

Julia Meier / Nadine Zurkinden / Lukas Staffler (Hrsg.)

Recht und Innovation

*Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung
für das Recht*

*Analysen und Perspektiven von
Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen
Instituts der Universität Zürich*

DIKE 

Julia Meier / Nadine Zurkinden / Lukas Staffler (Hrsg.)

Recht und Innovation

Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht

Analysen und Perspektiven von Assistierenden des
Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich

DIKE 

Unterstützerinnen und Unterstützer

Wir bedanken uns bei:

- Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich
- UZH Kommission für Gleichstellung der Geschlechter
- DIKE Verlag AG, Zürich
- SWISSLEX – Schweizerische Juristische Datenbank AG
- Prof. Dr. iur. Felix Dasser, Homburger
- CMS von Erlach Poncet AG
- Hypothekarbank Lenzburg
- Ius Alumni, Alumni-Organisation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
- Lenz & Staehelin
- Umbricht Rechtsanwälte
- Walder Wyss AG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2020

ISBN 978-3-03891-151-7

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort der Dekanin	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Autorinnen- und Autorenverzeichnis	XXVII
Herausgeberinnen und Herausgeber	XXXIII

Gastbeitrag

Marc Thommen / David Eschle

Was tun wir Juristinnen und Juristen eigentlich, wenn wir forschen? Klassische Dogmatik versus empirische Rechtsforschung als innovativer Weg	3
--	---

Innovation durch Recht

Matthias Hächler

Lost in Translation? Zum Innovationsgehalt normativer Übersetzungen	19
--	----

Anna Elisa Stauffer / Lea Schneider

<i>Implied Power</i> -Theorie in der WTO-Rechtsprechung Auslegung der GATT-Ausnahmeregelung zum Umweltschutz nach der <i>Implied Power</i> -Theorie	33
---	----

Serge Biggoer

Vedanta v Lungowe An analysis of the judgement of the UK Supreme Court	47
---	----

Christoph Burckhardt

Berichterstattungspflicht zur Corporate Social Responsibility Innovative Form von Regulierung?	63
---	----

Rika Koch

Das öffentliche Beschaffungswesen als Innovationsinstrument	81
---	----

Fanny Pulver

The OECD National Contact Points

An Innovative Grievance Mechanism for Corporate-Related Human Rights Abuses? 97

Florian Schweighofer

Innovationen in der Revision des Aktienkapitalrechts

Einschätzung geplanter und verpasster Revisionsvorhaben 113

Innovation im Recht

Martina Farag-Jaussi

Strafrechtliche Folgen von brennenden Akkus

Eine Konkretisierung der Sorgfaltspflicht von Privatpersonen im Umgang mit Lithium-Ionen-Akkumulatoren 131

Anna Sara Züst

Zur deliktsrechtlichen Zurechnung von Autonomierisiken beim Einsatz künstlicher Intelligenz

147

Dimitrios Tsilikis

Auf der grenzüberschreitenden Suche nach E-Evidence im Strafverfahren: die Unionsrechtsperspektive im digitalen Zeitalter

163

Ivan Gunjic

Die schweizerische Demokratie und «Fake News»

Eine Beurteilung der bundesrechtlichen Rahmenbedingungen zum Schutz eidgenössischer Urnengänge vor Falschnachrichten durch private Akteure 179

Volker Kang / Fabrizio Wyss

An Analysis of Key Information Documents in the EU and Switzerland 195

Lucas Forrer / Floris Zuur / Matthias P. A. Müller

Künstliche Intelligenz im Aktienrecht

Einsatz im Rahmen der Geschäftsführung und Verantwortlichkeit 211

Innovation als Herausforderung für das Recht

Nicole Nickerson / Youlo Wujohktsang

Feminist Movements and the Critique of Human Rights
The Swiss Feminist Strike as Part of a Larger Movement 229

Anna Boos / Natalie Michèle Pompe

Die demokratische Legitimität der Anwendung Künstlicher Intelligenz
in der Rechtsprechung 243

Carla Bergianti / Raphael Riedo

Der Staat als Nutzer Sozialer Medien – Kritische Beleuchtung
staatlicher Verhaltensregeln 257

Anne Elisabeth Schnierer / Fabian David Glinz

Die AHV-Versichertennummer als Personenidentifikator im Verhältnis
zur Applizierung und Bekanntgabe von Personendaten im Grundbuch 273

Tabea Berger

Laufsteg frei für Designerbabys
Ein Blick auf «CRISPR/Cas9» als zukünftiges Spannungsfeld zwischen Elternrechten
und Kinderschutz 287

Simon Henseler

Was ist eine automatisierte Entscheidung?
Zum Tatbestand von Art. 22 Abs. 1 DSGVO 301

Berichterstattungspflicht zur Corporate Social Responsibility

Innovative Form von Regulierung?

*Christoph Burckhardt**

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	63
II.	Grundlagen von CSR	65
	A. Begriffliche Umschreibung von CSR	65
	B. Rechtsquellen von CSR	66
	C. Ursprung des Konzepts	67
	1. Rechtlicher Hintergrund	67
	2. Ökonomischer Hintergrund	68
	a. Ziel der Allokationseffizienz	68
	b. Marktversagen als ökonomischer Ursprung von CSR	69
III.	Nichtfinanzielle Berichterstattung als Mittel zur Korrektur von Marktversagen	70
	A. CSR als Korrekturmittel im Allgemeinen	70
	B. Die Berichterstattungspflicht als Korrekturmittel im Besonderen	72
	1. Empirische Erkenntnisse	72
	2. Diskussion der Befunde	75
IV.	Nichtfinanzielle Berichterstattung in der Schweiz <i>de lege ferenda</i>	76
V.	Fazit	78

I. Einleitung

Es war eine Kehrtwende, die der Bundesrat im August 2019 vollzog. Schweizer Unternehmen sollen seiner Ansicht nach verpflichtet werden, im Rahmen einer sogenannten *Nachhaltigkeitsberichterstattung* über die Einhaltung von Menschenrechten und Umwelt-

* MLaw, Advokat, Doktorand an der Universität Zürich.

schutzstandards im Ausland zu berichten.¹ Rund zwei Jahre zuvor hatte er ein entsprechendes Vorgehen noch abgelehnt.²

Die Haltung des Bundesrates verdeutlicht die internationale Tendenz zu mehr Regulierung im Bereich der *Corporate Social Responsibility* (CSR). Durch die zunehmende Globalisierung der Wirtschaft relativieren sich Steuerreichweite und -kompetenz nationalstaatlicher Regulierungen.³ Grosse multinationale Unternehmen sind häufig auch in Ländern tätig, die hinsichtlich des Menschenrechts- und Umweltschutzes ein Gesetzgebungs- oder Durchsetzungsdefizit haben. Zur Überbrückung regulatorischer Lücken⁴ wurden diverse Regeln für nachhaltige Unternehmensführung entwickelt, die international tätige Unternehmen im Rahmen ihrer CSR auch in Ländern mit den besagten Defiziten einhalten sollen. Es handelt sich dabei zumeist um Soft Law.⁵

Die Rechtsentwicklung hin zu einer stärkeren Verbreitung von Soft Law als Mittel zur Berücksichtigung politischer Anliegen im Rahmen der Unternehmensführung kann man als rechtliche *Innovation* bezeichnen. Damit ist zunächst keine Wertung verbunden. Innovation bedeutet die Einführung von etwas Neuem, die Umsetzung einer neuartigen Lösung für ein bestimmtes Problem.⁶ Aber wird die Unternehmensführung dadurch tatsächlich nachhaltiger? Ist Soft Law ein verhältnismässiges Mittel zur Umsetzung der besagten Anliegen? Und was bedeuten die sich abzeichnenden Berichterstattungspflichten für die Leitungsorgane von Schweizer Unternehmen? In Beantwortung dieser Fragen wird im vorliegenden Beitrag auf die rechtlichen und ökonomischen Grundlagen von CSR eingegangen (II.), anhand der nichtfinanziellen Berichterstattung in EU-Ländern die Wirkungsweise von Regulierung im

¹ Der Bundesrat, Medienmitteilung vom 14. August 2019, <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2019/2019-08-140.html> (10. Februar 2020).

