Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative – Vernehmlassungsantwort zur Ausführungsverordnung (VSoTr)

Juni 2021

Herausgeber:
Koalition für Konzernverantwortung,
Monbijoustrasse 31, Postfach, 3001 Bern
+41 31 390 93 36 / info@konzern-initiative.ch

Diese Vernehmlassungsantwort basiert auf der politischen Beurteilung und fachlichen Einschätzung der Koalition für Konzernverantwortung und auf einer rechtlichen Betrachtung durch den Rechtsberater, Dr. iur. Gregor Geisser.

Inhaltsverzeichnis

Antragsliste *3*
Zusammenfassung *4*
1 Politische Ausgangslage und Einschätzung *16*
2 Kritik am Gesetz – Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit *17*
2.1 Im Überblick 17
2.1.1 Der Anspruch – „internationale Abstimmung“ 17
2.1.2 Die Wirklichkeit – Das Ausland zieht davon 17
2.1.3 Die Notwendigkeit – es braucht zeitnahe gesetzgeberische Anpassungen 20
2.2 Kritik in den drei relevanten Dimensionen 23
2.2.2 Erste Grundkritik: Berichterstattung statt Sorgfaltspflicht 23
2.2.3 Zweite Grundkritik: Die Sorgfaltspflicht als absolute Ausnahme – willkürliche und den internationalen Vorgaben widersprechende Beschränkung auf vier Konfliktmineralien und Kinderarbeit 27
2.2.4 Dritte Grundkritik: Pflicht ohne Sanktion oder Recht ohne Durchsetzung 30
2.2.5 Rechtsvergleich im schematischen Überblick – Schweiz als Schlusslicht bei Sorgfaltspflicht und Durchsetzung 35
3 Beurteilung des Verordnungsentwurfs – Vernehmlassung im engeren Sinne *38*
3.1 Vorzeichen 38
3.1.1 Beurteilungsgegenstände – Ausfüllung des gesetzgeberischen Delegationsspielraums durch Verordnung 38
3.1.2 Beurteilungsmassstäbe – Gesetzlicher Rahmen, internationale Vorgaben und Verfassungsprinzipien 38
3.2 Kritikpunkte mit Vorschlägen 40
3.2.1 Exzessive Befreiungen von der Sorgfaltspflicht 41
3.2.2 Mangelhaftes Sorgfaltsprüfungspflichtenheft 77
Quellenverzeichnis *97*

Antragsliste

Antrag 1 Echter Einbezug der Unternehmen ohne statuarischen Sitz in der Schweiz *43*
Antrag 2 Einbezug von KMU mit hohen Risiken *46*
Antrag 3 Anpassung Kriterien für „geringes Risiko“ im Bereich Kinderarbeit *48*
Antrag 4 Pflicht zur Erklärung bei Befreiung aufgrund geringer Risiken *52*
Antrag 5 Streichung Kriterium „begründeter Verdacht“ als Befreiungsmöglichkeit *56*
Antrag 6 Transparenz wenn kein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit *59*
Antrag 7 Nachweis über Abdeckungsgrad Schwellenwerte / Einbezug zusätzlicher Zolltarifnummern *62*
Antrag 8 Anpassung der Schwellenwerte *63*
Antrag 9 Einbezug aller relevanter Akteur:innen *63*
Antrag 10 Erweiterung Begriff „Hochrisiko- und Konfliktgebiete“ *65*
Antrag 11 Streichung der Ausnahme für rezyklierte Metalle *66*
Antrag 12 Streichung Artikel 6 ..... *67*
Eventualantrag Anpassung Regelwerke Artikel 6 ..... *72*
Antrag 13 dynamische Verweise auf neueste Regelwerke *73*
Eventualantrag Berichterstattung zu Opt-out gemäss Artikel 6 ..... *75*
Antrag 14 Verweis auf Richtlinienvorschlag gemäss EU-Parlament *77*
Antrag 15 Verweise auf einschlägige Regelwerke einbauen *78*
Antrag 16 Definition Kinderarbeit im Einklang mit den völkerrechtlichen Vorgaben *80*
Antrag 17 Definition Lieferkette bezogen auf alle Geschäftsbeziehungen gemäss UNGP *82*
Antrag 18 Definition Geschäftsbeziehungen gemäss internationalen Vorgaben *85*
Antrag 19 Streichung Begriff „Bemühenspflicht“ *87*
Antrag 20 Veröffentlichung Grundsatzverpflichtung *88*
Antrag 21 Festlegung Verantwortung innerhalb Unternehmensstrukturen *89*
Antrag 22 Keine Abwälzung der Sorgfaltspflicht auf Zulieferbetriebe *89*
Antrag 23 Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen *90*
Antrag 24: Überprüfung der Sorgfaltspflichten nicht nur durch Revisionsunternehmen *91*
Antrag 25 Ergänzung Sorgfaltsprogramm mit Wiedergutmachungsmechanismen und Beschwerdeverfahren gemäss internationalen Vorgaben *95*

Zusammenfassung

1. Schwache Gesetzgebung als Prämisse

Die in Vernehmlassung stehende Ausführungsverordnung für den Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative trägt zunächst die Last einer sehr schwachen Gesetzgebung.

1.1 Gesetzgebung mit grossen Konstruktionsfehlern

Die Mängel sind im Eingangskapitel der Vernehmlassungsantwort des Vereins Konzernverantwortungsinitiative eingehend abgehandelt. Die Kritik trägt nach Massgabe der internationalen Vorgaben und Entwicklungen sowie zentralen Verfassungsprinzipien die folgenden vier Titel:

(1) Die Vorlage sieht keine themenübergreifenden Sorgfaltsprüfungspflichten vor, sondern hat im Wesentlichen die unwirksame und unzeitgemässe Handschrift einer **Berichterstattung**.

(2) Wo die Vorlage ganz **punktuell** dennoch **Sorgfaltsprüfungspflichten** kennt, sind zum einen die dafür ausgewählten **Themen willkürlich**: Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Regelung nur auf Kinderarbeit und wenige für die Schweiz (mit Ausnahme von Gold) kaum relevante Konfliktmineralien beschränkt und nicht gemäss den internationalen Vorgaben und Entwicklungen mindestens ebenso bedeutende Probleme, wie z.B. Zwangs- und Sklavenarbeit, gesundheitsschädigende Arbeit, Enteignung, Entzug der natürlichen Lebensgrundlagen sowie die immer drängendere Thematik der Umweltzerstörung umfasst.

(3) Drittens ist die gesetzlich vorgeschriebene Sorgfalt eine **„Pflicht" ohne Durchsetzung**, weder im Zivilrecht, noch im Straf- oder Verwaltungsrecht. Die Verletzung der Sorgfaltsprüfungspflicht kennt keinerlei Rechtsfolgen; die Mini-Strafnorm bezieht sich nur auf die Berichterstattung. Das selbsterklärte Ziel der Vorlage beschränkt sich denn auch auf ein „kontinuierliche[s] Einwirken von Sorgfaltspflichten und Erfüllungstransparenz auf das Spiel der Marktkräfte. Sanktionierende Instanz dieses Systems bilden Verbraucherinnen und Verbraucher, Eigen- und Fremdkapitalgeberinnen sowie die Akteure und Organisationen der Zivilgesellschaft."[1] Die Vorlage bleibt damit einem Ansatz verhaftet, den nicht nur die EU, sondern gerade unsere grössten Nachbarn Deutschland und Frankreich, gestützt auf eine vertiefte empirische Analyse des Unternehmensverhaltens in ihrer Breitenwirkung für weit unzureichend befunden haben.

(4) Viertens übernimmt die Vorlage ihre veralteten ausländischen **Modelle** nicht einmal umfassend, sondern gerade bei der Durchsetzung **überhaupt nicht** oder zur Unkenntlichkeit **abgeschwächt**.

1.2 Das Ausland zieht davon

Eine solche Vorlage ist **unwirksam, willkürlich, rechtsunsicher und international überholt**. Das Hier und Heute der notwendigen Gesetzgebung gehört einer umfassenden Sorgfaltsprüfungspflicht über alle relevanten Menschenrechte und Umweltthemen hinweg, verbunden mit einer wirksamen Durchsetzung, sei sie zivilrechtlich oder ergänzend auch straf- und verwaltungsrechtlich. Diesen Weg hat die Konzernverantwortungsinitiative gestützt auf die vor einer Dekade verabschiedeten UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte bereits vor mehr als 5 Jahren vorgezeichnet. Denselben Weg beschreiten nun sowohl die EU mit dem neuesten Richtlinienvorschlag zur Sorgfaltspflicht von Unternehmen gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021 und im Vorlauf dazu auch viele europäische Staaten: Darunter figurieren unter anderem die „Motoren" Europas und gleichzeitig unsere grössten Nachbarn Frankreich (FR/Loi vigilance, seit 2017 in Kraft) sowie Deutschland

[1] VE-erläuternder Bericht, S. 15.

(DE/Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, am 11. Juni 2021 verabschiedet). Diese Rechtsordnungen agieren aus der einhelligen Erfahrung heraus, dass weder Berichterstattung noch punktuelle Sorgfalt ohne Durchsetzung zur entscheidenden Breitenwirkung bei der Geschäftspraxis aller Unternehmen geführt hat. Der eigene Anspruch des Gegenvorschlags, einen international abgestimmten Weg zu gehen, steht damit in zunehmend scharfem Widerspruch zur internationalen Wirklichkeit.

2. Vernehmlassung zur Verordnung – Kritik mit Vorschlägen

Die Koalition hinter der Konzernverantwortungsinitiative hat nach dem Volksmehr vom 29. November 2020 erwartet, dass der Bundesrat in der Verordnung den vom Parlament an ihn delegierten Spielraum konsequent nutzt. Diese Erwartung wurde nun enttäuscht. Der Entwurf verstärkt die vorstehend rekapitulierten Schwächen der Vorlage gar noch zusätzlich und zwar durch folgende Grundprobleme:

- **exzessive Befreiungen** von der Sorgfaltspflicht durch massive Einschränkungen des Geltungsbereichs sowie
- **mangelhaftes Pflichtenheft** für die Sorgfaltspflicht.

2.1 Exzessive Befreiungen von Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht

2.1.1 Schwerwiegende Systemfehler

Die Bestimmung des Geltungsbereichs einer Regelung gehört zu den zentralen Zuständigkeiten der Gesetzgebung. Diese Aufgabe hat das Parlament jedoch im Wesentlichen an den Bundesrat delegiert und sich so im Vorfeld der Abstimmung zur Konzernverantwortungsinitiative einer zentralen Verantwortung entzogen. Der Bundesrat legt diese an ihn delegierte Aufgabe nun in einer Weise aus, welche einen exzessiv weiten Unternehmenskreis von der Sorgfalts- und zugehörigen Berichterstattungspflicht befreit.[2] Dies entgegen dem Rechtsgrundsatz, Ausnahmen von der Regel eng auszugestalten. Und dies v.a. auch entgegen den internationalen Vorgaben und insbesondere auch den eigenen modellgebenden Regelwerken, welche den Kreis der pflichtigen Unternehmen getreu dem risikobasierten Ansatz – wer Risiken trägt, muss auch die gebotene Sorgfalt ausüben – hinreichend umfassend verstanden haben wollen.

Dabei zeichnen sich die Befreiungstatbestände durch zwei Systemfehler aus:

Zum einen **vermischen** die Vorschriften Fragen, die eigentlich zur **Sorgfaltspflicht** gehören, mit jenen, die zu einer **Befreiung** davon führen sollen. Diese Vermischung ist v.a. dann folgenschwer, wenn wie hier ein Unternehmen bei der Frage, ob es von der Sorgfalt entbunden ist, weit weniger prüfen muss, als es im Rahmen der international geforderten Sorgfaltspflicht eigentlich prüfen müsste.

Zum anderen befreien die vom Bundesrat vorgeschlagenen Tatbestände nicht nur von der Sorgfaltspflicht. Sie entbinden die Unternehmen **auch von der Berichterstattungspflicht** darüber, wieso ihre Befreiung denn gerechtfertigt sein soll. Eine solche Verordnung eröffnet jedem

[2] Das Verhältnis der Befreiung von der zur Sorgfaltspflicht gehörigen, spezifischen Berichterstattungspflicht nach neuArt. 964^{septies} OR und dem generellen Reporting nach neuArt. 964ter OR lassen sowohl das Gesetz als auch die Verordnung ungeklärt. Selbst in der Lesart, dass das generelle Reporting auch bei einer Befreiung von der Sorgfaltspflicht und der zugehörigen Berichterstattungspflicht bestehen bliebe, vermag jenes generelle Reporting die Berichterstattungspflicht nach neuArt. 964^{septies} OR nicht zu ersetzen: Denn erstens verfolgt das Reporting einen comply-or-explain-Ansatz und entsprechend keine vorbehaltlose Berichterstattungspflicht, zweitens umfasst das Reporting nach neuArt. 964ter OR thematisch keine spezifischen Sorgfaltspflichten und drittens beschränkt sich das Reporting auf Grossunternehmen von öffentlichem Interesse ab 500 Vollzeitstellen und erstreckt sich nicht wie die Sorgfaltspflichten mit der zugehörigen Berichterstattungspflicht auf Unternehmen bereits u.a. ab 250 Vollzeitstellen (Kinderarbeit) bzw. ab bestimmten Einfuhr- und Bearbeitungsmengen (Konfliktmineralien).

Unternehmen die Möglichkeit, zum Schluss zu gelangen, dass es keine Risiken trägt, um sich so der gesetzlichen Sorgfalt entziehen zu können, ohne dazu öffentlich Rechenschaft abgeben zu müssen. Der bescheidene Grundgedanke des Gegenvorschlags selbst wird so unterlaufen: Dieser besteht deklariert darin, die Sorgfaltspflichten und Erfüllungstransparenz dem Markt zugänglich zu machen.

Diese nach Massgabe der menschenrechtlichen Unternehmensverantwortung schwer wiegenden Systemfehler ziehen sich als roter Faden durch alle Ausschlusstatbestände, wie sie der Verordnungsentwurf ausformuliert hat. Sie nehmen dabei im Bereich Kinderarbeit noch exzessivere Züge an als bei den Konfliktmineralien. Im Einzelnen lassen sich die grossen Mängel und mögliche Verbesserungen wie folgt zusammenfassen (im Einzelnen sei auch für die Nachweise auf die eingehenden Ausführungen verwiesen):

2.1.2 Befreiungen für Kinderarbeit und Konfliktmineralien

A. Sach- und gesetzeswidriger Ausschluss von Unternehmen mit Hauptniederlassung und Hauptverwaltung in der Schweiz

Der Gesetzestext ist im internationalen Vergleich ohnehin bereits antiquiert-zurückhaltend, beschränkt er sich doch auf in der Schweiz ansässige Unternehmen. Damit verzichtet er darauf, für Schweizer Unternehmen gleich lange Spiesse etwa mit ausländischen Importeur:innen sicherzustellen, wie es die modellgebende holländische Gesetzgebung zur Kinderarbeit, die EU-Verordnung für Konfliktmineralien, der Richtlinienvorschlag zur Sorgfaltspflicht des Europäischen Parlaments oder das DE/Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz vorsehen. Diese Einschränkung wird durch ein gesetzgeberisches Versehen nun noch zusätzlich verstärkt: Die Regelung kommt unter Berücksichtigung des einschlägigen internationalen Privatrechts nur für Unternehmen mit satzungsmässigem Sitz in der Schweiz zur Anwendung. Sie gilt aber entgegen der eigenen Bestimmung des Gegenvorschlags nicht auch für solche, die z.B. als ausländische Domizilgesellschaften (umgangssprachlich: Briefkastenfirmen) zwar im Ausland inkorporiert sind, ihren tatsächlichen Geschäftsschwerpunkt als Hauptniederlassung oder Hauptverwaltung aber in der Schweiz haben. Denn die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, wozu auch die neuen Rechnungslegungsvorschriften gehören, kommen gemäss Art. 154 IPRG im Grundsatz nur für in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften zur Anwendung, nicht auch für solche mit Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz. Diese vom Gesetz unbeabsichtigte Einschränkung bedarf dringend der Klärung auf Verordnungsebene, z.B. durch Bezeichnung der Sorgfalts- und Transparenzvorschriften als nach Schweizer Recht bestimmte Eingriffsnormen.

B. Befreiung durch Benennung eines internationalen Regelwerks – Selbstdeklaration statt Sorgfalt und Transparenz

Führen wir uns diesen weiteren Befreiungstatbestand, der wie ein Zirkelschluss klingt, rechtspraktisch vor Augen: Ein Unternehmen hat entweder die – auf international anerkannten Regelwerken basierende – gesetzlich vorgeschriebene Sorgfaltspflicht zu erfüllen und öffentlich darüber zu berichten, wie es diese Pflichten erfüllt. Oder aber es kann sich damit begnügen, ein international anerkanntes Regelwerk in einem Bericht zu nennen, um sich so von der gesetzlichen Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht zu befreien. Es ist leicht erkennbar, welche Option für das Unternehmen die einfachere ist, um sich „compliant“ zu verhalten. Durch dieses „Opt out“ steht aber die ganze Gesetzgebung zur unternehmerischen Disposition. Damit beraubt sich die Regelung ihres eigentlichen Sinns, nämlich ihrer Gesetzeskraft. Entsprechend eindringlich hat die Lehre den

Bundesrat darauf hingewiesen, im Einklang mit den internationalen Vorgaben keine Pflichtentbindung in dieser Form vorzunehmen.[3] Der Verordnungsentwurf hat die Erwartung nun mehr als enttäuscht. Er verstärkt den Konstruktionsfehler des Gesetzes durch folgende Punkte:

1) Alternativ statt kumulativ: Zum einen wählt er bei den internationalen Regelwerken einen „à-la-Carte"-Ansatz. Er überlässt es den Unternehmen, sich nach freier Wahl zwischen verschiedenen Regelwerken zu entscheiden. Dies obschon sich die referenzierten Regelwerke durch Behandlung verschiedener Sorgfaltsaspekte erst zusammen als umfassenden Referenzrahmen verstehen.

2) Statik statt Dynamik: In einen zweiten Widerspruch zu den internationalen Vorgaben begibt sich der Verordnungsentwurf, indem er bewusst auf den „statischen" Status quo der zitierten Regelwerke abstellt, ohne mit der dynamischen Entwicklung der internationalen Referenzen Schritt zu halten, d.h. die Unternehmen zur Beachtung der jeweils neusten Fassung des jeweiligen Regelwerks zu verpflichten.

3) Selbstdeklaration statt Berichterstattung: Das Unternehmen wird schliesslich selbst von der minimalen Pflicht befreit, öffentlich darüber zu berichten, **wie** es die internationalen Regelwerke umsetzt. Mit einer solchen Nicht-Berichterstattung ist nun selbst der eigene, äusserst bescheidene Anspruch der Gesetzgebung unterlaufen, die Sorgfaltspflichten und Erfüllungstransparenz dem Markt zugänglich zu machen. Oder kurz gesagt: Die Benennung von Regelwerken statt rechenschaftspflichtiger Sorgfaltspflicht ist nichts mehr als Selbstdeklaration ohne Transparenz.

2.1.3 Zusätzliche Befreiungen für Kinderarbeit

A. Ausschluss von Risiko-KMU – Widerspruch zum international verankerten Risikoansatz

Im Verordnungsentwurf sind sämtliche kleineren und mittleren Unternehmen ungeachtet ihrer Risiken von der Regelung ausgeschlossen. Eine solch kategorische Befreiung widerspricht nicht nur dem risikobasierten Ansatz der internationalen Vorgaben und modellgebenden Regelwerke. Er ist v.a. auch willkürlich, tragen doch je nach Land, Branche und Tätigkeit gerade auch die Wertschöpfungsketten von KMU besondere Risiken für Kinderarbeit. Zu denken ist z.B. an Betriebe in der Schokoladenindustrie oder im Textil- und Rohstoffbereich. Die Bundesverwaltung hat 2019 eine explizit an KMU gerichtete Publikation veröffentlicht, in welcher zur Anwendung menschenrechtlicher Sorgfaltsprüfungen aufgerufen und deren Nutzen hervorgestrichen wird.[4] Die Verordnung ist dementsprechend, wozu auch das Gesetz anleitet, mit einem Einschluss von Risiko-KMU zu ergänzen. Es ist nicht risikobasiert, sondern willkürlich, wenn auf Grossunternehmen mit geringen Risiken Rücksicht genommen wird, nicht aber auf KMU mit hohen Risiken.

B. Exzessive Befreiung von Grossunternehmen mit sog. „geringen Risiken"

Grossunternehmen mit geringen Risiken von der Sorgfaltspflicht zu entbinden, stellt eine schweizerische Eigenheit dar, die in den modellgebenden ausländischen Regelwerken nicht vorkommt. Umso wichtiger ist es, diese Bevorzugung von Schweizer Grossunternehmen in engem Rahmen zu halten. Der Verordnungsentwurf bewirkt nun aber das Gegenteil: Erstens stellt er für die Frage „geringer Risiken" in einem Automatismus auf den deklariert groben, staatsbezogenen UNICEF-Workplace-Index ab, statt auch auf andere, ebenso einschlägige Indikatoren wie die Region, Branche und Tätigkeit abzustellen. Zweitens beschränkt er sich beim Umfang der zu prüfenden Geschäftsbeziehungen (um festzustellen, ob nur „geringe Risiken" vorliegen) auf eine sog. „Made-in-Prüfung", d.h. die Herkunftsangabe. Ein Beispiel: Ein Produkt kann als „Made in Germany" bezeichnet werden, wenn die Endmontage in Deutschland stattfindet. Bezieht nun ein

[3] ATAMER/WILLI, S. 696 f.; vgl. auch WEBER Rz. 12.
[4] Menschenrechtliche Sorgfalt von Schweizer KMUs, 9.5.2019, SECO/EDA.

Schweizer Vertriebsunternehmen einen in Deutschland gefertigten Schuh, dann kann es sich mit Verweis auf diese Herkunftsangabe von der Sorgfaltspflicht befreien. Damit könnte das Schweizer Unternehmen die für Kinderarbeit einschlägigen Vorprodukte (z.B. die Gerbung des Leders) in einem heiklen Drittstaat unbeachtet lassen. Eine solche Beschränkung des Prüfungsumfangs zur Befreiung bei „geringen Risiken" könnte mit Beispielen (z.B. in Belgien gefertigter Schokolade, aber mit Kakao aus der Elfenbeinküste) beliebig erweitert werden. Damit zielt die ohnehin schwache Regelung an der entscheidenden Problematik vorbei. Sie wird weitgehend zwecklos. Die Koalition fordert daher dringend eine differenzierte, sachgerechte und den internationalen Vorgaben entsprechende Prüfung aller mit dem Produkt des Schweizer Unternehmen verbundenen Geschäftsbeziehungen, die im Zusammenhang mit Kinderarbeit stehen könnten – unter Einschluss von relevanten Vor- und Zwischenprodukten. In oben zitiertem Ratgeber zu menschenrechtlicher Sorgfalt betont die Bundesverwaltung denn auch korrekt und im Einklang mit den internationalen Regelwerken: „Dabei geht es nicht nur um die Tätigkeit der Unternehmen selbst, sondern um die gesamte Wertschöpfungskette."[5] Das Unternehmen hat seinen Entscheid, dass es nur geringe Risiken hat, im Einklang mit den internationalen Vorgaben sodann in einer öffentlichen Berichterstattung zu begründen und nicht einfach unqualifiziert zu dokumentieren, wie es der Verordnungsentwurf vorsieht.

C. Weitere Befreiungsmöglichkeit bei „fehlendem Verdacht" auf Kinderarbeit motiviert zum Wegschauen

Der gesetzliche Tatbestand des „begründeten Verdachts" auf Kinderarbeit ist eine weitere Voraussetzung der Sorgfaltspflicht, die international auf nichts Vergleichbares zurückgreifen kann. Problematisch wird diese Voraussetzung v.a. in der konkreten Lesart des Verordnungsentwurfs. Er liest im „fehlenden Verdacht" eine weitere Befreiungsmöglichkeit von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht, statt diesen Tatbestand als erstes Prüfelement auszuübender Sorgfaltspflicht, nämlich der Ermittlung von Risiken, zu verstehen. Eine solche Sichtweise führt Sinn und Zweck der Regelung wie auch der **internationalen Vorgaben ad absurdum**: Erst im Rahmen ausgeübter Sorgfaltspflicht ist ein möglicher Verdacht auf Kinderarbeit überhaupt ermittelbar. Ansonsten würde ja frei nach dem Motto „was ich nicht weiss, macht mich nicht heiss" passives Verhalten belohnt. Die rechtspraktischen Folgen dieses Missverständnisses **wiegen schwer**: Welche Compliance-Abteilung eines Unternehmens hat schon Appetit darauf, die Risiken von Kinderarbeit aktiv zu ermitteln, um widrigenfalls einen begründeten Verdacht zu erkennen und sich so der Sorgfaltspflicht und öffentlichen Berichterstattung auszusetzen? Zumindest wenn dem gleichen Unternehmen die Hintertüre offen steht, ohne aktive Ermittlungs- und öffentliche Berichterstattungspflicht darauf zu schliessen, keinen begründeten Verdacht zu hegen und so der Sorgfaltspflicht zu entgehen. Damit funktionierte nun aber in einem ganz wesentlichen Punkt nicht einmal die von der Vorlage selbst beschworene „Erfüllungstransparenz" mit der Zivilgesellschaft als sanktionierende Instanz. Das Einzige, was auch hier Abhilfe schafft, ist eine systematische Anbindung der Verdachtsprüfung an die Sorgfaltspflicht mit entsprechender Berichterstattungspflicht.

2.1.4 Zusätzliche Befreiungen für Konfliktmineralien

A. Zu hohe Schwellenwerte

Die Übernahme der EU-Schwellenwerte, unter denen Einfuhr und Bearbeitung von Konfliktmineralien von der Sorgfaltspflicht befreit sind, beurteilt die Koalition in zweierlei Hinsicht kritisch: **Erstens** hat der Verordnungsentwurf bei der Festlegung der Einfuhrmengen die Zielvorgabe der modellgebenden EU-Verordnung für Konfliktmineralien zu beachten. Die Koalition

[5] vgl. Fn 5.

verlangt dementsprechend den Nachweis, dass mit den festgesetzten Schwellenwerten analog der EU-Regelung mindestens 95% der gesamten in die Schweiz eingeführten und hier bearbeiteten Mengen eines jeden Minerals und Metalls erfasst wird. Ist dies nicht der Fall, sind die Schwellen anzupassen. Diesen Nachweis bleibt der Verordnungsentwurf per dato schuldig. **Zweitens** erachtet selbst die betroffene Branche auf EU-Ebene die gemäss Verordnungsentwurf auch für die Schweiz vorgesehene Schwelle für Gold als zu hoch (European Precious Metals Federation): „The current 100 kg threshold for gold and 4.000 000 kg for gold ores and concentrates required for the regulation to apply risks weakening the standards, which could have reputational consequences for the industry."[6] Sie plädiert spätestens mit der Revision der EU-Verordnung im Jahr 2023 für tiefere Schwellen. Diesem Ruf der Branche hat die Schweiz bei ihrer Regelung, die frühestens für das Geschäftsjahr 2023 relevant sein wird, zu folgen und in Absprache mit dem erwähnten Branchenverband auch für die Schweiz tiefere Schwellenwerte festzulegen. Das unreflektierte Copy & Paste der EU-Schwellenwerte kann dazu führen, dass gerade die vielen hier ansässigen kleineren, aber hoch spezialisierten Akteure (bei der Komponentenherstellung oder Endfertigung insb. auch im Goldbereich) aus der Regelung herausfielen. Hohe Einfuhr- und Bearbeitungsschwellen sind auch deshalb ein grosses Problem, weil mitunter kleine Mengen Gold aus Konfliktländern in die Schweiz importiert werden. Die in der Schweiz ansässigen Goldhandelsunternehmen importieren dabei i.d.R. zum Verkauf an Schweizer Raffinerien. Ebenso ist in verschiedenen Punkten zu klären, dass der für die Schweiz eminent wichtige Transithandel (für die Konfliktmineralien schuldet der Bundesrat dazu die nötigen Daten) von der Regulierung erfasst ist.

B. Zu enger Begriff der Konflikt- und Hochrisikogebiete

Verschiedene in Sachen Menschenrechtsverletzungen problematische Gebiete, in denen die Schweizer Rohstoffbranche tätig ist, sind von der für den Verordnungsentwurf massgeblichen Liste von RAND Europe zu den Konflikt- und Hochrisikogebieten nicht erfasst – so etwa Peru, um nur ein Beispiel zu nennen. Die Schweiz ist der grösste Abnehmer von Gold aus Peru, das inzwischen das fünftgrösste Goldexportland der Welt ist. Verschiedene Minen in diesem Land stehen in Zusammenhang mit schweren Menschenrechtsverletzungen. Nach Sinn und Zweck der Regelung und in Anlehnung an die EU-Verordnung für Konfliktmineralien ist die Verordnung daher so anzupassen, dass explizit auch Länder erfasst sind, die zwar nicht in einer eigentlichen Konfliktsituation stehen oder sog. „gescheiterte Staaten" mit landesweiten systematischen Menschenrechtsverletzungen sind, deren Rohstoffvorkommen aber lokal, regional oder global stark nachgefragte Mineralien umfassen, die je nach Gebiet (geboten ist begriffsnotwendig eine gebietsbezogene Betrachtung) ebenso in Zusammenhang mit schweren Menschenrechtsverletzungen oder Umweltverschmutzungen stehen können.

C. Gesetzeswidrige Ausnahme für rezyklierte Metalle

Die Ausnahme für Einfuhr und Bearbeitung von rezyklierten Metallen liegt ausserhalb der gesetzesvertretenden Delegation wie auch der konkretisierenden Verordnungskompetenz. So steht im Gesetz nur, dass der Bundesrat festlegt, bis zu welchen Einfuhrmengen Unternehmen ausgenommen sind. Weitere Ausschlussgründe sind nicht vorgesehen. Die entsprechende Befreiung von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht für rezyklierte Metalle ist gesetzeswidrig und ersatzlos zu streichen. Ein solcher Verzicht ist ausserdem auch von praktischer Relevanz, denkt man etwa an in die Schweiz eingeführte, rezyklierte Schmuckwaren aus den Vereinigten Arabischen Emiraten oder ähnlichen Destinationen.

[6] European Precious Metals Federation, Responsible Sourcing.

2.1.5 Fazit: Es bleiben kaum mehr pflichtige Unternehmen übrig

Die dargelegten Ausschlusstatbestände lassen sich in ihrer exzessiven Art und Fülle mit dem Bild eines Trichters hin zu einem zunehmend ausgedünnten Kreis von pflichtigen Unternehmen rekapitulieren:

Das Fazit ist klar: Nach den verschiedenen sach-, gesetzes- bzw. völkerrechtswidrigen Einschränkungen in der Verordnung bleiben nur ganz wenige Unternehmen übrig, die sich überhaupt freiwillig unter die gesetzlichen Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten stellen. Es obliegt dem Bundesrat, diese Schlussfolgerung zu widerlegen. Dies sowohl durch Vornahme der vorgeschlagenen Verbesserungen als auch anhand einer nach allfälligen Anpassungen vorgenommenen Schätzung dazu, wie viele Unternehmen letztlich erfasst sein dürften. Es ist Aufgabe des Bundesrates, solche Schätzungen unter dem Titel „Auswirkungen auf die Volkswirtschaft" vorzunehmen. Die wesentliche Zahl, welche im einschlägigen Kapitel des erläuternden Berichts dazu bisher auftaucht, ist jene zur KMU-Schwelle: Demnach haben 1'679 Unternehmen über 250 Vollzeitstellen. Diese Zahl betrifft aber nur die erste Schwelle für die Sorgfalt bei Kinderarbeit. Weitere beträchtliche Ausdünnungen des Unternehmenskreises durch die Vielzahl der erwähnt zusätzlichen Austrittstüren lässt der Bericht bis anhin ausgeblendet.

2.2 Sorgfaltspflichtenheft – mangelhaft und nicht in Übereinstimmung mit den selbst referenzierten internationalen Vorgaben

2.2.1 Grundvorbehalte

Die Sorgfaltspflicht ist die „Raison d'être" der ganzen Regelung zur Kinderarbeit und den Konfliktmineralien, auch wenn deren Praxisrelevanz durch die fehlende Kontrolle und die ausufernden Befreiungstatbestände wie dargelegt infrage gestellt ist. Es bleibt aber zentral, dass die Sorgfaltspflichten, die so erstmals Eingang in die Schweizer Gesetzgebung finden, auch

wirklich im Einklang mit den internationalen Vorgaben formuliert sind. Diese wichtige Aufgabe hat das Gesetz in seinem spärlichen neuArt. 964^{sexies} OR gestützt auf die kurz gehaltenen Grundsätze zum „Managementsystem“ und zur „Lieferkettenpolitik“ nun im Wesentlichen an die Verordnung delegiert. Von den staatsrechtlichen Bedenken gegenüber diesem Vorgehen war bereits die Rede.

Bei der Ausgestaltung der Sorgfaltspflichten im Verordnungsentwurf fallen im Lichte der internationalen Vorgaben vorab vier grosse Defizite auf:

- Erstens ist das Sorgfaltspflichtenheft in zentralen Punkten **unvollständig**.
- Zweitens **widerspricht** es in wichtigen Fragen den internationalen Vorgaben.
- Drittens präsentieren sich die Sorgfaltspflichten in der Verordnung statisch, d.h. **nur mit spärlichen expliziten Verweisungen** auf die sich fortlaufend entwickelnden internationalen Regelwerke.
- Viertens lassen sich die Vorschriften von **Regelwerken** inspirieren, die von ihrem reduzierten Ansatz her international bereits wieder **überholt** sind.

Die so festgestellten Defizite und entsprechenden Forderungen fallen in dieser Reihenfolge zunehmend entschieden aus. Notwendig ist eine **grundlegende Überarbeitung des Verordnungsentwurfs zwecks systematischem Abgleich mit aktuellsten internationalen Regelwerken in dynamischer Verweisung.**

Dies gesagt, bleibt gleichzeitig das Anliegen jeder Rechtsetzung hochzuhalten, zumindest die Grundsätze der Sorgfaltsanforderungen selbsterklärend in der Verordnung festzuschreiben und nicht ausschliesslich mit Verweisen zu arbeiten. In diesem Sinne seien in der Folge die zentralen Defizite mit konkreten Vorschlägen am Verordnungstext oder den Erläuterungen verbunden. Diese Einzelkritik musste, um nicht auszuufern, ein Stück weit summarisch bleiben. Die Kritikpunkte betreffen entweder je die Kinderarbeit oder Konfliktmineralien oder zum Teil auch beide Bereiche. Sie lauten wie folgt (im Einzelnen mit Nachweisen sei auf die weiterführenden Ausführungen verwiesen):

2.2.2 Die einzelnen Kritikpunkte mit Vorschlägen

A. Unvollständiger Gegenstand der Sorgfaltsprüfung – keine rechtsetzende Definition bei zu engem Verständnis der „Kinderarbeit“

Klarzustellen, was unter (missbräuchlicher) „Kinderarbeit“ zu verstehen ist, dient sowohl den Betroffenen wie auch den Unternehmen und so der nötigen Signalwirkung. Dieser Begriff gehört deshalb in den Verordnungstext. Die Erläuterungen sind dafür der falsche Ort. Zudem sind die dortigen Ausführungen zum einen nur schwer verständlich. Zum anderen legen sie „die Priorität“ verkürzend „auf die schlimmsten Formen von Kinderarbeit“[7] (wie Kinderhandel oder Sklaverei), statt einem umfassenderen Verständnis mit weiteren Aspekten von Kinderarbeit zu folgen. Denn wie der erläuternde Bericht des Verordnungsentwurfs selbst zu Recht festhält: „Kinderarbeit kann viele verschiedene Formen annehmen.“[8] Kinder dürfen nach dem einhelligen Verständnis der UN-Kinderrechtskonvention „nicht zu einer Arbeit herangezogen zu werden, die Gefahren mit sich bringen, die Erziehung des Kindes behindern oder die Gesundheit des Kindes oder seine körperliche, geistige, seelische, sittliche oder soziale Entwicklung schädigen könnte.“[9] Insbesondere ist in diesem Lichte im Verordnungstext selbst klarzustellen, dass die Arbeit unter 15 Jahren gemäss dem ILO-Übereinkommen Nr. 138 in jedem Fall verboten ist.

[7] VE-erläuternder Bericht, S. 9.
[8] A.a.O., S. 9.
[9] Art. 32 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention.

B. Verkürzte Reichweite der Sorgfaltspflicht – nur vorgelagerte, nicht nachgelagerte Geschäftsbeziehungen

Im gemäss internationalen Vorgaben umfassenden Umfang hat sich die Sorgfaltsprüfung in der Lieferkette (oder besser: Wertschöpfungskette) nicht nur auf die einem Unternehmen vorgelagerten Stufen (d.h. die Zulieferungsunternehmen etc.), sondern auch die nachgelagerten Stufen (d.h. die Kund:innen) zu erstrecken. Von diesem international anerkannten Verständnis hat sich der Verordnungsentwurf nun aber zumindest in Bezug auf die Kinderarbeit verabschiedet. Mit dem Passus „Produkte oder Dienstleistungen anbieten" ist nach dem Wortlaut nur der Upstream-Bereich abgedeckt, d.h. das Angebot von Produkten oder Dienstleistungen an Schweizer Unternehmen. Nicht erfasst ist der Downstream-Bereich, d.h. der Verkauf von Produkten oder Dienstleistungen durch Schweizer Unternehmen, in dessen Zuge Kinderarbeit stattfindet. Auch im Absatzmarkt kann Kinderarbeit vorkommen, z.B. wenn ein Schweizer Agrokonzern Pestizide absetzt, die auf Plantagen eingesetzt werden und dort Kinder bei ihrer Feldarbeit in ihrer Gesundheit schädigt. Weitere Sachverhalte sind ohne weiteres denkbar. Damit auch diese erfasst sind, bedarf es der erwähnt völkerrechtskonformen Umformulierung des Begriffs der „Lieferkette" in der Verordnung.

C. Missverständliche Reichweite der Sorgfaltsprüfung – Klärungsbedarf zugunsten einer hinreichenden Reichweite bei mehrstufigen Wertschöpfungsketten

Die Sorgfaltspflicht hat nach den UNO-Leitprinzipien wie auch den vom Gegenvorschlag referenzierten OECD-Leitsätzen im Prinzip die ganze Wertschöpfungskette, d.h. sämtliche Geschäftsbeziehungen zu erfassen: Das bedeutet, dass in allen Geschäftsbeziehungen zu Produkt- oder Dienstleistungsanbietern eine Due Diligence durchzuführen ist. Die Prüfung durch die Unternehmen beschränkt sich dabei in verhältnismässigem Ansatz auf Auswirkungen, die unmittelbar mit der Geschäftstätigkeit, den Produkten oder den Dienstleistungen des Unternehmens verbunden sind (directly linked). Von der Prüfpflicht ausgeschlossen sind damit Risiken, die keinen Bezug zur eigenen Geschäftstätigkeit haben. Zudem ist einschränkend ein risikobasierter Ansatz vorgesehen: Verlangt ist eine Sorgfalt ausgehend von den schwersten Auswirkungen unternehmerischer Tätigkeit auf Mensch und Umwelt. Eine Prüfpflicht dagegen, welche sich nur auf die erste Stufe (first tier) der Liefer- bzw. Wertschöpfungskette beschränkte, würde in der Realität bei weitem nicht ausreichen, da die Probleme oft v.a. in den untersten Stufen entstehen. Kinderarbeit z.B. findet bildlich gesprochen hauptsächlich auf der Kaffeeplantage statt, sodass eine Sorgfaltspflicht begrenzt auf die Stufe des Grosshändlers für gerösteten Kaffee keinen Sinn machen würde.

Bereits bei den Begriffsbestimmungen der Verordnung ist dieses grundlegende Verständnis der zu prüfenden Geschäftsbeziehungen zu klären. Dies hat der Verordnungsentwurf nun aber unterlassen. Dadurch hat er bei einzelnen Regulierungsbereichen Probleme geschaffen, denen bei der erwähnt völkerrechtskonformen Klärung der zu prüfenden Geschäftsbeziehungen vorgebeugt werden könnte:

So etwa zunächst bei der Problematik, wie weit die Prüfung bei Unternehmen mir nur „geringen Risiken" zur Befreiung von der Sorgfaltspflicht reichen soll. Die vom Verordnungsentwurf dort verankerte sog. Made-in-Prüfung hätte wie oben erläutert zur Folge, dass die Bereiche, in denen Risiken bestehen, gar nie in den Blickwinkel des Unternehmens rückten und die ganze Regelung damit weitgehend ins Leere liefe. Dieses Problem hätte mit der erwähnt völkerrechtskonformen Terminologie der zu prüfenden Geschäftsbeziehungen verhindert werden können. Schliesslich könnte damit etwa auch die missverständliche Formulierung der „Lieferkette" zu den Konfliktmineralien geklärt werden. Zu einschränkend erscheint namentlich der Verordnungsbegriff des „Gewahrsams" an den Konfliktmineralien – verstanden als Besitz oder Eigentum. Auch nicht-physische Vorgänge wie der für die Schweizer Rohstoffbranche eminent wichtige (Transit-)Handel müssen von der vorliegenden Regelung ausdrücklich erfasst sein und

entsprechend sorgfaltspflichtige Geschäftsbeziehungen darstellen. Auch dieser Klärung dient der Vorschlag der Koalition zur hinreichend weit verstandenen Fassung der prüfungsrelevanten Geschäftsbeziehungen.

D. Missverständlicher Verpflichtungsgrad – „Bemühenspflicht" statt „Handlungspflicht"

Der erläuternde Bericht zum Verordnungsentwurf führt zum Verpflichtungsgrad der Sorgfaltspflicht die zusätzliche Qualifikation der sog. „Bemühenspflicht" ein. Dieser Terminus ist dem schweizerischen Recht im einschlägigen Zusammenhang von Due-Diligence-Prozessen und unternehmerischer Compliance fremd. Üblich ist in unserer Rechtsordnung dafür die „Handlungspflicht" in Abgrenzung zur „Erfolgspflicht". Auch die internationale Gemeinschaft verwendet in der Thematik von Business & Human Rights analoge Terminologien. Sie ordnet die einschlägige „mandatory Human Rights Due Diligence (mHRDD)" grundsätzlich den Handlungs- und nicht den Erfolgspflichten zu, wobei einzelne Stimmen in gewisser Hinsicht gar von einer Erfolgspflicht ausgehen. Die UNO-Leitprinzipien und OECD-Leitsätze verlangen als Mindeststandard jedenfalls, das Verhältnismässige zu tun, um die tatsächlichen und potenziellen Risiken zu ermitteln, den Eintritt des Risikos möglichst zu vermeiden und widrigenfalls die nötige Abhilfe zu leisten (durch Minimierung und Wiedergutmachung). Es geht um ein Handeln durch kontinuierliche Verbesserung und nicht um Nullrisikotoleranz. Gemeint ist damit eine Handlungspflicht, in eine bestimmte Richtung tätig zu werden.

Weshalb der Verordnungsentwurf zur Beschreibung eben dieser Pflichten, ob bewusst oder unbewusst, auf den dafür einschlägigen Begriff der „Handlungspflicht" verzichtet, um stattdessen von einer „Bemühenspflicht" zu sprechen, ist nicht nachvollziehbar. Mit seiner Begriffskreation erweckt er den Eindruck, also ob er zwischen der Berichterstattungspflicht und der Handlungspflicht eine Zwischenkategorie abgeschwächter Verpflichtung schaffen und dort die Sorgfaltspflicht einreihen wollte. Entsprechend lautet die klarstellende Forderung, statt von einer „Bemühenspflicht" konsequent von der „Handlungspflicht" zu sprechen.

E. Blankocheck zur Abwälzung der eigenen Sorgfaltspflicht auf Zulieferer

Gemäss dem Verordnungsentwurf kann sich das Schweizer Unternehmen von Zulieferer und weiteren Geschäftspartner:innen ausdrücklich zusichern lassen, dass diese keine Mineralien und Metalle aus Hochrisiko- und Konfliktgebieten handeln oder bearbeiten oder Kinderarbeit aufweisen. Ein solcher Passus lädt die Unternehmen dazu ein, sich mit einem simplen Vertrag von der eigenen international verankerten Sorgfaltspflicht zu entziehen. Insoweit kann die Vorlage gar kontraproduktiv wirken. Vertragliche Vereinbarungen mit Geschäftsbeziehungen sind in Ergänzung zu je nach den konkreten Umständen anderen geeigneten Massnahmen (z.B. eigenen Kontrollen oder Abklärungen der Unternehmen) zu verstehen und nicht alternativ dazu. Sie dürfen zudem nicht den Charakter von reinen Befreiungsklauseln haben. Vielmehr haben sie nach den internationalen Vorgaben die gemeinsame Verantwortung mit den Zuständigkeiten, Kontrollen und Rechtsfolgen bei Vertragsverletzungen vertraglich zu regeln.

F. Unternehmensinterne Mechanismen zur Wiedergutmachung und Beschwerde – Passus ohne Substanz

Wirksame unternehmensinterne Beschwerde- und Wiedergutmachungsprozesse sowie Due Diligence bedingen sich für eine effektive Respektierungsverantwortung und Sorgfaltspflicht gegenseitig. Zudem stellen sie die nötige Ergänzung zu an sich erforderlichen staatlichen Durchsetzungsmechanismen dar.

Die UNO-Leitprinzipien sowie die vom Gegenvorschlag referenzierten OECD-Leitsätze und der OECD-Leitfaden machen zur grossen Bedeutung solcher Abhilfemassnahmen einsichtige Aussagen und stellen Kriterien auf: Auch bei besten Politiken und Verfahren kann ein Unternehmen im Einzelnen dennoch eine nachteilige menschenrechtliche Auswirkung verursachen oder dazu beitragen. Stellt es fest, dass eine solche Situation vorliegt, verlangt seine Verantwortung zur Achtung der Menschenrechte aktive Bemühungen um Wiedergutmachung, entweder allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Akteuren. Beschwerdemechanismen auf operativer Ebene sind ein wirksames Mittel, um Wiedergutmachung zu ermöglichen, sofern sie bestimmte Schlüsselkriterien erfüllen: Dazu gehören Legitimität, Zugänglichkeit, Berechenbarkeit, Unparteilichkeit, Transparenz und Dialogbereitschaft.

