

«Sorgfaltspflichten-Richtlinie» der EU: rechtliche Tragweite und Implikationen für die Schweiz

Dr. Sian Affolter, Rechtsanwältin

Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.

Juni 2024

Cahiers fribourgeois de droit européen no 35
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 35

**Die «Sorgfaltspflichten-Richtlinie»
der EU: rechtliche Tragweite und Implikationen
für die Schweiz**

Dr. Sian Affolter, Rechtsanwältin

Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeures Samantha Besson, Astrid Epiney et Sarah Progin-Theuerkauf, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von den Professorinnen Samantha Besson, Astrid Epiney und Sarah Progin-Theuerkauf hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

Editeur / Herausgeber

Institut de droit européen / Institut für Europarecht
Avenue de Beauregard 11
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

www.unifr.ch/ius/euroinstitut

Juni 2024

Copyright chez les auteurs / bei den Autorinnen

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung und Problemstellung	1
§ 2 Die Sorgfaltspflichten-Richtlinie: ein Überblick.....	5
I. Hintergrund und Ziele.....	5
II. Persönlicher Anwendungsbereich	8
1. Erfasste «Primärunternehmen»	8
2. Reichweite der Verpflichtungen: Tochterunternehmen und Unternehmen in der Wertschöpfungskette	9
III. Rechtliche Tragweite der Sorgfaltspflichten-Richtlinie: ein Überblick	11
1. Sorgfaltspflichten	11
a) Einbeziehung der Sorgfaltspflicht in die Unternehmenspolitik und die Risikomanagementsysteme (Art. 7 RL)	12
b) Ermittlung und Bewertung tatsächlicher und potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 8 RL)	13
c) Priorisierung der ermittelten tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen (Art. 9 RL)	15
d) Verhinderung potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 10 RL)	16
e) Behebung tatsächlicher negativer Auswirkungen (Art. 11 RL)	18
f) Abhilfe für tatsächliche negative Auswirkungen (Art. 12 RL)	21
g) Weitere Pflichten (Art. 13-16 RL)	21
2. Eindämmung des Klimawandels	23
3. Durchsetzung.....	24
a) (Verwaltungsrechtliche) Aufsicht	24
b) Zivilrechtliche Haftung	26
IV. Zwischenfazit.....	27
§ 3 Die extraterritoriale Wirkung der Sorgfaltspflichten-Richtlinie – unter besonderer Berücksichtigung der Situation in der Schweiz ansässiger Unternehmen	29
I. Grundsatz und völkerrechtliche Zulässigkeit der extraterritorialen Wirkung	29
II. Zur extraterritorialen Wirkung ausgewählter anderer EU-Rechtsakte	31
1. Zur extraterritorialen Wirkung der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)	32
2. Zur extraterritorialen Wirkung des EU-Wettbewerbsrechts.....	34
3. Zwischenfazit	37
III. Die extraterritoriale Wirkung der Sorgfaltspflichten-Richtlinie und ihre Durchsetzung	37
1. Rechtsetzung	38
a) Völkerrechtliche Zulässigkeit	38
b) In der Schweiz konkret erfasste Unternehmen.....	39
2. Rechtsdurchsetzung in der Schweiz	40
a) Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Aufsicht.....	41
b) Durchsetzung der zivilrechtlichen Haftung.....	45

IV.	Zwischenfazit.....	50
§ 4	Zur Rechtslage in der Schweiz – <i>status quo</i> und Handlungsoptionen...	52
I.	<i>Status quo</i>	52
II.	Handlungsoptionen und ihre Implikationen	56
1.	Vollständiger Nachvollzug.....	57
2.	Teilweiser Nachvollzug.....	59
3.	Beibehaltung des <i>status quo</i>	61
4.	Zwischenfazit	63
§ 5	Zusammenfassung und Schlussbemerkung.....	66
I.	Zusammenfassung	66
II.	Schlussbemerkung.....	68
	Literaturverzeichnis	70
	Materialien	75
	Abkürzungsverzeichnis.....	76

§ 1 Einleitung und Problemstellung

1. Die Frage nach der **Regulierung der Aktivitäten grosser Unternehmen und Wirtschaftsakteure**, insbesondere in Bezug auf die Einhaltung gewisser Umweltstandards und menschenrechtlicher Garantien, wird sowohl in der Schweiz als auch in der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten sowie allgemein auf internationaler Ebene bereits seit einiger Zeit diskutiert. Hintergrund ist die seit einigen Jahrzehnten zu beobachtende sog. Globalisierung, welche einerseits dazu führt, dass zahlreiche Unternehmen in **verschiedenen Staaten** auch produzierend tätig sind, und andererseits vermehrt auf **globale Wertschöpfungsketten** zurückgegriffen wird. Aufgeworfen wird damit die Frage, wie mit dem Umstand umzugehen ist, dass nicht in allen Staaten **grundlegende Menschenrechte und Umweltstandards** beachtet und durchgesetzt werden, dies auch im Falle einschlägiger **völker(vertrags)rechtlicher Vorgaben** für die betreffenden Staaten, so dass gewisse international tätige Unternehmen oder ihre Zulieferunternehmen bzw. Vertragspartner mitunter gegen an sich verbindliche völkerrechtliche Vorgaben verstossen. Darüber hinaus wird auch diskutiert, ob und inwieweit selbst bei Fehlen völkerrechtlich verbindlicher Vorgaben international tätige Unternehmen (sowie indirekt auch ihre Zulieferunternehmen bzw. Vertragspartner) zur Einhaltung gewisser nationaler oder supranationaler Regelungen, die in ihrem Sitzstaat oder in dem Staat, in welchem sie wirtschaftlich tätig sind, gelten, verpflichtet werden sollen, dies auch soweit sie in anderen Staaten tätig sind.

2. In der **Schweiz** wurde die Thematik im Zuge der Lancierung der sog. Konzernverantwortungsinitiative (Initiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – Schutz der Menschenrechte und der Umwelt») – welche am 29. November 2020 zwar vom Volk angenommen, aber von einer Mehrheit der Stände abgelehnt wurde¹ – breit diskutiert.² Die Thematik wird aber in Kürze unter einem anderen Vorzeichen nochmals grosse Aktualität erlangen: Denn in der **Europäischen Union** sind die Arbeiten für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen inzwischen zu einem Abschluss gekommen: Nachdem die Kommission im Jahr 2022 einen entsprechenden Vorschlag

¹ Bundesratsbeschluss vom 19. April 2021 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 29. November 2020, BBl 2021 891.

² Zur aktuellen Rechtslage in der Schweiz im Zuge des Inkrafttretens des indirekten Gegenvorschlags im Einzelnen unten N 89 ff.

vorlegte,³ haben sich Rat und Parlament mit dem Text befasst.⁴ Obwohl sich im informellen Trilog eine Einigung abzeichnete,⁵ kam es seitens des Rates nochmals zu letzten Änderungen.⁶ Dieser Text wurde am 15. März 2024 vom Ausschuss der ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten, am 24. April 2024 vom Parlament und am 24. Mai 2024 vom Rat⁷ angenommen,⁸ so dass sie nach ihrer Veröffentlichung in Kraft tritt und von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist. Die Richtlinie dürfte auch bedeutende **Auswirkungen auf Drittstaaten wie die Schweiz bzw. dort ansässige Unternehmen** entfalten, dies einerseits, weil auch Unternehmen in Drittstaaten unter gewissen Voraussetzungen von der Richtlinie bzw. ihrer Umsetzungsgesetzgebung erfasst sind, andererseits, weil sich die Frage stellt, ob eine (gewisse) Anpassung an die zukünftige unionsrechtliche Regelung nicht auch aus anderen Gründen sinnvoll ist oder sein könnte.

Wie auch in anderen Bereichen stellt sich für die Schweiz nämlich regelmässig die Frage, ob eine «autonomer Nachvollzug» unionsrechtlicher Regelungen sachgerecht ist oder sein könnte bzw. den schweizerischen Interessen entspricht. Die hier relevanten Gründe können vielfältig sein und vom Interesse der Abwendung wirtschaftlicher Nachteile für schweizerische Unternehmen (insbesondere beim Zugang zum EU-Binnenmarkt) über ansonsten bestehende Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung sowie Vereinfachungen der durch Unternehmen zu beachtende Vorgaben bis hin zu «rein» politischen Gründen (z.B. die Wahrung des «guten Rufes» der Schweiz oder politischer Druck aus dem EU-Ausland) reichen.⁹

³ Vgl. COM(2022) 71 final.

⁴ Vgl. Ausschuss der Ständigen Vertreter, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 vom 30. November 2022, ST 15024/1/22 REV 1; Europäisches Parlament, Abänderungen zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 vom 1. Juni 2023, P9_TA(2023)0209. S. spezifisch zu den vom Rat vorgeschlagenen «Entschärfungen» des Kommissionsvorschlags *Heil*, ZfRV 2023, 99 ff.; s. weiter den Überblick bei *Gregor*, NR 2024, 31 ff.

⁵ Pressemitteilung des Rates vom 14. Dezember 2023, Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit: Rat und Parlament erzielen Einigung zum Schutz der Umwelt und der Menschenrechte, 1026/23.

⁶ Generalsekretariat des Rates, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 15. März 2024, ST 6145/24.

⁷ Abänderungen des Europäischen Parlaments zum Vorschlag der Kommission Richtlinie (EU) 2024/... des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Abänderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859, A9-0184/2023. Dieser Text wurde auch vom Rat angenommen.

⁸ Die Richtlinie wurde auf Art. 50 Abs. 1, Art. 50 Abs. 2 lit. g und Art. 114 AEUV gestützt und im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet (vgl. zum Verfahren Art. 294 AEUV).

⁹ Zum «autonomen Nachvollzug» z.B. *Oesch*, Schweiz – Europäische Union, 193 ff.

Im in dieser Untersuchung relevanten Bereich der Sorgfaltspflichten von Unternehmen ist zu beachten, dass die Schweiz Sitzstaat zahlreicher international tätiger multinationaler Unternehmen ist, die zwar ihren Hauptsitz in der Schweiz haben, aber auch über im Ausland tätige Konzernteile aktiv sind und über vielfältige Wertschöpfungsketten verfügen, in deren Rahmen auf zahlreiche weitere Unternehmen zurückgegriffen wird. Insofern ist die Thematik der Beachtung von Grund- und Menschenrechten sowie Umweltstandards auch bei ihren Aktivitäten im Ausland und durch ihre Vertragspartner hoch relevant.¹⁰

3. Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende Untersuchung einerseits – auf der Grundlage eines Überblicks über die **rechtliche Tragweite** der Richtlinie bzw. ihrer Vorgaben für die Mitgliedstaaten – die Frage klären, welche extraterritoriale Wirkungen sie entfaltet, dies unter besonderer Berücksichtigung der Situation in der Schweiz ansässiger Unternehmen sowie unter Einbezug von Aspekten der Rechtsdurchsetzung, so dass die **Implikationen der Richtlinie für die Schweiz** umfassend analysiert werden. Andererseits wird die **Rechtslage in der Schweiz** vergleichend skizziert und die sich für die **Schweiz ergebenden Handlungsoptionen** in Anbetracht der zukünftigen Rechtslage in der Union nach Inkrafttreten der Sorgfaltspflichten-Richtlinie werden aufgezeigt und (aus rechtlicher Sicht) bewertet.

Zu beachten ist dabei der Umstand, dass die Sorgfaltspflichten-Richtlinie noch nicht endgültig im Amtsblatt publiziert ist: Wie bereits erwähnt, unterbreitete die Kommission im Februar 2022 einen entsprechenden Vorschlag, welcher durch Rat und Parlament verschiedene Änderungen erfuhr.¹¹ Die Richtlinie – welche auf Art. 50 Abs. 1, Art. 50 Abs. 2 lit. g und Art. 114 AEUV gestützt wurde – musste im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden, so dass Rat und Parlament sich einigen mussten. Nachdem das Parlament der letzten Version, wie sie vom Ausschuss der ständigen Vertreter angenommen wurde, zugestimmt hatte, erfolgte am 24. Mai 2024 die Annahme durch den Rat, wobei die Richtlinie aber noch in allen Amtssprachen im Amtsblatt veröffentlicht (und mit einer Nummer versehen) werden muss. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden auf diese von **Parlament und Rat nun verabschiedete Version**¹² abgestellt, die als «Richtlinie» oder Sorgfaltspflichten-Richtlinie» bzw. – soweit auf einzelne Bestimmungen der Richtlinie Bezug genommen wird – als «RL» zitiert wird.

4. Damit erschliesst sich der **Gang der vorliegenden Untersuchung**: Ausgehend von der Skizzierung des Regelungsgehalts der Sorgfaltspflichten-Richtlinie (§ 2) wird die Reichweite ihrer extraterritorialen Wirkung analysiert (§ 3), bevor auf die Rechtslage in der Schweiz und die sich für diese ergebenden (legislativen) Handlungsoptionen eingegangen wird (§ 4). Eine Zusammenfassung

¹⁰ S. insoweit auch *Bundesrat*, Bericht Sorgfaltsprüfung, 2; *OECD*, Leitsätze, 17.

¹¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 4.

¹² Abänderungen des Europäischen Parlaments zum Vorschlag der Kommission Richtlinie (EU) 2024/... des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Abänderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859, A9-0184/2023.

der wesentlichen Ergebnisse sowie eine Schlussbemerkung runden die Untersuchung ab (§ 5).

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, welches die Verfasserinnen im Auftrag der Koalition für Konzernverantwortung erstellten. Inhaltlich handelt es sich um eine unabhängige Arbeit: Die Verfasserinnen wurden um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten. Dabei wurde die zu erörternde Rechtsfrage wie folgt formuliert:

«Vor dem Hintergrund der geplanten Richtlinie der EU über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (COM(2022) 71 final) soll das Rechtsgutachten die Implikationen dieser Richtlinie – deren Verabschiedung in Kürze zu erwarten ist – für die Schweiz klären. Im Vordergrund steht dabei einerseits die Frage, welche in der Schweiz ansässigen Unternehmen inwieweit von der neuen Richtlinie erfasst sein werden und andererseits die Problematik, ob und inwieweit die Durchsetzung der in der Richtlinie formulierten Vorgaben (wobei es im Wesentlichen um Haftung und Aufsicht geht) für in der Schweiz ansässige Unternehmen auf Grenzen stösst. Weiter soll auf die Implikationen eines (vollständigen oder partiellen) Nachvollzugs der Richtlinie bzw. des Verzichts auf einen solchen Nachvollzug eingegangen werden.»

Der Koalition für Konzernverantwortung sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die sehr angenehme Zusammenarbeit herzlich gedankt.

§ 2 Die Sorgfaltspflichten-Richtlinie: ein Überblick

5. Die Sorgfaltspflichten-Richtlinie soll **Unternehmen einer gewissen Grösse** sowie ihre Tochterunternehmen und weitere Unternehmen in der Wertschöpfungskette auf die (weitgehende) **Achtung von Grund- und Menschenrechten** sowie von Umweltstandards verpflichten; im Weiteren enthält sie Vorschriften über die **Haftung** im Falle des Verstosses gegen die sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen. Im Folgenden soll – ausgehend vom Hintergrund und den Zielsetzungen der Richtlinie (I.) – aufgezeigt werden, auf welche Weise dies umgesetzt bzw. erreicht werden soll, wofür einerseits der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie (II.), andererseits die Grundzüge des Systems (III.) entscheidend sind;¹³ auf dieser Grundlage kann ein kurzes Zwischenfazit gezogen werden (IV.).

I. Hintergrund und Ziele

6. Die Frage, ob und inwieweit das **(extraterritoriale) Verhalten grosser Wirtschaftsakteure** in Bezug auf den Schutz von Menschenrechten und der Umwelt reguliert werden soll, wird in der **Europäischen Union** und insbesondere in den einzelnen Mitgliedstaaten schon länger diskutiert.¹⁴ Dabei sind die diesbezüglichen Diskussionen insbesondere im Zusammenhang mit dem Bestreben nach einem erfolgreichen Übergang der Union zu einer klimaneutralen und grünen Wirtschaft gemäss dem *European Green Deal*¹⁵ und der Verwirklichung der *Sustainable Development Goals* (SDG) der Vereinten Nationen zu sehen.¹⁶ Vor diesem Hintergrund ist es nach Ansicht der Kommission unentbehrlich, dass die grossen, multinationalen Unternehmen umfassende (auch prozedurale) **Vorgaben zur Reduktion bzw. Minimierung der negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt durch ihre Geschäftstätigkeit** umsetzen, Nachhaltigkeitsaspekte in Unternehmensführungs- und Managementsysteme einbeziehen und u.a. die Menschenrechte, das Klima und die Umwelt bei geschäftlichen Entscheidungen berücksichtigen.¹⁷

¹³ Aus der Literatur zum Richtlinien-Entwurf z.B. *Stöbener de Mora/Noll*, EuZW 2023, 14 ff.; *Heil*, ZfRV 2023, 99 ff., jeweils m.w.N.

¹⁴ S. zur Entwicklung des unionsrechtlichen Rahmens der sog. CSR (*Corporate Social Responsibility*) *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, 180 ff.; *Stöbener de Mora/Noll*, EuZW 2023, 14, 15 (letztere auch mit Bezug zur Regelung in einzelnen Mitgliedstaaten).

¹⁵ COM(2019) 640 final.

¹⁶ S. COM(2022) 71 final, 1; zum Hintergrund auch *Ventura*, EBLR 2023, 239 ff. m.w.N.

¹⁷ S. COM(2022) 71 final, 1.

7. Auch auf **internationaler Ebene** sind – entsprechend den von der Kommission mit dem Richtlinie angestrebten Zielen – verschiedene Bestrebungen zu verzeichnen, welche den Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Aktivitäten Privater im Auge haben.¹⁸ So wurden im Rahmen der Vereinten Nationen bereits 2011 die rechtlich unverbindlichen **Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte**, welche vom UNO-Sonderbeauftragten für Menschenrechte und transnationale Unternehmen, *John Ruggie*, ausgearbeitet wurden, vom UN-Menschenrechtsrat angenommen.¹⁹ Diese beruhen auf drei Säulen, nämlich die staatliche Verpflichtung zum Schutz der Menschenrechte, die unternehmerische Verpflichtung zu deren Achtung und die Verpflichtung zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes (*protect, respect and remedy*).²⁰ Jüngst wurden zudem auch die **OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen** aufdatiert. Diese, ebenfalls auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruhenden Empfehlungen der Regierungen der OECD-Mitgliedstaaten an die Unternehmen, beinhalten seit 2011 Empfehlungen zum Schutz der Menschenrechte und seit Juni 2023 nun auch Empfehlungen im Zusammenhang mit dem Umwelt- und Klimaschutz.²¹ Allerdings beschränken sich die internationalen Dokumente bislang auf **unverbindliche Empfehlungen** oder Leitlinien, denen als Auslegungshilfe im Einzelfall aber durchaus auch eine gewisse normative Wirkung zukommen kann;²² der Abschluss eines verbindlichen völkerrechtlichen Vertrags auf diesem Gebiet ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.

8. Hingegen wird es in der **Europäischen Union** – so die Sorgfaltspflichten-Richtlinie angenommen wird, was voraussichtlich 2024 der Fall sein wird – eine rechtlich verbindliche Regelung geben. Zwar ist eine Richtlinie als solche grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar; jedoch sind die Mitgliedstaaten zu ihrer Umsetzung durch verbindliche Rechtsakte mit Aussenwirkung verpflichtet,²³ so dass es unionsweit einen **verbindlichen Rechtsrahmen für die Unternehmen**

¹⁸ Zu den Bestrebungen auf internationaler Ebene z.B. *Kaufmann*, URP 2023, 699 ff.; *Stöbener de Mora/Noll*, EuZW 2023, 14 f., m.w.N.

¹⁹ Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen, Resolution A/RES/17/4; s. dazu statt vieler *Spiesshofer*, Unternehmerische Verantwortung, 91 ff.; *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, 170 ff.

²⁰ *S. Ruggie*, EHRLR 2011, 127, 129.

²¹ OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, abrufbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_81f92357-en> (zuletzt besucht am 16. August 2023).

²² S. dazu *Kaufmann et al.*, Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, N 50.

²³ Im Einzelnen sind die genauen Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien aber durchaus komplex. Vgl., mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung, *Epiney*, Umweltrecht, 5. Kap., N 122 ff.

im Bereich der Beachtung und Durchsetzung von Menschenrechten und Umweltschutzvorgaben geben wird. In ihrem **Vorschlag für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf die Nachhaltigkeit** vom 23. Februar 2022 begründet die Kommission die Notwendigkeit einer verbindlichen Regelung mit dem Anliegen der Sicherstellung – auf der Ebene der Union – der (hinreichenden) effektiven Beachtung der Menschenrechte und der einschlägigen umweltrechtlichen Vorgaben, womit die entsprechenden Anliegen gefördert werden sollen.²⁴ Zum anderen aber spielt auch der Schutz des Binnenmarkts eine bedeutende Rolle: So stellt die Kommission fest, dass in den letzten Jahren in verschiedenen Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften bezüglich der Sorgfaltspflichten von Unternehmen geschaffen worden seien oder der Erlass solcher Vorgaben geplant sei.²⁵ Hiermit gehe eine Fragmentierung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Unternehmen im EU-Binnenmarkt einher und es bestehe die Gefahr, dass die Rechtssicherheit und die gleichen Wettbewerbsbedingungen nicht mehr gewährleistet seien.²⁶

9. Vor dem Hintergrund dieses gewissermassen **«doppelten» Motivs zum Erlass einer Regelung auf Unionsebene** nimmt die Kommission in ihrem auf Art. 50 Abs. 1, Art. 50 Abs. 2 lit. g und Art. 114 AEUV gestützten Vorschlag auf folgende **Zielsetzungen der Richtlinie** Bezug.²⁷

- Verbesserung der *Corporate Governance*-Praktiken, d.h. insbesondere eine bessere Integration von Risikomanagement und Verfahren zur Minderung von Risiken im Zusammenhang mit Menschenrechten und Umweltauswirkungen in die Unternehmensstrategien;
- Vermeidung einer Fragmentierung der Bestimmungen zu den Sorgfaltspflichten im Binnenmarkt und Schaffung von Rechtssicherheit;
- Erhöhung der Rechenschaftspflicht von Unternehmen für negative Auswirkungen ihrer Aktivitäten auf den Schutz von Menschenrechten und der Umwelt;
- Verbesserung des Zugangs zu Abhilfemassnahmen für die Betroffenen;
- Ergänzung anderer geltender oder vorgeschlagener Massnahmen im Zusammenhang mit bestimmten Herausforderungen oder Branchen als

²⁴ COM(2022) 71 final, 3.

²⁵ Vgl. die Hinweise in COM(2022) 71 final, dort Fn. 3; vgl. diesbezüglich auch den Überblick bei *Geisser*, plädoyer 6/22, 36, 38.

²⁶ COM(2022) 71 final, 3.

²⁷ Vgl. die Aufführung dieser Ziele in COM(2022) 71 final, 4.

horizontales Instrument, das sich auf Geschäftsprozesse konzentriert und auch für die Wertschöpfungskette gilt.

II. Persönlicher Anwendungsbereich

10. Mit der Sorgfaltspflichten-Richtlinie soll in erster Linie ein **horizontaler Rahmen** geschaffen werden, indem von Unternehmen (s. insoweit auch die Begriffsbestimmung in Art. 3 lit. a RL) einer gewissen Grösse die Achtung der Menschenrechte und der Umwelt gefordert und entsprechende Bemühungen auch gefördert werden sollen; hinzu kommen Haftungsregelungen. Hiervon direkt betroffen sein sollen die in **Art. 2 RL genannten Unternehmen** (1.). Darüber hinaus sind auch die Tätigkeiten von **Tochterunternehmen** und von **Unternehmen in der Wertschöpfungskette** erfasst (2.), womit diese «indirekt» – d.h. über ihre Beziehung zu den direkt vom persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfassten Unternehmen – ebenfalls unter den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen und damit zahlreiche ihrer Vorgaben zu beachten haben.

1. Erfasste «Primärunternehmen»

11. Nach Art. 2 Abs. 1 RL gilt die Richtlinie zunächst für ein nach den **Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründetes Unternehmen**,²⁸

- das im letzten Geschäftsjahr, für das ein Jahresabschluss angenommen wurde oder hätte angenommen werden müssen, durchschnittlich mehr als 1'000 Beschäftigte hatte und einen weltweiten Nettoumsatz von mehr als EUR 450 Mio. erzielte;
- das selbst die vorgenannten Schwellenwerte nicht erreichte, aber die oberste Muttergesellschaft einer Gruppe ist, welche die Schwellenwerte im letzten Geschäftsjahr, für das ein konsolidierter Jahresabschluss angenommen wurde oder hätte angenommen werden müssen, erreicht hat;
- das in der Union Franchise- oder Lizenzvereinbarungen gegen Lizenzgebühren mit unabhängigen Drittunternehmen geschlossen hat oder die oberste Muttergesellschaft einer Gruppe ist, die solche Vereinbarungen geschlossen hat, sofern diese Vereinbarungen eine gemeinsame Identität, ein

²⁸ Um juristische Personen einer bestimmten Rechtsordnung zu unterstellen, bestehen verschiedene Theorien. Die Kommission hat sich vorliegend, soweit ersichtlich ohne weitere Begründung, dazu entschieden auf die Inkorporationstheorie (und damit gerade nicht auf die Sitztheorie) abzustellen. S. zu den verschiedenen Theorien *Kley-Struller*, SZIER 1991, 163, 166 ff. S. zu dem entsprechenden Hinweis in Art. 54 AEUV auch die einschlägigen Kommentare zum AEUV.

gemeinsames Geschäftskonzept und die Anwendung einheitlicher Geschäftsmethoden gewährleisten und die Lizenzgebühren sich im letzten Geschäftsjahr auf mehr als EUR 22.5 Mio. beliefen. Zusätzlich muss das Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen weltweiten Nettoumsatz von mehr als EUR 80 Mio. erzielt haben oder die oberste Muttergesellschaft einer Gruppe sein, die diese Schwelle erreicht hat.

12. Darüber hinaus und neben diesem «innerterritorialen» Anwendungsbereich gilt die Richtlinie gemäss Art. 2 Abs. 2 RL aber auch für Unternehmen, die nach den **Vorschriften eines Drittstaats gegründet** wurden und im Geschäftsjahr vor dem letzten Geschäftsjahr die oben genannten Umsatzschwellen erreichten, wobei der geforderte Nettoumsatz im Falle von Drittstaatsunternehmen ausschliesslich in der Union erzielt worden sein muss.

13. Damit gelten sowohl für **EU- als auch Nicht-EU-Unternehmen** in Bezug auf den **Umsatz die gleichen Schwellenwerte**, wobei der fragliche Umsatz nur in Bezug auf Drittstaatsunternehmen ausschliesslich in der Union erzielt werden musste. In Bezug auf die **Anzahl Beschäftigter** sieht die Richtlinie jedoch nur im Zusammenhang mit EU-Unternehmen Schwellenwerte vor.