² Er wollte der Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (Konzernverantwortungsinitiative oder KVI) keinen entsprechenden Gegenvorschlag gegenüberstellen (Botschaft zur Konzernverantwortungsinitiative, BBl 2017 6335, 6337, 6341, 6378).

³ Vgl. HOLGER FLEISCHER, *Corporate Social Responsibility: Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht*, in: Holger Fleischer/Susanne Kalss/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility*, Tübingen 2018, S. 1, S. 25; ferner PHILIPPE MASTRONARDI, *Der Zweck der Eidgenossenschaft als Demokratie*, ZSR II 1998, S. 317, S. 391–392.

⁴ Zur Gefahr der Ausnützung internationaler Unterschiede in der Regulierungsstrenge (sog. regulatorische Lücken) am Beispiel des Finanzmarktrechts siehe ANNELOISE RILES, *Managing Regulatory Arbitrage: An Alternative to Harmonization*, *Cornell Int. Law J.* 2014, S. 63, S. 68–76.

⁵ Zu den Rechtsquellen von CSR siehe unten II.B. Zum Begriff Soft Law siehe LINDA SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford 2004, S. 112, die Soft Law als Verhaltensregeln definiert, denen keine rechtlich bindende Wirkung zugeschrieben ist, die aber gleichwohl gewisse (indirekte) Rechtswirkungen und praktische Auswirkungen haben können.

⁶ Dudenredaktion, *Duden*, Bd. 4, 27. Aufl., Berlin 2017, S. 1709. Das Wort stammt vom spätlateinischen *innovatio*: Erneuerung, Veränderung. Nach dem soziologischen Verständnis ist Innovation eine Neuerung in einem sozialen System durch Anwendung neuer Ideen und Techniken.

Bereich CSR aufgezeigt (III.) und angedeutet, was eine Berichterstattungspflicht für Unternehmen im schweizerischen Recht *de lege ferenda* bedeuten könnte (IV.).

II. Grundlagen von CSR

A. Begriffliche Umschreibung von CSR

CSR ist ein vielschichtiger Begriff. Er wird je nach Forschungsfeld unterschiedlich verstanden.⁷ In diesem Beitrag wird auf die Umschreibung des Begriffs in amtlichen Dokumenten des Bundesrates abgestellt. Darin wird CSR als die Verantwortung der Unternehmen für die *Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf Gesellschaft und Umwelt* umschrieben.⁸ Der Masstab für die gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen sind nationale Gesetze, völkerrechtliche Verträge sowie Standards und Leitlinien in Form von Soft Law.⁹ CSR schliesst somit die Einhaltung von Gesetzen mit ein und geht gleichzeitig darüber hinaus.¹⁰

CSR wird als Beitrag der Unternehmen zu einer nachhaltigen Entwicklung gesehen.¹¹ Nachhaltigkeit kann in *drei Dimensionen* unterteilt werden.¹² Die ökologische Dimension betrifft die Auswirkungen des Unternehmens auf die natürlichen Ressourcen. Die soziale Dimension gibt namentlich Auskunft über Aspekte der betriebsinternen Sicherheit und Gesundheit sowie über den Umgang mit Menschenrechten. In der ökonomischen Dimension geht es u.a. um Fragen der strategischen Leitung, Finanzplanung und Corporate Governance.¹³ Ein

⁷ Zum Gesagten vgl. SOUMODIP SARKAR/CORY SEARCY, *Zeitgeist or chameleon? A quantitative analysis of CSR definitions*, J. Clean. Prod. 2016, S. 1423, S. 1433, die in einer breit angelegten Untersuchung unterschiedliche Bedeutungsschichten festgestellt haben, namentlich eine ökonomische, eine soziale und eine ethische.

⁸ Der Bundesrat, *Gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen*, 1. April 2015, https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage__CSR-Positionspapier-d_1_4_2015.pdf (10. Februar 2020), S. 5.

⁹ Zu den Rechtsquellen von CSR siehe unten II.B.

¹⁰ Vgl. Der Bundesrat (Anm. 8), S. 6.

¹¹ Der Bundesrat (Anm. 8), S. 5, 10.

¹² Grundlegend zum *Triple Bottom Line*-Ansatz siehe JOHN ELKINGTON, *Cannibals With Forks. The Triple-Bottom Line of the 21st Century Business*, Oxford 1997, S. 70–94; vgl. die entsprechende Unterteilung der Nachhaltigkeitsberichterstattung gemäss Global Reporting Initiative (GRI), <https://www.globalreporting.org/> (10. Februar 2020).

¹³ Zum Gesagten siehe HANS CASPAR VON DER CRONE/MARIEL HOCH, *Nachhaltigkeit und Nachhaltigkeitsreporting*, AJP 2002, S. 40, S. 42.

Unternehmen wirtschaftet demnach nachhaltig, wenn es den drei Dimensionen im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit Rechnung trägt.

Die Umschreibung von CSR in der Schweiz deckt sich mit dem international vorherrschenden Verständnis. Die Definition ist angelehnt an die Umschreibung in der CSR-Richtlinie der EU und den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen.¹⁴ Es scheint sich somit auch in der Schweiz eine *weite Definition* durchzusetzen.¹⁵

B. Rechtsquellen von CSR

Der Bundesrat setzt bei der Förderung von CSR auf eine Kombination aus rechtlich nicht verbindlichen Regeln und ergänzenden gesetzlichen Vorschriften.¹⁶ In der Schweiz gibt es bereits viele *Gesetzesbestimmungen*, die Anliegen der internationalen Diskussion zur CSR adressieren.¹⁷

Nicht verbindliche materielle Vorschriften zur CSR sind enthalten in *Soft Law*-Regelwerken. Es kann unterschieden werden zwischen (1.) Richtlinien internationaler Organisationen,¹⁸ (2.) Multistakeholderinitiativen,¹⁹ (3.) industriebezogenen Richtlinien,²⁰ und (4.) Verhaltenskodizes von Unternehmen.²¹ Formelle Vorschriften, namentlich zur

¹⁴ Vgl. Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl EU L 390/1 vom 15. November 2014 (zit. CSR-Richtlinie), E. 2–3 mit Verweis auf Europäische Kommission, Eine neue EU-Strategie (2011–14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011) 681 endgültig, S. 7; OECD, Guidelines for Multinational Enterprises, Paris 2011, *passim*: «*responsible business conduct*».

¹⁵ Zum deutschen Recht vgl. FLEISCHER (Anm. 3), S. 3: «deutungsoffene Basisdefinition».

¹⁶ Angelehnt an Der Bundesrat (Anm. 8), S. 7, 10–11, werden materielle Schutznormen, z.B. im Arbeits- oder Umweltrecht, nicht als «ergänzend» qualifiziert. Die Gewährleistung des allgemeinen Rechtsrahmens ist Aufgabe des Staates. CSR setzt voraus, dass die Unternehmen den allgemeinen Rechtsrahmen einhalten. Ergänzende, d.h. auf diesem Rechtsrahmen aufbauende, gesetzliche Vorschriften schaffen namentlich Rahmenbedingungen für Verfahren im Bereich CSR (z.B. eine CSR-Berichterstattungspflicht). Vgl. UN, Guiding Principles on Business and Human Rights, New York/Genf 2011, S. 5: «*smart mix of measures*».

