

Corporate Social Responsibility: Politisches Engagement von Unternehmen

von Karin Müller

Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Beiheft 54

Karin Müller

Corporate Social Responsibility: Politisches Engagement von Unternehmen

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

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

ISBN 978-3-7190-4086-4

© 2017 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Dank

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag am Achten Deutsch-Österreichisch-Schweizerischen Symposium für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht vom Juni 2017 im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Eine leicht überarbeitete Version dieses Beitrags ist auch zur Publikation im Tagungsband des Symposiums vorgesehen. Das Manuskript wurde am 1. September 2017 abgeschlossen und sämtliche Links waren zu diesem Zeitpunkt aktuell.

Ich danke meinen Assistierenden und Hilfsassistenten, RA Simon Leu, MLaw, Alice Käch, MLaw, Hermann Julen, BLaw und Kristina Martinovic, BLaw, für ihre wertvolle Mithilfe. Sie haben nicht nur für Teile dieses Beitrags Material gesammelt und Vorabklärungen getroffen, sondern waren mir auch bei der Zitatkontrolle und der formellen Bereinigung des Beitrags behilflich.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
II. Macht und Einfluss von Unternehmen in einer globalisierten Welt	3
A. Allgemeines	3
B. Corporate Social Responsibility	4
1. Allgemeines und theoretischer Hintergrund	4
2. Begriff und Regelwerke der Corporate Social Responsibility	5
3. Theorien der erweiterten Unternehmensverantwortung in der Ökonomie	6
a. Allgemeines	6
b. Politische Theorien	7
aa. Allgemeines	7
bb. Corporate Citizenship	7
III. Politisches Engagement von Unternehmen	11
A. Allgemeines und Begriff des politischen Engagements von Unternehmen	11
B. Arten politischen Engagements von Unternehmen	11
C. Formen politischen Engagements von Unternehmen	12
1. Allgemeines	12
2. Spenden	12
3. Sponsoring	13
4. Lobbyismus	13
5. Ausübung von Grundrechten	14
6. Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben	15
D. Interesse an politischem Engagement von Unternehmen	16
IV. Das Unternehmen als <i>good corporate citizen</i>	19
V. Korporative Freigiebigkeit	21
VI. Rechtliche Rahmenbedingungen politischen Engagements	23
A. Allgemeines	23

B. Voraussetzungen der Zulässigkeit politischen Engagements, insbesondere der korporativen Freigiebigkeit	23
1. Allgemeines	23
2. Zuständigkeit	24
3. Vom Gesellschaftszweck gedeckt	27
4. Im Gesellschaftsinteresse liegend	29
a. Allgemeines	29
b. Positive und negative Dimension der Ausrichtung am Gesellschaftsinteresse	31
c. Gewinnstreben und korporative Freigiebigkeit	32
d. Die Spendentätigkeit im Besonderen	34
aa. Zulässige Spenden	34
bb. Unzulässige Spenden	36
e. Die Wahrung des Gesellschaftsinteresses als Schranke politischen Engagements und korporativer Freigiebigkeit	38
5. Verhältnismässigkeit bzw. das Gebot der Angemessenheit	38
a. Allgemeines	38
b. Beurteilungskriterien	39
c. Sonderfall: Angespannte Finanzlage des Unternehmens	39
C. Überprüfung von Ermessensentscheiden	40
VII. Grenzen politischen Engagements	43
A. Allgemeines	43
B. Problematik der Korruption	44
VIII. Erforderlichkeit staatlicher Regulierung von politischem Engagement von Unternehmen?	49
IX. Fazit und Schlussbemerkungen	55

I. Einleitung

Darf und soll ein Unternehmen sich politisch engagieren? Und wenn ja, wo liegen die Grenzen des zulässigen politischen Engagements? Die *Stora*, die älteste, heute noch bestehende Aktiengesellschaft der Welt,¹ hatte sich Mitte des 15. Jahrhunderts in das politische Geschehen in Schweden eingemischt, indem sie sich gegen den damaligen schwedischen König aufgelehnt hatte. Der schwedische König sicherte die finanziellen Interessen des Staates, indem er hohe Forderungen an die Unternehmen stellte. Diese Forderungen bedrohten die Existenz von Unternehmen wie *Stora*. Die *Stora* musste dem König die Stirn bieten, um ihre Unabhängigkeit und Identität bewahren zu können. In den Aufzeichnungen zum 700-jährigen Jubiläum der *Stora*, die damals Kupfererzabbau betrieb, heisst es, dass die Bergwerksmeister eine Gilde gründeten, die sich von anderen Zusammenschlüssen von Kaufleuten dadurch unterschied, dass sie eine unabhängige und kämpferische Haltung einnahm. «For the members, loyalty to the Guild superceded the law of the land, and the word of the Master of the Guild weighed heavier than that of a judge.»²

Indem die *Stora* sich kämpferisch gegen den schwedischen König auflehnte, mischte sie sich in das politische Geschehen der Zeit ein, sicherte ihre Existenz und hat bis heute überlebt.

Nicht nur damals für die *Stora*, sondern auch heute kann sich für ein Unternehmen die Frage stellen, ob es sich politisch engagieren darf und soll oder ob vielmehr gilt, «*The business of business is business*». Die gemeinhin verkürzt wiedergegebene Aussage von Milton Friedman, «*The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*»,³ suggeriert, dass ein Unternehmen – im Sinne von Gewinnmaximierung – ausschliesslich seinen *shareholdern* verpflichtet ist.

Oft sehen sich Unternehmensleitungen indessen mit der Frage konfrontiert, ob sie Mittel der Gesellschaft unentgeltlich für soziale, politische oder kultu-

1 Die *Stora* ist erstmals 1288 urkundlich verbrieft (seit 1862 als *Stora Kopparbergs Bergslags Aktiebolag*). Ihr Zweck bestand ursprünglich im Kupfererzabbau, wobei freie Minenarbeiter Anteile an der Mine proportional zu ihrem Besitz an Kupferhütten bzw. Kupferschmelzbetrieben besaßen (zur Geschichte der *Stora* vgl. RYDBERG, *The Great Copper Mountain, The Stora Story*, 1988). Die *Stora* ist damit der Vorläufer einer modernen Aktiengesellschaft. Nach der Fusion mit einer finnischen Gesellschaft im Jahr 1998 firmiert das Unternehmen heute unter *Stora Enso* und ist «a leading provider of renewable solutions in packaging, biomaterials, wooden constructions and paper on global markets» (<http://www.storaenso.com>).

2 RYDBERG (Fn. 1), S. 50; vgl. dazu auch DE GEUS, *Jenseits der Ökonomie*, 1998, S. 50 ff.

3 FRIEDMAN, *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, 33; vgl. auch DERSELBE, *Capitalism and Freedom*, 1962, 133. Vollständig lautet die Aussage: «That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to the basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom» (FRIEDMAN, *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, 33).

relle Zwecke investieren dürfen.⁴ Soweit es um parteipolitische Einflussnahme von Unternehmen geht, ist diese zudem vielfach verpönt.⁵ Es wird befürchtet, dass es dadurch zu einer regelwidrigen Beeinflussung des politischen Willensbildungsprozesses oder wenigstens zu einer Verzerrung des Wettbewerbs zwischen politischen Gruppierungen kommen kann.⁶ Lobbying durch einzelne Unternehmen wird von der Öffentlichkeit oft als anrühige, wenn nicht gar als korruptionsnahe, egoistische und informelle Einflussnahme auf staatliche (insbesondere politische) Prozesse wahrgenommen. Mischen sich Unternehmen in den politischen Prozess ein, wird rasch der Verdacht gehegt, dies geschehe aus eigennützigen Motiven.⁷

Im Folgenden wird auf die Fragen eingegangen, ob politisches Engagement von Unternehmen zulässig oder gar geboten ist und wo gegebenenfalls die Grenzen der Zulässigkeit liegen. Ferner wird dazu Stellung genommen, ob zusätzliche rechtliche Regelungen zur Festlegung des Rahmens zulässigen politischen Engagements erforderlich sind.

Politisches Engagement von Unternehmen wird mitunter im Rahmen der Diskussion um die *Corporate Social Responsibility* (CSR) erörtert. Zahlreiche – vorab multinationale – Unternehmen sind machtvoll und einflussreiche Institutionen.⁸ Insbesondere mit Blick auf sie stellt sich die Frage, wieweit sie sich in das politische Geschehen einmischen dürfen und sollen. Aber auch für kleinere und mittlere Unternehmen kann die Frage nach der Zulässigkeit politischen Engagements auftauchen. Zahlreiche solcher Unternehmen engagieren sich nämlich im lokalen Bereich auf verschiedenen Ebenen.⁹

Bevor auf die Zulässigkeit politischen Engagements eingegangen wird, soll daher die Problematik der Macht von Unternehmen und ihres Einflusses auf die Gesellschaft thematisiert werden. In diesem Zusammenhang sind auch Ausführungen zur *Corporate Social Responsibility* erforderlich.

4 WESTERMANN, ZIP 1990, 771, 771.

5 Vgl. auch STINDT, Mit einem «Zustupf» Rahmenbedingungen beeinflussen, Finanz und Wirtschaft, 22. 1. 2000, 29.

6 Vgl. WESTERMANN, ZIP 1990, 771, 772.

7 Vgl. WYSS, LeGes 2013, 571, 572.

8 Vgl. dazu hinten II.

9 Vgl. dazu etwa BRAUN, APuZ 31/2008, 6, 6 ff.

II. Macht und Einfluss von Unternehmen in einer globalisierten Welt

A. Allgemeines

Die Globalisierung hat zu einem Pluralismus von Rechtssystemen und Wertegemeinschaften geführt.¹⁰ Multinationale Unternehmen sind keiner bestimmten Rechtsordnung unterworfen, sondern können diese nach ökonomischen Gesichtspunkten auswählen.¹¹ Das hat unter anderem dazu geführt, dass zahlreiche – vorab multinationale – Unternehmen zu machtvollen und einflussreichen Institutionen geworden sind.¹² In einer globalisierten Welt konnten viele dieser Unternehmen in ökonomischer und sozialer Hinsicht beträchtliche Macht erlangen und sich als zentrale Akteure der Weltpolitik etablieren.¹³ Teilweise besitzen sie mehr Macht als manche Regierung.¹⁴ Macht und Einfluss generieren die Unternehmen unter anderem durch das Wissen über die Gesellschaft, durch proaktive und flexible Organisation und die Verknüpfung mit sozialen Lebensbereichen wie Arbeit und Medien.¹⁵

In einer globalisierten Welt hat sich auch die Rolle des Staates verändert. Die klare Aufgabenteilung zwischen Staat und Wirtschaft ist verwischt. Der Staat befindet sich nicht nur in einer Funktions-, sondern auch in einer Legitimationskrise.¹⁶ Durch diese Veränderungen hat die Selbstregulierung an Bedeutung gewonnen.

Neben grossen multinationalen Unternehmen können auch kleinere und mittlere Unternehmen auf lokaler Ebene massgebenden Einfluss ausüben, indem sie sich – in unterschiedlichster Weise – in den gesellschaftspolitischen Diskurs einbringen. Eine Studie belegt, dass sich viele kleine und mittlere Unternehmen in ihrer lokalen Umgebung in verschiedenster Art und Weise

10 Vgl. SCHERER, *Multinationale Unternehmen und Globalisierung*, 2003, S. 10 ff. und 43 f.

11 Vgl. SCHERER (Fn. 10), S. 90.

12 Vgl. auch MILDENBERGER/KHARE/THIEDE, *Festgabe Bellmann*, 2008, S. 107, 111; NOBEL, in: *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Das Aktienrecht*, 2017, § 9 Rn. 284 f.; WATTER/SPILLMANN, *GesKR 2006*, 94, 94. Zu den multinationalen Unternehmen und den für sie geltenden OECD-Leitsätzen vgl. etwa NOBEL, *Internationales und Transnationales Aktienrecht*, Band 1: *Teil IPR und Grundlagen*, 2. Aufl., 2012, Kap. 3 Rn. 1 ff. und 16 ff.; DERSELBE, in: *Berner Kommentar* (Fn. 12), § 9 Rn. 282 ff. und 286 ff.

13 Vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 56 f. (2004); NOBEL, in: *Berner Kommentar* (Fn. 12), § 9 Rn. 285; DERSELBE, 2012 (Fn. 12), Kap. 3 Rn. 3. Zur Rolle multinationalen Unternehmen im Prozess der Globalisierung und zu ihrer ökonomischen Bedeutung vgl. SCHERER (Fn. 10), S. 1 ff. und 98 ff.

14 Vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 57 (2004); vgl. auch WATTER/SPILLMANN, *GesKR 2006*, 94, 94.

15 Vgl. MILDENBERGER/KHARE/THIEDE, *Festgabe Bellmann*, 2008, S. 107, 111 m.w.H.; vgl. auch SCHERER (Fn. 10), S. 92.

16 Vgl. dazu SCHERER (Fn. 10), S. 125 ff.

engagieren. Das Engagement ist allerdings selten in eine übergeordnete unternehmerische Konzeption und Strategie eingebettet. Es erfolgt vielmehr spontan, zufällig und unkoordiniert. Die Aktivitäten sind zudem eher personalisiert und informell als zentralisiert und standardisiert.¹⁷

Politisches Engagement von Unternehmen ist auf unterschiedliche Art und Weise möglich. Neben parteipolitischem Engagement kommt auch sozialpolitisches Engagement in Betracht.¹⁸ Für viele Unternehmen stellt sich damit die Frage, ob und wie sie sich politisch engagieren dürfen oder sollen und wieweit ein zulässiges Engagement gehen darf.

Im Zusammenhang mit grossen und multinationalen Unternehmen wird seit geraumer Zeit zudem diskutiert, inwiefern sie Pflichten bzw. Obliegenheiten haben, die über die gesetzlichen Pflichten hinausgehen. Diese Diskussion findet unter dem Schlagwort *Corporate Social Responsibility* statt.¹⁹

B. Corporate Social Responsibility

1. Allgemeines und theoretischer Hintergrund

Bis in die 1970-Jahre haben sich vor allem die Disziplinen der Ökonomie, des Business Managements, der Soziologie und in gewissem Masse auch die Politischen Wissenschaften für *Corporate Social Responsibility* (CSR) interessiert. Das Recht hat in der *Corporate Social Responsibility* erst in neuerer Zeit einen Forschungsgegenstand entdeckt.²⁰ Der CSR-Ansatz geht davon aus, dass Unternehmen gegenüber der Gesellschaft auch soziale und ethische Verpflichtungen haben und nicht nur dem reinen Profitstreben verpflichtet sind.²¹ Im Sinne einer freiwilligen Selbstverpflichtung sollen Unternehmen unter Berücksichtigung der Interessen der *stakeholder* zu einer nachhaltigen ökonomischen, ökologischen und gesellschaftlichen Entwicklung beitragen.²² Das CSR-Konzept fordert Aktivitäten, die über die blosser Einhaltung gesetzlicher Vorschriften hinausgehen.²³

17 BRAUN, APuZ 31/2008, 6, 6 ff. insbes. 12.

18 Vgl. dazu hinten III.

19 Vgl. NOBEL, in: Berner Kommentar (Fn. 12), § 9 Rn. 282.

20 AMSTUTZ, SZW 2015, 189, 198; vgl. auch FORSTMOSER, ZSR 92 (1973) I, 1, 1 ff.; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 95 f. Literatur zur *Corporate Social Responsibility* kann bis in die 30er-Jahre des 20. Jahrhunderts zurückverfolgt werden (vgl. dazu CARROLL, *Business & Society* 38(3), 268, 268 ff. [1999]; vgl. auch FLEISCHER, AG 2017, 509, 517).

21 Vgl. etwa MILDENBERGER/KHARE/THIEDE, Festgabe Bellmann, 2008, S. 107, 107 f.; vgl. auch WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 94 f.

22 NOBEL, in: Berner Kommentar (Fn. 12), § 9 Rn. 276.

23 WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 96.

2. Begriff und Regelwerke der Corporate Social Responsibility

Corporate Social Responsibility wird nicht einheitlich definiert.²⁴ Der schweizerische Bundesrat umschreibt *Corporate Social Responsibility* in seinem *Positionspapier und Aktionsplan zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt* wie folgt: «CSR umfasst ein breites Spektrum von Themen, die bei der Unternehmensführung neben den Eigentümerinteressen zu berücksichtigen sind. Dazu gehören die Arbeitsbedingungen (inkl. Gesundheitsschutz), Menschenrechte, Umwelt, Korruptionsprävention, fairer Wettbewerb, Verbraucherinteressen, Steuern, Transparenz und weitere Aspekte (Berücksichtigung der Bedürfnisse der lokalen Umgebung, Einbindung lokaler Kapazitäten, Wissenstransfer, Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, usw.).»²⁵ Bei der *Corporate Social Responsibility* geht es um «die Verantwortung der Unternehmen für die Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf Gesellschaft und Umwelt».²⁶ CSR soll einen Beitrag der Unternehmen zur nachhaltigen Entwicklung leisten.²⁷ In diesem Sinn definiert auch die Europäische Union CSR als «Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft».²⁸

Auf internationaler Ebene sind seit geraumer Zeit Bestrebungen im Gange, einheitliche Standards und Regelwerke zur *Corporate Social Responsibility* zu erlassen.²⁹ Dazu gehören insbesondere die *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen),³⁰ der *UN Global Compact*,³¹ die *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*

24 Vgl. etwa CRANE/MATTEN/SPENCE, *Corporate Social Responsibility*, 2. Aufl., 2014, S. 66 ff.; FLEISCHER, AG 2017, 509, 509; KLEIN, Die Bedeutung nachhaltigen Verhaltens von Unternehmen – ein interdisziplinärer Ansatz, 2011, S. 50 f.; MILDENBERGER/KHARE/THIEDE, Festgabe Bellmann, 2008, S. 107, 108. Für eine Auswahl von Definitionen vgl. etwa SCHNEUWLY, *Corporate Social Responsibility an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik*, 2012, S. 8 ff.; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 96; vgl. auch CARROLL, *Business & Society* 38(3), 268, 269 ff. (1999).

25 BUNDES RAT, *Gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen, Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt* vom 1.4.2015, S. 5 (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/38880.pdf>).

26 BUNDES RAT (Fn. 25), S. 3.

27 BUNDES RAT (Fn. 25), S. 3.

28 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR) vom 25.10.2011, KOM(2011) 681 endgültig, Ziff. 3.1. 2001 hatte die Kommission CSR noch definiert «als 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» (Grünbuch, Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen vom 18.7.2001, KOM[2001] 366 endgültig, Ziff. 20).

29 Vgl. dazu etwa BOHRER, GesKR 2016, 273, 274; NOBEL, in: *Berner Kommentar* (Fn. 12), § 9 Rn. 286; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 110.

30 <https://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf>.

31 <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

(UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, *Ruggie-Principles*),³² die *ILO Core Conventions*³³ und die *ISO 14000*³⁴ und *26000*³⁵.

3. Theorien der erweiterten Unternehmensverantwortung in der Ökonomie

a. Allgemeines

In der Ökonomie hat sich im Kontext von CSR eine Vielzahl von Theorien und Konzepten entwickelt.³⁶ Dabei werden verschiedene *Theorien der erweiterten Unternehmensverantwortung* diskutiert.³⁷ Nach den (*ökonomisch-*)*instrumentellen Theorien* sind Unternehmen auf Profitmaximierung ausgerichtet. Im Zentrum steht der klassische *shareholder-value-Ansatz*.³⁸ Die *politischen Theorien* legen den Fokus auf die Tatsache, dass zahlreiche Unternehmen einflussreiche Institutionen sind. Von ihnen wird erwartet, dass sie als gesellschaftliche Akteure ihre Macht verantwortungsbewusst einsetzen und teilweise auch staatliche Aufgaben übernehmen. Ein zentraler Begriff dieser Theorien ist die sog. *corporate citizenship*.³⁹ Nach den (*sozial-*)*integrativen Theorien* sind die Unternehmen auf die (zivile) Gesellschaft angewiesen und müssen daher gesellschaftliche Belange bei ihrem Handeln mitberücksichtigen. Die Diskussion dreht sich bei diesen Theorien unter anderem um die Begriffe *stakeholder management* und *corporate social performance*.⁴⁰ *Ethische Theorien* gehen von der Notwendigkeit aus, dass sich Unternehmen für eine gute Gesellschaft

32 <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>.

