



Rolf Watter / Till Spillmann\*

## Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften



### Inhaltsverzeichnis

- A. Einleitung
- B. Definition des Terminus Corporate Social Responsibility
- C. Ökonomische Grundlagen – Marktversagen als der eigentliche Ursprung der CSR Diskussion
  - I. Marktversagen als Ursache der CSR Debatte?
    - 1. Durch Umweltemissionen betroffene Anspruchsgruppen
    - 2. Anspruchsgruppe der Arbeitnehmer
    - 3. Anspruchsgruppe der Aktionäre
  - II. Korrekturmechanismen bei Marktversagen
  - III. Fazit
- D. Rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility
  - I. Unternehmen als soziale Wesen?
  - II. Normativer Handlungsrahmen des Verwaltungsrates
    - 1. Gesetz und Gesellschaftszweck
    - 2. Pflichten des Verwaltungsrates
    - 3. Rechtsfolgen
- E. Schlussfolgerungen
  - I. Vom Umgang mit Marktversagen
  - II. Leitplanken für den Verwaltungsrat

### A. Einleitung

Nachdem in den 1990er Jahren die gesellschaftliche, wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Diskussion um den Begriff und das Konzept des *shareholder value* und dessen Antipode *stakeholder value* geführt wurde<sup>1</sup>, ausgangs des Jahrzehnts und anfangs des neuen Jahrtausends die Debatte hauptsächlich um Corporate Govern-

nance kreiste<sup>2</sup>, gewinnt seit geraumer Zeit der Terminus Corporate Social Responsibility (CSR) (wieder<sup>3</sup>) an Bedeutung in der Frage guter Unternehmensführung.<sup>4</sup>

Diese neue Entwicklung ist (unter anderem<sup>5</sup>) vor folgendem Hintergrund zu sehen: Multinationale Unternehmen sind Treiber der Globalisierung, diese schafft die Voraussetzungen für vertieften internationalen Handel und Warenverkehr, was wiederum zu immer bedeutenderen weltweit tätigen Konzernen führt. Gemäss einer Studie des *Institute for Policy Studies* setzten sich die 100 weltweit grössten Finanzhaushalte gemessen am Umsatz von Firmen bzw. dem Bruttoinlandprodukt (BIP) von Staaten im Jahr 2000 aus 51 Unternehmens- und 49 Staatshaushalten zusammen.<sup>6</sup> So betrachtet war General Motors grösser als Dänemark, Nestlé grösser als Ungarn.<sup>7</sup> Aufgrund dieser Bedeutungszunahme der internationalen Unternehmen wird von Globalisierungsgegnern (teilweise aber auch von -befürwortern) gefordert, Unternehmen hätten sich in ihrem gesamten

\* Prof. Dr. iur. Rolf Watter, Rechtsanwalt, LL.M. und Dr. iur. Till Spillmann, Rechtsanwalt, beide Bär & Karrer, Zürich.

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler etwa PETER FORSTMOSER, Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung, in: Kiesow/Ogorek/Simitis (Hrsg.), Summa – Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, 207 ff., 210 ff. Die Diskussion wurde letztlich schon in den frühen 60er Jahren insbesondere zwischen ROLF BÄR und WALTER SCHLUEP im Rahmen der Typus-Diskussion der Aktiengesellschaft ausgetragen. Der typologische Ansatz stellte die Interessen des typischen Aktionärs (langfristig und gewinnstrebend) in den Vordergrund, und seine Vertreter postulierten eine diesem Aktionär entsprechende, eben typengerechte, Auslegung des Aktienrechts, wogegen der sogenannte antitypologische Ansatz das Unternehmensinteresse (welches auch überindividualistische und transpersonale Werte beinhaltet) als Ausgangspunkt für die Interessenabwägung favorisierte (vgl. dazu TILL SPILLMANN, Institutionelle Investoren im Recht der (echten) Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich 2004 (= SSHW 232), 148 ff., mit weiteren Hinweisen).

<sup>2</sup> Vgl. ausführlich zur Corporate Governance Diskussion GION GIGER, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 2003 (= SSHW 224); ferner PETER FORSTMOSER, Corporate Governance in der Schweiz – besser als ihr Ruf, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl (Hrsg.), Corporate Governance – Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zürich/Basel/Genf 2002, 15 ff.; SPILLMANN (FN 1), 196 ff.

<sup>3</sup> Literatur zur Corporate Social Responsibility kann bis in die 1930er Jahre zurückverfolgt werden (vgl. dazu insbesondere ARCHIE B. CARROLL, Corporate Social Responsibility – Evolution of a Definitional Construct, *Business & Society*, Vol. 38 No. 3, September 1999, 268 ff., mit weiteren Hinweisen).

<sup>4</sup> Vgl. dazu etwa die Beiträge von PETER FORSTMOSER, Herzensanliegen oder Feigenblatt, *NZZ* v. 6. Januar 2005, 25; PETER ZOLLINGER, Gesellschaftliche Erwartungen sind ernst zu nehmen, *NZZ* v. 6. Januar 2005, 25; BEAT GYGI, Nachhaltigkeit contra Milton Friedman, *NZZ* v. 24./25. Januar 2004, 19.

<sup>5</sup> Der weltweite Einbruch der Börsen nach dem Platzen der Internetblase kombiniert mit verschiedenen Unternehmensskandalen führten in der breiten Öffentlichkeit zu einer Desavouierung des *shareholder value* Gedankens.

<sup>6</sup> Vgl. dazu SARAH ANDERSON/JOHN CAVANAGH, The Rise of corporate global power – Top 200, Dezember 2000 (<[http://www.ips-dc.org/downloads/Top\\_200.pdf](http://www.ips-dc.org/downloads/Top_200.pdf)>, 31.07.2006), 3.

<sup>7</sup> Vgl. dazu ANDERSON/CAVANAGH (FN 6), 9.

(weltweiten) Geschäftsgebaren sozial<sup>8</sup> verantwortlich zu verhalten.<sup>9</sup>

Die Unternehmen haben aufgrund dieser Diskussion (und wohl generell unter öffentlichem Druck) begonnen, ihre Berichterstattung um soziale Faktoren zu erweitern,<sup>10</sup> entweder in der Form von CSR Reports oder mittels Zusatzinformationen im Corporate Governance Bericht. Auch auf Investorenebene wird vermehrt diskutiert, ob soziale, ökologische und ethische Kriterien in den Investmentprozess integriert werden sollen.<sup>11</sup> Endlich unternehmen die Informationsintermediäre<sup>12</sup>, also die Börsen<sup>13</sup>, aber auch Analysten, Ratingagenturen und andere Interessenverbände Anstrengungen, um die Informationslage betreffend das Verhalten der Unternehmen in Bezug auf diese Kriterien zu verbessern.<sup>14</sup> Des Weiteren haben sich in der Schweiz die verschiedensten Plattformen, Netzwerke und Initiativen gebildet, welche sich zum Ziel gesetzt haben, fokussiert auf die verschiedenen Bereiche der CSR, den Dialog unter den Unternehmen und den verschiedenen *stakeholders* zu fördern.<sup>15</sup> Schliesslich bestehen unzählige

Verhaltensstandards, Regelwerke und Initiativen, welche beabsichtigen, das Verhalten der Unternehmen auf einen Minimalstandard zu bringen, welcher über der reinen Gesetzeseinhaltung liegt, und die Informationslage über die Unternehmen zu verbessern.<sup>16</sup>

Der vorliegende Artikel setzt sich zum Ziel, die Thematik in ihrer rechtlichen Dimension zu erfassen und beinhaltet insbesondere den Versuch, dem Verwaltungsrat bzw. der Unternehmensspitze von Schweizer Aktiengesellschaften Leitlinien zu geben, bzw. die Leitplanken abzustecken, innerhalb derer CSR-Konzepte übernommen werden können.

Dazu soll der Begriff «Corporate Social Responsibility» im Folgenden vorerst definiert werden (B), um dann nach möglichen Ursachen der CSR Diskussion zu suchen (C) und das CSR Konzept aus einer juristischen Warte zu analysieren (D). Im letzten Teil werden Schlussfolgerungen gezogen und insbesondere konkrete Leitplanken für den Verwaltungsrat formuliert (E).

## B. Definition des Terminus Corporate Social Responsibility

Um das CSR-Konzept aus rechtlicher Sicht analysieren und beurteilen zu können, gilt es vorerst, eine Begriffsbestimmung vorzunehmen, dies auch vor dem Hintergrund, dass eine Vielzahl von Termini wie etwa (*corporate sustainability*, *corporate citizenship*, *business ethics theory*, (*corporate*) *social performance*, *triple bottom line* oder *stakeholder*-Ansatz kursiert, welche im näheren und weiteren Zusammenhang mit CSR in Fachliteratur und Fachpresse Erwähnung finden.

Das CSR Konzept ist keineswegs eine Errungenschaft der letzten Jahre, sondern vielmehr schon seit Jahrzehnten – wenn auch unterschiedlich prominent – Teil

<sup>8</sup> Das Wort «sozial» kommt vom lateinischen «socialis» und bedeutet «gemeinschaftlich». Es umfasst alles, was mit der Gemeinschaft zusammenhängt und sie betrifft. Soziales Handeln ist Handeln, das auf Andere bezogen ist und aus der Sicht des Akteurs als sinnvoll erachtet wird. «Unsozial» ist, wer auf die Gemeinschaft keine Rücksicht nimmt, und «asozial», wer die Gemeinschaft schädigt. Sozial wird in der CSR Diskussion denn auch in diesem weiteren Sinne verstanden und umfasst somit auch ökologische und ethische Kriterien.

<sup>9</sup> Vgl. für einen Überblick über die Ursprünge des CSR Konzeptes etwa ISO Advisory Group on Social Responsibility, Working Report on Social Responsibility, April 2004, <<http://www.iso.org>>, 31.07.2006, zitiert: ISO WORKING REPORT, 2 ff.

<sup>10</sup> Vgl. zum Nachhaltigkeitsreporting etwa HANS CASPAR VON DER CRONE/MARIEL HOCH, Nachhaltigkeit und Nachhaltigkeitsreporting, AJP 1/2002, 40 ff.; für eine Übersicht dieser Entwicklung etwa KPMG International Survey of Corporate Responsibility Reporting 2005, insbesondere 9 ff., abrufbar unter <<http://www.kpmg.ch>>, 31.07.2006. Von den im SMI vertretenen Publikumsgesellschaften haben im 2005 bereits rund 2/3 CSR spezifische Informationen publiziert.

<sup>11</sup> Vgl. dazu etwa PHILIP COGGAN, Big investors want SRI research, Financial Times – Fund Management v. 18. Oktober 2004, 1.

<sup>12</sup> Vgl. zu den Analysten als Informationsintermediäre JEAN-MARC SCHALLER, Finanzanalysten-Recht: die Berufstätigkeit der Finanzanalysten im Rahmen des Privat-, Straf- und Aufsichtsrechts, Diss. Zürich 2004 (= SSB 79), 5 N 2.

<sup>13</sup> Hierzu sei etwa das Beispiel der London Stock Exchange genannt, welche mit ihrer Corporate Social Responsibility Exchange eine Plattform für den Austausch von CSR Informationen geschaffen hat (<<http://www.londonstockexchange.com/en-gb/products/irs/cre>>, 31.07.2006).

<sup>14</sup> Vgl. dazu etwa die Global Reporting Initiative (<<http://www.globalreporting.org>>, 31.07.2006; vgl. zu dieser etwa VON DER CRONE/HOCH (FN 10), 47 ff.); des Weiteren etwa die Dow Jones Sustainability Indexes (<<http://www.sustainability-index.com>>, 31.07.2006; »DJSI«) oder die FTSE4Good Index Series (<<http://www.ftse.com/ftse4good>>, 31.07.2006).

<sup>15</sup> Prominentestes und zugleich kontroversestes Beispiel ist wohl das *World Economic Forum* (WEF), welches alljährlich in Davos (mit einer Ausnahme im Jahr 2002 in New York) tagt. Das WEF ist eine gemeinnützige Stiftung, welche gegründet wurde in der Überzeugung, «economic progress without social development is not sustainable, while social development without

economic progress is not feasible» (<<http://www.weforum.org>>, 31.07.2006). Als weitere Foren und Netzwerke seien etwa *Philiat*, welches sich als Ableger des europäischen CSR Europe mit der Plattform *Philiat CSR Swiss Network* die Implementierung von CSR in Schweizer Unternehmen zum Ziel gesetzt hat, der von Stephan Schmidheiny massgeblich mitinitiierte *World Business Council for Sustainable Development* (<<http://www.wbcsd.org>>, 31.07.2006), welcher eine Koalition von gegenwärtig 170 multinationalen Unternehmen bildet und sich für Nachhaltigkeit basierend auf Wachstum, ökologischer Balance und sozialem Fortschritt einsetzt, das *Sustainability Forum Zürich* (<<http://www.sustainability-zurich.org>>, 31.07.2006) und das zugehörige *Center for Corporate Responsibility and Sustainability* (<<http://www.ccrs.ch>>, 31.07.2006), *Novatlantis* (<<http://www.novatlantis.ch>>, 31.07.2006), die CSR Initiative der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH), welche beabsichtigt, Forschungsergebnisse im Bereich der CSR in das praktische Leben umzusetzen, und schliesslich das vom Institute for Management Development (IMD) ins Leben gerufene *Forum for Corporate Sustainability Management* (<<http://www.imd.ch>>, 31.07.2006). Den verschiedenen Netzwerken und Initiativen haben sich zahlreiche Schweizer Publikumsgesellschaften angeschlossen.

<sup>16</sup> Siehe dazu hinten unter DII2.2.

der Diskussion um gute Unternehmensführung. Bereits in den 1930er und 1940er Jahren befasste man sich mit der sozialen Verantwortung der Wirtschaft.<sup>17</sup> Nach dem Verständnis von CARROLL begann die moderne Zeit der *corporate social responsibility* jedoch in den 1950er Jahren.<sup>18</sup> Gemeinhin als Meilenstein in der Entwicklung der CSR Debatte wird das 1953 erschienene Werk von BOWEN, des «Father of Corporate Social Responsibility»<sup>19</sup>, *Social responsibilities of the businessman*<sup>20</sup> bezeichnet.

In all den Jahren haben sich die verschiedensten, teilweise breiteren, teilweise engeren, sich manchmal ergänzenden aber auch widersprechenden Definitionen für CSR herausgebildet; sie an dieser Stelle alle aufzuarbeiten, würde den Rahmen des vorliegenden Artikels sprengen.<sup>21</sup> Eine Auswahl von Definitionen sei in der Folge zur Veranschaulichung jedoch angeführt:

Gemäss dem World Business Council for Sustainable Development (WBCSD)<sup>22</sup> handelt es sich bei CSR um «*the commitment of business to contribute to sustainable economic development, working with employees, their families, the local community and society at large to improve their quality of life*»<sup>23</sup>.

Die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) beschreibt CSR folgendermassen: «*[CSR] concerns how business enterprises relate to, and impact upon, a society's needs and goals. All societal groups are expected to perform certain roles and functions that can change overtime with a society's own evolution. Expectations related to business enterprises, and particularly TNCs [transnational corporations], are undergoing unusually rapid change due to the expanded role these enterprises play in a globalizing society. Discussions relating to TNC social responsibility standards and performance therefore comprise an important component of efforts to develop a stable, prosperous and just global society.*»<sup>24</sup> Diese Begriffsbestimmung bringt zum

Ausdruck, dass sich die weltweit tätigen Unternehmen, die transnationalen oder multinationalen (Aktien-)Gesellschaften, aufgrund ihrer Bedeutungszunahme<sup>25</sup> und ihrer treibenden Kraft im Zusammenhang mit der Globalisierung mit erweiterten Erwartungen der Gesellschaft konfrontiert sehen.

Ein in der gegenwärtigen Diskussion um CSR ebenfalls gemeinhin akzeptiertes Verständnis ist u. E. dasjenige, welches dem Europäischen Grünbuch über die europäischen Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen zu Grunde liegt. Danach handelt sich bei CSR um ein Konzept, «*das den Unternehmen als Grundlage dient, auf freiwilliger Basis soziale Belange und Umweltbelange in ihre Unternehmenstätigkeit und in die Wechselbeziehungen mit den Stakeholdern zu integrieren. Sozial verantwortlich handeln heisst nicht nur, die gesetzlichen Bestimmungen einhalten, sondern über die blosse Gesetzeskonformität hinaus «mehr» investieren in Humankapital, in die Umwelt und in die Beziehungen zu anderen Stakeholdern.*»<sup>26</sup> Diese Definition ist aus juristischer Sicht deshalb interessant, weil sie das von den Unternehmen geforderte Handeln in den Kontext der Erfüllung von gesetzlichen Bestimmungen setzt.

Damit kann im Sinne eines ersten Zwischenresultates gesagt werden, dass das CSR-Konzept Aktivitäten beschreibt bzw. fordert, welche über die blosse Erfüllung gesetzlicher Normen hinausgehen, wobei man die Einhaltung von gesetzlichen Pflichten als die fundamentalste Form sozial verantwortungsvollen Verhaltens bezeichnen kann.<sup>27</sup> Dabei betrifft CSR das gesamte Verhältnis zwischen einem Unternehmen und seiner Umwelt, also dasjenige zu seinen Arbeitnehmern, Konsumenten, Kapitalgebern aber auch zum Gemeinwesen und der Natur. CSR basiert auf der Überzeugung, dass ein Unternehmen langfristig nur überleben kann, wenn es sich der Auswirkungen seiner Aktivitäten bewusst ist.

### C. Ökonomische Grundlagen – Marktversagen als der eigentliche Ursprung der CSR Diskussion

CSR-Diskussionen werden je nach (Sozial-)Wissenschaftsbereich und/oder Fragestellung aus den unter-

<sup>17</sup> Vgl. dazu CARROLL (FN 3), 268 f. Beispiele sozial verantwortlichen Handelns von Unternehmen lassen sich auch weiter zurückverfolgen (vgl. etwa die zwei illustrativen Beispiele im ISO WORKING REPORT, (FN 9), 2).

<sup>18</sup> Vgl. dazu CARROLL (FN 3), 269.

<sup>19</sup> So zumindest CARROLL (FN 3), 270, 291.

<sup>20</sup> In seinem Buch äusserte Bowen die Meinung, dass Manager (businessmen) verpflichtet seien «to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society» (HOWARD R. BOWEN, *Social responsibilities of the businessman*, New York 1953, zit. nach ISO WORKING REPORT (FN 9), 8).

<sup>21</sup> Vgl. für eine Übersicht der verschiedenen Definitionsversuche seit den 1950er Jahren vor allem mit Bezug auf die Entwicklung in den USA immerhin CARROLL (FN 3), 269 ff.

<sup>22</sup> Siehe zum World Business Council bereits vorne FN 15.

<sup>23</sup> World Business Council for Sustainable Development, *Corporate Social Responsibility – The WBCSD's journey*, 2 (<<http://www.wbcsd.org>>, 31.07.2006).

<sup>24</sup> United Nations Conference on Trade and Development (Ed.), *The social responsibility of transnational corporations*, New York/Geneva 1999, 1.

<sup>25</sup> Vgl. zum entwicklungsgeschichtlichen Hintergrund dieser Bedeutungszunahme etwa SPILLMANN (FN 1), 231 ff.

<sup>26</sup> Vgl. dazu Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen (Grünbuch), Europäische Gemeinschaften, 2001, 8.

<sup>27</sup> Vgl. zur Fragestellung etwa auch ISO REPORT (FN 9), 44 f.; vgl. ferner Urs BRÜGGER/TILL SPILLMANN, *Corporate Social Responsibility World: Switzerland, European Lawyer* (Ed.), *CSR World – Jurisdictional comparisons in the law and regulation of corporate social responsibility*, London 2005, 177 ff., insbesondere 177.

schiedlichsten Blickwinkeln geführt. Den Debatten inhärent ist dabei stets eine gewisse Interdisziplinarität. Neben der politischen stehen wohl die ökonomische und juristische Disziplin im Vordergrund. Der vorliegende Artikel will die CSR-Diskussion aus einer (wirtschafts-)rechtlichen Perspektive beleuchten, dies aber mit der Auffassung, dass das Recht in einer Gesellschaft nie Selbstzweck ist, sondern lediglich mittels Rechtssetzung und Rechtsanwendung Resultate bewirkt werden sollen, die von ihr für wünschenswert angesehen werden.

