle Berichterstattung entwickelt sich weiter, von herkömmlichen Jahresberichten und Berichten über die unternehmerische Verantwortung/Nachhaltigkeit hin

¹¹⁷ Vgl. UNO-Leitprinzip (FN 7), Prinzip 19/Kommentar; mit Blick auf Art. 55 OR haftpflichtrechtlich gefasst: ALBERS-SCHÖNBERG (FN 90), 178; HANDSCHIN (FN 85), 353.

¹¹⁸ Siehe III.C.4.e.i.; UN Interpretative Guide (FN 69), 22; KAUFMANN (FN 1), 51, in Rezeption einer Fallpraxis zu den OECD-Leitsätzen (Verantwortung entsprechend den Kontroll- und Einflussmöglichkeiten).

¹¹⁹ Als Beispiele solcher Konzernleitungsaufgaben vgl. VON BÜREN (FN 82), 57; HANDSCHIN (FN 85), 352 (zu Art. 55 OR); im vorliegenden Zusammenhang auch Fallanalyse bei BUENO, Corporate Liability (FN 97), 575 ff.

¹²⁰ UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 19.a.i/Kommentar.

¹²¹ UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzipien 19 und 20 (je Kommentare dazu) (Sorgfaltsprüfungen in die einschlägigen Geschäftsbereiche und Wirksamkeitskontrollen in relevante interne Berichterstattungsverfahren integrieren).

¹²² Vgl. die Grundsätze in III.C.4.e.i.

¹²³ Shift/Mazars, UN Guiding Principles – Reporting Framework with implementation guidance, 2015, Internet: http://www.ungp-reporting.org/wp-content/uploads/2017/04/UNGPR-reporting-Framework_withguidance2017.pdf (Abruf 10.7.2017), 77.

¹²⁴ Siehe HANDSCHIN (FN 85), 353 f.

zu Online-Aktualisierungen und der Integration von finanzieller und nicht-finanzieller Berichterstattung (UNO-Leitprinzip 21/Kommentar). Eine angemessene Berichterstattung hat *Konzerntragweite*.¹²⁵ Diese Vorgabe könnte in unserem Beispiel eines straff geführten Konzerns dann verletzt sein, wenn die Spitze der Unternehmensgruppe zu dem der Gruppe vorgeworfenen Umgang mit den Schädigungen durch die Tochtertätigkeiten – namentlich Todesfällen anlässlich der versuchsweisen Inbetriebnahme der Anlage, Körperverletzungen im Zuge von Demonstrationen – jede öffentliche Berichterstattung fehlt. In der Sprache der UNO-Leitprinzipien hätte es die Konzernleitung mithin unterlassen, über die erwähnten Informationsmittel auf Themen und Indikatoren einzugehen, aus denen ersichtlich wird, wie die Unternehmensgruppe spezifisch nachteilige Auswirkungen auf die Menschenrechte ermittelt und ihnen begegnet (vgl. UNO-Leitprinzip 21/Kommentar). Ein solches Unterlassen hätte im Verständnis der Initiative immerhin dann Haftungsfolgen, wenn die Konzernspitze weder mit externen noch mit internen Belegen (so etwa aus internen Berichterstattungsverfahren)¹²⁶ Rechenschaft darüber ablegen könnte, dass sie die gebotene Sorgfalt angewendet habe oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.¹²⁷

f. Fazit in fünf Thesen

Eine umfassende gutachterliche Beurteilung der initiierten Sorgfaltshaftung im Kontrollverhältnis sprengt den Rahmen dieses Beitrages. Die Ausführungen haben gleichwohl deutlich gemacht, dass die Initiative in der konkreten Anwendung einen aussichtsreichen Weg weist, um in Sachen Menschenrechtsschutz und Rechtssicherheit einen wesentlichen Schritt weiter zu kommen. Gestützt auf diese positive Erstbeurteilung seien für die weitere Auseinandersetzung mit der Vorlage die folgenden Thesen zur Diskussion gestellt:

(1) *Die Grundentscheide der Initiative sind richtig:* Der erste Entscheid der Initiative für eine Sorgfaltshaftung und gegen eine Durchgriffshaftung vermeidet die kategorische Aufhebung des Trennungsprinzips, um stattdessen den Blick zu öffnen für eine dringende Klärung der Überwachungspflichten der Konzernmutter über Tochter-

tätigkeiten, soweit diese von menschenrechtlichem Schädigungspotenzial sind (III.C.4.b.i). Der zweite Entscheid der Vorlage für eine Geschäftsherrenhaftung ebnet sodann den Boden für eine Art menschenrechtlicher «Konzernorganisationshaftung»¹²⁸ – ein Konzept, das die inländische und ausländische Doktrin zu Recht als Ansatz mit Potenzial betrachtet (III.C.4.b.ii.):¹²⁹ Auf den Punkt gebracht geht es der Vorlage um eine zweckmässige, dem Verhältnis von Kontrolle, Risiken und Mitteln entsprechende Kompetenzaufteilung innerhalb der Unternehmensgruppe, die organisatorisch darauf abzielt, menschenrechtliche Beaufsichtigungslücken zu vermeiden (III.C.4.e.ii.).