33 <http://www.ilo.org/asia/decentwork/dwcp/WCMS_143046/lang-en/index.htm>; vgl. auch die *Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE Declaration)* (<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_emp/-emp_ent/-multi-documents/publication/wcms_094386.pdf>).

34 *Umweltmanagement*.

35 *Leitfaden zur gesellschaftlichen Verantwortung*, vgl. dazu <<https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/kmu-betreiben/zertifizierung-und-normierung/normierung/qualitaetsmanagement/corporate-social-responsibility.html>>.

36 Vgl. etwa CRANE/MATTEN/SPENCE (Fn. 24), 66 ff.

37 Vgl. dazu GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 52 ff. (2004).

38 Vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 53 ff. (2004). Zu den Vertretern dieser Theorien vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 63 f. (Table 1) (2004), wobei MILTON FRIEDMAN der bekannteste Vertreter sein dürfte. Zum *shareholder-value-Ansatz* vgl. hinten VI.B.4.a.

39 Vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 55 ff. (2004). Zu den Vertretern dieser Theorien vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 63 f. (Table 1) (2004). Zur *corporate citizenship* vgl. hinten II.B.3.b.bb.

40 Vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 57 ff. (2004). Zu den Vertretern dieser Theorien vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 63 f. (Table 1) (2004).

engagieren. Dabei stehen das sog. *sustainable development*, die *universal rights* und der *the common good approach* im Zentrum der Diskussion.⁴¹

Im vorliegenden Zusammenhang interessieren die *politischen Theorien* und der im Zentrum stehende Begriff der *corporate citizenship* bzw. des *good corporate citizen*. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

b. Politische Theorien

aa. Allgemeines

Wie ausgeführt, knüpfen die politischen Theorien daran an, dass zahlreiche Unternehmen einflussreiche Institutionen sind. Die Gesellschaft darf von ihnen erwarten, dass sie ihre Macht und ihren Einfluss verantwortungsbewusst einsetzen. Dazu kann auch gehören, dass sie staatliche Aufgaben übernehmen, soweit der Staat nicht in der Lage ist, diese Aufgaben selbst zu erfüllen.⁴²

Das Engagement der Unternehmen wird bisweilen mit der Rolle als «Bürger»⁴³ umschrieben. Unternehmen sind somit *corporate citizens*⁴⁴ und sollen sich als *good corporate citizens*⁴⁵ aufführen.

bb. Corporate Citizenship

Der Begriff der sog. *corporate citizenship* wurde in den 80er-Jahren des 20. Jahrhunderts in die Unternehmenspraxis eingeführt.⁴⁶ Er umschreibt die Rolle des Unternehmens in der Gesellschaft.⁴⁷ Der herrschende Ansatz konzentriert sich hauptsächlich auf die Pflichten, Verantwortung und Beziehungen der Unternehmen zu weiteren gesellschaftlichen Gruppen und Institutionen.⁴⁸ Die *corporate citizenship-Theorie* ist Teil des politischen Konzepts des CSR-Ansatzes und beinhaltet ihrerseits verschiedene Ausrichtungen und Modelle.⁴⁹

41 Vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 60 ff. (2004). Zu den Vertretern dieser Theorien vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 63 f. (Table 1) (2004).

42 Vgl. auch MATTEN/CRANE/CHAPPLE, *Journal of Business Ethics* 45(1–2), 109, 116 f. und 118 (2003); MILDENBERGER/KHARE/THIEDE, Festgabe Bellmann, 2008, S. 107, 112; SCHERER/PALAZZO/MATTEN, *Business & Society* 53(2), 143, 143 ff. (2014).

43 Zur Problematik des Begriffs vgl. auch Fn. 54 hinten.

44 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON, in: Scherer/Palazzo (Hrsg.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*, 2008, S. 35; vgl. auch GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 56 f. (2004).

45 Vgl. etwa CARROLL, *Business Horizons* 34(4), 39, 42 (1991).

46 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON, in: (Fn. 44), S. 25; GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 57 (2004); MELÉ, in: Crane/McWilliams/Matten/Moon/Siegel (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, 2009, S. 47, 69. Der Begriff *citizenship* stammt aus der Politikwissenschaft (GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 57 [2004]).

47 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 35.

48 Vgl. auch CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 28.

49 Vgl. GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 55 ff. (2004); MILDENBERGER/KHARE/THIEDE, Festgabe Bellmann, 2008, S. 107, 111 und 124. Neben einer *limited view of*

Je nach Ansatz sollen die Verantwortung und Aufgaben der Unternehmen weiter gehen.

Bei der *limited view of corporate citizenship* steht die philanthropische Verantwortung der Unternehmen im Zentrum.⁵⁰ Nach der CSR-Pyramide von Carroll steht die philanthropische Verantwortung an der Spitze der vierstufigen Pyramide, wobei auf den unteren Stufen aufsteigend die ökonomische, rechtliche und ethische Verantwortung dargestellt werden.⁵¹ Nach diesem Ansatz führt nur ein stabiles soziales, ökologisches und politisches Umfeld zu gewinnbringender unternehmerischer Aktivität. Eigennützige Interessen des Unternehmens werden langfristig durch Investitionen in die soziale Umwelt maximiert.⁵² In diesem Sinn ist die Verfolgung eigennütziger Interessen des Unternehmens nicht ausgeschlossen. Auf freiwilliger Basis sollen finanzielle und personelle Ressourcen zum Wohl der Gesellschaft «im Sinne der Mildtätigkeit» bereitgestellt werden.⁵³ Das Unternehmen wird als «korporative Bürgerschaft»⁵⁴ betrachtet, das in einem vertikalen Verhältnis zur Regierung steht und in der politischen Debatte eine Schlüsselfunktion einnimmt, indem es bestimmte Probleme ansprechen kann.⁵⁵

Bei der *extended view of corporate citizenship* nehmen Unternehmen eine Rolle ein, die originär dem Staat gebührt.⁵⁶ Sie werden mit öffentlichen Aufgaben betraut, namentlich mit der Bereitstellung von öffentlichen Gütern wie Wasser und Strom, aber auch der Sicherstellung von Rechten und Tätigkeiten im Gesundheits- und Bildungswesen. Zur Staatsgewalt, die selbst nicht in der Lage ist, diese Aufgaben wahrzunehmen,⁵⁷ stehen sie in einem horizontalen Verhältnis.⁵⁸ Vorab in Entwicklungsländern treten multinationale Konzerne als «Regierungssurrogat» auf.⁵⁹ Damit kommt es zu einer problematischen Ver-

corporate citizenship werden auch eine *view equivalent to CSR* bzw. eine *equivalent view of corporate citizenship* und eine *extended view of corporate citizenship* vertreten, die inhaltlich unterschiedlich weit gehen (vgl. zu diesen Ansätzen etwa MATTEN/CRANE/CHAPPLE, *Journal of Business Ethics* 45(1–2), 109, 112 ff. [2003]; GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 57 [2004]).

50 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 28; GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 57 (2004); MILDENBERGER/KHARE/THIEDE, Festgabe Bellmann, 2008, S. 107, 111.

51 CARROLL, *Business Horizons* 34(4), 39, 42 (1991).

52 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 28 f.

53 Vgl. MILDENBERGER/KHARE/THIEDE, Festgabe Bellmann, 2008, S. 107, 118.

54 Zur Problematik der Übersetzung des englischen *citizenship* mit dem Begriff der deutschen *Bürgerschaft* vgl. MATTEN/CRANE/CHAPPLE, *Journal of Business Ethics* 45(1–2), 109, 118 (Note) (2003) m.w.H.

55 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 35 f.

56 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 30 f. und 36 ff.; GARRIGA/MELÉ, *Journal of Business Ethics* 53(1–2), 51, 57 (2004); MILDENBERGER/KHARE/THIEDE, Festgabe Bellmann, 2008, S. 107, 112.

57 Entweder liegt ein Staatsversagen vor oder die Regierung konnte sich die öffentliche Aufgabe noch nicht anmassen (CRANE/MATTEN/MOON [Fn. 44], S. 37).

58 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 37.

59 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 37 f.

schiebung der Rollen zwischen Unternehmen und Regierung, die vielfach mit Ängsten und mangelnder Transparenz verbunden ist, weil Unternehmen für solche Aufgaben nicht bestimmt sind.⁶⁰

Corporate citizenship-Konzepte haben derzeit zwar Hochkonjunktur,⁶¹ sie stossen aber nicht nur auf Zustimmung,⁶² sondern verschiedentlich auch auf Kritik und Ablehnung.⁶³ Ob *corporate citizenship* «An Idea Whose Time Has Not Yet Come»⁶⁴ ist bzw. ob die verschiedenen Theorien dazu beitragen werden, die Auswirkungen der Tätigkeit von Unternehmen in einer globalisierten Welt besser zu verstehen und Probleme zu lösen, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden. Ebenso wenig kann im Rahmen dieses Beitrags näher auf die verschiedenen *corporate citizenship*-Konzepte eingegangen werden. Vorliegend interessiert die Frage, ob politisches Engagement von Unternehmen zulässig ist und wo die Grenzen liegen. Dies ist eine rechtliche Frage, auf die eingegangen werden soll.⁶⁵ Inwieweit politisches Engagement demgegenüber *wünschenswert* ist, ist eine soziologische und philosophische sowie allenfalls ökonomische Frage, die im Rahmen dieses Beitrags nicht abgehandelt werden kann.

60 Vgl. auch CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 38.

61 So NOBEL, in: Berner Kommentar (Fn. 12), § 9 Rn. 277.

62 Vgl. MATTEN/CRANE/CHAPPLE, *Journal of Business Ethics* 45(1–2), 109, 117 (2003), die von einer «enthusiastic adoption of the term CC [*corporate citizenship*] in the business world» sprechen.

63 Vgl. dazu CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 44.

64 VAN OOSTERHOUT, *Academy of Management Review* 4/30, 677, 677 (2005).

65 Vgl. dazu hinten VI.

III. Politisches Engagement von Unternehmen

A. Allgemeines und Begriff des politischen Engagements von Unternehmen

Der Einfluss von Unternehmen auf den politischen Prozess etwa durch Spendentätigkeit, Lobbyismus oder andere Aktivitäten hat stark zugenommen. Unternehmen sind zu einem öffentlich mehr oder weniger akzeptierten *Player* im politischen Prozess geworden.⁶⁶ Durch Lobbyismus und Kampagnenfinanzierung können Unternehmen einen wichtigen Beitrag zur politischen Diskussion leisten.⁶⁷ Der Begriff des politischen Engagements von Unternehmen wird in der Literatur indessen nicht als rechtlich feststehender Begriff verwendet. Die Unternehmen selbst brauchen den Begriff oder ähnliche Begriffe, um ihre Aktivitäten im (partei-)politischen Bereich zu umschreiben, insbesondere Lobbying-Aktivitäten und Spendentätigkeit. Politisches Engagement beinhaltet aber nicht nur parteipolitische Aktivitäten, sondern kann auch im sozialpolitischen Umfeld stattfinden. Im Folgenden werden die Arten und Formen von politischem Engagement von Unternehmen näher betrachtet.

B. Arten politischen Engagements von Unternehmen

Bei den Arten von politischem Engagement in einem weiteren Sinn kann man parteipolitisches Engagement (im eigentlichen Sinn) sowie sozialpolitisches Engagement bzw. gesellschaftspolitisches Engagement im weiteren Sinn unterscheiden.

Beim parteipolitischen Engagement geht es darum, dass sich das Unternehmen in die Politik einmischt, indem es beispielsweise Spenden an politische Parteien tätigt, Lobbyismus betreibt oder Grundrechte ausübt. Unter sozialpolitischem bzw. gesellschaftspolischem Engagement kann die Verfolgung der unterschiedlichen Anliegen der verschiedenen *stakeholder* verstanden werden. Hauptsächlich um diese Art von Engagement dreht sich die Diskussion im Rahmen der *Corporate Social Responsibility*. Es geht um die Frage, wieweit sich ein Unternehmen beispielsweise für Arbeitnehmer, Umwelt und die Einhaltung von Menschenrechten einsetzen soll. Gesellschaftspolitisches Engagement im weiteren Sinn umfasst demnach jede Tätigkeit des Unternehmens, die nicht nur und unmittelbar der Gewinnmaximierung dient, sondern neben dem Mehrwert für die *shareholder* auch für die *stakeholder* einen *added value* generiert.

66 Vgl. etwa MATTEN/CRANE/CHAPPLE, *Journal of Business Ethics* 45(1–2), 109, 117 (2003).

67 Vgl. CRANE/MATTEN/MOON (Fn. 44), S. 36.

Dabei wird auch vom *Triple-Bottom-Line-Ansatz* gesprochen. Letztlich geht es dabei um die Schaffung von Mehrwert im Interesse aller Anspruchsgruppen.⁶⁸

C. Formen politischen Engagements von Unternehmen

1. Allgemeines

Es gibt verschiedene Formen, wie sich ein Unternehmen politisch engagieren kann. Neben der Spendentätigkeit und dem Sponsoring kommt auch Lobbyismus in Betracht. Auch die Ausübung von Grundrechten und die Wahrnehmung öffentlicher – an sich dem Staat vorbehaltener – Aufgaben sind eine Form von politischem Engagement. Im Folgenden sollen diese Formen näher beleuchtet werden.

2. Spenden

Spenden sind freiwillig erfolgte Zuwendungen, denen keine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung durch den Empfänger gegenübersteht, die aber in der Absicht erbracht werden, dass der Empfänger mit den Mitteln einen bestimmten Zweck verfolgt.⁶⁹ Zivilrechtlich handelt es sich dabei in aller Regel um Schenkungen.⁷⁰

Spenden von Unternehmen werden bisweilen unter dem Begriff korporative Freigiebigkeit bzw. korporative Philanthropie abgehandelt.⁷¹ Dabei kann man einerseits zwischen öffentlich gemachten und nicht öffentlichen Spenden, andererseits zwischen gemeinnützigen Spenden, Parteispenden und sonstigen Spenden unterscheiden.⁷² Im Rahmen von parteipolitischen Spenden unterstützen Unternehmen vielfach Komitees, Verbände, Kampagnen und Veranstaltungen.

68 Vgl. dazu etwa FORSTMOSER, FS Nobel, 2015, S. 157, 158. In neuerer Zeit hat der *stakeholder approach* (vgl. dazu hinten VI.B.4.a.) durch das Konzept des *shared value*, bei dem es nicht (bloss) um Verantwortung, sondern um die Schaffung von Mehrwert sowohl für die Unternehmen (Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit) wie auch für die Gesellschaft (Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen) geht, eine Akzentuierung erhalten (vgl. dazu PORTER/KRAMER, Harvard Business Review 89(1–2), 62, 62 ff. insbes. 66 [2011]; vgl. auch FORSTMOSER, FS Nobel, 2015, S. 157, 158 m.w.H.).

69 Zum Begriff vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 330 ff. m.w.H.; vgl. auch HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V./5.b, 2. Aufl., 1997, Art. 717 Rn. 966, der von Vergabungen spricht.

70 Art. 239 Abs. 1 und Art. 245 Abs. 1 OR. «Spenden erfolgen wie Schenkungen freiwillig. Von der gewöhnlichen Schenkung unterscheidet sich die Spende darin, dass der Spender mit seiner Zuwendung bezweckt, dass der Empfänger eine bestimmte Aufgabe erfüllt» (BGE 126 II 443, E. 8.a) [im mehrwertsteuerlichen Kontext]).

71 Vgl. dazu hinten VI.B.4.c.

72 Vgl. dazu hinten VI.B.4.d.

gen im Umfeld von Abstimmungen, die für sie von Interesse sind. Die gezielte Unterstützung von Parteien als solche wird von den Unternehmen demgegenüber als heikel eingestuft.⁷³ Durch Geld soll keine Machtpolitik betrieben werden und politisches Engagement soll nicht als Schuss nach hinten losgehen. Gemeinhin ist man versucht, wirtschaftlichen Schaden durch politisches Engagement zu verhindern und gibt sich daher mit Informationen lieber bedeckt.⁷⁴

3. Sponsoring

Das Sponsoring beruht – anders als die Spende⁷⁵ – auf dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung. Der Sponsor erbringt im Rahmen eines Vertragsverhältnisses mit dem Sponsornehmer gewisse Leistungen und der Sponsornehmer entfaltet seinerseits eine bestimmte Tätigkeit und überlässt dem Sponsor Rechte für kommunikative (Werbe-)Massnahmen.⁷⁶ Sponsoring ist ein Instrument der *Public Relations*, indem der Sponsor sich damit in der Öffentlichkeit zur Geltung bringt.⁷⁷

Unternehmen legen in aller Regel Wert darauf, dass durch Geldvergabe keine Machtpolitik betrieben wird und mit dem Sponsoring keine konkreten Forderungen verbunden sind.⁷⁸

4. Lobbyismus

Beim Lobbyismus oder Lobbying geht es um die Einflussnahme von Interessengruppen auf die politische Entscheidungsfindung.⁷⁹ Lobbyisten sind Personen, die Interessen Dritter in deren Auftrag und gegen Entgelt gegenüber den

73 Vgl. etwa STINDT, Mit einem «Zustupf» Rahmenbedingungen beeinflussen, Finanz und Wirtschaft, 22.1.2000, 29; vgl. dazu auch hinten VI.B.4.d.aa.

74 Vgl. STINDT, Mit einem «Zustupf» Rahmenbedingungen beeinflussen, Finanz und Wirtschaft, 22.1.2000, 29; vgl. auch ACTARES, Politische Spenden von Unternehmen im Swiss Market Index 2013 & 2014, 3 ff. (http://www.actares.ch/download/150709_Actares_SMI_Politische_Spenden13-14.pdf).

75 WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 342 Fn. 58, weisen allerdings richtigerweise darauf hin, dass die Grenze zwischen Spende und Sponsoring fließend ist. Die Unterscheidung zwischen Spende und Sponsoring spielt etwa im mehrwertsteuerlichen Kontext eine Rolle (vgl. Art. 3 lit. i MWSTG zum Begriff der Spende).

76 WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 331 m.w.H.; vgl. auch HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 69), Art. 717 Rn. 973; RAPP, SZW 1991, 189, 190 ff. Eingehend zum Sponsoring BRUHN, Sponsoring, 5. Aufl., 2010.

77 HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 69), Art. 717 Rn. 973.

78 STINDT, Mit einem «Zustupf» Rahmenbedingungen beeinflussen, Finanz und Wirtschaft, 22.1.2000, 29.

79 BÖSCH, LeGes 2013, 631, 631.

politischen Entscheidungsträgern vertreten.⁸⁰ Für eine demokratische Ordnung ist es charakteristisch, dass soziale Probleme der Allgemeinheit in öffentlicher Auseinandersetzung gelöst werden.⁸¹ Interessenverbände fungieren dabei als strukturierte, meinungsbildende Öffentlichkeit.⁸² Sie werden etwa auf dem Gebiet der Rechtssetzung und im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren tätig, indem sie Entscheidungsträger mit fachlichen Informationen dokumentieren und für eigene Anliegen sensibilisieren.⁸³

Die zunehmend stärkere weltweite Vernetzung von Wirtschaft und Gesellschaft führt dazu, dass heute nicht mehr nur (grosse) Interessenverbände, sondern vermehrt auch einzelne Unternehmen oder kleine Gruppen von Unternehmen eigenständig ihre Interessen vertreten und Lobbyismus betreiben.⁸⁴ Die wachsende Komplexität der Gesetzgebung bringt zudem mit sich, dass wissenschaftliche Politikberatung an Bedeutung gewinnt. Vielfach sind die Grenzen zwischen einer Expertenbeteiligung im Sinne eines fachlichen Inputs von Kennern der Materie und aktiver Interessenpolitik fließend.⁸⁵

5. Ausübung von Grundrechten

Nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen des Privatrechts können sich auf Grundrechte berufen.⁸⁶ Wer – wie juristische Personen des Privatrechts – rechtsfähig ist,⁸⁷ ist grundsätzlich auch grundrechtsfähig. Juristische Personen sind indessen nur dann Träger eines Grundrechts, wenn das entsprechende Grundrecht seiner Natur nach einer juristischen Person zustehen kann.⁸⁸ Soweit das Unternehmen Rechtspersönlichkeit besitzt, kann es daher grundsätzlich auch verfassungsrechtliche Garantien mit *politischem* Einschlag anrufen.⁸⁹ Die Aus-

80 WYER, LeGes 2013, 591, 594.

81 MÜLLER, Die demokratische Verfassung, 2. Aufl., 2009, S. 91.

82 Vgl. WYSS, LeGes 2013, 571, 571 f.; zur strukturierten, meinungsbildenden Öffentlichkeit vgl. MÜLLER (Fn. 81), S. 94 ff.