Aufgrund der vorgenannten Interdependenz mit wirtschaftlichen Fragen, sollen die ökonomische Grundprinzipien, denen die nachfolgenden juristischen Überlegungen zugrunde liegen, zunächst dargelegt werden, dies auch deshalb, weil in der CSR-Diskussion teilweise verschiedenste Argumente und Begriffe vermengt werden.<sup>28</sup>

## I. Marktversagen als Ursache der CSR Debatte?

CSR handelt vom Beziehungsnetz verschiedener Anspruchsgruppen rund um ein Unternehmen.<sup>29</sup> Arbeitnehmer stehen in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis, die Gläubiger in einer Kreditbeziehung und die Aktionäre in einem gesellschaftsrechtlichen Bezug zum Unternehmen. Des Weiteren finden sich auch Anspruchsgruppen, die in einer nichtvertraglichen Beziehung zum Unternehmen stehen, aber durch die Aktivitäten des Unternehmens in irgendeiner Form betroffen sind. So sind etwa die Fischer, welche ihre Fische in dem Fluss fischen, in welchem das Unternehmen Abwasser ableitet, vom Unternehmen betroffen, da der Fischbestand (und seine Gesundheit) mit der Menge des in den Fluss geleiteten Abwassers (negativ) korreliert. Ähnlich betroffen sind etwa Menschen, welche sich in einem gewissen geographischen Umkreis von einem Unternehmen aufhalten, welches Feinstaub in die Atmosphäre ableitet oder in der An- und Abflugschneise eines Flughafens leben und Lärmemissionen ausgesetzt sind. Mit seinen gegenwärtigen oder potentiellen Kunden steht das Unternehmen insoweit in einer Beziehung, als diese seine Leistungen nur nachfragen werden, wenn sie ihnen zusagen und zu einem Preis offeriert werden, der attraktiv erscheint.

Bei all diesen Beziehungen zwischen Anspruchsgruppen und Unternehmen spielt der Markt bzw. der Marktmechanismus eine zentrale Rolle. Normalerweise entsteht

durch den Preismechanismus in einem – modellhaft angenommenen – vollkommenen Markt ein Marktgleichgewicht, welches eine effiziente<sup>30</sup> Allokation der Ressourcen ermöglicht. Jedes auf dem Grundsatz einer marktorientierten Wirtschaftsordnung basierende Wirtschaftssystem<sup>31</sup> strebt neben anderen Zielen<sup>32</sup> grundsätzlich eine solche Allokationseffizienz an.<sup>33</sup> Verkürzt formuliert, basiert die Idee der Marktwirtschaft darauf, dass in einem vollkommenen Markt jeder seinen Eigennutzen maximiert und damit die Ressourcen effizient alloziert werden. Oder wie es Adam Smith formuliert hat: «It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages.»<sup>34</sup> Der Eigennutzen (und nicht die Güte) jedes Einzelnen führt nach dieser Ansicht also zu einer effizienten und damit volkswirtschaftlich wünschbaren Verteilung der Güter.

Es gibt nun aber viele Situationen, in denen der Markt nicht funktioniert<sup>35</sup> bzw. *Marktversagen* vorliegt. Unter Marktversagen wird eine Situation verstanden, in

<sup>30</sup> Als effizient wird eine Situation dann bezeichnet, wenn sie pareto-optimal ist, das heisst, wenn es keine Möglichkeit gibt, die Ressourcen so zu verteilen, dass mindestens Einer besser gestellt wird, ohne gleichzeitig Andere schlechter zu stellen.

<sup>31</sup> Der im vorliegenden Artikel vorgenommene Erklärungsansatz, welcher sich massgeblich am Konzept eines freien Markts orientiert, entspricht auch der Schweizer (bundes-)verfassungsmässigen «Grundentscheidung zugunsten einer freiheitlichen-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung» (Botschaft des Bundesrats über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I 1, 294)). Diese Grundsatzentscheidung findet sich in ihrer institutionellen Dimension in Art. 94 BV wieder. *Abweichungen* davon sind nur zulässig, falls sie explizit in der BV vorgesehen oder aber durch kantonale Regalrechte begründet sind. Art. 94 Abs. 1 und 4 BV verpflichten die Gesetzgeber von Bund und Kantonen somit grundsätzlich, die Wirtschaftsfreiheit zu beachten. Daraus lässt sich folgern, dass Gesetzgeber aller Stufen an die zentralen Elemente des Marktmechanismus, an das Verbot einer Verzerrung oder gar einer Ausschaltung des Spiels von Angebot und Nachfrage und folglich an den Preismechanismus gebunden sind (vgl. dazu RENÉ RHINOW, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, in: Thüer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 35, N 20; diesem folgend KLAUS A. VALLENDER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung (St. Galler Kommentar), Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, Art. 94 N 7).

<sup>32</sup> Der ebenfalls von einer Gesellschaft angestrebte Grundsatz der Verteilungsgerechtigkeit steht mit dem Grundsatz einer effizienten Allokation der Ressourcen in einem Spannungsverhältnis. Verteilungsgerechtigkeit führt immer zu einer gewissen Ineffizienz, ist aber gesellschaftlich trotzdem wünschbar (vgl. dazu HANS CASPAR VON DER CRONE, Rahmenverträge, Habil., Zürich 1993, 17 N 43 und 79, mit weiteren Hinweisen).

<sup>33</sup> Vgl. dazu etwa MARKUS RUFFNER, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000, 369; VON DER CRONE (FN 32), 79.

<sup>34</sup> ADAM SMITH, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776/1911), Book 1, Chapter 2, 13, zit. nach Dent & Sons, London 1911, Vol. 1+2.

<sup>35</sup> Oder aufgrund fehlender rechtlich verankerten Ansprüche überhaupt kein Markt besteht.

<sup>28</sup> Eine gute Übersicht über den Stand der CSR Diskussion und die häufigsten pro- und contra-Argumente bietet etwa die CSR Beilage von The Economist Newspaper v. 22. Januar 2005, 11 ff.

<sup>29</sup> Juristisch technisch müsste es anstatt Unternehmen Gesellschaft heissen. Die Gesellschaft ist der Unternehmensträger, mit welchem auch alle rechtlich verbindlichen Verbindungen entstehen. Trotzdem soll in der Folge vom Unternehmen die Rede sein, da die Öffentlichkeit dieses und nicht die Gesellschaft wahrnimmt.

der es einem sich selbst überlassenen Markt nicht gelingt, die Ressourcen effizient zu allozieren und somit kein Marktgleichgewicht entsteht.<sup>36</sup> Marktversagen kann wegen des Vorhandenseins von Marktmacht, Informationsasymmetrien, externen Effekten oder beim Vorliegen öffentlicher Güter eintreten.<sup>37</sup>

In unserer Wirtschaftsverfassung<sup>38</sup> sind CSR-Forderungen dann relevant und berechtigt, wenn sie im beschriebenen Beziehungsnetz eines Unternehmens Bereiche ansprechen, in denen es potentiell zu *Marktversagen* kommt. In der Folge ist deshalb kurz und beispielhaft auf das potentielle Wirken der vorgenannten vier Faktoren auf das Umfeld eines Unternehmens einzugehen.

### 1. Durch Umweltauswirkungen betroffene Anspruchsgruppen

Das Problem der Umweltverschmutzung ist nicht nur in der CSR-Debatte zentral<sup>39</sup>, sondern auch ein oft angeführtes Beispiel bei der Beschreibung sogenannter (*negativer*) *externer Effekte*, welche, wie erwähnt, zu einem (partiellen<sup>40</sup>) Marktversagen führen können.<sup>41</sup> Mit HARDES/SCHMITZ lassen sich externe Effekte oder Kosten folgendermassen definieren: «Externe Kosten der Produktion entstehen, wenn die sozialen Gesamtkosten (Belastungen) der Allgemeinheit aus der Produktion grösser sind als die privaten Produktionskosten, weil externe Personen (d.h. weder Anbieter noch Nachfrager der jeweiligen Produktion) durch höhere Kosten oder Belastungen indirekt tangiert werden, ohne einen Nachteilsausgleich zu erhalten.»<sup>42</sup> Ein Teil der Kosten wird also externalisiert, was bedeutet, dass eine Fehlsteuerung in der Preisbildung resultiert, indem die Kosten dieser Güter bzw. deren Preise zu niedrig

ausfallen. Zu tiefe Preise führen wiederum zu einer erhöhten Nachfrage, womit es zu einer Überproduktion mit (weiteren) negativen externen Effekten kommt und damit zu einem (weiteren) Anstieg sozialer bzw. gesamtwirtschaftlicher Kosten.<sup>43</sup>

Für ein Industrieunternehmen, welches aufgrund seines Produktionsprozesses beispielsweise CO<sub>2</sub> Abgase ausstösst, bedeutet das Gesagte Folgendes: Dem Unternehmen kommt der gesamte Nutzen der Umweltbelastung zugute, da es lediglich die privaten und nicht auch die sozialen Kosten der Produktion berücksichtigen muss.<sup>44</sup> Dies führt zu einer Preisverzerrung bzw. einer Verbilligung des produzierten Gutes und damit zu einer Fehlallokation der (knappen) Ressource saubere Luft, weil die Belastung im (ineffizienten) Übermass produziert wird.<sup>45</sup> Der Produzent und die Konsumenten maximieren ihren eigenen Nutzen also übermässig auf Kosten der Umwelt.<sup>46</sup>

Das Problem verschärft sich zusätzlich, weil die bei den durch die Umweltverschmutzung oft betroffenen Güter Wasser und Luft Eigenschaften *öffentlicher Güter*<sup>47</sup> aufweisen. Für öffentliche Güter ist charakteristisch, dass Dritte nicht von ihrem Konsum ausgeschlossen werden können (Nicht-Anwendbarkeit des Ausschlussprinzips) und keine Konsumrivalität besteht.<sup>48</sup> Das heisst, dass

<sup>36</sup> Vgl. dazu etwa JOCHEN SCHUMANN/ULRICH MEYER/WOLFGANG STRÖBELE, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 7. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1999, 22; ferner HANS CASPAR VON DER CRONE/KARIN BEYELER/DANIEL DÉDEYAN, Stakeholder im Aktienrecht, ZSR 122 (2003), 409 ff., 439 f.

<sup>37</sup> Vgl. dazu etwa ROBERT S. PINDYCK/DANIEL L. RUBINFELD, Microeconomics, 5<sup>th</sup> ed., New Jersey 2001, 591 ff.

<sup>38</sup> Vgl. dazu FN 31.

<sup>39</sup> Vgl. dazu etwa auch VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN (FN 36), 445, welche die Umwelt als wichtigen *stakeholder* gegenüber den Unternehmen bezeichnen.

<sup>40</sup> Marktversagen liegt nicht entweder vor oder nicht. Es handelt sich zumeist um Schattierungen, also lediglich teilweise bestehende (Markt-)Unvollkommenheiten. Die Allokationsfunktion des Marktes ist mehr oder weniger eingeschränkt (vgl. dazu auch VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN (FN 36), mit weiteren Hinweisen; RETO JACOBS, Marktwirtschaftlicher Umweltschutz aus rechtlicher Sicht: Zertifikatslösungen im Luftreinhaltegesetz der USA und der Schweiz, Diss. Zürich 1997, 12).

<sup>41</sup> Vgl. dazu etwa MICHAEL FRITSCH/THOMAS WEIN/HANS-JÜRGEN EWERS, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., München 2005, 154 ff.; vgl. mit rechtlichem Bezug insbesondere auch JACOBS (FN 40), 9 f.

<sup>42</sup> HEINZ-DIETER HARDES/FRIEDER SCHMITZ, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl., München/Wien 2002, 51.

<sup>43</sup> Dies ganz im Gegensatz zu den Gütern mit positiven externen Effekten, welche regelmässig unterproduziert werden. Dies deshalb, weil bei positiven externen Effekten der soziale Nutzen höher ausfällt als der private Nutzen (vgl. dazu etwa HARDES/SCHMITZ (FN 42), 52 f.; FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 99 ff.).

<sup>44</sup> Kohlendioxyd (CO<sub>2</sub>) trägt massgeblich zur Erwärmung der Erdoberfläche bei (sogenannter Treibhauseffekt). Da es sich überdies um einen sogenannten Globalschadstoff handelt, welcher sich dadurch charakterisiert, dass er gleichmässig in die Atmosphäre diffundiert, ist der Standort der Schadstoffquelle von bloss untergeordneter Bedeutung. Ein Staat, der auf seinem Gebiet den CO<sub>2</sub> Ausstoss reduziert, bewirkt für die anderen Staaten, die dies nicht tun, einen positiven externen Effekt. Sie profitieren von der verminderten Belastung der Umwelt, ohne einen finanziellen Beitrag dafür leisten zu müssen (vgl. zum Ganzen FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 155). Aus diesem Grund ist eine internationale Zusammenarbeit unumgänglich (siehe zum Kyoto-Protokoll hinten FN 82).

<sup>45</sup> Obwohl negative externe Effekte zu Fehlallokationen führen (vgl. dazu etwa auch HARDES/SCHMITZ (FN 42), 65), ist es gesamtwirtschaftlich betrachtet nicht sinnvoll, jede Schädigung zu vermeiden. Das Optimum liegt dort, wo die Grenzkosten der Schadensvermeidung dem aus einer weiteren Reduzierung der Schädigung resultierenden zusätzlichen Nutzen bzw. dem vermiedenen Grenzscha-den entsprechen (vgl. dazu FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 104).

<sup>46</sup> Vgl. zum Ganzen etwa auch JACOBS (FN 40), 10.

<sup>47</sup> Vgl. zur Theorie der öffentlichen Güter grundlegend PAUL SAMUELSON, The Pure Theory of Public Expenditure, Review of Economics and Statistics 36 No. 4 (1954) 387 ff., abgedruckt in: Arrow/Scitovsky (Hrsg.), Readings in Welfare and Economics, London 1969, 179 ff. Geläufig sind auch die Termini *Gemeingüter* oder *kollektive Güter* (vgl. zur Terminologie RUSSEL HARDIN, Collective Action, Baltimore/London 1982, 17 ff.).

<sup>48</sup> Vgl. dazu etwa PINDYCK/RUBINFELD (FN 37), 644 f.; SCHUMANN/MEYER/STRÖBELE (FN 36), 38 f.; FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 361 ff.; ferner in Bezug auf die Luft als öffentliches Gut JACOBS (FN 40), 6 ff.

das Gut von mehreren Individuen gleichzeitig benutzt bzw. konsumiert werden kann, ohne dass der Konsum des einen den Konsum des anderen (wenigstens kurzfristig) beeinträchtigen würde; dies bewirkt wiederum, dass das Gut in der Regel keinen Preis hat. Überträgt man dies alles auf das Gut «saubere Luft», erkennt man, dass trotz grosser Nachfrage niemand bereit sein wird, es zu produzieren oder anzubieten, da mangels eines Preises kein Gewinn erzielt werden kann. Damit existiert beim Gut «saubere Luft» nicht nur wegen der möglichen Externalisierung der Kosten ein Marktversagen, sondern auch wegen dessen Eigenschaft als öffentliches Gut.<sup>49</sup> Der Markt produziert aus diesem Grund zu viele umweltschädigende Güter, die überdies im Vergleich zu umweltschonenden Produkten zu günstig sind.<sup>50</sup>

## 2. Anspruchsgruppe der Arbeitnehmer

Arbeitnehmer und Arbeitgeber stehen in einem arbeitsvertragsrechtlichen Verhältnis zueinander, welches aus verschiedenen Gründen von Marktversagen bedroht ist.<sup>51</sup> So wie der Arbeitgeber das Leistungsversprechen des Arbeitnehmers zumindest zu Beginn des Vertragsverhältnisses nicht überprüfen kann, so ist es dem Arbeitnehmer nicht möglich, das Karriereversprechen des Arbeitgebers zu verifizieren. Es besteht somit eine Unvollständigkeit des Arbeitsvertrages, herrührend von einer beidseitigen *Informationsasymmetrie*, welche zu einem Marktversagen führen kann, indem Arbeitnehmer beim falschen Arbeitgeber arbeiten (oder an falschen Positionen mit falschem Lohn) oder Arbeitgeber die falschen Personen einstellen.

Bedeutender aber noch als das Problem der Informationsasymmetrie ist beim Arbeitsverhältnis wohl, dass dem Arbeitgeber (oder der Arbeitnehmerschaft) unter Umständen *Marktmacht* zukommt.<sup>52</sup> Fehlen dem Arbeitnehmer alternative Arbeitsangebote etwa aufgrund hoher Arbeitslosigkeit oder eingeschränkter Mobili-

tät<sup>53</sup>, so führt dies zu einer Verschlechterung seiner Verhandlungsposition bzw. zur Gefahr, dass der Arbeitgeber diese Abhängigkeit des Arbeitnehmers ausnützt und dem Arbeitnehmer schlechtere Bedingungen anbietet, als er in einem vollkommenen Arbeitsmarkt bereit wäre (oder bereit sein müsste) zu investieren. Das Problem der Marktmacht der Arbeitgeber verschärft sich aus verschiedenen Gründen. So investiert der Arbeitnehmer regelmässig sein gesamtes Humankapital in eine einzige Arbeitsstelle<sup>54</sup>, womit er sich einem beträchtlichen Klumpenrisiko aussetzt. Dieses Risiko ist umso bedeutender für den Arbeitnehmer, weil er zwecks Existenzsicherung auf ein regelmässiges Einkommen angewiesen ist.<sup>55</sup> Weiter wird vom Arbeitnehmer erwartet, neben seinen mitgebrachten Qualifikationen berufs-, oft gar arbeitgeberspezifische Investition vorzunehmen, welche der Arbeitnehmer bei einem allfälligen Arbeitsplatzwechsel verlieren könnte (*sunk costs*).<sup>56</sup>

Schliesslich sei auf ein erst in den letzten zehn Jahren immer manifester werdendes Problem hingewiesen. In einer globalisierten Wirtschaft geht die Preisgestaltung der Unternehmen gezwungenermassen soweit, dass der Arbeitnehmer nicht mehr nur der Marktmacht der Arbeitgeber ausgesetzt ist, sondern auch in Konkurrenz mit den Arbeitnehmern anderer Länder steht.<sup>57</sup> Aus Kostengründen wird denn auch die Produktion, die mit schlecht qualifizierten Arbeitnehmern bewältigt werden kann, oft in sogenannte Billiglohnländer transferiert, einzig hochqualifizierte Arbeit ist in den Hochlohnländern noch gefragt.

## 3. Anspruchsgruppe der Aktionäre

Auch die Aktionäre bilden eine Anspruchsgruppe gegenüber dem Unternehmen. Die Aktionäre stellen ihm ihr Kapital zur Verfügung und haben im Gegenzug einen anteiligen Anspruch auf dessen residualen

<sup>49</sup> Ob ein Gut öffentlich ist oder nicht, ist nicht naturgegeben. Es hängt vielmehr massgeblich davon ab, ob die Gesellschaft diesen Eigentumscharakter (property rights) verschafft oder nicht. Dies ist etwa beim Boden teilweise geschehen (vgl. dazu JACOBS (FN 40), 7).

<sup>50</sup> Obwohl ein solches Verhalten für das Kollektiv irrational bzw. ineffizient ist, entspricht es für das einzelne Individuum durchaus einem rationalen Verhalten. Es liegt mit anderen Worten ein klassisches *prisoner's dilemma* vor (vgl. zum Ganzen VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN (FN 36), 444; zum *prisoner's dilemma* ferner SPILLMANN (FN 1), 173 (FN 930), mit weiteren Hinweisen).

<sup>51</sup> Vgl. allgemein zur ökonomischen Analyse des Arbeitsrechts CLAUS OTT/HANS-BERND SCHÄFER (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts*, Beiträge zum VII. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (22.-25. März 2000), Tübingen 2001.

<sup>52</sup> Vgl. für eine Analyse des Schweizer Arbeitsmarktes Credit Suisse, Economic & Policy Consulting, Economic Briefing Nr. 37 (abrufbar unter <<http://emagazine.credit-suisse.com>>, 31.07.2006).

<sup>53</sup> Vgl. zum vergleichsweise wenig mobilen Produktionsfaktor Arbeit neuerdings etwa auch FRANZ BLANKART, *Globalisierte Aussenwirtschaftspolitik – ein Essay*, in: Kramer/Nobel/Waldburger, *Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag*, Zürich 2006, 689 ff., 696.

<sup>54</sup> Eine parallele oder serielle Diversifikation ist in der Realität nur selten zu verwirklichen und für den Arbeitnehmer aufgrund eingeschränkter Karriereperspektiven regelmässig auch nicht opportun (vgl. dazu auch VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN (FN 36), 450 f.).

<sup>55</sup> Vgl. dazu etwa VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN (FN 36), 447.

<sup>56</sup> Vgl. dazu etwa VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN (FN 36), 448 f., mit weiteren Hinweisen. *Sunk cost* riskiert allerdings auch der Arbeitgeber, wenn er die Arbeitnehmer ausbildet, ihnen spezifisches betriebliches Know-how vermittelt oder ihnen einen Kundenstamm anvertraut und der Arbeitnehmer dann seine Stelle wechselt.

<sup>57</sup> Vgl. dazu neuerdings auch BLANKART, der konzis darauf hinweist, dass die Gewerkschaften dieser neuen Herausforderung noch nicht genügend gerecht werden (BLANKART (FN 53), 696 f.). Anzumerken ist, dass die Arbeitnehmer anderer Länder oft ganz andere Lebenskosten haben und nur schon deshalb billiger arbeiten können.

