

Rolf H. Weber

Sorgfaltspflichten in der Lieferkette

Neue gesetzgeberische Herausforderungen für die Schweiz

Im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags zur Konzernverantwortungsinitiative hat der Gesetzgeber (abgesehen von nicht-finanziellen Berichterstattungspflichten) neue themenspezifische Sorgfaltspflichten für Unternehmen, die in der Lieferkette dem Risiko von Kinderarbeit ausgesetzt sind, vorgesehen. Angesichts vorhandener «Schwächen» des Gesetzestextes ist es wichtig, dass die bevorstehende Verordnung offene Fragen klärt und damit zur Rechtssicherheit für die Betroffenen beiträgt.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht; Handelsrecht; Gesellschaftsrecht

Zitiervorschlag: Rolf H. Weber, Sorgfaltspflichten in der Lieferkette, in: Jusletter 29. März 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Sorgfaltspflichten: Traditioneller Ausgangspunkt
3. Neue themenspezifische Sorgfaltspflichten
4. Konkrete Sorgfaltsanordnungen für die Lieferkette
 - 4.1. Implementierung eines Managementsystems
 - 4.2. Ermittlung und Bewertung der Lieferkettenkriterien
 - 4.3. Rückverfolgung der Lieferkette
 - 4.4. Jährliche Berichterstattung
 - 4.5. Konsequenzen bei Verletzung von Sorgfaltspflichten
5. Handlungsbedarf für den Ordnungsgeber

1. Einleitung

[1] Der Begriff der Sorgfalt ist dem Recht in den vielfältigsten Bezügen bekannt. Menschliches Handeln hat zum Schutze anderer Individuen grundsätzlich sorgfältig zu erfolgen. Die Rechtsordnung bezieht sich aus diesem Grunde in den verschiedensten Zusammenhängen und in grundsätzlich allen Rechtsgebieten (Privat-, Straf- und öffentliches Recht) auf die Sorgfalt.

[2] Im Rahmen der Beratungen zur sog. Konzernverantwortungsinitiative hat der Nationalrat schon im Jahre 2018 einen indirekten Gegenvorschlag auf Gesetzesstufe (im Nachgang zu den bestehenden Rechnungslegungsvorschriften) ausgearbeitet, der verschiedene Kernanliegen der Initianten aufnahm, doch lehnte der Ständerat diese Vorlage ab. Unterstützt von der Justizministerin hat der Ständerat einen eigenen indirekten Gegenvorschlag ausgearbeitet, der weniger weit reicht, dafür am 19. Juni 2020 die Zustimmung beider Räte fand. Nach der Ablehnung der Volksinitiative am 29. November 2020 wird nun der ständerätliche indirekte Gegenvorschlag zum Zug kommen.¹

[3] Die neu in das OR eingefügten Bestimmungen bringen einerseits die Einführung zusätzlicher nicht-finanzieller Berichterstattungspflichten, die nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrages sein können.² Andererseits sind themenspezifische Sorgfaltspflichten vorgesehen, die hernach genauer erläutert werden. Unternehmen, deren Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung sich in der Schweiz befindet, müssen in der Lieferkette gewisse Sorgfaltspflichten einhalten, und zwar im Falle der Einfuhr von Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten sowie mit Blick auf mögliche Kinderarbeit (Art. 964^{quinquies} OR). In Frage stehen also nicht umfassende Sorgfaltspflichten, die alle Unternehmen betreffen, sondern Anforderungen zulasten von Unternehmen, zu deren Geschäftsaktivitäten die Einfuhr von Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten gehört, sowie Anforderungen mit Blick auf eine sozial als unerwünscht erachtete und damit zu vermeidende Erscheinung (nämlich die Kinderarbeit).

¹ Der neue OR-Text ist im Bundesblatt noch nicht publiziert, weshalb dessen Inkrafttreten derzeit nicht feststeht; zudem bleibt zu beachten, dass die heutige Artikelnummerierung mit lateinischen Bezeichnungen durch Buchstaben ersetzt wird (z.B. Art. 964^{quinquies} OR wird zu Art. 964j OR). Für einen Überblick zur Entstehungsgeschichte vgl. CHRISTINE KAUFMANN/RES SCHUERCH, Neue Regeln für Unternehmen: Berichterstattung und themenspezifische Sorgfaltspflicht, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Newsletter vom 17. Dezember 2020, 1 f.

