



17.10.2017

## MEHRPARTEIEN-AUSTAUSCH ZUM NEUEN UN-INSTRUMENT ZU TNCS UND MENSCHENRECHTEN VOM 09.10.2017: AKTENNOTIZ

### TEILNEHMENDE

#### Bundesverwaltung:

Ehrich	Cordelia	Bundesamt für Justiz
Friedmann	Rémy	EDA, Abteilung Menschliche Sicherheit
Joubli	Amina	Seco
Müller	Benjamin	EDA, Ständige Mission bei der UNO in Genf
Spenlé	Christoph	EDA, Direktion für Völkerrecht

#### Zivilgesellschaft:

Matile	Laurent	Alliance Sud
Nanz	Michael	FIAN Schweiz für das Recht auf Nahrung
Suárez-Franco	Ana María	FIAN International
Suhner	Stephan	Arbeitsgruppe Schweiz-Kolumbien
Sutter	Alex	humanrights.ch
Wiedmer	Christoph	Gesellschaft für bedrohte Völker
Winkler	Doro	Fastenopfer

#### Rechtswissenschaft:

Bürgi Bonanomi	Elisabeth	CDE, Universität Bern
----------------	-----------	-----------------------

#### Moderator:

Mugglin	Markus	
---------	--------	--

### WICHTIGSTE AUSSAGEN

#### Bundesverwaltung

Die Schweiz wird an der 3. Session teilnehmen. Sie ist allerdings noch nicht bereit für eine inhaltliche Mitwirkung. Die Bundesverwaltung hat auch kein Mandat vom Bundesrat.

Für die Schweiz steht die weitere Umsetzung der UNGPs (einschliesslich Smart Mix) und des NAPs im Vordergrund, einschliesslich dessen Weiterentwicklung. Sie braucht neben diesen Instrumenten kein internationales verbindliches Instrument.

Der Bund will zuerst einmal die kommende Revision des NAP, die Abstimmung über die Konzernverantwortungsinitiative sowie die Ergebnisse von rechtswissenschaftlichen Studien und internationalen Entwicklungen abwarten. Solange will die Schweiz auf freiwillige Massnahmen von Seiten der Wirtschaft zur Vermeidung von Menschenrechtsverstössen setzen.

Die UNGPs brauchen noch mehr Zeit, um ihre Wirkung zu entfalten.

In Bezug auf das neue Instrument («Treaty») fürchtet die Bundesverwaltung weiterhin eine Polarisierung.

In den vorgelegten Textelementen bleibt offen, ob das Instrument nur für transnationale oder auch für nationale Unternehmen gelten solle.

Auf dogmatischer Ebene ergeben sich zahlreiche Probleme. Die direkte Erfassung privater Unternehmen durch das Instrument, d.h. die Zubilligung einer Völkerrechtssubjektivität, wäre sehr problematisch und ein Novum. Die Staaten sollen alleinige Verantwortungsträger bleiben.

Im Vordergrund steht diesbezüglich, dass gemäss dem hier diskutierten Konzept das internationale Abkommen den transnationalen Unternehmen direkte (völker-)rechtliche Pflichten auferlegen soll, d.h. Verpflichtungen, die in der Rechtsprechung der Vertragsstaaten oder vor einem internationalen Gericht direkt angewandt werden können. Gemäss dem geltenden Konzept des internationalen Menschenrechtsschutzes liegt die Verantwortung der Einhaltung völkervertraglicher Pflichten jedoch primär bei den Staaten («pacta sunt servanda»). Die Staaten verpflichten sich üblicherweise dazu, die im Vertrag niedergelegten Pflichten Dritter durch die nationale Gesetzgebung umzusetzen. Letztlich wird damit auch die äusserst umstrittene Frage eines potentiellen völkerrechtlichen Status transnationaler Unternehmen angesprochen.

Ein verbindliches Instrument stünde im Widerspruch zu den UNGPs und würde deren Wirkung schmälern bzw. die Entwicklungen der UNGPs und NAPs gefährden.

Bezüglich extraterritorialer Rechtsdurchsetzung ergeben sich neue Perspektiven, bei denen sich fragt, wieviel schon darüber reflektiert wurde. Zu beachten ist, dass auch schon viele Mechanismen vorhanden sind.

Auch nach Vorliegen der Textelemente verbleiben viele Unbekannte und der Mehrwert des Instruments bleibt offen. Es wird vielleicht seine Ziele nicht erreichen. Es ist auch völlig unklar, wieviele Staaten es ratifizieren werden. Die Schweiz wartet deshalb als Beobachterin ab, verfolgt aber die Entwicklung des Instruments genau.

Die Staatenpflichten sind schon in bestehenden Pakten und Konventionen festgelegt.