Wert. Aktionäre sind nun aus verschiedenen Gründen potentiell von Marktversagen gefährdet: Wie in jedem Agenturverhältnis besteht auch zwischen Aktionär bzw. Prinzipal und Management bzw. Agent eine *Informationsasymmetrie*,<sup>58</sup> die deshalb für den Aktionär negativ ist, weil für den Manager eine im Vergleich zum Aktionär unterschiedliche Nutzenfunktion besteht. Da Manager ebenso wie die Aktionäre rational und egoistisch handeln<sup>59</sup>, werden sie den durch die Informationsasymmetrie entstehenden und jeder Arbeitsteilung inhärenten diskretionären Spielraum, soweit möglich zur Verfolgung ihrer eigenen Interessen ausnutzen.<sup>60</sup> Deshalb treffen den Aktionär sogenannte Agenturkosten<sup>61</sup> in Form von Überwachungskosten, inkl. Kosten des Managements zur Rechenschaftsablage, da dieses dem Aktionär zeigen muss, dass es den ihm zugestandenen Spielraum nicht für seine eigene Interessenverfolgung ausnützt. Zusätzlich können Kosten durch spezielle Lohnanreize entstehen, die die Aktionäre unter Umständen tätigen müssen, um zu verhindern, dass das Management seine Stellung ausnutzt, bzw. nicht im alleinigen Interesse der Aktionäre agiert.

Auf diese «*principal-agent*»-Problematik wirkt sich für die Aktionäre zumeist<sup>62</sup> verschärfend das Problem aus, dass es sich bei guter Unternehmensführung im Interesse der Prinzipale um ein *öffentliches Gut* handelt.<sup>63</sup> Wie bereits ausgeführt, werden solche Güter regelmässig unterproduziert, da Trittbrettfahrer von den Anstrengungen einiger weniger engagierter Aktionäre profitieren

können, ohne diese für deren Kosten zu entschädigen,<sup>64</sup> woraus gerade bei echten Publikumsgesellschaften Indolenz bzw. eine rationale Apathie der Aktionäre resultiert.<sup>65</sup>

Aktionäre laufen also wie die anderen dargestellten Anspruchsgruppen Gefahr, dass der (Aktien-)Markt zumindest partiell versagt und deshalb eine Preisverzerrung zu einem für sie wirtschaftlich ungünstigen Tausch von Kapital gegen Aktien führt.<sup>66</sup>

## II. Korrekturmechanismen bei Marktversagen

Es sei vorweggenommen, dass vorliegend keine umfassende Darstellung von möglichen Korrekturmechanismen bei Marktversagen folgen kann. Wie gesehen sind die Gründe für Marktversagen unterschiedlichster Natur, dementsprechend vielseitig fallen auch die denkbaren Korrekturmechanismen aus. Interessant und relevant für die CSR-Diskussion sind sie aber insofern, als dass auf diese Weise die Postulate der CSR-Debatte in die (wohl) vorherrschende ökonomische Theorie eingeordnet werden können.

Eine Möglichkeit, Marktversagen zu begegnen, besteht darin, ethische Argumente vorzubringen und an die Moral derjenigen Marktteilnehmer zu appellieren, welche aufgrund des Marktversagens profitieren. In der CSR-Diskussion sind solche *moralischen Appelle* weit verbreitet.<sup>67</sup> Es wird gemeinhin von den Unternehmen gefordert, sich gegenüber der Umwelt, den Arbeitnehmern und allen anderen Anspruchsgruppen (interessanterweise ausser gegenüber den Aktionären<sup>68</sup>) verantwortlich bzw. moralisch einwandfrei zu verhalten.<sup>69</sup> Solche moralischen Appelle sind aber insbesondere bei Vorliegen von Marktzwängen kaum wirksam. Denn wenn sich die freiwillige Reduktion des Ausstosses etwa von CO<sub>2</sub> in einer verminderten Wettbewerbsfähigkeit äussert (da die Konkurrenten dem guten Beispiel nicht folgen und ein «grünes Image» keine neuen Konsumenten bringt), reduzieren sich die Gewinne und

<sup>58</sup> Vgl. dazu etwa PINDYCK/RUBINFELD (FN 37), 609 ff.; FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 291 ff.

<sup>59</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn man von der Prämisse der Geltung des klassischen Modells des homo oeconomicus ausgeht (vgl. zu dieser Grundannahme SPILLMANN (FN 1), 167 ff., mit weiteren Hinweisen).

<sup>60</sup> Der Manager wird zum Beispiel versuchen, die Gewinne zeitlich so zu realisieren, dass sie im Rahmen seines Incentive-Plans zu Maximierung seiner Entschädigung führt (siehe hierzu den demnächst erscheinenden Artikel ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Structure of executive compensation and conflicts of interest – Legal constraints and practical recommendations under Swiss law, in: Bahar/Thévenoz (Hrsg.), Conflicts of interest in financial markets and corporate governance, Zürich 2006, II. D.). Kurzfristige Gewinnsteigerungen gehen aber oft auf Kosten einer langfristigen Steigerung des Unternehmenswerts (vgl. zu weiteren solchen kurzfristigen Massnahmen etwa FORSTMOSER (FN 1), 215).

<sup>61</sup> Vgl. für einen Überblick über die theoretische Grundlegung der Agenturtheorie SPILLMANN (FN 1), 201 ff., mit weiteren Hinweisen; grundlegend zur Agenturtheorie JENSEN, MICHAEL C., MECKLING, WILLIAM H., Theory of the firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics 3 (1976), 305 ff.

<sup>62</sup> Es kommt massgeblich auf die Grösse und vor allem die Struktur des Aktionariats, also die Verteilung der einzelnen Aktien auf die Aktionäre, an, ob und in welchem Grad es sich um ein kollektives Gut handelt und ob das kollektive Gut produziert wird (vgl. dazu SPILLMANN (FN 1), 175 f.).

<sup>63</sup> Vgl. dazu insbesondere SPILLMANN (FN 1), 171, mit weiteren Hinweisen.

<sup>64</sup> Es entsteht somit ein sogenannt positiver externer Effekt (siehe zu diesen schon vorne FN 43).

<sup>65</sup> Vgl. dazu SPILLMANN (FN 1), 176, mit weiteren Hinweisen. Für kollektive Güter typisch äussert sich das rationale Verhalten der Individuen übertragen auf das Kollektiv als irrational.

<sup>66</sup> Dieses äussert sich letztlich in einem nicht entschädigten unsystematischen Risiko.

<sup>67</sup> Vgl. dazu etwa auch FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 111 f.

<sup>68</sup> Interessanterweise werden – unseres Erachtens eher unreflektiert – die unterschiedlichsten Anspruchsgruppen unter den Begriff *stakeholder* zusammengefasst und dem Antipode *shareholder* gegenübergestellt. Dass es sich bei den *stakeholder* nicht um eine homogene Gruppe in Bezug auf Betroffenheit und Ansprüche handelt, scheint ausgeblendet zu werden.

<sup>69</sup> Siehe zur Definition des Terminus Corporate Social Responsibility und zum Postulat, sich freiwillig über die gesetzlich vorgeschriebenen Mindeststandards hinaus verantwortlich zu verhalten vorne (B. 3 f.).

mittel- oder langfristig kann gar die Existenz des Unternehmens gefährdet sein.<sup>70</sup>

Weit effektiver in Fällen tatsächlichen Marktversagens sind *staatliche Massnahmen*. Im Bereich der Anspruchsgruppe der Arbeitnehmer kann etwa der Kündigungsschutz oder auch das öffentliche Arbeitsrecht in der Form von Gesundheitsstandards und Arbeitszeitvorschriften erwähnt werden. Zudem ermöglichen die Arbeitslosenversicherung und Sozialversicherungen eine Begrenzung des oben beschriebenen Klumpenrisikos des Arbeitnehmers.<sup>71</sup> Im Bereich des Umweltschutzes steht die *Internalisierung externer Effekte* im Vordergrund.<sup>72</sup> Dabei werden nach dem Verursacherprinzip die externen Kosten überbunden – ebenso können soziale Kosten alloziert werden.<sup>73</sup> Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass selbst eine erfolgreiche Internalisierung externer Effekte nicht zu einer vollständigen Beseitigung von Umweltschädigung führt, sondern die Verschmutzung lediglich auf ein gesamtwirtschaftliches gewünschtes Mass reduziert wird.<sup>74</sup> Die Internalisierung kann auf verschiedene Arten erreicht werden,<sup>75</sup> etwa durch Abgaben oder Steuern<sup>76</sup>, durch das Haftungsrecht<sup>77</sup> oder Verhandlungslösungen.<sup>78</sup>

Die Mängel der Internalisierungsidee liegen darin, dass in der Realität nicht sämtliche Informationen bezüglich Schäden, Verursacher, Kausalzusammenhängen und Geschädigten bekannt sind. Auch stellt die zeitliche Komponente ein Problem dar: Viele Umweltschäden und deren Ursachen werden erst mit einigem zeitlichen Abstand, manchmal erst eine oder mehrere Generationen später bekannt – so könnte beispielsweise eine hohe CO<sub>2</sub> Abgabe dazu führen, dass die Produktions-

prozesse umgestellt werden – ob allerdings dann die Alternativen besser sind, oder gewisse Güter nicht mehr hergestellt werden, die bei einer ganz genauen Kostenumlage produziert würden, lässt sich mangels Kenntnis über die genauen Kausalzusammenhänge und externen Kosten nicht bestimmen.<sup>79</sup> Hingewiesen sei endlich darauf, dass die Internalisierung in einer internationalen Wirtschaft praktisch nur durchführbar ist, wenn vergleichbare Volkswirtschaften ähnliche Massnahmen einführen, da sonst ein Standortnachteil resultiert.

Aufgrund dieser Schwächen wird in der Umweltpolitik versucht, nicht nur mit der Internalisierungsidee zu arbeiten, sondern mit Hilfe naturwissenschaftlicher Erkenntnisse Umweltstandards zu definieren, welche gewährleisten, dass Menschen, Tiere und Pflanzen auch langfristig nicht gefährdet sind. Die Erreichung der Ziele wird dann mit verschiedenen Instrumenten, wie beispielsweise Auflagen<sup>80</sup>, Subventionen, Abgaben<sup>81</sup> oder handelbaren Rechten<sup>82</sup> zu erreichen versucht.

Schliesslich wird Marktversagen bzw. der dieses unter Umständen auslösenden Informationsasymmetrie im Bereich des Aktienrechts begegnet, indem der Staat und/oder andere Regulierungsorganisationen<sup>83</sup> Trans-

<sup>70</sup> Vgl. dazu auch FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 111 f.

<sup>71</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Interessen einer Person als Arbeitnehmerin und Versicherte etwa SPILLMANN (FN 1), 118 ff.

<sup>72</sup> Vgl. zum zentralen Kostenpunkt der externen Effekte in der Umweltökonomie JACOBS (FN 40), 12.

<sup>73</sup> Vgl. dazu etwa FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 111 ff.; JACOBS (FN 40), 13.

<sup>74</sup> Vgl. dazu JACOBS (FN 40), 13, mit weiteren Hinweisen.

<sup>75</sup> Vgl. für eine schematische Übersicht FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 147.

<sup>76</sup> Steuern, welche der Internalisierung von externen Effekten dienen, werden Pigou-Steuern genannt. Der Ökonom Pigou schlug vor, die Verursacher von externen Kosten mit einer Steuer zu belasten. Die Steuern sollten so erhoben werden, dass die jeweiligen Verursacher nicht nur ihre privaten Kosten, sondern die darüber hinaus anfallenden sozialen Kosten gedeckt werden. Die Schwierigkeit dabei liegt zum einen in der Bemessung der gesamten sozialen (d.h. externen) Kosten und in einem zweiten Schritt in der Zuweisung dieser Kosten auf die einzelnen Verursacher (vgl. dazu FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 119 ff.; JACOBS (FN 40), 19, mit weiteren Hinweisen).

<sup>77</sup> JACOBS (FN 40), 16 ff.; FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 140 ff.

<sup>78</sup> Auf die von Coase entwickelten Verhandlungslösungen sei nicht näher eingetreten, da diesen insbesondere aufgrund der in der Realität teilweise bestehenden hohen Transaktionskosten gemeinhin nur geringe Relevanz in der Umweltpolitik attestiert wird (vgl. dazu JACOBS (FN 40), 16, mit weiteren Hinweisen; vgl. zum Coase-Theorem etwa FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 131 ff.; SCHUMANN/MEYER/STRÖBELE (FN 36), 494 ff.).

<sup>79</sup> Vgl. zum Ganzen auch JACOBS (FN 40), 19 ff., mit weiteren Hinweisen.

<sup>80</sup> Als Beispiele können etwa Emissionsgrenzwerte oder auch Ausrüstungsstandards genannt werden. Für eine Übersicht möglicher Auflagen vgl. etwa die Aufzählung in Art. 12 Abs. 1 USG.

<sup>81</sup> Mit Abgaben können umweltbelastende Aktivitäten gezielt verteuert werden. Sie unterscheiden sich von der in FN 76 erwähnten Pigou-Steuer insofern, als dass der Abgabesatz nicht unter Berücksichtigung der externen Kosten bestimmt wird (vgl. dazu auch JACOBS (FN 40), 29). Als prominentes Beispiel sei etwa die Congestion Charge in der Londoner City erwähnt (vgl. dazu die offizielle Homepage <[http://www.tfl.gov.uk/tfl/cc/ondon/cc\\_intro.shtml](http://www.tfl.gov.uk/tfl/cc/ondon/cc_intro.shtml)>, 31.07.2006).

<sup>82</sup> Bei den handelbaren Rechten, etwa Zertifikaten oder Lizenzen, wird erst die gewünschte maximale Emissionsfracht festgelegt, um diese dann anschliessend in Teilmengen aufzuteilen und in Zertifikaten zu verbriefen. Die Zertifikate können dann von den Marktteilnehmern gehandelt werden (vgl. zum Konzept der Emissionszertifikate aus rechtlicher Sicht eingehend JACOBS (FN 40), 33 ff.). Als Beispiel sei das Kyoto-Protokoll erwähnt: Das Kyoto-Protokoll hat zum Ziel, Emissionen zu reduzieren, die den Klimawandel beschleunigen könnten. Die Industriestaaten verpflichten sich, ihre Treibhausgasemissionen im Schnitt der Jahre 2008–2012 um 5.2% gegenüber 1990 zu reduzieren. Ist es für die Staaten nicht möglich, ihr Ziel aus eigener Kraft zu erreichen, sieht das Protokoll ergänzend so genannte flexible Mechanismen vor. Diese bieten die Möglichkeit, sich Reduktionsleistungen aus Projekten im Ausland sowie Gutschriften aus dem internationalen Emissionshandel anrechnen zu lassen. In der Schweiz verwaltet SwissFlex (<<http://www.umwelt-schweiz.ch/swissflex/de/index.html>>, 31.07.2006) diese Emissionsgutschriften und Transaktionen in einem nationalen Register. Gemäss dem Kyoto-Protokoll erhalten Industriestaaten Emissionsrechte im Umfang ihrer Reduktionsverpflichtung. Ein Emissionsrecht berechtigt zur Emission einer Tonne CO<sub>2</sub>. Diese Rechte können im Rahmen eines nationalen oder internationalen Emissionshandelssystems an Unternehmen mit Reduktionsverpflichtungen zugeteilt werden. Vgl. neuerdings auch den Global Warming Solutions Act, mit dem Kalifornien einen Emissionsrechtshandel einführen will.

<sup>83</sup> Für börsennotierte Gesellschaften sei auf die Regulierung des SWX Swiss Exchange, insbesondere die Richtlinie betr. Infor-



parenz<sup>84</sup> oder Haftungsvorschriften<sup>85</sup> festlegen.<sup>86</sup> Zudem wird auf privater Basis mittels Einführung von Anreizsystemen versucht, die Interessen des Managements (Agenten) und diejenigen der Aktionäre (Prinzipale) gleichzuschalten.<sup>87</sup>

### III. Fazit

Überall dort, wo Unternehmen im Rahmen der CSR-Diskussion in der Kritik stehen, spielt Marktversagen eine Rolle. Sei dies nun bei den die Umwelt übermässig belastenden Aktivitäten der Unternehmen, im Bereich der Arbeit (inkl. Kinderarbeit) oder der Herstellung gefährlicher Produkte. Dies kann letztlich auch für die ebenfalls einen wichtigen Teil der CSR-Diskussion darstellende Globalisierungsdebatte gesagt werden. Oft wird – zu Recht – auf die Problematik hingewiesen, dass ein Unternehmen, welches seine Produktion in Dritt- oder Schwellenländer auslagert oder die Produkte von Dritten in solchen Ländern einkauft von nicht vorhandenen oder sehr viel tieferen Regulierungsstandards oder einem nichtfunktionierenden Rechtsdurchsetzungssystem und/oder Korruptionsanfälligkeit profitiert. In diesen Ländern steht es mit dem Funktionieren der Märkte meist im Argen. Arbeitnehmer- und Umweltschutz sind oft ungenügend, Rechtssicherheit für alle Betroffenen fehlt, und so versagt der Markt, weil die hiezulande etablierten Korrektive fehlen.

Genau in den vorgenannten Bereichen wird von den Unternehmen im Rahmen der CSR Diskussion verlangt, sie hätten sich sozial zu verhalten.<sup>88</sup> Etwas pointiert liesse sich somit sagen, die CSR Diskussion sei ein Symptom der Ursache *Marktversagen*. Auch wenn eine solche Reduktion der CSR-Diskussion eine wohl nicht ganz gerechtfertigte Verkürzung der Herkunft und Ursachen der CSR-Bemühungen darstellt, ermöglicht diese Betrachtungsweise die meisten der in der CSR-Debatte auftretenden Argumente und Forderungen in

mationen zur Corporate Governance (Corporate Governance-Richtlinie, RLCG) vom 17. April 2002 und die Vorschriften zur Regel- und ad hoc Publizität gemäss Kotierungsreglement hingewiesen.

<sup>84</sup> Vgl. dazu etwa die Rechnungslegungsvorschriften gemäss Art. 662 ff. OR und die Informationsrechte der Aktionäre gemäss Art. 696 ff. OR.

<sup>85</sup> Vgl. zu den verschiedenen spezifisch aktienrechtlichen Haftungsnormen Art. 752 ff. OR.

<sup>86</sup> Vgl. aber etwa auch zu externen Effekten im Aktienrecht RUFFNER (FN 33), 294 ff.

<sup>87</sup> Vgl. zu den möglichen marktlichen und staatlichen Lösungen bei Problemen asymmetrischer Information etwa FRITSCH/WEIN/EWERS (FN 41), 297 ff. bzw. 314 ff.; WATTER/MAIZAR (FN 60), II. B.

<sup>88</sup> Mitspielen mag dabei auch, dass bei einem Einhalten der Forderung – nämlich in einem Drittweltland die gleichen Standards einzuhalten wie in der entwickelten Ländern – ein Verlagern beispielsweise der Produktion von vornherein nicht mehr attraktiv wäre.

einen dem Juristen vertrauten Kontext zu stellen. Diese Erkenntnis ist für den Fortgang dieser Arbeit von Bedeutung. Denn wie noch zu sehen sein wird, geben die in aller Kürze dargelegten ökonomischen Grundlagen auch Aufschluss über mögliche rechtliche Korrekturmechanismen und damit indirekt auch für Leitlinien und Leitplanken für den Verwaltungsrat einer Schweizer Aktiengesellschaft.

## D. Rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility

### I. Unternehmen als soziale Wesen?

In Artikeln zur CSR wird regelmässig argumentiert, Unternehmen hätten sich sozial zu verhalten. Ob sich Unternehmen bzw. die hier interessierenden Aktiengesellschaften als Träger der Unternehmen überhaupt sozial verhalten können, wird dabei regelmässig (implizit) vorausgesetzt. Vorab sei deshalb explizit die Frage angesprochen, ob Aktiengesellschaften als juristische Personen aus rechtsdogmatischer Sicht überhaupt in der Lage sind, *sozial*<sup>89</sup> (oder im allgemeinen Sprachgebrauch oft gleichbedeutend verwendet *ethisch*<sup>90</sup> bzw. *moralisch*<sup>91</sup>) zu handeln. Die Frage ist durchaus berechtigt, man denke etwa ans Strafrecht, welchem bis vor kurzem juristische Personen wegen ihrer fehlenden Schuldfähigkeit nicht unterstellt waren und es auch heute nur teilweise sind.

Rechtsgeschäftlich handeln bzw. Handlungsfähigkeit setzt Rechtsfähigkeit voraus. Es soll hier nicht im Detail auf den Theorienstreit um das Wesen bzw. die

<sup>89</sup> Siehe für eine Definition FN 8.

