

Vierter Austausch zum UNO-Prozess für einen Vertrag zu Unternehmen und Menschenrechten

Organisiert vom EDA

16. September 2019

Einschätzung des bisherigen Prozesses und Analyse Revised Draft

Patricia Soltani, Universität Zürich/SKMR

A. Grundlagen

Für die Ausarbeitung der Konvention ist zentral, dass vorab folgende wichtigen Grundparameter geklärt werden:

- (1) Wie positioniert sich der Vertrag gegenüber den UN-Leitprinzipien und zum restlichen regulatorischen Umfeld?
- (2) Wer ist Adressat des Vertrags?
- (3) Welche Aktivitäten sollen konkret geregelt werden?
- (4) Bei welchen Punkten besteht Konsens, dass eine verbindliche Regelung in einem Staatsvertrag notwendig ist?

Obwohl der Revised Draft in Struktur und Sprache eine erhebliche Verbesserung zur Vorversion darstellt, lässt sich bei genauerer Betrachtung feststellen, dass die Klärung dieser Fragen nur in kleinen Schritten vorankommt.

1. Bezug zu den UN-Leitprinzipien / zum regulatorischen Umfeld

Neu nimmt die Konvention in der **Präambel** explizit auf die **UN-Leitprinzipien** Bezug (“Noting the role that the Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework have played in that regard”). Diese Bezugnahme sowie auch eine inhaltliche und sprachliche Angleichung entsprechen insbesondere auch dem Votum der Schweiz anlässlich der 4. Session. Dieser Schritt gibt Aufschluss darüber, dass diese Instrumente wohl tatsächlich, dem bisherigen Konsens entsprechend, komplementär zueinander bestehen sollen. Komplementär sind Instrumente, die sich wechselseitig ergänzen und ein gemeinsames Ziel haben. Wie diese Komplementarität konkret ausgestaltet werden soll, ergibt sich daraus freilich noch nicht. Dennoch ist sicher gerade die terminologische Angleichung ein sehr positiver Schritt in der Entwicklung der Konvention. Denn damit die beiden Instrumente sich in einem späteren Stadium allenfalls wechselseitig ergänzen können, müssen die Kernkonzepte übereinstimmen.

Obwohl in der Präambel neu nicht nur auf die UN-Leitprinzipien, sondern auch auf andere Abkommen und Prinzipien des Völkerrechts Bezug nimmt, bleibt es ein Mangel, dass der Prozess insgesamt wenig mit aktuellen regulatorischen Entwicklungen abgeglichen wird.

Während über die Konvention verhandelt wird, entsteht zum einen durch die Umsetzung der UN-Leitprinzipien durch Unternehmen und zum anderen aufgrund von Massnahmen im Rahmen der Entwicklung von nationalen Aktionsplänen eine reiche Praxis. Bekanntlich bestehen in einigen Ländern bereits auf Gesetzesstufe Regelungen zur rechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen (z.B. «loi de vigilance»). Diesen unterschiedlichen Entwicklungsstufen müsste mit **Flexibilität** begegnet werden.

2. Adressatenkreis und Geltungsbereich

Nach geltendem Völkerrecht sind nur Staaten unbeschränkte Völkerrechtssubjekte, Unternehmen grundsätzlich nicht. Deshalb wurde in den UN-Leitprinzipien der Begriff der Menschenrechtsbeeinträchtigung (durch ein Unternehmen begangen) vom Begriff der Menschenrechtsverletzung (durch einen Staat begangen) abgegrenzt. Der neue Konventionsentwurf spricht nun an den relevanten Stellen ziemlich einheitlich von «human rights violations and abuses», womit der Vertrag den Staaten vorgibt, welche Pflichten sie Unternehmen aufzuerlegen haben. Gebunden sind aber gemäss der Natur eines völkerrechtlichen Vertrags nur die beteiligten Staaten.

Mit der Frage des Adressatenkreises verbunden, ist der **Geltungsbereich** des Vertrags. Eine der grössten und augenfälligsten aller Änderungen ist, dass sich der Geltungsbereich der Konvention im Unterschied zum Zero Draft nicht nur auf Unternehmen mit transnationalen Aktivitäten, sondern grundsätzlich **alle Unternehmen** und deren wirtschaftliche Aktivitäten erstrecken soll (Art. 1 Revised Draft).

Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, auf welche Menschenrechte die Konvention Bezug nimmt (vgl. Art. 3 Abs. 3 Revised Draft: «This Legally Binding Instrument **shall cover all human rights**»). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch der aktuelle Entwurf immer wieder **umweltrechtliche** Normen einschliesst, obwohl aus rechtlicher Sicht nicht abschliessend geklärt ist, in welchem Verhältnis diese zu den Menschenrechten stehen (vgl. z.B. Art. 4 Abs. 5, Art. 5 Abs. 3 lit. a Revised Draft).

3. Jurisdiktion und extraterritorialer Geltungsbereich

Auch im neuen Entwurf ist eine extraterritoriale Anwendung vorgesehen. Problematisch ist dabei, dass neben die geltenden Anknüpfungskriterien der Inkorporation und des Sitzes eines Unternehmens für die Jurisdiktion eines Staates, das unübliche Kriterium substantielle Geschäftsinteressen («substantial business interest») hinzukommt. Daraus resultierende Folgefragen werden auch mit dem neuen Entwurf nicht gelöst. Insbesondere müsste die Konvention mit bestehenden Abkommen und nationalen Bestimmungen im **internationalen Privatrecht** abgeglichen werden. Sodann ist zu beachten, dass der Jurisdiktion im Strafrecht und im Zivilrecht unterschiedliche Konzepte zu Grunde liegen – eine Unterscheidung, die vorliegend nicht gemacht wird. Diesbezüglich hat sich der Entwurf also wenig weiterentwickelt.

Zu bemerken ist immerhin, dass die umstrittene Anwendung des Prinzips der universellen Zuständigkeit in Bezug auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen gestrichen wurde (Art. 10 Abs. 6 Zero Draft).

4. Konsens über verbindliche Regelung

Konsens unter den beteiligten Staaten ist die Grundlage eines jeden völkerrechtlichen Vertrages. Ein grosser Stolperstein für dieses Abkommen bleibt, dass das **Verhältnis der Konvention zum innerstaatlichen Recht** noch nicht überzeugend geregelt ist. So scheint bislang ein Grundsatzentscheid zu fehlen, ob mit der Konvention ein Rahmenabkommen mit einem Umsetzungsauftrag für das nationale Recht oder eine detaillierte und direkt anwendbare Regelung angestrebt wird. Ein grob umrissener Umsetzungsauftrag an das nationale Recht führt dazu, dass die angestrebte Einheitlichkeit schlussendlich nicht gewährleistet ist. Dagegen stellt es eine Herkulesaufgabe dar, einen Konsens über Haftungsvoraussetzungen zu erreichen, sodass diese aus rechtlicher Sicht genügend bestimmt sind. Will die Konvention den Anspruch erheben, die Voraussetzungen für die rechtliche Verantwortung abschliessend zu regeln, ist eine eindeutige und überschaubare Definition der einzelnen Elemente sowie der rechtlichen Konsequenzen unabdingbar. Bis jetzt enthält die Konvention Elemente beider Ansätze. So soll es Staaten freistehen, ob sie ein strafrechtliches, ein administratives oder ein zivilrechtliches Haftungsregime einführen wollen, wobei dann aber bei der Umsetzung doch einzelne sehr konkrete Bestimmungen zu berücksichtigen sind, die mit dem nationalen Recht nicht zwingend vereinbar sind. Beispiele sind die Haftungsvoraussetzungen oder die Beweislastumkehr; einige dieser strittigen Punkte wie die Einführung der Sammelklage oder die zwingende Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen wurden im Revised Draft hingegen fallen gelassen.

B. Rechtliche Konzepte

1. Beteiligungsformen

Im Unterschied zum Zero Draft ist die Beteiligungsform in Art. 1 Abs. 4 nun **einheitlich** definiert. Das Dokument weist diesbezüglich keine inneren Widersprüche mehr auf. Hingegen entspricht die Definition nach wie vor nicht den UN-Leitprinzipien.

Pro memoria: Gemäss den Leitprinzipien kann ein Unternehmen (i) durch eigene Aktivitäten Menschenrechtsbeeinträchtigungen verursachen, (ii) durch seine eigenen Aktivitäten dazu beitragen, (iii) mit solchen über die Geschäftstätigkeit unmittelbar verbunden sein, ohne selbst dazu beizutragen. Die durch die UN-Leitprinzipien entstehende und sich entwickelnde Praxis zu diesen Begriffen kann also nicht ohne weiteres auf diese neue/andere Definition angewendet werden. Es wäre klarer, auf die **Terminologie der Leitprinzipien** abzustellen und zu sagen, dass die dort definierten Beteiligungsformen in der Konvention gleich behandelt werden.

