Corporate Social Responsibility

Urs Schenker*

The concept of Corporate Social Responsibility demands that companies comply with ethical standards with regard to human rights and the protection of the environment wherever they are active and that they, in general, respect the interests of society at large in their business. This concept is promoted by the UN in the UN Guiding Principles of Business and Human Rights. While Swiss law obliges the Board to ensure that the company complies with applicable law, it does not oblige companies to comply with ethical guidelines or to engage in other activities which benefit society. According to Swiss law, the Board has the obligation to increase shareholder value. This forbids, in principle, to spend corporate resources on the pursuit of ethical standards and on other activities that do not increase shareholder value. Today however, many customers demand, as a pre-condition for purchasing goods or services from a company, that its worldwide activities comply with ethical standards as to human rights and environmental protection. In this case the cost associated with such activities becomes a normal cost of business which a board may incur without violating its duties towards the shareholders. This explains why today nearly all big Swiss voluntarily comply with international ethical standards and the UN guidelines in their worldwide activities and report their achievements in their annual report.

Inhaltsübersicht

Vorbemerkung

I. Was ist Corporate Social Responsibility?

1. «Richtiges» Verhalten über das Recht hinaus

2. Die Inpflichtnahme der Unternehmen für gesellschaftspolitische Forderungen

3. Für wen arbeitet das Unternehmen – Shareholder oder Stakeholder Value?

4. Corporate Social Responsibility – der Soft Law Approach

5. Umsetzung von CSR-Konzepten in der Unternehmenspraxis

6. Corporate Social Responsibility als Erfolgs- oder als Kostenfaktor?

II. Wo steht das heutige Aktienrecht?

1. Die Pflicht von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, den Unternehmenswert zu steigern

2. Umsetzung von Corporate Social Responsibility-Ansätzen im Rahmen des Ermessens des Verwaltungsrates

3. Die Position der Aktionäre

4. Die Position der «Stakeholder» im Aktienrecht

5. Aktienrechtsreform

6. Konzernverantwortungsinitiative

7. Fazit

Vorbemerkung

Die Frage der Corporate Social Responsibility («CSR») ist auch im Rahmen der Revision des Aktienrechts wieder zum Thema geworden. Letztlich geht es dabei um die Frage, wem eine Gesellschaft Nutzen bringen soll und wem sie verpflichtet ist – nur den Aktionären (Shareholder Value-Ansatz) oder aber auch der Allgemeinheit und Dritten, die mit dem Unternehmen im Kontakt stehen (Stakeholder Value-Ansatz). In etwas engerer Betrachtung geht es den Vertretern der CSR-Bewegung aber vor allem auch darum, dass sich Unternehmen nicht nur rechtlich korrekt, sondern auch ethisch richtig verhalten und insbesondere in Entwicklungs- und Schwellenländern, in denen Arbeits-, Umweltschutz und Menschenrechte nicht dem Standard der westlichen Industrienationen entsprechen, unabhängig vom lokal anwendbaren Recht die international anerkannten Standards anwenden.

Die Analyse des geltenden Aktienrechts sowie des Entwurfs zur Revision des Aktienrechts zeigt, dass die Postulate der Corporate Social Responsibility im schweizerischen Recht nicht verwirklicht werden. Da die Prinzipien der Corporate Social Responsibility aber von UNO (UN Guiding Principles of Business and Human Rights des UNO-Menschenrechtsrats) wie auch von EU (Multi-Stakeholder Forum on CSR) und OECD (OECD Guidelines for Multinational Enterprises) sehr stark gefördert werden und auch der Bundesrat erwartet, dass schweizerische Unternehmen im Ausland die in der Schweiz üblichen ethischen Standards anwenden, können sich grosse und multi-

* Prof. Dr. *Urs Schenker,* LLM; der Autor dankt BLaw *Christian Schmid* für die kritische Durchsicht des Manuskriptes und die Bearbeitung der Fussnoten.

nationale Unternehmen heute dem CSR-Trend faktisch gar nicht mehr entziehen – die Verletzung ethischer Standards kann zu Reputationsrisiken, aber auch zu geschäftlichen Nachteilen führen, wenn Regierungen, Konsumenten und Geschäftspartner die Einhaltung ethischer Grundregeln erwarten.

I. Was ist Corporate Social Responsibility?

1. «Richtiges» Verhalten über das Recht hinaus

Corporate Social Responsibility verlangt von Unternehmen ein ethisches Verhalten, das über die Erfüllung rechtlicher Pflichten hinausgeht und sich im Wesentlichen durch folgende Elemente auszeichnet:[1]

– *Menschenrechtskonforme sowie umweltverträgliche Unternehmenstätigkeit*.[2]
Diese Ausrichtung der Unternehmenstätigkeit auf Ziele, die über die Profitabilität und Wertsteigerung hinausgehen bzw. die Einhaltung ethischer Standards über die rechtlichen Verpflichtungen hinaus, wird oft auch unter dem Schlagwort des «Sustainable Management» zusammengefasst.[3] Von multinational tätigen Unternehmen wird dabei verlangt, dass sie die in den westlichen Industrienationen selbstverständlichen Standards bezüglich der Achtung der Menschenrechte sowie Umwelt- und Arbeitsschutz auch in Entwicklungs- und Schwellenländern beachten, selbst wenn das Recht dieser Länder die Einhaltung derartiger Standards nicht verlangt.
– *Soziales Engagement des Unternehmens*.[4]
Die Tätigkeit des Unternehmens soll sich für die Gesellschaft im Allgemeinen sowie benachteiligte Gruppen im Besonderen positiv auswirken und die Lebensumstände dieser Personen verbessern. Vom Unternehmen sollen in diesem Sinne auch Personen profitieren, die nicht am Unternehmen beteiligt sind. Dieser Aspekt der Corporate Social Responsibility wird häufig als «Good Corporate Citizenship» bezeichnet und geht über die Einhaltung ethischer Grundsätze hinaus, da eine aktive Tätigkeit des Unternehmens zugunsten von Personen erwartet wird, die ausserhalb des Unternehmens stehen.[5]

Letztlich geht es beim CSR-Gedanken darum, dass Unternehmen öffentliche Interessen und Drittinteressen in einem weiteren Rahmen berücksichtigen, als es das Gesetz vorschreibt.[6] Dieser Gedanke wurde von *Andreas Bohrer* kurz aber prägnant wie folgt zusammengefasst[7]:

«Doing what is right, not just what is legally necessary.»

2. Die Inpflichtnahme der Unternehmen für gesellschaftspolitische Forderungen

Im Rahmen der CSR-Diskussion werden Unternehmen letztlich für Fragestellungen und Probleme in die Pflicht genommen, die ausserhalb ihrer rechtlichen Verpflichtungen und normalen unternehmerischen Ziele liegen.[8] Die CSR-Diskussion wird so zur Projektionsfläche für unterschiedliche Vorstellungen über Ethik sowie für diverse gesellschaftspolitische Anliegen, die von Unternehmen verwirklicht werden sollen, obwohl diese oft sehr weit vom eigentlichen Unternehmenszweck und von den Interessen der Unternehmenseigentümer entfernt sind. Analysiert man Literatur und politische Initiativen zur CSR, so kann man zwei Hauptstossrichtungen identifizieren:

1 Vgl. Bundesrat, Gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen: Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt, Bern 2015, S. 5 ff. *(<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Gesellschaftliche_Verantwortung_der_Unternehmen/CSR.html>)* (zitiert als «CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015»); *Henry Peter/Guillaume Jacquemet,* Corporate Social Responsibility, Sustainable Development, Corporate Governance: Quelle Corrélation, SZW 2015, S. 170 ff., S. 171 ff. m.w.H.

2 *Rolf Watter/Till Spillmann,* Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, GesKR 2006, S. 94 ff., S. 96.

3 *Andreas Bohrer,* Corporate Social Responsibility, GesKR 2016, S. 273; *Chloé F. Smith,* Corporate Social Responsibility, Durabilité, ST 2016, S. 471 ff., S. 472 f.

4 *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 96.

5 *Bohrer* (FN 3), S. 273.

6 CSR-Positionspapier, Bundesrat (FN 1), 2015, S. 6.

7 *Bohrer* (FN 3), S. 273.

8 Das CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015 (FN 1) steht deshalb unter dem Titel «Gesellschaftliche Verantwortung des Unternehmens».

