

CSR-Berichterstattung Ante Portas: Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative

Yeşim M. Atamer | Florian Willi*

In a popular vote held in November 2020, the controversially debated «Swiss Responsible Business Initiative» was rejected. As a matter of constitutional procedure, the Parliament's Counterproposal from 2019 will now automatically come into force. Unlike the Initiative, the Counterproposal refrains from introducing a foreign direct liability of Swiss businesses for infringing human rights or environmental standards abroad. Going the more cautious way, the Counterproposal is broadly based on the 2014/95 EU Non-financial Reporting Directive and requires large companies to disclose information on their activities which have an effect on environmental and social matters, workers' rights,

human rights as well as anti-corruption matters. The yearly report of the companies needs to contain such information as is necessary to understand the development and performance of the business, and the impact of its activities in critical areas. In addition, the Counterproposal imposes special due diligence and reporting obligations in relation to conflict minerals and child labour. The aim of this article is twofold: firstly, to underline the issues which need to be addressed by the lawmaker in the implementing regulation in order to eliminate legal uncertainties, and secondly, to provide guidance to businesses which will in due course be affected by the new legislation.

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
- II. Materielles
 - 1. Übersicht
 - 2. Nichtfinanzielle (CSR-)Berichterstattung
 - 3. Konfliktmineralien und Kinderarbeit
 - 4. Sanktionierung
- III. Schlussfolgerungen

I. Allgemeines

Am 29. November 2020 kam die sog. Konzernverantwortungsinitiative¹ vor das Schweizer Stimmvolk. Trotz eines knappen Volksmehr von 50,7% der Stimmen scheiterte die Vorlage am Ständemehr. Die Initiative adressierte die viel diskutierte Verantwortung von Unternehmen betreffend die Achtung von Menschenrechten und der Umwelt, wobei insbesondere eine Haftung von Schweizer Gesellschaften für von diesen kontrollierten (ausländischen) Unternehmen

vorgesehen war.² Mit Ablehnung der Initiative wird nun der indirekte Gegenvorschlag³ in Kraft treten. Der Gegenvorschlag gelangt als solcher i.d.R. nicht zur Volksabstimmung, sofern nicht erfolgreich ein Referendum ergriffen wird.⁴

Dem Konzept des Ständerats folgend, sieht der Gegenvorschlag – z.T. überlappend mit der Initiative – diverse Gesetzesänderungen vor. Namentlich sollen für die betroffenen Unternehmen Berichtspflichten bezüglich Umwelt-, Sozial-, und Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption eingeführt werden (sog. Nichtfinanzielle oder Corporate Social Responsibility [CSR] Berichtspflichten). Anders als in der Initiative wird jedoch auf eine explizite Haftungsnorm verzichtet.

Die CSR-Berichtspflichten adressieren eine Mehrzahl von Rechtsgebieten.⁵ Aus ökonomischer Perspektive wird bezweckt, dass Unternehmen ihren Erfolg nicht ausschliesslich unter dem Aspekt der Rendite beurteilen⁶, sondern eine langfristige

* Prof. Dr. Yeşim M. Atamer, LL.M. (<<https://orcid.org/0000-0002-9996-0698>>), und MLaw Florian Willi, LL.M., beide Universität Zürich. Die Autoren danken den Hilfsassistenten Floreana Hug und Jan Küng für ihre wertvollen Kommentare und Durchsicht des Fussnotenapparates.

¹ Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», BBl 2017 6379 («Konzernverantwortungsinitiative»).

² Mehr dazu Atamer/Willi, Konzernverantwortungsinitiative: Was ändert sich bei einem Ja?, SZW 2020, 435 ff.

³ Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative («Gegenvorschlag»).

⁴ Mehr dazu Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., 2016, 648 N 9 ff.; Seferovic, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, 2018, N 115 f. Vgl. dazu Atamer/Willi (Fn. 2), 436 f.

⁵ Vgl. dazu Atamer/Willi (Fn. 2), 436 f.

⁶ Baumüller/Mühlenberg-Schmitz/Zöbeli, Die Umsetzung der EU-CSR Richtlinie und ihre Bedeutung für die Schweiz, Expert Focus 2018, 981, 981 m.w.H. zur ökonomischen

Rentabilität mit sozialer Gerechtigkeit und Umweltschutz verbinden und somit den Übergang zu einer nachhaltigen globalen Wirtschaft unterstützen. Aus rechtsfunktionaler Perspektive lassen sich mit CSR-Berichterstattungspflichten Informations- und Regulierungsfunktionen umsetzen, welche einerseits der informierten Entscheidungsmöglichkeit der Marktteilnehmer dienen und andererseits als Reputationsmechanismus zur Förderung der nichtfinanziellen Belange beitragen sollen.⁷

Der Gegenvorschlag stellt ausserdem spezielle Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten bezüglich Konfliktmineralien und Kinderarbeit auf.⁸ Die Regulierung von Konfliktmineralien soll verhindern, dass Rohstoffvorkommen unter Menschenrechtsverstössen abgebaut werden und der Finanzierung von bewaffneten Gruppierungen dienen.⁹ Angesetzt wird dabei bei der Kontrolle des Handels mit Mineralien aus Konflikt- bzw. Hochrisikogebieten.¹⁰ Konsumenten sollen – im Regelungsbereich der Kinderarbeit – darauf vertrauen können, dass Unternehmen die erforderliche Sorgfalt walten lassen, um zu verhindern, dass in der Erstellung ihrer Produkte und Dienstleistungen Kinderarbeit eingesetzt wird.¹¹

Dieser Beitrag beleuchtet die im Gegenvorschlag vorgesehenen Gesetzesänderungen unter Berücksichtigung des Regulierungszwecks sowie eines rechtsvergleichenden Blicks. Ferner soll Schweizer Unternehmen eine Orientierungshilfe in der Umsetzung der neuen Pflichten geboten werden.

Perspektive vgl. *Burckhardt*, Berichterstattungspflicht zur Corporate Social Responsibility in: Meier/Zurkinden/Staffler (Hrsg.), *Recht und Innovation*, 2020, 63, 68, sowie *Hell*, Grundsatzfragen der Ausgestaltung der nichtfinanziellen Unternehmenspublizität, *EuZW* 2018, 1015, 1015 f.

⁷ Vgl. dazu *Hell* (Fn. 6), 1016 f. m.w.H. zur Berichterstattung als Korrekturmittel vgl. *Burckhardt* (Fn. 6), 72 ff.

⁸ Unten II.3.1.1 und II.3.1.2.

⁹ *Rausch*, EU-Verordnung zu Konfliktmineralien – Weitere Sorgfaltspflichten in der Lieferkette, *CCZ* 2020, 355, 355 f.

¹⁰ Unten II.3.1.1.

¹¹ *Koster*, *De Wet zorgplicht kinderarbeid nader belicht, Onderneming en Financiering*, 2020/1, 59, 60 f.

II. Materielles

1. Übersicht

1.1 Gesetzgebungsprozess und internationale Orientierung

Die jeweiligen Konzepte bzw. Entwürfe für einen Gegenvorschlag des National- und Ständerats wiesen grundlegende Differenzen auf.¹² Anders als der Gegenvorschlag des Nationalrats, welcher parallel zur Initiative eine Haftung für kontrollierte Unternehmen im Ausland geschaffen hätte, verzichtet der Entwurf des Ständerats auf eine neue Haftungsnorm und bleibt diesbezüglich beim Status Quo. Der ständerätliche Entwurf basiert inhaltlich auf dem Entscheid des Bundesrates vom 14. August 2019,¹³ welcher sich darin erstmals konkret für rechtlich verbindliche Berichterstattungs- sowie Sorgfaltspflichten von Unternehmen aussprach, nicht jedoch für eine Haftung.¹⁴ Dementsprechend fand der Gegenvorschlag des Ständerates auch die Unterstützung des Bundesrates.¹⁵ Im Juni 2020 einigte sich das Parlament schliesslich auf diese Variante des Gegenvorschlags.¹⁶

Die CSR-Berichterstattung orientiert sich inhaltlich wesentlich an der EU CSR-Richtlinie (EU CSR-RL)¹⁷ sowie an deren Umsetzung auf Ebene der EU-Mit-

¹² Als Übersicht zu den Entwürfen und Beratungsstadien vgl. <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/NS2-9 D.pdf>

¹³ Vgl. Bundesrat, Medienmitteilung vom 14. August 2019, Schweizer Unternehmen sollen über Einhaltung der Menschenrechte und Umweltstandards berichten.

¹⁴ Bundesamt für Justiz, Transparenz bezüglich nichtfinanzieller Belange und Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit, 5 (zit. BJ, Transparenz); der Bericht erläutert die Bestimmungen des Gesetzesentwurfs gestützt auf die Beschlüsse des Bundesrates vom 14. August 2019 und der RK-S vom 28. Oktober 2019 und wird vorliegend sinngemäss zur Diskussion des Gegenvorschlags verwendet.

¹⁵ Vgl. SDA-Meldung vom 9. März 2020, Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative bleibt umstritten.

¹⁶ Vgl. SDA-Meldung vom 8. Juni 2020, Nationalrat für Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative.

¹⁷ Richtlinie 2014/95/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte grosse Unternehmen und Gruppen, ABL 15.11.2014, L 330/01.

gliedstaaten.¹⁸ Der Entwurf für die Regelung von Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten bezüglich Konfliktmineralien ist an die am 1. Januar 2021 in Kraft getretene Konfliktmineralien Verordnung (EU-KmVO)¹⁹ angelehnt. Ferner folgt die Regelung der Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten bezüglich Kinderarbeit grundsätzlich dem Regulierungsansatz des niederländischen *Wet Zorgplicht Kinderarbeid (Child Labour Due Diligence Act, WZK)*²⁰. Dieses Gesetz hätte ursprünglich am 1. Januar 2020 in Kraft treten sollen, aufgrund einiger Unklarheiten und Fragen betreffend die Implementation wird damit allerdings erst im Jahr 2022 zu rechnen sein.²¹

1.2 Systematik

Innerhalb des Obligationenrechts gliedert sich der Entwurf systematisch in die Bestimmungen zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung ein (Art. 964^{bis} ff. E-OR). U.E. stellt dies eine sachgerechte Lösung dar, insbesondere auch angesichts der (berechtigten) Kritik der Lehre,²² dass eine rechtsformneutrale Regelung zu bevorzugen ist. Der Entwurf lässt sich grundsätzlich in i) Nichtfinanzielle Berichterstattung und ii) Sorgfalts- und Transparenzpflichten bezüglich Konfliktmineralien sowie Kinderarbeit auffächern.

