

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Ausschliesslich per E-Mail an:
ehra@bj.admin.ch

14. Juli 2021

Stellungnahme zu den Ausführungsbestimmungen zu den neuen Sorgfaltspflichten für Unternehmen, Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz in den Bereichen Mineralien und Metalle aus Konfliktgebieten sowie Kinderarbeit (VSoTr)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir wurden im Rahmen der am 14. April 2021 eröffneten Vernehmlassung eingeladen zur obenstehend erwähnten Verordnung Stellung zu nehmen. Gerne möchten wir uns für diese Möglichkeit bedanken und nehmen diese hiermit gerne wahr.

Am 29. November 2020 wurde die Volksinitiative "Für verantwortungsvolle Unternehmen - zum Schutz von Mensch und Umwelt" an der Urne abgelehnt. Somit tritt der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments in Kraft, vorausgesetzt, dass kein Referendum dagegen ergriffen wird. Der Gegenvorschlag sieht eine Berichterstattungspflicht über nicht-finanzielle Belange sowie themenspezifische Sorgfaltspflichten in den Bereichen Konfliktmineralien und Kinderarbeit vor. Die neuen Bestimmungen sind weitgehend mit entsprechenden Regulierungen im europäischen Umfeld abgestimmt. In systematischer Hinsicht werden die Bestimmungen im Obligationenrecht unter dem Titel „Kaufmännische Buchführung, Rechnungslegung sowie nicht-finanzielle Transparenzbestimmungen und Sorgfaltspflichten“ in unmittelbarer Nachbarschaft zu den neuen Bestimmungen über „Transparenz im Rohstoffsektor“ (neuer Art. 964a–964f OR) verankert. Das Gesetz sieht vor, dass die Sorgfaltspflichtenregelungen auf Verordnungsstufe konkretisiert und umgesetzt werden.

Zusammenfassung

Die Mitglieder unserer Verbände begrüßen den Verordnungsentwurf grossmehrheitlich und sind der Auffassung, dass mit dem vorgesehenen Instrumentarium eine zukunftsbeständige Lösung vorliegt, welche die wichtigsten Anliegen der Wirtschaft gebührend berücksichtigt. Insbesondere werden die Bestrebungen als positiv erachtet, die Verordnungsbestimmungen in enger Abstimmung mit den entsprechenden Regulierungen im internationalen Umfeld zu definieren.

Aus Sicht der Wirtschaft entspricht der vorgeschlagene Verordnungstext in grossen Teilen den Zielvorgaben der Politik. Die damit verbundenen neuen Pflichten sind für die direkt adressierten Unternehmen herausfordernd. Dies gilt insbesondere für die geforderte Rückverfolgbarkeit der Lieferketten im Bereich der Kinderarbeit. Darüber hinaus werden durch die Wertschöpfungskette hindurch weite Teile der Gesamtwirtschaft auch indirekt von den Bestimmungen erfasst. Anpassungsbedarf auf Basis der Verordnung besteht in Bezug auf einzelne Punkte, sei es zur besseren Abstimmung mit den internationalen Entwicklungen oder um den Unternehmen mehr Klarheit in Bezug auf die Erwartungen des Gesetzgebers zu geben:

Art der gesetzlichen Verankerung von internationalen Regelwerken („Soft Law“)

Die referenzierten internationalen Regelwerke beschreiben einen Erwartungsstandard. In der Verordnung soll der Natur dieses „Soft Law“ stärker Rechnung getragen werden. Diese Regelwerke sind prinzipienbasiert ins nationale Recht zu überführen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich die ILO-Kernübereinkommen an Staaten und nicht an Unternehmen richten. Hier ist unser Verständnis, dass nur Normen, welche sich explizit an Unternehmen richten, von diesen befolgt werden müssen. Dies muss klargestellt werden. Zusätzlich muss die Verordnung die Handlungsfreiheit der Unternehmen sicherstellen, für ihre Geschäftsmodelle oder ihr Risikoprofil passende und künftig auch andere, neu geschaffene international abgestimmte und anerkannte Regelwerke zu verwenden.

Wichtige Punkte des Erläuternden Berichts sind als integraler Bestandteil der VSoTr zu verstehen

An mehreren Stellen des Erläuternden Berichts zur VSoTr werden wichtige Klarstellungen vorgenommen. So wird beispielsweise auf Seite 4 festgehalten, dass es sich bei den Sorgfaltspflichten in den Bereichen "Konfliktmineralien" und "Kinderarbeit" um Bemühens- und keine Erfolgspflichten handelt. Auf Seite 13 wird des Weiteren ausgeführt, dass bei der Verdachtsbestimmung in Bezug auf Kinderarbeit das Produktionsland gemäss Herkunftsangabe ("made in") entscheidend ist. Zudem wird auf Seite 23 darauf hingewiesen, dass insbesondere bei den komplexen Lieferketten im Bereich der Kinderarbeit ein risikobasierter Ansatz zu wählen ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit sind diese wichtigen Präzisierungen direkt auch im offiziellen Verordnungstext zu verankern.

Fehlende Konkretisierung der Berichterstattungspflicht von Art. 964^{septies} OR in der Verordnung

Der 6. Abschnitt der E-VSoTr beschäftigt sich mit der Berichterstattung, beschränkt sich aber auf den Aspekt der Konsolidierung. Inhaltliche Vorgaben für die Offenlegung sieht die Verordnung nicht vor. Nicht zuletzt infolge der mit der Verletzung der Berichtspflichten verbundenen Strafbarkeit gemäss Art. 325^{ter} StGB sollte die Verordnung im Sinne der Rechtssicherheit eine Orientierungshilfe für die Berichterstattung geben, indem inhaltliche Eckwerte für die zu veröffentlichenden Informationen präzisiert werden.