(2) *Die konkrete Ausgestaltung einer ausgewogenen Regelung bleibt an der Gesetzgebung:* Die Regelung scheint erstens dann ausgewogen, wenn die Gesetzgebung die Konzerninitiative beim Wort nimmt und eine haftungsrechtliche Sorgfaltspflicht einzig auf Konzernverhältnisse und nicht auf darüber hinausgehende Geschäftsbeziehungen bezieht (III.C.4.d.). Die Regelung ist zweitens dann angemessen, wenn die Gesetzgebung die Beweislast in Analogie zu Art. 55 OR zwar für die angewendete Sorgfalt der Konzernmutter auferlegt, den Beweis für ein tatsächliches Kontrollverhältnis, eine widerrechtlich schädigende Handlung der Tochter sowie den Kausalzusammenhang zwischen Handlung der Tochter und Schädigung aber bei den Geschädigten belässt.¹³⁰ So verstanden entspricht die Regelung den UNO-Vorgaben, welche ausdrücklich die Senkung von Hürden für Beweise fordern, die in den Händen der Unternehmen liegen – so vorliegend die für die Geschädigten ungreifbaren *Konzerninterna* zum Beleg angewendeter Sorgfalt.¹³¹ Insoweit entfällt auch die

¹²⁸ Begriff inspiriert von HOFSTETTER (FN 19), 244 mit Hinweisen.

¹²⁹ Zudem ENNEKING (FN 21), AJP 2017, 991 ff. sowie 996 f.; CEES VAN DAM/FILIP GREGOR/PAIGE MORROW, Corporate Responsibility vis-à-vis Duty of Care, 2016, Internet: <http://eu-roadmap.nl/wp-content/uploads/2016/05/Plenary-B-Cees-van-Dam-Corporate-Responsibility-and-Duty-of-Care.pdf> (Abruf 10.7.2017), Recommendation III; HOFSTETTER (FN 19), 239 f. (auch zur präventiven Wirkung).

¹³⁰ REY (FN 21), N 901 f.; zudem als gesellschaftsrechtliches Pendant z.B. Art. 754 Abs. 2 OR (FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte [FN 43], 716); insoweit vom Bruch von der Unschuldsumsetzung zu sprechen (so FELIX EHRAT, «Die Initiative ist eine Mogelpackung», NZZ vom 8.11.2016, Internet: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/konzernverantwortungsinitiative-die-initiative-ist-eine-mogelpackung-ld.126981> [Abruf, 10.7.2017]), ist dem Strafrecht entlehnt und hat mit dem Privatrecht nichts zu tun.

¹³¹ Vgl. CESCRO (FN 9), Ziff. 45 (42/44); UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 19/Kommentar; HOFSTETTER (FN 19), 205 und 241; GWYNNE SKINNER/ROBERT MCCORQUODALE/OLIVIER DE SCHUTTER, The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business (International

¹²⁵ Siehe OECD-Leitsätze (FN 6) sowie III.C.4.e.i.; Norwegian National Contact Point, Final Statement (FN 110), 38 (gar über Konzerne i.e.S. hinaus); WEBER/BAISCH (FN 21), 685; FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte (FN 43), 716 (im Sinne einer Mindestvorgabe).

¹²⁶ UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 20/Kommentar (als Folge von Wirksamkeitskontrollen).

¹²⁷ Vgl. Abs. 2 lit. c der Verfassungsvorlage; so auch REY (FN 21), N 943 ff.

Problematik ausländischer Beweiserhebung, zumal sich jene Belege bei der Konzernleitung in der Schweiz befinden (müssten). Für eine ausgewogene Regelung, welche den internationalen Vorgaben einer angemessenen Verteilung der Verantwortlichkeit zwischen den Mitgliedern der Unternehmensgruppe nachlebt (III.C.4.a), könnte die Gesetzgebung *drittens* eine *anteilige Verantwortlichkeit*, das heisst eine Quotenregelung bereits im Aussenverhältnis oder eine Regressregelung gegenüber dem Mitverantwortlichen zusammen mit der Einführung eines internationalen Gerichtsstands der Streitgenossenschaft, in Betracht ziehen (vgl. V.A.1.).¹³²

(3) *Die Vorlage führt zu keiner Erweiterung der gesellschaftsrechtlichen Oberaufsichtspflicht der Konzernleitung, sondern sucht den Einklang mit dieser:* Eine primär haftpflichtrechtliche Regelung wie die vorliegende könnte sich zunächst auf den Standpunkt stellen, das Gesellschaftsrecht sei nicht Betrachtungsgegenstand. Eine solche Sichtweise verkürzte aber die Thematik in einer Weise, die nicht sachgerecht erscheint. Eine thesenhafte Bezugnahme zur komplexen gesellschaftsrechtlichen Materie könnte entsprechend mit der Feststellung eröffnen, dass die Muttergesellschaft als Ausfluss einer *Konzernleitungspflicht* bereits *de lege lata* eine im Kern undelegierbare *Oberaufsichtspflicht über die Tochter-tätigkeit* hat. Diese verlangt zunächst nach einer hinreichenden *Konzernorganisation*, die bei börsenkotierten Grossunternehmen in ein konsolidiertes Reporting mit einer besonderen Rechenschaftspflicht mündet. In *materieller* Hinsicht zielt diese Pflicht auch auf die Einhaltung von Rechtsnormen ab. In geltungszeitlicher Auslegung der einschlägigen Generalklauseln (z.B. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 und 5 sowie Art. 717 OR) ist dabei auch in der hiesigen Lehre eine *Tendenz* erkennbar, diese Pflicht – getreu dem *Triple-Bottom-Line-Ansatz* – analog auch auf Tochter-tätigkeiten und Normen auszudehnen, die dem Schutz von Menschenrechten dienen, so mit besonderer Fassbarkeit die haftpflichtrechtlich geschützten Rechte wie Leib, Leben, Persönlichkeit und Eigentum. Der *Umfang* einer solchen Sorgfaltsprüfungspflicht hängt im Übrigen im Gleichklang mit der initiierten Konzernorganisationshaftung auch davon ab, wie straff der Konzern geführt ist: Wenn die Kontrolle einer Mutter über ihre Tochter im Einzelnen derart weit geht, dass sie sich in die einzelnen Geschäfte der Tochter einmischet und sie folglich den Grad einer eigentlichen Geschäftsführung erreicht –