83 WYSS, LeGes 2013, 571, 572 f.

84 BÖSCH, LeGes 2013, 631, 634; vgl. auch ANASTASIADIS, Business & Society 53(2), 260, 260 ff. (2014).

85 Vgl. WYSS, LeGes 2013, 571, 574 f.

86 Zur Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen vgl. MÜLLER/BALDEGGER, FS Wiegand, 2005, S. 551, 551 ff., insbes. 558 ff., die festhalten, dass in der Bundesverfassung nichts zur Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen gesagt werde und auch die staatsrechtliche Literatur das Problem wenig grundsätzlich diskutiere.

87 Art. 53 ZGB.

88 Vgl. etwa HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., 2016, Rn. 294; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., 2013, S. 63 f. Zum Begriff der Grundrechte vgl. etwa HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl., 2013, Rn. 1047.

89 Vgl. auch für das deutsche Recht FLEISCHER, AG 2001, 171, 179.

übung von Grundrechten ist aber nur im Rahmen der Zweckbestimmung der juristischen Person geschützt.⁹⁰

Zu den Grundrechten, die eine juristische Person ausüben kann, gehört insbesondere das Petitionsrecht.⁹¹ Dabei geht es allerdings nicht um eine eigentliche Mitwirkung am politischen Willensbildungsprozess, sondern darum, dass sich jemand mit einer Bitte, einem Vorschlag oder einer Kritik an eine Behörde wendet und von ihr auch gehört wird.⁹² Auch auf die Wirtschaftsfreiheit,⁹³ welche kommerzielle Kundgaben⁹⁴ und gewinnstrebige Vereinigungen schützt,⁹⁵ können sich juristischen Personen berufen.⁹⁶ Die politischen Rechte im Sinne von Art. 34 BV⁹⁷ stehen demgegenüber den als juristische Personen konstituierten privatrechtlichen Unternehmen nicht zu.⁹⁸

6. Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Unternehmen können sich (sozial-)politisch engagieren, indem sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen, etwa im Gesundheitswesen oder in der Bildung. Oft geschieht die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften, sog. *Public Private Partnerships*. Was *Public Private Partnerships* sind, wird nicht einheitlich umschrieben. So zahlreich die Definitionen sind, so weit sind auch die Felder und Formen, in denen sie in Erscheinung treten.⁹⁹ *Public Private Partnerships* umfassen in einem weiteren Sinn

90 Vgl. BALDEGGER, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, 2017, S. 349 f. (in Bezug auf das Petitionsrecht).

91 Art. 33 BV; vgl. etwa HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 88), Rn. 903; HUGUENIN/REITZE, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., 2014, Art. 53 Rn. 11; KIENER/KÄLIN (Fn. 88), S. 283; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, S. 647. Man spricht dabei auch vom *korporativen Petitionsrecht*, vgl. etwa BALDEGGER (Fn. 90), S. 349.

92 MÜLLER/SCHEFER (Fn. 91), S. 641; vgl. auch KIENER/KÄLIN (Fn. 88), S. 283.

93 Art. 27 BV.

94 MÜLLER/SCHEFER (Fn. 91), S. 366 f.

95 KIENER/KÄLIN (Fn. 88), S. 265.

96 Vgl. HUGUENIN/REITZE, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Fn. 91), Art. 53 Rn. 11; KIENER/KÄLIN (Fn. 88), S. 63; REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, 2011, Rn. 138; UHLMANN, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, 2015, Art. 27 Rn. 28.

97 Dazu gehören die aktive Teilnahme an der staatlichen Willensbildung im Rahmen des Wahlrechts, die Teilnahme an Volksabstimmungen, die Lancierung und Unterzeichnung von Initiativen und Referenden (vgl. etwa KIENER/KÄLIN [Fn. 88], S. 289 und 292 f.).

98 Vgl. HUGUENIN/REITZE, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Fn. 91), Art. 53 Rn. 11 (bezüglich des Stimm- und Wahlrechts in öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften); KIENER/KÄLIN (Fn. 88), S. 291 (mit Hinweis darauf, dass das Bundesgericht ausnahmsweise aber auch juristischen Personen, die politische Aktivitäten entfalten, wie etwa politische Parteien und Initiativkomitees, die Befugnis zugestehe, sich im Beschwerdeverfahren auf Art. 34 BV zu berufen); vgl. auch ATTINGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Volksinitiativen, 2016, S. 25 f.; BESSON, ZBJV 2011, 843, 852 ff.

99 Vgl. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rn. 924 m.w.H., wonach bei genauerer Betrachtung unter den Titel *Public Private Partnership* verschiedenste Sachverhalte von

sämtliche Formen und Arten der Zusammenarbeit und Kooperationen zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.¹⁰⁰ Sie befinden sich an der Schnittstelle von privatem und öffentlichem Recht, wobei die juristische Diskussion vorab im öffentlichen Recht stattfindet.

Indem im Rahmen von *Public Private Partnerships* die öffentliche Hand und privatrechtlich organisierte Unternehmen zusammenarbeiten und Ressourcen zusammenlegen, kann fallweise ein Mehrwert erzeugt werden. Aufgaben können entsprechend den Stärken und Kenntnissen der Partner aufgeteilt werden. Wird ein Partner aus der Privatwirtschaft in Projekte der öffentlichen Hand eingebunden, kann der längerfristige Nutzen eines Projekts erhöht werden.¹⁰¹

Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private ist kein modernes Phänomen, auch wenn die Problematik in der heutigen Zeit intensiv diskutiert wird, unter anderem weil von Unternehmen erwartet wird, dass sie als gesellschaftliche Akteure ihre Macht verantwortungsbewusst einsetzen und unter Umständen auch staatliche Aufgaben übernehmen.¹⁰² Bereits im Mittelalter gab es Unternehmen, die sich für das Wohl der Allgemeinheit einsetzten und damit sozialpolitisch tätig waren. Zu denken ist etwa an die *Fugger*, eine Kaufmannsfamilie, welche die älteste bestehende Sozialsiedlung der Welt, die *Fuggerei*, im Jahre 1521 in Augsburg gestiftet hatte.¹⁰³

D. Interesse an politischem Engagement von Unternehmen

Damit ein Unternehmen nachhaltig bestehen und erfolgreich wirken kann, braucht es günstige Rahmenbedingungen. Unternehmen haben daher ein Interesse, durch politisches Engagement wie beispielweise Lobbying vorteilhafte wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu erwirken.¹⁰⁴ In diesem Sinn fungiert etwa die *Avenir Suisse* als Lobby des Liberalismus.¹⁰⁵

ganz unterschiedlicher tatsächlicher Natur und rechtlicher Qualifikation subsumiert werden könnten; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rn. 1805; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.4.2004, KOM(2004) 327 endgültig, Ziff. 1.1 sowie die daran angelehnte Definition bei CHAMAKOU, Die Öffentlich-Private Partnerschaft als neues Handlungsinstrument zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht, 2011, S. 50.

100 Vgl. EHRENSPERGER, Erfolgsvoraussetzungen von Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau, 2007, S. 6 f.; LOER, Public Private Partnership und Public Public Partnership, 2007, S. 31.

101 BUNDES RAT (Fn. 25), S. 14.

102 Vgl. dazu auch SCHERER/PALAZZO/MATTEN, Business & Society 53(2), 143, 143 ff. (2014) sowie vorne II.

103 Vgl. dazu <http://www.fugger.de/home.html>.

104 Vgl. auch STINDT, Mit einem «Zustupf» Rahmenbedingungen beeinflussen, Finanz und Wirtschaft, 22.1.2000, 29.

105 Vgl. GRÜNENFELDER, «Die Schweiz braucht einen Weckruf», Finanz und Wirtschaft, 29.3.2017, 12.

Ein Interesse daran, dass sich Unternehmen politisch engagieren, haben indessen nicht nur die Unternehmen selbst, sondern auch die Zivilgesellschaft. Ein Unternehmen, das sich politisch engagiert bzw. engagieren darf und für seine Interessen kämpft, wird weniger geneigt sein, seinen Standort zu verlegen. Damit bleiben Arbeitsplätze im Land erhalten und Steuereinnahmen werden gesichert. Das ist im Interesse der Zivilgesellschaft.

Schliesslich hat auch der Rechtsstaat als solcher ein Interesse am politischen Engagement von Unternehmen. Unternehmen sind Machtfaktoren und können auf Missstände aufmerksam machen.¹⁰⁶ Werden Missstände behoben und ungünstige Rahmenbedingungen beseitigt, ist die Wahrscheinlichkeit höher, dass ein Unternehmen seinen Standort nicht in ein rechtsstaatlich problematisches Land verlegt und dort seine Tätigkeit fortführt. Damit ist letztlich auch rechtsstaatlichen Interessen gedient.

(Sozial-)politisches Engagement wird daher verschiedentlich auch vom Staat gefördert. So unterstützt der Bund Unternehmen beispielsweise bei der Wahrnehmung der *Corporate Social Responsibility* durch verschiedene Massnahmen,¹⁰⁷ etwa durch die Förderung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften, sog. *Public Private Partnerships* (PPP),¹⁰⁸ aber auch durch die Förderung der Teilnahme von Schweizer Unternehmen an Projekten der Entwicklungszusammenarbeit¹⁰⁹ und von globalen Partnerschaften für die Entwicklung.¹¹⁰

106 Zu den Unternehmen als machtvolle Institutionen vgl. vorne II.

107 BUNDESRAT (Fn. 25), S. 14.

108 BUNDESRAT (Fn. 25), S. 14. Zu den *Public Private Partnerships* vgl. auch vorne III.C.6.

109 BUNDESRAT (Fn. 25), S. 36 ff.

110 BUNDESRAT (Fn. 25), S. 36, wonach Partnerschaften mit multinationalen fortschrittlichen Unternehmen, Anspruchsgruppen der Zivilbevölkerung sowie Regierungen gefördert werden.

IV. Das Unternehmen als *good corporate citizen*

Wie vorne ausgeführt, sind zahlreiche Unternehmen machtvolle und einflussreiche Institutionen. Von ihnen wird erwartet, dass sie ihre Macht verantwortungsbewusst einsetzen.¹¹¹ Das Auftreten des Unternehmens als *good corporate citizen* verbessert die soziale Akzeptanz und die gesellschaftliche Integration.¹¹² Ein Unternehmen ist für ein «erfolgreiches Wirtschaften auf den Rückhalt aller Bezugsgruppen angewiesen».¹¹³ In diesem Sinn sind nicht nur die Interessen der *shareholder* zu berücksichtigen, sondern auch – in angemessenem Umfang – diejenigen der *stakeholder*.¹¹⁴ Die soziale Akzeptanz des Unternehmens ist untrennbar mit seinen erwerbswirtschaftlichen Zielen verknüpft, indem sie letztlich auch das wirtschaftliche Fortkommen der Gesellschaft verbessert. Nur wenn das Gemeinwohl mitberücksichtigt wird, kann langfristig auch der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens sichergestellt werden.¹¹⁵ Soziales Engagement erlaubt es dem Unternehmen, bestimmte Kundengruppen anzusprechen, neue Märkte für Produkte zu erschliessen und dadurch seinen Goodwill zu festigen.¹¹⁶

Es stellt sich somit die Frage, ob sich aus der *Corporate Social Responsibility* bzw. der Tatsache, dass die Gesellschaft ein *good corporate citizen* sein soll, für das politische Engagement von Unternehmen unmittelbar etwas ableiten lässt.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es weder eine aus der (*good*) *corporate citizenship* folgende Verantwortung, die das Unternehmen zu politischem Engagement verpflichtet noch gibt es eine spezielle *Corporate Social Responsibility*, die *per se* eine Gesellschaft zu politischem Engagement ermächtigt.¹¹⁷ Vielmehr ist es eine genuine Frage des Rechts, ob und in welchem Umfang politisches Engagement von Unternehmen zulässig ist.

111 Vgl. dazu vorne II.

112 Vgl. BGHSt 47, 187, 195; FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., 2015, § 76 Rn. 46; DERSELBE, FS Meincke, 2015, S. 101, 105.

113 BGHSt 47, 187, 194 f.; vgl. auch FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, AktG (Fn. 112), § 76 Rn. 46; DERSELBE, AG 2001, 171, 175; WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 338.

114 Zur Diskussion *shareholder-value-Ansatz* vs. *stakeholder approach* vgl. hinten VI.B.4.a.

115 Vgl. RAPP, SZW 1991, 189, 193; vgl. auch FORSTMOSER, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 222; WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 338; für das deutsche Recht FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, AktG (Fn. 112), § 76 Rn. 45 f.; KIND, NZG 2000, 567, 568.

116 FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, AktG (Fn. 112), § 76 Rn. 45; vgl. auch DERSELBE, FS Meincke, 2015, S. 101, 105.

117 Vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 338 und 345, wonach eine spezielle *Corporate Social Responsibility per se* keine Spendenkompetenz des Verwaltungsrats rechtfertigen könne. Vgl. auch WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 108, wonach die «fundamentalste Form sozial verantwortlichen Verhaltens, nämlich die Einhaltung der Gesetze, [...] durch das Aktienrecht bereits abgedeckt» sei. WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006,

Die Bezeichnung des Unternehmens als *good corporate citizen* hat zwar einen rechtstatsächlich richtigen Kern, weil die Gesellschaft integraler Bestandteil eines Sozialgefüges ist. Letztlich ist es aber nur eine Beschreibung der juristischen Person, die in gesellschaftsrechtliche Kategorien übersetzt und dogmatisch untermauert werden muss.¹¹⁸ Es geht somit darum, das politische Engagement von Unternehmen in einen rechtlichen Rahmen einzuordnen.

94, 112 ff., insbes. 114 weisen zu Recht darauf hin, dass ein Aufweichen der Pflichten des Verwaltungsrats und des Managements durch die Statuierung eines Rechts oder gar einer Pflicht, auch andere Ziele als die langfristige Steigerung des Unternehmenswerts zu verfolgen, die Gefahr mit sich bringe, dass Verantwortlichkeiten verwischt und damit auch die Funktionsweise des Aktienmarktes in Mitleidenschaft gezogen würden.

118 FLEISCHER, AG 2001, 171, 175; vgl. auch hinten VI.B.4.c.

V. Korporative Freigiebigkeit

Im Zusammenhang mit dem politischen Engagement von Unternehmen kreist die gegenwärtige Diskussion in Deutschland hauptsächlich um die Grenzen korporativer Freigiebigkeit, wobei die Spendentätigkeit des Vorstands im Zentrum steht.¹¹⁹ Im Gegensatz zu Deutschland, aber auch dem weiteren Ausland,¹²⁰ gibt es in der Schweiz nur vereinzelt Beiträge, die sich mit dieser Problematik auseinandersetzen,¹²¹ obwohl auch Schweizer Unternehmen in beträchtlichem Umfang Geld spenden.¹²² Das Problem korporativer Freigiebigkeit besteht darin, dass der Verwaltungsrat¹²³ nicht sein eigenes Geld ausgibt, sondern dasjenige der Gesellschaft.¹²⁴ Man spricht dabei auch von sog. *corporate charitable contributions*.¹²⁵

Politisches Engagement von Unternehmen beinhaltet aber nicht nur korporative Freigiebigkeit in Form von Spenden. Auch Lobbyismus, in dessen Rahmen Geldzahlungen an Dritte fließen, damit diese die Interessen des Unternehmens gegenüber den politischen Entscheidungsträgern vertreten, oder die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, bei der Mittel des Unternehmens im Interesse verschiedener Anspruchsgruppen verwendet werden, sind Formen politischen Engagements,¹²⁶ die danach fragen, wo die Grenzen der Zulässigkeit liegen.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf das Problem der korporativen Freigiebigkeit. Für die anderen Formen politischen Engagements können die Überlegungen sinngemäss herangezogen werden.

119 Vgl. etwa FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 102 ff. (mit Besprechung des Urteils des LG Essen vom 9.9.2013 – 44 O 164/10, BeckRS 2014, 22313) und 111; DERSELBE, in: Spindler/Stilz, AktG (Fn. 112), § 76 Rn. 47; DERSELBE, AG 2017, 509, 523; DERSELBE, AG 2001, 171, 171 ff.; LAUB, AG 2002, 308, 308 ff.; BGHSt 47, 187.

120 Vgl. dazu etwa FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 103 Fn. 11 f., 112 f. m.w.H. Für die USA vgl. etwa den berühmten Streit in Sachen *Ford Motor Company* aus dem Jahre 1919 (*Dodge v. Ford Motor Company*, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668) sowie dazu FLEISCHER, AG 2001, 171, 172; RAPP, SZW 1991, 189, 193; WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 329 Fn. 1.

121 Vgl. etwa RAPP, SZW 1991, 189, 189 ff. (in Bezug auf Sponsoring); WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 329 ff.; vgl. auch HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 69), Art. 717 Rn. 965 ff.; KUNZ, in: Kunz et al. (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, 2014, S. 217, 226 f.; WATTER, Unternehmensübernahmen, 1990, Rn. 13 f.; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 94 ff.

122 Vgl. ACTARES, Politische Spenden von Unternehmen im Swiss Market Index 2013 & 2014, 3 ff. (http://www.actares.ch/download/150709_Actares_SMI_PolitischeSpenden13-14.pdf).

123 Bzw. im deutschen Recht der Vorstand.

124 FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 101.

125 Vgl. FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 103.

126 Zu den verschiedenen Formen politischen Engagements vgl. vorne III.C.

VI. Rechtliche Rahmenbedingungen politischen Engagements

A. Allgemeines

Politischem Engagement von Unternehmen setzen sowohl die Verfassung¹²⁷ als auch Gesetze Schranken. Zur Beurteilung der im vorliegenden Zusammenhang besonders interessierenden Zulässigkeit korporativer Freigiebigkeit von Gesellschaften stehen gesetzliche Schranken sowie statutarische Vorgaben im Vordergrund.¹²⁸ Neben öffentlich-rechtlichen Einschränkungen¹²⁹ sind es vorab privatrechtliche Schranken, die der korporativen Freigiebigkeit von Unternehmen Grenzen setzen. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

B. Voraussetzungen der Zulässigkeit politischen Engagements, insbesondere der korporativen Freigiebigkeit¹³⁰

1. Allgemeines

Im schweizerischen Recht gibt es keine ausdrückliche Regelung der korporativen Freigiebigkeit von Unternehmen.¹³¹ Die korporative Freigiebigkeit ist somit in das allgemeine aktienrechtliche System¹³² einzuordnen.¹³³ Daraus ergeben sich die Schranken für politisches Engagement von Unternehmen. Neben den aktienrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften und dem Gesellschaftszweck

127 Juristische Personen des Privatrechts können sich zwar grundsätzlich auch auf Grundrechte berufen. Sie sind aber nur dann Träger eines Grundrechts, wenn dieses seiner Natur nach einer juristischen Person zustehen kann (vgl. dazu vorne III.C.5.).

128 Für das deutsche Recht vgl. FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 108. Zu einer möglichen verfassungsrechtlichen Einschränkung vgl. die zurzeit pendente eidgenössische Volksinitiative «Für mehr Transparenz in der Politikfinanzierung (Transparenz-Initiative)», deren Ziel es ist, in der Bundesverfassung einen neuen Art. 39a «Offenlegung der Finanzierung von politischen Parteien sowie von Wahl- und Abstimmungskampagnen» einzufügen (vgl. dazu hinten VIII.).

129 Vgl. dazu CARONI, Geld und Politik, 2009, S. 161 ff., die aber darauf hinweist, dass die Finanzierung politischer Kampagnen durch Private, mithin auch Unternehmen, in der Schweiz praktisch keinen Einschränkungen unterliegt (S. 160).

130 Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich wie vorne ausgeführt auf das Problem der korporativen Freigiebigkeit, wobei die Überlegungen für die anderen Formen politischen Engagements sinngemäss herangezogen werden können.

131 Gleiches gilt für das deutsche (vgl. dazu FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 104) und soweit ersichtlich auch für das österreichische Recht.

132 Die vorliegenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Aktiengesellschaft als in der Schweiz häufigste Gesellschaftsform, gelten sinngemäss aber auch für die anderen Gesellschaftsformen.

