

Texte

138/2020

Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung

Abschlussbericht

TEXTE 138/2020

Ressortforschungsplan des Bundesministerium für
Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit

Forschungskennzahl 3718 13 102 0
FB000388

Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung

Abschlussbericht

von

Cara-Sophie Scherf, Dr. Nele Kampffmeyer,
Dr. Peter Gailhofer
Öko-Institut, Berlin

David Krebs, Constantin Hartmann,
Prof. Dr. Remo Klinger
Geulen & Klinger Rechtsanwälte, Berlin

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Impressum

Herausgeber

Umweltbundesamt
Wörlitzer Platz 1
06844 Dessau-Roßlau
Tel: +49 340-2103-0
Fax: +49 340-2103-2285
buergerservice@uba.de
Internet: www.umweltbundesamt.de

 [/umweltbundesamt.de](https://www.facebook.com/umweltbundesamt.de)

 [/umweltbundesamt](https://twitter.com/umweltbundesamt)

Durchführung der Studie:

Öko-Institut e.V.
Merzhauser Str. 173
79100 Freiburg

Geulen & Klinger Rechtsanwälte
Schaperstr. 15
10719 Berlin

Abschlussdatum:

Mai 2020

Fachbegleitung:

Fachgebiet I 1.4 Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Umweltfragen, nachhaltiger Konsum
Christoph Töpfer

Publikationen als pdf:

<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>

ISSN 1862-4804

Dessau-Roßlau, Juli 2020

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autorinnen und Autoren.

Kurzbeschreibung: Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung

Im Kontext globaler Wertschöpfungsketten kommt es immer wieder zu gravierenden Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen. Von global tätigen Unternehmen wird zunehmend erwartet, dass sie die Verantwortung für die (globalen) Auswirkungen ihrer Geschäftstätigkeit und Geschäftsbeziehungen übernehmen. Die Heimatstaaten der Unternehmen werden dabei ebenfalls in die Pflicht genommen und aufgefordert, globale soziale und ökologische Missstände, die mit unternehmerischen Aktivitäten in Verbindung stehen, zu beheben. Immer häufiger wird dabei der Ansatz der Sorgfaltspflichten zugrunde gelegt. Vor diesem Hintergrund formuliert der vorliegende Bericht Empfehlungen zur verbesserten Umsetzung umweltbezogener und menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten.

Im ersten Teil des Berichts werden Empfehlungen zur freiwilligen Umsetzung von unternehmerischen Sorgfaltspflichten beziehungsweise zur Unterstützung bestehender rechtlicher Vorgaben formuliert. Die Empfehlungen adressieren diverse Akteure und Themen, darunter das Umweltmanagement, Branchen- und Multistakeholder-Initiativen oder auch Zertifizierungen.

In den letzten Jahren ist zudem das regulatorische Instrument einer gesetzlich verankerten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflicht verstärkt diskutiert worden. Der vorliegende Bericht untersucht daher, wie die Integration von Umweltbelangen in eine rechtliche Regelung unternehmerischer Sorgfaltspflichten in Deutschland erfolgen könnte.

Abstract: Environmental and human rights due diligence as a means to strengthen sustainable business conduct

In the context of global value chains, serious human rights abuses and environmental damage occur time and again. Companies are increasingly expected to take responsibility for the (global) impact of their business activities and relationships. The companies' home states are also held responsible and urged to address adverse social and environmental impacts occurring in relation to business activities. In this context, the concept of corporate due diligence has gained immense importance in recent years. Against this backdrop, the present report formulates recommendations for the improved implementation of environmental and human rights due diligence.

The first part of the report makes recommendations in support of the voluntary implementation of corporate due diligence or compliance with existing legal requirements. Various stakeholders and topics are addressed, including environmental management, sector and multi-stakeholder initiatives and certifications.

In recent years, the regulatory instrument of a statutory environmental and human rights due diligence obligation has also increasingly become the focus of the debate. The present report therefore further examines how due diligence could be legally mandated in Germany, with a particular focus on environmental concerns.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	6
Abbildungsverzeichnis.....	11
Abkürzungsverzeichnis.....	12
Zusammenfassung.....	17
Summary	21
1 Einleitung.....	25
2 Empfehlungen für eine verbesserte Umsetzung von Sorgfaltspflichten in Unternehmen.....	28
2.1 Nationale Aktionspläne.....	32
2.2 Umweltmanagement	34
2.3 Inhaltliche Standardisierung	36
2.4 Branchen- und Multistakeholder-Initiativen	39
2.5 Zertifizierungen und Siegel	41
2.6 Nachhaltigkeitsberichtstandards	43
3 Ansätze zur gesetzlichen Ausgestaltung rechtsverbindlicher Sorgfaltspflichten: Von der menschenrechtlichen zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht in globalen Wertschöpfungsketten.....	45
3.1 Schaffung eines neuen Stammgesetzes („große Lösung“)	46
3.1.1 Menschenrechtliche Sorgfaltspflichten im nationalen Recht des Heimatstaates und ihre Übertragung auf den Umweltschutz	49
3.1.1.1 Persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich	49
3.1.1.2 Regelungsreichweite und -tiefe in der Wertschöpfungskette.....	52
3.1.1.2.1 Begriffsbestimmung Wertschöpfungskette	52
3.1.1.2.2 Unbegrenzte Sorgfaltspflicht für die gesamte Wertschöpfungskette?	53
3.1.1.2.3 Begrenzung auf einzelne Wertschöpfungsstufen oder Zulieferebenen („tiers“)?..	54
3.1.1.2.4 Mittelweg: Unbegrenzte Reichweite, aber nur variable, angemessene Tiefe der Sorgfaltspflicht	54
3.1.1.2.4.1 Weiter Begriff des Beitrags zur Menschenrechtsverletzung.....	54
3.1.1.2.4.2 Beschränkung durch gesetzlich konkretisiertes Angemessenheitskriterium	56
3.1.1.2.5 Übertragbarkeit auf den Umweltbereich.....	58
3.1.1.3 Strukturelemente des MSorgfaltsG-E.....	58
3.1.1.3.1 Rechtsgebietsübergreifendes Stammgesetz.....	58
3.1.1.3.2 Regelungstechnische Trennung von materieller Sorgfaltspflichtenregelung und Durchsetzungsmechanismen	59

3.1.1.3.3	Branchenübergreifender Anwendungsbereich und Schutzgut.....	59
3.1.1.3.3.1	Branchenübergreifender Anwendungsbereich.....	59
3.1.1.3.3.2	Schutzgutübergreifende Universalregelung oder schutzgutspezifische Insellösung?	61
3.1.1.4	Materielle Kernelemente (Risikoanalyse, Prävention, Abhilfe).....	62
3.1.1.5	Flankierende Elemente: Dokumentation, Organisationspflichten (Compliance- Organisation, Whistleblowing), Vertragsgestaltung, Lieferfristen	63
3.1.1.6	Zwischenergebnis: MSorgfaltsG-E im Wesentlichen auf den Umweltschutz übertragbar	63
3.1.2	Zentrale Herausforderungen bei der Ausgestaltung einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht: Regelungsgegenstand und Bestimmtheit.....	63
3.1.2.1	Materieller Regelungsgegenstand einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht	63
3.1.2.1.1	Regelungstechnik des MSorgfaltsG-E zur Festlegung des Gegenstandes der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht.....	64
3.1.2.1.2	Verweis auf bestimmte internationale Umweltabkommen (Enumerationslösung) oder Pauschalverweis auf das Umweltvölkerrechtsrecht?	64
3.1.2.1.3	Minimallösung: Außenverweis auf lokales Recht des Erfolgsortes.....	66
3.1.2.1.4	Verweis auf lokales Recht des Heimatstaates?	68
3.1.2.1.5	Außenverweis auf soft law Standards?	69
3.1.2.1.6	Generalklauseln.....	70
3.1.2.1.6.1	Französisches Sorgfaltspflichtengesetz.....	70
3.1.2.1.6.2	Initiativtext der schweizerischen Konzernverantwortungsinitiative	71
3.1.2.1.6.3	Generalklausel als Auffangtatbestand	71
3.1.2.1.7	Kombinationsmodell zur Bestimmung des Gegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht	75
3.1.2.1.8	Notwendigkeit einer Erheblichkeitsschwelle?	76
3.1.2.2	Bestimmtheitsanforderungen	76
3.1.2.2.1	Verfassungsrechtlicher Maßstab.....	77
3.1.2.2.2	Angemessenheitskriterium	79
3.1.2.2.3	Generalklausel zur Bestimmung des Gegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht	79
3.1.2.2.4	Außenverweise zur Bestimmung des Gegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht	80
3.1.2.2.5	Bedeutung der Rechtsfolgende für Bestimmtheitsanforderungen.....	81
3.1.3	Enforcement umweltbezogener Sorgfaltspflichten.....	81
3.1.3.1	Markttransparenz	81
3.1.3.2	Behördliche Aufsicht und Verwaltungsvollstreckung.....	82

3.1.3.3	Bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeitentatbestände.....	84
3.1.3.4	Strafsanktionen.....	85
3.1.3.5	Deliktische Schadenshaftung.....	86
3.1.3.6	Lauterkeitsrechtliche Haftung	88
3.1.3.7	Vergaberecht	88
3.1.3.8	Importverbote	89
3.1.3.9	„Grundsatz“ im Deutschen Corporate Governance Kodex.....	90
3.1.3.10	Zusammenfassende Bewertung	90
3.1.4	Regelungstechnische Integration von menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflicht	90
3.1.5	Handlungsempfehlung für den deutschen Gesetzgeber	92
3.1.6	Sicherstellung eines kohärenten Rechtsrahmens.....	93
3.1.6.1	Schnittstellen eines übergreifenden Stammgesetzes zu ausgewählten Gesetzen	94
3.1.6.1.1	CSR-Richtlinie bzw. deren Umsetzung im deutschen HGB	94
3.1.6.1.1.1	Anwendungsbereich und Regelungsreichweite.....	94
3.1.6.1.1.2	Verhaltenspflichten.....	95
3.1.6.1.1.3	Durchsetzungsmechanismen	96
3.1.6.1.2	Holzhandelsverordnung.....	96
3.1.6.1.2.1	Anwendungsbereich und Regelungsreichweite.....	96
3.1.6.1.2.2	Verhaltenspflichten.....	97
3.1.6.1.2.3	Durchsetzungsmechanismen	98
3.1.6.1.3	Konfliktmineralienverordnung.....	99
3.1.6.1.3.1	Anwendungsbereich und Regelungsreichweite.....	99
3.1.6.1.3.2	Verhaltenspflichten.....	99
3.1.6.1.3.3	Durchsetzungsmechanismen	100
3.1.6.2	Zusammenwirken einer Haftungsnorm mit nationalen und internationalen Standards	100
3.1.6.3	Vor- und Nachteile einer übergreifenden Regelung gegenüber sektoren- oder rechtsgebietsspezifischen Gesetzen.....	102
3.1.6.3.1	Vorteile branchen- oder rechtsgebietsspezifischer Sorgfaltspflichten	102
3.1.6.3.2	Vorzugswürdigkeit eines übergreifenden Stammgesetzes.....	103
3.1.6.4	Handlungsempfehlungen.....	104
3.2	Verankerung nachhaltigkeitsbezogener Sorgfaltspflichten im Handels- oder Gesellschaftsrecht („kleine Lösung“)	105
3.2.1	Kapitalgesellschaftsrechtliche Variante der „kleinen Lösung“	105