Klarstellungen auch zur Berichterstattungspflicht über nichtfinanzielle Belange Art. 964^{ter} OR notwendig

Der indirekte Gegenvorschlag regelt über Art. 964^{ter} OR eine Berichterstattungspflicht über nichtfinanzielle Belange. Der Gesetzgeber sieht dabei zwar in den neuen Bestimmungen des OR keine expliziten Ausführungsbestimmungen für diesen Bereich vor. Gleichwohl drängen sich bezüglich einzelner Bestim-

mungen Klärungen auf, um den Unternehmen die nötige Rechtssicherheit bei der Umsetzung der Berichterstattungspflicht zu gewähren. Falls diese nicht auf Verordnungsebene aufgenommen werden, gilt es zu prüfen, ob diese Punkte allenfalls in einem Begleitbericht oder im Rahmen der Präsentation der Verordnung durch ein FAQ oder ähnliches konkretisiert werden könnten.

Insbesondere soll es den Unternehmen ermöglicht werden, die neuen Berichte in die bereits bestehende Struktur der Nachhaltigkeitsberichte zu integrieren. Ein Unternehmen soll des Weiteren wählen können, ob die neu zu berichtenden Informationen als eigenständige Berichte oder integriert in die reguläre Berichterstattung veröffentlicht werden.

Zudem ist es zentral klarzustellen, dass die Abstimmung über die Berichte dem Modell des Vergütungsberichts folgt, d.h. die Aktionäre können die Berichte, resp. den relevanten Teil des Berichtes zwar bestätigen oder ablehnen, dies jedoch ohne eigentlich bindende Wirkung; die Generalversammlung kann nicht gestützt auf die Berichte ein Verhalten vom Verwaltungsrat verlangen. Es gehört zu den unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates, die Strategie des Unternehmens, einschliesslich der Nachhaltigkeitsstrategie und des Risikomanagements, festzulegen. Die Kompetenz kann nicht – auch nicht indirekt über eine Abstimmung – an die Generalversammlung übertragen werden.

1 Einleitende Bemerkungen

Unsere Mitglieder haben den Kompromissvorschlag des Parlamentes zur so genannten Unternehmens-Verantwortungs-Initiative in Form des indirekten Gegenvorschlages stets unterstützt. Das Konzept dieses Gegenvorschlages ist zukunftsgerichtet, international abgestimmt und spezifisch auf die tatsächlichen Herausforderungen in den weltweiten Märkten ausgerichtet. Schweizer Unternehmen bekennen sich zu ihrer Verantwortung für die Herstellung ihrer Produkte und engagieren sich für die Einhaltung eines hohen Nachhaltigkeitsstandards entlang ihrer Lieferketten.

Mit der in die Vernehmlassung geschickten Vorlage konkretisiert der Gesetzgeber seine Erwartungen an die durch den indirekten Gegenvorschlag eingeführten neuen Sorgfaltsprüfungs- und Transparenzpflichten bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit. Dadurch werden Unsicherheiten der Unternehmen in der Umsetzung bezüglich der gesetzlich verankerten Sorgfaltspflichten reduziert. Gleichzeitig wird ein «Level Playing Field» für die Anwender geschaffen. Die Wirtschaft begrüsst den hierfür vorgesehenen risikobasierten Ansatz ausdrücklich, da dieser aus den Richtlinien der UNO und OECD hervorgeht und auch weitgehend auf international bestehende Referenzen Bezug nimmt. Dadurch wird eine Abstimmung mit der Praxis in anderen Ländern ermöglicht und die Praktikabilität der Bestimmungen sichergestellt. Denn die Rückverfolgbarkeit bezüglich Kinderarbeit kann in der Praxis schwieriger zu eruieren sein als bei den Sorgfaltspflichten bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten, Dies gilt insbesondere für Produkte, die aus verschiedenen Herkunftsländern stammen. Eine volle Rückverfolgbarkeit über die gesamte Wertschöpfungskette kann demnach erfolgen, soll aber nur das mittelbare Ziel sein, dem sich die Unternehmen schrittweise annähern. Im Zentrum der Regulierung stehen sollte die saubere Implementierung der neuen Prozesse in die Managementsysteme und damit auch die Schaffung einer Grundlage für die Berücksichtigung der von der Verordnung adressierten Themen in allen Geschäftsbereichen.

Gleichzeitig ist es von grundlegender Bedeutung, dass Bezugnahmen auf regulatorische Erlasse – wie dies in der Verordnung auch vorgesehen wird – ausschliesslich statisch erfolgen und eine Anpassung an etwaige Weiterentwicklungen der referenzierten Leitlinien stets eine politische Diskussion auf nationaler Ebene erfordert. Es soll kein automatischer Nachvollzug von neuen Regeln erfolgen.

2 Erster Abschnitt: Begriffe

Wir begrüßen, dass im 1. Abschnitt «Begriffe» in Art. 1 lit. e E-VSoTr die Definition der Konflikt- und Hochrisikogebiete wörtlich der Definition in Art. 2 lit. f der Verordnung (EU) 2017/821 über Konfliktminerale folgt. Es gilt dabei jedoch zu ergänzen, dass die referenzierte EU-Verordnung als Hilfestellung eine jährlich aktualisierte Liste solcher Gebiete (die so genannte CAHRAs-Liste) zur Verfügung stellt. Diese wurde Ende 2020 erstellt und umfasst 27 Länder bzw. bestimmte Regionen in diesen Ländern. Aus unserer Sicht wäre eine abschliessende Definition durch den Bundesrat unter Bezug auf die EU-Liste wünschenswert, auch wenn die EU-Liste weder abschliessend noch bindend ist.

Bei Art. 1 lit. f E-VSoTr erachten wir die vorgenommene Definition für begründeten Verdacht auf Kinderarbeit, wonach Verdacht auf den Einsatz von Kinderarbeit dann besteht, wenn er auf konkreten unternehmensinternen oder -externen Hinweisen oder Anhaltspunkten beruht, als praktikabel. Hingegen regen wir an, die im Erläuternden Bericht zu diesem Artikel auf Seite 8 vorgenommene Referenz zu Lehre und Rechtsprechung bezüglich der für das Geldwäschereigesetz (GwG) entwickelten Auslegungshilfen zu streichen. Der Geldwäscherei-Kontext ist mit den Herausforderungen der nachhaltigen Bewirtschaftung weltweiter Wertschöpfungsketten nicht vergleichbar. Zudem hat die Gerichtspraxis den Anwendungsbereich des GwG dergestalt erweitert, dass „ein begründeter Verdacht immer dann besteht, wenn ein Anfangsverdacht nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann“. Eine analoge Anwendung auf den Aspekt Kinderarbeit ist vor diesem Hintergrund nicht praktikabel und wird abgelehnt.