2.1 Weltweite Durchsetzung internationaler Standards zu Menschenrechten, Arbeitnehmer- und Umweltschutz

Multinational tätige Unternehmen dehnen ihre Tätigkeit häufig auch auf Länder aus, die bezüglich Menschenrechten, Arbeitnehmer- und Umweltschutz ein Gesetzgebungs- oder mindestens ein Durchsetzungsdefizit haben.[9] Derartige Länder können für international tätige Unternehmen interessant sein, weil ihre Wirtschaft oft sehr hohe Wachstumsraten aufweist. Andererseits ermöglichen die Gesetzgebungs- und Durchsetzungsdefizite in diesen Ländern aber auch eine günstigere Produktion – je schlechter die Position von Arbeitnehmern ist und je geringere umweltrechtliche Auflagen ein Unternehmen erfüllen muss, desto günstiger kann es im Allgemeinen produzieren oder von Dritten produzieren lassen. In diesem Sinne können multinational tätige Unternehmen ihre Kosten durch eine «Regulatory Arbitrage» senken; die Produktion von Gütern in Ländern mit geringen regulatorischen Auflagen führt zu höheren Gewinnen. In der CSR-Diskussion wird daher vor allem gefordert, dass international tätige Unternehmen die internationalen Standards zu Menschenrechten, Arbeitnehmer- und Umweltschutz auch in den Ländern beachten müssen, die in diesen Bereichen ein Gesetzgebungs- bzw. Durchsetzungsdefizit haben. Auf diese Weise soll «Regulatory Arbitrage» verhindert werden. Gerade die UN Guiding Principles on Business and Human Rights des UN-Menschenrechtsrates[10] und die OECD Guidelines for Multinational Enterprises[11] sollen in diesem Sinne sicherstellen, dass international tätige Unternehmen Menschenrechte und weitere fundamentale Rechtsprinzipien in Bereichen des Umwelt- und Arbeitsschutzes auch in den Ländern beachten, in denen diese Rechte nicht durchgesetzt werden.[12]

2.2 Interessen von Arbeitnehmern, Konsumenten und der Gesellschaft im Allgemeinen

Neben der Durchsetzung der oben erwähnten internationalen Standards zu Menschenrechten sowie zu Arbeitnehmer- und Umweltschutz versucht die CSR-Bewegung aber auch ganz generell, Unternehmen dazu zu bewegen, die Interessen von Arbeitnehmern, Konsumenten und der Gesellschaft als Ganzes stärker wahrzunehmen und diese Interessen gegenüber den rein wirtschaftlichen Interessen der Unternehmenseigentümer vermehrt in den Vordergrund zu stellen.[13]

3. Für wen arbeitet das Unternehmen – Shareholder oder Stakeholder Value?

Hinter der CSR-Diskussion und vor allem hinter der Betonung der Interessen von Arbeitnehmern, Konsumenten und der Gesellschaft als Ganzes steht letztlich die Grundsatzfrage, wem ein Unternehmen Nutzen bringen bzw. in wessen Interesse es geführt werden soll. In diesem Bereich stossen unterschiedliche Konzepte aufeinander, die auf verschiedenen ideologischen Grundlagen beruhen.

3.1 Shareholder Value-Ansatz

In den siebziger Jahren entwickelte sich in der Betriebswirtschaftslehre der «Shareholder Value-Ansatz», der insbesondere von *Milton Friedman*[14] und

9 *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 102.

10 Vgl. UNO-Menschenrechtsrat, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, UN Dok.A/HRC/17/31 vom 21. März 2011.

11 *<http://www.oecd.org/corporate/mne/>*.

12 Das CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015 (FN 1), S. 6 hält in diesem Sinne fest: «In Ländern und Regionen, in denen sich die Unternehmenstätigkeit nicht auf einen ausgebauten gesetzlichen Rahmen stützen kann oder in denen bestehende Gesetze nicht oder nur teilweise umgesetzt werden (z.B. bei mangelhafter Regierungsführung oder in Konfliktzonen), erhält CSR eine besondere Bedeutung. CSR bedeutet in solchen Situationen, dass die Unternehmen das bestehende Rechts- und Gouvernanz-Vakuum nicht missbrauchen, sondern international anerkannte Verhaltensstandards anwenden.»

13 Zur historischen Entwicklung des Stakeholder Value-Ansatzes und weiterer Konzepte zur Berücksichtigung von Drittinteressen, *Nicolas Hervé-Causse,* Les Etats, les Sociétés Privées et la CSR, ST 2016, S. 511 ff.

14 Insbesondere *Milton Friedman,* The Social Responsibility of business is to increase its profit, the New York Times Magazine, September 13, 1970.

Alfred Rappaport[15] getragen wurde – Unternehmen sollten sich auf die Wertsteigerung zu Gunsten ihrer Eigentümer, d.h. ihrer Aktionäre, konzentrieren.[16] Diese Bewegung gab Verwaltungsrat und Geschäftsleitung des Unternehmens eine klare Eigentümerorientierung mit einem Fokus auf Wertsteigerung[17] und beeinflusste auch stark die Entwicklung des «Agency Modells». Der Shareholder Value-Ansatz sollte Unternehmen einen Weg aus der wirtschaftlichen Stagnation der siebziger Jahre aufzeigen, in denen die Gewinne vieler Unternehmen stagnierten oder sogar sanken. Es war aber auch eine Gegenbewegung zur Tendenz von Verwaltungsräten und Managern, bei der Unternehmensführung eigene Interessen zu verfolgen oder aber die Interessen der Eigentümer nicht konsequent genug umzusetzen, weil sie Konflikten mit Arbeitnehmern, Konsumenten und Politik aus dem Weg gehen wollten. Die Fokussierung der Unternehmen auf das Geschäftsinteresse kann mit folgenden Schlagworten zusammengefasst werden:

«The business of business is business.»

Ein Zitat, das sowohl *Milton Friedman* wie auch *Alfred Sloan* zugeschrieben wird.

Die Fokussierung der Unternehmen auf ihren eigentlichen geschäftlichen Zweck und die Wertsteigerung im Interesse ihrer Eigentümer hat in den letzten rund 50 Jahren tatsächlich sehr viel zum Erfolg von Unternehmen beigetragen. Die Philosophie des «Shareholder Value» wird von vielen erfolgreichen Investoren in der Praxis verfolgt und stellt im Allgemeinen die Basis für die erfolgreichen Aktivitäten von Private Equity Firmen und Hedgefonds dar.

Der Shareholder Value-Ansatz rückt zwar die Interessen der Aktionäre in das Zentrum der Unternehmenstätigkeit, betrachtet die Interessen der Aktionäre aber nicht als Gegenposition zu anderen Anspruchsgruppen.[18] Die Konzentration auf Wertsteigerung zu Gunsten der Aktionäre führt nämlich dazu, dass Unternehmen finanziell stabil sind und wachsen, sodass sie durch die Anstellung von weiteren Arbeitnehmern, durch die steigenden Steuerzahlungen und die Versorgung der Bevölkerung mit Gütern bzw. Dienstleistungen zum allgemeinen Wohlstand beitragen. Tatsächlich schütten erfolgreiche Unternehmen in der Praxis meistens auch nur einen relativ geringen Teil ihres Cashflows aus und verwenden den grössten Teil zur Finanzierung von Ersatz- und Expansionsinvestitionen, was zum Wirtschaftswachstum und zum steigenden Wohlstand der Bevölkerung beiträgt. Der Shareholder Value-Ansatz wendet sich auch nicht gegen öffentliche Interessen und Drittinteressen. Dieser Ansatz geht vielmehr davon aus, dass diese Interessen durch die Gesetzgebung geschützt werden, die den Rahmen für die Unternehmenstätigkeit bildet. Auch bei konsequenter Verfolgung des Shareholder Value-Ansatzes muss ein Unternehmen seinen rechtlichen Pflichten nachkommen, d.h. die gesetzlichen und vertraglichen Rechte von Arbeitnehmern, Kunden und Dritten respektieren, die Umweltschutzgesetze einhalten und Steuern zahlen, womit es seinen Pflichten in der Gesellschaft nachkommt.

3.2 Stakeholder Value-Ansatz

Nach dem Stakeholder Value-Ansatz soll das Unternehmen nicht nur für die Aktionäre, sondern ganz bewusst auch für weitere Personen, die mit dem Unternehmen in Berührung treten, wie insbesondere Arbeitnehmer, Kunden und Lieferanten («Stakeholder») sowie für die Gesellschaft im Allgemeinen Werte schaffen[19]– bei konsequenter Umsetzung verlangt der Stakeholder Value-Ansatz letztlich die Umverteilung eines Teils des unternehmerischen Mehrwertes von den Eigentümern des Unternehmens zu anderen Stakeholdern. Gerechtfertigt wird der Stakeholder Value-Ansatz regelmässig damit, dass der Staat der Aktiengesellschaft bzw. ihren Eigentümern gewisse Privilegien wie beschränkte Haftung gewährt, was die Aktiengesellschaften zu Einrichtungen des öffentlichen Interesses mache.[20]

Während der Shareholder Value-Ansatz den Wohlstandsgewinn von Arbeitnehmern, Kunden und Gesellschaft im Allgemeinen als indirekte Folge einer

15 *Alfred Rappaport,* Creating Shareholder Value, 2. Aufl. New York, 1998, S. 3 ff.

16 Vgl. *John Parkinson,* Models of the Company and the Employment Relationship, British Journal of Industrial Relations, Vol. 43 No. 3 (September 2003), S. 481–509, S. 482 ff. m.w.H. *Peter/Jacquemet* (FN 1), S. 173.

17 *Parkinson* (FN 16), S. 485 ff. m.w.H.