dies mit den bekannten Folgen einer *gesellschaftsrechtlichen* Verantwortlichkeit der Mutter als faktisches Organ ihrer Tochter – ist dies die Folge eines Trends, die kontrollierten Unternehmen immer enger zu führen. Eine menschenrechtliche Konzernorganisationshaftung steht dieser Entwicklung neutral gegenüber. Diese leitet nicht zu einem straff geführten Konzern an, sondern setzt den Umfang menschenrechtlicher Sorgfaltsprüfung schlicht nach Massgabe der konkreten Verhältnisse fest, wozu auch der Grad der konkreten Kontrolle gehört. Die initiierte Konzernorganisationshaftung verschafft den *absolut geschützten Rechten* in konsequenter Durchsetzung ihres *Schutzzwecks* zwar *Aussenwirkung*, bleibt aber wie dargelegt (III.C.4.e.) in Sachen Prüfungsthematik in jenem Rahmen, der auch die gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsprüfung prägt. Die gesellschafts- und die haftpflichtrechtliche *Human Rights Due Diligence* stehen demnach in engem Bezug zueinander, wobei die Initiative zu einer koordinierten Weiterentwicklung einlädt.¹³³

(4) *Auf dem Boden des schweizerischen Rechts besteht im ausservertraglichen Bereich keine ernsthafte Alternative zur vorgeschlagenen menschenrechtlichen Konzernorganisationshaftung:* Sämtliche Verantwortlichkeiten, die auf eine Konzerninnenhaftung zielen – wie die erwähnte Verantwortlichkeit der Mutter als faktisches Organ – gewährleisten mangels Klagelegitimation ausservertraglich Geschädigter keine wirksame Wiedergutmachung. Die Durchgriffshaftung als verbleibendes Mittel einer Konzernausserhaftung stellt wie dargelegt keine ernsthafte Option dar (III.C.4.b.i.). Bei thesenhafter Betrachtung steht im Wesentlichen noch die Haftung für unerlaubte Handlungen aus *Doppelorganshaftung* zur Diskussion. Eine vertiefte Analyse würde allerdings zeigen, dass deren Anwendungsbereich (eine natürliche Person ist sowohl

¹³³ Als Diskussionsgrundlage zum Ganzen: FORSTMOSER, CSR (FN 113), insb. 174 f.; FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte (FN 43), 708 ff.; WEBER/BAISCH (FN 21), 687 f.; eingehend und im Ergebnis zurückhaltender SIR (FN 19), 27 f. und 40 ff. (46, 49); rechtsvergleichend mit interessantem Bezug zu den UNO-Leitprinzipien und zum Haftpflichtrecht auch VAN DAM/GREGOR (FN 56), 131 ff. Insoweit allenfalls wertvoll sind weitere Gedanken zur Schutzzwecklehre, dazu einfürend REY (FN 21), N 698 ff.; für konzernrechtliche Grundlagen vgl. HANDSCHIN (FN 83), 109 ff., 111 und 346 ff. (353) (in Verbindung mit Konzernleitungspflicht und Geschäftsherrenhaftung); JEAN NICOLAS DRUEY, Leistungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 24 ff. Spezifisch zur Eigenschaft als faktisches Organ auch BGE 128 III 92 E. 3; die vorliegende These als erste Antwort auf WEBER (FN 14), 27 f. (mit Blick auf IPR-Fragen und eine mögliche Organhaftung vgl. HOFSTETTER [FN 19], 246 f.; dort auch zu Ausnahmen vom ausländischen Tochterstatut).

Corporate Accountability Roundtable, Core, European Coalition for Corporate Justice, 2013), 43 ff.; GEISSER (FN 1), N 424 mit Hinweisen und N 568 (S. 493).

¹³² Zudem Art. 55 Abs. 2 OR; HOFSTETTER (FN 19), 244.