Es ist zu befürchten, dass Staaten die Entwicklung des neuen Instruments zum Vorwand nehmen, um keine NAPs auszuarbeiten.

Die Schweiz anerkennt, dass bezüglich des Zugangs zum Recht für Opfer ein Verbesserungsbedarf besteht. Es besteht die Tendenz, dass internationale Regelungen der wirtschaftlichen Globalisierung hinten nachhinken.

Es ist noch zu früh dafür, dass die Bundesverwaltung beim Bundesrat die Erteilung eines Verhandlungsmandats einholen könnte. Im Moment orientiert sich die Verwaltung an den Aussagen im NAP und der bundesrätlichen Botschaft zur Kovi.

Die Schweiz hat verschiedentlich betont, dass kein Rechtsgebiet den Vorrang vor einem andern haben kann (Menschenrechte vor Handels- und Investitionsrecht).

## **Zivilgesellschaft**

(Es handelt sich im Folgenden um die Aussagen der einzelnen Teilnehmenden, die nicht abschliessender Natur und nicht zwingend intern konsolidiert sind.)

Die Erfahrung vor Ort im globalen Süden zeigt, dass die UNGPs und andere bestehende Instrumente ungenügend sind für die Opfer von Menschenrechtsverstössen. Freiwillige Instrumente genügen nicht. Seit der Verabschiedung der UNGPs hat sich praktisch nichts geändert.

Das Instrument soll nur Staaten als menschenrechtliche duty bearers und nicht auch Unternehmen verpflichten. Die Textelemente äussern sich nicht klar dazu, ob die aufgeführten Pflichten transnationaler Unternehmen diesen direkt oder über nationales Recht auferlegt werden sollen. Das Instrument soll klar zwischen Staatenpflichten unter diesem Instrument und Pflichten Transnationaler Unternehmen unter nationalem Recht unterscheiden. Das Instrument soll die Pflichten letzterer definieren und die Staaten dazu anhalten, diese definierten Pflichten im nationalen Recht zu verankern. Bezüglich der Völkerrechtssubjektivität von TNCs scheinen zwischen Zivilgesellschaft und Bundesverwaltung nicht unbedingt grundsätzliche Differenzen zu bestehen.

Es ist unverständlich, dass die Schweiz angesichts der zahlreichen Fragen und Vorbehalte nicht inhaltlich aktiv an den Verhandlungen mitmacht und diese Punkte einbringen will. Gerade deswegen, und da eine spätere Prüfung der Ratifikation nicht ausgeschlossen werden kann, sollte sie das Instrument aktiv mitgestalten. Die Expertise der Schweiz würde den Prozess auch bereichern.

Die in bestehenden Pakten und Konventionen festgelegten staatlichen Schutzpflichten brauchen eine Konkretisierung bezüglich transnationaler Wirtschaftsaktivitäten und Menschenrechten im neuen Instrument.

Der Mehrwert des Instruments liegt u.a. darin, dass es die internationale Kooperation in Überwachung, Ermittlung, Strafverfolgung und Urteilsdurchsetzung fördern und vereinfachen sowie international einheitliche Standards z.B. bezüglich Straftatbeständen und Haftung setzen soll. Dies leisten die UNGPs und die unterschiedlichen NAPs nicht oder zumindest noch zu wenig. Unter letzteren verbleiben Haftungssoasen und Möglichkeiten für TNCs, der Strafverfolgung zu entgehen und straflos zu bleiben.

Ein weiterer Mehrwert des Instruments liegt in der entscheidenden Verbesserung des Zugangs zum Recht und zu Wiedergutmachung für Opfer von Menschenrechtsverstössen, durch Massnahmen wie z.B. Offenlegungspflicht für Informationen, Beweislastumkehr, Sammelklagen, Rechtsvertretung, Aufhebung des Corporate Veil und der Doktrin des forum non conveniens sowie rechtliche und finanzielle Unterstützung von KlägerInnen.

Von grösster Wichtigkeit ist die präventive Wirkung, die das Instrument entfalten kann.

Ein wichtiger, vom neuen Instrument anvisierter Grundsatz ist der Vorrang der Menschenrechte vor Handels- und Investitionsabkommen. Gerade die Erfahrung z.B. in Kolumbien zeigt, dass der Abschluss von Freihandelsabkommen, die nicht an den Menschenrechten ausgerichtet sind, den Frieden gefährden bzw. verunmöglichen, da sie den TNCs zuviel Spielräume und Macht lassen. Allerdings ist gerade dieses Anliegen dasjenige, das das Instrument am meisten gefährden dürfte und deshalb wohl als erstes aus dem Instrument gekippt werden wird.