18 Vgl. *Richard D. Freer/Douglas K. Moll,* Principles of Business Organizations, St. Paul 2013, S. 150.

19 *Peter/Jacquemet* (FN 1), S. 174 ff.

20 *Peter/Jacquemet* (FN 1) S. 177; *Parkinson* (FN 16), S. 492, S. 499 f. m.w.H.; m.E. werden die Vorteile des Rechtssystems allerdings durch Steuern abgegolten, sodass sie keine weiteren Leistungen juristischer Person rechtfertigen.

optimalen Geschäftstätigkeit sieht, führt der Stakeholder Value-Ansatz zu einer direkten Berücksichtigung dieser Interessen und entsprechend zu einer Reduktion des Unternehmensgewinnes, der den Aktionären zur Verfügung steht, da ein Teil der Ressourcen des Unternehmens für die übrigen Stakeholder verwendet wird. Für die Aktionäre stellt die konsequente Durchsetzung des Stakeholder Value-Ansatzes letztlich eine zusätzliche Steuer dar bzw. führt dazu, dass Dritte, die dem Unternehmen kein risikotragendes Kapital zur Verfügung gestellt haben, vom Unternehmen direkt profitieren, was aus Sicht der Aktionäre als «free ride» betrachtet werden kann. Die Theorie des Stakeholder Value führt aber auch dazu, dass sich Verwaltungsrat und Management von den Interessen des Aktionärs lösen und bei ihrer Tätigkeit mindestens teilweise die Interessen anderer Stakeholder oder öffentliche Interessen wahren. [21]

3.3 Triple Bottom Line

Die Stakeholder-Theorie wurde in den letzten Jahren insofern ausgeweitet, als die mit dem Stakeholder Value-Ansatz traditionell verbundene finanzielle Erfolgsmessung, die «Financial Bottom Line», in Frage gestellt wurde und andere Massstäbe für den Erfolg eines Unternehmens entwickelt wurden, die neben dem eigentümerorientierten Erfolg die positiven Auswirkungen auf weitere Stakeholder bzw. öffentliche Interessen messen. In diesem Sinne definiert der Triple Bottom Line-Ansatz folgende drei Messgrössen:[22]

- Ökonomischer Erfolg,
- Ökologische Nachhaltigkeit,
- Förderung der Menschenrechte und der Sozialverträglichkeit[23].

Während der ökonomische Erfolg im Rahmen des Rechnungswesens zahlenmässig relativ gut erfasst und dargestellt werden kann, sind ökologische Nachhaltigkeit und die Förderung der Menschenrechte bzw. die Sozialverträglichkeit der Unternehmenstätigkeit weit weniger gut messbar, sodass der Erfolg in diesen Gebieten nicht in gleicher Weise wie der ökonomische Erfolg quantifiziert werden kann. Systeme zur Messung des Erfolgs in diesen Gebieten basieren daher meist auf der Erfüllung qualitativer Kriterien, was zur Messung mit Indizes bzw. Punktzahlen führt. Ein Beispiel für die Messung dieser Faktoren ist das GRI Sustainability-Reporting, das auf der Erfüllung bestimmter Kriterien basiert, die für CSR-Belange wesentlich sind.[24] In der Praxis finden heute das GRI Sustainability-Reporting und ähnliche Systeme bei kotierten Gesellschaften breite Anwendung.[25]

Genau wie der Stakeholder Value-Ansatz führt auch der Triple Bottom Line-Ansatz zu einer Schwächung der Position des Aktionärs, da zur Erreichung der weiteren Ziele im ökologischen Bereich bzw. bezüglich Menschenrechten und sozialen Verhaltens Ressourcen verwendet werden müssen, die notwendigerweise den Gewinn reduzieren.

3.4 Die Position des Aktionärs

Die Position des Aktionärs als Eigentümer des Unternehmens wird durch den Stakeholder Value-Ansatz bzw. den Triple Bottom Line-Ansatz geschwächt. Der Aktionär trägt zwar als Eigenkapitalgeber 100% des finanziellen Risikos des Unternehmens, muss sich aber gefallen lassen, dass ein Teil des mit seinem Kapital erwirtschafteten Ertrages anderen Zwecken zugeführt wird und kann deshalb nicht mit 100% des Gewinnes rechnen, wenn diese Ansätze konsequent umgesetzt werden. Verfolgt ein Unternehmen tatsäch-

21 Vgl. dazu *Joseph L. Power/Lynn S. Paine,* The Error at the Heart of Corporate Leadership, Harvard Business Review, May/June 2017, S. 50 ff.

22 Das Konzept der Messung der positiven Auswirkungen für weitere Stakeholder und öffentliche Interessen basiert auf dem Grundsatz «*What is measured, gets done*» und soll so die Umsetzung des CSR-Konzeptes verbessern.

23 *John Elkington,* Cannibals With Forks – The Triple-Bottom Line of the 21st Century Business, Oxford 1997, S. 2; *Peter Forstmoser,* Gesellschafts- und Unternehmensrecht/Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 157 ff. m.w.H., der insbesondere den Triple Bottom Line-Ansatz von ABB und Nestlé erwähnt. – Diese Unternehmen erwähnen diesen Ansatz in ihren Jahresberichten ausdrücklich.

24 GRI ist eine amerikanische Non-Profit-Organisation, die sich das Ziel gesetzt hat, Reporting Standards für CSR-Ziele zu entwickeln *(<https://www.globalreporting.org/information/about-gri/pages/default.aspx>)*. Vgl. insbesondere die GRI-Standards 102 (General Disclosure), 103 (Management Approach) und die weiteren auf der angegebenen Webseite angeführten Standards.

25 KPMG International, The KPMG Survey of Corporate Responsibility Reporting 2015 (2015), S. 185 ff. *(<https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2015/11/kpmg-international-survey-of-corporate-responsibility-reporting-2015.html>); Peter/Jacquemet* (FN 1), S. 185 ff.

lich sehr stark Drittinteressen bzw. vernachlässigt es Gewinn- und Wertsteigerung, so kann dies im Extremfall auch zum Untergang des Unternehmens führen, womit die Aktionäre einen Totalverlust erleiden.[26]

Bei einer positiven Konjunkturlage ist die Belastung durch die Verfolgung weiterer Ziele im Rahmen eines Stakeholder Value- oder Triple Bottom Line-Ansatzes im Allgemeinen finanziell unproblematisch und kann die Gesundheit eines Unternehmens nicht gefährden, weshalb diese Philosophie gerade in Zeiten positiver Konjunkturentwicklung von vielen Unternehmen übernommen und zum Teil auch mit grossem Aufwand umgesetzt wird. Die Erfahrung zeigt aber auch, dass in rezessiven Phasen Stakeholder Value- und die Triple Bottom Line-Ansätze zur Belastung für ein Unternehmen werden können, da durch die Bemühungen in diesem Bereich ein Aufwand entsteht, dem kein Ertrag gegenübersteht. Die Umsetzung von Corporate Social Responsibility ist daher teilweise auch konjunkturellen Zyklen unterworfen. In konjunkturell schlechteren Zeiten gilt für viele Unternehmen «back to basics», d.h. die Konzentration auf die eigenen Interessen des Unternehmens zur Sicherung seiner finanziellen Lebensfähigkeit. Tatsächlich setzen viele Sparprogramme, die in wirtschaftlich schwierigen Zeiten umgesetzt werden, genau in den Bereichen an, in denen ein Unternehmen einen Stakeholder Value-Ansatz verfolgt, da dieser Aufwand oft ohne jegliche finanzielle Nachteile für das Unternehmen reduziert werden kann. Zum Teil fokussieren sich aber auch Unternehmen, die keinen konsequenten Shareholder Value-Ansatz verfolgen und deshalb einen geringeren Gewinn erzielen, nach einem Eigentümerwechsel wieder auf die eigenen finanziellen Interessen bzw. die Interessen ihrer Risikokapitalgeber.

4. Corporate Social Responsibility – der Soft Law Approach

Der Corporate Social Responsibility-Ansatz wird nicht vom Gesetzgeber statuiert,[27] sondern geht definitionsgemäss über die Erfüllung gesetzlicher Pflichten hinaus und hat seine Wurzeln im ethischen Bereich. Die Promotoren des CSR-Gedankens sind NGOs, die auf Basis der Interessen, die sie vertreten, entsprechende Forderungen gegenüber den Unternehmen stellen.[28] Diese Forderungen haben durch die Verbreitung in den Medien und dank der Unterstützung durch weitere Interessengruppen zum Teil hohe Bekanntheit und Bedeutung erlangt und haben die Arbeit internationaler Organisationen sehr stark beeinflusst.