Organ der Mutter als auch der Tochter; ein Mitglied der Konzernleitung ist z.B. Verwaltungsrat der Tochter) zu eingeschränkt und deren Haftungshürden (insb. die Beweislast) zu hoch sind, um eine echte Alternative zu einer Verantwortlichkeit nach dem Vorbild der Geschäftsherrenhaftung darzustellen. Die Initiative dürfte damit auf dem Boden des schweizerischen Rechts die richtige Wahl getroffen haben, um eine effektive Stärkung des Menschenrechtsschutzes im Sinne der UNO-Vorgaben zu bewirken.¹³⁴

(5) Die weitere Beurteilung der Vorlage liegt im Kerngeschäft des ausservertraglichen Haftpflichtrechts: Da wir uns im Feld der Konzernausenhaftung bewegen, ist für eine weitere Diskussion primär der Kreis der Haftpflichtrechtler angesprochen. Diese könnten gestützt auf den Ansatz einer menschenrechtlichen Konzernorganisationshaftung in einer Gesamtbetrachtung möglicher Haftungsinstrumente und -prinzipien zu einer ausgewogenen Umsetzung beitragen, die auch den gesellschaftsrechtlichen Bezügen und dem völkerrechtlichen Gleichgewicht Rechnung trägt. Die Kernanliegen der Vorlage sind dabei klar: Es geht im Lichte der erwähnten UNO-Vorgaben um eine effektive Wiedergutmachung (inkl. Klagemöglichkeit der Geschädigten), eine angemessenen Verteilung der Verantwortlichkeit innerhalb der Unternehmensgruppe und um eine wirksame Senkung beweismässiger Hürden für die Geschädigten.¹³⁵

IV. Gesamtwürdigung

Die Konzernverantwortungsinitiative betritt ein juristisch hoch komplexes, sehr aktuelles und rechtspolitisch äusserst kontroverses Feld. Verbindliche Regeln für transnationale Unternehmen im Umgang mit Menschenrechten haben nach dem Gesagten nach einer ausgewogenen Lösung zu suchen, die zwischen folgenden Grundprinzipien vermittelt:

- grundlegend im Recht zwischen *Rechtssicherheit* und *Einzelfallgerechtigkeit*;
- im Völkerrecht zwischen *Universalismus* und *Pluralismus*;

- im internationalen Privatrecht zwischen *kollisions-* und *materiellrechtlicher* Gerechtigkeit;
- im Konzernverhältnis zwischen *Vielheit* und *Einheit*.

Chancen: Die Initiative hat in diesem mehrfachen Spannungsverhältnis meines Erachtens ein Normkonzept entwickelt, das der Anlage nach geeignet ist, um den internationalen Menschenrechtsschutz zu stärken, mehr Rechtssicherheit zu schaffen und durch ein verbessertes Risikobewusstsein der Unternehmen auch betont präventiv zu wirken.¹³⁶ Für die vielschichtigen Erkenntnisse, die zu diesem Gesamtergebnis führen, sei auf die einzelnen Kapitel verwiesen. Die Vorlage hat in diesem Sinne auch im *internationalen Koordinationsrahmen* einen gangbaren Weg gefunden: Sie beschränkt sich auf Schweizer Akteure, bei deren Auslandstätigkeit unserem Land eine ausgewiesene Schutzaufgabe zukommt. Zudem beschränkt sie sich auf international anerkannte Menschenrechte und verzichtet auf einen darüber hinausgehenden Werteexport. Als Grundmechanismus setzt die Initiative schliesslich auf eine verhältnismässige privatrechtliche Lösung, die auf der prozessualen *Maxime* beruht, dass die Privaten die Beweise selbst beizubringen haben. Sie schafft insoweit weder neue Verwaltungsbehörden, noch führt sie zu einer Mehrbelastung der Strafuntersuchung. Die Haftungslinien sind dabei klar: Die Haftung erstreckt sich im Einklang mit den UNO-Leitprinzipien und schweizerischen Haftungsprinzipien lediglich auf eigene Handlungen der Schweizer Unternehmen sowie deren fehlende Sorgfalt bei der Überwachung von kontrollierten Unternehmen und nicht auf darüber hinausgehende Verletzungen in der Wertschöpfungskette.

Herausforderungen: In Teilen ist die Initiative progressiv. Am deutlichsten wird dies bei der Einführung einer Sorgfaltsprüfungspflicht mit Konzerntragweite und Haftungsfolgen. Der gewählte Ansatz beruht indes auf einer Linie, die sich international immer mehr abzeichnet und die mit der Geschäftsherrenhaftung eine inländische Rechtsgrundlage findet. Als Verfassungsvorlage bleibt die Regelung im Übrigen notgedrungen konkretisierungsbedürftig. Die zwischen den einschlägigen Rechtsgebieten zu vollziehende Übersetzungsarbeit obliegt hier in einem nächsten Schritt v.a. der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung. Weil multinationale Unternehmen – gestützt auf grobmaschige Generalklauseln (wie z.B. Art. 3 und Art. 17 IPRG sowie Art. 41 und Art. 55 OR) – bereits heute einem weithin unterschätzten, nur schwer berechenbaren Haftungsrisiko ausgesetzt sind, steht diese Aufgabe

¹³⁴ Als Diskussionsgrundlage für die Suche nach Alternativen vgl. vorab Vorgaben im CESC (FN 9), Ziff. 42–45, und UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 26/Kommentar; dann vorab HOFSTETTER (FN 19), *passim* (insb. 201 ff., 204, 225, 232 und 239 ff.); VON BÜREN (FN 82), 174 ff.; KUNZ (FN 79), N 820 (immerhin mit dem Hinweis auf eine gebotene Beweislastumkehr aus Beweisnähe); zudem III.C.4.b. (zugehörige FN); GEISSER (FN 1), N 568.

¹³⁵ In diesem Sinne vorgezeigt u.a. VAN DAM (FN 21), *passim*.