<sup>90</sup> Ethik (griech. *ethos*) stammt aus dem Griechischen und kann mit Gewohnheit, Sitte, Brauch oder Sinnesart übersetzt werden. Ethik ist zugleich eine der grossen Teilgebiete der Philosophie. Es handelt sich um die wissenschaftliche Beschäftigung mit Gewohnheiten, Sitten und Gebräuchen. Sie wird auch als praktische Philosophie bezeichnet, da sie sich mit dem menschlichen Handeln befasst (im Gegensatz etwa zur theoretischen Philosophie, zu der die Logik, die Erkenntnistheorie und die Metaphysik als klassische Disziplinen gezählt werden). Ethik als philosophische Disziplin fragt nach, was gutes und was schlechtes Handeln ist. *Ethisches* Handeln bedeutet demnach genau genommen ein Verhalten eines Menschen, der über Werte, Normen und Prinzipien reflektiert und diese kritisch danach hinterfragt, ob sie dem guten und gerechten Handeln förderlich sind. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird *ethisches* Handeln jedoch zumeist gleichbedeutend mit *moralischem* Handeln verwendet (siehe dazu FN 91).

<sup>91</sup> Moral (lat. *mos*) ist philologisch betrachtet nichts anderes als die lateinische Übersetzung von Ethik (siehe dazu FN 90). Moral ist indessen, wengleich im normalen Sprachgebrauch oft so genutzt, nicht als Synonym von Ethik zu verstehen. Moral ist die Summe aller sittlichen Normen, Grundsätze und Werte, die die Mitglieder einer Gesellschaft für den Einzelnen als verbindlich betrachten. Moral ist somit Gegenstand, Untersuchungsobjekt der Ethik.

*Moralisches* Handeln ist demnach ein Verhalten, das in der betreffenden Gesellschaft als richtig, anständig, da mit der Moral in Einklang stehend, beurteilt wird.

Rechtsfähigkeit der juristischen Person, der bis ins 19. Jahrhundert zurückreicht<sup>92</sup>, eingegangen werden. Immerhin sei kurz auf die beiden wichtigsten sich gegenüberstehenden Theorien, die Fiktionstheorie und die Realitätstheorie, hingewiesen. Die romanistisch orientierte *Fiktionstheorie* von SAVIGNY verstand die juristischen Personen als «künstliche, durch blosse Fiktion angenommene Subjekte»<sup>93</sup>. Diesen komme deshalb keine wirkliche, sondern lediglich eine fingierte Rechts- und Handlungsfähigkeit zu, welche überdies auf Vermögensrechte beschränkt sei. Einzig natürliche Personen seien rechts- und handlungsfähig und diese seien es auch, welche – ähnlich wie ein Vormund bei handlungsunfähigen natürlichen Personen – stellvertretend für die fingierte juristische Person handeln.<sup>94</sup> Da die Zurechnung nur durch rechtsgeschäftliche Stellvertretung erfolgt, kann gemäss der Savigny'sche Form der Fiktionstheorie eine juristische Person auch keine unerlaubte Handlung begehen.<sup>95</sup>

Nach dem Verständnis der germanistisch geprägten *Realitätstheorie*, welche weitgehend von GIERKE entwickelt wurde, ist dagegen «[d]ie Verbandsperson [juristische Person] eine wirkliche und volle Person gleich der Einzelperson [...]»<sup>96</sup>. «Die Verbandsperson ist rechtsfähig. Ihre Rechtsfähigkeit erstreckt sich gleich der Einzelperson auf das öffentliche Recht und das Privatrecht und beschränkt sich im Privatrecht nicht auf das Vermögensrecht.»<sup>97</sup> Als real existierendes Wesen bedarf die

juristische Person nach dem Modell der Realitätstheorie keiner Stellvertretung, ihre Organe<sup>98</sup> handeln und verpflichten diese direkt.<sup>99</sup> Die juristische Person ist selber handlungs- und willensfähig. «Vom Menschen unterscheidet sie sich alleine dadurch, dass sie nicht als körperlicher, sondern als *sozialer Organismus* aufgebaut ist und sich aus einzelnen Mitgliedern zusammensetzt.»<sup>100</sup>

Wenn auch der Theorienstreit seine Bedeutung weitgehend verloren hat<sup>101</sup>, ist er für die eingangs gestellte Frage trotzdem von Interesse, da sich Eugen Huber bei der Niederschrift des ZGB stark vom Gedanken der Realitätstheorie leiten liess.<sup>102</sup> Als Ausgangspunkt für die (juristische) Beantwortung der hier interessierenden Frage ist deshalb Art. 53 ZGB zu konsultieren.<sup>103</sup> Gemäss dieser Bestimmung sind die juristischen Personen aller Rechte und Pflichten fähig, *die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben*. Juristische Personen sind den natürlichen Personen, welche gemäss Art. 11 ZGB alle rechtsfähig sind, somit gleichgestellt, soweit dies aufgrund der Natur der Sache möglich ist. Wegen der Anlehnung an die Realitätstheorie sind juristische Personen soziale Organismen, deren Organe gemäss Art. 54 und 55 ZGB direkt für sie handeln und ihrem Willen Ausdruck verleihen. Damit müsste die Frage nach der sozialen Handlungsfähigkeit von juristischen Personen positiv beantwortet werden.<sup>104</sup>

Allerdings hat der Schweizer (Zivil-)Gesetzgeber die Realitätstheorie nicht eins zu eins übernommen. Dies zeigt sich unter anderem in der nicht einheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtes<sup>105</sup> zur Geltung

<sup>92</sup> Wenngleich es schon in der Antike Personenvereinigungen mit den verschiedensten wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Zwecken gab, entbrannte der Streit um die Rechtsfähigkeit und das Wesen der juristischen Person erst mit dem in der Aufklärung begründeten Konzept des subjektiven Rechts Mitte des 19. Jahrhunderts (vgl. dazu MARIE THERES FÖGEN, «Mehr Schein als Sein»? – Anmerkungen zur juristischen Person in Theorie und Praxis, SJZ 95 (1999), 393 ff.; ROLF WEBER, *Juristische Personen* (Schweizerisches Privatrecht, 2. Bd., 4. Teilbd.), Basel 1998, 39). Die Aufklärung propagierte die Idee, dass jedem Menschen kraft seines Menschseins Rechte zustehen. Aus diesem Grund mussten auch die Personenvereinigungen zu Subjekten erklärt werden, damit ihnen Rechte zugeteilt werden konnten (vgl. dazu auch WALTER OTT, *Jenseits von Fiktions- und Realitätstheorie: Die juristische Person als institutionelle Tatsache*, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, Zürich 2003, 3 ff., 4). Das Privatrecht antwortete auf die Problemstellung mit der Qualifizierung von Menschen als (natürliche) Personen und gewissen Personenvereinigungen als juristische Personen – Personen verstanden als Träger von Rechten und Pflichten (vgl. dazu FÖGEN (FN 92), 394).

<sup>93</sup> F.C.V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. II, Berlin 1840, 236, zit. in: MARIO M. PEDRAZZINI/NIKLAUS OBERHOLZER, *Grundriss des Personenrechts*, 4. Aufl., Bern 1993, 277.

<sup>94</sup> Vgl. dazu auch OTT (FN 92), 5 f.; WEBER (FN 92), 48; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (FN 93), 198; FÖGEN (FN 92), 395 f.

<sup>95</sup> Vgl. dazu OTT (FN 92), 5; WEBER (FN 92), 48; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (FN 93), 198; vgl. für weitere Hinweise BK-RIEMER, *Systematischer Teil*, 26.

<sup>96</sup> O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, unveränderter Nachdruck der 1. Aufl., Bd. 1, München 1936, 471, zitiert nach PEDRAZZINI/OBERHOLZER (FN 93), 280.

<sup>97</sup> O. GIERKE (FN 96), 472, zitiert nach PEDRAZZINI/OBERHOLZER (FN 93), 280 f.

<sup>98</sup> Sind es bei der natürlichen Person bzw. beim Menschen körperliche «Organe» wie Hände, Füsse oder etwa die Stimme, so sind es bei den juristischen Personen Organe im Rechtssinne, die aus einzelnen Menschen bestehen (vgl. dazu auch OTT (FN 92), 7)).

<sup>99</sup> Vgl. zum Ganzen etwa OTT (FN 92), 6 ff.; WEBER (FN 92), 48 f.; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (FN 93), 199; FÖGEN (FN 92), 395 f..

<sup>100</sup> PEDRAZZINI/OBERHOLZER (FN 93), 199, Hervorhebung durch die Verfasser.

<sup>101</sup> Vgl. zur heutigen (geringen) Bedeutung der beiden Theorien etwa WEBER (FN 92), 49 f.

<sup>102</sup> So etwa OTT (FN 92), 6; WEBER (FN 92), 49; BK-RIEMER, *Systematischer Teil*, 26; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (FN 93), 200.

<sup>103</sup> Diesem Artikel logisch vorausgehend sei hier noch Art. 52 ZGB erwähnt, welcher vorsieht, dass Körperschaften und Anstalten eine eigene Persönlichkeit erlangen können.

<sup>104</sup> Immerhin gilt es bei Aktiengesellschaften einschränkend zu erwähnen, dass die Organe die Gesellschaft gemäss Art. 718a Abs. 1 OR nur innerhalb des Gesellschaftszweckes rechtsgeschäftlich verpflichten können (vgl. dazu insbesondere BSK OR II-WATTER, Art. 718a N 2; ROLF WATTER, *Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe*, Diss. Zürich 1985 (= SSHW 81), N 126). Anders verhält es sich bei deliktischem Verhalten: Gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB haftet die Aktiengesellschaft auch für widerrechtliche Handlungen ihrer Organe, auch wenn diese immer ausserhalb des Gesellschaftszweckes liegen (vgl. dazu WATTER (FN 104), N 129).

<sup>105</sup> Vgl. dazu etwa die Entscheide zur Kirchensteuerpflicht, wo das Bundesgericht in Anlehnung an die Fiktionstheorie entschied (vgl. etwa BGE 4, 533 (1878), BGE 102 Ia 468), wogegen dasselbe

der Fiktions- und Realitätstheorie,<sup>106</sup> bevor es sich vom Theorienstreit gänzlich verabschiedete<sup>107</sup>. Ebenso zeigt die Einführung der Strafbarkeit des Unternehmens durch die Revision des Strafgesetzbuches<sup>108</sup>, dass der Gesetzgeber bisher keineswegs nur von der Realitätstheorie ausgegangen ist.<sup>109</sup>

Wie man es auch immer dreht, es gilt letztlich festzuhalten, dass der Wille der juristischen Person – ob nun direkt oder mittels Stellvertretung – durch den Einzelwillen einer Vielzahl von Individuen bestimmt wird. Daraus resultiert aber keineswegs notwendigerweise eine eigenständige Willens- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person selbst.<sup>110</sup> Das bedeutet, dass die juristische Person durch ihr äusserlich sichtbares Geschäftsgebaren zwar sozial in Erscheinung treten kann, dies jedoch nicht ihrer (inneren) Moral entspringt.<sup>111</sup> Dementsprechend knüpft auch das neu eingeführte Unternehmensstrafrecht nicht an der Schuld des Unternehmens für die tatsächlich vorgenommenen Verfehlungen ihrer Organe an, sondern letztlich für das Verschulden, nicht für eine genügende Organisation zu sorgen, um

die betreffende (schuldfähige) Person ausfindig zu machen bzw. nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen zu haben, um eine bestimmte Straftat zu verhindern.

Unternehmen bzw. juristische Personen können deshalb aus einer dogmatischen Warte verstanden nicht moralisch verantwortlich sein bzw. nicht über das aufgrund der rechtlichen Rahmenordnung geforderte Mass hinaus in die Pflicht genommen werden.

## II. Normativer Handlungsrahmen des Verwaltungsrates

In der Aktiengesellschaft als bedeutendster Träger von Schweizer Unternehmen trägt der Verwaltungsrat die Verantwortung für die Oberleitung und Strategie des Unternehmens.<sup>112</sup> CSR ist denn auch ein Thema, welches auf Stufe Verwaltungsrat und oberstes Management anzusiedeln ist.<sup>113</sup> Um – wie im Titel angekündigt – Leitplanken für den Verwaltungsrat in Bezug auf CSR zu entwickeln, gilt es deshalb primär, den rechtlichen Handlungsrahmen des Verwaltungsrates als Organ der AG aufzuzeigen. Lehre<sup>114</sup> und Praxis haben sich bereits eingehend und aus verschiedenster Perspektive mit diesem Handlungsrahmen beschäftigt. An dieser Stelle soll deshalb lediglich eine kurze Darstellung aus dem spezifischen Blickwinkel der dem vorliegenden Artikel zugrundeliegenden Thematik folgen.

### 1. Gesetz und Gesellschaftszweck

Der Verwaltungsrat kann die AG gemäss Art. 718a Abs. 1 OR nur durch rechtsgeschäftliche Handlungen verpflichten, welche durch den Gesellschaftszweck gedeckt sind.<sup>115</sup> Die Handlungen des Verwaltungsrates haben deshalb zweckkonform zu sein. Der Gesellschaftszweck darf dabei weder unsittlich<sup>116</sup> noch wi-

Gericht im Zusammenhang mit der Frage des Bestehens einer Geschäftstheorie von juristischen Personen von der Geltung der Realitätstheorie ausging (so etwa BGE 31 II 247, BGE 114 IV 14). Vgl. zum Ganzen insbesondere FÖGEN (FN 92), 396 ff.; ferner WEBER (FN 92), 50.

<sup>106</sup> Vgl. dazu FÖGEN (FN 92), welche konzipiert feststellt, dass es sich bei diesem Theorienstreit letztlich nicht um einen Streit um das Wesen der juristischen Person, sondern um einen Streit um die Positivität des Rechts handelte (FÖGEN (FN 92), 400). Akzeptierte man die Fiktion, so würde damit dem Gesetzgeber die Macht zuteilen, in die Realität einzugreifen. Die Realitätstheorie versuchte deshalb dieses «Monster der Positivität des Rechts» in die Flucht zu schlagen (vgl. dazu FÖGEN (FN 92), 395 f.).

<sup>107</sup> In neueren Entscheidungen stützte sich das Bundesgericht nicht mehr auf die eine oder andere Theorie, sondern verwendete die Begriffe Realität und Fiktion allenthalben umgangssprachlich (so FÖGEN (FN 92), 398; dieser folgend WEBER (FN 92), 50; vgl. dazu etwa die Entscheidung BGE 76 I 346, BGE 97 II 97, BGE 115 II 181, BGE 121 I 30).

<sup>108</sup> Die neuen Art. 100<sup>quater</sup> und 100<sup>quinquies</sup> StGB sind per 1. Oktober 2003 in Kraft getreten.

<sup>109</sup> Vgl. für einen Überblick zum Unternehmensstrafrecht und den damit zusammenhängenden praktischen Problemen etwa MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Diss. St. Gallen 2006 (=ASR 723), Bern 2006; ROMAN GEIGER, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Diss. Zürich 2006 (= SSW 251); GÜNTER HEINE, Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts – oder: Victoria Jungfrau, Kellner Klaus und die Chefsekretärin, SZW 77 (2005), 17 ff.; ROLAND RYSER/NATALIE KUCHOWSKY, Die Strafbarkeit des Unternehmens – Organisationspflichten und Strafrecht, ST 2005, 583 ff.

<sup>110</sup> Vgl. dazu auch OTT (FN 92), 8.

<sup>111</sup> Die Begriffe Recht und Moral (und damit eingeschlossen auch die in der CSR Diskussion oft synonym zu Moral verwendeten Begriffe Ethik und Soziales) sind zu unterscheiden. Mit den Worten von ENGI kann Folgendes festgehalten werden: «Das Recht erfasst das äusserlich sichtbare Verhalten, die Moral zusätzlich dazu die innere Einstellung. Das Recht ist Zwangsordnung und staatlich durchsetzbar. Dagegen ist Moralität etwas Innerliches. Sie kann nicht rechtlich, staatlich oder politisch hervorgebracht werden, sondern muss vom einzelnen Menschen selbst ausgehen» (LORENZ ENGI, Recht und Moral – Herkunft und Aktualität einer Unterscheidung, SJZ 101 (2005), 565 ff., 567).

<sup>112</sup> Vgl. dazu insbesondere Art. 716a Abs. 1 OR.

<sup>113</sup> Gemäss Art. 716 Abs. 1 OR ist der Verwaltungsrat für alle (exekutiven) Angelegenheiten zuständig, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind. Bei CSR Aktivitäten handelt es sich um Tätigkeiten, die gemäss Gesetz und typischerweise gemäss Statuten nicht der Generalversammlung zugeordnet werden (vgl. zur Frage, inwiefern unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrates an die Generalversammlung delegiert werden können BSK OR II-WATTER, Art. 716 N 5).

<sup>114</sup> PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, 1524 ff., N 1617 ff.; HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= SSW 210), 239 ff.; BSK OR II-WATTER, Art. 717.

<sup>115</sup> Vgl. dazu schon FN 104. In der Lehre wird diese äussere Organvollmacht auch als Vertretungsmacht des Verwaltungsrates bezeichnet (vgl. dazu grundlegend DIETER ZOBL, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, 289 ff., 291 ff.; ferner BSK OR II-WATTER, Art. 718, N 19).

<sup>116</sup> Gemäss Bundesgericht ist unsittlich, was «gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe [verstösst]»

derrechtlicher<sup>117</sup> Natur sein.<sup>118</sup> Gleiches gilt auch für die Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszweckes.<sup>119</sup>

Die Rechtsordnung stellt somit Normen und Grundsätze auf, innerhalb derer sich der Verwaltungsrat als Organ und seine einzelnen Mitglieder zweckkonform<sup>120</sup> zu bewegen haben.<sup>121</sup> Dieses Resultat ist denn auch «kompatibel» mit der Prämisse der CSR, gemäss welchem die Einhaltung gesetzlicher Normen als die fundamentalste Art der Wahrnehmung sozialer Verantwortlichkeit beschrieben werden kann.<sup>122</sup>

Im Bereich der CSR heisst das beispielsweise, dass die Entscheidträger eines Unternehmens nicht Gesetze (z.B. Umweltschutzstandards) verletzen dürfen, auch wenn dies ökonomisch Sinn machen würde, weil der Barwert der erwarteten Erträge aus der Verletzung höher ist als die Maximalbusse und allfälliger Schadenersatz (inklusive Reputationschaden).

## 2. Pflichten des Verwaltungsrates

Innerhalb des eben beschriebenen Rahmens hat der Verwaltungsrat so zu handeln, dass er den Gesellschaftszweck möglichst fördert, was einerseits aus der internen Bedeutung von Art. 718a OR folgt<sup>123</sup>, andererseits

(BGE 123 III 102; BGE 115 II 235 bezugnehmend auf ZK-HOMBURGER, Art. 707–726, N 668).

<sup>117</sup> Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 19 und 20 liegt bei Verstössen gegen privat- oder öffentlichrechtliche Normen des geschriebenen und ungeschriebenen schweizerischen (eidgenössischen oder kantonalen) Rechts vor (vgl. statt aller BSK OR I-HUGUENIN, Art. 19/20, N 15).

<sup>118</sup> Art. 52 Abs. 3 ZGB. Vgl. dazu etwa auch BGE 115 II 404; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 114), § 8 N 49. Allerdings entsteht eine AG gemäss Art. 643 Abs. 2 mit der Eintragung im Handelsregister, selbst wenn nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind. Diese sog. Heilung der Rechtspersönlichkeit vermag aber an der Rechts- oder Sittenwidrigkeit nichts ändern, eine AG mit unzulässigem Gesellschaftszweck muss deshalb im Liquidationsverfahren aufgelöst werden (vgl. dazu BSK ZGB I-HUGUENIN, Art. 52 N 18).

<sup>119</sup> Das Bundesgericht hat festgehalten, dass «die widerrechtlichen Mittel ein solches Ausmass erreichen können, dass sie die Verbandsperson als solche als widerrechtlich oder unsittlich erscheinen lassen», BGE 115 II 405.

<sup>120</sup> Immerhin ist es der Generalversammlung möglich, ein ausserhalb des Gesellschaftszweckes (aber innerhalb der zwingenden Rechtsordnung) liegendes Geschäft nachträglich mit dem notwendigen doppelten Quorum gemäss Art. 704 Abs. 1 OR zu genehmigen, was aber letztlich zu einer (faktischen) Zweckänderung führt, welche das Geschäft wiederum vom Gesellschaftszweck gedeckt erscheinen lässt (vgl. zur Frage der Zulässigkeit von faktischen Zweckänderungen neuerdings MICHAEL LAZOPOULOS, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2004 (= SSW 237), 47 ff., mit weiteren Hinweisen).

<sup>121</sup> Vgl. dazu ähnlich LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel, Zürich 1994, 107 f.; neuerdings auch LAZOPOULOS (FN 120), 47.

<sup>122</sup> Siehe dazu schon vorne B.

<sup>123</sup> ROLF WATTER/THOMAS ROHDE, Die Spendenkompetenz des Verwaltungsrates, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag Zürich 2006 (erscheint demnächst), 329 ff., 333; WATTER (FN 104), N 178. In der Lehre wird diese innere Organvollmacht auch als *Verwaltungsbefugnis* des Verwaltungsrates bezeichnet (vgl. dazu

aus Art. 717 OR, der bestimmt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates (und des Managements) ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt (Sorgfaltspflicht) zu erledigen und die Interessen der Gesellschaft über andere Interessen zu stellen und zu wahren haben (Treuepflicht). Ferner haben sie die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln (Gleichbehandlungspflicht).