Diese Differenzierung begründet die Kommission mit einer fehlenden Regelung zur Definition von Beschäftigten in Drittländern. Entsprechend sei es mangels einer gemeinsamen Definition schwierig zu bestimmen, welche Unternehmen aus Drittländern in den Anwendungsbereich fallen, was eine wirksame Durchsetzung der Vorschriften verhindere.²⁹ Auf diese extraterritoriale Wirkung der Richtlinie wird sodann unten noch vertiefter eingegangen.³⁰

2. Reichweite der Verpflichtungen: Tochterunternehmen und Unternehmen in der Wertschöpfungskette

14. Die vom persönlichen Anwendungsbereich der Sorgfaltspflichten-Richtlinie erfassten Unternehmen sind nicht nur im Rahmen ihrer **eigenen Tätigkeit** für die Einhaltung zahlreicher Vorgaben der Richtlinie, insbesondere der Sorgfaltspflichten, verantwortlich, sondern gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a RL sind die Pflichten sowohl im Rahmen der eigenen Tätigkeiten der Unternehmen, der Tätigkeiten der **Tochterunternehmen**³¹ als auch der Tätigkeiten von

²⁹ COM(2022) 71 final, 20.

³⁰ N 50 ff.

³¹ Als Tochterunternehmen gelten gemäss Art. 3 lit. d RL i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. f RL 2004/109 (RL 2004/109 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, ABl. 2004 L 390, 38) sog. «kontrollierte Unternehmen». Hierunter fallen Unternehmen, an denen das «Mutterunternehmen» über die Mehrheit der

Geschäftspartnern in den «Aktivitätsketten» dieser Unternehmen zu beachten. Damit ist im Ergebnis dafür zu sorgen, dass auch letztere die betreffenden Vorgaben der Richtlinie einhalten, wobei hervorzuheben ist, dass diese Verpflichtung nur über die Verbindung zu den primär nach Art. 2 Abs. 1, 2 RL erfassten Unternehmen zum Zuge kommt und es somit um einen «vermittelten» oder «indirekten» Einbezug dieser Unternehmen in den Anwendungsbereich der Richtlinie geht.

Etwas verwirrend in der Formulierung der Richtlinie ist dabei, dass sich dieser Einbezug von Tochterunternehmen und Unternehmen der Wertschöpfungskette (nur) aus Art. 1 Abs. 1 RL – welcher den Gegenstand der Richtlinie umschreibt – ergibt.

15. Unter der «Aktivitätskette» werden gemäss Art. 3 lit. g RL einerseits die vorgelagerten Tätigkeiten von Geschäftspartnern im Zusammenhang mit der Produktion von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen (*upstream*) und andererseits die nachgelagerten Tätigkeiten von Geschäftspartnern im Zusammenhang mit dem Vertrieb, Transport und Lagerung des Produkts, sofern die Geschäftspartner diese Tätigkeiten für oder im Namen des Unternehmens ausüben (*downstream*), verstanden.³² Damit weist die Sorgfaltspflichten-Richtlinie eine durchaus bemerkenswerte Reichweite auf.³³

16. Die Ausdehnung der Verpflichtungen der vom persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfassten Unternehmen auf Tochterunternehmen und Geschäftspartner entlang der Aktivitätskette bringt ebenfalls – über die bereits in Art. 2 Abs. 2 RL vorgesehene extraterritoriale Wirkung hinaus – eine (indirekte) **extraterritoriale Wirkung** mit sich, dürften damit doch viele Drittstaatsunternehmen (unabhängig von ihrer Grösse, so dass auch kleine und mittlere Unternehmen betroffen sind) letztlich gehalten sein, die in der Richtlinie festgehaltenen Sorgfaltspflichten zu beachten und negative Auswirkungen auf die Umwelt oder Menschenrechte zu vermeiden oder zu beheben, obschon sie selbst nicht direkt Adressat oder Adressatin der Richtlinie sind.

Eine gewisse «politische Brisanz» besteht in diesem Zusammenhang insbesondere dann, wenn der Sitzstaat der betroffenen Unternehmen selbst nicht Vertragsstaat der im Anhang der Richtlinie

Stimmrechte verfügt (gegebenenfalls aufgrund einer Vereinbarung mit anderen Aktionären bzw. Gesellschaftern,) bei denen das Mutterunternehmen das Recht hat, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzurufen oder auf die das Mutterunternehmen beherrschenden Einfluss oder die Kontrolle ausübt oder zumindest ausüben kann (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. f RL 2004/109/EG).

³² S. auch *Stöbener de Mora/Noll*, EuZW 2023, 14, 18 zum Kommissionsvorschlag, der noch auf den Begriff der «Wertschöpfungskette» abstellte.

³³ Vgl. zur Reichweite der bestehenden nationalen Gesetzgebungen sowie derjenigen des Kommissionsvorschlags *Lafarre*, EBLR 2023, 213, 215 ff.

aufgeführten Abkommen ist, welche die negativen Auswirkungen definieren und damit letztlich die zu beachtenden Sorgfaltspflichten umreißen.³⁴

III. Rechtliche Tragweite der Sorgfaltspflichten-Richtlinie: ein Überblick

17. Die Sorgfaltspflichten-Richtlinie geht davon aus, dass freiwillige Massnahmen nicht zu hinreichend umfangreichen branchenübergreifenden Verbesserungen bezüglich der Achtung der Menschenrechte und des Umweltschutzes im Zusammenhang mit unternehmerischen Tätigkeiten geführt haben.³⁵ Die Richtlinie soll daher sicherstellen bzw. dazu beitragen, dass im EU-Binnenmarkt tätige Unternehmen zur nachhaltigen Entwicklung und zur Nachhaltigkeitswende der Volkswirtschaften und Gesellschaften beitragen, indem sie potenzielle oder tatsächliche negative **Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt** im Zusammenhang mit der eigenen Geschäftstätigkeit, ihren Tochterunternehmen und ihren Wertschöpfungsketten ermitteln, vermeiden, abschwächen, beheben und minimieren (Erw. 16 RL). Die Richtlinie legt hierzu entsprechende Pflichten der Unternehmen fest bzw. verpflichtet die Mitgliedstaaten, entsprechende Vorgaben im Rahmen der Richtlinienumsetzung zu verankern (die sog. **Sorgfaltspflichten**, unten 1.). Darüber hinaus und damit ausserhalb des Kanons dieser eigentlichen Sorgfaltspflichten haben die Mitgliedstaaten auch eine Pflicht der Unternehmen zur **Mitwirkung bei der Eindämmung des Klimawandels** vorzusehen (2.). Betreffend die **Durchsetzung** dieser Pflichten (3.) sieht die Richtlinie zum einen Vorgaben bezüglich der **behördlichen Aufsicht** vor. Neben dieser «öffentlich-rechtlichen Schiene» enthält die Richtlinie zum anderen auch Bestimmungen bezüglich der **zivilrechtlichen Haftung** für Verstösse gegen die Verpflichtungen zur Vermeidung potenzieller und Behebung tatsächlicher negativer Auswirkungen.

1. Sorgfaltspflichten

18. **Art. 5 Abs. 1 RL** formuliert überblicksartig die Bereiche bzw. Massnahmen, welche die Mitgliedstaaten zu ergreifen haben, damit die Unternehmen (sowie ihre Tochterunternehmen und die erfassten Unternehmen der Aktivitätskette)³⁶ ihren in Art. 7–16 RL aufgeführten **Sorgfaltspflichten** in den Bereichen Menschenrechte

³⁴ Vgl. etwa die Ausführungen im Zusammenhang mit den USA bei *Enriques/Gatti*, Oxford Business Law Blog vom 21. April 2022.

³⁵ COM(2022) 71 final, 2 f.; vgl. aus der Lehre diesbezüglich auch *Lafarre*, EBLR 2023, 213, 214 f.

³⁶ Hierzu oben N 10 ff.

und Umwelt nachkommen. Der Bestimmung kommt somit keine eigene rechtliche Tragweite zu, da sie lediglich auf die entsprechenden Artikel verweist, wobei es um folgende, nachfolgend überblicksartig erläuterte Bereiche bzw. Massnahmen geht:

- Einbezug der Sorgfaltspflicht in die Unternehmenspolitik und das Risikomanagement (Art. 7 RL, unten a);
- Ermittlung und Bewertung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 8 RL, unten b) und erforderlichenfalls Priorisierung der negativen Auswirkungen (Art. 9 RL, unten c);
- Verhinderung und Minderung potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 10 RL, unten d);
- Behebung tatsächlicher negativer Auswirkungen und Minimierung ihres Ausmasses (Art. 11 RL, unten e);
- Leistung von Abhilfe für tatsächliche negative Auswirkungen (Art. 12 RL, unten f);
- Einbeziehung von Interessenträgern (Art. 13 RL), Meldemechanismus und Beschwerdeverfahren (Art. 14 RL), Überwachung (Art. 15 RL) und Berichterstattung (Art. 16 RL), unten g).

Entgegen dem Vorschlag der Kommission sieht die letztlich verabschiedete Version der Richtlinie keine Vorgaben bezüglich der Pflichten der **Unternehmensleitung** (mehr) vor.³⁷

a) Einbeziehung der Sorgfaltspflicht in die Unternehmenspolitik und die Risikomanagementsysteme (Art. 7 RL)

19. Gemäss Art. 7 RL haben die von der Richtlinie erfassten Unternehmen die **Sorgfaltspflicht in alle einschlägigen Bereiche ihrer Unternehmenspolitik und Risikomanagementsysteme** einzubeziehen und über eine **Strategie zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht** zu verfügen, mit der eine risikobasierte Sorgfaltspflicht sichergestellt wird. Die Sorgfaltspflicht sollte zum integralen Bestandteil der Unternehmenspolitik gemacht werden (Erw. 38 RL). Hierzu hat das Unternehmen den hinsichtlich der Sorgfaltspflicht (auch langfristig) zu verfolgenden Ansatz zu beschreiben, einen Verhaltenskodex für das gesamte Unternehmen, die Tochterunternehmen und die direkten und indirekten Geschäftspartner zu erstellen und die Verfahren zur Umsetzung der Sorgfaltspflicht, einschliesslich der Massnahmen zur Überprüfung der Einhaltung des Verhaltenskodexes und zur Ausweitung seiner Anwendung auf Geschäftspartner, zu beschreiben (Art. 7 Abs. 2 lit. a–c RL). Die Strategie ist

³⁷ S. noch COM(2022) 71 final, Art. 25.

sodann mindestens alle 24 Monate – oder nach wesentlichen Änderungen – zu aktualisieren (Art. 7 Abs. 3 RL).

20. Die Bestimmung beschränkt sich zwar auf prozedurale Pflichten, so dass sie keine materiellen Aspekte regelt. Auch bleibt die normative Dichte eher bescheiden, da die Umschreibungen recht allgemein gehalten sind; insofern dürfte der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung weit ausfallen. Immerhin ist aber festzuhalten, dass die Unternehmen zu verpflichten sind, ihre zu erstellende Strategie so zu gestalten, dass sie die **Einhaltung der Sorgfaltspflichten grundsätzlich gewährleisten** können, kann doch nur auf diese Weise dem Effektivitätsgrundsatz Rechnung getragen werden.

b) Ermittlung und Bewertung tatsächlicher und potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 8 RL)

21. Über das Risikomanagement nach Art. 7 RL hinausgehend, haben die Unternehmen gemäss **Art. 8 Abs. 1 RL** «geeignete Massnahmen» zu ergreifen, um **tatsächliche und potenzielle negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt zu ermitteln und zu bewerten**, die sich aus den eigenen Tätigkeiten, derjenigen der Tochterunternehmen und – sofern sie mit den Aktivitätsketten des Unternehmens in Verbindung stehen – derjenigen der Geschäftspartner ergeben.

22. Die Tragweite dieser Verpflichtung erschliesst sich über die in **Art. 3 lit. b, c, o RL definierten Begriffe** der «negativen Auswirkungen» und der «geeigneten Massnahmen»:

- Als **«negative Auswirkungen»** gelten gemäss den Legaldefinitionen in Art. 3 lit. b und c RL nachteilige Auswirkungen, die sich aus einer Verletzung der im Anhang konkret aufgeführten **Rechte, Verbote und Verpflichtungen aus internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt oder der Menschenrechte** ergeben. Dabei ist zu beachten, dass Art. 3 lit. c RL im Zusammenhang mit Menschenrechtsverletzungen gewissermassen eine Generalklausel enthält, wonach auch eine Verletzung eines Menschenrechts, das zwar nicht konkret im Anhang aufgeführt wird, aber das in einem der Teil I Abschnitt 2 Anhang I gelisteten Abkommen verankert ist, als negative Auswirkung im Sinne der Generalklausel gilt, vorausgesetzt die Bestimmung kann durch ein Unternehmen bzw. eine juristische Person verletzt werden, die Menschenrechtsverletzung beeinträchtigt unmittelbar ein gemäss den in Teil I Abschnitt 2 Anhang I aufgeführten Menschenrechtsinstrumenten rechtlich geschütztes Interesse und das Unternehmen hätte nach vernünftigem Ermessen und in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls das Risiko einer Beeinträchtigung des

Menschenrechts vorhersehen können. Gerade auch aufgrund dieser Generalklausel wird deutlich, dass der Umfang der von der Richtlinie erfassten «negativen Auswirkungen» und damit auch der entsprechenden Sorgfaltspflichten relativ weit ist und in seinen genauen Umrissen teilweise unscharf bleibt.³⁸ Bemerkenswert ist weiter, dass durch die Definition der negativen Auswirkungen anhand völkerrechtlicher Abkommen dort festgehaltene Verpflichtungen, die sich grundsätzlich einzig an die Vertragsstaaten richten, auch für Private rechtlich verbindlich auszugestalten sind.³⁹

- Als «**geeignete Massnahmen**» gelten gemäss Art. 3 lit. o RL «Massnahmen, mit denen die Ziele der Sorgfaltspflicht erreicht werden können, indem die negativen Auswirkungen in einer Weise angegangen werden, die angemessen ist und dem Schweregrad und der Wahrscheinlichkeit der negativen Auswirkungen entspricht, und die dem Unternehmen nach vernünftigem Ermessen zur Verfügung stehen». Dabei ist jeweils den Umständen des Einzelfalls, einschliesslich der Art und des Umfangs der negativen Auswirkungen und relevanten Risikofaktoren, Rechnung zu tragen.). Deutlich wird damit auch, insbesondere mit Blick auf das dem Unternehmen eingeräumte «vernünftige Ermessen», dass die Unternehmen nicht dazu verpflichtet werden sollen, unter allen Umständen zu gewährleisten, dass überhaupt keine negativen Auswirkungen auftreten. Die Verpflichtungen der Richtlinie sind somit **nicht als Ergebnis-, sondern als Handlungspflichten** (Erw. 19 RL spricht von «Mittelverpflichtungen») ausgestaltet.⁴⁰

Auf diese Weise wird der aufgrund der erwähnten Definition des Begriffs der «negativen Auswirkungen» auf die Umwelt oder die Menschenrechte gegebene Einbezug Privater in den Kreis der durch die betreffenden völkerrechtlichen Verträge Verpflichteten relativiert.

³⁸ Diesbezüglich kritisch *Stöbener de Mora/Noll*, EuZW 2023, 14, 17; *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 413, 417.

³⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang zum vermehrten Einbezug multinationaler Unternehmen in den Geltungsbereich des (Umwelt-) Völkerrechts, *Grosz*, URP 2023, 712 ff.; *dies.*, URP 2017, 641 ff.; zu internationalen Umweltstandards als Massstab für Sorgfaltspflichten für Unternehmen auch *Geisser*, URP 2023, 727, 731 ff.

⁴⁰ *Stöbener de Mora/Noll*, EuZW 2023, 14, 19, erachten die Pflicht zur Ergreifung geeigneter Massnahmen trotzdem als deutlich zu weitgehend und erblicken darin eine Gefahr der Rechtsunsicherheit. Dem ist zuzugestehen, dass der Kreis der erfassten Zulieferer in der Wertschöpfungskette potentiell denkbar weit ist, so dass auch die Pflicht zur Risikoanalyse einen entsprechend weiten Anwendungsbereich hat. Gleichwohl eröffnet der Hinweis in Art. 3 lit. q RL ebenfalls einen beachtlichen Spielraum, wird doch auch auf diejenigen Massnahmen Bezug genommen, welchem dem Unternehmen «nach vernünftigem Ermessen» zur Verfügung stehen.

23. Den Pflichten zur Ermittlung und Bewertung tatsächlicher und potenzieller negativer Auswirkungen haben die Unternehmen gemäss **Art. 8 Abs. 2 RL** u.a. dadurch nachzukommen, dass sie in Bezug auf die eigene Geschäftstätigkeit, diejenige der Tochterunternehmen und diejenige der Geschäftspartner in der Aktivitätskette allgemeine Bereiche ermitteln, in denen negative Auswirkungen am wahrscheinlichsten oder am schwerwiegendsten sind. Auf dieser Grundlage haben die Unternehmen eine eingehende Bewertung der Geschäftstätigkeit in den als besonders «gefährlich» ermittelten Bereichen vorzunehmen.

24. Schliesslich hält **Art. 8 Abs. 3 RL** fest, dass die Unternehmen zum Zweck der Ermittlung und Bewertung negativer Auswirkungen berechtigt sein müssen, auf **angemessene Ressourcen**, z.B. auf unabhängige Berichte und Informationen aus dem Meldemechanismus und dem Beschwerdeverfahren nach Art. 14 RL,⁴¹ zurückzugreifen. Gegebenenfalls haben die Unternehmen auch Konsultationen mit potenziell betroffenen Gruppen, wie etwa Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, durchzuführen, um Informationen über tatsächliche oder potenzielle negative Auswirkungen zu sammeln.

c) Priorisierung der ermittelten tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen (Art. 9 RL)

25. Gemäss Art. 9 RL sind die im Sinne von Art. 8 RL ermittelten negativen Auswirkungen **zu priorisieren**, sofern es den Unternehmen nicht möglich ist, im Rahmen der Erfüllung ihrer Verpflichtungen nach Art. 10 und 11 RL, **allen negativen Auswirkungen gleichzeitig in vollem Umfang zu begegnen**. Die Priorisierung hat gemäss Art. 9 Abs. 2 RL anhand der Schwere und Wahrscheinlichkeit der ermittelten negativen Auswirkungen zu erfolgen. Dabei sollten Faktoren wie die Anzahl der betroffenen Personen, das Ausmass der Umweltschädigung, die Unumkehrbarkeit der Auswirkung und die Grenzen der Möglichkeiten, die betroffenen Personen oder die Umwelt innerhalb einer angemessenen Frist wieder in eine Situation oder einen Zustand zu versetzen, die bzw. der der Situation oder dem Zustand vor der Auswirkung entspricht, berücksichtigt werden (Erw. 44 RL). Sobald die schwerwiegendsten und wahrscheinlichsten negativen Auswirkungen gemäss Art. 10 und 11 RL angegangen wurden, gilt es, sich den in der Prioritätenliste weiter unten figurierenden Auswirkungen zu widmen (Art. 9 Abs. 3 RL).

⁴¹ Dazu N 39.

d) **Verhinderung potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 10 RL)**

26. Art. 10 RL adressiert die Präventionsmassnahmen. Demnach sind die Unternehmen zu verpflichten, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um potenzielle negative Auswirkungen, die nach Art. 8 RL ermittelt wurden oder hätten ermittelt werden müssen, im Einklang mit den in Art. 9 RL festgehaltenen Vorgaben zur Priorisierung, zu **verhindern** oder, falls sie nicht oder nicht unmittelbar verhindern werden können, **angemessen zu mindern** (Art. 10 Abs. 1 RL). Dabei ist bei der Festlegung der geeigneten Massnahmen zu berücksichtigen, wer die potenziellen negativen Auswirkungen verursachen könnte, d.h. ob sie nur durch das «Primärunternehmen», durch dieses gemeinsam mit einem Tochterunternehmen oder einem Geschäftspartner oder ob sie lediglich von einem Geschäftspartner in der Aktivitätskette verursacht werden könnten. Könnten die potenziellen negativen Auswirkungen (auch) durch die Geschäftspartner verursacht werden, ist beim Treffen der geeigneten Massnahmen auch zu berücksichtigen, ob das Unternehmen überhaupt in der Lage ist, Einfluss auf den Geschäftspartner zu nehmen (Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c RL).

Deutlich wird damit, dass auch die Tragweite des Art. 10 RL von dem Verständnis der Begriffe «geeignete Massnahmen» und «negative Auswirkungen» abhängt. Diesbezüglich sei auf die obigen Ausführungen verwiesen.⁴²

27. Die **konkret in Betracht kommenden und gegebenenfalls zu ergreifenden Massnahmen** werden in Art. 10 Abs. 2 RL aufgeführt:

- Zunächst haben die Unternehmen, falls dies aufgrund der Komplexität der Vermeidungsmassnahmen erforderlich ist, unverzüglich einen **Präventionsaktionsplan** mit angemessenen und klar festgelegten Zeitplänen für Massnahmen sowie qualitativen und quantitativen Indikatoren für die Messung der Verbesserung zu schaffen (Art. 10 Abs. 2 lit. a RL).
- Die Unternehmen sollen gegebenenfalls auch anstreben, dass direkte Geschäftspartner**vertraglich zusichern**, dass sie die Einhaltung des Verhaltenskodex des Unternehmens und, falls anwendbar, des Präventionsplans sicherstellen, unter anderem indem sie von ihren jeweiligen Partnern, deren Tätigkeiten ebenfalls Teil der Aktivitätskette des Unternehmens sind, auch entsprechende vertragliche Zusicherungen verlangen (Art. 10 Abs. 2 lit. b RL).

Dabei müssen diese vertraglichen Zusicherungen von geeigneten Massnahmen zur Überprüfung der Einhaltung flankiert werden (Art. 10 Abs. 5 RL). Die Kommission wird

⁴² N 22.

im Zusammenhang mit den vertraglichen Zusicherungen freiwillige Mustervertragsklauseln entwickeln (Art. 18 RL).

- Gegebenenfalls haben die Unternehmen **notwendige Investitionen**, z.B. bei den Einrichtungen, Produktionsprozessen oder der Infrastruktur, zu tätigen (Art. 10 Abs. 2 lit. c RL).
- Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. d RL haben die Unternehmen sodann die erforderlichen **Anpassungen oder Verbesserungen** des eigenen Geschäftsplans, der Gesamtstrategien und Geschäftstätigkeit vorzunehmen.
- Handelt es sich beim Geschäftspartner um ein **KMU**, hat das Unternehmen im Rahmen der Prävention diesem gegenüber **gezielte und angemessene Unterstützung** zu leisten, sofern die Einhaltung des Verhaltenskodexes oder des Präventionsaktionsplans die Tragfähigkeit des KMU gefährden würde (Art. 10 Abs. 2 Abs. 2 lit. e RL).

Auch im Zusammenhang mit den geforderten vertraglichen Zusicherungen und den «flankierenden Kontrollmassnahmen» ist auf die Besonderheiten der KMU Rücksicht zu nehmen (Art. 10 Abs. 5 UAbs. 2 RL).

- Schliesslich wird als subsidiär zu ergreifende Massnahme die **Zusammenarbeit** mit anderen Unternehmen, auch um gegebenenfalls die Fähigkeit des Unternehmens zu verbessern, die negativen Auswirkungen zu verhindern oder zu mindern, genannt (Art. 10 Abs. 2 lit. f RL). Dabei wird explizit darauf hingewiesen, dass die fragliche Zusammenarbeit in den Schranken des Wettbewerbsrechts zu erfolgen hat.

28. Neben den soeben genannten Massnahmen können die Unternehmen gemäss Art. 10 Abs. 3 RL zusätzliche geeignete Massnahmen ergreifen. Darunter fällt etwa die **Verständigung mit einem Geschäftspartner** hinsichtlich der Erwartungen des Unternehmens bezüglich der Verhinderung und Minderung der potenziellen negativen Auswirkungen oder betreffend die Bereitstellung oder Ermöglichung des Zugangs zu Kapazitätsaufbau, Beratung, administrativer und finanzieller Unterstützung etc.

29. Sollten die genannten Massnahmen nicht ausreichen, um potenzielle negative Auswirkungen zu vermeiden oder angemessen abzuschwächen, kann das Unternehmen gemäss Art. 10 Abs. 4 RL versuchen, einen Vertrag mit **indirekten Geschäftspartnern** abzuschliessen. Wird ein solcher Vertrag abgeschlossen, so findet Art. 10 Abs. 5 RL Anwendung, so dass insbesondere geeignete Massnahmen zur Überprüfung der Einhaltung der vertraglichen Zusicherungen ergriffen werden müssen.

30. Sollten sämtliche der genannten Massnahmen nicht ausreichen, um die potenziellen negativen Auswirkungen zu vermeiden oder angemessen abzuschwächen, darf das Unternehmen mit dem Geschäftspartner, von dem bzw. von dessen Aktivitätskette die Auswirkungen ausgehen, keine neuen Beziehungen eingehen oder bestehende Beziehungen ausbauen. Vielmehr hat es, sofern das für die Beziehung massgebliche Recht die entsprechende Möglichkeit vorsieht, im Sinne einer *ultima ratio* die fragliche Geschäftsbeziehung, im Rahmen eines verstärkten Präventionsaktionsplans für die spezifischen negativen Auswirkungen, in Bezug auf die betreffenden Tätigkeiten vorübergehend **auszusetzen**, zumindest wenn vernünftigerweise davon auszugehen ist, dass diese Bemühungen erfolgreich sein könnten (Art. 10 Abs. 6 lit. a RL). Wenn die Auswirkungen hingegen schwerwiegend sind und nicht davon auszugehen ist, dass die Bemühungen im Rahmen eines verstärkten Präventionsaktionsplans erfolgreich sein würden bzw. sich dies bereits gezeigt hat, hat das Unternehmen die Geschäftsbeziehung, zumindest in Bezug auf die betreffenden Tätigkeiten, zu **beenden** (Art. 10 Abs. 6 lit. b RL).

31. Die **Systematik des Art. 10 RL** lässt erkennen, dass es in **Art. 10 Abs. 1 RL** um die **allgemeine Verpflichtung** der Ergreifung geeigneter Massnahmen zur Vermeidung bzw. Abschwächung potenzieller negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt geht, während **Art. 10 Abs. 2 RL** die diesbezüglich in **Betracht kommenden Massnahmen** aufführt. Damit wird auch deutlich, dass letztere nicht zwingend zu ergreifen sind, sondern nur dann, falls sie das Ziel der Vermeidung oder Abschwächung potenzieller negativer Auswirkungen zu erreichen vermögen, was von den Umständen des Einzelfalls abhängen dürfte. Mit Blick auf die Anforderungen an die Umsetzung dieser Bestimmung durch die Mitgliedstaaten dürfte aber vor dem Hintergrund ihre Effektivität gefordert sein, dass eine Verpflichtung der Unternehmen, eine oder mehrere der aufgeführten Massnahmen zu ergreifen, vorzusehen ist, falls dies für die Erreichung des Ziels Vermeidung oder Abschwächung potenzieller negativer Auswirkungen notwendig ist. Angesichts der Definition der «geeigneten Massnahmen», welche einen beachtlichen Spielraum für die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls eröffnen,⁴³ ist aber nicht zu verkennen, dass die formulierte Pflicht letztlich sehr offen formuliert ist.

e) **Behebung tatsächlicher negativer Auswirkungen (Art. 11 RL)**

32. Der Charakter der erörterten Ermittlungs- und Vermeidungspflichten als Handlungs- und nicht Erfolgspflichten⁴⁴ impliziert, dass es trotz der Beachtung der

⁴³ N 22.

⁴⁴ N 22.

in Art. 8, 10 RL formulierten Vorgaben zu tatsächlichen negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte oder die Umwelt kommen kann. Diesfalls greift die in **Art. 11 RL** verankerte **Pflicht zur Behebung** oder, falls eine Behebung nicht möglich ist, zur **Minimierung** dieser Auswirkungen (Art. 11 Abs. 1, 2 RL).