3.2.1.1	Einordnung in den Kontext des Aktionsplans „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“	105
3.2.1.2	Geschäftsleiterpflichten und Unternehmenszielbestimmungen	107
3.2.1.2.1	Rechtliche Zulässigkeit einer nachhaltigen Unternehmenspolitik.....	108
3.2.1.2.1.1	(„Gemäßigter“) shareholder-value-Ansatz	109
3.2.1.2.1.2	Interessenpluralistische Konzeption des Unternehmensinteresses	111
3.2.1.2.2	Zwischenergebnis	112
3.2.1.2.3	Rechtspolitische Schlussfolgerungen	113
3.2.1.2.4	Denkbarer Regelungsstandort einer Sorgfaltspflicht im Gesellschaftsrecht	113
3.2.1.2.5	Durchsetzbarkeit einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung.....	114
3.2.1.2.6	Verhältnis zu einer Sorgfaltspflicht in einem allgemeinen Stammgesetz.....	116
3.2.1.3	Ergebnis und Handlungsempfehlung.....	116
3.2.2	Handelsrechtliche Variante der „kleinen Lösung“	116
3.3	Verankerung nachhaltigkeitsbezogener Sorgfaltspflichten im Deutschen Corporate Governance Kodex? („Minimallösung“).....	117
3.3.1	Grundlagen	118
3.3.1.1	Entstehung und Herkunft	118
3.3.1.2	Institutioneller Rahmen und Regelsetzung	119
3.3.1.3	Regelungsgehalt.....	120
3.3.1.4	Rechtsnatur.....	121
3.3.1.5	Verfassungskonformität und Legitimität.....	122
3.3.2	Sanktions- und Durchsetzungsmechanismen	123
3.3.2.1	§ 161 AktG („Comply-or-Explain“-Mechanismus)	123
3.3.2.2	Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht.....	124
3.3.2.3	Innenhaftung	125
3.3.2.4	Außenhaftung	126
3.3.2.5	Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen.....	126
3.3.2.6	Zwischenergebnis	127
3.3.3	Wirkung und Akzeptanz	127
3.3.4	Anknüpfungsmöglichkeiten für eine Sorgfaltspflicht?.....	129
3.3.4.1	Unternehmensinteresse	129
3.3.4.2	Risikomanagement	130
3.3.4.3	Zwischenergebnis	130
3.3.5	Ausgestaltungsoptionen	131

3.3.5.1	„Alternativmodell“	131
3.3.5.2	„Ergänzungsmodell“	132
3.3.6	Ergebnis und Handlungsempfehlung.....	132
4	Quellenverzeichnis	134

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Für die Umsetzung von Sorgfaltspflichten relevante Akteure	30
--------------	--	----

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union / der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AHK	Außenhandelskammer
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
AMG	Arzneimittelgesetz
ÄndRL	Änderungsrichtlinie
ÄndVO	Änderungsverordnung
Art.	Artikel
ARUG II	Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie
Aufl.	Auflage
AWE	Agentur für Wirtschaft und Entwicklung
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAnz	Bundesanzeiger
BBl.	Bundesblatt
BCCG	Berlin Center of Corporate Governance
ber.	berichtigt
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGI	Better Gold Initiative
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BLE	Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
BMZ	Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
Brüssel Ia-VO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVT	beste verfügbare Technik
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift

a.E.	am Ende
CITES	Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora
CMS	Compliance Management System
CSR	Corporate Social Responsibility
d. h.	das heißt
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe(n)
DS-GVO	Datenschutzgrundverordnung
DSU	Dispute Settlement Understanding
ECC	European Coalition for Corporate Justice
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EHS	Environmental, Health, and Safety
EITI	Extractive Industries Transparency Initiative
EL	Ergänzungslieferung
EMAS	Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (engl. Eco-Management and Audit Scheme)
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EP	Eckpunktepapier
ESG	Environmental, Social und Governance
et al.	et alii, et aliae oder et alia (und andere)
etc.	et cetera (und die übrigen [Dinge])
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung
EuInsVO	EU Verordnung über Insolvenzverfahren
EUTR	EU Timber Regulation
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgend (sing.)
ff.	folgende (plur.)
FKZ	Forschungskennzeichen
FLEGT	Forest Law Enforcement, Governance and Trade
Fn.	Fußnote
frz.	französisch/er/es

a.E.	am Ende
FSC	Forest Stewardship Council
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GOTS	Global Organic Textile Standard
GRI	Global Reporting Initiative
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GwG	Geldwäschegesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HolzSiG	Holzhandels-Sicherungs-Gesetz
HRDD Act	Draft Act on the Obligation of Companies to Exercise Due Diligence in the Protection of Human Rights (Human Rights Due Diligence Act – HRDD Act) ¹
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. S. d.	im Sinne des/ der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IFC	International Finance Corporation
IHK	Industrie- und Handelskammer
ILO	International Labour Organization
insb.	insbesondere
insb.	insbesondere
ISO	International Organization for Standardization
IUU	illegal, unreported and unregulated
JORF	Journal Officiel de la République Française
Kap.	Kapitel
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
lit.	lat. littera (= Buchstabe)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MaComp	Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten

¹ Original legislative proposal in German language: Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, March 2016, p. 40-44; an English translation by James Patterson and Darrell Wilkins is available at: <https://corporatejustice.org/news/mhrdd-lawproposal-and-faq.pdf>.

a.E.	am Ende
MessEG	Mess- und Eichgesetz
MiLoG	Mindestlohngesetz
MSorgfaltsG	Gesetz über die unternehmerische Sorgfaltspflicht zum Schutz der Menschenrechte
MSorgfaltsG-E	Menschenrechtsbezogene Sorgfaltspflichtengesetz-Entwurf
n.F.	neue Fassung
NAP	Nationaler Aktionsplan (hier: für Wirtschaft und Menschenrechte)
NaWKG	Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.ä.	oder ähnlichem/s
o.J.	ohne Jahr
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
POPs	persistente organische Schadstoffe (Persistent organic pollutants)
ProdSG	Produktsicherheitsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
sog.	sogenannte
SorgfaltspflichtenG	Sorgfaltspflichtengesetz
SR	Sicherheitsrat der Vereinten Nationen
SZVG	Sozialverantwortungsgesetz
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UBA	Umweltbundesamt
UMS	Umweltmanagementsysteme
UN	United Nations/ Vereinte Nationen
UNEP	Umweltprogramm der Vereinten Nationen (United Nations Environment Programme)
USchadG	Umweltschadensgesetz
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerfBlog	Verfassungsblog

a.E.	am Ende
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WHO	Weltgesundheitsorganisation
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRegG	Wettbewerbsregistergesetz
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
Ziff.	Ziffer
ZRFC	Zeitschrift für Risk, Fraud & Compliance

Zusammenfassung

Im Kontext globaler Wertschöpfungsketten kommt es immer wieder zu gravierenden Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen. Von global tätigen Unternehmen wird zunehmend erwartet, dass sie die Verantwortung für die (globalen) Auswirkungen ihrer Geschäftstätigkeit und Geschäftsbeziehungen übernehmen. Die Heimatstaaten der Unternehmen werden dabei ebenfalls in die Pflicht genommen und aufgefordert, globale soziale und ökologische Missstände, die mit unternehmerischen Aktivitäten in Verbindung stehen, zu beheben.

Immer häufiger wird dabei der Ansatz der Sorgfaltspflichten zugrunde gelegt. Das Konzept sieht vor, dass Unternehmen geeignete Verfahren etablieren, um ihre möglichen und tatsächlichen negativen Auswirkungen zu ermitteln und entsprechende (Gegen-)Maßnahmen ergreifen, um diese Auswirkungen zu vermeiden, zu beenden oder auch wiedergutzumachen, sofern bereits Schäden eingetreten sind. Der Ansatz wurde in einer Reihe von Standards und auch Rechtsvorschriften wie das französische Sorgfaltspflichtengesetz oder die Konfliktmineralienverordnung der Europäischen Union (EU) integriert.

Im Zuge dieser Entwicklungen wurde der ursprünglich auf Menschenrechte zugeschnittene Ansatz zunehmend ausgeweitet und umfasst je nach Standard oder Rechtsvorschrift auch Auswirkungen auf die Umwelt sowie die Gesellschaft im umfassenderen Sinne, etwa im Kontext ethischer Geschäftspraktiken.

Vor diesem Hintergrund formuliert der vorliegende Bericht Empfehlungen zur Umsetzung insbesondere umweltbezogener Sorgfaltspflichten durch Unternehmen. Die Empfehlungen basieren auf einer ausführlichen Analyse des Konzepts unternehmerischer Sorgfaltspflichten und dessen theoretischen Einordnung, darunter ein Vergleich bestehender Standards und Rechtsvorschriften und eine Betrachtung von Umweltmanagementsystemen, Berichtstandards und anderen von Unternehmen genutzten Instrumenten zur Erfüllung von Sorgfaltspflichten.² Darüber hinaus sind die Ergebnisse einer im Rahmen des Vorhabens organisierten Konferenz³ sowie von mit ausgewählten Experteninnen und Experten geführten Interviews eingeflossen.

Im ersten Teil des vorliegenden Berichts werden Empfehlungen zur freiwilligen Umsetzung von unternehmerischen Sorgfaltspflichten beziehungsweise zur Unterstützung rechtlicher Vorgaben formuliert (Kap. 2). Menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten nehmen grundsätzlich zwar das einzelne Unternehmen in die Verantwortung. Damit die Unternehmen ihrer Sorgfaltspflicht in globalen Wertschöpfungsketten erfolgreich nachkommen können, ist jedoch auch das Zusammenspiel einer Vielzahl unterschiedlicher Akteure sowie die Implementierung diverser Instrumente notwendig. Zu den wichtigsten Akteuren für deutsche Unternehmen zählen die internationale und deutsche Politik, zivilgesellschaftliche Organisationen oder auch Branchen- und Multistakeholder-Initiativen.