### 2.1 Förderung des Gesellschaftszwecks

Förderung des Gesellschaftszweckes bzw. Förderung des Gesellschaftsinteresses kann u.E. nur heissen, dass der Verwaltungsrat versuchen muss, den Unternehmenswert langfristig<sup>124</sup> zu steigern, solange die Aktionäre nicht (einstimmig) die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft ganz (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR) oder teilweise<sup>125</sup> aufgehoben haben.<sup>126</sup> Das bedeutet nicht, dass jedes Rechtsgeschäft einen zählbaren Gewinn abwerfen muss, heisst aber, dass der Verwaltungsrat nur Geschäfte tätigen darf, von deren langfristigem Nutzen für den Unternehmenswert er in guten Treuen überzeugt ist. Eine andere Art, dies auszudrücken ist, dass sich jede Handlung des Verwaltungsrates am wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse ausrichten muss, wobei die Diskussion, was denn das Gesellschaftsinteresse sei, in Lehre und Praxis teilweise heftig und äusserst kontrovers geführt wird. Am einen Ende dieser Diskussion wird gerne MILTON FRIEDMANS «*the business of business is business*» bemüht und am anderen Ende ist etwa die Rede vom «*triple bottom line*»<sup>127</sup>- und/oder «*multi-stakeholder*»-Ansatz oder eben von CSR<sup>128</sup>. Man kann sich dabei jeweils des Eindrucks nicht erwehren, dass die Diskussion ideologisch be- bzw. überladen ist. Dabei ist die Ausgangslage eigentlich einfach: Der Eigenkapitalgeber stellt Kapital zur Verfolgung des in den Statuten definierten Zweckes mit dem Ziel zur Verfügung, um durch ein von ihm eingesetzten Verwaltungsrat und ein Management eine risikobereinigt möglichst hohe Rendite zu erzielen.<sup>129</sup> Betreffend die Frage, wie

grundlegend DIETER ZOBL (FN 115), 294 ff.; ferner BSK OR II-WATTER, Art. 718 N 19; Art. 718a N 6 ff.).

<sup>124</sup> Vgl. dazu auch den nächsten Absatz.

<sup>125</sup> Vgl. dazu WATTER/ROHDE (FN 123), 337 f.; BSK OR II-WATTER, Art. 717 N 39, mit weiteren Hinweisen.

<sup>126</sup> Vgl. dazu auch BSK OR II-WATTER, Art. 717 N 37 ff., mit weiteren Hinweisen; WATTER/ROHDE (FN 123), 337 f. Auch das Bundesgericht scheint diese Auffassung zumindest für volkswirtschaftlich bedeutsame Publikumsgesellschaften zu akzeptieren (BGE 100 II 393; BGE 54 II 28; vgl. zu diesen Entscheiden etwa FORSTMOSER (FN 1), 225 f.).

<sup>127</sup> Gemäss dem triple bottom line Ansatz soll ein Unternehmen drei Interessen gleichmässig gerecht werden: Dem Interesse der Kapitalgeber an der Gewinnoptimierung, dem Interesse der Gesellschaft an der Social Responsibility, dem Interesse der Umwelt an der Environmental Responsibility (vgl. dazu etwa auch FORSTMOSER (FN 1), 212); ferner auch etwa VON DER CRONE/HOCH (FN 10), 48, mit weiteren Hinweisen.

<sup>128</sup> Vgl. bspw. IAN DAVIS, The biggest contract, The Economist Newspaper v. 26. Mai 2005.

<sup>129</sup> Die klassische bzw. moderne Portfoliotheorie zeigt (wenig überraschend), dass ein Anleger bei gleichem Risiko eine Anlage

dieses Ziel zu erreichen ist, besteht für den Verwaltungsrat<sup>130</sup> in den beschriebenen Schranken von Gesetz und Gesellschaftszweck ein grosser Ermessensspielraum. Gesellschaftsinteresse ist damit gleichbedeutend mit dem Interesse der Aktionäre an einer langfristig zu erreichenden (dazu sogleich) Unternehmenswertmaximierung.<sup>131</sup>

Vor diesem Hintergrund wäre das Erhalten von überzähligen Arbeitsplätzen in einer von einer Konsolidierungsphase geprägten Branche ohne jegliche Anzeichen (oder Strategien), warum gerade das eigene Unternehmen nicht unter dieser Konsolidierung leiden wird bzw. im schrumpfenden Markt Marktanteile dazugewinnen kann, gegen das langfristige Gesellschaftsinteresse, da es aufgrund der höheren Kosten laufend an Wettbewerbsfähigkeit und damit an Wert verliert. Strukturhaltung führt meist, zwar verzögert, zu den schlimmeren sozialen Auswirkungen als wenn der Wandel proaktiv gestaltet wird.

Die Optik des Eigenkapitalgebers beantwortet auch die Frage, auf welchen Zeithorizont der Verwaltungsrat seine Tätigkeit und seine Entscheide auszurichten hat.<sup>132</sup> Dies ist im vorliegenden Zusammenhang deshalb wichtig, weil je länger der Zeithorizont angesetzt wird, desto eher eine Interessenkonvergenz der unterschiedlichen Anspruchsgruppen entsteht.<sup>133</sup> Eine risikobereinig

möglichst hohe Rendite meint keine kurzfristige Maximierung der Erträge, sondern ein Bemühen, langfristig solide Cash-flows zu generieren, was in Anbetracht der gängigen Unternehmensbewertungsmodelle auch zu einem höheren Unternehmenswert führen muss, bei Publikumsgesellschaften auch einen höheren Börsenwert, wenigstens dann, wenn man von effizienten Kapitalmärkten ausgeht (zumindest in ihrer halbstarken Ausprägung),<sup>134</sup> denn Unternehmenswert und Aktienkurse widerspiegeln nichts anderes als den Gegenwartswert der erwarteten und mit einer adäquaten Rate diskontierten zukünftigen Gewinnströme, beziehen also langfristige Effekte (wenn auch abgezinst) mit ein.<sup>135</sup> Will man davon ausgehen, dass Teilmärkte nicht effizient sind oder Phasen bestehen, wo die Kapitalmärkte ineffizient sind, können tatsächlich kurzfristige Effekte entstehen, was dazu führen kann, dass Unternehmen eine kurzfristige Optik «aufgezwungen» wird.<sup>136</sup> In solchen Fällen nimmt das Gesetz zumindest implizit Stellung für eine langfristige Optik bzw. sieht die Möglichkeit der Verfolgung einer langfristigen Optik vor.<sup>137</sup> Auch in der Lehre kann die Ansicht, der Verwaltungsrat hätte langfristig zu arbeiten, wohl als herrschend bezeichnet werden.<sup>138</sup>

mit höher erwarteter Rendite bzw. bei gleicher erwarteter Rendite eine Anlage mit geringerem Risiko bevorzugt (vgl. für eine Übersicht über das institutionelle Asset Management und dessen Grundlagen SPILLMANN (FN 1), 20 ff., mit weiteren Hinweisen).

<sup>130</sup> Dies gilt namentlich in der Publikumsgesellschaft – in Gesellschaften mit einem oder wenigen Aktionären erfolgen praktisch oft, manchmal dauernd, Instruktionen der Aktionäre an die Führung.

<sup>131</sup> Anderer Meinung ist wohl LAMBERT, welcher dem Gesellschaftsinteresse keinen normativen bzw. keinen materiellen Gehalt zuspricht, sondern das Gesellschaftsinteresse lediglich als die Bezeichnung für die tatsächliche Handlungsweise des Verwaltungsrates definiert und dem Gesellschaftsinteresse damit rein deskriptiven Charakter zukommen lässt (vgl. dazu CLAUDE LAMBERT, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1992, 215). LAMBERT begründet seine Ansicht unter anderem damit, dass es keine geeignete dem Rechtssystem, insbesondere der Rechtsanwendung, zugängliche Definition des Gesellschaftsinteresses gäbe und sich dieses deshalb nicht als Verhaltensmaxime mit normativem Charakter eigne (vgl. dazu LAMBERT (FN 131), 211 ff.).

<sup>132</sup> Fragen wie Weiterbildung der Arbeitnehmer, Jobattraktivität, Produktqualität aber auch Auftreten gegen aussen (Reputation) werden je nach zur Disposition stehendem Zeithorizont unter Umständen diametral verschieden beantwortet werden müssen.

<sup>133</sup> So schreibt auch FORSTMOSER: «Soziale Verantwortung und eine schonungsvolle Nutzung von Umweltressourcen ernst zu nehmen, ist nicht Gutmenschtum, sondern – jedenfalls in einer längerfristigen Optik – auch dem Shareholder Value bekömmlich» (FORSTMOSER (FN 4), 25). Ebenso betont er, dass zwischen den beiden Lagern (Vertreter des *shareholder value* und Vertreter des *stakeholder value*) mehr Gemeinsamkeiten als erwartet bestehen (vgl. dazu FORSTMOSER (FN 1), 219 f.). Vgl. zur Fokussierung auf die Interessen der Aktionäre auch die Präambel zum Swiss Code of Best Practice und ähnlich auch der BERICHT CORPORATE GOVERNANCE, Bericht Corporate Governance in der Schweiz, 7, abrufbar unter <<http://www.economiesuisse.ch>>, 31.07.2006. Auch für Volkart müssen Publikumsgesellschaften, um langfris-

tig überleben zu können und ihren ökonomischen (Generierung von Kundennutzen) bzw. betriebswirtschaftlichen Zweck (Wertsteigerung für die Eigenkapitalgeber) erfüllen zu können, mit den *stakeholders* kooperieren (vgl. dazu etwa RUDOLF VOLKART, Corporate Finance, 2. Aufl., Zürich 2006, 51 f.).

<sup>134</sup> Die Kapitalmarkteffizienzhypothese besagt in ihrer halbstarken Form, dass die Börsenkurse stets alle öffentlich zugänglichen Informationen reflektieren, die dem Markt zur Verfügung stehende Information somit im jeweiligen Aktienkurs «eingepreist» ist (vgl. zur Kapitalmarkteffizienzhypothese und zur Unterscheidung dieser in drei Stärken grundlegend EUGENE F. FAMA, Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work, Journal of Finance 25 (1970), 383 ff.; ferner etwa RICHARD A. BREALEY/STEWART C. MYERS, Principles of Corporate Finance, 7th ed., Boston et al. 2003, 343 ff., insb. 351; THOMAS E. COPELAND/FRED J. WESTON, Financial Theory and Corporate Policy 3th ed, Reading 1992, 330 ff.; THOMAS WERLEN, Konzeptionelle Grundlagen des schweizerischen Kapitalmarktrechts, Diss. Zürich 2004 (= SSB 23), 18 ff.; RUFFNER (FN 33), 359 ff.; KLAUS SPREMANN, Portfoliomanagement, 2. Aufl., München/Wien/Oldenbourg 2003, 120 ff.; ROLF WATTER, Unternehmensübernahmen, Habil. Zürich 1990, N 213 ff.).

<sup>135</sup> RUFFNER (FN 33), 384.

<sup>136</sup> Vgl. zum Ganzen SPILLMANN (FN 1), 261 ff., mit weiteren Hinweisen.

<sup>137</sup> Vgl. dazu etwa Art. 669 Abs. 3, 673 und 674 Abs. 2 Ziff. 2 OR. Immerhin sei angemerkt, dass im Recht bzw. der Regulierung der zumindest für Publikumsgesellschaften wichtigsten Aktionäre, der institutionellen Investoren, das Gesetz teilweise eine gegensätzliche Optik vertritt (vgl. dazu insbesondere für die Pensionskassen SPILLMANN (FN 1), 80 ff., 284).

<sup>138</sup> Vgl. dazu etwa BSK OR II-WATTER, Art. 717 N 37 f. Vgl. ferner auch den BERICHT CORPORATE GOVERNANCE: «Für die Unternehmensverwaltung kann es deshalb praktisch gesprochen immer nur um das eine Ziel gehen: die langfristige Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens, was gleichzusetzen ist mit der langfristigen Sicherung bzw. Steigerung des Unternehmenswerts» (BERICHT CORPORATE GOVERNANCE (FN 133), 7). Vgl. zur langfristigen Ausrichtung etwa auch FORSTMOSER (FN 1), insbesondere 222 und 229. Anders kann sich die Lage in Ausnahmesituationen präsentieren wie beispielsweise im Falle der Liqui-

Diese erlaubte (und gebotene) langfristige Sicht äussert sich nicht nur darin, dass gute Beziehungen zu Arbeitnehmern zu suchen und zu fördern sind und beispielsweise in Ruf und *standing* eines Unternehmens zu investieren ist. Sie gilt namentlich auch gegenüber den Kunden, die so zu behandeln sind, dass sie auch das nächste Mal wieder beim selben Unternehmen einkaufen. Preise gegenüber Kunden sind auch nicht notwendigerweise zu maximieren: so hört man von Zeit zu Zeit, dass die Warteliste für ein neues Modell von Ferrari so lang ist, dass das Unternehmen seine Fahrzeuge problemlos auch zum doppelten oder dreifachen Preis absetzen könnte. Ferrari schätzt aber offenbar das Exklusivitätsimage langfristig als höher ein (umso mehr als dieses Image es auch erlaubt, alle möglichen Nebenprodukte zu vermarkten) als den kurzfristigen Mehrertrag. Ein solches Verhalten ist nicht nur zulässig, sondern je nach Strategie geboten.

Gestützt wird diese Ansicht empirisch gerade auch im Bereich der Nachhaltigkeit, wo eine anfangs eher politisch-ideologische Investitionsmotivation von Anlegern der Überzeugung gewichen ist, dass nachhaltige Anlagen langfristig ein überdurchschnittlich vorteilhaftes Rendite/Risiko-Verhältnis aufweisen.<sup>139</sup>

Eine Interessenkonvergenz zwischen Aktionären und anderen *stakeholders* ist indessen natürlich auch bei der Anwendung einer langfristigen Optik nicht immer gegeben. Gewissen Anliegen der Allgemeinheit zu entsprechen, kann sich für ein Unternehmen auch über einen langen Horizont betrachtet nicht auszahlen. In diesen Fällen sollte man aber ehrlich sein und darauf verzichten, Unternehmen an ihre angebliche soziale Verantwortung zu erinnern. Solche Interessen der Allgemeinheit sind mittels staatlicher Massnahmen oder allenfalls mittels Selbstregulierung zu begegnen.<sup>140</sup> Oder wie es Forstmoser treffend formuliert: «Die Verfolgung von Unternehmens- bzw. Gesellschaftsinteressen bedeutet Wahrnehmung von *Privatinteressen*. *Öffentliche Aufgaben* wahrzunehmen und das *Gemeinwohl zu fördern* kann nicht das Ziel privatwirtschaftlichen Tuns sein, auch wenn dies – so ist es zu erwarten und ist es die Basis wie auch die *Rechtfertigung liberalen Ideenguts* – zumeist eine Folge davon ist. Wo die Wahrung der Privatinteressen nicht genügt, um den Interessen der Allgemeinheit gerecht zu werden, wo also die *invisible hand* von Adam Smith ihren Segen nicht *allen legitimerweise Interessierten* spenden kann, da ist der *Staat gefordert*.»<sup>141</sup> Dem kann einzig noch hinzugefügt werden, dass es wohl auch zutiefst undemokratisch wäre, wenn nicht der Staat, sondern eben einige wenige Pri-

vate über Fragen wie Moral, Gerechtigkeit und Interessenausgleich befinden könnten, die dann darüber hinaus für diese Handlungen noch das Geld anderer Leute, nämlich ihrer Aktionäre, einsetzen.

Schliesslich erweisen sich gewisse CSR-Forderungen auch als fragwürdig bzw. werden auch unter dem Deckmantel von CSR unreflektiert handfeste Eigeninteressen verfolgt.

So ist letztlich auch die bereits angesprochene<sup>142</sup> Transferierung relativ unqualifizierter Arbeit in Billiglohnländer nur dann berechtigterweise als amoralisches *Sozialdumping* anzuprangern, falls Kernarbeitsnormen<sup>143</sup> wie etwa Kinderarbeit oder Gleichheit des Entgelts verletzt werden. Wo diese Standards aber eingehalten werden, sind wohl eher die Forderungen der Gewerkschaften nach dem Ausschluss dieser Arbeitskräfte vom Arbeitsmarkt aus sozialen Gesichtspunkten als fragwürdig zu betrachten.<sup>144</sup>

## 2.2 Sorgfaltspflicht

Die Mitglieder des Verwaltungsrates (und des Managements) sind verpflichtet, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen. Sorgfalt bedeutet die Anwendung der gebotenen Umsicht und Vorsicht bei der jeweiligen Aufgabenerfüllung.<sup>145</sup> Ausführungen zur Sorgfaltspflicht beschäftigen sich zumeist mit der Frage des Sorgfaltsmassstabes.<sup>146</sup> Sorgfältiges Schalten und Walten bedingt wie schon gesehen gesetzeskonformes Verhalten;<sup>147</sup> die Überwachung der Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen ist denn auch eine unüber-

<sup>142</sup> Siehe dazu vorne C.I.2.

<sup>143</sup> Siehe dazu hinten D.II.2.2, insb. FN 172.

<sup>144</sup> Vgl. dazu etwa auch BLANKART, der darauf hinweist, dass die Gewerkschaften und mit ihnen auch die westlichen Staaten vor der moralischen Grundsatzfrage stehen, «wie sie die Existenzbedingungen der Arbeiterschaft verteidigen können, ohne die Existenzbedingungen der Arbeiterschaft eines anderen Landes zu schädigen» (BLANKART (FN 53), 697). Wie eine allerdings schon zehnjährige OECD Studie belegt, dürfte diese Verschiebung nicht zu einem «*race to the bottom*» für Arbeitnehmer führen; vielmehr bremsen mangelnde Arbeitsnormen die optimale Allokation der Ressourcen und somit die Wohlfahrt eines Staates (vgl. dazu OECD, Trade, Employment and Labour Standards: A Study of Core Workers' Rights and International Trade, Paris 1996).

<sup>145</sup> Vgl. dazu BÄRTSCHI (FN 114), 243, mit weiteren Hinweisen.

<sup>146</sup> Es gilt grundsätzlich ein objektivierter Massstab, gemäss welchem das Verhalten eines Verwaltungsratsmitgliedes mit demjenigen verglichen wird, welches billigerweise von einem abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Pflichtgebundenen in einer vergleichbaren Situation erwartet werden darf. Erhöhte Anforderungen ergeben sich unter Umständen bei überdurchschnittlich qualifizierten Mitgliedern (BGE 113 II 56; 99 II 179; BÄRTSCHI (FN 114), 301 ff.; BÖCKLI (FN 114), § 13 N 575; BSK OR II-WATTER, Art. 717 N 5).

<sup>147</sup> Vgl. dazu BÄRTSCHI (FN 114), 243; OR Handkomm-CHAPUIS, Art. 717 N 4. Dies hat etwa auch dann zu gelten, wenn die Inkaufnahme einer Busse unter Umständen zu einer geringfügigeren Vermögensschädigung führen würde (inklusive Reputationsschaden), als der Aufwand, um die Verletzung der entsprechenden Norm zu verhindern (vgl. dazu das unter D.II.1 erwähnte Beispiel und WATTER (FN 134), N 15).

dation der Gesellschaft oder bei einer zeitlich befristet bestehenden Gesellschaft.

<sup>139</sup> Vgl. zu diesem Wandel in der *Sustainability*-Diskussion von DER CRONE/HOCH (FN 10), 40 ff., mit weiteren Hinweisen; SPILLMANN (FN 1), 94 f., mit weiteren Hinweisen.

<sup>140</sup> So auch FORSTMOSER (FN 1), 221.