¹³⁶ Vgl. zu dieser Einschätzung auch PIETH (FN 14), ENNEKING (FN 21) und BUENO (FN 1), je *passim*.

ohnehin an – mit oder ohne der Initiative.¹³⁷ Letztere leistet der Diskussion als wesentliche regulatorische Triebfeder Vorschub und setzt im weiten richterlichen Ermessen erste verfassungsrechtliche Leitplanken. Die Herausforderungen in der konkreten Umsetzung erkannt, möchte es der Autor nicht unversucht lassen, einen ersten Ausblick auf eine mögliche Umsetzung zu wagen.

V. Ausblick auf eine mögliche Umsetzung

Die Initiative bedarf der Umsetzung auf den Ebenen des Gesetzesrechts (einschliesslich Verordnungen) und der Rechtsprechung. Selbstverständlich können unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, was die Notwendigkeit und Ausgestaltung der dafür geeigneten abstrakten Rechtssätze und Leitlinien für die Rechtsprechung anbelangt. Im Folgenden sollen daher mit Blick auf das Haftpflichtrecht erste Anregungen und Überlegungen zur Diskussion gestellt werden.

A. Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht

1. Internationale Gerichtszuständigkeit

Die von der Initiative erfassten Tatbestände haben internationale Bezüge; somit ist zunächst zu gewährleisten, dass für Zivilklagen in der Schweiz eine *schweizerische Gerichtszuständigkeit* in Anspruch genommen werden kann. Gegen in der Schweiz ansässige Gesellschaften und Niederlassungen sowie in der Schweiz wohnhafte natürliche Personen besteht schon nach geltendem Recht durchwegs ein *Beklagtengerichtsstand*¹³⁸ in der Schweiz.

Art. 6 Ziff. 1 und 2 sowie Art. 5 Ziff. 4 LugÜ erweitern die Zuständigkeiten potentiell in weiteren EU- oder EFTA-Staaten, soweit eine in der Schweiz ansässige Beklagte in *Streitgenossenschaft* oder auf *Streitverkündungsklage* hin oder mit einer *Adhäsionsklage* haftbar gemacht wird. Dies hat in Fällen, in denen mehrere Beklagte verantwortlich sind, den Vorteil, dass widersprüchliche Beurteilungen durch Gerichte in verschiedenen Staaten vermieden, die einzelnen Haftungsquoten festgesetzt und

Regressverhältnisse im selben Verfahren entschieden werden können. Die Art. 8a–8c IPRG, welche die schweizerische Zuständigkeit für die genannten drei Konstellationen in Abgrenzung zu Staaten, die nicht dem Lugano-Übereinkommen angehören, regeln, begründen hingegen in der Schweiz – im Gegensatz zu anderen Staaten – keine zusätzliche Gerichtszuständigkeit, die nicht ohnehin aufgrund einer anderen Bestimmung des IPRG bestünde.¹³⁹ *De lege ferenda* stellt sich (unabhängig von der Konzernverantwortungsinitiative, aber ebenfalls in Fällen, in denen diese einmal angewandt werden könnte) somit die Frage, ob die Regelung insbesondere mit Blick auf die Streitgenossenschaft generell dahingehend revidiert werden sollte, dass eine *internationale Zuständigkeit* in der Schweiz auch gegenüber den mithaftenden, nicht in der Schweiz ansässigen anderen Beklagten begründet werden sollte. *Die Konzernverantwortungsinitiative nimmt sich bezüglich des räumlichen Geltungsbereichs zwar bewusst zurück*,¹⁴⁰ jedoch kann sie nicht verhindern, dass parallele Klagen nach ausländischem Recht gegen im Ausland ansässige Unternehmen im Ausland angebracht werden; und dann liegt es im Interesse der in der Schweiz ansässigen Mitbeklagten, dass ein gegen sie zuständiges schweizerisches Gericht im gleichen Verfahren koordiniert auch gegenüber den mithaftenden Unternehmen mit Sitz im aussereuropäischen Ausland, deren Verhalten – wenn auch unter *Ordre-public*-Vorbehalt regelkonform nach ausländischem Recht – beurteilt, um in einem nächsten Schritt nach Massgabe des angedachten Spezialgesetzes (dazu sogleich) Quotenanteile festzulegen bzw. Regressansprüche zu klären.¹⁴¹

2. Anwendbares Recht

Abs. 2 lit. d des Initiativtextes zu einem neuen Art. 101a E-BV äussert sich zum Verhältnis zu den im IPRG geregelten IPR-Kollisionsregeln wie folgt: «*Die gestützt auf die Grundsätze nach den Buchstaben a–c erlassenen Bestimmungen gelten unabhängig vom durch das internationale Privatrecht bezeichneten Recht.*» Die Rechtssätze, welche die in Art. 101 Abs. 2 lit. a–c des Art. 101 E-BV vorgegebenen Grundsätze umsetzen, werden somit wie dargelegt als *lois d'application immédiate* auch gegenüber einem normalerweise anwendbaren ausländischen Recht durch-

¹³⁷ Eingehend GEISSER (FN 1), *passim*.