Es geht dabei im Einklang mit den Feststellungen des Europäischen Parlaments um ganz handfeste und essentielle Bedürfnisse wie die Wiedergutmachung bei massiven und weit verbreiteten Verletzungen; so bei der vorliegend partiell angegangenen Problematik um Abhilfe bei Kinderarbeit oder bei Schädigungen im Zusammenhang mit Konfliktmineralien.

Solche Mechanismen tun beim Gegenvorschlag besonders Not, weil er, im Gegensatz etwa zum modellgebenden NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit, von keinerlei staatlicher Durchsetzung oder Sanktionierung der Sorgfaltspflicht flankiert ist, weder gerichtlich noch aussergerichtlich.

Auch der Verordnungsentwurf erkennt diese Notwendigkeit zwar im Ansatz. Nur in der Ausgestaltung sind die Bestimmungen viel zu wenig konkret, um greifen zu können. Namentlich erfüllen sie die von den internationalen Regelwerken geforderten Schlüsselkriterien nicht. Der Verordnungsentwurf stellt nur einsilbig fest: „[Das Unternehmen] sorgt dafür, dass Bedenken hinsichtlich Kinderarbeit [oder Konfliktmineralien] in seiner Lieferkette gemeldet werden können." Das ist viel zu wenig. Es geht gestützt auf die erwähnten internationalen Vorgaben nicht einfach darum, mögliche Bedenken in Empfang zu nehmen. Vielmehr haben die Unternehmen eine Handlungspflicht, aktiv einen funktionierenden und so vom Verordnungsgeber angeleiteten Mechanismus zu installieren, der Abhilfe leistet und widrigenfalls Beschwerdeverfahren zur Verfügung stellt. Die Ansätze in den Verordnungserläuterungen erscheinen in diesem Lichte beliebig und sind in kein strukturiertes Gesamtsetting eingebunden: Wo können sich Betroffene melden? Wie muss ein Unternehmen bei einer solchen Meldung konkret vorgehen? Was ist die Rolle relevanter Interessenträger:innen, wie werden z.B. lokale Organisationen der Zivilgesellschaft oder Gewerkschaften eingebunden? Wie ist gewährleistet, dass der Abhilfe- bzw. Beschwerdeprozess die vorstehenden Schlüsselkriterien erfüllt? Und so weiter. Zu all diesen Fragen fehlen im Verordnungsentwurf Orientierungspunkte, was bereits die NZZ als einen von mehreren Kontrasten etwa zum weit konkreteren und verbindlicheren DE/Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz hervorgehoben hat.[10] Auf diese Fragen hat das Unternehmen Antworten zu liefern. Dazu bedarf es aber der konkreten Anleitung durch den Staat, d.h. auf Verordnungsebene. Für einen Vorschlag dazu besteht in der Staatengemeinschaft genügend regulatorisches Vergleichsmaterial: Besonders hilfreich, weil in rechtliche Form gegossen, ist dabei in Umsetzung der internationalen Vorgaben zum einen der Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments. Zum anderen auf nationaler Ebene auch das gerade eben verabschiedete DE/Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz.

[10] Die Schweiz kann bald in Zugzwang kommen, NZZ vom 6.5.2020.

3. Fazit: Schwaches Gesetz mit zusätzlich schwachem Verordnungsentwurf

Die Analyse der Koalition hinter der Konzernverantwortungsinitiative lässt nur einen Schluss zu: Auf ein sehr schwaches Gesetz folgt eine doppelt schwache Verordnung. Dies obschon der internationale und europäische Wind in die gegenteilige Richtung weht, hin zu griffiger Regulierung der Konzernverantwortung. Diese Diskrepanz zwischen eigenem Anspruch der Vorlage, „international Schritt zu halten“, und der Wirklichkeit einer nicht nur international überholten, sondern v.a. auch unwirksamen Vorlage wertet die Koalition als weiteren Grund, um mit unveränderter Kraft auf einen grundlegend anderen Weg hin zu zeitgemässer Konzernverantwortung hinzuarbeiten.

1 Politische Ausgangslage und Einschätzung

Am 29. November 2020 kam die Eidgenössische Volksinitiative „für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, besser bekannt als „Konzernverantwortungsinitiative“ zur Abstimmung. 50.7% der Stimmberechtigten stimmten zu, doch aufgrund der Ablehnung durch die Kantone (14.5 Stände sagten Nein) scheiterte die Vorlage. In der Folge kommt nun der indirekte Gegenvorschlag zum Zug; dieser tritt voraussichtlich auf den 1. Januar 2022 in Kraft.

Die Koalition hinter der Konzernverantwortungsinitiative hat die gesetzliche Regelung des Gegenvorschlags, wie sie nun vorliegt, von Anfang an kritisiert, weil sie im Wesentlichen nur eine Berichterstattungspflicht enthält und dort, wo sie darüber hinausgeht, willkürlich Themen herausgreift, auf jegliche Kontroll- und Sanktionsmechanismen verzichtet und so den internationalen Vorgaben nicht genügt. Mit der nun vorliegenden Umsetzungsverordnung nutzt der Bundesrat bedauerlicherweise trotz Volksmehr nicht einmal den Spielraum des Gesetzes, um wo immer möglich Schwächen zu korrigieren. Dagegen verwässert er die Regulierung nochmals derart, dass kaum mehr Unternehmen von den Sorgfaltspflichten zur Kinderarbeit und Konfliktmineralien erfasst sein werden.

Dieses Resultat erstaunt die Beobachter:innen der politischen Debatte nicht. Es reiht sich ein in die langjährige Politik des Bundesrates zum Thema Konzernverantwortung. Sie bestand immer in einer teilweisen Anerkennung des Handlungsbedarfs bei gleichzeitiger, konsequenter Ablehnung gesetzlicher Regeln. Erst unter Druck einer einzigartigen Bewegung für mehr Konzernverantwortung aus der Bevölkerung sowie eines sich abzeichnenden Kompromisses im Parlament, der zu einem griffigen Gesetz (und zum Rückzug der Volksinitiative) hätte führen können, sah sich der Bundesrat gezwungen, mit einer Schein-Regulierung einzugreifen. In der Botschaft vom 15. September 2017 war noch keine Rede von einem Gegenvorschlag, die Volksinitiative wurde schlicht abgelehnt. Erst 2019, der Tages-Anzeiger titelte „Keller-Sutters Winkelzug für die Grosskonzerne“[11], griff die Justizministerin mit einem rasch gezimmerten Gesetz in die laufenden parlamentarischen Verhandlungen ein und brachte so den seit 2018 durch die Rechtskommissionen erarbeiteten Kompromiss-Vorschlag zu Fall. In der Abstimmungskampagne diente der Gegenvorschlag dann als Kampagnenvehikel.

Diese politischen Umstände erklären, wieso der Gegenvorschlag und entsprechend auch die Umsetzungsverordnung alles andere als ein wirkungsvolles Regelwerk darstellen: Sie waren nie als solches geplant. Ganz im Gegenteil: Sinn und Zweck der vorliegenden Regelung war stets Regulierungsprävention.

Der Verein Konzernverantwortungsinitiative wird sich weiterhin für Regeln für Schweizer Konzerne einsetzen, die den internationalen Entwicklungen gerecht werden und einen wirkungsvollen Beitrag zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt leisten. Gleichzeitig sind wir darum bemüht, mit einer ausführlichen Stellungnahme dort, wo es für die Verordnung Spielraum gibt, einen Weg hin zur Verbesserung des vorliegenden Regelwerkes aufzuzeigen.

Der Sinn der vorliegenden Stellungnahme ist demnach ein doppelter:

- Erstens werden die grossen Konstruktionsfehler des Gesetzes rekapituliert, um gleichzeitig den Blick auf aktuelle internationale Entwicklungen zu öffnen und die dortigen, weit griffigeren Regeln dazu in Vergleich zu setzen. Dieses Einführungskapitel richtet sich v.a. an die Gesetzgebung.

[11] Tages-Anzeiger vom 14. August 2019, S. 5. Später deckte die Wochenzeitung auf, dass der neue Gegenvorschlag auf Vorschläge und Initiative des Wirtschaftsverbandes Swissholdings zurückging („Der lange Arm von Swissholdings“, WOZ vom 12. März 2020, S. 3).

- Zweitens werden in einer ausführlichen Vernehmlassungsantwort Verbesserungen an der Umsetzungsverordnung aufgezeigt, um gleichzeitig die engen Grenzen des Aufwärtspotenzials im Rahmen des vorliegenden Gegenvorschlags deutlich zu machen. Jenes Anschlusskapitel richtet sich primär an die Verordnungsgebung.

2 Kritik am Gesetz – Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit

2.1 Im Überblick

2.1.1 Der Anspruch – „internationale Abstimmung"

Bundesrat und Parlament haben die international gleich langen Spiesse in der Wirtschaft zur entscheidenden Richtschnur für die Beurteilung der Konzernverantwortungsinitiative und des Gegenvorschlags erklärt. So hat der Bundesrat im Abstimmungsbüchlein ohne untermauernde Fakten beispielsweise getitelt: „Die Initiative führt zu Rechtsunsicherheit und gefährdet Arbeitsplätze und Wohlstand. Neue Pflichten zur Berichterstattung und Sorgfaltsprüfung müssen international abgestimmt sein. So sieht es der indirekte Gegenvorschlag vor."[12]

Die Tagespresse hat das knappe Abstimmungsresultat sodann mit folgendem Fingerzeig zusammengefasst: „Karin Keller-Sutter hat den Abstimmungskampf mit dem Argument gewonnen, der Gegenvorschlag sei international besser abgestimmt. An diesem Argument wird sie auch gemessen werden, wenn die Nachbarländer ihre Regulierungen verschärfen werden."[13]

Beim Anspruch auf internationale Abstimmung der Konzernverantwortung scheint in der Tat ein gemeinsamer Nenner von Zivilgesellschaft und Politik gefunden zu sein. Und genau diesem eigenen Massstab ist der Gegenvorschlag, ganz im Gegensatz zur Initiative, von Beginn weg nicht gerecht geworden. Der Blick ins Ausland zeigt: Die Vorlage war bereits zum Zeitpunkt ihrer Ausarbeitung überholt, umso mehr ist sie es heute.

2.1.2 Die Wirklichkeit – Das Ausland zieht davon

Bei der Kenntnis und Antizipation internationaler Entwicklungen besteht bei der Politik denn auch grosser Aufholbedarf. Wenn der Bundesrat und verschiedene Exponent:innen des Parlaments (auch selbst in Auftrag gegebenen)[14] Rechtsvergleichen zum Trotz im vergangenen Herbst mit beispielloser Vehemenz davor gewarnt haben, dass sich die Schweiz bei Annahme der Konzernverantwortungsinitiative auf einen Alleingang begeben würde, dann geschah dies im Widerspruch zu bereits damals bekannten[15] Entwicklungen. Nur schon der Blick über die Grenzen zu unseren grössten Nachbarn belegt dies:

- In **Frankreich** war mit dem FR/Loi vigilance bereits damals seit drei Jahren ein mit der Initiative vergleichbares Gesetz mit breiten Sorgfaltspflichten zu Menschenrechten und der Umwelt und unter Einschluss einer Haftungsregelung in Kraft gewesen.

---

[12] Abstimmungsunterlagen für Volksabstimmung vom 29. November 2020, S. 5.
[13] Symptomatisch Aargauer Zeitung vom 29. November 2020. Dass die international angeblich bessere Abstimmung des Gegenvorschlages ein zentrales Argument im Abstimmungskampf war, zeigt die Nachabstimmungsbefragung „Vox Analyse", S. 1.
[14] S. dazu gerade auch gestützt auf die im Abstimmungskampf umstrittenste Frage der Haftung u.a. SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, rechtsvergleichendes Gutachten zur Geschäftsherrenhaftung für kontrollierte Unternehmen – Deutschland, England, Frankreich, Holland, Kanada, Italien, Österreich, Schweden, 30. Juli 2019.
[15] Vgl. u.a. Tages-Anzeiger vom 29. November 2020.

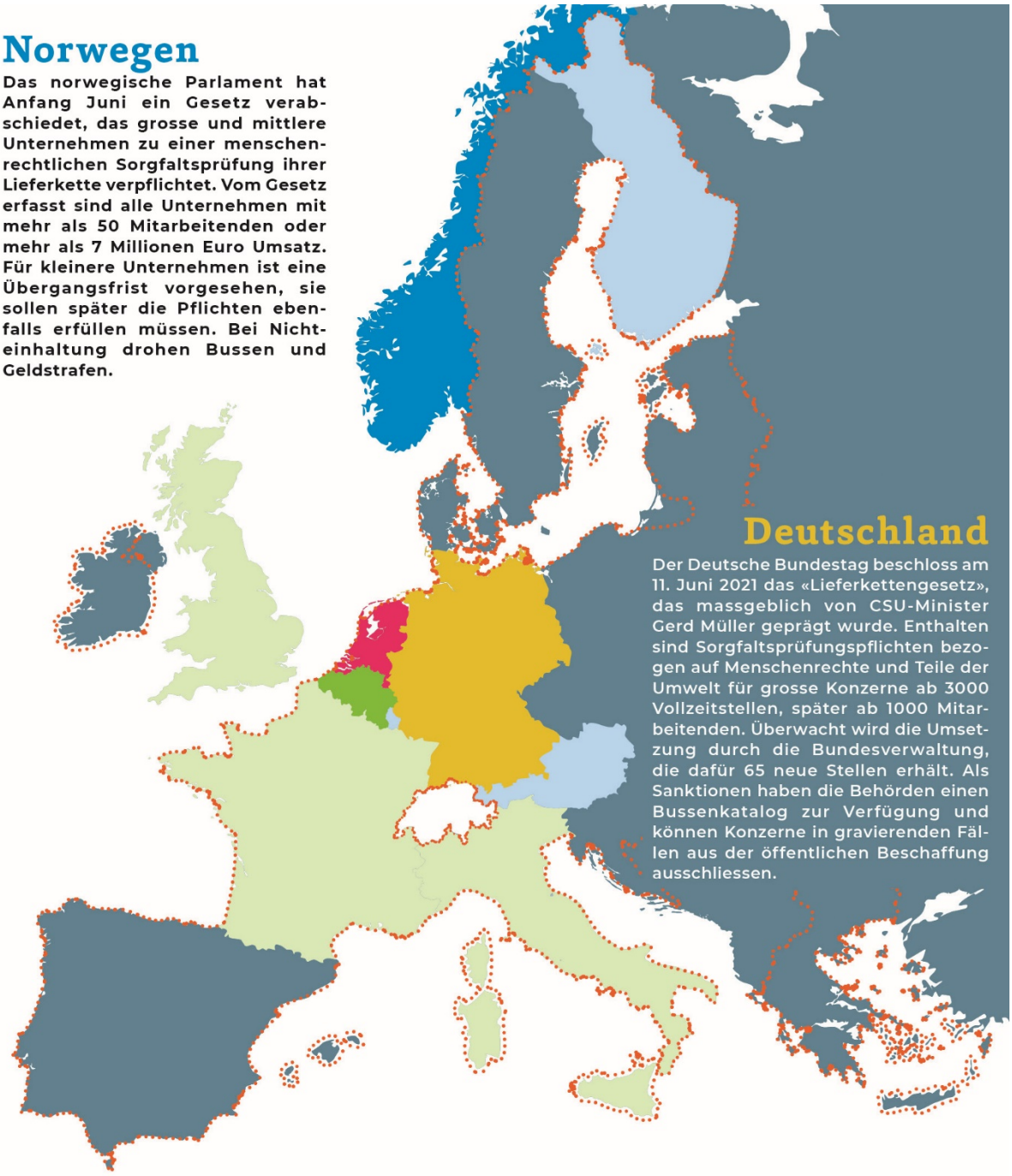
- Und auch **Deutschland** stand kurz vor der ebenso absehbaren Verabschiedung von einem DE/Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (in der Folge: DE/LkSG) mit breiten Sorgfaltspflichten und einem strengen und äusserst robusten Aufsichts- und Strafmodell (am 11. Juni 2021 nun verabschiedet).
- Das **EU Parlament** seinerseits stand dannzumal kurz vor der seit längerem absehbaren Entschliessung des Europäischen Parlaments für einen Richtlinienvorschlag mit breiten Sorgfaltspflichten und einer Haftung ganz im Sinne der Konzernverantwortungsinitiative (am 10. März 2021 nun zuhanden der EU-Kommission entschlossen).
- Dazu kommt das Case Law: In verschiedenen Staaten (z.B. Grossbritannien, Niederlande, Kanada) waren bereits Haftungsfälle vor Gericht hängig und mitunter erfolgreich, was das Argument, Haftungsklagen seien international einzigartig, ebenfalls widerlegt.[16]

Heute ist diese Bestandesaufnahme wie gesehen bereits wieder überholt und die europäische Entwicklung geht nur in eine Richtung: hin zu mehr und mehr griffiger Konzernverantwortung. Zur Illustration: In den sechs Monaten seit der Schweizer Volksabstimmung hat nicht nur das EU Parlament eine Konzernverantwortungsvorlage ganz im Sinne der Initiative vorgestellt. Neben Deutschland (11. Juni 2021) hat nun auch Norwegen (10. Juni 2021) eine strenge Regulierung mit breiten Sorgfaltspflichten und robusten Durchsetzungsinstrumenten verabschiedet. Daneben wurden in Belgien und den Niederlanden inzwischen vergleichbare Gesetzesentwürfe von Regierung oder Parlament vorgestellt. Auf der europäischen Landkarte präsentiert sich die aktuelle Entwicklung wie folgt:

[16] Vgl. zu Verweisen im Zuge dieses Dokuments.

Norwegen

Das norwegische Parlament hat Anfang Juni ein Gesetz verabschiedet, das grosse und mittlere Unternehmen zu einer menschenrechtlichen Sorgfaltsprüfung ihrer Lieferkette verpflichtet. Vom Gesetz erfasst sind alle Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitenden oder mehr als 7 Millionen Euro Umsatz. Für kleinere Unternehmen ist eine Übergangsfrist vorgesehen, sie sollen später die Pflichten ebenfalls erfüllen müssen. Bei Nichteinhaltung drohen Bussen und Geldstrafen.



Deutschland

Der Deutsche Bundestag beschloss am 11. Juni 2021 das «Lieferkettengesetz», das massgeblich von CSU-Minister Gerd Müller geprägt wurde. Enthalten sind Sorgfaltsprüfungspflichten bezogen auf Menschenrechte und Teile der Umwelt für grosse Konzerne ab 3000 Vollzeitstellen, später ab 1000 Mitarbeitenden. Überwacht wird die Umsetzung durch die Bundesverwaltung, die dafür 65 neue Stellen erhält. Als Sanktionen haben die Behörden einen Bussenkatalog zur Verfügung und können Konzerne in gravierenden Fällen aus der öffentlichen Beschaffung ausschliessen.

Belgien

Die Abgeordnetenkammer hat am 22. April die Prüfung eines Gesetzesvorschlags angenommen. Der Vorschlag enthält eine Sorgfaltsprüfungspflicht für alle in Belgien ansässigen Unternehmen und sieht eine umfassende Haftungsregelung vor, die sowohl strafrechtliche Sanktionen als auch kollektive Rechtsbehelfe der Opfer vorsieht.

Niederlande

Vier politische Parteien haben im März einen Entwurf für ein Konzernverantwortungsgesetz im Parlament eingereicht. Der Vorschlag ist umfassend und enthält Sorgfaltsprüfungspflichten im Bereich Menschenrechte und Umwelt. Die Einhaltung dieser Pflichten wird über eine Behörde sichergestellt, die Geldstrafen und im Wiederholungsfall Gefängnisstrafen verhängen kann. Das geplante Gesetz soll das bereits verabschiedete Gesetz zu Kinderarbeit ersetzen. Neben der Ebene der Gesetze spielen in den Niederlanden auch Gerichtsentscheide eine wichtige Rolle, so wurde z.B. Shell Nigeria kürzlich von einem holländischen Gericht wegen Umweltzerstörung verurteilt. Im gleichen Entscheid machte das Gericht auch die Muttergesellschaft Royal Dutch Shell für den angerichteten Schaden mitverantwortlich.

EU

Richtlinienvorschlag EU-Parlament, 10. März 2021

Österreich, Finnland, Luxemburg

Laufender politischer Prozess

Frankreich, Grossbritannien, Italien

Verabschiedetes Gesetz / laufende Gerichtsprozesse

Dieses Bild lässt keine Zweifel offen, welches Modell international besser abgestimmt ist:

- Es ist jenes der Konzernverantwortungsinitiative mit breiten Sorgfaltsprüfungspflichten und einer wirksamen Durchsetzung
- und nicht der Gegenvorschlag, der sich in überholter Manier mit reiner Berichterstattung und punktueller Sorgfalt ohne Durchsetzung begnügt. Gemessen an den internationalen Massstäben handelt es sich beim Gegenvorschlag um eine Nicht-Regulierung, womit die Schweiz auf der europäischen Regulierungslandkarte als weisser Fleck auffällt.

Selbst die einer Regulierung notorisch kritisch gegenüberstehende Neue Zürcher Zeitung scheint diese Frage bei nüchterner Betrachtung kurz nach der Abstimmung relativ klar zu beantworten. Angesichts der dargelegten Entwicklungen stellt sie unter dem Titel „Konzernverantwortung – die Schweiz kann bald in Zugzwang kommen“ fest:[17]

„Die vom Parlament beschlossene Gesetzesrevision sei ‘international abgestimmt’, hatte der Bundesrat im Vorfeld des Urnengangs über die Volksinitiative betont […]. Die jüngste Entwicklung lässt allerdings mutmassen, dass der europäische Trend in Richtung deutlich verschärfter Regeln geht. Auf EU-Ebene und in diversen Mitgliedstaaten sind dazu schon seit längerem Diskussionen in Gang. Mittlerweile liegen konkrete Gesetzesvorschläge vor.“

Das Vergleichsmaterial jenes Artikels ist bereits wieder überholt. Deutschland und Norwegen haben wie erwähnt verabschiedet. Mit Blick auf den aktuellsten gemeinsamen europäischen Nenner, der mit einem Mehr von 509 zu 79 angenommenen Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen, konstatiert die NZZ sodann zu Recht:[18]

„Der Vorschlag des EU-Parlaments betrifft Grossfirmen sowie kleinere Betriebe in Risikobereichen. Er umfasst breite Sorgfaltspflichten zu Umwelt und Menschenrechten einschliesslich Arbeitnehmerrechten und soll im Grundsatz die ganze Lieferkette betreffen. Zudem sieht der Vorschlag auch nationale Haftungsregeln bei Schäden vor – auch wenn diese Schäden von juristisch selbständigen Tochtergesellschaften im Ausland verursacht wurden. Die vorgeschlagenen Haftungsregeln liegen nahe bei den Forderungen der Schweizer Konzerninitiative. So sollen Unternehmen bei Schäden grundsätzlich haften – ausser sie beweisen, dass sie alle gebotene Sorgfalt angewendet haben.“

Dieser Überblick, der im zweiten Teil dieses Kapitels noch vertieft wird, macht bereits deutlich: Mit seinem späten Einbringen eines international überholten Gegenvorschlags in die fortgeschrittene und bis dahin gewinnbringenden Parlamentsarbeiten hat der Bundesrat der Gesetzgebung einen Bärendienst erwiesen. Denn es steht ausser Frage, dass das Parlament angesichts der internationalen Entwicklung gesetzgeberisch massiv nachschärfen muss. Dass dies zeitnah zu geschehen hat, ist ebenso klar. Referenz ist dabei nicht nur die EU selbst, sondern sind auch unsere Nachbarn.

2.1.3 Die Notwendigkeit – es braucht zeitnahe gesetzgeberische Anpassungen

Der im europäischen Vergleich wie dargelegt überholte Gegenvorschlag der Schweiz wird erstmals im Jahr 2024 eine unternehmerische Berichtspflicht über das Geschäftsjahr 2023 auslösen.[19] Was wird bis dann in der EU und bei unseren Nachbarn bereits geschehen sein?

Heute gesetzgeberisch tätig werden, um Rückstand auf Frankreich, Deutschland und weitere europäische Konzernstandorte im Rahmen zu halten

[17] NZZ vom 6. Mai 2021.
[18] A.a.O., eingangs dieses Abschnitts.
[19] Vgl. ATAMER/WILLI, S. 701.

Frankreich wird bis dann bereits seit sieben Jahren ein ungleich griffigeres Gesetz in Kraft haben. Auch unser zweiter grosser Nachbar Deutschland wird ein solches seit drei Jahren verabschiedet und per 2023 in Kraft gesetzt haben. Verschiedene andere mit der Schweiz vergleichbare Konzernstandorte wie Norwegen (am 10. Juni 2021 verabschiedet), die Niederlande, Belgien oder Österreich (zurzeit im Gesetzgebungsprozess) werden ein solches voraussichtlich ebenso beschlossen haben. Fazit: Die Schweiz ist im Vergleich zu ihren benachbarten Staaten in Sachen Konzernverantwortung bereits heute mehrere Jahre im Rückstand und hat insoweit umgehend tätig zu werden, um den Anschluss nicht komplett zu verlieren.

Heute gesetzgeberisch tätig werden, um mit der EU Schritt zu halten

Das absolute Minimum wäre der Anspruch der Schweiz, immerhin mit der EU Schritt zu halten, d.h. in Sachen Konzernverantwortung nicht unter das Rechtsniveau von Ländern wie Ungarn o.ä. zu fallen. Das Europäische Parlament hat diesen Frühling wie erwähnt mit überwältigendem Mehr einen entsprechend Richtlinienvorschlag zuhanden der EU-Kommission beschlossen.[20] Die Kommission wird basierend darauf ihren eigenen Vorschlag einer Richtlinie noch in der zweiten Hälfte dieses Jahres, voraussichtlich im September 2021, präsentieren. Das daran anschliessende Verfahren bis zum Erlass der Richtlinie dauert im Durchschnitt rund 2 Jahre.[21] Dementsprechend ist in den Jahren 2023/2024 mit der Verabschiedung eines europäischen Regelwerks mit breiten Sorgfaltsprüfungspflichten im Bereich der Menschenrechte und der Umwelt verbunden mit wirksamen Durchsetzungsvorgaben im Haftpflicht-, Verwaltungs- und Strafrecht zu rechnen. Die Staaten werden zur Umsetzung dieser Vorgaben 2 Jahre Zeit haben,[22] womit alle Staaten der Europäischen Union spätestens im Jahr 2026 mit ungleich fortschrittlicheren Vorschriften ausgestattet sein werden als die Schweiz mit ihrem überholten Berichtspflichten.

Bundesrat und Parlament können dieses den eigenen Anspruch an die europäische Abstimmung missachtende Szenario nur dann verhindern, wenn sie **bereits heute gesetzgeberisch** tätig werden. Das bedeutet, den jetzigen Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative (ähnlich wie etwa die Niederlande ihr Gesetz zur Kinderarbeit)[23] fallen zu lassen und stattdessen oder parallel dazu einen breiteren Ansatz zu verfolgen, der auf der Linie der EU-Arbeiten liegt. Eine solche Regelung wird bei einer durchschnittlichen schweizerischen Gesetzgebungsdauer von vier Jahren[24] noch knapp gleichzeitig mit allen anderen EU Staaten, d.h. voraussichtlich im **Jahr 2026** verabschiedet sein.

Bei zeitnahem Handeln – Chance auf eigenständige, aber mit der EU koordinierte Verantwortung von Schweizer Konzernen

In diesem Sinne tätig zu werden, gibt der Schweiz unter inzwischen noch klareren internationalen Vorzeichen als im vergangenen Herbst die (zweite) Chance, in Sachen Konzernverantwortung einen eigenständigen und gleichzeitig mit der EU koordinierten **Beitrag zur Durchsetzung der Menschenrechte und des Umweltschutzes** zu leisten. Gleichzeitig geht es bei diesem Vorgehen in den Worten des EU Parlaments auch für die Unternehmen um „**Rechtssicherheit**, gleiche Wettbewerbsbedingungen und die **Minderung unfairer Wettbewerbsvorteile** von Drittstaaten, die sich aus **niedrigeren Schutzstandards** sowie aus Sozial- und Umweltdumping im internationalen Handel ergeben […].“[25] Und nicht zuletzt behielte die Schweiz so die

[20] Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen (2020/2129(INL)).
[21] Vgl. Deutsche Bundesregierung, die Gesetzgebung der Europäischen Union.
[22] Vgl. Art. 21 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments.
[23] So hat die Niederlande ihr eigentlich bereits verabschiedetes und für die Schweiz modellgebendes Gesetz Wet zorgplicht kinderarbeid (WZK) vom 7. Februar 2017 (NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit) zugunsten eines viel breiteren Sorgfaltsgesetzes mit dem Namen Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen vom 11. März 2021 (NL/E-Sorgfaltspflichtengesetz) auf Eis gelegt.
[24] Vgl. Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, 2019, Rz. 84.
[25] Entschliessung des Europäischen Parlaments, Erw. AA.1 (S. 10).

Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsgewalt, Schweizer Konzerne nach eigenen, aber mit dem benachbarten Ausland koordinierten Schutzstandards und entsprechend anerkannten Massstäben zu beurteilen.[26]

Bei Untätigkeit – Sanktionierung von Schweizer Konzernen im Ausland und möglicher Verlust des EU-Marktzugangs

Bliebe die Schweiz dagegen untätig und begnügte sie sich mit dem europäisch nicht mehr akzeptablen Gegenvorschlag, missachtete sie nicht nur die in Europa unbestrittene Erkenntnis, dass die unternehmerische Einhaltung der Menschenrechte und des Umweltschutzes zugunsten der Betroffenen nur mit breiten Sorgfaltspflichten und wirksamer Durchsetzung möglich ist.[27]

Sie erwiese auch den Schweizer Konzernen einen Bärendienst: Denn das EU Parlament (wie bereits das in Deutschland verabschiedete DE/LkSG) stellen klar: „Um **gleiche Wettbewerbsbedingungen** zu schaffen, ist es wichtig, dass die Regeln für alle – also sowohl in der Union als auch in Drittstaaten ansässige – Unternehmen gelten, **die auf dem Binnenmarkt tätig** sind."[28] „[…] Diese Unternehmen **erfüllen die in dieser Richtlinie festgelegten Sorgfaltspflichten** […] und unterliegen den in dieser Richtlinie festgelegten **Sanktions- und Haftungsregelungen** gemäss der Umsetzung in das Recht des Mitgliedstaats, in dem sie tätig sind."[29]

Das bedeutet ganz konkret: Verabschiedete die Schweiz nicht innert rund fünf Jahren eine EU-kompatible Konzernverantwortungsvorlage, dann öffnete sie aus Sicht des internationalen Menschenrechts- und Umweltschutzes eine in keiner Weise zu rechtfertigende Lücke. Zudem setzte sie ihre Konzerne dem Risiko aus, im EU-Ausland beurteilt und sanktioniert zu werden. Solche Entscheide hätte die Schweiz wegen ihrer völkerrechtlichen Verpflichtung aus dem Lugano-Übereinkommen hierzulande anzuerkennen und in inländisches Vermögen zu vollstrecken.[30]

Die Situation könnte sich bei Untätigkeit der Schweiz gar noch verschärfen. So ist das EU Parlament dezidiert der Auffassung, „dass die Einhaltung der Sorgfaltspflichten eine **Voraussetzung für den Zugang zum Binnenmarkt** sein sollte und dass die Marktteilnehmer verpflichtet sein sollten, durch die Wahrnehmung der Sorgfaltspflicht Nachweise darüber zu erbringen und bereitzustellen, dass die Produkte, die sie auf dem Binnenmarkt in Verkehr bringen, mit den in den künftigen Rechtsvorschriften über die Sorgfaltspflicht festgelegten Umwelt- und Menschenrechtskriterien im Einklang stehen […]".[31]

Unter diesen Umständen scheint es sogar optimistisch, wenn sich die NZZ unter dem Titel „Konzernverantwortung – die Schweiz kann bald in Zugzwang kommen" wie folgt zitieren lässt: „Zudem wird sich die Frage stellen, ob die Schweiz zur Sicherung des EU-Marktzugangs mitziehen muss – [gerade] auch ohne Rahmenvertrag mit der EU." [32]

Für die Schweiz erscheint es demnach alternativlos, in Sachen echter Konzernverantwortung hier und heute gesetzgeberisch tätig zu werden und massiv nachzuschärfen.

---

[26] Nach dem Lugano-Übereinkommen (Art. 34 Ziff. 1 LugÜ) wären entsprechende Zivilurteile in der Schweiz in den Vertragsstaaten (d.h. der EU) zu akzeptieren. Vgl. Urteil des EuGH vom 28. März 2000, Krombach, Rs. C-7/98, Slg. 2000, I-1935 (weitere Nachweise bei GREGOR GEISSER, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen bei internationalen Sachverhalten – Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis von Völkerrecht und internationalem Privatrecht, Dissertation, Zürich u.a. 2013, N. 543 ff.).
[27] Vgl. Entschliessung des Europäischen Parlaments, Erw. AA.1 (S. 10) sowie Erw. 2 (S. 18).
[28] Entschliessung des Europäischen Parlaments, Erw. 10 (S. 21).
[29] Art. 2 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments.
[30] Vgl. Art. 33 ff. LugÜ (vgl. insb. Art. 34 Ziff. 1 und Art. 35 Ziff. 3).
[31] Entschliessung des Europäischen Parlaments, Erw. 10 (S. 12).
[32] NZZ vom 6. Mai 2021.

2.2 Kritik in den drei relevanten Dimensionen

Das vorstehende Überblickskapitel hat aufgezeigt, dass der Gegenvorschlag im europäischen Vergleich aus der Zeit gefallen ist und entsprechend in der Schweiz bereits heute erneuter gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Dieses Kapitel zeigt gestützt darauf in den drei wesentlichen Dimensionen auf, weshalb der Gegenvorschlag nicht nur überholt, sondern vor allem auch unwirksam ist.

2.2.2 Erste Grundkritik: Berichterstattung statt Sorgfaltspflicht

2.2.2.1 Gesetzliche Regelung

Gemäss Gegenvorschlag haben Unternehmen von öffentlichem Interesse mit einer Bilanzsumme von mindestens CHF 20 Mio. oder einem Umsatzerlös von mindestens CHF 40 Mio. sowie ab 500 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt jährlich einen Bericht mit Informationen zu nichtfinanziellen Belangen zu erstellen (neuArt. 964bis Abs. 1 OR). Darin ist über die folgenden Themen zu berichten: Umweltbelange, Sozialbelange, Arbeitnehmende, Menschenrechte und Bekämpfung der Korruption (neuArt. 964ter Abs. 1 OR). Der Bericht soll einschränkend lediglich jene Angaben enthalten, die zum Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage des Unternehmens und sowie der Auswirkungen seiner Tätigkeit auf diese Belange erforderlich sind (neuArt. 964ter Abs. 1 OR). Verfolgt das Unternehmen kein solches Konzept, hat es seinen Verzicht im Bericht zu erläutern (s. neuArt. 964ter Abs. 5 OR).

2.2.2.2 Beurteilung: Unwirksam und im Widerspruch zu internationalen Entwicklungen

Die Defizite

Statt den international vereinbarten und vom Bundesrat intensiv beworbenen Standard der UNO und der OECD effektiv umzusetzen,[33] beschränkt sich der Gegenvorschlag demnach im Grundsatz auf ein reines Reporting. Dessen Kernelemente führen die Defizite klar zu Tage:

Es handelt es sich erstens um keine Handlungspflicht, sondern lediglich eine Berichtspflicht: Das Gesetz verzichtet explizit darauf, die Thematik von Menschenrechten und Umwelt bei den Verwaltungsratspflichten zu verankern; es verortet diese dagegen bei der Rechnungslegung.[34]

Diese Berichtspflicht besteht zweitens nicht einmal vorbehaltlos:

Denn zum einen bedarf der Inhalt des Reporting zu negativen Auswirkungen für die Betroffenen zusätzlich der Relevanz für den Geschäftsverlauf o.ä., was bei den vorliegenden Themen von Umwelt- und Menschenrechtsschutz aus der Perspektive kurzfristiger Gewinnmaximierung häufig nicht der Fall sein dürfte.[35]

Zum anderen kann ein Unternehmen gar vollständig darauf verzichten, ein Reporting-Konzept aufzustellen, wenn es im Jahresbericht erklärt, warum es darauf verzichtet (sog. „comply or

---

[33] Vgl. gar für KMUs u.a. SECO, Menschenrechtliche Sorgfalt von Schweizer KMUs, Juni 2019, Pkt. 2.

[34] S. Begleitbericht, S. 5-7; so in kritischer Betrachtung aus Sicht der internationalen Entwicklungen ATAMER/WILLI, S. 693; HELLER/WENK, S. 63 ff. (65), grundsätzlich skeptisch gegenüber einem Ansatz, der keine klaren Verwaltungsratspflichten im Unternehmen kennt und das Thema weitgehend an die Prüfer:innen externalisiert.

[35] Vgl. Begleitbericht (S. 13 f.) zur hohen Messlatte für der einschlägigen Voraussetzung der „doppelten Wesentlichkeit“ und der daraus folgenden Abgrenzung zu den Nachhaltigkeitspflichten. Zur fortdauernden Problematik kurzfristiger Gewinnmaximierung vgl. auch die Erkenntnis gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments, Erw. 4 (S. 19).

explain-Ansatz“). Gerade für wenig reputationssensible Unternehmen (z.B. in der Rohstoffbranche), die im Bereich des Umwelt- und Menschenrechtsschutzes häufig die grössten Herausforderungen aufweisen, schafft das Gesetz den Fehlanreiz, sich für eine erklärte Disclosure zu entscheiden. Denn diesbezüglich wird auch fehlende Transparenz nicht den vom Gesetz beschworenen Reputationsmechanismus auslösen.[36]

Was bedeutet eine derart verkürzte und unverbindliche Regelung nun im Konkreten: Die einer (3) Berichterstattung gemäss internationalen Kernvorgaben zwingend vorangehenden Schritte einer Sorgfaltsprüfung mit (1) der Ermittlung der Risiken und (2) dem Ergreifen der nötigen Massnahmen (vgl. UNO-Leitprinzipien[37] und OECD-Leitsätzen[38]) hat keinen Eingang in die Gesetzgebung gefunden.[39] Dies führt zu wirkungslosen Anwendungsresultaten: So reicht es zum Beispiel aus, wenn ein Schweizer Grossunternehmen mit Blick auf eine von ihm kontrollierte Mine mögliche Auswirkungen seiner Tätigkeit auf die Anspruchsgruppen generell zu thematisieren. Selbst darauf kann das Unternehmen nach dem comply or explain-Ansatz nun aber verzichten. Das Unternehmen wird jedenfalls in keinem Fall dazu verpflichtet, die in seinem Kerngeschäft für die Arbeiter- und Anwohnerschaft konkreten Risiken (z.B. den Ausstoss von Giften) zu ermitteln und die nötigen Massnahmen zu ergreifen (d.h. sich um den Einbau eines Filters zu kümmern).

Empirie – Fehlende Wirksamkeit der Berichterstattung

Angesichts der erwähnten Grundvorbehalte gegenüber dem Reporting-Ansatz erstaunt es nicht, wenn die **EU** die im Jahr 2014 verabschiedete CSR-Richtlinie (2014/95/EU), auf welche sich der Gegenvorschlag stützt, zwecks wirksamer Unternehmensverantwortung im Bereich der Menschenrechte und der Umwelt für sich alleine als untauglich befunden hat: Denn im Bemühen um klare und gleiche Spielregeln ist eine Untersuchung der EU-Kommission gestützt auf breites Datenmaterial zu einem ernüchternden Befund gelangt: Die Berichtspflicht nach der einschlägigen CSR-Richtlinie (2014/95/EU) sei „kein geeignetes Instrument, um gegen die Missachtung von Menschenrechten oder anderen gesellschaftlichen Verantwortlichkeiten vorzugehen.“ Sie habe sich als „zahnlosen Tiger“ erwiesen, der im Gegenteil die Frage aufwerfe, ob er dazu missbraucht werden könne, den unternehmerischen „Umgang mit Menschenrechten und Umwelt schönzureden“. Gestützt auf diesen Befund seien „rechtlich verbindliche Sorgfaltspflichten nötig“, um sicherzustellen, dass sich Unternehmen an internationale Umwelt- und Menschenrechtsstandards hielten. Gleichzeitig hielt die Studie fest, dass rund 70% der an der Studie teilnehmenden Unternehmen selbst der Meinung seien, dass eine breite und branchenübergreifende Sorgfaltsprüfungspflicht auf EU-Ebene Vorteile bringe, insbesondere fairere Wettbewerbsbedingungen und Rechtssicherheit.[40] Das EU-Parlament hat seinen Richtlinienvorschlag mit umfassenden Sorgfaltspflichten nicht zuletzt auch auf diese Studie abgestützt, und dabei erkannt, dass derzeit nur **37 % der befragten Unternehmen** der Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Umwelt

[36] Genau dort funktioniert der im VE-erläuternden Bericht, S. 4, in folgenden Worten umschriebene Effekt nicht: „Dieser comply or explain-Ansatz […] soll Investoren und Konsumenten erlauben, die Glaubwürdigkeit der Begründung zu beurteilen. Entsprechend werden sich diese Marktteilnehmer – so die Idee des beabsichtigten Regelungsmodells – von einem fehlbaren Unternehmen abwenden.“

[37] Prinzip 17.

[38] Menschenrechte, Ziff. 41.

[39] S. dazu oben die Abgrenzung von der Sorgfaltspflicht als Handlungspflicht zur Berichtspflicht, welche die Gesetzgebung selbst vornimmt. Bei dieser klaren gesetzlichen Weichenstellung hilft auch der Hinweis nicht, wonach jeder Berichterstattung begriffsnotwendig eine gewisse Analysetätigkeit vorangehen müsse (s. Begleitbericht, S. 6 f.).

[40] So vorab auch rezipiert von NZZ, Konzernverantwortung: EU-Vorschriften können dazu führen, dass Firmen den Umgang mit Menschenrechten und Umwelt schönreden, 5.12.2019. Zur umfangreichen Studie in veröffentlichter Form: European Commission, Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, 2020, vorab zusammenfassend S. 15 ff. Zudem GREGORY JACKSON/JULIA BARTOSCH/EMMA AVETISYAN/DANIEL KINDERMAN/JETTE STEEN KNUDSEN, Mandatory Non-financial Disclosure and its Influence on CSR: An International Comparison, Journal of Business Ethics 2020, S. 323 ff.

und die Menschenrechte nachkommen würden und freiwillige Standards beim Schutz vor Schäden nicht zu wesentlichen Fortschritten geführt hätten.[41]

In gleichem Sinne war auch für das am 11. Juni 2021 verabschiedete DE/LkSG in **Deutschland** die fehlende Wirkung von Selbstverpflichtung und Marktransparenz nach dem Muster des Gegenvorschlags die wesentliche regulatorische Treibfeder, um zu umfassender Sorgfaltspflicht mit robuster behördlicher Aufsicht zu wechseln. Die einschlägigen Materialien halten dazu fest: „Die Ergebnisse der im Rahmen des Nationalen Aktionsplans durchgeführten repräsentativen Untersuchungen vom Juli 2020 haben gezeigt, dass lediglich zwischen **13 und 17 Prozent** der befragten Unternehmen die Anforderungen des Nationalen Aktionsplans erfüllen."[42] „Im Zuge der Umsetzung des Nationalen Aktionsplans ist deutlich geworden, dass eine freiwillige Selbstverpflichtung nicht ausreicht, damit Unternehmen ihrer menschenrechtlichen Sorgfalt angemessen nachkommen. Deshalb ist eine gesetzliche Verankerung mit behördlichen Durchsetzungsmechanismen geboten."[43]

Dass sich die Situation in der **Schweiz** als einem der grössten Konzernstandorte Europas besser präsentieren sollte als in der EU oder in Deutschland, dafür gibt es keinerlei Hinweise. Ganz im Gegenteil:

- Zunächst hat der Bundesrat selbst bereits im Jahr 2014 im internationalen Vergleich auch für die Schweiz einen grossen Regelungsbedarf hin zu breiten und verbindlichen Sorgfaltspflichten für hier ansässige Konzerne erkannt.[44] Belege für eine konstant hohe Zahl von branchen- und themenübergreifenden Menschenrechtsverletzungen und Umwelt-zerstörungen im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Tätigkeiten von Schweizer Konzernen sind, gleich wie das Europäische Parlament für die EU erkennt, auch in der Schweiz zahlreich vorhanden.[45]
- Im Weiteren belegen neuere Studien den Befund im europäischen Binnenmarkt, wonach die verkürzte[46] Umsetzung der bereits vor 10 Jahren verabschiedeten UNO-Leitprinzipien durch Selbstverpflichtung und Marktransparenz auch in der Schweiz nicht zum erhofften Erfolg geführt hat:
- HERBERT WINISTÖRFER et al. haben **im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO und der Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit im Jahr 2018 eine Studie** zu „Bedeutung und Stellenwert der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen in der Schweiz" verfasst. Darin sind sie gestützt auf die breite Datenbasis der u.a. 500 umsatzstärksten Schweizer Unternehmen („Top-500") zu folgendem vernichtenden Schluss gekommen (S. 3): „Wenn davon ausgegangen wird, dass Grossunternehmen CSR-Standards,

---

[41] S. Entschliessung des Europäischen Parlaments, Erw. X (S. 9) und Erw. AA.1 (S. 10). Vgl. zudem European Commission, Study on the non-financial Directive, Final Report, 2020, u.a. S. 115.

[42] DE/LkSG gestützt auf Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 15. Februar 2021 (verabschiedet am 11. Juni 2021), S. 1.

[43] A.a.O. vorstehende Fn., Begründung, S. 1.