Die Empfehlungen sind thematisch sortiert und umfassen folgende Schwerpunktthemen:

- **Nationale Aktionspläne:** Hierbei handelt es sich um den zentralen Mechanismus der Vereinten Nationen (UN) zur Umsetzung von unternehmerischen Sorgfaltspflichten. Die Pläne werden von den Regierungen unter Einbeziehung der relevanten Stakeholder erstellt und beinhalten vor allen Dingen zukünftige Maßnahmen, mittels derer die

² Siehe hierfür „Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung. Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo“, verfügbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltbezogene-menschenrechtliche>, zuletzt geprüft am 28.02.2020

³ Die Konferenz „Verantwortung für Mensch und Umwelt: Unternehmen und ihre Sorgfaltspflichten“ fand am 19.09.2019 im Bundesumweltministerium in Berlin statt. Die Dokumentation der Konferenz kann unter folgendem Link abgerufen werden: <https://www.umweltbundesamt.de/konferenz-verantwortung-fuer-mensch-umwelt>

Einhaltung unternehmerischer Sorgfaltspflichten unterstützt und eingefordert werden soll.

- ▶ **Umweltmanagement:** Beim Eco-Management und Audit Scheme (EMAS) und ISO 14001 handelt es sich um etablierte Umweltmanagementsysteme. Bei den Handlungsempfehlungen geht es darum, deren potenziellen Beitrag zur Erfüllung umweltbezogener Sorgfaltspflichten entlang der Wertschöpfungskette zu erhöhen.
- ▶ **Inhaltliche Standardisierung:** Während bezüglich der Kernelemente unternehmerischer Sorgfaltspflichten Einvernehmen besteht,⁴ müssen branchenbezogen sowohl die jeweiligen relevanten Risiken als auch die geeigneten Maßnahmen zur Minimierung dieser Risiken identifiziert und idealerweise ein diesbezügliches Einvernehmen zwischen den jeweils relevanten Stakeholdern erreicht werden.
- ▶ **Branchen- und Multistakeholder-Initiativen:** Da Unternehmen den Herausforderungen unternehmerischer Sorgfaltspflichten nur teilweise im Alleingang begegnen können, ist die Kooperation zwischen Unternehmen und deren Stakeholdern zentral. Damit solche Initiativen aber tatsächlich einen substantiellen Beitrag zur Verbesserung der sozialen und ökologischen Bedingungen entlang der Wertschöpfungskette leisten können, müssen sie eine Reihe von Anforderungen erfüllen.
- ▶ **Zertifizierungen:** Zertifizierungen spielen eine zentrale Rolle bei der Erfüllung unternehmerischer Sorgfaltspflichten. Sie signalisieren nach außen, dass bestimmte, idealerweise einsehbare Kriterien, erfüllt wurden. Damit solche Zertifizierungen einen tatsächlichen ökologischen oder sozialen Mehrwert bieten, müssen unterschiedliche Akteure zusammenwirken. Die Träger der Zertifizierung sind für die inhaltlichen Anforderungen zuständig und/oder für die Einrichtung geeigneter Prüfverfahren. Die Prüforganisationen wiederum müssen ebenfalls bestimmte Qualitätskriterien erfüllen.
- ▶ **Berichtstandards:** Die unternehmerische Berichterstattung zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten ist eines der Kernelemente des Ansatzes. Es erfolgen Empfehlungen zur Integration des Ansatzes in bestehende Nachhaltigkeitsberichtstandards.

Es folgen in Kap. 3 Ansätze zur rechtsverbindlichen Umsetzung insbesondere umweltbezogener Sorgfaltspflichten durch gesetzliche Regelungen. Den Kern bilden dabei Empfehlungen zur Ausgestaltung eines neuen Stammgesetzes („Wertschöpfungskettengesetz“). Da es sich dabei um einen besonders umfassenden Regelungsansatz handelt, wird er hier als „große Lösung“ bezeichnet (Kap. 3.1).

Als Referenzregelung wird der im Auftrag deutscher Nichtregierungsorganisationen entwickelte Vorschlag für ein deutsches *Gesetz über die unternehmerische Sorgfaltspflicht zum Schutz der Menschenrechte (MSorgfaltsG)*⁵ zu Grunde gelegt und geprüft, inwieweit sich dessen Konzept auf den Umweltschutz in globalen Wertschöpfungsketten übertragen lässt. Dabei zeigt sich, dass eine Übertragbarkeit auf den Umweltbereich prinzipiell gegeben ist. Dafür spricht bereits der

⁴ Siehe hierzu: Scherf, Cara-Sophie; Gailhofer, Peter; Kampffmeyer, Nele; Hilbert, Inga; Schleicher, Tobias (2019): Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung. Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, S. 26-55.

⁵ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 40-44.

prozedural geprägte Charakter der (menschenrechtlichen) Sorgfaltspflicht. Dessen Kernelemente *Risikoanalyse, Prävention (einschließlich Wirksamkeitskontrolle) und Abhilfe* lassen sich im Prinzip auf beliebige materielle Gegenstände übertragen; das gilt erst recht für organisatorische Vorgaben zum Compliance-Management wie etwa der Bestellung eines Compliance-Beauftragten, der Einrichtung eines Whistleblowing-Kanals oder eines Beschwerdemechanismus sowie für die im MSorgfaltsG-E vorgesehenen Dokumentationspflichten. Auch die Regelungen zum Anwendungsbereich sowie die schwierigen Fragen der Regelung der Reichweite und Tiefe der Sorgfaltspflicht in der Wertschöpfungskette sind nicht menschenrechtsspezifisch, sondern lassen sich grundsätzlich auf den Umweltschutz übertragen. Ferner können wesentliche Strukturelemente des MSorgfaltsG-E für die Regelung einer *umweltbezogenen* Sorgfaltspflicht übernommen werden: Die Vorteile eines branchen- und rechtsgebietübergreifenden Stammgesetzes gelten auch für den Umweltbereich; auch hier ist eine Konkretisierung durch branchenspezifische Ergänzungen möglich (und sinnvoll) und gegenüber einem (unkoordinierten) Nebeneinander zahlreicher branchenspezifischer Einzelregelungen vorzuzugswürdig. Im Grundsatz gilt dies auch für die etwaige Aufnahme eines universellen Schutzgüterkataloges (ggf. mit schutzgutspezifischen Konkretisierungen) anstelle der Schaffung zahlreicher Einzelregelungen für verschiedene Schutzgüter.

Auch die klare, regelungstechnische Trennung zwischen der materiellen Sorgfaltspflicht und den Durchsetzungsmechanismen, die das MSorgfaltsG vorsieht und dem Gesetzgeber eine flexible, verhältnismäßige und zugleich dynamische Heranführung der Normadressaten an den langfristig angestrebten Verhaltensstandard ermöglicht, bietet sich zur Übertragung auf den Umweltbereich an.

Die wesentliche Herausforderung bei der Übertragung des ursprünglich menschenrechtlich konzipierten Regelungsansatzes aus dem MSorgfaltsG-E auf den *Umweltschutz* betrifft die Bestimmung des materiellen Gegenstandes der Sorgfaltspflicht. Der MSorgfaltsG-E verwendet eine vergleichsweise simple Regelungstechnik, indem er zur Definition der *international anerkannten Menschenrechte*, auf deren Schutz sich die Sorgfaltspflicht bezieht, auf einen enumerativen Katalog von Menschenrechtsabkommen verweist. Dieser Ansatz kann im Umweltbereich jedoch allenfalls als Ausgangspunkt zur Bestimmung des Gegenstandes einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht fungieren, da es insoweit an einem mehr oder weniger abschließenden Kanon an Umweltabkommen fehlt, der die wesentlichen Umweltprobleme in globalen Wertschöpfungsketten hinreichend umfassend und konkret regeln würde. Insofern bedarf es der Entwicklung alternativer Ansätze zur Bestimmung des Gegenstandes einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht. In Betracht gezogen werden insoweit ein (Pauschal)verweis auf die lokalen Umweltvorschriften am Produktionsstandort („Gaststaat“), punktuelle Verweise auf einzelne, genau bestimmte Umweltvorschriften des Heimatstaates, punktuelle (statische) Verweise auf (internationale) soft law Standards, sowie die Entwicklung von umweltbezogenen Generalklauseln. Jeder dieser Ansätze hat seine eigenen Vorzüge und Schwächen, sodass im Ergebnis eine Kombination der Ansätze naheliegend scheint. Dies wirft allerdings die regelungstechnische Schwierigkeit auf, dass das Verhältnis der einzelnen Bezugspunkte zueinander geklärt werden muss.

Eine weiterer Aspekt, der vertieft untersucht wird, betrifft die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen, die gleichermaßen an eine menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichtenregelung zu stellen sind. In diesem Zusammenhang wird auch auf die denkbaren Durchsetzungsinstrumente eingegangen, da diese für die Beurteilung der Eingriffsintensität der Regelung elementar sind.

Im Ergebnis wird empfohlen, ein neues Stammgesetz zu schaffen, das die menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht integriert, rechtsgebiet- und branchenübergreifend regelt.

Es sollte (zumindest mittelfristig) mit branchenspezifischen Ergänzungen konkretisiert und mit einem umfassenden Mix an Anreiz- und Sanktionsmechanismen durchgesetzt werden.

Der regulatorische Ansatz eines derartigen neuen Stammgesetzes stellt aus rechtspolitischer Perspektive mit Blick auf die möglichst wirksame Erreichung des Regelungszieles die vorzugswürdige Handlungsoption dar.

Als alternative, aber weniger umfassende Ansätze werden Regelungsmöglichkeiten im Kapitalgesellschafts- und im Handelsrecht betrachtet („kleine Lösung“) (Kap. 3.2) sowie die Möglichkeit einer entsprechenden Ergänzung des Deutschen Corporate Governance Kodex als „Minimallösung“ (Kap. 3.3).

Die „kleine“ Lösung kommt zwar durchaus ebenfalls in Betracht, ist der „großen Lösung“ jedoch deutlich unterlegen. Der Ansatz erscheint nur dann sinnvoll, wenn die hier favorisierte „große Lösung“ aus politischen Gründen nicht realisiert werden kann.

Die „Minimallösung“ im Corporate Governance Kodex kommt dagegen letztlich nur als *Ergänzung* zu einer originär gesetzlichen Regelung in Betracht (sei es im Rahmen der „großen“ oder einer „kleinen Lösung“). Es müsste sich dabei um eine Ergänzung des Kodex in Gestalt eines „Grundsatzes“ handeln. Der deutsche Gesetzgeber hat nach dem bestehenden institutionellen Rahmen der Kodexgebung allerdings keine Möglichkeit, eine solche Ergänzung des Kodex durch die unabhängige Kodex-Kommission anzuordnen.

Summary

In the context of global value chains, serious human rights abuses and environmental damage occur time and again. Companies are increasingly expected to take responsibility for the (global) impact of their business activities and relationships. The companies' home states are also held responsible and urged to address adverse social and environmental impacts occurring in relation to business activities.