¹³⁸ Vgl. Art. 2, Art. 112, Art. 115 Abs. 1, Art. 129, Art. 151 Abs. 1 und 2 IPRG. Bedeutung in diesem Zusammenhang kann unter Umständen auch Art. 152 IPRG i.V.m. Art. 159 IPRG erlangen (Haftung für eine ausländische Gesellschaft, die in oder von der Schweiz aus geführt wird); Art. 2 i.V.m. Art. 60, Art. 5 Ziff. 1 und 3 sowie Art 19 Ziff. 1 LugÜ.

¹³⁹ Weiterführend GEISSER (FN 1), N 333 ff. (336).

¹⁴⁰ Vgl. III.B.1.

¹⁴¹ HOFSTETTER (FN 19), 244, favorisiert insoweit eine proportionale Schadensdeckung in Analogie zu Art. 42 Abs. 2 OR bzw. Art. 759 OR, wenn es um eine blosser Teilverursachung des Schadens geht, da Regressforderungen im vorliegend internationalen Verhältnis *de lege lata* allenfalls nicht durchsetzbar sind.

gesetzt werden (III.B.2.a.). Grundlage für diese direkte zwingende Anwendung bildet der schon heute geltende Art. 18 IPRG. Insofern bedarf es keiner Gesetzesänderung. Zusätzlich können den initiierten Verfassungsgrundsätzen dort Wertungen im Sinne von Art. 17 IPRG (Vorbehalt des *Ordre public* in der sog. direkten Anwendung fremden Rechts) entnommen werden, wo es an der strikten Tatbestandsmässigkeit entsprechend Art. 101a Abs. 2 lit. a–c E-BV fehlt und ein verwandter Tatbestand nach ausländischem Recht beurteilt werden muss.

B. Rahmengesetz zur Umsetzung der Initiative

Für eine effektive Umsetzung der Grundsätze in Abs. 2 des Art. 101a E-BV ist die Schaffung *konkret formulierter Rechtssätze auf Bundesgesetzesebene* unumgänglich. Die Rechtsmittel an das Bundesgericht gewähren umfänglichen Rechtsschutz aufgrund voller Kognition einzig, wenn sich der Beschwerdeführer auf die Verletzung von Bundesrecht stützt und die Argumente aus eindeutig formulierten Rechtssätzen ableiten. Argumentationslinien, die aus zumeist allgemein und programmatisch formulierten Verfassungsbestimmungen hergeleitet werden, haben es hingegen schwerer, Gerichte und Behörden zu überzeugen. Für die Legiferierung auf Bundesrechtsebene bieten sich grundsätzlich zwei Modelle an: Revision einzelner bisheriger und Aufnahme neuer Bestimmungen in bestehenden Bundesgesetzen, insbesondere im OR, oder ein *Rahmengesetz*. Hier wird entschieden die Schaffung eines selbständigen neuen Bundesgesetzes zur Umsetzung der Initiative befürwortet; dies aus folgenden Überlegungen:

(1) Mit einem Rahmengesetz kann die Zielsetzung der Initiative – für welche ja das Erfordernis der Einheit der Materie gilt – bewusster und konsequenter verfolgt werden. Die einzelnen Bestimmungen des Rahmengesetzes werden in ihrem systematischen Zusammenhang interpretiert werden müssen, was für künftige Rechtsanwender evidenter ist, wenn das Rahmengesetz diesen inneren Zusammenhang aufgrund der umgesetzten Verfassungsnorm bewusst macht. Die Auslegung insbesondere der erfassten Tatbestände aus der Entstehungsgeschichte, aus der Systematik und aus der Zwecksetzung kann so spezifischer argumentieren, wenn es um eine Gesetzesnorm geht, die sich in diesem Spezialgesetz befindet.

(2) Gerade weil die Initiative den Spagat zwischen Verfassungsrecht und Menschenrechten einerseits und Privatrecht andererseits wagt, kann ein spezielles Rahmengesetz damit verbundene rechtsdogmatische Hemmschwellen bei der Rechtsanwendung besser überwinden

helfen. Die Konturen des sog. grundrecht-orientierten Privatrechts werden damit deutlicher hervorgehoben.

(3) Ein Rahmengesetz ermöglicht es dem Gesetzgeber, den spezifischen Anwendungsbereich der darin enthaltenen Rechtssätze präziser und enger zu umschreiben, als wenn z.B. lediglich neue Bestimmungen ins OR eingefügt würden. Gleichzeitig besteht so die Möglichkeit einer rechtsformneutralen Umsetzung, die sich nicht etwa auf das Aktienrecht beschränken muss.

(4) Da die Schweiz kein gesetzliches Konzernrecht kennt, können die Bestimmungen über die Haftung für kontrollierte Unternehmen nicht an bereits bestehende Bestimmungen des OR angehängt werden.

(5) Ein Rahmengesetz kann in Bezug auf die mit ihm verfolgten Zwecksetzungen zielgerichteter einer regelmässigen Evaluation unterzogen werden. Es ist kaum vorstellbar, dass die Wirksamkeit einzelner OR-Bestimmungen untersucht und regelmässig rechtspolitisch bewertet würde.

(6) Dies heisst, dass Regelungslücken oder auch fehlende Durchsetzungsmechanismen in einem eigenen Rahmengesetz leichter erkannt werden; auch findet der Ruf nach notwendigen Anpassungen und Revisionen in einem Spezialgesetz eher Gehör, als wenn isolierte Bestimmungen des OR einer Überarbeitung bedürften oder z.B. eine Ergänzung des Spezialgesetzes durch eine verwaltungs- oder strafrechtliche Regelung sinnvoll wäre.