[44] Vgl. Bundesrat, Rechtsvergleichender Bericht vom 2. Mai 2014 zur Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechten und Umwelt im Zusammenhang mit Auslandsaktivitäten von Schweizer Konzernen, S. 2 f. und 9 ff.

[45] Vgl. Entschliessung des Europäischen Parlaments Erw. 2 (S. 18). Für eine einschlägige Dokumentation mit Blick auf in der Schweiz ansässige Unternehmen vgl. z.B. das Business & Human Rights Resource Center (unter den einschlägigen Firmennamen).

[46] Die internationalen Vorgaben leiten die Staaten zu einer angemessenen und unabdingbaren Mischung („smart mix") von **Freiwilligkeit und Verbindlichkeit** an. Dazu explizit zum Ganzen UNO-Leitprinzipien, Prinzipien 3, 26-29 (je Kommentare dazu); OECD-Leitsätze, Menschenrechte, Ziff. 46. Mit einer zusätzlichen Betonung der Unabdingbarkeit von verbindlichen Massnahmen vgl. WSK-Ausschuss, General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, UN Doc. E/C.12/GC/24, 23. Juni 2017, Ziff. 14 und 39. Vgl. selbst Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt" vom 16. September 2017, BBl 2017 6368 (Botschaft zur Initiative), S. 6344. Mit Blick auf die Schweiz zudem die Besorgnis beim UN-Sonderbeauftragten JOHN RUGGIE, Die Menschenrechte – die neue Normalität, in der Handelszeitung vom 22. März 2018, der den damals im Parlament diskutierten rückzugsfähigen Entwurf des Nationalrates wohlwollend zur Kenntnis genommen und gleichzeitig festgehalten hat, dass die Schweiz bei dessen Scheitern die Gefahr läuft, international ins Hintertreffen zu geraten.

die sie in ihrer Berichterstattung erwähnen, auch aktiv anwenden, ergibt sich für die **OECD-Leitsätze** ein Anwendungsgrad von **2%**. […] Die **UNGP** [werden von] **5%** […] der Unternehmen aktiv angewendet."

- Zu einem ähnlich schwachen Resultat zum Erfüllungsgrad der Unternehmen bei der Beachtung der Menschenrechte und des Umweltschutzes kommt eine einlässliche Untersuchung von **SWIPRA** (Swiss Proxy Advisor – Stiftung für wertorientiertes Investieren) gestützt auf eine 2018 durchgeführte **Corporate-Governance-Umfrage** von Schweizer Unternehmen: Zwar haben mehr als zwei Drittel der Unternehmen angegeben, über ein Compliance-Management-System zu verfügen. Allerdings hatte weniger als die Hälfte ein solches Management-System in den Bereichen Supply Chain oder Umwelt und **nur knapp ein Viertel im Bereich der Menschenrechte**.[47]
- **Andere aktuelle Studien** weisen in die gleiche Richtung.[48] Diese Erkenntnisse reihen sich in die europäischen Befunde aus den Erfahrungen mit der CSR-Richtlinie ein.
- Zahlreiche **Lehrmeinungen** schliessen nun daraus: Die Marktmechanismen üben in diesem Bereich für sich alleine offenbar keinen ausreichenden Druck aus, sodass die Berichterstattung entweder ganz vernachlässigt wird oder nicht den Erwartungen entspricht. Deshalb wird das Reporting im europäischen Wirtschaftsraum nun ganz entscheidend durch eine gesetzliche Sorgfaltspflicht überlagert. Die Schweiz wird hier mitziehen müssen.[49]

Da die reine Berichterstattung demnach gerade auch mit Blick auf die Schweiz überholt ist, sei nur am Rande erwähnt, dass der Gegenvorschlag die dafür einschlägige CSR-Richtlinie der EU in mehreren Punkten nicht einmal vollständig übernimmt:

Randnotiz – Einschränkungen gegenüber der CSR-Richtlinie

Im Vergleich zur einschlägigen EU-Richtlinie fallen die folgenden Einschränkungen auf:

- **Geltungsbereich**: Die Richtlinie verlangt unter anderem mindestens 500 **Mitarbeiter**:innnen (Art. 1 Ziff. 1 Abs. 1). ‖ Der Gegenvorschlag sieht dagegen weniger Unternehmen vor, nämlich nur jene mit u.a. 500 **Vollzeit**stellen (neuArt. 964bis Abs. 1 Ziff. 2 OR).
- **Themen**: Die Richtlinie sieht ein Reporting auch zur **Diversitätsthematik** vor. ‖ Der Gegenvorschlag klammert dieses Thema dagegen mit dem beschränkten Hinweis auf die Geschlechterrichtwerte gemäss neuArt. 734f OR im Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung aus.[50] Damit sind aber im Gegensatz zur Richtlinie weitere Aspekte und Bereiche des Geschlechts, sowie des Alters oder des Bildungs- und Berufshintergrunds (Art. 1 Ziff. 2 Bst. a/g) nicht in die Vorlage eingeschlossen.[51]
- **Detaillierungsgrad**: Der Gegenvorschlag spricht ohne Bezugnahme zu konkretisierenden Leitlinien unverbindlich von **Umweltbelangen** und insb. **CO_2-Zielen** (neuArt. 964ter Abs. 1 OR). ‖ Die Richtlinie liest sich gemäss Art. 2 dagegen zusammen mit den einschlägigen

---

[47] SWIPRA-Umfrage 2018 so wiedergegeben durch die Mitverfasser BARBARA A. HELLER/CHRISTOPH WENK BERNASCONI, Non-Financial Reporting nach Annahme des Gegenvorschlags zur KVI, in: Expert Focus 2021 62, S. 65 (vgl. auch Grafik auf S. 63).
[48] GREGORY JACKSON/JULIA BARTOSCH, Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Corporate Responsibility in Different Varieties of Capitalism: Exploring the Role of National Institutions, 2016: Gemessen an der durchschnittlichen Performance seiner 76 grössten Unternehmen schneidet die Schweiz als Sitzstaat nur mittelmässig ab (S. 25/Tab.). MATTHIAS LEISINGER/SIBYLLE BAUMGARTNER et al., TewentyFifty (Hrsg.), Bestandsaufnahme über die Umsetzung der UNO- Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte durch den Bund und durch Schweizer Unternehmen, 2018, S. 31: „Auffallend ist, dass auch bei grossen Unternehmen mit mehr als 5000 Mitarbeiter/innen, gemäss Selbstauskunft weniger als die Hälfte Prozesse haben, menschenrechtliche Auswirkungen ihrer Aktivitäten auf Menschenrechte laufend zu ermitteln. Insgesamt hat nur eine kleine Minderheit von 20% diese Prozesse [dazu auch Tab. 16 S. 97]. Kleine Unternehmen haben keine solchen Prozesse.»
[49] S. u.a. ATAMER/WILLI, m.w.H., S. 693; zudem JULIE PERRIARD, Entreprises et droits humains : La directive européenne sur la publication d'informations non financières, un modèle à suivre en droit suisse?, RSDA 2019/6, S. 667 ff.; KAREN MAAS/MARJELLE VERMEULEN, A systemic view on the impacts of regulating non-financial reporting 22 (Erasmus School of Economics 2015): „As long as organizations do not integrate non-financial issues and business, it is not possible to learn from past experience. [...] in many cases non-financial reporting will stay a matter of PR and greenwashing."
[50] Begleitbericht, S. 8.
[51] Vgl. zudem Gender Dimensions of the Guiding Principles on Business and Human Rights.

Leitlinien der EU-Kommission und sieht zuhanden der Unternehmen mit umfassenden Handlungsanweisungen konkrete Schritt vor, so u.a.: „Beschreiben Sie die Unternehmenskonzepte im Klimabereich einschliesslich Konzepten zum Klimaschutz oder zur Anpassung an den Klimawandel. Beschreiben sie klimabezogene Ziele, insbesondere Ziele für Treibhausgasemissionen, die sich das Unternehmen im Rahmen seiner Politik gesetzt hat, und legen Sie dar, in welchem Verhältnis die Unternehmensziele mit nationalen und internationalen Zielen und insbesondere dem Übereinkommen von Paris stehen. Beschreiben Sie die Aufsicht des Vorstandes über klimabedingte Risiken und Chancen. […] Beschreiben Sie die Rolle der Geschäftsleitung bei der Bewertung und Handhabung klimabedingter Risiken und Chancen und erläutern Sie das Grundprinzip, auf das sich dieser Ansatz stützt.“[52] Insoweit besteht für den Gegenvorschlag doppelter Klärungsbedarf: Erstens stellt sich die Frage, was für eine Rolle die besagten Leitlinien der EU-Kommission als Orientierungshilfen auch für den Gegenvorschlag spielen und zweitens, inwieweit sich die Angaben zu den eminent wichtigen CO_2-Ziele in diesem Lichte konkretisieren lassen. Insbesondere überlässt es der Gegenvorschlag den Unternehmen, welche Kriterien und (Leistungs-)Indikatoren bei der Nachhaltigkeitsberichterstattung zu verwenden sind. Dies läuft der dringend gebotenen Qualität und Vergleichbarkeit der offengelegten Nachhaltigkeitsinformationen zuwider und untergräbt Bestrebungen zu einer ausgeprägteren Rechenschaftskultur.
→ In diesem Zusammenhang hat der Bundesrat umgehend spezifische Mindestanforderungen zur Präzisierung der Vorgaben gemäss neuArt. 964ter OR auszuarbeiten und – analog zur VSoTr – darüber ebenso eine öffentliche Vernehmlassung durchzuführen.

Der ab dem Geschäftsjahr 2023 wirksame Gegenvorschlag lässt zudem die für das gleiche Berichtsjahr geplanten Verschärfungen der CSR-Richtlinie gemäss Kommissionsvorschlag vom 21. April 2021[53] unbeachtet:

- Jene Revision sieht weit **detaillierte Berichtspflichten** vor als der Gegenvorschlag. Sie sieht namentlich weitergehende Angaben zum Inhalt der von den Unternehmen zu publizierenden Nachhaltigkeitsinformationen und nimmt die Entwicklung neuer EU-Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung auf.
- Zudem weitet sie den Geltungsbereich auf Unternehmen u.a. ab **250 Mitarbeiter:innen** sowie auf **Risiko-KMU** aus.
- Schliesslich unterstellt sie die Unternehmen im Gegensatz zum Gegenvorschlag, der aus Kostengründen darauf verzichtet,[54] neu einer **obligatorischen Prüfpflicht** durch unabhängige Prüfungsunternehmen und kehrt so von der staatlichen Wahlmöglichkeit ab.[55]

2.2.3 Zweite Grundkritik: Die Sorgfaltspflicht als absolute Ausnahme – willkürliche und den internationalen Vorgaben widersprechende Beschränkung auf vier Konfliktmineralien und Kinderarbeit

Der Gegenvorschlag kennt über das vorstehend diskutierte Reporting hinaus sodann ganz punktuell eine Sorgfaltspflicht. Dass dieser „Pflicht“ aus Sicht der Sanktionierung im Vergleich

---

[52] Vgl. als Beispiel Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen: Nachtrag zur klimabezogenen Berichterstattung vom 20.06.2019, 2019/C 209/01, Ziff. 3.2 (Tabelle 2); dazu auch ATAMER/WILLI, S. 691.
[53] Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting COM/2021/189 final.
[54] Begleitbericht, S. 17.
[55] Zu den geplanten Änderungen vgl. in einem Überblick auch PETER FLICK, Europäische Kommission veröffentlicht Vorschläge zur Überarbeitung der CSR-Richtlinie: Paradigmenwechsel in der Nachhaltigkeitsberichterstattung, 22. April 2021; zudem im Verhältnis zum Gegenvorschlag auch GIULIA NERI-CASTRACANE, Projets législatifs: Informations non financières, matières premières et travail des enfants, 5. Mai 2021; ATAMER/WILLI, S. 689.

zum Reporting gar keine eigenständige Bedeutung zukommt, sei als dritte Grundkritik erläutert. Hier ist zunächst der thematische Ausnahmecharakter dieser Sorgfaltspflicht kommentiert.

Der Gegenvorschlag beschränkt die gesetzlich verankerte Sorgfaltsprüfung auf die sogenannten Konfliktmineralien „Zinn, Tantal, Wolfram oder Gold" sowie auf „Kinderarbeit" (neu Art. 964*quinquies* Abs. 1 OR).

Zunächst erscheint dieser Ansatz einer Beschränkung der Sorgfaltspflicht auf ganz punktuelle Themen **willkürlich**: Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Regelung nur auf Kinderarbeit und wenige für die Schweiz (mit Ausnahme von Gold) kaum relevante Konfliktmineralien[56] beschränkt und nicht auch gemäss den internationalen Vorgaben und Entwicklungen mindestens ebenso bedeutende Probleme, wie z.B. Zwangs- und Sklavenarbeit, gesundheitsschädigende Arbeit, Enteignung, Entzug der natürlichen Lebensgrundlagen sowie die immer drängendere Thematik der Umweltzerstörung (unter besonderer Berücksichtigung des Klimawandels) umfasst.[57]

Die Reduktion der Problematik auf ein derart spezifisches Geschäftsfeld und Risiko, wie es der Gegenvorschlag kennt, erscheint nicht nur willkürlich, sie **widerspricht** auch dem risikobasierten Ansatz der UNO-Leitprinzipien sowie der OECD-Leitsätze, wonach sich das Unternehmen ausgehend von einer umfassenden Sorgfaltsprüfung, die grundsätzlich „alle international anerkannten Menschenrechte"[58] wie auch die „Umwelt"[59] umfassen soll, vorrangig um die in seinem Tätigkeitsbereich relevantesten Risiken zu kümmern hat: Angezeigt wäre folglich ein themen- und sektorenübergreifender Ansatz mit risikobasiertem Fokus im Einzelfall.[60] Folgt man dagegen der abstrakt vollzogenen Beschneidung der Problematik, wie sie der Gegenvorschlag vorsieht, führt dies zu unverhältnismässigen und im Einzelnen absurden Anwendungsergebnissen:

Zum Beispiel kann sich ein Unternehmen bei seiner Sorgfaltsprüfung in der von ihm kontrollierten ausländischen Kobaltmine von vornherein auf das Thema der Kinderarbeit beschränken. Da es sich beim Rohstoff Kobalt um kein Konfliktmineral (im Sinne der abschliessenden gesetzlichen Liste mit Zinn, Tantal, Wolfram oder Gold) handelt, wäre das Unternehmen insoweit von seiner Sorgfaltspflicht befreit. Dies obschon der Abbau von Kobalt in der ganzen Breite menschenrechtlicher Risiken ebenso problematisch ist wie jener der gesetzlich geregelten Konfliktmineralien.* So ist es kein Zufall, dass die kategorische Einschränkung des Gegenvorschlags auf vereinzelte Aspekte im erwähnten Widerspruch zu den internationalen Vorgaben steht – dies mit schwerwiegenden Folgen: So mag die Kinderarbeit für das Unternehmen unter den konkreten Umständen gar nicht das vorrangige Problem sein. Vielmehr steht z.B. eine Tätigkeit mit Gesundheitsrisiken für die gesamte Arbeiter- und Anwohnerschaft zur Diskussion. Durch die Prüfungsbeschränkung im Sinne des Gegenvorschlags kann das Unternehmen dessen ungeachtet jene Bereiche ausblenden, bei denen das Risiko für Mensch und Umwelt im konkreten Fall viel näher liegt als bei den gesetzlich verankerten Themen (von Kinderarbeit oder Konfliktmineralien).

*** Exkurs: Kobalt**

Auf EU-Ebene werden Unternehmen, die mit Kobalt handeln, bald einer zusätzlichen Sorgfaltspflicht und einer Überprüfung durch Dritte unterliegen.[61] Eine aktuelle OECD-Studie von über 1200 Risikoberichten in Mineralienlieferketten zeigt, dass der Kobaltabbau ein erhebliches Risiko nicht nur für Kinder- sondern auch Zwangsarbeit sowie sonstige

[56] Vgl. dazu weiter unten die Vernehmlassungsantwort zur Umsetzungsverordnung.
[57] S. in Erfassung dieser breiten Palette drängender Problembereiche stellvertretend Entschliessung des Europäischen Parlaments, Erw. N (S. 7), Q (S. 8) und S (S. 8) und der darauf gestützte Richtlinienvorschlag.
[58] UNO-Leitprinzipien, Prinzip 18/Kommentar, 2. Absatz.
[59] OECD-Leitsätze, Kapitel VI.
[60] Vgl. UNO-Leitprinzipien, Prinzipien 17 ff.
[61] Für einen Überblick über den laufenden Gesetzgebungsprozess s. New EU regulatory framework for batteries, Februar 2021.

Menschenrechtsverletzungen bis hin zur Unterstützung bewaffneter Gruppen birgt.[62] Der Rohstoffbericht 2018 des Bundesrates erkennt an, dass mehrere Schweizer Unternehmen im Kobalthandel in fragilen Kontexten aktiv sind.[63] Nicht nur, aber auch insoweit besteht in der Schweiz gesetzlicher Handlungsbedarf.[64]

Rechtsvergleich

Die in unseren grössten Nachbarstaaten verabschiedeten Regulierungen verfolgen im Gegensatz zum Gegenvorschlag dementsprechend einen weit umfassenden Ansatz mit breiten Sorgfaltspflichten über die ganze Thematik der Menschenrechte und der Umwelt:

- Zu nennen ist zum einen das FR/Loi Vigilance.
- Zum anderen aus aktuellem Anlass v.a. das DE/LkSG: Diese zur Schweiz scharf kontrastierende Entwicklung bei unserem grössten Nachbarn ist auch der NZZ nicht entgangen: „Im Vergleich zu den Schweizer Regeln geht der Gesetzesvorschlag [am 11. Juni 2021 als DE/LkSG verabschiedet] wesentlich weiter. Der auffälligste Unterschied: Das geplante Gesetz fordert von den Unternehmen spezifische Sorgfaltspflichten nicht nur für einzelne Bereiche wie Kinderarbeit und Konfliktmineralien, sondern generell in Sachen Umwelt und Menschenrechte. Dies entsprach einem Kernanliegen der Schweizer Konzerninitiative.“[65]
- Dem Ansatz von umfassenden Menschenrechtsthemen folgt ebenso das in Norwegen am 10. Juni 2021 verabschiedete NO/Transparenz- und Sorgfaltspflichtengesetz.[66]

Und auch die aktuellen Gesetzgebungsprozesse in der Europäischen Union und anderen europäischen Staaten folgen einer umfassenden Betrachtungsweise:

- Der Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments behandelt neben Menschenrechten und Umweltschutz gar noch darüber hinausgehende Themen der verantwortungsvollen Unternehmensführung wie jenes der Korruption.
- Und auch die neuesten Gesetzesvorschläge in Belgien für ein BE/E-Sorgfaltspflichtengesetz[67] sowie in Österreich für ein AT/E-Lieferkettengesetz[68] gehen in die ganze Breite von unternehmensrelevantem Menschenrechts- und Umweltschutz.
- Gleich verhält es sich in den Niederlanden beim Entwurf für ein NL/E-Sorgfaltspflichtengesetz,[69] welches notabene das NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit, auf das sich der Gegenvorschlag stützt, als überholt ablösen soll.[70]

---

[62] Vgl. OECD, Trends in Stakeholder Reporting, Mineral Supply Chain, 2021, S. 11.
[63] Bericht des Bundesrates, Rohstoffsektor Schweiz: Standortbestimmung und Perspektiven, 30.11.2018, S. 22 und S. 33 (Fn. 81).
[64] Vgl. in diesem Sinne auch Swissinfo, Cobalt must be included in Swiss responsible business legislation, 4. Juni 2021.
[65] Vgl. „Konzernverantwortung – die Schweiz kann bald in Zugzwang kommen“, NZZ vom 6. Mai 2021.
[66] Vgl. eine Rezeption u.a. in: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/norwegian-parliament-adopts-the-transparency-act/>.
[67] Proposition de loi instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leurs chaînes de valeur vom 2. April 2021.
[68] Entschliessungsantrag betreffend ein Lieferkettengesetz für eine soziale, menschenrechtskonforme und nachhaltige Produktionsweise vom 25. März 2021.
[69] Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen vom 11. März 2021; mit inoffizieller englischer Übersetzung.
[70] A.a.O., vorstehende Fn. Section 4.1.

2.2.4 Dritte Grundkritik: Pflicht ohne Sanktion oder Recht ohne Durchsetzung

2.2.4.1 Internationale Vorgaben und Entwicklungen – Sorgfaltspflicht verlangt nach wirksamer Durchsetzung

Der dritte Grundpfeiler der UNO-Leitprinzipien ist der Zugang zum Rechtsschutz und zur Wiedergutmachung – Die Staaten haben dafür zu sorgen, dass Betroffene von Menschenrechtsverletzungen Zugang zu wirksamem Rechtsschutz erhalten.[71] Diese Vorgabe ist das Abbild eines grundlegenden Rechtsprinzips: Verbindliches Recht bedarf staatlicher Durchsetzung. Auf staatliche Durchsetzungsmechanismen, deren Ausformungen im Ausland weiter unten erläutert werden, verzichtet die Schweiz nun aber gänzlich:

2.2.4.2 Gegenvorschlag – Sorgfaltspflicht ohne Durchsetzung

Die Schweizer Regelung setzt als „sanktionierende Instanz" bei Verletzung der Sorgfaltspflicht lediglich auf das „Spiel der Marktkräfte".[72] Die Lehre stellt dementsprechend konsterniert fest, dass sich die Mini-Strafnorm nur gegen die Verletzung der Berichterstattungs-, nicht aber gegen jene der Sorgfaltspflicht richtet.[73] ATAMER/WILLI schliessen in schonungsloser Offenlegung dieser Absenz: „Aus strafrechtlicher Perspektive erscheint die Differenzierung zwischen Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht im Gegenvorschlag demnach geradezu zwecklos."[74] Die einschlägige Strafnorm (neuArt. 325ter Abs. 1 Bst. a StGB) als einziges Durchsetzungsmittel liest sich unter dem Titel „Verletzung der Berichtspflichten" in der Tat wie folgt: „Mit Busse bis zu 100 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich in den Berichten […] falsche Angaben macht oder die Berichterstattung unterlässt." Eine derartige Verkürzung des Strafrechts auf die Verletzung des Reporting unter Ausschluss der Due Diligence widerspricht nicht nur den modellgebenden ausländischen Regelwerken, namentlich auch dem NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit.[75] Sie führt auch zu klassischen unternehmerischen Fehlanreizen:

Wenn ein Unternehmen seine Sorgfaltspflicht verletzt, d.h. zum Beispiel im Bereich der Kinderarbeit die Risiken nicht ermittelt oder keine geeigneten Massnahmen zur Abhilfe ergreift, wird es nicht sanktioniert. Untätigkeit bleibt damit ungestraft. Sanktioniert werden einzig „falsche Angaben" im Reporting, d.h. eine Diskrepanz zwischen Tatsachen und Berichten oder aber die Unterlassung der Berichterstattung.[76] Berichtet also ein Unternehmen ausgiebig über ihre konkreten Tätigkeiten im Umgang mit Risiken im Bereich der Kinderarbeit, begibt es sich eher in strafrechtliche Gefahr, die Unwahrheit zu erzählen, als wenn sie zwar eine Berichterstattung durchführt, dabei aber einsilbig und unkonkret bleibt. Eine solche Strafnorm führt zum Anreiz, möglichst wenig zu berichten. Dies ist der vom Gegenvorschlag beschworenen „Erfüllungstransparenz"[77] der Sorgfaltspflichten nicht zu-, sondern vielmehr abträglich.

[71] A.a.O., Prinzipien 1 ff.
[72] Vgl. VE-erläuternder Bericht, S. 15.
[73] WEBER, Rz. 24; KAUFMANN/SCHUERCH, S. 3; ATAMER/WILLI, S. 698.
[74] S. ATAMER/WILLI, S. 698.
[75] WEBER, Rz. 24; dazu sogleich.
[76] S. in diesem Sinne auch Begleitbericht, S. 24.
[77] VE-erläuternder Bericht, S. 15.

2.2.4.3 Die Durchsetzungsbausteine im internationalen Vergleich

Die UNO-Leitprinzipien sehen eine angemessene Mischung („smart mix“) aus bindenden und freiwilligen Massnahmen vor.[78] Bindende Vorgaben sind dabei in der gesamten Rechtsordnung in Betracht zu ziehen, das heisst im **Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht**.[79] Dem Gegenvorschlag fehlt nun in jedem dieser Rechtsgebiete die nötige Durchsetzung, in Bezug auf die Sorgfaltspflicht wie erläutert selbst im Strafrecht. Entsprechend hat die Kritik am Gegenvorschlag in Bezug auf die fehlende Sanktionierung am deutlichsten auszufallen:[80]

2.2.4.3.1 Keine Haftung – im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen

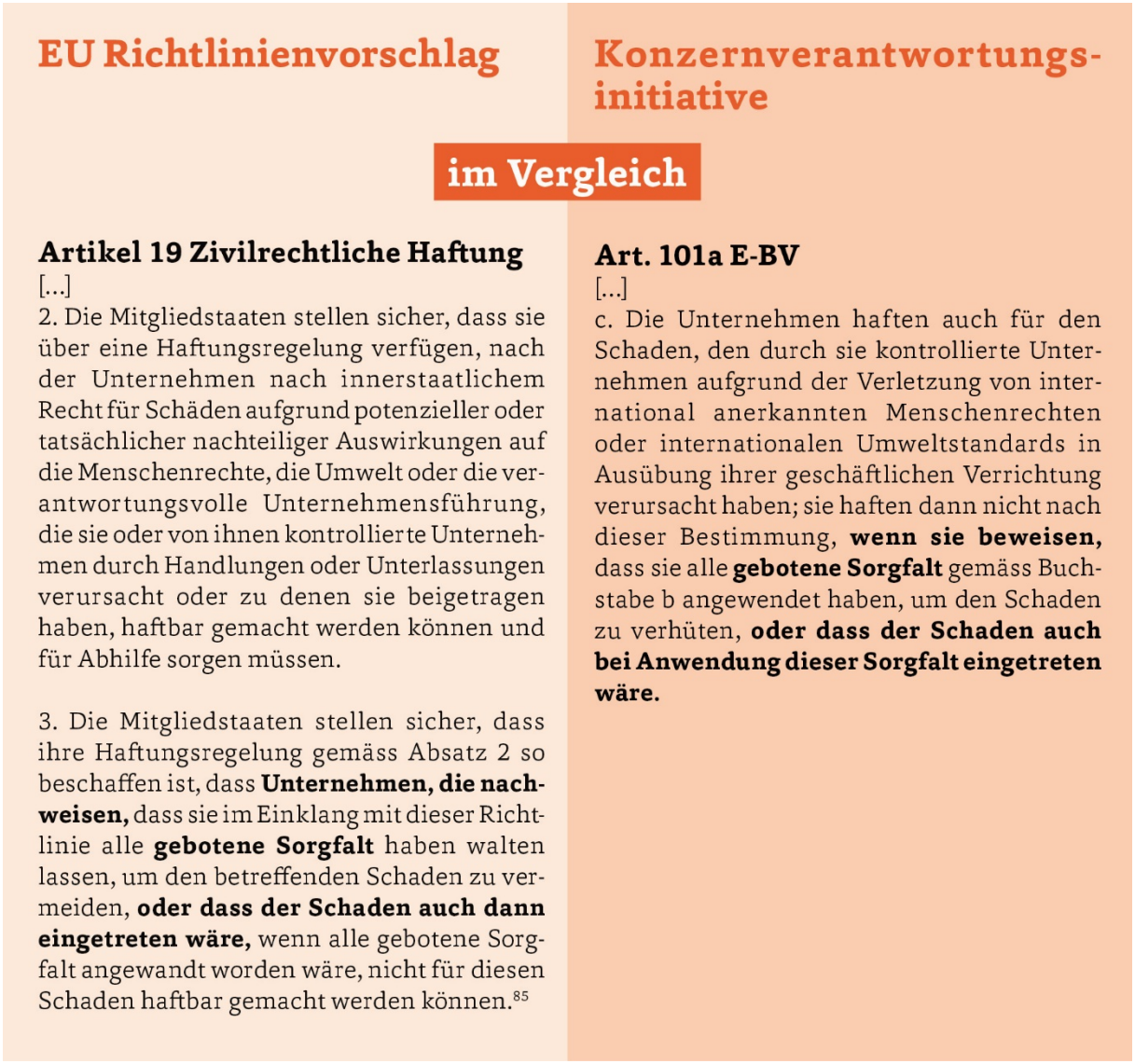
Das ausservertragliche Haftpflichtrecht begründet als staatlicher Grundmechanismus im Sinne von UNO-Leitprinzip 26 den Geschädigten die nötige Wiedergutmachung. Als solches ist es in anderen Rechtsordnungen mittlerweile zum unabdingbaren Grundbestand zivilrechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen im Umgang mit Menschenrechten geworden.[81] Diese Grundvorgabe bringt die Entschliessung des Europäischen Parlaments wie folgt auf den Punkt: „Die vorrangige Pflicht, die Menschenrechte zu schützen und den Zugang zu den Gerichten zu gewähren, liegt bei den Staaten, und das Fehlen öffentlicher gerichtlicher Mechanismen, um Unternehmen für Schäden, die in ihren Wertschöpfungsketten entstehen, haftbar zu machen, sollte nicht und kann nicht angemessen durch die Entwicklung privater betrieblicher Beschwerdemechanismen kompensiert werden.“[82]

Die UNO-Leitprinzipien leiten zusammen mit weiterem internationalem Rechtsmaterial die Staaten dementsprechend dazu an, die nötigen gesetzlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, um die rechtliche Verantwortlichkeit nach Massgabe ihrer jeweiligen Verantwortung angemessen unter den Mitgliedern einer Konzerngruppe zu verteilen. So kann verhindert werden, dass sich einzelne Unternehmen zulasten einer effektiven Wiedergutmachung der Geschädigten der menschenrechtlichen Verantwortung entziehen können.[83]

In Umsetzung dieser Vorgaben sieht der **Richtlinienvorschlag** gemäss **Entschliessung des Europäischen Parlaments** eine der Konzernverantwortungsinitiative nachgebildete Konzernhaftung vor, die bald für alle Mitgliedstaaten der EU massgebend sein dürfte:

---

[78] Prinzip 3 (Kommentar).
[79] Prinzipien 1, 3, 7 und 25 (je Kommentare dazu). Und insb. auch Hinweise in Entschliessung des Europäischen Parlaments, Erw. 4 (S. 19).
[80] So u.a. auch ATAMER/WILLI, S. 701.
[81] Vgl. die zahlreichen Nachweise beim WERRO, passim, im internationalen Vergleich.
[82] A.a.O., Erw. 5 (S. 20).
[83] Vgl. in einer Gesamtschau: UNO-Leitprinzipien, Prinzip 26/Kommentar (Missstand feststellend); Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social und Cultural Rights in the Context of Business Activities, 23.6.2017, UN Doc. E/C.12/GC/24 , Ziff. 44: “his requires State Parties to remove […] barriers to remedies, including by establishing **parent company or group liability** regimes […].” (Hervorhebung hinzugefügt); Vgl. Comittee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland, 26.2.2015, UN Doc. CRC/C/CHE/CO/2-4, Ziff. 22-23 , Ziff. 22-23 (mit Blick auf die Schweiz); OECD-Leitsätze, Kap. I, Ziff. 4 (Aufgabenteilung). Dazu u.a WERRO, passim; ATAMER/WILLI, KVI, mit Nachweisen zur Bedeutung einer Konzernhaftung aus Sicht der Wohlfahrtsökonomie, S. 445 f.



Nicht nur dieser EU-Konzernhaftungsvorschlag, sondern auch das bereits in Kraft stehende **FR/Loi vigilance** sieht eine Haftungsnorm bei Verletzung der Sorgfaltspflichten vor; dies gar über den Konzern hinaus hin zur etablierten Geschäftsbeziehung.[84] Und auch die für den Gegenvorschlag an sich modellgebenden **Niederlande** haben in zwei im Jahr 2021 ergangenen **Gerichtsurteilen** eindrücklich unter Beweis gestellt, dass sie bereits im geltenden Recht **Konzernhaftungsinstitute** kennen und diese nutzen, um im vorliegenden Kontext von Menschenrechtsverletzungen[85] und Umweltschädigungen[86] Klagen (auch von ausländischen) Geschädigten gutzuheissen. Dabei können die holländischen Gerichte im Unterschied zur Schweiz auch ein ausländisches Tochterunternehmen in den Niederlanden beurteilen und nicht nur die dort ansässige Konzernmutter. Der Gegenvorschlag verzichtet ungeachtet dieser internationalen Entwicklungen nun aber explizit auf eine Haftungsbestimmung. Das ist anachronistisch.

---

[84] Neue Artikel L225-102-4, L225-102-5 im Code de commerce, eingeführt durch Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre vom 27. März 2017, in Kraft seit dem 29. März 2017. In Auseinandersetzung mit der konkreten Frage vgl. STÉPHANE BRABANT u.a., The Vigilance Plan – Cor-nerstone of the Law of the Corporate Duty of Vi-gilance, Revue Internationale de la Compliance, Suppl., 2017, S. 2 f.

[85] Urteil (des [niederländischen]) Gerechtshof Den Haag, 200.126.804 en 200.126.834, vom 29. Januar 2021 (ins Englische rezipiert u.a. von Nadia Bernaz, Wading through the (polluted) mud: the Hague Court of Appeals rules on Shell in Nigeria, 2. Februar 2021).

[86] Urteil (der [niederländischen]) Rechbank Den Haag vom 26. Mai 2021 (Foe v. Shell) (in englischer Übersetzung hier) (vgl. u.a. auch E. 4.4.11). „Das Urteil gegen Shell verändert die Welt fundamental", NZZ vom 9. Juni 2021.

2.2.4.3.2 Keine strafrechtliche Sanktion – im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen

Das Strafrecht kann ergänzend zum Haftpflichtrecht nur dann disziplinierende und entsprechende präventive Wirkung haben, wenn es genügend robust ist.[87] Auch insoweit kontrastiert der Gegenvorschlag zu anderen Rechtsordnungen wie Deutschland[88] oder den Niederlanden:[89]

Zunächst sieht der Gegenvorschlag wie gesehen keine strafrechtliche Sanktion gegen die Verletzung der Sorgfaltspflicht vor. Die Mini-Strafnorm von neuArt. 325ter Abs. 1 Bst. a StGB richtet sich nur gegen eine „Verletzung der Berichtspflichten". Dies ganz im Unterschied zum an sich modellgebenden NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit, das nicht nur an das falsche oder unterlassene Reporting eine Strafe anschliesst, sondern v.a. auch an die Verletzung der Sorgfaltspflicht und dies notabene mit erhöhten Strafen.[90] Zudem ist der dortige Bussenrahmen im Vergleich zur Schweiz (max. **CHF 100'000**) ganz generell viel höher: Das NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit kennt Bussen gegen natürliche Personen von bis 830'000 Euro (im Wiederholungsfall mit **Freiheitsstrafe**) und gegen das Unternehmen Bussen von bis zu **10% des Jahresumsatzes**.[91] Dies gesagt, richtet sich die Strafe in den Niederlanden auch gegen das Unternehmen selbst und nicht nur, wie in der Schweiz, gegen natürliche Personen: Letztere dürften gestützt auf die Praxis von Kompetenzaufteilung und Delegation im Konzern häufig nicht auffindbar sein.[92]

Kurzum: Die Strafnorm des Gegenvorschlags ist äusserst dürftig und verdient im Gegensatz zum modellgebenden Ausland unter keinem Titel das Prädikat Durchsetzung.[93]

---

[87] Vgl. u.a. ATAMER/WILLI, S. 701.

[88] Vgl. dazu mit Blick auf Deutschland nur schon in Bezug auf die Berichterstattungspflicht: Zunächst können Sanktionen gegen das Unternehmen als auch gegen die verantwortliche natürliche Person verhängt werden. Das HGB räumt in den § 331 ff. Möglichkeiten ein, gegen eine nicht erfolgte, falsche oder unrichtige Berichterstattung vorzugehen. Die bereits im HGB vorgesehenen Bussgeldvorschriften für Ordnungswidrigkeiten wurden in der Umsetzung auf die nichtfinanzielle Berichterstattung gemäss EU-Recht ausgedehnt. Auf Ebene der juristischen Personen können gemäss § 30 OWiG gegen die Gesellschaft Geldbussen für die unzureichende nichtfinanzielle Berichterstattung gesprochen werden, die in der Höhe von 10 000 000 Euro oder 5% des Jahresumsatzes ausfallen können (§ 334 Abs. 3a HGB). Auf Ebene der natürlichen Personen ist eine fehlerhafte Wiedergabe bzw. eine Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse zur CSR in der nichtfinanziellen Erklärung durch ein Mitglied des vertretungsberechtigten Organs oder des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft sanktioniert. Damit wird der Tatbestand der „unrichtigen Darstellung" gemäss § 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB erfüllt, wofür eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vorgesehen ist. Ferner ist die Zuwiderhandlung bezüglich der Vorschriften zur CSR-Berichterstattung als Mitglied des vertretungsberechtigten Organs oder des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft nach § 334 Abs. 1 HGB eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbusse von bis zu 50 000 Euro und bei kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften sogar bis zu 2 000 000 Euro, geahndet werden können (§ 334 Abs. 3 HGB). So zum Ganzen ATAMER/WILLI, S. 698 f. In Bezug auf das unlängst erlassene DE/LkSG vgl. für das Verwaltungszwangsverfahren die hohen Zwangs- und Bussgelder gemäss § 24 f. (DE/LkSG gestützt auf Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 15. Februar 2021 [verabschiedet am 11. Juni 2021]).

[89] So auch konstatiert von ATAMER/WILLI, S. 698 ff. sowie WEBER, Rz. 24; zudem „Konzernverantwortung – die Schweiz kann bald in Zugzwang kommen", NZZ vom 6. Mai 2021.

[90] Vgl. dazu Wet zorgplicht kinderarbeid (WZK) vom 7. Februar 2017: vgl. dortigen Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 23 Abs. 4 Wetboek van Strafrecht, der bei Sorgfaltspflichtverletzung einen dreimal höheren Bussenrahmen vorsieht als der dortige Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 4 Wetboek van Strafrecht, der im Falle fehlender bzw. unzutreffender Berichtspflichten greift.

[91] Vgl. dazu die einschlägigen Vorschriften in der vorstehenden Fn. Im Ergebnis auch ATAMER/WILLI, S. 699 (Fn. 127).

[92] Notabene: Das Übertretungsstrafrecht taugt als Anlasstat gemäss Unternehmensstrafnorm i.S.v. Art. 102 Abs. 1 StGB nicht. Zum Ganzen ATAMER/WILLI, S. 698 f.

[93] Diese Einschätzung teilen namentlich auch ATAMER/WILLI, S. 698 f.

2.2.4.3.3 Keine verwaltungsrechtliche Massnahme – im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen

Der Gegenvorschlag sieht auch keinerlei verwaltungsrechtliche Massnahmen vor. Auch dies widerspricht dem allgemeinen Trend in Europa:

Zurzeit machen in anderen Rechtsordnungen wie **Deutschland**,[94] **Belgien**[95] sowie in **Österreich**[96] oder den **Niederlanden**[97] zur Durchsetzung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten besonders auch verwaltungsrechtliche Aufsichtsmodelle Schule. Der **Richtlinienvorschlag** gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments nimmt diesen Trend auf und legt dafür detaillierte Mindestvorgaben fest. Die einschlägigen Vorgaben lesen sich in Auszügen wie folgt:

> Art. 12 Aufsicht
>
> 1. Jeder Mitgliedstaat benennt eine oder mehrere zuständige nationale Behörden, die für die Aufsicht über die Anwendung dieser Richtlinie in ihrer in nationales Recht umgesetzten Form und für die Verbreitung bewährter Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht zuständig sind.
>
> […]
>
> Art. 13 Untersuchungen zu Unternehmen
>
> 1. Die in Artikel [12] genannten zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sind befugt, Untersuchungen durchzuführen um sicherzustellen, dass die Unternehmen die in dieser Richtlinie festgelegten Verpflichtungen einhalten, […].
>
> […]
>
> 7. Die Mitgliedstaaten sehen Sanktionen gemäss Artikel 18 für Unternehmen vor, die innerhalb der eingeräumten Frist keine Abhilfemaßnahmen ergreifen. Die zuständigen nationalen Behörden sind befugt, Geldbussen zu verhängen.
>
> […]
>
> Artikel 18 Sanktionen
>
> 1. Die Mitgliedstaaten legen angemessene Sanktionen für Verstösse gegen die aufgrund dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften fest und treffen alle erforderlichen Massnahmen um sicherzustellen, dass die Sanktionen durchgesetzt werden. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein und der Schwere der begangenen Verstösse sowie der Tatsache Rechnung tragen, ob der Verstoss wiederholt begangen wurde oder nicht.
>
> 2. Die zuständigen nationalen Behörden können insbesondere verhältnismässige Geldbussen verhängen, die auf der Grundlage des Umsatzes eines Unternehmens berechnet werden, Unternehmen vorübergehend oder auf unbestimmte Zeit von öffentlichen Aufträgen, von staatlichen Beihilfen und von öffentlichen Förderregelungen, einschliesslich Regelungen, die sich auf Exportkreditagenturen und -darlehen stützen, ausschliessen, auf die Beschlagnahme von Waren zurückgreifen und andere geeignete Verwaltungssanktionen verhängen.

Besonders robust ist in Antizipation dieses europäischen Trends das DE/LkSG, das **Deutschland** am 11. Juni 2021 verabschiedet hat:[98] Dieses sieht in § 13 ff. in detaillierter Regelung eine öffentliche Aufsichtsbehörde vor, welche u.a. die Befugnis hat, die Sorgfaltsberichte der Unternehmen zu prüfen, risikobasierte Kontrollen mit weitreichenden Betretungs- und Auskunftsrechten durchzuführen; sei dies von Amtes wegen oder auf Antrag von Betroffenen. Die staatliche Aufsichtsbehörde kann das Unternehmen schliesslich dazu anweisen, seiner

---

[94] Dazu sogleich.

[95] BE/E-Sorgfaltspflichtengesetz (Proposition de loi instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leurs chaînes de valeur vom 2. April 2021).

[96] AT/E-Lieferkettengesetz (Entschliessungsantrag betreffend ein Lieferkettengesetz für eine soziale, menschenrechtskonforme und nachhaltige Produktionsweise vom 25. März 2021).

[97] Wet zorgplicht kinderarbeid (WZK) vom 7. Februar 2017 (verabschiedet) (NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit). Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen vom 11. März 2021 (laufende Gesetzgebung) (NL/E-Sorgfaltspflichtengesetz); mit inoffizieller englischer Übersetzung.

[98] DE/LkSG gestützt auf Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 15. Februar 2021.

Sorgfaltspflicht innerhalb einer bestimmten Zeit nachzukommen, um im Säumnisfall u.a. Bussgelder bis zu 10% des Jahresumsatzes zu verhängen.

Auch die **Schweiz** wird sich für gesetzgeberische Massnahmen von solchen Modellen inspirieren lassen müssen. Dabei kennt sie z.B. mit dem Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsleistungen (BPS) oder dem Bundesgesetz über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren (EMKG) in zwei einschlägigen Bereichen bereits punktuelle Aufsichtsmodelle.[99] Die Schweiz wird sich dem europäischen Rechtsniveau anzugleichen haben: Denn die Entwicklung geht wie dargelegt gerade auch in Richtung aufsichtsrechtlicher Kontrolle breiter Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Umgang mit Menschenrechten und der Umwelt.

Diese rechtsvergleichenden Erkenntnisse führen uns zu folgendem Überblick:

2.2.5 Rechtsvergleich im schematischen Überblick – Schweiz als Schlusslicht bei Sorgfaltspflicht und Durchsetzung

In der Schweiz haben sich in den vergangenen Jahren mit der Konzernverantwortungsinitiative und dem Gegenvorschlag zwei grundlegend verschiedene Modelle gegenüber gestanden. Auch in der nahen Zukunft wird sich die Schweiz die Frage stellen müssen, für welches Grundmodell sie sich entscheidet. Im Vergleich zu den zurzeit relevantesten europäischen Referenzen ordnen sich diese beiden Modelle gestützt auf die vorstehenden Erläuterungen gemäss untenstehendem Schema ein.[100]

Fazit: Bereits dieser kurze Blick auf die für die Schweiz relevantesten Rechtsordnungen und materiellen Fragen (d.h. noch ohne Berücksichtigung des Prozessrechts, bei dem die Schweiz im Vergleich noch schlechter abschneiden würde) macht deutlich: Die Schweiz ist bei der internationalen Konzernverantwortung im Umgang mit Menschenrechten und der Umwelt bereits heute das Schlusslicht. In absehbarer Zeit wird sie noch weiter abgehängt. Der Gegenvorschlag hat es nicht fertiggebracht, eine international anschlussfähige Lösung mit einer breiten gesetzlichen Sorgfaltspflicht und einer Durchsetzung zu schaffen.

[99] Zum Koordinationsbedarf zu Letzterem mit dem Gegenvorschlag vgl. unten die Vernehmlassungsantwort im 3. Kapitel.
[100] Diese Schema basiert auf European Coalition for Corporate Justice, Corporate due diligence laws and legislative proposals in Europe, Mai 2021 (in einigen Punkten bereits wieder überholt) sowie auf Verein Konzernverantwortungsinitiative (Hrsg.), Rechtsvergleich im internationalen Verhältnis, 2020 (in wichtigen Punkten bereits wieder überholt).