Somit stellen die Regelungen bezüglich Konfliktmineralien und Kinderarbeit in der vorgesehenen Systematik Sondernormen zu den CSR-Berichterstattungspflichten dar. Ohne spezielle Regelung würden diese Aspekte als Teil von Umweltbelangen, Arbeitnehmerbelangen oder der Achtung von Menschenrechten der Berichterstattungspflicht von Art. 964^{ter} E-OR

unterfallen. Wie nachfolgend ausgeführt wird, statuieren nur die Regeln bezüglich Konfliktmineralien und Kinderarbeit neben der Berichterstattungspflicht explizite Sorgfaltspflichten, weshalb diese Themenbereiche auch gemeinsam normiert wurden.²³

Die Sanktionierung der Verletzung der diversen Pflichten ist in Art. 325^{ter} E-StGB angesiedelt. In diesem Rahmen wird allerdings nicht mehr zwischen den Themenbereichen differenziert. Dies ist erstaunlich, da man für die Verletzung von Sorgfaltspflichten im Vergleich zu Berichterstattungspflichten weitergehende Sanktionen erwarten würde.

2. Nichtfinanzielle (CSR-)Berichterstattung

2.1 Anwendungsbereich

Ob Unternehmen vom Anwendungsbereich der nicht-finanziellen Berichterstattung erfasst sind, ist von drei kumulativen Voraussetzungen abhängig. Gemäss Art. 964^{bis} E-OR sind dies Unternehmen, welche:

- von öffentlichem Interesse i.S.v. Art. 2 lit. c des Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG) sind;
- allein oder zusammen mit den von ihnen kontrollierten in- oder ausländischen Unternehmen²⁴ in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren mindestens 500 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt haben; und
- allein oder zusammen mit den von ihnen kontrollierten in- oder ausländischen Unternehmen²⁵ in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren alternativ, eine Bilanzsumme von CHF 20 Mio. oder einen Umsatzerlös von CHF 40 Mio. überschreiten.

Nach Schätzungen des Bundesamts für Justiz (BJ) wären insgesamt einige 100 Unternehmen in der Schweiz von dieser Regulierung betroffen.²⁶ Hier stellt sich jedoch die Frage, wieso hinsichtlich des kontrollierenden Unternehmens nicht explizit an den Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlas-

¹⁸ Zur nichtfinanziellen Berichterstattung in der Schweiz *de lege ferenda*, vgl. Burckhardt (Fn. 6), 76.

¹⁹ Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten, ABl. 19.5.2017, L 130/1.

²⁰ Voorstel van wet van het lid Van Laar houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen, Staatsblad 2019 401.

²¹ Koster (Fn. 11), 60; Forster, Dutch Child Labour Due Diligence Law.

²² Vgl. etwa Forstmoser, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Waldburger et al. (Hrsg.), FS Nobel, 2015, 157, 171 f.

²³ BJ, Transparenz (Fn. 14), 18. Vgl. Unten II.3.2.

²⁴ Obwohl im Gegenvorschlag nicht von einem Konzern gesprochen wird, geht aus den Ausführungen des BJ hervor, dass eine Kontrolle i.S.v. Art. 964^{bis} E-OR dann gegeben ist, wenn die Voraussetzungen von Art. 963 Abs. 2 OR erfüllt sind. Vgl. BJ, Transparenz (Fn. 14), 12.

²⁵ Oben Fn. 24.

²⁶ Vgl. BJ, Gegenüberstellung der KVI und Gegenvorschlag zur KVI, 1 (zit. BJ, Gegenüberstellung).

sung in der Schweiz angeknüpft wird, wie dies auch im Bereich Konfliktmineralien und Kinderarbeit der Fall ist.²⁷

Gemäss Art. 964^{bis} Abs. 2 E-OR sind kontrollierte Unternehmen von der Berichterstattungspflicht befreit, sofern das kontrollierende Unternehmen nach schweizerischem Recht einer solchen Pflicht auch für das kontrollierte Unternehmen entsprechen oder aber «einen gleichwertigen nichtfinanziellen Bericht nach ausländischem Recht» erstellen muss. So ist z.B. die schweizerische Tochter von einer Muttergesellschaft mit Sitz in der EU, die bereits auf Basis der EU CSR-RL einen Bericht erstellen muss, von der Berichterstattungspflicht ausgenommen.²⁸

Der Anwendungsbereich zeigt sich beinahe identisch zur Regulierung in der EU. Die Schwellenwerte des Entwurfs betreffend den Umsatzerlös und die Bilanzsumme entsprechen den in Art. 3 Abs. 4 lit. a und b der Bilanz-Richtlinie²⁹ festgelegten Werten für grosse Unternehmen. In Art. 1 Ziff. 1 Abs. 1 sieht die EU CSR-RL (mit dem neuen Art. 19a Abs. 1 der Bilanz-Richtlinie) vor, dass «grosse Unternehmen» berichtspflichtig sind. Ebenfalls in der EU CSR-RL Art. 1 Ziff. 1 Abs. 1 verankert ist das Kriterium des öffentlichen Interesses, sowie die Schwelle von 500 Mitarbeitern im Durchschnitt des Geschäftsjahres. Abweichend geregelt wird im Gegenvorschlag lediglich, dass hinsichtlich der Arbeitnehmer von zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren ausgegangen wird anstatt von einem.

Der Rechtsvergleich zeigt, dass die Anknüpfung an die Grösse der Unternehmen grundsätzlich der internationalen Praxis entspricht, namentlich auch der Umsetzung der CSR-Richtlinie in Deutschland³⁰,

Österreich³¹ und Frankreich³². Dies ist jedoch einer der zentralen Kritikpunkte der CSR-Richtlinie, deren geplante Revision höchstwahrscheinlich eine Änderung bringen wird.³³ U.E. wäre im Gegenvorschlag auch eine grössenunabhängige Ausdehnung der CSR-Berichterstattungspflicht auf besonders risikobelastete Branchen oder Tätigkeiten notwendig gewesen. Dies ist grundsätzlich auch der Ansatz bezüglich Handel mit Konfliktmineralien und Einsatz von Kinderarbeit, wie unten noch darzulegen sein wird. Es erscheint stossend, dass ein Unternehmen, welches in einem nachhaltigkeits-sensiblen Geschäftsfeld mit besonders hoher Risikobelastung, wie etwa im Rohstoffsektor oder Textilien-Geschäft tätig ist, nur aufgrund seiner Grösse vom Anwendungsbereich der CSR-Berichterstattung ausgenommen sein soll.

²⁷ Unten II.3.1.

²⁸ Laut BJ soll die sog. Gleichwertigkeitsanerkennung der nichtfinanziellen Berichte eine Duplizierung der Berichterstattung im Konzern verhindern, BJ, Transparenz (Fn. 14), 13.

²⁹ Richtlinie 2013/34/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl 29.6.2013, L 182/19.

³⁰ § 289b Handelsgesetzbuch (HGB) sowie § 315b HGB (für Konzerne). Vgl. dazu *Kajüter*, §§ 289b–289e HGB N 9 ff., in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl., 2020 (zit. MüKoHGB).

³¹ § 243b Abs. 1 Unternehmensgesetzbuch (UGB) i.V.m. § 221 Abs. 2 und 3 UGB. Vgl. dazu *Geirhofer*, § 243b UGB N 2, in: Unternehmensgesetzbuch Kommentar, 3. Aufl., 2019.

³² Artikel L. 225-102-1 Code de Commerce (Ccom) sowie Artikel R. 225-104 Ccom. Vgl. dazu *Bénédicté*, Déclaration de performance extra-financière, Rev. sociétés 2017, 603 ff.

³³ Vgl. dazu European Parliamentary Research Service, Corporate due diligence and corporate accountability, Study 10/2020, 26 f.; European Parliament, Draft Report, with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)), 09/2020. Das EU Parlament schlägt die Abfassung einer «Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability» vor, die alle Unternehmen mit Sitz in der EU unabhängig von ihrer Grösse verpflichtet (Art. 2) (zit. Vorschlag zur Due Diligence Directive). Für KMU wird jedoch eine finanzielle Unterstützung in Bezug auf die Erfüllung der Pflichten vorgeschlagen (Art. 17). Parallel dazu hat auch die EU-Kommission durch die Inception Impact Assessment eine Initiative zur Überarbeitung der CSR-Richtlinie gestartet. Vgl. dazu *Böhm*, Bilanzrecht: Überarbeitung der Richtlinie zur nichtfinanziellen Berichterstattung (sog. CSR-Richtlinie), EuZW, 2020, 212; *Wiedmann/Hoppmann*, Berichterstattung über Menschenrechte nach CSR-RUG, Best Practices der DAX-Unternehmen, CCZ 2020, 225, 235.

2.2 Berichterstattungspflichten

2.2.1 Inhalt der Berichterstattungspflicht

Unternehmen, welche in den Anwendungsbereich der Regelung fallen, müssen gemäss Art. 964^{bis} Abs. 1 E-OR jährlich einen nichtfinanziellen Bericht verfassen. Dieser soll ihre Geschäftstätigkeit im Zusammenhang mit i) Umwelt-, ii) Sozial-, und iii) Arbeitnehmerbelangen, iv) die Achtung von Menschenrechten sowie v) die Bekämpfung von Korruption im In- und Ausland behandeln.³⁴ Eine Differenz zur EU CSR-RL ergibt sich daraus, dass letztere auch eine Pflicht zur Beschreibung des Diversitätskonzepts vorsieht. Der ständerätliche Entwurf enthält keine entsprechende Pflicht. Das BJ begründet dies damit, dass dieser Themenbereich bereits in der Berichterstattungspflicht betreffend Arbeitnehmerbelange integriert ist und für Aktiengesellschaften Gegenstand der Aktienrechtsrevision geworden ist.³⁵

In Kürze bedeutet die im Gegenvorschlag vorgesehene Berichterstattungspflicht, dass Unternehmen gemäss Art. 964^{ter} E-OR verpflichtet werden, mindestens³⁶ Rechenschaft über ihre Geschäftstätigkeit in den oben benannten fünf Bereichen abzulegen. Gemäss Art. 964^{ter} Abs. 2 E-OR haben Unternehmen im Wesentlichen:

- ihr Geschäftsmodell zu beschreiben;
- die verfolgten Konzepte und die angewandte Sorgfaltsprüfung zu erörtern;
- die Massnahmen und deren Wirksamkeit darzustellen;
- wesentliche Risiken darzulegen; und
- Leistungsindikatoren zu nennen.