Die ILO hat die international massgebliche Referenz für die Definition von Kinderarbeit erarbeitet. Diese ist in den beiden Kernübereinkommen der Organisation Nr. 138 (Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung) und Nr. 182 (Schlimmste Formen der Kinderarbeit) abgebildet. Die Wirtschaft teilt die Ansicht, dass es von besonderem Interesse ist, diese Definitionen der ILO für die Kinderarbeit in der Verordnung wiederzugeben und unterstützt die entsprechende Referenzierung im Erläuternden Bericht auf Seite 9 in Bezug auf den Art. 1 lit. f E-VSoTr.

3 Zweiter Abschnitt: Ausnahmen von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten im Bereich Mineralien und Metalle

Im Bereich Mineralien und Metalle ist eine Definition des Anwenderkreises für die Sorgfaltsprüfungspflicht basierend auf den jährlichen Einfuhrmengen vorgesehen. Es wird begrüsst, dass im Erläuternden Bericht zu Art. 2 E-VSoTr hierfür auf die Einfuhr- und Bearbeitungsmengen verwiesen wird, welche in der Verordnung (EU) 2017/821 über Konfliktminerale festgehalten sind. Rohstoffe, die transformiert wurden, sind nach unserem Verständnis von den Bestimmungen ebenfalls nicht erfasst. Dies ist wichtig und es braucht eine entsprechende Klarstellung.

Was die in Art. 2 Abs. 2 E-VSoTr aufgeführten Ausnahmen für Einfuhr- und Bearbeitungsmengen betrifft, so sind diese ungenügend mit den Bestimmungen des Art. 14 Abs. 2 E-VSoTr abgestimmt. Hierzu verweisen wir auf die Ausführungen zu Abschnitt 6 «Konsolidierung bei der Berichterstattung».

Art. 3 Abs. 3 E-VSoTr sieht vor, dass ein Unternehmen dokumentieren muss, wenn es ausschliesslich rezyklierte Metalle verwendet. Es ist klarzustellen, dass mit «dokumentieren» eine rein interne Dokumentationspflicht des betroffenen Unternehmens gemeint ist. Ausserdem müsste die Bestimmung so präzisiert werden, dass sie nur zur Anwendung gelangt, wenn die rezyklierten Metalle die Grenzwerte des Anhangs überschreiten. Gleichzeitig sollten Endprodukte klarer von den Bestimmungen ausgenommen werden, so namentlich bei Gold im Falle des Handels von Goldbarren, welche von professionellen und im Finanzmarkt anerkannten Edelmetallhändlern herausgegeben und mit entsprechender Prägung versehen und nummeriert sind, aber auch bei anderen Endprodukten, welche ohne zusätzliche Bearbeitung zur Verwendung oder zum Weiterverkauf bestimmt sind.

4 Dritter Abschnitt: Ausnahmen von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten im Bereich Kinderarbeit

Der Verordnungstext konkretisiert in diesem Abschnitt die vom Gesetz vorgesehenen Ausnahmeregelungen für kleine und mittlere Unternehmen sowie für Firmen mit geringen Risiken. Bezüglich der ersten Kategorie ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Definition für kleine und mittlere Unternehmen gemäss Art. 4 E-VSoTr nicht mit den Schwellenwerten gemäss Art. 964^{bis} Abs. 1 OR abgestimmt ist. Es sollten deshalb in Art. 4 lit. c E-VSoTr ebenfalls 500 – und nicht bloss 250 – Vollzeitstellen vorgesehen werden.

Bezüglich der zweiten Kategorie, «Firmen mit geringen Risiken», wird begrüsst, dass im Erläuternden Bericht zu Art. 4 und 5 E-VSoTr auf Seite 11 neben den Schwellenwerten die zwei weiteren Prüfschritte «Risikoeinstufung» und «Verdachtsprüfung» vorgesehen werden. Eine Definition des Risikos einer Unternehmensaktivität ausschliesslich basierend auf dem Land, indem diese Aktivität erfolgt, wird der Komplexität in den weltweiten Wertschöpfungsketten nicht gerecht. Je nach Branche unterscheidet sich die Risikolage auch in einem spezifischen Land erheblich.

Jedoch ist festzuhalten, dass die Prüfung und das Bestehen eines begründeten Verdachts auf Kinderarbeit Voraussetzung für die Unterstellung unter die Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten gemäss Art. 964^{quinques} OR sind. Art. 5 Abs. 1 E-VSoTr sowie Art. 8 E-VSoTr sind diesbezüglich zu wenig klar formuliert. Gemäss unserem Verständnis ist der Verdacht Bedingung für die Lieferkettenpolitik und das Risikomanagementsystem, nicht das Risikomanagementsystem Voraussetzung für die Identifizierung eines Verdachts. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, ist zudem explizit auch der gemäss Erläuterndem Bericht durchzuführende 3. Prüfschritt (die Verdachtsprüfung) in Art. 5 Abs. 1 E-VSoTr aufzuführen.

Es ist zu begrüssen, dass in Art. 5 Abs. 2 E-VSoTr von einem Swiss Finish bezüglich der Einordnung der entsprechenden Länderrisiken abgesehen und stattdessen mit der Referenzierung des UNICEF Children's Rights in the Workplace Index eine international abgestimmte Vorgehensweise angestrebt wird. Dieser Index stützt sich auf öffentlich verfügbare Länderdaten, Industriedaten und international anerkannte Indizes in verschiedenen Themenbereichen und umfasst aktuell 195 Länder.