	Schweiz (zwei Modelle)		**Niederlande** (für Gegenvorschlag deklariert modellgebend)		**Deutschland** (grösster Nachbar)	**Frankreich** (zweitgrösster Nachbar)	**EU** (europäischer Binnenmarkt)
	Konzern-verantwortungs-initiative[101]	Gegen-vorschlag[102]	NL/Sorgfalts-gesetz zur Kinder-arbeit[103]	NL/E-Sorgfalts-pflichtengesetz[104]	DE/LkSG[105]	FR/Loi vigilance[106]	Entschliessung des Europäischen Parlaments[107]
Status	Abgelehnt (Volks-, aber kein Stände-mehr)	Verabschiedet (2022 in Kraft)	Verabschiedet (sistiert wegen umfassendem Ansatz)	Im Prozess →	Verabschiedet (2023 in Kraft)	In Kraft seit 2017	Im Prozess
(1) UNO- und OECD-konforme gesetzliche Sorgfaltsprüfungs-pflicht - Themen: Menschenrechte und Umwelt; - Reichweite: entlang der Wertschöpfungskette (Geschäfts-beziehungen)	√	X (nur Kinderarbeit und Konflikt-mineralien + Reichweite verkürzt)[108]	(X) (nur Kinderarbeit und Konflikt-mineralien (letztere als EU-Staat)	√	(√) (Reichweite etwas verkürzt bzw. abgestuft)	(√) (Reichweite etwas verkürzt)	√ (+ zusätzliche Corporate Governance (z.B. Korruption)

[101] Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“ (Erläuterungen zur Initiative); zudem GREGOR GEISSER, Eidgenössische Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, Modellgesetz gestützt auf den Entwurf des Nationalrates, 7. Oktober 2020.
[102] Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative – Schlussabstimmungstext vom 19. Juni 2020 zur Änderung des Obligationenrechts (OR).
[103] Wet zorgplicht kinderarbeid (WZK) vom 7. Februar 2017.
[104] Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen vom 11. März 2021; mit inoffizieller englischer Übersetzung.
[105] DE/LkSG gestützt auf Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 15. Februar 2021; mit punktuellen Änderungen gemäss Deutschem Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 9.6.2021.
[106] Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre vom 27. März 2017.
[107] Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen (2020/2129(INL)).
[108] Vgl. dazu die kritische Beurteilung in der Vernehmlassungsantwort im 3. Kapitel.

(2) Durchsetzung: **(A) Zivilrecht** (insbesondere Konzernhaftung)	√ (gestützt auf Geschäfts-herrenhaftung)	X („keine neue Haftungsrege-lung“)[109]	√ (bereits im allgemeinen Haftpflichtrecht: primär gestützt auf Duty-of-Care-Modell mit Klagemöglichkeit auch gegen Tochter)[110]	√ (vgl. neben stehende Spalte)	X (keine neue Haftungs-grundlage; „Soweit bereits nach der geltenden Rechtslage eine zivilrechtliche Haftung begründet ist, soll diese jedoch unverändert fortbestehen und in besonders schwer-wiegenden Fällen in ihrer Durchsetzung erleichtert werden.“)[111]	√[112]	√ (analog Konzern-verantwortungs-initiative)
(B) Verwaltungsrecht (behördliche Aufsicht)	(X)[113]	X	√	√	√	(√)[114]	√
(C) Strafrecht (Bussen)	(X)[115]	X (gegen Verletzung der Sorgfaltspflicht keine Sanktion)	√ (bis 10% Jahresumsatz)	√	√ (bis 10% Jahres-umsatz)	(√)[116]	√
Ergebnis: Gesetzliche Sorgfaltspflicht + Durchsetzung	CH KVI = √	CH Gegen-vorschlag = X (Nicht-regulierung)	Niederlande = √		Deutschland = √	Frankreich = √	EU Parlament = √

[109] VE-erläuternder Bericht, S. 4; vgl. auch Begleitbericht, S. 6.
[110] Vgl. als aktuelles Urteil (des [niederländischen]) Gerechtshof Den Haag, 200.126.804 en 200.126.834, vom 29. Januar 2021 (ins Englische rezipiert u.a. von Nadia Bernaz, Wading through the (polluted) mud: the Hague Court of Appeals rules on Shell in Nigeria, 2. Februar 2021).
[111] Die Klausel liest sich wie folgt: „ Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung. Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt unberührt.“ Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 9.6.2021, S. 11. Die Erläuterung zu diesem Passus auf S. 38 des einschlägigen Berichts ist zusätzlich erhellend: „Soweit unabhängig von den neu geschaffenen Sorgfaltspflichten bereits nach der geltenden Rechtslage eine zivilrechtliche Haftung begründet ist, soll diese jedoch unverändert fortbestehen und in besonders schwerwiegenden Fällen in ihrer Durchsetzung erleichtert werden.“
[112] Art. 2 : « […] Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. »
[113] Nicht vorgesehen in Minimalumsetzung gemäss Modellgesetz; in Betracht zu ziehen hingegen in Potenzialumsetzung: vgl. Erläuterungen zur Initiative, S. 12.
[114] Art. 2: […] « L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin. La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée. La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte. »
[115] Nicht vorgesehen in Minimalumsetzung gemäss Modellgesetz; in Betracht zu ziehen hingegen in Potenzialumsetzung: vgl. Erläuterungen zur Initiative, S. 12.
[116] Als periodische Strafzahlungen (sog. „astreintes“). Vom Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 hingegen aus dem Gesetz gestrichen wurde die „amende civile“.

3 Beurteilung des Verordnungsentwurfs – Vernehmlassung im engeren Sinne

3.1 Vorzeichen

3.1.1 Beurteilungsgegenstände – Ausfüllung des gesetzgeberischen Delegationsspielraums durch Verordnung

Die Verordnungsarbeit hat sich im Wesentlichen auf jene Bereiche beschränkt, bei denen das Gesetz den Bundesrat explizit dazu beauftragt hat, Umsetzungsbestimmungen zu erlassen, das heisst auf den Bereich der **Sorgfaltspflichten bei Kinderarbeit und Konfliktmineralien**. Demgegenüber kennt das Gesetz zur „Transparenz über nichtfinanzielle Belange" (CSR-Berichterstattung) keine ausdrücklichen Delegationsnormen an den Bundesrat. Diesen Bereich lässt die Verordnungsarbeit in Beschränkung auf die Ausfüllung der gesetzesvertretenden Bestimmungen unbehandelt; dies obschon, wie weiter oben ausgeführt, auch an vielen Stellen der CSR-Berichterstattung Klärungsbedarf bestanden hätte. Die beiden Delegationsspielräume bei Kinderarbeit und Konfliktmineralien betreffen sodann

- zum einen den Anwendungsbereich der Regelung (neuArt. 964^{quinquies} Abs. 2 bis 4 OR),
- zum anderen die näheren Vorschriften zu den Sorgfaltspflichten (neuArt. 964^{sexies} Abs. 4 OR).[117]

Beide Aspekte betreffen eigentlich wichtige rechtsetzende Bereiche, die im Lichte von Art. 164 BV an sich der Form des Bundesgesetzes bedürften, betreffen sie doch die nähere Bestimmung des **Adressatenkreises** sowie jene des Inhalts der **Sorgfaltspflichten**.[118] Aus staatsrechtlicher Sicht sind die Delegationsvorschriften des Parlaments an den Bundesrat deshalb bedenklich. Umso umsichtiger hat nun der Bundesrat mit dieser an ihn delegierten, eigentlich gesetzgeberischen Aufgabe umzugehen. Dafür hat er die folgenden rechtssetzenden Massstäbe beizuziehen, die gleichzeitig die Beurteilungsmassstäbe dieser Vernehmlassung darstellen.

3.1.2 Beurteilungsmassstäbe – Gesetzlicher Rahmen, internationale Vorgaben und Verfassungsprinzipien

Gesetzlicher Rahmen

Der gesetzliche Rahmen des Umsetzungsspielraums der Verordnung bestimmt sich primär durch den **Wortlaut**. Darüber hinaus sind die weiteren Auslegungselemente wie v.a. **Sinn und Zweck** des Gesetzes massgeblich (unter Einschluss der Materialien, d.h. konkret den Abstimmungsunterlagen und dem Begleitbericht). Geboten ist zudem eine **völkerrechts- und verfassungskonforme** Auslegung des gesetzlichen Delegationsspielraums.

Internationale Vorgaben

Zum Völkerrecht bzw. zu den einschlägigen internationalen Vorgaben zählen in erster Linie die für die Gesetzgebung deklariert modellgebenden Regelwerke.

Dazu zählen auf **generell-internationaler Ebene**:

---

[117] S. VE-erläuternder Bericht, S. 5 f.
[118] Vgl. statt vieler GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar OFK, 2. Aufl., 2017, Art. 164 N. 6 f., m.w.H.

- die UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (2011) (UNO-Leitprinzipien),
- die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (2011) (OECD-Leitsätze) sowie
- der OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln (2018) (OECD-Leitfaden).

Spezifisch für die **konkreten Themen** zudem:

- OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebieten (dritte Ausgabe, 2019) (OECD-Leitfaden für Konfliktmineralien),
- OECD Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains (2017),
- ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business (2015) (ILO-IOE Child Labour Guidance Tool) sowie
- UNICEF Children's Rights in the Workplace Index (UNICEF Index).

Auf EU-Ebene überdies:

- die modellgebende Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung der Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten (EU-Verordnung für Konfliktmineralien)
- sowie als aktuellster gemeinsamer Nenner zudem die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen (2020/2129(INL)) (Entschliessung des Europäischen Parlaments zur Sorgfaltspflicht von Unternehmen).

Als modellgebende nationale Gesetzgebung für die Kinderarbeit sodann:

- Wet zorgplicht kinderarbeid (WZK) vom 7. Februar 2017 (verabschiedet) (NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit)
- und ergänzend u.a. unsere Nachbarstaaten mit:
    - Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre vom 27. März 2017 (in Kraft) (FR/Loi Vigilance).
    - DE/Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz gestützt auf Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 15. Februar 2021 (verabschiedet am 11. Juni 2021) (DE/LkSG).

Verfassungsprinzipien

Als für jede Rechtsetzung zentrale **Verfassungsprinzipien** sind zudem u.a. massgeblich:

- die Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV),
- die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und
- die Willkürfreiheit (Art. 9 BV).

Anwendung der Beurteilungsmassstäbe

In Anwendung der vorstehenden Beurteilungskriterien wäre es zunächst denkbar, dass der Verordnungsentwurf bei gewissen Bestimmungen den gesetzlichen Rahmen nicht eingehalten hat und deshalb als gesetzeswidrig aufzuheben ist. Soweit der Verordnungsentwurf den gesetzlichen Rahmen sodann einhält, legt der Verein Konzernverantwortungsinitiative bei seiner Vernehmlassung im Rahmen des gesetzlich Möglichen (viele der im Eingangskapitel erläuterten

Konstruktionsfehler sind wie erwähnt irreparabel) sein Augenmerk sodann darauf, inwieweit die Verordnung in ihrem Regulierungsniveau

- etwas besser mit den referenzierten **internationalen Vorgaben** in Übereinstimmung zu bringen ist (d.h. mehr Menschenrechtsschutz und Unternehmensverantwortung gewährleistet)
- und allenfalls **verhältnismässiger**, das heisst vor allen Dingen wirksamer und sachgerechter
- sowie **rechtsgleicher** und **freier von Willkür** ausgestaltet werden kann.

3.2 Kritikpunkte mit Vorschlägen

Der Verein Konzernverantwortungsinitiative hat den Verordnungsentwurf, gerade angesichts des **Volksmehrs** für mehr Konzernverantwortung und der aktuellen Entwicklungen im Ausland, mit der deutlichen Erwartung verbunden, dass der Bundesrat den vom Parlament an ihn delegierten Spielraum für Aufwärtspotenzial nutzt. Diese Minimalerwartung wurde nun enttäuscht. Der Entwurf verstärkt die vorstehend rekapitulierten Schwächen der Vorlage gar noch zusätzlich. Er stösst bei beiden von der Gesetzgebung an den Bundesrat delegierten Regelungsbereichen auf grösste Bedenken. Diese lassen sich in einer ersten Grundordnung wie folgt betiteln:

- exzessive Befreiungen von der Sorgfaltspflicht durch massive Einschränkungen des Geltungsbereichs (Kap. 3.2.1) sowie
- mangelhaftes Sorgfaltspflichtenheft (Kap. 3.2.2).

3.2.1 Exzessive Befreiungen von der Sorgfaltspflicht

Die, wie zu erläutern sein wird, einzeln und umso mehr in ihrer Fülle exzessiven Befreiungen der Unternehmen von ihrer Sorgfaltspflicht sind in einer Eingangsübersicht je für Kinderarbeit und Konfliktmineralien wie folgt zu strukturieren:

Diese Ausschlusskriterien, die der Bundesrat in seinem Entwurf in Umsetzung seines gesetzlichen Delegationsspielraums verordnet hat, werden in der Folge in dieser Chronologie beurteilt. Dies immer mit der entscheidenden Grundfrage verbunden: Was bleibt zuletzt noch an zur Sorgfalt verpflichteten Unternehmen übrig?

3.2.1.1 Grundsätzliche Einschränkung – unsachgerechte und gesetzeswidrige Beschränkung auf Unternehmen mit statutarischem Sitz in der Schweiz

3.2.1.1.1 Gesetzestext

§ Nach gesetzlicher Vorschrift bezieht sich der persönliche Geltungsbereich der Sorgfaltspflicht als erster Rahmen ausdrücklich auf „Unternehmen, deren Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung sich in der Schweiz befindet." (neuArt. 964^{quinquies} Abs. 1 OR).

Der Begleitbericht erläutert dazu (S. 18): „Mit 'Sitz' ist der in den Statuten (Satzungen) festgeschriebene Sitz, d. h. die darin aufgeführte politische Gemeinde (in der Schweiz) gemeint (statutarischer Sitz). Bei der 'Hauptverwaltung' handelt es sich um denjenigen Ort, an welchem die Willensbildung oder die unternehmerische Leitung des Unternehmens erfolgt. Namentlich bei Domizilgesellschaften weicht der Sitz von der Hauptverwaltung ab. Die Hauptniederlassung befindet sich an demjenigen Ort, an dem ein erkennbarer, tatsächlicher Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit liegt (z.B. der Hauptproduktionsstandort)."

3.2.1.1.2 Beurteilung

Der so definierte persönliche Geltungsbereich ist in zweierlei Hinsicht kritisch zu beurteilen:

Zum einen fällt die Regelung hinter die modellgebenden Regulierungen des NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit (Wet zorgplicht kinderarbeid)[119] zurück wie auch hinter jene der EU-Verordnung für Konfliktmineralien:[120] Beide Regulierungen betreffen nicht nur in der jeweiligen Rechtsordnung ansässige Unternehmen, sondern auch in jenem Binnenmarkt ausgeübte Tätigkeiten von ausländischen Unternehmen (so z.B. den dortigen Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen). Gleich lautet der neueste europäische Nenner in Form des **Richtlinienvorschlags gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments**.[121] Insofern fällt die **Beschränkung** der Regelung auf in der Schweiz ansässige Unternehmen **im internationalen Vergleich antiquiert-zurückhaltend** aus.

Zum anderen führt die Regelung, und das ist für die Verordnungsgebung relevant, bei vollzogener Anwendung zu einer **zusätzlichen** Einschränkung des Sitzbegriffs, die auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen ist: Sie beschränkt sich ohne flankierende Festlegungen im Internationalen Privatrecht auf Unternehmen mit statutarischem Sitz in der Schweiz. Denn die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, wozu auch die neuen Rechnungslegungsvorschriften gehören, kommen gemäss Art. 154 IPRG im Grundsatz nur für in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften zur Anwendung, nicht auch für solche mit Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz. Damit werden Unternehmen, die in der Schweiz nur die Hauptniederlassung oder Hauptverwaltung haben, entgegen dem eigenen Wortlaut und Zweck der Regelung (dazu vorstehend) davon nicht erfasst. Die Regulierung läuft insoweit ins Leere.

Vertiefung:

Häufig wird der satzungsmässige Sitz mit der Hauptverwaltung und der Hauptniederlassung zusammenfallen, womit Schweizer Recht zur Anwendung kommt. Allerdings gibt es gerade bei Domizilstrukturen auch Fälle, bei denen diese Elemente auseinander fallen. Insoweit geht es nach regulatorischer Absicht des Gegenvorschlags um die integrale Erfassung von Unternehmen, welche in der Schweiz ihren Geschäftsschwerpunkt haben (vgl. oben): So könnte sich ein Unternehmen (z.B. aus steuerlichen Gründen) nach einem ausländischen Recht (z.B. den Bahamas) organisieren, aber dennoch den Geschäftsschwerpunkt (Leitungsorgane) in der Schweiz haben. Die praktische Bedeutung solcher Konstellationen ist nicht zu unterschätzen: Gestützt auf die aktuellen Zahlen des Handelsregisters haben ausländische Gesellschaften in der Schweiz rund 3000 Niederlassungen. Ein gewisser Teil davon wird wegen seiner geschäftlichen Bedeutung als Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung zu verstehen sein, so etwa wenn die Konzernleitung (z.B. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) hier angesiedelt sind.

Zwar bezieht sich der Gegenvorschlag wie erwähnt auch auf „Unternehmen, deren Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung sich in der Schweiz befindet." Diese Vorschrift wurde aber nicht mit dem einschlägigen internationalen Privatrecht koordiniert. Die Bestimmung läuft damit ins Leere: Denn die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, wozu auch die neuen Rechnungslegungsvorschriften gehören, kommen gemäss Art. 154 IPRG im Grundsatz[122] nur für in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften zur Anwendung, nicht auch für solche mit Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz.

Eine Sonderanknüpfung hätte insoweit Klarheit schaffen müssen. Dies etwa mit folgendem Wortlaut (Art. 160a E-IPRG): „Bei Gesellschaften mit satzungsmässigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz untersteht die Einhaltung der Sorgfalts- und Transparenzpflichten bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit

---

[119] S. Art. 4 Abs. 1. Diese Differenz auch betont von WEBER, Rz. 10; ATAMER/WILLI, S. 694.

[120] S. Art. 2 Bst. l [el]. Diese Differenz auch betont von ATAMER/WILLI, S. 694.

[121] Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments, Art. 2 Abs. 3: „Diese Richtlinie gilt ebenso für grosse Unternehmen, für börsennotierte kleine und mittlere Unternehmen und für kleine und mittlere Unternehmen, die in Wirtschaftszweigen mit hohem Risiko tätig sind, die dem Recht eines Drittstaates unterliegen und nicht im Gebiet der Union niedergelassen sind, wenn sie **durch den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Binnenmarkt tätig sind**."

[122] Wobei die Frage in der Lehre nicht restlos geklärt ist: S. zunächst in klarer Aussage ZK–VISCHER, Art. 155 IPRG N. 22; kontrovers diskutiert hingegen bei NIKLAUS MEIER, Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht: ein Beitrag zur teleologischen Auslegung des Art. 18 IPRG, unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts, Zürich 2010, S. 131 ff. (133).

schweizerischem Recht." Eine solche Anpassung des IPRG oder eine anderweitige Klärung dieser IPR-Frage ist aber weder auf Gesetzes- noch Verordnungsebene erfolgt.

3.2.1.1.3 Antrag – Klärung der IPR-Frage auf Verordnungsebene

Antrag 1 Echter Einbezug der Unternehmen ohne statuarischen Sitz in der Schweiz

Der Verein Konzernverantwortungsinitiative fordert die Klärung der vorstehenden IPR-Bedenken im Verordnungstext bzw. im VE-erläuternden Bericht. Eine Anpassung durch die vom Gesetz bezweckte Anwendung der Sorgfalts- und Transparenzpflichten auf **alle** Unternehmen mit satzungsmässigem Sitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung in der Schweiz scheint auch auf Verordnungsstufe ohne weiteres möglich und ist absolut nötig: so z.B. über die ausdrückliche **Benennung** der einschlägigen Sorgfalts- und Transparenzvorschriften als **Eingriffsnormen** des Schweizer Rechts gemäss Art. 18 IPRG (oder auch in klärender Unterordnung der Regelung unter Art. 160 IPRG) **im Verordnungstext oder im VE-erläuternden Bericht**. Dies mit der Begründung, dass die Vorschriften nicht nur mit ihrer (wenn auch beschränkten)[123] strafrechtlichen Relevanz, sondern vor allem mit ihrem menschenrechtlichen Gehalt auch öffentlichen Interessen dienen.[124]

Nach dieser generellen Einschränkung nun zu den spezifischen Ausschlüssen der Schweizer Unternehmen von der Sorgfaltspflicht für Kinderarbeit.

3.2.1.2 Ausschlüsse für Kinderarbeit – kaum mehr erfasste Unternehmen

3.2.1.2.1 Erster Ausschluss – Kategorische Befreiung von Risiko-KMU

A) Gesetzliche Ausgangslage und Umsetzung in der Verordnung

Diese Regelung betrifft die für den Geltungsbereich wichtige Frage, ob Risiko-KMU von der Sorgfaltspflicht bezüglich Kinderarbeit erfasst sind.

§ Der **Gesetzestext** regelt diese Frage nicht explizit. Er sieht dazu eine Delegationsvorschrift an die Verordnung vor (neuArt. 964^{quinquies} Abs. 3 OR): „[Der Bundesrat] legt fest, **unter welchen Voraussetzungen kleine und mittlere Unternehmen** sowie Unternehmen mit geringen Risiken im Bereich Kinderarbeit **nicht prüfen müssen**, ob ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht."

§ Der **Verordnungsentwurf** stellt für die Sorgfaltspflicht dagegen **einzig auf die Schwellenwerte** zur ordentlichen Revisionspflicht ab, d.h. auf die Grenze zu den KMU. Der einschlägige Art. 4 VE-VSoTr lautet wie folgt: „Unternehmen […] sind von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten nach Artikel 964^{sexies} f. OR befreit, wenn sie zusammen mit den von ihnen kontrollierten in- und ausländischen Unternehmen zwei der nachstehenden **Grössen** in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren unterschreiten: a. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken; b. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken; c. 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt."

Der Bericht zur Verordnung (S. 11) stellt dazu ebenso unmissverständlich fest: „**Erreicht ein Unternehmen die Schwellenwerte gemäss Artikel 4 nicht, ist es vom Geltungsbereich ausgenommen**."[125]

☞ **Fazit: Geht es nach dem Verordnungsentwurf, sind sämtliche KMU – also auch Risiko-KMU – von der Sorgfaltspflicht in Bezug auf Kinderarbeit befreit.**

[123] Dazu weiter oben.
[124] Vgl. zu diesen Kriterien u.a. MEIER, a.a.O., S. 133, m.w.H.
[125] VE-Erläuternder Bericht, S. 11.

B) Beurteilung – Widerspruch zum international verankerten Risikoansatz, zum Gleichbehandlungsgrundsatz sowie zu Sinn und Zweck des Gesetzes

a) Widerspruch zu internationalen Vorgaben

Mit einer solchen Regelung begibt sich die Verordnung zunächst in krassen Kontrast zu den selbst referenzierten internationalen Vorgaben wie auch den massgeblichen europäischen Entwicklungen:

Die primär zu beachtenden UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte setzen auf einen **risikobasierten Ansatz**. Das System fester Schwellenwerte, ab wann Unternehmen ihre Sorgfaltspflicht wahrnehmen müssen, ist ihnen wie auch den OECD-Leitsätzen fremd. Vielmehr ist die Grösse eines Unternehmens einer unter mehreren Faktoren für Umfang und Inhalt einer solchen Pflicht; der letztlich entscheidende stellt das Risiko für eine nachteilige Auswirkung dar (s. Leitprinzipien 14 ff.).[126]

Dementsprechend kennt das für den Gegenvorschlag an sich **modellgebende NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit auch keine Schwellenwerte**, unter denen Unternehmen von der Sorgfaltspflicht befreit wären.[127]

Und auch die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021 – als aktuellster gemeinsamer Nenner der europäischen Staatengemeinschaft – sieht in Art. 2 des zugehörigen Richtlinienvorschlags zur Sorgfaltspflicht von Unternehmen in pragmatischer Umsetzung der internationalen Vorgaben vor:

> „Diese Richtlinie gilt auch für alle börsennotierten kleinen und mittleren Unternehmen **sowie für kleine und mittlere Unternehmen mit hohem Risiko**."

Diese Bestimmung nimmt damit ganz im Gegensatz zum Verordnungsentwurf auch börsenkotierte und Risiko-KMU in die Sorgfaltspflicht.[128]

b) Widerspruch zum gesetzlichen Auftrag und zur Zielvorgabe

Stellt der Verordnungsentwurf nun dessen ungeachtet **einzig** auf Schwellenwerte ab, nimmt er auch den gesetzlichen Auftrag zur **Festlegung der „Voraussetzungen**, **wann** kleine und mittlere Unternehmen" von der Prüfung ausgeschlossen sind, nicht wahr; insoweit liegt u.E. eine gesetzeswidrige Ermessensunterschreitung vor. Dies umso mehr, als sich der Bundesrat bei einem kategorischen KMU-Ausschluss in Widerspruch zum eigenen gesetzlichen Grundgedanken begäbe:[129]

So sieht sich der Begleitbericht zum Gesetz im Zeichen einer wirksamen Bekämpfung von Kinderarbeit einem betont risikobasierten Ansatz verbunden: „Im Unterschied zum Entwurf des

---

[126] Insb. Leitprinzip 14: „Die Verantwortung von Wirtschaftsunternehmen zur Achtung der Menschenrechte obliegt grundsätzlich **allen** Unternehmen **unabhängig von ihrer Grösse**, dem Sektor, dem sie angehören, ihrem operativen Umfeld, ihren Eigentumsverhältnissen und ihrer Struktur. Umfang und Komplexität der Maßnahmen, durch die Unternehmen ihrer Verantwortung nachkommen, können jedoch nach Massgabe dieser Faktoren und der Schwere ihrer nachteiligen menschenrechtlichen Auswirkungen variieren."

[127] S. Art. 6 Wet zorgplicht kinderarbeid. Dieser Artikel sieht einzig und im Grundsatz weit sachgerechter eine mögliche Ausnahme in Bezug auf bestimmte Unternehmenskategorien bzw. -branchen vor. Da die Ausführungsverordnung zu diesem an sich bereits verabschiedeten Gesetz fehlt, bleiben die genauen Ausschlusskriterien dagegen im Dunkeln. Darauf kann sich die Verordnungsgebung folglich nicht mit Recht berufen.

[128] Dieser bedeutende Unterscheid zwischen dem Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments und dem vorliegend in Vernehmlassung stehende Verordnungsentwurf hat auch die explizit NZZ hervorgehoben (Konzernverantwortung: Die Schweiz kann bald in Zugzwang kommen, NZZ vom 6.5.2020).

[129] In diesem Sinne vgl. WEBER, Rz. 11.

Nationalrates[130] wird der persönliche Anwendungsbereich im Bereich der Kinderarbeit auf Gesetzesstufe **nicht mittels Schwellenwerten eingeschränkt**. Definiert wird der Anwendungsbereich **stattdessen über das Bestehen eines begründeten Verdachts**, dass die Produkte oder Dienstleistungen unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden."[131]

c) Willkür und Ungleichbehandlung

Aus Sicht des Kindesschutzes ist der kategorische Ausschluss von KMU in der Verordnung nach Massgabe der erwähnten Zielvorgaben vor allen Dingen unsachgerecht und entsprechend **willkürlich**: Denn Tätigkeiten von kleineren und mittleren Unternehmen können **genauso** wie jene von grossen Unternehmen bedeutende Risiken für Kinderarbeit bergen.

Diese Erfahrung stützt sich auf Erkenntnisgrundlagen der UNO-Leitprinzipien, der EU-Parlamentsarbeiten wie langjähriger Praxiserfahrung der Trägerorganisationen der Konzernverantwortungsinitiative.[132] Zu erwähnen sind z.B. in der Schweiz ansässige Schokoladenhersteller, die ganz unabhängig von ihrer Grösse dem Risiko ausgesetzt sind, Produkte aus mit Kinderarbeit belasteten Wertschöpfungsketten zu beziehen. Ebenso einschlägig sind Fälle aus anderen Branchen wie der Textilindustrie. Zu denken ist aber auch an Kinderarbeit im Zusammenhang mit Rohstoffabbau oder -handel wie Kupfer, Kobalt o.ä.[133] Blieben solche Konstellationen von der Regelung nicht erfasst, würde die nach dem Gesagten ohnehin äusserst schwache Regulierung in willkürlicher Einschränkung zusätzlich ausgedünnt.

Schliesslich verlangt die **Rechtsgleichheit** Gleiches nach Massgabe des Gleichen zu behandeln. Auch zu diesem Verfassungsgrundsatz begibt sich der Verordnungsentwurf in Widerspruch: Auf der einen Seite wendet er für Grossunternehmen den risikobasierten Ansatz an, um Grosse mit geringen Risiken auszuschliessen (dazu weiter unten); auf der anderen Seite verzichtet er in ungerechtfertigtem Unterschied dazu, kleinere und mittlere Unternehmen mit grossem Risiko in die Regelung einzuschliessen.[134]

d) Forderung der Lehre

Entsprechend einhellig fordern auch die einschlägigen Stimmen mit WEBER im Sinne des Kindesschutzes die Anwendung des risikobasierten Ansatzes; d.h. auf Verordnungsebene zumindest die Risiko-KMU in die Sorgfaltspflicht zu nehmen.[135]

C) Antrag

Der Verein Konzernverantwortungsinitiative fordert demnach mit Nachdruck einen neuen Art. 4a VE-VSoTr. Dieser soll unter dem Titel „Einschluss von kleinen und mittleren Unternehmen mit grossen Risiken" die folgenden Grundzüge aufweisen (die legistische Ausformulierung bleibt die Aufgabe des Bundesamtes für Justiz):

---

[130] Anmerkung: Gemeint ist der damals noch zur Diskussion gestandene, rückzugsfähige Gegenentwurf, der unter der Federführung des Nationalrates über mehrere Jahre hinweg ausgearbeitet wurde und letztlich in der Einigungskonferenz knapp am ständerätlichen Gegenvorschlag scheiterte (zuletzt in folgender Version: Fahne 7.5.2020, fünfte Spalte).
[131] Begleitbericht, S. 7.
[132] UNO-Leitprinzipien, Prinzip 14 (Kommentar); Entschliessung des Europäischen Parlaments (Ziff. 9, S. 10 f.). Zum entsprechenden Problembewusstsein auch nationalrätlicher Gegenentwurf mit RK-N-Bericht, S. 11.
[133] Vgl. angesichts der Praxisrelevanz dieser Problematik dazu den branchenspezifischen Leitfaden der OECD Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains; generell auch OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln, S. 74 f.
[134] Aus genau diesen Gleichbehandlungsüberlegungen hat der nationalrätliche Gegenentwurf noch eine zweiflüglige Ausnahmevorschrift vorgesehen (s. dazu RK-N-Bericht, S. 11).
[135] WEBER, Rz. 11 (Fn. 13). ATAMER/WILLI, S. 694, legen neuArt. 964^{quinquies} OR gar so extensiv aus, dass sie darin für die Sorgfaltspflicht in Bezug auf Kinderarbeit im Grundsatz keine Schwellenwert-Bestimmung erkennen.

Antrag 2 Einbezug von KMU mit hohen Risiken

Der Sorgfaltspflicht sollen auch Unternehmen unterstehen, welche die Schwellenwerte nach Art. 4 VE-VSoTr nicht erreichen, deren Auswirkungen der eigenen Geschäftstätigkeit, von kontrollierten Unternehmen und aufgrund von Geschäftsbeziehungen mit Dritten aber ein grosses Risiko von Kinderarbeit aufweisen.

Für die Frage, ob ein besonders grosses Risiko vorliegt, sollen in einer angemessenen Gesamtbetrachtung etwa die folgenden Kriterien massgeblich sein:[136]

- **Staat** (dabei gibt die Einstufung eines Staates als „Heightened" oder „Enhanced" im UNICEF Children's Rights in the Workplace Index besonders dringenden Anlass zur genaueren Betrachtung);
- **Region** (z.B. hierin bestimmte Region eines Staates mit erhöhten Risiken);
- **Sektor** (z.B. Schokoladenindustrie);
- **Rohstoffe** (z.B. Kakao);
- **Konkrete Tätigkeit** (z.B. Ankauf von Kakao).*

* Für die konkrete Tätigkeit kann auch das von der Verordnung selbst referenzierte ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business (S. 3) wegweisend sein. Dieses qualifiziert in einer nicht abschliessenden Liste z.B. folgende Unternehmenstätigkeiten als riskant: Ankauf von Kakao, Kaffee, Tee, Zucker, Tabak und Gewürzen; von Bekleidung, Schuhen oder Kleidungszubehör; graduelle Produktion von elektronischen Endprodukten in der Lieferkette.

Um in Anwendung dieser Kriterien für die Unternehmen hinreichend Rechtssicherheit zu schaffen, wird der Bundesrat nicht umhin kommen, die konkreten **Staaten bzw. Regionen verbunden mit den relevanten Sektoren, Rohstoffen und Tätigkeiten**, die unter die Regelung fallen, in einem **Anhang** zu bezeichnen und diesen **periodisch zu überprüfen**. Ein analoges Vorgehen sieht der Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments auf EU-Ebene vor: „Die Kommission sollte Wirtschaftszweige mit hohem Risiko bestimmen, die erhebliche Auswirkungen auf die Menschenrechte, die Umwelt und die verantwortungsvolle Führung haben, um die in diesen Wirtschaftszweigen tätigen kleinen und mittleren Unternehmen in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie einzubeziehen. […] Bei der Definition sollte die Branche des Unternehmens oder die Art seiner Tätigkeit berücksichtigt werden."[137]

Inspirationsquellen für die legistische Arbeit:

- Entschliessung des Europäischen Parlaments ([17] S. 22 und Ziff. 11/S. 12);
- ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business, passim;
- UNICEF Children's Rights in the Workplace Index;
- RK-N-Bericht zum nationalrätlichen Gegenentwurf vom 18. Mai 2018 (S. 11);
- Art. 5 VE-VSoTr.

[136] Dazu und auch für weitere mögliche Kriterien siehe z.B. Entschliessung des Europäischen Parlaments, Ziff. 11 (S. 12).
[137] Entschliessung des Europäischen Parlaments, (17) S. 22.

3.2.1.2.2 Zweiter Ausschluss – zu umfassende Befreiung von Grossunternehmen mit „geringen Risiken“

A) Gesetzliche Ausgangslage und Umsetzung auf Verordnungsebene

Hier geht es um die für den Regelungsbereich wichtige Frage, inwieweit Grossunternehmen mit geringen Risiken von der Sorgfaltspflicht befreit sind.

§ Das **Gesetz** lässt der Verordnung dazu einen erheblichen Umsetzungsspielraum (neuArt. 964^{quinquies} Abs. 3 OR): „[Der Bundesrat] legt fest, **unter welchen Voraussetzungen […] Unternehmen mit geringen Risiken im Bereich Kinderarbeit nicht prüfen müssen**, ob ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht.“

§ Der **Verordnungsentwurf** setzt diesen Spielraum wie folgt um (Art. 5 VE-VSoTr):
„[1] Unternehmen […] sind von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten gemäss Artikel 964^{sexies} f. OR befreit, wenn sie dokumentieren, dass die **Länder, aus denen sie Produkte oder Dienstleistungen** beziehen, **geringe Risiken** im Bereich Kinderarbeit aufweisen.
[2] Ein geringes Risiko wird angenommen, wenn ein **Land vom UNICEF Children's Rights in the Workplace Index als „Basic“** eingestuft wird.“

B) Beurteilung – zu pauschale und umfassende Ausschlusskriterien

Grossunternehmen mit geringen Risiken von der Sorgfaltspflicht zu entbinden, stellt eine schweizerische Eigenheit dar, die aus den parlamentarischen Arbeiten an den Gegenentwürfen zur Konzernverantwortungsinitiative geboren wurde. Sie findet weder Rückhalt in der modellgebenden NL Gesetzgebung,[138] noch ist sie im Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments[139] vorgesehen. Eine solche Bestimmung mag dennoch Sinn ergeben, wenn sie sich sehr eng auf Gesellschaften bezieht, die keinen Auslandbezug (weder in eigener Tätigkeit noch via Geschäftsbeziehungen) aufweisen. Die hier vorgesehene, breite Ausnahmeregelung mit Bezug auf den (a) UNICEF-Index und (b) eine sog. Made-in-Prüfung ist davon weit entfernt:

a) UNICEF-Index

aa) Beurteilung

Der Verordnungsentwurf stellt für die Frage von „geringen Risiken“ einzig auf einen Länderindex ab. Der sog. UNICEF Children’s Rights in the Workplace Index ist Bestandteil des UNICEF Children’s Rights and Business Atlas. Dieser soll Unternehmen und Industrien dabei unterstützen, ihre potentiellen und tatsächlichen Auswirkungen auf die Kinderrechte zu untersuchen und in ihre Sorgfaltsprozesse zu integrieren. Der Index teilt zurzeit 195 registrierte Staaten für das Risiko von Kinderarbeit in einer ersten Einteilung in „Heightened“, „Enhanced“ und „Basic“ ein. Der Index versteht sich dabei nach eigenen Angaben nur, aber immerhin, als einen **groben geographischen**

[138] Es trifft zwar zu, dass wie im Begleitbericht (S. 20) festgestellt das NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit (Wet zorgplicht kinderarbeid) in Art. 6 eine Ausnahme für gewisse Kategorien von Unternehmen (gemeint sind wohl Branchen) vorsieht. In Ermangelung einer Ausführungsverordnung bleibt per dato aber im Dunkeln, in welche Richtung diese Ausnahme geht. Dieses Gesetz dürfte demnächst ohnehin durch ein umfassendes NL/E-Sorgfaltspflichtengesetz abgelöst werden (dazu weiter oben), das keine Ausnahme von grossen Unternehmen für solche mit geringen Risiken vorsieht; s. Art. 2 Abs. 1 der Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen vom 11. März 2021 (laufende Gesetzgebung) (NL/E-Sorgfaltspflichtengesetz); mit inoffizieller englischer Übersetzung.
[139] Entschliessung des Europäischen Parlaments (Art. 2 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags).

Anhaltspunkt für die graduelle Tiefe unternehmerischer Sorgfaltsprüfung im globalen Vergleich.[140] Auch die Erläuterungen zum Verordnungsentwurf erkennen in der Einstufung als „Basic" lediglich ein „Indiz für ein geringes Risiko für Kinderarbeit in diesem Land".[141] Sollte der Bundesrat ungeachtet dieses selbst erkannten Vorbehalts aus der Einstufung als „Basic" nun direkt eine vorbehaltlose Befreiung von der Sorgfaltspflicht ableiten (Art. 5 Abs. 2 VE-VSoTr), verordnete er einen **sachwidrigen Automatismus**.[142]

Nach dem Gesagten sei ganz grundsätzlich in Frage gestellt, ob der UNICEF-Index als Richtschnur für die **kategorische Befreiung** von der gesetzlichen Sorgfaltspflicht überhaupt taugt. Zumindest kann er aber im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung nur **einer** von verschiedenen Faktoren für eine Befreiung grosser Unternehmen von der Sorgfaltspflicht sein. Entsprechend lautet die Minimalforderung der Koalition.

bb) Antrag

Der Verein Konzernverantwortungsinitiative fordert eine Ergänzung von Art. 5 Abs. 2 VE-VSoTr; dies nach folgenden Grundzügen (die legistische Ausformulierung bleibt die Aufgabe des Bundesamtes für Justiz):

Antrag 3 Anpassung Kriterien für „geringes Risiko" im Bereich Kinderarbeit

Für die Frage, ob ein „geringes Risiko" im Bereich der Kinderarbeit vorliegt, sollen in einer angemessenen Gesamtbetrachtung mindestens die folgenden Kriterien massgeblich sein:[143]

- **Staat** (grundsätzlich visiert der Ausschluss rein national tätige Unternehmen an; bei einer untergeordneten Auslandstätigkeit gibt die Einstufung eines Staates als „Basic" im UNICEF Children's Rights in the Workplace Index* wiederum lediglich einen ersten Anhaltspunkt für im Grundsatz „geringe Risiken");
- **Region** (insb. bestimmte Regionen eines Staates mit einer spezifischen Risikolage);
- **Sektor** (z.B. Immobilienwirtschaft);
- **Rohstoff** (z.B. keinen Bezug von risikobehaften Rohstoffen);
- **Konkrete Tätigkeit** (z.B. Immobiliengeschäft ohne wesentliche Bautätigkeit).

Die Voraussetzungen soll als Ausnahme vom Grundsatz und im Geiste der Gesetzgebung so ausgestaltet sein, dass im Wesentlichen national tätige Grossunternehmen in einer Branche und mit einer konkreten Tätigkeit mit geringen Risiken von der Regelung ausgenommen werden sollen (vgl. die im Begleitbericht, S. 16, modellgebend erwähnte „rein nationale tätige Immobiliengesellschaft ohne Bautätigkeit").

* Im Erläuterungsbericht bleibt, was bisher fehlt, sodann ausdrücklich festzuhalten, dass der **UNICEF-Index dynamisch** ausgestaltet ist (d.h. laufend aktualisiert wird) und von den Unternehmen auch so verstanden werden soll; der Index bleibt somit ganz im Sinne der UNO-Leitprinzipien fortwährend zu konsultieren.

Wie sich unschwer erkennen lässt, sollen hier in rechtsgleicher Ausgestaltung des risikobasierten Ansatzes dieselben Kriterien wie bei Unternehmen mit einem „grossen Risiko" massgebend sein. Entsprechend kann für die Weiterungen sinngemäss auf die Ausführungen und Quellen des vorstehenden Kapitels verwiesen werden. Ob sich der Bundesrat mit einer

[140] UNICEF Children's Rights and Business Atlas (Methodology): "The Atlas provides companies with **country** scorecards to determine the **level of due diligence** required when operating in or sourcing from a country." (Hervorhebungen hinzugefügt).
[141] VE-Erläuternder Bericht, S. 14.
[142] Ganz im Zeichen der Anwendung einer derart verkürzten Bestimmung s. u.a. OSER/MATTLE (Homburger Insights): „Für die Prüfung kann der UNICEF Children's Rights in the Workplace Index (UNICEF Index) konsultiert werden."
[143] Dazu und auch für weitere mögliche Kriterien siehe z.B. Entschliessung des Europäischen Parlaments, Ziff. 11 (S. 12).

abstrakten Formulierung der Kriterien begnügt und das betreffende Unternehmen gestützt darauf seinen Opt-out-Entscheid zu begründen hat (zu den zu erhöhenden Anforderungen an die Dokumentation des Entscheides, vgl. weiter unten) oder ob er als zusätzliche Hilfestellung an die Unternehmen auf eine Listenlösung für konkret betroffene Staaten/Regionen, Branchen und Tätigkeiten setzt, wie bei den Risiko-KMU vorgeschlagen (dazu oben), bleibt ihm überlassen. Für die Koalition sind beide Varianten denkbar, solange den erwähnten Kriterien nachgelebt und die Ausnahmeregelung restriktiv umgesetzt wird. Dabei ist an den Grundgedanken der Bestimmung zu erinnern, vorwiegend Binnenunternehmen aus der Pflicht zu nehmen (dazu Kap. B oben).

Noch problematischer als bei der geographischen Tiefe der Prüfung „geringer Risiken" ist der Verordnungsentwurf beim anschliessend zu behandelnden Prüfungsumfang der Geschäftsbeziehungen. Dieser beschränkt sich auf eine sog. Made-in-Prüfung.

b) Made-in-Prüfung

aa) Beurteilung

Im Rahmen der fortschreitenden wirtschaftlichen Verflechtung über die Grenzen hinweg enthalten immer mehr Produkte und Dienstleistungen Komponenten aus verschiedenen Ländern. Damit verbunden ist die hier ganz zentrale Frage, inwieweit das Risiko von Kinderarbeit auch für heikle Länder, in denen häufig die **Vor- oder Zwischenprodukte** gefertigt werden, zu prüfen ist, oder ob sich die Prüfung primär auf das Land der **Endproduktion** (häufig Regionen des globalen Nordens wie Europa oder Nordamerika) beschränken darf. Dass die Antwort im zweiten Sinne die Regulierung zur Zwecklosigkeit aushöhlen würde, spricht für sich selbst.

Der Verordnungstext beantwortet diese Frage nicht. Er belässt es beim auslegungsbedürftigen Passus, dass das Unternehmen „die Länder, aus denen sie Produkte oder Dienstleistungen beziehen", zu prüfen hat.

Der **VE-erläuternde Bericht** beantwortet die Frage des Prüfungsumfangs schliesslich mit einer prima vista unklaren, bei genauerer Betrachtung indes unhaltbaren Beschränkung (S. 13): „Mit den "Länder[n]" sind gemäss Gesetz [sic] grundsätzlich alle Länder der Lieferkette gemeint. Das ist aber de facto mit vertretbarem Aufwand kaum umsetzbar, insbesondere bei Produkten, die aus zahlreichen Komponenten verschiedener Herkunftsländer bestehen. Daher muss sich die Risikoprüfung auf das Produktionsland gemäss **Herkunftsangabe ("made in") beschränken**."

Führen wir uns vor Augen, was eine solche Made-in-Prüfung in der Realität bedeuten würde:

„Made in" ist ein untechnischer Begriff für die **Herkunftsangabe** eines Produkt oder einer Dienstleistung.[144] Bei wie hier typischerweise im Ausland gefertigten Produkten bestimmt sich die Frage, was unter „made in" zu verstehen ist, regelkonform nach ausländischem Recht des die Herkunftsangabe beanspruchenden Staates.[145] Damit bleibt es dem Recht des jeweiligen Made-in-Staates überlassen, ob er darunter vorwiegend das Endprodukt versteht oder aber seinen Schwerpunkt auf Vor- und Zwischenprodukte legt. Die Schweiz kennt dazu eine verhältnismässig strenge Regelung: Demnach darf eine Ware oder Dienstleistung nur unter folgenden Bedingungen als "Made in Switzerland" bezeichnet werden: für Lebensmittel 80 % des Gewichts der Rohstoffe und der notwendigen Verarbeitung in der Schweiz; für Industrieprodukte 60 % der Herstellungskosten und der wesentliche Fertigungsschritt in der Schweiz. Für Dienstleistungen

[144] Das Recht der Herkunftsangabe ist primär im Markenrecht anzusiedeln, hat aber auch lauterkeits- und zollrechtliche Bezüge.
[145] S. Art. 110 Abs. 1 IPRG und Art. 49 Abs. 4 MSchG; dazu u.a. SIMON HOLZER, SHK – MSchG, 2017, Vorbemerkungen zu Art. 47-51, N. 26 ff.

reicht es dagegen aus, wenn sich der Firmensitz und die Verwaltung des Dienstleistungsunternehmens in der Schweiz befinden (s. Art. 48-49 MSchG).[146]

Kurzum: Selbst die relativ hohe Messlatte eines „Made in Switzerland" liesse bei einer Risikoprüfung auf Kinderarbeit nach Art. 5 Abs. 2 VE-VSoTr einen beträchtlichen Anteil von potenziell heiklen Vor- und Zwischenprodukten als nicht made-in-relevant ungeprüft.