In this context, the concept of corporate due diligence has gained immense importance in recent years. The concept envisages that companies establish appropriate procedures to identify their potential and actual negative impacts and to take appropriate measures to prevent, minimize or end those impacts, or remedy where damage has already occurred. The concept has since been taken up by a number of voluntary standards and legislations, such as the French Corporate Duty of Vigilance Law or the Conflict Minerals Regulation of the European Union (EU).

In the course of these developments, the concept, which was originally tailored to human rights, was increasingly expanded and, depending on the standard or legislation, also addresses effects on the environment and society in a broader sense, for example in the context of ethical business practices.

Against this backdrop, this report formulates recommendations for the implementation of (environmental) due diligence by companies. The recommendations are based on a detailed analysis of the concept of corporate due diligence and its theoretical classification, including a comparison of existing standards and legislations and an analysis of environmental management systems, reporting standards and other management systems used by companies to fulfill their due diligence obligations.⁶ The results of a conference organised as part of the project⁷ and interviews with selected experts were also incorporated.

The first part of the report formulates recommendations in support of the voluntary implementation of corporate due diligence or compliance with legal requirements (chapter 2). Human rights and environmental due diligence obligations generally address individual businesses. However, in order for companies to successfully fulfill their obligations in global value chains, cooperation by various stakeholders and the implementation of different instruments are also necessary. The most important stakeholders for German companies include international organisations and the German Federal Government, civil society organizations and industry and multistakeholder initiatives.

The recommendations are sorted by topic and include the following main topics:

- **National Action Plans:** National Action Plans present the central mechanism of the United Nations (UN) for the implementation of corporate due diligence. The plans are drawn up by national governments with the involvement of relevant stakeholders and, above all, include future measures to foster and enforce compliance with corporate due diligence obligations.
- **Environmental Management Systems:** The Eco-Management and Audit Scheme (EMAS) and ISO 14001 are established environmental management systems. The

⁶ The report (German language) „Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung. Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo“ is available at: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltbezogene-menschenrechtliche>, last accessed on 28.02.2020

⁷ The conference „Responsibility towards society and the environment: businesses and their due diligence obligations“ took place on September 19th, 2019 at the German Federal Environment Ministry in Berlin. Further information on the conference can be viewed here: <https://www.umweltbundesamt.de/en/conference-responsibility-towards-society-the>: <https://www.umweltbundesamt.de/konferenz-verantwortung-fuer-mensch-umwelt>, last accessed on 28.02.2020

recommendations presented in this report aim to increase their potential contribution to fulfilling environmental due diligence obligations along the value chain.

- ▶ **Harmonisation of requirements:** While there is agreement on the key elements of corporate due diligence, the relevant risks as well as the appropriate measures to address these risks must be determined for each sector. Ideally, an agreement on the same is reached by all relevant stakeholders.
- ▶ **Sector and multistakeholder initiatives:** As companies can only partially meet their due diligence obligations on their own, cooperation with relevant stakeholders is key. However, for such initiatives to effectively contribute to improving social and ecological conditions along the value chain, they, too, have to meet a number of requirements.
- ▶ **Certifications:** Certifications play a central role in fulfilling corporate due diligence obligations as they verify that companies adhere to certain sustainability criteria. In order for certifications to create environmental or social added value, action is required by various stakeholders: Certification owners need to develop suitable criteria and verification procedures, while certification bodies must also meet certain quality criteria.
- ▶ **Reporting standards:** Nonfinancial reporting is one of the key requirements of corporate due diligence. The report formulates recommendations for integrating due diligence into existing reporting standards.

The report subsequently examines in chapter 3 how due diligence obligations, and in particular environmental due diligence obligations, can be made binding and enforced through home state law of German companies. At its centre is the recommendation to create a new principle act (“Stammgesetz”) that integrates human rights and environmental due diligence obligations. Because of its comprehensive character, it is referred to here as the “big solution” (Kap. 3.1).

The starting point here is the concept of a statutory human rights due diligence obligation as has been discussed for some time in the legal policy and academic debate. This was particularly triggered by the publication of the UN Guiding Principles for Business and Human Rights. The proposal for a German *Act on the Obligation of Companies to Exercise Due Diligence in the Protection of Human Rights (Human Rights Due Diligence Act – HRDD Act)*⁸, developed on behalf of German non-governmental organisations, is taken into consideration as a reference regulation. To what extent can its concept be transferred to environmental protection in global value chains? The results show that a transfer is possible in principle, already given the procedural character of the (human rights) due diligence obligation alone. Its core elements of *risk analysis, prevention (including effectiveness control) and remediation* can generally be transferred to any material object; this applies all the more to organisational requirements for compliance management, such as the appointment of a compliance officer, the establishment of a whistleblowing channel or a complaints mechanism, as well as to the documentation obligations provided for in the draft *HRDD Act*. The regulations on the scope of application as well as the difficult issues of regulating the scope and depth of due diligence obligations in the value chain are also not specific to human rights, but can in principle equally be applied to environmental protection. Furthermore, essential structural elements of the draft HRDD Act can be adopted for the regulation of *environmental* due diligence obligations: The advantages of an overarching

⁸ Original legislative proposal in German language: Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, March 2016, p. 40-44; an English translation by James Patterson and Darrell Wilkins is available at: <https://corporatejustice.org/news/mhrdd-lawproposal-and-faq.pdf>.

principal act (“Stammgesetz”) spanning different industries and legal areas also apply to the environmental sector; here, too, concretisation through industry-specific additions is possible (and useful) and is preferable to numerous (uncoordinated) individual industry-specific stand-alone regulations. In principle, this also applies to the possible inclusion of a universal catalogue of objects of protection (“Schutzgüter”) – possibly with specific concretisations – instead of creating numerous individual regulations for different objects of protection.

The clear regulatory separation between the material due diligence obligation and the enforcement mechanisms is also suitable for transfer to environmental due diligence. This separation is provided for in the draft HRDD Act and enables legislators to flexibly, proportionately and at the same time dynamically push the norm addressees closer toward the standard of conduct desired in the long term.

The main challenge in transferring the regulatory approach from the draft HRDD Act to *environmental* protection concerns the determination of the material object of the due diligence obligation. The draft HRDD Act uses a relatively simple regulatory technique in that it refers to an enumerative catalogue of international human rights agreements for the definition of the *internationally recognised human rights* to whose protection the due diligence refers. In the environmental sector, this approach can at best serve as a starting point for determining the object of an environment-related due diligence obligation. This is due to the lack of a similarly conclusive set of international environmental agreements that would sufficiently, comprehensively and concretely regulate the essential environmental problems in global value chains. In this respect, alternative approaches to defining the object of environmental due diligence need to be developed. Thus, a (blanket) reference to local environmental regulations at the production site (“host state”), selective references to individual, precisely defined environmental regulations of the home state, selective (static) references to (international) soft law standards, as well as the development of environment-related general clauses are considered. Each of these approaches has its own advantages and weaknesses, such that a combination of the approaches suggests itself. However, this raises the regulatory difficulty of clarifying the relationship between the different reference points.

A further aspect that is examined in more detail concerns the constitutional requirements of certainty that must be imposed to an equal degree on statutory human rights and environmental due diligence obligations. In this context, the conceivable enforcement instruments are also addressed, as they are essential when assessing the intensity of the regulation’s intervention.

As a result, we recommend creating a new principle act (“Stammgesetz”) that integrates the human rights and environmental due diligence obligations and regulates them across legal areas and industries. This law should be, at least in the medium-term, concretised through industry-specific additions and enforced using a comprehensive mix of incentive and sanction mechanisms.

From a legal policy perspective, such a new principle act is the preferred option for achieving the regulatory objective as effectively as possible.

In addition, two alternative approaches are considered, namely regulatory options in corporate and commercial law (“small solution”) (Kap. 3.2) and the possibility of a corresponding amendment to the German Corporate Governance Code as a “minimal solution” (Kap. 3.3).

While the “small” solution can be considered, it is clearly inferior. The approach only appears to make sense if the “big solution” favoured here cannot be implemented for political reasons.

The “minimal solution” in the Corporate Governance Code, on the other hand, can ultimately only be considered as a supplement to a statutory regulation (whether as part of the “big” or “small” solution), assuming the form of a “*Grundsatz*” (principle) within the sense of the German

Corporate Governance Code. However, without fundamentally changing the institutional framework of the Code, the German legislator lacks the authority to order such an amendment to the Code by the independent Code Commission.

1 Einleitung

Unternehmen spielen im Kontext der Globalisierung und grenzüberschreitender Warenströme eine immer größere Rolle. Ihr Handeln kann sich sowohl positiv als auch negativ auf den Zustand der Umwelt und auf die Lebens- und Arbeitsbedingungen von Menschen auswirken.

Von global tätigen Unternehmen wird daher zunehmend erwartet, dass sie die Verantwortung für die (globalen) Auswirkungen ihrer Geschäftstätigkeit und Geschäftsbeziehungen übernehmen. Die Heimatstaaten der Unternehmen werden dabei ebenfalls in die Pflicht genommen und aufgefordert, globale soziale und ökologische Missstände, die mit unternehmerischen Aktivitäten in Verbindung stehen, zu beheben. So fordert etwa die Initiative Lieferkettengesetz – ein Bündnis aus zivilgesellschaftlichen Organisationen – ein deutsches Gesetz, wonach Unternehmen für Schäden an Mensch und Umwelt in ihren Lieferketten haften sollen.⁹

Nicht nur dem von der Initiative geforderten Lieferkettengesetz liegt dabei der Ansatz der Sorgfaltspflichten zugrunde. Vielmehr wird dieser seit Veröffentlichung der Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte der Vereinten Nationen (UN) im Jahr 2011 im Kontext nachhaltiger Unternehmensführung verstärkt diskutiert. Das Konzept sieht insbesondere vor, dass Unternehmen geeignete Verfahren etablieren, um ihre möglichen und tatsächlichen negativen Auswirkungen zu ermitteln und entsprechende (Gegen-)Maßnahmen ergreifen, um diese Auswirkungen zu vermeiden, zu beenden oder auch wiedergutzumachen, sofern bereits Schäden eingetreten sind.

Da unternehmerische Sorgfaltspflichten den Verantwortungsbereich von Unternehmen weit fassen und deren gesamte Wertschöpfungskette in den Blick nehmen, wird in ihnen die Chance gesehen, negative soziale und ökologische Auswirkungen von Unternehmen vor allem auch dort zu adressieren, wo nationale Umwelt- und Sozialstandards niedrig sind (Regelungsdefizit) oder unzureichend durchgesetzt werden (Vollzugsdefizit). Sorgfaltspflichten sollen somit zur Schließung von *governance gaps* oder Steuerungslücken beitragen, die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Globalisierung entstanden sind und mitunter zu gravierenden Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen führen.