Industrieprodukte können sich mitunter aus zahlreichen Komponenten von verschiedenen Herkunftsländern zusammensetzen. Unser Verständnis ist, dass hierzu die im Erläuternden Bericht auf Seite 13 zu Art. 5 E-VSoTr gemachte Einschränkung wesentlich ist, dass die Verdachtsprüfung auf Kinderarbeit auf das Produktionsland gemäss Herkunftsangabe ("made in") zu beschränken ist. Ohne diese Eingrenzung wäre die erforderliche Prüfung für die Unternehmen nicht mit vertretbarem Aufwand umsetzbar. Im Interesse der Rechtssicherheit soll dieser Grundsatz, der für Industrieunternehmen von grosser praktischer Bedeutung ist, ausdrücklich in der Verordnung festgehalten werden. Zudem soll konkretisiert werden, dass beim Bezug von Rohstoffen, bei denen naturgemäss keine «made in»-Bezeichnung vorliegt, das Ursprungsland der Rohstoffe als Ausgangspunkt für die Risikoprüfung dient.

5 Vierter Abschnitt: Ausnahmen von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten aufgrund der Einhaltung von international anerkannten gleichwertigen Regelwerken

Die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte sind die zentrale Referenz und der Gradmesser für die so genannten Sorgfaltsprüfungsprozesse zur nachhaltigen Bewirtschaftung der weltweiten Wertschöpfungsketten. Wir begrüssen daher, dass Unternehmen von den spezifischen Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten des indirekten Gegenvorschlages nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Verhinderung von Doppelspurigkeiten ausgenommen sind, sofern sie sich an ein international anerkanntes Regelwerk halten. Wir verstehen die Bestimmung dahingehend, dass sie in diesem Fall im Rahmen einer Erklärung (im Entwurf der Verordnung «Bericht» genannt) angeben müssen, an welche internationalen Standards sie sich halten, respektive auf welche Regelwerke sich ihre Sorgfaltsprüfung und die Berichterstattung stützt. Gleichzeitig soll diese in Art. 964^{quinques} Abs. 4 OR eingeführte Äquivalenzbestimmung in Art. 6 Abs. 1 E-VSoTr entsprechend stärker hervorgehoben werden.

Bezüglich der Sorgfaltspflichten für Mineralien und Metalle ist die in Art. 6 Abs. 1 lit. a E-VSoTr vorgenommene Referenz zum OECD-Leitfaden vom April 2016 für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Mineralien aus Konflikt- und Hochrisikogebieten (OECD-Leitfaden für Konfliktmineralien, einschliesslich aller Anhänge und Ergänzungen), respektive alternativ die Verordnung (EU) 2017/821, geeignet.

Ebenfalls sachgerecht ist die in Art. 6 Abs. 1 lit. b E-VSoTr erfolgte Bezugnahme auf das ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business vom 15. Dezember 2015 (ILO-IOE Child Labour Guidance Tool), respektive alternativ auf den OECD-Leitfaden vom 30. Mai 2018 für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln. Das Instrument der ILO ist aus unserer Sicht jedoch praxisorientierter und damit geeigneter für eine generelle Sorgfaltsprüfung im Bereich der Kinderarbeit als der OECD-Leitfaden.

Darüber hinaus regelt Art. 6 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 E-VSoTr einen Befreiungstatbestand, indem sich Unternehmen von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten nach Art. 964sexies und Art. 964septies OR befreien können, wenn sie die beiden ILO-Kernübereinkommen Nr. 138 und Nr. 182 verbindlich anwenden. Wir verstehen diesen Verweis dahingehend, dass Regeln, die sich an Staaten richten, nicht von den Unternehmen direkt befolgt werden können. Ansonsten bringt die Formulierung Rechtsrisiken mit sich, da von Unternehmen verlangt würde, die beiden ILO-Übereinkommen zu «erfüllen». Dies ist insofern nicht möglich, als die Staaten selbst und nicht die Unternehmen Adressat der ILO-Übereinkommen sind. Das ILO-IOE Child Labour Guidance Tool übersetzt indes die Anforderungen der an die Staaten gerichteten ILO-Übereinkommen in ein praxisorientiertes Regelwerk für die Unternehmen (siehe dazu: [Vorwort des ILO-IOE Child Labour Guidance Tools](#)). Indem als Bedingung für den Befreiungstatbestand ebenfalls die Erfüllung des ILO-IOE Child Labour Guidance Tool in der Verordnung gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 E-VSoTr gilt, werden die aus den Übereinkommen auf Unternehmen anwendbaren Aspekte bereits umgesetzt und es wird sichergestellt, dass sich deren Verhalten im Einklang mit den internationalen Übereinkommen befindet. Art. 6 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 E-VSoTr ist entsprechend zu streichen.

Darüber hinaus sollte die Verordnung die Handlungsfreiheit der Unternehmen dadurch wahren, dass sie für ihre Geschäftsmodelle oder ihr Risikoprofil passende und künftig auch andere, neu geschaffene international abgestimmte Regelwerke verwenden können. Zahlreiche Branchen haben hier bereits Regelwerke entwickelt oder sind daran, solche zu entwickeln. Art. 6 Abs. 1 E-VSoTr ist deshalb dahingehend zu ergänzen, dass die Unternehmen alternativ weitere Regelwerke anwenden können, sofern sie begründen können, dass das gewählte Regelwerk gleichwertig zu den referenzierten Standards oder für die spezifische Branche sogar besser geeignet ist.