Noch stossender erscheint eine solche Regelung, um ein vorliegend potenziell einschlägiges Beispiel zu nehmen, mit Blick auf die Herkunftsbezeichnung unseres Nachbarn „Made in Germany". Derzeit können dort Produkte sogar dann noch mit „Made in Germany" gekennzeichnet werden, wenn sie in ihren Komponenten zwar ganz überwiegend im Ausland gefertigt wurden, aber die „letzte wesentliche Be- oder Verarbeitung", insbesondere die Endmontage in Deutschland erfolgt ist. Ähnlich liberale Regelungen gelten in anderen Ländern wie Frankreich oder Italien.[147]

Wenden wir diese Grundsätze auf ein praxisnahes Beispiel an: Sollte in der Schuhwarenindustrie ein Schuh in Deutschland zum Endprodukt verarbeitet worden sein (Zuschneiden, Nähen und Kleben der verschiedenen Komponenten), wäre für ein Schweizer Vertriebsunternehmen zur Befreiung von seiner Sorgfaltspflicht lediglich das „Made in Germany" relevant. Damit könnte das Schweizer Unternehmen bei der vorgeschlagenen Made-in-Prüfung die für Kinderarbeit letztlich einschlägigen Vorstufen in der Wertschöpfungskette, d.h. die Vorprodukte (z.B. die Gerbung des Leders) in einem heiklen Drittstaat von vornherein unbeachtet lassen. Denn in Bezug auf „Made in Germany", hier als Land der Fertigung der Schuhe, bestünden gemäss Verordnungsentwurfs nur „geringe Risiken". Damit wäre das Schweizer Unternehmen von der Sorgfaltspflicht befreit, ohne Vorprodukte, wie die Herstellung des Leders je prüfen zu müssen.

Für die Problematik ebenso einschlägige Sachverhalte, die bei einer solchen Regelung aussen vor blieben, wären beliebig zu erweitern. Denken wir nur an die Schokoladenindustrie: Die Fertigung der Schokolade findet ganz überwiegend in Ländern wie Belgien, den Niederlanden oder der Schweiz statt. Das Vorprodukt, so z.B. der Abbau von Kakao, d.h. dort wo die Kinderarbeit tatsächlich stattfindet (z.B. in Côte d'Ivoire), würde bei der Beschränkung auf eine Made-in-Prüfung, wie sie der Verordnungsentwurf vorschlägt, auch hier unbeachtlich.

Ein solches Verständnis liesse die ohnehin schwache Regulierung von Schweizer Unternehmen in Sachen Kinderarbeit in vielen, wenn nicht in den allermeisten Fällen ins Leere laufen. Sie wäre wegen der Befreiung der Unternehmen von der Sorgfaltspflicht nach Art. 5 VE-VSoTr von vornherein wirkungslos. Damit bliebe mit WEBER in der Praxis kaum etwas an Schweizer Verantwortung übrig, blendete die Regelung doch jene Produktionsstufen aus, wo die Risiken von Kinderarbeit am gravierendsten sind (nämlich am Ursprungsort der Erzeugnisse).[148]

Eine solche Einschränkung, wobei es hier ja nicht einmal um die Sorgfaltsprüfung selbst, sondern zusätzlich einschränkend und sachwidrig gar erst um den Geltungsbereich geht, widerspräche denn auch den selbst referenzierten internationalen Regelwerken, allen voran den OECD-Leitsätzen. Die dort verankerte Sorgfaltspflicht betrifft **alle** Geschäftsbeziehungen, die mit dem Produkt oder

---

[146] Notabene: Der Gesetzgeber hat für Konzerngesellschaften eine grosszügige Ausnahme konzipiert: Ausländische Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen einer schweizerischen Muttergesellschaft dürfen ihre Dienstleistungen in der Schweiz unter Verwendung einer hier zulässigen Konzernmarke anbieten (Art. 49 Abs. 2 MSchG); dazu LUCAS DAVID/MARK A. REUTTER, Schweizerisches Werberecht, 3. Aufl., 2015, Rz. 655.

[147] Vgl. für einen in den wesentlichen Zügen immer noch gültigen Rechtsvergleich Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen („Swissness"-Vorlage) vom 18. November 2009, BBl 2009 8573 ff. Für eine gewisse Neuerung, allerdings nur in einem punktuellen Rahmen s. etwa die seit dem 1. April 2020 europaweit geltende Durchführungsverordnung (EU) 2018/775 der Kommission vom 28. Mai 2018 mit den Einzelheiten zur Anwendung von Artikel 26 Absatz 3 der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel hinsichtlich der Vorschriften für die Angabe des Ursprungslands oder Herkunftsorts der primären Zutat eines Lebensmittels.

[148] Vgl. WEBER, Rz. 20.

der Dienstleistung des Schweizer Unternehmens **verbunden** sind, seien es Vor- oder Zwischenprodukte oder sonstige Geschäftsbeziehungen.[149] Dabei sind sich die OECD-Leitsätze den vom erläuternden Bericht zum Verordnungsentwurf erwähnten Herausforderungen bei der Sorgfaltsprüfung sehr wohl bewusst, um zu deren Bewältigung gleichzeitig geeignete Mittel zu beschreiben:

„Diese hängen mit produktspezifischen Merkmalen, der Zahl der Zulieferer, der Struktur und Komplexität der Zulieferkette, der Marktstellung des Unternehmens im Verhältnis zu seinen Zulieferern oder sonstigen Unternehmensteilen in der Zulieferkette zusammen. […] Die Unternehmen [können] die Zulieferer auch durch vertragliche Vereinbarungen wie Managementverträge, Anforderungen an die Vorauswahl potenzieller Zulieferer, Voting-Trusts sowie Lizenz- oder Franchise-Vereinbarungen beeinflussen. Zu den sonstigen Faktoren, die für die Ermittlung der angemessenen Reaktion auf identifizierte Risiken von Bedeutung sind, zählen die Stärke und Wahrscheinlichkeit des Eintretens negativer Effekte ebenso wie die Frage, wie wichtig der betreffende Zulieferer für das Unternehmen ist.“[150]

Um den Compliance-Herausforderungen mit vertretbarem Aufwand begegnen zu können, dient denn auch der in OECD-Leitsätzen verankerte, risikobasierte Ansatz einer verhältnismässigen Prüfung (dazu weiter unten). An dieser Stelle sei hier konkretisierend auch auf den vom Gegenvorschlag referenzierten OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln hinzuweisen. Dieser enthält Leitlinien für ein im erwähnten Beispiel angemessenes Vorgehen:[151]

In mehrstufigen Wertschöpfungsketten kann das korrekte Vorgehen zur Frage „geringer Risiken“ in etwa wie folgt aussehen: Das Schweizer Vertriebsunternehmen soll im hier relevanten ersten Prüfungsschritt seine Geschäftsbeziehung zum Schuhhersteller in Deutschland nutzen, damit dieser die nötigen Informationen offenlegt, die für das Schweizer Unternehmen zum Bewerten der Risiken in der Wertschöpfungskette nötig sind. Dabei geht es gestützt auf den Risikoansatz vorab um Informationen über die potenziell problematischsten Produktionsstufen (wie etwa das Gerben von Leder in einem potenziell heiklen Drittstaat).

Die gemäss internationalen Vorgaben in diesem Umfang verankerte Due Diligence über die Wertschöpfungskette hinweg würde mit der vom Verordnungsgeber vorgeschlagenen Made-in-Prüfung nun kurzerhand abgeschnitten. Eine solche Regelung unterminierte den international erreichten Konsens in seinem Kernanliegen. Mit entsprechender Dringlichkeit ist die folgende Forderung verbunden:

[149] A.a.O., Erläuterungen zu den allg. Grundsätzen Ziff. 14 und IV Menschenrechte Ziff. 43. Zudem Entschliessung des Europäischen Parlaments, Ziff. 29 (S. 26).
[150] A.a.O., Erläuterungen zu den allg. Grundsätzen, Ziff. 21.
[151] A.a.O., z.B. S. 64 und 71.

bb) Antrag

Der Verein Konzernverantwortungsinitiative fordert eine Umformulierung von Art. 5 Abs. 1 VE-VSoTr und des zugehörigen Textes; dies nach folgenden Grundzügen (die legistische Überarbeitung bleibt die Aufgabe des Bundesamtes für Justiz):

Antrag 4 Pflicht zur Erklärung bei Befreiung aufgrund geringer Risiken

Art. 5 VE-VSoTr sei wie folgt anzupassen:

„[1] Unternehmen […] sind von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten gemäss Artikel 964[sexies] f. OR befreit, wenn ~~sie dokumentieren[*], dass die **Länder, aus denen sie Produkte oder Dienstleistungen** beziehen,~~ die Auswirkungen der eigenen Geschäftstätigkeit, von kontrollierten Unternehmen und aufgrund von Geschäftsbeziehungen mit Dritten **geringe Risiken** im Bereich Kinderarbeit aufweisen.“[152]

[*] „[3] Kommt ein grosses Unternehmen, zu dem Schluss, dass es nur geringe Risiken aufweist, potenziell oder tatsächlich nachteilige Auswirkungen auf Kinderarbeit zu verursachen, zu einer solchen Auswirkung beizutragen oder in direktem Zusammenhang mit einer solchen Auswirkung zu stehen, so veröffentlicht es eine entsprechende Erklärung einschließlich seiner Risikobewertung und der einschlägigen Daten, Informationen und Methoden, die zu dieser Schlussfolgerung geführt haben.“[153]

VE-erläuternde Bericht (S. 13) sei wie folgt anzupassen:

~~„Mit den "Länder[n]" sind gemäss Gesetz grundsätzlich alle Länder der Lieferkette gemeint. Das ist aber de facto mit vertretbarem Aufwand kaum umsetzbar, insbesondere bei Produkten, die aus zahlreichen Komponenten verschiedener Herkunftsländer bestehen. Daher muss sich die Risikoprüfung auf das Produktionsland gemäss Herkunftsangabe ("made in") beschränken. “~~

Die vorstehende Textpassage ist zu ersetzen durch den risikobasierten Ansatz, wie er den vom Gegenvorschlag referenzierten OECD-Leitsätzen[154] zugrunde liegt: Dieser erfordert eine Prüfung aller relevanten, d.h. mit dem eigenen Produkt verbundenen Geschäftsbeziehungen, welche nachteilige Auswirkungen auf Kinderarbeit zu verursachen, zu einer solchen Auswirkung beizutragen oder in direktem Zusammenhang mit einer solchen Auswirkung stehen. Dass in eine solche Prüfung auch Vor- und Zwischenprodukte einzubeziehen sind, die direkt mit dem Produkt oder der Dienstleistung des Schweizer Unternehmens verbunden sind, ergibt sich wie erwähnt aus den zitierten Regelwerken.

[152] Vgl. als Inspirationsquelle dazu vorab den im parlamentarischen Prozess insoweit unbestrittenen Passus in Art. 716a[bis] Abs. 1 E-OR des nationalrätlichen Gegenentwurfs (Fahne 7.5.2020, zweite Spalte).
[153] Inspiriert von Art. 4 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments.
[154] A.a.O., Erläuterungen zu den allg. Grundsätzen, Ziff. 14, und IV. Menschenrechte, Ziff. 43.

3.2.1.2.3 Dritter Ausschluss – Fehlender „Verdacht“ auf Kinderarbeit: aus unklarem Tatbestand wird weitere zweck- und völkerrechtswidrige Befreiungsmöglichkeit

Hier geht es um die für die Regelung wichtige Frage, was unter einem fehlenden „Verdacht“ auf Kinderarbeit zu verstehen ist und ob damit je nach Ausgestaltung eine weitere problematische Befreiung von der Sorgfaltspflicht verbunden ist oder nicht.

A) Gesetzliche Ausgangslage und Umsetzung auf Verordnungsebene

§ Der Tatbestand des „begründeten Verdachts“ auf Kinderarbeit ist im **Gesetz** wie folgt verankert (neuArt. 964^{quinquies} Abs. 1 OR): Unternehmen, deren Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung sich in der Schweiz befindet, müssen in der Lieferkette Sorgfaltspflichten einhalten und darüber Bericht erstatten, wenn sie: […] 2. Produkte oder Dienstleistungen anbieten, bei denen ein **begründeter Verdacht** besteht, dass sie unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden.

§ Im Verordnungstext findet sich zum „begründeten Verdacht“ die folgende knappe **Definition** (Art. 1 Bst. f VE-VSoTr): „Verdacht auf den Einsatz von Kinderarbeit, der auf konkreten unternehmensinternen oder -externen Hinweisen oder Anhaltspunkten beruht.“

⇗ Der VE-erläuternde Bericht **ordnet** den fehlenden Verdacht auf Kinderarbeit sodann als weiteren **Befreiungstatbestand** von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht ein. Dies in folgenden Worten (S. 12): „3. Prüfschritt (Verdachtsprüfung): Die Unternehmen **prüfen** gestützt auf Artikel 964^{quinquies} Absatz 1 Ziffer 2 OR, ob mit Bezug auf ein konkretes Produkt oder eine konkrete Dienstleistung ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit im Sinne von Artikel 1 Buchstabe f besteht. Ergibt sich aus der Prüfung **kein konkreter begründeter Verdacht auf Kinderarbeit**, ist das Unternehmen **von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten** im Bereich Kinderarbeit gemäss Art. 964^{sexies} f[.] OR **befreit**.“

B) Beurteilung

Bereits die gesetzliche Anlage des „begründeten Verdachts“ ist problematisch. Sie findet, wie zu erläutern sein wird, in den modellgebenden Regelwerken in dieser Art keine Stütze. Zudem belässt sie bei der Umsetzung einen grossen Interpretationsspielraum. Die Gesetzgebung hat hier im luftleeren Raum legiferiert. Noch problematischer ist der nun zu kommentierende Umsetzungsversuch im Verordnungsentwurf: Er füllt den gesetzlichen Spielraum aus Sicht der Unternehmensverantwortung äusserst einschränkend aus. Dies aus folgenden Gründen:

a) Verdachtstatbestand – Befreiung von der Sorgfaltspflicht statt als Bestandteil davon

Das Gesetz hat mit dem „begründeten Verdacht auf Kinderarbeit“ einen neuen Tatbestand eingeführt, der für die vorliegende Thematik national und v.a. auch international auf nichts Vergleichbares zurückgreifen kann.[155] Dabei lässt das Gesetz offen, ob der Verdachtstatbestand als

[155] Auch der im Begleitbericht (S. 19) zum Gesetz pauschal (ohne Belegstelle) zitierte OECD Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains (2017) ist unbehelflich. Er kennt keinen Tatbestand des begründeten Verdachts (im engl.: reasonable suspicion) als Befreiung von der Sorgfaltspflicht. Ganz im Gegenteil bettet er sich eins zu eins ins Regelwerk der OECD-Leitsätze ein; dies mit dem Dreischritt 1) Risiken ermitteln, 2) Massnahmen ergreifen und 3) darüber berichten. Vgl. insb. a.a.O., Step: Identify and assess for risks, including the worst forms of child labour, in the supply chain, S. 21 ff. Zur fragwürdigen Analogie zu der im Begleitbericht (S. 19) ebenso zitierten Meldepflicht des Geldwäschereigesetzes (GwG) mit der vorliegenden Sorgfaltspflicht s. im Zuge dieses Kapitels. Die NL/Sorgfaltsgesetz zur

(1) separater Prüfschritt für eine weitere Befreiungsmöglichkeit von der Sorgfaltspflicht (wie z.B. der KMU-Ausschluss) zu verstehen ist oder
(2) nicht vielmehr als Prüfelement im Rahmen einer zu vollziehenden Sorgfaltspflicht.

Der Verordnungsentwurf entscheidet sich bei dieser eminent rechtspraktischen Frage wie erwähnt für die erste Lesart. Eine integrale Auslegung von neuArt. 964^{quinquies} Abs. 1 OR spricht hingegen für die zweite Lesart:

Nur der **Wortlaut** zielt tendenziell auf das Verständnis des Verordnungsentwurfes, wobei die Bestimmung mit gutem Recht auch anders lesbar ist (s. Fn.).[156] Alle anderen Auslegungselemente sprechen deutlich gegen diese überschiessende Lesart:

Hätte der Gesetzgeber einer **systematischen** Auslegung mit dem fehlenden „Verdacht" effektiv einen separaten Ausschlusstatbestand schaffen wollen, hätte er diesen unternehmerischen Prüfschritt mit institutionellen Absicherungen flankiert: Er hätte die Feststellung des Unternehmens, dass es am Verdacht auf Kinderarbeit fehle, mit einer Begründungs- und Offenlegungspflicht verbunden und den Fall eines trotzdem bestehenden Verdachts sanktioniert. Oder aber er hätte die Klärung dieser Fragen wie bei den anderen Befreiungstatbeständen an die Verordnung delegiert. All das ist aber im Gesetz nicht vorgesehen.

Führen wir uns vor diesem Hintergrund die praktischen Konsequenzen der Lesart des Verordnungsentwurfs vor Augen: „Ergibt sich aus der Prüfung *kein* konkreter begründeter Verdacht auf Kinderarbeit, ist das Unternehmen von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten […] befreit." Eine solche Prüfung könnte das Unternehmen vornehmen,

- ohne gesetzliche Anleitung, was dabei zu prüfen ist (dazu auch unten),
- ohne öffentliche Rechenschaftspflicht, sollte das Unternehmen keinen Verdacht auf Kinderarbeit erkennen und
- ohne Sanktion, sollte diese Erkenntnis zu Unrecht erfolgt sein.

Eine solche Sichtweise führte **Sinn und Zweck** der Regelung ad absurdum: Erst im Rahmen ausgeübter Sorgfaltsprüfungspflicht ist ein möglicher Verdacht auf Kinderarbeit überhaupt ermittelbar. Erst wer nach Risiken sucht, der findet diese, soweit sie bestehen. Ersteres setzt Letzteres voraus. Diesem Mechanismus folgt jede unternehmerische „Due Diligence". Diese Logik würde von einer Sichtweise auf den Kopf gestellt, welche ein Abwarten auf einen Verdacht zuliesse, bis das Unternehmen ermitteln müsste. Damit würde frei nach dem Motto „was ich nicht weiss, macht mich nicht heiss" passives Verhalten belohnt.

Oder bei ganz praktischer Überlegung: Welche Compliance-Abteilung eines Unternehmens hat schon Appetit darauf, die Risiken von Kinderarbeit aktiv zu ermitteln, um widrigenfalls einen begründeten Verdacht zu erkennen und sich so der Sorgfaltspflicht und öffentlichen Berichterstattung auszusetzen? Dies wenn dem gleichen Unternehmen die Hintertüre offen steht, ohne aktive Ermittlungs- und öffentliche Berichterstattungspflicht darauf zu schliessen, keinen begründeten Verdacht zu hegen und so der Sorgfaltspflicht zu entgehen. Damit funktionierte nun

---

Kinderarbeit (Wet zorgplicht kinderarbeid) versteht den „begründeten Verdacht" („redelijk vermoeden") klar als Teil der Sorgfaltspflicht und ist in seiner entsprechenden Klarheit ebenso wenig vergleichbar mit der Schweizer Gesetzgebung.

[156] Gegen die Lesart, den Verdachtstatbestand als separaten Prüfschritt zur Befreiung von der Sorgfaltspflicht zu verstehen, spricht Folgendes: Erstens sind die anderen Ausschlusstatbestände (KMU-Ausnahme oder Ausnahme für Grossunternehmen mit kleinen Risiken) in separaten Absätzen geregelt, während Abs. 1 dieser Bestimmung lediglich als Grundsatz zu verstehen ist; dies als Grundtatbestand verbunden mit der thematischen Einschränkung, dass sich die Sorgfaltspflicht in seiner Gesamtheit (unter Einschluss von zu ergreifenden Massnahmen) nur auf Tatbestände erstreckt, die nach einem ersten Ermittlungsschritt dazu geführt haben, dass ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht. Wäre der „begründete Verdacht" dagegen als separater Prüfschritt zu verstehen, hätte sich zweitens in einem separatem Absatz eine gesetzliche Formulierung, wie sie die Verordnungserläuterung nun selbst gewählt, aufgedrängt; so in etwa wie folgt: „Ergibt sich aus der Prüfung kein konkreter begründeter Verdacht auf Kinderarbeit, ist das Unternehmen von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten im Bereich Kinderarbeit gemäss Art. 964^{sexies} f[.] OR befreit." Eine solche Formulierung fehlt aber im Gesetz. Und drittens wäre die Verdachtsfrage, sollte sie effektiv zu einer Befreiung führen, mit den nötigen Kontrollmechanismen zu versehen gewesen, wie Handlungsanweisungen zum Prüfprogramm sowie mit einer Offenlegungspflicht der Begründung des Unternehmens, warum ein begründeter Verdacht fehlt.

aber in einem ganz wesentlichen Punkt nicht einmal die von der Vorlage selbst beschworene „Erfüllungstransparenz“ mit der Zivilgesellschaft als sanktionierende Instanz.[157]

Eine solche Auslegung wäre aus Sicht der Unternehmensverantwortung gar kontraproduktiv und belohnte jene Unternehmen, die aktiv die Augen vor möglichen Risiken im eigenen Geschäft verschliessen. Hier setzt der Bundesrat einen Fehlanreiz, der weder im Sinne des Gesetzes ist, noch jenen Unternehmen gerecht wird, die bereits freiwillig darauf bedacht sind, Kinderarbeit in ihren Geschäftsbeziehungen auszuschliessen oder zu bekämpfen. Die Regelung zielt folglich ins Leere.

Widerspruch zu internationalen Vorgaben

So überrascht es wenig, dass dieses Verständnis des Verordnungsentwurfs auch einer **völkerrechtskonformen Auslegung** des Gesetzes und insbesondere den von der Vorlage referenzierten internationalen Vorgaben nicht standhält:

Kernstück der UNO-Leitprinzipien (17-21) und der gleichlautenden OECD-Leitsätze (IV./41) ist die menschenrechtliche Due Diligence: Der ganz wesentliche erste Schritt ist die Ermittlung von Risiken. Der darauf folgende zweite Schritt der Ergreifung von Massnahmen bei erkannten Risiken ist die notwendige Folge davon.[158] Über beide Schritte ist schliesslich zu berichten.[159]

Wenn nun nach dem Verständnis des Verordnungsentwurfes die Unternehmen erst „Verdacht auf Kinderarbeit hegen“ müssten, bis sie ermittelten und darüber berichteten, dann würde der notwendige erste Ermittlungsschritt und die zugehörige Rechenschaftspflicht abgeschnitten, was den ganzen Mechanismus aushöhlte. Denn erst die saubere Untersuchung von Risiken kann zu einem „begründeten Verdacht“ führen.[160]

Entsprechend versteht das für die Vorlage modellgebende **NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit** (Wet zorgplicht kinderarbeid) einen „begründeten Verdacht“[161] auch als Teil der Due Diligence (Art. 5) und nicht als Befreiungstatbestand von eben dieser (vgl. Art. 6 e contrario). Die einschlägige Bestimmung lautet auf Deutsch übersetzt wie folgt:

> Artikel 5 **Sorgfaltspflicht**
> 1. Das Unternehmen, das […] **untersucht**, ob ein **begründeter** (alternativ**: hinreichender) Verdacht** besteht, dass die zu liefernden Waren oder Dienstleistungen mit Hilfe von Kinderarbeit hergestellt wurden, und das im Falle eines begründeten Verdachts einen **Aktionsplan** aufstellt und durchführt, hat die **gebotene Sorgfalt** anzuwenden.[162]

Auch dieser etwas verschachtelte Artikel lässt keinen Zweifel darüber offen: Die Verdachtsprüfung ist der erste Schritt ausgeübter Sorgfaltsprüfungspflicht und nicht eine Befreiung davon. Der Aktionsplan als zweiter Schritt der Due Diligence bildet sodann die Folge von erkannten Risiken – oder eben von einem begründeten Verdacht auf Kinderarbeit.

---

[157] So explizit VE-erläuternder Bericht, S. 15.
[158] Zur besonderen Abhängigkeit der konkreten Massnahmen von der Ermittlung der Risiken s. UNO-Leitprinzipien (18/Kommentar in fine).
[159] S. in dieser Rezeption RK-N-Bericht, S. 5 ff. (und auch 13).
[160] Diese Notwendigkeit und ihre eigene zweckwidrige Vermischung von Ausschluss- und Sorgfaltsthema zeigt der VE-erläuternde Bericht zum Verordnungsentwurf denn auch eindrücklich auf: So enthält er mitten im Sorgfaltskapitel bei der Kommentierung von Art. 8 Bst. d VE-VSoTr (unter dem Titel: Es geht Hinweisen auf Kinderarbeit nach, trifft angemessene Massnahmen und kommuniziert die Ergebnisse der Massnahmen) die folgende Passage (S. 20): „Die Hinweise auf Kinderarbeit ergeben sich insbesondere aus der bereits im Vorfeld durchgeführten Prüfung auf Verdacht von Kinderarbeit im Sinne von Artikel 964^{quinquies} Absatz 3 OR in Verbindung mit Artikel 1 Buchstabe f. dieser Verordnung, aber auch aus der Ermittlung und Bewertung der Risiken schädlicher Auswirkungen im Bereich Kinderarbeit.“
[161] Holländisch: „redelijk vermoeden“ (übersetzt durch Deepl-Transalator).
[162] „Artikel 5 Gepaste zorgvuldigheid 1. De onderneming die met inachtneming van het bepaalde krachtens het derde lid onderzoekt of er een redelijk vermoeden bestaat dat de te leveren goederen of diensten met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen en die in geval van het bestaan van een redelijk vermoeden, een plan van aanpak vaststelt en uitvoert, betracht gepaste zorgvuldigheid.” (ins Deutsche übersetzt durch Deepl-Translator). Vgl. zudem Art. 4 Abs. 1.

Der gleichen Logik folgt der EU-Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments. Dort haben die Unternehmen unter dem Titel „Strategie zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht“ gemäss Art. 4 wie folgt vorzugehen:

- Ermittlung von Risiken nach international verankertem Pflichtenheft (Abs. 2) (als erster Schritt der Sorgfaltsprüfung nach den UNO-Leitprinzipien);
- Wenn keine Risiken bestehen: Öffentliche Rechenschaft mit Begründung (Abs. 3);
- Wenn Risiken bestehen: Massnahmenplan und öffentliche Rechenschaft (Abs. 4 ff. i.V.m. Art. 6).

Fazit und Grundantrag

Der „begründete Verdacht“ auf Kinderarbeit ist bei einer umfassenden Auslegung des Gesetzes nicht als separater Prüfschritt für eine weitere Befreiungsmöglichkeit von der Sorgfaltspflicht zu verstehen, sondern als integrales Prüfelement davon.

Dementsprechend fordert der Verein Konzernverantwortungsinitiative, das gegenteilige Verständnis aus dem VE-erläuternden Bericht (S. 12) zu streichen:

Antrag 5 Streichung Kriterium „begründeter Verdacht“ als Befreiungsmöglichkeit

~~„3. Prüfschritt (Verdachtsprüfung): Die Unternehmen~~ **prüfen** ~~gestützt auf Artikel 964quinquies Absatz 1 Ziffer 2 OR, ob mit Bezug auf ein konkretes Produkt oder eine konkrete Dienstleistung ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit im Sinne von Artikel 1 Buchstabe f besteht. Ergibt sich aus der Prüfung~~ ***kein*** ~~**konkreter begründeter Verdacht auf Kinderarbeit**, ist das Unternehmen **von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten** im Bereich Kinderarbeit gemäss Art. 964sexies f[.] OR **befreit**.“~~

Die richtige Einordnung ist wie erwähnt aus folgenden Gründen von ganz rechtspraktischer Bedeutung: Erst wenn der begründete Verdacht als Teil des ersten Ermittlungsschrittes verstanden wird, ergibt sich daraus eine Handlungspflicht mit einem international verankerten Pflichtenheft – d.h. aktiv ermitteln und über das Ergebnis berichten zu müssen. Auch das unklare Verordnungsverständnis, inwieweit das Unternehmen selbst aktiv werden muss oder aber auf von aussen ihm zugetragene Verdachtselemente warten darf, ist v.a. eine Folge dieser falschen Einordnung.

Ein **konstruktiver Vorschlag**, wie das gesetzliche Verdachtselement im Rahmen des Delegationsspielraums stattdessen im Sorgfaltsteil der Verordnung umgesetzt werden kann, folgt am Schluss dieses Kapitels. Diesem vorangestellt sei nun der zweite einschlägige Kritikpunkt am Verordnungsentwurf.

b) Verdachtstatbestand in unklarer Umsetzung – passiv verhalten können oder aktiv werden müssen?

Unter diesem Titel stellt sich die Frage, inwieweit das Unternehmen

(1) selbst aktiv nach Verdachtselementen suchen muss oder
(2) aber passiv auf von aussen ihm zugetragene Verdachtselemente warten darf.

Dass die internationalen Vorgaben i.S. einer Handlungspflicht klar nach dem aktiven Vorgehen verlangen, haben die vorstehenden Erwägungen aufgezeigt. Aber wie stellen sich das Gesetz und der Verordnungsentwurf dazu? Die einschlägigen Materialien senden widersprüchliche Signale. In der Folge wird durch schrittweise Konsultation dieser Quellen versucht, Licht ins Dunkel zu bringen:

1) Gesetze ohne Anweisung – Das Gesetz selbst gibt keinen Aufschluss darüber, wie das Unternehmen bei der Frage des begründeten Verdachts vorzugehen hat.

2) Meldepflicht zur Geldwäscherei als fragwürdige Analogie – Der Begleitbericht zum Gesetz wiederum versucht, den Verdachtsbegriff in ausdrücklicher Anlehnung an Art. 9 GwG zu fassen (S. 19 f.):

„Demnach ist ein Verdacht dann begründet, wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, welche einen verbrecherischen Ursprung der Vermögenswerte befürchten lassen. Dabei sind zunächst das Vorliegen von Anhaltspunkten, sodann das Vorliegen konkreter Wahrnehmungen und schliesslich das Vorliegen eines begründeten Verdachts zu prüfen."

Diese Analogie zur Meldepflicht der Finanzintermediäre ist zumindest fragwürdig. Die Problematik unterscheidet sich in folgenden Punkten deutlich:

- Dort geht es um die beschränkte Sorgfalts- und **Meldepflicht** (als Bestandteil des Staatsapparates) bei verbrecherischen Handlungen **Dritter** ‖ hier um die **eigene** Mitverantwortung und eine umfassende **Sorgfaltspflicht** bei Kinderarbeit aufgrund **eigener** Geschäftstätigkeit oder Geschäftsbeziehungen, die mit dem **eigenen** Produkt oder der eigenen Dienstleistung im Zusammenhang stehen;
- dort hat das Unterlassen der Meldepflicht trotz begründetem Verdacht Straffolgen ‖ hier bleibt die unterlassene Sorgfalt (!) (im Gegensatz zur Berichterstattung) trotz begründetem Verdacht wie erwähnt rechenschafts- und sanktionslos;
- dort geht es v.a. um das Aufdecken eines Strafdelikts ‖ hier betont um Prävention.[163]

Der Vergleich zur Geldwäscherei taugt als Vergleichsmaterial zur Bestimmung des begründeten Verdachts auf Kinderarbeit damit nur bedingt. Immerhin ist zu betonen, dass auch Finanzintermediäre im Rahmen der Geldwäschereigesetzgebung (insb. Art. 6 GwG) **aktive** Abklärungspflichten treffen, die sodann eine weitere Handlung (d.h. die Meldung auslösen).[164] In deutlichem Kontrast zu diesen Anforderungen steht nun aber der Begleitbericht (S. 20): „Sobald [das Unternehmen] einen Verdacht hegt, muss es Untersuchungen an die Hand nehmen, um die Lage zu klären." Bei einer Due Diligence nach den selbst referenzierten UNO-Leitprinzipien und OECD-Leitsätzen (wie nach dem Ansatz des GwG) verhält es sich wie erwähnt gerade umgekehrt: Es sind (1) die Risiken zu ermitteln, d.h. zu untersuchen, (2) um den dadurch entstandenen Verdachtsmomenten nachzugehen.

Das Kernprinzip 18 der UNO-Leitprinzipien liest sich dazu wie folgt:

> Um die menschenrechtlichen Risiken abzuschätzen, sollten Wirtschaftsunternehmen alle **tatsächlichen oder potenziellen nachteiligen menschenrechtlichen Auswirkungen ermitteln und bewerten**, an denen sie entweder durch ihre eigene Tätigkeit oder durch ihre Geschäftsbeziehungen beteiligt sind.

Diese **Handlungs-, d.h. aktive Prüfpflicht** wird auch beim anschaulichen Blick in die Kommentare zum UNO-Leitprinzip 18 deutlich. Gefordert ist demnach ein aktives und strukturiertes Suchen **nach** und nicht Empfangen **von** Hinweisen oder Anhaltspunkten: „Ziel […] ist es, ausgehend von einem spezifischen Tätigkeitsumfeld die spezifischen Auswirkungen auf spezifische Menschen zu verstehen. In der Regel gehört dazu unter anderem, nach Möglichkeit vor Beginn eines Geschäftsvorhabens den menschenrechtlichen Kontext zu **bewerten**; **festzustellen**, wer unter Umständen betroffen sein könnte; die einschlägigen Menschenrechtsnormen und -probleme zu **katalogisieren**; und zu **prognostizieren**, wie die geplanten Aktivitäten und die damit verbundenen Geschäftsbeziehungen nachteilige menschenrechtliche Auswirkungen auf den ermittelten Personenkreis haben könnten. […] Damit Wirtschaftsunternehmen ihre menschenrechtlichen Auswirkungen richtig einschätzen können, sollten sie bemüht sein, die Anliegen potenziell betroffener Stakeholder zu verstehen, indem sie sie **direkt** und auf eine Weise

[163] Siehe für die Seite der Geldwäscherei zum Ganzen u.a. ROLAND J. LUCHSINGER, SHK – Geldwäschereigesetz (GwG), 2017, Art. 9 N. 6, 11 und 31 ff.; zur Human Rights Due Diligence im Zuge dieser Abhandlung.
[164] S. statt vieler Urteil BGer 6B_786/2020 vom 11. Januar 2021, E. 2.1.3.

konsultieren, die sprachliche und anderweitige denkbare Hindernisse für einen effektiven Austausch berücksichtigt. Sind solche Konsultation **nicht möglich**, sollten Wirtschaftsunternehmen zumutbare Alternativen in Erwägung ziehen, wie etwa die Konsultation glaubwürdiger, unabhängiger, sachverständiger Ressourcen, darunter Menschenrechtsverteidiger und anderer Vertreter der Zivilgesellschaft."

3) Ansatz mit Potenzial – Etwas besser liest sich in diesem Sinne sodann die folgende Passage im Begleitbericht (S. 20):

„Der Verdacht kann sich aus internen Quellen ergeben, wie zum Beispiel aufgrund von Unterlagen bezüglich eines Lieferanten oder aufgrund eines Besuchs vor Ort. Jedoch können auch externe Quellen von Relevanz sein, wie Medienberichte, Gerichtsurteile oder Mitteilungen durch Verwaltungsbehörden."

Was aber auch hier stört, ist sowohl der **Verzicht auf die Feststellung einer Handlungspflicht** sowie die **Kann**-Formulierung bezüglich der Quellen. Die UNO-Leitprinzipien fordern wie erwähnt eine Handlungspflicht, die notwendigerweise auch (!) auf **internen** Compliance- und Konsultationsmechanismen beruht und sich **nicht auf externe Quellen beschränken kann**. Letztere sind wichtig, genügen aber für sich alleine, gerade wenn es um das eigene Risiko geht, häufig eben nicht. Dies aus dem einfachen Grund: Das Unternehmen kennt seine eigenen Risiken am besten.

4) Interne oder externe Hinweise? Der Verordnungstext bringt dazu nicht die erhoffte Klärung. Vielmehr verwässert er die Prüfpflicht erneut. Dies mit folgendem Passus (Art. 1 Bst. f VE-VSoTr):

„Verdacht auf den Einsatz von Kinderarbeit, der auf konkreten unternehmensinternen **oder** -externen Hinweisen oder Anhaltspunkten beruht."

Es geht nach dem Gesagten nicht um ein Entweder-oder sondern um ein Sowohl-als-auch von internen und externen Indikatoren, die auf Kinderarbeit hindeuten. Wieso übrigens der bewusste[165] Plural? Um dem Präventionsgedanken der UNO-Leitprinzipien hinreichend Rechnung zu tragen, muss **ein** Hinweis oder Anhaltspunkt genügen.

5) Schritt in Richtung aktive Handlungspflicht – Einen guten Schritt in Richtung aktiver Handlungspflicht macht zuletzt der VE-erläuternde Bericht zum Verordnungsentwurf (S. 9):

„Der begründete Verdacht auf Kinderarbeit **kann** sich namentlich aus der Anwendung der in Artikel 7 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 8 Absatz 2 **aufgeführten Instrumente[n] ergeben (Kontrollen vor Ort, Einholung von Auskünften usw.).**"

Ein gewisser Brückenschlag zwischen Verdachtsprüfung und Sorgfaltspflicht ist durch den Verweis zwar erkennbar; dieser wird aber durch die Kann-Formulierung erneut verwässert.

Fazit

Die Materialien definieren die Verdachtsprüfung viel zu wenig klar als eine im Rahmen der Sorgfaltsprüfung auszuübende Handlungspflicht. Die Signale sind widersprüchlich und lavieren mit den Kann-Formulierungen sowie den Wahlmöglichkeiten zwischen internen und externen Faktoren viel zu sehr zwischen aktiver Handlungspflicht und passiver Haltung. Die Folgen der falschen Einordnung als Ausschlusskriterium statt als Teil der Sorgfaltspflicht bleiben auch bei der Definition des begründeten Verdachts auf Kinderarbeit deutlich erkennbar. Das einzige, was hier Abhilfe schafft, ist eine systematische Anbindung der Verdachtsprüfung an die Sorgfaltspflicht. Entsprechend kategorisch lautet die Forderung:

[165] S. VE-erläuternder Bericht, S. 8.

C) Antrag

Der Verein Konzernverantwortungsinitiative fordert

- gestützt auf die von der Regelung zitierten UNO-Leitprinzipien bzw. OECD-Leitsätze,
- in Anlehnung an das modellgebende NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit sowie
- dem Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments
- und im Rahmen des gesetzlichen Delegationsspielraums gemäss neuArt. 964^{sexies} Abs. 4 OR zur näheren Ausgestaltung der Sorgfaltspflichten durch den Bundesrat

dringend die folgenden Anpassungen am Verordnungsentwurf vorzunehmen (die legistische Überarbeitung bleibt die Aufgabe des Bundesamtes für Justiz):

Antrag 6 Transparenz wenn kein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit

Verordnungstext

Ergänzung:

Art. 11a Kein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit

Kommt das Unternehmen in Anwendung von Artikel 11[166] [Pflichtenprogramm zur Ermittlung der Risiken gemäss Verordnung] zu dem Schluss, dass kein begründeter Verdacht besteht, dass es nachteilige Auswirkungen auf Kinderarbeit verursacht, nicht zu einer solchen Auswirkung beiträgt und nicht in direktem Zusammenhang mit einer solchen Auswirkung steht, so veröffentlicht es in sinngemässer Anwendung von Artikel 964^{septies} OR eine entsprechende Erklärung einschließlich seiner Risikobewertung und der einschlägigen Daten, Informationen und Methoden, die zu dieser Schlussfolgerung geführt haben.*

* Textvorschlag inspiriert von Art. 4 Abs. 3 Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments

Streichung: Die Begriffsdefinition des begründeten Verdachts gemäss Art. 1 Bst. f VE-VSoTr wird durch das vorstehend erwähnte Pflichtenprogramm zur Ermittlung der Risiken obsolet und kann gestrichen werden.

Erläuternder Bericht:

Ergänzung:

[166] Alternativ denkbar zu diesem Artikel-Verweis ist auch eine materielle Definition des Pflichtenprogramms zur Ermittlung der Risiken mit Blick auf einen begründeten Verdacht auf Kinderarbeit in einem vorgezogenen Abs. 1, wie sie Art. 4 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments kennt: „Die Unternehmen werden fortlaufend alle ihnen möglichen Anstrengungen unternehmen, um die Art und den Kontext ihrer Tätigkeiten, auch geografisch, zu ermitteln und zu bewerten und um festzustellen, ob ihre Tätigkeiten und Geschäftsbeziehungen potenzielle oder tatsächliche nachteilige Auswirkungen [auf Kinderarbeit] verursachen, zu ihnen beitragen oder direkt mit ihnen verbunden sind, wobei eine risikobasierte Überwachungsmethodik verwendet wird, welche die Wahrscheinlichkeit, Schwere und Dringlichkeit potenzieller oder tatsächlicher [auf Kinderarbeit] berücksichtigt."

Die Unternehmen werden (gemäss Art. 11 VSoTr) fortlaufend alle ihnen möglichen Anstrengungen unternehmen, um die Art und den Kontext ihrer Tätigkeiten, auch geografisch, zu ermitteln und zu bewerten und um festzustellen, ob ihre Tätigkeiten und Geschäftsbeziehungen potenzielle oder tatsächliche nachteilige Auswirkungen auf Kinderarbeit verursachen, zu ihnen beitragen oder direkt mit ihnen verbunden sind, wobei eine risikobasierte Überwachungsmethodik verwendet wird, welche die Wahrscheinlichkeit, Schwere und Dringlichkeit potenzieller oder tatsächlicher Auswirkungen auf Kinderarbeit berücksichtigt.*

* Textvorschlag inspiriert von Art. 4 Abs. 2 Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments

Streichung: Abschnitt eins und zwei unter dem Titel „Bst. f begründeter Verdacht auf Kinderarbeit“ (S. 8 f.), weil gemäss den Erläuterungen unter Kapitel B.b. nicht sachgerecht.

Eventualiter:

Unabhängig von der vorstehenden Hauptforderung verlangt die Koalition nach dem Gesagten eindringlich, die folgenden Punkte am **Verordnungsentwurf und den zugehörigen Erläuterungen** anzupassen:

- Verankerung einer Handlungspflicht, **d.h. aktiven Prüfpflicht**, zur Ermittlung des begründeten oder fehlenden Verdachts verbunden mit einem klaren Pflichtenprogramm, wie im vorstehenden Textvorschlag formuliert; dies in der Verordnung und in den Erläuterungen.
- Verankerung einer **Begründungs- und Offenlegungspflicht** des Entscheides eines Unternehmens, wonach kein begründeter Verdacht bestünde, in der Verordnung.

Nach den Ausschlüssen von Schweizer Unternehmen von der Sorgfaltspflicht für Kinderarbeit nun zu jenen für Konfliktmineralien.

3.2.1.3 Ausschlüsse für Konfliktmineralien – zu hohe Schwellenwerte, zu kleine Liste von Risikogebieten und gesetzeswidrige Ausnahme für rezyklierte Metalle

Der Gegenvorschlag stützt sich für die Konfliktmineralien auf die EU-Verordnung für Konfliktmineralien. Ohne die spezifische Bedeutung dieses Regelwerkes für die vier Mineralien Zinn, Tantal, Wolfram und Gold, die häufig im Zusammenhang mit Menschenrechtsverletzungen in Konflikt- und Risikosituationen stehen, zu unterschätzen: Mit Blick auf den in absehbarer Zeit weit umfassenderen Ansatz von sanktionierten Sorgfaltspflichten über die ganze Palette von Menschen- und Umwelthemen gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments ist die Regelung auch im EU-Rahmen als transitorisches Spezifikum zu qualifizieren. Umso mehr gilt dies in Anbetracht der in den europäischen Staaten, allen voran unseren Nachbarn Frankreich und Deutschland, bereits verabschiedeten, viel weitreichenderen Regelungen (zum Ganzen vgl. oben).

Zudem ist die Praxisrelevanz von Konfliktmineralien in der Schweiz im Wesentlichen lediglich für Gold gegeben. Unbeachtet lässt die Regelung die für unser Land äusserst relevanten Rohstoffe Öl, Petrol, Gas, Kupfer und v.a. auch Kobalt o.ä., wie sie etwa auch in der Commodity Trading Guidance des EDA und SECO (Hrsg.) mit besonderem Blick auf die Schweiz genannt sind.[167]

[167] EDA/SECO (Hrsg.), The Commodity Trading Sector Guidance on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2018, S. 7 und 11.

Von der EU-Verordnung für Konfliktmineralien sind nach Schätzung der Regulatoren lediglich ca. 600-1000 Unternehmen betroffen.[168] Für die Schweiz dürfte die Zahl nach dem Gesagten einen Bruchteil davon betragen und nur einen sehr bescheidenen Adressatenkreis aufweisen. Aufschlussreich und wichtig wäre dazu eine zuverlässige Schätzung oder gar eine Bezeichnung der konkreten Unternehmen[169] im VE-erläuternden Bericht, was bisher fehlt.

Umso mehr ist darauf zu achten, dass die Verordnung zum Gegenvorschlag diesen sehr beschränkten Geltungsbereich nicht noch weiter ausdünnt. Mit diesem Vorzeichen sind die drei für Konfliktmineralien kritischen Grössen zu beurteilen: 1) Schwellenwerte für Einfuhr- und Bearbeitungsmengen, 2) Definition der Konflikt- und Hochrisikogebiete, 3) Ausnahmen für rezyklierte Metalle.

3.2.1.3.1 Schwellenwerte für Einfuhr- und Bearbeitungsmengen

A) Gesetzliche Ausgangslage und Umsetzung auf Verordnungsebene

§ Der Gesetzestext (neuArt. 964^{quinquies} Abs. 2 OR) lautet wie folgt: „Der Bundesrat legt jährliche Einfuhrmengen von Mineralien und Metallen fest, bis zu denen ein Unternehmen von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht befreit ist."