Seit Verabschiedung der UN-Leitprinzipien wurden diverse Entwicklungen angestoßen. Dazu gehören die Erstellung und Umsetzung nationaler Aktionspläne¹⁰ (NAP) und die Überarbeitung bestehender sowie Schaffung neuer Standards unternehmerischer Verantwortung wie die OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct¹¹. In Deutschland wurde das Bündnis für nachhaltige Textilien (Textilbündnis)¹² am Konzept der Sorgfaltspflichten ausgerichtet und mit dem Grünen Knopf¹³ das erste Produktsiegel geschaffen, das auch detaillierte Sorgfaltspflichtenanforderungen auf Ebene der Unternehmen formuliert.

⁹ Weitere Informationen zu den Forderungen sowie ein von den Organisationen verfasstes Rechtsgutachten können unter folgendem Link eingesehen werden: <https://lieferkettengesetz.de/>

¹⁰ In Deutschland wurde der Nationale Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte (NAP) der Bundesregierung im Dezember 2016 vom Bundeskabinett beschlossen. Dieser soll Orientierung für die praktische Umsetzung der UN-Leitprinzipien geben und so einen Beitrag zur Verbesserung der weltweiten Menschenrechtslage entlang der Wertschöpfungsketten von Unternehmen leisten.

¹¹ Verfügbar unter: <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>, zuletzt geprüft am 28.02.2020

¹² Weitere Informationen verfügbar unter: <https://www.textilbuenndnis.com/>, zuletzt geprüft am 28.02.2020

¹³ Informationen zum Grünen Knopf und eine Übersicht der einzelnen Kriterien sind unter folgendem Link abrufbar: <https://www.gruener-knopf.de/>, zuletzt geprüft am 28.02.2020

Weiterhin wurde eine Reihe verbindlicher Rechtsvorschriften erlassen, darunter umfassende Regelungsansätze wie das französische Sorgfaltspflichtengesetz¹⁴, sektorspezifische Lösungen wie die EU-Konfliktmineralienverordnung¹⁵ oder auch rechtsgutbezogene Lösungen wie das niederländische Sorgfaltspflichtengesetz gegen Kinderarbeit¹⁶. In Berichterstattungspflichten fand das Konzept ebenfalls Eingang¹⁷. Laufende Aktivitäten umfassen u.a. Überlegungen der Europäischen Kommission, Sorgfaltspflichten für die Beschaffung von Mineralen in die Europäische Batterie-Richtlinie aufzunehmen.¹⁸

Im Zuge dieser Entwicklungen wurde der ursprünglich auf Menschenrechte zugeschnittene Ansatz zunehmend ausgeweitet und umfasst je nach Standard oder Rechtsvorschrift auch Auswirkungen auf die Umwelt sowie die Gesellschaft im umfassenderen Sinne, etwa im Kontext ethischer Geschäftspraktiken. Vor diesem Hintergrund formuliert der vorliegende Bericht Empfehlungen zur Umsetzung insbesondere umweltbezogener Sorgfaltspflichten durch Unternehmen.

Eine verbindliche Regelung ist aus Sicht der Autorinnen und Autoren unerlässlich, um eine möglichst flächendeckende und konsequente Umsetzung von Sorgfaltspflichten durch deutsche Unternehmen zu erreichen. So ergab etwa das Zwischenergebnis des von der Bundesregierung beauftragten Monitorings zum NAP, dass aktuell gerade einmal 17 bis 19 Prozent der befragten Unternehmen die Anforderungen des NAP an die menschenrechtliche Sorgfalt angemessen umsetzen (Auswärtiges Amt 28.02.2020).¹⁹ Doch auch bei einer gesetzlichen Lösung bedarf es einer Unterstützung der Unternehmen durch diverse Akteure, darunter die Politik, Standardorganisationen oder auch Branchenverbände.

Die Empfehlungen basieren auf einer ausführlichen Analyse des Konzepts unternehmerischer Sorgfaltspflichten und dessen theoretischen Einordnung, darunter ein Vergleich bestehender Standards und Rechtsvorschriften und eine Betrachtung von Umweltmanagementsystemen, Nachhaltigkeitsberichtstandards und anderen von Unternehmen genutzten Instrumenten zur Erfüllung von Sorgfaltspflichten.²⁰ Darüber hinaus sind die Ergebnisse einer im Rahmen des Vorhabens organisierten Konferenz²¹ sowie von mit ausgewählten Expertinnen und Experten geführten Interviews eingeflossen.

¹⁴ LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre [= Gesetz über die Sorgfaltspflicht der Muttergesellschaften und der auftraggebenden Unternehmen].

¹⁵ VO (EU) 2017/821 vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten, ABL L 130/1.

¹⁶ *Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid)* [Gesetz vom 24. Oktober 2019 zur Einführung einer Sorgfaltspflicht zur Vermeidung der Lieferung von Produkten und Dienstleistungen, die mithilfe von Kinderarbeit hergestellt worden sind; Übers. d. Verf.], Staatsblad 2019 Nr. 401 vom 13. November 2019, <https://www.eerstekamer.nl/9370000/1/i9vvkfvi6b325az/vl3khw8f3a00/f=y.pdf>. Eine inoffizielle englische Übersetzung kann unter folgendem Link abgerufen werden: <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labor-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-Companies>, zuletzt geprüft am 28.02.2020

¹⁷ Bsp. die sog. „CSR-Richtlinie“, RL 2014/95/EU vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen.

¹⁸ Richtlinie 2006/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 über Batterien und Akkumulatoren sowie Altbatterien und Alttakkumulatoren und zur Aufhebung der Richtlinie 91/157/EWG

¹⁹ Der Prozentsatz bezieht sich auf die rund 460 ausgewerteten Fragebögen. Insgesamt wurden ca. 3.300 Unternehmen kontaktiert.

²⁰ Siehe hierfür „Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung. Zwischenbericht Arbeitspaket 1 – Analyse der Genese und des Status quo“, verfügbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltbezogene-menschenrechtliche>, zuletzt geprüft am 28.02.2020

²¹ Die Konferenz „Verantwortung für Mensch und Umwelt: Unternehmen und ihre Sorgfaltspflichten“ fand am 19.09.2019 im Bundesumweltministerium in Berlin statt. Die Dokumentation der Konferenz kann unter folgendem Link abgerufen werden: <https://www.umweltbundesamt.de/konferenz-verantwortung-fuer-mensch-umwelt>

Im ersten Teil des Berichts werden Empfehlungen zur freiwilligen Umsetzung von unternehmerischen Sorgfaltspflichten für unterschiedliche Akteure formuliert (Kap. 2). Diese zielen unter anderem auf den NAP-Prozess, Umweltmanagement in Unternehmen oder auch Brancheninitiativen und Zertifizierungen ab.

Es folgen Ansätze zur rechtsverbindlichen Umsetzung von Sorgfaltspflichten durch gesetzliche Regelungen. Den Kern bilden dabei Empfehlungen zur Ausgestaltung eines neuen Stammgesetzes („Wertschöpfungskettengesetz“), dem als Referenzregelung der im Auftrag deutscher Nichtregierungsorganisationen entwickelte Vorschlag für ein deutsches *Gesetz über die unternehmerische Sorgfaltspflicht zum Schutz der Menschenrechte (MSorgfaltsG)*²² zu Grunde liegt (Kap. 3.1). Da es sich dabei um einen besonders umfassenden Regelungsansatz handelt, wird er hier als „große Lösung“ bezeichnet. Daneben werden zwei weitere Varianten untersucht, nämlich der gesetzlichen Verankerung im Kapitalgesellschaftsrecht und im Handelsrecht, als „kleine Lösung“ bezeichnet (Kap. 3.2), sowie im Deutschen Corporate Governance Kodex, als „Minimallösung“ bezeichnet (Kap. 3.3).

²² Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 40-44.

2 Empfehlungen für eine verbesserte Umsetzung von Sorgfaltspflichten in Unternehmen

Autorinnen: Dr. Nele Kampffmeyer und Cara-Sophie Scherf

Menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten nehmen grundsätzlich das einzelne Unternehmen in die Verantwortung. Damit die Unternehmen ihrer Sorgfaltspflicht in globalen Wertschöpfungsketten auch erfolgreich nachkommen können, ist jedoch das Zusammenspiel einer Vielzahl unterschiedlicher Akteure sowie die Implementierung diverser Instrumente notwendig.

Eine besondere Rolle hat dabei die deutsche Politik. Neben ihrer Zuständigkeit einen verbindlichen Rahmen für die Umsetzung von Sorgfaltspflichten durch Unternehmen zu setzen (siehe Kapitel 3), stehen ihr zudem eine Reihe weiterer Policy-Optionen offen.

Auf Bundesebene gibt es aktuell den Nationalen Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte (NAP), der insgesamt 50 Maßnahmen umfasst und thematisch von Exportfinanzierung über Capacity Building bis zur öffentlichen Beschaffung reicht. Weiterhin kann die Bundesregierung auf internationaler Ebene, beispielsweise in der EU, bei der OECD oder den UN, sorgfaltspflichtbezogene Prozesse und Vorhaben unterstützen oder auf die Agenda setzen. Der EU wiederum kommen ebenfalls eine Vielzahl von Aufgaben zu. Dazu gehören ebenfalls rechtliche Rahmensetzungen, aber auch die Integration von Sorgfaltspflichten in ihre diversen Strategien, Prozesse und Förderprogramme. Die internationalen Akteure nehmen insbesondere bei der Konkretisierung des Konzepts der Sorgfaltspflichten eine wichtige Rolle ein. Das einschlägigste Beispiel hierfür sind sicherlich die (sektorspezifischen) Leitfäden der OECD zur Umsetzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten.²³

Auch die Zivilgesellschaft und Gewerkschaften spielen eine bedeutende Rolle. Zum einen sind zivilgesellschaftliche Akteure sogenannte „Watchdogs“, die auf Probleme aufmerksam machen. Zum anderen vertreten sie in nationalen und internationalen Diskursen sowie in den dazugehörigen Multistakeholderforen sowohl die Interessen derjenigen, deren Menschenrechte (potenziell) verletzt werden, als auch die der Umwelt. Hier sind sowohl nationale als auch internationale Akteure von Bedeutung. Ähnlich wie die Zivilgesellschaft agieren Gewerkschaften als Interessenvertreter, wobei ihr Fokus auf Arbeitnehmerrechten liegt.

Der Vielzahl an relevanten Akteuren entsprechend haben Brancheninitiativen oder Branchendialoge, eine wichtige Funktion bei der Umsetzung von Sorgfaltspflichten. In Brancheninitiativen können zum einen die prozeduralen und inhaltlichen Anforderungen für den jeweiligen Sektor konkretisiert werden. Zum anderen ist die Möglichkeit der Zusammenarbeit bei der Entwicklung und Durchführung konkreter Maßnahmen vor Ort von Bedeutung. Nicht zuletzt können solche Brancheninitiativen auch eigene Zertifizierungen entwickeln.