Die internationalen Standards, welche in Art. 6 Abs. 1 E-VSoTr aufgeführt werden, sind Teil des sogenannten internationalen "Soft Law". Soft Law basiert auf einem prinzipienbasierten Ansatz, welcher sich aus übergeordneten Prinzipien, Absichtserklärungen sowie weiterführenden Implementierungsleitfäden zusammensetzt. So kommt Soft Law stets dann zur Anwendung, wenn sich ein Sachverhalt aufgrund der bestehenden komplexen Wechselwirkungen nicht in ein enges juristisches Korsett einbetten lässt. Die Formulierung des Art. 6 Abs. 2 E-VSoTr der Verordnung steht der Wesensart des Soft Law entgegen, indem er verlangt, dass der international anerkannte Standard regelbasiert «in seiner Gesamtheit» angewendet werden muss. Zudem geht die Verordnung mit diesem Wortlaut über den Gesetzestext von Art. 964^{quinquies} Abs. 4 OR hinaus. Diese Bestimmung sieht nämlich u.a. eine Ausnahme von den Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten vor, wenn sich Unternehmen «an ein international anerkanntes gleichwertiges Regelwerk [...] halten». Statt der jetzigen Formulierung ist in der Verordnung («wendet dieses in seiner Gesamtheit an») der Begriff von Art. 964^{quinquies} Abs. 4 OR («halten») zu verwenden.

Ausserdem sollte betreffend die Erklärung (im Entwurf der Verordnung «Bericht» genannt) gemäss Art. 6 Abs. 2 E-VSoTr deutlicher aus der Regelung hervorgehen, dass in diesem Fall die schweizerischen Vorschriften nicht zur Anwendung gelangen resp. kein Bericht nach Schweizer Recht geschrieben werden muss. Es ist klarzustellen, dass auf die Erklärung nach Art. 6 Abs. 2 E-VSoTr die Anforderungen von Art. 964^{septies} OR nicht anwendbar sind.

6 Fünfter Abschnitt: Sorgfaltspflichten

Die definierten unternehmerischen Sorgfaltspflichten basieren auf den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte und den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen. Sie beschreiben einen Prozessstandard. Es ist daher folgerichtig, dass das Gesetz – wie der Erläuternde Bericht auf Seite 15 auch ausführt – eine Bemühens- und keine Erfolgspflicht verlangt. Dieses Prinzip kennen auch die entsprechenden Regulierungen mit der Schweiz vergleichbarer Jurisdiktionen. Wie beschrieben wird, soll sich der vom Gesetzgeber angestrebte Zielzustand aus einem kontinuierlichen Einwirken von Sorgfaltspflichten und Erfüllungstransparenz auf das Spiel der Marktkräfte ergeben. Auch dieser Grundsatz ist für die Industrieunternehmen von grosser praktischer Bedeutung und soll deshalb ausdrücklich in der Verordnung festgehalten werden.

Des Weiteren ist richtig, dass der Bundesrat in der Verordnung beim Erlass der näheren Vorschriften für die Sorgfaltspflichten spezifische Anforderungen für den Aspekt der Kinderarbeit und den Bereich der Konfliktmineralien definiert. Der Beschaffungsprozess ist bei diesen beiden Aspekten derart unterschiedlich, dass er nicht mit den gleichen Prozessen erfasst werden kann. Während die Beschaffung von Mineralien und Metallen in Konfliktregionen einen klar abgrenzbaren Bereich darstellt – welcher zudem auf die erste Wertschöpfungsstufe eingegrenzt ist – handelt es sich bei der Kinderarbeit um eine bedeutend umfassendere Herausforderung, welche grundsätzlich alle Produkte, Tätigkeiten und Unternehmen über sämtliche Wertschöpfungsstufen bei den Lieferanten und Dienstleistungserbringern weltweit betreffen kann.

In Bezug auf die spezifischen Bestimmungen für die Lieferkettenpolitik (Art. 7 E-VSoTr) im Bereich Metalle und Mineralien wird ein fünfstufiges Verfahren vorgesehen, welches auf die UN-Leitprinzipien und die OECD-Leitsätze für «Multinationale Unternehmen» zurückgeht. Dieser Ansatz wird im Grundsatz begrüsst. Zur Sicherstellung der Praktikabilität der Bestimmungen schlagen wir bezüglich Art. 7 Abs. 1 lit. b E-VSoTr aber vor, im letzten Halbsatz festzuhalten, dass realistischerweise bloss ein «best effort»-Ansatz bezüglich der Integration der Lieferkettenpolitik in die Verträge mit den Lieferanten vorgesehen werden kann. Zudem ist bezüglich Art. 7 Abs. 1 lit. c E-VSoTr zu ergänzen: «Es befolgt die relevanten nationalen Gesetzgebungen [...]». Nicht zuletzt ist der Verweis auf den OECD-Leitfaden in Abs. 1 lit. c zu streichen. Ansonsten würde die Formulierung «Es befolgt [...] mindestens aber den OECD-Leitfaden für Konfliktmineralien» dazu führen, dass in der praktischen Auswirkung die Ausnahme von Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 E-VSoTr in jedem Fall zur Anwendung gelangt. Dies hätte einen Zirkelschluss zur Folge. Es verbleibt immer noch die Pflicht der Unternehmen, sich gemäss Abs. 3 an den Anhängen I und II des OECD-Leitfadens für Konfliktmineralien zu orientieren. Generell ist grundsätzlich zu klären, was unter lit. d mit „kommunizieren“ gemeint ist. Wir verweisen dazu auch auf unsere Ausführungen zu Abschnitt 6 „Konsolidierung in der Berichterstattung“.

Für die Lieferkettenpolitik (Art. 8) im Bereich Kinderarbeit ist ebenfalls eine aufeinander und miteinander verbundene und abgestimmte Abfolge von fünf Elementen vorgesehen. Art. 8 Abs. 1 lit. c E-VSoTr sollte dabei wie folgt ergänzt werden: «Es befolgt die relevanten nationalen Gesetzgebungen [...]». Wie bei Abschnitt 4 unserer Stellungnahme ausgeführt, erachten wir eine unmittelbare Anwendungspflicht der ILO-Kernübereinkommen Nrn. «138» und «182» für die Unternehmen als nicht sachgerecht. Der Zusatz bei Art. 8 Abs. 1 lit. c E-VSoTr ist deshalb entsprechend zu streichen. Bei Art. 8 Abs. 1 lit. d E-VSoTr soll ergänzt werden: «Es geht konkreten Hinweisen auf Kinderarbeit [...] nach». Dies ergibt sich bereits aus der Definition von «begründetem Verdacht auf Kinderarbeit» (Art. 1 lit. f E-VSoTr): «Verdacht auf Einsatz von Kinderarbeit, der auf konkreten unternehmensinternen oder -externen Hinweisen oder Anhaltspunkten beruht». Auch sollte klargestellt werden, was unter lit. d mit „kommunizieren“ zu

verstehen ist. Gerne verweisen wir dazu auch an dieser Stelle auf unsere Ausführungen zu Abschnitt 6 „Konsolidierung in der Berichterstattung“.