¹⁷ Siehe bereits die Übersicht bei URS BRÜGGER/TILL SPILLMANN, Switzerland, in: David Frank (Hrsg.), CSR World, London 2005, S. 177, S. 184–189.

¹⁸ Z.B. OECD (Anm. 14); UN (Anm. 16).

¹⁹ Z.B. UN, Global Compact, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (10. Februar 2020); GRI (Anm. 12).

²⁰ Z.B. ILO, Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 5. Aufl., Genf 2017.

²¹ Z.B. Schweizerische Rückversicherungs-Gesellschaft AG, Verhaltenskodex, Zürich 2018; vgl. F. Hoffmann-La Roche AG, Roche-Verhaltenskodex für Lieferanten, Basel 2014, als Beispiel

Nachhaltigkeitsberichterstattung, sind im Begriff, gesetzlich geregelt zu werden oder sind es bereits geworden.²²

Materielle Vorschriften zur CSR basieren somit auf einer *Mischung von Gesetzen und Soft Law*. Formelle Vorschriften zur CSR, die der Umsetzung der inhaltlichen Vorgaben dienen, aber für sich gesehen keinen materiellen Gehalt haben, basieren zunehmend auf Gesetzen.²³ Die Regulierung in diesem Bereich hat demnach zugenommen.

C. Ursprung des Konzepts

1. Rechtlicher Hintergrund

Die Diskussion um die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen ist nicht neu.²⁴ Besonders intensiv geführt wurde sie in der Schweiz im Rahmen der Debatte um den Begriff des Gesellschaftsinteresses einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 717 Abs. 1 OR. Gemäss dem *Shareholder-Value*-Ansatz hat sich der Verwaltungsrat in erster Linie an den Interessen der Aktionäre zu orientieren. Gemäss dem *Stakeholder*-Ansatz soll er auch die Interessen anderer Anspruchsgruppen, namentlich der Gläubiger, der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit, berücksichtigen.²⁵ Derzeit scheint der letztere Ansatz mehr Unterstützung zu erfahren und damit verbunden die Überzeugung, dass Unternehmen ein gewisses Mass an gesellschaftlicher Verantwortung tragen.²⁶ Unabhängig davon ist das Gesellschaftsinteresse nach heute verbreiteter Auffassung gleichzusetzen mit dem *Unternehmensinteresse*

für eine Überbindung der Pflichten zur Einhaltung bestimmter Standards auf Dritte, d.h. Lieferanten. Die Unterscheidung basiert auf ANDREAS BOHRER, Corporate Social Responsibility, GesKR 2016, S. 273, S. 274.

²² So namentlich in der EU durch die CSR-Richtlinie (Anm. 14) bzw. die nationalen Umsetzungsgesetze, die seit dem 1. Januar 2017 in Kraft sind, wie z.B. das deutsche Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz; CSR-RUG) vom 11. April 2017, BGBl. I 2017 S. 802–814.

²³ Im Sinne der vorgenannten ergänzenden gesetzlichen Vorschriften (vgl. oben Anm. 16).

²⁴ Zur Entwicklung siehe ISO Advisory Group on Social Responsibility, Working Report on Social Responsibility, 30. April 2004, http://iso26000.jsa.or.jp/_files/doc/2004/sagreport_eng.pdf (10. Februar 2020), N 1–41; vgl. ARCHIE B. CARROLL, Corporate Social Responsibility. Evolution of a Definitional Construct, Bus. Soc. 1999, S. 268, S. 268–269, mit dem Hinweis auf entsprechende Diskussionen, die bis in die 1930er-Jahre zurückreichen.

²⁵ Ausführlich zum Gesagten siehe CHRISTA ALEXANDRA SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich 2010, S. 36–58 m.w.H.

²⁶ Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 10 N 218; economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2016, N 9, gemäss dem der Verwaltungsrat sich vom Ziel der nachhaltigen Unternehmensentwicklung leiten lassen soll. Nur beiläufig ist die Rede von den Interessen der Aktionäre; zum angloamerikanischen Raum vgl. Business Roundtable, Statement

im Sinne der nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts.²⁷ Das erlaubt zugleich die Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre sowie anderer Anspruchsgruppen.²⁸

2. Ökonomischer Hintergrund

a. Ziel der Allokationseffizienz

Eine Gesellschaft als Unternehmensträgerin steht in zahlreichen rechtlichen Beziehungen zu unterschiedlichen Anspruchsgruppen.²⁹ Im Rahmen dieser Beziehungen kommt der Marktmechanismus zum Tragen. In einem vollkommenen Markt führt das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage zu einem Konkurrenzgleichgewicht, in dem eine effiziente Ressourcenallokation gewährleistet ist.³⁰ In der Realität gibt es aber keinen vollkommenen Markt.³¹ Es braucht deshalb Regeln, um den Unternehmen im Sinne der *Allokationseffizienz* zu ermöglichen, knappe Ressourcen zur Befriedigung verschiedener Bedürfnisse einzusetzen. Die Allokationseffizienz ist somit das primäre Gesetzgebungsziel des Handelsrechts.³²

on the Purpose of a Corporation, August 2019, <https://opportunity.businessroundtable.org/our-commitment/> (10. Februar 2020): «[...] *we share a fundamental commitment to all of our stakeholders* [...]».

²⁷ Ausführlich SOMMER (Anm. 25), S. 36–58 m.w.H., insb. S. 47–50; siehe auch PETER FORSTMOSER, Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?, in: Rainer Maria Kiesow/Regina Ogorrek/Spiros Simitis (Hrsg.), Summa, Frankfurt am Main 2005, S. 207, S. 225; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, in: Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-VERFASSER), Art. 717 N 16.

²⁸ KARL HOFSTETTER, Grundlagenbericht zur Revision des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2014, S. 7, 9.

²⁹ Diese können gesellschaftsrechtlicher Natur sein (Gesellschafter), vertraglicher Natur (z.B. Arbeitnehmer, Gläubiger) oder ausservertraglicher Natur (z.B. von den Auswirkungen der Geschäftstätigkeit betroffene Personen).

³⁰ Zum Gesagten siehe ROLF WATTER/TILL SPILLMANN, Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, GesKR 2006, S. 94, S. 97. In einem pareto-effizienten Zustand gibt es keinen anderen Zustand, in dem ein Einzelner besser gestellt wäre, ohne dass gleichzeitig ein anderer schlechter gestellt ist (JOACHIM WEIMANN, Wirtschaftspolitik, 5. Aufl., Berlin 2009, S. 81).

³¹ Vgl. AYO BRUNETTI, Volkswirtschaftslehre, 4. Aufl., Bern 2017, S. 161. Siehe zum sog. Marktversagen unten II.C.2.b.

³² Vgl. ROBERT COOTER/THOMAS S. ULEN, Law & Economics, 6. Aufl., Boston 2012, S. 7–8, und MARKUS RUFFNER, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000, S. 47, die Effizienz als primäres Ziel des Privatrechts qualifizieren; zum Begriff Handelsrecht siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Anm. 26), § 5 N 34 *in fine*.

b. Marktversagen als ökonomischer Ursprung von CSR

Der ökonomische Ursprung der Debatte um die gesellschaftliche Verantwortlichkeit von Unternehmen ist das Versagen von Märkten. In der Realität funktionieren Märkte oft nicht nach dem idealtypischen Modell. Führt der Markt nicht zu einer effizienten Ressourcenallokation, liegt ein sog. *Marktversagen* vor. Mögliche Ursachen für ein Marktversagen sind die Marktmacht einzelner Teilnehmender, externe Effekte, das Vorhandensein von Kollektivgütern oder asymmetrische Informationen.³³ Das Marktversagen im Zusammenhang mit der Umwelt steht weltweit zurzeit am stärksten im Fokus.³⁴ Es dient deshalb im Folgenden als Beispiel.