133 Für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 103 ff.; vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 333.

ist Art. 717 Abs. 1 OR massgebend, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrates «ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren» müssen. Sorgfältiges Tätigwerden des Verwaltungsrats im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR bedingt stets gesetzeskonformes Verhalten.¹³⁴ Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen zu überwachen.¹³⁵ Die Einhaltung der Gesetze ist die fundamentalste Form sozial verantwortlichen Verhaltens.¹³⁶ Das politische Engagement muss zudem dem Gebot der Angemessenheit genügen. Auf diese Voraussetzungen, unter denen politisches Engagement von Unternehmen zulässig ist, wird im Folgenden eingegangen.¹³⁷

2. Zuständigkeit

Die Frage, ob politisches Engagement von Unternehmen zulässig ist – mithin die Legitimationsfrage –, ist im Kern eine Kompetenzfrage,¹³⁸ nämlich die Frage danach, welches Organ der Gesellschaft dafür zuständig ist. In Frage kommen der Verwaltungsrat und die Generalversammlung.

Nach Art. 716 Abs. 1 OR kann der Verwaltungsrat in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind. Es besteht somit eine Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrats.¹³⁹ Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft und vertritt die Gesellschaft nach aussen, soweit nichts anderes bestimmt ist.¹⁴⁰

Das Gesetz enthält keine Vorschrift zur Frage des politischen Engagements von Unternehmen. Soweit auch keine einschlägige Statutenbestimmung besteht, ist daher der Verwaltungsrat für das politische Engagement der Gesellschaft zuständig.¹⁴¹

Nach Art. 716b Abs. 3 OR steht die Geschäftsführung allen Mitgliedern des Verwaltungsrats gesamthaft zu, soweit sie nicht übertragen worden ist.¹⁴² Hat

134 Vgl. BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, 2001, S. 243 m.w.H.; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 107.

135 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR (unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats).

136 WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 108; vgl. auch hinten VII.B.

137 Vgl. dazu auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 333 ff.

138 FLEISCHER, AG 2001, 171, 175; vgl. auch WESTERMANN, ZIP 1990, 771, 772 und 774.

139 Vgl. etwa WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016, Art. 716 Rn. 1.

140 Art. 716 Abs. 2 und Art. 718 Abs. 1 und 2 OR.

141 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 334 (bezüglich der Spendenkompetenz); HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 69), Art. 717 Rn. 965 (bezüglich Vergabungen, Sponsoring, Mäzenatentum).

142 Die Verfassung der Aktiengesellschaft ist in der Schweiz nach der gesetzlichen Grundkonzeption «monistisch» (einstufig) ausgestaltet. Geschäftsführungs- und Überwachungsfunktionen sind grundsätzlich durch den Verwaltungsrat *in corpore* auszuüben, womit – im Unterschied zur dualistischen Struktur der Leitungsorgane im deutschen Recht – eine personelle und funk-

keine Delegation von Geschäftsführungskompetenzen stattgefunden, besteht daher eine Notwendigkeit, über Geschäftsführungsakte im Gesamtverwaltungsratsrat abzustimmen, wobei allerdings kein Einstimmigkeitserfordernis gilt.¹⁴³ Zumindest bei grösseren Gesellschaften ist indessen die Delegation von Geschäftsführungskompetenzen an einzelne Verwaltungsratsmitglieder oder an eine Geschäftsleitung die Regel,¹⁴⁴ sodass sich aus der internen Geschäftsverteilung eine andere Zuständigkeit ergeben kann.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass (vermutungsweise) der (Gesamt-)Verwaltungsrat zuständig ist, über politisches Engagement der Gesellschaft zu entscheiden, zumal politisches Engagement ein Geschäftsführungsakt ist.¹⁴⁵ Wie zu zeigen sein wird, ist die Kompetenz des Verwaltungsrats aber kein *plein pouvoir*, sondern hat sich in den Schranken des Gesetzes zu bewegen.¹⁴⁶

Im Unterschied zur Geschäftsführung steht die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft jedem Mitglied des Verwaltungsrats einzeln zu, sofern die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes bestimmen.¹⁴⁷ Beruht das politische Engagement nicht auf einem Beschluss des Gesamtverwaltungsrats, sondern wird ein einzelnes Mitglied des Verwaltungsrats (gegen aussen) tätig, ohne dass (intern) eine Delegation von Geschäftsführungsbefugnissen stattgefunden hat, indem es beispielsweise eigenmächtig eine Spende ausrichtet, stellen sich vorab zwei Fragen: Erstens, ist das Rechtsgeschäft gegenüber dem Dritten verbindlich? Zweitens, kann sich das Verwaltungsratsmitglied im Rahmen einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage mit dem Einwand entlasten, der mutmassliche Schaden (der Gesellschaft) wäre auch bei rechtmässigem Verhalten, mithin einem vorgängigen Beschluss des Gesamtverwaltungsrats, eingetreten?

Zur Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegenüber dem Dritten verbindlich ist, wenn es beispielsweise wegen des fehlenden Entscheids des Gesamtverwaltungsrats von der Vertretungsbefugnis des Handelnden nicht erfasst und damit aus interner Sicht unzulässig ist, kommt es darauf an, ob das Geschäft vom Gesellschaftszweck gedeckt ist.¹⁴⁸ Der Verwaltungsrat kann die

tionelle Identität der Führungsebene besteht (WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II [Fn. 139], Art. 716b Rn. 1).

143 WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 139), Art. 716b Rn. 31.

144 WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 139), Art. 716b Rn. 1. Damit kristallisiert sich eine gewisse Trennung der Funktionen der Geschäftsführung und Überwachung heraus (vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II [Fn. 139], Art. 716b Rn. 3) und es wird eine Annäherung an das deutsche dualistische System möglich (WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II [Fn. 139], Art. 716 Rn. 10 und Art. 716b Rn. 2).

145 Vgl. dazu hinten VI.B.4.c.

146 Vgl. dazu hinten VI.B.3. und VI.B.4.; für das deutsche Recht FLEISCHER, AG 2001, 171, 177 ff.

147 Art. 718 Abs. 1 OR.

148 Zur Frage, ob ein zweckwidriges Geschäft vorgängig oder nachträglich durch die Aktionäre genehmigt werden kann, vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 342 f.

Gesellschaft nur durch Handlungen verpflichtet, die innerhalb des Gesellschaftszwecks liegen. Weil der Gesellschaftszweck extensiv ausgelegt wird, ist das Geschäft in aller Regel vom Gesellschaftszweck gedeckt.¹⁴⁹ Soweit der Dritte in gutem Glauben davon ausgehen durfte, das Geschäft sei durch die Organvollmacht gedeckt, ist es für die Gesellschaft verbindlich.¹⁵⁰ Das Vorhandensein des guten Glaubens wird vermutet und der Dritte darf darauf vertrauen, dass der Verwaltungsrat im Umfang der objektiven Zweckgrenze Vertretungsbefugnis hat.¹⁵¹ Ist das Geschäft demgegenüber nicht vom Gesellschaftszweck gedeckt und auch nicht durch einstimmigen Beschluss der Aktionäre genehmigt worden, ist es im Aussenverhältnis unverbindlich.¹⁵²

Die Einrede, der mutmassliche Schaden wäre auch bei rechtmässigem Verhalten eingetreten, mithin auch dann, wenn der Gesamtverwaltungsrat einen entsprechenden Beschluss gefasst hätte, muss zulässig sein.¹⁵³ Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens kann auch bei einer Kompetenzüberschreitung geltend gemacht werden,¹⁵⁴ sodass das Verwaltungsratsmitglied sich entlasten kann, wenn ihm der Beweis gelingt,¹⁵⁵ dass der Gesamtverwaltungsrat der Spende mit der erforderlichen Mehrheit zugestimmt hätte und die Zahlung im Rahmen des Ermessensspielraums des Verwaltungsrats lag.¹⁵⁶

Art. 698 OR regelt die Befugnisse der Generalversammlung. Danach ist die Generalversammlung unter anderem zuständig für die Beschlussfassung über die Gegenstände, die ihr durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten

149 Vgl. dazu hinten VI.B.3.

150 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 336 und 344 (in Bezug auf Spenden); vgl. auch WATTER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016, Art. 718a Rn. 8 ff.; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 112 (in Bezug auf CSR-Aktivitäten im Allgemeinen).

151 Vgl. WATTER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 150), Art. 718a Rn. 8 und 11; ZOBL, ZBJV 1989, 289, 296 ff. Zur Frage, wonach sich die Gutgläubigkeit des Dritten beurteilt, vgl. ZOBL, ZBJV 1989, 289, 297 ff.

152 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 343 f. (in Bezug auf Spenden).

153 Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens kann als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens gelten, wonach «keine Haftung greift, wenn der präsumtiv Haftpflichtige beweist, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten denselben Schaden bewirkt hätte wie das tatsächlich erfolgte rechtswidrige Verhalten» (BGE 131 III 115, E. 3.1 m.w.H.). Zum *Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens* vgl. etwa FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 2012, Rn. 510 ff.; KRAMER, ZBJV 1987, 289, 292 ff. In welchen Fällen der Einwand zugelassen werden muss, ist in der Literatur umstritten. Einig ist sich die (schweizerische) Lehre, dass der Einwand bei Unterlassungen möglich sein muss. Strittig ist demgegenüber, ob der Einwand auch zulässig ist, wenn es nicht um eine Unterlassung, sondern um ein aktives Tun geht (vgl. etwa FELLMANN/KOTTMANN [Fn. 153], Rn. 510 ff.).

154 Vgl. etwa BÜHLER, in: Isler/Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, 2016, S. 61, 78 f. und 84; RUSTERHOLZ/HELD, GesKR 2016, 186, 195 f. m.w.H.

155 Der Entlastungsbeweis muss strikt erbracht werden (BGE 131 III 115, E. 3.3), sodass sich in der Regel beträchtliche Beweisschwierigkeiten ergeben dürften (vgl. dazu BÜHLER [Fn. 154], S. 82 f.).

156 Vgl. für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 108 f. und 114 m.w.H.; DERSELBE, DSStR 2009, 1204, 1207 ff.

sind.¹⁵⁷ Wie ausgeführt, gibt es keine gesetzliche Bestimmung über die Zuständigkeit für politisches Engagement. Die Generalversammlung kann aber zuständig sein, wenn die Statuten dies vorsehen. Ferner ist sie zuständig, wenn die weiteren Voraussetzungen der Zulässigkeit politischen Engagements nicht erfüllt sind. Dies ist beispielsweise bei Spenden der Fall, die über den Gesellschaftszweck hinausgehen, mithin vom Gesellschaftszweck nicht gedeckt sind.¹⁵⁸ Gleiches gilt, wenn die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft durch die Spendentätigkeit partiell aufgehoben wird¹⁵⁹ oder Spenden zur Diskussion stehen, die der bisherigen Zuwendungspraxis zuwiderlaufen oder dem mutmasslichen Willen der Gesellschafter widersprechen, mithin nicht im Gesellschaftsinteresse liegen.¹⁶⁰ Fallen Spenden summenmässig aus dem Rahmen und verletzen sie demnach das Gebot der Angemessenheit, ist ebenfalls die Generalversammlung zuständig.¹⁶¹

3. Vom Gesellschaftszweck gedeckt

Das politische Engagement des Unternehmens muss vom Gesellschaftszweck gedeckt sein.¹⁶² Der Zweck der Gesellschaft bestimmt den abstrakten Umfang der Vertretungsmacht der Organe.¹⁶³ Im vorliegenden Zusammenhang beschränkt sich die Frage nach dem Gesellschaftszweck auf die Unterscheidung zwischen rechtlichem (externen) *Können* und rechtlichem (internen) *Dürfen*.¹⁶⁴

Die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen können nach Art. 718a Abs. 1 OR im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorneh-

157 Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR.

158 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 336 und 342 f., die in diesem Fall eine Verletzung der Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft sehen und daher einen einstimmigen Beschluss der Aktionäre für erforderlich halten.

159 WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 342 f. (einstimmiger Beschluss der Aktionäre aufgrund von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

160 Vgl. für das deutsche Recht FLEISCHER, MünchKomm GmbHG, 2. Aufl., 2016, § 43 Rn. 106; DERSELBE, GmbHR 2010, 1307, 1311; vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 343.

161 Vgl. für das deutsche Recht FLEISCHER, MünchKomm GmbHG (Fn. 160), § 43 Rn. 106; DERSELBE, GmbHR 2010, 1307, 1311; SCHNEIDER, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl., 2014, § 43 Rn. 72; zum Gebot der Angemessenheit vgl. hinten VI.B.5.

162 Zum Gesellschaftszweck vgl. etwa VON DER CRONE, Aktienrecht, 2014, § 2 Rn. 47 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 8 Rn. 46 f.

163 Art. 718a Abs. 1 OR; VON DER CRONE (Fn. 162), § 2 Rn. 49.

164 Für das deutsche Recht vgl. FLEISCHER, AG 2001, 171, 173. Zur Unterscheidung zwischen (externem) *Können* (Vertretungsmacht) und (internem) *Dürfen* (Vertretungsbefugnis) vgl. grundlegend ZOBL, ZBJV 1989, 289, 291 ff.; vgl. auch WATTER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 150), Art. 718a Rn. 10. Im Interesse des Verkehrsschutzes gilt die sog. *ultra vires*-Lehre als überwunden. Danach waren die Rechtsmacht des Verwaltungsrats und die Zweckverfolgung aufeinander abgestimmt und die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft auf den Satzungszweck limitiert, was vor allem dem Schutz der Anteilseigner diente (vgl. dazu etwa FLEISCHER, AG 2001, 171, 173).

men, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Die Handlungen des Verwaltungsrats müssen demnach zweckkonform sein.¹⁶⁵ Der Begriff des Zwecks der Gesellschaft wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt. Unter die Bestimmung von Art. 718a Abs. 1 OR fallen alle Rechtshandlungen, die durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind.¹⁶⁶

Erlaubt der Gesellschaftszweck ausdrücklich politisches Engagement und/ oder eine Spendentätigkeit der Gesellschaft,¹⁶⁷ bestehen grundsätzlich keine Schwierigkeiten.¹⁶⁸ Fehlt in den Statuten demgegenüber eine Klausel, die politisches Engagement bzw. Spendentätigkeit explizit gestattet – und das dürfte der Regelfall sein¹⁶⁹ –, ist zu prüfen, ob das politische Engagement oder die Spendentätigkeit aus objektiver Sicht dem Gesellschaftszweck zumindest indirekt dienlich sein können¹⁷⁰ bzw. durch diesen nicht geradezu ausgeschlossen sind.

In aller Regel wird das politische Engagement des Verwaltungsrats von der Vertretungsmacht und damit vom externen *Können* gedeckt sein.¹⁷¹ Die Problematik liegt daher nicht so sehr in der Zweckkonformität der Handlung, sondern vielmehr in der Frage, ob das Engagement auch im Gesellschaftsinteresse liegt.¹⁷²

165 Der Gesellschaftszweck darf weder unsittlich noch widerrechtlich sein (Art. 52 Abs. 3 ZGB; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [Fn. 162], § 8 Rn. 49).

166 Vgl. BGE 126 III 361, (unveröffentlichte) E. 2a; 116 II 320, 323; 111 II 284, 288 ff.; BGer 4A_147/2014 vom 19. 11. 2014, E. 3.1.1, 4A_617/2013 vom 30. 6. 2014, E. 5.1; vgl. auch WATTER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 150), Art. 718a Rn. 3; WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 335.

167 So etwa, wenn sich in den Statuten eine Gemeinwohlklausel findet, vgl. dazu FLEISCHER, AG 2001, 171, 173 mit Beispielen; vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 336.

168 RAPP, SZW 1991, 189, 192 f.

169 Vgl. FLEISCHER, AG 2001, 171, 173, wonach in den meisten Fällen keine für alle Anleger einsehbare Satzungsermächtigung existiere; vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 336.

170 WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 336; vgl. auch RAPP, SZW 1991, 189, 193.

171 Vgl. RAPP, SZW 1991, 189, 193 f. (in Bezug auf Sponsoring); vgl. auch KUNZ (Fn. 121), S. 226 Fn. 57 (in Bezug auf Unternehmensspenden). Eine andere Frage ist, ob der Verwaltungsrat im Innenverhältnis seine Vertretungsbefugnis überschritten hat, indem er sich bei seinem Entscheid nicht vom Gesellschaftsinteresse leiten liess (vgl. auch WATTER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II [Fn. 150], Art. 718a Rn. 5, wonach interessen- und pflichtwidriges Handeln stets ausserhalb der Organvollmacht liegt; BGE 126 III 361, 363 f.; BGer 4A_147/2014 vom 19. 11. 2014, E. 3.1.1) oder es am erforderlichen Beschluss des Gesamtverwaltungsrats fehlt (vgl. dazu vorne VI.B.2.). In diesem Fall ist zu prüfen, ob der Dritte bezüglich der Kompetenzüberschreitung gutgläubig oder bösgläubig war (vgl. ZOBL, ZBJV 1989, 289, 296 f.).

172 RAPP, SZW 1991, 189, 194 (in Bezug auf Sponsoring).

4. Im Gesellschaftsinteresse liegend

a. Allgemeines

Das politische Engagement des Unternehmens muss im Gesellschaftsinteresse liegen, damit es zulässig ist. Zentrale Norm ist in diesem Zusammenhang Art. 717 Abs. 1 OR, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrates die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen. Das Gesetz definiert das Gesellschaftsinteresse nicht. Beim Gesellschaftsinteresse handelt es sich um einen unscharfen Begriff,¹⁷³ der in der Lehre kontrovers diskutiert wird.¹⁷⁴ Vorliegend reduziert sich die Frage nach dem Begriff des Gesellschaftsinteresses im Ergebnis auf den Konflikt zwischen dem *shareholder-value-Ansatz* und dem *stakeholder approach*.¹⁷⁵

Der *shareholder-value-Ansatz* hat die nachhaltige Maximierung des Werts der Gesellschaftsbeteiligung bzw. des Unternehmenswerts im Auge,¹⁷⁶ während beim *stakeholder approach* neben den Aktionärsinteressen auch die Interessen weiterer Anspruchsgruppen bzw. *stakeholder* wie etwa Gläubiger, Arbeitnehmer, Kunden, Lieferanten und die Allgemeinheit mit in Betracht zu ziehen sind.¹⁷⁷ Im Rahmen dieses Beitrags kann nicht ausführlich auf die Diskussion über den *shareholder-value-Ansatz* und den *stakeholder approach* eingegangen werden.¹⁷⁸ Letztlich geht es um die Frage, ob der Verwaltungsrat die

173 Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 139), Art. 717 Rn. 1a; vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 337 m.w.H. Für das deutsche Recht vgl. etwa FLEISCHER, GmbHR 2010, 1307, 1308 m.w.H., der von der «viel strapazierten Vokabel des Unternehmensinteresses» spricht; DERSELBE, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2009, S. 185, 189.

174 Vgl. dazu DRENHAUS, Das Gesellschaftsinteresse im Schweizer Aktienrecht, 2015, S. 33 ff.; GRAF, Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, 2017, Rn. 690 ff.; SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, 2010, S. 36 ff. m.w.H.