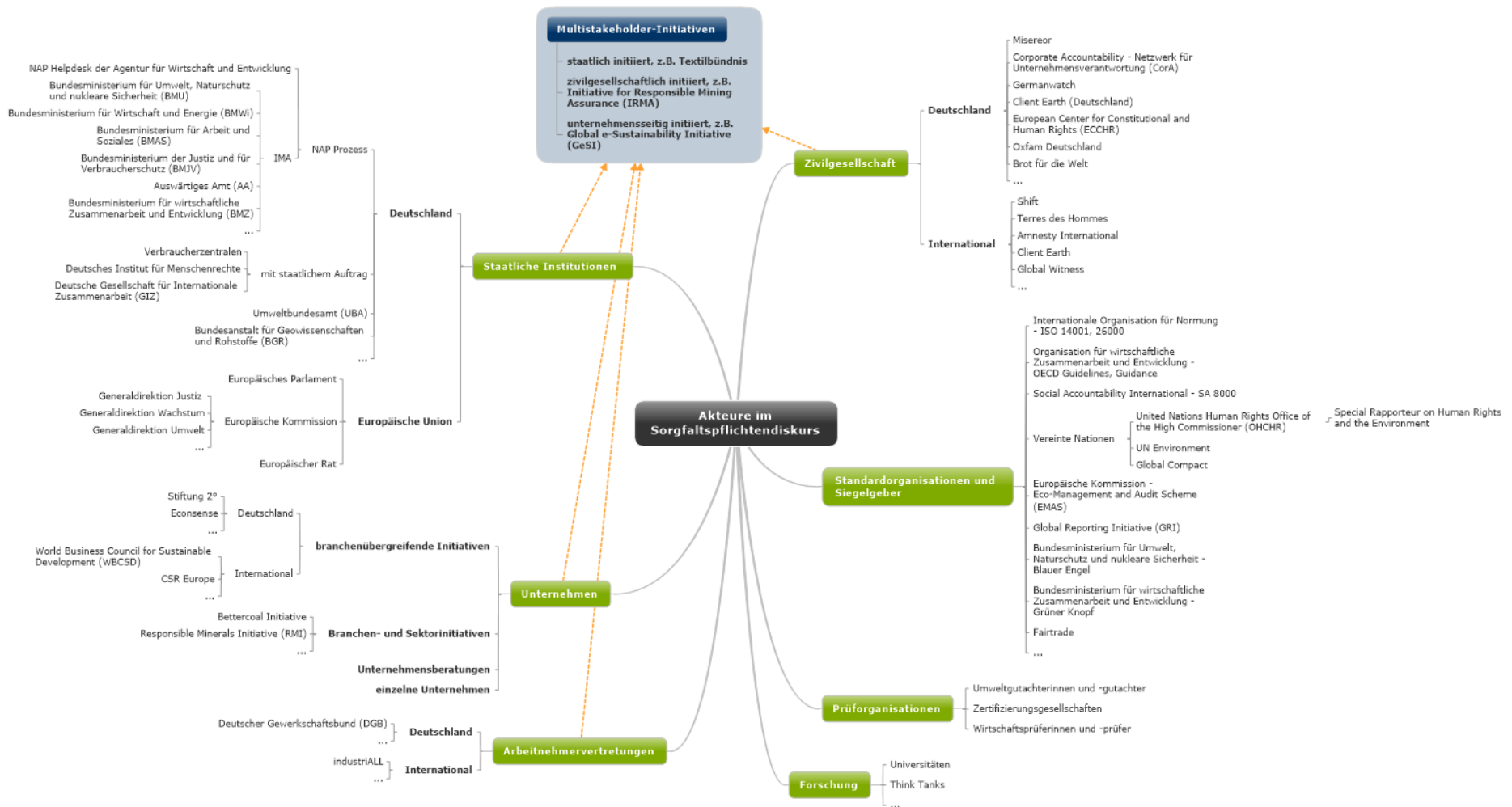
Zertifizierungen sind für die Unternehmen bei der praktischen Umsetzung von Maßnahmen vor Ort ebenfalls von großer Bedeutung. Denn sie helfen vor allem, unternehmerisches Engagement zu vereinheitlichen und zu verifizieren. Solche Zertifizierungen wiederum müssen über geeignete Prüfverfahren verfügen, um sicherzustellen, dass die jeweiligen Anforderungen auch tatsächlich eingehalten werden. Die Bandbreite an Zertifizierungen ist dabei sehr hoch. So können beispielsweise Lieferketten, Produkte, Unternehmensstandorte oder auch ganze Unternehmen zertifiziert werden. Das Eco-Management und Audit Scheme (EMAS) beispielsweise zertifiziert Organisationen und deren Standorte. Verbrauchersiegel wie der

²³ Verfügbar unter: <https://mneguidelines.oecd.org/duediligence/>, zuletzt geprüft am 04.03.2020

Global Organic Textile Standard (GOTS) hingegen überprüfen vor allen Dingen die Lieferkette und sind als Auszeichnung an den Produkten zu finden.

Einen exemplarischen Überblick zu den Akteuren, der keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, bietet die untenstehende Grafik (Abbildung 1). Neben den oben bereits genannten Akteuren ist außerdem die Wissenschaft von Bedeutung, aber auch Prüforganisationen, die die Einhaltung der Anforderungen unterschiedlicher Zertifizierungen sicherstellen. Unternehmen nehmen auf unterschiedliche Weise eine wichtige Rolle ein: Neben den einzelnen Unternehmen, können Verbände und Initiativen, in denen Unternehmen einer oder mehrerer Branchen zusammenkommen, einen Beitrag zur Erfüllung von Sorgfaltspflichten leisten. Sie bieten unter anderem eine Plattform für Diskussion und Austausch von Lernerfahrungen und Good Practice Beispielen. Außerdem tragen sie zur Entwicklung von Branchenstandards bei. Multistakeholder-Initiativen nehmen eine Sonderstellung dahingehend ein, dass in ihnen verschiedenste Interessensgruppen wie Unternehmen, staatliche Institutionen oder auch zivilgesellschaftliche Akteure auf freiwilliger Basis zusammenkommen.

Abbildung 1: Für die Umsetzung von Sorgfaltspflichten relevante Akteure



Quelle: eigene Darstellung

Im Folgenden werden nun Handlungsempfehlungen für die unterschiedlichen Akteure und Akteursgruppen formuliert. Diese sind zunächst nach thematischen Ansätzen geclustert. Die thematischen Ansätze und die dort aufgeführten Handlungsempfehlungen basieren auf der vorangegangenen Analyse im Rahmen dieses Forschungsvorhabens,²⁴ auf den Ergebnissen der Konferenz des Bundesumweltministeriums, Bundesjustizministeriums und des Umweltbundesamtes „Verantwortung für Mensch und Umwelt: Unternehmen und ihre Sorgfaltspflichten“²⁵ und auf Interviews mit Expertinnen und Experten aus OECD, EU, Brancheninitiativen sowie der Zertifizierung.

Die Cluster sind:

- ▶ **Nationale Aktionspläne für Wirtschaft und Menschenrechte:** Hierbei handelt es sich um den zentralen Mechanismus der UN zur Umsetzung von unternehmerischen Sorgfaltspflichten. Die Pläne werden von den Regierungen unter Einbeziehung der relevanten Stakeholder erstellt und beinhalten vor allen Dingen zukünftige Maßnahmen, mittels derer die Einhaltung unternehmerischer Sorgfaltspflichten unterstützt und eingefordert werden soll.
- ▶ **Umweltmanagement:** Bei EMAS und ISO 14001 handelt es sich um etablierte Umweltmanagementsysteme. Bei den Handlungsempfehlungen geht es darum, deren potenziellen Beitrag zur Erfüllung umweltbezogener Sorgfaltspflichten entlang der Wertschöpfungskette zu erhöhen.
- ▶ **Inhaltliche Standardisierung:** Während bezüglich der Kernelemente unternehmerischer Sorgfaltspflichten Einvernehmen besteht²⁶, müssen branchenbezogen sowohl die jeweiligen relevanten Risiken als auch die geeigneten Maßnahmen zur Minimierung dieser Risiken identifiziert und idealerweise ein diesbezügliches Einvernehmen zwischen den jeweils relevanten Stakeholdern erreicht werden.
- ▶ **Branchen- und Multistakeholder-Initiativen:** Da Unternehmen den Herausforderungen unternehmerischer Sorgfaltspflichten nur teilweise im Alleingang begegnen können, ist die Kooperation zwischen Unternehmen und deren Stakeholdern zentral. Damit solche Initiativen aber tatsächlich einen substantiellen Beitrag zur Verbesserung der sozialen und ökologischen Bedingungen entlang der Wertschöpfungskette leisten können, müssen sie eine Reihe von Anforderungen erfüllen, die in diesem Abschnitt erläutert werden.
- ▶ **Zertifizierungen:** Zertifizierungen spielen eine zentrale Rolle bei der Erfüllung unternehmerischer Sorgfaltspflichten. Sie signalisieren nach außen, dass bestimmte, idealerweise einsehbare Kriterien, erfüllt wurden. Damit solche Zertifizierungen einen

²⁴ Scherf, Cara-Sophie; Gailhofer, Peter; Kampffmeyer, Nele; Hilbert, Inga; Schleicher, Tobias (2019): Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung. Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo.

²⁵ Die Dokumentation der Konferenz kann hier abgerufen werden: <https://www.umweltbundesamt.de/konferenz-verantwortung-fuer-mensch-umwelt>, zuletzt geprüft am 22.04.2020

²⁶ Siehe hierzu: Scherf, Cara-Sophie; Gailhofer, Peter; Kampffmeyer, Nele; Hilbert, Inga; Schleicher, Tobias (2019): Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung. Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, S. 26-55.

tatsächlichen ökologischen oder sozialen Mehrwert bieten, müssen unterschiedliche Akteure zusammenwirken. Die Träger der Zertifizierung sind für die Formulierung der inhaltlichen Anforderungen zuständig und/oder für die Einrichtung geeigneter Prüfverfahren. Die Prüforganisationen wiederum müssen ebenfalls bestimmte Qualitätskriterien erfüllen.

- **Nachhaltigkeitsberichtstandards:** Die unternehmerische Berichterstattung zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten ist eines der Kernelemente des Ansatzes. Hier erfolgen Empfehlungen zur Integration in bestehende Nachhaltigkeitsberichtstandards.

