

## Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?

### Inhaltsübersicht

<b>I. Nestlé im Visier von Menschenrechtsanwälten</b> .....	704
A. Der Sachverhalt .....	704
B. Ein Präzedenzfall .....	707
<b>II. Schutz der Menschenrechte und der gewerkschaftlichen Entfaltungsfreiheit als Pflicht für Grossunternehmen?</b> .....	708
A. Die <i>raison d'être</i> von Grossunternehmen .....	708
B. Selbstverpflichtung von Grossunternehmen zum Schutz von Menschenrechten und gewerkschaftlichen Freiheiten .....	710
C. Beitritt zu internationalen Deklarationen .....	711
D. Fazit: Der Schutz der Menschenrechte und der gewerkschaftlichen Aktivitäten ist eine Aufgabe multinationaler Unternehmen dann, wenn der Staat versagt.....	712
<b>III. Schutz der Menschenrechte und der gewerkschaftlichen Freiheiten als Teil der Konzernleitungspflicht?</b> .....	713
A. Pflicht der Muttergesellschaft und ihrer Organpersonen zur Konzernleitung? .....	713
B. Verantwortung für den Schutz der Menschenrechte und gewerkschaftlichen Freiheiten auf der Ebene der Konzernobergesellschaft? .....	714
C. Freiheit in der Art der Umsetzung .....	715
D. Das Dilemma der Konzernleitungen oder: Schlechter Lohn für gute Taten .....	717
<b>IV. Die Haftungsfrage</b> .....	718
A. Die rechtliche Ausgangslage: Klare (Haftungs-)Trennung zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft.....	719
B. Die Ausnahmen: Haftungsrechtliche Betrachtung des Konzerns als (auch) rechtliche Einheit .....	719
C. Ein Ratschlag für die Praxis: «Das Spiel des Konzernrechts spielen» .....	721
D. Exkurs: Unterschiedliche Adressaten im Strafrecht und im Aktienrecht .....	722
<b>V. Ungenügen der privatrechtlichen Ordnung?</b> .....	723

## I. Nestlé im Visier von Menschenrechtsanwälten

### A. Der Sachverhalt

Am 5. März 2012 reichte die Menschenrechtsorganisation European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR<sup>1</sup>) – ein in Deutschland domizilierter gemeinnütziger Verein – Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug ein wegen «fahrlässiger Tötung durch Unterlassen gemäss Art. 117, 102, 12 Abs. 3 StGB an dem kolumbianischen Gewerkschafter Luciano Enrique Romero Molina am 11. September 2005, in Valedupar, Kolumbien». Romero war bis drei Jahre vor seinem Tod Mitarbeiter der kolumbianischen Nestlé-Tochtergesellschaft Cicolac gewesen und – das war die Ursache seiner grausamen Ermordung durch kolumbianische Paramilitäres – er war aktiver Gewerkschafter und Menschenrechtsaktivist.

Die Anzeige richtet sich gegen den damaligen Verwaltungsratspräsidenten der Nestlé AG Schweiz und vier Spitzenmanager aus jener Zeit: den CEO, den Leiter der Rechtsabteilung sowie zwei Organpersonen, die im massgeblichen Zeitpunkt eine besondere Verantwortung für Kolumbien bzw. Lateinamerika hatten. Subsidiär richtet sie sich auch gegen die Nestlé AG Schweiz<sup>2</sup>.

Angezeigt werden also – darin liegt die Besonderheit – nicht die Arbeitgeberin von Romero, die brasilianische Tochtergesellschaft von Nestlé, und deren leitende Angestellte, sondern *Organpersonen der schweizerischen Muttergesellschaft* und subsidiär die *Konzernobergesellschaft*, die Nestlé AG Schweiz selbst. Diese – und nicht (nur) die lokale Arbeitgeberin und ihre Organe – sollen Garanten für das Leben Romeros gewesen sein, sie sollen ihre Pflichten zu einem angemessenen Risikomanagement verletzt und sich dadurch verantwortlich gemacht haben.

Damit stellt sich die Frage, inwieweit die Schweizer Muttergesellschaft einer international tätigen Gruppe und ihre leitenden Organpersonen über das Kommerzielle hinaus eine *Konzernleitungspflicht* haben und insbesondere, ob darin eine Pflicht eingeschlossen ist, für den *Schutz der Menschenrechte* und der *gewerkschaftlichen Freiheiten* in Tochtergesellschaften zu sorgen, wenn diese in *Regionen begrenzter Staatlichkeit* tätig sind. Bejaht man eine solche Pflicht, dann fragt sich, was verlangt wird.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu den Bericht über den Promotor von ECCHR, Wolfgang Kaleck, NZZ Folio Nr. 249 vom April 2012 zum Thema «Anwälte», 58 ff.

<sup>2</sup> Über die Anzeige wurde u.a. berichtet im Tages-Anzeiger vom 6. März 2012 und in der WOZ vom 8. März 2012, Nr. 10.

Die Grundlage der hundertseitigen Anzeigeschrift wird darin eingangs<sup>3</sup> wie folgt zusammengefasst:

«Der kolumbianische Gewerkschafter Luciano Romero, der bei der kolumbianischen Nestlé-Tochterfirma Cicolac als Arbeiter beschäftigt war, wurde in seinem Wohnort Valedupar in Kolumbien am Abend des 10. September 2005 von Paramilitärs verschleppt, unter Folter verhört und dann mit 50 Messerstichen ermordet. Die Tat geschah im Kontext des über 50 Jahre andauernden bewaffneten Konflikts, in dem Gewerkschafter und andere soziale Gruppen systematischer Verfolgung ausgesetzt sind. Romero hatte vor seiner Ermordung über Jahre hinweg Todesdrohungen erhalten.»

«Die lokalen Nestlé-Vertreter in Kolumbien, insbesondere die leitenden Angestellten der Tochter-Firma Cicolac Ltda. waren mitverantwortlich für die Schaffung der Lebensgefahr Romeros. Sie diffamierten ihn als Guerillero und rückten ihn damit in den Blickpunkt der Paramilitärs.»

«Den beschuldigten Schweizer Akteuren – führende Mitarbeiter des Nestlé-Konzerns sowie die Nestlé-AG selbst – wird vorgeworfen, dass sie in pflichtwidriger Unvorsichtigkeit, d.h. fahrlässiger Art und Weise unterlassen haben, die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um die gefährdenden Diffamierungen, die von den lokalen Nestlé-Vertretern in Kolumbien gegen Romero gerichtet wurden, zu unterbinden oder ihre gefährdende Wirkung zu entschärfen. Die Beschuldigten waren teils als Geschäftsherren, teils aus Ingerenz, d.h. gefährdendem Vorverhalten, und teils als Obhutsgaranten aufgrund von Schutzübernahmeerklärungen verpflichtet, für die Sicherheit von Luciano Romero zu garantieren.»

Für den Fall, dass die strafrechtliche Verantwortung einzelner Beschuldigter nicht nachgewiesen werden könne, wird auf den nachrangigen Strafanspruch «gegen das Unternehmen selbst gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB» verwiesen, denn die allfällige mangelnde individuelle Zurechenbarkeit der strafrechtlichen Verantwortung weise «auf schwere Organisationsmängel innerhalb des Unternehmens hin».