33. Konkret führt Art. 11 Abs. 3 RL folgende **Massnahmen** auf, welche gegebenenfalls – also falls ihre Ergreifung zur Behebung oder Minimierung der Auswirkungen notwendig ist⁴⁵ – zu ergreifen sind und in weiten Teilen ähnlich wie diejenigen, welche im Zusammenhang mit der Prävention aufgeführt sind,⁴⁶ ausgestaltet sind:

- Die Unternehmen sind gegebenenfalls verpflichtet, die negativen Auswirkungen zu **neutralisieren oder ihr Ausmass zu minimieren**, wobei die Massnahmen in einem angemessenen Verhältnis zum Schweregrad der negativen Auswirkungen stehen sollen und die Beteiligung des Unternehmens an diesen Auswirkungen zu berücksichtigen haben (Art. 11 Abs. 3 lit. a RL).
- Weiter ist ein **Korrekturmassnahmenplan** zu entwickeln und umzusetzen, wenn dies aufgrund der Tatsache, dass die negativen Auswirkungen nicht unmittelbar behoben werden, notwendig ist (Art. 11 Abs. 3 lit. b RL).
- Gegebenenfalls hat das Unternehmen **vertragliche Zusicherungen** ihrer direkten Geschäftspartner einzuholen, dass diese die Einhaltung des Verhaltenskodexes und allenfalls des Korrekturmassnahmenplans sicherstellen, wobei die direkten Geschäftspartner womöglich auch entsprechende vertragliche Zusicherungen ihrer Partner einzuholen haben (Art. 11 Abs. 3 lit. c RL).

Auch hier müssen die vertraglichen Zusicherungen von geeigneten Massnahmen zur Überprüfung der Einhaltung flankiert werden (Art. 11 Abs. 6 RL).

- Die Unternehmen sind weiter zu verpflichten, gegebenenfalls notwendige finanzielle oder nichtfinanzielle **Investitionen** zu tätigen bzw. die erforderlichen Anpassungen oder Verbesserungen bei den Einrichtungen, Produktionsprozessen etc. vorzunehmen (Art. 11 Abs. 3 lit. d RL).
- Sodann sind die erforderlichen **Anpassungen oder Verbesserungen** am eigenen Geschäftsplan, der Gesamtstrategie und Geschäftstätigkeit des Unternehmens vorzunehmen (Art. 11 Abs. 3 lit. e RL).

⁴⁵ Vgl. in Bezug auf die rechtliche Tragweite dieser Pflicht die Ausführungen in N 31, welche entsprechend auch für das Verhältnis zwischen Art. 11 Abs. 1, 2 RL und Art. 11 Abs. 3 RL herangezogen werden können.

⁴⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 2 RL (hierzu oben N 26 ff.).

- **KMU**, die Geschäftspartner des Unternehmens sind, sind **zu unterstützen**, sofern die Einhaltung des Verhaltenskodexes oder des Korrekturmassnahmenplans die Tragfähigkeit des KMU gefährden würde (Art. 11 Abs. 3 lit. f RL). Auch im Zusammenhang mit den gegebenenfalls einzuholenden vertraglichen Zusicherungen von KMU und deren Überprüfung ist auf die besondere Situation der KMU Rücksicht zu nehmen (Art. 11 Abs. 6 RL).
- Zudem hat das Unternehmen mit anderen Unternehmen **zusammenzuarbeiten** – wiederum unter Beachtung des Wettbewerbsrechts –, insbesondere wenn keine anderen Massnahmen geeignet oder wirksam sind (Art. 11 Abs. 3 lit. g RL).
- Schliesslich hat das Unternehmen **Abhilfe** nach Art. 12 RL zu leisten (Art. 11 Abs. 3 lit. h RL).⁴⁷

34. Nebst diesen, in Art. 11 Abs. 3 RL aufgeführten Massnahmen sollen die Unternehmen bei tatsächlichen negativen Auswirkungen – analog zu Art. 10 Abs. 4 RL – zusätzliche geeignete Massnahmen ergreifen können, worunter insbesondere die **Verständigung mit einem Geschäftspartner** hinsichtlich der Erwartungen des Unternehmens bezüglich der Abstellung oder Minimierung der negativen Auswirkungen fällt (Art. 11 Abs. 4 RL).

35. Wie Art. 10 RL hält auch Art. 11 Abs. 5 RL fest, dass das Unternehmen versuchen kann, vertragliche Zusicherungen von **indirekten Geschäftspartnern** einzuholen, wenn die aufgeführten Massnahmen nicht genügen, um die tatsächlichen negativen Auswirkungen abzustellen oder angemessen zu minimieren.

36. Ebenfalls parallel zur Regelung im Zusammenhang mit den Präventionsmassnahmen sieht auch Art. 11 Abs. 7 RL vor, dass die Unternehmen, sollten die negativen Auswirkungen nicht durch die vorgenannten Massnahmen abgestellt oder in ihrem Ausmass minimiert werden können, mit dem Geschäftspartner, von dem bzw. von dessen Aktivitätskette die Auswirkungen ausgehen, keine neuen Beziehungen eingehen oder bestehende Beziehungen ausbauen dürfen. Vielmehr sind wiederum entweder die Geschäftsbeziehungen **vorübergehend auszusetzen** und Behebungs- oder Minimierungsanstrengungen zu unternehmen oder, wenn die negativen Auswirkungen schwerwiegend sind, die Geschäftsbeziehung im Sinne einer *ultima ratio* zu **beenden**.

⁴⁷ Dazu sogleich N 37 f.

f) **Abhilfe für tatsächliche negative Auswirkungen (Art. 12 RL)**

37. Hat ein Unternehmen allein oder gemeinsam mit anderen tatsächliche negative Auswirkungen verursacht, haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass das Unternehmen **Abhilfe leistet** (Art. 12 Abs. 1 RL). Dabei wird unter Abhilfe die «Wiederherstellung der Situation oder des Zustands, in der/dem sich die betroffene Person/die betroffenen Personen, die Gemeinschaften oder die Umwelt ohne eingetretene tatsächliche negative Auswirkungen befunden hätten», verstanden (Art. 3 Abs. 1 lit. t RL). Die Abhilfe hat dabei in einem angemessenen Verhältnis zur Beteiligung des Unternehmens an den negativen Auswirkungen zu stehen und umfasst finanzielle oder nichtfinanzielle Entschädigungen gegenüber den betroffenen Personen und, soweit anwendbar, den Ersatz der den Behörden aufgrund der notwendigen Abhilfemassnahmen entstandenen Kosten (Art. 3 Abs. 1 lit. t RL).

38. Sollten die tatsächlichen negativen Auswirkungen einzig **von einem Geschäftspartner** verursacht worden sein, besteht **keine Pflicht zur Leistung von Abhilfe** bzw. es bleibt dem Unternehmen überlassen, freiwillig Abhilfe zu leisten (Art. 12 Abs. 2 RL). Die Bestimmung weist sodann auch darauf hin, dass das Unternehmen allenfalls auch seine Fähigkeit nutzen kann, Einfluss auf den Geschäftspartner zu nehmen, um so Abhilfe zu schaffen.

g) **Weitere Pflichten (Art. 13-16 RL)**

39. Während **Art. 8–12 RL** bezüglich der Ermittlung, Vermeidung und Behebung negativer Auswirkungen quasi den «**Kern**» der **Sorgfaltspflichten** ausmachen, enthalten die darauf folgenden Bestimmungen verschiedene «**Begleitpflichten**», wobei insbesondere folgende hervorzuheben sind:

- Art. 13 RL hält fest, dass die Unternehmen geeignete Massnahmen zu treffen haben, um die **Interessenträger wirksam einzubeziehen**. Als Interessenträger gelten gemäss der Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. n RL die Beschäftigten des Unternehmens und der Tochterunternehmen, Gewerkschaften und Arbeitnehmervertreter sowie nationale Menschenrechts- und Umweltorganisationen und Organisationen der Zivilgesellschaft, deren Zwecke den Schutz der Umwelt umfassen. Diese sind etwa bei der Sammlung der erforderlichen Informationen im Rahmen der Ermittlung, Bewertung und Priorisierung der negativen Auswirkungen, bei der Entwicklung von Präventions- und Korrekturmassnahmenplänen oder bei der Annahme geeigneter Abhilfemassnahmen zu konsultieren (Art. 13 Abs. 3 RL).
- Nach Art. 14 RL müssen die Unternehmen betroffenen Personen und Stellen die Möglichkeit einräumen, **Beschwerden an das Unternehmen zu richten**,

wenn sie berechtigte Bedenken hinsichtlich tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, ihrer Tochterunternehmen oder der Geschäftstätigkeit eines Geschäftspartners in der Aktivitätskette des Unternehmens haben.

Als zur Beschwerde berechtigte Organisationen gelten neben den Gewerkschaften und anderen Arbeitnehmervertretern, die in der betreffenden Aktivitätskette tätige Personen vertreten, auch die im betreffenden Bereich aktiven Organisationen der Zivilgesellschaft, wenn negative Auswirkungen auf die Umwelt Gegenstand der Beschwerde sind.

- Art. 15 RL sieht sodann vor, dass die Unternehmen gewissermassen ein internes Überwachungssystem einzurichten haben, indem sie **regelmässig Bewertungen** ihrer eigenen Tätigkeiten und Massnahmen, jenen ihrer Tochterunternehmen und – vorausgesetzt, diese stehen im Zusammenhang mit den Aktivitätsketten des Unternehmens – jenen ihrer Geschäftspartner durchführen.

Hierbei soll die Wirksamkeit der im Sinne von Art. 8–12 RL getroffenen Massnahmen überwacht werden. Die Bewertung ist mindestens alle 12 Monate durchzuführen und sobald die begründete Annahme besteht, dass im Zusammenhang mit negativen Auswirkungen erhebliche neue Risiken auftreten können. Die gemäss Art. 7 RL erarbeitete Strategie ist entsprechend den Ergebnissen dieser Bewertung anzupassen.

- Schliesslich sieht Art. 16 RL eine **Berichterstattungspflicht** der von der Richtlinie erfassten Unternehmen vor. Demnach haben diese zu den unter die Richtlinie fallenden Angelegenheiten jährlich Bericht zu erstatten, indem sie auf ihrer Website eine Erklärung veröffentlichen. Dabei soll in delegierten Rechtsakten durch die Kommission noch festgelegt werden, welche Angaben zur Beschreibung der Sorgfaltspflicht, zu potenziellen und tatsächlichen negativen Auswirkungen und zu den ergriffenen Gegenmassnahmen zu machen sind.

Weiter sieht Art. 19 RL die Herausgabe von Leitlinien zur Unterstützung der Unternehmen und Behörden vor, Art. 20 RL führt eine Reihe von Begleitmassnahmen auf, und gemäss Art. 21 RL hat die Kommission einen zentralen *Helpdesk* einzurichten, an den sich Unternehmen wenden können, um Informationen, Leitlinien und Unterstützung hinsichtlich der Erfüllung der Sorgfaltspflichten zu erhalten.

2. Eindämmung des Klimawandels

40. Neben den in Art. 7–16 RL festgehaltenen Sorgfaltspflichten enthält **Art. 22 RL** Pflichten der Unternehmen im Zusammenhang mit der **Eindämmung des Klimawandels**.⁴⁸ Die Mitgliedstaaten haben im Einzelnen folgendes vorzusehen:

- Die Unternehmen müssen einen Plan zur Minderung der Folgen des Klimawandels annehmen und umsetzen, mit dem sie sicherstellen, dass sie alles in ihrer Macht stehende tun, um das Geschäftsmodell und die Strategie des Unternehmens so auszurichten, dass sie mit dem **Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft, der Begrenzung der Erderwärmung auf 1.5°C sowie dem in der Verordnung 2021/1119 festgehaltenen Ziel der Klimaneutralität vereinbar** sind. In diesem Plan haben die Unternehmen u.a. ihre Klimazwischenziele und das Ziel der Klimaneutralität bis 2050 explizit festzuhalten und erforderlichenfalls die Beteiligung des Unternehmens an Tätigkeiten in Verbindung mit Kohle, Öl und Gas anzugeben (Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1 RL).
- Der Plan muss dabei **zeitgebundene Zielvorgaben für das Jahr 2030 und in Fünfjahresschritten bis 2050** und allenfalls absolute Zielvorgaben für die Verringerung der Treibhausgasemissionen, eine Beschreibung der Dekarbonisierungsfaktoren und der geplanten wichtigsten Massnahmen zur Erreichung der eben genannten Ziele, eine Erläuterung und Quantifizierung der zur Umsetzung des Plans eingesetzten Investitionen und Finanzmittel sowie eine Beschreibung der Rolle der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane in diesem Zusammenhang enthalten (Art. 22 Abs. 1 UAbs. 2 RL).
- Der Plan muss sodann **alle 12 Monate aktualisiert** werden und eine Beschreibung der erzielten Fortschritte im Zusammenhang mit den sich selbst festgelegten Zielen enthalten (Art. 22 Abs. 3 RL).

Sofern die Unternehmen bereits gestützt auf die Richtlinie 2013/34 (sog. Bilanz-Richtlinie)⁴⁹ sog. Nachhaltigkeitsberichte erstellt haben, sind sie gemäss Art. 22 Abs. 2 RL von der Erstellung eines Plans zur Eindämmung des Klimawandels bzw. dessen Folgen befreit.

⁴⁸ Vgl. allgemein zu den Anforderungen an Unternehmen im Zusammenhang mit der «Klimaverantwortung» *Geisser*, URP 2023, 727, 735 ff.

⁴⁹ RL 2013/34 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen, ABl. 2013 L 182, 19.

3. Durchsetzung

41. Wie bereits kurz erwähnt,⁵⁰ sieht die Richtlinie in Bezug auf die Durchsetzung der verschiedenen Pflichten gewissermassen ein «**zweigleisiges**» **System** vor: Einerseits soll die Erfüllung der Pflichten einer staatlichen Aufsicht unterstehen, die bei allfälligen Verstössen auch Sanktionen verhängen kann (a), und andererseits soll mittels zivilrechtlicher Haftung die Grundlage dafür geschaffen werden, dass Betroffene direkt gegen die verantwortlichen Unternehmen vorgehen können (b).

a) (Verwaltungsrechtliche) Aufsicht

42. Gemäss Art. 24 Abs. 1 RL haben sämtliche Mitgliedstaaten eine oder mehrere **unabhängige Aufsichtsbehörden** zu benennen, die für die Überwachung der Einhaltung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten und Pflichten im Zusammenhang mit der Eindämmung des Klimawandels zuständig ist bzw. sind. Die weiteren Absätze des Art. 24 RL enthalten verschiedene Präzisierungen hinsichtlich der Benennung, der Zuständigkeit und insbesondere der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden.⁵¹

43. Die Aufsichtsbehörde ist gemäss Art. 25–27 RL mit verschiedenen **Befugnissen** auszustatten, wobei insbesondere auf folgende Aspekte hinzuweisen ist:

- Zunächst muss die Behörde **Informationen** anfordern und **Untersuchungen** durchführen können. Letztere kann sie von Amtes wegen oder auf Anzeige Dritter hin einleiten, wenn sie der Auffassung ist, dass ihr ausreichend Informationen vorliegen, die auf einen möglichen Verstoss gegen die aus der Richtlinie fliessenden Verpflichtungen hindeuten (Art. 25 Abs. 2 RL). Dabei ist die Durchführung einer Untersuchung dem Unternehmen grundsätzlich vorgängig anzukündigen (Art. 25 Abs. 3 RL).

⁵⁰ N 17.

⁵¹ In Bezug auf letztere ist davon auszugehen, dass die Präzisierungen, welche der EuGH mit Bezug auf die unabhängigen Aufsichtsbehörden im Bereich des Datenschutzes (vgl. Art. 51 ff. VO 2016/679 (VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, Datenschutz-Grundverordnung, ABl. 2016 L 119, 1) entwickelt hat, auch für die Frage nach den Vorgaben für die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden nach der Sorgfaltspflichten-Richtlinie einschlägig sind. Vgl. für den Bereich des Datenschutzes EuGH, Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2010:125; EuGH, Rs. C-614/10 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2012:631; EuGH, Rs. C-288/12 (Kommission/Ungarn), ECLI:EU:C:2014:237.

Ausnahmsweise kann eine Untersuchung auch ohne vorherige Unterrichtung durchgeführt werden, namentlich wenn die Ankündigung die Wirksamkeit der Untersuchung beeinträchtigen könnte. Zu denken ist diesbezüglich an Massnahmen, die den im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht teilweise durchgeführten sog. *dawn raids* ähneln.⁵²

- Kommt die Aufsichtsbehörde aufgrund der Untersuchung zum Schluss, dass ein Verstoss gegen die in Umsetzung der Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften vorliegt, hat sie dem betreffenden Unternehmen eine angemessene Frist zu gewähren, um **Abhilfe** zu schaffen, wobei dies nicht ausschliesst, dass gleichzeitig bereits Sanktionen verhängt oder Ansprüche aus zivilrechtlicher Haftung geltend gemacht werden (Art. 25 Abs. 4 RL). Der Aufsichtsbehörde kommt sodann die Befugnis zu, die Beendigung des ermittelten Verstosses oder die Unterlassung jeglicher Wiederholung des betreffenden Verhaltens **hoheitlich anzuordnen** sowie, falls nötig, die konkreten, zur Beendigung des Verstosses erforderlichen Abhilfemassnahmen anzuordnen (Art. 25 Abs. 5 lit. a RL). Besteht das Risiko eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens kann die Aufsichtsbehörde die zur Vermeidung erforderlichen Massnahmen vorläufig erlassen (Art. 25 Abs. 5 lit. c RL).

Nach Art. 26 RL haben die Mitgliedstaaten eine **Beschwerdeverfahren** einzurichten, mittels dessen natürliche und juristische Personen vor jeder Aufsichtsbehörde begründete Bedenken geltend machen können, soweit sie anhand objektiver Umstände Grund zur Annahme haben, dass ein Unternehmen gegen die Vorgaben der Richtlinie verstösst.

- Besonders bedeutsam im Zusammenhang mit den Befugnissen der Aufsichtsbehörde erscheint schliesslich die Verhängung (**finanzieller Sanktionen**). Diese haben gemäss Art. 27 Abs. 1 RL wirksam, verhältnismässig und abschreckend zu sein.

Dabei ist bei der Entscheidung über die Verhängung von Sanktionen und der Festlegung ihrer Art und Höhe verschiedenen Faktoren, wie etwa der Art, Schwere und Dauer des Verstosses, etwaigen getätigten Investitionen, einer geleisteten gezielten Unterstützung von KMU im Sinne von Art. 10 und 11 RL, der Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen, um die Auswirkungen anzugehen, oder dem Umfang, in dem das Unternehmen bereits Abhilfemassnahmen getätigt hat, Rechnung zu tragen (Art. 27 Abs. 2 RL). Die Höhe der Zwangsgelder hat sich zudem nach dem Umsatz des Unternehmens zu richten, wobei das Höchstmass bei mindestens 5 % des weltweiten Nettoumsatzes anzusetzen ist (Art. 27 Abs. 4 RL). Schliesslich hält Art. 20 Abs. 5 RL fest, dass der Erlass von Sanktionen zu veröffentlichen ist, womit gezielt auch auf die Wirkung eines *namings and shaming* zurückgegriffen werden soll.

⁵² Vgl. zur Befugnis der Kommission, im Zusammenhang mit der Untersuchung von möglichen Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht sog. «Nachprüfungen vor Ort» vorzunehmen, *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, N 1806 ff.

b) Zivilrechtliche Haftung

44. Neben hoheitlich verhängten Massnahmen droht den Unternehmen bei einem Verstoss gegen die aus der Richtlinie fliessenden Verpflichtungen auch die Geltendmachung von **zivilrechtlichen Ansprüchen**. So haben die Mitgliedstaaten gemäss **Art. 29 Abs. 1 RL** sicherzustellen, dass Unternehmen haften, wenn sie die Verpflichtungen aus Art. 10 und 11 RL vorsätzlich oder fahrlässig nicht erfüllt haben, wenn die im Anhang aufgeführten Rechte, Verbote und Pflichten dem Schutz der natürlichen oder juristischen Personen dienen, und als Folge die nach nationalem Recht geschützten rechtlichen Interessen der natürlichen oder juristischen Person beschädigt wurden. Die Mitgliedstaaten haben folglich eine **(ausservertragliche) Haftungsnorm** einzuführen, welche eine Inanspruchnahme der fehlerhaften Unternehmen erlaubt, sofern auch tatsächlich ein nachweisbarer Schaden eingetreten ist. Dabei ist an dieser Stelle nochmals an die Reichweite der in Art. 10 und 11 RL festgehaltenen Sorgfaltspflichten zu erinnern, d.h. eine Muttergesellschaft kann gestützt auf Art. 29 RL bzw. die nationale Umsetzungsnorm auch für Verfehlungen beispielsweise von Tochtergesellschaften haftbar gemacht werden.

Art. 29 Abs. 1 UAbs. 2 RL sieht im Sinne einer **Ausnahme** allerdings vor, dass ein Unternehmen, nicht haftbar gemacht werden kann, wenn der Schaden nur von seinen Geschäftspartnern in seiner Aktivitätskette verursacht wurde.

45. Was die **konkrete Ausgestaltung** der Haftungsnorm anbelangt, lässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten relativ viel Spielraum. So hat die Kommission etwa ausdrücklich darauf verzichtet, eine Regelung der Beweislastverteilung vorzuschlagen (Erw. 81 RL). Dies soll vielmehr von den Mitgliedstaaten zu regeln sein. Im Gegensatz zum ursprünglichen Vorschlag der Kommission⁵³ sieht die Richtlinie in der aktuellen Version jedoch gewisse Anforderungen bezüglich **Verjährungsfristen** (Art. 29 Abs. 3 lit. a RL) und **Editionspflichten** (Art. 29 Abs. 3 lit. e RL) vor. So haben die Mitgliedstaaten eine relative Verjährungsfrist von mindestens fünf Jahren vorzusehen, und die Gerichte müssen die Unternehmen zur Offenlegung von Beweismitteln verpflichten können, sofern der Kläger die Plausibilität des Schadenersatzanspruchs zu belegen vermag und angibt, dass sich weitere Beweismittel in der Verfügungsgewalt des Unternehmens befinden. Zudem haben die nationalen Rechtsordnungen, unbeschadet der eigenen Verfahrensbestimmungen, angemessene Bedingungen vorzusehen, damit Geschädigte Gewerkschaften, Nichtregierungsorganisationen und allenfalls nationale Menschenrechtsinstitutionen zur Erhebung einer Klage ermächtigt werden können (Art. 29 Abs. 3 lit. d RL). Auch wenn den Mitgliedstaaten darüber

⁵³ S. COM(2022) 71 final, Art. 22.

hinaus ein relativ grosser Spielraum bezüglich der konkreten Ausgestaltung der Haftungsnorm verbleibt, wird diesem durch das **Äquivalenz- und Effektivitätsgebot**, wonach die Regelungen denjenigen für gleichartige Ansprüche aus dem nationalen Recht entsprechen müssen und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass die Geltendmachung des Anspruchs praktisch verunmöglicht wird,⁵⁴ gewisse Grenzen gesetzt.

Vor diesem Hintergrund ist wohl davon auszugehen, dass die zivilrechtlichen Durchsetzungsmechanismen – im Gegensatz zu den verwaltungsrechtlichen Aufsichtsmaßnahmen, die in der Richtlinie verhältnismässig umfassend geregelt sind – von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat recht unterschiedlich ausgestaltet werden dürften. Aus Sicht der in Anspruch genommenen Unternehmen dürfte es damit letztlich entscheidend sein, in welchem Mitgliedstaat ein Prozess geführt wird.

46. In diesem Zusammenhang ist auf **Art. 29 Abs. 7 RL** hinzuweisen, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die nationalen Vorschriften, die zur Umsetzung der Vorgaben von Art. 29 RL erlassen werden, zwingend Anwendung finden und Vorrang haben in Fällen, in denen das auf entsprechende Ansprüche anzuwendende Recht nicht dasjenige eines Mitgliedstaats ist. Die nationale Haftungsnorm ist folglich als **zwingende Eingriffsnorm im Sinne von Art. 16 VO 864/2007 (sog. Rom-II-VO)**⁵⁵ auszugestalten. D.h. die nationale Haftungsnorm kommt zwingend zur Anwendung, sofern ein **Gerichtsstand im fraglichen Mitgliedstaat** besteht. Diese Frage nach der Zuständigkeit wird in der Richtlinie hingegen nicht geregelt, sondern ergibt sich aus den allgemeinen Regeln des internationalen Zivilprozessrechts, d.h. innerhalb der EU im Wesentlichen aus der VO 864/2007.⁵⁶

IV. Zwischenfazit

47. Die Sorgfaltspflichten-Richtlinie beschreitet in verschiedener Hinsicht neue Wege: So sind die Mitgliedstaaten gehalten, die erfassten **Unternehmen umfassend im Hinblick auf die Einhaltung gewisser Menschenrechte und umweltrechtlicher Standards in die Pflicht** zu nehmen, dies unter Einbezug von in anderen Staaten tätigen Tochterunternehmen und Geschäftspartnern in der Aktivitätskette, dies auch, soweit die relevanten rechtlichen Vorgaben in den hier massgeblichen völkerrechtlichen Verträgen für die Staaten, in denen die Unternehmen tätig sind, nicht verbindlich sind. Hinzu kommt, dass damit der

⁵⁴ Ausführlich hierzu, m.w.N., *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 8, N 18 ff.

⁵⁵ VO 864/2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II»), ABl. 2007 L 199, 40.

⁵⁶ Hierauf bzw. auf die im Wesentlichen deckungsgleichen Bestimmungen im sog. Lugano-Übereinkommen (LugÜ) wird unten noch eingegangen, vgl. N 79 ff.

Adressatenkreis der völkerrechtlichen Verträge – welche an sich grundsätzlich nur für die Vertragsstaaten verbindlich sind – auf private Unternehmen ausgeweitet wird (wobei freilich insbesondere bei den umweltrechtlichen Regelungen zu beachten ist, dass die völkerrechtlichen Verträge mitunter nur sehr vage Verpflichtungen formulieren). Im Übrigen ist an die einzurichtenden Aufsichtsbehörden und die skizzierten Haftungsregeln zu erinnern, so dass «fehlerhaften» Unternehmen ggf. empfindliche Sanktionen drohen bzw. sie sich mit möglicherweise hohen Schadensersatzforderungen konfrontiert sehen würden. Vor diesem Hintergrund wurde der Richtlinienentwurf mitunter heftig kritisiert.⁵⁷

48. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass die Richtlinie in verschiedener Hinsicht einen durchaus **beachtlichen Gestaltungsspielraum** aufweist (dessen genaue Grenzen allerdings auch auslegungsbedürftig sind); insbesondere geht es in weiten Teilen um Handlungs- und nicht Erfolgspflichten (also eben um «Sorgfaltspflichten»), so dass allein eine materielle Verletzung der völkerrechtlichen Vorgaben gerade nicht impliziert, dass auch das Unternehmen gegen seine sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen verstossen hätte. Auch ist der Kreis der erfassten Unternehmen auf solche einer gewissen (durchaus beachtlichen) Grösse beschränkt. Insofern wird die Richtlinie bzw. der Richtlinien-Entwurf mitunter auch als zu wenig weitgehend kritisiert, könne er doch die angestrebten Ziele nur ungenügend erreichen.⁵⁸

49. Jedenfalls ist aber davon auszugehen, dass die – wenn auch auslegungsbedürftigen – **Pflichten der erfassten Unternehmen durchaus ins Gewicht** fallen und wohl auch noch vom EuGH präzisiert werden, was auch für die noch zu vertiefende extraterritoriale Wirkung der geplanten Richtlinie gilt, so dass sich – unabhängig davon, wie man die Richtlinie aus politischer Sicht bewertet – für in verschiedener Hinsicht eng mit der EU verbundene Drittstaaten wie die Schweiz die Frage stellt, ob und auf welche Weise sie ihre Gesetzgebung anpassen soll.