2.2.2 Leitlinien für die Berichterstattungspflicht

Die EU-Kommission veröffentlichte gestützt auf Artikel 2 der EU CSR-RL mehrere Orientierungshilfen zur

Berichterstattung.³⁷ Diese Leitlinien entstanden mit dem Ziel, eine prinzipiengeleitete Methode zu entwickeln, welche von Unternehmen aller Wirtschaftszweige für die Offenlegung nichtfinanzieller Informationen zugrunde gelegt werden können.³⁸ Der Bundesrat ist jedoch im Gegenvorschlag nur hinsichtlich Konfliktmineralien und Kinderarbeit mit der Abfassung näherer Vorschriften ermächtigt worden (Art. 964^{sexies} Abs. 4 E-OR). Dies hätte sich auch hier angeboten, um den betroffenen Unternehmen die Umsetzung der Berichterstattungspflichten zu erleichtern. Der Gegenvorschlag weist lediglich darauf hin, dass sich die Unternehmen an nationalen, europäischen oder internationalen Regelwerken orientieren können und falls sie dies tun, dieses Regelwerk im Bericht benennen müssen. Obwohl in diesem Rahmen nur die OECD-Leitsätze als Beispiel genannt werden (Art. 964^{ter} Abs. 3 E-OR), dürften die EU-Leitlinien für Unternehmen von besonderer Bedeutung sein.

Zieht man diese Leitlinien heran, um sich Klarheit über die Pflichten von betroffenen Schweizer Unternehmen zu verschaffen, sind folgende Aspekte summarisch hervorzuheben. Im Grunde soll das **Geschäftsmodell** eines Unternehmens darüber informieren, wie dieses mittels seinen Produkten oder Dienstleistungen langfristig Wert schöpft und bewahrt.³⁹ Beispielsweise sind im nichtfinanziellen Bericht Angaben zur Organisation und Struktur des Unternehmens, dessen Geschäftsumfeld, zu den Märkten, auf denen das betroffene Unternehmen tätig ist, zu Zielen und Strategien, sowie zu den wichtigsten Trends und Faktoren, welche die künftige Entwicklung beeinflussen könnten, zu machen.⁴⁰ Mittels Erläuterung der Herangehensweise an nichtfinanzielle Aspekte und entsprechende Ziele sowie auch der Vorgehensweise betreffend die Erreichung dieser Ziele, soll ein Bild der **verfolgten Konzepte und der ange-**

³⁴ BJ, Transparenz (Fn. 14), 8 ff.

³⁵ BJ, Transparenz (Fn. 14), 8; im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 wurden für Publikumsgesellschaften Geschlechterrichtwerte eingeführt. Sanktionen bei Nichterfüllung drohen keine. Im Rahmen eines *comply-or-explain* Ansatzes muss das Unternehmen allerdings erklären, weshalb der Richtwert nicht eingehalten werden konnte. Mehr dazu von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., 2020, N 1277 ff.

³⁶ Vgl. dazu, dass die fünf nichtfinanziellen Aspekte der Berichterstattung keine abschliessende Aufzählung darstellen MüKoHGB-Kajüter (Fn. 30), §§ 289b–289e HGB N 34 ff.

³⁷ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen vom 05.07.2017 (Methode zur Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen), 2017/C 215/01, (zit. Leitlinien für die Berichterstattung) und Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen: Nachtrag zur klimabezogenen Berichterstattung vom 20.06.2019, 2019/C 209/01 (zit. Nachtrag zu den Leitlinien).

³⁸ Leitlinien für die Berichterstattung (Fn. 37), Ziff. 2.

³⁹ Leitlinien für die Berichterstattung (Fn. 37), Ziff. 4.1; vgl. auch Nachtrag zu den Leitlinien (Fn. 37), Ziff. 3.1 sowie MüKoHGB-Kajüter (Fn. 30), §§ 289b–289e HGB N 31 ff.

⁴⁰ *Ibid.*

wandten **Sorgfaltsprüfung** geschaffen werden, welches den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. Hierbei können etwa Angaben dazu gemacht werden, welche Rolle und Zuständigkeiten leitende Organe im Hinblick auf Umweltschutz- und Menschenrechtskonzepte haben.⁴¹ Ferner könnte dargelegt werden, welche **Massnahmen** ergriffen werden, um spezifische Ziele zu erreichen (bspw. Level von CO₂-Emissionen, Vermeiden von Einsatz besorgniserregender Stoffe in Produkten, Geschäftsabläufen und Lieferkette) sowie deren Ergebnisse.⁴² Betreffend **Risiken** (bspw. klimabezogene⁴³), sieht die Leitlinie vor, dass Unternehmen Angaben über «ihre wesentlichen Risiken, ihr Risikomanagement und ihre Risikominderungs-massnahmen» offenlegen sollen, wobei ein Ausblick auf die wesentlichen kurz-, mittel- und langfristigen Risiken einbegriffen sein sollte (bspw. Informationen über das Risiko von Verletzungen von Menschenrechten, Arbeits- und Umweltschutz in der Lieferkette, sowie diesbezüglich ergriffene Massnahmen und Umgang mit negativen Auswirkungen).⁴⁴ Letztlich wird erwartet, dass betroffene Unternehmen über die wichtigsten **Leistungsindikatoren** Bericht erstatten.⁴⁵ Diese können allgemein oder sektorspezifisch sein. Zentral ist, dass sie ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild zu vermitteln vermögen (bspw. Angabe von geeigneten Informationen betr. Ziele und Kennzahlen, zur Bewertung und Steuerung relevanter umwelt- und klimabezogener Belange).⁴⁶

2.2.3 Reichweite der Berichterstattungspflicht

Der Umfang der Berichterstattungspflicht erstreckt sich grundsätzlich auf die Lieferkette der betroffenen

Unternehmen.⁴⁷ Gemäss Art. 964^{ter} Abs. 2 Ziff. 4 E-OR müssen Unternehmen nicht nur über die Risiken ihrer eigenen Geschäftstätigkeit bzw. der von ihnen kontrollierten Unternehmen berichten, sondern auch über Risiken, die sich aus ihren Geschäftsbeziehungen, ihren Erzeugnissen oder Dienstleistungen ergeben, falls dies relevant und verhältnismässig ist. Obwohl der Gesetzgeber hier nicht das Wort «Lieferkette» verwendet hat, muss das Wort «Geschäftsbeziehungen» wohl parallel interpretiert werden.⁴⁸ Eine Definition für die Lieferkette bzw. für die Berichtstiefe geht aus dem Gegenvorschlag des Ständerates nicht hervor. Das BJ führt im Zusammenhang mit Art. 964^{ter} Abs. 2 Ziff. 4 lit. b E-OR lediglich aus, dass der Bericht «falls relevant und verhältnismässig» Angaben zu Vorkehrungen der Unternehmen hinsichtlich bestehender und potenziell negativer Auswirkungen im Zusammenhang mit der Lieferkette und der Kette von Unterauftragnehmern des Unternehmens enthalten soll.

Diese Erläuterung ist praktisch deckungsgleich mit E. 6 der CSR-Richtlinie, welche ebenfalls keinen Hinweis auf die Berichtstiefe liefert. Der revidierte § 289c Abs. 3 Nr. 4 HGB sieht vor, dass nicht nur über Risiken, die sich aus den Produkten oder Dienstleistungen der Gesellschaft selbst ergeben, zu berichten ist, sondern auch über Risiken, welche sich aus den Geschäftsbeziehungen der Gesellschaft zu anderen Unternehmen ergeben. Auch hier bleibt die Berichtstiefe unklar. Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde in Deutschland diskutiert, sich auf eine oder zwei Lieferkettenebenen zu begrenzen, was dann aber nicht weiterverfolgt wurde.⁴⁹ Eine Berichtspflicht besteht nun namentlich nur, wenn wesentliche Risiken vorhanden sind, welche sehr wahrscheinlich schwerwiegende negative Auswirkungen auf die in § 289c Abs. 2 HGB aufgeführten fünf Aspekte haben könnten.⁵⁰ Der mit der Umsetzung verbundene Ermessensspielraum führt jedoch in der

⁴¹ Leitlinien für die Berichterstattung (Fn. 37), Ziff. 4.2, 4.3; Nachtrag zu den Leitlinien (Fn. 37), Ziff. 3.2.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Vgl. zu klimabezogenen Risiken Nachtrag zu den Leitlinien (Fn. 37), Ziff. 2.3.

⁴⁴ Leitlinien für die Berichterstattung (Fn. 37), Ziff. 4.4. Vgl. auch MüKoHGB-Kajüter (Fn. 30), §§ 289b–289e HGB N 52 f. Mehr zum Inhalt der Risikoberichterstattung vgl. Störk/Schäfer/Schönberger, § 289c HGB N 68 ff., in: Grottel/Schmidt/Schubert/Störk/Deutert (Hrsg.), Beck'scher Bilanzkommentar, 12. Aufl., 2020 (zit. Beck Bil-Komm). Vgl. zur Kritik des Wesentlichkeitserfordernisses Velte, Die Lieferkette im Fokus der nichtfinanziellen Berichterstattung, DStR 2020, 2034, 2038.

⁴⁵ Leitlinien für die Berichterstattung (Fn. 37), Ziff. 4.5; Nachtrag zu den Leitlinien (Fn. 37), Ziff. 3.5. Vgl. auch MüKoHGB-Kajüter (Fn. 30), §§ 289b–289e HGB N 54 f.

⁴⁶ Leitlinien für die Berichterstattung (Fn. 37), Ziff. 4.5.

⁴⁷ BJ, Gegenüberstellung (Fn. 26), 1.

⁴⁸ Ergibt sich auch aus BJ, Transparenz (Fn. 14), 15.

⁴⁹ Mock, § 289c HGB N 59, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen (Hrsg.), Bilanzrecht, 1. Aufl., 2018 (zit. Bilanzrecht).

⁵⁰ Mehr dazu Beckmann, § 289c HGB N 12, in: Beck'scher Online Kommentar, HGB, 30. Auflage, Stand: 15.10.2020 (zit. Beck OK HGB; Merkt in: Baumbach/Hopt/Merkt (Hrsg.), Handlungsbuch, 40. Aufl. 2021, HGB § 289c N 12.

Praxis zu Schwierigkeiten.⁵¹ Stützt man sich in der Schweiz nun – parallel zur Regelung in Deutschland – auf den Begriff «relevant und verhältnismässig», um die Berichtstiefe festzustellen, ergeben sich für die betroffenen Unternehmen ebenfalls signifikante Unsicherheiten.