2.1 Nationale Aktionspläne

Die nationalen Aktionspläne stellen einen zentralen Mechanismus zur Umsetzung der UN-Leitprinzipien dar. Neben Deutschland hat eine Vielzahl von Ländern bereits solche Aktionspläne erstellt.²⁷ Zur Erstellung dieser Aktionspläne waren die Länder aufgefordert, in einem ersten Schritt den aktuellen Stand hinsichtlich relevanter Regelungen, die im Zusammenhang mit unternehmerischen Sorgfaltspflichten stehen, zu erarbeiten (Baseline-Assessment). In einem zweiten Schritt sollten die Länder, zusammen mit nationalen Stakeholdern wie Unternehmensverbänden, der Zivilgesellschaft oder den Gewerkschaften, Maßnahmenpläne erstellen, die dazu führen, dass sowohl der jeweilige Staat als auch die nationalen Unternehmen ihre menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten in der Zukunft stärker wahrnehmen.²⁸ Somit stellt der deutsche NAP mit geplanten Maßnahmen eine wesentliche Grundlage für die Umsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten dar. Damit ein solcher Plan effektiv wirksam wird, muss er jedoch verschiedene Kriterien erfüllen.

Bundesregierung: *Fortschrittsüberprüfung aller Maßnahmen im deutschen NAP sowie Zeitplan zur Aktualisierung*

Querauswertungen oder Sammlungen von Best Practice Beispielen aus verschiedenen NAPs, wie sie beispielsweise die schottische Menschenrechtskommission durchgeführt hat, konstatieren, dass der deutsche NAP bezogen auf einzelne Aspekte als einer der besseren bewertet werden kann. So beispielsweise in Bezug auf die Beteiligung der Stakeholder beim Bearbeitungsprozess.²⁹ Bei anderen Aspekten gibt es laut Studie jedoch noch Verbesserungsbedarf – insbesondere bei der Überprüfung der tatsächlichen Umsetzung und bei der Konkretisierung der Maßnahmen. Es besteht zwar ein als NAP-Monitoring bezeichnetes Verfahren, dass sich auf die Umsetzung der Sorgfaltspflichten durch die Unternehmen bezieht.³⁰ Eine entsprechende Fortschrittsüberprüfung für die weiteren 49 angekündigten Maßnahmen der Bundesregierung scheint es – zumindest formal verankert – bislang nicht zu geben.

Mit Ausnahme des Unternehmensmonitorings ist keine der Maßnahmen terminiert, zudem werden die verantwortlichen Akteure beziehungsweise Ministerien nicht benannt. Weiterhin ist

²⁷ Für eine Übersicht sowie verschiedene Auswertungen siehe: <https://globalnaps.org/>, zuletzt geprüft am 07.11.2019.

²⁸ Der deutsche NAP ist hier verfügbar: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft-menschenrechte-data.pdf>, zuletzt geprüft am 20.04.2020.

²⁹ Scottish Human Rights Commission (2019): Business and Human Rights National Action Plans. Comparative Review of Global Best Practices.

³⁰ Auswärtiges Amt (09.04.2020): Monitoring zum Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte. Online verfügbar unter <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/aussenwirtschaft/wirtschaft-und-menschenrechte/monitoring-nap/2124010>, zuletzt geprüft am 06.06.2017

eine Reihe der Maßnahmen noch sehr unkonkret³¹ und es gibt kein formalisiertes Verfahren zur Berichterstattung über die Fortschritte bei der Umsetzung des NAP oder einen Zeitplan zur Aktualisierung.

Alle oben genannten Punkte sollten in einem ganzheitlichen Verfahren zur Fortschrittsüberprüfung zum NAP adressiert werden. Hinweise zur praktischen Ausgestaltung eines solchen Verfahrens finden sich beispielsweise im NAP Toolkit³² oder in der Best Practice Auswertung der schottischen Menschenrechtskommission³³.

Bundesregierung: *Formelle Integration von Umweltaspekten in den NAP*

Die Analyse im ersten Teil dieses Vorhabens hat eindeutig zu der Schlussfolgerung geführt, dass der Sorgfaltspflichtenansatz systematisch auf den Bereich der Umwelt ausgeweitet werden sollte.³⁴ Zum einen gibt es eine Vielzahl direkter und indirekter Verbindungen von Umweltbeeinträchtigungen und Menschenrechten. Zum anderen aber sollten Umweltaspekte ein eigenständiger Teil der Sorgfaltspflichten werden, da eine intakte Umwelt unabdingbare Grundvoraussetzung für die Erfüllung von Menschenrechten und eine nachhaltige Entwicklung ist.

Bisher sind Umweltthemen allenfalls indirekt, das heißt bei der Gefährdung von Menschenrechten, Bestandteil des NAP. Allerdings wird auch dieser Zusammenhang nicht explizit genannt. Gleiches gilt für den Berliner CSR-Konsens zur Unternehmensverantwortung in Liefer- und Wertschöpfungsketten (CSR-Konsens) – auch hier sind Umweltthemen nur implizit enthalten.

Deshalb wäre bei einer zu erwartenden Neufassung³⁵ beider Dokumente darauf hinzuwirken, dass die Umweltdimension formell als eigenständiger Teil der zu erfüllenden Sorgfaltspflichten aufgeführt wird.

Bundesregierung: *Explizite Adressierung der Nutzungs- und Nachnutzungsphase im NAP*

Während wesentliche Anteile der menschenrechtlichen und umweltbezogenen Auswirkungen von Produkten auch in der Nutzungs- und der Nachnutzungs- oder Entsorgungsphase³⁶ anfallen können, fokussiert der NAP bisher stark auf die Lieferketten und damit auf die Herstellungsphase. Die UN-Leitprinzipien und darauf aufbauende Standards sehen demgegenüber vor, dass Unternehmen ihre sämtlichen negativen Auswirkungen, vorgelagerte, standortbezogene wie nachgelagerte, in den Blick nehmen. Um die tatsächlichen Umweltauswirkungen der deutschen Unternehmen im Sinne des Sorgfaltspflichtenkonzeptes zu adressieren, sollte also die Lebenszyklus- beziehungsweise Wertschöpfungskettenperspektive im NAP verstärkt und mit politischen Maßnahmen unterlegt werden.

³¹ So beispielsweise folgende Maßnahme: „Zudem wird die Bundesregierung die Reformprozesse in internationalen Finanzinstitutionen weiterhin mit dem Ziel begleiten, deren operative Arbeit stärker an Menschenrechten auszurichten.“ Hier ist nicht erkennbar, wer zu welchem Zeitpunkt welche konkreten Schritte unternehmen wird.

³² ICAR; The Danish Institute for Human Rights: National Action Plans on Business and Human Rights Toolkit. 2017 Edition, S. 36-39.

³³ Scottish Human Rights Commission (2019): Business and Human Rights National Action Plans. Comparative Review of Global Best Practices, S. 18-30.

³⁴ Scherf, Cara-Sophie; Gailhofer, Peter; Kampffmeyer, Nele; Hilbert, Inga; Schleicher, Tobias (2019): Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung. Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo.

³⁵ Laut Titelblatt gilt der aktuelle NAP nur bis 2020 (vgl. Deutsche Bundesregierung 2016), woraus sich schließen ließe, dass eine Neufassung geplant ist. Allerdings gibt es hierzu – soweit erkennbar – noch keinen politischen Prozess.

³⁶ Siehe hierzu u.a. Kampffmeyer, Nele; Gailhofer, Peter; Scherf, Cara-Sophie; Schleicher, Tobias; Westphal, Ida (2018): Umweltschutz wahrt Menschenrechte! Unternehmen und Politik in der Verantwortung. Berlin (Öko-Institut Working Paper, 3/2018).

Zu diesen konkreten Maßnahmen könnte auf rechtlicher Ebene beispielsweise die Erhöhung produktbezogener Umweltstandards oder aber die Ausweitung der Produktverantwortung gehören.

Forschung: Im Sinne der Identifizierung von Best Practices, sollten alle bestehenden NAPs hinsichtlich der Integration von Umweltthemen gescreent werden.

EU: *Review und Monitoring der NAP-Prozesse in den Mitgliedstaaten*

Die EU hat ihre Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, Aktionspläne zu erarbeiten.³⁷ Es existiert aber kein darüber hinaus gehender Prozess, der sicherstellen würde, dass die Mitgliedstaaten überhaupt einen NAP erstellen. Ebenso wenig bestehen Mechanismen zur Sicherstellung qualitativer Anforderungen oder eine andere Form des systematischen Reviews.

Da eine Reihe von Mitgliedstaaten bisher keinen NAP erstellt hat und die Qualität der bestehenden NAPs stark schwankt,³⁸ sollte ein solcher Prozess auf EU-Ebene eingeführt werden. Hier könnte es sich auch um eine Art Peer-Review-Prozess mit Elementen des Peer-Learning handeln, das heißt die EU-Mitgliedstaaten könnten diese Reviews untereinander durchführen und würden dabei gleichzeitig von den Erfahrungen und Ansätzen der anderen Länder lernen.

EU: *Entwicklung eines eigenen NAP*

Die EU sollte einen eigenen *supranationalen* Aktionsplan erstellen. Dies vor allen Dingen deshalb, weil sie verantwortlich ist für zentrale sorgfaltspflichtenrelevante Politikfelder wie etwa die Aushandlung von Handelsabkommen und zudem weite Teile beispielweise der Umweltgesetzgebung auf EU-Ebene liegen. Eine Arbeitsgruppe des Europäischen Parlaments hat hierzu bereits einen eigenen „Schatten-EU-Aktionsplan“ erarbeitet.³⁹ Eine entsprechende Forderung war auch Ergebnis einer Konferenz im Rahmen der finnischen EU-Ratspräsidentschaft.⁴⁰ Allerdings lag in dieser Diskussion der Schwerpunkt auf den Menschenrechten und nicht auf dem Thema Umwelt. Die Bundesregierung sollte sich für die Entwicklung eines EU-NAP einsetzen und eine Integration des Umweltschutzes befürworten.

2.2 Umweltmanagement

EU, Bundesregierung und ISO: *Weiterentwicklung von EMAS und ISO 14001 hinsichtlich der Anforderungen des Sorgfaltspflichtenansatzes*

Anders als im Bereich der Menschenrechte gibt es für Umweltthemen bereits langjährig erprobte und etablierte Managementverfahren in Unternehmen. Deshalb ist es ein zielführender Ansatz, die umweltbezogenen Anforderungen von Sorgfaltspflichten entweder ganz über diese Umweltmanagementsysteme (UMS) abzudecken oder aber zu eruieren, wo sinnvolle Schnittstellen bestehen. Dies insbesondere deshalb, weil die UMS ebenfalls einer prozeduralen Logik folgen und inzwischen fordern, dass die Umweltauswirkungen über den gesamten

³⁷ Europäische Kommission (2011): Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR). Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Brüssel. Online verfügbar unter <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/DE/1-2011-681-DE-F1-1.Pdf>, zuletzt geprüft am 20.11.2017, S. 17.