⁵⁷ Vgl. z.B. *Stöbener de Mora/Noll*, EuZW 2023, 14 ff., 22, 24 f.

⁵⁸ Vgl. z.B. humanrights.ch, Neue EU-Richtlinie: Konzerne sollen Menschenrechte und Umwelt respektieren, Stellungnahme vom 28. Juni 2023 (verfügbar auf www.humanrights.ch) noch zum Vorschlag der Kommission (COM(2022) 71 final), der im Vergleich zur nunmehr verabschiedeten Richtlinie noch einen deutlich weitergehenden Anwendungsbereich aufwies.

§ 3 Die extraterritoriale Wirkung der Sorgfaltspflichten-Richtlinie – unter besonderer Berücksichtigung der Situation in der Schweiz ansässiger Unternehmen

50. Wie bereits aus dem Überblick über den Regelungsgehalt der Sorgfaltspflichten-Richtlinie erhellt, soll die Richtlinie in verschiedener Hinsicht **extraterritoriale Wirkung** entfalten,⁵⁹ was auch für in der Schweiz tätige Unternehmen sowie den schweizerischen Gesetzgeber bei der Frage nach der Opportunität der Anpassung der geltenden Regelungen von Bedeutung ist. Ausgehend von den völkerrechtlichen Vorgaben in Bezug auf die Zulässigkeit extraterritorialer Wirkungen in der Rechtsetzung und der Rechtsdurchsetzung (I.) sowie einem kurzen Hinweis auf Regelung extraterritorialer Wirkung in ausgewählten anderen EU-Rechtsakten bzw. Rechtsgebieten (II.) soll die Reichweite der extraterritorialen Wirkung der Sorgfaltspflichten-Richtlinie vertieft erörtert werden, wobei neben der Rechtsetzung auch die Rechtsdurchsetzung zu berücksichtigen ist (III.). Der Abschnitt schliesst mit einem kurzen Zwischenfazit (IV.).

I. Grundsatz und völkerrechtliche Zulässigkeit der extraterritorialen Wirkung

51. Gemäss dem völkerrechtlichen **Territorialitätsprinzip** erstreckt sich die Hoheitsgewalt der Staaten (aber auch der supranationalen Organisationen) nur auf das eigene Staatsgebiet. Dieser Grundsatz entfaltet sowohl in Bezug auf die **Rechtsetzung** als auch die **Rechtsdurchsetzung** Implikationen bzw. setzt diesen Grenzen.

52. Soweit die **Rechtsetzung** betroffen ist, dürfen die Staaten vor diesem Hintergrund grundsätzlich nur für das eigene Territorium geltendes Recht zu erlassen. Ausgehend von der sog. *Lotus*-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs aus dem Jahr 1927⁶⁰ haben sich im Völkerrecht

⁵⁹ S. insoweit bereits oben N 11 ff.

⁶⁰ StIGH, The Case of the S.S. «Lotus», Urteil vom 7. September 1927, P.C.I.J. Series A, No. 10. Der Ständige Internationale Gerichtshof hatte sich damals mit der Frage zu beschäftigen, ob es zulässig gewesen war, dass ein türkisches Gericht nach türkischem Strafrecht den wachhabenden Offizier eines französischen Postschiffs wegen fahrlässiger Tötung verurteilte, nachdem dessen Schiff auf Hoher See mit einem türkischen Kohlschiff kollidiert war, welches anschliessend mit acht von insgesamt 18 Besatzungsmitgliedern sank, s. dazu etwa *Kurkin*, Extraterritorialität, 39 f.

jedoch gewisse **Voraussetzungen** herausgebildet, unter denen auch der Erlass extraterritorial wirkender Regelungen zulässig sein kann:⁶¹

- Erstens darf der Erlass extraterritorialen Rechts nicht völkerrechtlich **verboten** sein.
- Zweitens bedarf es eines ausreichenden **Anknüpfungspunkts** zu dem jeweiligen Staat bzw. seinem Gebiet oder seinem Recht (sog. *genuine link*). Die ausländischen Sachverhalte, die vom extraterritorial wirkenden Recht erfasst sein sollen, müssen eine eindeutige Binnenbeziehung zum inländischen Recht aufweisen.⁶²

Im Bereich des Wirtschaftsrechts – so etwa im unten noch zu erläuternden Wettbewerbsrecht⁶³ – hat sich im Zusammenhang mit dem hinreichenden Anknüpfungspunkt das sog. **Auswirkungsprinzip** etabliert. Demnach wird dann von einem ausreichenden Anknüpfungspunkt ausgegangen, wenn das relevante Verhalten der Rechtsunterworfenen Auswirkungen auf dem Territorium des rechtsetzenden Staates bzw. der rechtsetzenden Organisation entfaltet.

Dabei ist zu beachten, dass der Anknüpfungspunkt bzw. die Auswirkungen auf das Staatsgebiet (bei Anwendung des Auswirkungsprinzips) eine gewisse Intensität erreichen müssen. So gilt es, gemäss übereinstimmender Meinung, sich beim Erlass extraterritorial wirkenden Rechts eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen.⁶⁴ Damit soll verhindert werden, dass es zu einer übermässigen Überschneidung von Zuständigkeitsansprüchen nationaler Gesetzgeber kommt.⁶⁵ Während nach der hier vertretenen Meinung diese Zurückhaltung durch hohe Anforderungen an den Anknüpfungspunkt sichergestellt wird, lässt sich dem auch dadurch begegnen, als ausserhalb der Einhaltung der hier dargelegten Voraussetzungen die Beachtung der sog. Völkercourtoisie (*comity* oder *comitas gentium*), wonach konfligierende öffentliche und private Interessen in einer Weise auszugleichen sind, die jeglichen politischen Konflikt zwischen den einheimischen und fremden Souveränitäten berücksichtigt, gefordert wird.⁶⁶ Die USA verfolgt in diesem Zusammenhang den, soweit ersichtlich, im Vergleich zur Völkercourtoisie fast deckungsgleichen Ansatz des *reasonableness test*, bei dem die Interessen gegeneinander abgewogen werden, um zu eruieren, welcher Staat das gewichtigere Interesse an der Regulierung eines bestimmten Sachverhalts hat.⁶⁷ Ob nun aber im Zusammenhang mit dem ausreichenden Anknüpfungspunkt gewisse erhöhte Anforderungen geprüft oder ob neben den drei hier dargelegten Voraussetzungen eine *comity*- oder *reasonableness*-Prüfung

⁶¹ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen, m.w.N., *Kälin et al.*, Völkerrecht, 188 ff.

⁶² BGE 118 Ia 137 E. 2b mit Verweis u.a. auf den genannten Lotus- Entscheid des Ständigen Internationalen Gerichtshofs.

⁶³ S. unten N 60 ff.

⁶⁴ Zur Problematik fehlender diesbezüglicher Regulierungsmechanismen *Kurkin*, Extraterritorialität, 193 ff.

⁶⁵ *Cooreman*, Global Environmental Protection through Trade, 99, m.w.N.

⁶⁶ So sieht etwa *Krämer*, EuR 2021, 137, 145 und 148 im sog. Google-Urteil des EuGH (EuGH, Rs. C-507/17 (Google LLC), ECLI:EU:C:2019:772, Rn. 59 f.), einen Rückgriff auf *comity*.

⁶⁷ Dazu *Kurkin*, Extraterritorialität, 205; *Cooreman*, Global Environmental Protection through Trade, 99 f.

erfolgt, dürfte im Ergebnis nicht entscheidend sein.⁶⁸ Hinzuweisen ist jedenfalls darauf, dass das Erfordernis eines ausreichenden Anknüpfungspunktes völker(gewohnheits)rechtlich verankert ist und auch die Staatenpraxis hier durchaus Konkretisierungen erlaubt, wenn auch gewisse Unschärfen bzw. Auslegungsspielräume verbleiben.

- Drittens darf die Anwendung des extraterritorial wirkenden Gesetzes den Adressaten grundsätzlich nicht dazu zwingen, im Ausland **Gesetze eines anderen Staates zu verletzen**.

53. Während das Völkerrecht den Erlass extraterritorial wirkender Regelungen somit unter bestimmten Voraussetzungen teilweise zulässt, ist **hoheitliches Handeln auf fremdem Staatsgebiet** und damit die **Rechtsdurchsetzung** aufgrund des Territorialitätsprinzips grundsätzlich immer unzulässig, sofern der betroffene Staat nicht zustimmt, sei es in einem konkreten Einzelfall oder im Rahmen staatsvertraglicher Vereinbarungen.⁶⁹ Sämtliche Handlungen, welche die Ausübung von Staatsgewalt implizieren bedürfen folglich der Zustimmung des betroffenen Staates.⁷⁰ Damit sind der **tatsächlichen Durchsetzung extraterritorial wirkender Regelungen enge Grenzen** gesetzt, kommen doch – ohne Zustimmung des jeweils anderen Staates – grundsätzlich nur Massnahmen im eigenen Hoheitsgebiet bzw. solche, welche kein hoheitliches Handeln auf fremdem Staatsgebiet implizieren, in Frage.

Für die vorliegende Fragestellung und nach den obigen Erläuterungen bedeutet dies folglich, dass das Völkerrecht es der EU zwar erlaubt, eine allfällige Sorgfaltspflichten-Richtlinie auch auf Unternehmen aus Drittstaaten anzuwenden,⁷¹ sie bei einem Verstoß dieser Unternehmen gegen die aus dem EU-Recht fließenden Pflichten aber nicht ohne Weiteres zur Durchsetzung bzw. Vollstreckung schreiten kann.

II. Zur extraterritorialen Wirkung ausgewählter anderer EU-Rechtsakte

54. Die **Europäische Union** ist als Völkerrechtssubjekt ebenfalls gehalten, die skizzierten Voraussetzungen einzuhalten, sofern sie extraterritorial wirkendes Recht erlässt. Letzteres hat sie in der Vergangenheit denn auch bereits mehrfach

⁶⁸ So auch *Cooreman*, Global Environmental Protection through Trade, 100.

⁶⁹ So deutlich der StIGH in der bereits erwähnten Lotus-Entscheidung: «[...] failing the existence of a permissive rule to the contrary [a state] may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial [...]», StIGH, The Case of the S.S. «Lotus», Urteil vom 7. September 1927, P.C.I.J. Series A, No. 10, S. 18 f.

⁷⁰ S. dazu z.B. *Kern*, Jahrbuch für Strassenverkehrsrecht 2014, 151, 153 im Zusammenhang mit der Zustellung und Vollstreckung ausländischer Verkehrsbussen.

⁷¹ Unten N 66 ff.

getan. Im Folgenden ist daher – als Hintergrund für die nachfolgende vertiefte Erörterung der extraterritorialen Wirkung der vorgeschlagenen Sorgfaltspflichten-Richtlinie⁷² – aufzuzeigen, wie die Zulässigkeit der extraterritorialen Wirkung des EU-Rechts in anderen Bereichen, nämlich im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht, beurteilt wird.

1. Zur extraterritorialen Wirkung der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)

55. Ein Beispiel für die extraterritoriale Wirkung von EU-Recht eher jüngeren Datums findet sich in **Art. 3 Abs. 2 VO 2016/679 (Datenschutzgrundverordnung, DSGVO)**.⁷³ Danach ist die VO 2016/679 auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von sich in der Union befindlichen Personen durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter anwendbar, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht, betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten oder das in der Union erfolgende Verhalten betroffener Personen zu beobachten (sog. **Marktortprinzip**). Die Datenschutzgrundverordnung entfaltet damit in bedeutendem Ausmass auch extraterritoriale Wirkung, dürften die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 VO 2016/679 doch in zahlreichen Konstellationen gegeben sein.⁷⁴

56. Die Ausweitung des räumlichen Anwendungsbereichs ist im Zusammenhang mit dem Datenschutzrecht in erster Linie vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Europäische Union – ausgehend von der sich aus Art. 7, 8 GRCh ergebenden **grundrechtlichen Schutzpflicht** – die personenbezogenen Daten ihrer Bürger und Bürgerinnen auch dann zu schützen hat, wenn diese durch Verantwortliche ausserhalb der EU verarbeitet werden.⁷⁵ Gleichzeitig verfolgt die Ausweitung des Anwendungsbereichs aber auch das Ziel, Wettbewerbsnachteile europäischer Unternehmen gegenüber solchen aus Drittstaaten abzubauen, indem auch letztere

⁷² Unten N 65 ff.

⁷³ VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, Datenschutz-Grundverordnung, ABl. 2016 L 119, 1.

⁷⁴ Vgl. im Einzelnen zum Thema (neben den einschlägigen Kommentaren zur VO 2016/679) *Métille/Ackermann*, in: *Datenschutzgrundverordnung (DSGVO): Tragweite und erste Erfahrungen*, 77, 82. S. aus der Rechtsprechung des EuGH EuGH, Rs. C-230/14 (Weltimmo), ECLI:EU:C:2015:639; s. auch schon EuGH, Rs. C-131/12 (Google Spain), ECLI:EU:C:2014:317.

⁷⁵ Vgl. *Piltz*, in: *Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG Kommentar*, N 31 zu Art. 3 DSGVO; *Ennöckl*, in: *Sydow/Marsch (Hrsg.), DS-GVO/BDSG Handkommentar*, N 12 zu Art. 3 DS-GVO.

unter den erwähnten Voraussetzungen an die Vorgaben der Verordnung gebunden und damit mit Blick auf das Datenschutzrecht gleichbehandelt werden.⁷⁶

57. Vor dem Hintergrund der soeben dargelegten **völkerrechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit der extraterritorialen Wirkung** von Erlassen⁷⁷ ist davon auszugehen, dass diese im Zusammenhang mit der **Datenschutzgrundverordnung erfüllt** sind. Denn die Anwendung der Datenschutzgrundverordnung in Art. 3 Abs. 2 VO 2016/679 setzt die Betroffenheit von Personen, die sich in der Union befinden, voraus, so dass überzeugende Argumente dafür sprechen, dass das Kriterium des ausreichenden Anknüpfungspunkts gegeben ist.⁷⁸

Interessant ist an dieser Stelle im Übrigen der Seitenblick in das Schweizer Recht. So sieht das neue, per 1. September 2023 in Kraft getretene Datenschutzgesetz (DSG) in Art. 3 Abs. 1 DSG vor, dass sich der Anwendungsbereich auf alle Sachverhalte erstreckt, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Im Gegensatz dem Unionsrecht wird der Anknüpfungspunkt folglich nicht genauer beschrieben oder festgelegt. Vielmehr genügen gemäss dem Wortlaut scheinbar jegliche «Auswirkungen». Wie sogleich noch aufgezeigt wird,⁷⁹ enthält das Datenschutzrecht in Bezug auf den räumlichen Geltungsbereich damit nun eine der entsprechenden Regelung im schweizerischen Wettbewerbsrecht äusserst ähnliche Bestimmung.

58. Mit Bezug auf die **Rechtsdurchsetzung** – die aufgrund der skizzierten völkerrechtlichen Vorgaben in Bezug auf extraterritorial wirkende Regelungen grosse Schwierigkeiten bereiten kann⁸⁰ – sieht Art. 27 VO 2016/679 vor, dass Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter von ausserhalb der Union, die aber aufgrund von Art. 3 Abs. 2 VO 2016/679 der Verordnung unterstehen, schriftlich einen **Vertreter in der Union** zu benennen haben. Dieser ist vom Vertretenen gemäss Art. 27 Abs. 4 VO 2016/679 zu beauftragen, zusätzlich zu diesem oder an seiner Stelle insbesondere für Aufsichtsbehörden und betroffene Personen als Anlaufstelle zu dienen. Dabei hält Erw. 80 VO 2016/679 fest, dass der Vertreter bei Verstössen des Vertretenen Durchsetzungsverfahren unterworfen werden solle. Was genau unter Durchsetzungsverfahren zu verstehen ist bzw. welche Pflichten dem Vertreter im Zusammenhang mit der Durchsetzung zukommen sollen, bleibt allerdings unklar. So äussern sich auch die Verordnungsbestimmungen nicht weiter dazu, welche Vorgaben unter welchen

⁷⁶ *Ennöckl*, in: Sydow/Marsch (Hrsg.), DS-GVO/BDSG Handkommentar, N 12 zu Art. 3 DS-GVO.

⁷⁷ Oben N 51 ff.

⁷⁸ Vgl. *Schmidt*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG Kommentar, N 17 zu Art. 3 DSGVO; *Zerdick*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, N 14 zu Art. 3 DSGVO.

⁷⁹ N 60.

⁸⁰ Oben N 53.

Voraussetzungen dem Vertreter gegenüber durchgesetzt werden können.⁸¹ Vielmehr beschränkt sich die Rolle des Vertreters nach Art. 27 VO 2016/679 darauf, dass dieser den Aufsichtsbehörden als «Anlaufstelle» dienen soll, so dass letztere sich mit Fragen zu der Verarbeitung unmittelbar an den Vertreter wenden können.⁸² Ob dieser aber auch der Adressat aufsichtsrechtlicher Massnahmen sein kann, ist, soweit ersichtlich, noch immer unbeantwortet, ganz abgesehen davon, dass solche Massnahmen in zahlreichen Fällen wohl kaum ihr Ziel erreichen könnten, da unklar ist, inwieweit der Vertreter einen Einfluss auf die Datenbearbeitung bzw. das Verhalten des Verantwortlichen hat bzw. haben muss. Vor diesem Hintergrund ist denn auch fraglich, inwiefern die Nennung eines Vertreters der Union tatsächlich dazu beitragen kann, die Einhaltung der DSGVO auch gegenüber Personen ausserhalb der EU durchzusetzen.⁸³

59. Nicht zu verkennen ist aber freilich, dass aufsichtsrechtliche Massnahmen, inklusive Sanktionen, gegenüber in der **Union ansässigen Zweigstellen oder Tochterunternehmen** verhängt werden können, da diesfalls das Territorialitätsprinzip nicht verletzt wird. Diese Möglichkeit spielt jedenfalls bei grossen Unternehmen eine bedeutende Rolle, wie sich gerade auch im Wettbewerbsrecht⁸⁴ regelmässig zeigt, werden hier doch regelmässig mitunter hohe Bussen auch gegenüber internationalen Unternehmen, welche in der Union tätig sind, verhängt (die häufig auch Gegenstand gerichtlicher Verfahren sind).⁸⁵

2. Zur extraterritorialen Wirkung des EU-Wettbewerbsrechts

60. **Art. 101 AEUV** verbietet **Vereinbarungen**, «welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken». Einen ähnlichen Wortlaut sieht auch **Art. 102 AEUV** in Bezug auf den **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** vor. Obwohl diese Bestimmungen damit nicht ausdrücklich auf eine extraterritoriale Wirkung des EU-Wettbewerbsrechts (unter gewissen Voraussetzungen) Bezug nehmen, ergibt sich diese aber nach ständiger Praxis und Rechtsprechung aus dem

⁸¹ S. *Piltz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG Kommentar, N 44 zu Art. 27 DSGVO; *Lang*, in Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG Kommentar, N 74 zu Art. 27 DSGVO.

⁸² *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, N 11 zu Art. 27 DSGVO.

⁸³ Kritisch diesbezüglich *Piltz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG Kommentar, N 46 zu Art. 27 DSGVO.

⁸⁴ Zu diesem sogleich unten N 60 ff.

⁸⁵ Vgl. insoweit z.B. EuG, Rs. T-612/17 (Google LLC et al./Kommission), ECLI:EU:T:2021:763.

Schutzzweck des Wettbewerbsrechts bzw. der Art. 101, 102 AEUV sowie dem Bezugspunkt dieser Bestimmungen, kann doch der Wettbewerb innerhalb der Union auch durch ausserhalb der Union angesiedelte Aktivitäten betroffen sein.⁸⁶ Verboten sind damit unternehmerische Verhaltensweisen, die den **Handel zwischen den Mitgliedstaaten sowie den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts beschränken**, unabhängig davon, ob die Beschränkungen auf Verhaltensweisen von inner- oder ausserhalb der EU gründen und ob die handelnden Unternehmen ihren Sitz in der Union oder in Drittstaaten haben.⁸⁷

Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang denn auch, dass dieser Ansatz keineswegs unionspezifisch ist, sondern sich in Bezug auf den räumlichen Anwendungsbereich nationaler Wettbewerbsregelungen generell durchsetzt. So hat z.B. das Schweizer Kartellgesetz diesen Ansatz auch ausdrücklich festgehalten: Nach Art. 2 Abs. 2 KG ist das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.

61. Dabei ist zu beachten, dass gemäss dem – bereits erwähnten und inzwischen wohl gemeinhin akzeptierten – Auswirkungsprinzip bzw. Prinzip der **«qualifizierten Auswirkungen»**⁸⁸ nicht sämtliche Verhaltensweisen, die sich auf den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts auswirken, vom EU-Recht erfasst bzw. unionsrechtlich verboten sind. Eine solche Annahme wäre denn in einer globalisierten Wirtschaftswelt auch realitätsfremd, dürften doch unzählige, sich irgendwo abspielende Verhaltensweisen in irgendeiner Form Auswirkungen auf die Union bzw. den Wettbewerb in der Union entfalten.⁸⁹ Vielmehr lässt sich die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf extraterritoriale Sachverhalte nur rechtfertigen, wenn vorhersehbar ist, dass das konkrete Verhalten in der Union unmittelbare und wesentliche Auswirkungen haben wird.⁹⁰ Mit Blick auf die

⁸⁶ Aus der Lehre dazu *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 7 N 50; *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, N 461.

⁸⁷ S. *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, N 462; so kam der EuGH etwa im in diesem Zusammenhang wegweisenden sog. Zellstoff-Fall zum Schluss, dass die unter Drittstaatsunternehmen vorgenommene Abstimmung der gegenüber Abnehmern in der Union angebotenen Preise eine Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts darstellen könne, da damit eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezweckt oder bewirkt werde, s. EuGH, verb. Rs. 89, 104, 114, 116, 117, 125–129/85 (Ahlström et al./Kommission), ECLI:EU:C:1988:447, Rn. 13.

⁸⁸ So der Begriff in EuGH, Rs. C-419/14 P (Intel Corporation Inc./Europäische Kommission), ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 49; s. auch bereits bei GA *Wahl*, Schlussanträge zur Rs. C-413/14 P (Intel Corporation Inc./Europäische Kommission), ECLI:EU:C:2016:788, Rn. 302; ausführlich zum Auswirkungsprinzip *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, N 12 ff.

⁸⁹ Vgl. GA *Wahl*, Schlussanträge zur Rs. C-413/14 P (Intel Corporation Inc./Europäische Kommission), ECLI:EU:C:2016:788, Rn. 299.

⁹⁰ S. EuGH, Rs. C-419/14 P (Intel Corporation Inc./Europäische Kommission), ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 49, wo der Gerichtshof die vom Gericht bereits in EuG, Rs. T-

oben⁹¹ dargelegten (völkerrechtliche) Grundsätze im Zusammenhang mit dem Erlass extraterritorialer Wirkungen ist die Forderung nach «qualifizierten» Auswirkungen wohl als Anerkennung zu sehen, dass die extraterritoriale Wirkung von Erlassen nur zurückhaltend anzunehmen ist.

62. Mit Blick auf die **Rechtsdurchsetzung** verbietet freilich das völkerrechtliche Territorialitätsprinzip⁹² auch im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht die Durchsetzung hoheitlicher Zwangsmassnahmen – wie etwa das Sichern von Beweismaterial, das Zustellen von Verfügungen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen oder das Verhängen von Zwangsgeldern oder Geldbussen – ausserhalb der Union.⁹³ Allerdings ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung aufgrund des Konzepts der wirtschaftlichen Einheit die Zustellung etwa eines Entscheids an einen in der EU gelegenen Teil eines Konzerns genügen lässt.⁹⁴ Sind aber gegen die im Ausland gelegene Gesellschaft Zwangsmassnahmen zu vollziehen, die Handlungen auf ausländischem Territorium bedingen, bedarf es der Zustimmung des betreffenden Staates. Wenn also etwa keine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in der EU besteht, an welche der Entscheid adressiert werden könnte, wenn im Ausland Beweismaterial gesichert werden muss oder wenn eine auferlegte Sanktion auf dem Weg der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden soll, muss jeweils das Einverständnis des betroffenen Staates eingeholt werden.

63. Um trotzdem eine wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts sicherstellen zu können, hat die EU daher mit Drittstaaten, u.a. auch der Schweiz, entsprechende **Kooperationsabkommen** abgeschlossen.⁹⁵

So bezweckt das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU gemäss Art. 1, durch Zusammenarbeit und Koordinierung einschliesslich des Informationsaustauschs zwischen der Schweizer Wettbewerbskommission und der Europäischen Kommission zur wirksamen

102/96 (Gencor Ltd./Kommission), ECLI:EU:T:1999:65, Rn. 90 und EuG, Rs. T-289/06 (Intel/Kommission), ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 233 und insbes. 258 ff. verwendeten Voraussetzungen bestätigt; zu den Voraussetzungen und ihrer Anwendung im US-Wettbewerbsrecht auch *Cooreman*, *Global Environmental Protection through Trade*, 105 ff.

⁹¹ N 51 ff.

⁹² S. insoweit oben N 51 ff.

⁹³ S. nur *Behrens*, *Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht*, N 476.

⁹⁴ S. schon EuGH, Rs. C-48/69 (ICI / Kommission), ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 34 ff.; *Behrens*, *Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht*, N 477.

⁹⁵ Vgl. für die Schweiz Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, SR 0.251.268.1.

Durchsetzung des Wettbewerbsrechts beizutragen.⁹⁶ In einem das Abkommen begleitenden Notenaustausch wurde denn auch vereinbart, dass die Europäische Kommission hoheitliche Akte bezüglich der Auferlegung von Sanktionen, des Gebots oder Verbots eines bestimmten Verhaltens oder der Einholung von Informationen, welche an Schweizer Unternehmen adressiert sind und die nicht an eine Zweigniederlassung oder eine Tochtergesellschaft in der EU zugestellt werden können, der Schweizer Wettbewerbskommission zustellt, welche diese wiederum unverzüglich an den Adressaten weiterleitet.⁹⁷

3. Zwischenfazit

64. Sowohl im Zusammenhang mit dem Datenschutz- als auch dem Wettbewerbsrecht zeigt sich folglich, dass diese **extraterritorial wirken** bzw. eine solche Wirkung vorsehen. Die diesbezüglichen Voraussetzungen bzw. die konkrete Anwendung der einschlägigen Bestimmungen tragen dabei den völkerrechtlichen Vorgaben Rechnung, und ihre völkerrechtliche Zulässigkeit dürfte denn auch allgemein anerkannt sein. Allerdings hängt die **wirksame Durchsetzung** dieser Vorgaben ausserhalb der Union wesentlich davon ab, ob die betreffenden Staaten mitwirken oder nicht. Diese Ausgangslage dürfte auch im Zusammenhang mit einer extraterritorial wirkenden Sorgfaltspflichten-Richtlinie bestehen, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

III. Die extraterritoriale Wirkung der Sorgfaltspflichten-Richtlinie und ihre Durchsetzung

65. Ausgehend vom oben⁹⁸ dargelegten persönlichen Anwendungsbereich der Sorgfaltspflichten-Richtlinie und ausgehend von den skizzierten völkerrechtlichen Vorgaben⁹⁹ soll nachfolgend nach der völkerrechtlichen Zulässigkeit der extraterritorialen Rechtsetzung gefragt und aufgezeigt werden, welche Implikationen diese in der Schweiz entfaltet (1.), bevor auf die Rechtsdurchsetzung in der Schweiz einzugehen ist (2.).