(7) Die Form eines spezifischen Rahmengesetzes schliesst nicht aus, dass der Bundesgesetzgeber im Anhang zu diesem Gesetz (wie er dies immer häufiger in Reformgesetzen tut) auch die gleichzeitig in anderen Bundesgesetzen angepassten oder geänderten Bestimmungen aufführt. Mit anderen Worten: Ein Rahmengesetz kommt nicht umhin, auch da und dort in bereits bestehenden Bundesgesetzen Änderungen oder Ergänzungen anzubringen.

C. Grundsatznorm

Ein solches Rahmengesetz hätte mit einer grundlegenden Bestimmung einzuleiten,¹⁴² welche die Respektierungspflicht bzw. die *Widerrechtlichkeit* der beanstandeten

¹⁴² KRAMER (FN 37), 79 f. und 292 f., empfiehlt allgemein die Rechtssetzungstechnik, wonach (1) Grundsätze verbunden werden mit (2) einer beispielhaften Aufzählung von im Zentrum stehenden Tatbeständen und (3) Wertungsleitlinien sowie dem Verweis auf richterliches Ermessen. Eine solche Gesetzestechnik drängt sich meines Erachtens gerade auch für ein Rahmengesetz zur Umsetzung der Konzernverantwortungsinitiative auf.

Verhaltensweisen umschreibt und begründet. Eine Skizze könnte wie folgt aussehen:¹⁴³

Art. x

¹Das Unternehmen hat auch im Ausland die international anerkannten Menschenrechte zu respektieren. Es hat dafür zu sorgen, dass die Menschenrechte auch von den durch sie kontrollierten Unternehmen respektiert werden.

²Das Unternehmen handelt insbesondere dann widerrechtlich, wenn es durch seine eigene Tätigkeit oder diejenige eines von ihm kontrollierten Unternehmens das Recht auf Leib, Leben, Persönlichkeit, Gesundheit oder Eigentum verletzt.

³Das Gericht wägt die konkret betroffenen Rechtsgüter gegeneinander ab. Es hat dabei dem besonderen Wert international anerkannter Menschenrechte gebührend Rechnung zu tragen.

D. Die drei Schritte der Sorgfaltsprüfung

Selbstverständlich müssten auch die drei Schritte der Sorgfaltsprüfung¹⁴⁴ gemäss Art. 101a Abs. 2 lit. b E-BV auf Gesetzesebene aufgenommen werden. Eine zu weitgehende Konkretisierung könnte die Gefahr von Einschränkungstendenzen in der Rechtsprechung nach sich ziehen. Das Gesetz sollte sich daher beim zweiten («Geeignete Massnahmen zur Verhütung von Verletzungen ergreifen und bestehende Verletzungen beenden») und beim dritten («Rechenschaft über ergriffene Massnahmen ablegen») Schritt auf beispielhafte Aufzählungen beschränken. Für die Risikoabschätzung im ersten Schritt hingegen wird der Gesetzgeber, zwar ebenfalls beispielhaft, aber doch konkreter das Vorgehen umschreiben können, gibt es doch entsprechende verbreitete Beschreibungen im Rahmen der Risikomanagement-Literatur.¹⁴⁵ Mit spezifischem Blick auf *Kontrollverhältnisse* könnte zudem eine Formel dienlich sein, welche Sinn und Zweck, den wesentlichen Grundsatz sowie die wichtigsten Sorgfaltparameter miteinbezieht. Als erste Annäherung könnte die folgende, weiter oben entwickelte Formel dienen (III.C.4.e.ii.): «Bei der Sorgfalt im Kontrollverhältnis geht es namentlich um eine zweckmässige, dem Verhältnis von Kontrolle, Risiken und Mitteln entsprechende Kompetenzaufteilung innerhalb der Unternehmensgruppe, die organisatorisch darauf abzielt, menschenrechtliche Beaufsichtigungslücken zu vermeiden.»

¹⁴³ Siehe dazu III.C.2.

¹⁴⁴ Siehe dazu III.C.3.

¹⁴⁵ Siehe III.C.3.c. und III.C.4.e. und f. (auch mit Bezug zum Gesellschaftsrecht).

