







15.10.2020

EINSCHÄTZUNG DES SECOND REVISED DRAFT DURCH DIE SCHWEIZERI-SCHE ZIVILGESELLSCHAFT

Beitrag zum Mehrparteien-Austausch vom 16. Oktober 2020 zum UN-Abkommen zu Transnationalen Konzernen und Menschenrechten

1 ALLGEMEIN

Der Entwurf von 2020 hat gegenüber dem letztjährigen Entwurf deutliche Verbesserungen erfahren bezüglich Struktur, Sprache und Begrifflichkeit, Solidität und Präzision des Inhalts, gefundener Kompromisse sowie des Nutzens einzelner Bestimmungen. Neben minimen Verschlechterungen bleiben insbesondere verschiedene Mängel und Defizite bestehen; manche Themen und Details müssen noch integriert, verbessert bzw. gelöst werden. Alles in allem liegt jedoch ein guter Entwurf vor, der für direkte Verhandlungen am Text bereit ist.

2 VERBESSERUNGEN UND POSITIVE ASPEKTE

Die wichtigsten Verbesserungen und positiven Aspekte betreffen die folgenden Punkte:

- deutlich verbesserte und nun weitgehende Kohärenz mit den UNGPs
- kaum mehr Einschränkungen der internationalen Rechtsgleichheit durch Vorbehalte wie «subject to domestic law» oder «in accordance with domestic law»
- das Recht auf Sammelklagen
- das Verbot der Doktrin des forum non conveniens
- wesentlich breitere Gründe für die gerichtliche Zuständigkeit, einschliesslich der weitgehenden Einführung des forum necessitatis
- die explizite Erwähnung von Handels- und Investitionsabkommen im Artikel zur Konsistenz mit dem Völkerrecht, und die klare Unterscheidung zwischen existierenden und neuen Abkommen.

Dies sind wesentliche Errungenschaften, die es nicht mehr aufzugeben und deswegen zu verteidigen gilt.

3 MÄNGEL UND VORGESCHLAGENE VERBESSERUNGEN

Die wichtigsten Mängel und vorgeschlagenen Verbesserungen sind:

Art. 1 (Definitionen): Auch potentiell betroffene Personen oder Gruppen sollen tatsächlichen Opfern gleichgestellt und entsprechend in die Definition von «Opfern» aufgenommen werden, damit sie in den Genuss der entpsrechenden Rechte zu kommen. Dies würde die Entsprechung zu verschiedenen Verpflichtungen für Unternehmen bieten, die «potential human rights abuses» identifizieren (art. 6.2.a) und regelmässig gegenüber «potentially affected persons» (art. 6.2.d) kommunizieren müssen. Der Status von potentiell betroffenen

Personen als Opfer ist immerhin dahingehend schon angesprochen, als Opfer Klagen aufgrund Handlungen oder Unterlassungen erheben können, die in Menschenrechtsbeeinträchtigungen resultieren können (art. 9.1). In diesem Zusammenhang sei auch bezüglich Art. 4 (Rechte der Opfer) und 7 (Zugang zu Rechtsmitteln) angeregt, dass potentiell Betroffene das Recht haben sollen, **vorsorgliche Massnahmen** (einstweilige Verfügungen) zu verlangen und der Staat das Recht und die Pflicht, solche zu erlassen, um einen unmittelbar bevorstehenden Menschenrechtsverstoss abzuwenden.