⁹⁶ Hierzu z.B. *Krauskopf/Schaller*, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 273, 276 ff.

⁹⁷ S. den Notenaustausch vom 17. Mai 2013 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Europäischen Kommission zur Notifikation hoheitlicher Akte im Bereich der Wettbewerbspolitik, SR 0.251.268.11.

⁹⁸ N 10 ff.

⁹⁹ N 51 ff.

1. Rechtsetzung

a) Völkerrechtliche Zulässigkeit

66. Wie oben¹⁰⁰ ausführlich dargelegt, führt die Ausgestaltung des persönlichen Anwendungsbereichs der Sorgfaltspflichten-Richtlinie zu einer extraterritorialen Wirkung zahlreicher Vorgaben der Richtlinie, insbesondere und jedenfalls soweit die Sorgfaltspflichten selbst betroffen sind. So sieht **Art. 2 Abs. 2 RL** ausdrücklich vor, dass die Richtlinie auch für Unternehmen, die nach den Rechtsvorschriften eines **Drittlandes** gegründet wurden, anwendbar ist, sofern diese bestimmte Schwellenwerte hinsichtlich des in der Union erzielten Umsatzes erreichen.

Der Einbezug von Unternehmen aus Drittländern soll dazu dienen, die Ziele der Richtlinie in Bezug auf die negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt durch die Geschäftstätigkeit von Unternehmen, ihre Tochterunternehmen und ihre Wertschöpfungsketten in vollem Umfang zu erreichen (Erw. 29 RL). Durch das Abstellen auf das Kriterium des EU-Umsatzes wird gemäss der Kommission eine **territoriale Verbindung** zwischen den Drittlandunternehmen und dem Unionsgebiet hergestellt. So sei der Umsatz ein Anhaltspunkt für die Auswirkungen, welche die Tätigkeiten dieser Unternehmen auf den Binnenmarkt entfalten können (Erw. 30 RL).

Die Begründung der extraterritorialen Wirkung widerspiegelt damit das **doppelte Motiv** der Richtlinie. Zum einen sollen negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und Umwelt ermittelt, vermieden, abgeschwächt, behoben und minimiert werden. Zum anderen ist der Binnenmarkt zu schützen. Die Anwendung der Richtlinie auch auf Drittstaatsunternehmen folgt dieser Logik. Einerseits wird durch eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf möglichst viele Unternehmen eine bessere Verwirklichung des Menschen- und Umweltschutzes auf internationaler Ebene erreicht. Andererseits würde ein Verzicht auf die extraterritoriale Anwendung Drittstaatsunternehmen Wettbewerbsvorteile verschaffen, womit wiederum das Funktionieren des Binnenmarkts gefährdet werden könnte.

67. Mit Blick auf die oben¹⁰¹ dargelegten Voraussetzungen für die völkerrechtliche Zulässigkeit extraterritorial wirkender Rechtserlasse, stellt sich insbesondere die Frage, ob ein ausreichender (und damit hinreichend intensiver) **Anknüpfungspunkt** geschaffen wird, sollten doch die anderen beiden Voraussetzungen (keine entgegenstehenden völkerrechtlichen Vorgaben und Beachtung des innerstaatlichen Rechts der anderen betroffenen Staaten), soweit ersichtlich, kaum problematisch sein. Vorliegend wird der Anknüpfungspunkt durch das Abstellen auf den **innerhalb der Union generierten Umsatz** geschaffen: Erfasst werden Unternehmen, die einen Umsatz von mindestens EUR 450 Mio. allein in der EU erzielen. Die Richtlinie soll damit einzig für sehr grosse Unternehmen bzw. in der Union in grossem Rahmen aktive Unternehmen gelten.

¹⁰⁰ N 10 ff.

¹⁰¹ N 51 ff.

Deren Tätigkeiten dürften dementsprechend auch spürbare Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben. M.a.W. sind diese Unternehmen aufgrund des erzielten Umsatzes bereits eng mit der Union verknüpft. Mit Blick auf das im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht geltende Auswirkungsprinzip, wonach es zulässig ist, auch die Verhaltensweisen aussereuropäischer Unternehmen zu regeln, sofern diese unmittelbare und wesentliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt entfalten, dürfte vor diesem Hintergrund auch vorliegend von einem ausreichenden Anknüpfungskriterium ausgegangen werden können.

Zwar könnte man gegen den hier vertretenen Ansatz geltend machen, dass die Auswirkungen der entsprechenden Verhaltensweisen der Unternehmen auf die Union zu indirekt seien, da die Verletzung der Menschenrechte und der Vorgaben des Umweltrechts im Ausland stattfinden und als solche zunächst keine Implikationen in der und für die Union entfalten. So könnten sich die im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht angestellten Überlegungen denn auch möglicherweise nicht unbesehen auf die vorliegende Konstellation übertragen lassen, was auch vor dem Hintergrund der extraterritorialen Wirkung des Wettbewerbsrechts zu sehen ist, geht es hier doch gerade um den Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt. Der Schutzzweck der hier diskutierten Richtlinie ist jedoch nicht in erster Linie die Schaffung eines fairen Wettbewerbs, sondern liegt in der Verwirklichung eines möglichst umfassenden Menschenrechts- und Umweltschutzes sowie wohl nur subsidiär im Schutz des Binnenmarkts. Während im Wettbewerbsrecht – sowie im Übrigen auch im Datenschutzrecht, welches den Schutz der Grundrechte der in der Union ansässigen Personen bezweckt und adressiert – jede dem entsprechenden Unionsrecht entgegenwirkende Handlung zumindest potenziell auch Auswirkungen auf die Union hat, sei es in einer Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs in der Union oder in der Einschränkung der Grundrechte der in der Union ansässigen Personen, bringt ein Verhalten eines Unternehmens von ausserhalb der Union, das dem der Richtlinie zugrundeliegenden Schutzzweck der besseren Verwirklichung des Menschenrechts- und Umweltschutzes entgegenwirkt bzw. die in der Richtlinie verankerten Sorgfaltspflichten nicht beachtet, noch nicht zwingend Auswirkungen auf die EU mit sich. Diese Erwägungen vermögen jedoch im Ergebnis mit Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der extraterritorialen Wirkung in der Richtlinie nicht zu überzeugen: Denn Drittstaatsunternehmen sind nur erfasst, falls sie einen bedeutenden Umsatz in der Union erzielen, so dass es bei den erfassten Unternehmen um sehr bedeutsame Wirtschaftsakteure im EU-Binnenmarkt geht, deren Handeln sich zwangsläufig auf die EU – und die Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt – auswirkt. M.a.W. wird durch diese Voraussetzung einer (hohen) Umsatzschwelle sichergestellt, dass die erfassten Verhaltensweisen letztlich eine Auswirkung auf die Union entfalten.

b) In der Schweiz konkret erfasste Unternehmen

68. Um festzustellen, welche Unternehmen in der Schweiz konkret – im Falle des Erreichens der in Art. 2 Abs. 2 RL vorgesehenen Schwellenwerten in Bezug auf den Umsatz in der EU – von der Richtlinie erfasst sind, gilt es zu ermitteln, welche **Formen von Unternehmen** in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Dies hängt letztlich vom Verständnis des Begriffs «Unternehmen» ab.

69. Gemäss **Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. ii RL** bezeichnet der Ausdruck «**Unternehmen**» u.a. eine juristische Person, die nach dem Recht eines Drittlandes als Rechtsform gegründet wurde, welche mit den in den Anhängen I und II RL

2013/34¹⁰² aufgeführten Rechtsformen vergleichbar ist. In den genannten Anhängen werden in Bezug auf die verschiedenen Mitgliedstaaten jeweils konkrete Rechtsformen genannt. In Deutschland werden etwa die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft aufgeführt. In Bezug auf die Schweiz dürften damit die Aktiengesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft sowie die Gesellschaft mit beschränkter Haftung erfasst sein. Aber auch die Kollektivgesellschaft sowie die Kommanditgesellschaft dürften mit Blick auf die in Deutschland erfassten Unternehmensformen in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, dies trotz des Umstands, dass es sich bei diesen nach schweizerischem Recht nicht um juristische Personen im Sinne einer Körperschaft handelt (ist der Begriff der juristischen Person doch ein unionsrechtlicher Begriff, der sich nicht zwingend mit denjenigen nationaler Rechtsordnungen deckt).¹⁰³

Vereine, Stiftungen oder Genossenschaften sind hingegen nicht erfasst, ausser es würde sich um ein sog. beaufsichtigtes Finanzunternehmen nach Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. iii RL handeln. Diese gelten unabhängig ihrer Rechtsform als Unternehmen im Sinne der Richtlinie.

70. Erfüllt folglich ein in den genannten Rechtsformen gegründetes Unternehmen die oben erläuterte Umsatzschwelle von Art. 2 Abs. 2 RL, fällt es in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Wie viele Unternehmen betroffen sein werden, lässt sich derzeit nicht feststellen. Im Zusammenhang mit dem Vorschlag der Kommission, der eine deutlich tiefere Umsatzschwelle von EUR 150 Mio. (bzw. EUR 40 Mio. in Risikosektoren) vorsah, ging diese davon aus, dass die Richtlinie auf weltweit rund **4'000 Drittstaatsunternehmen** anwendbar sein würde.¹⁰⁴ Bei wie vielen hiervon es sich um Schweizer Unternehmen handelt, wurde nicht eruiert.

2. Rechtsdurchsetzung in der Schweiz

71. Wie oben dargelegt wurde,¹⁰⁵ sieht der RL in Bezug auf die Durchsetzung ein «**zweigleisiges**» System vor:

- Zum einen sollen mitgliedstaatliche Behörden mit der **(verwaltungsrechtlichen) Aufsicht** betraut werden.

¹⁰² RL 2013/34 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen, ABl. 2013 L 182, 19.

¹⁰³ S. insoweit, mit Bezug zum EU-Prozessrecht, *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 9, Rn. 41, m.w.N.

¹⁰⁴ S. COM(2022) 71 final, 20.

¹⁰⁵ N 41 ff.

- Zum anderen sollen Private auf dem Weg der **zivilrechtlichen Haftung** bei einer Verletzung der Sorgfaltspflichten und daraus erwachsenem Schaden entsprechende Schadenersatzforderungen im Zivilprozess geltend machen können.

72. Beide Dimensionen kommen grundsätzlich auch im Zusammenhang mit Verstößen von in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden **Drittstaatsunternehmen** zum Zuge. Die Frage, inwiefern die **beiden Mechanismen extraterritorial** aber auch **tatsächlich angewandt** bzw. **durchgesetzt** werden können, ist je einzeln zu betrachten. Während im Zusammenhang mit der verwaltungsrechtlichen Aufsicht (a) vor allem das oben¹⁰⁶ dargelegte völkerrechtliche Territorialitätsprinzip der tatsächlichen Durchsetzung Grenzen setzt, ist die Anwendbarkeit der mitgliedstaatlichen Haftungsbestimmungen (b) unter dem Blickwinkel des internationalen Zivilprozessrechts zu prüfen.

a) **Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Aufsicht**

73. Wie erwähnt,¹⁰⁷ ändert der Erlass eines extraterritorial wirkenden Rechtsakts wie die Sorgfaltspflichten-Richtlinie nichts daran, dass die Ausübung hoheitlicher Gewalt auf fremdem Staatsgebiet völkerrechtlich verboten ist, es sei denn, der betroffene Staat erteilt seine Zustimmung (was insgesamt die Ausnahme darstellt bzw. sich in aller Regel auf präzise Konstellationen beschränkt, wenn es auch in gewissen Gebieten, wie z.B. dem Wettbewerbsrecht, Kooperationsvereinbarungen gibt).¹⁰⁸ Grundsätzlich unzulässig ist es daher, **in hoheitlicher Weise** unmittelbar an eine in einem anderen Staat ansässige Person zu gelangen, sei es, um von ihr Informationen einzuverlangen, gegen sie Untersuchungen durchzuführen, ihr hoheitliche Entscheide zuzustellen oder ihr gegenüber bereits gefällte Entscheide zu vollstrecken.

74. In Kenntnis dieser Schwierigkeiten sieht die Richtlinie, ähnlich wie im Rahmen des Datenschutzrechts,¹⁰⁹ daher vor, dass Drittstaatsunternehmen einen **Bevollmächtigten** benennen müssen, der in einem der Mitgliedstaaten, in welchen das Unternehmen tätig ist, ansässig oder niedergelassen ist (Art. 23 Abs. 1 RL). Der Bevollmächtigte muss ermächtigt sein, Mitteilungen von den Aufsichtsbehörden in allen Belangen zu empfangen, die für die Einhaltung und Durchsetzung der nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie notwendig sind (Art. 23 Abs. 4 S. 1 RL). Die Unternehmen sind sodann

¹⁰⁶ N 51 ff.

¹⁰⁷ N 53.

¹⁰⁸ Vgl. N 63.

¹⁰⁹ Oben N 58.

verpflichtet, ihren Bevollmächtigten mit den erforderlichen Befugnissen und Ressourcen für die Zusammenarbeit mit den Aufsichtsbehörden auszustatten (Art. 23 Abs. 4 S. 2 RL).

75. Gemäss der **Begriffsdefinition** in **Art. 3 Abs. 1 lit. k RL** handelt es sich beim Bevollmächtigten um eine in der Union ansässige oder niedergelassene natürliche oder juristische Person, die von einem Drittstaatsunternehmen beauftragt ist, in Bezug auf die Erfüllung der aus dieser Richtlinie resultierenden Verpflichtungen dieses Unternehmens in dessen Namen zu handeln. Damit soll sichergestellt werden, dass es der EU bzw. den **mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden** möglich ist, sich an die unter die **Richtlinie fallenden Drittstaatsunternehmen zu wenden und ihnen Mitteilungen zukommen zu lassen**, was aufgrund des Territorialitätsprinzips ansonsten grundsätzlich nicht zulässig wäre.

76. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Nennung eines Bevollmächtigten ausreicht, um eine **effektive Durchsetzung der Richtlinie auch im Ausland** sicherzustellen. Im Folgenden wird daher anhand der **einzelnen Schritte im Zusammenhang mit der verwaltungsrechtlichen Aufsicht** aufgezeigt, inwiefern diese – unter der Berücksichtigung der Bezeichnung eines Bevollmächtigten – in der Schweiz auch **tatsächlich durchgesetzt** werden könnten:

- Art. 25 Abs. 1 RL sieht in einem ersten Schritt vor, dass die nationalen Aufsichtsbehörden von den Unternehmen **Informationen** anfordern können. Sollte eine Aufsichtsbehörde nun von Schweizer Unternehmen Informationen einholen wollen, kann sie dies über den Bevollmächtigten tun, sei es, indem sie diesen direkt zur Zustellung von Informationen auffordert oder eine entsprechende Aufforderung über ihn dem Unternehmen zustellen lässt. Mit Blick auf Art. 23 Abs. 4 RL ist denn auch davon auszugehen, dass die Drittstaatsunternehmen grundsätzlich verpflichtet sind, den Bevollmächtigten zur Weitergabe der Informationen zu ermächtigen. Allerdings stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen bei einer Weigerung des Unternehmens, die Informationen preiszugeben. Sind die ersuchten **Informationen auf dem Unionsgebiet nicht erhältlich**, scheinen kaum Möglichkeiten zu bestehen, diese einzuholen, da es der Aufsichtsbehörde in diesem Fall nicht erlaubt wäre, die Informationen mittels Zwangsmassnahmen in der Schweiz einzuholen. Die Aufsichtsbehörde wäre folglich gehalten, die Schweiz um **Amtshilfe** zu ersuchen. Gleichzeitig dürfte nach der geltenden Rechtslage aber auch einem diesbezüglichen Amtshilfeersuchen kaum stattgegeben werden. Würde eine Schweizer Behörde nach Weitergabe von Informationen ersucht, wäre diese an das

Amtsgeheimnis gebunden.¹¹⁰ Damit sie abweichend hiervon im Rahmen von Amtshilfe Informationen weitergeben darf, bedürfte es folglich einer rechtlichen Grundlage, welche, Stand heute und soweit ersichtlich, nicht vorliegt. Gleiches gilt auch, sollte eine Schweizer Behörde ersucht werden, die Informationen mittels hoheitlicher Anordnung von Zwangsmassnahmen vom Unternehmen einzuholen. Auch hierfür müsste erst eine rechtliche Grundlage geschaffen werden. Diese hätte, je nach Art der Massnahme und der geforderten Informationen, zudem erhöhten Anforderungen zu genügen, dürfte damit doch ein Grundrechtseingriff einhergehen.

- Sollte eine mitgliedstaatliche Aufsichtsbehörde nun (trotz der soeben dargelegten Schwierigkeiten) an Informationen gelangt sein, die auf einen Verstoss gegen die aus der Richtlinie fliessenden Verpflichtungen hindeuten – sei es durch entsprechende eigene Anfragen oder aufgrund ihr gegenüber geäusserten begründeten Bedenken im Sinne von Art. 26 RL – könnte sie nach Art. 25 Abs. 2 RL eine **Untersuchung** einleiten. Diesbezüglich stellen sich wiederum die soeben darlegten Probleme: Sofern Untersuchungshandlungen auf Schweizer Territorium durchgeführt werden müssten, wäre die EU erneut auf die Gewährung von Amtshilfe angewiesen, wozu die zuständigen Schweizer Behörden mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage nicht befugt wären.

In diesem Zusammenhang ist denn auch darauf hinzuweisen, dass Art. 25 Abs. 3 RL unter Umständen die Durchführung von Untersuchungshandlungen ohne vorgängige Ankündigung zulässt. Zu denken ist hier wohl an Handlungen, die den im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht durchgeführten *dawn raids* ähnlich sein dürften. Hiermit geht jedoch ein schwerer Grundrechtseingriff einher, was bei einer allfälligen Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Amtshilfe beachtet werden müsste.

- Kommt die Aufsichtsbehörde nach Abschluss der Untersuchungen schliesslich zum Schluss, dass das fragliche Unternehmen gegen die aus der Richtlinie fliessenden Verpflichtungen verstossen hat, kann die Behörde das Unternehmen mittels eines **Entscheids** verpflichten, den Verstoss zu beenden, jegliche Wiederholung des betreffenden Verhaltens zu unterlassen und gegebenenfalls Abhilfemassnahmen zu treffen. Zudem kann die Aufsichtsbehörde finanzielle Sanktionen verhängen und nötigenfalls vorläufige Massnahmen erlassen. Gegenüber Schweizer Unternehmen würde der entsprechende Entscheid wohl wiederum über den Bevollmächtigten zugestellt werden, da die direkte **Zustellung** aus völkerrechtlicher Sicht grundsätzlich unzulässig ist.

¹¹⁰ Vgl. *Stoffel*, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, 277, 282.

- Problematisch dürfte hingegen die eigentliche **Vollstreckung des Entscheids** sein, sollte das Schweizer Unternehmen diesem nicht freiwillig nachkommen. Diesbezüglich wäre die betroffene ausländische Behörde wiederum auf Amts- bzw. Rechtshilfe¹¹¹ durch Schweizer Behörden angewiesen. Die zwangsweise Vollstreckung eines gerichtlichen Entscheids stellt wiederum einen Grundrechtseingriff dar, womit es hierfür einer im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV ausreichenden gesetzlichen Grundlage bedürfte. Da es sich bei dem zu vollstreckenden Entscheid um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit handelt – und damit weder das internationale Privatrecht, also etwa das LugÜ oder IPRG, noch das Rechtshilfegesetz im Zusammenhang mit Strafsachen (IRSG) Anwendung finden –, besteht eine solche Grundlage, soweit ersichtlich, derzeit nicht. Entsprechend müsste auch in diesem Zusammenhang erst eine rechtliche Grundlage geschaffen werden damit ein von einer mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörde gegenüber einem Schweizer Unternehmen erlassener Entscheid auch tatsächlich zwangsweise vollstreckt werden könnte.¹¹² Die entsprechende Grundlage könnte sowohl im nationalen Recht als auch in einem völkerrechtlichen Vertrag verankert werden.¹¹³

77. Damit lässt sich **zusammenfassend** feststellen, dass es den nationalen Aufsichtsbehörden aufgrund des Instruments des Bevollmächtigten zwar möglich sein sollte, **Mitteilungen** ohne Rückgriff auf Schweizer Behörden auch **Unternehmen mit Sitz in der Schweiz zukommen** zu lassen, sei es, um diese um Informationen anzufragen, sie über die Aufnahme von Untersuchungen zu informieren oder ihnen einen Entscheid zuzustellen. Sofern aber **hoheitliche Massnahmen** direkt auf Schweizer Staatsterritorium ergriffen werden müssen, d.h. wenn etwa Untersuchungshandlungen vor Ort durchzuführen sind oder ein über den Bevollmächtigten zugestellter Entscheid vollstreckt werden soll, bleibt

¹¹¹ Vorliegend wird unter dem Begriff der Amtshilfe die gegenüber einer administrativen Behörde geleistete Hilfe verstanden, während bei der Rechtshilfe eine justizielle Behörde um Hilfe ersucht, s. *Donatsch et al.*, Internationale Rechtshilfe, 4; zu den Unschärfen in Bezug auf die Unterscheidung der Begrifflichkeiten, gerade im Bereich des Verwaltungsrechts, *Wyss*, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, 217, 228 f.; s. zu den Grundsätzen der Zulässigkeit von Amts- und Rechtshilfe auch *Epiney/Frei*, Datenbekanntgabe zwischen Bundesbehörden, 41 ff.

¹¹² Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen zur Vollstreckung ausländischer Steuerforderungen bei *Kocher*, ZBJV 2015, 187, insbes. 221 ff.

¹¹³ So erlauben etwa verschiedene Sozialversicherungsabkommen, darunter insbesondere auch das Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU (FZA), die grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung von öffentlich-rechtlichen Forderungen im Zusammenhang mit Sozialversicherungen, s. dazu *Cueni*, in: Kieser/Lendfers (Hrsg.), JaSo 2020, 131, 133 ff.

den Behörden der EU-Mitgliedstaaten nur der Weg über die **Amts- bzw. Rechtshilfe**. Damit angefragte Schweizer Behörden aber entsprechenden Ersuchen nachkommen könnten, bedürfte es einer **gesetzlichen Grundlage**, welche sowohl den Informationsaustausch, die Zusammenarbeit in Bezug auf Untersuchungen als auch die Vollstreckung zu umfassen hätte.¹¹⁴ Diese Grundlage müsste erst noch geschaffen werden, wobei dies sowohl in einem innerstaatlichen Rechtsakt als auch durch den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags möglich wäre. Die Effektivität der Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Aufsicht dürfte damit letztlich (auch) vom politischen Willen in der Schweiz abhängen.

78. Der Vollständigkeit halber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es durchaus denkbar erscheint, dass den mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden auch bei einer fehlenden grenzüberschreitenden Zusammenarbeit **gewisse «inoffizielle» Druckmittel** gegenüber den Drittstaatsunternehmen zur Verfügung stehen, wenn etwa mittels nationaler Verfügungen auch in anderen Bereichen auf Niederlassungen oder Tochterunternehmen in der EU Einfluss genommen werden kann. Schliesslich ist auch daran zu erinnern, dass Art. 27 Abs. 5 RL vorsieht, dass die Beschlüsse der Aufsichtsbehörden, die Sanktionen im Zusammenhang mit einem Verstoss gegen die Richtlinienbestimmungen enthalten, veröffentlicht werden. Selbst wenn also nach dem oben Gesagten Sanktionen gegenüber Schweizer Unternehmen nach der derzeit geltenden Rechtslage nicht zwangsvollstreckt werden können, erscheint es durchaus denkbar, dass sich Unternehmen aufgrund der mit dem vorgesehenen *naming and shaming* einhergehenden Reputationsschäden freiwillig an die Bestimmungen der Richtlinie halten.

b) Durchsetzung der zivilrechtlichen Haftung

79. Gemäss Art. 29 RL haben die Mitgliedstaaten eine zivilrechtliche Haftung fehlbarer Unternehmen vorzusehen. Unter welchen Voraussetzungen bzw. in welchen Konstellationen Schweizer Unternehmen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, nach einer mitgliedstaatlichen Umsetzungsbestimmung von Art. 29 RL haftbar gemacht werden können, ist letztlich eine Frage des **internationalen Zivilprozessrechts**.¹¹⁵ Gemäss Art. 29 Abs. 7 RL haben die Mitgliedstaaten die nationale Haftungsnorm, mit welcher Art. 29 RL umgesetzt

¹¹⁴ Allgemein zum Legalitätsprinzip im Zusammenhang mit der internationalen Amtshilfe *Wyss*, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, 217, 234 ff.

¹¹⁵ Vgl. im Allgemeinen zu den Fragen des internationalen Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Sorgfaltspflichten von Unternehmen *Pretelli*, SJZ 2024, 63, 69 ff.

wird, als sog. Eingriffsnorm im Sinne von Art. 16 VO 864/2007 auszugestalten,¹¹⁶ so dass im Falle einer Zuständigkeit in einem EU-Mitgliedstaat auch die in Art. 22 RL vorgesehene Haftung zur Anwendung kommen muss. Entscheidend für die Durchsetzung der zivilrechtlichen Haftung ist folglich, ob die **Zuständigkeit eines EU-Mitgliedstaats** begründet werden kann oder nicht. Im Folgenden ist daher darzulegen, wann dies der Fall ist.

80. Ein **Gericht in einem EU-Mitgliedstaat** wird, wenn sich die Klage gegen ein Schweizer Unternehmen richtet, die Frage seiner **Zuständigkeit** anhand des **Lugano-Übereinkommens (LugÜ)** prüfen.¹¹⁷ Gemäss diesem kommen bei Klagen wegen unerlaubter Handlung – was vorliegend wohl in der Regel der Fall sein dürfte – grundsätzlich drei verschiedene Gerichtsstände in Betracht: der allgemeine Gerichtsstand am Sitz der Beklagten nach Art. 2 LugÜ, der Gerichtsstand am Deliktort nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ und der Gerichtsstand am Ort der Zweigniederlassung nach Art. 5 Ziff. 5 LugÜ.¹¹⁸ Während ersterer in der vorliegend interessierenden Konstellation die Zuständigkeit eines Schweizer Gerichts begründet, könnten der zweit- und drittgenannte Gerichtsstand, je nach Umständen, die Zuständigkeit eines Gerichts eines EU-Mitgliedstaats begründen, womit es zu einer Anwendung von Art. 29 RL bzw. der entsprechenden nationalen Bestimmungen käme.

81. So könnte erstens dann ein Gerichtsstand in der EU gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ begründet werden, wenn entweder der Erfolgs- oder der Handlungsort in der EU zu liegen käme. Gemäss genannter Bestimmung kann eine (natürliche oder juristische) Person, die ihren (Wohn-)Sitz in einem Vertragsstaat des LugÜ hat, für die Geltendmachung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung auch an dem Ort verklagt werden, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht (sog. **Deliktort**). Dabei umfasst der Deliktort sowohl bzw. aus Sicht des Klägers wahlweise den **Handlungs- als auch den Erfolgsort**.¹¹⁹ Der Handlungsort meint dabei den Ort des ursächlichen Geschehens, d.h. den Ort, an dem sich das für den Schadenseintritt ursächliche Geschehen konkret abgespielt hat oder abzuspielen droht.¹²⁰ Bei Unterlassungen gilt sodann derjenige Ort als

¹¹⁶ S. o. N 46.