<sup>141</sup> FORSTMOSER (FN 1), 230 f.

tragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates.<sup>148</sup>

Wie gesehen müssen Geschäftsentscheide vor dem Hintergrund einer (langfristig ausgelegten) Kosten-Nutzen Analyse erfolgen. Jedes Projekt, welchem der Verwaltungsrat zustimmt, muss letztlich einen (allerdings nicht nur direkte Geldrückflüsse berücksichtigenden<sup>149</sup>) positiven *Net Present Value*<sup>150</sup> aufweisen.<sup>151</sup> Dabei dürfen auch ferne und unsichere Entwicklungen mitberücksichtigt werden (wobei die Unsicherheit angemessen zu berücksichtigen ist, sei es durch vorsichtige Berechnung des Nutzens, sei es durch einen höheren Diskontierungssatz). Auch dürfen die Entscheidungsträger interne Effekte berücksichtigen (beispielsweise die Motivation der Mitarbeiter, die durch ein Projekt gefördert werden kann), aber auch den guten Ruf<sup>152</sup> des Unternehmens, falls er durch eine Massnahme gefördert wird, oder positiven Rahmenbedingungen einen Wert beimessen. Immer aber muss der Verwaltungsrat nach Durchführung eines (auch unter zeitlichen Aspekten) angemessenen Verfahrens in guten Treuen glauben kön-

nen, dass ein bestimmtes Projekt langfristig den Unternehmenswert steigert. Geschäftsentscheide, welche dies missachten, stellen eine Verletzung der Sorgfaltspflicht dar<sup>153</sup>, wobei bei der allfälligen späteren Überprüfung des Entscheides nicht die Beurteilung dessen materieller Richtigkeit im Vordergrund stehen kann, sondern Massstab das damalige Wissen und der Ablauf des Verfahrens sein muss.<sup>154</sup>

Unter diesen Aspekten darf der Verwaltungsrat beispielsweise auch bei einer bestimmten Technologie (sei dies beispielsweise in der Gentechnik oder im Softwarebereich) auf einen Patentschutz (und damit zumindest kurz- und mittelfristig auf Einnahmen) verzichten, wenn er überzeugt ist, dass er damit die Marktdurchdringung dieser Technik fördert und zum Schluss kommt, dass «sein» Unternehmen dadurch letztlich profitiert, weil es beispielsweise in angrenzenden Märkten, welche die Anwendung der Technologie auch voraussetzen, eine starke Position hat.

Für die CSR-Frage ergibt sich somit Folgendes: Die fundamentalste Form sozial verantwortlichen Verhaltens, nämlich die Einhaltung der Gesetze, ist durch das Aktienrecht bereits abgedeckt, bzw. vorgeschrieben und gilt absolut, d.h. es besteht keine Berechtigung, Gesetze aus Profitüberlegungen zu missachten.<sup>155</sup> Dies bedeutet konkret, dass ein Schweizer Unternehmen bereits eine Vielzahl von (Schweizer) Bestimmungen (insbesondere in den Bereichen Arbeitnehmerschutz, Umweltschutz, Menschenrechte, Korruption usw.) einzuhalten hat, welche in der international geführten CSR-Diskussion zu den sozial verantwortlichen Standards gezählt werden.<sup>156</sup> Selbstverständlich ist, dass sich dieses Unternehmen beim Geschäften im Ausland auch an das lokale Recht zu halten hat, und an international geltendes Schweizer Recht, dies u.E. unabhängig davon, ob der Auftritt im Ausland über Tochtergesellschaften oder über Zweigniederlassungen oder andere Arten des grenzüberschreitenden Vertriebes erfolgt.

So macht sich etwa gemäss Art. 322<sup>septies</sup> Abs. 1 StGB derjenige strafbar, der einen fremden Amtsträger besticht. Nach Art. 100<sup>quater</sup> Abs. 2 StGB sind die Un-

<sup>148</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

<sup>149</sup> Namentlich darf in die Rechnung auch indirekter Nutzen einfließen, etwa erhöhte Motivation der Angestellten, guter Ruf bei der Kundschaft und den rechtsanwendenden und rechtssetzenden Behörden. Vgl. dazu WATTER/ROHDE (FN 123), 340; selbstverständlich kann man auch versuchen, diese Effekte geldmässig zu quantifizieren und direkt in ein Bewertungsmodell einfließen lassen. Vgl. auch die im Text folgenden Beispiele.

<sup>150</sup> Der Gegenwartswert oder Barwert einer Investition ist dann positiv, wenn der Gegenwartswert der verursachten Kosten kleiner ist als der Gegenwartswert der zukünftig eingesparten Kosten bzw. der zukünftigen Erträge (vgl. dazu etwa BREALEY/MYERS (FN 134), 14 ff.; VOLKART (FN 133), 276 ff.; ferner MAX BOEMLE/MAX GSELL/JEAN-PIERRE JETZER/PAUL NYFFELER/CHRISTIAN THALMANN (Hrsg.), Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002; PIETRO SUPINO, Gedanken zum Konzept des Shareholder Value und Verantwortlichkeit bei der Unternehmensführung, AJP 1997, 354 ff. Da bei diesem Handlungsmodell verschiedene Annahmen getroffen werden müssen (insbesondere erwartete Zinsen und *cash flows*), können sich Projektentscheide auch als verfehlt herausstellen. Trotzdem ist die Orientierung am *Net Present Value* als Handlungsmuster von grosser Bedeutung oder wie es BREALEY/MYERS formulieren: «Separation of ownership and control is essential for most corporations, so authority to manage has to be delegated. It is good to know that managers can all be given one simple instruction: Maximize net present value» (BREALEY/MYERS (FN 134), 22).

<sup>151</sup> «Voraussetzung für jeden Investitionsentscheid ist ein angemessener return on investment» (BSK OR II-WATTER, Art. 717 N 10, Hervorhebungen im Original weggelassen; vgl. dazu aus der Sicht der Corporate Finance statt vieler VOLKART (FN 133), 71; BREALEY/MYERS (FN 134), 22). In diesem Konzept implizit enthalten ist sodann die genügende Informationslage des Entscheidungsgremiums. Dies ist ein weiterer Aspekt, welcher im Rahmen der Sorgfaltspflicht von grosser Bedeutung ist (vgl. dazu etwa ANDREA GRASS, Business Judgment Rule – Schranken richterlicher Überprüfbarkeit von Management Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998 (= SSHW 186), 86 ff.; BSK OR II-WATTER, Art. 717 N 6 u. 8).

<sup>152</sup> Vgl. zur Bedeutung der Reputation für ein Unternehmen statt aller VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 119 (2000) II 237 ff., insb. 259 ff., mit weiteren Hinweisen; ferner im Zusammenhang mit der CSR-Thematik FORSTMOSER (FN 1), 221.

<sup>153</sup> Vgl. dazu auch BSK OR II-WATTER, Art. 717 N 12; mit weiteren Hinweisen.

<sup>154</sup> Vgl. zur gehörigen Sorgfalt bei der Business Judgment Rule, welche das Verfahren der Entscheidfällung in den Vordergrund stellt GRASS (FN 151), 86 ff. So auch VON DER CRONE: «Nach Lehre und Rechtsprechung begründet der formell korrekte Ablauf des Entscheidungsvorgangs auch im Bereich des Verwaltungsrates eine Vermutung für die materielle Richtigkeit des gefassten Entscheids» (HANS CASPAR VON DER CRONE, Auf dem Weg zu einem Recht der Publikumsgesellschaft, ZBJV 133 (1997) 73 ff., 104 f.). Allerdings ist BÖCKLI zuzustimmen, dass die Business Judgment Rule nicht ohne weiteres ins Schweizer Recht übertragen werden kann, da ein Richter einen Entscheid minimal auch sachlich überprüft (vgl. zum Ganzen BÖCKLI (FN 114), § 13 N 582 ff.).

<sup>155</sup> Siehe dazu schon FN 147.

<sup>156</sup> Vgl. für eine Übersicht der wichtigsten Bereiche BRÜGGER/SPILLMANN (FN 27), 177 ff.

ternehmen für diesen Straftatbestand konkurrierend (neben der straffälligen natürlichen Person) verantwortlich.<sup>157</sup> Wird die Bestechung eines ausländischen Amtsträgers entweder in der Schweiz durch eine natürliche Person oder durch einen Schweizer Staatsbürger bei Vorliegen gewisser zusätzlicher Voraussetzungen<sup>158</sup> im Ausland vorgenommen, kann das Schweizer Unternehmen für diese Handlung unter Umständen strafbar gemacht werden.<sup>159</sup>

Ebenfalls strafbar ist die sogenannte *indirekte* Bestechung. Wer etwa über eine Mittelsperson, etwa einen lokalen Agenten, fremde Amtsträger besticht, macht sich auch strafbar. Dies kann von Bedeutung sein, da es viele Unternehmen ihren lokalen Agenten und Tochtergesellschaften überlassen, mit welchen Mitteln Aufträge an Land gezogen werden. Agentenverträge, die überhöhte Provisionszahlungen enthalten, damit das Geld implizit auch noch «reicht», um allfällige Bestechungszahlungen vorzunehmen, sind daher strafrechtlich relevant.<sup>160</sup>

Inwiefern die Auslandbestechung auch über eine ausländische Tochtergesellschaft erfolgen kann, ist noch wenig geklärt. Es stellen sich verschiedene Fragen im Zusammenhang mit der internen Zurechnung einer Handlung der Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft<sup>161</sup> und

der räumlichen Geltung des schweizerischen Strafgesetzbuches.<sup>162</sup>

Eine allfällige Strafbarkeit des Unternehmens kann auch nicht umgangen werden, indem gewisse Aufgaben ausgelagert werden (Outsourcing). Das auslagernde Unternehmen (Outsourcinggeber) jedenfalls bleibt immerhin dann für Handlungen des Dienstleistungserbringers und bei Vorliegen der übrigen Bedingungen<sup>163</sup> strafbar, falls dieser in das Überwachungssystem des Outsourcinggebers integriert wird, wie das etwa der Fall ist bei der Auslagerung von Geschäftsbereichen von Banken und Effektenhändlern<sup>164, 165</sup>.

Vor dem Hintergrund von Art. 1 StGB bzw. des im Strafrecht fundamentalen Grundsatzes *nulla poena sine lege* muss bei diesen Fragen wohl restriktiv argumentiert werden, so erwünscht eine Ausweitung grundsätzlich auch sein mag. Unabhängig von der rechtlichen Situation hat ein Schweizer Unternehmen Reputationsschaden<sup>166</sup> zu gewärtigen, falls publik wird, dass eine Konzerngesellschaft oder eine andere nahestehende Person der Korruption überführt wird – selbst wenn in gewissen Ländern wohl kaum anders «geschäftet» werden kann.

Als Veranschaulichung sei etwa auf das Beispiel von Statoil hingewiesen. Die Aktien von Statoil, ein in der Öl-Branche tätiges norwegisches Unternehmen, fielen zwischen September und Dezember 2003 um 11% (während der Ölpreis in derselben Periode um 2% fiel), nachdem Informationen an die Öffentlichkeit gelangten, welche vermuten liessen, dass Statoil in ein Korruptionsskandal mit dem Iran verwickelt war. Konzerninterne Massnahmen zur Bekämpfung der Korruption hätten einen solchen Verlust der Statoil-Aktien und den weiteren Reputationsschaden wohl verhindern können.<sup>167</sup>

<sup>157</sup> Vgl. zum Unternehmensstrafrecht allgemein neuerdings etwa FORSTER (FN 109); GEIGER (FN 109).

<sup>158</sup> Es muss eine Anknüpfung an das Schweizerische Strafrecht vorliegen. Art. 6 StGB besagt, dass das StGB Geltung beansprucht, falls ein Schweizer im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen verübt, für welches das schweizerische Recht die Auslieferung zulässt, die Tat auch am Begehungsort strafbar ist und das Gesetz am Begehungsort nicht das mildere ist (*lex mitior*). Unklar ist, ob auch Art. 6<sup>bis</sup> StGB Anwendung finden würde im Rahmen des OECD-Bestechungsübereinkommens (vgl. dazu ablehnend BSK StGB I-POPP, Art. 6<sup>bis</sup>, N 5).

<sup>159</sup> Vgl. zu den Schwierigkeiten der Bekämpfung der Auslandsbestechung aber DANIEL JOSITSCH, Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung in der Schweiz, ZStrR, 241 ff., 251 f.

<sup>160</sup> Vgl. dazu BSK StGB II-PIETH, Art. 322<sup>septies</sup> N 15. Die internationale Handelskammer hat zu dieser Problematik in Art. 3 der ICC Rules of Conduct 1977/1999 (abrufbar unter <<http://www.iccwbo.org>>, 31.07.2006) für Agenten folgende Richtlinie erlassen: «Enterprises should take measures reasonably within their power to ensure: a) that any payment made to any agent represents no more than an appropriate remuneration for legitimate services rendered by such agent; b) that no part of any such payment is passed on by the agent as a bribe or otherwise in contravention of these Rules of Conduct; and c) that they maintain a record of the names and terms of employment of all agents who are retained by them in connection with transactions with public bodies or State enterprises. This record should be available for inspection by auditors and, upon specific request, by appropriate, duly authorized governmental authorities under conditions of confidentiality.»

<sup>161</sup> Im Rahmen des vorliegenden Artikels kann dieses Thema nicht weiter vertieft werden. Folgendes sei hier indessen ausgeführt: Erfolgt die Bestechung des ausländischen Amtsträgers durch eine Tochtergesellschaft aufgrund einer Instruktion der Muttergesellschaft, macht sich die Muttergesellschaft unter Umständen eines Teilnahmedelikts (insbesondere Anstiftung) oder der Mittäterschaft strafbar. Die Strafbarkeit aufgrund einer Unterlassung kann allenfalls dann gegeben sein, wenn erstens «die verschiedenen Konzernglieder wirtschaftlich-faktisch gesehen so eng verbunden sind, dass ein Zurechnungsverbund im Sinne einer

wirtschaftlichen Handlungs- und Organisationseinheit vorliegt» (FORSTER (FN 109), 134 f.) und zweitens der besagten Muttergesellschaft eine unternehmensspezifische Garantienstellung zukommt (vgl. zum Ganzen FORSTER (FN 109), 131 ff.). Es ist aber noch weitgehend ungeklärt, inwiefern dies auch auf ausländische Tochtergesellschaften zutreffen kann. Grundsätzlich knüpft Art. 6 StGB bei einer Tathandlung im Ausland daran an, dass die Tat durch einen Schweizer vorgenommen wird.

<sup>162</sup> Siehe dazu bereits FN 158.

<sup>163</sup> Im internationalen Verhältnis ist insbesondere die räumliche Geltung des StGBs zu prüfen (Art. 6 und 6<sup>bis</sup> StGB).

<sup>164</sup> Vgl. dazu das Rundschreiben der EBK betreffend die Auslagerung einzelner Geschäftsbereiche von Banken und Effektenhändlern (EBK-RS 99/2).

<sup>165</sup> Vgl. zum Ganzen FORSTER (FN 109), 159 f.

<sup>166</sup> Ein Reputationsschaden ist oft nur sehr schwer quantifizierbar. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung gilt die Differenztheorie, wonach der Vermögensschaden in der Differenz zwischen dem Vermögensstand vor und nach dem Schadensereignis besteht (vgl. statt aller BK-WEBER, Art. 97 N 151 ff.). Allfällige Folgeschäden, wie etwa erhöhte Kapitalkosten, verminderter Umsatz, kündigende Mitarbeiter, werden damit durch die Differenztheorie an sich erfasst (vgl. dazu etwa im Zusammenhang mit Research Reports JEAN-MARC SCHALLER, Finanzanalysten-Recht, Diss. Zürich 2004 (= SSB 79), 93 ff.).

<sup>167</sup> Vgl. ausführlicher zu diesem Beispiel GEMMA AIOLFI/MARK PIETH, International aspects of corporate liability and corrup-



Da mit CSR jedoch vor allem ein über den vom Gesetz geforderten Mindeststandards hinaus gehendes (freiwilliges) Erfüllen von sozialen und ökologischen Standards gefordert wird, stellt sich die Frage, inwiefern das Einhalten von erhöhten (übergesetzlichen) Standards von der Sorgfaltspflicht gefordert wird oder im Gegenteil gar eine Verletzung der Sorgfaltspflicht darstellen könnte, wenn sich aus der Befolgung solcher Standards Kosten ohne direkt erkennbaren Nutzen ergeben. Hier gilt nach dem Vorgesagten Folgendes: Im Rahmen des ohnehin weiten Ermessensspielraums, der nur aber immerhin verlangt, dass die handelnden Organe in guten Treuen zum Schluss kommen, eine Handlung fördere langfristig den Unternehmenswert, ist eine Orientierung an (Branchen-)Standards und anderen *best practices*, welche über den Minimalgehalt des Gesetzes hinausgehen, ohne weiteres zulässig (wenn nicht gar geboten),<sup>168</sup> dies nur schon deshalb, weil eine Abweichung ein erhebliches Reputationsrisiko in sich birgt. Im Zusammenhang mit der CSR Diskussion seien als solche *best practices*, Standards und dergleichen beispielsweise die OECD Guidelines for Multinational Enterprises<sup>169</sup>, die UN Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights<sup>170</sup>, der UN Global Compact<sup>171</sup>,

die ILO Core Conventions<sup>172</sup>, die Global Sullivan Principles of Social Responsibility<sup>173</sup>, die CERES Principles<sup>174</sup> und die ISO 14000<sup>175</sup> genannt.<sup>176</sup>

einen massgebenden Leitfaden zur Perzeption der CSR Diskussion innerhalb der UNO dar. Die UN-Normen halten am Primat der staatlichen Verantwortung in Bezug auf die Menschenrechte fest, darüber hinaus sind sie aber auch an die transnationalen Unternehmen adressiert und «verpflichten» diese innerhalb ihres eigenen Tätigkeits- und Einflussbereiches zu Achtung, Schutz und Förderung der Menschenrechte und des Umweltschutzes. Gleichzeitig formulieren die neuen Normen in dem sie begleitenden Kommentar konkrete Kriterien zur Umsetzung, Kontrolle und Rechenschaftslegung durch die Unternehmen selbst und die Staaten und sehen die Möglichkeit zur Ahndung von Verstößen vor (vgl. zu den UN-Normen etwa CAROLIN F. HILLEMANN, UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights, German Law Journal, Vol. 04/10, 1065 ff., 1065 ff., mit weiteren Hinweisen; LARRY CATÁ BACKER, Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation's Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Social Responsibility in International Law, abrufbar unter <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=695641](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=695641), 31.07.2006>, mit weiteren Hinweisen).

tion, Tully (ed.), Handbook of Corporate Legal Responsibility, 2005; 395 ff. (abrufbar unter <<http://www.baselgovernance.org/publications/working-papers>>, 31.07.2006).

<sup>168</sup> Vgl. zur zunehmenden Bedeutung internationaler Standards insbesondere Schreiber, welche konstatiert, dass diese Standards einen wichtigen Verhaltensmassstab (benchmark) darstellen (VERA SCHREIBER, International Standards – Neues Recht für die Weltmärkte?, Diss. St. Gallen 2005, 235).

<sup>169</sup> Die OECD Guidelines for Multinational Enterprises (OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen) stellen einen von Regierungen erstellten Verhaltenskodex dar, welcher sich an multinationale Unternehmen richtet. Es handelt sich um einen integralen Bestandteil der Declaration on International Investment and Multinational Enterprises (Erklärung über internationale Investitionen und multinationale Unternehmen). In zehn Kapiteln geben die Leitsätze Empfehlungen für verantwortliches Unternehmerverhalten bezüglich Transparenz und Information, Arbeitsbeziehungen, Umwelt, Korruption, Verbraucherschutz, Technologietransfer, Wettbewerb und Besteuerung. Die Leitsätze sind weltweit gültig und richten sich an alle transnationalen Unternehmen, deren Sitz in einem Unterzeichnerstaat liegt. Überdies ist auch die Verantwortung für die Zulieferer Bestandteil der Guidelines. Den OECD-Leitsätzen kommt keine rechtlich verbindliche Bedeutung zu, im Rahmen der durch die Regierungen zu schaffenden nationalen Kontaktstellen (National Contact Points) – in der Schweiz ist diese Kontaktstelle beim Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) angesiedelt – kann es allerdings im Falle einer Nichteinigung zwischen den sich im Streit befindenden Gruppen (*stakeholders* und jeweiligen Unternehmen) zu einer öffentlichen Erklärung und damit zu einem «*naming and shaming*» kommen. Die in FN 14 erwähnte Global Reporting Initiative bezieht sich auf die OECD Leitsätze für multinationale Unternehmen.

<sup>170</sup> Die UN Unterkommission zur Förderung und zum Schutz der Menschenrechte hat im August 2003 die UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights (UN Normen zur menschenrechtlichen Verantwortung von Transnationalen Konzernen und anderen Wirtschaftsunternehmen) verabschiedet. Zusammen mit dem zugehörigen Kommentar stellen diese Regeln

<sup>171</sup> Am 31. Januar 1999 schlug der Generalsekretär der Vereinten Nationen, Kofi A. Annan, in einer Rede anlässlich des bereits erwähnten Weltwirtschaftsforums in Davos erstmals den Abschluss eines «Global Compact» – eines weltumspannenden Paktes – vor. Er forderte die Wirtschaftsführer in aller Welt auf, sich für den Aufbau sozialer und ökologischer Eckpfeiler zur Abstützung der neuen globalen Wirtschaft zu engagieren und dafür zu sorgen, dass die Globalisierung allen Menschen dieser Erde zugute kommt. Der Pakt umfasste ursprünglich neun und seit 2004 zehn Prinzipien in den Bereichen Menschenrechte, Arbeit, Umweltschutz und Korruption, die sich aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, der Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) und den Grundsätzen der Erklärung von Rio zu Umwelt und Entwicklung ableiten. Er fordert die Unternehmen unter anderem auf, diese Prinzipien innerhalb ihres eigenen Unternehmens umzusetzen. Die Initiative ist freiwillig und bringt keinerlei rechtliche Verpflichtungen mit sich. Kritiker werfen der Idee des Global Compact denn auch vor, die teilnehmenden Unternehmen würden sich mit der Unterzeichnung eine gute PR erkaufen, ohne sich zu etwas zu verpflichten. Bis dato haben sich insgesamt 40 Schweizer Weltkonzerne am Global Compact beteiligt (siehe für weitere Informationen die offizielle Homepage <<http://www.unglobalcompact.org>>, 31.07.2006).