§ Die Verordnung sieht dazu vor (Art. 2 Abs. 1 VE-VSoTr): „Die Einfuhr- und Bearbeitungsmengen für Mineralien und Metalle, bis zu denen ein Unternehmen von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht gemäss Artikel 964^{quinquies} Absatz 2 OR befreit ist, sind im Anhang festgelegt."

Der Anhang legt dazu für das in der Schweiz praxisrelevante Gold die folgenden Mengen fest:

Für Golderze und ihre Konzentrate	4 Mio. kg. pro Jahr
Für Gold in Rohform oder in Form von Halbzeug oder Pulver	100 kg. pro Jahr

Gemäss dem VE-erläuternden Bericht (S. 10) orientieren sich diese Schwellenwerte an der EU-Verordnung für Konfliktmineralien.

B) Beurteilung mit Anträgen

Der Blick in den Anhang der EU-Verordnung für Konfliktmineralien macht deutlich: Die Werte entsprechen der **derzeitigen** EU-Regelung. Die eins zu eins Übernahme dieser EU-Schwellen ist allerdings in zweierlei Hinsicht kritisch zu beurteilen:

Erstens hat der Verordnungsentwurf bei der Festlegung der Einfuhrmengen die Zielvorgabe gemäss Art. 1 Abs. 3 der EU-Verordnung für Konfliktmineralien zu beachten. Demzufolge sind sämtliche Mengenschwellen in einer Höhe festzusetzen, **„durch die sichergestellt wird, dass der überwiegende Teil, mindestens jedoch 95% der gesamten in die Union eingeführten Mengen eines jeden Minerals und Metalls […] Gegenstand der in dieser Verordnung festgelegten Pflichten der Unioneinführer ist."**

Genau diesen Nachweis von 95% der gesamten Einfuhr- bzw. Bearbeitungsmengen, den die Lehre mit ATAMER/WILLI gefordert hatten,[170] bleibt nun aber der Verordnungsentwurf samt VE-

[168] Vgl. Europäische Kommission, Wissenswertes über die EU-Verordnung für Konfliktmineralien.
[169] Wie zum Beispiel in Umsetzung der einschlägigen EU-Richtlinie in Österreich: <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00475/fname_848893.pdf>, § 222c Ziff. 6.
[170] ATAMER/WILLI, S. 694.

erläuterndem Bericht schuldig. Das entworfene Copy & Paste, d.h. die nicht auf unser Land angepasste Übernahme der EU-Schwellenwerte kann dazu führen, dass die vielen hier ansässigen kleineren, aber hoch spezialisierten Akteur:innen (bei der Komponentenherstellung oder Endfertigung insb. auch im Goldbereich) aus der Regelung herausfielen und das relevante Gesamtvolumen in der Schweiz unter den Wert von 95% zu liegen käme.[171] Zudem stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, ob gerade in Bezug auf Zinn, Tantal und Wolfram die Einfuhr- und Bearbeitungsmengen beim Blick auf den Handelsplatz Schweiz alleine relevant sein dürfen, weil ja der damit verbundene und in der Schweiz höchstens für diese Konfliktmineralien potenziell relevante Transithandel ohne physische Vorgänge in der Schweiz stattfindet.

Antrag 7 Nachweis über Abdeckungsgrad Schwellenwerte / Einbezug zusätzlicher Zolltarifnummern

Der Verein Konzernverantwortungsinitiative verlangt dementsprechend den in den VE-Erläuterungen offen zu legenden Nachweis, dass mit den festgesetzten Schwellenwerten analog der EU-Regelung mindestens 95% der gesamten in die Schweiz eingeführten und hier bearbeiteten Mengen eines jeden Minerals und Metalls erfasst ist. Ist dies nicht der Fall, sind die Schwellen anzupassen. Grundlage für diesen Nachweis sind wie in der EU die jährlichen Einfuhr- und Bearbeitungsmengen, die der Bundesrat aufgeschlüsselt nach den im Anhang aufgeführten Tarifnummern der einzelnen Mineralien und Metalle für die Schweiz aus den Zolldaten zu erheben hat.[172] Diese Erhebung bleibt jährlich vorzunehmen, um die Schwellenwerte entsprechend anzupassen. Zudem verlangt die Koalition die Erfassung des Handelsvolumens von Rohstoffen in Bezug auf den Transithandel, um bei entsprechender Relevanz in Bezug auf die vier Konfliktmineralien, auch für dieses Geschäft sinnvolle Schwellenwerte mit Blick auf die 95%-Erfassung einzuführen. Zudem soll für „Gold“ im Anhang nicht nur die pauschale Zolltarifnummer „7108 ex“ genannt werden, sondern es sind zusätzlich die differenzierten Bezeichnungen mit Untertarifnummern zu erwähnen. Im Einzelnen hat die Regelung folgende Bezeichnungen und Tarifnummern zu umfassen:[173]

7108	Gold, einschl. platiniertes Gold, in Rohform oder als Halbzeug oder Pulver
7108.11	Gold, einschl. platiniertes Gold, als Pulver, zu anderen als zu monetären Zwecken
7108.1100	Gold, einschl. platiniertes Gold, als Pulver, zu anderen als zu monetären Zwecken Goldpulver
7108.12*	Gold, einschl. platiniertes Gold, in Rohform, zu anderen als zu monetären Zwecken (ausg. als Pulver) [im Spezialhandel ab 1.1.2012 enthalten]
7108.1200	Gold, einschl. platiniertes Gold, in Rohform, zu anderen als zu monetären Zwecken (ausg. als Pulver) [im Spezialhandel ab 1.1.2012 enthalten] raffiniertes Gold zu nicht monetären Zwecken gegossene Goldbarren Minengold
7108.13	Gold, einschl. platiniertes Gold, als Halbzeug, zu anderen als zu monetären Zwecken
7108.1300	Gold, einschl. platiniertes Gold, als Halbzeug, zu anderen als zu monetären Zwecken Rohre aus Gold (Halbfabrikate), Pailletten aus Gold (Halbfabrikate), Stäbe aus Gold (Halbfabrikate), Profile aus Gold (Halbfabrikate), gestanzte Goldbarren raffiniertes Gold zu nicht monetären Zwecken, Folien aus Gold (Halbfabrikate), Draht aus Gold (Halbfabrikate), Blattgold (Halbfabrikate), Halbzeug aus Gold, Bleche aus Gold (Halbfabrikate), Bänder aus Gold (Halbfabrikate)
7108.20	Gold, einschl. platiniertes Gold, in Rohform oder als Halbzeug oder Pulver, zu monetären Zwecken [Ein- und Ausfuhr nicht im Spezialhandel enthalten]
7108.2000	Gold, einschl. platiniertes Gold, in Rohform oder als Halbzeug oder Pulver, zu monetären Zwecken [Ein- und Ausfuhr nicht im Spezialhandel enthalten]

[171] EDA/SECO (Hrsg.), The Commodity Trading Sector Guidance on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2018, S. 7: “Firms engaging in commodity trading vary greatly in scope, scale, size and organisational form, ranging from micro-enterprises to large diversified multinationals. Some are very specialised, trading one or a few commodities purchased from or sold to multiple actors, others trade a broad set of commodities within or across commodities categories.”
[172] S. für dieses Vorgehen analog Art. 18 der EU-Verordnung für Konfliktmineralien.
[173] Vgl. https://www.gate.ezv.admin.ch/swissimpex/public/bereiche/waren/query.xhtmlmit (abgerufen am 4.6.2021).

* Unterteilung der Tarifnummer 7108.12:[174]

- 911: Minengold (gemäss „Erläuterungen“)
- 912: mindestens 99,5 Gewichtsprozent, zur Raffination oder zur Weiterverarbeitung
- 913: mindestens 99,5 Gewichtsprozent, zu anderen Zwecken
- 914: weniger als 99,5 Gewichtsprozent

Zweitens ist zu beachten, dass notabene die einschlägige Branche European Precious Metals Federation selbst die gemäss Verordnungsentwurf auch für die Schweiz vorgesehene Schwelle für Gold als zu hoch erachtet: „The current 100 kg threshold for gold and 4.000 000 kg for gold ores and concentrates required for the regulation to apply risks weakening the standards, which could have reputational consequences for the industry.” Sie plädiert spätestens mit der Revision der EU-Verordnung im Jahr **2023** für eine ambitioniertere Regelung, “to lower the threshold for gold to cover all gold imports to fall within the scope of the Regulation, effectively following already existing industry initiatives.”[175]

Antrag 8 Anpassung der Schwellenwerte

Diesem Ruf der Branche hat die Schweiz bei ihrer Regelung, die frühestens für das Geschäftsjahr **2023** relevant sei wird, zu folgen und entsprechend tiefere Schwellenwerte festzulegen.

Die Koalition begrüsst im Übrigen, dass die Verordnung nicht nur die „Einfuhr“, sondern auch die „Bearbeitung“ der besagten Mineralien und Metallen der Sorgfaltspflicht unterstellt. Allerdings vermisst sie eine Definition in Art. 1 VE-VSoTr, was genau darunter zu verstehen ist. Der pauschale Hinweis im VE-erläuternden Bericht (S. 10) auf einen zollrelevanten Vorgang gemäss Zollgesetz ist dabei nur teilweise hilfreich und scheint mitunter gar verkürzend. Was ist mit der Blackbox der Zollfreilager?[176] Was gilt für den in der Schweiz zumindest bei ganzheitlicher Betrachtung eminent wichtigen **Transithandel mit Rohstoffen (bereits 2010 über 3% des BIP)**[177], bei dem die Güter häufig im Ausland gelagert werden? Diese Sachverhalte müssen von der Vorlage klar und explizit erfasst sein, dies unabhängig von ihrer Zollrelevanz. Damit stellt sich die generelle Frage:

Welche der gemäss Commodity Trading Guidance relevanten wirtschaftlichen Tätigkeiten sind nun genau erfasst: Fördern → Einkaufen → Transportieren → Lagern → Verarbeiten → Verkaufen? Fallen unter „Einfuhr“ und „Bearbeitung“ z.B. die Importeur:innen/Händler:innen (unter Einschluss von Transithandel!) und Schmelzen/Raffinerien oder auch die Komponentenhersteller:innen und Endfertiger:innen?

Antrag 9 Einbezug aller relevanter Akteur:innen

Der VE-erläuternder Bericht soll eine lückenlose Darstellung enthalten, welche der vorstehenden Akteur:innen erfasst sind und welche allenfalls nicht. Im Sinne einer auf den OECD-Leitsätzen[178] basierten, zeitgemässen und möglichst umfassenden Erfassung der Wertschöpfungskette auf vor- und nachgelagerter Ebene (up- und downstream) fordert die Koalition einen möglichst integralen Einschluss der Akteur:innen. Dieser soll über Importfirmen oder die Raffinerie hinausgehen. In Anbetracht der grossen Goldmengen, mit denen gerade auch Banken, Uhren- und

[174] Vgl. <https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/themen/schweizerische-aussenhandelsstatistik/daten/waren/gold.html> und <https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/themen/schweizerische-aussenhandelsstatistik/daten/waren/gold.spa.gold.app/gold_de.html> (je abgerufen am 4.6.2021).
[175] European Precious Metals Federation, Responsible Sourcing.
[176] Insbesondere stellt sich bei einem solchen Hinweis die Frage, inwiefern von der Regelung auch der Handel über die Zollfreilager erfasst wird (Art. 65 ZG); oder aber der passive Veredelungsverkehr (Art. 13 ZG).
[177] SWISS ACADEMICS, Factsheets, Die Schweiz und der Rohstoffhandel, 2016, S. 1.
[178] A.a.O., IV. Ziff. 43; zudem OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln, S. 11: „Durch Due Diligence abgedeckte Geschäftsbeziehungen: Alle Arten von Geschäftsbeziehungen des Unternehmens – Lieferanten, Franchisenehmer, Lizenznehmer, Klienten, Auftragnehmer, Kunden, Gutachter, Finanz-, Rechts- und andere Berater sowie alle weiteren staatlichen und nichtstaatlichen Rechtsträger, die mit Geschäftstätigkeiten, Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens in Verbindung stehen.“

Schmuckunternehmen wirtschaften, sollten auch sie einer Sorgfaltsprüfungs- und Berichterstattungspflicht unterliegen. Einige dieser Akteur:innen, aber bei weitem nicht alle, halten die entsprechenden Standards bereits heute freiwillig ein, inkl. externer Audits bei ihrer Goldbeschaffung. Um die Praktiken hin zu internationalen Mindeststandards zu harmonisieren, ist es ganz zentral, dass alle Akteur:innen der vorliegenden gesetzlichen Regelung unterliegen. Die Schweiz ist gerade als Drehscheibe von Gold über die gesamte Wertschöpfungskette hinweg global derart relevant (rund 70 Prozent der Goldproduktion der Welt werden von Schweizer Unternehmen vermarktet, ein Grossteil davon wird in Schweizer Raffinerien physisch verarbeitet),[179] dass sie umso mehr die Verantwortung für eine möglichst umfassende regulatorische Erfassung der involvierten Wirtschaftsakteur:innen trägt.

3.2.1.3.2 Begriff der „Konflikt- und Hochrisikogebiete“

A) Gesetzliche Ausgangslage und Umsetzung auf Verordnungsebene

§ Das Gesetz selbst definiert den Begriff der „Konflikt- und Hochrisikogebiete“ nicht. Diese Aufgabe übernimmt die Verordnung (Art. 1 Bst. e VE-VSoTr): Gemeint sind „Gebiete, in denen bewaffnete Konflikte geführt werden oder die sich nach Konflikten in einer fragilen Situation befinden, sowie Gebiete, in denen die Staatsführung und die Sicherheit schwach oder nicht vorhanden sind, zum Beispiel gescheiterte Staaten, und in denen weitverbreitete systematische Verstösse gegen internationales Recht einschliesslich Menschenrechtsverletzungen stattfinden.“

Wie der VE-erläuternde Bericht festhält, entspricht diese Definition jener der EU-Verordnung für Konfliktmineralien (Art. 2 Bst. f). Zum näheren Verständnis des Begriffs Konflikt- und Hochrisikogebiete und zu einzelnen Schlüsselelementen der Begriffsbestimmung (bewaffnete Konflikte, fragile Situation nach Konflikt, gescheiterte Staaten) kann auf die Empfehlung (EU) 2018/1149 der Europäischen Kommission verwiesen werden. Diese enthält auch eine Liste öffentlich zugänglicher Informationsquellen. Dazu gehören beispielsweise die Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen mit einer Beschreibung der politischen und sicherheitspolitischen Situation in Ländern in bedenklicher Lage sowie länderspezifische Informationen des Amts des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte. In diesem Zusammenhang kann auf die Liste zu den Konfliktgebieten hingewiesen werden, welche die RAND Europe im Auftrag der EU-Kommission erstellt hat. Diese Liste hat allerdings nur indikativen Charakter (so zum Ganzen VE-erläuternder Bericht, S. 8).

B) Beurteilung mit Antrag

Im Rahmen dieser Vernehmlassung geht es nicht darum, die vorstehende Definition von Konflikt- und Hochrisikogebieten der EU, die das Gesetz und der Verordnungsentwurf übernommen haben, grundsätzlich zu hinterfragen. An dieser Stelle sei allerdings darauf hingewiesen, dass viele in Sachen Menschenrechtsverletzungen, Umweltverschmutzung und Korruption hoch problematische Gebiete, in denen die Schweizer Rohstoffbranche tätig ist, davon nicht erfasst sind. Dies zeigt ein Blick in die aktuelle Liste von RAND Europe.

Unter den für Gold einschlägigen Produktionsländern befinden sich, wie auch der Bundesrat in seinem Goldbericht festgehalten hat, zahlreiche Schwellen- und Entwicklungsländer wie Bolivien, Burkina Faso, Ghana, Kolumbien, Mali, Peru, Südafrika und Usbekistan.[180] Ein Teil davon, namentlich Peru, um nur ein **Beispiel** zu nennen, figuriert nicht auf der Liste von RAND Europe.

[179] S. statt vieler MARK PIETH, Goldwäsche, 2019, passim.
[180] Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Recordon 15.3877, 21.9.2015, Goldhandel und Verletzung der Menschenrechte, 14. November 2018, S. 4 ff.

Die Schweiz ist der grösste Abnehmer von Gold aus **Peru**, das inzwischen das fünftgrösste Goldexportland der Welt ist. Das Gold stammt aus grossen Minen wie Yanacocha oder Pierina sowie aus kleinen sog. handwerklichen Minen. Im Hinterland des Amazonas, in Madre de Dios, geht der Goldabbau mit grossflächigem illegalem Abholzen des Regenwaldes einher und wird von kriminellen Organisationen kontrolliert. In der südlichen Andenregion Puno befinden sich weitere Abbauorte, an denen die Arbeitsbedingungen der Mineure hoch problematisch sind.[181]

Antrag 10 Erweiterung Begriff „Hochrisiko- und Konfliktgebiete"

Um die erwähnten Sachverhalte auch wirklich zu erfassen, ist der Begriff von Hochrisiko- und Konfliktgebieten hinreichend weit zu verstehen. Dieses Verständnis und die damit verbundene Erkenntnis der Unvollständigkeit der Liste der Länder und Gebiete gemäss RAND Europe sind nach Ansicht der Koalition im VE-erläuternder Bericht (S. 8) wie folgt zu ergänzen:

„Problematisch im Sinne der Definition gemäss Art. 1 Bst. e VE-VSoTr sind nach Sinn und Zweck der Regelung und in Anlehnung an die EU-Verordnung für Konfliktmineralien auch Länder, die sich zwar nicht in einer eigentlichen Konfliktsituation befinden oder sog. „Gescheiterte Staaten" mit **landesweiten** systematischen Menschenrechtsverletzungen darstellen, deren Rohstoffvorkommen aber lokal, regional oder global stark nachgefragte Mineralien umfassen, die je nach konkretem **Gebiet** (geboten ist begriffsnotwendig eine gebietsbezogene Betrachtung) ebenso in Zusammenhang mit schweren Menschenrechtsverletzungen oder Umweltverschmutzungen stehen können. Die Liste von RAND Europe ist deshalb nicht abschliessend zu verstehen; in dieser Liste ist nicht notwendigerweise jedes Hochrisiko- und Konfliktgebiet in der Welt enthalten. Das bedeutet, dass die Verordnung auch von Unternehmen eingehalten werden muss, die in Konflikt- und Hochrisikogebieten tätig sind, die nicht in der Liste aufgeführt sind. Geboten ist eine gebietsbezogene unternehmerische Einzelfallbetrachtung."[182]

3.2.1.3.3 Ausnahme für rezyklierte Metalle

A) Gesetzliche Ausgangslage und Umsetzung auf Verordnungsebene

§ Das Gesetz sieht für rezyklierte Metalle keine Ausnahme von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht vor. Die Delegationsvorschrift von neuArt. 964^{quinquies} Abs. 2 OR an den Bundesrat betrifft nur die Festlegung „der jährlichen Einfuhrmengen von Mineralien und Metallen, bis zu denen ein Unternehmen von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht befreit ist."

↷ Auch der Begleitbericht leitet aus dem Gesetz keine Ausnahme für rezyklierte Metalle ab.

§ Die Verordnung sieht nun ohne gesetzliche Stütze für rezyklierte Metalle die folgende zusätzliche Ausnahme von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht vor (Art. 3 VE-VSoTr):
„[1] Die Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten gemäss Artikel 964^{quinquies} Absatz 1 OR gelten nicht für die Einfuhr und die Bearbeitung von rezyklierten Metallen.
[2] Rezyklierte Metalle sind Produkte, die bei der Endnutzerin oder beim Endnutzer oder nach dem Gebrauch durch Rezyklierung gewonnen werden, oder Metallschrotte, die bei der Produktherstellung entstehen; hierzu gehören überschüssige, nicht mehr genutzte und beschädigte Materialien und Metallschrottmaterialien, die veredelte oder verarbeitete Metalle enthalten, die bei

[181] S. dazu u.a. die Recherchen des Strafrechtsprofessors MARK PIETH, Goldwäsche, 2019; s. dazu auch Summary.
[182] So vorstehend zum Ganzen: in einer Übersicht zu den Grundgedanken der Regelung s. Europäische Kommission, Wissenswertes über die EU-Verordnung für Konfliktmineralien (Welche Länder oder Gebiete sind am meisten gefährdet? Für welche Länder wird die EU-Verordnung gelten?); im Einzelnen auch Europäische Kommission, Empfehlung (EU) 2018/1149 , Kapitel 3 zu den Schlüsselelementen der Begriffsbestimmungen; dort z.B. den einschlägigen Passus: „ […] wird das **Gebiet** als Konflikt- und Hochrisikogebiet eingestuft, wenn Wirtschaftsbeteiligte feststellen, dass entweder eine institutionelle Schwäche oder eine mangelnde Staatsführung besteht und weitverbreitete und systematische Verstöße gegen das Völkerrecht und Menschenrechtsverletzungen vorkommen."

der Gewinnung von Zinn, Tantal, Wolfram oder Gold für die Rezyklierung geeignet sind; teil- oder unverarbeitete Mineralien oder Nebenprodukte anderer Erze gelten nicht als rezyklierte Metalle.
[3] Stellt ein Unternehmen fest, dass Metalle ausschliesslich aus der Rezyklierung stammen oder aus Schrott gewonnen werden, so dokumentiert es seine Feststellung."

B) Kritik und Antrag – Streichung infolge Gesetzeswidrigkeit

Der Anwendungsbereich und der Adressat:innenkreis eines Gesetzes gehört zu den zentralen rechtsetzenden Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV.[183] Vorliegend sieht das Gesetz beim Anwendungsbereich von Konfliktmineralien nur eine Ausnahme für Einfuhr- und Bearbeitungsmengen vor. Er delegiert dazu an den Bundesrat die konkrete Festlegung der Mengen. Weitere Ausnahmen zum Anwendungsbereich sind im Gesetz nicht vorgesehen. Die Ausnahme zu rezyklierten Metallen liegt damit sowohl ausserhalb der gesetzesvertretenden Delegation als auch der konkretisierenden Verordnungskompetenz. Sie ist deshalb gesetzeswidrig.

An dieser gesetzlichen Unzulässigkeit ändert auch der Hinweis im VE-erläuternden Bericht zur Verordnung nichts, dass diese Ausnahme auch in der EU-Verordnung für Konfliktmineralien vorgesehen sei (S. 11). Hätte die Gesetzgebung eine vergleichbare Bestimmung vorsehen wollen, hätte sie dies nach dem Gesagten gesetzlich verankern müssen.

Damit sei nur am Rande bemerkt, dass selbst die EU-Verordnung für Konfliktmineralien für rezyklierte Metalle keine umfassende Ausnahme von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht vorsieht. Vielmehr schreibt sie für diese in folgenden Worten eine beschränkte Sorgfalts- und substantiierte Berichterstattungspflicht fest (Art. 7 Abs. 4): „Wenn ein Unionseinführer Anlass zu der Feststellung hat, dass Metalle nur aus dem Recycling stammen oder aus Schrott gewonnen wurden, unternimmt er unter gebührender Berücksichtigung der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und anderen Wettbewerbsbedenken folgende Schritte: **a) Er macht seine Feststellung öffentlich und b) beschreibt hinreichend detailliert die Maßnahmen zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht in der Lieferkette, die er im Vorlauf zu dieser Feststellung ergriffen hat.**" Art. 3 Abs. 3 VE-VSoTr mit seinem schlichten Hinweis, wonach ein Unternehmen seine Feststellung zu „dokumentieren" habe, dass seine Metalle ausschliesslich aus der Rezyklierung stammten oder aus Schrott gewonnen worden seien, wird diesen europäischen Anforderungen bei weitem nicht gerecht. Hielte der Bundesrat trotz fehlender Verordnungskompetenz an seiner Ausnahme fest, wäre sie entsprechend EU-kompatibel nachzuschärfen. Die Forderung der Koalition ist aber nach dem Gesagten grundsätzlich:

Antrag 11 Streichung der Ausnahme für rezyklierte Metalle

Diese gesetzeswidrige Ausnahmebestimmung ist ersatzlos zu streichen. Ein solcher Verzicht ist von praktischer Relevanz, denkt man etwa an in die Schweiz eingeführte, rezyklierte Schmuckwaren aus den Vereinigten Arabischen Emiraten oder ähnlichen Destinationen. So ist es in einigen Herstellerländern üblich, dass Gold zu Schmuck verarbeitet wird, um seine Herkunft besser zu verbergen. In den Jahren 2018/2019 importierte die Schweiz beispielsweise mehr als 140 Tonnen Goldschmuck im Wert von über 6 Mia. CHF aus den Vereinigten Arabischen Emiraten, einer Hochrisiko-Goldplattform, über die Konfliktgold transportiert wird.[184] Dieser Schmuck war hauptsächlich für die in der Schweiz ansässigen Raffinerien zur Verarbeitung bestimmt. Solche Sachverhalte hat die Regelung einzuschliessen. Entsprechend sind die Zolltarifnummern 7112.91

[183] S. statt vieler GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar OFK, 2. Aufl., 2017, Art. 164 N. 6, m.w.H.; BGE 134 I 322 E. 2.6.3. Im vorliegenden Zusammenhang auch RK-N-Bericht, S. 11.
[184] Vgl. unter Swiss-Impex der Eidgenössischen Zollverwaltung.

und 7113.19 im Anhang zur Verordnung zu ergänzen. Den zusätzlichen Schwierigkeiten, denen Schweizer Unternehmen bei der Rückverfolgbarkeit von rezyklierten Metallen begegnen, tragen die von der Regelung referenzierten UNO-Leitprinzipien und OECD-Leitsätze mit ihrem risikobasierten und verhältnismässigen Ansatz hinreichend Rechnung. Demnach können besonders weit zurückreichende Lieferketten Anlass für faktische Grenzen einer verhältnismässigen Sorgfaltsprüfung im Einzelfall sein. In diesem Lichte ist denn auch die erwähnte Regelung der EU-Verordnung für Konfliktmineralien zu verstehen.[185]

3.2.1.3.4 Bedarf nach Koordination zwischen der Edelmetallkontrollverordnung und dem Gegenvorschlag zu Konfliktmineralien

Fehlende Koordination

In der Schweiz besteht für die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren das Eidgenössische Zentralamt für Edelmetallkontrolle. Insoweit besteht nun aber dringender Koordinationsbedarf mit der vorliegenden Regelung zu den Konfliktmineralien: Auf der einen Seite verlangt die erwähnte Kontrollbehörde von Goldraffinerien eine Sorgfaltspflicht, die sich auf die Legalität der Ware beschränkt (kein Diebstahl oder sonstige illegale Herkunft)[186] und sanktioniert diese bei Nichteinhaltung mit detaillierten Vorschriften gestützt auf das Edelmetallkontrollgesetz und die einschlägige Verordnung. Auf der anderen Seite sieht der Gegenvorschlag für Konfliktmineralien, wozu auch Gold gehört, keine Kontrollen und Sanktionen vor. Gleichzeitig sieht er aber eine weitergehende Sorgfaltspflicht vor, die sich namentlich auf die „Bedingungen" erstreckt, „unter denen das Gold produziert wurde". Diesen Tatbestand kennt die Edelmetallkontrollverordnung explizit nicht (vgl. Bericht des Bundesrates, Goldhandel und Verletzung der Menschenrechte, 14. November 2018, S. 6). Auf gleicher Seite drückt der Bundesrat sein Bedauern über diese Rechtslage aus: „Zum gegenwärtigen Zeitpunkt mag es grundsätzlich rechtmässig, wenn auch nicht opportun sein, wenn eine Schweizer Raffinerie Gold aus einer Produktion bezieht, die die sozialen und ökologischen Mindeststandards nicht einhält, sofern diese Produktion im Ursprungsland als rechtmässig gilt."

Antrag 12 Streichung Artikel 6

Der Bundesrat hat nun, und so lautet der Antrag, die Chance, dieses Defizit zu beheben: Dies durch Koordination der materiellen Sorgfaltspflicht im Sinne des Gegenvorschlags mit den prozeduralen Kontrollmöglichkeiten gemäss Edelmetallregulierung (z.B. durch Erweiterung von Art. 168a Abs. 3 der Edelmetallkontrollverordnung um die Sorgfaltsthemen des Gegenvorschlags zu den Konfliktmineralien).

3.2.1.4 Zusätzliche Ausnahme bei Anwendung „internationaler Regelwerke" – Zirkelschluss mit Aushöhlung der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht

Die vorstehend beurteilten Befreiungstatbestände von der Sorgfaltspflicht haben je gesondert die Bereiche Kinderarbeit und Konfliktmineralien betroffen. Die hier diskutierte zusätzliche und

[185] A.a.O., Erw. 16.
[186] S. u.a. Art. 168a Edelmetallkontrollverordnung.

ebenso problematische Befreiung der Unternehmen bei Anwendung „internationaler Regelwerke“ betrifft nun beide Themenbereiche.

3.2.1.4.1 Gesetzliche Ausgangslage

§ Der Gesetzestext sieht vor (neuArt. 964[quinquies] Abs. 4 OR): „[Der Bundesrat] legt fest, unter welchen Voraussetzungen die Unternehmen von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten ausgenommen sind, die sich an ein international anerkanntes gleichwertiges Regelwerk, wie insbesondere die Leitsätze der OECD, halten.“

Der Begleitbericht führt dazu Folgendes aus (S. 21): „Schliesslich ist der Bundesrat **ermächtigt**, die **Voraussetzungen festzulegen**, "unter denen die Unternehmen von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten ausgenommen sind, sofern sie sich an ein international anerkanntes Regelwerk, wie insbesondere die Leitsätze der OECD halten" […]. Mit dem Hinweis auf die "Leitsätze der OECD" sind der OECD-Leitfaden bzw. die Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains, 2017 ("Kinderarbeit") sowie die OECD-Leitsätze für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Mineralien aus Konflikt- und Hochrisikogebieten ("Konfliktmineralien") gemeint. Infrage kommen aber auch noch andere Regelwerke, sofern sie gleichwertig und international anerkannt sind. Bei der Festlegung der Anforderungen an die Sorgfaltspflichten bezüglich Lieferkettenpolitik könnte der Bundesrat z.B. die Berücksichtigung der Standards der Musterstrategie für Lieferketten im Anhang II der OECD-Leitsätze für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht vorsehen. Im Bereich der "Kinderarbeit" kann des ILO-IOE Child Labor Guidance Tool for Business als relevanter Leitfaden erwähnt werden, auf den auch im [NL] Child Labor Due Diligence Act verwiesen wird.“

3.2.1.4.2 Grundkritik am Gesetz – Zirkelschluss mit Aushöhlung der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht

Gesetzgebung im international luftleeren Raum

Die Bestimmung, wonach sich ein Unternehmen von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht befreien kann, wenn es sich an ein international anerkanntes Regelwerk hält, findet in den einschlägigen internationalen Vorgaben keine Stütze: Namentlich sehen weder die EU-Verordnung für Konfliktmineralien noch das NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit (Wet zorgplicht kinderarbeid)[187] für Unternehmen eine entsprechende Befreiungsmöglichkeit vor. Dieser Verzicht überrascht nicht:

Zirkelschluss mit Aushöhlung der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht

Denn eine Bestimmung wie jene des Gegenvorschlages, welche ein Unternehmen von auf internationalen Standards beruhenden und in der nationalen Rechtsordnung gesetzlich umgesetzten Sorgfalts- und Berichtspflichten befreit, wenn es sich an eben diese international anerkannten

[187] S. Art. 5 und 6 e contrario. Der Hinweis in Art. 5 Abs. 3 auf das ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business, welches der Begleitbericht zitiert, ist bei dieser Gesetzgebung als Grundlage für die Ausführungsverordnung zur näheren Bestimmung der Sorgfaltspflichten erwähnt und nicht als Befreiungsmöglichkeit davon. Den Unternehmen die Freiheit zu geben, ihren Sorgfaltspflichten durch die Beachtung gleichwertiger Leitlinien zu entsprechen, ist etwas anderes, als wie hier sie vollständig von dieser Pflicht und darüber hinaus auch von der Berichterstattungspflicht zu entbinden; s. so ATAMER/WILLI, S. 696 (Fn. 103). So eine Freiheit ist namentlich in Art. 964[ter] Abs. 3 E-OR gegeben, doch werden die Unternehmen damit keineswegs von der Berichterstattungspflicht entlastet. Vielmehr hat das Unternehmen „bei der Anwendung solcher Regelwerke ist sicherzustellen, dass alle Vorgaben dieses Artikels [d.h. die gesetzlichen Berichterstattungspflichten nach neuOR] erfüllt sind.“ (s. neuArt. 964[ter] Abs. 3 OR). Dies in Anlehnung und ganz im Sinne der 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, Art. 19 Abs. 1 in fine und Erw. 9.

Regeln hält, ist nicht nur ein Zirkelschluss und damit ein rechtsmethodisches Unding. Sie verfügt auch über das Potenzial, die gesetzliche Regelung zu unterlaufen.

Führen wir uns eine solche Regelung rechtspraktisch vor Augen: Ein Unternehmen hat entweder die **gesetzlich vorgeschriebene Sorgfalt mit zugehörigem Pflichtenheft** zu erfüllen und **öffentlich darüber Bericht zu erstatten**, **wie** es diese Pflichten erfüllt (s. neu Art. 964^{sexies} und Art. 964^{septies} OR). Oder aber es kann sich damit begnügen, eines der im vorstehenden Begleitbericht erwähnten, international anerkannten Regelwerke in einem **Bericht zu nennen**, um sich so von der gesetzlichen Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht zu befreien (s. neuArt. 964^{quinquies} Abs. 4 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 VE-VSoTr). Es ist unschwer erkennbar, welche Option für das Unternehmen die einfachere ist, um sich „compliant" zu verhalten. Durch dieses „Opt out" steht aber die ganze Gesetzgebung, d.h. das im Landesrecht rechtsverbindlich umgesetzte **Pflichtenprogramm** verbunden mit einer **öffentlichen** Berichterstattung über die Erfüllung dieser Pflichten zur unternehmerischen Disposition. Damit beraubt sich die Regelung ihres eigentlichen Sinns, nämlich ihrer Gesetzeskraft.

Kritik in der Lehre

Die Kritik in der Doktrin fällt entsprechend scharf aus. WEBER hält dazu fest: „Angesichts [des] Wortlauts von [neuArt. 964^{quinquies} Abs. 4 OR] scheint ein gesetzgeberischer **Zirkelschluss** bzw. möglicherweise eine **Vermischung** von Sorgfaltspflichten und Berichterstattung vorzuliegen; diese Problematik bedarf in der bevorstehenden Verordnung **dringend** einer Klarstellung."[188]

ATAMER/WILLI ist mit ihrer Kritik zu Recht noch klarer: „Unternehmen die Freiheit zu geben, ihren Sorgfaltspflichten durch die Beachtung gleichwertiger Leitlinien zu entsprechen, ist etwas anderes, als sie vollständig von dieser **Pflicht und darüber hinaus auch von der Berichterstattungspflicht zu entbinden**. Ziel dieser Pflichten ist gerade, die verfolgten Konzepte mittels Offenlegung dem Markt zugänglich zu machen. Dadurch soll den Konsumenten eine bewusste Entscheidung zwischen den Produkten und Dienstleistungen der betroffenen Unternehmen ermöglicht werden. Deswegen ist zu hoffen, dass der Bundesrat keine Pflichtentbindung dieser Form vornimmt."[189]

Verordnungsentwurf führt zur Verstärkung des gesetzlichen Konstruktionsfehlers

Der Verordnungsentwurf hat diese Erwartung nun mehr als enttäuscht. Er verstärkt den Konstruktionsfehler des Gesetzes durch eine Regelung, welche

- bei den internationalen Regelwerken einen **„à-la-Carte"-Ansatz** wählt, d.h. den Unternehmen verschiedene Instrumente zur freien Wahl überlässt,
- diese Regelwerke gar **statisch**, d.h. ohne dynamische Anpassung an Neuerungen versteht
- und das Unternehmen selbst von der minimalen Pflicht befreit, öffentlich darüber zu berichten, **wie** es die internationalen Regelwerke umsetzt.

Zu diesen Kritikpunkten in erwähnter Chronologie wie folgt:

[188] WEBER, Rz. 12.
[189] ATAMER/WILLI, S. 696 f.

3.2.1.4.3 Erstes Verordnungsdefizit – „à-la-Carte“-Ansatz statt kumulative Berücksichtigung einschlägiger Regelwerke

A) Verordnungsentwurf

§ **Art. 6 VE-VSoTr** lautet für die anwendbaren Regelwerke wie folgt:

> [1] Ein Unternehmen ist von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten gemäss Artikel 964[quinquies] Absatz 4 OR befreit, wenn es sich an die Regelwerke gemäss den Buchstaben a und b hält sowie die Voraussetzungen in Absatz 2 erfüllt:
>
> a. im Bereich Mineralien und Metalle:
> 1. den OECD-Leitfaden vom April 2016 für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebieten (OECD-Leitfaden für Konfliktmineralien), einschliesslich aller Anhänge und Ergänzungen, **oder**
> 2. die Verordnung (EU) 2017/821,
>
> b. im Bereich Kinderarbeit:
> 1. die ILO-Übereinkommen Nrn. 138 und 182 sowie
> 2. **eines der beiden** folgenden Regelwerke:
> - das ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business vom 15. Dezember 2015 (ILO-IOE Child Labour Guidance Tool)
> - den OECD-Leitfaden vom 30. Mai 2018 für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln.

☞ Der **VE-erläuternde Bericht** macht in Bestätigung dieses Wortlauts deutlich: Sowohl im Bereich der Konfliktmineralien als auch der Kinderarbeit handelt es sich um für die Unternehmen „alternativ“ anwendbare Regelwerke (S. 14 f.).

B) Beurteilung

Widerspruch zum eigenen Verständnis dieser Regelwerke

Eine solcher „à-la-Carte“-Ansatz, der den Unternehmen verschiedene Instrumente zur freien Wahl überlässt, steht nicht im Einklang mit den internationalen Vorgaben und insb. dem eigenen Verständnis der hier zur Auswahl gestellten Regelwerke. Diese sind je als Bestandteile eines umfassenden Referenzrahmens sich gegenseitig ergänzender Leitlinien zu verstehen.[190] Beispielhaft dafür stehen für die Konkretisierung der Risikomanagementpflichten die Verweise in der zitierten EU-Verordnung für Konfliktmineralien auf die weiteren einschlägigen Regelwerke (Art. 5 Abs. 1 Bst. a). Besonders umfassend und explizit dazu ist auch der Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments: Dieser erklärt seine umfassenden Einzelnachweise[191] zum internationalen Referenzrahmen an einschlägiger Stelle u.a. damit, dass es „im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wichtig ist, bestehende Instrumente und Rahmenbedingungen so weit wie möglich miteinander in Einklang zu bringen.“[192]

---

[190] Vgl. besonders prägnant z.B. OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln, S. 11. Als Grundrahmen zum Beispiel die verschiedenen Verweise in den OECD-Leitsätzen, Vorwort (S. 3) sowie IV./Ziff. 36 und 40.
[191] A.a.O., Eingangserwägungen S. 2-5; sowie im Richtlinienvorschlag, Erw. 3, sowie im Konkreten Art. 9 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 3.
[192] A.a.O., Erw. 16 (S. 13).

Kumulative statt alternative Anwendung

Normkonformes Verhalten der Unternehmen im Bereich der Menschenrechte erfordert folglich eine verhältnismässige, d.h. in gegenseitigem Einklang verstandene Anwendung der einschlägigen Regelwerke. Diese Sichtweise ist übrigens keine Eigenheit des Themas Business & Human Rights. In allen Rechtsgebieten, in denen Due Diligence eine Rolle spielt, ist für den gebotenen Sorgfaltsmassstab unternehmerischen Handelns eine kumulative Berücksichtigung der relevanten Regelwerke – in einer Kombination von Grundvorgaben und branchenspezifischen Standards – vorausgesetzt.[193]

Der praktische Grund für eine in dieser Art integrale Sichtweise ist bestechend einfach und könnte vom Reporting-Teil des Gegenvorschlags nicht besser zusammengefasst sein: „Die erwähnten Regelwerke decken **unterschiedliche Aspekte in unterschiedlicher Tiefe** ab. Unternehmen müssen bei der Anwendung dieser Regelwerke sicherstellen, dass sie auf jeden Fall **sämtliche Vorgaben** von Artikel 964ter E-OR erfüllen."[194]

Der bei der Sorgfaltspflicht vom Verordnungsentwurf gewählte Ansatz selektiver Auswahlmöglichkeit einzelner Leitsätze, Leitfäden oder Tools öffnet dagegen Tür und Tor für eine beschränkte Sichtweise oder nennen wir es salopp einen Selbstbedienungsladen.

Dazu der folgende Praxistest: Die für Kinderarbeit vom Verordnungsentwurf zur Auswahl zitierten ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business und OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln decken je unterschiedliche Sorgfaltsaspekte in unterschiedlicher Tiefe ab: Letzterer ist ein praxisorientierter und gleichzeitig umfassender Leitlinie zum Due-Diligence-Prozess und ist u.a. für die relevanten Geschäftsbeziehungen und zugehörigen Massnahmen einschlägig. Spezifische Kindesschutzfragen behandelt er aber nicht.[195] Ersterer vertieft nun genau diesen Aspekt und erläutert Sorgfaltsaspekte, denen Unternehmen von mit Kinderarbeit belasteten Wertschöpfungsketten zu genügen haben; so z.B. in einem ersten Schritt mit der Ermittlung von konkreten Tätigkeiten, die häufig mit Risiken im Bereich der Kinderarbeit verbunden sind.[196] Beide Regelwerke ergänzen sich folglich.[197] Werden einem Unternehmen nun aber gemäss Verordnungsentwurf beide Instrumente zur alternativen Einhaltung zur Wahl gestellt, wird diese umfassende Betrachtungsweise unterlaufen. Das Unternehmen wird damit auf mindestens einem Auge betriebsblind. So stellt der Verordnungsentwurf dem Unternehmen frei, nur eines von mehreren Regelwerken anzuwenden, obschon sich in sachgerechter Anwendung und nach eigenem Verständnis alle gegenseitig ergänzen. In dieser Ausgestaltung kann der Gegenvorschlag im Vergleich zum Status quo gar kontraproduktiv wirken.

Entsprechend klar lautet die Forderung:

C) Antrag

Hauptantrag: Art. 6 VE-VSoTr sei ersatzlos zu streichen. Dies aus den eingangs dieses Kapitels erwähnten Gründen, welche die Lehre mit ATAMER/WILLI zu Recht auf den Punkt bringt: „Unternehmen die Freiheit zu geben, ihren Sorgfaltspflichten durch die Beachtung gleichwertiger Leitlinien zu entsprechen, ist etwas anderes, als sie vollständig von dieser **Pflicht und darüber**

[193] Sei diese in der Rechnungslegung, in der Geldwäscherei oder auch im Haftpflichtrecht. Für zahlreiche Nachweise dieser Selbstverständlichkeit sei auf die einschlägigen Rechtsgebiete verwiesen. Für einen rechtsvergleichenden Ansatz s. auch bereits SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, Gutachten über gesetzliche Verpflichtungen zur Durchführung einer Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechte und Umwelt bei Auslandsaktivitäten von Unternehmen und zur Berichterstattung über getroffene Massnahmen, 2013, passim.
[194] S. neuArt. 964ter Abs. 3 OR; dazu Begleitbericht, S. 16.
[195] A.a.O., S. 10 ff.
[196] A.a.O., S. 5 ff.
[197] OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln, S. 11, explizit zu diesem ergänzenden Verständnis.

hinaus auch von der Berichterstattungspflicht zu entbinden. Ziel dieser Pflichten ist gerade, die verfolgten Konzepte mittels Offenlegung dem Markt zugänglich zu machen. Dadurch soll den Konsumenten eine bewusste Entscheidung zwischen den Produkten und Dienstleistungen der betroffenen Unternehmen ermöglicht werden. Deswegen ist zu hoffen, dass der Bundesrat keine Pflichtentbindung dieser Form vornimmt."[198]

Eventualantrag Anpassung Regelwerke Artikel 6

Art. 6 VE-VSoTr sei in einem absoluten **Mindest**kompendium[199] der vom Gegenvorschlag selbst referenzierten Regelwerke (Stand jetzt)[200] wie folgt anzupassen (die legistische Überarbeitung bleibt Aufgabe des Bundesamtes für Justiz):

[1] Ein Unternehmen ist von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten gemäss Artikel 964[quinquies] Absatz 4 OR befreit, wenn es sich an die Regelwerke gemäss den Buchstaben a-c hält sowie die Voraussetzungen in Absatz 2 erfüllt:

a. im Bereich Mineralien und Metalle sowie Kinderarbeit:
1. OECD Leitsätze für multinationale Unternehmen, 2011[201] und
2. OECD-Leitfaden vom 30. Mai 2018 für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln,[202] zudem

b. im Bereich Mineralien und Metalle:
1. den OECD-Leitfaden von 2019[203] für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebieten (OECD-Leitfaden für Konfliktmineralien), einschliesslich aller Anhänge und Ergänzungen, und
2. die Verordnung (EU) 2017/821,

c. im Bereich Kinderarbeit:
1. die ILO-Übereinkommen Nrn. 138 und 182[204] sowie
2. die folgenden Regelwerke:
- das ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business vom 15. Dezember 2015 und
- die OECD Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains, 2017.[205]

[198] ATAMER/WILLI, S. 696 f.
[199] Besser wäre ein Anhang mit allenfalls weiteren einschlägigen Regelwerken.
[200] Zur zusätzlich dynamischen Ausrichtung der Bestimmung vgl. die Forderungen im anschliessenden Kapitel.
[201] Erklärung für Ergänzung: internationaler Grundrahmen, der u.a. auf den UNO-Leitprinzipien basiert; so von Gegenvorschlag an verschiedenen Stellen selbst referenziert.
[202] Erklärung für Verschiebung: In dieser Art in separaten Bst. a vorziehen, weil als erster Basisleitfaden nicht nur für Kinderarbeit, sondern ebenso für die Konfliktmineralien einschlägig.
[203] Erklärung für Anpassung: Die deutsche Fassung ist mit diesem Datum vermerkt (nur die englische mit 2016).
[204] Zum mit diesen Referenzen zu eng gefassten Begriff der Kinderarbeit, s. unten. Sollte die dortige Forderung Gehör finden, wäre die Bestimmung hier entsprechend anzupassen.
[205] Erklärung für die Ergänzung: In dem Materialien zum Gegenvorschlag mehrfach referenziert. Gerade in Ergänzung zum OECD-Leitfaden ist dieses Handbuch spezifisch für den Rohstoffbereich ganz zentral.