Als ursächlich für die Ermordung von Romero wurden u.a. folgende Umstände – sie fanden alle auf lokaler Ebene statt – angeführt:

- Cicolac habe intensive Beziehungen zu den Grossgrundbesitzern (und Milchlieferanten) unterhalten im Wissen um deren enge Verbindungen mit den Paramilitäres.
- Romero sei vereinzelt als Guerillero diffamiert worden.
- Die Unternehmung habe – im Wissen um die Insuffizienz der vom Staat getroffenen Massnahmen – ungenügende Schutzmassnahmen veranlasst, aber auch Massnahmen vorgeschlagen, die für Romero nicht akzeptabel waren, weil sie seine Arbeit als Gewerkschafter verunmöglicht hätten.

---

<sup>3</sup> Anzeigeschrift, 2 f.

- Besonders gravierend sei gewesen, dass Romero im Zusammenhang mit einem Arbeitskonflikt im Oktober 2002 entlassen worden sei. Dies habe ihn, der als Gewerkschafter ohnehin besonders bedroht gewesen sei<sup>4</sup>, noch verwundbarer gemacht.

Zur *Rolle der Beschuldigten* wird in der Strafanzeige zunächst ausgeführt:

«Das Schweizer Mutterhaus und seine kolumbianischen Töchter bilden eine zentral aus der Schweiz gesteuerte wirtschaftliche Einheit. Dies machen die Besitzverhältnisse, die personellen Überschneidungen und die betriebsorganisatorischen Politiken deutlich.»<sup>5</sup>

Die kolumbianische Tochtergesellschaft Cicolac sei in die Nestlé AG organisatorisch eingegliedert gewesen, Teil eines Konzerns, der global nach einheitlich vorgegebenen Managementprinzipien gesteuert werde.

Auf dieser Basis wird den angeschuldigten natürlichen Personen vorgeworfen, sie hätten nicht für ein unternehmerisches *Risikomanagement* gesorgt, das der Situation in einer *Region mit begrenzter Staatlichkeit* angemessen gewesen wäre. Damit hätten sie es als Geschäftsherren pflichtwidrig unterlassen, organisatorische Massnahmen zu treffen, welche die Ermordung von Luciano Romero hätten verhindern können. Zwar sei im Konzern die Delegation einzelner Aufgaben oder Aufgabenbereiche zulässig, doch seien die verantwortlichen Geschäftsherren der Muttergesellschaft berufen, die Betriebsführung und die Erfüllung von Arbeitgeberpflichten bei den Tochterunternehmen zu *überwachen* und durch organisatorische Massnahmen die Erfüllung der Schutz- und Obhutspflichten des Arbeitgebers *sicherzustellen*. Falls die Tochtergesellschaft diese Aufgaben nicht erfüllen wolle oder könne, hätten sie *für die Erfüllung selbst einzustehen*.

Weiter wird erklärt, die Beschuldigten hätten *Schutzerklärungen* zugunsten des Getöteten abgegeben. In diesem Zusammenhang wird auch auf Statements der Muttergesellschaft, der Nestlé AG Schweiz bzw. des Konzerns hingewiesen, wonach die *Unternehmensprinzipien in allen Ländern beachtet* würden, in denen der Konzern operativ tätig sei, und wonach dazu der *Schutz der Menschenrechte* gehöre. Erwähnt werden auch – freilich ohne direkte Konsequenzen – der Beitritt zu internationalen Erklärungen zum Schutz der Gewerkschaftsfreiheiten und der Menschenrechte und der Hinweis auf solche Mitgliedschaften in Publikationen des Nestlé-Konzerns.

---

<sup>4</sup> In den letzten 25 Jahren wurden in Kolumbien über 2'500 Gewerkschafter umgebracht, bei Nestlé-Tochtergesellschaften allein 13.

<sup>5</sup> Anzeigeschrift, 25; die finanziellen, personellen und organisatorischen Verbindungen werden in der Folge im Einzelnen aufgezeigt.

## B. Ein Präzedenzfall

Mit der Strafanzeige in Zug ist *Neuland* betreten worden. Sie soll dazu dienen, exemplarisch zu klären, wie weit bei multinationalen Unternehmen die Verantwortung der Muttergesellschaft und ihrer Organe geht, und zwar nicht oder nicht in erster Linie hinsichtlich vermögensrechtlicher Aspekte – diese sind in den letzten Jahrzehnten mannigfach diskutiert und ausprozessiert worden –, sondern mit Bezug auf die persönliche Unversehrtheit der Mitarbeitenden von Tochtergesellschaften, den Schutz ihrer Menschenrechte und ihrer Freiheit zu gewerkschaftlicher Aktivität.

Dass gerade der Fall Romero für ein Pilotverfahren gewählt wurde, hat seinen Grund darin, dass dieser Fall von den kolumbianischen Ermittlungsbehörden gründlich geklärt wurde und die Verantwortlichen verurteilt worden sind. Die Fakten vor Ort liegen daher – ausnahmsweise, muss man leider sagen – auf dem Tisch.

\* \* \*

Was von den strafrechtlichen Erwägungen in der Verzeigung zu halten ist, das weiss der mit dieser Festschrift Geehrte, ANDREAS DONATSCH, natürlich weit besser als der Verfasser dieser Zeilen, der im Folgenden schon gar nicht den Versuch unternehmen will, im Strafrecht zu dilettieren. Vielmehr möchte der Verfasser anknüpfen an die gemeinsamen Seminare, die ANDREAS DONATSCH und er über viele Jahre durchgeführt haben. Stets ging es um Themen, die sowohl strafrechtlich wie auch wirtschaftsrechtlich spannend waren. Diese haben wir dann gemeinsam mit den Studierenden interdisziplinär behandelt – einmal aus der Perspektive des Strafrechtlers, einmal aus der des Aktienrechtlers.

So will ich es hier auch halten und zu den durch die Strafanzeige aufgeworfenen Problemen einige Überlegungen aus aktienrechtlicher Sicht beisteuern. Dies freilich nicht als tiefeschürfende Abhandlung mit entsprechendem Apparat, sondern als Aufriss, als Skizze von Gedanken zum Weiterdenken.

Es geht also um einen bisher kaum beachteten Aspekt einer allfälligen Konzernleitungspflicht: die Verantwortung der Konzernspitze und ihrer Organe *für den Schutz der Menschenrechte und der Freiheit gewerkschaftlicher Aktivitäten der Mitarbeitenden von Tochtergesellschaften*.

Aus den vielfältigen Facetten dieses Themas seien drei Unterfragen herausgegriffen:

1. Haben global tätige Unternehmen überhaupt eine Verantwortung für den Schutz von Menschenrechten und gewerkschaftlicher Freiheit ihrer Mitarbeitenden?

2. Wenn ja, ist diese Verantwortung Teil einer Konzernleitungspflicht und was folgt daraus?
3. Wer ist allenfalls zivilrechtlich haftbar und mit welchen Folgen?

## II. Schutz der Menschenrechte und der gewerkschaftlichen Entfaltungsfreiheit als Pflicht für Grossunternehmen?

In Rechtsstaaten mit einer funktionierenden Strafverfolgung und Gerichtsbarkeit ist es klar: Der Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist Aufgabe des *Staates*. Unternehmen haben dazu nur – aber immerhin – insofern beizutragen, als sie sich an die von der Rechtsordnung auferlegten *Arbeitgeberpflichten* halten.

Wie aber verhält es sich, wenn eine multinationale Unternehmung in *Gebieten mit begrenzter Staatlichkeit* aktiv ist, in Ländern also, in welchen die Staatsmacht ihre Schutzpflicht nicht wahrnehmen kann oder will, wie dies in Kolumbien jedenfalls im fraglichen Zeitraum der Fall war? Reicht dann die *Schutzpflicht des Arbeitgebers* über die Pflicht zur Sicherheit am Arbeitsplatz hinaus?

### A. Die *raison d'être* von Grossunternehmen

a) Die Frage nach den «richtigen» Unternehmenszielen ist in den letzten zwei Jahrzehnten in Recht, Wirtschaft und Politik intensiv diskutiert worden. Zwei Lager standen sich gegenüber:

- Auf der einen Seite postulierten die Vertreter des *Shareholder-Value-Denkens* eine kompromisslose Ausrichtung aller unternehmerischen Tätigkeiten auf den *Aktionärsnutzen*. Die Aktionäre seien die wirtschaftlichen Eigentümer einer Unternehmung und sie hätten das Risikokapital aufgebracht. Ihnen stünden daher die Früchte zu. Diese Lehre beruht auch auf dem Glauben an einen wundersamen Einklang der Aktionärsinteressen mit denen aller übrigen Betroffenen. Gehe es den Aktionären gut, dann profitierten davon – so das *Credo* – auch die Arbeitnehmer, die Kunden und schliesslich die Allgemeinheit.
- Auf der anderen Seite des Meinungsspektrums wurde dagegen gefordert, es seien die *Interessen aller Stakeholder* angemessen zu berücksichtigen und in Einklang zu bringen. Daraus ergibt sich auch der sog. *Triple-Bottom-Line-Ansatz*: Ziel soll es sein, in einem ausgewogenen Mass drei Herren zugleich zu dienen, den Investoren durch die Erzielung von Gewinnen, der Gesellschaft und insbesondere den Mitarbeitenden durch ein sozial verantwortungsvolles

Verhalten (*Social Responsibility*) und schliesslich der Umwelt durch ein umweltschonendes und nachhaltiges Wirtschaften (*Environmental Responsibility*).

b) Waren die Neunzigerjahre die hohe Zeit des Shareholder-Value-Ansatzes, so hat sich heute bei den multinational tätigen Grossunternehmen – dies ist jedenfalls aus Bekenntnissen in Jahresberichten und anderen Unternehmenspublikationen zu schliessen – der *Stakeholder-Value-* oder der *Triple-Bottom-Line-Ansatz* durchgesetzt. Durchwegs finden sich Bekenntnisse zur *Corporate Social Responsibility* und zur *Corporate Citizenship*. So heisst es etwa im Corporate Sustainable Development Report 2009 der Holcim<sup>6</sup>:

«At Holcim, we believe that delivering value for all stakeholders... is key to our long-term success.»

Und:

«The need for companies to engage with stakeholders and society to ensure licence to operate is more important than ever.»

c) Ein sozial und staatspolitisch verantwortungsbewusstes Verhalten – und dazu gehört in Gebieten mit begrenzter Staatlichkeit auch die Sorge für die Einhaltung der Menschenrechte und der gewerkschaftlichen Freiheiten – entspricht daher der deklarierten Zielsetzung der Grossunternehmen. Doch selbst wenn man solchen Bekenntnissen mit Skepsis begegnet und allenfalls auch den Stakeholder-Value-Ansatz ablehnt, dürfte sich nichts daran ändern, dass multinational tätige Grossunternehmen schon in ihrem eigenen Interesse die Anliegen der Mitarbeitenden, aber auch der Gesellschaft schlechthin, ernst nehmen.

Denn einer der wichtigsten Aktivposten eines Grossunternehmens ist – auch wenn er in der Bilanz nirgends aufscheint – die *Reputation*. Grossunternehmen – und ganz besonders solche im Konsumentengeschäft – können es sich schlicht nicht leisten, ihren guten Ruf zu verlieren. Unternehmerisches Fehlverhalten wird – wenn es einmal öffentlich thematisiert wird – schnell, hart und mit finanziellen Folgen sanktioniert. Nicht ohne Grund hat denn auch Warren Buffet seine Angestellten ermahnt:

«Lose money for the firm and I will be understanding; lose a shred of reputation for the firm, and I will be ruthless.»

Nicht nur soziales Verantwortungsbewusstsein oder gar Gutmenschentum ist es also, das ein sozial verantwortliches Verhalten gebietet, sondern auch das kom-

---

<sup>6</sup> Sustainable Development Report Holcim 2009, 4 und 6. Entsprechende Rechenschaftsberichte finden sich heute bei praktisch allen Grossunternehmen, und es ist auch schon vorgeschlagen worden, die Rechenschaftsablage über soziale und ökologische Aspekte – neben der Berichterstattung über den finanziellen Erfolg – für verbindlich zu erklären.

merzielle Eigeninteresse. In den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen<sup>7</sup> wird denn auch nüchtern festgehalten:

«Zahlreiche multinationale Unternehmen liefern den Beweis dafür, dass die Beachtung hoher Standards bei der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit wachstumsfördernd wirken kann.»<sup>8</sup>

## **B. Selbstverpflichtung von Grossunternehmen zum Schutz von Menschenrechten und gewerkschaftlichen Freiheiten**

a) Internationale Unternehmen, vor allem solche, die auch in Gebieten mit *begrenzter Staatlichkeit* aktiv sind, lassen es aber nicht bei allgemeinen Erklärungen zu ihrer sozialen Verantwortung bewenden, sondern sie bekennen sich auch ganz spezifisch zum Schutz der Menschenrechte.

Nestlé etwa hält in einem «Kurzbericht 2011 zur Gemeinsamen Wertschöpfung» – einer Art *Stakeholder Report* – in einem eigenen Abschnitt zum Thema «Menschenrechte und Compliance» fest:

«Nestlé hat direkten Einfluss auf ihre Mitarbeitenden und indirekten Einfluss auf die Mitarbeitenden in ihren Versorgungsketten. In beiden Bereichen fördern wir die Menschen- und Arbeitsrechte.»<sup>9</sup>

Und ABB – eine weitere Unternehmung mit Schweizer Hauptsitz und globaler Aktivität – veröffentlichte einen Bericht zur «ABB Group Sustainability Performance 2011», in welchem sich ebenfalls ein eigener Abschnitt zum Thema «Human Rights» findet. Darin steht das Bekenntnis<sup>10</sup>: «ABB has long understood the materiality of human rights, knowing the potential financial, legal and reputational downside to the business if abuses occur, and the benefits of being a force for good».

Zugegeben wird allerdings freimütig, dass es sich beim Einsatz für die Menschenrechte um ein «work in progress» handle und dass «challenges remain to ensure that human rights risks are fully understood and the right measures are taken».

b) Solche Erklärungen werden gelegentlich als blosser Marketing-Anstrengungen eingestuft, oder es wird gar erklärt, sie seien kontraproduktiv, weil sie falsche Er-

---

<sup>7</sup> Dazu sogleich nachstehend.

<sup>8</sup> OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, Ausgabe 2011, 17 Ziff. 6.

<sup>9</sup> Die Bewältigung der globalen Wasserproblematik, Kurzbericht 2011 zur Gemeinsamen Wertschöpfung, 38.

<sup>10</sup> ABB Group Sustainability Performance 2011, 31.

wartungen weckten und von den echten Problemen ablenken würden. Das trifft meines Erachtens nicht zu:

- Selbstverpflichtungen haben *unternehmensintern* – jedenfalls dann, wenn sie in konkrete Weisungen umgemünzt werden, und das ist häufig der Fall – auch Rechtswirkung.
- *Unternehmensextern* können sie dazu beitragen, ein berechtigtes Vertrauen zu begründen, das ebenfalls rechtlich Konsequenzen haben kann.
- Darüber hinaus bilden solche Statements eine *Handhabe für die Beurteilung und Kritik durch NGOs*, eine Aktivität von Nichtregierungsorganisationen, die mittlerweile professionell und konsequent geübt wird. Die Konzernberichterstattung mag zwar die Aktivitäten der Unternehmung in einem zu rosigen Licht erscheinen lassen, aber faktenwidrig ist sie zumindest dann nicht, wenn sie durch eine neutrale externe Stelle ähnlich wie die finanzielle Berichterstattung überprüft wird. Und das ist mittlerweile *best practice*.

Man kann es auf einen Nenner bringen: Durch ihre Bekenntnisse werfen multinationale Unternehmungen ihre *Reputation und Kreditibilität* in die Waagschale und setzen sich bewusst einer verstärkten Überprüfung durch das *public eye* aus.

### C. Beitritt zu internationalen Deklarationen

a) Der Schutz der Menschenrechte ist auch Gegenstand von internationalen Erklärungen, von denen die beiden wohl prominentesten kurz vorgestellt seien:

- Der *UN Global Compact* ist nach eigenem Bekunden «weltweit die grösste Initiative gesellschaftlich engagierter Unternehmen»<sup>11</sup>. Aufgrund eines Vorschlags von Kofi Annan 1999 ins Leben gerufen, stellt er heute zehn Prinzipien auf, deren erstes die Aufforderung an privatwirtschaftliche Unternehmen ist, «in ihrem Einflussbereich den Schutz der internationalen Menschenrechte zu unterstützen und zu respektieren», und deren zweites verlangt, «sicherzustellen, dass sich Unternehmen nicht mitschuldig machen bei Menschenrechtsverletzungen».
- Die *OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen* sind breiter angelegt und detaillierter. Seit 2011 enthalten sie ein eigenes Kapitel zum Thema *Menschenrechte*, das von Staaten und Unternehmen die Einhaltung der internationalen Menschenrechtsverpflichtungen wie auch der einschlägigen nationalen Gesetze und Vorschriften verlangt. Für *Weak Governance Zones* hat die

---

<sup>11</sup> <http://www.unglobalcompact.org>.

OECD ein eigenes «Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises» entwickelt.

b) Den beiden Deklarationen sind zahlreiche international tätige Unternehmungen beigetreten; beim UN Global Compact sind es mittlerweile mehr als 6'000 in 135 Ländern, und an den OECD-Richtlinien sind heute 97 der 100 grössten multinationalen Unternehmungen beteiligt. Nüchtern muss man allerdings festhalten, dass beide Erklärungen explizit «non-binding principles and standards» enthalten, also rechtlich unverbindlich sind und insofern eine Alternative – man kann aus Unternehmenssicht auch sagen: das kleinere Übel – im Vergleich zu durchsetzbaren regulatorischen Massnahmen darstellen.

c) Dies ist denn auch der Grund, weshalb von verschiedenen NGOs, aber auch von einzelnen Unternehmen, die Unterstellung unter diese Erklärungen als Alibi-Übung abgelehnt wird, und in der Tat tummeln sich unter den «Bekennern» auch Unternehmen mit einer zweifelhaften Menschenrechtsbilanz, ohne dass dies für sie unmittelbare rechtliche Konsequenzen hätte. Im vorliegenden Zusammenhang ist trotzdem zweierlei positiv zu vermerken:

- Mit der Unterstellung ist fast durchwegs eine *Berichterstattung* verbunden, die zwar vielleicht einseitig und gelegentlich schönfärberisch sein mag, aber immerhin eine Basis abgibt für Nachprüfung, Anregung und Kritik. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Berichterstattung mit einem neutralen Audit durch eine externe Stelle verbunden ist.
- Die Unterstellung schafft eine *Erwartungshaltung*, der im Interesse des Schutzes der *Reputation* nach Möglichkeit nachgelebt werden muss und die allenfalls gar mithelfen könnte, ein *rechtlich relevantes Vertrauen* zu begründen.

#### **D. Fazit: Der Schutz der Menschenrechte und der gewerkschaftlichen Aktivitäten ist eine Aufgabe multinationalaler Unternehmen dann, wenn der Staat versagt**

Als Fazit ergibt sich, dass der Schutz der Menschenrechte und der Freiheit gewerkschaftlicher Aktivität grundsätzlich eine *Aufgabe des Staates* ist. In Regionen, in denen dieser seinen Schutzpflichten nicht nachkommen kann oder will, besteht aber auch eine *Schutzpflicht der Unternehmen*. Diese ergibt sich auf der Ebene des Konzerns, der ja nicht in einer direkten Rechtsbeziehung zu Mitarbeitenden in den entsprechenden Regionen steht, vor allem allgemein aus der *Selbstverpflichtung*, die Konzerne eingehen mit ihren Bekenntnissen zum Stakeholder- bzw. Triple-Bottom-Line-Ansatz, sowie spezifisch aus *Erklärungen, die Menschenrechte und gewerkschaftlichen Freiheiten sichern zu wollen*. Solche Zusagen

finden sich in öffentlich zugänglichen Firmendokumenten, und sie ergeben sich auch indirekt aus dem Beitritt zu internationalen Deklarationen.

Für sich allein mögen Selbstverpflichtungen und Bekenntnisse zwar nicht direkt verpflichtend sein. Wohl aber kommt ihnen im Verbund mit anderen Elementen auch rechtlich Bedeutung zu. Vor allem aber setzen sie die Unternehmen einer erhöhten und griffigeren Kontrolle durch NGOs aus, und das trägt dazu bei, dass im Interesse der *Unternehmensreputation* Sorge dafür getragen werden muss, dass es nicht bei leeren Worten bleibt.

### **III. Schutz der Menschenrechte und der gewerkschaftlichen Freiheiten als Teil der Konzernleitungspflicht?**

Besteht in multinationalen Unternehmen eine Pflicht zum Schutz von Menschenrechten und Gewerkschaftsfreiheiten, dann ist damit noch nicht gesagt, dass diese Verantwortung an der Konzernspitze angesiedelt und Teil einer allfälligen Konzernleitungspflicht ist. Und wenn man eine solche Leitungspflicht der Konzernspitze bejaht, dann stellt sich weiter die Frage, worin sie besteht.

#### **A. Pflicht der Muttergesellschaft und ihrer Organpersonen zur Konzernleitung?**

Konzerne sind nach dem in der Schweiz zurzeit noch herrschenden Leitungsprinzip *Zusammenschlüsse mehrerer formalrechtlich selbständiger Gesellschaften «unter einheitlicher Leitung»*<sup>12</sup>. Damit wird vorausgesetzt, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Konzernobergesellschaft eine *Konzernleitungspflicht* wahrzunehmen haben.

a) Dazu ist freilich zu präzisieren, dass sich diese Pflicht – analog zu den für die *faktische Organschaft* entwickelten Regeln – *nur auf diejenigen Bereiche erstreckt, für welche die Konzernobergesellschaft die Leitung beansprucht*. Ihr Verwaltungsrat ist – in den Schranken einer sorgfältigen Ausübung seiner Organisationspflicht – grundsätzlich frei, *Aufgaben nicht zu usurpieren, sondern bei den Tochtergesellschaften zu belassen*. Dies kann sich dann aufdrängen, wenn bei der Muttergesellschaft die erforderlichen Kenntnisse – besonders Kenntnisse regionaler Eigenarten, Gepflogenheiten und rechtlicher Strukturen – nicht oder nur in bescheidenem Masse vorhanden sind. Umgekehrt kann es sich verbieten, Funktio-

---

<sup>12</sup> Art. 663e Abs. 1 OR.

nen bei einer Konzernuntergesellschaft zu belassen, wenn bei ihr die erforderlichen Mittel für die Erfüllung nicht vorhanden sind.

b) Wesentlich sind – konzernintern, vor allem aber auch konzernextern – auch in dieser Beziehung die öffentlichen Aussagen, die ein Konzern und seine Obergesellschaft zu Konzernorganisation und Kompetenzverteilung machen. Solche Informationen sind für kotierte Gesellschaften durch die Börsenordnung zwingend vorgeschrieben.

In der Praxis wird – was die Verantwortung für die Mitarbeitenden und das Umfeld der unternehmerischen Tätigkeit betrifft – regelmässig die *Einheitlichkeit und Verbindlichkeit der Unternehmensgrundsätze* betont, und das führt zu einer entsprechenden *Verantwortung an der Konzernspitze*.

Der Geschäftsbericht der Holcim für 2011 etwa betont im Abschnitt zur Corporate Governance, dass es um die langfristige Sicherung von Wert und Erfolg des Unternehmens «im Interesse der verschiedenen Anspruchsgruppen» gehe, wozu auch die Mitarbeitenden und Gemeinwesen, in denen Holcim tätig sei, zählten. Dabei solle «der Code of Conduct als Teil des Leitbilds für den ganzen Konzern verbindlich sein»<sup>13</sup>.

Nestlé formuliert etwas vorsichtiger zum Thema «Compliance»:

«Obwohl gemäss dem «Custodian Concept» von Nestlé die Verantwortung für Compliance bei den Märkten liegt, geben eine Compliance-Funktion und ein funktionsübergreifendes Compliance Committee auf Konzernebene den Rahmen vor, fördern die Koordination ... und bieten Unterstützung ...»<sup>14</sup>.

Hingewiesen wird von Nestlé auch auf die «globale Risikobeurteilung»<sup>15</sup> des Konzerns.

Mit solchen Erklärungen wird kundgetan, dass die Grundsätze der Unternehmensführung *konzernweit einheitlich gelten* sollen, was eine Verantwortung auf der Ebene der Muttergesellschaft und ihrer Organe zumindest für angemessene Kontrollen nach sich zieht.

## **B. Verantwortung für den Schutz der Menschenrechte und gewerkschaftlichen Freiheiten auf der Ebene der Konzernobergesellschaft?**

Auch in dieser Hinsicht müssen sich Konzerne bei ihren Aussagen behaften lassen.

---

<sup>13</sup> Geschäftsbericht 2011 Holcim Ltd., 123.

<sup>14</sup> Nestlé Jahresbericht 2011, 9.

<sup>15</sup> Nestlé Jahresbericht 2011, 9.

Schweizer Unternehmen, die in Regionen mit begrenzter Staatlichkeit agieren, haben – es wurde vorstehend an Beispielen gezeigt – explizit durch Erklärungen in Unternehmenspublikationen sowie implizit mit dem Beitritt zu internationalen Deklarationen bekundet, dass sie eine *Mitverantwortung für die Einhaltung von Menschenrechten und gewerkschaftlichen Freiheiten* übernehmen wollen. Dies ist auch rechtlich relevant, und es kann offen bleiben, ob sich eine entsprechende Verantwortung nicht auch bereits aus zwingenden gesetzlichen Vorgaben – etwa aus der Organisationsverantwortung der Konzernspitze für den Konzern als Ganzes – ergibt.

### C. Freiheit in der Art der Umsetzung

a) Mit der Verantwortung der Konzernleitungsebene verbunden ist jedoch keineswegs die Pflicht, die entsprechenden Aufgaben direkt durch die Konzernspitze wahrzunehmen. Soweit organisatorisch angemessen oder zumindest vertretbar, kann die Umsetzung bei den Tochtergesellschaften belassen werden. Dabei handelt es sich – entgegen dem, was man gemeinhin liest – nicht etwa um eine *Kompetenzdelegation*: Denn die *Vollzugsverantwortung* liegt zunächst und primär *bei der* (zumindest formal-rechtlich) selbständigen *Tochtergesellschaft*, und es geht nur darum, dass die Konzernobergesellschaft darauf verzichtet, sie an sich zu ziehen.

Bei Fragen, die mit dem Arbeitsverhältnis verbunden sind – und dazu gehören neben solchen des Arbeitsrechts auch die Absicherung der Menschenrechte und der gewerkschaftlichen Freiheiten, wenn der Staat diese Aufgabe nicht wahrnimmt – drängt es sich auf, die Umsetzungsverantwortung weitestgehend bei den lokalen Tochtergesellschaften zu belassen, denn bei ihnen – und nicht bei der örtlich weit entfernten Mutter – sind die erforderlichen Kenntnisse und Einflussmöglichkeiten konzentriert.

b) Das heisst nicht, dass auf der Ebene der Muttergesellschaft und ihrer Organe nicht auch eine Verantwortung und Pflicht zum Handeln bestünde. Aus den allgemeinen Grundsätzen des Konzernrechts und speziell der bei der Obergesellschaft verbleibenden Organisationspflicht ergeben sich zwei Verantwortlichkeiten:

- Die Tochtergesellschaft muss in die Lage versetzt werden, die ihr verbleibenden bzw. zugewiesenen *Aufgaben erfüllen zu können*. Dabei geht es nicht darum sicherzustellen, dass dies auch *in extremis* der Fall ist, wohl aber um die Funktionsfähigkeit in einem Umfeld, mit dem bei einer vorsichtigen Beurteilung der Lage zu rechnen ist.

- Im finanziellen Bereich wird diese Problematik mit dem Stichwort «Unterkapitalisierung» umschrieben: Tochtergesellschaften sind hinsichtlich ihrer Kapitalbasis so zu stellen, dass sie den Verpflichtungen nachkommen können, die nach dem üblichen Lauf der Dinge auf sie zukommen können. Extremsituationen – etwa ein Schadensfall völlig ausserhalb dessen, was aufgrund der geschäftlichen Aktivitäten zu erwarten ist – können dagegen ausser Acht gelassen werden.
  - Soweit die Umsetzungsverantwortung auf der Ebene der Tochtergesellschaft bleibt, hat die Obergesellschaft für eine *angemessene Berichterstattung* zu sorgen. Es folgt dies aus einer analogen Anwendung der Auflagen, die das Gesetz andernorts für den Fall macht, dass Aufgaben delegiert werden: Überträgt der Verwaltungsrat die Vorbereitung, Ausführung oder Überwachung von Beschlüssen und Geschäften an Ausschüsse, dann hat er «für eine angemessene Berichterstattung ... zu sorgen»<sup>16</sup>. Wird die Geschäftsführung übertragen, dann ist im Organisationsreglement «insbesondere die Berichterstattung» zu regeln<sup>17</sup>. Und eine Haftungsbefreiung kommt bei einer Kompetenzdelegation nur dann in Betracht, wenn bei der «Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet» wurde<sup>18</sup>.
- c) Übertragen auf die konzernrechtliche *Schutzpflicht für Menschenrechte und gewerkschaftliche Freiheiten* und spezifisch für den *Fall Romero* sind etwa folgende Überlegungen anzustellen:
- Einerseits ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Tochtergesellschaft Cicolac in einem Umfeld hoher, auch politisch motivierter Kriminalität und begrenzter Staatlichkeit operierte. Zu beachten ist auch, dass Gewerkschafter und Menschenrechtsaktivisten in einem solchen Umfeld besonders gefährdet sind.
  - Andererseits durfte berücksichtigt werden – und in diesem Punkt widerspricht die Beurteilung durch den Verfasser diametral der in der Strafanzeige vertretenen<sup>19</sup> –, dass die Gefährdung eines Mitarbeiters nach dessen Ausscheiden aus der Unternehmung abnimmt und eine Unternehmung jedenfalls nicht Gefährdungen zu verantworten hat, welche aufgrund eines Verhaltens nach dem Ausscheiden aus der Unternehmung entstanden sind.
  - Was sich daraus konkret für die Schutzpflicht mit Bezug auf Luciano Romero ergab – er war Gewerkschafter und Menschenrechtsaktivist, aber er hatte, al-

---

<sup>16</sup> Art. 716a Abs. 2 OR.

<sup>17</sup> Art. 716b Abs. 2 OR.

<sup>18</sup> Art. 754 Abs. 2 OR.

<sup>19</sup> Vgl. vorne I.A.

lerdings nicht freiwillig, die Unternehmung bereits vor Jahren verlassen –, konnte und musste vor Ort aufgrund der Kenntnis der lokalen Gegebenheiten entschieden werden und durfte der Tochtergesellschaft überlassen bleiben. In der Verantwortung der Konzernspitze blieb nur – aber immerhin – die Ausstattung der Cicolac mit den *nötigen Mitteln und die Sicherstellung einer adäquaten Berichterstattung*.

## **D. Das Dilemma der Konzernleitungen oder: Schlechter Lohn für gute Taten**

a) Aus der *Strafanzeige* gegen Organpersonen der Nestlé ergibt sich, dass der Delegierte des Verwaltungsrates und Vorsitzende der Konzernleitung Ende 2003 eigens nach Kolumbien gereist war, um sich vor Ort ein Bild zu machen und den Dialog mit den Betroffenen und den Gewerkschaften aufzunehmen. Weiter wird ausgeführt, dass auch der Präsident des Verwaltungsrates persönlich involviert war und erklärt hatte, die Unternehmensleitung in der Schweiz, also die Organe der Nestlé AG Schweiz, würden die Situation in Kolumbien permanent beobachten und evaluieren. Damit ging der Delegierte und CEO – Herr über mehrere 100'000 Mitarbeitende und mehr als 400 Fabriken<sup>20</sup> – weit über das hinaus, was vom operativen Leiter einer weltweit tätigen Unternehmung erwartet werden darf. Und auch der Verwaltungsratspräsident engagierte sich stärker als es seine Funktion als Vorsitzender des Oberleitungsorgans verlangt hätte.

Gleichzeitig – auch dies ergibt sich aus der Anzeige – verweigerte die Nestlé-Konzernleitung allerdings direkte Gespräche mit der kolumbianischen Gewerkschaft und auch mit schweizerischen NGOs. Sie verwies auf die ausschliessliche Kompetenz der kolumbianischen Tochtergesellschaft und ihrer Organe für arbeitsrechtliche Fragen. Damit machte die Schweizer Muttergesellschaft die rechtliche Selbständigkeit der kolumbianischen Tochter geltend.

Beides – das persönliche Engagement an der Konzernspitze einerseits wie auch die Verweisung an die lokale Tochtergesellschaft auf der anderen Seite – wird in der Strafanzeige zum Nachteil der in der Konzernspitze Verantwortlichen vorgebracht: Aufgrund ihres persönlichen Engagements wird ihnen eine *Garantenstellung* zugeschrieben, und wegen dieser Garantenstellung, die sie und die Konzernspitze bei blosser Passivität und dem konsequenten Belassen der Menschenrechts- und Gewerkschaftsproblematik auf der lokalen Ebene nicht gehabt

---

<sup>20</sup> Der Jahresbericht 2011 nennt die Zahlen von 330'000 Mitarbeitenden und 460 Fabriken, die Zahlen im für die Strafanzeige massgebenden Zeitraum dürften nicht wesentlich tiefer gewesen sein.

hätten, wird ihnen der Vorwurf gemacht, *die objektiv gebotenen Massnahmen nicht ergriffen* zu haben.

b) Auf der *privat- und aktienrechtlichen Ebene* ist es nicht anders: Je mehr sich die Konzernspitze auf der Stufe einer Konzerntochter in die Problemlösung einbringt, desto stärker läuft sie das Risiko einer direkten Verantwortung, die etwa begründet werden könnte

- mit einer *Sphärenvermischung*, also damit, dass sich Organe der Konzerngesellschaft in den Verantwortungsbereich der Tochtergesellschaft eingemischt haben

oder auch

- mit einer *faktischen Organschaft*, also mit der Behauptung, die Muttergesellschaft oder die bei ihr Verantwortlichen hätten sich so verhalten, wie wenn sie Organe der Tochtergesellschaft gewesen wären, und sie seien daher auch so zu stellen, wie wenn sie dem Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft angehört hätten.

Welche Folgerungen daraus mit Bezug auf das angemessene Verhalten unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zu ziehen sind, kann und will der Verfasser nicht beurteilen. Aus aktienrechtlicher Sicht scheint sich daraus für die Praxis zunächst als Faustregel für Muttergesellschaften und ihre Organpersonen zu ergeben:

*Hände weg von der Befassung mit Fragen der Menschenrechte und der Gewerkschaftsfreiheit auf der Stufe von Tochtergesellschaften!*

Das kann ja wohl nicht das gewünschte Ergebnis sein, und es ist zu fragen, ob sich nicht bei einer genaueren Betrachtung eine differenziertere und sachlich richtigere Antwort ergibt.

## **IV. Die Haftungsfrage**

Geht man davon aus – und der Verfasser tut dies –, dass multinationale Unternehmen aktiv einen Beitrag leisten können und sollen, um in Regionen mit beschränkter Staatlichkeit die Beachtung der Menschenrechte und der gewerkschaftlichen Freiheiten zu verbessern, dann fragt sich, wie sie dies tun können, ohne Gefahr zu laufen, strafrechtlich oder aktienrechtlich eine Mitverantwortung auf sich zu laden.

Aus aktienrechtlicher Sicht dazu Folgendes:

## **A. Die rechtliche Ausgangslage: Klare (Haftungs-)Trennung zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft**

Der Grundsatz ist aus der Sicht des schweizerischen Rechts<sup>21</sup> klar:

Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft sind, auch wenn sie wirtschaftlich eine Einheit bilden, *rechtlich selbständige Gebilde*. Aus dem Verhalten auf der Ebene einer Tochtergesellschaft – sei es vertraglich oder deliktisch einzuordnen – haften daher ausschliesslich die Tochtergesellschaft und – nach Massgabe des anwendbaren nationalen Rechts – ihre Organpersonen. Für die Muttergesellschaft gilt das zentrale aktienrechtliche Prinzip, dass die Aktionäre – einschliesslich einer Muttergesellschaft als der Haupt- oder Alleinaktionärin ihrer Tochtergesellschaften – «für die Verbindlichkeiten der [Tochter-]Gesellschaft nicht persönlich» haften.

Falls bei der kolumbianischen Tochtergesellschaft von Nestlé und in deren Umkreis Obhuts- und Sicherungspflichten zum Schutze von Mitarbeitenden – auch ehemaligen Mitarbeitenden – missachtet wurden, dann sind die rechtlichen Konsequenzen daher grundsätzlich von der Tochtergesellschaft und allenfalls von deren Organen zu tragen. Es entspricht dies – soweit ersichtlich weltweit – dem Konzept des Konzerns als einer Verbindung von zwar wirtschaftlich eine Einheit bildenden, aber (*formal-*)*rechtlich selbständigen juristischen Personen*, und es entspricht dies auch dem kapitalen Gegensatz zwischen der Organisation einer multinationalen Unternehmung mit Filialen oder Zweigniederlassungen und einer solchen, bei der selbständige Tochtergesellschaften bestehen.

## **B. Die Ausnahmen: Haftungsrechtliche Betrachtung des Konzerns als (auch) rechtliche Einheit**

Der soeben vorgestellte Grundsatz wird freilich durch eine Vielzahl von Ausnahmen durchbrochen, in denen es zu einer direkten Haftung der Obergesellschaft und allenfalls auch der in ihr tätigen Organpersonen kommen kann. Stichwortartig dazu im Hinblick auf die wichtigsten Konstellationen nochmals und etwas ausführlicher Folgendes:

- *Sphärenvermischung*: Wird die Selbständigkeit der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft oder allgemein im Rahmen des Konzerns missachtet, wird also mit der Tochtergesellschaft und ihren Belangen im Rahmen des Konzerns so umgegangen, wie wenn es sich um eine unselbständige Zweig-

---

<sup>21</sup> Inwieweit sich andere Konsequenzen aus einem für eine Tochtergesellschaft massgebenden Recht ergeben, kann der Verfasser nicht beurteilen.

niederlassung handelte, dann müssen sich Dritte die rechtliche Selbständigkeit und alleinige Verantwortung der Tochtergesellschaft für deren Verpflichtungen nicht entgegenhalten lassen und sind Verpflichtungen der Tochtergesellschaft wie solche der Muttergesellschaft selbst zu behandeln<sup>22</sup>.

- Ein besonders häufiger Fall der Sphärenvermischung ist die *materielle oder faktische Organstellung* der Muttergesellschaft oder eines ihrer Organe bei der Tochtergesellschaft. Aufgrund des faktischen Organbegriffs sind dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht nicht nur die formell bestellten Organe unterworfen, sondern alle diejenigen, «die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen»<sup>23</sup>. Dieses materielle Organverständnis, dem sich auch der Gesetzgeber angeschlossen hat<sup>24</sup>, kann für die Haftung der Muttergesellschaft im Konzern fruchtbar gemacht werden: Solange sich die Obergesellschaft darauf beschränkt, ihre Aktionärsrechte auszuüben, wird sie nicht verantwortlich. Eine Haftung kann sich dagegen ergeben, wenn sich die Muttergesellschaft direkt oder indirekt in die Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischt, denn durch diese Einmischung wird die Muttergesellschaft und werden allenfalls auch die für sie Handelnden zu materiellen Organen der Tochter.
- *Unterkapitalisierung* und andere Fälle, in denen eine Tochtergesellschaft nicht selbst lebensfähig ist: Zwar ist, wie erwähnt, nicht verlangt, dass eine Tochtergesellschaft allen Unwägbarkeiten des Wirtschaftslebens standhalten kann. Auch muss sie nicht alle ihre Aufgaben mit eigenem Personal erfüllen können. Ist aber die Konzernorganisation so angelegt, dass eine Tochtergesellschaft auch die im Rahmen einer normalen Geschäftstätigkeit zu erwartenden Herausforderungen nicht ohne die Hilfe der Konzernobergesellschaft oder einer anderen Konzerngesellschaft meistern kann, dann dürfen Dritte davon ausgehen, dass ihr der Konzern bzw. die Muttergesellschaft im Krisenfall beisteht und die entstehenden Verpflichtungen als eigene anerkennt.
- Schliesslich Schaffung von *Konzernvertrauen*: Weckt die Muttergesellschaft oder der Konzern insgesamt bei Dritten ein berechtigtes Vertrauen, dass die Muttergesellschaft bzw. der Konzern für die Verpflichtungen der Töchter gerade stehen würde, dann kann dies für die Muttergesellschaft «unter Umstän-

---

<sup>22</sup> BGE 137 III 550 Erw. 2.4.

<sup>23</sup> BGE 107 II 349 f. Erw. 5; ebenso etwa BGE 136 III 14 Erw. 2.4, 128 III 92 Erw. 3.

<sup>24</sup> In Art. 754 Abs. 1 OR ist von «mit der Geschäftsführung... *befassten* Personen» die Rede und nicht – wie im früheren Recht – von «*betrauten* Personen». Mit der heute geltenden Formulierung sollen neben den formellen explizit auch bloss materielle Organe erfasst werden, solche, die zwar nicht als Organe bestellt sind, aber sich so verhalten, wie wenn sie Organe wären.

den auch bei Fehlen einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage haftungsbegründend» sein, was sich aus einer «Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo» ergibt<sup>25</sup>.

- Die von einem Konzern bzw. seiner Muttergesellschaft öffentlich bekundeten Selbstverpflichtungen mit Bezug auf den Schutz der Menschenrechte und gewerkschaftlichen Freiheiten könnten in dieser Beziehung rechtlich bedeutsam sein<sup>26</sup>.

Auf einen Punkt gebracht, lässt sich festhalten, dass vom Grundsatz der (auch haftungsrechtlichen) Selbständigkeit einer juristischen Person und Tochtergesellschaft dann – und nur dann – abzuweichen ist, wenn die Muttergesellschaft oder eine andere konzernverbundene Gesellschaft *aufgrund von Treu und Glauben eine Verantwortung trifft* bzw. – *le revers de la médaille* – wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit und ausschliessliche Haftung der Tochtergesellschaft als *missbräuchlich* erscheint. In solchen Fällen kann die Muttergesellschaft selbst und kann ihre Organpersonen eine direkte Haftung treffen.

### C. Ein Ratschlag für die Praxis: «Das Spiel des Konzernrechts spielen»

Aus all dem ergibt sich, dass eine Konzernobergesellschaft gut daran tut, das Spiel des Konzernrechts peinlich genau zu spielen, will heissen: die *rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft konsequent zu beachten*, sie materiell und organisatorisch *so auszustatten, dass sie ihre Aufgaben wahrnehmen* kann<sup>27</sup>, und anzuerkennen, dass die Tochtergesellschaft ihre *Entscheidungen* – wenn auch allenfalls mit Unterstützung der Muttergesellschaft – letztlich *selbst treffen* soll.

Daher ist es verständlich, ja war es geboten, dass die Muttergesellschaft Nestlé Schweiz AG mit kolumbianischen Gewerkschaften und schweizerischen NGOs nicht selbst verhandelte, sondern diese an die kolumbianische Tochtergesellschaft verwies. Und das persönliche Engagement von Organpersonen an der Konzern-

---

<sup>25</sup> So der inzwischen mehrfach bestätigte und präzierte *leading case* BGE 120 II 331 ff., 334 f.

<sup>26</sup> Ansatzweise mögen im Strafrecht ähnliche Grundsätze gelten; jedenfalls beruft sich die Strafanzeige mit Bezug auf Organe der Muttergesellschaft auch auf den «funktionalen Organbegriff», und sie differenziert oft nicht zwischen den Ebenen der Mutter- und der Tochtergesellschaft. Auch das durch Erklärungen und Mitgliedschaften erweckte Vertrauen wird angerufen. Auf der Ebene des Privatrechts wären – dies sei am Rande festgehalten – die Vorbringen in der Strafanzeige für eine direkte Haftung der Muttergesellschaft oder ihrer Organpersonen freilich nicht ausreichend.

<sup>27</sup> Das heisst nicht, dass die Tochtergesellschaft nicht auf Ressourcen der Muttergesellschaft zurückgreifen darf, so wie sie auch Leistungen von Dritten beziehen kann.

spitze war zwar – auch im Interesse des Konzernganzen – sinnvoll, musste aber stets mit der Klarstellung verbunden sein, dass die operativen Entscheide durch die kolumbianische Tochtergesellschaft getroffen würden. Das Bekenntnis zu Menschenrechten und Gewerkschaftsfreiheit schliesslich durfte – und sollte – auf der Konzernstufe erfolgen, aber auch dabei musste eindeutig sein, dass über die konkreten Massnahmen auf der Ebene der Tochtergesellschaften zu entscheiden war.

## D. Exkurs: Unterschiedliche Adressaten im Strafrecht und im Aktienrecht

Am Rande sei auf einen grundsätzlichen Unterschied hinsichtlich der Adressaten einer strafrechtlichen und einer aktienrechtlichen Inpflichtnahme hingewiesen:

a) *Strafrechtlich deliktsfähig* sind nach herkömmlicher Doktrin allein *natürliche Personen*. Dies wird etwa in BGE 105 IV 172 Erw. 3 wie folgt festgehalten:

«Werden im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person Straftaten verübt, so sind grundsätzlich die natürlichen Personen, welche handelten oder hätten handeln sollen, strafbar; denn nur natürliche Personen können sich im strafrechtlichen Sinne schuldhaft verhalten ...».

Der Grundsatz ist allerdings ausserhalb des Kernstrafrechts – etwa im Steuerrecht oder allgemein im Verwaltungsstrafrecht – seit jeher durchbrochen worden. Im allgemeinen Strafrecht wurde dagegen die Strafbarkeit der juristischen Person erst vor einigen Jahren als subsidiäre «Verantwortlichkeit des Unternehmens» eingeführt, die insbesondere dann Platz greift, wenn eine «Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden» kann<sup>28</sup>.

Folgerichtig richtet sich denn auch die Strafanzeige der Menschenrechtsorganisation ECCHR in erster Linie gegen natürliche Personen an der Spitze der Nestlé AG Schweiz und nur «hilfsweise» gegen das Schweizer Unternehmen Nestlé AG.

b) Im *Privatrecht* verhält es sich genau umgekehrt: In erster Linie wird die juristische Person verantwortlich, nur ganz ausnahmsweise – dann, wenn eine Organperson der Obergesellschaft zu einem faktischen Organ der Untergesellschaft geworden ist – auch eine natürliche Person<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Art. 102 Abs. 1 StGB. Diese wird ergänzt durch eine in Art. 102 Abs. 2 StGB umschriebene primäre Verantwortlichkeit bei bestimmten Straftaten.

<sup>29</sup> Und dies in der Regel nur gegenüber der Gesellschaft selbst, nicht auch nach aussen.

## V. Ungenügen der privatrechtlichen Ordnung?

a) Die bestehende schweizerische Ordnung wird zurzeit nicht nur – wie eingangs referiert – mit Bezug auf die Tragweite des *Strafrechts* getestet, sie wird auch hinsichtlich der *privatrechtlichen Haftungsaspekte* rechtspolitisch in Frage gestellt.

Gerügt wird vor allem zweierlei:

- Die Regeln für ein sozial und ökologisch verantwortungsbewusstes Verhalten, die sich multinationale Unternehmen im Sinne einer *Selbstverpflichtung* auferlegt haben, seien deshalb fragwürdig, weil so die Unternehmen selbst bestimmen könnten, was sie für richtig hielten und wie sie ihre Pflichten festlegen wollten. Zudem fehle es oft an einer unabhängigen Überprüfung<sup>30</sup>.
- Die *internationalen Bemühungen* – besonders diejenigen der UNO und der OECD – kranken daran, dass sie nicht verbindlich seien und Verletzungen für die fehlbaren Unternehmen folgenlos blieben.

b) Verlangt werden daher *rechtlich verbindliche Regeln* betreffend die konzernweite Einhaltung von Menschenrechten und Umweltstandards, verbunden mit einer primären *Haftung der Konzernobergesellschaft* für Verletzungen solcher Regeln durch Tochtergesellschaften.

Solche Postulate erhebt etwa die im November 2011 begonnene Kampagne «Recht ohne Grenzen»<sup>31</sup>, die im März dieses Jahres in der Schweiz mit der Forderung an die Öffentlichkeit getreten ist, «eine Sorgfaltspflicht von Konzernzentralen für ihre Tochtergesellschaften und Zulieferer gesetzlich zu verankern»<sup>32</sup>.

Nicht nur soll den Schweizer Muttergesellschaften eine Sorgfaltspflicht mit Bezug auf Menschenrechte und Umweltschutz gesetzlich auferlegt werden, sondern sie sollen – entgegen dem geltenden Konzernrecht – auch für Verstösse auf der Ebene von Tochtergesellschaften direkt haftbar werden. Auf Rechtsverletzungen im Ausland würde so (noch zu schaffendes) schweizerisches Recht Anwendung finden, und die hiesigen Gerichte würden zuständig für die Beurteilung von

---

<sup>30</sup> Dieser Vorwurf scheint freilich mehr und mehr obsolet zu werden, da zumindest Grossunternehmen wie Nestlé, ABB und Holcim mittlerweile dazu übergegangen sind, die Einhaltung ihrer selbstverordneten Verpflichtungen durch unabhängige externe Instanzen prüfen zu lassen und über das Ergebnis der Prüfung zu berichten.

<sup>31</sup> Diese von etwa 50 Organisationen – Entwicklungs-, Umwelt- und Menschenrechtsorganisationen sowie weitere Verbände und Kirchen – getragene Kampagne ist Teil der European Campaign for Corporate Justice, die in der EU verbindliche Regeln für die soziale und ökologische Verantwortung von Unternehmen durchsetzen will. Vgl. dazu etwa das Streitgespräch M. CARONI/CH. STIEFEL in pläd 2/2012, 6 ff.

<sup>32</sup> Medienmitteilung vom 20. März 2012.

Verletzungen durch Tochtergesellschaften eines Konzerns mit Hauptsitz in der Schweiz, die irgendwo auf der Welt stattgefunden haben.

c) Der Verfasser – ein Aktienrechtler alter Schule und Anhänger klassischer Aktien- und Konzernrechtsgrundsätze – steht solchen Vorhaben skeptisch gegenüber, stellen sie doch eine *Abkehr von bewährten Prinzipien des Wirtschaftsrechts* dar, und dies erst noch *punktuell*. Seines Erachtens ist die bestehende Ordnung auch keineswegs nur ein zahnloser Tiger, jedenfalls dann nicht, wenn man die vorhandenen Ansätze einer Inpflichtnahme von Konzernen ernst nimmt und weiter verfolgt:

- Die *Selbstverpflichtungen* von Unternehmen sind beim Wort zu nehmen, auch als rechtlich relevante Äusserungen.
- *Rechenschaftsablage* ist zu fordern und zu fördern sowie allenfalls auch (börsen-)rechtlich zu verankern.
- Dasselbe gilt für die *Überprüfung* der Berichterstattung durch neutrale externe Experten, ähnlich der Prüfung der finanziellen Berichterstattung.

Werden diese Postulate erfüllt, dann kann – dies ist jedenfalls die Überzeugung des Verfassers – auf die Kontrolle durch NGOs und Interessenverbände und auf die Marktmacht der Konsumenten vertraut werden, denn – es sei dies nochmals wiederholt – kaum etwas ist für multinationale Grossunternehmen wichtiger als ihre Reputation, die sie aufs Spiel setzen, wenn sich zeigt, dass sie sich nicht an ihre eigenen Bekenntnisse halten.

# Liber amicorum

## für Andreas Donatsch

Im Einsatz für Wissenschaft,  
Lehre und Praxis

Herausgegeben von

Angela Cavallo  
Eliane Hiestand  
Felix Blocher  
Irene Arnold  
Beatrice Käser  
Milena Caspar  
Ingo Ivic

Schulthess § 2012