2.2.4 Umsetzung der Berichterstattungspflicht

Art. 964^{quater} E-OR sieht Genehmigungs-, Publikations-, Führungs- und Aufbewahrungsvorschriften für die Berichte vor, womit zumindest in diesen Aspekten eine gewisse Einheitlichkeit gewährleistet wird.⁵² Den Erläuterungen des BJ zufolge hat man keine Gründe gesehen, hinsichtlich der Führung und Aufbewahrung vom geltenden Rechnungslegungsrecht abzuweichen, weshalb Art. 964^{quater} Abs. 3 E-OR die sinngemässe Anwendung von Art. 958f OR vorsehe.⁵³ Der Gegenvorschlag verzichtet hingegen auf eine unabhängige Prüfung des nichtfinanziellen Berichts. Begründet wird dies damit, dass eine materielle Prüfung aufwändig und teuer sei.⁵⁴ Art. 19 der EU CSR-RL eröffnet Mitgliedstaaten grundsätzlich auch die Wahl, ob sie Unternehmen zu einer unabhängigen Prüfung des Berichtsinhalts verpflichten wollen, wobei sich im Rahmen der geplanten Revision Unter-

stützung für stärkere Prüfungspflichten sowie z.T. auch für eine Prüfung durch Dritte zeigt.⁵⁵

2.2.5 Comply-or-Explain Ansatz

Der Gegenvorschlag gewährt den betroffenen Unternehmen – ebenfalls analog zur EU CSR-RL – die Möglichkeit, im Rahmen eines sog. *comply-or-explain* Ansatzes unter bestimmten Voraussetzungen auf die Einführung eines Konzepts zum Umgang mit einem oder mehreren der oben benannten fünf Belange zu verzichten.⁵⁶ Gemäss Art. 964^{ter} Abs. 5 E-OR können berichterstattungspflichtige Unternehmen wählen, ob sie ein Konzept entwickeln wollen. Falls sie kein Konzept haben, müssen sie dies aber «im Bericht klar und begründet erläutern». Ein unbegründetes Weglassen würde eine Verletzung der Berichterstattungspflicht bedeuten. Es sollte jedoch angenommen werden, dass die Risikoberichterstattungspflicht unabhängig vom Vorhandensein eines Konzepts weiterhin gegeben ist.⁵⁷ Die Erklärung des BJ, «dass ein solcher Verzicht [...] namentlich dann begründet sein [kann], wenn die Berichterstattung keine neuen Erkenntnisse brächte, beispielsweise, weil das Unternehmen aufgrund seiner Geschäftstätigkeit keine bzw. sehr tiefe Risiken aufweist (z.B. rein national tätige Immobiliengesellschaft ohne Bautätigkeit)»⁵⁸, dürfte so verstanden werden, dass die Darstellung der Risikolage gerade als ein Teil der Erklärung (*explain*) für das Weglassen der Berichterstattung wichtig ist.

Der *comply-or-explain* Ansatz⁵⁹ ist in der Schweiz in der Selbstregulierung ein bekannter Mechanis-

⁵¹ Vgl. Boecker/Zwirner, Nichtfinanzielle Berichterstattung nach dem CSR-Richtlinie Umsetzungsgesetz, IRZ 2019, 233, 236; Kälberer, Die nichtfinanzielle Berichterstattung nach dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz: Teil 2, BC 2018, 239, 242.

⁵² Die Unterzeichnung des Berichts erfolgt nach den Erläuterungen des BJ in analoger Anwendung von Art. 958f Abs. 2 OR i.V.m. Art. 958 Abs. 3 OR durch die/den Vorsitzende/n des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans und der «innerhalb des Unternehmens für die Erstellung des Berichts über nichtfinanzielle Belange verantwortliche Person». Zudem habe das für die Jahresrechnung zuständige Organ den Bericht zu genehmigen, BJ, Transparenz (Fn. 14), 17; zum einheitlichen Berichterstattungsformat vgl. Atamer/Willi (Fn. 2), 444. Im Zuge der Revision der CSR-Richtlinie erwägt die Kommission die Entwicklung eines europäischen Standards bzw. eines einheitlichen Formats der Berichterstattung, vgl. Inception Impact Assessment der EU-Kommission (Fn. 33), dazu auch Böhm (Fn. 33), 212; Kleindiek, § 289b HGB N 23, in: Henssler (Hrsg.), beck-online Grosskommentar zum HGB, Stand: 15.11.2020.

⁵³ BJ, Transparenz (Fn. 14), 17.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Summary Report of the Public Consultation on the Review of the Non-Financial Reporting Directive, 2020, 3, 39.

⁵⁶ European Commission, Study on the requirements of due diligence through the supply chain, 2020, 166; Fleischer/Hahn, Berichtspflichten über menschenrechtliche Standards in der Lieferkette, RIW 2018, 397, 400. BJ, Transparenz (Fn. 14), 16. Analoges findet sich auch in der deutschen Umsetzung der CSR-Richtlinie, dazu Baumbach/Hopt/Merkt (Fn. 50), § 289c HGB N 16; Baumüller/Mühlenberg-Schmitz/Zöbeli (Fn. 6), 982 f.

⁵⁷ Vgl. auch MüKoHGB-Kajüter (Fn. 30), §§ 289b–289e HGB N 46; Beck Bil-Komm-Störk/Schäfer/Schönberger (Fn. 44), § 289b HGB N 40; Baumbach/Hopt/Merkt (Fn. 50), § 289c HGB N 16.

⁵⁸ BJ, Transparenz (Fn. 14), 16.

⁵⁹ Vgl. dazu Leyens, Comply or Explain im Europäischen Privatrecht – Erfahrungen im Europäischen Gesellschaftsrecht und Entwicklungschancen des Regelungsansatzes, ZEuP 2016, 388 ff.

mus.⁶⁰ Zwar wird dadurch die normative Wirkungskraft der Vorschrift gemindert, da sich der Normadressat – in diesem Fall die betroffenen Unternehmen – durch entsprechende Begründung der Vorschrift entziehen kann.⁶¹ Doch handelt es sich hier um mehr als eine «nackte Disclosure»⁶², da jede unterlassene Berichterstattung wenigstens eine Erklärung braucht und somit eine steuernde Wirkung gegeben ist.⁶³

Die Einführung des *comply-or-explain* Ansatzes zeigt auch, dass zusätzlich zu den CSR-Berichterstattungspflichten keine Sorgfaltspflichten im ständerätlichen Entwurf aufgestellt werden. Den Erläuterungen des BJ zufolge ist mit der Berichterstattung «keine explizit im Gesetz, z.B. unter den Aufgaben des Verwaltungsrats geregelte – Sorgfaltspflicht» verbunden.⁶⁴ Auch die EU CSR-RL sieht keine verbindliche Verpflichtung zur Durchführung solcher Verfahren vor bzw. stellt keine Sorgfaltspflichten auf.⁶⁵ Genau dieser Punkt steht nun aber im Fokus der geplanten Revision der CSR-Richtlinie. Der *comply-or explain* Ansatz soll durch eine zwingende Sorgfaltspflicht für die Unternehmen ersetzt werden, da dessen Effektivität in Frage gestellt wird.⁶⁶ Insbesondere wird fest-

gestellt, dass die Marktmechanismen in diesem Bereich keinen ausreichenden Druck auf die Unternehmen ausüben können, sodass die Berichterstattung entweder ganz vernachlässigt wird oder nicht den Erwartungen entspricht.⁶⁷ Hinzu kommt, dass die Freiheit, die den Unternehmen gegeben wird, eher zu Rechtsunsicherheit führt, da sie trotz fehlender Sorgfaltsprüfungspflicht mit diversen Klagen konfrontiert werden.⁶⁸ Durch die Einführung eines Minimum-Sorgfaltsstandards soll das bessere Funktionieren des Marktes gewährleistet werden.⁶⁹

3. Konfliktmineralien und Kinderarbeit

3.1 Anwendungsbereich

3.1.1 Konfliktmineralien

Der Gegenvorschlag stützt sich im Bereich der Konfliktmineralien auf die EU-KmVO.⁷⁰ Die Anwendungspflicht ist vom Sitz und der Einfuhr- bzw. Bearbeitungsmenge abhängig. Gemäss Art. 964^{quinquies} E-OR sind Unternehmen – unabhängig von ihrer Grösse – dazu verpflichtet, die Sorgfaltspflichten einzuhalten, sofern:

- ihr Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung sich in der Schweiz befindet;
- sie Mineralien oder Metalle bestehend aus Zinn, Tantal, Wolfram oder Gold⁷¹ aus Konflikt- und Hochrisikogebieten in die Schweiz in den freien Verkehr überführen oder diese in der Schweiz bearbeiten;

⁶⁰ Z.B. Swiss code of best practice for corporate governance, 3; Bühler, Ausserrechtliche Regulierungstendenzen in der Corporate Governance, Expert Focus 2016, 12, *passim*. Weiter auch in der SIX Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance. Art. 7 der SIX Richtlinie sieht beispielsweise vor, dass der Emittent, welcher von der Offenlegung bestimmter Informationen absieht, im Corporate Governance-Bericht «ausdrücklich auf diesen Umstand hinweisen und die Abweichung einzeln und substantiell zu begründen hat».

⁶¹ Vgl. dazu von der Crone/Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 3, 16; Schenker, Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema, SZW 2015, 469, 476 f., beide im Zusammenhang mit der Geschlechtervertretung.

⁶² Dazu Fleischer/Hahn (Fn. 56), 401 f.

⁶³ Dazu Leyens (Fn. 59), 399 ff.

⁶⁴ BJ, Transparenz (Fn. 14), 7.

⁶⁵ European Commission (Fn. 56), 166. Das BJ scheint in der CSR-Richtlinie allerdings Hinweise auf eine Sorgfaltspflicht zu erkennen, BJ, Transparenz (Fn. 14), 7. Begründet wird dies damit, dass man wiederholt den Begriff «due diligence-Prozess» verwende. Doch dieser Begriff entspricht dem auch in Art. 964^{ter} Abs. 2 E-OR genutzten Konzept der «angewandten Sorgfaltsprüfung» und nicht einer Sorgfaltsprüfungspflicht («obligation of due diligence») wie z.B. in der EU-KmVO.

⁶⁶ Vorschlag zur Due Diligence Directive (Fn. 33) Erläuterungen N 6.

⁶⁷ Inception Impact Assessment der EU-Kommission (Fn. 33), 2.

⁶⁸ European Parliamentary Research Service (Fn. 33), 21.

⁶⁹ Vorschlag zur Due Diligence Directive (Fn. 33), Erläuterungen N 8.

⁷⁰ Zum Ansatz und Hintergrund der EU-KmVO Härkönen, Conflict Minerals in the Corporate Supply Chain: Is Transparency the Solution to Human Rights Violations in the Tantalum, Tin, Tungsten and Gold Supply Chains?, EBLR 2018, 691, 698 ff.

⁷¹ Art. 2 lit. a und b der EU-KmVO; BJ, Transparenz (Fn. 14), 18. Diamanten sind in der Schweiz in der Verordnung über den internationalen Handel mit Rohdiamanten vom 29. November 2002 als Umsetzung des Kimberly-Prozesses reguliert. Diese entspricht grundsätzlich der EU-Verordnung (EG) Nr. 2368/2002 des Rates vom 20. Dezember 2001 zur Umsetzung des Zertifizierungssystems des Kimberley-Prozesses für den internationalen Handel mit Rohdiamanten.