² Vgl. eingehender dazu YEIM M. ATAMER/FLORIAN WILLI, CSR-Berichterstattungspflichten Ante Portas: Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, SZW 2020, 686 ff.; BARBARA A. HELLER/CHRISTOPH WENK BERNASCONI, Non-Financial Reporting nach Annahme des Gegenvorschlags zur KVI, Expert Focus 2021, 62 ff.

[4] Die künftig geltenden Gesetzesbestimmungen sind durch eine Verordnung zu konkretisieren. Angesichts der neuen Ausrichtung und Ausprägung des Sorgfaltsbegriffs ergibt sich ein besonderer Handlungsbedarf für den Verordnungsgeber, der nachfolgend auch unter einer rechtsvergleichenden Perspektive auszuloten ist.

2. Sorgfaltspflichten: Traditioneller Ausgangspunkt

[5] Eine zentrale Bedeutung nimmt die Sorgfalt im Auftragsrecht ein: Wer eine Aufgabe im Fremdinteresse ausführt, hat das Interesse des betroffenen Dritten in bestmöglicher Weise zu wahren. Art. 398 Abs. 2 OR spricht von der getreuen und sorgfältigen Ausführung des übertragenen Geschäfts, doch wird der Sorgfaltsbegriff vom Gesetz weder konkretisiert noch einheitlich verwendet.³ Die Lehre differenziert zwischen den Sinnbezügen der Sorgfalt, und zwar wie folgt:⁴ (i) Wahrnehmung der Sorgfalt bedeutet die zweckgerechte, zweckmässige und «richtige» Verfolgung des auftragsrechtlichen Tätigkeitsgebotes (objektive Richtlinie). (ii) Bei der Ausübung der Leistungspflichten stellt die Sorgfalt eine objektiviert zu beurteilende Verhaltensmaxime dar. An das Wirken des Beauftragten ist im Lichte des berufsspezifischen Durchschnittsverhaltens ein abstrakter Sorgfaltsmassstab anzulegen.⁵ Im Besonderen indiziert ein Verstoss gegen die in einem Qualitätsmanagement-System vorgesehenen Verhaltensanweisungen eine Sorgfaltswidrigkeit.⁶

[6] Die Sorgfalt ist auch ein zentraler Verhaltensstandard für die Tätigkeit von Gesellschaftsorganen, da sie (wie die Beauftragten) im Interesse Dritter tätig werden. Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR muss der Verwaltungsrat der AG die Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen. Die sorgfältige Ausführung der Tätigkeiten bedingt, diejenige Vorsicht walten zu lassen, die von einem vernünftigen Menschen in derselben Lage zu erwarten wäre.⁷ Zur Anwendung kommt ein objektivierter Verhaltensmassstab, der sich am Verhalten misst, das eine gewissenhafte, vernünftige und fachlich ausgewiesene Person in der gleichen Situation an den Tag legen würde.⁸

[7] Die kurz skizzierte gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflicht hat in den letzten Jahren eine neue Dimension erlangt, und zwar im Kontext von Klimawandel und Nachhaltigkeit. Organe von Gesellschaften sind gehalten, Risiken, die sich aus Verletzungen von Menschenrechten und aus Umweltschutzanforderungen ergeben, vorzubeugen und möglichst zu vermeiden. Diese Vorgaben entstammen internationalen Regelwerken, die ursprünglich zum sog. «Soft Law» gezählt, sich aber immer stärker in die Richtung von «Hard Law» entwickelt haben, insbesondere die 2011 «UN Guiding Principles on Business and Human Rights» und die 1976 «OECD Guidelines for Multinational Enterprises» in der stark erweiterten Fassung von 2011. Diese OECD Leitsätze sprechen die zu beachtenden Sorgfaltspflichten in verschiedensten Zusammenhängen an und empfehlen spezifisch in Kapitel VI den Unternehmen, ein Umweltschutz-Managementsystem (unter Einschluss der allgemeinen Sorgfaltskriterien) einzurichten. Eine Konkretisierung der Sorgfaltspflichten lässt

³ Vgl. BK-FELLMANN, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 398 N 16 ff.

⁴ Grundlegend schon vor über 30 Jahren ROLF H. WEBER, Sorgfaltspflicht – quo vadis?, ZSR 1988 I 39, 46 ff., 51 f., 58.

⁵ Vgl. BGE 127 III 328 E.3.

⁶ Vgl. MARTIN MOSER, Die Haftung für Dienstleistungen im Lichte eines zertifizierten Qualitätsmanagementsystems, AJP 1997, 181, 190.