175 Vgl. auch WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 139), Art. 717 Rn. 1a.

176 Vgl. statt vieler SOMMER (Fn. 174), S. 38 m.w.H.

177 Vgl. statt vieler SOMMER (Fn. 174), S. 39 m.w.H.

178 Die Diskussion um das Konzept des *shareholder value* und seine Antipode *stakeholder value* geht bis in die früheren 60er-Jahre des letzten Jahrhunderts zurück (WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 94 Fn. 1 m.w.H.; vgl. auch SOMMER [Fn. 174], S. 37 f.). Zum *shareholder-value-Ansatz* und *stakeholder approach* vgl. etwa SOMMER (Fn. 174), S. 38 f. mit zahlreichen weiteren Hinweisen; FORSTMOSER, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 60 ff.; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 213 ff. (jeweils zu den Stärken und Schwächen der beiden Ansätze); WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 139), Art. 717 Rn. 1a; für das deutsche Recht FLEISCHER, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 173), S. 185 ff. Im schweizerischen Recht hat sich bislang keine vorherrschende Ansicht herausgebildet (vgl. DRENHAUS [Fn. 174], S. 50; GRAF [Fn. 174], Rn. 690 ff.; SOMMER [Fn. 174], S. 36 und 42; vgl. aber auch FORSTMOSER, FS Nobel, 2015, S. 157, 160). In der neueren deutschen Lehre wird überwiegend ein interessenmonistisches Modell vertreten, wonach die Aktionärsinteressen massgebend sind oder es jedenfalls einen Gewichtungsvorsprung der Aktionärsinteressen gibt (vgl. dazu FLEISCHER, GmbHR 2010, 1307, 1308). Die hergebrachte

Interessen der *stakeholder* auch um den Preis derjenigen der Aktionäre, mithin der *shareholder*, verfolgen darf, mithin «mit Blick auf weitere Anspruchsgruppen Kosten in Kauf nehmen [darf], denen keine Steigerung des Unternehmenswerts gegenübersteh[t]». ¹⁷⁹ Dazu wird zu Recht gesagt, die Antwort laute *nein*, wenn die Frage in dieser Schärfe gestellt werde. ¹⁸⁰ Denn ein Unternehmen wird nur dann nachhaltig bestehen können, wenn es auch Wert schafft. ¹⁸¹ Der Verwaltungsrat hat daher für die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens und die langfristige Steigerung des Unternehmenswerts zu sorgen, solange die Aktionäre nicht beschliessen, die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft aufzuheben. ¹⁸² In diesem Sinn gebührt den Aktionärsinteressen ein genereller Vorrang, der die Förderung von Interessen anderer *stakeholders* allerdings nicht ausschliesst. ¹⁸³ Diese Überlegungen stehen unter dem Vorbehalt, dass die Gesellschaft ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt. Dem Verwaltungsrat ist es daher nicht erlaubt, Aktivitäten zu ergreifen, die zwar zu einer Steigerung des Unternehmenswerts führen, aber mit dem Gesetz in Widerspruch stehen. ¹⁸⁴

In der Praxis wird es zudem oft zu einem Gleichlauf der Interessen der *shareholder* und der *stakeholder* kommen. ¹⁸⁵ Eine Konvergenz der Interessen

und bislang herrschende deutsche Doktrin vertrat demgegenüber eine interessenpluralistische Konzeption, nach welcher der Vorstand im Konfliktfall zwischen den Interessen der Aktionäre (Kapital), der Arbeitnehmer (Arbeit) und der Allgemeinheit (Gemeinwohl) vermitteln soll, ohne an eine bestimmte Reihenfolge der Interessen gebunden zu sein (vgl. dazu FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, AktG [Fn. 112], § 76 Rn. 37 f.; DERSELBE, FS Meincke, 2015, S. 101, 104 m.w.H.; DERSELBE, GmbHR 2010, 1307, 1307 und 1309, der sich kritisch zur Begründung des herkömmlichen Ansatzes äussert).

179 VON DER CRONE (Fn. 162), § 1 Rn. 24.

180 VON DER CRONE (Fn. 162), § 1 Rn. 24.

181 VON DER CRONE (Fn. 162), § 1 Rn. 24.

182 Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 139), Art. 717 Rn. 37; WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 338; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 105. Zur Zulässigkeit der Aufhebung der Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft vgl. etwa WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 139), Art. 717 Rn. 39. Für das deutsche Recht vgl. FLEISCHER, AG 2001, 171, 173, der die langfristige Rentabilität des Unternehmens als «aktienrechtlichen Leitstern» bezeichnet.

183 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 337 f.; für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 104, der von einem «generellen Gewichtungsvorsprung» spricht. Der sog. *Triple-Bottom-Line-Ansatz* fordert vermehrt die Berücksichtigung der Interessen aller Anspruchsgruppen und einen Ausgleich zwischen finanziellem Erfolg (Gewinnmaximierung bzw. -optimierung), sozial verantwortungsvollem Handeln (*Social Responsibility*) und nachhaltigem sowie umweltschonendem Wirtschaften (*Environmental Responsibility*) (vgl. FORSTMOSER, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 60; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 212; DERSELBE, FS Nobel, 2015, S. 157, 158; NOBEL, in: Berner Kommentar [Fn. 12], § 9 Rn. 280).

184 Vgl. WATTER (Fn. 121), Rn. 7 und 15 (mit Beispiel); vgl. dazu auch hinten VII.B.

185 FORSTMOSER, FS Nobel, 2015, S. 157, 160; vgl. auch VON DER CRONE (Fn. 162), § 1 Rn. 23; FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 104; HOFSTETTER, corporate governance in der Schweiz, 2002, S. 7, wonach *shareholders* und übrige *stakeholders* letztlich im selben Boot sitzen würden; SOMMER (Fn. 174), S. 49 f.; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 105, wonach die Diskussion über den *shareholder-value-Ansatz* und den *stakeholder approach* «ideologisch be- bzw. überladen» sei.

der unterschiedlichen Anspruchsgruppen ist umso eher gegeben, je länger der Zeithorizont angesetzt wird, auf den der Verwaltungsrat seine Tätigkeit und seine Entscheidungen ausrichten hat.¹⁸⁶ Diese Überlegungen dürften auch für ein politisches Engagement von Unternehmen gelten, das geeignet ist, das Gesellschaftsinteresse zu fördern.¹⁸⁷ Setzt sich ein Unternehmen beispielsweise für günstige Rahmenbedingungen an seinem Standort ein, dient dies nicht nur den Interessen der Aktionäre, indem eine langfristige Steigerung des Unternehmenswerts in Aussicht steht, sondern auch verschiedenen *stakeholdern*, wie etwa den Arbeitnehmern, indem Arbeitsplätze erhalten bleiben und dem Gemeinwesen, das sich durch den Verbleib des Unternehmens am bisherigen Standort Steuereinnahmen sichert. In diesem Sinn bestehen zwischen dem *shareholder-value-Ansatz* und dem *stakeholder approach* tatsächlich mehr Gemeinsamkeiten als man gemeinhin erwarten würde.¹⁸⁸

Ein Gleichlauf der Interessen der verschiedenen Anspruchsgruppen ist indessen nicht zwingend.¹⁸⁹ Unter Umständen lohnt es sich für ein Unternehmen auch über einen längeren Zeithorizont nicht, gewissen Interessen der Allgemeinheit Rechnung zu tragen. Sollen diese Interessen auch durch die Unternehmen gewahrt werden, sind staatliche Massnahmen oder Selbstregulierung gefragt.¹⁹⁰ Die Förderung des Gemeinwohls kann nämlich nicht unmittelbar Ziel privatwirtschaftlichen Tuns sein. Vielmehr bedeutet die Verfolgung von Gesellschaftsinteressen die Wahrnehmung von *Privatinteressen*.¹⁹¹

b. Positive und negative Dimension der Ausrichtung am Gesellschaftsinteresse

Die Ausrichtung des politischen Engagements am Gesellschaftsinteresse hat eine positive und eine negative Dimension. Im Sinne einer negativen Bindung sind alle Aktivitäten unzulässig, die mit dem Gesellschaftsinteresse nicht vereinbar sind. Soweit kein erkennbarer Nutzen für das Unternehmen ersichtlich ist, liegt das Engagement nicht im Gesellschaftsinteresse.¹⁹²

186 WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 106; vgl. auch FORSTMOSER, *Herzensanliegen oder Feigenblatt?*, Neue Zürcher Zeitung, 6.1.2005, 25, wonach es nicht Gutmenschentum sei, soziale Verantwortung und eine schonungsvolle Nutzung von Umweltressourcen ernst zu nehmen, sondern auch dem *shareholder value* bekömmlich, jedenfalls in einer längerfristigen Optik.

187 Vgl. auch FLEISCHER, MünchKomm GmbHG (Fn. 160), § 43 Rn. 105 bzgl. Spenden.

188 FORSTMOSER, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 67; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 219 f.

189 Vgl. FORSTMOSER, FS Nobel, 2015, S. 157, 160; DERSELBE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 82 ff.; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 220 und 232 ff. (der dabei jeweils von *hard cases* spricht); WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 107.

190 Vgl. WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 107; vgl. auch hinten VIII.

191 FORSTMOSER, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 81; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 230 f.

192 Vgl. WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 111.

Geboten ist demgegenüber die Verfolgung von Aktivitäten, die im Gesellschaftsinteresse liegen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich das Unternehmen politisch engagiert, um die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu optimieren und damit längerfristig den Wert des Unternehmens zu steigern. Geht der Verwaltungsrat in guten Treuen davon aus, dass das Engagement dem langfristigen Gedeihen des Unternehmens dient und den Unternehmenswert steigert bzw. dessen Verminderung verhindert, ist es vom Gesellschaftsinteresse gedeckt.¹⁹³ Setzt sich das Unternehmen beispielsweise für neue gesetzliche Vorschriften, Branchenstandards oder *codes of best practices* ein, die CSR-Forderungen reflektieren, kann es unter Umständen auch Kostennachteile vermeiden, die sich durch die freiwillige Einhaltung solcher Regelungen gegenüber den Konkurrenten ergeben, und den Markteintritt durch neue Konkurrenten erschweren.¹⁹⁴

c. Gewinnstreben und korporative Freigiebigkeit

Wie vorne ausgeführt, besteht das Problem korporativer Freigiebigkeit darin, dass der Verwaltungsrat nicht sein eigenes Geld ausgibt, sondern dasjenige der Gesellschaft.¹⁹⁵ Es stellt sich damit die Frage, ob sich korporative Freigiebigkeit und Gewinnstreben der Gesellschaft ausschliessen. Auf den ersten Blick könnte man versucht sein, dies zu bejahen, zumal jede Spende unmittelbar zu einem Geldabfluss führt. Spendentätigkeit muss indessen auf langfristige Sicht den Gewinn nicht schmälern, sondern kann im Gegenteil dazu beitragen, dass das Unternehmen dadurch seine soziale Akzeptanz steigert und mehr Gewinn erwirtschaftet. Das Streben nach Gewinn und korporative Freigiebigkeit sind demnach nicht notwendigerweise einander widersprechende, sondern durchaus komplementäre Ziele.¹⁹⁶ Korporative Freigiebigkeit stellt die Gewinnorientierung des Unternehmens nicht notwendigerweise auf den Kopf.¹⁹⁷

In der Lehre wird versucht, die Zulässigkeit korporativer Freigiebigkeit von Unternehmen auf unterschiedliche Weise zu begründen.¹⁹⁸ Im Vordergrund stehen zwei Begründungsversuche: Einerseits die Annahme, dass die Gesellschaft als *good corporate citizen*¹⁹⁹ Spenden tätigen darf und soll sowie andererseits das Geschäftsführungsermessen des Verwaltungsrats.

193 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 339 bezüglich der Ausrichtung von Spenden; WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 111.

194 WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 111.

195 Vgl. dazu vorne V.

196 BGHSt 47, 187, 194 für das deutsche Recht; vgl. auch FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, AktG (Fn. 112), § 76 Rn. 46; DERSELBE, AG 2001, 171, 173; zu den Grenzen des Gleichlaufs FLEISCHER, AG 2001, 171, 174.

197 Vgl. FLEISCHER, AG 2001, 171, 181.

198 Zu den verschiedenen Begründungsversuchen (im deutschen Recht) vgl. FLEISCHER, AG 2001, 171, 174 ff. m.w.H.

199 Zur *Corporate Citizenship* vgl. vorne II.B.3.b.bb.

Die Überlegung, dass die Zivilgesellschaft von einflussreichen Unternehmen erwarten darf, dass sie ihre Macht und ihren Einfluss verantwortungsbewusst einsetzen, sich mithin als *good corporate citizen* aufführen und daher auch Spenden tätigen dürfen und sollen, weist einen rechtstatsächlich richtigen Kern auf, weil das Unternehmen integraler Bestandteil eines Sozialgefüges ist.²⁰⁰ Zu Recht wird allerdings eingewendet, es gehe dabei aber nur um die «vorläufige, anthropomorphe Beschreibung der juristischen Person, die in aktienrechtliche Kategorien übersetzt und dogmatisch stabilisiert werden» müsse.²⁰¹ Die Denkweise, dass korporative Freigiebigkeit der Markt Wirtschaftsordnung ein menschliches Antlitz verleiht, ist letztlich überzeichnet.²⁰² Weder aus der *Corporate Social Responsibility* noch der *Corporate Citizenship* ergeben sich nach der hier vertretenen Auffassung somit weitere Befugnisse oder Pflichten als diejenigen, die das Gesetz dem Verwaltungsrat auferlegt.²⁰³

Wie vorne ausgeführt, ist die Frage, ob politisches Engagement von Unternehmen zulässig ist, im Kern ein Kompetenzproblem.²⁰⁴ Der Verwaltungsrat hat in Bezug auf Geschäftsentscheide einen grossen Ermessensspielraum. Weil Spendentätigkeit, Sponsoring und politisches Engagement an sich unternehmerische Entscheidungen sind, gilt das auch in diesem Bereich.²⁰⁵ Es liegt demnach im Ermessen des Verwaltungsrats, darüber zu befinden, für welche politischen und sozialen Zwecke er Gelder des Unternehmens einsetzt und welchen Aufwand er zur Erreichung sozialpolitischer Ziele betreibt.²⁰⁶ Das Unternehmen ist in erster Linie zwar auf die Interessen der *shareholder* ausgerichtet. Für die Mitberücksichtigung anderer Interessen und damit auch für «korporative Philanthropie»²⁰⁷ bleibt indessen Raum.²⁰⁸ Das Geschäftsführungsermessen erlaubt es dem Verwaltungsrat somit, sich für das Unternehmen politisch zu betätigen, soweit das Engagement vom Gesellschaftszweck gedeckt ist und im Gesellschaftsinteresse liegt.

200 FLEISCHER, AG 2001, 171, 175.

201 FLEISCHER, AG 2001, 171, 175.

202 FLEISCHER, AG 2001, 171, 181.

203 Vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 338 und 345; vgl. dazu auch vorne IV.

204 Vgl. dazu vorne VI.B.2.

205 Vgl. für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 107.

206 FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, AktG (Fn. 112), § 76 Rn. 46; DERSELBE, FS Meincke, 2015, S. 101, 105, jeweils unter Bezugnahme auf BGHSt 47, 187, 195.

207 FLEISCHER, AG 2001, 171, 181.

208 FLEISCHER, AG 2001, 171, 181; vgl. dazu auch vorne VI.B.4.

d. *Die Spendentätigkeit im Besonderen*²⁰⁹

aa. *Zulässige Spenden*

Man kann zwischen öffentlich gemachter Spendentätigkeit und nicht öffentlichen Spenden unterscheiden. *Öffentlich gemachte Spenden* haben in aller Regel einen Werbeeffect und steigern somit die soziale Akzeptanz des Unternehmens in der Öffentlichkeit.²¹⁰ Sie dienen dem Ansehen des Unternehmens und leisten dadurch einen Beitrag an ein stabiles Gesellschaftsumfeld. Dies gilt beispielsweise für Spenden an gemeinnützige Institutionen, die öffentlich gemacht werden.²¹¹ Solche Spenden liegen im Gesellschaftsinteresse und sind daher zulässig, soweit sie auch vom Gesellschaftszweck gedeckt und angemessen sind.²¹² Öffentlich gemachte Spendentätigkeit wird regelmässig auch steuerlich anerkannt, indem die Zuwendungen aufgrund des Werbecharakters als geschäftsmässig begründeten Aufwand qualifiziert und damit bei der Bemessung der Gewinnsteuer berücksichtigt werden.²¹³ Ob sich Spenden und soziales Engagement für das Unternehmen indessen *finanziell* tatsächlich lohnen, ist demgegenüber eine andere Frage.²¹⁴

209 Die schweizerische Rechtsprechung beschäftigte sich bis anhin soweit ersichtlich lediglich im steuer- und (steuer-)strafrechtlichen Kontext mit der Spendentätigkeit von Unternehmen, vgl. dazu etwa BGE 115 Ib 111 (= Pra. 1990, Nr. 84; Migros Genf); BGer 2P.54/1999 vom 1.5.2000 (Denner); OGer Solothurn, in: *forum*poenale 2013, 297, 297 ff.

210 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 339. In diesem Zusammenhang wird vielfach von *Reputationsmanagement* gesprochen (NOBEL, in: Berner Kommentar [Fn. 12], § 9 Rn. 280; vgl. auch BÜHLER, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, 2009, Rn. 439; KUNZ [Fn. 121], S. 226 f.).

211 Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Fn. 139), Art. 717 Rn. 38, die allerdings fordern, dass der Verwaltungsrat solche Zuwendungen eher aus den eigenen Taschen als aus fremden Mitteln der Gesellschaft tätigen soll; vgl. auch HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 69), Art. 717 Rn. 966 f.

212 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 339; vgl. auch HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 69), Art. 717 Rn. 967; WATTER (Fn. 121), Rn. 13. Für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 104 m.w.H.

213 Vgl. für die direkte Bundessteuer Art. 58 Abs. 1 lit. b (voll abzugsfähig) sowie auch Art. 59 Abs. 1 lit. c DBG (bis zu 20% des Reingewinns abzugsfähig, sofern nicht bereits geschäftsmässig begründet) und für die Kantons- und Gemeindesteuer Art. 24 Abs. 1 lit. a und Art. 25 Abs. 1 lit. c StHG sowie die (unterschiedlichen) kantonalen Regelungen; vgl. auch BGE 115 Ib 111, E. 6. (= Pra. 1990, Nr. 84; Migros Genf). Zum Ganzen vgl. BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 3. Aufl., 2017, Art. 58 Rn. 322 ff., insbes. Rn. 328 ff.; BRÜLISAUER/GULER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 3. Aufl., 2017, Art. 59 Rn. 1 ff. und 58 ff.; BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 3. Aufl., 2017, Art. 24 Rn. 303 ff., insbes. Rn. 312; KUHN/GULER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 3. Aufl., 2017, Art. 25 Rn. 63 ff.

214 In einer neueren Studie kommen ROST/EHRMANN, *Business & Society* 56(6), 840, 870 (2017), zum Ergebnis, dass es kaum Belege für einen tatsächlichen Zusammenhang zwischen *corporate social performance* und *corporate financial performance* gäbe.

Auch *nicht öffentlich gemachte Spendentätigkeit* kann längerfristig positive Auswirkungen auf den Unternehmenswert haben. Zwar ist damit kein Werbeeffect verbunden, dennoch kann die Wettbewerbssituation des Unternehmens verbessert werden, indem solche Spenden zur Schaffung eines für die Gesellschaft günstigen Umfelds beitragen. Sind solche Zuwendungen vom Gesellschaftszweck gedeckt und angemessen, sind sie gesellschaftsrechtlich zulässig.²¹⁵ Steuerlich können nicht öffentlich gemachte Zuwendungen demgegenüber als geschäftsmässig begründeten Aufwand nur berücksichtigt werden, wenn die Aktivität der Abwehr eines unmittelbar gegen das Unternehmen gerichteten Angriffs – etwa zur Verhinderung einer politischen Aktion gegen die Gesellschaft – dient.²¹⁶ Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit deckt sich in diesem Fall nicht mit der steuerlichen Abzugsfähigkeit.

Nicht öffentlich gemacht werden häufig auch Parteispenden. Sie sind eine geläufige Form politischer Interessenwahrung.²¹⁷ Die Gesellschaft unterstützt diejenigen politischen Parteien, die für die Geschäftstätigkeit günstige Rahmenbedingungen zu schaffen versprechen.²¹⁸ Weil keine Verpflichtung der Gesellschaft zu parteipolitischer Neutralität besteht, sind Parteispenden grundsätzlich zulässig, soweit sie eine positive Auswirkung auf den Unternehmenswert

215 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 340, die als Beispiel eine nicht öffentlich gemachte Spende eines Pharmaunternehmens zur Finanzierung eines Lehrstuhls an der Universität am Sitz der Gesellschaft anführen, sofern dieser Lehrstuhl dazu dienen könne, die vom Unternehmen benötigten Spezialisten auszubilden. A.M. offenbar WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 112, wonach finanzielle Zuwendungen an Dritte, die das Unternehmen nicht publik macht, nicht im Gesellschaftsinteresse liegen und damit – folglich – unzulässig sind; zurückhaltend auch KUNZ (Fn. 121), S. 227.

216 Vgl. BGE 2P.54/1999 vom 1.5.2000, E. 2.b, wonach es nicht willkürlich sei, wenn von einem Unternehmen, das politische Anliegen fördern will, die ausserhalb einer blossen Abwehr von «Angriffen» auf seine unmittelbaren Geschäftsinteressen liegen, grundsätzlich verlangt werde, dass es sich dafür öffentlich engagiere, sowie E. 3.a. Vgl. auch BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) (Fn. 213), Art. 58 Rn. 329 (in Bezug auf Zuwendungen an politische Parteien), wonach ein Handeln im Hintergrund keine geschäftsmässig begründeten Aufwendungen entstehen lasse, sowie Rn. 332 (vgl. aber auch Rn. 330 mit Hinweis auf abweichende Meinungen).