Der Markt versagt im Bereich der Umwelt aufgrund externer Effekte und der Betroffenheit von Kollektivgütern.³⁵ Die Produktion eines Guts hat einen negativen *externen Effekt auf die Umwelt*, wenn die Kosten der Allgemeinheit grösser sind als die Produktionskosten des Unternehmens. Das ist der Fall, wenn die Personen, die von den Effekten tangiert sind, keinen Ausgleich (z.B. einen Rechtsanspruch) dafür erhalten. Das führt zu einem zu niedrigen Produktpreis, weil die externen Kosten bei der Preisberechnung nicht berücksichtigt werden.³⁶ Tiefe Preise können wiederum die Nachfrage erhöhen, womit mehr Produktion und weitere externe Kosten verbunden sind.³⁷ Je nach Gesetzgebung bedeutet das für ein emissionsintensives Unternehmen, dass die Umweltbelastung ihm mehr nützt als schadet.³⁸ Ausserdem haben *Kollektivgüter* wie Luft und Wasser mangels Konsumrivalität keinen Preis.³⁹ Deshalb produziert der Markt umweltschädliche Produkte zu einem zu tiefen Preis und im Übermass.⁴⁰

³³ Zum Gesagten siehe BRUNETTI (Anm. 31), S. 161; ROBERT S. PINDYCK/DANIEL L. RUBINFELD, *Microeconomics*, 9. Aufl., New York 2017, S. 312, 616–618, 654, 686; JOCHEN SCHUMANN/ULRICH MEYER/WOLFGANG STRÖBELE, *Grundzüge der mikroökonomischen Theorie*, 9. Aufl., Berlin/Heidelberg 2011, S. 38–40.

³⁴ Vgl. das Programm der bzw. rund um die 74. UNO-Generalversammlung vom 17.–30. September 2019, <http://sdg.iisd.org/events/74th-session-of-the-un-general-assembly/> (10. Februar 2020).

³⁵ BRUNETTI (Anm. 31), S. 173 (betr. externe Effekte); HANS CASPAR VON DER CRONE/KARIN BEYELER/DANIEL DÉDEYAN, *Stakeholder im Aktienrecht*, ZSR II 2003, S. 409, S. 444.

³⁶ Z.B. produziert eine Fabrik zu billig, wenn sie Abgase ungefiltert in die Atmosphäre abstösst, ohne für die Kosten der Luftverschmutzung bzw. allfällige Folgekosten, wie durch die Verschmutzung ausgelöste Krankheiten, aufzukommen oder die Emissionen zu kompensieren.

³⁷ Zum Gesagten siehe HEINZ-DIETER HARDES/ALEXANDRA UHLY, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, 9. Aufl., München 2007, S. 51–52; WATTER/SPILLMANN (Anm. 30), S. 98.

³⁸ Eine gesetzliche Lenkungsabgabe überbindet den Emissionsverursachern gewisse Kosten. In der Schweiz erhöht z.B. die CO₂-Abgabe die Kosten der Umweltbelastung. Vgl. hierzu ANDRÉ MÜLLER/TOBIAS SCHOCH, *Wirkungsabschätzung zur CO₂-Abgabe*, Bern 2015, S. 26.

³⁹ Siehe hierzu PINDYCK/RUBINFELD (Anm. 33), S. 683–684.

⁴⁰ Zum Ganzen siehe WATTER/SPILLMANN (Anm. 30), S. 98–99.

Mit Regeln zur CSR wird mitunter versucht, unterschiedliche Konstellationen von Marktversagen zu adressieren.⁴¹ Die Darstellung des ökonomischen Hintergrunds ist wichtig, weil sie ein möglicher Anhaltspunkt für rechtliche Korrekturmaßnahmen ist. Aus einer rechts-ökonomischen Sichtweise sind Vorschriften im Bereich CSR wirksam und somit innovativ, wenn sie das zugrunde liegende Problem des Marktversagens adressieren. Ob und inwiefern das der Fall ist, wird nachfolgend am Beispiel der nichtfinanziellen Berichterstattung in EU-Ländern erörtert.

III. Nichtfinanzielle Berichterstattung als Mittel zur Korrektur von Marktversagen

A. CSR als Korrekturmittel im Allgemeinen

Ein Marktversagen aufgrund externer Faktoren kann mitunter durch eine *Internalisierung externer Kosten* korrigiert werden.⁴² Ein Unternehmen kann sich freiwillig entscheiden, die von ihm verursachten externen Kosten zu übernehmen, oder mittels Regulierung dazu veranlasst werden.⁴³ Moralische Appelle, die Unternehmen zu mehr Nachhaltigkeit aufrufen, sind in der CSR-Diskussion zwar verbreitet, aber aufgrund des Konkurrenzdrucks im Markt nicht besonders wirksam.⁴⁴ Staatliche Massnahmen, die auf eine Korrektur der Preisverzerrung abzielen, wie z.B. eine Lenkungsabgabe, sind effektiver.⁴⁵

Aber auch staatliche Markteingriffe zwecks Internalisierung sind mit verschiedenen Schwierigkeiten verbunden. Zum einen muss der Gesetz- bzw. der Verordnungsgeber die

⁴¹ Neben der Effizienz kann CSR auch der Umverteilung dienen. Vgl. hierzu DANIEL M. HÄUSERMANN, Corporate Social Responsibility (CSR) und Aktienrecht: 7 Thesen, GesKR 2017, S. 495, S. 499–500, gemäss dem CSR auch der Verwirklichung von Wertvorstellungen und somit ideellen Zielen dienen kann; grundlegend zu den Gesetzgebungszielen HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012, S. XL–XLI; siehe auch HORST EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., Tübingen 2015, S. 273–274.

⁴² RETO JACOBS, Marktwirtschaftlicher Umweltschutz aus rechtlicher Sicht, Zürich 1997, S. 12–23; vgl. REINER EICHENBERGER, Wirklich liberal ist wirksamer, Finanz und Wirtschaft vom 24. August 2019, S. 3. Internalisierung bedeutet die Berücksichtigung der Effekte eigener Handlungen durch die ökonomischen Akteure.

⁴³ Zum Gesagten siehe BRUNETTI (Anm. 31), S. 175–176.

⁴⁴ MICHAEL FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl., München 2018, S. 105. Kaum ein Unternehmen wird seine Praktiken ändern, wenn das Risiko einer verminderten Wettbewerbsfähigkeit besteht, weil die Konkurrenz nicht mitzieht.

⁴⁵ WATTER/SPILLMANN (Anm. 30), S. 101.

Wirtschaftsentwicklung genau verfolgen, um das korrekte Mass der Preisverzerrung zu ermitteln. Nur so kann er mit einem *verhältnismässigen Eingriff* darauf hinwirken, dass der Preis die tatsächlichen Knappheiten widerspiegelt.⁴⁶ Deshalb wird z.B. in der Umweltpolitik ergänzend mit Standards auf der Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse reguliert, deren Umsetzung den Schutz der Umwelt gewährleisten soll.⁴⁷ Zum anderen sind staatliche Eingriffe nur mit anspruchsvoller *internationaler Koordination* ein wirksames Mittel zur Korrektur von Marktversagen in einem globalisierten Markt.⁴⁸

Demgegenüber bietet Soft Law als Mittel zur Umsetzung von CSR-Anliegen Vorteile. Es ist ein mildes Steuerungsmittel. Es setzt den Unternehmen Anreize, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten.⁴⁹ Der Anwendungsbereich einer Soft Law Regelung ist nicht von vornherein beschränkt auf das Gebiet eines Nationalstaats. Das erlaubt es, international gültige Standards zu setzen und dadurch regulatorische Lücken in einzelnen Ländern zu überbrücken. Ein weiterer Vorteil von Soft Law ist dessen *Flexibilität*. Die Standards können mit wenig Aufwand an neue, z.B. wissenschaftliche, Erkenntnisse angepasst werden und ermöglichen so eine stets verhältnismässige Umsetzung von CSR-Anliegen.