Was die Rückverfolgbarkeit der Lieferkette im Bereich der Kinderarbeit angeht (Art. 10 E-VSoTr), sollen die Verordnung und der Erläuternde Bericht nicht nur im Grundsatz, sondern auch explizit die Möglichkeit vorsehen, dass die Rückverfolgbarkeit schrittweise erreicht werden kann. Basierend auf einem risikobasierten Ansatz soll das entsprechende Managementsystem eine Priorisierung der Geschäftspartner sowie klar definierte Ziele und nächste Schritte für die progressive Identifizierung der Lieferkette vorsehen. Eine solche Vorgehensweise ermöglicht es den Unternehmen, wirksame Massnahmen für die identifizierten Risiken und negativen Auswirkungen zu treffen und damit einen Prozess zu entwickeln, welcher die Risiken optimal adressiert, ohne dass die vollumfängliche Rückverfolgbarkeit bereits jederzeit gewährleistet werden muss.

Entsprechend soll Art. 10 Abs. 2 lit. a und b E-VSoTr vorsehen, dass die durch das System bereitzustellenden Informationen sich auch auf eine Beschreibung des eingegangenen Prozesses zur Erstellung der Rückverfolgbarkeit beziehen können. Wichtige Elemente diesbezüglich sind beispielsweise die Darstellung der erfolgten Priorisierung der Produkte, Rohstoffe oder Komponenten, respektive der aktuelle Stand der Rückverfolgbarkeit, die Ziele und nächsten Schritte zur progressiven Identifizierung der Produktionsstätte sowie der Dienstleisterinnen und Dienstleister. Art. 10 Abs. 2 lit. a und b E-VSoTr ist entsprechend zu ergänzen.

Zudem sind die aktuell in Art. 10 Abs. 2 lit. a E-VSoTr aufgeführten Dokumentationspflichten dergestalt zu erweitern, dass diese auch in Bezug auf die Beschaffung von Rohstoffen Anwendung finden können: «Beschreibung des Produkts, des Rohstoffes oder der Dienstleistung». Wir empfehlen, den Hinweis auf den Handelsnamen zu streichen, da diese Bezugnahme in der Praxis für Verwirrung sorgen könnte, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass viele Unternehmen mehrere Produkte unter der gleichen Marke führen, respektive mehrere Kategorien mit den gleichen Inhaltsstoffen kennen. Bei Art. 10 Abs. 2 lit. b E-VSoTr ist des Weiteren auf Stufe Erläuternder Bericht zu präzisieren, dass in einigen Fällen bloss ein «best effort»-Ansatz bezüglich der Angabe des Namens und der Anschrift der Lieferantin oder des Lieferanten sowie der Produktionsstätten oder der Dienstleisterin oder des Dienstleisters des Unternehmens erwartet werden kann. Gerade bei der Beschaffung von landwirtschaftlichen Produkten dürfte es in vielen Fällen lediglich möglich sein, den Produzenten mittels GPS-Positionsbestimmung, respektive durch die Angabe der übergeordneten «Kooperative» zu verorten.

Schliesslich kann die Prüfung des Berichtes zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten bezüglich der Mineralien und Metalle durch eine unabhängige Fachperson, beispielsweise durch die Revisionsstelle, erfolgen.

7 Sechster Abschnitt: Konsolidierung bei der Berichterstattung

Die Sorgfaltspflichten werden im 5. Abschnitt unter Art. 7 – 13 E-VSoTr detailliert abgehandelt. Der 6. Abschnitt beschäftigt sich mit der Berichterstattung, beschränkt sich aber auf den Aspekt der Konsolidierung. Die Verordnung sieht keine inhaltlichen Vorgaben vor (vgl. dagegen Art. 964^{ter} OR für die nicht-finanziellen Belange). Gleichzeitig wird in der Verordnung in diesem Abschnitt an verschiedenen Stellen auf Veröffentlichungs- oder Dokumentationspflichten hingewiesen. Art. 7 Abs.1 lit. b E-VSoTr sowie Art. 8 Abs. 1 lit. b E-VSoTr legen beispielsweise fest, dass der Öffentlichkeit aktuelle Informationen über die vom Unternehmen umgesetzte Lieferkettenpolitik mitzuteilen sind. Art. 7 Abs.1 lit. d E-VSoTr und Art. 8 Abs. 1 lit. d E-VSoTr verlangen überdies, dass Massnahmen zur Vermeidung negativer Auswirkungen durch identifizierte Risiken getroffen werden und über die Ergebnisse kommuniziert werden muss. Art. 7 Abs. 2 E-VSoTr und Art. 8 Abs. 2 E-VSoTr weisen darüber hinaus darauf hin, dass angewendete Instrumente integral in der Lieferkettenpolitik aufgeführt werden müssen.

Da die Verletzung der Berichtspflichten gemäss Art. 325^{ter} StGB strafbar ist, sollte die Verordnung genauer spezifizieren, was die Berichterstattungspflicht umfasst, und dadurch mehr Rechtssicherheit

schaffen. Entsprechend sollte der 6. Abschnitt «Berichterstattung» heissen. Art. 14 E-VSoTr müsste dann die inhaltlichen Eckdaten des Berichts präzisieren. Der jetzige Art. 14 E-VSoTr würde neu Art. 15 E-VSoTr.