3.2.1.4.4 Zweites Verordnungsdefizit – statische statt dynamischer Betrachtung einschlägiger Regelwerke

A) Verordnungsentwurf

✍ Der VE-erläuternde Bericht erklärt zum einschlägigen Befreiungstatbestand Folgendes (S. 15): „Bei sämtlichen Verweisen auf die internationalen Regelwerke handelt es sich um sog. **"statische"** Verweise, d.h. es wird ausschliesslich auf die in der Verordnung angegebene Fassung mit einem bestimmten Datum verwiesen; es sind also nicht "dynamische" Verweise, welche jeweils die geltende Fassung der internationalen Regelwerke einschliesslich späterer Änderungen erfassen."

B) Kritik – statische Betrachtung wird Dynamik internationaler Standards nicht gerecht

In erneuten Widerspruch zu den internationalen Vorgaben begibt sich eine Verordnung, die bewusst auf den „statischen" Status quo abstellt, ohne mit der dynamischen Entwicklung der internationalen Referenzen Schritt zu halten. So gilt in den Worten des Europäischen Parlaments: „Die Erfüllung der Sorgfaltspflicht" ist ein „fortlaufender und dynamischer Prozess" und keine „formale Übung".[206] Die damit verbundene fortwährende Entwicklung und Verfeinerung des Sorgfaltsmassstabs ist besonders auch den in der Verordnung zitierten Regelwerken eigen. Zum Beispiel stehen die OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebieten schon in der dritten Auflage und Vorbereitungsarbeiten für eine nächste Fassung laufen bereits. Und auch die modellgebende EU-Verordnung für Konfliktmineralien dürfte im Jahr 2023 bereits wieder revidiert werden (vgl. Art. 17 Abs. 2). Wieso sollten sich Schweizer Unternehmen im Gegensatz zu europäischen Wirtschaftsakteur:innen nicht an die dynamische Entwicklung dieser Vorgaben halten?[207] Eine Unterscheidung wäre nach dem vom Bundesrat beschworenen Grundsatz gleich langer Spiesse („level playing field") nicht zu rechtfertigen.[208]

C) Antrag

Antrag 13 dynamische Verweise auf neueste Regelwerke

Der VE-erläuternde Bericht (S. 15) hat nach dem Gesagten die Verweise auf die Regelwerke nicht als „statisch" bezeichnen, sondern ganz im Gegenteil als „dynamisch". Dies in knapper Form etwa in folgenden Worten: „Die Unternehmen sollen sich in einer dynamischen Einhaltung der internationalen Vorgaben vergewissern, dass sie sich an die stets aktuell geltende Fassung der in der Verordnung genannten und von ihnen angewandten Regelwerke halten". Der Bundesrat wiederum wird die Verordnung nicht nur für die jährlichen Schwellenwerte bei Konfliktmineralien (dazu oben), sondern auch für die nach Art. 6 VE-VSoTr einschlägigen Regelwerke periodisch, z.B. jährlich, anpassen müssen. Es bietet sich an, in der Verordnung eine entsprechende Revisionsklausel anzubringen und gleich wie für die befreiten Einfuhrmengen von Konfliktmineralien auch für die einschlägigen Regelwerke einen entsprechend Anhang mit deren jeweils aktuellsten Fassungen zu erstellen.

---

[206] Entschliessung des Europäischen Parlaments, Ziff. 13 (S. 13).
[207] Symptomatisch für diese Eigenheit statischer Betrachtung zugunsten der Unternehmen ist die entsprechende Kenntnisnahme von OSER/MATTLE (Homburger Insights).
[208] Vgl. Abstimmungsunterlagen für Volksabstimmung vom 29. November 2020, S. 16 f.; VE-erläuternder Bericht, S. 29.

3.2.1.4.5 Drittes Verordnungsdefizit – Selbstdeklaration statt Berichterstattung

A) Verordnungsentwurf

§ Art. 6 Abs. 2 VE-VSoTr sieht vor: „Das Unternehmen verfasst einen Bericht, in dem es das international anerkannte Regelwerk nennt, und wendet dieses in seiner Gesamtheit an."

Der VE-erläuternde Bericht erläutert diesen Passus wie folgt (S. 15): „Nach Absatz 2 muss der Bericht des Unternehmens **das gleichwertige Regelwerk** oder gegebenenfalls die angewandte Kombination der gleichwertigen Regelwerke **nennen**, auf welche es sich für die Berichterstattung stützt und es bzw. sie in seiner bzw. ihrer Gesamtheit auf alle Sorgfalt- und Berichterstattungspflichten anwenden. Wenn das Unternehmen sich nach einem gleichwertigen Regelwerk richtet, **aber dessen Berichterstattungspflicht** unterlässt, lebt die Berichterstattungspflicht des OR gemäss der vorliegenden Verordnung wieder auf. Das Unternehmen kann somit wegen Unterlassung der Berichterstattungspflicht, wie sie das OR und die vorliegende Verordnung vorsehen, nach Artikel 325ter StGB gebüsst werden."

B) Beurteilung

Auch diese kryptisch anmutenden Erläuterungen vermögen das grosse Defizit von Art. 6 Abs. 2 VE-VSoTr nicht zu kaschieren, sondern bringen es in der wesentlichen Passage vielmehr umso deutlicher zu Tage: Die Dokumentation des Unternehmens zum angewendeten Regelwerk verlangt zum einen keine deklariert „öffentliche" Berichterstattung. Zum anderen beschränkt sich der Bericht explizit darauf, das „Regelwerk zu nennen" (d.h. auf das „Was") und umfasst nicht auch die Art und Weise der Erfüllung dieses Regelwerks (also das „Wie"). Von einer öffentlich kommunizierten und begründeten Berichterstattungs- **und Sorgfaltspflicht**, die im Fall ihres Unterlassens sanktioniert würde, kann damit entgegen dem VE-erläuternden Bericht keine Rede sein.

Widerspruch zu internationalen Leitprinzipien

Damit sind die UNO-Leitprinzipien zur Berichterstattungspflicht missachtet. Diese verlangen, dass die Berichterstattung regelmässig erfolgt, öffentlich gemacht wird und insbesondere auch das „Wie" der Erfüllung der Sorgfaltspflichten beschlägt (Prinzip 21). Zum letzten Aspekt stellt der zugehörige Kommentar klar: „Die Berichterstattung sollte auf Themen und Indikatoren eingehen, aus denen ersichtlich wird, **wie** Unternehmen nachteilige Auswirkungen auf die Menschenrechte ermitteln und ihnen begegnen."

Widerspruch zum eigenen Transparenzgedanken

Mit einer Nicht-Berichterstattung in der vorgeschlagenen Form ist nun selbst der eigene, äusserst bescheidene Anspruch der Gesetzgebung unterlaufen, die Sorgfaltspflichten und Erfüllungstransparenz dem Markt zugänglich zu machen.[209] Oder kurz gesagt: Die Benennung von Regelwerken statt rechenschaftspflichtiger Sorgfaltspflicht ist nicht mehr als Selbstdeklaration ohne Transparenz. Auch die deutliche Warnung der **Lehre** vor einer in dieser Art unhaltbaren Regelung[210] hat nicht dazu geführt, dass der Verordnungsentwurf den Opt-out-Entscheid des Unternehmens bei Anwendung internationaler Regelwerke zumindest mit einer echten Berichterstattungspflicht verbunden hätte. Die Minimalforderung der Koalition geht nun genau dahin:

---

[209] Oder in bestätigenden Worten der VE-erläuternde Bericht (S. 15): „Vielmehr soll sich der vom Gesetzgeber angestrebte Zielzustand ergeben aus einem kontinuierlichen Einwirken von Sorgfaltspflichten und Erfüllungstransparenz auf das Spiel der Marktkräfte. Sanktionierende Instanz dieses Systems bilden Verbraucherinnen und Verbraucher, Eigen- und Fremdkapitalgeberinnen sowie die Akteure und Organisationen der Zivilgesellschaft." Dazu auch ATAMER/WILLI, S. 697.
[210] ATAMER/WILLI, S. 696 f. und WEBER, Rz. 12.

C) Antrag

Eventualantrag Berichterstattung zu Opt-out gemäss Artikel 6

Auch dieser Antrag ist als Eventualantrag zum vorstehenden Hauptantrag zu verstehen, Art. 6 VE-VSoTr ersatzlos zu streichen.

Art. 6 Abs. 2 VE-VSoTr sei eventualiter in seinen Grundzügen wie folgt anzupassen (die legistische Überarbeitung bleibt die Aufgabe des Bundesamtes für Justiz):

„Wendet das Unternehmen die in Absatz 1 genannten international anerkannten Regelwerke an, so veröffentlicht es in sinngemässer Anwendung von Artikel 964^{septies} OR einen entsprechenden Bericht. Darin benennt es die Regelwerke und erklärt, wie es diese in ihrer Gesamtheit erfüllt, einschließlich der Risikobewertung und der einschlägigen Daten, Informationen und Methoden, die zu dieser Schlussfolgerung geführt haben. Unterlässt es eine entsprechende Berichterstattung*, dann fällt es unter die Regeln von Artikel 964^{sexies} OR."

[*Grundsätzlich müsste nicht nur an die unterlassene Berichterstattung, sondern auch an die inhaltliche Verletzung der gemäss den referenzierten Regelwerken selbst gesetzten Sorgfaltsanforderungen dieselbe Rechtsfolge geknüpft werden. Weil aber an die Einhaltung bzw. Verletzung der Sorgfaltspflicht selbst nach neuArt. 964^{sexies} OR weder eine inhaltliche Kontrolle noch eine selbständige Sanktionierung geknüpft ist, liefe eine solche Regelung von vornherein ins Leere, weshalb die Koalition darauf verzichtet, diesen Tatbestand regeln zu wollen.]

Inspirationsquellen für die legistische Überarbeitung:

- UNO-Leitprinzipien (17/Kommentar)
- Entschliessung des Europäischen Parlaments (Art. 4 Abs. 3 Richtlinienvorschlag);
- Zudem gestützt auf die eigenen Ansätze: neuArt. 964^{septies} OR („Erfüllung der Sorgfaltspflichten"); neuArt. 964ter Abs. 3 OR („dass alle Vorgaben dieses Artikel erfüllt sind"); Art. 6 Abs. 2 VE-VSoTr („Gesamtheit")

3.2.1.5 Gesamtfazit – exzessive Befreiungen von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht

Die Bestimmung des Geltungsbereichs einer Regelung gehört zu den zentralen Zuständigkeiten der Gesetzgebung. Diese Aufgabe hat das Parlament jedoch im Wesentlichen an den Bundesrat delegiert und sich so im Vorfeld der Abstimmung zur Konzernverantwortungsinitiative einer zentralen Verantwortung entzogen. Der Bundesrat legt diese an ihn delegierte Aufgabe nun in einer Weise aus, welche einen exzessiv weiten Unternehmenskreis von der Sorgfalts- und zugehörigen Berichterstattungspflicht befreit (vgl. Fn. zum fehlenden Ersatz des Reporting).[211] Dies entgegen dem Rechtsgrundsatz, Ausnahmen von der Regel eng auszugestalten. Und dies v.a. auch entgegen den internationalen Vorgaben und den eigenen modellgebenden Regelwerken, welche den Kreis der pflichtigen Unternehmen getreu dem risikobasierten Ansatz – wer Risiken trägt, auch die gebotene Sorgfalt ausüben muss – hinreichend umfassend erfasst.

[211] Das Verhältnis der Befreiung von der zur Sorgfaltspflicht gehörigen, spezifischen Berichterstattungspflicht nach neuArt. 964^{septies} OR und dem generellen Reporting nach neuArt. 964ter OR lassen sowohl das Gesetz als auch die Verordnung ungeklärt. Selbst in der Lesart, dass das generelle Reporting auch bei einer Befreiung von der Sorgfaltspflicht und der zugehörigen Berichterstattungspflicht bestehen bliebe, vermag jenes generelle Reporting die Berichterstattungspflicht nach neuArt. 964^{septies} OR nicht zu ersetzen: Denn erstens verfolgt das Reporting einen comply-or-explain-Ansatz und entsprechend keine vorbehaltlose Berichterstattungspflicht, zweitens umfasst das Reporting nach neuArt. 964ter OR thematisch keine spezifischen Sorgfaltspflichten und drittens beschränkt sich das Reporting auf Grossunternehmen von öffentlichem Interesse ab 500 Vollzeitstellen und erstreckt sich nicht wie die Sorgfaltspflichten mit der zugehörigen Berichterstattungspflicht auf Unternehmen bereits u.a. ab 250 Vollzeitstellen (Kinderarbeit) bzw. ab bestimmten Einfuhr- und Bearbeitungsmengen (Konfliktmineralien).

Dabei zeichnen sich die Befreiungstatbestände durch zwei Systemfehler aus, die mitunter auf das Gesetz selbst zurückzuführen sind, mitunter aber durch den Verordnungsentwurf geschaffen oder durch diesen jedenfalls akzentuiert werden:

Zum einen **vermischen** die Vorschriften Fragen, die eigentlich zur **Sorgfaltspflicht** gehören, mit jenen, die zu einer **Befreiung** davon führen sollen. Diese Vermischung ist v.a. dann folgenschwer, wenn wie hier ein Unternehmen bei der Frage, ob es von der Sorgfalt entbunden ist, weit weniger prüfen muss, als es im Rahmen der international geforderten Sorgfaltsprüfungspflicht eigentlich prüfen müsste.

Zum anderen befreien die vom Bundesrat vorgeschlagenen Tatbestände nicht nur von der Sorgfaltspflicht. Sie entbinden die Unternehmen **auch von der Berichterstattungspflicht** darüber, wieso ihre Befreiung denn gerechtfertigt sein soll. Eine solche Verordnungsarbeit eröffnet jedem Unternehmen die Möglichkeit, zum Schluss zu gelangen, dass es keine Risiken trägt, um sich so von der gesetzlichen Sorgfalt entziehen zu können, ohne dass es zu den Gründen, die zu diesem Schluss geführt haben, öffentlich Rechenschaft abgeben zu müssen. Der bescheidene Grundgedanke des Gegenvorschlags selbst wird so unterlaufen: Dieser besteht deklariert darin, die Sorgfaltspflichten und Erfüllungstransparenz dem Markt zugänglich zu machen.

Diese nach Massgabe der menschenrechtlichen Unternehmensverantwortung schwer wiegenden Systemfehler ziehen sich als roter Faden durch alle Ausschlusstatbestände. Sie nehmen dabei bei der Kinderarbeit noch exzessivere Züge an als bei den Konfliktmineralien.

3.2.2 Mangelhaftes Sorgfaltsprüfungspflichtenheft

3.2.2.1 Grundvorbehalt und genereller Antrag – systematischer Abgleich mit aktuellsten internationalen Regelwerken in dynamischer Verweisung

Die Sorgfaltsprüfungspflicht ist die „Raison d'être" der ganzen Regelung zur Kinderarbeit und den Konfliktmineralien. Auch wenn genau diese Daseinsberechtigung in zweierlei Hinsicht durch das Gesetz und verstärkt noch durch die Verordnung grundlegend in Frage gestellt ist: zum einen weil an die Sorgfaltspflicht selbst keine Sanktion geknüpft ist, die Mini-Strafnorm richtet sich nur gegen die Berichterstattungspflicht (dazu im Eingangskapitel); zum anderen weil der Verordnungsentwurf in seiner ausufernden Gestaltung der Befreiungstatbestände kaum mehr pflichtige Unternehmen übrig lässt (dazu im vorstehenden Kapitel). Dennoch bleibt es zentral, dass die Sorgfaltspflichten, die so erstmals Eingang in die Schweizer Gesetzgebung finden, auch wirklich im Einklang mit den internationalen Vorgaben formuliert sind. Diese wichtige Aufgabe hat das Gesetz in seinem spärlichen neuArt. 964^{sexies} OR gestützt auf die kurz gehaltenen Grundsätze zum „Managementsystem" und zur „Lieferkettenpolitik" nun im Wesentlichen an die Verordnung delegiert. Von den staatsrechtlichen Bedenken gegenüber diesem Vorgehen war weiter oben die Rede.

Bei der Ausgestaltung der Sorgfaltspflichten im Verordnungsentwurf fallen im Lichte der internationalen Vorgaben vorab vier grosse Defizite auf:

- Erstens ist das Sorgfaltspflichtenheft in zentralen Punkten **unvollständig**.
- Zweitens **widerspricht** es in wichtigen Fragen den internationalen Vorgaben.
- Drittens präsentieren sich die Sorgfaltspflichten in der Verordnung statisch, d.h. **nur mit spärlichen expliziten Verweisungen** auf die sich fortlaufend entwickelnden internationalen Regelwerke.
- Viertens lassen sich die Vorschriften von **Regelwerken** inspirieren, die von ihrem reduzierten Ansatz her international bereits wieder **überholt** sind.

Die so festgestellten Defizite und entsprechenden Forderungen fallen in dieser Reihenfolge zunehmend kategorisch aus. Mit Letzteren ist deshalb zu beginnen.

Erster Antrag: Due-Diligence-Prozess über die Wertschöpfungskette hinweg statt verkürzter Lieferkettenpolitik

Der Verordnungsentwurf hat sich zur Konkretisierung der Sorgfaltspflichten im Wesentlichen an die EU-Verordnung für Konfliktmineralien angelehnt. Der dort festgeschriebene Ansatz einer Lieferkettenpolitik mag für den spezifischen Bereich der Konfliktmineralien (noch) seine Berechtigung haben. Er ist aber in seinem verkürzten Ansatz als transitorische Eigenart zu erachten, die im Jahr 2023 bereits wieder überarbeitet werden dürfte. Umso unpassender erscheint das im Verordnungsentwurf vollzogene Copy & Paste jener Sorgfaltsanforderungen auf den Bereich der Kinderarbeit. Der aktuellste gemeinsame Nenner eines umfassenden Pflichtenhefts, das sich auf die UNO-Leitprinzipien wie die OECD-Leitsätze stützt, ist dagegen der Richtlinienvorschlag der Europäischen Union vom 10. März 2021.

Antrag 14 Verweis auf Richtlinienvorschlag gemäss EU-Parlament

Entsprechend lautet die **Forderung**, sich zumindest für die Kinderarbeit nicht auf die EU-Verordnung für Konfliktmineralien zu berufen, sondern vielmehr auf den Richtlinienvorschlag zur Sorgfaltspflicht von Unternehmen gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments; dort insbesondere auf die Artikel 4-10. Diese Bestimmungen werden bei der anschliessenden Einzelkritik denn auch immer wieder beigezogen.

Zweiter Antrag: Vermehrte Verweisungen auf die modellgebenden Regelwerke

Der Verordnungsentwurf enthält zwar gewisse Verweisungen auf referenzierte Regelwerke, sei es auf den OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebieten oder auf das ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business. Diese Bezüge fallen aber nach Ansicht der Koalition zu spärlich aus, vergleicht man dies mit der modellgebenden EU-Verordnung für Konfliktmineralien, die auf den erwähnten OECD-Leitfaden häufiger verweist, sowie mit dem NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit, das zur Konkretisierung der Pflichten auf Verordnungsebene die erwähnte ILO Guidance kurzerhand als erste Richtschnur erklärt.[212] Ein solches Vorgehen machte mit ATAMER/WILLI Sinn, entspricht es doch dem bewährten Zusammenspiel von internationalem und nationalem Recht, von den Staaten verabschiedetes internationale Soft Law zu nationalem Hard Law erstarken zu lassen.[213] Durch eine engere und dynamische Anbindung von nationalem an internationales Recht wäre auch dem vom Gegenvorschlag viel beschworenen „Level Playing Field" Genüge getan, würden die Wirtschaftsakteure so doch international möglichst gleich behandelt. Für die Sache selbst ist ein anderer Aspekt aber noch wichtiger: Für eine genügend vorausschauende (und nicht rückblickende) Sorgfaltspflicht mit zugehöriger Berichterstattung sind international abgestützte und hinreichend hohe Sorgfaltsanforderungen mit einem klaren Pflichtenheft matchentscheidend.[214]

Antrag 15 Verweise auf einschlägige Regelwerke einbauen

Entsprechend lautet die **Forderung** an die Verordnung, vermehrt und dynamisch (dies verbunden mit einem Follow-up-Verfahren) auf die einschlägigen Regelwerke zu verweisen.

Demnach lauten die beiden Grundanträge auf „Kassation", d.h. Rückweisung des Verordnungsentwurfs zur grundlegenden Überarbeitung im Sinne der vorstehenden Erwägungen.

Dies gesagt, bleibt mit WEBER gleichzeitig das Anliegen jeder Rechtsetzung hochzuhalten, zumindest die Grundsätze der Sorgfaltsanforderungen selbsterklärend in der Verordnung festzuschreiben und nicht ausschliesslich mit Verweisen zu arbeiten.[215] In diesem Sinne seien in der Folge die Kritik an den zentralen Defiziten,

- die Unvollständigkeit des Verordnungsentwurfs sowie
- der teilweise Widerspruch zu internationalen Vorgaben,

mit konkreten Vorschlägen am Verordnungstext oder den Erläuterungen verbunden. Diese Einzelkritik muss, um nicht auszuufern, in Stück weit summarisch bleiben. Die Kritikpunkte betreffen entweder je die Kinderarbeit oder Konfliktmineralien oder zum Teil auch beide Bereiche.

[212] Wet zorgplicht kinderarbeid (WZK), Art. 5 Abs. 3.
[213] S. ATAMER/WILLI, S. 695.
[214] So sinngemäss für die CSR-Berichterstattung auch HELLER/WENK, S. 65.
[215] Vgl. WEBER, Rz. 29 i.V.m. 14/15.

3.2.2.2 Einzelne Kritikpunkte am bestehenden Ansatz – eine Auswahl

3.2.2.2.1 Unvollständiger Gegenstand der Sorgfaltsprüfung – keine rechtsetzende Definition bei zu engem Verständnis der „Kinderarbeit“

Dieses Kapitel betrifft die wichtige Frage, welche materiellen Massstäbe Gegenstand der Sorgfaltspflicht sind, d.h. konkret was unter Kinderarbeit zu verstehen ist.

A) Gesetz und Verordnung

§ Weder das Gesetz noch die Verordnung definieren, was Kinderarbeit ist.

↷ Der VE-erläuternde Bericht hat den Versuch unternommen, genauer zu umschreiben, was unter Kinderarbeit zu verstehen sein soll (S. 9 f.).

B) Beurteilung

Klarzustellen, was unter (missbräuchlicher) „Kinderarbeit“ zu verstehen ist, dient den Betroffenen wie pflichtigen Unternehmen und hat entsprechende Signalwirkung. Dieser Begriff gehört entsprechend in den Verordnungstext. Die Erläuterungen sind der falsche Ort für die Definition eines derart zentralen Tatbestandes. Zudem sind die dortigen Ausführungen zum einen nur schwer lesbar, zum anderen legen sie „die Priorität“[216] verkürzend „auf die schlimmsten Formen von Kinderarbeit“, statt einem umfassenderen Verständnis mit weiteren Facetten von Kinderarbeit zu folgen. Denn wie der VE-erläuternde Bericht selbst zu Recht festhält: „Kinderarbeit kann viele verschiedene Formen annehmen.“[217] U.a. ist etwa im Verordnungstext selbst klarzustellen, dass die Arbeit unter 15 Jahren nach ILO-Übereinkommen Nr. 138 in jedem Fall verboten ist.

Ein integrales Verständnis von Kinderarbeit ist vorliegend umso gerechtfertigter, als die Regulierung letztlich eine Corporate-Social-Responsibility-Vorlage ohne Biss ist und keinerlei Accountability, d.h. griffige Sanktionierung kennt (dazu weiter oben). Nach dem deklarierten Grundgedanken der Vorlage geht es lediglich um ein „kontinuierliche[s] Einwirken von Sorgfaltspflichten und Erfüllungstransparenz auf das Spiel der Marktkräfte. Sanktionierende Instanz dieses Systems bilden Verbraucherinnen und Verbraucher, Eigen- und Fremdkapitalgeberinnen sowie die Akteure und Organisationen der Zivilgesellschaft.“ Bei diesem äusserst niederschwelligen Regulierungsanspruch ohne Rechtsfolgen scheint jede unnötige Einschränkung auf der Tatbestandsseite, d.h. beim Begriff der Kinderarbeit von vornherein unverhältnismässig.

[216] VE-erläuternder Bericht, S. 9.
[217] A.a.O, S. 9.

C) Antrag – völkerrechtskonforme Definition von Kinderarbeit

Antrag 16 Definition Kinderarbeit im Einklang mit den völkerrechtlichen Vorgaben

Der Begriff „Kinderarbeit“ gehört unbedingt in den Rang der Begriffsdefinitionen von Art. 1 VSoTr. Dies gestützt auf

- die einschlägigen ILO-Übereinkommen Nr. 138 und 182
- sowie im integralen Verständnis von Kinderarbeit mit einem Ingress gestützt auf Art. 32 Abs. 1 der Kinderrechtskonvention und den von vom Gegenvorschlag selbst referenzierten ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business (S. 14) sowie
- in Anlehnung an § 5 DE/LkSG[218]

mit folgendem Wortlaut (z.B. als Art. 1 Bst. g VSoTr):

„*Kinderarbeit:* Kinder sind vor wirtschaftlicher Ausbeutung geschützt. Sie dürfen nicht zu einer Arbeit herangezogen zu werden, die Gefahren mit sich bringen, die Erziehung des Kindes behindern oder die Gesundheit des Kindes oder seine körperliche, geistige, seelische, sittliche oder soziale Entwicklung schädigen könnte.[219] Dabei gilt insbesondere:

1. Das Mindestalter für Arbeit darf nicht unter dem Alter, in dem die Schulpflicht endet, und auf keinen Fall unter 15 Jahren liegen. Bei Arbeit, die wegen ihrer Art oder der Verhältnisse, unter denen sie verrichtet wird, voraussichtlich für das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit der Jugendlichen gefährlich ist, darf das Mindestalter nicht unter 18 Jahren liegen.[220]
2. Das Verbot der schlimmsten Formen der Kinderarbeit umfasst:

a. alle Formen der Sklaverei oder alle sklavereiähnlichen Praktiken, wie den Verkauf von Kindern und den Kinderhandel, Schuldknechtschaft und Leibeigenschaft sowie Zwangs- oder Pflichtarbeit, einschließlich der Zwangs- oder Pflichtrekrutierung von Kindern für den Einsatz in bewaffneten Konflikten;
b. das Heranziehen, Vermitteln oder Anbieten eines Kindes zur Prostitution, zur Herstellung von Pornographie oder zu pornographischen Darbietungen;
c. das Heranziehen, Vermitteln oder Anbieten eines Kindes zu unerlaubten Tätigkeiten, insbesondere zur Gewinnung von und zum Handel mit Drogen, wie diese in den einschlägigen internationalen Übereinkünften definiert sind;
d. Arbeit, die ihrer Natur nach oder aufgrund der Umstände, unter denen sie verrichtet wird, voraussichtlich für die Gesundheit, die Sicherheit oder die Sittlichkeit von Kindern schädlich ist.[221]“

In diesem Sinne ist auch Art. 6 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 VE-VSoTr wie folgt anzupassen: „~~die ILO-Übereinkommen Nrn. 138 und 182~~ die Übereinkommen gemäss dem Begriff der Kinderarbeit nach Artikel 1 Buchstabe g“.

[218] Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 15. Februar 2021, als Ingress auch S. 17.
[219] S. Art. 32 Abs. 1 Kinderrechtskonvention (SR 0.107). Vgl. auch ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business, S. 14.
[220] Art. 2 Ziff. 3 und Art. 3 Ziff. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 138 (SR 0.822.723.8).
[221] Art. 3 ILO-Übereinkommen Nr. 182 (SR 0.822.728.2).

3.2.2.2.2 Verkürzte Reichweite der Sorgfaltspflicht zum Ersten – nur upstream, kein downstream

Dieses Kapitel betrifft die Frage, ob sich die geregelte Sorgfaltspflicht nur upstream, d.h. auf die vorgelagerten Produkte oder Dienstleistungen des Schweizer Unternehmens bezieht (so z.B. auf den Ankauf von Produkten), oder ob sich die Pflicht auch auf dessen nachgelagerte Geschäftsbeziehungen, d.h. dessen Absatzmarkt (z.B. die Produkteabnehmenden) erstreckt.

A) Gesetz und Verordnung

§ Das Gesetz schweigt zu dieser Frage. Es spricht zwar an verschiedenen Stellen von der „Lieferkette", definiert aber nicht, was es darunter versteht.

↷ Und auch der Begleitbericht lässt diese Frage offen.[222]

§ der Verordnungsentwurf definiert die „Lieferkette" nun wie folgt (Art. 1 Bst. d VE-VSoTr): „Prozess, der die eigene Geschäftstätigkeit und diejenige aller Wirtschaftsbeteiligten und Akteure umfasst, die 1. möglicherweise aus Konflikt- und Hochrisikogebieten stammende Mineralien oder Metalle in Gewahrsam haben und die an deren Verbringung, Aufbereitung und Verarbeitung im Endprodukt beteiligt sind; 2. Produkte oder Dienstleistungen **anbieten**, bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass sie unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden".

B) Beurteilung

Die „Lieferkette" (supply chain) bezeichnet gemeinhin das Netzwerk von Organisationen, die über **vor- und nachgelagerte** Verbindungen an den verschiedenen Prozessen und Tätigkeiten der Wertschöpfung in Form von Produkten und Dienstleistungen für den:die Endkund:innen beteiligt sind.[223] Die Lieferkette berücksichtigt somit ein Unternehmen, dessen Zuliefererfirmen, die Zuliefererfirmen der Zulieferer usw. sowie dessen Kundschaft, die Kundschaft der Kund:innen usw. Zu beachten ist dabei, dass auch der:die Endkund:in Teil der Lieferkette ist. Weil der Begriff der Lieferkette insoweit je länger je mehr irreführend erscheint, deckt er doch entgegen intuitiver Lesart nicht nur die Lieferant:innen- sondern auch die Kund:innenseite ab,[224] ist im modernen Verständnis von Business & Human Rights immer mehr auch von der „Wertschöpfungskette" die Rede.[225]

Die Begrifflichkeit soll damit nicht darüber hinwegtäuschen: Im korrekt umfassenden Verständnis bezieht sich die **Lieferkette** nicht nur auf die einem Unternehmen vorgelagerten Stufen (d.h. die Zulieferer etc.), sondern **auch die nachgelagerten Stufen (d.h. die Kund:innen)**.

Denn die **internationalen Vorgaben** sind insoweit klar und verlangen ein umfassendes Verständnis (s. dazu u.a. den vom Gegenvorschlag selbst referenzierten OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln, S. 10): Demnach betreffen die durch die menschenrechtliche Due Diligence abgedeckten Beziehungen „alle Arten von Geschäftsbeziehungen des Unternehmens – Lieferanten, Franchisenehmer, Lizenznehmer, Klienten, Auftragnehmer, Kunden, Gutachter, Finanz-, Rechts- und andere Berater

[222] Auch die Erläuterungen a.a.O., S. 18 unter dem Titel „Lieferkette", welche im Ansatz nur die Konfliktmineralien thematisieren und über die Kinderarbeit kein Wort verlieren, sind insoweit nicht aufschlussreich.
[223] Die allgemein geläufige Definition im englischen Original: „the network of organizations that are involved, through upstream and downstream linkages, in the different processes and activities that produce value in the form of products and services in the hands of the ultimate consumer." MARTIN CHRISTOPHER, Logistics and Supply Chain Management – Strategies for Reducing Cost and Improving Service, 2nd Ed., London 1998, S. 15; so rezipiert in Wikipedia.
[224] In dieser kritischen Würdigung auch Wikipedia, mit Nachweisen.
[225] Beispielhaft dafür steht der aktuellste gemeinsame Nenner im Richtlinienvorschlag (Art. 3 Abs. 5) gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments.

sowie alle weiteren staatlichen und nichtstaatlichen Rechtsträger, die mit Geschäftstätigkeiten, Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens **in Verbindung** stehen.“[226]

Genau von diesem Verständnis scheint sich der Verordnungsentwurf nun aber zumindest in Bezug auf die Kinderarbeit verabschiedet zu haben. Mit dem Passus „Produkte oder Dienstleistungen **anbieten**“ scheint gemäss Wortlaut nur die Upstream-Seite abgedeckt, d.h. das **Angebot** von Produkten oder Dienstleistungen (oder eben die Zulieferung) **an** Schweizer Unternehmen und **nicht auch der Erhalt von** Produkten oder Dienstleistungen von Schweizer Unternehmen, in dessen Zuge Kinderarbeit stattfindet.

In der Empirie wird der grössere Teil der Kinderarbeit in der Tat in den aus Sicht der Schweizer Wirtschaft vorgelagerten Stufen stattfinden. Es ist aber durchaus denkbar, dass auch im Absatzmarkt Kinderarbeit vorkommt, z.B. wenn ein Schweizer Agrokonzern Pestizide absetzt, die auf Plantagen eingesetzt werden und dort bei Kindern bei der Ausübung ihrer Feldarbeit zu Gesundheitsschädigungen führt. Weitere Beispiele wären ohne weiteres skalierbar.

Damit auch solche Sachverhalte erfasst sind, bedarf es der erwähnt völkerrechtskonformen Umformulierung des Begriffs der „Lieferkette“ in der Verordnung:

C) Antrag

Antrag 17 Definition Lieferkette bezogen auf alle Geschäftsbeziehungen gemäss UNGP

Art. 1 Bst. d VE-VSoTr ist in Anlehnung an die einhellige Definition des Richtlinienvorschlags (Art. 3 Abs. 5) gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments wie folgt zu definieren:

> „Lieferkette: Alle Tätigkeiten, Geschäfte, Geschäftsbeziehungen und Investitionsketten eines Unternehmens, einschließlich Einrichtungen, mit denen das Unternehmen direkt oder indirekt in einer **vor- oder nachgelagerten Geschäftsbeziehung** steht und die entweder
>
> a. Produkte, Teile von Produkten oder Dienstleistungen **bereitstellen**, die zu den eigenen Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens beitragen, oder
> b. Produkte oder Dienstleistungen von dem Unternehmen **erhalten**;“ [Hervorhebungen nur für den informativen Gebrauch]

Mit einer solchen Definition, die gleichermassen für die Konfliktmineralien wie Kinderarbeit klärend wirkt, ist auch eine Lösung für die Problematik des nächsten Kapitels eingeläutet.

[226] Vgl. auch in die dem OECD-Leitfaden zugrunde liegenden OECD-Leitsätze (IV./Ziff. 43): „Geschäftsbeziehungen eines Unternehmens umfassen die Beziehungen zu Geschäftspartnern, Unternehmensteilen in seiner Zulieferkette und allen anderen nichtstaatlichen oder staatlichen Stellen, die mit seiner Geschäftstätigkeit, seinen Produkten oder Dienstleistungen unmittelbar verbunden sind.“

3.2.2.2.3 Missverständliche Reichweite der Sorgfaltsprüfung zum Zweiten – Klärung zugunsten einer hinreichenden Reichweite bei mehrstufigen Wertschöpfungsketten

Dieses Kapitel beschlägt die wichtige Frage, wie weit gemäss der vorliegenden Regelung die Sorgfaltspflicht in mehrstufigen Wertschöpfungsketten reicht. Auch dieses Thema betrifft gleichermassen Kinderarbeit und Konfliktmineralien.

A) Gesetz und Verordnung

Weder § Gesetz noch der 🔗 zugehörige Begleitbericht regeln diese Frage.

🔗 Auch die Verordnung wie der VE-erläuternde Bericht bleiben dazu an einschlägiger Stelle still. Nur verklausuliert lassen sich zu dieser eminent rechtspraktischen Frage der Reichweite der Sorgfaltsprüfung aus dem VE-erläuternden Bericht unterschiedliche und mitunter einschränkende Aussage lesen. Dazu in der Folge.

B) Beurteilung

Es ist für die im Einzelnen auszuübende Sorgfaltspflicht ganz zentral, wie weit die Rückverfolgung im Falle einer mehrgliedrigen Wertschöpfungskette vorzunehmen ist, d.h. ob die Auswirkungen aller Beteiligten (d.h. aller Geschäftsbeziehungen) bis zum ursprünglichen Produzenten des Gutes zu ermitteln und zu bewerten ist oder die Prüfung beim ersten Glied (z.B. beim Grosshändler) enden darf. Mit Nachdruck fordert deshalb auch WEBER eine Klärung dieser Frage auf Verordnungsebene.[227]

Die Koalition kann diese Forderung nur bekräftigen. Die Antwort muss dabei klar sein: Die Sorgfaltspflicht hat im Prinzip die ganze Wertschöpfungskette, d.h. **sämtliche Geschäftsbeziehungen zu erfassen**: Das bedeutet, dass in allen Geschäftsbeziehungen zu Produkt- oder Dienstleistungsanbietern eine Due Diligence durchzuführen ist. Eine Prüfungspflicht, welche sich nur auf die erste Stufe (first tier) der Liefer- bzw. Wertschöpfungskette erstreckt, würde in der Realität bei weitem nicht ausreichen, da die Probleme oft v.a. in den untersten Stufen entstehen. Kinderarbeit z.B. findet bildlich gesprochen hauptsächlich auf der Kaffeeplantage statt, sodass eine Sorgfaltspflicht begrenzt auf die Stufe des Grosshändlers für gerösteten Kaffee keinen Sinn machen würde.[228]

Die UNO-Leitprinzipien wie auch die vom Gegenvorschlag referenzierten OECD-Leitsätze postulieren mit entsprechender Deutlichkeit: Die Sorgfaltsprüfung reicht über das eigene Unternehmen sowie den Konzern hinaus bis zu **allen Geschäftsbeziehungen** entlang der **Wertschöpfungskette**. Die Prüfung beschränkt sich dabei allerdings auf Auswirkungen, die **unmittelbar** mit der Geschäftstätigkeit, den Produkten oder den Dienstleistungen des Unternehmens **verbunden** sind (directly linked). Von der Prüfpflicht ausgeschlossen sind damit Risiken, die keinen Bezug zur eigenen Geschäftstätigkeit haben. Zudem ist einschränkend ein **risikobasierter Ansatz** vorgesehen: Verlangt ist eine angemessene Sorgfalt, ausgehend von den schwersten Auswirkungen unternehmerischer Tätigkeit auf Mensch und Umwelt. Die bedeutendsten Risiken können sich aus dem konkreten operativen Umfeld (z.B. politische Spannungen mit gesellschaftlichen Konflikten) oder auch aus den Besonderheiten (z.B. dem

[227] WEBER, Rz. 19 f. und 29.
[228] Vgl. in diesem Sinne u.a. ATAMER/WILLI, KVI, S. 444; im Ergebnis auch WEBER, Rz. 20.

Gefahrenpotenzial) der betreffenden Geschäftstätigkeiten, Produkte oder Dienstleistungen ergeben.[229]

Oder wie es der VE-erläuternde Bericht im Zusammenhang mit dem System zur Rückverfolgbarkeit der Lieferkette nach Art. 10 VE-VSoTr zumindest im Ansatz korrekt auf den Punkt bringt: „Insbesondere bei komplexen Lieferketten ist ein risikobasierter Ansatz zu wählen, d.h. das System und die Intensität der Rückverfolgung der einzelnen Lieferketten sind je nach Risiken zu priorisieren […]. Je grösser die Risikogefahr für Kinderarbeit ist, desto intensiver […] ist die Lieferkette zu prüfen."[230]

Das bedeutet nun aber: **Bereits bei den Begriffsbestimmungen der Verordnung (Art. 1) ist dieses grundlegende Verständnis der zu prüfenden Geschäftsbeziehungen zu klären**. Die so erreichte Klärung beugt Problemen bei den einzelnen Regulierungsaspekten vor:

- So etwa zunächst bei der Problematik, wie weit die Prüfung bei **Unternehmen mir nur „geringen Risiken" zur Befreiung von der Sorgfaltspflicht** (Art. 5 VE-VSoTr) reichen soll. Die vom Verordnungsentwurf dort verankerte sog. Made-in-Prüfung hätte wie oben erläutert zur Folge, dass in den letzten Gliedern der Produzent:innen eines Gutes (so z.B. bei der Gerbung des Leders für einen Schuh oder dem Abbau von Kakao für die Schokolade) nichts mehr an Verantwortung übrig bliebe und die ganze Regelung damit weitgehend ins Leere liefe (vgl. zum Ganzen und den einschlägigen Forderungen der Koalition weiter oben). Würde nun bereits bei der Begriffsbestimmung klar gemacht, dass grundsätzlich bis ins letzte Glied zu prüfen ist, allerdings nur im Zusammenhang mit dem eigenen Geschäft sowie risikobasiert und insoweit verhältnismässig, dann hätte das dort aufgetauchte Problem von vornherein vermieden werden können.
- Ebenso wären in einem zweiten Schritt ausgeübter Sorgfalt für die im Ansatz völkerrechtskonformen Aussagen zur **Rückverfolgung der Lieferkette** gemäss Art. 9 bzw. Art. 10 VE-VSoTr mit den zu prüfenden Geschäftsbeziehungen die tatbestandsmässige Grundlage geschaffen (dazu oben und vertiefend weiter unten).
- Schliesslich könnte mit einer terminologischen Klarstellung der prüfungsrelevanten Geschäftsbeziehungen etwa auch die **missverständliche Formulierung der „Lieferkette" zu den Konfliktmineralien** gemäss Art. 1 Bst. d VE-VSoTr vermieden werden. Diese schränkt den Prüfungsumfang nämlich auf einen Prozess ein, „der die eigene Geschäftstätigkeit und diejenige aller Wirtschaftsbeteiligten und Akteure umfasst, die […] Mineralien oder Metalle **in Gewahrsam** haben […]." Die modellgebende EU-Verordnung für Konfliktmineralien verfolgt dagegen, wie auch ATAMER/WILLI feststellen,[231] einen weit umfangreicheren Definitionsansatz: Gemäss Art. 2 lit. c umfasst die Lieferkette „das System der Aktivitäten, Organisationen, Akteure, Technologien, Informationen, Ressourcen und Dienste, die an der Verbringung und Aufbereitung der Minerale von der Abbaustätte bis hin zu ihrer Verarbeitung im Endprodukt beteiligt sind." Zu einschränkend erscheint namentlich der Begriff des „**Gewahrsams**" an den Konfliktmineralien (Art. 1 Bst. d VE-VSoTr) – **verstanden als Besitz oder Eigentum**.[232] Auch nicht physische Vorgänge wie der für die Rohstoffbranche eminent wichtige (Transit-)Handel auf eigene oder fremde Rechnung[233] müssen von der vorliegenden Regelung erfasst sein und sind damit sorgfaltspflichtige Geschäftsbeziehungen. Auch dieser Klärung dient der anschliessende Textvorschlag zur hinreichend weit verstandenen Fassung der prüfungsrelevanten Geschäftsbeziehungen.
-

[229] Zum Ganzen vgl. UNO-Leitprinzipien, Prinzip 13, 17 und 19 (je mit Kommentaren); OECD-Leitsätze (IV./Ziff. 43).
[230] A.a.O., S. 23.
[231] A.a.O., S. 697.
[232] Vgl. VE-erläuternder Bericht, S. 8.
[233] Dazu weiter oben in der Vernehmlassung.

C) Antrag

Antrag 18 Definition Geschäftsbeziehungen gemäss internationalen Vorgaben

Art. 1 Bst. [x][234] VE-VSoTr ist in Anlehnung an die einhellige Definition des Richtlinienvorschlags (Art. 3 Abs. 2) gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments wie folgt zu definieren:

„*Geschäftsbeziehungen:* Tochtergesellschaften und Geschäftsbeziehungen eines Unternehmens entlang seiner Lieferkette, einschließlich Zulieferer und Unterauftragnehmer, die **direkt** mit den Geschäften, Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens **in Zusammenhang stehen**;“ [Hervorhebungen nur für den informativen Gebrauch]

3.2.2.2.4 Missverständlicher Verpflichtungsgrad – „Bemühenspflicht“ statt „Handlungspflicht“

Auch dieser Titel betrifft einen weiteren grundlegenden Punkt der Sorgfaltspflicht. Die Frage ihres Verpflichtungsgrades.

A) Gesetz und Verordnung

§ Das Gesetz unterscheidet in Sachen Verpflichtungsgrad zwischen der reinen Berichterstattungspflicht (neuArt. 964bis ff. OR) und einer für Kinderarbeit und Konfliktmineralien darüber hinausgehenden Sorgfaltspflicht (neuArt. 964^{sexies} f. OR).[235] Die Sorgfaltspflicht selbst qualifiziert es nicht weiter.

Der VE-erläuternde Bericht zum Verordnungsentwurf führt nun zum Verpflichtungsgrad der Sorgfaltspflicht die zusätzliche Qualifikation der sog. **„Bemühenspflicht“** ein. Dies in folgenden Worten (S. 15): „Bei den Sorgfaltspflichten, insbesondere der Rückverfolgbarkeit der Lieferkette und der Risikoermittlung, handelt es sich um Bemühens- und nicht um Erfolgspflichten. Die Unternehmen müssen die Sorgfaltspflichten einhalten und darüber berichten. Die Sorgfaltspflichten beinhalten demnach kein absolutes Verbot des Imports von Mineralien und Metallen aus Konflikt- und Hochrisikogebieten bzw. von Produkten oder Dienstleistungen mit begründetem Verdacht auf Kinderarbeit. Vielmehr soll sich der vom Gesetzgeber angestrebte Zielzustand ergeben aus einem kontinuierlichen Einwirken von Sorgfaltspflichten und Erfüllungstransparenz auf das Spiel der Marktkräfte.“ In der Folge wiederholt der Bericht den Terminus der „Bemühenspflicht“ an mehreren Stellen der einzelnen Sorgfaltspflichten (S. 21, 22 und 23).