⁷ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl. Bern 2020, § 18 Rz 1525.

⁸ BGE 139 III 24 E. 3.2 m.w.V.

sich insbesondere der detaillierten OECD Due Diligence Guidance von 2018 entnehmen.⁹ Diese international verankerten Sorgfaltspflichten stellen gleichsam eine Brücke zu den neuen OR-Bestimmungen dar.

3. Neue themenspezifische Sorgfaltspflichten

[8] Wie einleitend erwähnt, betreffen die durch Art. 964^{quinquies} und Art. 964^{sexies} OR eingeführten Sorgfaltspflichten nicht generell alle Unternehmen, sondern sie sind themenspezifisch ausgestaltet. Der Grund dafür liegt darin, dass in den erfassten zwei Bereichen vergleichbare Rechtsgrundlagen in der Europäischen Union (EU) oder in anderen europäischen Ländern vorliegen bzw. geplant sind.

[9] Angesichts der am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Konfliktmineralien-Verordnung der EU¹⁰ hat sich die Schweiz im Lichte einer erwünschten Rechtsharmonisierung veranlasst gesehen, weitgehend vergleichbare Bestimmungen auch in der Schweiz zu verankern (Art. 964^{quinquies} Abs. 1 Ziff. 1 OR). Ungeachtet der Tatsache, dass die neuen Normen für alle Unternehmen, die Konfliktmineralien importieren, gelten und damit für eine ganze Reihe schweizerischer Gesellschaften spezifische Herausforderungen mit sich bringen können, konzentriert sich der nachfolgende Beitrag auf den zweiten Themenbereich, nämlich die Sorgfaltspflicht im Kontext der Kinderarbeit, der grundsätzlich praktisch die ganze Breite der Wirtschaft betrifft.

[10] Sorgfaltspflichten gelten für diejenigen Unternehmen, die «Produkte oder Dienstleistungen anbieten, bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass sie unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden» (Art. 964^{quinquies} Abs. 1 Ziff. 2 OR). Sobald Produkte und Dienstleistungen, deren Angebot auf einer Lieferkette in die Schweiz hinein beruhen, in Frage stehen, wird also künftig der Aspekt der Kinderarbeit von den einheimischen Unternehmen zu beurteilen sein. Als Vorbild für den Ständerat diente das niederländische «Wet zorgplicht kinderarbeid» (WZK),¹¹ das indessen nicht wie geplant auf anfangs 2020 in Kraft trat, weil einerseits die notwendigen Ausführungsbestimmungen fehlen und andererseits die niederländische Regierung im Rahmen einer Gesamtevaluation ihrer Politik zur verantwortungsvollen Unternehmensführung die Entwicklungen auf der Ebene der EU abwarten will.¹² Für den Schweizer Verordnungsgeber stellt sich deshalb nun das Problem, dass er anders als ursprünglich geplant nicht auf eine schon bestehende «gesicherte» Gesetzesvorlage zurückgreifen kann, sondern (zumindest teilweise) selber die Regeln entwickeln muss. Nur der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass der Geltungsbereich des niederländischen Kinderarbeits-Gesetzes breiter umschrieben ist als derjenige der OR-Bestimmungen: Nicht nur Unternehmen mit Sitz oder Niederlassung in den Nieder-

⁹ OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, 2018, <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>; für einen allgemeinen Überblick vgl. auch KAUFMANN/SCHUERCH (Fn. 1), 2 f.

¹⁰ 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 2017 L 130/1 vom 19. Mai 2017.

¹¹ Wet van 24 oktober 2019 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 van het Koninkrijk der Nederlanden 2019, 401 ff.

¹² Vgl. auch KAUFMANN/SCHUERCH (Fn. 1), 3 und ATAMER/WILLI (Fn. 2), 688 m.w.V.

landen, sondern auch ausländische Unternehmen, die regelmässig Güter und Dienstleistungen niederländischen Endverbrauchern anbieten, sind dem Gesetz unterstellt (Art. 4 Ziff. 1 WZK).

[11] Mit Bezug auf den persönlichen Geltungsbereich der Unternehmen, die den Sorgfaltspflichten hinsichtlich möglicher Kinderarbeit unterliegen, zeigt sich, dass der unter einem grossen Zeitdruck vor der Abstimmung über die Konzernverantwortungsinitiative zustande gekommene Gesetzeswortlaut nicht mit der erwünschten Sorgfalt redigiert worden ist: Art. 964^{quinquies} Abs. 3 OR legt fest, dass der Bundesrat – in der noch ausstehenden Verordnung – festlegen kann, «unter welchen Voraussetzungen kleine und mittlere Unternehmen sowie Unternehmen mit geringen Risiken im Bereich Kinderarbeit nicht prüfen müssen, ob ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht». Eine solche «*De-minimis*-Bestimmung» ist nicht unüblich und auch nachvollziehbar. Bei der nicht-finanziellen Berichterstattung sieht Art. 964^{bis} Abs. 1 OR selber eine Umschreibung der von ihrer Beachtung befreiten kleineren und mittleren Unternehmen vor. Nicht sachgerecht wäre indessen, diese Bestimmung parallel (unbesehen) auch bei der Kinderarbeit in der Verordnung festzuschreiben,¹³ weil in einem solchen Fall mittlere Unternehmen mit erheblichen Kinderarbeitsrisiken in der Lieferkette ebenfalls von den Sorgfaltspflichten befreit würden, was dem gesetzgeberischen Grundgedanken, Kinderarbeit zu vermeiden, klar widersprechen würde.

[12] Ein weiteres gesetzgeberisches Problem betrifft den «Miteinbezug» internationaler Regelwerke. Die zentrale Bestimmung zu den Sorgfaltspflichten mit Bezug auf die Kinderarbeit (Art. 964^{sexies} OR) endet mit einer Delegationsnorm an den Bundesrat (Abs. 4), was als sachgerecht erscheint. Der Bundesrat hat sich beim Erlass der «näheren Vorschriften» an «international anerkannten Regelwerken, wie insbesondere den Leitsätzen der OECD», zu orientieren. Gleichzeitig legt Art. 964^{quinquies} Abs. 4 OR aber fest, dass der Bundesrat gemäss zu konkretisierenden Voraussetzungen diejenigen Unternehmen von den Sorgfaltspflichten ausnehmen kann, «die sich an ein international anerkanntes gleichwertiges Regelwerk, wie insbesondere die Leitsätze der OECD, halten». Der Bundesrat hat also die Sorgfaltspflichten anhand der OECD Leitsätze zu konkretisieren, kann aber gleichzeitig ein Unternehmen von der Einhaltung dieser Sorgfaltspflichten befreien, wenn es sich an dieselben hält.¹⁴ Angesichts dieses Wortlauts scheint ein gesetzgeberischer Zirkelschluss bzw. möglicherweise eine Vermischung von Sorgfaltspflichten und Berichterstattung vorzuliegen; diese Problematik bedarf in der bevorstehenden Verordnung dringend einer Klarstellung.

4. Konkrete Sorgfaltanordnungen für die Lieferkette

[13] Art. 964^{sexies} OR legt die Sorgfaltspflichten im Einzelnen fest. Als Vorbild für den Gesetzestext scheint die Konfliktmineralien-Verordnung der EU gedient zu haben, deren Grundsätze mit einzelnen Anpassungen sinngemäss auch auf die Kinderarbeit ausgeweitet worden sind. Mit Blick auf die Corporate Governance und die Compliance in den Unternehmen erscheinen die folgenden Aspekte als wesentlich:

¹³ Nach ATAMER/WILLI (Fn. 2), 694, spielt die Unternehmensgrösse bei der Kinderarbeit gar keine Rolle; diese Einschätzung ist kaum mit dem «und» im Gesetzestext in Einklang zu bringen.

¹⁴ Die Beratungen im Parlament scheinen diesem Aspekt keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt zu haben.

4.1. Implementierung eines Managementsystems

[14] Dem Begriff des Managementsystems im Gesetzeswortlaut von Art. 964^{sexies} Abs. 1 OR kommt eine «Dachfunktion» zu. Die Konkretisierungen in den Ziff. 1–3 dieses Absatzes betreffen insbesondere die Lieferkettenpolitik, gehen aber im Lichte der geforderten Risikobeurteilungen über eine enge Betrachtung des «Lieferweges» von Gütern und Dienstleistungen hinaus.

[15] Das Managementsystem ist eine Erscheinung, die im Kontext der unternehmerischen Compliance gebräuchlich ist. Jede Form von Compliance muss operative, strategische und regulatorische Elemente in Betracht ziehen; materiell geht es darum, die verschiedenen Aspekte in ein gesamtheitliches Konzept zu integrieren, das sachgerechte Steuerungsfaktoren enthält, risikooptimiert ist und mit Bezug auf quantitative Faktoren auch eine Messbarkeit erlaubt.¹⁵ Schon heute sind die Managementsysteme, insbesondere in grösseren Unternehmen, sehr umfassend; neben Aspekten des allgemeinen Gesellschaftsrechts sowie des Kartell- und Datenschutzrechts kommt nun noch eine weitere «Risikobeurteilungslinie» hinzu, und zwar mit Bezug auf die Kinderarbeit in der Lieferkette.

4.2. Ermittlung und Bewertung der Lieferkettenkriterien

[16] Die Unternehmen sind verpflichtet, die Risiken schädlicher Auswirkungen in der Lieferkette zu ermitteln und zu bewerten; «sie erstellen einen Risikomanagementplan und treffen Massnahmen zur Minimierung der festgestellten Risiken» (Art. 964^{sexies} Abs. 2 OR). Einzelheiten hinsichtlich der zu treffenden Vorkehrungen sind in den neuen Gesetzesbestimmungen mit Bezug auf die Kinderarbeit nicht erwähnt, nur für den Bereich der Konfliktmineralien festgehalten; der Verordnungsgeber wird insoweit sinnvolle Klärungen herbeizuführen haben.

[17] Der Referentenentwurf der deutschen Bundesregierung für ein Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten vom 15. Februar 2021¹⁶ ist in diesem Punkt wesentlich ausführlicher: § 4 umschreibt das Risikomanagement, § 5 führt die Risiken mit Bezug auf die Kinderarbeit detailliert auf und § 6 verpflichtet die Unternehmen zur Vornahme einer angemessenen Risikoanalyse. Weitere Elemente betreffen die Einrichtung und Bewertung von Präventions- und Abhilfemassnahmen sowie die Implementierung angemessener Sicherheitsstandards.

[18] In der Schweiz kommt der – wie erwähnt zwar problematisch ausgestaltete¹⁷ – Verweis auf die internationalen Regelwerke zum Zug, insbesondere auf die OECD Leitsätze. Obwohl die Konventionen der International Labour Organization (ILO) nicht ausdrücklich im Gesetzeswortlaut erwähnt sind, muss ihnen aber ebenfalls eine massgebliche Bedeutung zukommen, wie auch – ganz abgesehen davon, dass die OECD Leitsätze auf die Kernabkommen der ILO verweisen – das Bundesamt für Justiz in einem Begleitbericht zur Gesetzesvorlage festgehalten hat.¹⁸ So darf et-

¹⁵ Für weiterführende Hinweise dazu vgl. CHRISTIAN WIND, Leitfaden Compliance, Bern 2018, 45 ff. (Rz 110 ff.); ROLF H. WEBER, IT-Governance: unverzichtbar für jedes Unternehmen, in: Schulthess Manager Handbuch 2017, Zürich 2017, 37.

¹⁶ Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Liechtenstein, https://www.woek.de/fileadmin/user_upload/downloads/news/woek/2021_02_15_lieferkettengesetz_referentenentwurf.pdf.

¹⁷ Vgl. vorne Rz 12.

¹⁸ Bundesamt für Justiz, Transparenz bezüglich nicht-finanzieller Belange und Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit vom 19. November 2019, 20.

wa das Mindestalter zur Beschäftigung von Minderjährigen «nicht unter dem Alter, in dem die Schulpflicht endet, aber auf keinem Fall unter 15 Jahren liegen».¹⁹ Der Entwurf des deutschen Gesetzes zu den unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten enthält in § 5 ebenfalls genauere Hinweise zur Kinderarbeit. Eine entsprechende Konkretisierung dürfte in der bevorstehenden Verordnung erfolgen.

4.3. Rückverfolgung der Lieferkette

[19] Gemäss Art. 964^{sexies} Abs. 1 Ziff. 3 OR müssen die betroffenen Unternehmen ein «System» festlegen, «mit dem die Lieferkette zurückverfolgt werden kann». Die Rückverfolgbarkeit der Lieferkette ist ein zentrales Element der anzuwendenden Sorgfaltspflichten. Die neuen Gesetzesbestimmungen regeln indessen nicht ausdrücklich, wie weit die Rückverfolgung im Falle einer vielgliedrigen Lieferkette vorzunehmen ist, d.h. ob das Verhalten aller Beteiligten bis zum ursprünglichen Produzenten des Gutes zu ermitteln und zu bewerten ist. Eine besondere Herausforderung bei der Konkretisierung könnte darin liegen, dass der Bundesrat bzw. der Ständerat bewusst weniger weit gehen wollten als der Nationalrat, ohne aber die Vorgaben deutlich zu umschreiben. In diesem Punkt wäre eine Klärung durch den Verordnungsgeber sehr erwünscht.

[20] Der deutsche Referentenentwurf für das Gesetz zu den Sorgfaltspflichten in Lieferketten schlägt in diesem Punkt eine abgestufte (z.T. etwas komplexe) Verantwortungsregelung (§ 3, § 4 Abs. 1 Satz 2, § 6, § 7, § 8) vor.²⁰ Die höchsten Sorgfaltsanforderungen gelten offensichtlich für die «eigenen» Tätigkeiten, was in der Praxis, selbst bei Tochtergesellschaften im Ausland, die als Ausdruck der Konzernbetrachtungsweise miteinbezogen sind, keine unüberwindbaren Probleme verursachen sollte. Mit Blick auf die unmittelbaren Zulieferer sind die Anforderungen leicht geringer, bei den mittelbaren Zulieferern weiter abgeschwächt. Die abnehmende Verantwortung mit zunehmender Entfernung in der Lieferkette ist aus Unternehmenssicht zwar nachvollziehbar; indessen ist das Risiko nicht zu übersehen, dass in der Praxis nach dem ersten Zulieferer nicht mehr viel an Verantwortung übrig bleibt, und dies vor allem dort, wo die Risiken von Kinderarbeit tendenziell am gravierendsten sind (nämlich am Ursprungsort); d.h. von einer Erfassung der gesamten Lieferkette kann nicht gesprochen werden, weshalb die Vereinbarkeit des Gesetzesvorschlages mit den OECD Leitsätzen als zweifelhaft erscheint.

[21] Das französische Gesetz betreffend die «Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre» vom 21. Februar 2017 (sog. «Loi de vigilance»)²¹ formuliert die Verantwortung in der Lieferkette, die indessen nur für Grossunternehmen gilt, mit dem Wortlaut «directement ou indirectement» recht breit (Art. 233-3). Ob das Kriterium «relation commerciale établie» (d.h. eine regelmässige bedeutsame Geschäftsbeziehung) eine Einschränkung bewirkt, wird die praktische Anwendung in den nächsten Jahren zeigen. Eine erste Klage, wenn zwar wegen Zwangsarbeit, nicht wegen Kinderarbeit, hat die «Association des Oughours des France»

¹⁹ Art. 2 Ziff. 3 Übereinkommen Nr.138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung vom 26. Juni 1974; eine Ausnahme mit einem Mindestalter von 18 Jahren gilt, sofern die Arbeit voraussichtlich für das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit der Jugendlichen gefährlich ist (Art. 3 Ziff. 1 des Übereinkommens).

²⁰ Vgl. Fn. 16; dazu DAVID KREBS, Der Entwurf für ein Lieferkettengesetz – Immerhin ein Kompromiss, Verfassungsblog vom 21. Februar 2021, 3, <https://verfassungsblog.de/immerhin-ein-kompromiss/>.

²¹ Loi de vigilance, <https://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0924.asp>.

gegen Nike am 24. Februar 2021 eingereicht²² und wird nun von der französischen Justiz zu behandeln sein. Für den Ordnungsgeber in der Schweiz zeigt die Rechtsvergleichung, dass eine sorgfältige Redaktion der Ordnungsbestimmungen von grosser Bedeutung ist.

4.4. Jährliche Berichterstattung

[22] Gemäss Art. 964^{septies} Abs. 1 OR hat das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan jährlich Bericht über die Erfüllung der Sorgfaltspflichten zu erstatten. Diese Informations- und Transparenzpflicht besteht unabhängig von etwaigen nicht-finanziellen Berichterstattungspflichten.

[23] Hingegen hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, hinsichtlich der Erfüllung der Sorgfaltspflichten mit Blick auf die Kinderarbeit einen sog. «Third-Party-Audit» zu verlangen. Die Einhaltung der Sorgfaltspflichten ist nur bezüglich der Mineralien und Metalle aus Konfliktregionen importierenden Unternehmen durch eine unabhängige Fachperson zu prüfen (Art. 964^{sexies} Abs. 3 OR).