2. Prävention / Menschenrechtliche Sorgfaltspflicht

Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht soll gemäss Art. 5 Revised Draft diverse Massnahmen seitens der Unternehmen umfassen, welche den UN-Leitprinzipien entsprechen:

- die Identifizierung und Beobachtung von möglichen Risikofaktoren entlang der ganzen Produktionskette,
- die Verhinderung von Menschenrechtsbeeinträchtigungen durch konkrete Gegenmassnahmen sowie auch

- die regelmässige Information über die Resultate dieses Evaluationsprozesses gegenüber allen betroffenen Personengruppen.

Die Sorgfaltspflicht soll grundsätzlich unabhängig von der Grösse und Art eines Unternehmens bestehen, was dem Grundgedanken der Leitprinzipien entspricht. Der Zero Draft sah noch explizit die Möglichkeit vor, KMU von der gesetzlichen Regelung auszunehmen. Im neuen Entwurf ist nur noch von möglichen Anreizen, KMU die Umsetzung zu erleichtern, die Rede (Art. 5 Ziff. 6 Revised Draft).

Der Abschnitt über die Sorgfaltspflicht wurde im Vergleich zur Vorversion sprachlich an die UN-Leitprinzipien angeglichen. In einem entscheidenden Punkt geht die Konvention aber weiter. Die Leitprinzipien knüpfen unterschiedliche Rechtsfolgen an die Beteiligungsformen. Dieses Konzept wurde im aktuellen Entwurf nicht aufgenommen. Das Ausmass der Sorgfaltspflicht des Unternehmens soll also nicht von Nähe und Bezug des Unternehmens zu fraglichen Menschenrechtsbeeinträchtigungen abhängen (vgl. Art. 5 Ziff. 2 Revised Draft: «all persons conducting business activities»).

3. Haftung

Die Staaten sollen dafür sorgen, dass in ihrer nationalen Rechtsordnung eine zivil-, straf- **oder** verwaltungsrechtliche Grundlage für die Ahndung von Menschenrechtsbeeinträchtigungen durch Unternehmen besteht (Art. 6 Abs. 1 Revised Draft). Die Haftung knüpft an folgende Voraussetzungen an: Ein Unternehmen ist rechtlich zur Verantwortung zu ziehen, wenn eine durch das Unternehmen selbst oder seine Vertragspartner begangene Menschenrechtsbeeinträchtigung **nicht verhindert wird**, obwohl ein Unternehmen über ausreichende Kontrolle oder Aufsicht über den relevanten Ereignishergang verfügte, respektive eine solche Menschenrechtsbeeinträchtigung vorhersehbar war oder hätte sein sollen (Art. 6 Abs. 6 Revised Draft). Das Element der Vorhersehbarkeit findet sich auch im Leitprinzip 22 wieder, doch ist dort eine Wiedergutmachung des Unternehmens auf freiwilliger Basis vorgesehen.

Auch bei den Haftungsvoraussetzungen wird nicht zwischen verschiedenen Beteiligungsformen unterschieden. Deshalb und auch mit diesem Element des «failure to prevent» geht die Haftung weiter als bisherige Regelungen in diesem Bereich. Auch die Unternehmensstrafbarkeit in der Schweiz gemäss Art. 102 StGB geht weniger weit. Gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB besteht Unternehmensstrafbarkeit als subsidiäre Haftung, wenn wegen mangelnder Organisation die Tat keiner natürlichen Person zugeordnet werden kann. Für bestimmte Katalogtaten kann die Haftung des Unternehmens ausnahmsweise neben diejenige der natürlichen Person treten, wenn das Unternehmen nicht alle **erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren** zur Verhinderung einer solchen Straftat begangen hat (Art. 102 Abs. 2 StGB).

C. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der neue Entwurf in Bezug auf die Komplementarität zu den UNGP eine positive Entwicklung mit sich bringt. Eine grosse (und für die Praxis sehr relevante) Abweichung besteht jedoch in der unterschiedlichen Definition der Beteiligungsformen sowie der Rechtsfolgen, die daran geknüpft sind. Eine diesbezügliche Angleichung wäre aus Sicht des SKMR vorteilhaft.