¹¹⁷ Vgl. *Kaufmann et al.*, Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, N 150.

¹¹⁸ Vgl. *Geisser*, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, 206 ff.

¹¹⁹ S. *Hofmann/Kunz*, in: Oetiker/Weibel/Fountoulakis (Hrsg.), BSK LugÜ, N 553 zu Art. 5 LugÜ mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des Bundesgerichts.

¹²⁰ S. EuGH, Rs. 21/76 (Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace), ECLI:EU:C:1976:166, Rn. 15/19; BGE 125 III 346, E. 4c.

Handlungsort, an dem hätte gehandelt werden sollen.¹²¹ Im Zusammenhang mit einer Haftung wegen Nichterfüllung der in der Richtlinie festgelegten Sorgfaltspflichten und als Folge eingetretener negativen Auswirkungen, welche zu Schaden geführt haben, käme folglich dann ein Handlungsort in einem EU-Mitgliedstaat in Betracht, wenn die negativen Auswirkungen das Resultat eines sich in der Union abspielenden (bzw. eines sich in pflichtwidriger Weise nicht abspielenden) Verhaltens sind. Denkbar wäre dies wohl etwa, wenn die Zuständigkeit für das Einholen von vertraglichen Zusicherungen oder das Tätigen von gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c bzw. Art. 11 Abs. 3 lit. d RL notwendigen Investitionen bei Personen in der EU läge und es aufgrund entsprechender Unterlassungen zu negativen Auswirkungen und daraus folgend zu Schäden käme. Ein Erfolgsort in der EU wäre im Übrigen dann gegeben, wenn es in einem EU-Mitgliedstaat zur Verletzung des geschützten Rechtsguts kommt.¹²² Der eigentliche Schaden kann unter Umständen auch an einem anderen Ort eintreten. Für die vorliegende Konstellation dürfte jedoch die Begründung einer Zuständigkeit eines EU-Mitgliedstaats aufgrund des Handlungsorts wahrscheinlicher sein als aufgrund des Erfolgsorts, dürfte es doch wohl häufig um negative Auswirkungen gehen, die in Drittstaaten (insbesondere des globalen Südens) eintreten.

82. Zweitens kann es dann zu einem Gerichtsstand in der EU kommen, wenn es um eine Streitigkeit aus dem Betrieb einer in der EU niedergelassenen **Zweigniederlassung** geht (Art. 5 Ziff. 5 LugÜ). Sollte also das Schweizer Unternehmen, das haftbar gemacht werden soll, eine Zweigniederlassung in einem Mitgliedstaat betreiben, könnte Art. 5 Ziff. 5 LugÜ zur Anwendung kommen. Unter dem Begriff der (Zweig-) Niederlassung ist «ein Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeit gemeint, der auf Dauer als Aussenstelle des Stammhauses hervortritt, eine Geschäftsführung hat und sachlich so ausgestattet ist, dass er in der Weise Geschäfte mit Dritten betreiben kann, dass diese sich nicht unmittelbar an das Stammhaus zu wenden brauchen.»¹²³ Gleichzeitig hat die Niederlassung in ausreichendem Masse dem Stammhaus, d.h. im vorliegend interessierenden Falle dem Schweizer Unternehmen, untergeordnet zu sein. Tochtergesellschaften zählen daher in vielen Fällen nicht als Niederlassung.¹²⁴ Neben der Zweigniederlassung bedarf es für die Anwendung von Art. 5 Ziff. 5 LugÜ zudem eines **ausreichenden**

¹²¹ Hofmann/Kunz, in: Oetiker/Weibel/Fountoulakis (Hrsg.), BSK LugÜ, N 567 zu Art. 5 LugÜ.

¹²² Vgl. Hofmann/Kunz, in: Oetiker/Weibel/Fountoulakis (Hrsg.), BSK LugÜ, N 567 zu Art. 5 LugÜ.

¹²³ EuGH, Rs. C-154/11 (Mahamdia), ECLI:EU:C:2012:491, Rn. 48 m.w.N.

¹²⁴ Hofmann/Kunz, in: Oetiker/Weibel/Fountoulakis (Hrsg.), BSK LugÜ, N 720 zu Art. 5 LugÜ.

Konnexes zwischen der unerlaubten Handlung und dem Betrieb der Zweigniederlassung.¹²⁵ Allerdings kann nicht gefordert sein, dass die unerlaubte Handlung selbst am Ort der Niederlassung ausgeübt wird, würde sich der Niederlassungsgerichtsstand sonst doch nicht vom Gerichtsstand des Handlungsorts nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ, der soeben dargelegt wurde, unterscheiden. Massgeblich ist vielmehr nur, ob die Schädigung der Aktivität der Niederlassung zugeordnet werden kann.¹²⁶ In Bezug auf die hier diskutierte Fragestellung ist folglich denkbar, dass eine Zuständigkeit in einem EU-Mitgliedstaat begründet wird, wenn die Nichtbeachtung einer der in Art. 10 und 11 RL festgelegten Sorgfaltspflichten in einem Zusammenhang mit dem Betrieb einer **EU-Niederlassung eines Schweizer Unternehmens** steht.

83. Kann **kein Gerichtsstand in einem EU-Mitgliedstaat** begründet werden, wird die Zuständigkeit für die Klage gegen ein Schweizer Unternehmen in der Regel in der **Schweiz** liegen (Art. 2 LugÜ). Die Frage des **anwendbaren Rechts** beurteilt sich in einem solchen Fall nach dem **IPRG**.¹²⁷ Sollte das Schweizer Unternehmen von Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz ins Recht gefasst werden, käme nach Art. 133 Abs. 1 IPRG Schweizer Recht zur Anwendung. Falls zwischen der geschädigten Person und dem Schädiger bereits ein Rechtsverhältnis besteht, kommt das auf dieses Verhältnis anwendbare Recht auch im Zusammenhang mit der Beurteilung des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zur Anwendung (Art. 133 Abs. 3 IPRG). Diesfalls könnte es sich je nachdem auch um das Recht eines EU-Mitgliedstaats handeln, womit auch die zur Umsetzung von Art. 29 RL erlassene nationale Haftungsnorm zur Anwendung gelänge. Sollte der Kläger seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hingegen nicht in der Schweiz haben und auch kein vorbestehendes Rechtsverhältnis bestehen, käme nach Art. 133 Abs. 2 IPRG das Recht des Staates zur Anwendung, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist. Entscheidend wäre in diesem Fall folglich wiederum der Deliktsort. Sollte dieser in einem EU-Mitgliedstaat zu liegen kommen, käme damit wiederum Art. 29 RL bzw. die nationale Umsetzungsbestimmung zur Anwendung. In Bezug auf die Bestimmung des Deliktsorts wird auf die obigen Ausführungen zu verweisen, inspiriert sich doch die Rechtsprechung bei der Auslegung der Begrifflichkeiten ausdrücklich von denjenigen im Zusammenhang mit dem LugÜ.¹²⁸ Es ist folglich dann von einer

¹²⁵ S. *Geisser*, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, 216 f.; EuGH, Rs. C-154/11 (Mahamdia), ECLI:EU:C:2012:491, Rn. 48.

¹²⁶ S. *Hofmann/Kunz*, in: Oetiker/Weibel/Fountoulakis (Hrsg.), BSK LugÜ, N 743 zu Art. 5 LugÜ m.w.N.

¹²⁷ S. zur Frage des anwendbaren Rechts bei Menschenrechtsverletzungen durch Schweizer Unternehmen *Schwenzer/Hosang*, SZIER 2011, 273, 288 ff.

¹²⁸ S. BGE 131 III 153 E. 6.2.

Anwendung des Rechts des betreffenden EU-Mitgliedstaats auszugehen, wenn sich das ursächliche Geschehen und/oder die Verletzung des Rechtsguts im fraglichen Staat abgespielt haben bzw. hat, was aber wohl nur selten der Fall sein dürfte. Vielmehr dürfte der Deliktort in der Mehrzahl der Fälle in einem Drittstaat zu liegen kommen.

84. Zusammenfassend ist folglich festzustellen, dass die mitgliedstaatlichen Haftungsbestimmungen zur Umsetzung von Art. 29 RL in den folgenden Fällen auch auf Schweizer Unternehmen zur Anwendung kommen:

- Das Gericht eines EU-Mitgliedstaats ist zuständig, weil der **Deliktort** im dortigen Staat liegt. Zur Anwendung gelangt dann aufgrund von Art. 29 Abs. 7 RL zwingend die mitgliedstaatliche Haftungsbestimmung.
- Das Gericht eines EU-Mitgliedstaats ist zuständig, weil die Streitigkeit im Zusammenhang mit einer dort bestehenden **Zweigniederlassung** steht. Zur Anwendung gelangt dann aufgrund von Art. 29 Abs. 7 RL zwingend die mitgliedstaatliche Haftungsbestimmung.
- Das aufgrund von Art. 2 LugÜ zuständige Schweizer Gericht wendet nach Art. 133 Abs. 3 IPRG das Recht eines EU-Mitgliedstaats an, weil der Kläger seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hat und zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten ein nach der Rechtsordnung des fraglichen EU-Mitgliedstaats **geregelt Rechtsverhältnis** besteht.
- Das aufgrund von Art. 2 LugÜ zuständige Schweizer Gericht wendet nach Art. 133 Abs. 2 IPRG das Recht eines EU-Mitgliedstaats an, weil der Kläger seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hat, die Ansprüche nicht aufgrund eines bestehenden Rechtsverhältnisses dem Recht eines anderen Staates unterstehen und der **Deliktort** im betreffenden EU-Staat liegt.

Im Ergebnis dürfte auf dieser Grundlage in Bezug auf Schweizer Unternehmen in vielen, wenn nicht gar in den meisten Fällen keine Zuständigkeit eines Gerichts eines EU-Mitgliedstaats, welches dann mitgliedstaatliches Recht anwenden müsste, bestehen, und auch Schweizer Gerichte dürften nur selten gehalten sein, das Recht eines EU-Mitgliedstaats anzuwenden.

85. Der Vollständigkeit halber wird im Zusammenhang mit der Frage der **Durchsetzung der zivilrechtlichen Haftung** an Art. 29 RL auf die obigen Ausführungen erinnert, wonach diese je nach **Mitgliedstaat unterschiedlich ausgestaltet** sein kann.¹²⁹ Zwar gibt der Richtlinie vor, dass eine Haftungsbestimmung eingeführt werden muss. Allerdings hält sie gerade nichts dazu fest, wie etwa die Frage der Beweislast zu regeln ist. Diese Frage wird

¹²⁹ S. o. N 45.

ausdrücklich dem nationalen Recht überlassen. Auch die prozessrechtlichen Anforderungen würden sich beispielsweise nach nationalem Recht richten, womit doch diverse Unterschiede bestehen dürften, je nachdem welches nationale Recht im Rahmen einer Klage gegen ein Schweizer Unternehmen zur Anwendung gelangt.

IV. Zwischenfazit

86. Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Richtlinie aus völkerrechtlicher Sicht in, nach der hier vertretenen Ansicht, zulässiger Weise vorsieht, dass die Bestimmungen der Richtlinie in gewissen Fällen auch auf **Unternehmen ausserhalb der Union** zur Anwendung kommen sollen. Bezüglich des seitens des Völkerrechts geforderten hinreichenden Anknüpfungspunkts ist vorgesehen, dass einzig Unternehmen, die bestimmte Umsätze in der EU erzielen, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Damit ist sichergestellt, dass dem **Auswirkungsprinzip** Rechnung getragen wird, d.h. nur diejenigen Unternehmen von der Richtlinie erfasst sind, deren Handeln auch Auswirkungen in der Union mit sich bringt.

87. Während das Völkerrecht die grundsätzliche extraterritoriale Wirkung der Richtlinie damit zulässt, bleibt die hoheitliche **Durchsetzung** der Richtlinienbestimmungen auf ausländischem Staatsgebiet aufgrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips verboten. Um die Problematik zu umgehen, sieht der Richtlinie vor, dass die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Drittstaatsunternehmen einen **Bevollmächtigten** in der EU bezeichnen müssen. Hiermit wird sichergestellt, dass die Aufsichtsbehörden der jeweiligen Mitgliedstaaten dem Unternehmen – über den «Umweg» des Bevollmächtigten – Mitteilungen zukommen lassen können und einen Weg haben, sich an diese zu wenden. Sind jedoch hoheitliche Massnahmen direkt auf fremdem Staatsgebiet durchzuführen, etwa im Zusammenhang mit einer Untersuchung oder der Vollstreckung eines Entscheids, ist der jeweilige Mitgliedstaat auf die Zusammenarbeit mit den Drittstaatsbehörden angewiesen. Damit die Schweizer Behörden in solchen Fällen **Amts- bzw. Rechtshilfe** leisten könnten, bedürfte es aber erst einer gesetzlichen Grundlage. Was zudem die gesondert zu betrachtende Durchsetzung der zivilrechtlichen Haftung gegenüber Schweizern Unternehmen anbelangt, hat sich gezeigt, dass diese an die einschlägigen Schranken des **internationalen Zivilprozessrechts** stösst. Wird ein Schweizer Unternehmen ins Recht gefasst, müsste entweder über Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 5 LugÜ eine Zuständigkeit in der EU begründet werden oder bei einem Gerichtsstand in der Schweiz gestützt auf Art. 133 Abs. 2 oder 3 IPRG die Anwendung des Rechts des betroffenen EU-Mitgliedstaats begründet werden können, was aber letztlich

praktisch nur selten der Fall sein dürfte. Ansonsten dürfte entweder Schweizer Recht oder, bei einem Deliktort in einem weiteren Drittstaat, anderes «Drittstaatsrecht» zur Anwendung gelangen. Die aufgrund von Art. 29 RL von den Mitgliedstaaten zu erlassene Haftungsnorm käme auf Schweizer Unternehmen damit wohl häufig nicht zur Anwendung.

§ 4 Zur Rechtslage in der Schweiz – *status quo* und Handlungsoptionen

88. Auf der Grundlage der bisherigen Ausführungen ist festzustellen, dass die **extraterritoriale Wirkung der Richtlinie nicht zwingend** bedeutet, dass die entsprechenden Bestimmungen gegenüber **Schweizer Unternehmen**, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, auch **tatsächlich durchgesetzt** werden können. Vor diesem Hintergrund und angesichts der vor nicht allzu langer Zeit so noch nicht abzusehenden Entwicklungen des Unionsrechts auf diesem Gebiet könnte sich daher die Frage stellen, ob und ggf. auf welche Weise das Schweizer Recht angepasst bzw. modifiziert werden soll. Entsprechend ist im Folgenden aufzuzeigen, wie sich der *status quo* in der Schweiz derzeit präsentiert (I.) sowie welche Handlungsoptionen *a priori* bestehen und wie diese (aus rechtlicher Sicht) zu bewerten sind (II.).

I. *Status quo*

89. Die Frage nach den **Sorgfaltspflichten von Unternehmen** in Bezug auf **Menschenrechte und Umweltbelange** wird auch im Zusammenhang mit dem **Schweizer Recht** vermehrt diskutiert, nicht zuletzt aufgrund der sog. Konzernverantwortungsinitiative, welche am 29. November 2020 zwar vom Volk angenommen, aber von einer Mehrheit der Stände abgelehnt wurde.¹³⁰ Als Resultat trat daraufhin per 1. Januar 2022 der indirekte Gegenvorschlag (eine Modifikation des Obligationenrechts) in Kraft. Nachfolgend ist daher aufzuzeigen, welche Sorgfaltspflichten derzeit bestehen und wie diese durchgesetzt werden können.

90. Was die **eentlichen Sorgfaltspflichten** angeht, kennt das Schweizer Recht derzeit einzig im Zusammenhang mit **Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten** sowie **Kinderarbeit** konkrete Pflichten (s. Art. 964j ff. OR). So müssen Unternehmen mit Sitz in der Schweiz in den Lieferketten Sorgfaltspflichten beachten und darüber Bericht erstatten, wenn sie bestimmte Mineralien oder Metalle aus Konflikt- und Hochrisikogebieten in den freien Verkehr in der Schweiz überführen oder hier bearbeiten oder wenn sie Produkte oder Dienstleistungen anbieten, bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass sie unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden (Art. 964j Abs. 1 OR). Gemäss den in Art. 964k OR konkret festgelegten Sorgfaltspflichten

¹³⁰ Bundesratsbeschluss vom 19. April 2021 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 29. November 2020, BBl 2021 891. S. auch schon oben N 1 ff.

haben die betroffenen Unternehmen in Bezug auf die fraglichen Produkte eine Lieferkettenpolitik und ein System zur Rückverfolgung der Lieferkette in ihrem Managementsystem festzulegen, die Risiken schädlicher Auswirkungen in ihrer Lieferkette zu ermitteln und zu bewerten, Massnahmen zur Minimierung der festgestellten Risiken zu treffen und die Einhaltung der Sorgfaltspflichten durch eine unabhängige Fachperson prüfen zu lassen. Über die Erfüllung der Sorgfaltspflichten ist nach Art. 964f OR sodann jährlich Bericht zu erstatten.¹³¹

Zudem kennt die schweizerische Gesetzgebung ausserhalb der im Nachgang der Konzernverantwortungsinitiative eingefügten OR-Bestimmungen verschiedene sektorielle Erlasse, welche Bereiche betreffen, in denen eine erhöhte Gefahr besteht oder bestehen könnte, dass Schweizer Unternehmen in die Lage kommen, Menschenrechte zu gefährden. So sehen etwa das Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (BPS) oder das Bundesgesetz über das Kriegsmaterial (KMG) verschiedene Pflichten der betroffenen Unternehmen und Sanktionsmöglichkeit bei deren Nichtbeachtung vor.¹³²

91. In den übrigen Bereichen, d.h. sofern keine Mineralien oder Metalle aus Konfliktgebieten betroffen sind und kein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht, sieht das Schweizer Recht keine konkreten unternehmerischen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Menschenrechten und Umweltschutz vor. Aufgrund der nach Ablehnung der sog. Konzernverantwortungsinitiative inzwischen in Kraft getretenen indirekten Gegenvorschlags verankern Art. 964a ff. OR jedoch **Berichterstattungspflichten**.¹³³ So haben Publikumsgesellschaften mit mindestens 500 Vollzeitstellen und einer Bilanzsumme von CHF 20 Mio. oder einem Umsatzerlös von CHF 40 Mio., jeweils einschliesslich der kontrollierten Unternehmen, jährlich einen Bericht über nicht finanzielle Belange zu erstatten. Dieser Bericht hat über Umweltbelange, insbesondere die CO₂-Ziele, über Sozialbelange, Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption Rechenschaft zu geben (Art. 964b Abs. 1 OR) und ist zu veröffentlichen (Art. 964c Abs. 2 OR).

¹³¹ Einzelheiten finden sich in der Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (VSoTr), SR 221.433, welche auch Ausnahmen von den Berichterstattungs- und Sorgfaltspflichten vorsieht.

¹³² *Zlatescu*, Jusletter vom 20. Januar 2020, N 10.

¹³³ S. insoweit auch die in der RL 2013/34 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen, ABl. 2013 L 182, 19, verankerten Berichtspflichten über nicht finanzielle Aspekte, welche durch die RL 2014/95 (ABl. 2014 L 330, 1) modifiziert bzw. eingeführt wurden. Die neu durch den indirekten Gegenvorschlag zur Initiative eingeführten Berichtspflichten entsprechen im Wesentlichen dieser Regelung auf EU-Ebene; vgl. zu den Berichterstattungspflichten nach Art. 964a ff. OR auch *Romy*, URP 2023, 747, 759f.

92. Im Gegensatz zur Rechtslage, die in der EU nach dem Inkrafttreten der Richtlinie gelten wird, kennt das Schweizer Recht für die Unternehmen auch **keine verwaltungsrechtliche Aufsicht** mit Bezug zur Beachtung von Menschenrechten und Umweltbelangen. Dies beruht einerseits darauf, dass es kaum konkrete Sorgfaltspflichten gibt, andererseits auf dem Umstand, dass selbst dort, wo diese (ansatzweise) verankert sind (nämlich soweit Mineralien oder Metalle aus Konfliktgebieten betroffen sind oder ein begründeter Verdacht auf Kinderarbeit besteht), keine eigentlichen Aufsichtsinstrumente und auch keine Sanktionen vorgesehen sind.¹³⁴

93. Ebenso wenig gibt es konkrete Haftungsnormen. Was die **zivilrechtliche Haftung** bei Verstössen gegen Menschenrechte oder Umweltbelange durch das Unternehmen anbelangt, kann somit grundsätzlich allein auf die ausservertragliche Haftung nach Art. 41 ff. OR zurückgegriffen werden, sofern Schweizer Recht überhaupt zur Anwendung gelangt,¹³⁵ was eher die Ausnahme darstellen dürfte. Vielmehr ist zu erwarten, dass in der Mehrzahl der Fälle ausländisches Recht, namentlich dasjenige am Deliktort, zur Anwendung gelangt.¹³⁶ Selbst wenn aber Schweizer Recht anwendbar sein sollte, ist festzuhalten, dass eine Inanspruchnahme eines Schweizer Unternehmens bereits grundsätzlich nur dann möglich ist, wenn dieses selbst für das beanstandete Verhalten verantwortlich ist, wobei dann auch die Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftung, und damit insbesondere auch das Verschulden, gegeben sein müssten, was mangels expliziter Sorgfaltspflichten häufig schwierig nachzuweisen sein dürfte.¹³⁷

94. Was das Agieren von **Tochtergesellschaften** betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund des sog. Trennungsprinzips und des Fehlens einer eigentlichen sog. Konzernhaftung im schweizerischen Recht deren Handlungen der Muttergesellschaft grundsätzlich nicht zurechenbar sind. Ausnahmsweise bzw. in besonderen Konstellationen kommt jedoch gleichwohl eine Zurechnung des Verhaltens der Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft in Betracht.¹³⁸

¹³⁴ Lediglich «falsche Angaben» oder fehlende Berichterstattung kann mit einer Busse bis zu CHF 100'000 belegt werden (Art. 325ter StGB); auf unterlassene Sorgfalt bezieht sich diese Busse jedoch nicht, vgl. hierzu *Weber*, Jusletter vom 29.3.2021, N 24.

¹³⁵ Vgl. etwa *Bueno*, AJP 2017, 1015, 1018; *Kaufmann* et al., Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, N 114; *Schwenzer/Hosang*, SZIER 2011, 273, 277. Diesbezüglich wird auf die obigen Ausführungen zu den kollisionsrechtlichen Fragen und insbesondere die Ausführungen zu Art. 133 IPRG verwiesen, s.o. N 80 ff.

¹³⁶ S. *Geisser*, AJP 2017, 943, 947; *Kaufmann* et al., Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, N 153 f.

¹³⁷ Vgl. zur Konkretisierung des Verschuldens als Voraussetzung der ausservertraglichen Haftung durch Sorgfaltspflichten der Unternehmen *Geisser*, AJP 2017, 943, 950 f.

¹³⁸ S. den Überblick bei *Kaufmann* et al., Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, N 160 ff.

- Erstens könnte eine **Vertrauenshaftung** geltend gemacht werden. So kann eine Mutter für das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft haftbar gemacht werden, wenn erstere mit ihrem Verhalten den Anschein erweckt, für die Tochter einzustehen.¹³⁹ Denkbar ist folglich, dass die Muttergesellschaft für unerlaubte Handlungen der Tochter im Zusammenhang mit Menschenrechts- oder Umweltschutzverletzungen verantwortlich ist bzw. das Verhalten letzterer der Mutter zugerechnet wird, wenn die Mutter ein rechtmässiges Verhalten der Tochter öffentlich stets betont.¹⁴⁰
- Zweitens kann je nach Konstellation über das Instrument des **Durchgriffs auf die Muttergesellschaft** rekuriert werden. Hat letztere die (ausländische) Tochtergesellschaft einzig aus dem Grund gegründet oder erworben, damit über die Tochter unlauteren Zwecken nachgegangen werden kann, ohne dass die Mutter ins Recht genommen wird, können die Handlungen der Tochter aufgrund des Mittels des Durchgriffs der Mutter angerechnet werden.¹⁴¹
- Schliesslich kann eine Verantwortlichkeit aus **faktischer Organschaft** in Betracht kommen. Eine solche kann dann gegeben sein, wenn die Muttergesellschaft in organotypischer Weise massgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der Tochtergesellschaft nimmt, also faktisch wie ein Organ handelt.¹⁴² Die Muttergesellschaft wäre in einem solchen Fall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 974 OR unterstellt. Allerdings handelt es sich hierbei um eine gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit, die einzig von der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern geltend gemacht werden kann (und damit in der Regel gerade nicht von Betroffenen von Menschenrechts- oder Umweltschutzverletzungen).

95. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass sich das **Schweizer Recht** *de lege lata* **wesentlich von der Rechtslage in der EU**, wie sie mit Inkrafttreten der Sorgfaltspflichten-Richtlinie auf der Grundlage der Sorgfaltspflichten-Richtlinie geschaffen würde, **unterscheidet**. So kennt das Schweizer Recht einerseits aus materieller Sicht deutlich weniger weitgehende Vorgaben in Bezug auf Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Menschenrechten sowie Umweltbelangen und sieht andererseits keine gesonderten diesbezüglichen Durchsetzungsmechanismen, weder auf der Ebene des öffentlichen noch des privaten Rechts, vor. Nachfolgend ist daher, zumindest in den Grundzügen, der

¹³⁹ Vgl. den diesbezüglich wegweisenden «Swissair-Entscheid» BGE 120 II 331; vgl. zur Vertrauenshaftung auch BGE 142 III 84.

¹⁴⁰ Kaufmann et al., Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, N 161.

¹⁴¹ Vgl. BGer 2A.91/2005 vom 9. Februar 2006, publiziert in EBK Bulletin 49/2006, 36 ff.

¹⁴² Zur Haftung einer Muttergesellschaft aus faktischer Organschaft BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1. ff.; dazu Kunz, recht 2011, 41 ff.

Frage nachzugehen, welche Handlungsoptionen dem Schweizer Gesetzgeber im Zusammenhang mit der (voraussichtlichen) Änderung des EU-Rechts offenstehen und mit welchen Implikationen diese einhergehen.

II. Handlungsoptionen und ihre Implikationen

96. Ausgangspunkt der Überlegungen über die sich für die Schweiz stellenden Handlungsoptionen ist der Umstand, dass die Schweiz **völkerrechtlich nicht verpflichtet** ist, die (voraussichtlichen) Änderungen des EU-Rechts zu übernehmen und das nationale Recht entsprechend anzupassen. So fällt die Richtlinie nicht in den Anwendungsbereich eines bestehenden bilateralen Abkommens, welche einen entsprechenden Nachvollzug allenfalls auch aus rechtlicher Sicht notwendig machen könnte.¹⁴³ Es ist auch nicht zu erwarten, dass die Richtlinie durch die derzeit geplanten bzw. angestrebten neuen Abkommen, über die im Zusammenhang mit der Regelung der sog. institutionellen Fragen derzeit sog. Sondierungsgespräche geführt werden,¹⁴⁴ erfasst würde.