217 Für das deutsche Recht FLEISCHER, AG 2001, 171, 179.

218 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 340. Man spricht dabei – jedenfalls soweit die Zuwendungen öffentlich gemacht werden – auch von *Politsponsoring*. Die politischen Parteien wirken an der Meinungs- und Willensbildung des Volkes mit (Art. 137 BV) und haben daher im politischen System der Schweiz eine erhebliche Bedeutung. Sie können aber nur auf geringfügige staatliche Unterstützung zählen. Der Staat vergibt kein Geld direkt an die Parteien oder andere politische Organisationen. Die Fraktionsbeiträge sind die einzige direkte finanzielle Unterstützung des Staates an die Parteien (vgl. dazu Art. 62 Abs. 5 ParlG und Art. 12 PRG [jährlicher Beitrag an die Fraktionen zur Deckung der Kosten ihrer Sekretariate]). Zur steuerlichen Behandlung bzw. Abzugsfähigkeit politischer Aufwendungen vgl. BGE 2P.54/1999 vom 1.5.2000 (finanzielle Unterstützung eines Referendums); OGER Solothurn, in: forumpenale 2013, 297 (private Wahlkampfkosten des Alleinaktionärs und Verwaltungsratspräsidenten).

haben.²¹⁹ Sie können aber ungewöhnlich sein, weil sie ein besonderes Konfliktpotenzial mit sich bringen.²²⁰ Denkbar ist auch ein (negativer) Einfluss auf das Sozialprestige der Gesellschaft, wenn Parteispenden einseitig erfolgen. Bei politisch anders denkenden Aktionären können sie zu Unmut führen.²²¹ Bei Spenden im politischen Bereich ist daher Zurückhaltung geboten.²²²

Aufgrund des politischen Systems mit direktdemokratischen Elementen und nebenamtlichen Parlamentariern haben Parteispenden in der Schweiz nicht dieselbe Bedeutung wie teilweise im Ausland. Im Rahmen des Referendumsrechts hat das Volk das letzte Wort,²²³ sodass der privaten Parteifinanzierung ein anderes Gewicht als anderorts zukommt.²²⁴ Spendet ein Unternehmen an eine ihm genehme Partei, ist nämlich nicht garantiert, dass bestimmte Vorhaben tatsächlich geltendes Gesetz werden, selbst wenn die Partei über Mehrheitsverhältnisse im Parlament verfügt.

bb. Unzulässige Spenden

Die Spendenkompetenz des Verwaltungsrats ist kein *plein pouvoir*. Die Entscheidung, wie sich die Gesellschaft politisch engagiert, muss im Gesellschaftsinteresse liegen und darf insbesondere nicht sachwidrig durch persönliche Präferenzen der Verwaltungsratsmitglieder beeinflusst sein. Auch im Bereich des politischen Engagement und insbesondere bei der Spendenkompetenz besteht ein Verbot von Interessenkonflikten und insofern eine negative Bindung an das Gesellschaftsinteresse.²²⁵ Diese Vorgaben schliessen indessen nicht aus, dass der Verwaltungsrat sich bei der erforderlichen Auswahl zwischen verschiedenen gleichermassen geeigneten Empfängern von Spendenzahlungen für diejenigen entscheidet, die ihm persönlich besonders am Herzen liegen.²²⁶

219 Vgl. auch FLEISCHER, AG 2001, 171, 179 für das deutsche Recht; differenzierend HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 69), Art. 717 Rn. 969 ff.; WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 340.

220 Vgl. FLEISCHER, GmbHR 2010, 1307, 1311; DERSELBE, in: Spindler/Stilz, AktG (Fn. 112), § 76 Rn. 51.

221 FLEISCHER, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 173), S. 202 und Fn. 153; vgl. auch MERTENS, FS Goerdeler, 1987, S. 349, 357. FLEISCHER, AG 2001, 171, 172 verweist auf das Beispiel des Siemens-Konzerns, der laut Presseberichten eine grössere Parteispende an die CDU ausgerichtet hatte, was zu einem Protest verschiedener Aktionäre führte, die einer anderen politischen Richtung zuneigten.

222 Vgl. für das deutsche Recht MERTENS, FS Goerdeler, 1987, S. 349, 357; MERTENS/CAHN, in: Kölner Kommentar AktG, Band 2/1, 3. Aufl., 2010, § 76 Rn. 41.

223 Nach Art. 141 Abs. 1 lit. a BV können 50'000 Stimmberechtigte oder acht Kantone innerhalb von 100 Tagen seit der amtlichen Veröffentlichung eines Bundesgesetzes verlangen, dass der Erlass dem Volk zur Abstimmung vorgelegt wird.

224 Vgl. auch SENTI, Transparenz ist kein Selbstzweck, Neue Zürcher Zeitung, 30.4.2011, 25.

225 FLEISCHER, AG 2001, 171, 178; vgl. auch vorne VI.B.4.b.

226 Für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 105 m.w.H.

Unzulässig sind aber jedenfalls Spenden, die der Verwaltungsrat im Eigeninteresse ausrichtet.²²⁷ Man spricht in diesem Zusammenhang von sog. *pet charities* und *personal aggrandizement*. Bei den *pet charities* verfolgt der Verwaltungsrat mit der Spende persönliche Vorstellungen. Beim *personal aggrandizement* dient die Spende vorab dem persönlichen Prestigeerwerb des Verwaltungsrats. Solche Spenden dürfen nicht aus Mitteln des Unternehmens finanziert werden.²²⁸ Dies bedeutet indessen nicht, dass jede Spende an eine nahestehende Person oder an eine Einrichtung, an der nahestehende Personen ein Interesse haben, *per se* unzulässig ist. Soweit solche Spenden auch im Gesellschaftsinteresse liegen, dürfen sie grundsätzlich ausgerichtet werden. An die Beurteilung, ob die Spende tatsächlich im Interesse der Gesellschaft liegt, ist aber ein besonders strenger Massstab zu legen,²²⁹ weil es sich in solchen Fällen um problematische Interessenvermischungen handeln kann.²³⁰

Unzulässig sind ferner Spenden, denen kein oder nur ein konstruiertes Interesse der Gesellschaft zugrunde liegt.²³¹ Gleiches gilt für Spenden, die ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegen.²³²

Zu Recht wird gesagt, bei ethisch begründeten Projekten müsse stets gefragt werden, «ob die handelnden Personen nicht wesentlich ethischer handeln würden, wenn sie mit ihrem privaten Geld, statt mit dem fremden ihrer Aktionäre spenden würden.»²³³

227 Vgl. HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 69), Art. 717 Rn. 974; WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 341; für das deutsche Recht FLEISCHER, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 173), S. 200 f.; vgl. auch SCHNEIDER, in: Scholz, GmbHG (Fn. 161), § 43 Rn. 72.

228 Vgl. für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 107 und 109; vgl. auch DERSELBE, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 173), S. 200 f.; WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 341, wonach beispielsweise Spenden an den Fussballverein, bei dem der Sohn des Verwaltungsratspräsidenten mitspielt, unzulässig seien.

229 Dies gilt jedenfalls dann, wenn die betroffenen Mitglieder des Verwaltungsrats bei der Entscheidung nicht in den Ausstand getreten sind (WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 341).

230 WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 341 m.w.H.

231 WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 341, wonach beispielsweise Zahlungen an die Klimaforschung unzulässig seien, wenn kein Interesse bei Abnehmern oder gegenwärtigen oder künftigen Mitarbeitern bestünde; vgl. auch WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 111, wonach eine Spende eines in der Schweiz lokal tätigen KMU für ein Strassenprojekt in Brasilien grundsätzlich keine zulässige CSR-Aktivität sei.

232 Vgl. WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 112, wonach eine Spende eines Biotech-Unternehmens, das nach statutarischer Zwecksetzung auch Genforschung betreibt, an ein Komitee, das ein gänzlich Verbot der Genforschung in der Schweiz anstrebt, klar ausserhalb des Zwecks der Gesellschaft wäre. Zu den Rechtsfolgen eines solchen Rechtsgeschäfts vgl. vorne VI.B.2.

233 WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 341.

e. *Die Wahrung des Gesellschaftsinteresses als Schranke politischen Engagements und korporativer Freigiebigkeit*

Zentrale Schranke politischen Engagements und korporativer Freigiebigkeit ist die Wahrung des Gesellschaftsinteresses. Hält sich der Verwaltungsrat nicht an diese Schranke, begeht er eine Sorgfaltspflichtverletzung wegen Verschwendung des Gesellschaftsvermögens. Gerade auch beim Einsatz von Mitteln der Gesellschaft für Spendenzwecke hat der Verwaltungsrat die Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsführers aufzuwenden.²³⁴ In Frage kommt auch ein Verstoß gegen die Treuepflicht, wenn die Zuwendung sachwidrig durch persönliche Präferenzen der Verwaltungsratsmitglieder bestimmt ist oder aus Sicht der Gesellschaft kein Grund besteht, sie zu gewähren.²³⁵

Verletzt der Verwaltungsrat die ihm nach Art. 717 Abs. 1 OR obliegende Sorgfalt- und/oder Treuepflicht, wird er verantwortlich, wenn die weiteren Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, mithin ein Schaden, der adäquate Kausalzusammenhang und ein Verschulden, vorliegen.²³⁶

5. Verhältnismässigkeit bzw. das Gebot der Angemessenheit

a. *Allgemeines*

Politisches Engagement eines Unternehmens muss verhältnismässig sein. Korporative Freigiebigkeit darf einen vernünftigen Rahmen nicht überschreiten und muss dem Gebot der Angemessenheit genügen.²³⁷ Weil *Angemessenheit* ein unbestimmter Rechtsbegriff ist,²³⁸ stellt sich die Frage, wie dieser Begriff ausgefüllt werden soll. Es geht darum, zu entscheiden, nach welchen Kriterien sich die Angemessenheit des politischen Engagements bzw. der korporativen Freigiebigkeit beurteilt und wo die Grenze zulässiger und unzulässiger Spenden liegt.

234 Vgl. FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 107 und 115.

235 FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 109; vgl. auch DERSELBE, in: Spindler/Stilz, AktG (Fn. 112), § 93 Rn. 153 (Aneignung von Gesellschaftsressourcen als Fallgruppe der Treuepflichtverletzung) sowie vorne VI.B.4.d.bb.

236 Zur Frage, wann bei einer unzulässigen Spende ein Schaden vorliegt, vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 344. Zu den Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im Allgemeinen vgl. statt vieler GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016, Art. 754 Rn. 13 ff.

237 Vgl. WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 342 (in Bezug auf die Höhe von Spenden); für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 111 m.w.H.; DERSELBE, AG 2001, 171, 177; vgl. auch HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fn. 69), Art. 717 Rn. 967.

238 FLEISCHER, AG 2001, 171, 178, spricht von einem *Blankettbegriff*.

b. Beurteilungskriterien

Zur Beurteilung der Angemessenheit wäre es denkbar, eine summenmässige Begrenzung von unentgeltlichen Zuwendungen des Unternehmens festzulegen. Dabei könnte auf die steuerliche Abzugsfähigkeit abgestellt werden.²³⁹ Unter bestimmten Voraussetzungen können juristische Personen Spenden vom Reingewinn steuerlich in Abzug bringen.²⁴⁰ Das Abstellen auf die steuerliche Abzugsfähigkeit erscheint indessen nicht sachgerecht, weil den steuerrechtlichen Vorschriften mit fiskalischen Zweckmässigkeitserwägungen andere Wertungen zugrunde liegen.²⁴¹

In Betracht kämen auch gesellschaftsrechtliche Höchstgrenzen wie beispielsweise ein bestimmter Prozentsatz des Bilanzgewinns.²⁴² Gesellschaftsrechtliche Höchstgrenzen sind aber ebenfalls abzulehnen, weil sie auf die mannigfaltigen Spendenaktivitäten im Unternehmensalltag nicht genügend Rücksicht nehmen.²⁴³

Sinnvoll erscheint es demgegenüber, das Gebot der Angemessenheit nach der Grössenordnung und der finanziellen Lage der Gesellschaft zu konkretisieren.²⁴⁴ Als Anhaltspunkte dafür kommen die Ertragslage der Gesellschaft, die Verkehrsüblichkeit der Spende sowie die Nähe des unterstützten Zwecks zum Unternehmensgegenstand in Betracht.²⁴⁵ Je enger die Verbindung zum Unternehmensgegenstand, desto grösser der Handlungsspielraum des Verwaltungsrats.

c. Sonderfall: Angespannte Finanzlage des Unternehmens

Ist die Finanzlage des Unternehmens angespannt, können sich bei der Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Angemessenheit korporativer Freigiebigkeit besondere Schwierigkeiten ergeben.²⁴⁶ Es stellt sich in diesem Fall nämlich – getreu

239 Vgl. für das deutsche Recht BAAS, Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG, 1976, 211 f.; KIND, NZG 2000, 567, 569.

240 Vgl. dazu vorne VI.B.4.d.aa.

241 Vgl. für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 111 m.w.H.; DERSELBE, AG 2001, 171, 178.

242 Für das deutsche Recht KIND, NZG 2000, 567, 569 f. (1% des Bilanzgewinns); vgl. auch SCHNEIDER, in: Scholz, GmbHG (Fn. 161), § 43 Rn. 72, wonach 2% des Bilanzgewinns in der Regel unbedenklich seien.

243 Für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 111 m.w.H.; vgl. auch DERSELBE, AG 2001, 171, 178.

244 Für das deutsche Recht FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 111 m.w.H.; vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 342, wonach die Spende ein angemessenes Mittel zur langfristigen Steigerung des Unternehmenswerts darstellen müsse.

245 FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 111 f. m.w.H.

246 FLEISCHER, AG 2001, 171, 178, mit Hinweis auf das Beispiel des Flugzeugherstellers *Boeing*, der im Geschäftsjahr 1997 einen Verlust von 178 Mio. \$ erwirtschaftete und Mitarbeiter entliess, gleichzeitig aber 51 Mio. \$ für philanthropische Zwecke ausgab.

dem Grundsatz «*nemo liberalis, nisi liberatus*»²⁴⁷ – die Frage, ob ein Unternehmen, das keinen Gewinn erwirtschaftet, Geld für Spenden oder Sponsoring ausgeben darf.²⁴⁸ Grundsätzlich ist auch in Krisenzeiten kein vollständiger Verzicht auf eine Spendentätigkeit oder Sponsoring geboten.²⁴⁹ Auch in Verlustjahren kann vom Verwaltungsrat weder juristisch noch ökonomisch verlangt werden, vollständig auf Spenden oder andere Zuwendungen zu verzichten, so «wie es in Krisenzeiten ein Kardinalfehler sein kann, den Werbeetat drastisch zu kürzen».²⁵⁰ Es ist in solchen Fällen indessen in besonderer Weise zu prüfen, ob die korporative Freigiebigkeit noch im Interesse der Gesellschaft liegt.²⁵¹ Jedenfalls ist grössere Zurückhaltung geboten, als wenn die Gesellschaft finanziell robust ist.²⁵²

C. Überprüfung von Ermessensentscheiden

Wie vorne ausgeführt, hat der Verwaltungsrat in Bezug auf ein politisches Engagement und eine Spendentätigkeit des Unternehmens einen grossen Ermessensspielraum.²⁵³ Ob politisches Engagement oder die Spendentätigkeit zulässig sind, beurteilt sich aufgrund einer *ex-ante*-Betrachtung. Es kommt somit nicht darauf an, ob das politische Engagement sich später tatsächlich positiv auf den Unternehmenswert auswirkt. Von Bedeutung ist lediglich, ob der Verwaltungsrat im Zeitpunkt der Vornahme in guten Treuen davon ausgehen durfte, das politische Engagement oder die Spende lägen im Gesellschaftsinteresse und seien angemessen.²⁵⁴

Nach der sog. *Business Judgement Rule* haben sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn diese in einem einwandfreien (formell korrekten), auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind.²⁵⁵ Der Geschäftsentscheid ist alsdann in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf zu prüfen, ob er als vertretbar erscheint. Fehlt es demgegenüber an einer dieser Voraussetzungen, rechtfertigt

247 *Freigiebig nur, wenn schuldenfrei.*

248 Vgl. FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 114; vgl. auch MERTENS, FS Goerdeler, 1987, S. 349, 357.

249 Vgl. FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 110, 111 f. und 114; DERSELBE, AG 2001, 171, 178.

250 FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 114; DERSELBE, AG 2001, 171, 178.

251 FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 110.

252 FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 114.

253 Vgl. dazu vorne VI.B.4.c.

254 Vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 342.

255 BGE 139 III 24, 26; BGer 4A_259/2016 und 4A_267/2016 vom 13.12.2016, E. 5.1, 4A_603/2014 vom 11.11.2015, E. 7.1.1, 4A_626/2013 und 4A_4/2014 vom 8.4.2014, E. 5.1, 4A_97/2013 vom 28.8.2013, E. 5.2, 4A_15/2013 vom 11.7.2013, E. 6.1, 4A_74/2012 vom 18.6.2012, E. 5.1.

es sich nicht, besondere Zurückhaltung zu üben.²⁵⁶ Die *Business Judgement Rule* dient somit der Abschirmung von Haftungsansprüchen.²⁵⁷

Soweit der Verwaltungsrat sich daher an die genannten Kriterien hält, wird sein Entscheid bezüglich des politischen Engagements des Unternehmens nur eingeschränkt überprüft.²⁵⁸ Fehlt es hingegen an einer Voraussetzung, findet eine uneingeschränkte Prüfung statt. In diesen Fällen liegt alsdann eine Pflichtverletzung vor, wenn der Geschäftsentscheid bei umfassender Prüfung als fehlerbehaftet erscheint, mithin beispielsweise ein Spendenentscheid mit einem Interessenkonflikt behaftet ist und somit nicht im Interesse der Gesellschaft liegt.

256 BGer 4A_259/2016 und 4A_267/2016 vom 13.12.2016, E.5.1, 4A_603/2014 vom 11.11.2015, E.7.1.1, 4A_219/2015 vom 8.9.2015, E.4.2.1, 4A_97/2013 vom 28.8.2013, E.5.2; vgl. auch FLEISCHER, FS Meincke, 2015, S. 101, 114, wonach die *Business Judgement Rule* bei einem Verstoß gegen gesetzliche oder statutarische Pflichten nicht anwendbar sei.

257 FLEISCHER, AG 2001, 171, 175 f.

258 Vgl. auch WATTER/ROHDE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 329, 342.

VII. Grenzen politischen Engagements

A. Allgemeines

Verfassung und Gesetze setzen politischem Engagement von Unternehmen Schranken. Politisches Engagement ist – wie vorne ausgeführt – (gesellschaftsrechtlich) zulässig, wenn es vom zuständigen Organ ausgeht, vom Gesellschaftszweck gedeckt ist, im Gesellschaftsinteresse liegt und dem Gebot der Angemessenheit genügt.²⁵⁹ Im Rahmen ihrer Tätigkeit können sich Unternehmen auch öffentlichen Aufgaben widmen, indem sie sich beispielsweise an *Public Private Partnerships* beteiligen.²⁶⁰ Die Förderung des Gemeinwohls und die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben sind indessen nicht *unmittelbar* Ziel privatwirtschaftlichen Tuns.²⁶¹ Privatwirtschaftliche Unternehmen haben letztlich nur eine öffentliche Aufgabe, nämlich diejenige, «ihre Dienstleistungen und Produkte effizient und in der richtigen Qualität bereitzustellen und am Markt abzusetzen – und zwar gewinnbringend».²⁶² Unternehmen als unmittelbare Förderer des Gemeinwohls zu betrachten, ist verfehlt. «Wo die Wahrung von 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*».²⁶³ Es stellt sich damit die Frage, ob im Bereich des politischen Engagements von Unternehmen staatliche Regulierung erforderlich ist. Darauf ist zurückzukommen.²⁶⁴

Mischen sich Unternehmen in den politischen Prozess ein, besteht immer auch ein gewisses Risiko, dass die Handlungen korruptionsanfällig sind. Bei Zuwendungen an Dritte kann die Gefahr bestehen, dass das Unternehmen seine Macht für private Zwecke missbraucht. Im Folgenden sollen daher einige Ausführungen zur Problematik der Korruption bei politischem Engagement von Unternehmen gemacht werden.

259 Vgl. dazu vorne VI.B.

260 Vgl. dazu vorne III.C.6.

261 FORSTMOSER, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 81; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 230.

262 FORSTMOSER, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 81; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 231.

263 FORSTMOSER, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 81; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 230 f.

264 Vgl. dazu hinten VIII.

B. Problematik der Korruption

Die Grenzen zwischen zulässigem politischem Engagement und Korruption bzw. (strafbarer) Bestechung können fließend sein. Ist beispielsweise eine (geldwerte) Zuwendung an Dritte zwar vom Gesellschaftszweck gedeckt und liegt sie auch im Gesellschaftsinteresse, weil sie zu einer Steigerung des Unternehmenswerts beiträgt, verfolgt das Unternehmen damit aber ein unlauteres Ziel, kann sich die Frage stellen, ob sich das Unternehmen im Bereich der Korruption bewegt. Zu denken ist etwa an Spenden und andere unentgeltliche Zuwendungen, die sich für das Unternehmen objektiv gesehen profitabel auswirken, die aber gesetzeswidrig sind oder mittels derer das Unternehmen jedenfalls seine Macht missbraucht. Vor allem in Entwicklungsländern und Übergangsökonomien ist Korruption als klassisches Instrument der Herrschaftssicherung weit verbreitet.²⁶⁵

Das schweizerische Strafrecht kennt keinen Tatbestand, der als «Korruption» an sich bezeichnet wird. Der Begriff der Korruption wird vielmehr als Überbegriff verwendet, der verschiedene Formen des Machtmissbrauchs zu privaten Zwecken beinhaltet.²⁶⁶ Im Titel zu den Korruptionstatbeständen der Art. 322^{ter} ff. StGB spricht das Strafgesetzbuch von «Bestechung».²⁶⁷ Der (aktiven) Bestechung strafbar machen kann sich grundsätzlich jedermann und die Bestechung kann auch Bezugstatbestand der strafrechtlichen Verantwortung des Unternehmens sein.²⁶⁸ Die Strafbarkeit des Unternehmens ist in Art. 102

265 PIETH, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., 2013, Vor Art. 322^{ter} Rn. 1 m.w.H.; vgl. auch DERSELBE, in: Ackermann/Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2013, § 22 Rn. 2. Zum Problem der transnationalen Korruption und dem Reformbedarf für das innerstaatliche Korruptionsstrafrecht in der Schweiz vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999, S. 5497, 5515 ff. Vgl. auch das OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (SR 0.311.21), das für die Schweiz am 30.7.2000 in Kraft getreten ist.

266 PIETH, in: Basler Kommentar Strafrecht II (Fn. 265), Vor Art. 322^{ter} Rn. 7 m.w.H.; vgl. auch DERSELBE, in: Ackermann/Heine (Fn. 265), § 22 Rn. 14, der darauf hinweist, dass unterschiedlich weite Begriffe der Korruption bestünden. In der Schweiz war das Korruptionsstrafrecht bis in die 80er-Jahre des 20. Jahrhunderts von untergeordneter Bedeutung (vgl. JOSITSCH, ZStrR 2005, 241, 243 m.w.H.). Allerdings darf heute die Relevanz des schweizerischen Finanzplatzes bei der Vorbereitung und Ausführung von Bestechungsvorgängen und damit die Gefahr und das Ausmass von Korruption nicht unterschätzt werden (vgl. PIETH, in: Basler Kommentar Strafrecht II [Fn. 265], Vor Art. 322^{ter} Rn. 3).

267 Durch die Revision des Korruptionsstrafrechts wurden unter dem neunzehnten Titel «Bestechung» die Art. 322^{ter} bis Art. 322^{decies} ins Strafgesetzbuch (StGB) eingefügt. Diese Bestimmungen regeln sowohl die aktive wie die passive Korruption im weiteren Sinn (JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, 141, 141), wobei das Gesetz von «Bestechen», «Sich bestechen lassen», «Vorteilsgewährung» und «Vorteilsannahme» spricht. Im Weiteren wird im Gesetz zwischen der Bestechung schweizerischer Amtsträger, der Bestechung fremder Amtsträger und der Bestechung Privater unterschieden.

268 PIETH, in: Ackermann/Heine (Fn. 265), § 22 Rn. 25.

StGB geregelt. Nach Art. 102 Abs. 1 StGB gilt der Grundsatz der subsidiären Strafbarkeit.²⁶⁹ Bei gewissen Straftatbeständen wird das Unternehmen indessen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, «wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern».²⁷⁰ Zu diesen Straftaten gehören auch die (aktive) Bestechung und die Vorteilsgewährung.²⁷¹ Was ein Unternehmen im Sinne von Art. 102 StGB ist, regelt schliesslich Abs. 4 dieser Bestimmung. Dazu zählen unter anderem Gesellschaften.²⁷²

Bei geldwerten Zuwendungen einer Gesellschaft kann sich daher der Verwaltungsrat oder auch die Gesellschaft strafbar machen. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob der strafrechtliche Tatbestand erfüllt ist.²⁷³ Was strafrechtlich relevant ist, ist auch gesellschaftsrechtlich unzulässig, zumal sorgfältiges Tätigwerden des Verwaltungsrats gesetzeskonformes Verhalten bedingt²⁷⁴ und es keine Berechtigung gibt, aus Profitüberlegungen Gesetze zu missachten.²⁷⁵

In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist insbesondere auch, dass nicht nur die Bestechung von schweizerischen und ausländischen Amtsträgern strafbar ist,²⁷⁶ sondern seit dem 1. Juli 2016 auch die Bestechung Privater.²⁷⁷ Dabei wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn ihm vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine Privatbestechung zu verhindern.²⁷⁸ Der Geltungsbereich der strafrechtlichen Korruptionsbestimmungen ist weit. Entsprechend hoch sind auch die Anforderungen an das unternehmensinterne Compliance-System und die Vorsichtsmassnahmen, die das Unternehmen vorsehen muss, um sich nicht den Folgen des Unternehmensstrafrechts auszusetzen.²⁷⁹

269 «Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft» (Art. 102 Abs. 1 StGB).

270 Art. 102 Abs. 2 StGB.

271 Vgl. die in Art. 102 Abs. 2 StGB aufgeführten Straftatbestände.

272 Art. 102 Abs. 4 lit. c StGB.

273 Vgl. dazu auch WÄTTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 108 f. Im Rahmen dieses Beitrags kann nicht näher auf die strafrechtliche Problematik der Korruption eingegangen werden. Es wird hierfür auf die einschlägige Literatur verwiesen. Zu den Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung in der Schweiz vgl. JOSITSCH, ZStrR 2005, 241, 241 ff.

274 Vgl. dazu vorne VI.B.1.

275 WÄTTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 108.

276 Art. 322^{ter} und Art. 322^{septies} Abs. 1 StGB.

277 Art. 322^{octies} StGB.

278 Art. 102 Abs. 2 StGB.

279 Vgl. BLATTNER, forumpoenale 2015, 94, 96 ff. Zur Privatbestechung vgl. auch ACKERMANN/BAUMANN, Gedächtnisschrift Heine, 2016, S. 1, 7 ff.; JOSITSCH/DRZALIC, AJP 2016, 349, 349 ff.

Weil Korruption letztlich ein Überbegriff ist, der verschiedene Formen des Machtmissbrauchs zu privaten Zwecken beinhaltet, muss korruptes Verhalten nicht notwendigerweise strafbar sein.²⁸⁰ Bei der Ausrichtung von unentgeltlichen Zuwendungen befindet sich der Verwaltungsrat daher bisweilen auf einer Gratwanderung und zwar gleich in zweierlei Hinsicht. So ist nicht nur der Grat zwischen (gesellschaftsrechtlich) zulässigen, strafrechtlich nicht relevanten, aber korrupten Zuwendungen einerseits und strafbarer Korruption andererseits schmal, sondern auch derjenige zwischen rechtlich unproblematischen und damit unbedenklichen Zuwendungen sowie korrupten, aber straflosen Vorteilsge- währungen.²⁸¹ In welchem Bereich sich das Unternehmen befindet, ist erheb- lich. Ist es in einen Korruptionsskandal verwickelt und wird dies publik, wird es nämlich regelmässig einen Reputationsschaden erleiden, und zwar unabhän- gig davon, ob das korrupte Verhalten strafbar ist oder nicht.²⁸²

Korruption bezeichnet letztlich nichts anderes als den Degenerationsprozess der sozialen und wirtschaftlichen Ordnung.²⁸³ Um diesem Prozess Einhalt zu gebieten, wurden verschiedene internationale Vereinbarungen zur Bekämpfung von Korruption geschlossen.²⁸⁴ Mit dem Erlass der *Richtlinie 2014/95/EU* be- treffend die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Infor- mationen durch bestimmte Unternehmen ist auch der Europäische Gesetzgeber tätig geworden. Danach sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ge- halten, Bestimmungen bezüglich einer Berichtspflicht grosser Unternehmen im Lagebericht unter anderem in den Bereichen Sozialbelangen und Bekämp- fung von Korruption und Bestechung zu erlassen.²⁸⁵ Die Richtlinie betrifft ex- plizit zwar nur nichtfinanzielle Informationen. Indem die Erklärung der Unter- nehmen aber eine Beschreibung der Konzepte, Ergebnisse und Risiken sowie Angaben zu den Due-Diligence-Prozessen in Bezug auf die erwähnten Belange umfassen sollte,²⁸⁶ können davon (indirekt) auch die Politfinanzierung und an- dere Zuwendungen an Dritte erfasst sein. Die Schweiz ist zwar nicht Adressat der EU-Richtlinie. Der Bundesrat beabsichtigt indessen eine Vorlage zur Nach-

280 PIETH, in: Basler Kommentar Strafrecht II (Fn. 265), Vor Art. 322^{ter} Rn. 7 m.w.H., der als Bei- spiel dafür die illegale Parteifinanzierung nennt.

281 Vgl. SATZGER, ZStW 115 (2003), 469, 472, wonach zwischen Sponsoring und Bestechung strukturelle Ähnlichkeiten bestehen.

282 Vgl. WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 109, unter Hinweis auf das Beispiel von *Statoil*, die in einen Korruptionsskandal verwickelt gewesen sein soll. WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 109 Fn. 166 weisen richtigerweise darauf hin, dass ein Reputationsschaden oft nur sehr schwer quantifizierbar ist.

283 Vgl. DEMBINSKI, in: Cassani/Héritier Lachat (Hrsg.), *Lutte contre la corruption internationale*, 2011, 15, 26 f.

284 Vgl. dazu etwa NOBEL 2012 (Fn. 12), Kap. 3 Rn. 41 ff.

285 *Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte grosse Unternehmen und Gruppen* (ABl. L 330 vom 15.11.2014).

286 *Richtlinie 2014/95/EU* (Fn. 285), S. 2 (6).

haltigkeitsberichterstattung auszuarbeiten, welche sich an der Regelung in der Europäischen Union orientiert. Vorerst will er aber die Erfahrungen in der EU abwarten und die Arbeiten dann an die Hand nehmen, wenn die Umsetzungsvorhaben der EU-Mitgliedstaaten weiter fortgeschritten sind und der Kenntnisstand somit besser ist.²⁸⁷

287 BUNDESRAT (Fn. 25), S. 41.

VIII. Erforderlichkeit staatlicher Regulierung von politischem Engagement von Unternehmen?

Es stellt sich die Frage, ob politisches Engagement von Unternehmen staatlich reguliert werden soll. Staatliche Regulierung ist dort angezeigt, wo ein Marktversagen²⁸⁸ besteht, das eine behördliche Intervention erforderlich macht.²⁸⁹ Rechtsnormen braucht es dann, wenn Selbstverpflichtungen und der Druck von Markt und Gesellschaft nicht ausreichen²⁹⁰ und eine Regulierung effizienter ist als keine. Dabei ist zu bedenken, dass jede rechtliche Regelung in einem Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit, Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit steht.²⁹¹ Letztlich geht es um die Frage, wie Massnahmen und gesetzliche Vorschriften aussehen müssen, damit das fragile Gleichgewicht zwischen verschiedenen Faktoren nicht zerstört wird.²⁹²

Soweit ersichtlich gibt es keine Hinweise oder Belege, dass Unternehmen im Bereich des politischen Engagements systematisch gegen Regeln verstossen oder dass der Markt versagt. In Bezug auf staatliche Regulierung von politischem Engagement von Unternehmen ist daher Zurückhaltung geboten.²⁹³ Es sind keine (zusätzlichen) rechtlichen Regelungen erforderlich, die politisches Engagement von Unternehmen verbieten oder umgekehrt Unternehmen zu (sozial-)politischem Engagement verpflichten. Regulatorische Eingriffe bringen Nebeneffekte mit sich und können das marktwirtschaftliche System unterwandern. Jede rechtliche Regelung läuft zudem Gefahr, über das Ziel hinauszuschiessen. Gerade auch im Bereich der *Corporate Social Responsibility* droht diese Gefahr, wenn das Konzept überstrapaziert wird.²⁹⁴ Auch im vorliegenden Kontext gilt: So viel wie notwendig, so wenig wie möglich.

288 Ein Marktversagen liegt – vereinfacht gesagt – vor, wenn es in einem sich selbst überlassenen Markt nicht möglich ist, die Ressourcen effizient zu allozieren und demnach kein Marktgleichgewicht entsteht. Die Gründe für Marktversagen sind unterschiedlichster Natur (WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 97 ff.; vgl. auch VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN, ZSR 122 [2003] I, 409, 439 ff.). Zu den Ursachen eines Marktversagens vgl. etwa FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 9. Aufl., 2014, S. 79 ff.

289 Vgl. WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 101 f. und 114.

290 FORSTMOSER, FS Nobel, 2015, S. 157, 174.

291 Vgl. RADBRUCH, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, 105, 107; vgl. dazu auch MÜLLER, Eigenkapitalersetzende Darlehen, 2014, Rn. 633 f. m.w.H.

292 In diesem Sinn setzt auch der Bundesrat im Rahmen der Umsetzung der CSR auf einen sog. *smart mix*, der rechtlich nicht verbindliche Massnahmen und nötigenfalls ergänzende gesetzliche Vorschriften vorsieht (vgl. BUNDESRAT [Fn. 25], S. 10 f.).

293 Vgl. auch VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN, ZSR 122 (2003) I, 409, 441 f., wonach der Ruf nach staatlicher Regulierung nicht unreflektiert erfolgen dürfe.

294 Vgl. auch HOFSTETTER, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, 2014, S. 4, wonach das Gewinnstreben der Aktionäre Motor des gesellschaftlichen Wohlstands und Fortschritts sei und dessen Unterbindung das marktwirtschaftliche Gesamtsystem aus den Fugen heben würde.

Zu überlegen wäre, ob im Bereich von Unternehmensspenden und sonstigen Zuwendungen die Transparenz verbessert werden sollte.²⁹⁵ Transparenz fördert das Vertrauen der Aktionäre, erhöht die soziale Anerkennung des Unternehmens und steigert damit dessen Wert.²⁹⁶ Regulierung und staatlich verordnete Transparenz dürfen aber nicht dazu führen, dass die nachhaltige Existenz von Unternehmen gefährdet wird. Zwingende Regeln werden von Unternehmen zudem häufig als Kosten und nicht als Chance betrachtet.²⁹⁷

Bezüglich der Transparenz kommen zwei Ansätze in Betracht. In privatrechtlicher Hinsicht könnte die handelsrechtliche Transparenz von Unternehmensspenden im Rahmen der Rechnungslegungsvorschriften verbessert werden.²⁹⁸ Als öffentlich-rechtlicher Ansatz wäre die Offenlegung von Parteispenden durch die politischen Parteien zu diskutieren.

Unentgeltliche Zuwendungen wie Spenden sind in der Erfolgsrechnung nicht gesondert auszuweisen, sondern gehen in der Regel ununterscheidbar im Sammelposten «übriger betrieblicher Aufwand»²⁹⁹ (sonstiger Betriebsaufwand) auf.³⁰⁰ Im Jahr 2012 wurde in der Schweiz eine parlamentarische Initiative eingereicht, die unter anderem verlangte, dass börsenkotierte Gesellschaften im Geschäftsbericht die Gesamtsumme der Zuwendungen an politische Akteure (insbesondere politische Parteien, Verbände und für Kampagnen) anzugeben haben.³⁰¹ Der Initiative wurde allerdings keine Folge geleistet; sie wurde als erledigt abgeschrieben.³⁰² Dass (börsenkotierte) Unternehmen Spenden offenlegen sollen, wird von verschiedener Seite gefordert. So wurde in der Vergangenheit auch versucht, das Ziel über die Generalversammlungen zu erreichen, indem die Aktionäre börsenkotierter Unternehmen aufgefordert werden sollten, anlässlich der Generalversammlungen Auskunft darüber zu verlangen, welche Parteien Geld erhalten und wie viel dafür eingesetzt werde. Davon erhoffte man sich Verbesserungen bezüglich der Transparenz, hatte dieses Vorgehen doch bereits einmal zum Erfolg geführt, nämlich bei der Transparenz von Ma-

295 FLEISCHER, AG 2001, 171, 178 f.

296 Vgl. FORSTMOSER, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 85; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 235.

297 Vgl. auch BOHRER, GesKR 2016, 273, 277.

298 Für das deutsche Recht FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, AktG (Fn. 112), § 76 Rn. 49; DERSELBE, AG 2001, 171, 178 f., der in der zwingenden Einzelaufschlüsselung Steuervorteile in verschiedener Hinsicht sieht.

299 Art. 959b Abs. 2 Ziff. 5 OR.

300 Vgl. BOEMLE/LUTZ, Der Jahresabschluss, 5. Aufl., 2008, 238, wonach es aus Sicht der Bilanzanalyse erwünscht sei, die wichtigsten Posten des sonstigen Betriebsaufwands im Anhang aufzuschlüsseln (vgl. nun auch Art. 959c Abs. 1 Ziff. 2 OR). Gleich verhält es sich im deutschen Recht, vgl. dazu FLEISCHER, AG 2001, 171, 178 f.

301 Parlamentarische Initiative 12.499. Zum Instrument der parlamentarischen Initiative vgl. Art. 160 Abs. 1 BV und Art. 107 ff. ParlG.

302 Vgl. <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20120499>>.

nagergehältern.³⁰³ Der Aktionärsverein *Actares*³⁰⁴ fordert ebenfalls mehr Transparenz bezüglich Unternehmensspenden. Er führt regelmässig Umfragen bei SMI-Unternehmen zur politischen Spendentätigkeit durch und veröffentlicht die Ergebnisse in einem Bericht zur Partei- bzw. Politfinanzierung. Nach diesen Berichten variiert die Informationsfreudigkeit der Unternehmen im Bereich der politischen Spenden allerdings stark und ist insbesondere im Bereich der Spenden an Verbände und Abstimmungskomitees für Kampagnen tief.³⁰⁵

Handelsrechtliche Transparenzvorschriften könnten sich als sinnvoll erweisen, führen sie doch dazu, dass das Vertrauen der Aktionäre und der Allgemeinheit in die schweizerischen Unternehmen und die Wirtschaft und damit auch der Standort Schweiz gestärkt würde.³⁰⁶ Dass durch die Einführung von entsprechenden Rechnungslegungsvorschriften Unternehmen und Privatpersonen in Bezug auf ihre Spendentätigkeit nicht in gleicher Weise zu Transparenz verpflichtet würden, lässt sich rechtfertigen, zumal der Verwaltungsrat nicht sein eigenes, sondern fremdes Geld ausgibt.³⁰⁷ Beim Erlass neuer Bestimmungen wäre aber jedenfalls dem Grundsatz *de minimis non curat praetor* Rechnung zu tragen, indem eine gesonderte Offenlegung von unentgeltlichen Zuwendungen erst ab einem bestimmten Betrag bzw. einer bestimmten Grenze zu erfolgen hätte. Eine entsprechende Regelung sollte zudem rechtsformneutral ausgestaltet werden. Zu bedenken wäre ferner, dass – wenn mit den Transparenzregelungen hauptsächlich die Offenlegung der Empfänger beabsichtigt wird – die Regelungen auch umgangen werden könnten, indem die Zahlungen über Vereine und Stiftungen getätigt werden und die definitiven Empfänger der Leistungen, z.B. bei politischen Spenden die Parteien, nicht bekannt werden.