4.5. Konsequenzen bei Verletzung von Sorgfaltspflichten

[24] Eine Verletzung der Vorschriften betreffend die nicht-finanzielle Berichterstattung für alle Themenbereiche lässt sich gestützt auf die neue Bestimmung von Art. 325^{ter} StGB sanktionieren.²³ Hingegen hat der Gesetzgeber im Falle der Verletzung von Sorgfaltspflichten keine strafrechtliche Sanktionierung vorgesehen. Dieser Entscheid ist insoweit erstaunlich, als das niederländische Gesetz über die Sorgfaltspflichten, das als Vorbild für den Schweizer Gesetzgeber bezeichnet worden ist, im Kontext der Kinderarbeit sogar höhere Strafen ermöglicht, als dies bei den Berichterstattungspflichten der Fall ist.²⁴

[25] Die Verletzung von Sorgfaltspflichten kann aber privatrechtliche Konsequenzen auslösen. Materiell im Vordergrund steht das Lauterkeitsrecht: Durch die Nichtbeachtung von Sorgfaltspflichten (und die damit einhergehenden Kosteneinsparungen oder potentiellen Ertragsverbesserungen) vermag das betreffende Unternehmen einen unrechtmässigen Vorsprung zu erzielen, was lauterkeitsrechtlich relevant ist; die Lehre spricht dabei von der Ausnutzung des internationalen Rechtsgefälles als einem Tatbestand, der unter Art. 2 UWG fällt.²⁵ Ein Schweizer Unternehmen, das billige Produkte trotz begründetem Verdacht auf Kinderarbeit in der Schweiz zu besonders preisgünstigen Bedingungen vermarktet, lässt sich von Mitbewerbern gemäss Art. 9 UWG und ggf. vom Bund gemäss Art. 10 Abs. 3 UWG einklagen.²⁶ Ähnliche Lehrmeinungen werden im

²² Vgl. <https://www.franceinter.fr/monde/une-plainte-deposee-vontre-nike-pour-complicite-de-travail-force-envers-les-ouighours-opprimes>.

²³ Im Einzelnen dazu ATAMER/WILLI (Fn. 2), 698 m.w.V.

²⁴ Vgl. dazu Art. 7 Abs. 2 WZK (Fn. 11) i.V.m. Art. 23 Abs. 4 Wetboek van Strafrecht, der einen dreimal höheren Busenrahmen vorsieht als Art. 7 Abs. 1 WZK i.V.m. Art. 23 Abs. 4 Wetboek van Strafrecht, der im Falle fehlender bzw. unzutreffender Offenlegungspflichten greift.

²⁵ Eingehend dazu ROLF H. WEBER/ROMANA WEBER, Unlauteres Marktverhalten des Importeurs bei Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen durch ausländische Lieferanten?, GRUR Int. 2008, 899 ff.; RETO M. HILTY, in Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar zum UWG, Basel 2013, Art. 2 N 136 ff., N 142 ff.

²⁶ ATAMER/WILLI (Fn. 2), 700.

Übrigen auch im Kontext der Umweltverträglichkeit geäussert, etwa mit Bezug auf das Beispiel des sog. «Greenwashing».²⁷

[26] Kaufrechtlich wäre denkbar, bei Produkten, die auf Kinderarbeit beruhen, den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft zu rügen (Art. 197 OR); in der Praxis dürfte ein solcher Anspruch aber nicht im Vordergrund stehen, ausser wenn der Käufer eines entsprechenden Produkts von einem Dritten zur Rechenschaft gezogen wird.

[27] Gesellschaftsrechtlich ist eine Haftung der Organe für die Unterlassung von Verhaltens- und Organisationspflichten möglich; diese Verantwortung wird in neuerer Zeit insbesondere mit Blick auf den Klimawandel verstärkt diskutiert.²⁸ Immerhin kann fraglich sein, ob trotz Verletzung von Sorgfaltspflichten wirklich ein Gesellschaftsschaden entstanden ist.²⁹ Ausgeschlossen scheint zwar eine Schädigung der Gesellschaft nicht zu sein, nicht nur wegen möglicher Schadenersatzzahlungen an Kunden aus verletzten Kaufverträgen, sondern insbesondere wegen Reputationsschäden (z.B. Kosten zur Wiederherstellung der Reputation oder durch den angeschlagenen Ruf verursachte Umsatzeinbussen). Inwieweit es zu solchen Organhaftungsklagen kommt, bleibt in der Praxis künftig zu sehen; auf die Arbeit des Verordnungsgebers haben diese Überlegungen aber keinen Einfluss.