Die Umsetzung von CSR-Anliegen mittels Soft Law ist aber auch mit Nachteilen verbunden. Aufgrund der *fehlenden Durchsetzbarkeit* sind Soft Law-Regeln weniger geeignet als Gesetze, der gesellschaftlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen zum Durchbruch zu verhelfen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht unbefriedigend ist die geringe demokratische Legitimation von Soft Law.⁵⁰ Eine starke Verbreitung von Soft Law führt zu einer Schwächung der demokratischen Repräsentation und Legitimation in der Rechtsetzung.⁵¹ Damit

⁴⁶ Zum Gesagten siehe BRUNETTI (Anm. 31), S. 176–178.

⁴⁷ Zum Gesagten siehe JACOBS (Anm. 42), S. 23–26; vgl. DIETER CANSIER, Umweltökonomie, 2. Aufl., Stuttgart 1996, S. 50–52. Als Beispiel siehe Montrealer Protokoll über Stoffe, die zu einem Abbau der Ozonschicht führen vom 16. September 1987 (Montrealer Protokoll; SR 0.814.021).

⁴⁸ Vgl. WATTER/SPILLMANN (Anm. 30), S. 101. Ein Beispiel dafür ist das Klimaübereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015 (Übereinkommen von Paris; SR 0.814.012) betreffend die Reduktion von Treibhausgasemissionen. Die Kündigung des Abkommens durch die USA Anfang November 2019 (DPA, US-Regierung kündigt Pariser Klimaabkommen, NZZ vom 5. Februar 2019, S. 2) führt zu einer regulatorischen Lücke. Ferner der Bundesrat (Anm. 8), S. 11, betr. die Absicht des Bundes, rechtsverbindliche Massnahmen international abzustimmen.

⁴⁹ Z.B. Anreize zur Internalisierung externer Kosten.

⁵⁰ Vgl. Der Bundesrat, Konsultation und Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law, 26. Juni 2019, <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/57588.pdf> (10. Februar 2020), Anhang 3, der eine Auflistung von zahlreichen parlamentarischen Vorstössen zur Kompetenzordnung von Bundesrat und Parlament in der Aussenpolitik und insb. zum Thema Soft Law enthält; nicht aufgeführt ist Pa.Iv. Vogt (18.466) «Soft Law durch die Bundesversammlung genehmigen lassen» vom 29. November 2018.

⁵¹ Zur Legitimation vgl. bereits THOMAS COTTIER, Die Globalisierung des Rechts, ZBJV 1997, S. 217, S. 229–230; zum Spannungsfeld im deutschen Recht BIRGIT SPIESSHOFER, Corporate Social Responsibility – Rechts-Ordnung «light»? , AnwBl 2016, S. 366, S. 369–370.

verbunden ist eine bevormundende Haltung gegenüber Rechtsstaaten mit einem Rechtsetzungs- bzw. Durchsetzungsdefizit, die nicht zur Verminderung des Defizits beiträgt, sondern den Behörden die Verantwortung zur Gewährleistung eines funktionierenden Rechtsrahmens abnimmt.⁵²

Je nach Regelungsgefäss sind die Vorschriften zur CSR mehr oder weniger geeignet, Marktversagen zu korrigieren. Die Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit gesetzlicher Regelungen bedingt eine verstärkte internationale Kooperation, weil ansonsten regulatorische Lücken entstehen. Dem Vorteil des grösseren Anwendungsbereichs und der Flexibilität von Soft Law steht der Nachteil des fehlenden Durchsetzungsmechanismus gegenüber.

B. Die Berichterstattungspflicht als Korrekturmittel im Besonderen

1. Empirische Erkenntnisse

Die Berichterstattungspflicht scheint die Vorteile von gesetzlicher Regulierung und Soft Law bzw. Selbstregulierung zu verbinden.⁵³ Anhand der EU-Richtlinie über nichtfinanzielle Berichterstattung⁵⁴ bzw. anhand entsprechender nationaler Umsetzungsgesetze wird im Folgenden die Wirkungsweise einer Berichterstattungspflicht aufgezeigt. Die These ist, dass eine Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung bei den betroffenen Unternehmen unmittelbar zu mehr Transparenz hinsichtlich der Auswirkungen der Geschäftstätigkeit führt und mittelbar zu einer *Reduktion allfälliger nachteiliger Auswirkungen* auf Gesellschaft und Umwelt.⁵⁵

Gemäss empirischen Erkenntnissen zum ersten Berichtsjahr 2017 führt die Berichterstattungspflicht wenig überraschend zu mehr Transparenz betreffend CSR. In einer Studie wurde das Ausmass der nichtfinanziellen Transparenz von über 1000 Unternehmen in

⁵² Zu dieser Grundaufgabe des Staates siehe Der Bundesrat (Anm. 8), S. 6, 11 Anm. 32.

⁵³ Vgl. GREGORY JACKSON et al., Mandatory Non-financial Disclosure and Its Influence on CSR: An International Comparison, *J. Bus. Ethics* 2019, <https://doi.org/10.1007/s10551-019-04200-0> (10. Februar 2020), S. 1, S. 4 m.w.H.; REINHARD STEURER, Disentangling governance: a synoptic view of regulation by government, business and civil society, *Policy Science* 2013, S. 387, S. 401, der eine Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung als hybride Form von Regulierung qualifiziert, weil sie ihre Steuerungswirkung erst im Zusammenspiel mit Marktdruck entfaltet.

⁵⁴ Siehe oben Anm. 14. Im Unterschied zur Nachhaltigkeitsberichterstattung müssen Auswirkungen im Rahmen nichtfinanzieller Berichterstattung erst erwähnt werden, wenn sie zugleich wesentlich für den Geschäftsverlauf des Unternehmens sind. Siehe hierzu JOSEF BAUMÜLLER/MICHAELA-MARIA SCHAFFHAUSER-LINZATTI, In Search of Materiality for Nonfinancial Information, *SMF* 2018, S. 101, S. 107.

⁵⁵ Z.B. mit einer Internalisierung externer Kosten (siehe oben III.A).

Deutschland, Schweden und Österreich untersucht.⁵⁶ Es wurde analysiert, inwieweit die Berichte Informationen zu knapp 70 nichtfinanziellen Leistungsindikatoren, namentlich gemäss Global Reporting Initiative (GRI)⁵⁷ und United Nations Global Compact (UNGC)⁵⁸, enthalten.⁵⁹

Je nach Land erstatteten zwischen rund 65 und 82 Prozent der pflichtigen Unternehmen effektiv Bericht über nichtfinanzielle Aspekte.⁶⁰ Die berichtenden Unternehmen in Schweden legten im Durchschnitt in allen Bereichen mehr Informationen offen als diejenigen in Deutschland. In den Bereichen *Korruptionsbekämpfung* und *Geschlechtergleichstellung* war die Informationsdichte zufriedenstellend bis hoch. Tendenziell weniger Angaben enthielten die Berichte zu den Themen Umweltschutz sowie Arbeitssicherheit und in Deutschland zum Thema Menschenrechtsschutz.⁶¹

Insbesondere im Bereich *Umweltschutz* zeigt die Studie eine unterschiedliche Dichte an Informationen in den Berichten. Zwar gingen beispielsweise ca. 75 % bzw. 83 % der berichtenden Unternehmen in irgendeiner Form auf Treibhausgase ein.⁶² Allerdings konnte nur rund ein Drittel bzw. zwei Fünftel der berichterstattenden Unternehmen ihre Bemühungen mit Zahlen zum direkten Ausstoss von Treibhausgasen belegen.⁶³ Noch weniger Unternehmen konnten die Entwicklung der direkten Emissionen gegenüber 2016 darlegen. Immerhin liess sich bei Letzteren sowohl in Deutschland als auch in Schweden eine Reduktion

⁵⁶ CHRIS N. BAYER et al., A New Responsibility for Sustainability: Corporate Non-Financial Reporting in Germany, Reichenau DE 2019; CHRIS N. BAYER et al., A New Responsibility for Sustainability: Corporate Non-Financial Reporting in Sweden, Reichenau DE 2019; vgl. CHRIS N. BAYER/JUAN IGNACIO IBAÑEZ/JIAHUA XU, A New Responsibility for Sustainability: Corporate Non-Financial Reporting in Austria, Reichenau DE 2019 zum Jahr 2018.