Bezüglich der inhaltlichen Eckwerte regen wir an, dass die öffentliche Berichterstattung bei den Konfliktmineralien bei Art. 7. Abs. 1 E-VSoTr in Anlehnung an die Verordnung (EU) 2017/821 und bei Kinderarbeit Art. 8. Abs. 1 E-VSoTr in Anlehnung an die Vorgaben der internationalen Reportingleitfäden von der Global Reporting Initiative (GRI), der UN und UNICEF eine Beschreibung der unternommenen Schritte zur Umsetzung der Pflichten zu enthalten hat. Die übrigen im Rahmen der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht in der Lieferkette erlangten und auf aktuellem Stand gehaltenen Informationen gemäss Art. 7 – 13 E-VSoTr sollen hingegen ausschliesslich intern zu dokumentieren sein – dies nicht zuletzt aus Gründen der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und anderen Wettbewerbsbedenken.

Falls ein Unternehmen zur Erstellung eines Berichts über nichtfinanzielle Belange gemäss Art. 964^{bis} Abs. 1 OR verpflichtet ist, soll die Möglichkeit bestehen, die Berichtselemente gemäss Art. 7 – 13 E-VSoTr in den Bericht gemäss 964^{bis} Abs. 1 OR zu integrieren, dies, damit es die entsprechenden Wünsche von Seiten der Investoren angemessen berücksichtigen kann.

Im Hinblick auf die Schaffung von Konsistenz bezüglich der nichtfinanziellen Berichterstattung für Ausnahmen bei Einfuhr- und Bearbeitungsmengen (Art. 2 Abs. 2 E-VSoTr) und der Konsolidierung bei der Berichterstattung (Art. 14 Abs. 2 E-VSoTr) ist anzumerken, dass gemäss Art. 964^{quinquies} OR die Sorgfalts- und Transparenzpflichten für jedes Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz gelten, wenn sie Zinn, Tantal, Wolfram oder Gold enthaltende Mineralien oder Metalle aus Konflikt- und Hochrisikogebieten («Konfliktmineralien») über einer vom Bundesrat festgelegten jährlichen Freimenge in den freien Verkehr der Schweiz überführen oder in der Schweiz bearbeiten.

Gemäss Art. 2 Abs. 2 E-VSoTr beziehen sich die Einfuhr- und Bearbeitungsmengen auf die gesamte Unternehmensgruppe, wenn ein Unternehmen gemäss Art. 1 lit. a. E-VSoTr ein oder mehrere andere Unternehmen kontrolliert.

Die Ausnahmen für Einfuhr- und Bearbeitungsmengen (Art. 2 Abs. 2 E-VSoTr) und die Konsolidierung bei der Berichterstattung (Art. 14 Abs. 2 E-VSoTr) sind dabei nicht konsistent geregelt und führen bei Unternehmen mit internationaler Struktur zu teils erheblichen Schwierigkeiten.

Nach Art. 14 Abs. 1 E-VSoTr muss ein Unternehmen, das zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung verpflichtet ist (Art. 963 OR), den Bericht gemäss Art. 964^{septies} OR als konsolidierten Bericht erstellen. Die Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten gelten aber unabhängig davon für jede einführende oder bearbeitende Gesellschaft einer Unternehmensgruppe. Schliesslich sieht Art. 14 Abs. 2 E-VSoTr vor, dass ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz keinen separaten Bericht verfassen muss, wenn es von einer juristischen Person mit Sitz im Ausland kontrolliert wird und diese juristische Person einen gleichwertigen Bericht erstellt. Eine entsprechende Ausnahmeregelung im Falle eines kontrollierenden schweizerischen Unternehmens ist nicht vorgesehen.

Dass die beiden Berichtspflichten nicht aufeinander abgestimmt sind, führt – je nach Konstellation – zu hochproblematischen und nicht auflösbaren Auflagen für die Unternehmen. Dies einerseits in Bezug auf die Pflicht, einen Bericht zu erstellen an sich, andererseits in Bezug auf die Schwellenwerte, welche diese Pflicht auslösen.

Wenn beispielsweise eine in der Schweiz nicht kotierte Muttergesellschaft und ihre in der Schweiz domizilierte Tochtergesellschaft Konfliktmineralien einführen, so kann dies dazu führen, dass die Muttergesellschaft einen konsolidierten Bericht bezüglich beider Gesellschaften erstellen und die nicht-konsolidierungspflichtige Tochtergesellschaft ebenfalls einen Bericht über die Einfuhrmenge der gesamten Unternehmensgruppe erstellen muss. Analog der Regelung zur nicht-finanziellen Berichterstattung

muss in diesem Fall die Befreiung der Tochtergesellschaft von der Berichterstattung vorgesehen werden. Dies kann durch eine Ausnahmebestimmung in Art. 14 Abs. 2 E-VSoTr erfolgen, welche vorsieht, dass ein Unternehmen, welches von einer juristischen Person in der Schweiz kontrolliert wird, keine selbständige Pflicht zur Berichterstattung hat.

In Fällen, in denen die Muttergesellschaft die Schwellenwerte nicht überschreitet, jedoch die Tochtergesellschaften die Pflicht zur Berichterstattung haben, sollte es der Muttergesellschaft ermöglicht werden, den Bericht ihrer Tochtergesellschaften im eigenen Namen und mit befreiender Wirkung für ihre kontrollierten Tochtergesellschaften zu erstellen. Damit werden Doppelspurigkeiten innerhalb der Unternehmensstruktur vermieden. Entsprechende Regelungen könnten unter Art. 2 Abs. 2 E-VSoTr, resp. Art. 14 Abs. 2 E-VSoTr vorgesehen werden.

8 Siebter Abschnitt: Inkrafttreten

Der indirekte Gegenvorschlag soll zusammen mit seiner Ausführungsverordnung auf den 1. Januar 2022 in Kraft treten. Angesichts der erheblichen Anpassungen, welche die Unternehmen im Hinblick auf die Umsetzung der neuen Regeln vorzukehren haben, ist nach Kenntnis des definitiven Verordnungstextes ausreichend Vorlauf für die Vorbereitung notwendig. Aus Sicht der Wirtschaft wird das Inkrafttreten daher dergestalt eingeordnet, dass das Gesetz auf den 1. Januar 2022 in Kraft tritt, das erste relevante Berichtsjahr und Jahr, in welchem die Sorgfaltsprüfungspflichten in der Praxis implementiert sein müssen, aber das Jahr 2023 ist. Für einige Mitglieder ist bereits diese Frist knapp. Die Unternehmen benötigen angesichts der anspruchsvollen Umsetzung auf jeden Fall ausreichend Zeit, sich auf die neuen Regeln vorzubereiten.