- und die von ihnen eingeführte Menge einen Schwellenwert übersteigt.

Neben der Einfuhr⁷² von Konfliktmineralien zu Zwecken des Weiterverkaufs ist demnach auch das Einführen zur Bearbeitung in der Schweiz erfasst. Sollten ausländische Unternehmen Konfliktmineralien in die Schweiz einführen, fallen Schweizer Unternehmen, welche einen allfälligen Bearbeitungsvorgang übernehmen, in den Anwendungsbereich.⁷³ Warum der schweizerische Gesetzgeber jedoch anders als die EU-KmVO den Anwendungsbereich eingegrenzt und Importeure («Unionseinführer») ohne Sitz in der Schweiz von der Sorgfaltspflicht entbunden hat, bleibt offen. Für die Anwendung der EU-KmVO reicht es nämlich aus, dass eine juristische oder natürliche Person die Konfliktmineralien zur Überführung in den EU-Raum anmeldet (Art. 2 lit. 1).⁷⁴

Vorausgesetzt wird hinsichtlich der Sorgfalt- und Berichterstattungspflichten ausserdem – analog zur EU-KmVO⁷⁵ – eine bestimmte Einfuhr- bzw. Bearbeitungsmenge. Diese ist gemäss Art. 964^{quinquies} Abs. 2 E-OR vom Bundesrat festzulegen. Die Anzahl betroffener Unternehmen wird folglich erst mit Erlass der bundesrätlichen Verordnung schätzbar werden. Es ist zu hoffen, dass der Bundesrat hier analog der EU-KmVO die Mengenschwellen in einer Höhe festsetzt, «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 Unionseinführer ist».⁷⁶

Eine Definition, was unter Schweizer Recht als «Hochrisiko- oder Konfliktgebiet» zu qualifizieren ist, fehlt. Auch eine Delegationsnorm, wonach der Bundesrat eine Ausarbeitung dieses Begriffs auf Verordnungsstufe vornehmen müsste, ist nicht vorhanden. In den Erläuterungen des BJ wird lediglich auf die Definition in Art. 2 lit. f der EU-KmVO sowie die Emp-

fehlung (EU) 2018/1149⁷⁷ der Kommission verwiesen.⁷⁸ Art. 14 (2) der EU-KmVO beauftragt die EU-Kommission, mit Hilfe von externem Fachwissen eine regelmässig aktualisierte Liste von Konflikt- und Hochrisikogebieten zur Orientierung zu erstellen. Es scheint angebracht, eine Liste dieser Art auch in der Schweiz zu implementieren, um die rechtssichere Anwendung zu garantieren.

3.1.2 Kinderarbeit

Kinderarbeit wird in den Erläuterungen des BJ gemäss OECD-Leitfaden⁷⁹ und die internationalen Kernübereinkommen der ILO definiert.⁸⁰ Hiernach darf das Mindestalter zur Beschäftigung von Minderjährigen «nicht unter dem Alter, in dem die Schulpflicht endet, aber auf keinen Fall unter 15 Jahren liegen».⁸¹ Vorbehalten sind Beschäftigungen oder Arbeiten, welche «voraussichtlich für das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit der Jugendlichen gefährlich ist»; in solchen Fällen gilt ein Mindestalter von 18 Jahren.⁸²

Im Themenbereich der Kinderarbeit wird gemäss Art. 964^{quinquies} Abs. 1 E-OR im Grundsatz ebenfalls unabhängig von der Grösse des Unternehmens an den Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung in der Schweiz angeknüpft. Hinzukommen muss jedoch, dass diese Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen in der Schweiz anbieten, für welche nach Ziff. 2 «ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht».

Das vom BJ als gesetzgeberisches Vorbild deklarierte niederländische WZK fasst den Anwendungsbereich weiter.⁸³ Namentlich wird keine (ausschliessliche) Anknüpfung an den Sitz des Unternehmens in den Niederlanden statuiert. Erfasst sind gemäss

⁷² Der Inhalt dieses Begriffs bestimmt sich nach Art. 2 des Zollgesetzes vom 18. März 2005. Vgl. BJ, Transparenz (Fn. 14), 19.

⁷³ BJ, Transparenz (Fn. 14), 19; vgl. Art. 1 Abs. 2 EU-KmVO bzw. die Begriffsbestimmung in Art. 2 lit. 1 der Verordnung.

⁷⁴ Vgl. dazu Rausch (Fn. 9), 356.

⁷⁵ BJ, Transparenz (Fn. 14), 19.

⁷⁶ Art. 1 Abs. 3 EU-KmVO.

⁷⁷ Empfehlung (EU) 2018/1149 der Kommission vom 10. August 2018 zu unverbindlichen Leitlinien für die Ermittlung von Konflikt- und Hochrisikogebieten und sonstigen Lieferkettenrisiken gemäss der Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates.

⁷⁸ BJ, Transparenz (Fn. 14), 19.

⁷⁹ OECD, Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains, 2017.

⁸⁰ BJ, Transparenz (Fn. 14), 20.

⁸¹ Art. 2 Ziff. 3 Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung vom 26. Juni 1974.

⁸² *Ibid.*, Art. 3 Ziff. 1.

⁸³ Koster (Fn. 11), 65; van Rhijn, The possible impact of the Dutch Child Labour Due Diligence Act; BJ, Transparenz (Fn. 14), 7.

Art. 4 lit. 1 WZK explizit auch Unternehmen, welche nicht in den Niederlanden registriert sind, aber regelmässig Güter oder Dienstleistungen an niederländische Endverbraucher verkaufen oder liefern. Die Erläuterungen des BJ geben keine Anhaltspunkte dazu, wieso Importeure ohne Sitz in der Schweiz vom Anwendungsbereich ausgeschlossen wurden.

Wann konkret ein «begründeter Verdacht» auf Kinderarbeit angenommen werden kann und somit ein Unternehmen erfasst wird, bedarf der Einzelfallbetrachtung. Die ILO-Leitlinien zur Kinderarbeit qualifizieren z.B. folgende Unternehmenstätigkeiten als riskant: Ankauf von Kakao, Kaffee, Tee, Zucker, Tabak, Gewürzen, Nüssen, Fisch oder Fleisch; von Bekleidung, Schuhen oder Kleidungszubehör; graduelle Produktion von elektronischen Endprodukten in der Lieferkette; Anschaffung von Gütern aus aktuellen Krisengebieten oder aus Ländern mit einer ausgeprägten Schattenwirtschaft.⁸⁴ In all diesen Sektoren bzw. Konstellationen ist aufgrund des Kinderarbeitsrisikos besondere Vorsicht geboten.⁸⁵

Der Bundesrat hat gemäss der Delegationsnorm Art. 964^{quinquies} Abs. 3 E-OR festzulegen, welche KMU und «Unternehmen mit geringen Risiken» das Vorliegen eines begründeten Verdachts auf Kinderarbeit nicht prüfen müssen.⁸⁶

3.2 Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten

3.2.1 Übersicht

Gemäss Art. 964^{sexies} und 964^{septies} E-OR werden Unternehmen – im Unterschied zum Bereich der CSR-Berichterstattung – verpflichtet, bezüglich Konfliktmineralien und Kinderarbeit Sorgfaltspflichten einzuhalten und darüber zu berichten.⁸⁷ Den Erläuterungen des BJ zufolge verzichtete man – trotz der Anlehnung an das WZK – auf eine separate Implementation bezüglich der Kinderarbeit; dies um Doppelspurigkeiten zu vermeiden.⁸⁸ Daher folgte man hinsichtlich

der Erfüllung der Sorgfaltspflicht dem Konzept der EU-KmVO.

Die EU-KmVO grenzt sich international – etwa von Regelungen in den USA und dem Vereinigten Königreich – bezüglich Berichtspflichten⁸⁹ ab, da sie nicht freiwilliger Natur, sondern als echte Rechtspflichten konzipiert sind.⁹⁰ Ferner werden mit der EU-KmVO ein Grossteil der OECD-Leitsätze zu Konfliktmineralien⁹¹, welche Soft Law darstellen, in verbindliches Recht überführt.⁹² Basis dafür sind die zahlreichen Bezugnahmen auf die OECD-Leitsätze.⁹³ Auch das niederländische Gesetz stellt letztlich eine Umsetzung der OECD-Leitsätze zur Bekämpfung der Kinderarbeit dar.⁹⁴

Eine ähnliche Transformation von Soft zu Hard Law findet sich im Gegenvorschlag nicht. Zwar delegiert Art. 964^{sexies} Abs. 4 EOR die Festlegung der «näheren Vorschriften» zu den Sorgfaltspflichten an den Bundesrat, welcher sich dabei an den Leitsätzen der OECD orientieren soll; ein expliziter Verweis, wie er in der EU-KmVO verschiedentlich integriert ist, liegt allerdings nicht vor.⁹⁵

Art. 964^{septies} E-OR legt parallel zu der CSR-Berichterstattung den Umfang der Berichterstattung im Rahmen der Konfliktmineralien und der Kinderarbeit fest. Da aber der jeweilige Bericht hier an die Sorg-

⁸⁴ ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business, 2015, 3 (zit. ILO-IOE Tool).

⁸⁵ BJ, Transparenz (Fn. 14), 19 f. In den Erläuterungen des BJ wird weiter auf das Geldwäschereigesetz verwiesen, das auch mit dem Begriff des begründeten Verdachts arbeitet.

⁸⁶ Vgl. oben II.2.1 und II.3.1.1 zu den Anwendungsbereichen der CSR-Berichterstattung und der Konfliktmineralien, wo ein solcher Ansatz gerade fehlt.

⁸⁷ Zum Regulationszweck etwa Härkönen (Fn. 70), *passim*.

⁸⁸ BJ, Transparenz (Fn. 14), 21.

⁸⁹ Gemeint ist insb. der UK Modern Slavery Act, dazu Fleischer/Hahn (Fn. 56), 399 f.; Wiedmann/Hoppmann (Fn. 33), 226 f., sowie der Dodd-Frank Act 2010 und der California Transparency in Supply Chains Act 2010, dazu Härkönen (Fn. 70), 696; mehr dazu vgl. Fleischer/Hahn (Fn. 56), 398 f. So sieht der UK Modern Slavery Act etwa keine materiellen Pflichten vor. Betroffene Unternehmen können auch nur eine Erklärung abgeben, dass sie nichts unternommen haben und erfüllen damit ihre Berichtspflicht, vgl. dazu Rühmkorf, Corporate Social Responsibility in der Lieferkette, ZGR 2018, 410, 419, der von «Regulierung von Selbstregulierung» spricht.