<sup>172</sup> Die folgenden Übereinkommen gehören zu den acht *Core Conventions*: Übereinkommen 87 über Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechtes (1948), Übereinkommen 98 über Vereinigungsrecht und Recht zu Kollektivverhandlungen (1949), Übereinkommen 29 über Zwangsarbeit (1930), Übereinkommen 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit (1957), Übereinkommen 100 über die Gleichheit des Entgelts (1951), Übereinkommen 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (1958), Übereinkommen 138 über Mindestalter (1973), Übereinkommen 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (1999). Der aktuelle Stand der Ratifizierung der Abkommen kann unter <<http://www.ilo.org>>, 31.07.2006, jederzeit abgerufen werden.

<sup>173</sup> Diese Prinzipien adressieren Themen wie Menschenrechte, Rechte der Arbeitnehmer, Korruption, Umwelt (<<http://www.thesullivanfoundation.org>>, 31.07.2006).

<sup>174</sup> CERES ist ein Netzwerk von Investoren, Interessengruppen, welches sich für CSR-Forderungen einsetzt. CERES hat 1997 unter anderem die weite Verbreitung gefundene Global Reporting Initiative (siehe dazu FN 14) ins Leben gerufen (<<http://www.ceres.org>>, 31.07.2006).

<sup>175</sup> Dabei handelt es sich um den Standard der International Standardization Organization zum Umweltmanagement.

<sup>176</sup> Vgl. für diese und weitere die Übersicht bei HILLEMANN (FN 170), 1066 f.; ebenso der Report of the Sub-Commission on

In diesem Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass es für den Verwaltungsrat auch angezeigt sein kann, sich für neue gesetzliche Vorschriften, Branchenstandards oder *codes of best practices* einzusetzen, welche CSR Forderungen reflektieren (um etwa die Kostennachteile, die sich durch das freiwillige Befolgen solcher Standards gegenüber den Konkurrenten ergeben, zu vermindern, was übrigens auch den Markteintritt durch neue Konkurrenten erschweren wird).<sup>177</sup> Die Bedeutung internationaler Standards ist denn auch vor diesem Hintergrund nicht zu unterschätzen. Freiwillige auf privater Basis entwickelte Branchenstandards knüpfen implizit meist an einer im jeweiligen lokalen Recht vorhandenen rechtlich verbindlichen Norm an und erhalten auf diese Weise schnell den Status von internationalem sogenanntem *soft law*, welches es faktisch zu beachten gilt. Die in Art. 717 OR verankerte Sorgfaltpflicht des Verwaltungsrates ist nun eine solche lokale Norm. Zur Beurteilung, ob ein Verhalten sorgfältig ist, werden die das Recht anwendenden Behörden jedenfalls die vereinbarten Branchenstandards und Verhaltenskodizes herbeiziehen.

Resultiert beispielsweise bei einer Schweizer Konzernmuttergesellschaft nachweisbar ein Schaden, z.B. wegen eines Konsumboykottes, weil ein Zulieferer im Ausland das Nichtbestehen von minimalen Umweltstandards ausgenützt hat und als Konsequenz eine massive Umweltverschmutzung resultierte, könnte ein Gericht zum Schluss kommen, dass ein sorgfältiges Vorgehen des Verwaltungsrates, welches auch im Einhalten bzw. in der Kontrolle der Einhaltung der branchenüblichen (übergesetzlichen) Standards besteht, auch für Zulieferer gilt, falls offensichtliche Verdachtsmomente bestanden haben.

Somit darf ein Verwaltungsrat Massnahmen im Sinne der CSR ergreifen, wenn er in guten Treuen zur Überzeugung gelangt, dass diese Massnahmen dem langfristigen Gedeihen des Unternehmens dienen, bzw. den Unternehmenswert steigern oder dessen Verminderung

vermeiden<sup>178</sup>, genauso, wie ein Verwaltungsrat sich beispielsweise entscheiden kann, Spenden<sup>179</sup> zu tätigen.<sup>180</sup>

In diesem Sinn darf der Verwaltungsrat Massnahmen treffen, die beispielsweise den CO<sub>2</sub> Ausstoss vermindern (weil er z.B. darauf vertraut, dass freiwilliges sinnvolles Handeln kostenintensive Regulierung abwendet), er darf Arbeitnehmern längere Kündigungsfristen einräumen (um die Motivation zu steigern und talentierte neue Mitarbeiter anzuziehen), er darf körperlich oder psychisch behinderte Menschen beschäftigen, obwohl deren Produktivität unter Umständen unter derjenigen von Nichtbehinderten liegt oder Lehrstellen schaffen (etwa um seine Reputation<sup>181</sup> und das Arbeitsklima für alle zu verbessern), oder er darf eine Produktionsstätte im Absatzgebiet unterhalten, auch wenn deren Verlagerung in ein Drittland Kostenvorteile hätte (weil er beispielsweise eine langfristige Steigerung der Transportkosten voraussieht oder hofft, lokal produzierte Güter liessen sich besser absetzen).

Andererseits sind aber auch CSR-Aktivitäten zu unterlassen, die dem Unternehmen keinen erkennbaren Nutzen bringen – dies ist nur scheinbar stossend: Aktiengesellschaften sind Kapitalsammelstellen. Eine Vielzahl von Anlegern stellen der Gesellschaft ihr Kapital zur Verfolgung einer bestimmten (meist statutarisch definiert) unternehmerischen Zielsetzung zur Verfügung. Die rechtliche und wirtschaftliche Berechtigung am Vermögen der Gesellschaft fallen bei solchen Gebilden auseinander,<sup>182</sup> rechtlich berechtigt an den Gesellschaftsaktiven ist die Gesellschaft, wirtschaftlich hingegen die Aktionäre. Es ist dabei davon auszugehen, dass Aktionäre, die Kapital für Anliegen einsetzen möchten, die ausserhalb des Zweckes liegen, dieses nicht zuerst in eine Aktiengesellschaft investieren, sondern dieses den jeweiligen zu Begünstigten direkt zukommen lassen wollen.<sup>183</sup>

Ein Beispiel für eine zu unterlassende CSR-Aktivität wäre etwa eine Spende eines in der Schweiz lokal tätigen KMUs für ein Strassenkinderprojekt in Brasilien. Es wird in solchen Fällen regelmässig keinen wirklichen Bezug des Unternehmens bzw. eines ihrer *stakeholders* zu besagtem Projekt existieren. Ausnahmen mag es geben, wo solche Handlungen in der Verwaltung positiv eingesetzt werden können.

the Promotion and Protection of Human Rights – Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights (E/CN.4/2005/91), insbesondere Anhang II und III, abrufbar unter <<http://www.un.org/docs/ecosoc/>>, 31.07.2006.

<sup>177</sup> So etwa auch HIRSZOWICZ, für welche (in Bezug auf Banken) Selbstregulierung und die freiwillige Einhaltung von aussergesetzlichen Standards Teil des Risk Managements darstellen und zur Minimierung von Reputationsrisiken führen (CHRISTINE HIRSZOWICZ, Zur Anwendung ethischer Grundsätze bei Banken – Nicht alle Ethik und Moral des Bankiers ist kodifizierbar!, ST 2002, 912 ff., 915 f.). Vgl. ferner etwa auch RUDOLF STÄMPFLI, Präsident des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes, der die Unternehmer auffordert, sich für die Gesellschaft zu engagieren und die Umwelt mitzugestalten, da sich dieser unbezahlte und gleichzeitig unbezahlbare Einsatz letztlich positiv auf die Unternehmenssicherung auswirkt (RUDOLF STÄMPFLI, Unternehmer und soziale Verantwortung: Widerspruch oder Programm?, 14.6.2006, abrufbar unter <<http://www.arbeitgeber.ch>>, 31.07.2006).

<sup>178</sup> Vgl. dazu etwa das unter D.II.2.2 erwähnte Beispiel von Statoil.

<sup>179</sup> Vgl. zum Begriff der Spende WATTER/ROHDE (FN 123), 330 ff.

<sup>180</sup> Vgl. dazu eingehend WATTER/ROHDE (FN 123), 329 ff.

<sup>181</sup> Siehe zur Bedeutung der Reputation bereits FN 152.

<sup>182</sup> Vgl. dazu etwa SPILLMANN (FN 1), 17 f.

<sup>183</sup> In der Economist Ausgabe vom 22. Januar 2005 lässt sich folgendes Zitat finden, welches die Problematik prägnant zum Ausdruck bringt: «Following the Indian Ocean tsunami, many companies made generous donations to charities helping the victims. There could be no worthier cause – but keep in mind that, in the case of public companies, the managers authorising those donations were giving other people's money, not their own. Philanthropy at others' expense, even in a cause as good as that one, is not quite the real thing» (The Economist Newspaper v. 22. Januar 2005, 11).

## 2.3 Treuepflicht

Der Verwaltungsrat ist der Gesellschaft<sup>184</sup> zu Treue verpflichtet. Er hat insbesondere seine eigenen Interessen (oder diejenigen von Drittpersonen) hinter die Interessen der Gesellschaft zu stellen.<sup>185</sup>

In Bezug auf die vorliegende Fragestellung ergibt sich aus der Treuepflicht insbesondere, dass der Verwaltungsrat rein ethisch motivierte Handlungen – die also den vorgenannten Test nicht bestehen, bzw. bei denen kein langfristiger Nutzen ersichtlich ist – aus seiner eigenen Tasche, und nicht den fremden seiner Aktionäre begleichen soll.<sup>186</sup>

In Anlehnung an das oben genannte Beispiel der Spende für das Strassenkinderprojekt in Brasilien wäre etwa eine Spende nicht zulässig, wenn die die Spende initiiierende Person einen wie auch immer gearteten privaten Bezug zur Thematik hat und die Spende nur deshalb tätigt. Der jeweilige Entscheidungsträger würde in diesem Fall seine eigenen Interessen über diejenigen der Gesellschaft stellen.

Eine Ausweitung des Ermessensspielraums des Verwaltungsrates dahingehend, dass er auch rein ethisch motivierte Handlungen vornehmen dürfte, würde überdies den (jahrzehntelangen und hochaktuellen) Bestrebungen, die Interessen der Agenten (Verwaltungsrat und Management) denjenigen der Prinzipale (Aktionäre) anzugleichen, diametral zuwiderlaufen.<sup>187</sup>

## 3. Rechtsfolgen

### 3.1 Gültigkeit des Vertrags

Bei CSR Aktivitäten stellt sich nach dem Vorgesagten immer auch die Frage, ob das entsprechende Rechtsgeschäft Dritten gegenüber überhaupt rechtsverbindlich ist, wenn es aus der soeben behandelten internen Sicht unzulässig ist. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, ob die entsprechende CSR-Aktivität ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegt oder falls nicht, ob die CSR Tätigkeit mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar ist. Wie bereits gesehen kann der Verwaltungsrat die Gesellschaft nur innerhalb des Gesellschaftszwecks verpflichten.<sup>188</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehören dazu alle Rechtshandlungen, die durch den Zweck *nicht geradezu ausgeschlossen* sind.<sup>189</sup>

Klar ausserhalb des Zwecks wäre eine Spende eines Biotech-Unternehmens, welches gemäss statutarischer Zwecksetzung auch Genforschung betreibt, an ein Komitee, welches ein gänzlich Verbot der Genforschung in der Schweiz anstrebt.

In den meisten Fällen wird die CSR-Aktivität aber gemäss der bundesgerichtlichen extensiven Auslegung des Gesellschaftszwecks innerhalb des Gesellschaftszwecks liegen.<sup>190</sup> Es fragt sich in solchen Fällen, ob die CSR-Aktivität auch im Gesellschaftsinteresse liegt. Wie bereits ausgeführt kommt Art. 718a Abs. 1 OR auch eine interne Wirkung zu. Der Verwaltungsrat kann demzufolge nur solche Rechtshandlungen vornehmen, die dem Gesellschaftsinteresse vermutungsweise förderlich sind. Überschreitet er diese (interne<sup>191</sup>) Vertretungsbefugnis, kann das Rechtsgeschäft nur rechtsverbindlich sein, wenn der Dritte gutgläubig in Bezug auf die Wahrung der Interessen der Gesellschaft im Zusammenhang mit dem konkreten Geschäft ist,<sup>192</sup> wobei an seine Sorgfalt (die es nach Art. 3 Abs. 2 ZGB braucht, damit der gute Glaube nicht zerstört wird) keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.<sup>193</sup>

Zu den nicht im Gesellschaftsinteresse liegenden CSR Aktivitäten können etwa finanzielle Zuwendungen an Dritte gezahlt werden, falls das Unternehmen diese nicht publik macht und damit beispielsweise den Absatz seiner Produkte nicht fördert. Erkennt der Empfänger dies, muss er damit rechnen, dass die vertragliche Grundlage für die Zuwendung nicht gültig ist und er Erhaltenes gegebenenfalls nach Bereicherungsgrundsätzen zurückgeben muss.

### 3.2 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit («sustainability» vs. «accountability»)

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist Haftpflichtrecht.<sup>194</sup> Als solches stellt sie grundsätzlich nicht Teil des normativen Handlungsrahmens des Verwaltungsrates dar. Vielmehr dienen die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Durchsetzung und Eingrenzung dieses Handlungsrahmens.<sup>195</sup> Es besteht jedoch eine Interdependenz zwischen normativem Handlungsrahmen und Verantwortlichkeit, aufgrund derer es sich rechtfertigt, die Verantwortlichkeit auch kurz zu behandeln.

die Aktionäre genehmigt werden kann, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden (vgl. im Zusammenhang mit der Spenden-tätigkeit aber WATTER/ROHDE (FN 123), 342 f.).

<sup>184</sup> Vgl. zum Verständnis den Text bei FN 131 oben.

<sup>185</sup> Vgl. dazu etwa BSK OR II-WATTER, Art. 717 N 15; BÖCKLI (FN 114), § 13 N 599 ff. Diese Interessenwahrungspflicht ist mit den Art. 138 und 158 StGB auch strafrechtlich untermauert.

<sup>186</sup> Vgl. dazu bereits WATTER/ROHDE (FN 123), 341, ferner das Zitat in FN 183.

<sup>187</sup> Vgl. dazu beispielhaft bereits vorne C.I.3 und C.II.

<sup>188</sup> Siehe dazu vorne D.II.1.

<sup>189</sup> BGE 126 III 361; BGE 116 II 323; BGE 111 II 284, 288 ff.; ferner statt vieler BSK OR II-WATTER, Art. 718a N 3. Die Frage, ob ein ausserhalb der Verwaltungsmacht liegendes Rechtsgeschäft durch

<sup>190</sup> Vgl. dazu etwa WATTER/ROHDE (FN 123), 336.

<sup>191</sup> Siehe dazu bereits vorne D.II.1 und D.II.2.

<sup>192</sup> Vgl. zum Ganzen WATTER/ROHDE (FN 123), 343 f.; ZOBL (FN 115), 300 f. Der Gutgläubensschutz ist aufgrund von Art. 933 Abs. 1 OR im Rahmen der Verwaltungsmacht ausgeschlossen.

<sup>193</sup> Vgl. dazu BSK OR II-WATTER, Art. 718a N 11.

<sup>194</sup> Vgl. dazu statt aller BÄRTSCHI (FN 114), 5.

<sup>195</sup> Dabei gilt es jedoch zu betonen, dass das Verantwortlichkeitsrecht weniger Verhaltenssteuerung bezweckt, als eine (schadens-)ausgleichende Funktion haben soll (vgl. dazu insbesondere BÄRTSCHI (FN 114), 37).

Ein Mitglied eines Verwaltungsrates wird dann verantwortlich im Sinne von Art. 754 OR, wenn es die Gesellschaft schädigt und es diese Schädigung durch ein zum Schaden adäquat kausales pflichtwidriges und verschuldetes<sup>196</sup> Verhalten verursacht.<sup>197</sup>

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit wird verschiedentlich auch als *Damoklesschwert* für die Verwaltungsratsmitglieder und die weiteren in der Verantwortung stehenden Personen beschrieben. So fragt etwa BÄRTSCHI in Anlehnung an die gleichnamige Erzählung aus der griechischen Mythologie: «Befinden sich Management und andere Verantwortliche, die bisweilen ein fürstliches Gehalt beziehen, tatsächlich einem trügerischen Glück? Schwebt die Verantwortlichkeit über ihren Häuptern wie einst das Schwert über Damokles?»<sup>198</sup> Es ist zwar fraglich, ob die Verantwortlichkeit tatsächlich einzig an einem feinen Haar festgemacht, wie es die Erzählung überliefert, über den Köpfen der Verwaltungsräte schwebt. Die Metapher bringt jedoch die Zwiespältigkeit<sup>199</sup> der Situation treffend zum Ausdruck: Ist das Verantwortlichkeitsrecht zu wenig griffig, würde der dem Verwaltungsrat entstehende diskretionäre Spielraum zum Nachteil der Gesellschaft und der Aktionäre gereichen, ist das Verantwortlichkeitsrecht indessen zu streng, würden sich die Verantwortlichen übervorsichtig und risikoavers verhalten, was letztlich ebenfalls auf Kosten der Gesellschaft und der Aktionäre gehen würde.

Der CSR-Diskussion inhärent ist der Ruf nach dem Einbeziehen der verschiedenen Interessen der unterschiedlichsten Anspruchsgruppen, mit denen ein Unternehmen in irgendwie gearteten Beziehungen steht. Unter dem eben dargestellten Aspekt der Funktion des Verantwortlichkeitsrechts als ein<sup>200</sup> Mechanismus zur Durchsetzung des normativen Handlungsrahmens, sind diese

Forderungen deshalb problematisch, weil sie die Gefahr in sich bergen, dass Verantwortlichkeiten aufgeweicht werden.<sup>201</sup> Wie im Abschnittstitel mit dem Begriffspaar *sustainability versus accountability* bereits angetönt, besteht nämlich die Gefahr, dass dann, wenn vom Verwaltungsrat die Beachtung eines eigentlichen Potpourri von Interessen der verschiedensten Anspruchsgruppen gefordert wird, die Vorgaben unklar, unscharf und verwischt werden,<sup>202</sup> womit auch die Verantwortlichkeit jede Kontur verlieren muss.<sup>203</sup> Oder anders formuliert: «The great virtue of the single bottom line<sup>204</sup> is that it holds managers to account for something»<sup>205</sup>.<sup>206</sup>

Nicht zuletzt aus diesem Grund kann der Ansicht von LAMBERT nicht gefolgt werden, das Gesellschaftsinteresse, die eigentliche Zielvorgabe, hätte keinen materiellen Gehalt, sie sei lediglich die Umschreibung dessen, was der Verwaltungsrat innerhalb seines Ermessens tatsächlich tue.<sup>207</sup> Der Verwaltungsrat hat eine Richtschnur, nämlich die langfristige Steigerung des Unternehmenswertes. Der Verwaltungsrat wird somit haftpflichtig, falls er Massnahmen zur Steigerung des Unternehmenswertes vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt. Ein Berufen auf eine soziale Verantwortung des Unternehmens, ohne dass die oben<sup>208</sup> beschriebenen Überlegungen angestrengt werden, bleibt dem Verwaltungsrat und dem Management nach der hier vertretenen Ansicht verwehrt.

In Bezug auf die Erhaltung von Arbeitsplätzen, eine oft gestellte CSR-Forderung, bedeutet das Gesagte Folgendes: Kommt der Verwaltungsrat bzw. das Management zum Schluss, dass die Produktion aufgrund neuer Technologien langfristig gesehen mit weniger Arbeits-

<sup>196</sup> Da der Verschuldensmassstab wie bereits vorne gesehen, ein objektiverer ist, spielt die Voraussetzung des Verschuldens eine lediglich untergeordnete Rolle. Sind Pflichten verletzt worden, liegt regelmässig auch Verschulden vor (vgl. dazu BÄRTSCHI (FN 114), 302 f., mit weiteren Hinweisen).

<sup>197</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit statt aller BÄRTSCHI (FN 114), 93 ff.

<sup>198</sup> BÄRTSCHI (FN 114), 1.

<sup>199</sup> Insbesondere die Ausführungen von LAMBERT zum Gesellschaftsinteresse verdeutlichen diese Interdependenz zwischen Handlungsrahmen und dem Regelwerk, welches dessen Einhaltung gewährleisten soll. Wie gesehen geht LAMBERT gar so weit, dass er dem Gesellschaftsinteresse keinen normativen, materiellen Gehalt zukommen lassen will, weil dieses in der Rechtsanwendung mangels genügender Konkretisierung nicht praktikabel bzw. nicht durchsetzbar sei (siehe dazu bereits vorne FN 131). In seiner Zusammenfassung zu möglichen Kontrollmechanismen kommt er denn auch zum Schluss, dass ein gemäss seiner Ansicht nicht konkretisierbares materielles Gesellschaftsinteresse der Verschleierung der tatsächlichen Interessenkonflikte und der Legitimierung einer Vielzahl von Verwaltungshandlungen diene (vgl. dazu LAMBERT (FN 131), 239).