⁵⁷ <https://www.globalreporting.org> (10. Februar 2020).

⁵⁸ <https://www.unglobalcompact.org/> (10. Februar 2020).

⁵⁹ Vgl. Art. 29a Abs. 1 lit. e CSR-Richtlinie (Anm. 14), § 289c Abs. 3 Ziff. 5 HGB (Handelsgesetzbuch, BGBl. III/FN 4100-1); ein Leistungsindikator ist z.B. die Menge direkt ausgestossener Treibhausgase (GRI Disclosure Nr. 305-1; UNGC Principle Nr. 8).

⁶⁰ Vgl. BAYER et al., Germany (Anm. 56), S. 14; DIES., Sweden (Anm. 56), S. 16, mit dem Hinweis, dass einige Unternehmen auf den Konzernbericht verwiesen; vgl. die höhere Quote in Österreich bei BAYER/IBAÑEZ/XU (Anm. 56), S. 16–17, die allerdings auf Daten von 2018 basiert und deshalb nicht vergleichbar ist.

⁶¹ Zum Gesagten vgl. BAYER et al., Germany (Anm. 56), S. 1; DIES., Sweden (Anm. 56), S. 1; vgl. zum Jahr 2018 in Österreich BAYER/IBAÑEZ/XU (Anm. 56), S. 1.

⁶² BAYER et al., Germany (Anm. 56), S. 23 (75 %); DIES., Sweden (Anm. 56), S. 25 (83 %); vgl. zum Jahr 2018 in Österreich BAYER/IBAÑEZ/XU (Anm. 56), S. 30 (86 %).

⁶³ BAYER et al., Germany (Anm. 56), S. 32 (32,9 %); DIES., Sweden (Anm. 56), S. 42 (41,63 %); vgl. zum Jahr 2018 in Österreich BAYER/IBAÑEZ/XU (Anm. 56), S. 41 (46 %).

der Treibhausgasemissionen um 0,41 % bzw. um 2,56 % von 2016 bis 2017 feststellen.⁶⁴ Eine leicht höhere Anzahl Unternehmen hat sich für die Zukunft Emissionsziele gesetzt.⁶⁵

Gemäss einer jüngeren Studie zur nichtfinanziellen Berichterstattung in Deutschland und Italien steigert die Berichterstattungspflicht neben der Quantität auch die *Qualität der CSR-Berichterstattung*.⁶⁶ Die Qualität bemisst sich gemäss der Studie anhand von 20 Indikatoren zur Verfügbarkeit und Glaubwürdigkeit der nichtfinanziellen Berichterstattung sowie zu deren strategischen Verankerung im Unternehmen. Die nach der Einführung der Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung offengelegten Daten seien insgesamt besser überprüfbar als die zuvor veröffentlichten Informationen und in grösserem Masse Teil einer CSR-Unternehmensstrategie.⁶⁷

Es ist allerdings umstritten, ob die Einführung einer Berichterstattungspflicht tatsächlich zu einer stärkeren gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen führt. Eine vor Kurzem veröffentlichte Studie zur CSR-Berichterstattung betreffend soziale Aspekte in OECD-Ländern mit bzw. ohne Berichterstattungspflicht kam zu gemischten Ergebnissen.⁶⁸ Eine Berichterstattungspflicht fördere zum einen die CSR-Aktivitäten von Unternehmen und trage zum Abbau von Informationsdefiziten in diesem Bereich bei. Zum anderen führe eine Berichterstattungspflicht nicht automatisch zu einer Reduktion unverantwortlicher Geschäftstätigkeit.⁶⁹

⁶⁴ Zum Gesagten siehe BAYER et al., Germany (Anm. 56), S. 34 (Grundlage: 71 Unternehmen); DIES., Sweden (Anm. 56), S. 43 (Grundlage: 82 Unternehmen); vgl. zur Reduktion von 2017 bis 2018 in Österreich BAYER/IBAÑEZ/XU (Anm. 56), S. 43 (86 %; Grundlage: 29 Unternehmen).

⁶⁵ BAYER et al., Germany (Anm. 56), S. 34 (73 Unternehmen); DIES., Sweden (Anm. 56), S. 44 (Grundlage: 95 Unternehmen); vgl. die geringere Zahl zum Jahr 2018 in Österreich bei BAYER/IBAÑEZ/XU (Anm. 56), S. 44 (11 Unternehmen).

⁶⁶ GIORGIO MION/CRISTIAN R. LOZA ADAUI, Mandatory Nonfinancial Disclosure and Its Consequences on the Sustainability Reporting Quality of Italian and German Companies, Sustainability 2019, Ausgabe 11, <https://doi.org/10.3390/su11174612> (10. Februar 2020), S. 12, 17–19. Es wurde die Nachhaltigkeitsberichterstattung von 70 Gesellschaften (30 aus dem Deutschen Aktienindex, 40 aus dem italienischen Leitindex FTSE MIB) aus den Jahren 2016 und 2017 miteinander verglichen.

⁶⁷ Zum Gesagten siehe MION/LOZA ADAUI (Anm.66), S. 9–12 (Methodik), 14–16 (Resultate).

⁶⁸ Die Studie von JACKSON et al. (Anm. 53), 1–14, basiert auf Daten aus der Thomson Reuters ASSET4 ESG Datenbank. Diese umfasst nichtfinanzielle Informationen in den Bereichen Umwelt, Soziales und Unternehmensführung. Die Studie vergleicht die besagten Daten börsenkotierter Unternehmen aus 24 OECD-Ländern im Zeitraum von 2002–2014, darunter Länder, die bereits in diesem Zeitraum eine Berichterstattungspflicht einführen (Dänemark, Vereinigtes Königreich) oder bereits kannten (Frankreich).

⁶⁹ Zum Gesagten siehe JACKSON et al. (Anm. 53), 12–13. Zur Erfassung unverantwortlicher Geschäftstätigkeit wurden öffentliche Kontroversen und regulatorische Sanktionen in unterschiedlichen Bereichen (z.B. Gesundheit und Sicherheit) bewertet.

2. Diskussion der Befunde

Es lässt sich aus den ausgewählten Studien für die rechtswissenschaftliche Diskussion zweierlei ableiten. Erstens hat die Einführung der Berichterstattungspflicht in der EU die Relevanz, Konsistenz und *Vergleichbarkeit* der von bestimmten grossen Unternehmen offengelegten nichtfinanziellen Informationen erhöht.⁷⁰ Die Unternehmen müssen sich bei der Berichterstattung an nichtfinanzielle Leistungsindikatoren in internationalen Richtlinien halten. Das macht die offengelegten Informationen konsistent und vergleichbar. Vergleichbare Informationen sind die Grundlage für eine verhältnismässige Steuerung allfälliger nachteiliger Auswirkungen unternehmerischer Tätigkeit.