⁹⁰ Die sich daraus ergebende Sanktionierungsmöglichkeit wird den Mitgliedstaaten überlassen, vgl. auch Fleischer/Hahn (Fn. 56), 400.

⁹¹ OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, 2016.

⁹² Teicke/Rust, Gesetzliche Vorgaben für Supply Chain Compliance – Die neue Konfliktmineralien-Verordnung, CCZ 1/2018, 39, 43.

⁹³ Kaufmann, Menschen- und umweltrechtliche Sorgfaltsprüfung im internationalen Vergleich, AJP 2017, 967, 974.

⁹⁴ Koster (Fn. 11), 60 f.

⁹⁵ Vgl. z.B. Art. 4 lit. b EU-KmVO.

faltspflichten in Art 964^{sexies} E-OR anknüpft, sind im Gesetz keine detaillierten Ausführungen wie in Art. 964^{ter} E-OR formuliert.

3.2.2 Inhalt der Sorgfaltspflichten

In Art. 964^{sexies} E-OR wird ein fünfstufiges Verfahren für die Erfüllung der Sorgfaltspflichten hinsichtlich Konfliktmineralien und Kinderarbeit implementiert. Demnach wird Folgendes von den Unternehmen erwartet:⁹⁶

- Errichtung eines Managementsystems;
- Ermittlung und Bewertung der Risiken in der Lieferkette;
- Erstellung eines Risikomanagementplanes;
- Durchführung einer externen Prüfung; sowie
- jährliche Berichterstattung.

Gemäss Artikel 964^{sexies} Abs. 1 Ziff. 1–3 E-OR hat das Managementsystem die Lieferkettenpolitik und ein System der Rückverfolgbarkeit der Lieferkette zu enthalten. Den Erläuterungen des BJ ist zu entnehmen, dass diese Regelungen an Art. 4 lit. a, b, f und g i.V.m. Art. 2 lit. e der EU-KmVO angelehnt sind. Sie wurden mit Ausnahme des externen Audits auf die Kinderarbeit ausgedehnt. Im Rahmen der Lieferkettenpolitik soll sich demnach das Unternehmen zur Einhaltung der Sorgfaltspflicht sowie der massgeblichen (internationalen) Regelwerke bekennen.⁹⁷ Entsprechendes ist den Lieferanten und der Öffentlichkeit mitzuteilen.⁹⁸ Das System der Rückverfolgbarkeit der Lieferkette muss durch Aufzeichnung der Abfolge von Akteuren, in deren Gewahrsam sich die Güter befunden haben, eine Kontrolle ermöglichen.⁹⁹

Obwohl in den Erläuterungen des BJ nicht explizit erwähnt, sollten die von der EU-KmVO vorgesehenen weiteren Pflichten in Bezug auf das Managementsystem der Unternehmen auch in der Schweiz Beachtung finden.¹⁰⁰ Insbesondere die Strukturierung des internen Managementsystems auf eine Wei-

se, dass auch das obere Management mit den Sorgfaltspflichten betraut wird (z.B. Ernennung eines *compliance officers*) oder den stärkeren Einbezug der Lieferanten (z.B. die Integration der diversen Leitsätze in die Verträge mit diesen), sind Schlüsselpflichten, deren Befolgung für eine effektive Risikoabwendung entscheidend sind.

Unternehmen sind gehalten, regelmässig die Risiken in ihren Lieferketten zu bewerten, ein Risikomanagementplan aufzustellen und Massnahmen zu treffen, um die festgestellten Risiken zu reduzieren. Es gilt insbesondere dem Risiko entgegenzuwirken, dass in der Lieferkette Kinderarbeit eingesetzt oder zur Finanzierung von illegalen bewaffneten Gruppen in Risikogebieten beigetragen wird. Sollten die Massnahmen nicht ausreichen und weiterhin ein Verdacht von Menschenrechtsverletzungen gegeben sein, muss das Unternehmen neue Massnahmen treffen.

3.2.3 Leitlinien für die Sorgfaltspflichten – Ausnahme von der Sorgfalts- und Berichterstattung?

Gemäss Art. 964^{sexies} Abs. 4 E-OR erlässt der Bundesrat Vorschriften, um die Sorgfaltspflichten weiter zu erläutern, wobei er internationale Regelwerke wie insbesondere die Leitsätze der OECD zu berücksichtigen hat.¹⁰¹ Obwohl vom BJ nicht explizit erwähnt, wäre es wünschenswert, dass das ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business¹⁰² vom Bundesrat auch als relevanter Leitfaden berücksichtigt werden würde. Denn gerade in den anwendbaren Leitsätzen wird man den unterschiedlichen Bedürfnissen der Konfliktmineralien und Kinderarbeit gerecht werden müssen.

Vollständig überraschend kommt nun aber die Bestimmung in Art. 964^{quinquies} Abs. 4 E-OR, die den Bundesrat ermächtigt, Unternehmen von der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht zu entbinden, sofern sie sich an «*ein international anerkanntes gleichwertiges Regelwerk, wie insbesondere die Leitsätze der OECD halten*». Wie die gleichen Leitsätze auf der einen Seite zur Konkretisierung von Sorgfaltspflichten und auf der anderen Seite als Ausnahme von der Sorgfaltspflicht herangezogen werden können, bleibt offen. Den Unternehmen die Freiheit zu geben, ihren Sorgfaltspflichten durch die Beachtung gleichwerti-

⁹⁶ Der Bundesrat soll namentlich «*Detail- und Ausführungsbestimmungen zur Lieferkettenpolitik, zum System der Rückverfolgbarkeit der Lieferkette und zu den Kriterien der Risikoermittlung, -bewertung und -bewältigung*» sowie auch zur Prüfung durch einen unabhängigen Dritten ausarbeiten, BJ, Transparenz (Fn. 14), 23.

⁹⁷ BJ, Transparenz (Fn. 14), 22.

⁹⁸ BJ, Transparenz (Fn. 14), 22 und Art. 4 lit. a EU-KmVO.

⁹⁹ BJ, Transparenz (Fn. 14), 22 und Art. 4 lit. f–g EU-KmVO.

¹⁰⁰ Art. 4 der EU-KmVO; vgl. auch *Rausch* (Fn. 9), 357.

¹⁰¹ BJ, Transparenz (Fn. 14), 23.

¹⁰² Oben Fn. 84.

ger Leitlinien zu entsprechen, ist etwas anderes,¹⁰³ 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.

3.2.4 Reichweite der Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten

Die Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten erstrecken sich – wie auch bei der CSR – auf die Lieferkette.¹⁰⁴ Das Verständnis der Lieferkette für die in Art. 964^{sexies} E-OR begründeten Sorgfaltspflichten lehnt sich teilweise an Art. 2 lit. c und e der EU-KmVO an. Die Lieferkette soll gemäss den Erläuterungen «alle Wirtschaftsbeteiligten bzw. Akteure, welche Gewahrsam an den Mineralien und Metallen haben und die an der Verbringung und Aufbereitung bis zur Verarbeitung im Endprodukt irgendwie beteiligt sind» umfassen.¹⁰⁵ Die EU-KmVO selbst hingegen scheint einen umfangreicheren Definitionsansatz zu verfolgen. 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». Dieser Ansatz sollte sicherlich auch bei der Auslegung des Lieferkettenbegriffs von Art. 964^{sexies} E-OR wegweisend sein.

Eine auf Kinderarbeit passende Umformulierung des Lieferkettenbegriffs fehlt in den Erläuterungen des BJ. Da aber Kinderarbeit von der ersten Stufe der Produktion an ein Risiko darstellt, wird die Reichweite der Pflichten – wie bei den Konfliktmineralien – sich auf alle Akteure, welche Gewahrsam an diesen Produkten gehabt haben, erstrecken müssen.¹⁰⁶

3.2.5 Umsetzung der Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten

Die Umsetzung der Berichterstattungspflichten bezüglich Konfliktmineralien und Kinderarbeit wird in Art. 964^{septies} E-OR geregelt. Vorausgesetzt wird ein jährlicher Bericht, der sich dazu äussert, ob die Sorgfaltspflichten erfüllt worden sind. Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan hat ausserdem sicherzustellen, dass i) der Bericht innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres elektronisch veröffentlicht wird, und ii) der Bericht zehn Jahre öffentlich zugänglich bleibt. Die Führung und Aufbewahrung gemäss Art. 964^{septies} Abs. 4 E-OR ist ähnlich der nichtfinanziellen Berichterstattung ausgestaltet. Den Erläuterungen des BJ zufolge hat man keine Gründe gesehen, vom geltenden Rechnungslegungsrecht abzuweichen, weshalb auch Art. 964^{septies} Abs. 4 E-OR auf Art. 958f OR verweise.

Um die Effektivität der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht zu erhöhen, hätte man im Gegenvorschlag zwei Möglichkeiten nutzen können, i) ein *third party audit*, und ii) den Aufbau eines Beschwerdesystems als Pflicht einzuführen. Die EU-KmVO sieht beides vor.¹⁰⁷ Das WZK kennt zwar keinen *third party audit*, sieht aber in Art. 3 Abs. 2 ein Beschwerdesystem für Drittparteien vor. Dieses ermöglicht jedem, dessen Interessen durch Handlungen/Unterlassungen des entsprechenden Unternehmens im Zusammenhang mit der Einhaltung der Vorschriften des WZK betroffen sind, bei der zuständigen Aufsichtsbehörde eine Beschwerde einzureichen.

Art. 964^{sexies} Abs. 3 E-OR sieht nur für die Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten hinsichtlich Konfliktmineralien eine Prüfung durch einen unabhängigen Dritten vor.¹⁰⁸ Diese soll Glaubwürdigkeit betreffend die Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht in der Lieferkette sicherstellen. Die Prüfung muss durch einen externen, vom Unternehmen aber selbst bestimmbaren unabhängigen Dritten (etwa ein Revisionsunternehmen) durchgeführt werden.¹⁰⁹ Warum man aber bezüglich Kinderarbeit auf die Verpflichtung zur Durchführung von Prüfungen durch Dritte verzichtet hat, bleibt offen.¹¹⁰ Weiter ist es ein grosses Manko, dass kein Beschwerdesystem für bei-

¹⁰³ So eine Freiheit ist auch in Art. 964^{ter} Abs. 3 E-OR gegeben, doch werden die Unternehmen damit keineswegs von der Berichterstattungspflicht entlastet.

¹⁰⁴ BJ, Transparenz (Fn. 14), 18.

¹⁰⁵ BJ, Transparenz (Fn. 14), 18.

¹⁰⁶ Vgl. ILO-IOE Tool (Fn. 84), 42 ff. betr. die Herausforderungen, entfernte Glieder in der Ankauf- oder Lieferkette zu kontrollieren und *best practices* in diesem Bereich.

