BEITRÄGE

Geeignet zum Selbststudium
mit Lernerfolgskontrolle (§ 15 FAO)

Tilo Klinner*

Deutschland gibt sich ein Lieferkettensorgfaltsgesetz

I. Entstehungsgeschichte und Regelungszweck

1. Aufriss

Am 11.6.2021 verabschiedete der Deutsche Bundestag das „Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (LkSG)". Nach Zustimmung des Bundesrats vom 25.6.2021 kann das Gesetz, wie in seinem Art. 4 vorgesehen, am 1.1.2023 in Kraft treten. Während zunächst gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 nur Unternehmen erfasst sein werden, die mindestens 3.000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen, wird diese Schwelle nach § 1 Abs. 1 Satz 3 in einem zweiten Schritt ab 1.1.2024 auf 1.000 Arbeitnehmer abgesenkt. Damit wurde am Ende der Legislaturperiode noch eine offene Position des Koalitionsvertrages aus dem Jahr 2017 abgearbeitet.

Mit der Verabschiedung dieses Gesetzes kam eine Rechtsentwicklung zum Abschluss, die ihren Ausgang in den „Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte der Vereinten Nationen", den sog. Ruggie-Prinzipien, genommen hatte.[1] Diese hat die Bundesregierung in ihrem „Nationalen Aktionsplan (NAP) Wirtschaft und Menschenrechte" von 21.12.2016 umgesetzt.[2] Damals setzte die Bundesregierung noch auf eine Kombination freiwilliger Selbstverpflichtungen mit Obliegenheiten, deren Nichterfüllung zB den Zugang zu bestimmten Instrumenten der Außenwirtschaftsförderung versperren konnte. Gleichzeitig aber sah der NAP eine Evaluationsphase bis zum Jahr 2020 vor. In ihr sollten Erhebungen angestellt werden, ob in der Praxis eine ausreichend breite Übernahme der dort verankerten Anforderungen durch die betroffenen Unternehmen auf freiwilliger Basis erfolgen würde. Dies war im Ergebnis nicht der Fall. In der Begründung des Gesetzesentwurfs für das LkSG wird ausgeführt, dass nur zwischen 13% und 17% der Unternehmen ohne rechtlich verbindliche Sorgfaltsstandards eine ausreichende menschenrechtliche *due diligence* praktizierten.[3] Deshalb brachte die Bundesregierung den zu behandelnden Gesetzesentwurf ein, der die Einhaltung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten für bestimmte Unternehmen obligatorisch macht. Das LkSG ist nunmehr dem öffentlichen Recht zugeordnet, enthält behördliche Durchsetzungsmechanismen und ist bußgeldbewehrt.

2. Gesetzeszweck

Die Bundesregierung verfolgt mit diesem Gesetz das Ziel, „die Globalisierung mit Blick auf die „Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung" sozial zu gestalten".[4] Als Resultat der Globalisierung ist die deutsche Wirtschaft wie kaum eine andere über komplexe Lieferketten mit anderen Volkswirtschaften verknüpft. Hierdurch entstehen auch Risiken, da eine Reihe von Ländern die allgemein anerkannten Menschenrechte, arbeitsrechtliche Mindeststandards oder Umweltschutzregeln unzureichend schützt oder beachtet. Die Einhaltung bzw. der Schutz dieser Standards und Normen obliegt zwar in erster Linie den Staaten, in denen die Produktionsstätten oder Unternehmensteile belegen sind. Zunehmend setzt sich jedoch die Auffassung durch, dass auch produzierende Unternehmen, entlang ihrer Lieferkette eine Verantwortung für die Einhaltung dieser Vorschriften trifft. Dabei werden Sorgfaltspflichten statuiert und Verantwortlichkeiten postuliert, die Gegenstand heftiger politischer Debatten waren.

Bis zuletzt umkämpft waren die Rechtsfolgen einer Verletzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten. Eine Kontroverse entspann sich insbesondere über die Frage, inwieweit ein Unternehmen für menschenrechtswidrige oder umweltschädigende Handlungen im Bereich seiner Lieferkette haftungsrechtlich verantwortlich gemacht werden kann. Im Ergebnis wurde eine zivilrechtliche Haftung weitgehend ausgeschlossen. Stattdessen setzte man auf ein System sanktionsbewehrter Sorgfaltspflichten und Obliegenheiten, deren Verletzung jetzt negative Rechtsfolgen, wie die Verhängung eines Bußgeldes oder den Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungsverfahren zur Folge hat.

Das vorliegende Ergebnis, das zum 1.1.2023 geltendes Recht wird, ist trotz der fehlenden Haftungsvorschriften bei weitem kein zahnloser Tiger und wird über die menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten hinaus auf die Gebiete des internationalen Arbeits- sowie Umweltrechts ausstrahlen.

3. Internationale Mindeststandards

Die durch das LkSG statuierten Plichten der Unternehmen sind das regulatorische Pendant der durch die Globalisie-

* Dr. iur. utr. Tilo Klinner ist gegenwärtig als Deutscher Botschafter in Usbekistan tätig. Von 2015 bis 2018 war er als Beauftragter für Wirtschaftspolitik, Außenwirtschaftsförderung sowie für Wirtschafts- und Menschenrechte im Auswärtigen Amt tätig. Die im nachfolgenden Aufsatz vertretenen Positionen reflektieren ausschließlich die eigene Auffassung des Autors und sind in keiner Weise der Bundesregierung oder dem Auswärtigen Amt zuzurechnen.

1 G.A. U.N. Doc. A/HCR/17/31 vom 21.3.2011.

2 Auswärtiges Amt, Nationaler Aktionsplan Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2017.

3 Gesetzesentwurf zum LkSG, BT-Drs. 19/30505, 2.

4 Gesetzesentwurf zum LkSG, BT-Drs. 19/30505, 1.

rung entstandenen Verknüpfungen der Volkswirtschaften. Die mangelhafte Durchsetzung internationaler Mindeststandards wird auf lange Sicht nicht akzeptabel sein. Zum einen kann aus Sicht der Unternehmen und Arbeitnehmer der Länder mit hohen Sozial- und Umweltstandards ein fortgesetztes Sozial- und Umweltdumping nicht toleriert werden, weil das Gefälle der Gestehungskosten die von ihnen hergestellten Produkte konkurrenzunfähig macht. Aber auch aus Sicht der Lieferantenländer kann es kaum eine nachhaltige Politik sein, zum Standort für gefahrgeneigte, umweltschädigende und ausbeuterische Produktionsverhältnisse zu werden.

Allerdings stehen die Dinge nicht so einfach, wie es den Anschein haben mag. Zum einen waren und sind eine schwächere regulatorische Dichte und ein niedrigeres Lohnniveau auch ein Wettbewerbsvorteil für aufstrebende Entwicklungsländer. Legt man die Messlatte zu hoch, könnten die Kosten einer Produktion in Entwicklungsländern unter Umständen so stark steigen, dass die dort hergestellten Güter auf den Zielmärkten nicht mehr konkurrenzfähig wären. Gut gemeinte Schutznormen würden dann zu einem protektionistischen Schutzschirm mutieren.

Zum anderen gilt es bei den Anforderungen an die Sorgfaltspflichten der Unternehmen (*due diligence*) Augenmaß zu behalten. Die rechenschaftspflichtigen Unternehmen müssen in der Lage sein, den Anforderungen an ihre Sorgfaltspflicht mit vertretbarem Aufwand nachzukommen. Hier wurden in der Vergangenheit Fehler gemacht. Das Paradebeispiel hierfür ist der § 1502 des US-amerikanische Dodd-Frank-Act.[5] Dieser sah weitgehende, strafbewehrte Berichtspflichten für an den US-Börsen notierte Unternehmen vor, die Produkte aus Zinn, Tantal, Wolfram, Gold oder Derivativen dieser Metalle herstellen, welche aus der Demokratischen Republik Kongo oder einem ihrer Nachbarländer stammen. Diese Norm war das Resultat einer Kampagne von NGOs, wie Global Witness und des Enough-Projects, die darauf abzielte, die Finanzierung bewaffneter Rebellen-Gruppe in der Konfliktregion auszutrocknen. Doch im Ergebnis bewirkte die Bestimmung, dass ein erheblicher Teil der internationalen Käufer von Konfliktmineralien nicht willens oder in der Lage war, über die Herkunft von Mineralien in einem von Bürgerkriegen zerrissenen Land Rechenschaft abzulegen. Stattdessen stellten die Unternehmen auf „Kongo-freie" Bezugsquellen um. Für 10 Millionen Kongolesen, die ihren Lebensunterhalt aus dem Abbau der 3TG-Mineralien (tin, tantal, tungsten, gold), bestritten, brachte dies katastrophale Einkommenseinbußen mit sich.

II. Menschenrechtliche Sorgfaltspflicht im Zentrum des Gesetzes

1. Unternehmerische Sorgfaltspflicht entlang der Lieferkette

Der zentrale Begriff des LkSG ist die menschenrechtliche Sorgfalt oder *due diligence*. Sie legt den Unternehmen die Pflicht auf, Gefährdungen der Menschenrechte zu erkennen und diese zu vermeiden. Zunächst obliegt allerdings diese Pflicht, Menschenrechte des einzelnen Bürgers zu achten und zu schützen, den Staaten als Völkerrechtssubjekten. Die großen menschenrechtlichen Pakte[6] adressieren daher auch zunächst die Staaten. So gesehen sind Unternehmen nicht unmittelbar verpflichtet, die Menschenrechte innerhalb ihrer Lieferkette um- und durchzusetzen. Gleichzeitig trifft den Sitzstaat des Lieferanten eine Schutzpflicht zur Durchsetzung der Menschenrechte im Einflussbereich seiner Jurisdiktion. Was geschieht aber, wenn dieser hierzu nicht in der Lage ist? Bisher gab es dazu keine verbindliche Regelung und die *due diligence* der Unternehmen beschränkte sich auf nicht verbindliche Selbstverpflichtungen.

An dieser Stelle kommt nun das LkSG ins Spiel. Als Ausfluss der von der Bundesregierung postulierten weltweiten Schutzpflicht für Menschenrechte legt es nunmehr den Unternehmen menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten auf, die in § 3 Abs. 1 LkSG enumerativ aufgezählt sind. Diese umfassen ua die Einrichtung eines Risikomanagements (§ 4 und § 6 LkSG), die Erstellung von Risikoanalysen (§ 5 LkSG), das Ergreifen von Abhilfemaßnahme (§ 7 LkSG) sowie die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens (§ 8 LkSG). Schließlich gibt es noch eine anzilläre, aber bedeutende Dokumentations- und Berichtpflicht, die in § 10 LkSG verankert ist. Sie wird in Zukunft eine zentrale Komponente der nicht-finanziellen Berichterstattung der Unternehmen werden.

2. Normadressaten

Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist auf Unternehmen beschränkt, die durch ihre Größe gewährleisten, dass sie in der Lage sind, den Anforderungen des LkSG mit zumutbarem Aufwand nachkommen können. Dabei wurden in einem ersten Schritt relativ großzügige Schwellenwerte gesetzt. Betroffen sind gemäß § 1 Nr. 1 und 2 des LkSG zunächst inländische Unternehmen, die mindestens 3.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Nach intensiver Kritik der Wirtschaftsverbände an der Diskriminierung inländischer Gesellschaften wurde § 1 Abs. 1 um Satz 2 LkSG ergänzt, der den Geltungsbereich des Gesetzes nunmehr auch auf Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen gemäß § 13 d HGB erstreckt. Nach einer einjährigen Einführungszeit soll der og Schwellenwert auf 1.000 Arbeitnehmer abgesenkt werden.

3. Geschützte Rechtspositionen und menschenrechtliche Risiken

Das LkSG betrifft gem. § 2 Abs. 1 nicht alle denkbaren Risiken einer Menschenrechtsverletzung, sondern beschränkt sich auf einen Katalog von elf Übereinkommen, die von der BR Deutschland ratifiziert wurden. Einige dieser Übereinkommen, wie das Übereinkommen Nr. 138 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Zulassung zur Beschäftigung[7] beziehen sich auf sehr klar definierte und konkrete

5 US Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Publ. Law 111–203, Sec 1502; 15 U.S.C. § 78 m (p)(1)(A).

6 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (BGBl. 1973 II 1533) und Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (BGBl. 1973 II 1569).

Rechtspositionen, die durch sie geschützt werden sollen. Andere wie der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)[8] sind außergewöhnlich breit angelegt. Deshalb werden aus dem gesamten Korpus der Vorschriften elf Kernrisiken entwickelt, die mit einer gleichen Zahl von Verbotsnormen korrespondieren. Ergänzt wird dies durch ein Verbot in Form einer Generalklausel in § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG, das besonders schwerwiegende Beeinträchtigungen anderer geschützter Rechtspositionen umfasst.

Der gleichen Systematik folgen die umweltbezogenen Abs. 3 und und Abs. 4 des § 2 LkSG. Hier konzentriert sich das Gesetz auf das Minamata-Übereinkommen[9] und das Stockholmer POPs Übereinkommen.[10] Im Gesetzgebungsverfahren wurde diese Liste noch durch das Baseler „Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung“[11] ergänzt. § 2 Abs. 3 iVm Abs. 4 LkSG definieren aus diesen Abkommen hergeleitete Verbotsnormen, die mit den für das LkSG relevanten Kernrisiken korrespondieren.

4. Ausprägungen der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht

§ 3 LkSG statuiert einen Katalog von Sorgfaltspflichten, deren Verletzung zwar durch Bußgelder und Zwangsmaßnahmen sanktioniert wird, aber keine zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten nach § 823 Abs. 1 BGB auslöst. Dies stellt § 3 Abs. 3 Satz 1 LkSG noch einmal ausdrücklich klar. Ob die *due diligence* durch ein unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallendes Unternehmen ausgeübt wurde, wird nach dem Kriterienkatalog in § 3 Abs. 1 beurteilt. Zu seinen wesentlichen Anforderungen gehört die Einrichtung eines Risikomanagements nach § 4 LkSG. Zwingend ist die Benennung von Zuständigkeiten mit Berichtspflichten gegenüber der Geschäftsleitung. Ziel ist die Erkennung und präventive Minimierung der Risiken. Nach § 5 LkSG muss eine Risikoanalyse durchgeführt werden, die einen zentralen und konstitutiven Teil des Risikomanagements darstellt. Hier findet sich auch eine bedeutende Einschränkung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht.

In der vorangehenden öffentlichen Diskussion war immer wieder Kritik an einer uferlosen Sorgfaltspflicht entlang vielgliedriger Lieferketten lautgeworden. Doch jetzt beschränkt § 5 Abs. 1 Satz 1 LkSG die Risikoanalyse der Unternehmen auf den eigenen Geschäftsbereich sowie auf die unmittelbaren Zulieferer. Von dieser Beschränkung gibt es jedoch Ausnahmen. Die erste folgt unmittelbar in Satz 2. In Fallkonstellationen, in denen ein Unternehmen die unmittelbare Lieferbeziehung so gestaltet hat, dass es die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht im Hinblick auf den unmittelbaren Zulieferer umgehen kann oder gar mit diesem Ziel ein Umgehungsgeschäft tätigt, gilt ein mittelbarer Zulieferer als unmittelbarer Zulieferer. Diese Regelung wird voraussichtlich zu einer Vielzahl von Streitfällen führen.

In der Textilindustrie werden bspw. sog. Sourcing Companies/Agencies beauftragt, die Textilien für europäische und andere Unternehmen aufkaufen. Diese Arbeitsteilung ist als solche zunächst nicht missbräuchlich, weil die Beauftragung von marktkundigen Unternehmen einem ökonomischen Bedarf entspricht. Bei nachgewiesener Umgehungsabsicht liegen jedoch die Dinge anders.

Eine zweite Ausnahme findet sich im § 9 des LkSG Abs. 3. Wenn das Unternehmen im Zuge eines Beschwerdeverfahrens oder anderweitig tatsächliche Anhaltspunkte erhält, die Verletzungen der Menschenrechte und Verstöße gegen umweltbezogene Pflichten bei mittelbaren Zulieferern möglich erscheinen lassen (substantiierte Kenntnis), muss es diese Fragen in seine Risikoabschätzung miteinbeziehen und angemessene Präventionsmaßnahmen in sein Risikomanagement integrieren. Wie weit diese Verpflichtung reicht, wird die Praxis zeigen. Sicher ist aber, dass sog. wilful blindness unzulässig ist. Bewusste Unkenntnis bspw. bei glaubhaften Hinweisen auf Verletzungen der Menschenrechte oder umweltrelevanter Normen würde den Tatbestand der Bußgeldvorschrift § 24 Abs. 1 Nr. 2 LkSG erfüllen. In extremis könnte eine solche vorsätzliche Ignoranz bei Unternehmen mit einem Jahresumsatz von mehr als 400 Mio. EUR mit einer Geldbuße von bis zu 2% des Jahresumsatzes geahndet werden.

Die og Risikoanalysen sind gem. § 5 Abs. 4 LkSG mindestens in einjährigem Rhythmus durchzuführen. Aber sie sind auch anlassbezogen, bei einer wesentlich veränderten Risikolage in der Lieferkette bspw. durch Einführung neuer Produkte, Projekte oder eines neuen Geschäftsfeldes geschuldet. Weiterhin müssen substantielle Erkenntnisse über Gefährdungslagen aus dem Beschwerdeverfahren gemäß § 8 und 9 des LkSG zu anlassbezogenen Überprüfungen der Risikoanalysen führen.

Weitere Elemente der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht sind eine in den Betriebsablauf integrierte, auch praktisch gelebte Grundsatzerklärung, die Erwartungen an die Lieferanten formuliert (§ 6 Abs. 2 LkSG). Von großer praktischer Relevanz wird die in § 6 Abs. 3 Nr. 2 LkSG verankerte Entwicklung und Implementierung geeigneter Beschaffungsstrategien und Einkaufspraxis sein. Sie könnte zu over-compliance führen, da Unternehmen Beschaffungen aus Ländern mit menschenrechtlichen und umweltpolitischen Herausforderungen meiden werden. Zu den Präventionsmaßnahmen zählen nach § 6 Abs. 3 Nr. 4 LkSG auch risikobasierte Kontrollmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich, zB stichprobenartige Kontrollen der Geschäftsunterlagen in gefahrengeneigten Geschäftsfeldern.

7 Übereinkommen Nr. 138 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 26.6.1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (BGBl. II 201, 202).
8 Internationaler Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (BGBl. 1973 II 1533).
9 Übereinkommen von Minamata vom 10. Oktober 2013 über Quecksilber (BGBl. 2017 II 610, 611).
10 Stockholmer Übereinkommen vom 23.5.2001 über persistente organische Schadstoffe (BGBl. 2002 II 803, 804).
11 Baseler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung vom 22.3.1989 (BGBl. 1994 II 2703, 2704).

III. Keine Schadensersatzhaftung von Unternehmen

Das LkSG begründet, wie in § 3 Abs. 3 Satz 1 noch einmal ausdrücklich ausgeführt, keine zusätzliche Anspruchsgrundlagen für eine Schadensersatzhaftung. Das bedeutet allerdings nicht, dass alle Ansprüche von in ihren (Menschen-)Rechten durch Unternehmen Verletzte ausgeschlossen wären (§ 823 Abs. 1 BGB). In § 3 Abs. 3 Satz 2 LkSG wird noch einmal klargestellt, dass nach internationalem Privatrecht bestehende Ansprüche durch Satz 1 dieser Norm nicht präkludiert sind. Geschädigte können also grundsätzlich Ansprüche geltend machen, wenn sie diese auf eigenständige deliktsrechtliche Anspruchsnormen stützen können.

IV. Schadensersatzhaftung aus deliktsrechtlichen Normen?

1. Anwendbares Recht nach der Rom-II-VO

Im Regelfall bestehen zwischen deutschen Unternehmen und den Geschädigten, die für einen Vertragspartner oder ein Subunternehmen zweiten bzw. höheren Grades arbeiten, keine schuldrechtlichen Beziehungen. Überlegungen, eine Haftung aus einer sog. Sachwalterhaftung bzw. einem Vertrag zugunsten Dritter nach § 311 Abs. 3 BGB herzuleiten,[12] erscheinen gekünstelt und werden auch von denen, die sie heranziehen, im Allgemeinen im Ergebnis verneint oder doch auf Ausnahmekonstellationen beschränkt.

Für einen Geschädigten besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, ein Unternehmen wegen deliktischer Handlungen auf Schadensersatz wegen Verletzung seiner nach deutschem Recht durch § 823 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter, wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (nicht LkSG) oder in Ausnahmefällen wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB zu verklagen. Praktisch wird dies aber nur in außergewöhnlichen Fallkonstellationen möglich sein. Nach der allgemeinen deliktsrechtlichen Kollisionsnorm von Art. 4 Abs. 1 ROM II-VO müssen im Regelfall die Gerichte das Recht des Staates anwenden, in dem der Schaden eingetreten ist. Eine Ausnahme ergibt sich auch nicht aus Art. 4 Abs. 3 ROM II-VO. Hierfür wäre erforderlich, dass der Fall eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat hat als zu dem Staat, in dem der Schadenserfolg eintritt. Dies ist aber in den typischen Fallgestaltungen bei Verletzungen der Menschenrechte oder von Vorschriften zum Schutz der Umwelt im Rahmen einer Lieferkette nicht der Fall. Der Schadenserfolg, etwa bei Großbränden in Textilfabriken oder Schädigungen durch verwendete Chemikalien etc, tritt in der Praxis auf der Ebene der vorgeschalteten Glieder der Lieferketten, also in den Staaten ein, in denen die Lieferanten ansässig sind.

2. Großbrand bei Ali Enterprises in Karachi

Viel Aufsehen hat der sog. „Ali Enterprises"-Fall ausgelöst. Die angerufenen deutschen Gerichte mussten hier ausländisches Deliktsrecht einschließlich der für dieses geltenden Verjährungsvorschriften anwenden. Es ging dabei um Schadensersatzansprüche von Opfern eines Großbrandes in einer Textilfabrik im pakistanischen Karachi. In dem Unternehmen waren elementare Sicherheitsvorkehrungen außer Acht gelassen worden; die Notausgänge waren versperrt. Die Ursache des Brandes wurde jedoch niemals zweifelsfrei ermittelt. Es gibt allerdings Hinweise darauf, dass es sich um Brandstiftung im Zusammenhang mit einer Schutzgelderpressung gehandelt haben könnte.

Beklagte war das deutsche Textil-Discount-Unternehmen KiK, das „Ali Enterprises" mit der Herstellung seiner Waren zu einem Anteil von ca. 75 % auslastete. Letztlich wurde dieser Fall aber nicht einmal dem Grunde nach entschieden, weil nach den gemäß Art. 4 Abs. 1 ROM-II-VO anwendbaren Regeln des pakistanischen Deliktsrechts die Forderungen bereits verjährt waren.[13] Auch der deutsche ordre public (Art. 6 EGBGB) führte nach der Begründung des Beschlusses des OLG Hamm zu keinem anderen Ergebnis. Eine Rechtsnorm (hier die Verjährung deliktischer Ansprüche nach dem anwendbaren pakistanischen „Limitation Act") verstößt nicht allein dadurch, dass sie von der deutschen Rechtslage abweicht, gegen den deutschen ordre public, sondern nur dann, wenn das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zum Grundgedanken der deutschen Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellen in so starkem Widerspruch steht, dass es nach inländischer Vorstellung untragbar erscheint.[14] Dies musste im vorliegenden Fall verneint werden.

Grundsätzlich sind aber deliktische Ansprüche durchaus denkbar und durch das LkSG auch nicht ausgeschlossen. Im Allgemeinen dürfte es sich um seltene Fallkonstellationen handeln, bei denen auf Seiten des deutschen Unternehmens Kenntnis oder Billigung der menschen- oder umweltrechtlichen Gefährdungslage vorliegt. Ein solches Grenzgebiet wären in der Praxis Fälle, in denen ein Unternehmen vorsätzlich seine Augen vor klaren Anhaltspunkten oder Warnsignalen hinsichtlich einer Gefährdungslage für Menschenrechte oder Umweltschädigungen entlang seiner Lieferkette verschließt.

3. Prozessstandschaft nach § 11 LkSG

Es liegt auf der Hand, dass die Geltendmachung von Ansprüchen durch Geschädigte in einer fremden Jurisdiktion auf erhebliche Schwierigkeiten, praktischer und finanzieller Art stößt. Hier will der Gesetzgeber des LkSG Abhilfe schaffen und erlaubt ausdrücklich die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen nach § 11 LkSG im Wege der Prozessstandschaft durch Gewerkschaften und Nicht-Regierungsorganisationen. Um einer Kommerzialisierung bei der Wahrnehmung dieser Prozessstandschaft vorzubeugen, ist Voraussetzung, dass die fragliche NGO nach ihrer Satzung sich nicht gewerbsmäßig und auch nicht nur

12 Bspw. Stellungnahme Juette-Overmeyer, Deutscher Bundestag, Ausschuss für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Ausschussdrs. 18(19)201 zur öffentlichen Anhörung vom 22.5.2015, 6.
13 OlG Hamm NJW 2019, 3527 = IWRZ 2019, 230 mAnm. *Piltz*.
14 BGH NJW 1992, 3096 (3098).

ad hoc für die Realisierung aktuell verletzter Menschenrechte einsetzt

V. Obliegenheitsverletzungen und Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge

Bei den Arbeiten an dem „Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte" der Bundesregierung wurde seinerzeit als Mittelweg zwischen strafbewehrten, haftungsbegründenden Vorschriften und der Freiwilligkeit, der Obliegenheitsgedanke eingeführt. Unternehmen, die sich nicht an die menschenrechtliche *due diligence* halten, sollten von Instrumenten der Außenwirtschaftsförderung oder von öffentlichen Ausschreibungen ausgeschlossen werden. Systematisch hat der Gesetzgeber des LkSG diesen Weg allerdings nicht gewählt. Übriggeblieben ist jedoch der § 22 des LkSG, der den Ausschluss von Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge vorsieht. Allerdings greift dieser Ausschluss nur, wenn ein Verstoß gegen die in § 22 LkSG genannten Vorschriften rechtskräftig festgestellt wurde. Eine inzidente Prüfung innerhalb des Vergabeverfahrens ist somit nicht vorgesehen.

VI. Weitergehende europäische Regelungen in Vorbereitung

Das LkSG ist gegenwärtig wohl das am breitesten angelegte, verbindliche, rechtsfolgenbewehrte Regelwerk für menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten entlang der Lieferkette weltweit.

Es ist mit seiner stark ausdifferenzierten *due diligence* umfassender als das französische *loi de vigilance*[15], das sich stark auf die Pflicht zur Erstellung eines Plans für menschenrechtliche Sorgfaltspflicht konzentriert, der durch gerichtliche Zwangsgelder durchgesetzt werden kann.

Weitere zivilrechtliche Rechtsfolgen sind zwar möglich, aber durch eine schwierige doppelte Kausalität gebremst. Diese sieht vor, dass der entstandene Schaden durch Einhaltung der Berichtspflichten abgewandt hätte werden können und verlagt eine direkte Kausalität zwischen der Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht und dem entsprechenden Schaden. Das geht weit und beschränkt die praktischen Auswirkungen auf randständige Sonderkonstellationen. Es verwundert kaum, dass bisher in Frankreich noch keine zivilrechtliche Klage auf Schadensersatz erhoben worden ist.[16]

Weiterhin gibt es sektorale oder thematisch begrenzte Regelwerke, wie den UK Modern Slavery Act 2015[17], das niederländische Gesetz zu Sorgfaltspflicht bezüglich Kinderarbeit[18], die EU-VO zu Konfliktmineralien[19] oder den Dodd-Frank Act.[20]

Es steht zu erwarten, dass die Entwicklung hier nicht Halt macht. Auf europäischer Ebene wurde aus den Reihen des Parlaments der Vorschlag für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen lanciert. Diese verpflichtet die Mitgliedsstaaten zur Umsetzung von *due diligence*-Regelungen bezüglich verpflichtender Menschenrechtsnormen, Umweltregeln und Grundsätzen der guten Regierungsführung. Sowohl was den Umfang einer so gestalteten *due diligence* als auch was die Sanktionen angeht, geht dieser Richtlinienentwurf über die Regelungen des LkSG hinaus. Allerdings dürfte es im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch zu erheblichen Änderungen kommen. Es steht zu erwarten, dass die Richtlinie 2022 verabschiedet und 2023 in Kraft tritt.

Des Weiteren wird man auch auf die Entwicklungen rund um die EU-Finanzstrategie achten müssen. Neue Anforderungen an das sog. Non-Financial Reporting, insbesondere der Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der Corporate Sustainability Reporting Directive (CSR-Richtlinie) und die neue EU Taxonomy dürften ebenfalls Auswirkungen auf den Umfang der anzuwendenden unternehmerischen Sorgfaltspflichten entwickeln.

VII. Kontrolle und Durchsetzung

Die Kontrolle und Umsetzung der durch das LkSG statuierten Sorgfaltspflichten obliegt nach § 19 LkSG im Wesentlichen dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle. Es unterliegt bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie.

VIII. Handlungsbedarf bei Unternehmen und Beratungsdienstleistungen

1. Wer ist im Unternehmen verantwortlich?

Das Compliance Management, das bei den Normadressaten des LkSG in der einen oder anderen Form bereits vorhanden sein sollte, muss um Nachhaltigkeits- und Menschenrechtsgesichtspunkte in der Lieferkette erweitert werden.[21] Hierfür bedarf es zunächst gemäß § 4 Abs. 3 LkSG einer Festlegung, wer für die Überwachung des Risikomanagements zuständig ist. Dies kann eine Einzelperson, wie ein im Gesetz erwähnter Menschenrechtsbeauftragter sein. Im Regelfall dürfte es jedoch am zweckmäßigsten sein, die Abteilung, die bereits mit der Einhaltung der generellen Compliance-Regeln befasst ist, und die im Regelfall auch für die nicht-finanzielle Berichterstattung zuständig ist, mit dieser neuen Aufgabe zu betrauen. Mindestens einmal jährlich ist die Geschäftsleitung verpflich-

15 Loi n° 2017–399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.
16 *Buchman* IWRZ 2021, 73 f.
17 Modern Slavery Act 2015 c.30, abrufbar unter legislation.gov.uk / ukpga/2015/30 section/2.
18 Wet Zorgplicht Kinderarbeid, Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, 2019, 401.
19 EU-Verordnung zu Konfliktmineralien, EU-VO 2017/821.
20 US Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Publ. Law 111–203, Sec 1502; 15 U.S.C. § 78 m (p)(1)(A).
21 *Rafsenjani/Klindt*, „Das neue Sorgfaltspflichtengesetz (Lieferkettengesetz)", abrufbar unter noerr.com/de/newsroom/news/ das–neue-sorgfaltspflichtengesetz-Lieferkettengesetz v. 16.2.2021 (zuletzt abgerufen am 25.7.2021).

tet, sich über die Arbeit der beauftragten Stelle nach § 4 Abs. 3 LkSG zu informieren.

2. Risikoanalyse und Monitoring als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt für Maßnahmen der Lieferkettensorgfalt bildet nach § 5 LkSG die Risikoanalyse, dh die Kenntnis der Auswirkungen der unternehmerischen Tätigkeit auf all die Menschen, die mit den unternehmerischen Aktivitäten, den Produkten oder Dienstleistungen eines Unternehmens verbunden sind. Unternehmen sind daher auch verpflichtet, sich der nicht-finanziellen Aspekte ihrer Beschaffungsprozesse bewusst zu werden. Dabei geht es vor allem um die Struktur und Verantwortlichkeiten beim unmittelbaren Zulieferer[22], aber auch um die spezielle Situation von Personengruppen, die spezifischen Risiken der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens ausgesetzt sind. Dabei muss vor allem das Augenmerk auf die politischen Rahmenbedingungen und auf vulnerable Gruppen gerichtet werden, die in besonderer Weise gegenüber solchen Risiken exponiert sind, die kausal auf die Unternehmenstätigkeit zurückzuführen sind. Eine entsprechende Analyse kann in Form eines Risikomappings erstellt werden. Hierfür soll nach der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 5 Abs. 1 LkSG auch externes Wissen, also Beratungsdienstleistungen, herangezogen werden.

3. Der Verhaltenskodex als Herzstück der due diligence

Gemäß § 6 LkSG hat ein Unternehmen, sofern im Rahmen der Risikoanalyse menschenrechtliche Risiken erkennbar, auf Leitungsebene eine Grundsatzerklärung zu verabschieden. Sie muss drei Elemente enthalten: 1. die Verfahrensgrundsätze des betrieblichen Risikomanagements, 2. eine Priorisierung der für das konkrete Unternehmen wichtigsten relevanten menschenrechtlichen und umweltrechtlichen Risiken, schließlich – 3. – auch konkretisierte Erwartungen an die Beschäftigten des eigenen Unternehmens und die Zulieferer. Auf diese Weise werden die Sorgfaltspflichten des Unternehmens an die konkreten Akteure durchgereicht und letzten Endes auch sanktionsbewehrt.

Innerhalb der eigenen Betriebsorganisation wäre eine Verletzung der in der Grundsatzerklärung festgelegten Pflichten ein Verstoß gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten und würde im Extremfall eine Entlassung rechtfertigen. Anders liegt der Fall bei den externen Beziehungen, also den vorgeschalteten Gliedern der Lieferkette. Hier bedarf es zunächst einer Revision des Vertragswesens: Die menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten der im LkSG aufgeführten Normen müssen an die Zulieferer weitergereicht werden, etwa durch AGB. Da es sich bei den vom LkSG erfassten Unternehmen um solche mit einer nicht unerheblichen Marktmacht handelt, dürften sich solche AGB im Regelfall durchsetzen lassen.

Sollte dies nicht der Fall sein und ein erkennbares menschenrechtliches oder umweltbezogenes Risiko bestehen, müsste das fragliche Unternehmen auf eine solche Bezugsquelle verzichten. An dieser Stelle sind allerdings Grenzfälle und Grauzonen zu erwarten. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Internationalen Rohstoffmärkte, bei denen der Einfluss eines einzelnen, aber auch eines größeren Unternehmens, auf die Lieferketten und ihre Strukturen beschränkt ist. Zertifizierte Kontrakte wären dann ein gangbarer, aber angesichts der Realitäten der Weltmärkte kaum leicht zu realisierender Weg. Falls die Grundsatzerklärung zum Teil des Beschaffungsvertrages gemacht wurde, wie dies bei vielen Unternehmen inzwischen üblich ist, wäre eine Verletzung der Sorgfaltspflichten durch den Zulieferer eine Verletzung einer Nebenpflicht aus dem entsprechenden Schuldverhältnis nach den §§ 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB. Der Lieferant wäre zum Ersatz eines daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

4. Betriebsinterne Abläufe, Prävention, Abhilfe- und Beschwerdevefahren

Weiterhin enthält das LkSG Vorschriften zu betriebsinternen Abläufen, die dem Schutz der menschenrechtlichen und umweltbezogenen Belange dienen. In § 4 Abs. 3 LkSG finden sich zwei zentrale Vorschriften. Nach Satz 1 ist die Bestellung eines Beauftragten für menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken zwingend. Die Unterlassung der Benennung eines solchen Beauftragten stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 LkSG dar, die mit einem Bußgeld gemäß § 24 Abs. 2 LkSG geahndet werden kann.

Ein weiteres zentrales Element sind Präventions- und Abhilfeverfahren, die in den §§ 6–8 LkSG ausgeführt sind. Beispiele hierfür sind Beschaffungsstrategien und Einkaufspraktiken, die identifizierte Risiken verhindern oder minimieren, risikobasierte Kontrollmaßnahmen, wie zB Stichproben zur Evaluierung der compliance eines Lieferanten. Eine weitere Komponente sind Abhilfemaßnahmen nach § 7 LkSG. Neben eigenen Maßnahmen der Unternehmen kann auch ein Zusammenschluss im Rahmen von Brancheninitiativen gewählt werden.

Bemerkenswert ist das Bemühen des Gesetzgebers einen Abbruch der Geschäftsbeziehungen als ultima ratio darzustellen, nur dann zwingend, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung einer geschützten Rechtsposition oder einer umweltbezogenen Pflicht handelt und keine milderen Mittel zur Verfügung stehen.

Betroffene Unternehmen müssen weiterhin ein Beschwerdesystem etablieren, das wirksam, unabhängig, weisungsungebunden und für die Betroffenen zugänglich ist. Auch hier kann ein Unternehmen, wenn es dies für zweckmäßiger hält, sich an einem externen Beschwerdeverfahren beteiligen, sofern dieses die og Kriterien erfüllt. Schließlich bedarf es für die erfolgreiche betriebliche Umsetzung der Lieferkettensorgfalt im Unternehmen umfangreicher Schulungen, insbesondere in der ersten Phase bis die Grundsätze der Lieferkettensorgfalt auf breiterer Basis akzeptiert und internalisiert sein werden.

22 In § 5 Abs. 1 Satz 2 LkSG findet sich die Unbeachtlichkeit von Umgehungskonstruktionen, wie zB zwischengeschalteten Sourcing agents oder Sourcing Companies, wie sie häufig in der Textilwirtschaft, aber auch in anderen Wirtschaftszweigen auftreten.

5. Berichterstattung

Der Bereich Environmental, Social and Corporate Governance (ESG) und die nichtfinanzielle Berichterstattung, die bis vor noch nicht allzu langer Zeit eine Randexistenz gefristet hatten, gewinnen zunehmend an Bedeutung. Am 11.4.2017 ist in Deutschland das Corporate Social Reporting (CSR)-Richtlinien-Umsetzungsgesetz[23] in Kraft getreten, das die CSR-Richtlinie[24] der EU in deutsches Recht umsetzt. Inzwischen arbeitet die EU-Kommission an einer zweiten Version der Richtlinie, die die Nachhaltigkeitsberichterstattung drastisch erweitern wird und bereits in der Berichtsperiode 2023 in Kraft treten soll. Die Dokumentations- und Berichtspflichten gemäß § 10 LkSG sind im Vergleich hierzu enger gefasst und beschränken sich auf den Schutzzweck des LkSG. Dennoch ergeben sich deutliche Überschneidungen zwischen der Nachhaltigkeitsberichterstattung und der Berichterstattung nach dem LkSG. Der Bericht über die Erfüllung der menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten eines Unternehmens muss mindesten vier Monate nach dem Ende des Geschäftsjahrs auf der Internetseite des Unternehmens erfolgen.

Die Kontrolle der Einhaltung des inhaltlichen Mindeststandards eines solchen Berichts unterliegt der Prüfung des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle. Aus dessen Praxis werden sich Qualitätsstandards für eine adäquate nicht-finanzielle Berichterstattung herausbilden.

Weiterführende Literatur: Zu diesem Gesetz vgl. *Beckers* ZfPW 2021, 220 ff.; *Ehmann* ZVertriebsR 2021, 205 ff.; *Helck* BB 2021, 1603 ff.; *Wagner/Ruttloff* NJW 2021, 2145 ff.; zu Vorüberlegungen *Kötz* ZEuP 2017, 283 ff.; *Fleischer/Korch* ZIP 2019, 2181 ff.; *Graf von Westphalen* ZIP 2020, 2421 ff.

Summary

In June 2021, Germany adopted after a protracted political debate the "Supply Chain Due diligence Law". From 2023 onwards larger German companies will be required to establish a "Due diligence System" to prevent and mitigate risks of human rights violations as well as environmental damage along their value chain. This article provides an overview of the legislative approach chosen by Germany, a potential forerunner of a wider European regulation. The key elements of the due diligence stipulated by the law are an effective *due diligence* organization with a responsible person at its top, an analysis of actual as well as potential risks along the supply chain of the company and a corresponding policy declaration. Preventive measures, remedial and grievance procedures have to be installed. On an annual basis the companies are obliged to report on the human rights impact of their business activities.

The law is not a toothless paper tiger. It is implemented by the Federal Office of Economics and Export Control (BAFA) which can impose severe penalties for non-compliance. Companies will have to adapt their organization to a new normal.

Tilo Klinner

23 CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, BGBl. 2017 I 802.
24 CSR-Richtlinie 2014/95/EU v. 22.10.2014.

Maximilian van der Beck*

Das intra-unionale Investitionsschutzrecht in den Händen des Bundesverfassungsgerichts

Die *Achmea*-Entscheidung des EuGH im Licht deutschen Verfassungsrechts

Das Bundesverfassungsgericht wird wohl noch in diesem Jahr ein Urteil fällen, in dem vor allem zu klären ist, ob sich die sogenannte *Achmea*-Entscheidung des EuGH (EuZW 2018, 239 = NJW 2018, 1633) im Rahmen des durch die deutsche verfassungsmäßige Ordnung Erlaubten bewegt (vgl. auch *Tilmann* IWRZ 2021, 160). Die Weichen im intra-unionalen Investitionsschutzrecht könnten hierbei neu gestellt werden. Davon soll im Folgenden die Rede sein.

* Maximilian van der Beck ist Doktorand am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau sowie LL.M. Candidate an der Università Commerciale Luigi Bocconi (Mailand).