Neben NGOs sind aber auch internationale Organisationen aktiv[29] und stellen Regeln zum korrekten Verhalten von Unternehmen auf.[30] Am bekanntesten sind die UN Guiding Principles on Business and Human Rights, die vom UNO-Menschenrechtsrat aufgestellt worden sind.[31] Neben der UNO wurde diese Strömung auch von der EU aufgenommen, welche sich für die Durchsetzung der UN-Prinzipien sehr stark einsetzt, wobei die EU-Kommission eine CSR-Strategie entwickelt hat und im Rahmen des *Multi-Stakeholder-Forums on CSR* versucht, die verschiedenen Interessengruppen in der EU sowie grosse Unternehmen und Unternehmensverbände zur Umsetzung dieser Prinzipien zu motivieren.[32] Sowohl die UN Guiding Principles on Business and Human Rights wie auch die Initiativen der EU und der OECD[33] verfolgen primär das Ziel, weltweit ethische Mindeststandards durchzusetzen, d.h. die oben in Ziff. I.2.1 erwähnte «Regulatory Arbitrage» zu verhindern, bei der Unternehmen die Gesetzgebungs- und Durchsetzungsdefi-

[26] Ein Beispiel eines derartigen Unternehmens ist die Switcher SA; dieses Unternehmen verfolgte einen konsequenten CSR- und Sustainability-Kurs im Textilretailing (dazu im Detail *Mariana C. Jakob/Christina von Passavant,* Corporate Social Responsibility, Frauenfeld/Stuttgart/Wien 2009, S. 217 ff.), musste dann aber im Jahre 2016 Konkurs anmelden (<*https://www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/aus-fuer-bekleidungsfirma-gericht-schickt-switcher-in-den-konkurs-ld.84870*>, 26.5.2016).

[27] Dazu im Detail unten Ziff. 5.2.

[28] Zur Rolle der NGO *Hervé Causse* (FN 13), S. 513; *Forstmoser* (FN 23), S. 168.

[29] Für eine Übersicht zu diesen internationalen Entwicklungen CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015 (FN 1), S. 6 ff.

[30] Zur internationalen Entwicklung im Allgemeinen *Hervé Causse* (FN 13), S. 515.

[31] Dazu FN 11 oben.

[32] Dazu im Einzelnen <*http://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility.de*>. Zu den Aktivitäten der EU im Bereich CSR im Allgemeinen *Amstutz Marc,* The Evolution of Corporate Social Responsibility, SZW 2015, S. 192 ff.

[33] Dazu <*http://www.oecd.org/corporate/mne/*>.

zite im Umwelt-, Menschenrechts- und Arbeitsschutzbereich von Schwellen- und Entwicklungsländern ausnutzen. Obwohl weder die UN Guiding Principles on Business and Human Rights noch die OECD Guidelines for Multinational Enterprises Gesetzeskraft haben und auch die EU in diesem Bereich keine verbindlichen Regeln erlassen hat, haben diese Guidelines und die Initiativen der EU eine starke Wirkung auf Unternehmen, da diese Organisationen sehr breit abgestützt sind und entsprechende Autorität geniessen. Daher haben auch verschiedene Unternehmensverbände den CSR-Gedanken aufgenommen – ein Beispiel ist die Economiesuisse, die sich heute aktiv mit CSR auseinandersetzt und entsprechende Empfehlungen abgibt[34].

Die Regelwerke und Empfehlungen im CSR-Bereich, die durch internationale Organisationen und Unternehmensverbände formuliert worden sind, sind typische Vertreter des Soft Law-Regeln, die allein aufgrund ihres moralischen Anspruchs und der faktischen Autorität der Organisationen, die hinter ihnen stehen, Geltung erlangen. Obwohl hinter Soft Law weder ein demokratisch legitimierter Gesetzgebungsprozess, noch eine staatliche Durchsetzung steht, hat es im Bereich der Corporate Social Responsibility in der Praxis eine sehr starke Bedeutung, da es die Erwartungen beeinflusst, die Konsumenten, Arbeitnehmer, sozial orientierte Investoren, aber auch politische Kreise gegenüber Unternehmen in diesem Bereich haben.[35] Der Bundesrat hat dies in seinem Positionspapier zu Corporate Social Responsibility wie folgt zum Ausdruck gebracht:[36]

«Der Bund erwartet von in der Schweiz ansässigen oder tätigen Unternehmen, dass sie bei ihrer gesamten Tätigkeit im In- und Ausland ihre Verantwortung gemäss den international anerkannten CSR-Standards und -Leitlinien wahrnehmen.»

Soft Law kann in diesem Sinne insbesondere für Unternehmen, die ihre Produkte und Dienstleistungen an Konsumenten verkaufen, von grosser Bedeutung sein, da sich Abweichungen von den Erwartungen dieser Konsumenten negativ auf den Erfolg auswirken können.[37] Wird ein Unternehmen von der Öffentlichkeit als «unethisch» wahrgenommen, weil sein Verhalten von den durch das Soft Law geformten Erwartungen der Konsumenten stark abweicht, so kann dies zu empfindlichen Umsatz- und Ertragseinbussen führen.[38] Überdies kann Soft Law aber auch den Gesetzgebungsprozess beeinflussen, sodass ethisch-moralische Vorstellungen in den Gesetzgebungsprozess einfliessen.[39] Dies kann gerade dann passieren, wenn Politiker und Wähler unter dem Eindruck von «Missständen» stehen und deshalb ein starker Druck zu verstärkter Regulierung einsetzt. Die Aufnahme von CSR-Themen durch Unternehmensverbände ist deshalb zum Teil auch eine Vorwegnahme möglicher staatlicher Regulierung in diesem Gebiet – durch Selbstregulierung sollen stärkere staatliche Eingriffe verhindert werden.

5. Umsetzung von CSR-Konzepten in der Unternehmenspraxis

Der Druck von NGOs, Konsumentenorganisationen und politischen Gruppen sowie der Einfluss der Regeln internationaler Organisationen hat gerade bei grossen Unternehmen dazu geführt, dass sie sich relativ stark den CSR-Ansätzen zuwenden.[40] Eine Untersuchung von *Henry Peter* und *Guillaume Jacquemet* hat gezeigt, dass die zehn grössten SMI-Unternehmen alle den CSR-Ansatz rezipiert haben,[41] womit sie auch der oben zitierten Aufforderung des Bundesrates nachgekommen sind. Alle diese Unternehmen:

– verfügen über CRS-Programme und haben entsprechende Codes of Conduct bzw. ethische Standards definiert,[42]

34 Economiesuisse/Suisse Holding, Corporate Social Responsibility aus Sicht der Unternehmen, 2015.

35 Zum Verhältnis von Recht und Soft Law im Bereich des CSR *Peter/Jacquemet* (FN 1), S. 181 ff.

36 CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015 (FN 1), S. 6.

37 Das Gleiche gilt auch für Unternehmen, die ihre Leistungen an Staaten oder an öffentlich rechtliche Körperschaften verkaufen.

38 Vgl. zur disziplinierenden Wirkung der öffentlichen Meinung *Amstutz* (FN 32), S. 197 f. m.w.H.

39 *Xavier Dieux/Francois Vincke,* Corporate Social Responsibility, Illusion or Promise?, International Business Law Journal 2005, S. 4; für ein Bsp. *Christine Kaufmann,* Konzernverantwortungsinitiative – grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 2016, S. 45 ff., S. 46 FN 5 m.w.H.

40 Vgl. *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 94 ff.

41 *Henry Peter/Guillaume Jacquemet,* Corporate Social Responsibility, Analyse des rapports 2013 des dix plus grandes sociétés du SMI, ST 2014, S. 1027 ff.

42 Beispiele entsprechender Formulierung finden sich bei *Peter/Jacquemet* (FN 41), S. 1029 ff.; *Hervé Causse* (FN 13), S. 513 f.

– haben Ausschüsse auf Stufe Verwaltungsrat oder Konzernleitung gebildet, die sich mit CSR-Fragen auseinandersetzen,[43]
– setzen ihre ethischen Standards auch bei ihren Lieferanten durch und
– publizieren CSR-Berichte, in denen sie den Stand ihrer Bemühungen darlegen und zum Teil auch nach internationalen Standards – insbesondere GRI[44] – Bericht erstatten.[45]

In der Praxis verfolgen vor allem grosse international tätige Unternehmen sowie Unternehmen, die direkt Endkunden beliefern, CSR-Ansätze und machen dies auch publik. Demgegenüber verfolgen Unternehmen, die sich auf eine lokale Tätigkeit konzentrieren oder nicht in direktem Kontakt mit Konsumenten stehen, kaum CSR-Ansätze bzw. setzen diese nur selten in der gleichen systematischen Weise um, wie die oben erwähnten Grossunternehmen. Dies ist wohl zum Teil darauf zurückzuführen, dass den lokalen Unternehmen die internationale «Regulatory Arbitrage» schon wegen mangelnder Grösse verschlossen ist, sodass sie in diesem Bereich kaum Fehlverhalten zeigen. Oft ist es aber auch ein Mangel an Ressourcen, der dazu führt, dass diese Unternehmen das CSR-Gedankengut nicht aktiv umsetzen; gerade in der Schweiz gelingt es vielen exportorientierten kleineren und mittleren Unternehmen nur dank grössten Sparanstrengungen und klarer Fokussierung auf die absolut notwendigen Tätigkeiten, ein befriedigendes finanzielles Ergebnis zu erzielen – damit bleiben kaum Ressourcen, um CSR-Ansätze zu verfolgen. Ein weiterer Grund ist natürlich auch, dass kleine Unternehmen selten Konsumentenprotesten, NGOs und politischen Druckversuchen ausgesetzt sind, da sie weniger im medialen Rampenlicht stehen und deshalb als Ziele des Protests nicht interessant sind. Kleinere Unternehmen kommen in der Praxis heute eher unter Druck, wenn sie grosse Unternehmen beliefern, da Letztere ihre CSR-Ansätze auch bei Lieferanten umsetzen und daher auch kleine und kleinste Zulieferer verpflichten, ethische Standards und Guidelines einzuhalten.[46] Damit verbreiten grosse Unternehmen nicht nur aufgrund ihrer Vorbildfunktion CSR-Gedankengut, sondern letztlich auch aufgrund ihrer Nachfragemacht. Ethische Standards breiten sich daher bis zu einem gewissen Grad in konzentrischen Kreisen um die Grossunternehmen herum aus.