303 Vgl. dazu BUNDI, Parteispenden: SP nimmt Firmen ins Visier, Tagesanzeiger, 12.6.2008, 2. Dabei ist zu beachten, dass allgemeine politische oder soziale Postulate der Aktionäre an der Generalversammlung unzulässig sind, soweit kein direkter Bezug zur Tätigkeit des Unternehmens besteht, wobei es auf den Inhalt des Antrags selbst und nicht auf das zugrundeliegende Motiv ankommt (FORSTMOSER, ZSR 92 [1973] I, 1, 16 f.).

304 *AktionärInnen für nachhaltiges Wirtschaften*. *Actares* setzt sich für die Ausrichtung von Unternehmen auf eine nachhaltige Entwicklung im sozialen, ökologischen und wirtschaftlichen Bereich sowie auf Basis der Menschenrechte ein (*Actares*, Charta <<http://www.actares.ch/download/160225-Actares-Charta-D.pdf>>).

305 Vgl. etwa ACTARES, Politische Spenden von Unternehmen im Swiss Market Index 2013 & 2014, 3 ff. (<http://www.actares.ch/download/150709_Actares_SMI_PolitischeSpenden13-14.pdf>).

306 Der schweizerische Gesetzgeber beabsichtigt, im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision für grosse Rohstoffunternehmen Transparenzvorschriften einzuführen (vgl. BBI 2017, 683 ff.). Nach Art. 964a Abs. 1 E OR 2016 müssen grosse Rohstoffunternehmen jährlich einen Bericht über die Zahlungen (Geld- oder Sachleistungen, vgl. Art. 964b Abs. 1 E OR 2016) an staatliche Stellen (zum Begriff vgl. Art. 964a Abs. 5 E OR 2016) verfassen.

307 Zum Problem der korporativen Freigiebigkeit vgl. vorne V. Soweit es um Spenden an politische Parteien und andere politische Akteure geht, ist zudem zu beachten, dass sich juristische Personen nicht auf das Wahl- und Abstimmungsgeheimnis berufen können (vgl. SCHIESS RÜTIMANN, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., 2014, Art. 137 Rn. 29; vgl. auch SCHIESS RÜTIMANN, in: Baer/Rother [Hrsg.], Geld, 2013, S. 116).

Neben handelsrechtlichen Transparenzvorschriften, welche die Unternehmen zur Offenlegung von unentgeltlichen Zuwendungen (wobei davon nicht nur Parteispenden erfasst würden)³⁰⁸ verpflichten, kommt auch die Offenlegung von Parteispenden durch die politischen Parteien selbst in Betracht. In der Schweiz gab es in den letzten Jahren verschiedene politische Vorstösse zur Verbesserung der Transparenz von Parteispenden. Auf Bundesebene sind bislang alle gescheitert.³⁰⁹ Die Parteien und ihre Vertreter im Parlament haben offensichtlich kein Interesse an einer Offenlegung. Auf kantonaler Ebene war den meisten Initiativen ebenfalls kein Erfolg beschieden.³¹⁰ Auch der schweizerische Bundesrat lehnt eine gesetzliche Regulierung der Finanzierung von Parteien und Wahlkampagnen ab³¹¹ und stellt sich damit gegen die Forderungen der GRECO.³¹² Er begründet seine Haltung damit, dass sich die Offenlegung nicht mit der direkten Demokratie, dem föderalistischen Staatsaufbau und dem schweizerischen Milizsystem vereinbaren liesse.³¹³ In ihrem vierten

308 Vgl. auch SCHIESS RÜTIMANN, in: Baer/Rother (Hrsg.) (Fn. 307), S. 91 ff. und 115 f., die fordert, dass Zahlungen von Unternehmen im Zusammenhang mit Wahlen (nicht aber Abstimmungen) *de lege ferenda* ausdrücklich zu verbieten seien.

309 Vgl. nur etwa unlängst die Motionen 15.3715 «Transparenz über die Parteienfinanzierung» (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20153715>) und 15.3714 «Politische Kampagnen zu Wahlen und Abstimmungen. Transparenz über die Finanzierung» (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20153714>), welche der Nationalrat am 1.6.2017 mit deutlicher Mehrheit ablehnte, nachdem der Bundesrat sich gegen die Motionen ausgesprochen und dem Parlament beantragt hatte, sie abzulehnen. In den beiden Motionen wurde der Bundesrat eingeladen, einen Erlassentwurf vorzulegen, der Transparenz über die Parteienfinanzierung sowie die Finanzierung politischer Wahl- und Abstimmungskampagnen schafft. Darin soll festgehalten werden, dass Zuwendungen von natürlichen und juristischen Personen an Parteien oder Kampagnen öffentlich gemacht werden müssen, wenn sie einen bestimmten Betrag überschreiten.

310 Vgl. nur etwa *Kanton Aargau* (<https://www.nzz.ch/schweiz/abstimmungen/aargauer-politiker-muessen-finanzen-nicht-offenlegen-1.18392560>). Einzelne Kantone (Tessin, Genf und Neuenburg) hingegen kennen Regelungen bezüglich der Transparenz von Wahl- und Abstimmungskampagnen (vgl. dazu AUER, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 2016, Rz. 1102 ff.; SCHÜRER, AJP 2016, 476, 480 f. [Tessin und Genf]). Zur Unzulässigkeit der Begrenzung von Politspenden in einem kantonalen Gesetz (Tessin) vgl. BGE 125 I 441 sowie dazu etwa CARONI (Fn. 129), S. 162 ff.; SCHIESS RÜTIMANN, SJZ 2011, 329, 332.

311 Vgl. etwa die in Fn. 309 genannten beiden Motionen; vgl. auch FLÜCKIGER, Anhaltende Kritik an Parteienfinanzierung, Neue Zürcher Zeitung, 5.7.2014, 13; SCHOENENBERGER, Kein Gesetz zur Finanzierung der Parteien, Neue Zürcher Zeitung, 13.11.2014, 9.

312 Die GRECO (*Group d'états contre la corruption/Group of States against Corruption*) ist die Staatengruppe zur Korruptionsbekämpfung des Europarats.

313 Medienmitteilung des Bundesrats, Parteienfinanzierung wird nicht gesetzlich geregelt vom 12.11.2014 (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-55194.html>); vgl. auch HÄFLIGER, Bundesräte erklären Europa die helvetischen Parteienfinanzen, Neue Zürcher Zeitung, 11.4.2013, 11; SCHOENENBERGER, Kein Gesetz zur Finanzierung der Parteien, Neue Zürcher Zeitung, 13.11.2014, 9; vgl. ferner GRECO, Vierter Zwischenbericht über die Konformität der Schweiz, «Transparenz der Parteienfinanzierung» vom 23.6.2017 (GrecoRC3[2017]10) (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/kriminalitaet/korruption/grecoberichte/ber-iii-2017-10-d.pdf>), Ziff. 10 (bezüglich der Argumente der Schweizer Regierung): «Aufgrund der direkten Demokratie und, damit verbunden, der häufigen Volksabstimmungen sind die Parteien bei Weitem nicht die einzigen Akteure des politischen Gesche-

Zwischenbericht vom 23.6.2017 über die Konformität der Schweiz betreffend Parteienfinanzierung moniert die GRECO, dass die Schweiz die entsprechenden Empfehlungen nach wie vor nicht umgesetzt hätte und deshalb weiterhin im Nichtkonformitätsverfahren bleibe. «Die GRECO nimmt erneut mit Bedauern zur Kenntnis, dass die Schweizer Regierung an ihrer Haltung, im Bereich der Transparenz der Finanzierung der politischen Parteien und der Wahlkampagnen zurzeit nicht gesetzgeberisch tätig zu werden, festhält».³¹⁴

Zurzeit ist auch eine eidgenössische Volksinitiative «Für mehr Transparenz in der Politikfinanzierung (Transparenz-Initiative)» pending. Ziel der Initiative ist es, in der Bundesverfassung einen neuen Art. 39a «Offenlegung der Finanzierung von politischen Parteien sowie von Wahl- und Abstimmungskampagnen» einzufügen.³¹⁵ Man darf auf den Ausgang der Initiative und die weitere Diskussion um die Verbesserung der Transparenz von Parteispenden gespannt sein.³¹⁶

Abgesehen von der Verbesserung der Transparenz im Bereich von Unternehmensspenden und sonstigen Zuwendungen ist wie vorne ausgeführt eine staatliche Regulierung politischen Engagements von Unternehmen nicht erforderlich und auch nicht wünschenswert. Jedenfalls wären allfällige negative externe Effekte durch Gesetze in den entsprechenden Bereichen aufzufangen und nicht dadurch, dass das Verwaltungsratsmandat um die Pflicht zur Wahrung von Interessen von *stakeholdern* bzw. eine Pflicht zu (sozial-)politischem Engagement erweitert wird.³¹⁷ In diesem Sinn ergeben sich aus der *Corporate Social Responsibility* bzw. der *corporate citizenship* keine weiteren Pflichten als diejenigen, die das Gesetz dem Verwaltungsrat auferlegt und es existiert somit auch keine Pflicht der Unternehmen zu (sozial-)politischem Engagement.

hens in der Schweiz. Die Kantone verfügen über eine grosse Autonomie. Ihnen eine einheitliche nationale Regelung über die Parteienfinanzierung aufzuerlegen, wäre nicht mit dem Föderalismus zu vereinbaren. Schliesslich herrscht in der Schweiz die Auffassung, dass die Politik und die Parteienfinanzierung zum grossen Teil durch privates Engagement und nicht vom Staat zu tragen sind. Dank dem Milizsystem ist der finanzielle Bedarf der Parteien deutlich geringer als im Ausland».

314 GRECO (Fn. 313), Ziff. 18. Die Schweiz wird von der GRECO gebeten, bis Ende März 2018 erneut Bericht über die Fortschritte bei der Umsetzung der noch nicht vollständig berücksichtigten Empfehlungen zu erstatten (GRECO [Fn. 313], Ziff. 24).

315 BBI 2016, 3613 f. Die Volksinitiative ist ein Kernelement der direkten Demokratie in der Schweiz.

316 Die Initiative ist im Oktober 2017 zustande gekommen (BBI 2017, 6893).

317 Vgl. auch VON DER CRONE (Fn. 162), § 1 Rn. 23; VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN, ZSR 122 (2003) I, 409, 437 f. Zur Internalisierung externer Effekte vgl. auch WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 101.

Unternehmen werden vielfach bereits im eigenen Interesse auf ihr Umfeld Rücksicht nehmen, weil sie sonst Gefahr laufen, einen Reputationsschaden zu erleiden oder gar staatliche Regulierung heraufzubeschwören.³¹⁸ Ein nachhaltiges und langlebiges Unternehmen ist sensibel für die Welt, in der es lebt.³¹⁹

318 Vgl. FORSTMOSE, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2006, S. 55, 81 f.; DERSELBE, Summa Dieter Simon, 2005, S. 207, 231; vgl. auch AIOLFI, Der Staat als Anstandsdame, Neue Zürcher Zeitung, 22. 6. 2017, 34.

319 DE GEUS (Fn. 2), S. 23 f. und 310 f.

IX. Fazit und Schlussbemerkungen

Politisches Engagement von Unternehmen ist zulässig, soweit es sich in den Schranken des Gesetzes bewegt. Dazu muss es vom Gesellschaftszweck gedeckt sein, im Interesse der Gesellschaft liegen und das Gebot der Angemessenheit wahren. Grundsätzlich ist der Verwaltungsrat das für das politische Engagement der Gesellschaft zuständige Organ.

In Bezug auf eine (zusätzliche) staatliche Regulierung von politischem Engagement von Unternehmen ist Zurückhaltung geboten. Sinnvoll könnte eine Verbesserung der Transparenz von Zuwendungen von Unternehmen an Dritte sein. Von einer weitergehenden Regulierung, die Unternehmen systematisch zu *good corporate citizien* erziehen will, ist demgegenüber abzusehen. Sozialpolitisches Engagement von Unternehmen kann je nach Situation erwünscht sein,³²⁰ staatlich verordnet werden sollte es aber nicht.

Um kein Missverständnis aufkommen zu lassen: Auch in Drittwelt- und Schwellenländern sollen Unternehmen neben den lokalen Vorschriften gewisse – international festzulegende – (Minimal-)Standards insbesondere in Bezug auf Menschenrechte und Umwelt einhalten müssen. Unternehmen, die ihre Produktion in solche Länder auslagern oder Produkte aus diesen Ländern erwerben, profitieren vielfach von nicht existierenden oder sehr viel niedrigeren Regulierungsstandards oder einem Rechtsdurchsetzungssystem, das nicht funktioniert und/oder korruptionsanfällig ist.³²¹ Ob die neben den lokalen Vorschriften einzuhaltenden Standards zwingend deckungsgleich sein müssen, mit denen, die in hochindustrialisierten Ländern gelten, ist zu diskutieren. Beim Aufzwingen von Vorstellungen ist Vorsicht geboten, besteht doch die Gefahr, dass eine Art «moderner Imperialismus» betrieben wird und sich der Rechtsstaat im betroffenen Land erst recht nicht entwickelt. Ferner ist zu bedenken, dass ethisches Verhalten und Moral nicht absolut und «(z)eitstabile Moralssysteme [...] ebenso wenig wahrscheinlich wie erstrebenswert»³²² sind.

Im zweiten Vorbehalt begründet liegt wohl auch ein Problem der Legitimation der zahlreichen Forderungen, die aus der *Corporate Social Responsibility* fließen.³²³ Unternehmen zu verantwortungsvollen «Bürgern» zu erziehen,

320 Es gibt allerdings zahlreiche Beispiele, bei denen sozialpolitisches Engagement oder die Übernahme öffentlicher Aufgaben durch Unternehmen nicht zum gewünschten Ziel geführt haben, sondern eher zum Gegenteil (vgl. etwa die Berichterstattung im ARTE «Konzerne als Retter? Das Geschäft mit der Entwicklungshilfe», 2017 [<http://www.arte.tv/de/videos/059525-000-A/konzerne-als-retter>]).

321 WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 102.

322 BECKER, Moral ist Privatsache, Neue Zürcher Zeitung, 6.1.2016, 10; vgl. auch WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 114.

323 Vgl. auch WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 107, wonach sich gewisse CSR-Forderungen als fragwürdig erweisen bzw. unter dem Deckmantel von CSR unreflektiert handfeste Eigeninteressen verfolgt würden.

scheint auf den ersten Blick erstrebenswert.³²⁴ Auf den zweiten Blick schies- sen die Bemühungen vielfach über das Ziel hinaus. Dies gilt nicht nur für die sog. Konzernverantwortungsinitiative,³²⁵ sondern teilweise auch für das Massnahmenprogramm des schweizerischen Bundesrats im Bereich *Corporate Social Responsibility*. In einem im Juni 2017 veröffentlichten Bericht nimmt der Bundesrat Stellung zum Stand der Umsetzung seines Aktionsplans zur gesellschaftlichen Verantwortung der Unternehmen aus dem Jahre 2015. Der CSR-Aktionsplan hat verschiedene Stossrichtungen und beinhaltet einen umfangreichen Katalog von Massnahmen, mit denen Unternehmen zu verantwortlichem Handeln angehalten werden sollen.³²⁶ Der Bund engagiert sich unter anderem in verschiedenen Organisationen wie der *OECD*, der *UNO* oder der *ILO*³²⁷ und wirkt so bei der Festlegung grenzüberschreitender Rahmenbedingungen und CSR-Standards mit, an die sich auch schweizerische Unternehmen halten müssen. Dies ist in der Sache zu begrüssen. Die *UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte* und die *OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen*³²⁸ fordern eine erweiterte Sichtweise in Bezug auf die Unternehmensverantwortung, bei der es nicht ausschliesslich um die Gewinnmaximierung geht, und führen somit zu einem Überdenken des traditionellen Begriffs des Gesellschaftszwecks und desjenigen des Unternehmensinteresses.³²⁹ Auch dagegen ist grundsätzlich gar nichts einzuwenden. Zu hoffen bleibt indessen, dass der Bundesrat mit Augenmass reguliert und – entgegen verschiedener Befürchtungen³³⁰ – kein Bürokratiemonster geboren wird.

Der Bericht des Bundesrats unterstreicht zweifelsohne den Willen der Politik, auf den Gang der Wirtschaft auf unterschiedlichste Art und Weise einzu-

324 Zur Frage, ob Unternehmen als juristische Personen aus rechtsdogmatischer Sicht überhaupt in der Lage sind, sozial bzw. ethisch oder moralisch zu handeln, vgl. WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 102 ff.

325 Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (BBl 2015, 3245 ff.), die dem Volk und den Ständen zur Abstimmung unterbreitet wird mit der Empfehlung der Bundesversammlung, die Initiative abzulehnen (BBl 2017, 6379 f. und BBl 2017, 6335 ff. [Botschaft]). Problematisch ist insbesondere der weite Geltungsbereich der Sorgfaltspflichten (vgl. etwa KAUFMANN, AJP 2017, 967, 977). Zur Konzernverantwortungsinitiative vgl. BOHRER, GesKR 2017, 323, 323 ff.; DERSELBE, GesKR 2016, 273, 276 f.; HANDSCHIN, AJP 2017, 998, 998 ff.; KAUFMANN, AJP 2017, 967, 977; DIESELBE, SZW 2016, 45, 45 ff.; NOBEL, in: Berner Kommentar (Fn. 12), § 9 Rn. 296 ff.; PIETH, AJP 2017, 1005, 1005 ff. (aus strafrechtlicher Perspektive); WEBER, SJZ 2016, 25, 26 f.

326 Vgl. BUNDESRAT, Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt, Bericht des Bundesrates zum Stand der Umsetzung des Aktionsplans, 21.6.2017 (<<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/48740.pdf>>).

327 *International Labour Organization* (ILO) (Internationale Arbeitsorganisation [IAO]).

328 Vgl. dazu vorne II.B.2.

329 Vgl. dazu KAUFMANN, FS von der Crone, 2017, S. 3, 4 ff.

330 So etwa AIOLFI, Bern lehrt die Firmen Mores, Neue Zürcher Zeitung, 22.6.2017, 23.

wirken.³³¹ Tatsächlich sind staatliche Massnahmen – insbesondere in Fällen tatsächlichen Marktversagens – effektiver, als die in der CSR-Diskussion verbreiteten moralischen Appelle, die wenig wirksam sind.³³² Ob eine Intervention des Staates in derart vielen Bereichen indessen tatsächlich erforderlich ist und auch zum gewünschten Ziel führt, ist nicht gesichert. Indem der Staat sich zunehmend als «Vorkämpfer einer besseren, gesünderen, gerechteren und moralischeren Welt»³³³ präsentiert, wird die kantische Unterscheidung von Recht und Moral als eine der zentralen Errungenschaften der Moderne aufgeweicht.³³⁴ «Moral wird immer dann aktiviert, wenn die Probleme im Rahmen rechtlicher oder sozialer Kontexte nicht mehr lösbar scheinen.»³³⁵ Dass Unternehmen nicht nur gegenüber den *shareholdern* verantwortungsvoll handeln sollen, sondern auch gegenüber den *stakeholdern*, steht ausser Diskussion. Die Frage ist allerdings, wie weit der Staat eingreifen und den Unternehmen diesbezügliche Pflichten auferlegen soll. Auf diese Debatte kann im Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht eingegangen werden, sie muss an anderer Stelle geführt werden. Für das politische Engagement von Unternehmen gilt jedenfalls, dass das geltende Recht ausreicht, um die Grenzen der Zulässigkeit abzustecken. Lediglich im Bereich der Transparenz könnten sich neue Vorschriften als sinnvoll erweisen.

331 AIOLFI, Bern lehrt die Firmen Mores, Neue Zürcher Zeitung, 22.6.2017, 23, der die Rolle des Bundes als «Vorbild für die Privatwirtschaft» als «Indiz für ein skurriles paternalistisches Credo» erachtet und fragt, ob man «in Bern im Ernst [glaube], dass die Schweizer Firmen ohne Anleitung des Bundes völlig verantwortungslos handeln würden?».

332 WATTER/SPILLMANN, GesKR 2006, 94, 100 f.

333 BECKER, Moral ist Privatsache, Neue Zürcher Zeitung, 6.1.2016, 10.

334 BECKER, Moral ist Privatsache, Neue Zürcher Zeitung, 6.1.2016, 10.

335 BECKER, Moral ist Privatsache, Neue Zürcher Zeitung, 6.1.2016, 10.