[234] Sinnvollerweise im Anschluss an den Begriff der Lieferkette gemäss Art. 1 Bst. d VE-VSoTr.
[235] Dass die Unterscheidung von der Sanktionen her betrachtet eine Scheinunterscheidung ist, weil die Verletzung der Sorgfaltspflicht keine eigenständige Rechtsfolge auslöst, davon war im Eingangsteil dieser Vernehmlassung die Rede.

B) Beurteilung

Was ist von dieser Qualifikation der Sorgfaltspflicht als „Bemühenspflicht“ zu halten?

Zunächst einmal ist dieser Terminus dem schweizerischen Recht im einschlägigen Zusammenhang von Due-Diligence-Prozessen und unternehmerischer Compliance fremd.[236] Üblich ist hier in unserer Rechtsordnung die „Handlungspflicht“ in Abgrenzung zur „Erfolgspflicht“.[237] Auch der insoweit unbestrittene nationalrätliche Gegenentwurf hat im vorliegenden Zusammenhang von einer Handlungspflicht gesprochen.[238] Ebenso spricht das einschlägige DE/LkSG von Handlungspflichten: „Es wird festgelegt, was Unternehmen tun müssen, um ihren menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten nachzukommen und wo die Grenzen ihrer Handlungspflicht liegen.“[239]

Auch die internationale Gemeinschaft verwendet in der Thematik von Business & Human Rights analoge Terminologien. Sie unterscheidet zwischen “duty to act” (oder: obligation of means) und “duty to succeed” (oder: obligation of result). Sie ordnet die hier einschlägige „mandatory Human Rights Due Diligence (mHRDD)“ grundsätzlich den Handlungs- und nicht den Erfolgspflichten zu, wobei einzelne Stimmen in gewisser Hinsicht gar von einer Erfolgspflicht ausgehen.[240] Die UNO-Leitprinzipien und OECD-Leitsätze verlangen demnach als Mindeststandard, das Verhältnismässige zu tun, um die tatsächlichen und potenziellen Risiken zu ermitteln, den Eintritt des Risikos möglichst zu vermeiden und widrigenfalls die nötige Abhilfe zu leisten (durch Minimierung und Wiedergutmachung). Es geht um ein Handeln durch kontinuierliche Verbesserung und nicht um Nullrisikotoleranz. Gemeint ist damit eine Handlungspflicht, in eine bestimmte Richtung tätig zu werden. Im Ergebnis decken sich diese Aussagen mit jenen des VE-erläuternden Berichts (S. 15) weitgehend.

Weshalb nun aber der Verordnungsentwurf zur Beschreibung dieser Pflichten, ob bewusst oder unbewusst, auf den dafür vorgesehenen Begriff der „Handlungspflicht“ verzichtet, um stattdessen von einer „Bemühenspflicht“ zu sprechen, ist nicht nachvollziehbar. Mit seiner Begriffskreation erweckt er den Eindruck, also ob er zwischen der Berichterstattungspflicht und der Handlungspflicht eine Zwischenkategorie abgeschwächter Verpflichtung schaffen und dort die Sorgfaltspflicht einreihen wollte.[241] Entsprechend lautet die klarstellende Forderung:

---

[236] Symptomatisch die Swisslex-Recherche unter dem Schlagwort „Bemühenspflicht“: Der Begriff kommt gerade einmal in 3 Kommentaren, 3 Aufsätzen und 1 Buch vor; dies ganz vornehmlich im EU-Recht deutscher Lehre. Im schweizerischen Recht ist der Begriff gerade mal an drei hier nicht einschlägigen Stellen zu finden: beim Agenturvertrag, im Zusammenhang mit der Entstehung und dem Untergang von Kapitalgesellschaften sowie beim Prinzip des festen und geschützten Eigenkapital.

[237] So etwa generell im Gesellschaftsrecht bei Organpflichten (z.B. jenen des Verwaltungsrates oder der Revisionsstelle) oder auch bei spezifischen Compliance-Pflichten wie im Zusammenhang mit der Geldwäschereigesetzgebung (s. ebenso Swisslex-Recherche).

[238] RK-N-Bericht, S. 4.

[239] A.a.O., Begründung, S. 2. So auch rezipiert von der deutschen Lehre bei ERIC WAGNER et al., Der Entwurf des „Sorgfaltspflichtengesetzes [Lieferkettengesetzes]“, CB 2021 S. 92 f. Wenn in Deutschland etwas versteckt an anderer Stelle (DE/ Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, S. 2) ebenso von Bemühenspflicht die Rede ist, dann ist diese eigene deutsche Begrifflichkeit klar synonym zur Handlungspflicht zu verstehen).

[240] Mit Blick auf die regulatorischen Arbeiten in der EU: ROBERT MCCORQUODALE/MARTIJN SCHELTEMA, Core Elements of an EU Regulation on Mandatory Human Rights and Environmental Due Diligence, 2020, S. 8. Aus Sicht der UNO-Leitprinzipien wie auch für die spezifische Umsetzung in Frankreich: ANNA BECKERS, From Corporate Personality to Corporate Governance – The Transformation of International Human Rights Protection in Corporate Governance Structures, 2020, S. 14. Aus Sicht der UK: HM GOVERNMENT, Good Business, Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Updated May 2016, S. 7.

[241] In hellhöriger Kenntnisnahme dieser „Bemühenspflicht“ aus dem Kreise Zürcher Wirtschaftskanzleien vgl. u.a. OSER/MATTLE (Homburger Insights) mit der gleichzeitigen Betonung des Marktes als sanktionierende Instanz.

C) Antrag

Antrag 19 Streichung Begriff „Bemühenspflicht“

Auf den weder international noch national anschlussfähigen und bezüglich Verpflichtungsgrad Zweifel erweckenden Begriff der „Bemühenspflicht“ sei zu verzichten. Stattdessen ist im VE-erläuternden Bericht (S. 4, 15, 21, 22, 23) konsequent von der „Handlungspflicht“ zu sprechen. Sollte die Verordnungsgebung aus Gründen, die sich der Koalition entziehen, dennoch am Begriff der Bemühenspflicht festhalten wollen, wäre in den Erläuterungen explizit klarzustellen, dass sich dieser Begriff synonym zur Handlungspflicht versteht.

3.2.2.2.5 Vergleich des Sorgfaltsprogramms mit den internationalen Vorgaben – mitunter unpassend, unvollständig und abweichend

A) Generelle Einschätzung – auf Konfliktmineralien zugeschnitten, nicht aber auf Kinderarbeit

Der Verordnungsentwurf hat sich zur Konkretisierung des Sorgfaltsprogramms nicht nur für Konfliktmineralien sondern auch für die Kinderarbeit an die EU-Verordnung für Konflikt-mineralien angelehnt. Der dort festgeschriebene Ansatz einer Lieferkettenpolitik mag für den spezifischen Bereich der Konfliktmineralien (noch) seine Berechtigung haben. Er ist aber in seinem verkürzten Ansatz als transitorische Eigenart zu erachten, die im Jahr 2023 bereits wieder überarbeitet werden dürfte. Umso unpassender erscheint das im Verordnungsentwurf vollzogene Copy & Paste jener Sorgfaltsanforderungen auf den Bereich der Kinderarbeit. Der aktuellste gemeinsame Nenner eines umfassenden Pflichtenhefts, das sich auf die UNO-Leitprinzipien wie die OECD-Leitsätze stützt, ist dagegen der Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021.

B) Abweichungen von den internationalen Vorgaben – eine Auswahl

In der Folge lassen sich in einer Auswahl die folgenden besonders deutlichen Abweichungen des verordneten Sorgfaltsprogramms von den internationalen Vorgaben ausmachen. Diese werden mit Anträgen zur Anpassung der Verordnung verbunden.

	Verordnungsentwurf (VE-VSoTr) und Erläuterung	**Kommentare im Lichte internationaler Vorgaben**	**Anträge**
Fehlende Veröffentlichung der Grundsatzverpflichtung	§ Art. 7 Abs. 1 Bst. b bzw. Art. 8 Abs. 1 Bst. b VE-VSoTr lesen sich dazu wie folgt: „[Das Unternehmen] teilt seinen Lieferanten und der Öffentlichkeit **aktuelle Informationen über die Lieferkettenpolitik** in unmissverständlicher Weise mit und integriert seine Lieferkettenpolitik in die Verträge mit den Lieferanten." Ist die nun aber das dazu vorgelagerte **Bekenntnis** zu einer bestimmten Lieferkettenpolitik auch zur veröffentlichen? Der Passus schafft dazu keine Klarheit. ☞ Für die Bekenntnis zu einer bestimmten Lieferkettenpolitik sieht der VE-erläuternde Bericht sodann verkürzend und an missverständlicher Stelle vor (S. 19): „Dieses Bekenntnis in der Lieferkettenpolitik ist sowohl [sic] **unternehmensintern** zu dokumentieren. Die Lieferkettenpolitik umfasst die Unternehmensstrategie in Bezug auf Lieferketten."	**Die menschenrechtliche Grundsatzverpflichtung oder das entsprechende Bekenntnis** des Unternehmens, wozu auch die Lieferkettenpolitik gehört, ist nicht nur unternehmensintern, sondern nach den UNO-Leitprinzipien (Prinzip 16 Bst. d) insb. **auch unternehmensextern zu veröffentlichen**. Für diesen wichtigen Aspekt sieht der Verordnungsentwurf keine klarstellende Veröffentlichungsklausel vor. Die Publikation einer solchen Grundsatzverpflichtung hat nach FORSTMOSER die wichtige Funktion des **publik gemachten Beurteilungsmassstabs, an dem sich das** Unternehmen gemessen haben will. Die Transparenz darüber dient dem **berechtigten Vertrauen** der direkt Betroffenen wie auch der Zivilgesellschaft.[242] „Sanktionierender" Mechanismus soll nach dem Anspruch des Gegenvorschlags ja die Erfüllungstransparenz sein.	*Antrag 20 Veröffentlichung Grundsatzverpflichtung* Anpassung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b bzw. Art. 8 Abs. 1 Bst. b VE-VSoTr in folgendem Wortlaut (vgl. auch EU-Verordnung für Konfliktmineralien):[243] „[Das Unternehmen] teilt seinen Lieferanten und der Öffentlichkeit **das Bekenntnis zu seiner** Lieferkettenpolitik **und** aktuelle Informationen **zu deren Umsetzung** in unmissverständlicher Weise mit und integriert seine Lieferkettenpolitik in die Verträge mit den Lieferanten."

[242] Vgl. PETER FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: Angela Cavallo u.a. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich u.a. 2012, S. 710 f.

[243] A.a.O., Art. 4 Bst. a (alternativ ist für eine Anpassung auch jener Wortlaut denkbar).

Fehlende Festlegungs-pflicht der Strukturen und Verantwort-lichkeiten innerhalb des Unter-nehmens	Der Verordnungsentwurf sieht dazu weder für die Konfliktmineralien noch die Kinderarbeit eine Bestimmung vor.	Die Zuweisung von Verantwortlichkeiten auf hinreichend hoher Ebene ist ein essentielles Element der Sorgfaltsprüfungspflicht gemäss den UNO-Leitprinzipien (Prinzip 19 Bst. a) wie auch den OECD-Leitsätzen.[244] ATAMER/WILLI[245] sowie HELLER/WENK[246] richten insoweit die Aufgabe an den Bundesrat, dazu Klarheit zu schaffen und die Verantwortung auf hinreichender hoher Ebene in der Unternehmenshierarchie zu verorten (von der Ernennung eines dazu berufenen Compliance Officers bis hin zu dessen Rapportierungspflicht zuhanden der Geschäftsleitung und an den Verwaltungsrat). Wird das Pflichtenheft nicht entsprechend in das Unternehmen integriert, verkommt diese Aufgabe wenn überhaupt (Kinderarbeit kennt nicht einmal eine Revisionspflicht) zu einem rein externen Revisionsgeschäft mit Checklisten-Charakter (s. Art. 13 VE-VSoTr). Damit werden die Vorgaben der Sorgfaltsprüfungspflicht als unternehmensinterner, auf stete Verbesserung gerichteter Prozess nicht gerecht.	*Antrag 21 Festlegung Verantwortung innerhalb Unternehmensstrukturen* Ergänzung eines Art. 12a VSoTr im Sinne der EU-Verordnung für Konfliktmineralien:[247] „Das Unternehmen strukturiert seine jeweiliges internes Managementsystem so, dass die Erfüllung der Sorgfaltspflicht in der Lieferkette unterstützt wird, indem Mitglieder des gehobenen Managements damit betraut werden, den Prozess der Erfüllung der Sorgfaltspflicht in der Lieferkette zu überwachen.“
Blankocheck zur Abwälzung der eigenen Sorgfalts-pflicht auf Zulieferer	**Konfliktmineralien:** § Art. 7 Abs. 2 Bst. d: „In der Lieferkettenpolitik sind die Instrumente zu nennen, mit denen das Unternehmen mögliche schädliche Auswirkungen in seiner Lieferkette	Ein Schweizer Unternehmen darf sich nicht durch ein reines Abdelegieren mittels vertraglicher Zusicherungen gegenüber Zulieferern oder sonstigen Geschäftsbeziehungen der eigenen international verankerten Sorgfaltspflicht	*Antrag 22 Keine Abwälzung der Sorgfaltspflicht auf Zulieferbetriebe* Klarstellung im VE-erläuternden Bericht, dass die Bst. Art. 7 Abs. 2 Bst. a-e VE-VSoTr nicht alternativ, sondern als nach den konkreten

[244] Zu Letzteren gerade auch in der Konzernstruktur a.a.O., Kap. I, Ziff. 4; Kap. II, Erläuterungen zu den allgemeinen Grundsätzen, Ziff. 9.
[245] S. 696.
[246] S. 65.
[247] S. Art. 4 Bst. c.

	ermittelt, bewertet, beseitigt und verhindert. Dazu gehören namentlich: **Zusicherungen** von Wirtschaftsbeteiligten und Akteuren an der Lieferkette und weiteren Geschäftspartnerinnen und -partnern;“ ✍ VE-erläuternder Bericht (S. 19): „Die Unternehmen können sich in ihren Lieferverträgen von den Wirtschaftsbeteiligten und Akteuren der Lieferkette, insbesondere von Zulieferern und weiteren Geschäftspartnern, mithin Kunden, **ausdrücklich zusichern lassen, dass sie (die Zulieferer) keine Mineralien und Metalle aus Hochrisiko- und Konfliktgebieten handeln oder bearbeiten.**“ Für **Kinderarbeit** gleichlautend (durch Verweis in Art. 8 Abs. 2).	entziehen. Ansonsten wirkt die Vorlage kontraproduktiv. Art. 7 Abs. 2 Bst. d darf folglich nicht, wie in den Erläuterungen missverständlich formuliert, alternativ zu den anderen Bst. verstanden werden, sondern muss **ergänzend** dazu sein (dies je nach Umständen ergänzend zu den weiteren Bst. dieser Bestimmung, d.h. zu a. Kontrollen vor Ort; b. Auskünften, beispielsweise von Behörden, internationalen Organisationen und der Zivilgesellschaft; c. Beizug von Fachleuten und Fachliteratur.). Vertragliche Vereinbarungen mit Geschäftsbeziehungen, die unter Umständen in Ergänzung zu sonstigen Massnahmen Sinn machen können, dürfen schliesslich **nicht den Charakter von reinen Befreiungsklauseln** („back to back“) haben. Vielmehr haben sie die **gemeinsame Verantwortung mit den Zuständigkeiten, Kontrollen und Rechtsfolgen bei Vertragsverletzungen vertraglich zu regeln**, wie es z.B. der OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln konkretisiert.[248]	Umständen angepasste, kumulative Massnahmen zu verstehen sind. Zudem Anpassung von Art. 7 Abs. 2 Bst. d VE-VSoTr sowie der zugehörigen Erläuterungen in folgendem Sinne (inspiriert von Art. 4 Abs. 8 und 9 des Richtlinienvorschlags gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments):[249] Das Unternehmen **stellt sicher, dass seine Geschäftsbeziehungen Konzepte** zu Konfliktmineralien und Kinderarbeit **aufstellen und durchführen**, die mit seiner Strategie zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht im Einklang stehen, etwa durch Rahmenvereinbarungen, Vertragsklauseln, die Annahme von Verhaltenskodizes oder zertifizierte und unabhängige Prüfungen. Das Unternehmen **überprüft regelmässig**, ob die Unterauftragnehmer und Zulieferer ihren Verpflichtungen nachkommen. Wo nötig, unterstützt das Unternehmen diese bei der Um- und Durchsetzung der entsprechenden Verpflichtungen.
Fehlende Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen	Es findet sich kein entsprechender Passus im Verordnungsentwurf oder dem VE-erläuternden Bericht, weder in Bezug auf die Konfliktmineralien noch der Kinderarbeit.	Dieser Verzicht widerspricht den UNO-Leitprinzipien (Prinzip 20) wie auch dem vom Gegenvorschlag selbst referenzierten OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht	*Antrag 23 Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen* Ergänzung von Art. 12 mit einem Abs. 4 VE-VSoTr in folgendem Sinne (insp. UNO-Leitprinzipien, Prinzip 20):[251] „Um zu

[248] A.a.O., S. 25 und 62.
[249] Vgl. auch § 7 Abs. 4 Ziff. 2 und 3 DE/Lieferkettengesetz. Grundlegend zudem OECD-Leitsätze, Erl. zu den Grundsätzen Ziff. 21.
[251] Vgl. in knapperer Form auch Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre vom 27. März 2017 (FR/Loi Vigilance). Art 1er: « 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en oeuvre et d’évaluation de leur efficacité. »

		für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln.[250] Wirksamkeitskontrollen sind demnach **notwendig**, um einem Unternehmen Kenntnisse darüber zu verschaffen, ob seine menschenrechtsbezogenen Politiken auf **bestmögliche Weise umgesetzt** werden, ob es den ermittelten menschenrechtlichen Auswirkungen wirksam begegnet und um kontinuierliche Verbesserungen zu veranlassen (s. UNO-Leitprinzipien, Prinzip 20/Kommentar).	verifizieren, ob nachteiligen menschenrechtlichen Auswirkungen im Zusammenhang mit Konfliktmineralien oder in Bezug auf Kinderarbeit wirksam begegnet wird, hat das Unternehmen die **Wirkung der von ihm ergriffenen Massnahmen zu verfolgen**. Die Wirksamkeitskontrolle muss von geeigneten qualitativen und quantitativen Indikatoren ausgehen und auf Rückmeldungen seitens interner wie externer Quellen zurückgreifen, einschließlich betroffener Stakeholder.“
Unabhängige „Fachpersonen“ zu eng auf Revisions-unternehmen beschränkt	NeuArt. 964[sexies] Abs. 3 OR spricht von unabhängigen „Fachpersonen“ zur Prüfung der Einhaltung der Sorgfaltspflichten bezüglich Konflikt-mineralien. Art. 13 E-VSoTr ist hierin einschränkend nur auf „Revisions-unternehmen“ bezogen.	Das UNO-Hochkommissariat für Menschenrechte spricht bei der Verifikation von Berichts- und Sorgfaltspflichten durch Dritte, namentlich auch von Revisions-gesellschaften, mit Blick auf Verantwortlichkeiten von einer system-immanenten „inappropriateness and unfairness of business enterprises seeking to raise due diligence defenses in cases where superficial ‹check box› approaches to human rights due diligence might be used as a reference point.“[252] Die Konzernverantwortungsinitiative teilt diese Bedenken. Umso wichtiger ist die Wahl eines möglichst umfassenden und fachlich hochwertigen Kreises von befähigten Prüfunternehmen.	*Antrag 24: Überprüfung der Sorgfaltspflichten nicht nur durch Revisionsunternehmen* Zu einem solchen Kreis gehören nicht nur die Revisionsunternehmen, sondern v.a. auch akkreditierte Zertifizierungsstellen oder sonstige unabhängige Dritte mit ausgesprochener Expertise im Bereich der Unternehmens-verantwortung. Entsprechend ist der Kreis der prüfungsbefähigten Unternehmen weiter zu ziehen als in der Verordnung vorgesehen.

[250] A.a.O., S. 34.
[252] Vgl. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability, 1. Juni 2018, UN Doc. A/HRC/38/20/add.2, Ziff. 29.

3.2.2.2.6 Fokus: unternehmensinterne Mechanismen zur Wiedergutmachung und Beschwerde – Passus ohne jede Substanz

Schliesslich stellt sich die zentrale Frage, welche Mechanismen die Unternehmen den Betroffenen zur Wiedergutmachung und zur Beschwerde zur Verfügung stellen müssen. Weil hier die Umsetzung auf Verordnungsebene besonders schwach ist und es sich angesichts fehlender alternativer Durchsetzungsmechanismen eigentlich um einen unentbehrlichen Pfeiler der vorliegen Regelung handeln würde, verdient dieser Aspekt einen abschliessenden Fokus. Das Thema betrifft gleichermassen die Kinderarbeit wie die Konfliktmineralien.

A) Gesetz und Verordnung

§ Das Gesetz regelt diese Frage nicht explizit, delegiert sie gestützt auf neuArt. 964^{sexies} Abs. 4 OR vielmehr an den Bundesrat.[253]

§ Der Verordnungsentwurf nimmt diesen Ball auf, aber nur im Ansatz. Er regelt die Frage unternehmensinterner Wiedergutmachung und Beschwerde in zwei äusserst kurz gehaltenen Klauseln je unter dem Titel Lieferkettenpolitik:

Für Konfliktmineralien (Art. 7 Abs. 1 Bst e VE-VSoTr): „[Das Unternehmen] sorgt dafür, dass **Bedenken** hinsichtlich der Umstände des Mineralabbaus sowie des Handels und Umgangs mit diesen Mineralien in Konflikt- und Hochrisikogebieten und ihrer Ausfuhr aus Konflikt- und Hochrisikogebieten **gemeldet** werden können."

Und gleichlautend für die Kinderarbeit (Art. 8 Abs. 1 Bst e VE-VSoTr): „[Das Unternehmen] sorgt dafür, dass Bedenken hinsichtlich Kinderarbeit in seiner Lieferkette gemeldet werden können."

↷ Der VE-erläuternde Bericht ergänzt dazu (S. 17): „Die Verordnung **verpflichtet** die Unternehmen, einen Beschwerdemechanismus im Sinne eines Frühwarnsystems zur Risikoerkennung einzurichten. Dieses soll es allen interessierten Parteien erlauben, dem Unternehmen Bedenken hinsichtlich der Umstände des Mineralabbaus sowie des Handels und Umgangs mit diesen Mineralien in Konflikt- und Hochrisikogebieten und ihrer Ausfuhr aus Konflikt- und Hochrisikogebieten zu melden. Dieser Beschwerdemechanismus kann mittels Vereinbarungen mit andern Wirtschaftsbeteiligten (z.B. Wirtschaftsverbänden) oder Organisationen (z.B. NGOs) geführt werden. Denkbar ist auch, private, externe Sachverständige oder Gremien beizuziehen oder eine Ombudsstelle zu schaffen."

↷ Und im Wesentlichen gleichlautend bei der Kinderarbeit (S. 20), wobei mit etwas zurückgenommenem Wording (nicht „verpflichten", sondern „ermöglichen müssen"): „Das Unternehmen **muss es ermöglichen**, dass ihm 'Bedenken' hinsichtlich Kinderarbeit in seiner Lieferkette mitgeteilt werden können. Es handelt sich um einen Beschwerdemechanismus, d.h. um ein Frühwarnsystem zur Risikoerkennung. […]" Im Übrigen formulieren die Erläuterungen die Ausgestaltung dieses Mechanismus gleich wie bei den Konfliktmineralien.

[253] Vgl. auch Begleitbericht (S. 23), der die Delegationsnorm weit versteht. Dazu gehört „Detail- bzw. Ausführungsbestimmungen zur Lieferkettenpolitik, zum System der Rückverfolgbarkeit der Lieferkette und zu den Kriterien der Risikoermittlung, -bewertung und **-bewältigung** in den Bereichen Konfliktmineralien und Kinderarbeit." Die Frage unternehmensinterner Wiedergutmachung entsprechender Beschwerdemechanismen kann, wie auch gemäss EU-Verordnung für Konfliktmineralien (Art. 4 Bst. e), zur Lieferkettenpolitik bzw. zu den Pflichten in Bezug auf das Managementsystem gezählt werden.

B) Beurteilung

Grundlegender Bedarf

Wirksame unternehmensinterne Beschwerde- und Wiedergutmachungsprozesse sowie Due Diligence bedingen sich für eine effektive Respektierungsverantwortung und Sorgfaltspflicht gegenseitig. Zudem stellen sie die nötige Ergänzung zu den an sich erforderlichen staatlichen Durchsetzungsmechanismen dar.[254]

Die UNO-Leitprinzipien[255] sowie die vom Gegenvorschlag referenzierten OECD-Leitsätze[256] und der OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln[257] machen zur grossen Bedeutung solcher Abhilfemassnahmen einsichtige Aussagen und stellen Kriterien auf:

Auch bei besten Politiken und Verfahren kann ein Unternehmen im Einzelnen dennoch eine nachteilige menschenrechtliche Auswirkung verursachen oder dazu beitragen. Stellt es fest, dass eine solche Situation vorliegt, verlangt seine Verantwortung zur Achtung der Menschenrechte **aktive** Bemühungen um Wiedergutmachung, entweder allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Akteur:innen. Beschwerdemechanismen auf operativer Ebene sind ein wirksames Mittel, um Wiedergutmachung zu ermöglichen, sofern sie bestimmte Schlüsselkriterien erfüllen: Dazu gehören **Legitimität, Zugänglichkeit, Berechenbarkeit, Unparteilichkeit, Transparenz und Dialogbereitschaft**.

Abhilfe gestützt auf diese Schlüsselkriterien ist demnach das nötig Korrelat der hier zu regelnden „Lieferkettenpolitik".

Es geht dabei im Einklang mit den Feststellungen des Europäischen Parlaments um ganz handfeste und essentielle Bedürfnisse wie die Wiedergutmachung bei massiven und weit verbreiteten Verletzungen; so bei der vorliegend partiell angegangenen Problematik um Abhilfe bei Kinderarbeit oder Schädigungen im Zusammenhang mit Konfliktmineralien.[258]

So verlangt das vom Gegenvorschlag selbst zitierte ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business von Unternehmen mit hoher Verbindlichkeit wirksame Abhilfeprozesse gegen Kinderarbeit: „When a company identifies that it has caused or contributed to a child labour impact, it **has a responsibility to provide** for or cooperate in legitimate processes for providing remedy for that impact."[259]

Akuter Bedarf bei einer Regelung ohne staatlichen Durchsetzungsmechanismen

Solche Mechanismen tun bei der vorliegenden Regelung besonders Not, weil sie, im Gegensatz etwa zum modellgebenden NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit,[260] von **keinerlei** staatlicher Durchsetzung oder Sanktionierung der Sorgfaltspflicht (die Mini-Strafnorm betrifft nur die Berichterstattungspflicht) flankiert sind, weder gerichtlichen noch aussergerichtlichen. Die Regelung steht auf der Rechtsfolgeseite gewissermassen nackt da.[261]

Dieser Bedarf nach **operativer** Wiedergutmachung ist in der Schweiz umso vordringlicher, als KAUFMANN/HECKENDORN in ihrer im Auftrag des EDA verfassten Analyse zum Zugang zu

---

[254] Vgl. UNO-Leitprinzipien, Prinzip 22/Kommentar.
[255] A.a.O., Prinzip 22 und 31 je mit Kommentaren.
[256] A.a.O., IV/Ziff. 46.
[257] A.a.O., S. 18, 36 ff. und 92 ff.
[258] Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments, Erw. M f. (S. 7) sowie Erw. 25 (S. 15).
[259] A.a.O., S. 56.
[260] Wet zorgplicht kinderarbeid, vgl. dort Art. 7-9 mit verwaltungs- und strafrechtlichen Massnahmen.
[261] S. u.a. ATAMER/WILLI, 698; dazu auch im Eingangskapitel.

Abhilfe gerade bei verfügbaren **staatlichen** Abhilfe- bzw. Wiedergutmachungsmassnahmen für unser Land einen besonderen Mangel feststellen.[262]

Keine griffige Verordnungsbestimmung

Auch der Verordnungsentwurf erkennt die vorstehend erläuterte Notwendigkeit zwar im Ansatz. Nur in der Ausgestaltung sind die vorstehend zitierten Bestimmungen viel zu wenig konkret, um greifen zu können. Namentlich erfüllen sie die von den internationalen Regelwerken geforderten Schlüsselkriterien nicht. Der Verordnungsentwurf stellt nur einsilbig fest: „[Das Unternehmen] sorgt dafür, dass **Bedenken** hinsichtlich Kinderarbeit [oder Konfliktmineralien] in seiner Lieferkette **gemeldet** werden können." Das ist viel zu wenig. Es geht gestützt auf die erwähnten internationalen Vorgaben nicht einfach darum, mögliche Bedenken in Empfang zu nehmen. Vielmehr haben die **Unternehmen eine Handlungspflicht, aktiv einen funktionierenden und so vom Verordnungsgeber angeleiteten Mechanismus zu installieren, der Abhilfe leistet und widrigenfalls Beschwerdeverfahren zur Verfügung stellt,** ohne dabei selbstverständlich die staatlichen Rechtsbehelfe zu unterminieren.

Zu unkonkret sind in diesem Sinne auch die Erläuterungen des Verordnungsentwurfs: „Dieser Beschwerdemechanismus kann mittels Vereinbarungen mit andern Wirtschaftsbeteiligten (z.B. Wirtschaftsverbänden) oder Organisationen (z.B. NGOs) geführt werden. Denkbar ist auch, private, externe Sachverständige oder Gremien beizuziehen oder eine Ombudsstelle zu schaffen."[263]

Gewisse Elemente eines unternehmensinternen Beschwerdeverfahrens sind insoweit zwar bruchstückhaft erwähnt. Sie lassen implizit auch erkennen, dass das gebotene Verfahren nicht nur der Frühwarnung zur Risikoerkennung dienen soll, sondern, wie auch der Richtlinienvorschlag[264] der und das DE/LkSG[265] gestützt auf die internationalen Vorgaben betonen, vor allem auch der Wiedergutmachung bzw. Schlichtung bei bestehenden Verletzungen. Die Ansätze in den Verordnungserläuterungen erscheinen dabei aber beliebig und sind in kein strukturiertes Gesamtsetting eingebunden.

Wo können sich Betroffene melden? Wie muss ein Unternehmen bei einer solchen Meldung Unternehmen konkret vorgehen? Was ist die Rolle relevanter Interessenträger, wie werden z.B. NGOs eingebunden? Wie ist gewährleistet, dass der Abhilfe- bzw. Beschwerdeprozess die vorstehenden Schlüsselkriterien erfüllt? Und so weiter. Zu all diesen Fragen fehlen im Verordnungsentwurf Orientierungspunkte, was bereits der NZZ als einer von mehreren scharfen Kontrasten zum weit konkreteren DE/LkSG aufgefallen ist.[266]

Internationale Vorgaben für eine griffige Regelung

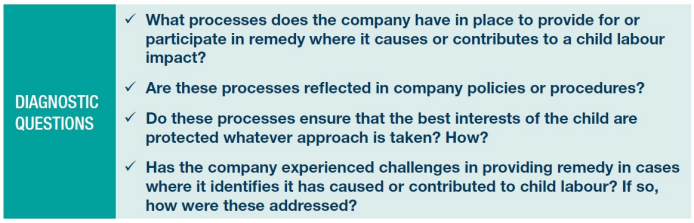
Anweisungen für die konkrete Ausgestaltung unternehmensinterner Wiedergutmachung und Beschwerde sind, wie vorstehend erläutert, zunächst in den UNO-Leitprinzipien oder auch den OECD-Leitsätzen zu finden.

Mit einer konkreten Checkliste an die Unternehmen angereichert ist insoweit zudem das ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business. Auf dieses Instrument verweist der Verordnungsentwurf in Art. 8 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 3 VE-VSoTr zur Erstellung der Lieferkettenpolitik wie des Risikomanagementsystems selbst. Der einschlägige Fragenkatalog bildet sich dort wie folgt ab:

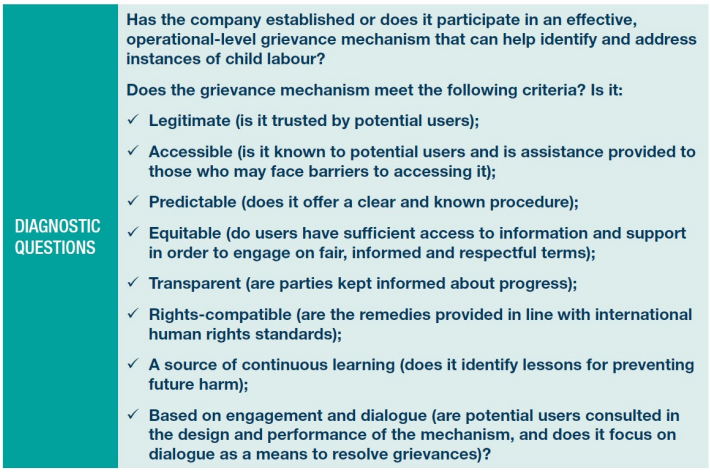
---

[262] CHRISTINE KAUFMANN/LUKAS HECKENDORN, Zugang zu Abhilfe, Analyse im Auftrag des EDA zur Erfüllung des Postulats 14.3663, Deutsche Zusammenfassung, 2017, Rz. 46 mit Handlungsempfehlungen in Rz. 51.
[263] VE-erläuternder Bericht, S. 20.
[264] Vgl. Art. 9 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments.
[265] A.a.O., § 9 Abs. 1.
[266] Vgl. Konzernverantwortung: Die Schweiz kann bald in Zugzwang kommen, NZZ vom 6.5.2020.

Unter dem Titel "Establish or participate in remediation processes":[267]



Und unter dem Titel "Operational-level grievance mechanisms":[268]



Auf diese Fragen hat das Unternehmen Antworten zu liefern. Dazu bedarf es aber der konkreten Anleitung durch den Staat, d.h. hier auf Verordnungsebene. Für einen Vorschlag dazu besteht in der Staatengemeinschaft genügend regulatorisches Vergleichsmaterial:

C) Antrag

Besonders hilfreich, weil in rechtliche Form gegossen, ist dabei in Umsetzung der internationalen Vorgaben zum einen der Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments (Art. 9-10). Zum anderen auf nationaler Ebene auch das gerade eben verabschiedete DE/LkSG (§ 8-9). Eng entlang der dortigen Formulierungen bewegt sich die Koalition, wenn sie mit Nachdruck die neuen Art. 12a und 12b VSoTr beantragt (die legistische Überarbeitung bleibt die Aufgabe des Bundesamtes für Justiz):

Antrag 25 Ergänzung Sorgfaltsprogramm mit Wiedergutmachungsmechanismen und Beschwerdeverfahren gemäss internationalen Vorgaben

Art. 12a Wiedergutmachung

[1] Stellt das Unternehmen fest, dass die Verletzung einer geschützten Rechtsposition bei seiner eigenen Geschäftstätigkeit oder in seiner Lieferkette bereits eingetreten ist oder unmittelbar bevorsteht, hat es unverzüglich angemessene Abhilfemassnahmen zu ergreifen, um diese Verletzung zu verhindern, zu beenden oder zu minimieren.

[2] Abhilfe wird in Absprache mit den betroffenen Interessenträgern* festgelegt und kann aus folgenden Massnahmen bestehen: finanzielle oder nichtfinanzielle Entschädigung, öffentliche Entschuldigung, Rückerstattung, Rehabilitation oder Beitrag zu einer Untersuchung.

[* Unternehmensinterne Wiedergutmachung und Beschwerde erfordert die institutionalisierte Einbindung der verschiedenen Interessenträger (dies entspricht übrigens auch dem Anliegen des VE-erläuternden Berichts, S.

[267] A.a.O., S. 57.
[268] A.a.O., S. 58.

17, der dort von „allen interessierten Parteien“ spricht). Dieser Begriff ist entsprechend in den Eingangsterminologien von Art. 1 VSoTr zu definieren. Dies gestützt auf den Richtlinienvorschlag gemäss Entschliessung des Europäischen Parlaments (Art. 3 Abs. 1) z.B. wie folgt: „*Interessenträger:* Personen und Personengruppen, deren Rechte oder Interessen womöglich durch die potenziellen oder tatsächlichen nachteiligen Auswirkungen, die durch ein Unternehmen oder seine Geschäftsbeziehungen in Bezug auf Kinderarbeit oder im Zusammenhang mit Konfliktmineralien entstehen, betroffen sind, sowie Organisationen, deren satzungsmässiger Zweck die Verteidigung der Menschenrechte, einschliesslich sozialer Rechte und der Kinderrechte ist; dazu können Arbeitnehmer und ihre Vertreter, lokale Gemeinschaften, Kinder, indigene Völker, Bürgervereinigungen, Gewerkschaften, Organisationen der Zivilgesellschaft und die Aktionäre der Unternehmen gehören.“]

Art. 12b Beschwerdeverfahren

[1] Die Unternehmen stellen sowohl als Frühwarnmechanismus zur Risikoerkennung als auch als Schlichtungssystem ein Beschwerdeverfahren bereit, das es allen Interessenträgern ermöglicht, begründete Bedenken hinsichtlich des Vorliegens einer potenziellen oder tatsächlichen nachteiligen Auswirkung in Bezug auf Kinderarbeit oder im Zusammenhang mit Konfliktmineralien zu äussern. Die Unternehmen können solche Mechanismen auch durch Kooperationsvereinbarungen mit anderen Unternehmen oder Organisationen, durch Teilnahme an auf vielen Interessenträgern beruhenden Beschwerdemechanismen oder durch Beitritt zu einer globalen Rahmenvereinbarung gewährleisten.

[2] Beschwerdeverfahren müssen rechtmäßig, barrierefrei, vorhersehbar, sicher, gerecht, transparent, rechtskompatibel und anpassungsfähig sein, wie in den Wirksamkeitskriterien für aussergerichtliche Beschwerdeverfahren in Prinzip 31 der Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte und der Allgemeinen Bemerkung Nr. 16 des Ausschusses der Vereinten Nationen für die Rechte des Kindes festgelegt. Diese Mechanismen müssen die Möglichkeit vorsehen, anonym oder vertraulich Bedenken vorzubringen.

[3] Das Beschwerdeverfahren ermöglicht es sowohl bei Warnungen als auch bei Äusserungen von Bedenken rasch und wirksam gegenüber den Interessenträgern zu reagieren.

[4] Über Beschwerdeverfahren dürfen die Interessenträger dem Unternehmen Vorschläge dazu unterbreiten, wie potenzielle oder tatsächliche nachteilige Auswirkungen angegangen werden können.

[5] Bei der Entwicklung von Beschwerdemechanismen treffen die Unternehmen Entscheidungen auf der Grundlage der Standpunkte der Interessenträger.

[6] Die Inanspruchnahme eines Beschwerdemechanismus darf nicht ausschliessen, dass Beschwerdeführer Zugang zu gerichtlichen Mechanismen haben.

[7] Das Unternehmen legt schriftlich eine im Sinne von Absatz 1-6 angemessene Vorgehensweise fest. Es muss in geeigneter Weise Informationen über das von ihm angebotene Beschwerdeverfahren veröffentlichen. Die Unternehmen erstatten Bericht über die im Rahmen ihrer Beschwerdeverfahren vorgebrachten begründeten Bedenken und berichten regelmässig über die hierbei erzielten Fortschritte. Alle Informationen werden in einer Weise veröffentlicht, die die Sicherheit der Interessenträger nicht gefährdet, auch durch die Nichtoffenlegung ihrer Identität. Artikel 964^{septies} OR ist sinngemäss anwendbar [Berichterstattungsvorschrift].

☞ Gegenüber Skeptiker:innen einer in diesem Detaillierungsgrad gebotenen Bestimmung sei die rhetorische Frage erlaubt: Ist es zu viel verlangt, die schweizerische Verordnungsgebung so konkret auszugestalten wie vorgeschlagen, zumal der einschlägige EU-Richtlinienvorschlag wie auch die deutsche Gesetzgebung, d.h. in der normativen Stufenordnung rechtsvergleichend betrachtet zwei bzw. ein Stockwerk oberhalb der vorliegend diskutierten Verordnung stehende Rechtsakte genau diesen Detaillierungsgrad aufweisen? Die Antwort kann bei nüchterner Betrachtung eigentlich nur lauten: Nein, es ist nicht zu viel verlangt.

Quellenverzeichnis → in einem Auszug[269]

Materialien

Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative – Schlussabstimmungstext vom 19. Juni 2020 zur Änderung des Obligationenrechts (OR).[270]

Begleitbericht des Bundesamtes für Justiz, Transparenz bezüglich nichtfinanzieller Belange und Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit, 19. November 2019 (Begleitbericht).

Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz in den Bereichen Mineralien und Metalle aus Konfliktgebieten sowie Kinderarbeit, Vorentwurf vom 13. April 2021 (VE-VSoTr).

Erläuternder Bericht zur Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz in den Bereichen Mineralien und Metalle aus Konfliktgebieten sowie Kinderarbeit, Vorentwurf vom 14. April (VE-Erläuternder Bericht).

Internationale Regelwerke

Generell

UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (2011) (UNO-Leitprinzipien).

OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (2011) (OECD-Leitsätze).

OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln (2018) (OECD-Leitfaden).

Spezifisch (Auswahl)

OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebieten (dritte Ausgabe, 2019) (OECD-Leitfaden für Konfliktmineralien).

OECD Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains (2017).

ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business (2015) (ILO-IOE Child Labour Guidance Tool).

UNICEF Children's Rights in the Workplace Index (UNICEF Index).

Europäische Union (Auswahl)

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 (CSR-Richtlinie).

Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting COM/2021/189 final (EU-Kommissionsvorschlag zur Überarbeitung der CSR-Richtlinie).

Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung der Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten (EU-Verordnung für Konfliktmineralien).

Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen (2020/2129(INL)) (Entschliessung des Europäischen Parlaments zur Sorgfaltspflicht von Unternehmen).

European Commission (Ed.), Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, 2020 (EU-Studie zur Sorgfaltsprüfung).

[269] Die weiteren Quellen werden im Zuge der Abhandlung beim Erstzitat im Vollzitat wiedergegeben.
[270] Der neue OR-Text (in der Folge: neuArt. x OR) ist im Bundesblatt noch nicht publiziert, da dessen Inkrafttreten wegen der zurzeit laufenden Referendumsfrist noch nicht feststeht; die jetzige Artikelnummerierung mit lateinischen Bezeichnungen wird sodann durch Buchstaben ersetzt wird (z.B. Art. 964^{quinquies} OR wird zu Art. 964j OR).

Europäische Staaten (Auswahl)

Frankreich

Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre vom 27. März 2017 (in Kraft) (FR/Loi Vigilance).

Deutschland

DE/Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (DE/LkSG) gestützt auf Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 15. Februar 2021; mit punktuellen Änderungen gemäss Deutschem Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 9.6.2021 am 11. Juni 2021 verabschiedet.

Niederlande

Wet zorgplicht kinderarbeid (WZK) vom 7. Februar 2017 (verabschiedet) (NL/Sorgfaltsgesetz zur Kinderarbeit).

Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen vom 11. März 2021 (laufende Gesetzgebung) (NL/E-Sorgfaltspflichtengesetz); mit inoffizieller englischer Übersetzung.

Urteil (des [niederländischen]) Gerechtshof Den Haag, 200.126.804 en 200.126.834, vom 29. Januar 2021 (ins Englische rezipiert u.a. von Nadia Bernaz, Wading through the (polluted) mud: the Hague Court of Appeals rules on Shell in Nigeria, 2. Februar 2021).

Norwegen

Vedtak til lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven) vom 10. Juni 2021 (verabschiedet) (NO/Transparenz- und Sorgfaltspflichtengesetz)

Literatur (Auswahl)

ROLF H. WEBER, Sorgfaltspflichten in der Lieferkette, in: Jusletter 29. März 2021.

YESIM M. ATAMER/FLORIAN WILLI, CSR-Berichterstattung Ante Portas: Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, in: SZW 2020 686.

DIESELBEN, Konzernverantwortungsinitiative: Was ändert sich bei einem JA?, in: SZW 2020 435 (zit. ATAMER/WILLI KVI).

BARBARA A. HELLER/CHRISTOPH WENK BERNASCONI, Non-Financial Reporting nach Annahme des Gegenvorschlags zur KVI, in: Expert Focus 2021 62.

FRANZ WERRO, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, in: sui-generis 2018 428.

DAVID OSER/KARIN MATTLE, Publikation der Verordnung über die neuen Sorgfalts- und Transparenzvorschriften, 21. April 2021 (unter Homburger Insights).

GIULIA NERI-CASTRACANE, Projets législatifs: Informations non financières, matières premières et travail des enfants, 5. Mai 2021 (Centre de droit bancaire et financier).

CHRISTINE KAUFMANN/RES SCHUERCH, Neue Regeln für Unternehmen: Berichterstattung und themenspezifisch Sorgfaltspflicht, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Newsletter vom 17. Dezember 2020.

Zusatzquellen zur Konzernverantwortungsinitiative und zum Gegenentwurf des Nationalrates

Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“ (Erläuterungen zur Initiative).

Nationalrätlicher Gegenentwurf gemäss Beschluss des Nationalrates vom 4. März 2020 (Fahne 7.5.2020, fünfte Spalte) (nationalrätlicher Gegenentwurf).

Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) vom 18. Mai 2018 zu den Anträgen der Kommission für einen indirekten Gegenentwurf zur Volksinitiative „für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“ im Rahmen der Revision des Aktienrechts (RK-N-Bericht).

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) zum Aktienrecht (Entwurf 2) vom 19. Februar 2019 (RK-S-Bericht).