6. Corporate Social Responsibility als Erfolgs- oder als Kostenfaktor?

Vordergründig ist CSR ein Kostenfaktor, da die Umsetzung ethischer Standards zu höheren Kosten und zusätzlich zu einem Kontrollaufwand führt. Ein Unternehmen, das in Schwellen- und Entwicklungsländern nicht von der Möglichkeit einer «Regulatory Arbitrage» profitiert, sondern die internationalen Standards des Umwelt- und Arbeitsschutzes auch in diesen Ländern beachtet, hat überdies auch höhere Kosten als ein Unternehmen, das diese Möglichkeiten konsequent ausnützt. Auch Bemühungen zur direkten Förderung von anderen Stakeholdern im Rahmen von Good Corporate Citizenship-Ansätzen führen natürlich zu einer Belastung des Ertrages.[47]

Die Kosten, die mit CSR-Ansätzen und Good Corporate Citizenship-Bemühungen verbunden sind, müssen allerdings als gewöhnliche «cost of doing business» betrachtet werden, wenn Kunden des Unternehmens, die Einhaltung derartiger Standards erwarten oder qualifizierte Arbeitnehmer nur bereit sind, im Unternehmen zu arbeiten, wenn dieses eine derartige Politik verfolgt.[48] Die Zuwendung zu CSR-Standards bedeutet in diesem Umfeld nichts anderes, als die Forderungen der Marktgegenseite zu erfüllen.[49] Viele Unternehmen verfolgen CSR-Ansätze und Good Corporate Citizenship-Bemühungen ausserdem als reine Defensivmassnahmen, um negativen Reaktionen von Medien und Konsumenten zu entgehen, da derartige Reaktionen zu Schäden führen können,

43 *Hervé Causse* (FN 13), S. 513.
44 Dazu FN 24 oben.
45 Zum Reporting der zehn grössten Gesellschaften *Peter/Jacquemet* (FN 41), S. 1033 ff., *Hervé Causse* (FN 13), S. 513.
46 Vgl. dazu das Beispiel der ABB, das bei *Peter/Jacquemet* (FN 41), S. 1030 ff. erwähnt wird.
47 Zu einer Übersicht über Kosten und Nutzen von CSR-Bemühungen im Rahmen von Unternehmen, *Lucile Hofstetter,* La Corrélation entre la Corporate Social Responsibility et la Performance Financière, ST 2016, S. 476 ff.
48 *Bohrer* (FN 3), S. 273; *Forstmoser* (FN 23), S. 160. CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015 (FN 1), S. 8 ff.
49 *Smith* (FN 3), S. 473, die allerdings davon ausgeht, dass die Anstrengungen von Unternehmen im CSR-Bereich über den Aufwand hinausgehen, der geschäftlich gerechtfertigt ist.

die weit grösser sind als die Kosten der entsprechenden CSR-Bemühungen.[50]

CSR- und Good Corporate Citizenship-Ansätze werden von einzelnen Unternehmen aber auch offensiv verwendet, um die eigene Wettbewerbsposition im Kampf um Kunden zu verbessern. Die freiwillige Verwirklichung ethischer Prinzipien und die Verwendung dieser Argumente bei der Produktepositionierung und in der Werbung verleihen den Produkten eine emotionale Komponente, die ein positiver Wettbewerbsfaktor sein kann und häufig höhere Preise ermöglicht.[51] In diesen Fällen sind die Kosten der CSR-Ansätze nicht nur notwendige «cost of doing business», sondern stellen Teil der Produktions- und Marketingkosten zum Verkauf von «ethical premium products» dar.

Diese Überlegungen zu CSR als Erfolgs- und Kostenfaktor zeigen, dass die Verfolgung von CSR-Ansätzen, d.h. die Beachtung von ethischen Richtlinien sowie von internationalen Menschenrechts-, Umwelt- und Arbeitsschutzstandards Teil einer rationalen Unternehmensführung sein kann, die zwar grundsätzlich dem Shareholder Value verpflichtet ist, aber anerkennt, dass die Verletzung derartiger ethischer Standards zu Reputationsschäden und Ertrags- sowie Vermögenseinbussen führen kann.[52] Daher lassen sich aus dieser Sicht Shareholder Value-Gedanken mit gewissen Aspekten des Stakeholder Value-Ansatzes und der Tripple Bottom Line vereinen.[53] Der Fokus muss für jedes erfolgreiche Unternehmen letztlich aber trotzdem immer auf der Steigerung des Unternehmenswertes und damit auf dem Shareholder Value liegen – nur ein Unternehmen, das seinen Gewinn und Wert steigert, kann seine Existenz nachhaltig sichern und hat auch die Möglichkeit, zusätzliches Kapital aufzunehmen. Der CSR-Approach und Good Corporate Citizenship-Bemühungen sind aber ein Teil der geschäftlichen Rahmenbedingungen, die ein Unternehmen akzeptieren muss, um am Markt zu bestehen und um Reputationsrisiken zu vermeiden. Diese Erkenntnis ist wohl auch der Grund dafür, dass sich die vorne erwähnten grossen Unternehmen sehr stark dem CSR-Gedankengut zuwenden, ohne den Fokus auf Gewinnsteigerungen zu verlieren.

II. Wo steht das heutige Aktienrecht?

1. Die Pflicht von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, den Unternehmenswert zu steigern

Gemäss Art. 717 OR müssen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung die Interessen des Unternehmens in guten Treuen wahren. Dies wird von der herrschenden Lehre als Verpflichtung zur Steigerung des Unternehmenswertes und zur Erzielung von Gewinnen gewertet.[54] Diese Deutung der Interessen der Gesellschaft ist aufgrund der kapitalbezogenen Struktur und der Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft richtig. Das Interesse des Unternehmens liegt in seinem fortgesetzten wirtschaftlichen Erfolg, wobei die Aktionäre als Kapitalgeber und Risikoträger ein Anrecht darauf haben, dass das Unternehmen gewinnorientiert arbeitet.[55]

Die Organe des Unternehmens müssen diesem Auftrag nachkommen und ihre Tätigkeit auf die Steigerung von Gewinn und Unternehmenswert ausrichten. Dabei sind sie allerdings nicht zu einer kurzfristigen, d.h. an Quartalsergebnissen orientierten Gewinn- und Wertsteigerung verpflichtet, sondern zu einer langfristigen und nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswertes.[56] Die Frage, wie der Unternehmenswert zu steigern ist, ist aber eine Frage des unternehmerischen Ermessens, die weder rechtlich geregelt, noch justiziabel ist. Die Organe einer Gesellschaft haben in diesem Bereich einen sehr breiten Ermessensspielraum. Sie verletzen ihre Pflichten nur, wenn sie die Grenzen des Ermessens überschreiten und Handlungen begehen, die aus geschäftlicher Sicht unvertretbar sind. Entspricht das Vorgehen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nicht den Vorstellungen der Aktionäre, so kommt es daher in der

[50] Gerät ein Konsumgüterhersteller in einen medialen «Shitstorm», weil er seine Kosten durch Verwendung von Kinderarbeit oder Zwangsarbeitern in Schwellenländern gesenkt hat, so sind die Einbussen, die er erleidet, oft wesentlich grösser als die zusätzlichen Kosten, die er hat, wenn er auf derartige Massnahmen verzichtet. Das CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015, S. 8 erwähnt ausdrücklich, dass CSR dazu dient, Reputationsrisiken zu vermeiden. *Hervé Causse* (FN 13), S. 512.

[51] *Hervé Causse* (FN 13), S. 512.

[52] Vgl. auch *Parkinson* (FN 16), S. 494.

[53] So auch *Forstmoser* (FN 23), S. 160.

[54] *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 115; *Peter/Jacquemet* (FN 1) S. 173 f.

[55] Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

[56] *Forstmoser* (FN 23), S. 160 f. m.w.H.; *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 105 f., S. 113, S. 115.

Praxis auch nicht zu Klagen – normalerweise wird der Verwaltungsrat bei nächster Gelegenheit durch Personen ersetzt, die den Vorstellungen der Aktionäre besser gerecht werden.