Soweit die auf UNO- oder OECD-Ebene verabschiedeten Leitlinien oder Empfehlungen betroffen sind,¹⁴⁵ ist daran zu erinnern, dass es sich um *soft law*-Instrumente handelt, welchen keine verbindlichen Wirkungen zukommt, auch wenn sie ggf. durchaus Einfluss auf die Rechtsentwicklung entfalten.

97. Allerdings könnten andere, insbesondere (volks-) wirtschaftliche Gründe dafür sprechen, dass der Schweizer Gesetzgeber die Änderungen auf Ebene des EU-Rechts zum Anlass nimmt, die hiesige Rechtslage anzupassen. Denn es ist – wie bereits eingangs erwähnt¹⁴⁶ – zu erwarten, dass die Richtlinie im Falle ihrer Annahme **bedeutende Implikationen** auch für schweizerische Unternehmen entfaltet, womit sich die Frage stellt, **ob und inwieweit eine (teilweise) Übernahme der unionsrechtlichen Vorgaben in Betracht** gezogen werden sollte.

98. Gestützt auf den Bericht des Bundesamts für Justiz, welches damit beauftragt worden war, u.a. den Entwurf der Richtlinie zu analysieren und einzuschätzen, ob sich daraus Anpassungsbedarf für das Schweizer Recht ergibt, ist von **drei**

¹⁴³ Vgl. zu den diesbezüglichen Mechanismen *Epiney/Metz/Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklungen, 140 ff.

¹⁴⁴ Vgl. zum Stand der Beziehungen Schweiz – EU und den derzeit laufenden Gesprächen über «Bilaterale III» *Epiney*, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne, *passim*.

¹⁴⁵ Zu diesen N 7.

¹⁴⁶ N 1 ff.

«**Haupthandlungsoptionen**» – auf die nachfolgend im Einzelnen eingegangen wird – auszugehen:¹⁴⁷

- Die Änderungen auf EU-Ebene werden vollständig oder doch zumindest in den wesentlichen Punkten übernommen und das Schweizer Recht entsprechend angepasst, dies insbesondere in Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich sowie die Sorgfaltspflichten und die Durchsetzung (vollständiger Nachvollzug).
- Das Schweizer Recht wird angepasst, allerdings nur für die (grossen) Schweizer Unternehmen, die (auch) ausserhalb der EU tätig sind, d.h. nicht bereits unter die EU-Richtlinie fallen (teilweiser Nachvollzug oder «Restregulierung»).
- Der aktuelle *status quo* wird beibehalten.

Dabei handelt es sich selbstredend nur um «grundsätzliche» Handlungsoptionen; selbstverständlich sind innerhalb dieser Optionen auch Nuancierungen bzw. Abstufungen denkbar.

1. Vollständiger Nachvollzug

99. Zunächst kann in Erwägung gezogen werden, die Vorgaben der **Sorgfaltspflichten-Richtlinie vollumfänglich** oder zumindest quasi vollumfänglich (insbesondere soweit die **Sorgfaltspflichten der Unternehmen**, deren Durchsetzung sowie der **persönliche Anwendungsbereich** betroffen sind) nachzuvollziehen. In diesem Szenario würde die Schweiz die Vorgaben der Richtlinie (weitgehend) wie ein EU-Mitgliedstaat übernehmen.

100. Ein solcher (quasi) vollständiger Nachvollzug der mit der Sorgfaltspflichten-Richtlinie einhergehenden Vorgaben bedeutete insbesondere eine **Anpassung von Art. 964j ff. OR**. Die im Zusammenhang mit Unternehmen, die bestimmte Mineralien oder Metalle aus Konflikt- und Hochrisikogebieten in den freien Verkehr in der Schweiz überführen oder hier bearbeiten und mit solchen, die Produkte oder Dienstleistungen anbieten, bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass sie unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden, bereits vorgesehenen Sorgfaltspflichten wären auf sämtliche Unternehmen auszuweiten, welche die Umsatzschwelle und Anzahl Mitarbeitenden nach Art. 2 Abs. 1 RL erreichen. Zudem wären die einzelnen Pflichten wohl zu ergänzen und anhand der in Art. 7–11 RL festgehaltenen Vorgaben zu konkretisieren. Zudem müsste insbesondere auch die Pflicht der Unternehmen, zur Eindämmung des Klimawandels beizutragen, neu eingeführt werden. Neben der Anpassung der

¹⁴⁷ S. Bericht BJ, 22.

Art. 964j ff. OR würde ein vollständiger Nachvollzug überdies auch die Einführung einer (neuen) **Haftungsbestimmung** sowie die Errichtung einer **Aufsichtsbehörde** oder die Zuweisung der entsprechenden Kompetenzen an eine bestehende Behörde bedingen.

Zu entscheiden wäre bei einer solchen (quasi) vollumfänglichen Übernahme der Sorgfaltspflichten-Richtlinie, ob auch eine solchermaßen angepasste Schweizer Gesetzgebung extraterritoriale Wirkung entfalten sollte. Aus völkerrechtlicher Sicht wäre eine solche extraterritoriale Wirkung aus parallelen Gründen wie sie im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflichten-Richtlinie dargelegt wurden,¹⁴⁸ zulässig. Sofern also ein ausreichender Anknüpfungspunkt definiert würde, wäre die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der «Schweizer Sorgfaltspflichten» auch auf Drittstaatsunternehmen völkerrechtskonform.¹⁴⁹

Denkbar wäre in einer solchen Konstellation ein Abschluss eines völkerrechtlichen Kooperationsabkommens mit der EU, ähnlich demjenigen im Bereich des Wettbewerbsrechts,¹⁵⁰ was die grenzüberschreitende Durchsetzung der jeweiligen Sorgfaltspflichten wesentlich vereinfachen und Konflikte in Bezug auf Zuständigkeitsfragen verhindern dürfte. Dabei kann allerdings nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich der Abschluss neuer Abkommen aufgrund der laufenden Diskussionen im Zusammenhang mit der institutionellen Ausgestaltung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU derzeit als schwierig erweist.¹⁵¹

101. Hintergrund einer (quasi) vollständigen Übernahme der Sorgfaltspflichten-Richtlinie und einer entsprechenden Anpassung des schweizerischen Rechts könnte insbesondere die vorgesehene **extraterritoriale Anwendung** der Richtlinie sein: So würde die Richtlinie, wie erläutert,¹⁵² wohl auch auf gewisse, sehr grosse Schweizer Unternehmen Anwendung finden. Diese wären folglich grundsätzlich gehalten, die in der Richtlinie formulierten Sorgfaltspflichten im Rahmen sämtlicher Tätigkeiten zu beachten. Sollte die Schweiz ihr Recht nicht angleichen, bestünde damit nach Inkrafttreten der Sorgfaltspflichten-Richtlinie eine Differenz zwischen den im EU-Markt in bedeutendem Umfange tätigen (Schweizer) Unternehmen und denjenigen Unternehmen, die zwar möglicherweise dieselbe Grösse haben, aber die in Art. 2 Abs. 2 RL geforderte EU-Umsatzschwelle nicht erreichen. Während letztere im Zusammenhang mit den Sorgfaltspflichten bezüglich Menschenrechte und Umweltschutz einzig an das Schweizer Recht gebunden wären, müssten erstere neben den in Art. 964j ff. OR

¹⁴⁸ N 51 ff., N 65 ff.

¹⁴⁹ Im Übrigen wird an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen verwiesen, wonach eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs des nationalen Rechts auf Handlungen, die ausserhalb der Schweiz vorgenommen werden, sich aber in der Schweiz auswirken, im Zusammenhang mit dem Wettbewerbs- oder dem Datenschutzrecht bereits Standard ist, vgl. N 55 ff.

¹⁵⁰ N 62 f.

¹⁵¹ Vgl. für einen Überblick über die entsprechenden Fragestellungen *Epiney*, Jusletter vom 17. Dezember 2018, *passim*; zum Stand der Dinge auch *Epiney*, EuZ 2021, 4 ff.; *Epiney*, Jusletter vom 19.12.2022

¹⁵² N 11 ff., 68 ff.

festgehaltenen Pflichten auch die in der Richtlinie vorgesehenen Sorgfaltspflichten einhalten. Durch eine Angleichung des Rechtsrahmens könnte folglich **Wettbewerbsverzerrungen zwischen Schweizer Unternehmen** entgegengewirkt werden.¹⁵³

2. Teilweiser Nachvollzug

102. Als weitere Option kommt – auch mit Blick auf das soeben erwähnte Anliegen der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen schweizerischen Unternehmen – in Betracht, nur diejenigen (grossen) Schweizer Unternehmen, die (auch) ausserhalb der EU tätig sind, einer angepassten Schweizer Regelung zu unterstellen.¹⁵⁴ In diesem Fall käme es folglich ebenfalls zu einem Nachvollzug des EU-Rechts, wobei diese «nachvollzogenen», Schweizer Regelungen allerdings nur auf diejenigen (grossen) Unternehmen Anwendung fänden, die nicht bereits aufgrund von Art. 2 Abs. 2 RL vom EU-Recht bzw. der nationalen Umsetzungsgesetzgebungen erfasst wären («**Restregulierung**»).

Hintergrund einer solchen Option könnte die Erwägung sein, dass Regelungsbedarf mit Blick auf die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen nur für diejenigen Unternehmen besteht, die nicht bereits unter die EU-Regelungen bzw. die nationalen Umsetzungsgesetzgebungen fallen.

103. Auch diese Option würde die soeben¹⁵⁵ erläuterten **Anpassungen des Schweizer Rechts**, d.h. insbesondere von **Art. 964j ff. OR**, bedingen, wobei der Anwendungsbereich der Bestimmungen anhand desjenigen des EU-Rechts quasi negativ zu umschreiben wäre, d.h. die bereits von Art. 2 Abs. 2 RL erfassten Unternehmen von der Anwendbarkeit der «neuen» Bestimmungen auszunehmen wären. Hier stellte sich sodann die Frage, ob die bestehenden Art. 964j ff. OR weiterhin auch auf die unter das EU-Recht fallende Unternehmen anwendbar sein sollten. Während *a priori* nichts dagegen spricht, bedeutete dies aus gesetzgebungstechnischer Sicht, dass wohl, nebst den bestehenden, aktuellen Bestimmungen, die weiter Geltung beanspruchten, ein neues Kapitel mit Sorgfaltspflichten für grosse Unternehmen, die jedoch nicht unter Art. 2 Abs. 2 RL fallen, geschaffen werden müsste.

104. Aus rechtlicher Sicht wirft dieses Szenario die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines solchen Vorgehens auf. So dürfte insbesondere fraglich sein, ob eine solche Regelung den Anforderungen des

¹⁵³ Vgl. in diesem Zusammenhang zur Extraterritorialität des EU-Wettbewerbsrechts als Grund für eine Angleichung des schweizerischen Wettbewerbsrechts an den unionsrechtlichen Rahmen *Sturny*, in: Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts, 107, 124 f.

¹⁵⁴ S. Bericht BJ, 22.

¹⁵⁵ N 100.

Gleichheitsgebots von Art. 8 Abs. 1 BV genügt, welches, entgegen dem Wortlaut, auch in Bezug auf juristische Personen zu beachten ist.¹⁵⁶ Der auch für die Rechtsetzung geltende Grundsatz verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln sei.¹⁵⁷ Wählte man die Option des teilweisen Nachvollzugs bzw. der «Restregulierung» bedeutete dies, dass diejenigen Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die mehr als EUR 450 Mio. Umsatz im EU-Markt erzielen, von der Schweizer Gesetzgebung ausgenommen wären, während andere Unternehmen, die ihren Sitz ebenfalls hier haben und einen Umsatz in der gleichen Höhe erzielen, dies jedoch ausserhalb der EU, vom Schweizer Recht erfasst würden. Fraglich ist daher, ob eine solche Schweizer Regelung, die einzig für die nicht bereits vom EU-Recht erfassten Unternehmen greifen würde, nicht Gleiches ungleich behandelt bzw. ob ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung besteht. Letzterer könnte zwar *a priori* darin erblickt werden, dass die nicht von der Schweizer Gesetzgebung erfassten Unternehmen ja der (parallelen) EU-Regelung bzw. der nationalen Umsetzungsgesetzgebung unterlägen. Insbesondere aufgrund der obigen Ausführungen, wonach die in der Sorgfaltspflichten-Richtlinie auch für Drittstaatsunternehmen vorgesehene zivilrechtliche Haftung sowie die verwaltungsrechtliche Aufsicht häufig gegenüber Schweizer Unternehmen wohl gar nicht durchgesetzt werden könnten,¹⁵⁸ kommen jedoch ernsthafte Zweifel auf, ob dies eine tragfähige Argumentation sein kann, könnte es doch bei dieser Option gerade aus praktischer Sicht zu bedeutenden Ungleichbehandlungen der unter das Schweizer und der unter das EU-Recht fallenden Unternehmen kommen.

105. Allenfalls könnten bei der Option der Restregulierung zudem Bedenken im Zusammenhang mit der **Wettbewerbsneutralität** aufkommen, sollte es zu einer Konstellation kommen, in der Konkurrenten, die im gleichen Bereich tätig sind und sich an dieselbe Adressatengruppe mit denselben Angeboten für die gleichen Bedürfnisse richten,¹⁵⁹ unter verschiedene «Fallgruppen» fallen, d.h. ein Unternehmen hat die Sorgfaltspflichten gemäss schweizerischem Recht zu beachten, während die Konkurrentin «nur» in den Anwendungsbereich des EU-Rechts – verbunden mit den entsprechenden Schwierigkeiten bzw. aus Sicht des Unternehmens Privilegien bezüglich der Umsetzung – fällt. Auch dieser Aspekt

¹⁵⁶ Vgl. nur BGE 142 I 195 E. 6.1; *Waldmann*, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, N 19 zu Art. 8 BV.

¹⁵⁷ Ausführlich hierzu, m.w.N., *Schweizer/Fankhauser*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK BV, N 21 ff. zu Art. 8 BV; *Waldmann*, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, N 26 ff. zu Art. 8 BV.

¹⁵⁸ N 71 ff.

¹⁵⁹ Vgl. insoweit *Schweizer/Fankhauser*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK BV, N 22 ff. zu Art. 8 BV, m.w.N.

wäre bei der Frage nach der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Gleichheitssatz von Bedeutung.

Nicht zu verkennen ist freilich, dass die **verfassungsrechtliche Zulässigkeit** dieser Option letztlich erst auf der Grundlage einer **konkreten Vorlage** beurteilt werden kann; hinzu kommt, dass dem Gesetzgeber aus rechtlicher Sicht bei der Bildung von Fallgruppen und bei Differenzierungen durchaus ein beachtlicher **Gestaltungsspielraum** zusteht.¹⁶⁰

106. Schliesslich stellt sich bei der Option des teilweisen Nachvollzugs bzw. der Restregulierung auch die Frage nach dem **praktischen Nutzen**, wobei dies vielmehr eine politische und volkswirtschaftliche als eine rechtliche Frage darstellt. Sollten nämlich die materiellen Vorgaben für die in den Anwendungsbereich des Schweizer Rechts fallenden Unternehmen die gleichen sein wie diejenigen des EU-Rechts (wovon an dieser Stelle ausgegangen wird), erschliesst sich nicht wirklich, worin der Zweck der Ausnahme der unter das EU-Recht fallenden Unternehmen von der Schweizer Regelung liegen soll, wenn doch in einem solchen Fall (zumindest theoretisch) für die betroffenen Unternehmen bzw. für ihr Verhalten **parallele (materielle) Vorgaben** zum Zuge kommen (sollen). Die Unterschiede dürften, wie bereits erwähnt, vielmehr in der Durchsetzungsmöglichkeit der Vorgaben bestehen, was aus rechtlicher Sicht, wie ebenfalls bereits erwähnt, problematisch erscheint.

Weiter stechen bei dieser Option der Restregulierung diverse praktische Schwierigkeiten ins Auge stechen, so etwa die Frage, wie mit Unternehmen mit schwankenden Umsätzen umzugehen wäre, welche in einem Jahr womöglich noch unter das EU-Recht fallen, im nächsten jedoch nicht mehr.

3. Beibehaltung des *status quo*

107. Aus rechtlicher Sicht grundsätzlich möglich wäre es auch, die schweizerische Rechtslage gar nicht anzupassen, mithin also den ***status quo* beizubehalten**. Damit würden, bei Inkrafttreten der Sorgfaltspflichten-Richtlinie, die von Art. 2 Abs. 2 RL erfassten Unternehmen die im EU-Recht festgehaltenen Sorgfaltspflichten beachten und grundsätzlich auch deren Durchsetzung, sei es auf der privatrechtlichen oder der verwaltungsrechtlichen Ebene, befürchten müssen, wobei diesbezüglich an die oben¹⁶¹ ausgeführten Einschränkungen erinnert sei. Für andere Unternehmen von vergleichbarer Grösse, die aber nicht von Art. 2 Abs.

¹⁶⁰ Zu diesem Spielraum, der freilich je nach Regelungsgebiet durchaus unterschiedlich ausfällt, m.w.N., *Martenet*, in: Martenet/Dubey (Hrsg.), CR Cst., N 18 ff. zu Art. 8 BV; *Schweizer/Fankhauser*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK BV, N 24, N 47 ff. zu Art. 8 BV; *Waldmann*, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, N 24 ff. zu Art. 8 BV.

¹⁶¹ N 71 ff.

2 RL erfasst sind, gälten hingegen einzig die milderen Berichterstattungspflichten von Art. 964j ff. OR.

108. Diese Option hätte damit zur Folge, dass sich die Rechtslage in der Schweiz wesentlich von derjenigen in der Union unterscheiden würde und Unternehmen, die aufgrund von Art. 2 Abs. 2 RL in den Anwendungsbereich des EU-Rechts fallen, allenfalls **Wettbewerbsnachteile** gegenüber anderen Unternehmen mit Sitz in der Schweiz hätten, die nicht vom persönlichen Anwendungsbereich der Sorgfaltspflichten-Richtlinie erfasst werden.¹⁶²

Ohne dass diesem Problembereich an dieser Stelle im Einzelnen nachgegangen werden kann, könnte die Aufrechterhaltung des *status quo* weiter aus Sicht des **Gleichheitssatzes** problematisch sein: Zwar trüfe der Gesetzgeber selbst keine Differenzierung; jedoch führte die unionsrechtliche Regelung dazu, dass in der Schweiz vergleichbare Schweizer Unternehmen (sehr) unterschiedlich behandelt würden, womit die Frage aufgeworfen wird, ob der Schweizer Gesetzgeber seine Gesetzgebung anpassen müsste. Zu beachten ist freilich, dass die Ungleichbehandlung aus einem Zusammenwirken der (völkerrechtlich zulässigen) EU-Regelung und der schweizerischen Gesetzgebung resultiert, so dass sie insoweit «aufgezwungen» wäre. Nichtsdestotrotz hätte es der Schweizer Gesetzgeber in der Hand, die Ungleichbehandlung zu beseitigen.

109. Im Zusammenhang mit der Beibehaltung des *status quo* gilt es zudem ein besonderes Augenmerk auf die Situation der **Schweizer KMU** zu legen. So sehen sowohl Art. 10 Abs. 2 lit. e als auch Art. 11 Abs. 3 lit. f RL vor, dass die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Unternehmen gegebenenfalls verpflichtet sind, gezielte und verhältnismässige Unterstützung für KMU, mit denen das Unternehmen eine etablierte Geschäftsbeziehung unterhält, zu leisten, sofern die Einhaltung des in der Richtlinie geforderten Verhaltenskodexes oder des Präventionsaktionsplans bzw. des Korrekturmassnahmenplans (falls die negativen Auswirkungen bereits eingetreten sind) die Tragfähigkeit des KMU gefährden würde. Mit KMU im Sinne der Richtlinie dürften aufgrund des Verweises in Art. 3 Abs. 1 lit. i RL auf die Bestimmungen der RL 2013/34¹⁶³ Unternehmen mit Sitz in der Union gemeint sein. Damit bestünde für die von der Sorgfaltspflichten-Richtlinie erfassten Unternehmen, seien es solche aus der EU oder Drittstaatsunternehmen, keine Pflicht, ein Schweizer KMU zu unterstützen, auch wenn die Einhaltung der von den (Gross-) Unternehmen aufgrund der Richtlinie gemachten Forderungen dessen Tragfähigkeit gefährden könnte. Solange das Schweizer Recht folglich keine Unterstützungspflicht für KMU vorsieht, steht diesen auch kein entsprechender Anspruch zu, unabhängig davon, wie schwer sie

¹⁶² Mangels empirischer Kenntnisse zur Anzahl Schweizer Unternehmen, die vom EU-Recht erfasst würden und den Konkurrenzverhältnissen dieser zu hiesigen Unternehmen, die gerade nicht davon erfasst würden, kann die praktische Relevanz vorliegend jedoch nicht beurteilt werden, wobei dies ohnehin vielmehr eine politische Frage darstellen dürfte.

¹⁶³ RL 2013/34 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen, ABl. 2013 L 182, 19.

von den Vorgaben betroffen sind, die aus den für die grossen Unternehmen geltenden Sorgfaltspflichten fliessen.

4. Zwischenfazit

110. Vorgehend wurden die drei wesentlichen «Grundhandlungsoptionen» der Schweiz dargelegt, sollte in der Union eine Sorgfaltspflichten-Richtlinie, wie sie von der Kommission vorgeschlagen wurde, in Kraft treten. Welcher Option gefolgt werden soll, ist letztlich – da die Schweiz völkerrechtlich nicht verpflichtet ist, sich in diesem Bereich an die Rechtslage in der Union anzupassen bzw. einen Rechtsakt wie die Sorgfaltspflichten-Richtlinie zu übernehmen – zumindest weitgehend¹⁶⁴ eine **politische Frage** und kann damit an dieser Stelle auch nicht beantwortet werden.

111. Ausgehend von den bisherigen Ausführungen kann jedoch auf die bei der Beantwortung dieser letztlich politischen Frage zu beachtenden **rechtlichen Aspekte** bzw. Rahmenbedingungen hingewiesen werden:

- Bezüglich der materiellen Sorgfaltspflichten geht die **Sorgfaltspflichten-Richtlinie wesentlich weiter als das geltende Schweizer Recht**: Während ersterer aufgrund der extraterritorialen Wirkung zwar auch auf gewisse Unternehmen mit Sitz in der Schweiz Anwendung finden dürfte, ist deren Durchsetzung gegenüber Schweizer Unternehmen aufgrund des internationalen Zivilprozessrechts und des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips, das eine Vornahme von hoheitlichen Handlungen auf fremdem Staatsgebiet verbietet, stark eingeschränkt.
- Soweit also angestrebt werden soll, einen möglichst umfassenden rechtlichen Rahmen für den Schutz der **Menschenrechte und der Umwelt** durch Schweizer Unternehmen auch ausserhalb der eigenen Staatsgrenzen zu gewährleisten (was im Übrigen vor dem Hintergrund von Art. 54 Abs. 2 BV bis zu einem gewissen Grad auch verfassungsrechtlich gefordert sein dürfte),¹⁶⁵ dürfte ein aus Sicht eines möglichst umfassenden Menschenrechts- und Umweltschutzes ein **vollständiger Nachvollzug der Sorgfaltspflichten-Richtlinie** vorzuziehen sein.

Dies ginge jedoch mit wesentlichen Änderungen der schweizerischen Rechtslage einher, insbesondere auch, wenn, analog zum EU-Recht, eine verwaltungsrechtliche Aufsicht geschaffen würde. Gerade diese dürfte jedoch nach der hier vertretenen Meinung für eine

¹⁶⁴ S. aber die Hinweise auf Art. 8 BV in N 104 f. und N 108.

¹⁶⁵ Vgl. *Zlatescu*, Jusletter vom 20. Januar 2020, N 10; s. zu den in Art. 54 Abs. 2 BV verankerten aussenpolitischen Zielsetzungen *Epiney/Kern*, in: Diggelmann/Hertig/Randall/Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, N 6 ff.

wirksame Umsetzung der materiellen Vorgaben bedeutsam sein. Würde «nur» eine Durchsetzungsmöglichkeit auf der Ebene des Privatrechts geschaffen, wären Betroffene einerseits stets mit den prozessrechtlichen Hürden, wie etwa den Anforderungen an eine ausreichende Substantiierung ihrer Ansprüche, konfrontiert. Andererseits käme eine Haftung bereits ohnehin nur dann in Betracht, wenn ein Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinne vorliegt. Während dies bei Verletzungen von Menschenrechten wohl häufig der Fall sein dürfte (wobei damit nicht gesagt wird, dass der entsprechende Beweis auch gelingt), dürfte es bei Verstössen gegen Normen des Umweltrechts regelmässig an konkret betroffenen Personen mit einem beweisbaren Schaden mangeln.

- Eine **Beibehaltung des *status quo*** hätte zur Folge, dass sich die **Rechtslage in der Schweiz wesentlich von derjenigen in der Union unterscheiden** würde, was verschiedene rechtliche und politische Implikationen nach sich zöge.

Insbesondere wäre wohl zu gewärtigen, dass Unternehmen, die aufgrund von Art. 2 Abs. 2 RL in den Anwendungsbereich des EU-Rechts fallen, allenfalls **Wettbewerbsnachteile** gegenüber anderen Unternehmen mit Sitz in der Schweiz hätten. Hinzu käme möglicherweise politischer Druck, und es könnte für die Schweiz begründungsbedürftig sein, warum sie hinter dem Standard der Union zurückbleibt.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang aus **volkswirtschaftlicher Sicht** darauf hingewiesen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit in der Schweiz stark mit derjenigen im EU-Binnenmarkt verflochten ist, was sich bereits mit geographischen Gründen erklärt. Sollte die Schweiz am *status quo* festhalten bestünde eine deutliche Differenz zum (angepassten) EU-Recht. Grundsätzlich spricht aus wirtschaftlicher Sicht jeweils viel dafür, möglichst ähnliche Regelungen zu schaffen, damit zwischen den Unternehmen in der Union sowie in der Schweiz ein sog. *level playing field* besteht und Wettbewerbsnachteile verhindert werden können.¹⁶⁶ Vorliegend ist allerdings anzumerken, dass das Schweizer Recht *de lege lata* deutlich weniger weit geht als die Richtlinie und den Unternehmen grundsätzlich einzig Berichtserstattungs- und keine eigentlichen Sorgfaltspflichten auferlegt. Damit käme Schweizer Unternehmen bei einer Beibehaltung des *status quo* grundsätzlich ein Wettbewerbsvorteil zu, was jedoch insofern zu relativieren ist, als aufgrund der in Art. 2 Abs. 2 RL vorgesehenen extraterritorialen Wirkung auch Unternehmen mit Sitz in der Schweiz in den Anwendungsbereich des EU-Rechts fallen könnten.

- Die unter die Sorgfaltspflichten-Richtlinie fallenden (grossen) Schweizer Unternehmen werden im Zuge ihrer extraterritorialen Wirkung zwar die in dieser festgehaltenen Sorgfaltspflichten zu beachten haben. Aufgrund der diversen **offenen Fragen in Bezug auf die Durchsetzung der Richtlinie** gegenüber Drittstaatsunternehmen, werden die betroffenen Unternehmen aber mit diversen **Rechtsunsicherheiten** konfrontiert sein, insbesondere so lange die Schweiz auf nationaler Ebene nicht geklärt hat, wie sie in Bezug auf die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Massnahmen, die von den Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten gegenüber Schweizer Unternehmen

¹⁶⁶ Zu den wirtschaftlichen Gründen für den sog. autonomen Nachvollzug, *Oesch*, Schweiz – Europäische Union, N 334.

erlassen werden (könnten), verfahren will. Hinzu kommt, dass in Bezug auf die zivilrechtliche Durchsetzung beachtliche Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen in der Union zu erwarten sind, was für Schweizer Unternehmen ebenfalls gewisse Herausforderungen mit sich brächte.