¹⁰⁷ Art. 4 Ziff. e und Art. 6 EU-KmVO.

¹⁰⁸ Dazu *Härkönen* (Fn. 70), 699.

¹⁰⁹ Vgl. BJ, Transparenz (Fn. 14), 22.

¹¹⁰ *Ibid.*

de Regelungsbereiche vorgesehen ist. Die Umsetzung eines Beschwerdemechanismus hätte in der Schweiz einen gewissen Compliance-Druck¹¹¹ zur Folge gehabt, was u.E. sehr zu befürworten wäre.¹¹²

4. Sanktionierung

4.1 Strafrechtliche Sanktionen

Art. 325^{ter} E-StGB sanktioniert die Verletzung der Vorschriften betreffend die Berichterstattung für alle Themenbereiche (CSR, Konfliktmineralien und Kinderarbeit). Systematisch wird hier an die ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher gemäss Art. 325 StGB angeschlossen. Diese Bestimmung dient primär der Durchsetzung der Buchführungsvorschriften.¹¹³ Bedauernd ist, dass die Verletzung der Sorgfaltspflichten keine unabhängige Sanktionierung erfahren hat. So sieht z.B. das WZK für Sorgfaltspflichtverletzungen im Bereich der Kinderarbeit höhere Strafen vor als für die Verletzung der Berichtspflichten.¹¹⁴ Aus strafrechtlicher Perspektive erscheint die Differenzierung zwischen der Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht im Gegenvorschlag demnach geradezu zwecklos.

Bei Art. 325^{ter} E-StGB handelt es sich (wie bei Art. 325 StGB) um eine Übertretung, folglich ist – gemäss Art. 105 Abs. 1 StGB – Art. 102 StGB (Unternehmensstrafbarkeit) nicht anwendbar.¹¹⁵ Vorgesehen ist

in Art. 325^{ter} E-StGB eine Busse;¹¹⁶ nach Abs. 1 lit. a für Falschangaben oder die Unterlassung der Berichterstattung und Abs. 1 lit. b für die Verletzung der Dokumentation und Aufbewahrung der Berichte. M.a.W. ist im Gegenvorschlag für die Verletzung der Berichterstattungspflichten keine Sanktion für die Unternehmen selbst vorgesehen. Natürliche Personen erfüllen den objektiven Tatbestand von Art. 325^{ter} E-StGB, wenn sie im nichtfinanziellen Bericht oder im Bericht betreffend die Sorgfaltspflichten bezüglich Konfliktmineralien oder Kinderarbeit falsche Angaben machen oder die Berichterstattung unterlassen.¹¹⁷

In der CSR-Richtlinie sind die EU-Mitgliedstaaten dazu angehalten, sachgerechte und wirksame nationale Massnahmen zu treffen, um die Offenlegung im Rahmen der CSR-Berichterstattung zu gewährleisten.¹¹⁸ Dabei wird ihnen ein grosser Interpretationsspielraum belassen.¹¹⁹ Als rechtsvergleichendes Beispiel der Umsetzung lässt sich Deutschland anführen, wo sowohl Sanktionen gegen das Unternehmen als auch gegen die verantwortliche natürliche Person verhängt werden können. Das HGB räumt in den §§ 331 ff. Möglichkeiten ein, gegen eine nicht erfolgte, falsche oder unrichtige Berichterstattung vorzugehen.¹²⁰ Die bereits im HGB vorgesehenen Bussgeldvorschriften für Ordnungswidrigkeiten wurden in der Umsetzung auf die nichtfinanzielle Berichterstattung ausgedehnt.¹²¹ Auf Ebene der juristischen Personen können gemäss § 30 OWiG¹²² gegen die Gesellschaft Geldbussen für die unzureichende nichtfinan-

¹¹¹ Die Compliance mit *soft law*-Standards in diesem Bereich war in der Vergangenheit auf einem tiefen Level, dazu z.B. Härkönen (Fn. 70), 719.

¹¹² Vgl. analog Empfehlungen zur Rechtsdurchsetzung bei Konzernhaftung, Brunner, Kurzgutachten zur Rechtsdurchsetzung der Konzernhaftung, Februar 2019, 9.

¹¹³ Niggli/Hagenstein, Art. 325 StGB N 7, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, Bd. 2, 4. Aufl., 2019 (zit. BSK StGB II) m.w.H.; siehe auch Trechsel/Ogg, Art. 325 StGB N 1, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, 3. Aufl., 2018 (zit. PK StGB).

¹¹⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 1 WZK, der für die Verletzung der Berichterstattungspflicht auf Sanktionen der Kategorie zwei i.S.v. Art. 23 Abs. 4 Wetboek van Strafrecht (WS) verweist sowie Art. 7 Abs. 2 WZK, der für die Nichteinhaltung der Verpflichtung zur Durchführung von Untersuchungen oder Aufstellung eines Aktionsplans (lit. a) sowie die Nichteinhaltung der Anforderungen an die Untersuchung oder den Aktionsplan (lit. b) auf Sanktionen der Kategorie sechs i.S.v. Art. 23 Abs. 4 WS verweist.

¹¹⁵ BSK StGB II-Niggli/Hagenstein (Fn. 113), Art. 325 StGB N 17; PK-StGB-Trechsel/Ogg (Fn. 113), Art. 325 StGB N 1.

¹¹⁶ Die Busse beläuft sich gemäss Art. 325^{ter} Abs. 1 E-StGB maximal auf CHF 100 000, bei Fahrlässigkeit gemäss Abs. 2 auf maximal CHF 50 000.

¹¹⁷ BJ, Transparenz (Fn. 14), 24.

¹¹⁸ EU-CSR-Richtlinie, E. 10.

¹¹⁹ European Commission (Fn. 56), 166.

¹²⁰ Riedlinger, Das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie, 2018, 29.

¹²¹ Boecker/Zwirner (Fn. 51), 235; Spindler, § 76 AktG N 93, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 3, 5. Aufl., 2019 (zit. MüKo-AktG). Zur rechtsvergleichenden Perspektive Heckendorn Urscheler et al., Die Umsetzung der Richtlinie 2014/95/EU (CSR-Richtlinie) in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU, 20; zur Verschärfung der Bussgeldvorschriften für kapitalmarktorientierte Unternehmen Holzmeier/Burth/Hachmeister, Die nichtfinanzielle Konzernberichterstattung nach dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, IRZ 5/2017, 215, 220.

¹²² Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I 602), das

zielle Berichterstattung gesprochen werden, die in der Höhe von € 10 000 000 oder 5% des Jahresumsatzes ausfallen können (§ 334 Abs. 3a HGB).¹²³ 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.¹²⁴ 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 und bei kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften sogar bis zu € 2 000 000, geahndet werden können (§ 334 Abs. 3 HGB).¹²⁵

Betrachtet man die Sanktionierung bezüglich Konfliktmineralien im Rechtsvergleich, ist ersichtlich, dass die EU-KmVO selbst keine Sanktionsmöglichkeit vorsieht. Art. 17 Abs. 2 der Verordnung plant lediglich eine Überprüfung der Rechtsvorschriften bis Januar 2023. Gemäss Art. 17 Abs. 3 soll dabei auch geprüft werden, ob den Mitgliedstaaten die Befugnis eingeräumt werden soll, «*Strafen gegen Unions-einführer wegen anhaltender Nichteinhaltung der in dieser Verordnung festgelegten Pflichten zu verhängen*». Dieser Ansatz hat auch aus Praxisperspektive einige Kritik erfahren, da die Regulation aufgrund fehlender Sanktionsmöglichkeiten gewissermassen obsolet würde.¹²⁶

zuletzt durch Artikel 185 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I1328) geändert worden ist.

¹²³ Boecker/Zwirner (Fn. 51), 235; Holzmeier/Burth/Hachmeister (Fn. 121), 220; Heckendorn Urscheler et al. (Fn. 121), 20. Zum Vergleich mit Art. 102 StGB Pflaum, Das Recht der Verantwortlichkeit von Unternehmen/Verbänden für Straftaten, in: Lehmkuhl/Wohlens (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2019, 15, 41 ff.

¹²⁴ Röttgen/Hund, Anforderungen an nichtfinanzielle Erklärungen und Berichte nach dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (CSR-RUG) insb. für «grosse» Sparkassen, Der Konzern, 2019, 201, 210; MüKoAktG-Spindler (Fn. 121), § 76 AktG N 93.

¹²⁵ Röttgen/Hund (Fn. 124), 210; BeckOK HGB-Regierer (Fn. 50), § 334 HGB N 2 f.

¹²⁶ Ruessman/Brooks/Hood, The battle for stronger EU conflict minerals legislation. Vgl. zur Umsetzung in Deutsch-

land: Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unions-einführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hocharisikogebieten sowie zur Änderung des Bundesberggesetzes vom 29. April 2020.

Im Rechtsvergleich betreffend die Kinderarbeit sticht ins Auge, dass die Strafbestimmungen des WZK deutlich einschneidender sind als diejenigen des Gegenvorschlags. Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 WZK sehen namentlich eine Busse für natürliche Personen sowie Unternehmen vor, wenn diese Sorgfaltsmassnahmen nicht getroffen haben.¹²⁷ Anders als der Ansatz im Gegenvorschlag wird also eine Sanktionsmöglichkeit auch für juristische Personen eingeführt.¹²⁸ Betreffend natürliche Personen sieht Art. 7 WZK im Wiederholungsfall sogar explizit eine Gefängnisstrafe für die Leitungsorgane vor.

Anhand des Rechtsvergleichs lässt sich sehen, dass der Gegenvorschlag im Bereich der Sanktionierung dürftig ausgefallen ist. Es befremdet insbesondere, dass keine Sanktionsmöglichkeit für Unternehmen vorgesehen wird. In den Erläuterungen des BJ findet sich dazu keine Begründung. Ferner ist im Rechtsvergleich auch ersichtlich, dass auf Ebene natürlicher Personen wesentlich zahmere Töne angeschlagen werden, was sich insbesondere in der Höhe der in Art. 325^{ter} E-StGB vorgesehenen Bussen sowie dem Fehlen von Freiheitsstrafen widerspiegelt.

Wenn man bedenkt, dass gerade grössere Unternehmen durch eine Praxis von Kompetenzaufteilung, Dezentralisierung und Delegation geprägt sind, wonach die Verantwortlichkeit einer Einzelperson nur schwierig zu eruieren sein dürfte, lässt sich die Notwendigkeit einer Strafbestimmung für Unternehmen besser einschätzen.¹²⁹ Mit dem Grad der Delegation schwindet die Tatmacht in einem Betrieb.¹³⁰ Aus sub-

land: Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unions-einführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hocharisikogebieten sowie zur Änderung des Bundesberggesetzes vom 29. April 2020.

¹²⁷ Für natürliche Personen gemäss Art. 5 Abs. 2 WZK bis zu EUR 830 000 und für juristische Personen gemäss Art. 5 Abs. 3 WZK bis zu 10% des Jahresumsatzes.

¹²⁸ Vgl. zu den Sanktionsmöglichkeiten *Bueno/Bright*, Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability, ICLQ 2020, 789, 800 f.

¹²⁹ Vgl. *Trechsel/Noll/Pieth*, Schweizerisches Strafrecht AT, 2017, 166.

¹³⁰ *Forster*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Diss., 2006, 7 m.w.H. Dazu auch Lütolf, Strafbarkeit der juristischen Person, 1997, 26 Fn. 118; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, 35 ff.

jektiver Sicht stellt sich die Frage, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit nachgewiesen werden können, wenn keine der handelnden natürlichen Personen den Gesamtzusammenhang überblickt.¹³¹ Eine Strafbarkeit unter Art. 102 StGB wäre dogmatisch sinnvoll gewesen. Eine detaillierte Abhandlung dazu – insbesondere in Anbetracht der Grenzen des Unternehmensstrafrechts der Schweiz¹³² – würde jedoch den Rahmen dieser Analyse sprengen.

Ferner wäre eine Anpassung des Strafrahmens für natürliche Personen an die internationalen Standards zu befürworten. Mit einem angemessenen Strafrahmen sowohl für natürliche als auch für juristische Personen würde man den erwünschten *steering-effect* erzielen, welcher unbedingt nötig ist, um effektive Berichterstattung zu sichern.

4.2 Privatrechtliche Sanktionen

Wieweit die Nichteinhaltung der Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten privatrechtliche Folgen haben kann, kann hier nur in Kürze behandelt werden.¹³³ Denkbar wäre primär eine lauterkeitsrechtliche Sanktionierung. Eine Verletzung von Art. 2 UWG könnte der Fall sein, wenn ein Unternehmen durch Verstoss gegen die Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten (= Rechtsbruch) einen unrechtmässigen Vorsprung erzielen würde und dieses Verhalten als lauterkeitsrechtlich relevant qualifiziert werden könnte.¹³⁴ Bereits heute wird kontrovers diskutiert, wieweit

die Ausnutzung des internationalen Rechtsgefälles den Tatbestand von Art. 2 UWG erfüllen kann.¹³⁵ Falls nun z.B. im Bereich der Kinderarbeit die notwendigen Sorgfaltspflichten nicht eingehalten werden, der dazugehörige Bericht manipuliert wird und die Produkte, für welche ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht, in der Schweiz zu billigen Preisen vermarktet werden, könnte eine solche Verletzung gemäss Art. 9 UWG von Mitbewerbern oder unter Umständen vom Bund gemäss Art. 10 Abs. 3 UWG eingeklagt werden. Ferner verbietet Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG unrichtige Angaben über das Unternehmen bzw. dessen Produkte oder Dienstleistungen. Erfasst ist jedes Hervorrufen einer falschen oder unklaren Vorstellung von einem für den Wettbewerb relevanten Parameter, der unmittelbar den sich Äussernden betrifft. Ein klassisches Beispiel wäre, dass Unternehmen Produkte/Dienstleistungen als umweltverträglicher darstellen, als sie sind (sog. *Greenwashing*).¹³⁶

Der öffentlich zugängliche Inhalt der Berichterstattung könnte auch im Rahmen einer kaufrechtlichen Gewährleistung von Bedeutung sein. Falls darin unwahre Erklärungen gemacht werden, welche die Kaufentscheidung der Kunden beeinflussen können, könnten Güter der jeweiligen Produzenten als mangelhaft im Sinne von Art. 197 OR qualifiziert werden.¹³⁷ Dies würde eine Haftung des Verkäufers nach sich ziehen. Sollten Herstellerin und Verkäufer nicht zusammenfallen, würde in diesem Fall eine Regressklage in Frage kommen.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit greift nur im Fall, dass eine Tat gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner natürlichen Person zugerechnet werden kann. Ferner ist Voraussetzung, dass ein Verbrechen oder Vergehen (nicht aber eine Übertretung) in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen und innerhalb des Unternehmenszwecks begangen wurde. In einigen spezifischen Tatbeständen greift Art. 102 Abs. 2 StGB, wonach die juristische Person haftet, «wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern». Mehr dazu Pflaum (Fn. 123), 16 ff.; Pieth, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AJP 2017, 1005, 1011 ff.

¹³³ Im Detail Asmussen, Haftung für CSR, 2020, *passim*.

¹³⁴ Vgl. dazu Hilty, Art. 2 UWG N 136 ff., in: Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar zum UWG, 2013 (zit. BSK UWG); Jung, Art. 2 UWG N 107 ff., in: Jung/Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016 (zit. UWG); Kaeding, Der Beitrag des

Lauterkeitsrechts zur Corporate Social Responsibility, sic! 2015, 207 ff.

¹³⁵ BSK UWG-Hilty (Fn. 136), N 142 ff.; UWG-Jung (Fn. 136), N 138; Weber/Weber, Unlauteres Marktverhalten des Importeurs bei Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen durch ausländische Lieferanten?, GRUR Int 2008, 899 ff.; Ferrari Hofer, Art. 2 UWG N 138, in: Heizmann/Loacker (Hrsg.), UWG Kommentar, 2018.

¹³⁶ Vgl. Interpellation vom 18.12.2019; Hösli/Weber, Klimaklagen gegen Unternehmen, Jusletter 25. Mai 2020, N 13; Kaeding (Fn. 136), 214; siehe auch Asmussen (Fn. 135) 197 ff.

¹³⁷ Atamer/Eggen, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZBJV 2017, 731, 761 f. Vgl. im Detail Schroeter, Risikoberichterstattung in der «nicht-finanziellen Erklärung»: Massstab, Adressaten und gewährleistungsrechtliche Publizitätshaftung, in: Grundmann et al. (Hrsg.), FS Hopt, 2020, 1155, 1162 ff.; Asmussen (Fn. 135) 155 ff.

Eine letzte zu bedenkende Komponente wäre, inwiefern eine gesellschaftsrechtliche Haftung begründet werden könnte. Eine Haftung der Organe der Aktiengesellschaft nach Art. 754 OR für die Unterlassung von Organisations- und Verhaltenspflichten ist stark in Diskussion.¹³⁸ Selbst wenn nach Inkrafttreten des Gegenvorschlags nun z.B. für Kinderarbeit von einer gesetzlich verankerten Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 754 OR ausgegangen werden könnte, ist insbesondere fraglich, ob die Verletzung dieser Pflicht einen Gesellschaftsschaden zur Folge hätte.¹³⁹ Ein direkter Schaden an der Gesellschaft könnte z.B. durch Schadenersatzzahlungen an Kunden aus verletzten Kaufverträgen, Schädigung des Rufs der Gesellschaft und dadurch bedingte Umsatzeinbussen, Werbekosten zur Wiederherstellung der Reputation oder Anwaltskosten entstehen.¹⁴⁰ Wieweit jedoch die Verletzung reiner Berichterstattungspflichten, bspw. unterlassene Angaben zu Umweltrisiken, eine Klage des Aktionärs als indirekt Geschädigten aufgrund eines Kursverlusts der Aktien, oder als direkt Geschädigten wegen eines falschen Anlageentscheids, eine Haftung der Gesellschaftsorgane begründen kann, dürften die Gerichte weiterhin beschäftigen.¹⁴¹

III. Schlussfolgerungen

Insgesamt lässt sich der Gegenvorschlag in verschiedener Hinsicht kritisieren. Grundsätzlich ist die nahe Angliederung an die Regelung der EU bzw. der Niederlande zu begrüßen. Allerdings wird – anders als in den gesetzlichen Vorbildern – eine Vermengung

von verschiedenen Problemfeldern vorgenommen. Dies dürfte in der Beratungspraxis zu Schwierigkeiten und Unklarheiten in der Rechtsanwendung führen. Gerade im Bereich der Kinderarbeit und Konfliktmineralien wäre es wünschenswert, dass die «näheren Vorschriften» des Bundesrates Klarheit bringen.

Die Begriffsnähe an ausländischen Gesetzgebungen lässt die Frage offen, wie weit sich Unternehmen auf eine analoge Anwendung bzw. die Ausführungen im Rahmen von Leitlinien verlassen dürfen. Dieser Aspekt ist umso zentraler, als einige Begriffe keine klare Definition im Gegenvorschlag erfahren haben. Auch hier wird zu sehen sein, ob und wie weit eine ausführende Verordnung Klarheit bringen kann.

Trotz der grundsätzlichen Anlehnung an internationale Gesetzesvorbilder wird deren Ansatz im Gegenvorschlag an zahlreichen Stellen abgeschwächt, insbesondere im Bereich der Sanktionierungen.¹⁴² Dies ist zu bedauern, da nur mit abschreckenden Mitteln Anreiz für *ex ante* Sorgfaltmassnahmen geschaffen werden können.

Der Gegenvorschlag tritt nach Finalisierung der vorgesehenen Verordnung in Kraft, sofern nicht innerhalb von 100 Tagen nach der Veröffentlichung im Schweizerischen Bundesblatt das fakultative Referendum ergriffen wird. Voraussichtlich werden die Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten erstmals im Geschäftsjahr 2023 zu beachten sein. Unternehmen, die potentiell diesen Vorschriften unterstehen werden, ist zu empfehlen, vorbereitende Schritte einzuleiten, um den zusätzlichen Berichts- und Sorgfaltspflichten nachkommen zu können.

¹³⁸ Vgl. z.B. *Weber/Hösl*, Corporate Climate Responsibility – aktienrechtliche Haftungsrisiken für den Verwaltungsrat?, SJZ 2020, 605, 610; *Sethe/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, in: *Sethe/Isler* (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, 2018, 138 ff.; *Nagel*, Die Pflichtverletzung nach Art. 754 OR in Bezug auf Corporate Social Responsibility, Jusletter 25. Juni 2018, N 39 ff.; *Gericke/Waller*, Art. 754 OR N 26a, in: *Honsell/Vogt/Watter* (Hrsg.), Basler Kommentar zum OR II, 2016 (zit. BSK OR II).

¹³⁹ Vgl. zum Begriff von *der Crone* (Fn. 35), N 1887 ff.

¹⁴⁰ *Sethe/Andreotti* (Fn. 140), 157. Vgl. auch *Fleischer*, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321 ff. zu Honorarzählungen an eine US-amerikanische Rechtsanwaltskanzlei als Schadensposten.

¹⁴¹ Vgl. *Hösl/Weber* (Fn. 138), N 41 ff.; *Kahl/Weller*, Climate Change Litigation – A Handbook, 2021 passim.

¹⁴² Oben II.4.