E. Weitere Regelungen

Denkbar wäre, dass das Spezialgesetz und auch Bestimmungen in anderen Gesetzen haftpflichtrelevantes Verhalten in verschiedenen Vertragsverhältnissen, Geschäftsmodellen und Entscheidemechanismen konkretisiert. Es geht einerseits um eigenes Verhalten des schweizerischen Unternehmens, andererseits um dessen Einstehen für das Verhalten anderer Akteure als Schädiger, welche ein schweizerisches Unternehmen kontrolliert.¹⁴⁶ Hier könnte in struktureller Hinsicht das Produkthaftpflichtgesetz¹⁴⁷ Modell stehen. Dies liegt unter anderem auch deswegen nahe, als auch dieses seinen Ursprung in der Geschäftsherrenhaftung hatte und die Haftung letztlich aus einer Nichtbeachtung von Sorgfaltsmassstäben resultiert, die sich aus einer Vielzahl und Vielfalt international anerkannter technischer und rechtlicher Normen ergeben. Im Produkthaftpflichtgesetz wird mit den normativen Begriffen «Hersteller» (Art. 2 PrHG), «Produkt» (Art. 3 PrHG) und «Fehler» (Art. 4 PrHG) umschrieben, wer für welche fehlerhaften Abläufe oder Zustände oder Unterlassungen haftet oder ausnahmsweise nicht haftet (Art. 5 PrHG). Wichtig für die Produkthaftung wie auch für die Konzernverantwortung ist es auch, negativ zu umschreiben, unter welchen Voraussetzungen eine Haftung eben gerade nicht eintritt. Wie das Produkthaftpflichtgesetz (Art. 7–10 PrHG), müsste auch das hier skizzierte Rahmengesetz differenzierte, vom OR abweichende Bestimmungen zur *Solidarhaftung*, zur *Verjährung* und *Verwirkung* sowie zur *Unwirksamkeit einer Wegbedingung der Haftung* enthalten. Im Gegensatz zum Produkthaftpflichtgesetz hat aber das Rahmengesetz zur Umsetzung der Initiative im Lichte der UNO-Leitprinzipien, namentlich dem Gebot zur Ergreifung von Abhilfemassnahmen, *nebst Schadenersatz weitere Rechtsfolgen* zu regeln, nämlich Genugtuung und weitere Rechtsbehelfe gegen Verletzungen (analog zu Art. 28a ZGB), so das *Verbot drohender Verletzung*, *Beseitigung bestehender Verletzung* sowie die *Feststellung der Widerrechtlichkeit*.¹⁴⁸

Mit der Umsetzung der Konzernverantwortungsinitiative sollen elementarste Grundrechte wie Leib und Leben, Persönlichkeit und Eigentum in bestimmt umschriebenen

¹⁴⁶ Siehe dazu III.C.3.d. und III.C.4.

¹⁴⁷ Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG; SR 221.112.944).

¹⁴⁸ UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzipien 22 und 25–28; zudem die am 16. Dezember 2005 von der UNO-Generalversammlung verabschiedete Resolution 60/147, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, UN Doc. Res. 60/147, Ziff. 18.

Konstellationen geschützt werden. Dass dieser Schutz dementsprechend im autonom gestalteten Rechtsdurchsetzungssystem effektiv gewährleistet werden muss, und dass die Ausgestaltung dieses Rechtsschutzes ihrerseits internationalen Standards zu genügen hat, ist für einen der EMRK und den UN-Menschenrechtspakten verpflichteten Rechtsstaat selbstverständliche Aufgabe. Die Initiative hat darauf *verzichtet*, auch in *prozessualer* Sicht explizite Grundsätze aufzustellen. Die UNO-Leitprinzipien nennen dennoch grosse Hürden, denen mögliche Betroffene von Menschenrechtsverletzungen bei einer Klage begegnen können: Neben beweisrechtlichen Schwierigkeiten sind in der Schweiz insbesondere die spezifischen Prozesskostenregelungen sowie der fehlende Ausbau des kollektiven Rechtsschutzes zu nennen.¹⁴⁹ Diesbezügliche Gesetzesänderungen, welche mitunter ohnehin Gegenstand aktueller Reformdiskussionen sind, erscheinen im Kontext der Konzernverantwortungsinitiative besonders vordringlich. Es geht dabei um eine ausgewogene Regelung, die prozessuale Hürden abbaut, ohne dabei zu überschliessen.

VI. Schlussbemerkung

Der Autor vertritt nach dem Gesagten den Standpunkt, dass die Vorlage rechtlich fundiert und umsetzbar ist. Die Kernanliegen sind ausgewiesen, die Herausforderungen in der Umsetzung scheinen lösbar. Der Beitrag beschränkt sich dabei auf eine rechtliche Beurteilung und lädt in betont rechtsgebietsübergreifender Betrachtung zu weiterer juristischer Auseinandersetzung ein. Das Feld rechtspolitischer Kontroversen überlässt er der Politik. Hierzu sei einzig mit einem Zitat von JOHN RUGGIE zu schliessen, der mit seiner allseits anerkannten Arbeit als ehemaliger UN-Sonderbeauftragter für Unternehmen und Menschenrechte rund um die UNO-Leitprinzipien die Entwicklungen der letzten Jahre geprägt hat wie kein Zweiter:

Achieving significant progress [...] would require moving beyond the mandatory-vs.-voluntary dichotomy to devise a smart mix of reinforcing policy measures that are capable over time of generating cumulative change and achieving large-scale success – including in the law.¹⁵⁰

Beim Umgang von Unternehmen mit Menschenrechten geht es in diesem Sinne nicht um ein *Entweder-oder*;

sondern um ein *Sowohl-als-auch*, welches vorliegend zwischen den folgenden Begriffspaaren bestehen kann: Freiwilligkeit und Verbindlichkeit – Landesrecht und Völkerrecht – Prävention und Reparation – materielles und prozessuales Recht.

¹⁴⁹ UNO-Leitprinzipien (FN 7), Prinzip 26/Kommentar; CESCR (FN 9), Ziff. 38 ff.; Recommendation CM/Rec(2016)3 (FN 22), Ziff. 41–43; mit Blick auf die Schweiz weiterführend GEISSER (FN 1), N 408 ff.

¹⁵⁰ JOHN RUGGIE, *Just Business – Multinational Corporations and Human Rights*, New York 2013, xxiii.