5. Handlungsbedarf für den Verordnungsgeber

[28] Die vorerwähnten Überlegungen zeigen, dass nicht nur wegen der Neuartigkeit der rechtlichen Themenstellung sowie der noch nicht wirklich gesicherten Rechtsentwicklungen in der EU und anderen europäischen Ländern die neuen OR-Bestimmungen zu den Sorgfaltspflichten mit Blick auf deren Umsetzung zu Herausforderungen führen, sondern dass auch die sehr kurzfristig zustande gekommene Gesetzesrevision offene Fragen zurücklässt und teilweise sogar gewisse «Widersprüche» aufweist. In einem solchen Umfeld ist der Verordnungsgeber besonders gefordert, Klärungen herbeizuführen, um für die Unternehmen ausreichende Rechtssicherheit zu schaffen.

[29] Mit dem Verordnungsentwurf, der noch die übliche Vernehmlassung zu durchlaufen hat, ist wohl im April 2021 zu rechnen. Folgende Aspekte verdienen dabei der besonderen Beachtung:

- Mit Bezug auf die Grösse der Unternehmen, welche die gesetzlichen Sorgfaltspflichten mit Blick auf die Kinderarbeit einzuhalten haben werden, ist das Verhältnis zwischen den «*De-minimis*»-Schwellenwerten für kleinere und mittlere Unternehmen sowie der Erfassung von Unternehmen, deren Lieferketten mit nicht geringen Kinderarbeits-Risiken «belastet» sind, zu klären.³⁰
- Der in den Gesetzestexten angelegte «Zirkelschluss», dass auf der einen Seite der Bundesrat die Sorgfaltspflichten anhand der OECD Leitsätze zu konkretisieren hat, aber gleichzeitig

²⁷ Vgl. ANDREAS HÖSLI/ROLF H. WEBER, Klimaklagen gegen Unternehmen, in: Jusletter 25. Mai 2020, N 13.

²⁸ ROLF H. WEBER/ANDREAS HÖSLI, Corporate Climate Responsibility – aktienrechtliche Haftungsrisiken für den Verwaltungsrat?, SJZ 2020, 605, 610.

²⁹ ATAMER/WILLI (Fn. 2), 701.

³⁰ Vgl. vorne Rz 11.

ein Unternehmen bei Beachtung dieser Leitsätze von der Einhaltung der entsprechenden Sorgfaltspflichten befreien kann, ist aufzulösen.³¹

- Einer genaueren Beschreibung in der Verordnung bedürfen die Vorgaben an die Konkretisierung des Risikomanagements und der Rahmenbedingungen für eine angemessene Risikoanalyse; z.T. lässt sich diese Konkretisierung durch Verweise auf internationale Regelwerke vornehmen, doch wäre es erwünscht, präzise bzw. klärende Vorgaben in die Verordnung aufzunehmen.³²
- Keine eindeutige Formulierung ist im Gesetzestext, auch mit rechtsvergleichendem Blick auf den deutschen Entwurf für ein Gesetz zu den Sorgfaltspflichten in den Lieferketten, zur wichtigen Frage zu finden, wie weit zurück eine intensive Beurteilung und Bewertung der Lieferkette, d.h. die detaillierte Rückverfolgbarkeit des «Lieferweges», zu realisieren ist.³³

[30] Gesamthaft betrachtet lässt sich somit die Prognose stellen, dass nicht nur die Verfasser der in Kürze zu erwartenden Verordnung, sondern auch die Rechtsgemeinschaft vor spannenden Aufgaben bei der Implementierung des indirekten Gegenvorschlages zur Konzernverantwortungsinitiative stehen. Die unter grossem Zeitdruck ausgearbeiteten Gesetzesbestimmungen zu den Sorgfaltspflichten von Unternehmen weisen gewisse «Schwächen» auf, die im Interesse der Rechtssicherheit, aber auch der Planbarkeit für die betroffenen Unternehmen angesichts der grossen Sensibilität des Themas Kinderarbeit in der Verordnung zu beseitigen sind.

Prof. Dr. ROLF H. WEBER, Professor für Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich und Rechtsanwalt in Zürich (Bratschi AG).

Alle Internetzitate sind am 9. März 2021 besucht worden.

³¹ Vgl. vorne Rz 12.

³² Vgl. vorne Rz 14/15.

³³ Vgl. vorne Rz 20/21.