9 Weiterführende Anmerkungen

Zum Abschnitt «Transparenz über nicht-finanzielle Belange» (Art. 964^{bis} OR) des indirekten Gegenvorschlages sind gemäss Gesetz keine expliziten Ausführungsbestimmungen vorgesehen. Gleichwohl drängen sich bezüglich einzelner Bestimmungen Klärungen auf, um den Unternehmen die nötige Rechtssicherheit bei der Umsetzung dieser Bestimmungen zu gewähren. Sollten diese nicht auf Verordnungsebene (allenfalls auch im Rahmen einer weiteren Verordnung des Bundesrates) vorgenommen werden, gilt es zu prüfen, ob diese Punkte allenfalls in einem Begleitbericht, oder im Rahmen der Präsentation der Verordnung durch ein FAQ oder ähnliches konkretisiert werden könnten.

Während in der Richtlinie 2014/95/EU die Prüfmassnahmen «prozessbasiert» formuliert sind, ist bei Art. 964^{ter} Abs. 2 Ziff. 3 OR zusätzlich eine Bewertung der Wirksamkeit der ergriffenen Massnahmen bezüglich der impliziten Sorgfaltsprüfung vorgesehen. Im Erläuternden Bericht zum indirekten Gegenvorschlag zuhanden des Parlaments vom 19. November 2019 werden die internationalen Standards für die nicht-finanzielle Berichterstattung wie die GRI als Basis für die Berichterstattung referenziert. Bei diesen Standards sind jedoch keine eigentlichen Indikatoren für die «Wirksamkeitsprüfung» vorgesehen. Aus diesem Grund ist zu konkretisieren, dass der vom Gesetz geforderte Beleg für die Wirksamkeit der verfolgten Konzepte im Sinne einer qualitativen Gesamtbeurteilung erfolgen und von einer «Einzelfallprüfung» der Massnahmen abgesehen werden kann.

Stützt sich der Bericht auf nationale, europäische oder internationale Regelwerke, wie insbesondere die Leitsätze der OECD, so ist gemäss Art 964^{ter} Abs. 3 OR das angewandte Regelwerk zu nennen. Bei der Anwendung solcher Regelwerke ist zudem sicherzustellen, dass alle Vorgaben dieses Artikels erfüllt sind. Dieser Wortlaut impliziert, dass jedes Unternehmen individuell beurteilen muss, ob ein Regelwerk den Vorgaben des Artikels für die nicht-finanzielle Berichterstattung entspricht. Nach unserer Auffassung sollte sich diese Beurteilung objektivieren lassen, so dass entweder in der Verordnung oder in den Begleitmaterialien verbindlich definiert wird, dass z.B. ein nach GRI erstellter Bericht den Anforderungen genügt. Zudem ist klar festzuhalten, dass ein Unternehmen von den Berichterstattungspflichten gemäss Artikel 964^{ter} Abs. 1-2 OR befreit ist, wenn es sich an die Regelwerke gemäss Art 964^{ter} Abs. 3 OR hält.

Gemäss Art. 964^{quater} Abs. 1 OR bedarf der Bericht über nicht-finanzielle Belange der Genehmigung und Unterzeichnung durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan sowie der Genehmigung des für die Genehmigung der Jahresrechnung zuständigen Organs. Hier ist es zentral, dass klargestellt wird, dass die Abstimmung über die Berichte dem Modell des Vergütungsberichts folgt. D.h. die Aktionäre können die Berichte, resp. den relevanten Teil des Berichtes zwar bestätigen oder ablehnen, dies jedoch ohne eigentlich bindende Wirkung; die Generalversammlung kann nicht gestützt auf die Berichte ein Verhalten vom Verwaltungsrat verlangen. Es gehört zu den unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates, die Strategie des Unternehmens, einschliesslich der Nachhaltigkeitsstrategie und des Risikomanagements, festzulegen. Die Kompetenz kann nicht an die Generalversammlung wegdelegiert werden. Ferner ist dies auch aus Gründen der Praktikabilität in Bezug auf die Abstimmungsmodalitäten und die Rechtssicherheit sinnvoll.

Weiter soll ein Unternehmen wählen können, ob der Bericht über die nicht-finanziellen Belange als eigenständiger Bericht oder integriert in die reguläre Berichterstattung veröffentlicht wird.

Art. 325^{ter} des Strafgesetzbuches soll gemäss indirektem Gegenvorschlag dergestalt ergänzt werden, dass mit Busse bestraft wird, wer vorsätzlich in den Berichten gemäss den Artikeln 964^{bis}, 964^{ter} und 964^{septies} OR falsche Angaben macht oder die Berichterstattung unterlässt; respektive wer der gesetzlichen Pflicht zur Aufbewahrung und Dokumentation der Berichte gemäss den Artikeln 964^{quater} und 964^{septies} OR nicht nachkommt. Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu 50 000 Franken bestraft. Betreffend der „fahrlässigen Begehung“ ist eine praktikable Lösung zu finden, damit die Rechtssicherheit gewährt ist. Eine allfällig falsche Aussage muss subjektiv schuldhaft und objektiv in qualitativer und/oder quantitativer Sicht derartig falsch sein, dass sie einen erheblichen Einfluss auf die Gesamtbeurteilung der aktuellen Situation des Unternehmens in Bezug auf das berichtete Element ausübt.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Erich Herzog
Mitglied der Geschäftsleitung
economiesuisse

Denise Laufer
Mitglied der Geschäftsleitung
SwissHoldings

Sandrine Rudolf von Rohr
Stv. Leiterin Wettbewerb & Regulatorisches
economiesuisse

Julia Burkhalter
Fachreferentin Aussenwirtschaft und
Corporate Social Responsibility
SwissHoldings