- Art. 2 (Zweck): Entsprechend der Resolution 26/9 soll der Umgang mit transnationalen Wirtschaftsaktivitäten in der Zweckbestimmung eine zentrale Rolle spielen, um die ursprüngliche Zielsetzung der Resolution und des Abkommens bestmöglich beizubehalten.
- Art. 3 (Geltungsbereich): Die exklusive Ausrichtung auf Menschenrechtsverstösse durch (private oder öffentliche) Unternehmen schliesst **Menschenrechtsbeeinträchtigungen durch staatliche Organe** im Bereich transnationaler Wirtschaftsaktivitäten aus, wie z.B. bei der Gewährung von Land-, Bergbau- und Holzschlagkonzessionen, von Exportkrediten oder -risikoversicherungen, bei der Aushandlung von Handels- und Investitionsabkommen oder bei der öffentlichen Beschaffung. Die Ausklammerung von durch den Staat begangener Menschenrechtsverletzungen ist ein Punkt, den auch die SKMR-Analyse¹ kritisiert, allerdings nur in der Präambel. Das Abkommen soll deshalb folgendes beinhalten:
 - die Verpflichtung für Staaten, Menschenrechts-, Umwelt- und Genderverträglichkeitsprüfungen von öffentlichen Aktivitäten und Entscheiden im transnationalen Wirtschaftskontext durchzuführen (auch bei der Aushandlung von Handels- und Investitionsabkommen)
 - Haftbarkeit für die unterlassene oder ungenügende Durchführung von Verträglichkeitsprüfungen
 - entsprechende Rechtsmittel für Betroffene, insbesondere solche im Ausland
 - die Bestimmung, dass das Abkommen für alle Bereiche des Staates gilt, also auch für das öffentliche Beschaffungswesen, Exportkredit-/-risikoagenturen etc.
- Art. 3 (Geltungsbereich): Dieser Artikel behandelt die regulierten Subjekte (business enterprises) und die abgedeckten Rechte, aber nicht die Träger der Verpflichtungen. Währenddem die Vertragsstaaten offensichtlich Verpflichtungsträger sind, soll klargestellt werden, dass auch zwischenstaatliche Organisationen, einschliesslich der Internationalen Finanzinstitutionen, unter den Geltungsbereich fallen. Die Verpflichtungen der Staaten als Mitglieder solcher Organisationen wie die Verpflichtungen dieser Organisationen selbst sollen festgehalten werden.
- Art. 4 (Rechte der Opfer):
 - Bezüglich der Umweltrechte hat die SKMR-Analyse geklärt, dass die Formulierung gemäss Art. 1.2 «mit dem sachlichen Geltungsbereich der Konvention (Art. 3) vereinbar» sei, weist aber daraufhin, dass nicht klar sei, welche Rechte genau angesprochen werden. Bezüglich der Abhilfemassnahmen «Umweltsanierung» und «ökologische Wiederherstellung» in Art. 4.2.c verlangt die Analyse, dass diese Massnahmen mit einem Zusatz in Verbindung zu Menschenrechtsbeeinträchträchtigungen gebracht werden. Bei den in Art. 5.2 genannten Personen, die Menschenrechte und Umwelt verteidigen, soll in Abweichung zur SKMR-Analyse jedoch nicht die Umwelt gestrichen, sondern ebenfalls explizit in Zusammenhang mit Menschenrechten gebracht werden.
 - Der in Art. 4.2.f garantierte Zugang zu Informationen soll alle Dokumente einschliessen, die die Ermittlung aller Unternehmenseinheiten eines Konzerns einschliesslich seiner Geldgeber ermöglichen. Wo trotzdem Informationen zurückgehalten werden, soll der Richter widerlegbare Vermutungen zur Konzernstruktur zulassen können. Opfer sollen das Recht haben, jede Konzerneinheit auf der Grundlage von gesamtschuldnerischer Haftung einzuklagen (was auch Art. 8 zu Haftbarkeit betrifft).
- Art. 6 (Prävention): Der erste Schritt der Sorgfaltsprüfung die Ermittlung und Bewertung von Menschenrechtsverstössen soll unter Beteiligung betroffener Gruppierungen, einschliesslich von Belegschaften, erfolgen. Verträglichkeitsprüfungen und Konsultationen mit Betroffenen sollen nicht von den Unternehmen selbst, sondern auf unabhängiger Basis und in transparenter Weise durchgeführt werden.

Kaufmann, Christine und Ghielmini, Sabrina, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte SKMR, 2020: Das verbindliche UN-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten und die UNGP. Kurzkommentar zum dritten Konventionsentwurf. Zürich.

- Art. 7 (Zugang zu Rechtsmitteln): Die **Beweislastumkehr** soll nicht nur allenfalls, sondern zwingend im nationalen Recht unter genauen Anwendungsbedingungen vorgesehen werden.
- Art. 12 (Gegenseitige Rechtshilfe und internationale gerichtliche Zusammenarbeit):
 - Die Staaten sollen nicht eingeladen werden, Vereinbarungen über **gemeinsame Ermittlungen** abzuschliessen, sondern das Abkommen selbst soll alle notwendigen Bestimmungen enthalten, um als solche Vereinbarung für alle Vertragsstaaten zu fungieren.
 - Die internationale Strafverfolgung soll als dritte Säule neben Prävention und Zugang zum Recht mehr Gewicht erhalten, detaillierter geregelt und als eigener Zweck in Art. 2 (Zweck) aufgeführt werden. Es soll, wie von Südafrika in der 4. Session vorgeschlagen, ein internationaler Strafverfolgungsmechanismus eingerichtet werden.
- Art. 14 (Konsistenz mit völkerrechtlichen Grundsätzen und Instrumenten): Handels-, Investitions- und andere Abkommen sollen nicht nur «kompatibel» mit den Menschenrechtsverpflichtungen der Staaten sein, sondern es soll der eindeutige Vorrang der Menschenrechtsverpflichtungen über Verpflichtungen aus jeglichen andern Abkommen festgehalten werden.
- Art. 15 (Institutionelle Regelungen):
 - Ein ansehnlicher Teil der viel zu detaillierten Regelungen zum Ausschuss soll in ein Zusatzprotokoll ausgelagert werden. Der Ausschuss soll Mitglieder von Minderheiten und der Zivilgesellschaft enthalten. Er soll über Individualbeschwerden entscheiden, konkrete Fälle untersuchen, Länderbesuche abhalten, bei der nationalen Gesetzgebung Hilfe leisten und an Streitschlichtungsverfahren zwischen Staaten teilnehmen können.
 - Die **Vertragsstaatenkonferenz** soll eine zentrale und wichtige Rolle erhalten, insbesondere hinsichtlich der künftigen Weiterentwicklung des Abkommens, der Ausarbeitung von Zusatzprotokollen und der Einrichtung unterstützender Mechanismen wie z.B. eines Monitoringmechanismus.
 - Damit die vom Abkommen errichteten Institutionen mit genügend Ressourcen arbeiten können, soll ihre
 Finanzierung bereits im Abkommen geregelt werden.
- Art. 16 (Umsetzung): Die Verpflichtung zur Umsetzung in nationales Recht soll expliziter und detaillierter geregelt werden. Die Staaten sollen sich verpflichten, die nicht direkt anwendbaren Bestimmungen des Abkommens in nationales Recht umzusetzen, relevante Bestimmungen in die Nationalen Aktionspläne zu Wirtschaft und Menschenrechten (NAPs) aufzunehmen und die erforderlichen Institutionen für die Umsetzung und Erfüllung des Abkommens zu schaffen.

4 MÖGLICHE INTERVENTIONEN DER SCHWEIZ

Die Schweizer Delegation verfügt weiterhin nicht über ein Verhandlungsmandat. Sie wird deshalb gemäss Aussage des EDA keine bestimmte Position vertreten, aber gegebenenfalls Klärungsfragen stellen. In diesem Rahmen könnte sie die im Folgenden aufgeführten Punkte aufgreifen, insbesondere diejenigen, die auch die SKMR-Analyse benennt:

- Einschluss von Menschenrechtsbeeinträchtigungen von staatlicher Seite (human rights violations) in den Geltungsbereich (Art. 3)
- Klärung, welche Rechte genau mit «**Umweltrechten**» gemeint sind, und Herstellung des Zusammenhangs mit Menschenrechten in den Art. 4.2.c, 5.2. sowie auch 6.3.a (Umweltverträglichkeitsprüfungen)

Die Schweizer Delegation wird zudem diejenigen Punkte bei Bedarf unterstützen können, wo das SKMR eine Entsprechung zur Rechtslage in der Schweiz bzw. mit dem Völkerrecht festgestellt hat, indem sie die Übereinstimmung mit dem schweizerischen Recht erklärt:

- **Beweislastumkehr** (Art. 7.6)
- Strafbarkeit juristischer Personen (Art. 8.2 und 8.9), zumindest bezüglich der in Art. 102 Abs. 2 StGb aufgeführten originären Straftatbestände
- keine automatische Haftungsbefreiung aufgrund von Sorgfaltsprüfungen (Art. 8.8)
- Begründung der internationalen gerichtlichen Zuständigkeit über den Erfolgsort (Art. 9.1.a), den Handlungsort (Art. 9.1.b) oder den Sitz/Wohnsitz der beklagten Person (Art. 9.1.c)
- Definition des Sitzes von juristischen Personen über den statutorischen Sitz (Art. 9.2.b) und die Hauptverwaltung (Art. 9.2.c)

- **gerichtliche Notzuständigkeit** bei genügendem sachlichem Zusammenhang (Art. 9.5)
- Bestimmungen zur Verjährung (Art. 10)

Auf technischer Ebene dürfte das Fehlen des Mandats weniger einschränkend wirken. Hier könnte ein Schwerpunkt der Interventionen bei folgenden Punkten liegen, wie oben dargelegt:

- Institutionelle Regelungen (Art. 15):
 - zu ausführliche Bestimmungen zum Ausschuss
 - mangelnde Bestimmungen zur Vertragsstaatenkonferenz
 - fehlende Bestimmungen zur Finanzierung der Institutionen
- Umsetzung (Art. 16): detailliertere Regelungen zur Umsetzung in nationales Recht

Die Schweiz könnte sich weiterhin um die **Kohärenz mit den UNGPs** kümmern, aber sie wird dringend eingeladen, nur bei Widersprüchen zu intervenieren und nicht, wenn eine Bestimmung über die UNGPs hinausgeht oder in den UNGPs keine Entsprechung findet. Das Abkommen umfasst naturgemäss weitere Regelungsbereiche und berücksichtigt Entwicklungen, die seit der Verabschiedung der UNGPs eingetreten sind; zudem sind die UNGPs bei weitem nicht die einzige Grundlage oder der sakrosankte Massstab für das Abkommen.

Die Schweiz wird auch eingeladen, die Erwähnung **transnationaler Unternehmen** bzw. von Unternehmen mit transnationalen Aktivitäten nicht grundsätzlich in Frage zu stellen, wie dies die SKMR-Analyse an zahlreichen Stellen tut, sondern höchstens eine Übeprüfung anzuregen, bei welchen Bestimmungen deren Erwähnung sinnvoll sei. Die komplexen transnationalen Wirtschaftsbeziehungen und die damit verbundenen Schwierigkeiten beim Zugang zu Recht und Wiedergutmachung waren schliesslich der Auslöser für die Ausarbeitung des Abkommens.

Werden zumindest die oben aufgeführten Verbesserungen aufgenommen, kann das Abkommen zu einem starken Instrument werden. Weitere Verbesserungsvorschläge sind dem Dokument «Legally binding instrument on Transnational Corporations and Human Rights: Assessment of the Second Revised Draft» von FIAN Schweiz zu entnehmen.

file: Einschätzung 2nd Rev. Draft durch schw. Zivilgesellschaft save date: 15.10.2020 14:58:00