Zweitens gibt es Indizien, dass die Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung indirekt zu einer *Reduktion nachteiliger Auswirkungen* der Geschäftstätigkeit auf Gesellschaft und Umwelt beiträgt. Die Studie von JACKSON et al., in der kein solcher Zusammenhang ermittelt wurde, beschränkt sich auf soziale Indikatoren und lässt mitunter die schwer messbaren Auswirkungen auf die Umwelt ausser Acht. Ausserdem untersucht sie – im Gegensatz zur Studie von BAYER et al. – nicht die Auswirkungen der auf die EU-Richtlinie zurückgehenden Berichterstattungspflichten. Die Studie von BAYER et al. hält den aktuellen Stand der Berichterstattung und die Vergleiche einzelner CSR-Leistungsindikatoren gegenüber dem Jahr vor der Einführung der Berichterstattungspflicht fest. Dabei zeigt sich anhand verschiedener Beispiele eine stärkere gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen.⁷¹ Die Kausalität zwischen der Berichterstattungspflicht und der Reduktion ist damit aber noch nicht bewiesen. Es fehlen Angaben zu den Gründen der Reduktion. Deshalb muss an dieser Stelle die Annahme genügen, dass mehr Transparenz Anreize schafft, dass sich Unternehmen in einem gut informierten und somit effizienten Markt um eine Reduktion negativer Auswirkungen auf die Gesellschaft bemühen und wahrheitsgemäss darüber berichten.⁷² Die weiteren Erfahrungen mit der Berichterstattungspflicht in der EU werden zeigen, ob sich diese Annahme bestätigt.

⁷⁰ Vgl. die Zielsetzung der CSR-Richtlinie (Anm. 14), E. 21.

⁷¹ Z.B. anhand der Reduktion von Treibhausgasemissionen (siehe oben Anm. 64) oder einer Steigerung des Aufwands im Bereich Recycling (BAYER et al., Sweden [Anm. 56], S. 50).

⁷² Vgl. VON DER CRONE/HOCH (Anm. 13), S. 43; zur Informationsineffizienz und Kapitalallokation RUFFNER (Anm. 32), S. 394–396; krit. DAVID HESS, *The Transparency Trap*, Am. Bus. Law J. 2019, S. 5, S. 41–42 m.w.H.

IV. Nichtfinanzielle Berichterstattung in der Schweiz *de lege ferenda*

Die beschriebene Rechtsentwicklung im Bereich CSR ist nicht von rein akademischem Interesse, sondern betrifft massgeblich die *Leitungsorgane von Gesellschaften* und insb. die Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften. Nach geltendem Recht gibt es in der Schweiz keine Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung. Börsenkotierte Gesellschaften können sich gegenüber der Börse freiwillig zu einer Nachhaltigkeitsberichterstattung gemäss einem international anerkannten Standard⁷³ verpflichten.⁷⁴ Daneben veröffentlichen wohl mehr als 100 weitere Gesellschaften einen Nachhaltigkeitsbericht nach eigenen Kriterien.⁷⁵ Aufgrund der geringen Verbreitung dieser Praxis und mangels Vergleichbarkeit dürften die Auswirkungen dieser Form von Berichterstattung allerdings gering sein.

Angesichts der laufenden Gesetzgebungsarbeiten im Zusammenhang mit dem indirekten Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative⁷⁶ und der Absicht des Bundesrats i.S. Nachhaltigkeitsberichterstattung ist die Einführung einer Berichterstattungspflicht analog der CSR-Richtlinie auch in der Schweiz wahrscheinlich.⁷⁷ Deshalb wird in der Folge auf ausgewählte potenzielle Auswirkungen auf Gesetz und Unternehmenspraxis hingewiesen.

- *Neue Umschreibung des Gesellschaftsinteresses?* Der Verwaltungsrat hat im Rahmen seiner Treuepflicht für die nachhaltige Steigerung des Unternehmenswerts zu sorgen.⁷⁸ Man könnte argumentieren, eine Berichterstattungspflicht zur CSR verpflichte die Lei-

⁷³ Dazu gehören die GRI, der Standard des SASB, der UNGC und die EPRA sBPR. Siehe hierzu SIX Exchange Regulation, Von SIX Exchange Regulation anerkannte internationale Standards/Regelwerke zur Nachhaltigkeitsberichterstattung, Juni 2017, <https://www.six-exchange-regulation.com/dam/downloads/publication/obligations/guidelines/standards-sustainability-de.pdf> (10. Februar 2020).

⁷⁴ Art. 9 RLCG i.V.m. Art. 9 Ziff. 2.03 RLRMP. Die BX Swiss hat keine entsprechende Regelung.

⁷⁵ Vgl. SABINE KRAUS/DANIELA MÜHLENBERG-SPITZ, Tue Gutes und schreib' darüber, kmuRundschau 3/2017, S. 86, S. 86–87 m.H. auf eine Studie zu an der SIX kotierten Unternehmen; beispielhaft F. Hoffmann-La Roche AG, Geschäftsbericht 2018, Basel 2019, S. 4; ABB AG, Annual Report 2018, Zürich 2019, S. 26.

⁷⁶ Siehe oben I Anm. 2.

⁷⁷ Vgl. Art. 961e E-OR N 2018; Art. 964^{bis} ff. E-OR S 2019; Der Bundesrat (Anm. 1). Dieser Beitrag berücksichtigt die parlamentarischen Beratungen bis zum 10. Februar 2020. Die in der Sommersession 2018 vom Nationalrat verabschiedeten Gesetzesbestimmungen werden mit der Abkürzung «E-OR N 2018» ausgewiesen (vgl. AB 2018 N 1089 ff.). Die in der Wintersession 2019 vom Ständerat verabschiedeten Bestimmungen werden mit der Abkürzung «E-OR S 2019» ausgewiesen (vgl. AB 2019 S. 1212 ff.), die Anträge der Mehrheit der RK-S im Hinblick auf die Wintersession 2019 mit der Abkürzung «E-OR RK-S 2019».

⁷⁸ Zum Begriff Gesellschaftsinteresse siehe SOMMER (Anm. 25), S. 36–58 m.w.H.

tungsorgane von Gesellschaften mit Unternehmen mittelbar, nichtfinanzielle Ziele stärker als bisher zu gewichten.⁷⁹ Das ist m.E. nicht zutreffend. Eine zur CSR-Richtlinie analoge Berichterstattungspflicht würde auch im schweizerischen Recht am Rechnungslegungsrecht bzw. punktuell an den Aufgaben des Verwaltungsrats anknüpfen.⁸⁰ Die grundlegenden Bestimmungen zur Treuepflicht des Verwaltungsrats (Art. 717 OR) und zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) blieben unangetastet.⁸¹ Bereits aus gesetzessystematischen Überlegungen würde eine Berichterstattungspflicht deshalb nicht zu einer Umdeutung des Gesellschaftsinteresses führen. Der Verwaltungsrat hätte sich stets in erster Linie an der nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts zu orientieren. In diesem Rahmen ist die Berücksichtigung von CSR-Anliegen indes nicht ausgeschlossen bzw. könnte im Falle einer Berichterstattungspflicht aufgrund der stärkeren Transparenz gar geboten sein zur Steigerung des Unternehmenswerts.⁸²