<sup>200</sup> Daneben existieren weitere (marktmässige und institutionalisierte) Kontrollmechanismen (vgl. dazu SPILLMANN (FN 1), 206 ff.).

<sup>201</sup> So etwa auch FORSTMOSER, der eine der Schwächen des Stakeholder-Value-Konzepts darin erblickt, dass eine klare Qualifikation der unternehmerischen Leistung verunmöglicht wird. Auch er vertritt die Ansicht, dass das Argument des Allgemeinwohls leicht dazu missbraucht werde, schwache Leistungen der Unternehmensspitze zu beschönigen (vgl. dazu FORSTMOSER (FN 1), 218).

<sup>202</sup> Vgl. dazu etwa auch den BERICHT CORPORATE GOVERNANCE, in welchem die Begründung für den Vorrang der Aktionärsinteressen mit der Gefahr der Verwässerung des Leistungsauftrages bei der Berücksichtigung weiterer Interessen begründet wird. Zudem bestehe langfristig betrachtet sowieso eine Interessenkonvergenz zwischen den verschiedenen Anspruchsgruppen (vgl. dazu BERICHT CORPORATE GOVERNANCE (FN 133), 7).

<sup>203</sup> «Ist das Verantwortlichkeitsrecht zu streng, erschwert es eine optimale Unternehmensführung und Kaderrekrutierung; ist es zu milde, wird die Ausgleichsfunktion der Haftung nur mangelhaft gewährleistet, was unbillig ist» (BÄRTSCHI (FN 114), 2).

<sup>204</sup> Im Rahmen der CSR Diskussion vernimmt man immer wieder die Forderung, Unternehmen hätten sich nicht nach einer *bottom line*, sondern nach der *triple bottom line* zu orientieren (siehe dazu vorne FN 127).

<sup>205</sup> CSR Beilage von The Economist Newspaper v. 22. Januar 2005, 12.

<sup>206</sup> Gleicher Meinung etwa auch FORSTMOSER (FN 1), 218.

<sup>207</sup> So kommt auch LAMBERT zum Schluss, dass dem lediglich deskriptiven Gesellschaftsinteresse keine Kontrollfunktion zukommt (vgl. dazu LAMBERT (FN 131), 239).

<sup>208</sup> Siehe dazu vorne D.II.2.

kräften bewältigt werden kann, haben die Verantwortlichen die überzähligen Arbeitsplätze entsprechend abzubauen. Umgekehrt heisst das aber auch, dass Arbeitsplätze aufgrund rein kurzfristiger Opportunitäten nicht abgebaut werden müssen, oft wird das sogar eine Pflichtverletzung sein, denn der sich langfristig auswirkende Verlust an Know-how und der Motivation der verbleibenden Mitarbeiter sowie der Imageverlust im Kundenkreis wird in diesen Fällen den Unternehmenswert langfristig oft stärker in Mitleidenschaft ziehen, als dass dies durch die kurzfristigen Einsparungen von Personalkosten aufgewogen werden könnte. Oft unterminieren solche kurzfristige Aktionen überdies kostenintensive Marketingprogramme.

## E. Schlussfolgerungen

### I. Vom Umgang mit Marktversagen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass CSR vom Verhältnis eines Unternehmens zu einem es umrundenden Beziehungsnetz von Anspruchsgruppen handelt. Diese Beziehungen können als (Teil-)Märkte verstanden werden, welche unterschiedlich vollkommen funktionieren. Während der Markt für Fremdkapital wohl als ein relativ gut funktionierender Markt bezeichnet werden kann, haben die von der durch das Unternehmen verursachte Wasserverschmutzung und damit niedrigeren Fischbeständen betroffenen Fischer praktisch oft keinen (rechtlich verankerten) Anspruch auf einen Interessenausgleich, ein Markt besteht hier also (noch) überhaupt nicht.<sup>209</sup> Auch bei weiteren Teilmärkten wie etwa dem Arbeitsmarkt kann Marktversagen<sup>210</sup> diagnostiziert werden, wobei die gesetzlichen Hilfen, die mit ihm umzugehen versuchen, in der Schweiz weit klarer abgesteckt sind als beispielsweise in Drittweltländern.

Grundüberlegung dieses Artikels ist, dass CSR dort berechtigte Kritik am System übt, wo der Markt versagt; in diesen Bereichen ist nach Korrekturmechanismen zu suchen, die zumindest teilweise eine Entschärfung der Folgen des Marktversagens versprechen<sup>211</sup> – umgekehrt glauben die Autoren aber auch, dass dort, wo der Markt

funktioniert, dieser für alle Involvierten die besten Resultate hervorbringt, somit verhindert werden muss, dass Marktmechanismen ausser Kraft gesetzt werden.

Bei CSR-Vertretern ist es populär, Forderungen nach der sozialen Verantwortung der Unternehmen mit dem Anprangern fehlender Moral der verantwortlichen Verwaltungsräte und Manager zu verbinden. Das Appellieren an die Moral der Manager ist nun aber, wie gesehen<sup>212</sup>, ein denkbar ineffektives Korrektiv. Die in den Wirtschafts- und Umweltwissenschaften diskutierten weiteren und weitaus erfolgsversprechenderen Lösungsansätze, zumeist staatliche Massnahmen, die darauf abzielen, einen Markt erst zu schaffen, oder aber diesen funktionsfähig zu gestalten, finden hingegen in der öffentlich geführten CSR-Diskussion erstaunlich selten Niederschlag.

Unseres Erachtens spricht auch das Argument der *accountability* gegen die Korrektur von Marktunvollkommenheiten mittels Appellen an das Gewissen der Manager. Wie dargelegt verpflichtet unser Recht den Verwaltungsrat und das Management zur langfristigen Steigerung des Unternehmenswerts, mithin dazu, im Rahmen des Unternehmenszweckes den Beteiligungswert des Aktionärs langfristig zu maximieren. Rechtsgeschäfte, die ausserhalb dieses Zweckes liegen, können nicht rechtsgültig abgeschlossen werden; solche die innerhalb des Zweckes liegen, aber für sorgfältig und getreulich handelnden Organe nicht als dem Aktionärsinteresse dienlich erkennbar sind, haben nur insofern Bestand, als der Dritte dies nicht erkennen kann, mithin gutgläubig ist (was meist der Fall sein wird); dann schützt das Verantwortlichkeitsrecht die Gesellschaft, die Aktionäre und Gläubiger gegen vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Schaden. Ein Aufweichen dieser Pflichten des Verwaltungsrates und des Managements durch die Ausweitung des diskretionären Spielraums, bzw. durch die Statuierung eines Rechts (oder gar Pflicht), auch andere Ziele zu verfolgen, bringt die Gefahr mit sich, dass Verantwortlichkeiten verwischt und damit auch die Funktionsweise des Aktienmarktes in Mitleidenschaft gezogen werden.<sup>213</sup> Vorliegend wird damit aus ökonomischer und rechtlicher Sicht gefolgert, dass *sustainability accountability* voraussetzt.

Neben ökonomischen und rechtlichen Überlegungen gibt es aber auch ethische Aspekte, die gegen einen Einbezug anderer Interessen sprechen, namentlich das Problem, wer denn darüber entscheiden soll, welche Moral die richtige ist, oder welches Projekt unter solchen Gesichtspunkten unterstützungswürdig ist und welches nicht. Verwaltungsrat und Management, die letztlich unter dem Deckmantel (ihrer persönlichen) Wertvor-

<sup>209</sup> Das Gegenüberstellen vom Fischer und dem Unternehmen und die Qualifizierung dieser Beziehung als Markt befremdet den Leser wohl deshalb, weil durch das Fehlen von rechtlichen Ansprüchen und durch die frappante wirtschaftliche Unterlegenheit der Fischer kein Markt besteht. Dies obwohl die Fischer einen Teil ihrer Einkünfte in der Form von sozialen Kosten an das Unternehmen abtreten und deshalb eigentlich ein Markt bestehen sollte.

<sup>210</sup> Wie bereits in FN 40 dargelegt, handelt es sich bei Marktversagen nicht um eine binäre Konstellation (Marktversagen liegt vor oder nicht), sondern immer um eine graduelle Form von Marktunvollkommenheit.

<sup>211</sup> Siehe dazu vorne C.II.

<sup>212</sup> Siehe C.II.

<sup>213</sup> Siehe dazu vorne D.II.3.2.

stellungen das Geld von Investoren verteilen? Zu bedenken ist in diesem Kontext auch, dass der Aktionär, dem so potentiell Geld entzogen wird, selber Vorstellungen davon haben dürfte, wie Geld sozial seinen Vorstellungen gemäss eingesetzt wird. Wird die Steigerung des Unternehmenswertes als Ziel definiert, wird dem Aktionär Raum gegeben, den Mehrwert nach seinem Gutdünken zu verwenden.<sup>214</sup>

Nach der hier vertretenen Ansicht, die von der Überzeugung getragen ist, dass CSR weitgehend im Zusammenhang mit Marktversagen zu verstehen ist, hat eine Korrektur somit mittels staatlicher Massnahmen in den jeweiligen Spezialgesetzen zu erfolgen, welche die betreffenden unvollkommenen Märkte regeln bzw. da, wo noch keine Märkte bestehen, solche schaffen: für den Arbeitsmarkt im zivilen und öffentlichen Arbeitsrecht, für den Umweltschutz im Umweltschutzgesetz und den entsprechenden Verordnungen, für die Aktionäre im Aktienrecht etc.

## II. Leitplanken für den Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat und ein allenfalls eingesetztes Management einer Schweizer Aktiengesellschaft haben u.E. damit folgende Leitplanken zu beachten, wenn sie mit dem Thema CSR in Berührung kommen:

a) *Priorität des Aktionärsinteresses*: Die Unternehmensführung einer Schweizer Aktiengesellschaft hat eine grundsätzlich klare, wenn auch einen sehr weiten Ermessensspielraum einräumende Zielvorgabe: zweckkonform den langfristigen Unternehmenswert zu steigern. Insofern hat das Aktionärsinteresse Vorrang gegenüber anderen Interessen. Die Unternehmensführung hat sich auch bei Einzelhandlungen stets an diesem Ziel auszurichten, was bedeutet, dass sie in guten Treuen (und gestützt auf die vorhandene Information, die je nach vorhandener Zeit adäquat aufzuarbeiten ist) zum Schluss kommen muss, eine fragliche Handlung oder Unterlassung steigere den langfristigen Unternehmenswert,

wobei nicht verlangt ist, dass die in Frage stehende Handlung für sich geldmässig profitabel sein muss oder Vorteile sich bereits kurzfristig manifestieren.

- b) *Recht als Leitplanke zur Verfolgung einer langfristigen Unternehmenswertsteigerung*: Eine Leitplanke jedes Handelns der Unternehmensführung ist immer das geltende Recht, das auch dann nicht missachtet werden darf, wenn daraus eine Steigerung des Unternehmenswertes resultieren könnte.
- c) *Möglichkeit der Berücksichtigung von Drittinteressen*: Trotz bzw. unter Umständen gerade wegen der grundsätzlichen Ausrichtung am Aktionärsinteresse ist es im Rahmen des soeben abgesteckten Ermessensspielraums absolut möglich (und oft geboten), Interessen von Dritten (etwa Arbeitnehmer und deren familiäres Umfeld, Kunden, Lieferanten, *Outsourcing*-Partner) oder der Umwelt zu berücksichtigen, auch wenn die Massnahme kurzfristig mehr kostet als die Missachtung dieser Interessen. Stets muss aber die Unternehmensführung überzeugt sein, dass die Massnahme langfristig den Unternehmenswert steigert, sei dies durch eine motivierte Arbeitnehmerschaft, durch treue Kunden, zuverlässige Lieferanten oder *Outsourcing*-Partner. Investitionen in die Umwelt (wie auch Spenden für bestimmte Zwecke) lassen sich oft so rechtfertigen, dass via besserer Ruf, besseren Rahmenbedingungen oder Vermeidung von negativer Publizität auch Werte bewahrt oder geschaffen werden. Das Verlagern der Produktion innerhalb der eigenen Konzernstruktur oder auch durch *Outsourcing* an Dritte in Dritt- oder Schwellenländern ist ebenfalls unter den genannten Gesichtspunkten zu beurteilen.
- d) *Tue Gutes und sprich darüber*: Was nicht zulässig ist, sind Handlungen, die erkennbar keinen wertsteigernden Charakter haben (weil z.B. Gutes getan, dies aber nirgends oder an Orten erwähnt wird, wo das Unternehmen überhaupt nicht am Markt auftritt, womit kein Reputationsgewinn resultieren kann) oder die gar nur getätigt werden, weil sie persönlichen Wertvorstellungen des Verwaltungsrates oder des Managements entsprechen. Auch wenn (oder gerade wenn) letztere Handlungen beispielsweise ethisch begründet werden, muss gelten, dass zwar jeder ethisch handeln soll, dies aber nicht auf Kosten anderer (der Aktionäre).
- e) *Aktive Mitwirkung an (Branchen-)Standards und Gesetzgebung*: Die Unternehmensführung soll an (Branchen-)Standards oder auch Gesetzgebungsprojekten aktiv mitwirken. Die Einführung von solchen Standards liegt dann im Interesse eines Unternehmens, wenn es freiwillig gewissen CSR-Forderungen nachkommt und die Konkurrenten letztlich dazu bewegen will, den daraus entstehenden Kostennachteil ebenfalls tragen zu müssen. Zudem dient es dem

<sup>214</sup> Schon im Jahr 1976 hielt MILTON FRIEDMAN pointiert fest: «Es gibt wenig Entwicklungstendenzen, die so gründlich das Fundament unserer freien Gesellschaft untergraben können, wie die Annahme einer anderen sozialen Verantwortung für die Unternehmer als die, für die Aktionäre ihrer Gesellschaften soviel Gewinn wie möglich zu erwirtschaften. Das andere ist eine zutiefst subversive Doktrin. Wenn die Unternehmer eine andere soziale Verantwortung haben als die, für ihre Aktionäre möglichst viel Gewinn zu erwirtschaften, wie sollten sie genau bestimmen, was für eine? Können Privatleute, die sich für berufen halten, bestimmen, was das soziale Interesse verlangt? Können sie entscheiden, wie gross die Belastung sein darf, die sie im Namen des sozialen Interesses sich selbst oder ihren Aktionären zumuten können? Kann man tolerieren, dass derart wichtige öffentlichen Funktionen [...] von den Leuten wahrgenommen werden, die vorübergehend aufgrund ihrer Wahl [...] durch rein private Gruppen für bestimmte Unternehmen verantwortlich sind?» (MILTON FRIEDMAN, Kapitalismus und Freiheit, München 1976, 176).

Unternehmen, wenn die Branche, in der das Unternehmen tätig ist, von Skandalen und anderen Missbräuchen verschont bleibt. Dass solche Aktionen dazu dienen können, Neueintritte in den Markt zu behindern, weil Marktzutrittsschranken geschaffen werden, ist u.E. im Rahmen des geltenden Wettbewerbsrechts zu akzeptieren.

- f) *Strukturwandel statt Strukturserhaltung*: Die Unternehmensführung ist gut beraten, den stets stattfindenden Strukturwandel proaktiv anzugehen, anstatt beispielsweise CSR-Forderungen zu entsprechen und Strukturserhaltung zu betreiben. Die Strukturserhaltung bewirkt – wenn auch meist erst zu einem späteren Zeitpunkt – oft die gravierenderen sozialen Probleme, als dies eine aktive Gestaltung eines kontinuierlichen Strukturwandels mit sich bringt.

Es kann also festgehalten werden, dass die Unternehmensführung CSR-Konzepte einsetzen kann, oft wird sie dies aus ihrer Sorgfalts- und Treuepflicht heraus sogar tun müssen. Nachdem vorliegend gezeigt wurde, dass die berechtigten Forderungen nach einer sozialen Verantwortung ihren Ursprung meist in Marktversagen haben, ist insbesondere auch der Gesetzgeber aufgerufen, das rechtliche Rahmenwerk dauernd zu überprüfen und Minimalhandlungsanweisungen dort zu geben (oder diese zu erhöhen), wo öffentliche Güter, Marktmacht, Informationsasymmetrien oder externe Effekte in Frage stehen. Interessen der Allgemeinheit sind auf dem demokratisch festgelegten Weg durchzusetzen, nicht durch moralische Appelle an Verwaltungsrat und Management.

Wie dargelegt hat der Verwaltungsrat den Unternehmenswert langfristig bzw. nachhaltig zu steigern. Die Betonung der Langfristigkeit führt zu einer relativ weitgehenden Interessenkonvergenz zwischen den Aktionären und den weiteren Interessengruppen bzw. *stakeholders*. Der Gesetzgeber sollte deshalb die *langfristige Ausrichtung der Aktionäre auf den verschiedensten Ebenen stärken*.<sup>215</sup> Aber auch die Unternehmen sind in

der Pflicht, der langfristigen Optik grösseres Gewicht beizumessen. Bestrebungen im Zusammenhang mit der Offenlegung von Nachhaltigkeitskriterien zielen dabei sicherlich in die richtige Richtung.<sup>216</sup>

Abschliessend sei festgehalten, dass Marktunvollkommenheiten bzw. Marktversagen u.E. in den meisten Fällen den eigentlichen Nährboden der Kritik an den Unternehmen und der geltenden Wirtschaftsordnung darstellen und nicht nur berechtigt, sondern sehr ernst zu nehmen sind. Denn das in der Schweiz auch durch die Bundesverfassung verankerte Konzept einer freiheitlichen, marktorientierten Wirtschaftsordnung ist nur dann nachhaltig (volkswirtschaftlich) erfolgreich und akzeptierbar, wenn Marktversagen durch (*öffentlich-rechtliche*) Korrekturmechanismen angegangen wird.<sup>217</sup>

<sup>215</sup> Vgl. zur Problematik, dass der Gesetzgeber bei der Regulierung der institutionellen Investoren widersprüchlich ist SPILLMANN (FN 1), 142, 298 f. Vgl. zur widersprüchlichen bzw. teilweise wohl unreflektierten Stellungnahme des Gesetzgebers im Aktienrecht FORSTMOSER (FN 1), 226 ff. Gemäss FORSTMOSER erweisen sich denn in der Unternehmensrealität die Bekenntnisse der Verfechter des *shareholder value* auf einen langfristigen *shareholder value* oft als reiner «lip service» (vgl. dazu FORSTMOSER (FN 1), 215). Das neue Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) und auch die geplante Aktienrechtsreform adressieren diese Problematik nicht direkt. Immerhin zielt die Aktienrechtsreform insofern in die richtige Richtung, als dass nicht nur kotierte, sondern auch alle nichtkotierte Gesellschaften, die konsolidierungspflichtig sind oder, bei denen Aktionäre, welche mindestens 10% des Grundkapitals vertreten, einen Abschluss nach *true and fair view* verlangen, zwingend einen zweiten Abschluss nach einem privaten Regelwerk wie IFRS, US GAAP oder Swiss GAAP FER zu erstellen haben (vgl. dazu und eingehend

zum Vorentwurf der Aktienrechtsreform PETER BÖCKLI, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungsrechts, GesKR 1/2006, 4 ff., 14). Die dadurch verbesserte Informationslage trägt einer langfristigen Optik Rechnung. Faktisch ändert sich jedoch wenig, da an der SWX Swiss Exchange kotierte Gesellschaften ohnehin verpflichtet sind, gemäss IFRS Rechnung zu legen. Des weiteren versuchen beide Gesetzgebungsvorhaben tendenziell wenn auch ungenügend die Aktionärsrechte zu stärken. Da jede Stärkung der Aktionärsrechte einhergeht mit einer Verbesserung der Informationslage der Investoren, kann darin implizit eine Förderung der langfristigen Optik der Kapitalanlagen gesehen werden (vgl. neuerdings kritisch und konzis aber in vorliegender Angelegenheit wohl nicht anderer Meinung zur unreflektierten Forderung nach mehr Transparenz und Information JEAN NICOLAS DRUEY, Der Informations-Fetischismus, in: Kramer/Nobel/Waldburger, Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 589 ff.). Insbesondere auch die Intermediäre können hier einen wichtigen Teil dazu beitragen, indem sie die Unternehmen nach Nachhaltigkeitskriterien bewerten und eigentliche Ranglisten veröffentlichen (vgl. dazu etwa KPMG International Survey of Corporate Responsibility Reporting 2005 (FN 10) und vorne A.).

<sup>217</sup> Vgl. zur Bedeutung der Akzeptanz der marktwirtschaftlichen Ordnung durch die Allgemeinheit etwa auch HANS CASPAR VON DER CRONE, Markt und Intervention – Erste Folgerungen aus der aktuellen Krise, SZW 75 (2003), 57 ff., 63 f.