2. Umsetzung von Corporate Social Responsibility-Ansätzen im Rahmen des Ermessens des Verwaltungsrates

Im Rahmen seines Ermessens kann der Verwaltungsrat CSR- und Good Corporate Citizenship-Ansätze umsetzen, soweit die damit verbundenen Kosten bzw. Ertragseinbussen aufgrund der Erwartungen der Kunden bzw. der Marktbedingungen normale «cost of doing business» darstellen oder aber dem Unternehmen im Rahmen von PR- und Riskmanagement[57] bzw. wegen der Pflege der Beziehungen zu Mitarbeitern und Kunden Mehrwerte einbringen.[58] Das Gleiche gilt auch, wenn der Verwaltungsrat derartige Ansätze als Elemente zur Differenzierung des Images und der Produkte des Unternehmens einsetzt, um auf diese Weise Wettbewerbsvorteile zu erlangen.[59] Wenn der Verwaltungsrat CSR- und Good Corporate Citizenship-Ansätze im Sinne derartiger Überlegungen als defensive oder offensive Elemente im Rahmen einer Gesamtstrategie einsetzt, die zu Gewinn- und Wertsteigerung dient, können ihm keine Vorwürfe bezüglich der Kosten gemacht werden, die mit diesen Bestrebungen verbunden sind.[60]

Problematisch für den Verwaltungsrat sind aber Aufwendungen im Zusammenhang mit CSR- und Good Corporate Citizenship-Ansätzen, die keinerlei Bezug zur Unternehmenstätigkeit und zur Strategie des Unternehmens haben und deshalb von vornherein keinen positiven Beitrag zum Unternehmenswert erbringen können. Spenden oder Sponsoringbeiträge ohne Werbewirkung und ohne Bezug zu den eigenen Produkten oder Dienstleistungen mögen zwar ethisch hochstehenden Motiven entspringen, stellen aber letztlich Philanthropie zu Lasten Dritter, nämlich der Aktionäre, dar und müssen als Verschwendung von Unternehmensmitteln betrachtet werden.[61] Derartige Ausgaben können im Extremfall sogar zu einer Haftung der verantwortlichen Organe nach Art. 754 OR führen.[62]

3. Die Position der Aktionäre

Die Aktionäre haben gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR Anspruch auf eine gewinnstrebige Tätigkeit des Unternehmens und können bei Abweichung von Gewinnstreben bzw. bei unnötigen Ausgaben auch eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat einleiten. Derartige rechtliche Reaktionen sind in der Schweiz allerdings sehr selten. Typischerweise wird ein Verwaltungsrat in einer derartigen Situation aber abgewählt und durch Personen ersetzt, welche die Vorstellungen der Aktionäre umsetzen. Bei Publikumsgesellschaften verkaufen dagegen gerade die kleinen Aktionäre ihre Aktien, wenn sie das Gefühl haben, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nicht mehr auf die Gewinn- und Wertsteigerung zugunsten der Aktionäre fokussieren. Dies kann zu einer Umwälzung im Aktionariat, die neuen Aktionären die Chance gibt, ihre Vorstellungen über die Besetzung des Verwaltungsrats und seine Ausrichtung durchzusetzen, oder sogar zu einem Kontrollwechsel beim Unternehmen führen, sodass ein neuer Hauptaktionär die Kontrolle über den Verwaltungsrat übernimmt und dessen Geschäftspolitik neu ausrichtet. In diesem Sinne setzt bei einem Management, das Gewinn- und Wertsteigerungen zugunsten von CSR- und Good Corporate Citizenship-Aspekten vernachlässigt, die Disziplin des Marktes ein. Entweder werden derartige Organe von einem stärker auf Gewinn- und Wertsteigerung fokussierten Management verdrängt, oder das Eigentum am Unternehmen wechselt zu Personen, die eine Fokussierung auf Gewinn- und Wertsteigerung durchsetzen.[63] Diese Disziplin des Marktes hat natürlich auch eine starke präventive Wirkung und führt dazu, dass Verwaltungsrat und

57 Insbesondere Verhinderung von Reputationsrisiken.

58 *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 107. Zu diesen Vorteilen CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015 (FN 1), S. 8 ff.

59 Vgl. *Bohrer* (FN 3), S. 273. Zu diesen Vorteilen CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015 (FN 1), S. 8 ff.

60 *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 110 f.

61 Vgl. auch *Freer/Moll* (FN 18), S. 148 m.w.H.; *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 111.

62 *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 113.

63 Wenn ein Unternehmen sein Wertpotential nicht vollständig ausnützt, weil das Management nicht gewinnorientiert ist, so ist es ein attraktives Ziel für Private Equity Unternehmen bzw. – bei kotierten Unternehmen – einen Investor, der die tiefe Bewertung als Chance zum Einstieg sieht und dann den Gewinn durch eine neue Ausrichtung der Unternehmenspolitik steigert.

Geschäftsleitung normalerweise nicht zu stark von den berechtigten Interessen und Erwartungen der Aktionäre abweichen, da sie sonst fürchten müssen, dass sie selbst abgewählt werden oder dass das Unternehmen verkauft wird.

4. Die Position der «Stakeholder» im Aktienrecht

Das schweizerische Aktienrecht sieht keinerlei Verpflichtungen des Verwaltungsrates vor, die Interessen Dritter oder öffentliche Interessen zu wahren. Art. 717 OR sieht, wie oben dargestellt, nur eine Pflicht vor, die Interessen des Unternehmens und dadurch indirekt diejenigen der Aktionäre zu wahren. Dennoch sind die Stakeholder nicht schutzlos:

– Die Stakeholder, die von der Unternehmenstätigkeit betroffen sind, können im Rahmen der liberalen Wirtschaftsordnung der Schweiz und des Wettbewerbsprinzips grundsätzlich auf andere Unternehmen ausweichen, wenn sie das Gefühl haben, dass das Verhalten des Unternehmens gegen ihre Interessen gerichtet ist. So können Kunden andere Lieferanten und Arbeitnehmer andere Arbeitgeber wählen, während Zulieferer die Belieferung verweigern und ihre Kapazitäten anderen Abnehmern zur Verfügung stellen können.[64] Je nach Wirtschaftslage und eigener Marktstellung haben die Stakeholder somit häufig eine sehr starke Position, die es ihnen erlaubt, ihre Interessen durchzusetzen.
– In Bereichen, in denen der Markt legitime Interessen Dritter nicht ausreichend schützt oder wenn öffentliche Interessen betroffen sind, werden diese Interessen normalerweise durch Spezialgesetze geschützt.[65] So werden Umweltschutz und Schutz der Arbeitnehmer im Arbeitsprozess durch Vorschriften geregelt, die das Unternehmen zu einem entsprechenden Verhalten zwingen. Der Verwaltungsrat ist aufgrund von Art. 716*a* Ziff. 5 OR verpflichtet, die entsprechenden Schutznormen im Unternehmen konsequent umzusetzen.

Dieses System des Schutzes von Drittinteressen und öffentlicher Interessen durch Wettbewerbsmechanismen und Schutznormen funktioniert in der Schweiz und in anderen Industrieländern in der Regel sehr gut, wobei die Schutznormen auch regelmässig an neue Entwicklungen und Problemfelder angepasst werden.

Eine Lücke besteht aber insoweit, als schweizerische Unternehmen in Ländern tätig sind, die Gesetzgebungs- oder Durchsetzungsdefizite aufweisen, die es ermöglichen, durch «Regulatory Arbitrage» Gewinne zu erzielen. Nicht jede «Regulatory Arbitrage» ist allerdings verwerflich – das Ausnützen unterschiedlicher Regularien ist Teil des internationalen Standortwettbewerbs, bei dem auch die Schweiz teilnimmt. Das Verhalten der Unternehmen in den betroffenen Ländern kann aber im Einzelfall derart stark von schweizerischem Rechtsempfinden und allgemein akzeptierter Ethik abweichen, dass es in der Öffentlichkeit und in den Medien als problematisch erscheint.[66] Aufgrund dieser Problematik hat sich der CSR-Gedanke auch primär im Umfeld grenzüberschreitender bzw. multinationaler Tätigkeit entwickelt. Die internationalen Verhaltenscodices, wie insbesondere die UN Guiding Principles of Business and Human Rights des UNO-Menschenrechtsrats oder die OECD Guidelines for Multinational Enterprises zielen bewusst auf diese Lücke und versuchen so die Verhaltensstandards der westlichen Industrienationen auch in Schwellen- und Entwicklungsländern durchzusetzen, um öffentliche Interessen sowie die Interessen der betroffenen Bevölkerung in diesen Ländern zu schützen.

5. Aktienrechtsreform

5.1 Keine Missstände aufgrund der Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft

Im Vorfeld der Aktienrechtsreform wurde auch in der Schweiz über die Frage diskutiert, ob die konsequente wirtschaftliche Ausrichtung der Aktiengesellschaft sozial schädlich sei. Ihren Ursprung hatte diese Diskussion im Wesentlichen in Deutschland, wo sich im

[64] Vgl. zu den Grenzen dieser Ausweichmöglichkeiten für Arbeitnehmer *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 99 f. m.w.H.