Um zu verhindern, dass Opfer von Menschenrechtsverstössen durch nationale Unternehmen schlechter gestellt werden, könnte im Instrument eine Nichtdiskriminierungs-Klausel eingebaut werden, wonach Opfer nationaler Wirtschaftsaktivitäten keinen niedrigeren Schutz haben dürfen als denjenigen, den das neue Instrument den Opfern transnationaler Aktivitäten gewährt.

Der Bund agiert widersprüchlich: Einerseits fordert er als Voraussetzung für verbindliche Regulierungen im schweizerischen Recht eine internationale Abstimmung und Regulierung. Wenn sich andererseits eine Gelegenheit ergibt, auf internationaler Ebene gleich lange Spiesse zu schaffen, tritt er nicht darauf ein mit dem Argument, zuerst müssen nationale Entwicklungen wie etwa die Volksabstimmung über die Kovi abgewartet werden.

Zwischen der Ausarbeitung von NAPs und nationalen Regulierungen einerseits und dem entstehenden Instrument andererseits ist eine gegenseitige Dynamisierung zu erkennen. Die Instrumente verstärken sich eher als dass sie sich gegenseitig lähmen.

Das neue Instrument kann Lücken der UNGPs füllen, z.B. mehr Klarheit bezüglich der transnationalen Aspekte schaffen.

Das Instrument kann internationale Wettbewerbsgleichheit für Unternehmen schaffen. Dies würde bestehende Wettbewerbsnachteile bzw. -verzerrungen aufheben und neue verhindern, die durch bloss nationale Regulierungen entstehen. Gerade diesen Aspekt hat ja der Bundesrat gegen die Kovi ins Feld geführt.

Es fragt sich, ob die Bundesverwaltung sich nicht aktiv um die Erteilung eines Verhandlungsmandats durch den Bundesrat bemühen soll.

## **Rechtswissenschaft**

Das Narrativ betreffend die Treaty-Idee wurde von Beginn weg negativ gestaltet (Verhinderung der Umsetzung des UNGP-Prozesses, Polarisierung). Es hätte aber auch argumentiert werden können, dass der Treaty-Ansatz die Umsetzung des UNGP-Prozesses unterstützt (was sich teilweise wohl auch empirisch belegen lässt). Einer Polarisierung könnte die Schweiz ausserdem durch eine konstruktive Beteiligung am Prozess bewusst entgegenwirken.

Das neue Instrument wird wohl zu einem grossen Teil die staatlichen Schutzpflichten konkretisieren, die sich bereits aus den bestehenden Menschenrechtsverträgen ergeben. Dasselbe machen die UNGPs, die im Wesentlichen bestehende, verpflichtende Menschenrechtsstandards auslegen. Der Treaty würde diesem Auslegungsinstrument zu mehr Legitimität verhelfen. Völkerrecht entwickelt sich über die Zeit, wobei weniger verbindliche Instrumente regelmässig durch verbindlichere Instrumente abgelöst werden.

Der Inhalt des Treaty ist ausserdem noch nicht vorgegeben, sondern lässt sich unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips gestalten. Der von Ruggie ins Spiel gebrachte «Smart mix» ist eine 'Ausformulierung' des Verhältnismässigkeitsprinzips. Der Staat soll nur soweit eingreifen, als dies zur Zielerreichung nötig ist. Dieser Gedanken lässt sich auch in den Treaty-Prozess einbringen.

Die Frage der Verpflichtung Privater durch Völkerrecht wurde auch schon oft anlässlich der «UN Sub-Commission Draft Principles» von 2002 diskutiert, die ähnlich Ziele wie der UN Treaty verfolgten. Eine interessante Lektüre in diesem Zusammenhang ist die Studie «Beyond Voluntarism»<sup>1</sup>.

Das Instrument ermöglicht gerade die internationale Abstimmung, die der Bundesrat verschiedentlich als Voraussetzung für weitergehende Massnahmen auf schweizerischer Ebene gefordert hat.

---

<sup>1</sup> [http://www.ichrp.org/files/reports/7/107\\_report\\_en.pdf](http://www.ichrp.org/files/reports/7/107_report_en.pdf)

## **WEITERES VORGEHEN**

Die beteiligten zivilgesellschaftlichen Organisationen und die Vertretung der Rechtswissenschaft wünschen einen regelmässigen Mehrparteien-Austausch. Nächste Treffen könnten z.B. nach der 3. Session (zu deren Evaluierung), vor der HRC-Session im März oder Juni 2018 (Präsentation und Diskussion des Berichts aus der OEIGWG) und vor der 4. Session statt finden.

Die Bundesverwaltung signalisiert Zustimmung mit dem Hinweis, dass ein eigentlicher Mehrparteien-Austausch allerdings auch die Teilnahme von Wirtschaftsvertretern beinhalten sollte.