- *Anwendungsbereich:* Der persönliche Anwendungsbereich der Berichterstattungspflicht würde wohl rechtsformunabhängig ausgestaltet und an der wirtschaftlichen Bedeutung eines Unternehmens anknüpfen.⁸³ Nicht nur Aktiengesellschaften können Trägerinnen von Unternehmen mit entsprechenden Auswirkungen sein. Auch die Börsenkotierung dürfte nicht entscheidend sein. Sie ist höchstens ein Anhaltspunkt für die wirtschaftliche Grösse und somit die Erheblichkeit der Auswirkungen. In örtlicher Hinsicht wäre die Pflicht auf in der Schweiz domizilierte Gesellschaften beschränkt. Der Umfang der Berichterstattung dürfte sich aber auch auf andere Unternehmen innerhalb eines Konzerns mit Sitz in der Schweiz im In- und Ausland erstrecken.⁸⁴
- *Pflichten des Leitungsorgans:* Die Leitungsorgane der betroffenen Gesellschaften müssten anhand bestimmter Leistungsindikatoren offenlegen, welche Auswirkungen die unternehmerische Tätigkeit auf Gesellschaft und Umwelt hat und ggf. welche Bemühungen zur Reduktion negativer Auswirkungen sie getroffen haben. Es ist deshalb zu empfehlen, dass sich Leitungsorgane frühzeitig mit den Standards zur nichtfinanziellen Berichterstattung vertraut machen. In Bezug auf die Reduktion allfälliger nachteiliger

⁷⁹ Zum deutschen Recht vgl. PETER HOMMELHOFF, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse, in: Reinhard Bork/Godehard Kayser/Frank Kebekus, Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 291, S. 298; a.M. FLEISCHER (Anm. 3), S. 31.

⁸⁰ Denkbar erscheint eine Regelung analog Art. 961e E-OR N 2018, bzw. Art. 964^{bis} E-OR S 2019.

⁸¹ Siehe gar den Haftungsausschluss in Art. 759a E-OR N 2018, bzw. Art. 759a E-OR S 2019.

⁸² Noch stärker wäre der Anreiz zur Berücksichtigung von CSR-Anliegen im Falle einer Haftungsregelung analog Art. 55a E-OR RK-S 2019. Diese wurde im Ständerat aber verworfen (siehe AB 2019 1232 ff.).

⁸³ Vgl. Art. 716a^{bis} Abs. 3 E-OR N 2018: Bilanzsumme von CHF 40 Mio., Umsatzerlös von CHF 80 Mio., 500 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt; Art. 964^{bis} Abs. 1 E-OR S 2019 mit einem etwas engeren Anwendungsbereich.

⁸⁴ Sofern sie kontrollierte Unternehmen i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR sind (vgl. Art. 716a^{bis} Abs. 3 und 5 E-OR N 2018, bzw. Art. 964^{bis} Abs. 1 E-OR S 2019).

Auswirkungen ist die Berichtserstattungspflicht eine *obligation de moyens*.⁸⁵ Sie verlangt mit anderen Worten ein sorgfältiges Tätigwerden, nicht aber das Erreichen bestimmter Ziele im Bereich CSR. Demnach würde eine reine Berichtserstattungspflicht die Haftung in diesem Punkt nicht erweitern. Anders verhielte es sich bei der Einführung einer Sorgfaltsprüfungspflicht, wie sie in den zur Diskussion stehenden indirekten Gegenentwürfen zur KVI vorgesehen ist.⁸⁶

V. Fazit

CSR ist heute aus der Unternehmenspraxis und der rechtswissenschaftlichen Diskussion kaum mehr wegzudenken. Dabei wird der *ökonomische Hintergrund* oft vernachlässigt. Mit Anliegen der CSR wird mitunter versucht, die ineffiziente Allokation knapper Güter (z.B. saubere Umwelt) zu korrigieren, indem die Verursacher namentlich zur Übernahme externer Kosten veranlasst werden. Vor dem Hintergrund der Globalisierung und der Grenzen nationalstaatlicher Regulierung wird dabei zunehmend auf Soft Law zurückgegriffen.⁸⁷

Weil Soft Law-Regeln mangels Durchsetzbarkeit weniger geeignet zur Steuerung von Rechtssubjekten sind als Gesetze, sind die Mitgliedstaaten der EU dazu übergegangen, Unternehmen mit einer *Berichtserstattungspflicht* zu mehr Transparenz im Bereich CSR zu verpflichten. Aus den Erfahrungen im Ausland kann für die rechtswissenschaftliche Diskussion in der Schweiz zweierlei abgeleitet werden: Erstens steigert die Berichtserstattungspflicht die Relevanz, Konsistenz und Vergleichbarkeit der von den Unternehmen offengelegten nichtfinanziellen Informationen. Die dadurch geschaffene Transparenz ist die Grundlage zur Vermeidung unverhältnismässiger Regulierung. Zweitens gibt es Indizien, dass die Pflicht zur nichtfinanziellen Berichtserstattung indirekt zu einer Reduktion nachteiliger Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Gesellschaft und Umwelt beiträgt.⁸⁸ Die Tendenz zur Einführung einer CSR-Berichtserstattungspflicht kann folglich vorsichtig als *gesetzgeberische Innovation* im Bereich des Handelsrechts bezeichnet werden, weil sie eine

⁸⁵ Vgl. Art. 716a^{bis} E-OR; zum deutschen Recht vgl. BERRIT ROTH-MINGRAM, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, NZG 2015, S. 1341, S. 1344.

⁸⁶ Vgl. Art. 55 Abs. 1^{bis} i.V.m. Art. 716a^{bis} E-OR N 2018, die eine Haftung mit Sorgfalts- oder Entlastungsbeweismöglichkeit vorsehen, diese allerdings in Bezug auf Lieferanten ausschliessen und auf den Schaden an Leib und Leben oder Eigentum begrenzen; Art. 964^{ter} E-OR S 2019, der zwar zumindest keine ausdrückliche Haftung vorsieht, gemäss dem die Berichte aber neben den Themen Menschenrechte und Umwelt Aufschluss über weitere Themen geben müssen. Siehe ferner Art. 964g ff. E-OR S 2019 betr. Rohstoffunternehmen. Die Sorgfaltsprüfungspflichten im Beschluss des Ständerates sind somit weniger konkret.

⁸⁷ Zum Ganzen siehe oben II, III.A.

⁸⁸ Zum Ganzen siehe oben III.B.

neuartige Lösung für ein Problem verspricht.⁸⁹ Sie kombiniert die Vorteile von gesetzlicher Regulierung (Durchsetzbarkeit) und Soft Law (Flexibilität). Die weiteren Erfahrungen mit der Berichterstattungspflicht in der EU werden zeigen, ob sich die Indizien zur Wirksamkeit der Berichterstattungspflicht zu einem empirischen Befund verdichten.

Auch in der Schweiz zeichnet sich die Einführung einer Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung ab. Im Hinblick auf die künftigen Gesetzgebungsarbeiten ist abschliessend eine rechtspolitische Bemerkung angebracht. Eine über die Regelung in der EU hinausgehende Sorgfaltspflicht inkl. Haftungsbestimmung im schweizerischen Recht ist m.E. nicht erforderlich. Bereits eine Pflicht zur Berichterstattung dürfte eine angemessene Wirkung haben und aufzeigen, wo regulatorische Lücken bestehen. Letztere können dann im Rahmen besonderer Gesetze mit entsprechendem Zweck, z.B. zum Umweltschutz, adressiert werden. Von einem *gesetzgeberischen Alleingang* mit einer über die Berichterstattungspflicht in der EU hinausgehenden Regulierung ist deshalb abzusehen. Vielmehr ist es ratsam, rechtsverbindliche Massnahmen im Bereich CSR international abzustimmen. Nur auf diese Weise werden auch die Staaten mit einem Gesetzgebungs- bzw. Durchsetzungsdefizit in die Pflicht genommen werden, einen funktionierenden Rechtsrahmen zu gewährleisten, innerhalb dessen sich Unternehmen mit Rücksicht auf Gesellschaft und Umwelt entfalten können.

⁸⁹ Zur Bedeutung des Begriffs Innovation siehe oben I Anm. 6.