Aus Sicht der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Unternehmen wäre daher wohl eine möglichst rasche Positionierung der Schweiz wünschenswert. Im Zusammenhang mit den Unternehmensinteressen ist zudem an die obigen Ausführungen in Bezug auf KMU¹⁶⁷ zu verweisen. Auch wenn diese mangels Erreichens der Umsatzschwelle nicht direkt in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, ist davon auszugehen, dass viele aufgrund ihrer Positionierung in der Wertschöpfungskette eines in den Anwendungsbereich fallenden Unternehmens indirekt davon betroffen sein werden. Während KMU in der Union von den in der Richtlinie vorgesehenen Unterstützungsmassnahmen profitieren dürften, besteht für die von der Richtlinie erfassten Unternehmen wohl keine Pflicht, auch KMU ausserhalb der Union zu unterstützen. Diese dürften damit gegenüber ihren direkten Konkurrenten innerhalb der Union Nachteile erfahren. Vor diesem Hintergrund wäre folglich ein vollständiger Nachvollzug, und damit auch die Verankerung einer Verpflichtung der erfassten Unternehmen, die von ihnen abhängigen KMU zu unterstützen, vorzuziehen.

- Eine Anpassung des Schweizer Rechts nur für die (grossen) Schweizer Unternehmen, die (auch) ausserhalb der EU tätig sind, d.h. nicht bereits unter die EU-Richtlinie fallen (**teilweiser Nachvollzug** oder «Restregulierung») implizierte eine entsprechende Differenzierung. Diese Option beseitigte nicht die Rechtsunsicherheiten und führte zudem dazu, dass die unter die EU-Richtlinie fallenden Unternehmen möglicherweise keine Durchsetzung zu gewärtigen hätten.

112. Abschliessend ist mit Blick auf die laufenden Diskussionen im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des institutionellen Rahmens der bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU festzuhalten, dass auch die **politischen Dimensionen** eines rechtlichen «Alleingangs» der Schweiz im Zusammenhang mit den Sorgfaltspflichten für Unternehmen nicht unbeachtet werden sollten. Dabei handelt es sich allerdings um eine genuin politische Frage, auf die an dieser Stelle folglich nicht weiter eingegangen werden kann und soll.

¹⁶⁷ N 109.

§ 5 Zusammenfassung und Schlussbemerkung

I. Zusammenfassung

113. Die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung können folgendermassen zusammengefasst werden:

- Die vom **persönlichen Anwendungsbereich der Sorgfaltspflichten-Richtlinie** erfassten Unternehmen sind nicht nur im Rahmen ihrer **eigenen Tätigkeit** für die Einhaltung zahlreicher Vorgaben der Richtlinie, insbesondere der Sorgfaltspflichten, verantwortlich, sondern gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a RL sind die Pflichten sowohl im Rahmen der eigenen Tätigkeiten der Unternehmen, der Tätigkeiten der **Tochterunternehmen** und der Tätigkeiten von **Geschäftspartnern in der Aktivitätskette des Unternehmens** zu beachten.
- Gemäss Art. 2 Abs. 2 RL soll die Sorgfaltspflichten-Richtlinie auch für Unternehmen gelten, die nach den **Vorschriften eines Drittstaats gegründet** wurden und im Geschäftsjahr vor dem letzten Geschäftsjahr in der Union einen Nettoumsatz von mehr als 450 Mio. Euro erzielten.
- Die Richtlinie soll sicherstellen bzw. dazu beitragen, dass im EU-Binnenmarkt tätige Unternehmen zur nachhaltigen Entwicklung und zur Nachhaltigkeitswende der Volkswirtschaften und Gesellschaften beitragen, indem sie potenzielle oder tatsächliche negative **Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt** im Zusammenhang mit der eigenen Geschäftstätigkeit, ihren Tochterunternehmen und ihren Aktivitätskette ermitteln, vermeiden, abschwächen, beheben und minimieren.
- Die Richtlinie legt hierzu entsprechende Pflichten der Unternehmen fest bzw. verpflichtet die Mitgliedstaaten, entsprechende Vorgaben im Rahmen der Richtlinienumsetzung zu verankern (**Sorgfaltspflichten**). Darüber hinaus und damit ausserhalb des Kanons dieser eigentlichen Sorgfaltspflichten haben die Mitgliedstaaten auch eine Pflicht der Unternehmen zur **Mitwirkung bei der Eindämmung des Klimawandels** vorzusehen. Betreffend die **Durchsetzung** dieser Pflichten sieht die Richtlinie zum einen Vorgaben bezüglich der **behördlichen Aufsicht** vor. Neben dieser «öffentlich-rechtlichen Schiene» enthält die Richtlinie zum anderen auch Vorgaben bezüglich der **zivilrechtlichen Haftung** für Verstösse gegen die Verpflichtungen zur Vermeidung potenzieller und Behebung tatsächlicher negativer Auswirkungen.
- Sowohl bezüglich der materiellen Sorgfaltspflichten als auch der Durchsetzungsmechanismen geht die **Richtlinie wesentlich weiter als das**

geltende Schweizer Recht. So kennt das Schweizer Recht einerseits aus materieller Sicht deutlich weniger weitgehende Vorgaben in Bezug auf Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Menschenrechten sowie Umweltbelangen und sieht andererseits keine gesonderten diesbezüglichen Durchsetzungsmechanismen, weder auf der Ebene des öffentlichen noch des privaten Rechts, vor.

- Während das Völkerrecht die grundsätzliche extraterritoriale Wirkung der Richtlinie zulässt, bleibt die hoheitliche **Durchsetzung** der Richtlinienbestimmungen auf ausländischem Staatsgebiet aufgrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips verboten. Um die Problematik zu umgehen, sieht die Richtlinie vor, dass die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Drittstaatsunternehmen einen **Bevollmächtigten** in der EU bezeichnen müssen.
- Sind jedoch hoheitliche Massnahmen direkt auf fremdem Staatsgebiet durchzuführen, etwa im Zusammenhang mit einer Untersuchung oder der Vollstreckung eines Entscheids, ist der jeweilige Mitgliedstaat auf die Zusammenarbeit mit den Drittstaatsbehörden angewiesen. Damit die Schweizer Behörden in solchen Fällen **Amts- bzw. Rechtshilfe** leisten könnten, bedürfte es aber erst einer gesetzlichen Grundlage.
- Was die gesondert zu betrachtende Durchsetzung der zivilrechtlichen Haftung gegenüber Schweizer Unternehmen anbelangt, stossen diese an die einschlägigen Schranken des **internationalen Zivilprozessrechts**. Soll ein Schweizer Unternehmen ins Recht gefasst werden, müsste entweder über Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 5 LugÜ eine Zuständigkeit in der EU begründet werden können oder bei einem Gerichtsstand in der Schweiz gestützt auf Art. 133 Abs. 2 oder 3 IPRG die Anwendung des Rechts des betroffenen EU-Mitgliedstaats erfolgen (können), was aber praktisch kaum je der Fall sein dürfte. Ansonsten dürfte entweder Schweizer Recht oder, bei einem Deliktort in einem weiteren Drittstaat, anderes «Drittstaatsrecht» zur Anwendung gelangen. Die aufgrund von Art. 29 RL von den Mitgliedstaaten zu erlassene Haftungsnorm käme auf Schweizer Unternehmen damit nicht zwingend zur Anwendung.
- In Bezug auf die Frage nach dem Anpassungsbedarf für das Schweizer Recht sind im Wesentlichen **drei «Haupthandlungsoptionen»** denkbar: ein (quasi) vollständiger Nachvollzug der Sorgfaltspflichten-Richtlinie, ein teilweiser Nachvollzug («Restregulierung») oder die Beibehaltung des *status quo*. Die beiden zuletzt genannten Optionen gingen mit erheblichen Rechtsunsicherheiten (auch für die betroffenen Unternehmen) einher und führten jedenfalls dazu, dass die Einhaltung der materiell-rechtlichen Vorgaben für von der Sorgfaltspflichten-Richtlinie erfasste Schweizer

Unternehmen allenfalls sehr lückenhaft durchgesetzt werden könnte, ganz abgesehen davon, dass sie zu möglicherweise auch aus rechtlicher Sicht nur schwer begründbaren Differenzierungen führten.

II. Schlussbemerkung

114. Die Frage der Ausgestaltung der **Pflichten (grosser) Unternehmen**, bei ihren Aktivitäten menschenrechtliche Vorgaben und umweltrechtliche Standards einzuhalten, stellt sich in der Schweiz inzwischen **deutlich anders dar als zum Zeitpunkt der Abstimmung über die sog. Konzernverantwortungsinitiative**: Der zu erwartende Erlass der sog. Sorgfaltspflichten-Richtlinie durch die Europäische Union dürfte zu einem beachtlichen Auseinanderklaffen der diesbezüglichen Rechtslage in der Europäischen Union einerseits und in der Schweiz andererseits führen, dies sowohl materiell-rechtliche Pflichten als auch die Durchsetzung betroffen sind. Insofern wird die Thematik einer (teilweisen) Anpassung der Rechtslage in der Schweiz an diejenige in der Union aufgeworfen.

115. Die vorliegende Untersuchung konnte den hierbei zu beachtenden **rechtlichen Rahmen** klären. Von besonderer Bedeutung dürfte hierbei sein, dass in Bezug auf diejenigen schweizerischen Unternehmen, welche aufgrund der extraterritorialen Wirkung der Sorgfaltspflichten-Richtlinie in deren persönlichen Anwendungsbereich fallen, die **Rechtsdurchsetzung in der Schweiz** aufgrund der völkerrechtlichen Vorgaben zumindest deutlich erschwert, wenn nicht gar – wie in zahlreichen Konstellationen zu erwarten – verunmöglicht wäre. Bei der Beantwortung der (politischen) Frage nach dem Ob und Wie eines Nachvollzugs der Sorgfaltspflichten-Richtlinie dürfte diesem Umstand eine bedeutende Rolle zukommen. Weiter wird aus politischer Sicht zu evaluieren sein, ob und inwieweit ein «Abseitsstehen» der Schweiz in diesem Bereich zielführend ist.

116. In Bezug auf den **Zugang von schweizerischen Unternehmen zum EU-Binnenmarkt** ist anzumerken, dass die Richtlinie diesen Aspekt nicht thematisiert, sondern davon ausgeht, dass die vorgesehene extraterritoriale Wirkung sicherzustellen vermag, dass in der EU in einem gewissen Ausmass tätige Unternehmen den entsprechenden Pflichten auch unterliegen. Die Marktzugangsrechte schweizerischer Unternehmen in der EU richten sich *de lege lata* nach den einschlägigen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, wobei die sog. Bilateralen I (und hier in erster Linie die Abkommen über technische Handelshemmnisse und das Personenfreizügigkeitsabkommen von Bedeutung sind) und dem Freihandelsabkommen aus dem Jahr 1972. Diese Abkommen ermöglichen einen weitgehenden – wenn auch nicht vollständigen – Zugang zum EU-Binnenmarkt, wobei aber zu beachten ist, dass dieser im Zuge der nach wie vor ungelösten

«institutionellen Fragen» allmählich erodiert und derzeit auch keine neuen Abkommen abgeschlossen werden können.¹⁶⁸ Allerdings streben sowohl die Schweiz als auch die EU mit einem neuen Paketansatz («Bilaterale III») den Abschluss neuer Abkommen an; derzeit finden (noch) entsprechende Sondierungsgespräche statt, und eigentliche Verhandlungen könnten 2024 beginnen.¹⁶⁹

Dessen ungeachtet ist nicht auszuschliessen, dass sowohl von EU-Seite als auch von Seiten zumindest gewisser EU-Mitgliedstaaten ein gewisser politischer Druck aufgebaut wird, dies mit dem Ziel, dass sich die Schweiz zumindest weitgehend an die Sorgfaltspflichten-Richtlinie anpasst. Es ist bemerkenswert, dass der Abschluss neuer Abkommen mit der EU der Schweiz auch garantierte, dass bestehende Marktzugangsabkommen den Rechtsentwicklungen in der EU jedenfalls grundsätzlich anzupassen wären, da zu erwarten ist, dass sich der Mechanismus der dynamischen Rechtsübernahme an die einschlägigen Bestimmungen im (aufgegebenen) Entwurf eines Institutionellen Abkommens orientieren würde.¹⁷⁰ Daher wäre es grundsätzlich nicht (mehr) zulässig, dass die Union eine Anpassung eines bestehenden Marktzugangsabkommens aus politischen Gründen verweigert bzw. auf die Schweiz über die Beschränkung des Marktzugangs durch eine Verweigerung der Zustimmung zur Weiterentwicklung eines solchen Abkommens Druck in anderen Dossiers ausübt.

¹⁶⁸ Vgl. im Einzelnen zu den Implikationen des Abbruchs der Verhandlungen durch die Schweiz im Mai 2021 *Epiney*, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne, 14 ff.

¹⁶⁹ Vgl. zum Stand der Dinge die Informationen auf www.admin.ch.

¹⁷⁰ Ausführlich zum Mechanismus der dynamischen Rechtsübernahme im Entwurf des Institutionellen Abkommens *Epiney*, EuZ 2021, 4 ff.

Literaturverzeichnis

- Behrens, Peter*: Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2017.
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel/Kotzur, Markus*: Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 15. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit.: *Verfasser*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU).
- Bueno, Nicolas*: La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme: État de la pratique suisse, AJP 2017, 1015–1023.
- Charnitzky, Milena/Weigel, Jukka*: Die Krux mit der Sorgfalt (Teil 2) – Der Entwurf der Richtlinie zur unternehmerischen Sorgfalt in den Lieferketten, RIW 2022, 413–420.
- Cooreman, Barbara*: Global Environmental Protection through Trade: A Systematic Approach to Extraterritoriality, Cheltenham 2017.
- Cueni, Stephan*: Die grenzüberschreitende Vollstreckung von Forderungen im Bereich der sozialen Sicherheit, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht (JaSo) 2020, St. Gallen 2020, 131–141.
- Donatsch, Andreas/Heimgartner, Stefan/Meyer, Frank/Simonek, Madeleine*: Internationale Rechtshilfe: unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015.
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin* (Hrsg.): Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 2. Aufl., München 2018 (zit.: *Verfasser*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Kommentar).
- Ehrenzeller, Bernhard/Egli, Patricia/Hettich, Peter/Hongler, Peter/Schindler, Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J.* (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen 2023 (zit.: *Verfasser*: in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK BV).
- Enriques, Luca/Gatti, Matteo*: The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention, Oxford Business Law Blog vom 21. April 2022, abrufbar unter < <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/extraterritorial-impact-proposed-eu-directive-corporate> > (zuletzt besucht am 22. August 2023).
- Epiney, Astrid*: Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU: Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17. Dezember 2018.
- Epiney, Astrid*: Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Epiney, Astrid*: Die dynamische Rechtsübernahme im Entwurf des Institutionellen Abkommens, EuZ 2021, 4-23.

- Epiney, Astrid*: Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne – Aspects choisis –, Cahiers fribourgeois de droit européen no. 30, Fribourg 2022.
- Epiney, Astrid*: Rechtsschutz und Streitbeilegung im Bilateralen Recht. Zu den Implikationen eines Einbezugs des EuGH im Vergleich zum status quo, 14 S., Jusletter vom 19.12.2022.
- Epiney, Astrid/Frei, Nula*: Datenbekanntgabe zwischen Bundesbehörden: rechtlicher Rahmen. Unter besonderer Berücksichtigung des Lebensmittel-, Heilmittel-, Tierschutz- und Chemikalienrechts, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 33, Freiburg 2022.
- Epiney, Astrid/Kern, Markus*: Aussenverfassung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, 2151–2182.
- Epiney, Astrid/Metz, Beate/Pirker, Benedikt*: Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz: Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich/Genf/Basel 2012.
- Geisser, Gregor*: Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für «Menschenrechtsverletzungen» bei internationalen Sachverhalten: Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2013.
- Geisser, Gregor*: Die Konzernverantwortungsinitiative – Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung, AJP 2017, 943–966.
- Geisser, Gregor*: Konzernverantwortung: Schweiz hat grossen Handlungsbedarf, plädoyer 6/2022, 36–41.
- Geisser, Gregor*: Umweltrechtliche Verantwortung international tätiger Unternehmen – Gesetzliche Perspektiven für die Schweiz mit einem Fokus auf Klimaverantwortung, URP 2023, 727–746.
- Gola, Peter/Heckmann, Dirk* (Hrsg.): DS-GVO/BDSG, Kommentar, 3. Aufl., München 2022 (zit.: *Verfasser*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG Kommentar).
- Grosz, Mirina*: Umweltrechtliche Unternehmensverantwortung aus Sicht des Völkerrechts, URP 2023, 712–726.
- Grosz, Mirina*: Umweltschutz als Aspekt gesellschaftlicher Unternehmensverantwortung im internationalen Kontext, URP 2017, 641–661.
- Heil, Anna-Maria*: Lieferkettenrichtlinie – Quo vadis?, ZfRV 2023, 99–105.
- Kälin, Walter/Epiney, Astrid/Caroni, Martina/Künzli, Jörg/Pirker, Benedikt*: Völkerrecht: Eine Einführung, 5. Aufl., Bern 2022.

- Kaufmann, Christine*: Unternehmensverantwortung: Neue internationale Entwicklungen, URP 2023, 699–711.
- Kaufmann, Christine/Niedrig, Jonathan/Wehrli, Judith/Marschner, Laura/Good, Christoph*: Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz: Eine Bestandesaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft, Schriftenreihe SKMR, Bern 2013.
- Kern, Markus*: Zustellung und Vollstreckung ausländischer Verkehrsbussen in der Schweiz, in: René Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch für Strassenverkehrsrecht 2014, Bern 2014, 151–176.
- Kley-Struller, Andreas*: Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen, SZIER 1991, 163–202.
- Kocher, Martin*: Grundlagen einer steuerlichen Inkassoamtshilfe zugunsten ausländischer Staaten (Art. 27 OECD-MA): Überlegungen aus Anlass aktueller Umwälzungen auf Ebene der OECD und des Europarats, ZBJV 2015, 187–241.
- Krämer, Hannes*: Extraterritoriale Wirkungen des Unionsrechts – eine normanalytische Skizze, EuR 2021, 137–149.
- Krauskopf, Patrick L./Schaller, Olivier*: Kooperation zwischen Wettbewerbsbehörden – Schweiz und EU gehen neue Wege, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Zürich/Basel/Genf 2014, 273–282.
- Kunz, Peter V.*: Klarstellungen zur Konzernhaftung - Bundesgerichtsentscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, recht 2011, 41–48.
- Kurkin, Claudia*: Extraterritorialität, Tübingen 2021.
- Lafarre, Anne*: The Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Corporate Liability Design for Social Harms, EBLR 2023, 213–237.
- Martenet, Vincent/Dubey, Jacques* (Hrsg.): Commentaire romand. Constitution fédérale, 2 Bände, Basel 2021 (zit.: *Verfasser*, in: Martenet/Dubey (Hrsg.), CR Cst., Art. N).
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike*: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014.
- Métille, Sylvain/Ackermann, Annelise*: RGPD: application territoriale et extraterritoriale, in: Astrid Epiney/Sophia Rovelli (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung (DSGVO): Tragweite und erste Erfahrungen, Zürich/Basel/Genf 2020, 77–97.
- Mittwoch, Anne-Christin*: Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, Tübingen 2022.
- Nora, Gregor*: Die EU-Lieferkettenrichtlinie (CSDDD) und ihre Implikationen für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette – Nachhaltigkeitsfortschritt oder Greenwashing?, NR 2024, 31–38.

- Oesch, Matthias*: Schweiz – Europäische Union: Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, Zürich 2020.
- Oetiker, Christian/Weibel, Thomas/Fountoulakis, Christiana* (Hrsg.): Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, 3. Aufl, Basel 2024 (zit.: *Verfasser*, in: Oetiker/Weibel/Fountoulakis (Hrsg.), BSK LugÜ).
- Pretelli, Ilaria*: Conduite responsable des entreprises, droits fondamentaux et durabilité sociale, SJZ 2024, 63–75.
- Rehbinder, Eckard*: Internationales Wettbewerbsrecht: Internationaler Anwendungsbereich, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., München 2012, 83–120.
- Romy, Isabelle*: Aperçu et portée des exigences légales en matière de durabilité environnementale pour les entreprises suisses, URP 2023, 747–767.
- Ruggie, John G.*: The Construction of the UN ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework for Business and Human Rights: The True Confessions of a Principled Pragmatist, EHRLR 2011, 127–133.
- Schwenzer, Ingeborg/Hosang, Alain F.*: Menschenrechtsverletzungen – Schadenersatz vor Schweizer Gerichten, SZIER 2011, 273–291.
- Spiesshofer, Birgit*: Unternehmerische Verantwortung: Zur Entstehung einer globalen Wirtschaftsordnung, Baden-Baden 2017.
- Stöbener de Mora, Patricia Sarah/Noll, Paul*: Noch grenzenlosere Sorgfalt? Der Richtlinienvorschlag zu Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit, EuZW 2023, 14–25.
- Stoffel, Walter*: Die internationale Amtshilfe im Wettbewerbsrecht, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, Referate der Tagung vom 7. November 2008, St. Gallen 2009, 277–295.
- Sturny, Monique*: Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Thomas Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, ZSR Beiheft 50, Basel 2012, 107–128.
- Sydow, Gernot/Marsch, Nikolaus* (Hrsg.): DS-GVO/BDSG, Handkommentar, 3. Aufl, Baden-Baden 2022 (zit.: *Verfasser*, in: Sydow/Marsch (Hrsg.), DS-GVO/BDSG Handkommentar).
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev* (Hrsg.): DSGVO/BDSG/TTDSG, Kommentar, 4. Aufl, Frankfurt am Main 2022 (zit.: *Verfasser*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG Kommentar).
- Ventura, Livia*: Corporate Sustainability Due Diligence and the New Boundaries of the Firms in the European Union, EBLR 2023, 239–268.

Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid: Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit.: *Verfasser*, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BSK BV).

Wyss, Martin Philipp: Gesetzgebungsbedarf bei der internationalen Amtshilfe?, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, Referate der Tagung vom 7. November 2008, St. Gallen 2009, 217–248.

Zlatescu, Petru Emanuel: Die Konzernverantwortungsinitiative im internationalen Kontext, Jusletter vom 20. Januar 2020.

Materialien

Bundesamt für Justiz: Prüfauftrag des EJPD vom 23. Februar 2022; Analyse Vorschläge EU-Richtlinien über Sorgfaltspflichten und Berichterstattung zur Nachhaltigkeit und möglicher Anpassungsbedarf im Schweizer Recht: Bericht Entwürfe Nachhaltigkeitspflichten EU und geltendes Recht Schweiz vom 25. November 2022 (zit.: Bericht BJ).

Bundesrat: Rechtsvergleichender Bericht zur Sorgfaltsprüfung bezüglich Menschenrechte und Umwelt im Zusammenhang mit Auslandaktivitäten von Schweizer Konzernen, 2014 (zit.: Bundesrat, Bericht zur Sorgfaltsprüfung).

Europäische Kommission: Der europäische Grüne Deal, Mitteilung vom 11. Dezember 2019, COM(2019) 640 final.

Europäische Kommission: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 vom 23. Februar 2022, COM(2022) 71 final.

OECD: Leitsätze für multinationale Unternehmen, 2011.

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	andere Meinung
AB N	Amtliches Bulletin Nationalrat
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung; ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 1)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BBL	Bundesamt für Bauten und Logistik
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BSK-BV	Basler Kommentar zur Bundesverfassung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
C	Reihe «Mitteilungen» im Amtsblatt der Europäischen Union
COM	Dokument der Kommission
CR	Commentaire romand
CSR	Corporate Social Responsibility
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse (vgl. BV)

Diss.	Dissertation
DSG	Datenschutzgesetz (Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz, SR 235.1)
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
EBLR	European Business Law Review
ECLI	European Case Law Identifier (= Europäischer Urteilsidentifikator)
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EHRLR	European Human Rights Law Review
Erw.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuG	Gericht (1. Instanz) der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f. / ff.	folgende / fortfolgende
Fn.	Fussnote
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681)
GA	Generalanwalt
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, SR 291.
JaSo	Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht
Kap.	Kapitel
L	Reihe «Rechtsvorschriften» im Amtsblatt der Europäischen Union

lit.	litera
LugÜ	Lugano-Übereinkommen (Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.12)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Randziffer
Nr. / No.	Nummer
NR	Nachhaltigkeitsrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
P.C.I.J.	Permanent Court of International Justice
R	Reglement
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	RL
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SDG	Sustainable Development Goals
SGK-BV	St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannt(en)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht

u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
URP	Umweltrecht in der Praxis
verb.	verbunden(e)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
WTO	World Trade Organization
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht & Rechtsvergleichung
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Cahiers fribourgeois de droit européen

Freiburger Schriften zum Europarecht

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 30 Astrid Epiney
Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne : aspects choisis
- 31 Astrid Epiney / Evamaria Hunziker
Zur Umsetzung des Weiterbildungsgesetzes – ausgewählte Fragen
- 32 Nula Frei
Die Umsetzung der Kinderrechtskonvention in der Stadt St. Gallen: Relevanz der Empfehlungen der Kinderrechtsausschusses *und* Umsetzung der vier Grundprinzipien der KRK im Gemeinderecht
- 33 Astrid Epiney / Nula Frei ; unter Mitarbeit von Tim Walz
Datenbekanntgabe zwischen Bundesbehörden: rechtlicher Rahmen : unter besonderer Berücksichtigung des Lebensmittel-, Heilmittel-, Tierschutz- und Chemikalienrechts
- 34 Astrid Epiney
Zur Reichweite der Pflicht zur Prüfung der Gleichwertigkeit ausländischer Diplome
- 35 Sian Affolter / Astrid Epiney
Die «Sorgfaltspflichten-Richtlinie» der EU: rechtliche Tragweite und Implikationen für die Schweiz

Die Frage nach der Regulierung der Aktivitäten grosser Unternehmen und Wirtschaftsakteure, insbesondere in Bezug auf die Einhaltung gewisser Umweltstandards und menschenrechtlicher Garantien, wird sowohl in der Schweiz als auch in der Europäischen Union schon seit einiger Zeit diskutiert. Während die sog. «Konzernverantwortungsinitiative» in der Schweiz noch im Jahr 2020 an der Urne scheiterte, hat die EU jüngst eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit verabschiedet. Die Richtlinie dürfte auch bedeutende Auswirkungen auf Drittstaaten wie die Schweiz bzw. dort ansässige Unternehmen entfalten, dies einerseits, weil auch Unternehmen in Drittstaaten unter gewissen Voraussetzungen von der Richtlinie erfasst sind, andererseits, weil sich die Frage stellt, ob eine (gewisse) Anpassung an die unionsrechtliche Regelung nicht auch aus anderen Gründen sinnvoll ist oder sein könnte.

Vor diesem Hintergrund legt die vorliegende Untersuchung zum einen die rechtliche Tragweite der neuen Richtlinie dar und analysiert deren Implikationen für die Schweiz, wobei ein besonderer Fokus auf die Aspekte der Rechtsdurchsetzung gelegt wird. Zum anderen wird die Schweizer Rechtslage vergleichend skizziert und die sich für die Schweiz ergebenden Handlungsoptionen werden aufgezeigt.

Sian Affolter, Dr. iur., Rechtsanwältin, Lektorin am Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ue.

Astrid Epiney, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht.