

Corporate sustainability due diligence: der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung

Leonhard Hübner, Victor Habrich, Marc-Philippe Weller

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hübner, Leonhard, Victor Habrich, and Marc-Philippe Weller. 2022. "Corporate sustainability due diligence: der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung." *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 25 (14): 644–51.
<https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&z=NZG&b=2022&s=644&n=1>.



Professor Dr. Leonhard Hübner, Wiss. Ass. Victor Habrich und Professor Dr. Marc-Philippe Weller*

Corporate Sustainability Due Diligence

Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung

Der deutsche Gesetzgeber hat Mitte des Jahres 2021 das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) verabschiedet. Kaum ist ein Dreivierteljahr vergangen, legt die Europäische Kommission nach und veröffentlicht einen Entwurf für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit. Der folgende Beitrag unternimmt eine erste Einordnung des Richtlinienentwurfs und vergleicht ihn mit dem LkSG.

I. Hintergrund und Ziele des Richtlinienentwurfs

Am 23.2.2022 veröffentlichte die EU-Kommission ihren Entwurf für eine „Corporate Sustainability Due Diligence“-Richtlinie¹ (im Folgenden kurz: RL-Entwurf). Diesem war eine (rechtlich unverbindliche) Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.3.2021² vorausgegangen. Zu den Prioritäten der Europäischen Union, so die Kommission, gehöre ein hohes Niveau an Menschenrechts- und Umweltschutz; der EU-Aktionsplan für Menschenrechte und Demokratie 2020-2024 sowie der Europäische Green Deal legten Zeugnis davon ab.³ Dieses Ziel, welches der RL-Entwurf bündig als „sustainability“ (Nachhaltigkeit) umschreibt, könnten die Staaten aber nicht alleine erreichen. Dazu bedürfe es der Beteiligung Privater, insbesondere von Unternehmen.⁴ Diese über alle Wirtschaftsbereiche hinweg einzubeziehen sei der „Schlüssel zum Erfolg“.⁵

Ursprünglich hatte es die CSR-Richtlinie (2014)⁶ mit einem bloßen *nudging* in Gestalt der Nachhaltigkeitsberichterstattung versucht, was keine hinreichenden Erfolge gezeitigt habe.⁷ Daher soll nun nachgeschärft werden. Unternehmen, insbesondere diejenigen, die auf globale Lieferketten setzen, sollen „harte“ Rechtspflichten („Verpflichtungen“) im Sinne menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten auferlegt werden („*human rights and environmental due diligence obligations*“). Ein Ziel des Entwurfs ist es, Unternehmen für nachteilige Folgen in beiden Bereichen stärker als bisher zur Rechenschaft zu ziehen.⁸ Dabei orientiert sich der Entwurf sowohl konzeptionell als auch terminologisch stark an völkerrechtlichem *soft law*, konkret an den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (Ruggie-Principles)⁹ sowie dem thematisch einschlägigen OECD-Leitfaden^{10, 11}.

II. EU-Kompetenzgrundlage

Ein Blick auf die Kompetenzgrundlagen (Art. 50 I, II Buchst. g, 114 AEUV) zeigt deutlich, dass die Kommission nicht initiativ *agiert*, sondern auf Entwicklungen in den Mitgliedstaaten *reagiert*: In jüngerer Zeit sind zahlreiche Sorgfaltspflichten für Unternehmen bezogen auf ihre Lieferketten statuiert worden, wie in Frankreich mit der *loi de vigilance* (2017)¹² oder in Deutschland mit dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) (2021). In weiteren Mitgliedstaaten gibt es bereits konkrete Gesetzgebungsvorhaben.¹³ Der RL-Entwurf soll eine dadurch drohende Rechtszersplitterung verhindern und stattdessen mit einem einheitlichen *level playing field* Rechtssicherheit für europäische Unternehmen schaffen.¹⁴ Die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen

zielt auf die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für in der EU ansässige Gesellschaften (vgl. Art. 50 I, II Buchst. g AEUV) und die umfassende Beseitigung von Binnenmarkthindernissen (vgl. Art. 114 AEUV) ab.¹⁵ Das *level playing field* wird konsequent zu Ende gedacht, indem Drittstaaten-gesellschaften, die auf dem europäischen Markt tätig sind, ebenfalls erfasst und auf diese Weise Wettbewerbsnachteile von Unternehmen in der EU vermieden werden.¹⁶

III. Regelungsinhalte

Aufgrund des erheblichen Umfangs der Richtlinie werden im Folgenden Schlaglichter auf einige der bemerkenswerten zivilrechtlichen Entwicklungen geworfen. Das Augenmerk gilt den – im Falle ihrer Verabschiedung Umsetzungsbedarf auslösenden – Abweichungen im Vergleich zum deutschen LkSG.¹⁷

* Prof. Dr. Leonhard Hübner, MJur (Oxon), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Osnabrück. Wiss. Ass. Victor Habrich ist Doktorand am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht. Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit (Montpellier), ist Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht und Prorektor für Internationales der Universität Heidelberg.

1 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937; abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf; deutsche Textfassung: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung RL 2019/1937/EU; abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF (sämtliche Links wurden zuletzt abgerufen am 29.4.2022).

2 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 10.3.2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen (2020/2129 [INL]); abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0073&from=EN>.

3 Vgl. ErwGr 1, 2, 9, 12 RL-E.

4 ErwGr 2 RL-E.

5 Vgl. ErwGr 4 RL-E (engl. Fassung: „key to success“).

6 Die Kommission hat außerdem vor, diese zu einer umfassenden Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) auszubauen, s. deren jüngsten Vorschlag dazu COM (2021) 189.

7 Vgl. Begründung S. 4 f. RL-E.

8 Begründung S. 4 RL-E.

9 Abrufbar unter: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

10 Abrufbar unter: <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-leitfaden-fur-die-erfullung-der-sorgfaltspflicht-fur-verantwortungsvolles-unternehmerisches-handeln.pdf>.

11 ErwGr 5, 6 RL-E.

12 Ausführlich Nasse, *Loi de vigilance – Das französische Lieferkettengesetz*, 2022.

13 Dazu zählen laut der Begründung Österreich, Belgien, Dänemark, Finnland, Italien, Luxemburg und die Niederlande, S. 13 Fn. 44 RL-E.

14 „Avoid fragmentation of due diligence requirements in the single market and create legal certainty for businesses and stakeholders as regards expected behaviour and liability“, Begründung S. 3 RL-E.

15 Begründung S. 12 ff. RL-E.

16 Vgl. Begründung S. 3 RL-E.

17 Abrufbar unter: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl.&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D_1647108121211.

1. Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 2 RL-Entwurf)

Die erste Stellschraube, die der RL-Entwurf deutlich über das LkSG hinausgehend justiert, ist der persönliche Anwendungsbereich.¹⁸

a) Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten

Nach Art. 2 RL-Entwurf (*scope*) sind Adressaten erstens Unternehmen in der EU,

- die im Durchschnitt mehr als 500 Beschäftigte¹⁹ haben *und* im jeweils vorangegangenen Geschäftsjahr einen weltweiten Netto-Jahresumsatz von mehr als 150 Mio. EUR erzielten (Abs. 1 Buchst. a) oder
- die zwar (lediglich) eine Beschäftigtenschwelle von 250 *und* eine weltweite Netto-Jahresumsatz-Schwelle von (lediglich) 40 Mio. EUR überschreiten, dafür aber mindestens 50 % ihres Umsatzes in einem oder mehreren der näher bestimmten drei Hochrisikosektoren erwirtschaftet haben: (i) Textilien und Kleidung,²⁰ (ii) Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft²¹ sowie (iii) mineralische Rohstoffe²² (Abs. 1 Buchst. b).

b) Gesellschaften aus Drittstaaten

Zweitens werden Drittstaatengesellschaften erfasst, die im vorangegangenen Geschäftsjahr mehr als 150 Mio. EUR ihres weltweiten Netto-Jahresumsatzes in der Europäischen Union erwirtschaftet haben (Abs. 2 Buchst. a) *oder* die zwar eine Netto-Jahresumsatz-Schwelle in der Europäischen Union von (lediglich) 40 Mio. EUR überschreiten, dafür aber mindestens 50 % ihres weltweiten Netto-Jahresumsatzes in einem oder mehreren der in Abs. 1 Buchst. b genannten Sektoren erzielt haben (Abs. 2 Buchst. b).

c) Vergleich mit dem LkSG

Demgegenüber sieht § 1 I LkSG vor, dass ein Unternehmen seine Hauptverwaltung, seine Hauptniederlassung, seinen Verwaltungssitz, seinen satzungsmäßigen Sitz oder eine Zweigniederlassung gem. § 13 d HGB im Inland haben *und* in der Regel mindestens 3000 (ab 1.1.2024: 1000)²³ Arbeitnehmer beschäftigen muss. Daraus ergeben sich die folgenden Gemeinsamkeiten und Unterschiede:

aa) *Gemeinsamkeiten*. Gemein haben beide den *rechtsformübergreifenden* Ansatz, der sich nur in der Regelungstechnik unterscheidet, nicht aber in der Sache (§ 1 I 1 LkSG: „ungeachtet der Rechtsform“; Art. 3 Buchst. a RL-Entwurf: Definition von Unternehmen durch Verweis auf Definitionen in der Bilanz-Richtlinie sowie Sonderregelungen für beaufsichtigte Finanzunternehmen).

Außerdem beschränken sich beide nicht nur auf Unternehmen europäischer und mitgliedstaatlicher Rechtsformen, sondern erfassen unter bestimmten Voraussetzungen auch ausländische bzw. Drittstaatenunternehmen (§ 1 I LkSG: Hauptverwaltung, Hauptniederlassung, Verwaltungssitz oder Zweigniederlassung im Inland; RL-Entwurf: Art. 2 II).

bb) *Unterschiede*. Die Unterschiede bestehen in den Auswahlkriterien und Schwellenwerten sowie damit in der entscheidenden Frage, welche der europäischen oder mitgliedstaatlichen Unternehmen (§ 1 I LkSG: Satzungssitz im Inland; RL-Entwurf: Art. 2 I) betroffen sind. Während das LkSG nur die Schwellenwertkategorie der im Inland beschäftigten Arbeitnehmer kennt und für diese den Wert bei mindestens 3.000 (ab 1.1.2024: 1000) ansetzt, arbeitet der RL-Entwurf bei „eigenen“ Unternehmen (Art. 2 I RL-Entwurf) mit *drei* Schwellenwertkategorien: (1) Beschäftigte weltweit,

(2) gesamter Netto-Jahresumsatz und (3) anteiliger Netto-Jahresumsatz in sensiblen Sektoren.

Art. 1 I Buchst. a RL-Entwurf erfasst zunächst die „großen“ Unternehmen, solche mit (1) mehr als 500 Beschäftigten weltweit und (2) mehr als 150 Mio. EUR Netto-Jahresumsatz. Nach Einschätzung der Kommission sollen damit immerhin 9.400 Unternehmen erfasst werden.²⁴

„Kleinere“ Unternehmen, die (1) (lediglich) mehr als 250 Beschäftigte weltweit haben und (2) (lediglich) einen Netto-Jahresumsatz von 40 Mio. EUR überschreiten, müssen gem. Art. 1 I Buchst. b RL-Entwurf zusätzlich einen dritten Schwellenwert überschreiten, um in den Anwendungsbereich zu fallen: (3) Sie müssen mindestens 50 % ihres Umsatzes in einem oder mehreren der drei genannten Hochrisikosektoren („*high risk* bzw. *high impact sectors*“) erzielt haben. Damit sollen nur diejenigen Unternehmen erfasst werden, die in Wirtschaftssektoren tätig sind, die typischerweise besonders sensibel für Menschenrechts- und Umweltbelange sind.²⁵ Insgesamt sollen in diese Gruppe 3400 Unternehmen fallen.²⁶ Die Kommission möchte mit dieser Fokussierung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen und nur „einschlägigen“ Unternehmen die Kosten für die Implementierung der Pflichten aus der Richtlinie zumuten.

Die Unterscheidung im Anwendungsbereich korreliert überdies mit einer Absenkung des Umfangs der auferlegten Sorgfaltspflichten für die „kleineren Unternehmen“ und Drittstaaten-Gesellschaften.²⁷ Außerdem haben jene nach Art. 30 I RL-Entwurf (*transposition*) zwei Jahre länger Zeit, um sich auf die neuen Sorgfaltspflichten einzustellen als die „großen“ Unternehmen.

d) Stellungnahme

aa) *Kritik an den „relativen“ Schwellenwerten*. Während die sektorenspezifische Unterscheidung bei den „kleineren“ Unternehmen im Sinne eines risikobasierten Ansatzes im Grundsatz sinnvoll ist, ist die dieser Unterscheidung zugrunde gelegte *relative* Regelungsweise zu kritisieren. Denn sie wird voraussichtlich in der Wirtschaft ein „Gefühl der Ungerechtigkeit“ bei einigen der erfassten kleineren Unterneh-

18 Zum Adressatenkreis des LkSG Nietsch/Wiedmann NJW 2022, 1 (1 ff.); vgl. auch Hübner, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, 2022, S. 397 ff.

19 Zur Berechnung der Anzahl der Arbeitnehmer verhält sich Art. 2 III RL-E.

20 „Herstellung von Textilien, Leder und verwandten Erzeugnissen (einschließlich Schuhe) sowie Großhandel mit Textilien, Bekleidung und Schuhen“.

21 „Landwirtschaft, Forstwirtschaft, Fischerei (einschließlich Aquakultur), Herstellung von Lebensmittelprodukten und Großhandel mit landwirtschaftlichen Rohstoffen, lebenden Tieren, Holz, Lebensmitteln und Getränken“.

22 „Gewinnung mineralischer Ressourcen unabhängig davon, wo sie gewonnen werden (einschließlich Rohöl, Erdgas, Steinkohle, Braunkohle, Metalle und Metallerze sowie aller anderen, nichtmetallischen Mineralien und Steinbruchprodukte), Herstellung von Grundmetallerzeugnissen, sonstigen Erzeugnissen aus nichtmetallischen Mineralien und Metallerzeugnissen (ausgenommen Maschinen und Ausrüstungen) sowie Großhandel mit mineralischen Rohstoffen, mineralischen Grunderzeugnissen und Zwischenerzeugnissen (einschließlich Metalle und Metallerze, Baustoffe, Brennstoffe, Chemikalien und andere Zwischenprodukte)“.

23 Bei der Berechnung ist die Zurechnungsnorm des § 1 III LkSG zu berücksichtigen.

24 Begründung S. 20 Fn. 62 RL-E.

25 Begründung S. 18 RL-E unter der Zwischenüberschrift Verhältnismäßigkeit: „Die Belastung für Unternehmen, die sich aus den Befolgungskosten ergibt, wurde an die Größe des Unternehmens, die ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen und das Risikoprofil angepasst.“

26 Begründung S. 20 Fn. 62 RL-E.

27 Siehe infra 2. b.

men hervorgerufen. Dies soll anhand eines fiktiven Beispiels illustriert werden: Zwei EU-Gesellschaften sind jeweils ua im Textil-Geschäft aktiv und haben mehr als 250 Beschäftigte. Das erste erzielt einen Gesamtumsatz von 41 Mio. EUR, davon 21 Mio. EUR im Textilgeschäft und 20 Mio. EUR in nicht-sensiblen Sektoren. Diese Gesellschaft fällt in den Anwendungsbereich des RL-Entwurfs. Das zweite Unternehmen erzielt einen Gesamtumsatz von 140 Mio. EUR, davon 69 Mio. EUR im Textil-Geschäft und im Übrigen noch 71 Mio. EUR in nicht-sensiblen Sektoren. Dieses fällt nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, obwohl es sowohl insgesamt als auch allein im Textilgeschäft mehr als das 3-fache des ersten Unternehmens umsetzt. Ein Grund dafür, dass ein Unternehmen, das zusätzlich in nicht-sensiblen Sektoren tätig ist, privilegiert werden soll, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil ist es gerade diesen grundsätzlich eher möglich, die Kosten der Implementierung zu stemmen, da sie die Möglichkeit zur unternehmensinternen „Quersubventionierung“ haben.

Besser wäre es daher, eine *absolute* Schwelle für Umsätze in sensiblen Sektoren aufzustellen.

bb) *Gelungene Einbeziehung von Drittstaatengesellschaften.* Ausländische Unternehmen erfasst das LkSG, das als kumulative Voraussetzung stets die Beschäftigung von mindestens 3.000 bzw. (ab 1.1.2024) 1000 Arbeitnehmern im Inland (!) verlangt, nur recht wenige. Die – selbst intensive – Tätigkeit auf dem deutschen Absatzmarkt reicht für sich genommen nicht aus, um in den persönlichen Anwendungsbereich des LkSG zu fallen; vielmehr muss auch verstärkt der deutsche Arbeitsmarkt in Anspruch genommen werden. Mithin drohen Wettbewerbsnachteile für inländische Unternehmen mit typischerweise vielen Inlandsbeschäftigten, die im Gegensatz zu ausländischen Unternehmen die Implementierungskosten des LkSG zu tragen haben.

Dieser Wettbewerbsverzerrung begegnet der europäische RL-Entwurf, indem er mit Art. 2 II Drittstaatengesellschaften gezielt erfasst.²⁸ Nach Art. 2 II Buchst. a RL-E fallen zunächst „große“ Drittstaatengesellschaften in seinen Anwendungsbereich: solche, die unabhängig von der Zahl der Beschäftigten mehr als 150 Mio. EUR Netto-Jahresumsatz in der EU erzielen.²⁹ Dies schafft das oben beschriebene konsequente *level playing field* und stellt zugleich als territoriale Anknüpfung den völkerrechtlich notwendigen Inlandsbezug her.³⁰ Nach Einschätzung der Kommission sollen damit 2.600 Unternehmen erfasst werden.³¹

Für „kleinere“ Drittstaatengesellschaften, die zwischen 40 und 150 Mio. EUR Umsatz in der Union erzielen, kommt es gem. Art. 2 II Buchst. b RL-Entwurf in Parallele zum Regelungsmechanismus bei den „kleineren“ EU-Gesellschaften zum Hinzutreten einer sektorspezifischen Umsatzschwelle: Sie müssen mindestens 50 % ihres weltweiten Netto-Jahresumsatzes in einem oder mehreren sensiblen Sektoren erwirtschaftet haben. Hierdurch sollen nach Einschätzung der Kommission weitere 1400 Unternehmen erfasst werden.³²

Summa summarum ist der persönliche Anwendungsbereich des RL-Entwurfs deutlich weiter als der des LkSG. Während letzterer schätzungsweise nur 0,1 % der Unternehmen in Deutschland erfasst,³³ soll der Richtlinien-Entwurf, der verstärkt auch Drittstaatengesellschaften anspricht, demgegenüber 1 % erfassen.³⁴ Von dem eher idealistischen Leitprinzip 14 UNGP („*the responsibility of business enterprises to respect human rights applies to all enterprises regardless of their size, sector (etc.)*“) ist man damit zwar noch weit ent-

fernt. Vom LkSG zum RL-Entwurf ist es nichtsdestotrotz – bereits numerisch – ein großer Sprung.

2. Die Due Diligence als Herzstück der Corporate Sustainability (Art. 4 ff. RL-Entwurf)

Herzstück der mit der Richtlinie intendierten Nachhaltigkeitssteigerung im Unternehmensbereich sind die Due Diligence-Pflichten. Diese werden in den Art. 5-11 RL-Entwurf im Einzelnen aufgefächert. Vorneweg enthält Art. 4 RL-Entwurf – genauso wie § 3 LkSG – eine Art „Servicenorm“, welche die verschiedenen Sorgfaltspflichten im Überblick auflistet und insofern der Rechtsklarheit dient.

a) Die einzelnen Sorgfaltspflichten zum Menschenrechts- und Umweltschutz

Ihrem Inhalt nach orientieren sich die einzelnen Sorgfaltspflichten zum Menschenrechts- und Umweltschutz stark an den UN- sowie den OECD-Leitprinzipien und entsprechen im Wesentlichen den Sorgfaltspflichten des LkSG:³⁵

- Einbeziehung der Sorgfaltspflicht in die Unternehmenspolitik (Art. 5 RL-Entwurf) entspricht der Einrichtung eines Risikomanagements (§ 4 I LkSG).³⁶
- Ermittlung tatsächlicher und potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 6 RL-Entwurf) deckt sich mit der Risikoanalyse (§ 5 LkSG).³⁷
- Vermeidung potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 7 RL-Entwurf) korrespondiert mit den Präventionsmaßnahmen (§ 6 LkSG).³⁸
- Behebung tatsächlicher negativer Auswirkungen (Art. 8 RL-Entwurf) spiegelt die Abhilfemaßnahmen (§ 7 LkSG).³⁹
- Das Beschwerdeverfahren (Art. 8 RL-Entwurf) ist ebenfalls bekannt (§ 8 LkSG).⁴⁰
- Die Überwachung (Art. 10 RL-Entwurf) findet ihr Pendant in der Risikomanagement-Überwachung (§ 4 III LkSG).⁴¹
- Und schließlich ist die Kommunikation (Art. 11 RL-Entwurf) mit der Berichtspflicht (§ 10 II-IV LkSG) vergleichbar.⁴²

b) Rechtsnatur: Bemühenspflichten

Gemein haben die Sorgfaltspflichten des RL-Entwurfs mit denen des LkSG, dass sie keine Erfolgs-, sondern bloße Bemühenspflichten sind (ErwGr 15: „Mittelverpflichtungen“

28 In dieser Hinsicht liegt der RL-E auf einer Linie mit dem UK Modern Slavery Act und dem niederländischen allgemeinen sowie dem speziell gegen Kinderarbeit gerichteten Sorgfaltspflichtengesetz; diese erfassen nämlich ebenfalls umfassend Drittstaatengesellschaften Krebs ZUR 2021, 394 (396).

29 Begründet wird das Nichtabstellen auf die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer in der Begründung auf S. 20 RL-E wie folgt: „wohingegen eine solche Methode für die Berechnung der Zahl der Beschäftigten von Unternehmen aus Drittländern nicht existiert. Die Erfahrungen mit dem französischen Gesetz zur Regelung der Sorgfaltspflicht zeigen, dass in Ermangelung einer gemeinsamen Definition des Begriffs 'Beschäftigte' die Zahl der Beschäftigten (weltweit) schwer zu berechnen ist, was die Bestimmung der Drittlandunternehmen behindert, die in den Anwendungsbereich fallen, und somit eine wirksame Durchsetzung der Vorschriften verhindert.“

30 Begründung S. 19 f. RL-E.

31 Begründung S. 20 Fn. 63 RL-E.

32 Begründung S. 20 Fn. 63 RL-E.

33 So die Schätzung von Kieninger ZfPW 2021, 252 (253).

34 So die Einschätzung der EU-Kommission, Begründung S. 18 RL-E.

35 Auf die Unterschiede im Detail kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden; vgl. zum Inhalt der Sorgfaltspflicht auch Hübner Unternehmenshaftung S. 402 ff.

36 Vgl. Leitprinzip 15 UNGP; Schritt 1 OECD-Leitprinzipien.

37 Vgl. Leitprinzip 18 UNGP; Schritt 2 OECD-Leitprinzipien.

38 Vgl. Leitprinzipien 13 (b), 15 (b), 17, 19, 24 UNGP; Schritt 3 OECD-Leitprinzipien.

39 Vgl. Leitprinzip 22 UNGP; Schritt 6 OECD-Leitprinzipien.

40 Vgl. Leitprinzipien 28 ff. UNGP; Bestandteil von Schritt 6 OECD-Leitprinzipien.

41 Vgl. Leitprinzip 21 UNGP; Schritt 4 OECD-Leitprinzipien.

42 Vgl. Leitprinzip 21 UNGP; Schritt 4 OECD-Leitprinzipien.

oder engl. „obligations of means“).⁴³ Die betroffenen Unternehmen sind damit nicht verpflichtet, zu garantieren, dass niemals negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt geschehen oder immer gestoppt werden; sie unterliegen keiner Erfolgsverhinderungspflicht. Vielmehr müssen sie sich bemühen, in Bezug auf die negativen Auswirkungen „geeignete Maßnahmen“⁴⁴ zu ergreifen (Identifikation, Prävention, Abhilfe etc.).⁴⁵

Dabei besteht ein Zwei-Klassen-Pflichtensystem, wie schon bei den Ausführungen zum persönlichen Anwendungsbereich angedeutet wurde. „Kleine“ EU-Gesellschaften (iSv Art. 2 I Buchst. b RL-E) sowie „kleine“ Drittstaatengesellschaften (iSv Art. 2 II Buchst. b RL-E) müssen im Gegensatz zu den „großen“ Unternehmen (iSv Art. 2 I Buchst. a, II Buchst. a RL-E) lediglich „schwerwiegende“ negative Auswirkungen identifizieren (Art. 6 II RL-E), diesbezüglich Präventionsmaßnahmen ergreifen (Art. 7 I iVm Art. 6 II RL-E) und Abhilfe schaffen (Art. 8 I iVm Art. 6 II RL-E). Der RL-E begründet diese Unterscheidung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁴⁶

c) Kenntnisfiktion bei hinreichend substantiierten Beschwerden (Art. 9 III 2 RL-Entwurf)

Potenzielle Opfer und NGOs sind befugt, dem Unternehmen berechnete Bedenken hinsichtlich tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt in einem zu etablierenden unternehmensinternen Beschwerdeverfahren anzuzeigen (Art. 9 I und II RL-Entwurf). Dabei enthält Art. 9 III 2 RL-Entwurf eine wirkmächtige „Kenntnisfiktion“, die dem LkSG fremd ist und die wohl auf eine Art strenge Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen hinausläuft: Wird eine begründete („well-founded“) Beschwerde beim Unternehmen eingereicht, gilt die negative Auswirkung, die Gegenstand der Beschwerde ist, als iSv Art. 6 RL-Entwurf ermittelt. Dies hat zur Folge, dass das betroffene Unternehmen, wenn es keine positive Kenntnis von dieser negativen Auswirkung hat und selbst bei Erfüllung der eigenen Identifizierungspflichten (Art. 6 RL-Entwurf) von diesem keine Kenntnis erlangt hätte, Präventions- und Abhilfepflichten zu treffen hat (Art. 7, 8 RL-Entwurf), deren Verletzung, wie noch zu sehen sein wird, haftungsbewehrt ist (Art. 22 I RL-Entwurf).

Noch klärungsbedürftig erscheint allerdings, wer über die hinreichende Begründung der Beschwerde entscheidet: Handelt es sich um subjektives Verständnis, wonach die Entscheidung über die hinreichende Begründung bei der Gesellschaft liegt? Oder ist die Norm objektiv zu verstehen, so dass es nicht auf die Sicht der Gesellschaft, sondern auf die Sicht eines unparteiischen Dritten wie ein Gericht ankommt? Eine besondere Schlagkraft entfaltet die Regelung im ersten Fall, da sie die Unternehmen noch stärker zu einer sorgfältigen Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens zwingt. An dieser Stelle sollte der Text des RL-Entwurfs noch klarer gefasst werden.

d) Einbeziehung des Klimaschutzes (Art. 15 RL-Entwurf)

Eine bisher so nicht bekannte Verknüpfung von Menschenrechts- und Klimaschutz findet sich in Art. 15 I RL-Entwurf („Eindämmung des Klimawandels“). „Große“ Unternehmen (iSv Art. 2 I Buchst. a, II Buchst. a RL-E) müssen „einen Plan festlegen, mit dem sie sicherstellen, dass das Geschäftsmodell und die Strategie des Unternehmens mit dem Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft und der Begrenzung der Erderwärmung auf 1,5 C gemäß dem Übereinkommen von Paris vereinbar sind. In diesem Plan wird insbesondere auf der

Grundlage von Informationen, die dem Unternehmen vernünftigerweise zur Verfügung stehen, ermittelt, inwieweit der Klimawandel ein Risiko für die Unternehmenstätigkeit darstellt bzw. sich darauf auswirkt.“

Dogmatisch handelt es sich um eine weitere Sorgfaltspflicht, die einen besonderen Schwerpunkt auf den Klimaschutz setzt und als Verschärfung der allgemeinen Sorgfaltspflichten bezüglich negativer Auswirkungen auf die Umwelt angesehen werden kann. Sie geht über das lieferkettenbezogene, klassische menschenrechtliche Sorgfaltspflichtenkonzept der Ruggie-Principles hinaus. Deswegen und wegen ihrer besonderen Rechtsfolgen (Koppelung an die variablen Bestandteile der Geschäftsleitervergütung, Art. 15 III RL-E) ist die Klimasorgfaltspflicht nicht im Abschnitt der sonstigen Sorgfaltspflichten normiert (vgl. Art. 4 RL-E).

Unternehmen sollen mit Blick auf die CO₂-Reduktion so gestellt werden, als wären sie selbst Vertragspartei des zwischenstaatlichen Pariser Klimaabkommens (2015). Sie werden dazu angehalten, ihr Geschäftsmodell so zu transformieren, dass es das 1,5 Grad Limit einzuhalten hilft.

e) Reichweite der Sorgfaltspflichten

Was den wichtigen Punkt der Reichweite der Sorgfaltspflichten⁴⁷ anbelangt, zeigen sich bedeutende Unterschiede zwischen dem LkSG und dem RL-Entwurf. Das LkSG begrenzt die Reichweite der Sorgfaltspflichten: Neben dem eigenen Geschäftsbereich des Unternehmens⁴⁸ wird grundsätzlich „nur“ die unmittelbare Zuliefererebene (so genanntes Tier 1-Prinzip) in das Sorgfaltspflichtenkonzept miteinbezogen. Hingegen sind mittelbare Zulieferer (§ 2 VIII LkSG) nach § 9 III LkSG nur ausnahmsweise dann miteinbezogen, wenn dem Unternehmen tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die eine Verletzung einer menschenrechts- oder umweltbezogenen Pflicht möglich erscheinen lassen (substantiierte Kenntnis).⁴⁹

Demgegenüber geht der RL-Entwurf deutlich weiter und nähert sich der Entschließung des Parlaments an, die grundsätzlich die Erfassung der gesamten Lieferkette vorschlug („entire value chain“).⁵⁰ Der RL-Entwurf erfasst zunächst die eigenen Tätigkeiten eines Unternehmens (*own operations*) und diejenigen von Tochterunternehmen (*subsidiaries*), vgl. Art. 1 I, 6 I RL-Entwurf.⁵¹ Darüber hinaus inkludiert er

43 Zu menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten als bloße Bemühenspflichten Hübner NZG 2020, 1411 (1415 f.).

44 Definiert in Art. 3 Buchst. q RL-E.

45 Vgl. ErwGr 15 RL-E.

46 Vgl. die Nennung unter Verhältnismäßigkeit in der Begründung S. 18 RL-E sowie ErwGr 31 RL-E: „Um eine unzumutbare Belastung kleinerer Unternehmen, die in Branchen mit hohem Schadenspotenzial tätig sind und von dieser Richtlinie erfasst werden, zu vermeiden, sollten diese Unternehmen nur verpflichtet sein, jene tatsächlichen oder potenziellen schwerwiegenden negativen Auswirkungen zu ermitteln, die für die jeweilige Branche relevant sind.“

47 Vgl. auch Hübner Unternehmenshaftung S. 413 ff.

48 Dem eigenen Geschäftsbereich werden nach § 2 VI LkSG bei Konzern-Obergesellschaften auch die Geschäftsbereiche der konzernangehörigen Tochtergesellschaften zugerechnet (sofern die Obergesellschaft ihren bestimmenden Einfluss ausübt).

49 Grabosch/Grabosch Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 2021, § 2 Rn. 97 ff.

50 Vgl. Art. 1 I der Entschließung des Parlaments sowie ausdrücklich deren ErwGr 29: „In order to be effective, undertakings' due diligence obligations should encompass the entire value chain [...]“

51 Letztere rechnet das LkSG terminologisch über § 2 VI LkSG dem „eigenen“ Geschäftsbereich der Obergesellschaft zu; außerdem ist der Begriff „Tochterunternehmen“ weiter als derjenige der Tochtergesellschaften iSv § 2 VI LkSG, vgl. Art. 3 Buchst. d RL-E iVm Art. 2 I Buchst. f RL 2004/109/EG (Transparenz-Richtlinie).

aber alle etablierten Geschäftsbeziehungen (*established business relationships*), vgl. Art. 1 I, 6 I RL-Entwurf.

Eine „Geschäftsbeziehung“ besteht in Anlehnung an Leitprinzip 13 UNGP⁵² für das jeweilige Unternehmen – verkürzt gesprochen – zu allen Rechtssubjekten „seiner“ Wertschöpfungskette.⁵³ Eine unmittelbare vertragliche Beziehung ist, wie aus Art. 3 Buchst. e RL-Entwurf⁵⁴ ersichtlich ist, gerade nicht erforderlich. Mit dem Adjektiv „etabliert“ wird dann aber eine – eher überschaubare – Einschränkung der Reichweite der Sorgfaltspflichten vorgenommen. Diese Wortwahl erinnert an die „*relation commerciale établie*“ aus dem französischen Handelsrecht, die der französische Gesetzgeber ebenfalls in seinem *loi de vigilance* verwendet hat.⁵⁵ „Etabliert“ im Sinne des RL-E ist eine Geschäftsbeziehung nach Art. 3 Buchst. f RL-E, wenn sie zum einen „beständig“ ist „in Anbetracht ihrer Intensität oder Dauer“ (Beständigkeitsfilter) und zum anderen „keinen unbedeutenden oder lediglich untergeordneten Teil der Wertschöpfungskette darstellt“ (Erheblichkeitsfilter). Praktisch bedeutsam ist, dass etablierte Geschäftsbeziehungen ausdrücklich direkt oder indirekt sein können (Art. 3 Buchst. f. RL-E), also auch zu mittelbaren Zulieferern bestehen können.

Dagegen gilt der Beständigkeits- sowie der Erheblichkeitsfilter des RL-Entwurfs gegenüber allen etablierten Geschäftsbeziehungen und damit auch gegenüber unmittelbaren Zulieferern. Insofern ist das LkSG, das diese Einschränkung nicht kennt, weitreichender bei der Erfassung von unmittelbaren Zulieferern als der RL-Entwurf.

3. Durchsetzung der Sorgfaltspflichten

a) Smart mix aus public und private enforcement

Im Unterschied zum LkSG, das nur eine öffentlich-rechtliche Durchsetzung der Sorgfaltspflichten (durch das Bundesamt für Ausfuhrkontrolle) vorsieht, setzt der RL-Entwurf neben einem public enforcement (vgl. Art. 17, 18, 20 RL-Entwurf) zusätzlich auch auf ein private enforcement („Verbesserung des Zugangs zu Abhilfemaßnahmen für diejenigen, die von negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt durch unternehmerisches Verhalten betroffen sind“).⁵⁶ Der Entwurf folgt damit dem *smart mix*-Ansatz,⁵⁷ der schon in den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte angelegt ist.

b) Zivilrechtliche Haftung (Art. 22 RL-Entwurf)

Der RL-Entwurf liegt auf einer Linie mit der französischen *loi de vigilance*, die eine Deliktshaftung vorsieht.⁵⁸ Im Gegensatz dazu wurde eine solche in Art. 3 III LkSG grundsätzlich ausgeschlossen:

„Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung. Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt unberührt.“

Zwar ließe sich erwägen, die zivilrechtliche Haftung in S. 1 eng zu verstehen und im Privatrechtsverhältnis eine Durchsetzung der Sorgfaltspflichten über den Unterlassungsanspruch des § 1004 BGB analog als möglich zu erachten. Dem widerspricht aber die überwiegende Auffassung, die sich auf den Willen des Gesetzgebers beruft.⁵⁹ Folgt man dem, dürfte ein Rekurs auf die quasi-negatorische Haftung des § 1004 BGB von § 3 III 1 LkSG ebenfalls als gesperrt gelten. Was S. 2 betrifft, so ist streitig, ob das LkSG mit diesem die Tür für eine mögliche Entwicklung einer neuen Verkehrspflicht in § 823 I BGB nach allgemeinen Grundsätzen offenlässt.⁶⁰

aa) *Schadensersatz*. Eine zivilrechtliche Haftungsregel könnte aber künftig über die Richtlinie ins deutsche Recht einzug halten. So verpflichtet Art. 22 I RL-Entwurf die Mitgliedstaaten, eine Schadensersatzhaftung für Verletzungen der „kardinalen“ Sorgfaltspflichten (Prävention und Abhilfe, Art. 7, 8 RL-E) vorzusehen:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Unternehmen für Schäden haften, wenn

- a) sie die Verpflichtungen aus den Artikeln 7 und 8 nicht erfüllt haben und
- b) als Ergebnis dieses Versäumnisses negative Auswirkungen eingetreten sind, die ermittelt, vermieden, abgeschwächt, behoben oder durch angemessene Maßnahmen nach den Art. 7 und 8 minimiert hätten werden müssen und zu Schaden geführt haben.“

Legt man gedanklich das „Prüfungsschema“ des § 823 II BGB darüber, lassen sich folgende Beobachtungen anstellen: Art. 7 und 8 RL-Entwurf erscheinen in Gestalt der nationalen Umsetzungsnormen als Schutzgesetze im Sinne von 823 II BGB. Verletzungshandlung ist das Unterlassen, den Präventions- und Abhilfepflichten (Art. 7 und 8 RL-E) nachzukommen („nicht erfüllt haben“). Dabei zeigt sich in der angesprochenen Handlungsform des Unterlassens besonders eindrücklich die dogmatische Parallele der Sorgfaltspflichten zu den Verkehrssicherungspflichten im Rahmen von 823 I BGB. Sollte der Gesetzgeber keine Umsetzungsnormen (Schutzgesetze oder eigenständige Haftungsnorm) verabschieden, käme alternativ die Begründung einer Verkehrssicherungspflicht im Rahmen des § 823 I BGB im Wege der judikativen Rechtsfortbildung bzw. richtlinienkonformer Auslegung infrage.⁶¹

Unpassend könnte sich die Schablone des § 823 II BGB hingegen für die Mehrstufigkeit der Haftungsregelung des Art. 22 I RL-Entwurf erweisen: Während § 823 II BGB im haftungsbegründenden Tatbestand nur die durch das Kausalitätserfordernis verbundenen zwei Stufen der Verletzungshandlung und der Schutzgesetzverletzung kennt, sieht Art. 22 I RL-Entwurf eine zusätzliche vor: die durch die Schutzgesetzverletzung kausal hervorgerufenen negativen Auswirkungen. Möglicherweise bricht diese Zusatzstufe aber gar nicht aus der Schablone des § 823 II BGB aus, sondern lässt sich mit der etablierten dogmatischen Kategorie des Schutzzwecks der Norm im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität zwischen Verletzungshandlung und Schutzgesetzverletzung einfangen: Die Sorgfaltspflichten des RL-Entwurfs haben den Zweck, negative Auswirkungen abzuwenden – hat die Sorgfaltspflichtverletzung keine nega-

52 Kommentar zum Leitprinzip 13 UNGP: „'business relationships' are understood to include relationships with business partners, entities in its value chain, and any other non-State or State entity directly linked to its business operations, products or services.”

53 Definiert in Art. 3 Buchst. g RL-E.

54 Art. 3 Buchst. e RL-E: „'Geschäftsbeziehung' [ist] eine Beziehung zu einem Auftragnehmer, einem Unterauftragnehmer oder jedem anderen Rechtssubjekt („Partner“), i) mit denen das Unternehmen eine Geschäftsvereinbarung geschlossen hat oder denen das Unternehmen Finanzmittel, Versicherungs- oder Rückversicherungsleistungen bietet, oder ii) die für das Unternehmen oder in dessen Namen mit den Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens zusammenhängende Geschäftstätigkeiten ausüben”.

55 Dazu ausführlich Nasse, *Loi de vigilance – Das französische Lieferkettengesetz*, 2022.

56 Begründung S. 4 RL-E.

57 Dazu Hübner *Unternehmenshaftung* S. 442 ff.

58 Nasse, *Loi de vigilance – Das französische Lieferkettengesetz*, 2022.

59 Vgl. Wagner FS R. Singer, 2021, 693 ff.; ders. ZIP 2021, 1095 (1102 ff.); Rühl/Knauer JZ 2022, 105 (108).

60 Vgl. Weller/Nasse, ZGR Sonderheft 22 (2020), 107 ff.; dies. FS Ebke, 2021, 1071.

61 Weller/Nasse FS Ebke S. 1071 ff.

tiven Auswirkungen hervorgerufen, soll nach Art. 22 I RL-E auch keine Haftung bestehen.

Zu dem das deutsche Deliktsrecht kennzeichnenden Verschuldenserfordernis enthält Art. 22 I RL-Entwurf zwar keine ausdrückliche Angabe. Indes: Wurde die Verletzung der Sorgfaltspflichten aus Art. 7 und / oder 8 RL-Entwurf festgestellt, dürfte ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderliche Sorgfalt gegeben sein (vgl. § 276 II BGB). Alternativ denkbar wäre auch die Schaffung eines eigenständigen Haftungstatbestandes, so dass man nicht auf § 823 II BGB rekurrieren müsste.

bb) *Safe harbor-Regelung: Kontraktualisierung der Human Rights Due Diligence.* Die EU-Kommission kommt in Art. 22 II UAbs. 1 RL-Entwurf⁶² der weitläufigen Forderung nach einem *safe harbor* nach. Ausgeschlossen wird eine Haftung für Schäden, die durch von mittelbaren Zulieferern (indirekte Partner) verursachte negative Auswirkungen entstanden sind, sofern das Unternehmen:

- erstens, so genannte vertragliche Zusicherungen im Verhältnis zu ihrem unmittelbaren Zulieferer als (direktem) Vertragspartner vereinbart hat, worin letzterer versichert, sowohl dem Verhaltenskodex des Unternehmens nachzukommen als auch selbst im Verhältnis zu seinen eigenen Vertragspartnern vertragliche Zusicherungen zu verlangen, sofern sie Teil der Wertschöpfungskette des Unternehmens sind (so genanntes *contractual cascading*), vgl. Art. 7 II Buchst. b, 8 III Buchst. c RL-Entwurf,⁶³
- zweitens, das Unternehmen diesbezüglich geeignete Maßnahmen zur Überprüfung der Einhaltung ergriffen hat, vgl. Art. 7 IV, 8 V RL-Entwurf,⁶⁴ und
- drittens, es nicht im Einzelfall „unangemessen“ zu erwarten war, „dass die ergriffene Maßnahme [...] geeignet wäre“, Art. 22 II RL-Entwurf.

Es kommt damit gleichsam zu einer „Kontraktualisierung“ der Human Rights Due Diligence. Art. 12 RL-Entwurf gibt in diesem Zusammenhang der Kommission auf, Mustervertragsklauseln bereitzustellen, die den Unternehmen die Rechtsunsicherheit hinsichtlich des erforderlichen Inhalts der vertraglichen Zusicherungen abnehmen.

cc) *Schadenswiedergutmachung.* Eine weitere Besonderheit des vorgeschlagenen Haftungsregimes zeigt sich aus deutscher Perspektive in der Übertragung von (lediglich) aus dem öffentlich-rechtlichen Ordnungswidrigkeitenrecht (*public enforcement*) bekannten Erwägungen auf die zivilrechtliche Haftung (*private enforcement*):

„Bei der Bewertung des Vorliegens und des Umfangs eines Haftungsfalls nach diesem Absatz ist den Bemühungen des Unternehmens, insoweit diese direkt mit dem fraglichen Schaden in Verbindung stehen, bei der Erfüllung der von einer Aufsichtsbehörde geforderten Abhilfemaßnahmen, getätigten Investitionen und jeder gezielten Unterstützung nach den Art. 7 und 8 sowie einer Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen bei der Bewältigung negativer Auswirkungen in seinen Wertschöpfungsketten gebührend Rechnung zu tragen.“ (Art. 22 II UAbs. 2 RL-Entwurf).

Danach ist es also möglich, dass nachträgliche Schadenswiedergutmachungsbemühungen und die Bereitschaft zur Kooperation mit staatlichen Behörden die zivilrechtliche Haftung „rückwirkend“ entfallen lässt oder zumindest minimiert. Dies führt zu einem dogmatischen Durcheinander und lässt die Ausgleichsfunktion zivilrechtlicher Haftung in den Hintergrund treten.

dd) *Beweislast.* Zuletzt sei noch auf die zivilhaftungsrechtliche Gretchenfrage nach der Beweislast hingewiesen. Der RL-Entwurf äußert sich in Erwägungsgrund 58 lediglich zur

safe harbor-Rückausnahme: „Die Haftungsregelung enthält keine Bestimmungen dazu, wer nachweisen muss, dass das Handeln des Unternehmens unter den Umständen des Einzelfalls hinreichend angemessen war, und diese Frage bleibt daher dem nationalen Recht überlassen.“

Die EU-Kommission folgt damit bewusst nicht der Entschließung des Europäischen Parlaments, die in ihrem Erwägungsgrund 53 eine gesetzliche widerlegbare Vermutung forderte: „Bei der Einführung einer Haftungsregelung sollten die Mitgliedstaaten für eine widerlegbare Vermutung sorgen, die ein gewisses Maß an Beweisen erfordert. Die Beweislast würde von einem Opfer auf ein Unternehmen verlagert, um zu beweisen, dass ein Unternehmen keine Kontrolle über eine Geschäftseinheit hatte, die an der Menschenrechtsverletzung beteiligt war.“⁶⁵ Insoweit verfolgt der RL-E das Ziel „Verbesserung des Zugangs zu Abhilfemaßnahmen“ nicht konsequent genug.

c) Kollisionsrechtliche Absicherung (Art. 22 V RL-Entwurf)

Die im RL-Entwurf an die Mitgliedstaaten gerichtete Pflicht, in ihrem jeweiligen nationalen Recht eine zivilrechtliche Haftung vorzusehen, ergibt nur Sinn, wenn in den maßgeblichen Sachverhalten mit Drittstaatenbezug das mitgliedstaatliche Recht auch Anwendung findet. Da die allgemeine Deliktsskollisionsnorm des Art. 4 I Rom II-VO das Recht am Schadensort zur Anwendung beruft, droht die vorgeschriebene Haftung leerzulaufen. Beispielsweise ist im KiK-Fall vor dem LG Dortmund das pakistanische Recht zur Anwendung gekommen.⁶⁶ Während für das LkSG Wege diskutiert werden, wie seine Regelungen über das internationale Privatrecht durchgesetzt werden können,⁶⁷ ist der RL-E der Entschließung des Parlaments gefolgt und verpflichtet in Art. 22 V RL-E zur Absicherung der vorgesehenen zivilrechtlichen Haftung diese als Eingriffsnorm auszugestalten:⁶⁸ „Die Mit-

62 Art. 22 II UAbs. 1 RL-E: „Ungeachtet von Abs. 1 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass ein Unternehmen, das Maßnahmen nach Art. 7 II Buchst. b und Art. 7 IV oder Art. 8 III Buchst. c und Art. 8 V ergriffen hat, nicht für Schäden durch negative Auswirkungen als Ergebnis der Tätigkeiten eines indirekten Partners haftet, mit dem es eine etablierte Geschäftsbeziehung unterhält, es sei denn, es wäre je nach Einzelfall unangemessen zu erwarten, dass die ergriffene Maßnahme, einschließlich der Prüfung der Einhaltung, geeignet wäre, die negative Auswirkung zu vermeiden, abzuschwächen, zu beheben oder zu minimieren.“

63 Nahezu wortgleich: „die vertragliche Zusicherung von Geschäftspartnern, mit denen sie eine direkte Geschäftsbeziehung unterhalten (bzw. vertragliche Zusicherungen eines direkten Partners, mit dem sie eine etablierte Geschäftsbeziehung unterhalten), einzuholen, dass sie (bzw. er) die Einhaltung des Verhaltenskodexes des Unternehmens und erforderlichenfalls eines Präventionsplans (bzw. Korrekturmaßnahmenplans) sicherstellen (bzw. sicherstellt), auch durch Einholung entsprechender vertraglicher Zusicherungen von deren Partnern, soweit ihre Tätigkeiten (bzw. sie) Teil der Wertschöpfungskette des Unternehmens sind (Vertragskaskaden).“

64 Wortgleich: „Die vertraglichen Zusicherungen oder der Vertrag müssen von geeigneten Maßnahmen zur Überprüfung der Einhaltung flankiert werden. Zur Überprüfung der Einhaltung kann das Unternehmen geeignete Industrieinitiativen oder eine Überprüfung durch unabhängige Dritte in Anspruch nehmen.“

65 Dazu Rühl/Knauer JZ 2022, 105 (113); Zu Erleichterungen der Beweislast s. auch etwa Art. 7 VI des draft treaty on business and human rights der Vereinten Nationen: „State Parties may, consistent with the rule of law requirements, enact or amend laws to reverse the burden of proof in appropriate cases to fulfil the victims right to access to remedy.“

66 LG Dortmund IPRax 2019, 317 = BeckRS 2019, 388; OLG Hamm NJW 2019, 3527; vgl. dazu auch Hübner Unternehmenshaftung S. 93 ff.

67 Dazu Rühl/Knauer JZ 2022, 105 (109); zu IPR-rechtlichen Fragen in diesem Zusammenhang auch Hübner Unternehmenshaftung S. 139 ff.; Nasse ZEuP 2019, 774 (797).

68 Zur im RL-E übernommenen Regelung der Entschließung des Parlaments Rühl/Knauer JZ 2022, 105 (113 f.).

gliedstaaten stellen sicher, dass die in den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung dieses Artikels vorgesehene Haftung zwingend Anwendung findet und Vorrang hat in Fällen, in denen das auf entsprechende Ansprüche anzuwendende Recht nicht das Recht eines Mitgliedstaats ist.“

Die dogmatische Besonderheit ist, dass es sich bei diesen (zukünftigen) Eingriffsnormen weder um genuin europäische handeln wird, wie es bspw. nach der *Ingmar*-Entscheidung⁶⁹ in der Handelsvertreter-RL der Fall ist, noch um genuin nationale, wonach der Mitgliedstaat autonom entschieden hat, dass die Vorschrift für die Wahrung seines öffentlichen Interesses in jedem Fall anzuwenden ist.⁷⁰ Stattdessen wird eine hybride Eingriffsnorm vorgesehen.⁷¹ Die EU schreibt den Mitgliedstaaten vor, dass eine konkrete Vorschrift, hier die zukünftige Art. 22 RL-E umsetzende Haftungsregelung im mitgliedstaatlichen Recht, für die Wahrung „ihres“ öffentlichen Interesses überragend wichtig ist; deshalb sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, mit einer eigenen Eingriffsnorm deren Anwendung abzusichern. Die Diskussion um die kollisionsrechtliche Absicherung zivilrechtlicher Haftungsregeln im Bereich der *Human Rights Due Diligence* wäre damit beendet.⁷²

4. Gesellschaftsrechtliche Regelungen

Abschließend soll noch knapp auf drei gesellschaftsrechtliche Regelungen hingewiesen werden, deren Bedeutung nicht zu unterschätzen ist. Mit ihnen setzt der RL-E den ersten Teil der Maßnahme 10 des EU-Aktionsplans „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“ aus dem Jahre 2018 um: „Förderung einer nachhaltigen Unternehmensführung“ – der RL-Entwurf nennt es kontextbezogen „Verbesserung der Corporate-Governance-Praktiken“.⁷³

a) Managementvergütung (Art. 15 III RL-Entwurf)

Erstens geht es um Art. 15 III RL-E, der einen aus der zweiten Aktionärsrechterichtlinie bekannten Mechanismus ausbauend an der Managementvergütung ansetzt: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Unternehmen der Erfüllung der Verpflichtungen nach den Abs. 1 und 2 [Pflichten im Rahmen der Verfolgung des 1,5 Grad-Ziels, s. supra III.2.d)] bei der Festlegung variabler Vergütungen gebührend Rechnung tragen, wenn die variable Vergütung an den Beitrag eines Mitglieds der Unternehmensleitung zur Strategie und zu den langfristigen Interessen und zur Nachhaltigkeit des Unternehmens geknüpft ist.“ Zur Umsetzung steht womöglich eine weitere Modifikation des § 87 AktG ins Haus.⁷⁴

b) Nachhaltigkeit des Unternehmensinteresses (Art. 25 RL-Entwurf)

Zweitens geht es in Art. 25 I RL-E darum, dass Geschäftsleiter (von Gesellschaften im Anwendungsbereich der Richtlinie, „kleine“ wie „große“) bei ihrer Pflicht, im Unternehmensinteresse zu handeln, Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigen müssen, insbesondere die Auswirkungen auf Menschenrechte und Umwelt: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Mitglieder der Unternehmensleitung nach Art. 2 I bei Ausübung ihrer Pflicht, im besten Interesse des Unternehmens zu handeln, die kurz-, mittel- und langfristigen Folgen ihrer Entscheidungen für Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigen, gegebenenfalls auch die Folgen für Menschenrechte, Klimawandel und Umwelt.“

Damit ist es für den deutschen Gesetzgeber wohl unumgänglich, sich mit dem bislang ungeschriebenen Unternehmensinteresse, das der Geschäftsleiter zu verfolgen ver-

pflichtet ist, näher zu beschäftigen, und zwar mit der vorgeschriebenen Ausrichtung. Die von *Hommelhoff* 2015 in der CSR-Richtlinie erblickte „verwirrend verdeckte“ Intention des europäischen Gesetzgebers, den Vorstand dazu anzuhalten, über die Interessen der shareholder hinaus auch verstärkt diejenigen der stakeholder zu berücksichtigen (*stakeholder value*),⁷⁵ ist nun offen erklärtes Regelungsziel. System(um)brüche im Gesellschaftsrecht sollen laut Erwägungsgrund 63 allerdings weder intendiert noch erforderlich sein: „sollte in dieser Richtlinie die allgemeine Sorgfaltspflicht der Mitglieder der Unternehmensleitung, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln, in harmonisierter Weise klargestellt werden [...]. Diese Klarstellung macht keine Änderung bestehender nationaler Unternehmensstrukturen erforderlich.“

In Art. 25 II RL-Entwurf wird die Verpflichtung ausgesprochen, diese neue, besondere Geschäftsleiterpflicht den sonstigen gleichzustellen: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften über einen Verstoß gegen die Pflichten der Mitglieder der Unternehmensleitung auch für die Bestimmungen dieses Artikels gelten.“ Damit ist vor allem § 93 AktG angesprochen.

c) Legalitätshaftung der Geschäftsleitung (Art. 26 RL-Entwurf)

Drittens transponiert Art. 26 I RL-Entwurf die das Unternehmen treffende Sorgfaltspflichten konsequent in Sorgfaltspflichten des Geschäftsleiters im Innenverhältnis gegenüber dem Unternehmen iSv § 93 I 1 AktG: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Art. 2 I genannten Mitglieder der Unternehmensleitung für die Einrichtung und Kontrolle der Maßnahmen zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht nach Art. 4 und insbesondere für die in Art. 5 genannte Strategie zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht verantwortlich sind, wobei Beiträge von Interessenträgern und Organisationen der Zivilgesellschaft angemessen zu berücksichtigen sind. Die Mitglieder der Unternehmensleitung erstatten dem Vorstand hierüber Bericht.“ Mit „verantwortlich“ erscheint die Haftungsbewehrung nach § 93 II AktG naheliegend.

IV. Fazit: Ambitioniertes Ansinnen der EU-Kommission

Der RL-Entwurf der EU-Kommission, der sich als eine Hommage an den 2021 verstorbenen Pionier der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, John Ruggie, liest, lässt sich mit seinem ganzheitlichen und umfassenden Ansatz als durchaus ambitioniert bezeichnen. Selbst wenn im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens einige Regelungen noch entschärft würden, wäre eine Richtlinie dieser Art immer noch der bislang bedeutendste europäische Rechtsakt auf dem Weg zu einer „*sustainable economy*“ – einer Wirtschaftsordnung im Einklang mit Menschenrechts-, Klima- und Umweltbelangen.

69 EuGH ECLI:EU:C:2000:605 = EuZW 2001, 50 – *Ingmar* (C-381/98).

70 Umfassend BeckOGK/Maultzsch, Stand: 1.3.2022, Art. 16 Rom II-VO Rn. 1 ff.

71 Ein anderes ähnliches Beispiel findet sich in Art. 68 VI RL 2014/59/EU.

72 Vgl. Hübner Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen S. 445 ff.

73 Begründung S. 4 RL-E.

74 Aber nicht nur: Der RL-E erfasst mit „Mitglied der Unternehmensleitung“ auch Aufsichtsratsmitglieder, s. die Definition von „Mitglied der Unternehmensleitung“ in Art. 3 Buchst. o RL-E: „jedes Mitglied des [...] Aufsichtsorgans eines Unternehmens“.

75 Hommelhoff NZG 2015, 1329 (1330).

Für den deutschen Gesetzgeber kündigt sich für den Fall der Verabschiedung der Richtlinie erheblicher Umsetzungsbedarf im LkSG an. Insbesondere muss er – von den gesellschaftsrechtlichen Änderungen abgesehen – den persönlichen Anwendungsbereich erweitern, die Sorgfaltspflichten anpassen, ein Schutzgesetz oder einen speziellen zivilrechtlichen Haftungstatbestand einführen und als Eingriffsnorm ausgestalten. Gerade der letzte Aspekt stellt den entscheidenden Aspekt dar, mit dem der RL-Entwurf über das LkSG hinausgeht. Der privatrechtlichen *human rights* und *climate change litigation*⁷⁶ verleiht der RL-Entwurf damit gehörigen Aufwind.

V. Zusammenfassung in Thesenform

1. Der Entwurf der Kommission für eine „Corporate Sustainability Due Diligence“-Richtlinie sieht erstmals auf europäischer Ebene menschenrechts- und umweltbezogene Sorgfaltspflichten für Unternehmen vor. Diese orientieren sich konzeptionell wie terminologisch stark an völkerrechtlichem *soft law*, speziell den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte sowie dem thematisch einschlägigen OECD-Leitfaden. In den Kompetenzgrundlagen (Art. 50 I, II Buchst. g, 114 AEUV) kommt zum Ausdruck, dass mit einer europäischen Lieferkettenregulierung eine in der Entstehung begriffene Rechtszersplitterung (s. frz. *loi de vigilance*, dt. LkSG) und damit einhergehende Rechtsunsicherheit sowie die Entstehung von Wettbewerbsnachteilen von menschenrechts- und klimaverpflichteten Unternehmen beseitigt werden soll (europäisches *level playing field*).

2. Der persönliche Anwendungsbereich des RL-E ist deutlich weiter gefasst als der des LkSG (schätzungsweise 1 % vs. 0,1 % der Unternehmen erfasst) und schließt vermehrt auch ausländische EU-Gesellschaften sowie Drittstaatengesellschaften ein, die auf dem europäischen Binnenmarkt aktiv sind. Der risikobasierte Regelungsansatz, der die Erfassung „kleinerer“ Unternehmen (iSv Art. 2 I Buchst. b, II Buchst. b RL-Entwurf) vom erzielten Umsatz in *high risk*-Sektoren abhängig macht, ist im Grundsatz zu begrüßen. Allerdings sollte unter Berücksichtigung von Gerechtigkeitsbedenken diesbezüglich eine *absolute* Umsatzschwelle festgesetzt werden, statt den in sensiblen Sektoren erzielten Umsatz *relativ* ins Verhältnis zum Gesamtumsatz des einzelnen Unternehmens zu setzen.

3. Die Arten der Sorgfaltspflichten des RL-Entwurfs (Art. 5 ff. RL-Entwurf) entsprechen im Wesentlichen denen des LkSG (§§ 4 ff. LkSG). Unbekannt ist dem LkSG allerdings das dem RL-Entwurf zugrunde gelegte Zwei-Klassen-System: Für „große“ Unternehmen (iSv Art. 2 I Buchst. a, II Buchst. a RL-Entwurf) beziehen sich die Sorgfaltspflichten auf alle tatsächlichen und potenziellen negativen Auswirkungen (vgl. Art. 1 I Buchst. a, 6 I RL-Entwurf); für „kleine“ Unternehmen (iSv Art. 2 I Buchst. b, II Buchst. b RL-Entwurf) lediglich auf tatsächliche und potenzielle schwerwiegende (!) negative Auswirkungen (vgl. Art. 6 II RL-Entwurf).

4. Diese Unterscheidung nimmt auch Art. 15 RL-Entwurf auf, der den „großen“ Unternehmen zusätzlich eine weitere klimaschutzbezogene Sorgfaltspflicht auferlegt: Verfolgung des 1,5 Grad-Ziels des Pariser Klimaabkommens.

5. Die Reichweite der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette zieht der RL-Entwurf deutlich weiter als das LkSG. Während das LkSG diese grund-

sätzlich nur bis einschließlich der unmittelbaren Zulieferer erstreckt und mittelbare Zulieferer nach § 9 III LkSG nur ausnahmsweise bei substantiierter Kenntnis des Unternehmens von Menschenrechts- und Klimaverstößen erfasst, erstreckt der RL-Entwurf die Sorgfaltspflichten grundsätzlich auf alle Zulieferer, auch die mittelbaren. Erforderlich ist allein, dass die Unternehmen eine etablierte Geschäftsbeziehung (Art. 1 I Buchst. a, 6 I RL-Entwurf) zu diesen haben, die nicht notwendig eine Vertragsbeziehung voraussetzt („direkte oder indirekte“, Art. 3 Buchst. f RL-Entwurf). Dabei werden mittelbare Zulieferer herausgenommen, zu denen die Beziehung „in Anbetracht ihrer Intensität oder Dauer“ nicht „beständig“ ist oder nur einen „unbedeutenden oder lediglich untergeordneten Teil der Wertschöpfungskette darstellt“ (Art. 3 Buchst. f RL-Entwurf).

6. Im Gegensatz zum LkSG, das in seinem § 3 III 1 eine zivilrechtliche Haftung für die Pflichten aus dem LkSG ausdrücklich ausgeschlossen hat, verpflichtet der RL-Entwurf die Mitgliedstaaten, eine zivilrechtliche Haftung für Verletzungen der „kardinalen“ Sorgfaltspflichten (Prävention und Abhilfe, Art. 7, 8 RL-Entwurf) vorzusehen, Art. 22 RL-Entwurf.

7. Die Forderung nach einem *safe harbor* wird in Art. 22 II RL-Entwurf aufgegriffen. Dieser schließt unter eher engen Voraussetzungen eine Haftung für Schäden aus, die durch von mittelbaren Zulieferern verursachte negative Auswirkungen entstanden sind, sofern vertragliche Zusicherungen vorgenommen wurden (Stichwort: Kontraktualisierung der Due Diligence). Die entscheidende Frage, wer was zu beweisen hat, sollen, wie aus Erwägungsgrund 58 *pars pro toto* ergeht, die nationalen Rechtsordnungen beantworten.

8. Zur Absicherung, dass in den maßgeblichen Fällen mit Drittstaatenbezug auch mitgliedstaatliches Recht mit der vorgesehenen zivilrechtlichen Haftung zur Anwendung kommt, verpflichtet Art. 22 V RL-Entwurf die Mitgliedstaaten dazu, diese als Eingriffsnorm auszugestalten. Damit wird zugleich eine neue dogmatische Kategorie von Eingriffsnormen geschaffen.

9. Der RL-Entwurf enthält auch drei gesellschaftsrechtliche Regelungen:

a) Art. 15 III RL-Entwurf sieht vor, dass im Falle variabler Geschäftsleitervergütung berücksichtigt werden muss, inwieweit das Unternehmen die „Eindämmung des Klimawandels“-Sorgfaltspflichten aus Art. 15 I, II RL-Entwurf erfüllt hat.

b) Art. 25 RL-Entwurf sieht vor, dass Geschäftsleiter bei ihrer Pflicht, im Unternehmensinteresse zu handeln, Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigen müssen; die Verletzung dieser Pflicht ist haftungsbewehrt (vgl. § 93 II AktG).

c) Art. 26 RL-Entwurf transponiert die an das Unternehmen gerichteten Sorgfaltspflichten in Sorgfaltspflichten der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft; mit Haftungsbewehrung inklusive (vgl. § 93 II AktG).

10. Der RL-Entwurf der EU-Kommission ist mit seinem ganzheitlichen und umfassenden Ansatz äußerst ambitioniert. Eine Richtlinie dieser Art wäre ein großer Sprung auf dem Weg zu einer „*sustainable economy*“.

⁷⁶ Zur privatrechtlichen *climate change litigation* jüngst Weller/Tran EuRUP 2021, 342; dies. ZEuP 2021, 573.