[65] *Forstmoser* (FN 23), S. 163.

[66] Während das Ausnützen unterschiedlicher Mindestlöhne und anderer günstigerer Rahmenbedingungen für die Arbeitnehmer sowie leicht höhere Emissionsgrenzwerte im Umweltschutz unproblematisch sind, werden Kinderarbeit und die Verursachung grosser Umweltschäden im Allgemeinen als ethisch inakzeptabel betrachtet.

Rahmen der «Heuschreckendebatte» ein starkes Misstrauen gegenüber Private Equity Fonds und Hedgefonds zeigte, denen soziale Verantwortungslosigkeit und hemmungsloses Gewinnstreben bei der Führung von Unternehmen vorgeworfen wurde.[67] Dabei wurde immer wieder die Gefährdung von Arbeitsplätzen und Unternehmen durch Restrukturierungen als Schreckszenario dargestellt. Auf dieser Basis wurden eine stärkere Sozialbindung der Aktiengesellschaft und eine gesetzliche Ausrichtung der Unternehmen auf CSR-Konzepte verlangt.

Auch im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren, das zur Aktienrechtsreform geführt hat, wurden diese Gedanken aufgegriffen. Der Bundesrat stellte in der Botschaft zur Aktienrechtsrevision aber fest, dass keine derartigen Gefahren bestehen und weder in Deutschland noch in der Schweiz Daten existieren, welche die «Heuschreckentheorie» bestätigen würden.[68] Im Gegenteil stellte der Bundesrat in der Botschaft fest, dass das Gewinnstreben von Aktiengesellschaften und Aktionären positive Folgen hat, da es die finanzielle Basis der Unternehmen stärkt. In diesem Sinne hielt der Bundesrat fest: «*Langfristig können aber nur dauerhaft ertragsstarke Unternehmen einen hohen Beschäftigungsstandard halten und diesen sogar ausbauen*.» Tatsächlich gibt es keinerlei Daten in der Schweiz, die belegen könnten, dass Gewinnstreben zum Untergang von Aktiengesellschaften und zu Konkursen führt. Die Erfahrung zeigt vielmehr, dass die Ursache von Konkursen fast immer in mangelnder Profitabilität und Führungsschwäche der beteiligten Organe liegt und nicht auf den Wunsch, Gewinne zu erzielen, zurückzuführen ist.

5.2 Keine Änderung in der wirtschaftlichen Ausrichtung der Aktiengesellschaft

In der Revision des Aktienrechts hält der Gesetzgeber an der wirtschaftlichen Ausrichtung der Aktiengesellschaft fest. Es ist keine Änderung von Art. 717 Abs. 1 OR vorgesehen – die Organe der Aktiengesellschaft sind weiterhin auf die Interessen der Aktiengesellschaft und damit auf die Steigerung des Shareholder Value ausgerichtet. Das Gesetz sieht nicht vor, dass sie weitere Stakeholder oder öffentliche Interessen berücksichtigen müssen; es bleibt beim Konzept, dass die Stakeholder durch Spezialgesetze bzw. den Wettbewerb, nicht aber direkt durch das Aktienrecht geschützt werden.

Die Organe der Aktiengesellschaft haben weiterhin keine Verpflichtungen im Bereich der CSR bzw. ethischer Postulate – sie müssen gemäss Art. 716*a* Ziff. 5 OR nur das geltende Recht durchsetzen. Gesellschaftliche Anliegen werden in der Aktienrechtsreform nur in einem relativ engen Rahmen berücksichtigt:

– *Frauenquote in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.*
  Art. 734*f* E-OR sieht vor, dass kotierte Aktiengesellschaften eine Frauenquote von 20% in der Geschäftsleitung und von 30% im Verwaltungsrat erreichen sollen. Diese Bestimmung sieht allerdings keine absolute Pflicht zu einer derartigen Besetzung der Organe vor, sondern verlangt von den betroffenen Unternehmen nur, dass sie im Geschäftsbericht die Gründe offenlegen, falls es ihnen nicht gelingt, diese Quoten zu erreichen. Die Pflicht zur Berichterstattung gilt für den Verwaltungsrat spätestens ab dem Geschäftsjahr, das fünf Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt, und für die Geschäftsleitung zehn Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts. Diese affirmative action ist aufgrund der traditionellen Diskriminierung der Frauen in der Führung von Unternehmen zu begrüssen.[69] Letztlich ist dies aber keine CSR-Frage, da die geschlechtergerechte Besetzung der Organe nichts an der Frage der wirtschaftlichen Ausrichtung des Unternehmens ändert.
– *Berichterstattung von Rohstoffunternehmen.*
  Gemäss Art. 964*a* ff. E-OR müssen Unternehmen, die der ordentlichen Revision unterliegen und im Bereich der Rohstoffgewinnung (Mineralien, Erdöl, Erdgas oder Holz) tätig sind, einen Bericht über ihre Zahlungen an staatliche Stellen verfassen, der alle derartigen Zahlungen erfasst, die sich auf mindestens CHF 100 000 pro Geschäftsjahr belaufen.

[67] Zur Heuschreckendebatte *Forstmoser* (FN 23), S. 165 f.

[68] Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399, S. 439 f.; vgl. bereits Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), vorgelegt vom Bundesrat am 28. November 2014, S. 27 ff.; *Forstmoser* (FN 23), S. 162.

[69] *Urs Schenker,* Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema, SZW 2015, S. 469 ff.

Diese Regelung, die der entsprechenden EU-Regelung nachgebildet ist, verfolgt das Ziel, Zahlungen offenzulegen, die von staatlichen Stellen fehlgeleitet werden könnten.[70] Diese Transparenzvorschrift entspricht ebenfalls gesellschaftspolitischen Forderungen, zielt aber auch nicht auf den Kern der stärkeren Sozialverpflichtungen von Unternehmen bzw. der CSR-Ansätze ab.

6. Konzernverantwortungsinitiative

Ganz stark auf der Linie der internationalen CSR-Ansätze liegt die Konzernverantwortungsinitiative, die am 10. Oktober 2016 eingereicht worden ist. Diese Initiative, die von einer grossen Anzahl von NGOs, kirchlichen Organisationen, Gewerkschaften und Umweltschutzorganisationen getragen wird, verlangt eine konsequente Umsetzung der sogenannten «Ruggie Principles», die den UN Guiding Principles on Business and Human Rights zugrunde liegen,[71] geht aber bei der rechtlichen Durchsetzung dieser Prinzipien über diese hinaus: Die Initiative deckt nicht nur Menschenrechte, sondern auch Arbeits- und Umweltschutz ab und sieht eine direkte Haftung schweizerischer Unternehmen für das Verhalten ausländischer Tochtergesellschaften und Lieferanten vor.

6.1 Ziele der Initiative

Nach dem Text der Initiative sollen Unternehmen, deren Verwaltung ihren Sitz in der Schweiz hat, weltweit bei ihrer Tätigkeit Menschenrechte sowie Arbeitnehmer- und Umweltschutz respektieren, wobei die Muttergesellschaft für alle von ihr kontrollierten Gesellschaften verantwortlich ist. Die Verantwortung erstreckt sich dabei nicht nur auf stimmenmässig beherrschte Tochtergesellschaften, sondern auf alle «tatsächlich» kontrollierten Unternehmen, d.h. auch auf Lieferanten, die vom betreffenden Unternehmen abhängig sind.[72] Auf diese Weise werden die rechtlichen Prinzipien, deren Durchsetzung die Initiative verlangt, weltweit angewendet, wobei es bei Konzernen zu einem «institutionellen» Durchgriff auf die Aktivitäten von Tochtergesellschaften sowie auf die gesamte Supply Chain kommt.

6.2 Massgebende Regeln

Gemäss der Initiative müssen Unternehmen folgende Regeln einhalten:[73]

- *Menschenrechte.*
  UNO-Pakt I über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sowie UNO-Pakt II über die bürgerlichen und politischen Rechte.
- *Arbeitsschutz/Arbeitsbedingungen.*
  Die acht Kernarbeitsnormen der International Labour Organisatin (ILO Core Conventions).
- *Umweltstandards.*
  In diesem Bereich ist die Initiative weniger bestimmt; verlangt wird insbesondere die Einhaltung von Emissionsgrenzwerten der WHO sowie von Grenzwerten aus völkerrechtlichen Vereinbarungen, wie z.B. dem Montreal-Abkommen zum Schutz der Ozonschicht, aber auch nichtstaatliche Standards. Die Initianten erwarten in diesem Bereich eine nähere Konkretisierung durch den Gesetzgeber.

6.3 Sorgfaltspflicht und Haftung

Die Initiative will die Unternehmen durch eine extensive Haftungsnorm dazu zwingen, die oben genannten Regeln im Einflussbereich des Unternehmens auch tatsächlich durchzusetzen. Gemäss Abs. 2 lit. b des Initiativtextes sind Unternehmen zu einer angemessen Sorgfaltsprüfung verpflichtet, bei der sie die tatsächlichen und potentiellen Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf die international anerkannten Menschen- und Arbeitsrechte sowie auf die Umwelt ermitteln sollen. Auf dieser Basis müssen sie auch geeignete Massnahmen zur Beendigung bestehender und Verhütung künftiger Verletzungen dieser Regeln entwickeln und diese Massnahmen konsequent umsetzen – daher müssen Schweizer Unternehmen dafür sorgen, dass ihre Tochtergesellschaften diese Regeln einhalten. Das Gleiche gilt auch bei Lieferanten, wobei Schweizer Unternehmen die Geschäftsbeziehungen abbrechen müssen, wenn ihre Aufforderungen an Lieferanten, die nach der Initiative massgebende Re-

[70] Botschaft Aktienrecht (FN 68), S. 466 ff.

[71] Factsheet zum Initiativtext des Vereins Konzernverantwortungsinitiative, S. 1 *(<http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2016/10/FS5_D_Online3.pdf>)*.

[72] Wann ein Lieferant von einem Schweizer Unternehmen abhängig ist, wird nicht definiert; in Anbetracht des umfassenden Regulierungsanspruches der Initiative dürfte aber jeder Lieferant, der erhebliche Mengen liefert oder zu dem eine dauernde Beziehung besteht, erfasst werden.

[73] Dazu im Einzelnen *Kaufmann* (FN 39), S. 50 ff.

gel einzuhalten, erfolglos sind. Ausserdem müssen sie über ihre Tätigkeit in diesem Bereich Bericht erstatten. Wenn es im Einflussbereich eines Unternehmens zu Verletzungen kommt, so haftet das Unternehmen gegenüber der geschädigten Person gemäss Abs. 2 lit. c des Initiativtextes, soweit es nicht nachweisen kann, dass es alle gebotene Sorgfalt zur Vermeidung dieser Verletzungen angewandt hat.

6.4 Beurteilung der Initiative

Die Initiative versucht, die Lücke abzudecken, die dadurch entsteht, dass die schweizerische Gesetzgebung im Rahmen der oben dargestellten Spezialgesetze nur Stakeholder schützt, die in der Schweiz ansässig oder hier tätig sind, Unternehmen aber nicht daran hindert, in Entwicklungs- und Schwellenländern Gesetzgebungs- und Durchsetzungsdefizite bei Menschen- und Arbeitsrechten sowie Umweltschutz auszunützen. Die Initiative geht aber mit der extraterritorialen Anwendung schweizerischer Rechtsvorstellungen zu Menschenrechten, Umweltschutz und Arbeitsschutz zu weit. Die Initiative dehnt die Verantwortlichkeit eines Unternehmens auf alle Gesellschaften aus, die durch das Unternehmen «faktisch» bzw. durch «wirtschaftliche Machtausübung» kontrolliert werden, wie z.B. wirtschaftlich abhängige Lieferanten. Der Wortlaut der Initiative geht damit nicht nur bezüglich des Anwendungsbereiches (Umwelt- und Arbeitsschutz sind in den erwähnten Guidelines von OECD und UNO nicht vorgesehen), sondern auch bezüglich des Verantwortungsbereiches der betreffenden Unternehmen über die UN Guiding Principles und die OECD Guidelines hinaus. Letztere setzen für die Verantwortlichkeit eines Unternehmens voraus, dass die Verletzung von Menschenrechten in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung dieses Unternehmens steht.[74] Gemäss der Initiative reicht hingegen die pauschale, wirtschaftliche Machtausübung.[75] Die in der Initiative vorgesehene Haftung ist zudem nicht subsidiär zur Haftung des Urhebers der Menschenrechtsverletzung, sondern besteht neben einer allfälligen Haftung anderer Personen.[76] Damit besteht die Gefahr, dass Schweizer Unternehmen nicht aufgrund von effektivem Fehlverhalten in Anspruch genommen werden, sondern weil sie vergleichsweise solvent sind und sich die Schadenersatzansprüche in der Schweiz einfacher durchsetzen lassen als in den Ländern, in denen es zu entsprechenden Rechtsverletzungen gekommen ist. Dies kann dazu führen, dass schweizerische Unternehmen zur bevorzugten Zielscheibe von NGOs werden, die in einem Entwicklungs- bzw. Schwellenland Rechtsverletzungen feststellen. Auf diese Weise werden dann schweizerische Unternehmen anstelle der eigentlichen Rechtsverletzter eingeklagt: Der Lieferant, der in einem bestimmten Land Menschen- oder Arbeitsrechte verletzt bzw. einen Umweltschaden verursacht, wird nicht zur Verantwortung gezogen, wohl aber die schweizerische Gesellschaft, die diese Produkte bezogen hat.

Die Initiative würde daher zu einer erheblichen Risikosteigerung für schweizerische Unternehmen führen und hätte wohl vor allem die Konsequenz, dass das Supply Management schweizerischer Unternehmen sehr viel schwieriger und die Beschaffung teurer wird. Problematisch ist natürlich auch, dass sich nur grosse Unternehmen die nach der Initiative notwendige Überwachung der Supply Chain leisten können. Kleinen Unternehmen ist es kaum möglich, die Kriterien der Initiative bei ihren Lieferanten durchzusetzen. Die Initiative verunmöglicht damit faktisch die Tätigkeit schweizerischer Unternehmen in vielen Ländern, die bei Arbeits- und Umweltschutz andere Rechtsgrundlagen aufweisen als die Schweiz.[77] Überdies setzt sie schweizerische Unternehmen einem Haftungsstandard aus, der anderen Staaten unbekannt ist und der zu einem starken Wettbewerbsnachteil führt.[78] Schweizerische Konzerne können auf dieser Basis für alle möglichen staatlichen und unternehmerischen Fehlleistungen im Ausland verantwortlich gemacht werden, die sie weder gewollt noch verursacht haben. Wie das CSR-Positionspapier, Bundesrat, 2015[79] zeigt, stellt sich der Bundesrat klar hinter die internationale CSR-Bewegung, sieht aber die Freiwilligkeit[80] dieser Bestrebungen als ein zentrales Element der schweizerischen CSR-Politik – Unternehmen sollen in eigener Verantwortung und nach den Bedürfnissen des Marktes und ihrer Aktio-

74 Vgl. Art. 13 UNO Guiding Principles on Business and Human Rights.

75 Kritisch *Kaufmann* (FN 39), S. 51 ff. m.w.H.; *Bohrer* (FN 3), S. 277; vgl. Art. 101*a* Abs. 2 lit. a des Initiativtextes.

76 *Kaufmann* (FN 39), S. 53.

77 Vgl. auch *Bohrer* (FN 3), S. 275, S. 277.

78 Vgl. auch *Bohrer* (FN 3), S. 274 ff.

79 Insbesondere S. 12 ff.

80 *Hervé Causse* (FN 13), S. 515

näre CSR-Forderungen umsetzen, sollen in diesem Bereich aber nicht Haftungsproblemen ausgesetzt werden, die zum Standortnachteil für die Schweiz werden.

7. Fazit

Das schweizerische Aktienrecht verpflichtet Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Gewinne und Unternehmenswert mindestens in langfristiger Perspektive zu steigern. Die Revision des Aktienrechts sieht in diesem Punkt keine Änderung vor. Dies ist sachlich richtig, da nur Unternehmen, die wirtschaftlich erfolgreich sind, ihre Existenz nachhaltig sichern und damit für stabile Arbeitsplätze, Wirtschaftswachstum und günstige Produkte sorgen können. Das schweizerische Aktienrecht verwirklicht daher die Corporate Social Responsibility-Gedanken nicht. Die Ausrichtung von Unternehmen auf ethische Ziele sowie die Interessen weiterer Stakeholder und auf öffentliche Interessen bleibt freiwillig – jedes Unternehmen muss in diesem Bereich zwischen der Fokussierung auf Gewinnsteigerung und CSR-Gedanken den für seine Eigentümer und das Marktumfeld richtigen Weg finden.

Die duale Betrachtung von CSR als Erfolgs- und Kostenfaktor zeigt, dass die Verfolgung von CSR-Ansätzen Teil einer rationalen Unternehmensführung sein kann, die zwar unmittelbar dem Shareholder Value verpflichtet ist, aber als Teil ihres Riskmanagements (Reputationsrisiken) und ihres Marketings (Produktdifferenzierung, Marktpositionierung als ethisch einwandfreier Lieferant) CSR-Elemente verfolgt. Eine solche Unternehmenspolitik, die auf die nachhaltige Steigerung des Unternehmenswerts ausgerichtet ist, entspricht nicht nur dem Shareholder Value und dem Stakeholder Value-Ansatz, sondern lässt sich auch mit den Grundsätzen des aktuellen und zukünftigen Schweizer Aktienrechts[81] vereinbaren.

Die Konzernverantwortungsinitiative ist dagegen ein Fremdkörper im schweizerischen Recht und versucht, schweizerischen Unternehmen einen Standard und eine Haftung aufzuzwingen, der zu hohen Risiken und Standortnachteilen führt.

[81] Vgl. *Forstmoser* (FN 23), S. 158, S. 160; *Watter/Spillmann* (FN 2), S. 106.