³⁸ So hat bspw. eine Mehrheit der Staaten, EU und nicht-EU, kein Baseline Assessment, in dem im Vorfeld der Erarbeitung der NAPs der nationale Status quo erfasst werden soll, durchgeführt (Morris et al. 2018).

³⁹ RBC Group of the European Parliament (o.J.): Shadow EU Action Plan on the Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights within the EU.

⁴⁰ Finnish Government (2019): Agenda for Action on Business and Human Rights. Outcome Paper of the Business and Human Rights Conference organized by Finland's Presidency of the Council of the European Union.

Lebensweg der Produkte und Dienstleitungen der Unternehmen und nicht nur auf deren einzelne Standorte im Umweltmanagement zu berücksichtigen sind.⁴¹ Allerdings handelt es sich bei dieser Ausweitung auf die gesamte Wertschöpfungskette um eine relativ neue Anforderung, die den Unternehmen größere Ermessensspielräume in der Umsetzung gibt und bisher, im Sinne des Sorgfaltspflichtenansatzes, nur partiell umgesetzt wird.

- ▶ *Ausweitung der Umweltpolitik in UMS auf Sorgfaltspflichten:* Die Berücksichtigung von Sorgfaltspflichten in Liefer- und Wertschöpfungsketten sollten verbindliche Anforderung bei der Formulierung der unternehmerischen Umweltpolitik werden.
- ▶ *Vereinheitlichung der Anforderungen an die risikobasierte Herangehensweise:* Aufgrund der Vielzahl an Lieferanten und der Komplexität von Liefer- und Wertschöpfungsketten sind Verfahren notwendig, um eine sinnvolle Konzentration auf die wesentlichen Umweltthemen in den Wertschöpfungsketten eines Unternehmens zu ermöglichen. Zwar sehen EMAS und die ISO 14001 einen risikobasierten Ansatz vor, im Sinne einer einheitlichen Erwartungshaltung an die Unternehmen wäre jedoch zu empfehlen, das Risikoverständnis des Sorgfaltspflichtenansatzes (d.h. potenzielle negative Auswirkungen auf Dritte und die Umwelt) explizit aufzunehmen bzw. die Anforderungen an die Risikoanalyse kompatibel zu gestalten.
- ▶ *Monitoring:* Da die Ausweitung von EMAS und ISO 14001 auf die gesamte Liefer- und Wertschöpfungskette noch relativ neu ist und nach Aussagen von Expertinnen und Experten bisher höchstens partiell angewendet wird, sollte eine Untersuchung, beispielsweise durch das UBA, zur tatsächlichen Umsetzung durchgeführt werden. Dies kann zudem zur Identifizierung von Best Practices, aber auch von Unterstützungsbedarfen dienen. Für die Zukunft wäre zudem ein regelmäßiges Monitoring wünschenswert.
- ▶ *Unterstützung, Weiterbildung und Sensibilisierung der Unternehmen:* Unternehmen und ihre jeweiligen Umweltbeauftragten müssen dazu befähigt werden, die gesamte Wertschöpfungskette im Sinne der Sorgfaltspflichten in den Blick zu nehmen. Schulungen z. B. zur Vermittlung von Best Practices werden hierfür notwendig sein, ebenso wie eine unternehmensinterne Kommunikation, die allgemein zur Thematik sensibilisiert. Hierfür könnten Unternehmensnetzwerke, aber z.B. auch der Umweltgutachterausschuss in Zusammenarbeit mit dem BMU, UBA und dem DIHK entsprechende Konzepte und Hilfestellungen erarbeiten.
- ▶ *Fachkundeanforderungen für Umweltgutachterinnen und -gutachter und Umweltauditorinnen und -auditoren:* Weiterhin könnte die Fachkundeanforderungen für Umweltgutachterinnen und Umweltgutachter (EMAS) und Umweltauditorinnen und -auditoren (ISO 14001) hinsichtlich der Frage, wie Umweltauswirkungen entlang von Wertschöpfungsketten im Sinne des Sorgfaltspflichtenansatzes zu berücksichtigen sind, geschärft werden. Für EMAS böte sich eine entsprechende Konkretisierung der UAG-Fachkunderichtlinie und der Leitlinie zur Prüfung nach EMAS an, die der Umweltgutachterausschusses erstellt. Im ISO-Bereich könnte dies in die Norm ISO/IEC 17021-2 eingehen, die Anforderungen an die

⁴¹ BMU; UBA (Hg.) (2019): Protokoll Arbeitsgruppe 2: Wie können Sorgfaltspflichten und Umweltmanagementsysteme verknüpft werden? Verantwortung für Mensch und Umwelt: Unternehmen und ihre Sorgfaltspflichten. BMU, 19. September 2019.

Kompetenz für die Auditierung und Zertifizierung von Umweltmanagementsystemen enthält.

Unternehmensverbände, -netzwerke, IHKs, AHKs, Nationale Kontaktstelle für die OECD-Leitsätze (NKS): *Sensibilisierung und Capacity Building zu umweltbezogenen Sorgfaltspflichten*

Unternehmensverbände und andere unternehmens- und/oder industrieübergreifenden Akteure wie die Industrie- und Handelskammern (IHK), Außenhandelskammern (AHK), die Agentur für Wirtschaft und Entwicklung (AWE) und die Nationale Kontaktstelle für die OECD-Leitsätze (NKS) sind Schlüsselakteure, da sie in ihrer täglichen Arbeit mit einer Vielzahl von Unternehmen in Kontakt stehen. Ihnen kommt daher eine wichtige Rolle in der Informationsvermittlung, der Sensibilisierung und im Capacity Building (z. B. Schulungen) zu.

Unternehmen: *praktische Umsetzung umweltbezogener Sorgfaltspflichten*

- ▶ *Integration der für Menschenrechte und Umwelt jeweils zuständigen Abteilungen:* Umweltmanagementabteilungen und „CSR“-Abteilungen sind in den Unternehmen in der Regel organisatorisch getrennt und interagieren bestenfalls sporadisch miteinander. Dies führt zu Informationsverlusten. Zudem wird die Einigung auf gemeinsame Standards, Verfahren und Ziele erschwert. Um die beiden Ebenen besser miteinander zu verknüpfen, müssten diese beiden Einheiten stärker integriert arbeiten, beispielsweise über ein entsprechendes Gremium. Hierfür könnten unter anderem Best Practice Beispiele zur Verschneidung der Themen Umweltschutz und Menschenrechte in Unternehmen gesammelt werden
- ▶ *„Lernen“ von den Erfahrungen bei der Umsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten:* Das bisherige Umweltmanagement bezieht sich schwerpunktmäßig auf die Standorte des eigenen Unternehmens. Sollen entlang der gesamten Wertschöpfungskette ökologische Standards verbessert werden, wird sich die Art der getroffenen Maßnahmen unterscheiden, da vornehmlich die Umweltauswirkungen bei Unternehmen in der Liefer- und Wertschöpfungskette betroffen sind. Die Herausforderungen im Umwelt- und Menschenrechtsbereich ähneln sich dabei, sodass auch ähnliche Lösungsansätze verfolgt werden können. Zu den im Menschenrechtsbereich entwickelten Lösungsansätzen gehören unter anderem die Bündelung von Marktmacht (siehe Brancheninitiativen) zur Durchsetzung von Anforderungen in der Lieferkette, die Unterstützung von Lieferanten, die Identifizierung und Adressierung von Schlüsselakteuren und Knotenpunkten in der Lieferkette, Zertifizierungen oder Lieferantenaudits und langfristige Lieferantenbeziehungen.

2.3 Inhaltliche Standardisierung

Sowohl seitens der Wirtschaft als auch der Politik gibt es mitunter Befürchtungen, dass die Sorgfaltspflichtenanforderungen in verschiedenen Standards sehr unterschiedlich sein können. Die Ergebnisse dieses Vorhabens, in dem auch ein Vergleich der Anforderungen in den unterschiedlichen Standards vorgenommen wurden,⁴² stützen diese Befürchtungen grundsätzlich nicht. Zwar variieren bestehende Standards und Rechtsvorschriften mitunter in

⁴² Scherf, Cara-Sophie; Gailhofer, Peter; Kampffmeyer, Nele; Hilbert, Inga; Schleicher, Tobias (2019): Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung. Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, S. 64-69.

ihrer thematischen Abdeckung, ihrem Adressatenkreis oder ihren konkreten Pflichten (Beispiel: Berichterstattung versus umfassendes Sorgfaltspflichtengesetz), folgen jedoch einem gemeinsamen Grundverständnis unternehmerischer Sorgfaltspflichten.

Gleichzeitig bestehen in der Praxis Unsicherheiten fort insbesondere bezüglich der relevanten Risiken und der Angemessenheit von Maßnahmen. So musste laut interviewten Expertinnen und Experten beispielsweise im Textilbündnis ein ausführlicher Aushandlungsprozess stattfinden, bis sich alle Stakeholder darauf einigen konnten, welche Risiken für die Branche am relevantesten sind. Bei der Frage wiederum, wie auf identifizierte und priorisierte Risiken reagiert werden sollte, sind eindeutige Antworten weiterhin schwierig. Ob ein Engagement zur Verbesserung der Produktionsbedingungen, z. B. durch optimierte Audits, Erfolgsaussichten hat oder nach Prüfung aller Handlungsoptionen letztendlich nur der Rückzug aus einem bestimmten Produktionsland bleibt, ist kaum allgemein zu beantworten, da die Gegebenheiten sich insbesondere von Branche zu Branche unterscheiden.

Für umweltbezogene Sorgfaltspflichten besteht darüber hinaus die Problematik, dass es nicht den einen global anerkannten Anforderungskatalog gibt, wie ihn die verschiedenen Menschenrechtsübereinkommen darstellen (vgl. hierzu auch Kapitel 3.1.2.1).

Einen bedeutenden Schritt zur Konkretisierung hat hier die OECD mit ihren branchenbezogenen Leitfäden getan, die unter anderem auch den Bezugspunkt für unterschiedliche aktuelle und geplante Rechtsvorschriften bilden.⁴³ Weiterhin wurde 2018 die OECD Due Diligence Guidance veröffentlicht, die branchenübergreifend zur Operationalisierung des Sorgfaltspflichtenansatzes dienen soll.⁴⁴ Nach Interviewinformationen sind für die Zukunft zwar weitere Leitfäden geplant, allerdings vorerst keine im Format der bisherigen branchenspezifischen und auf Stakeholderdialogen basierenden Leitfäden. Von besonderem Interesse sind dabei geplante Leitfäden, die die Sorgfaltspflichten für spezifische Umweltthemen wie den Klimawandel oder den Umgang mit Kunststoffen konkretisieren und operationalisieren.

Bundesregierung: *Unterstützung der Entwicklung eines globalen Umweltstandards für Unternehmen*

Es wäre hilfreich für die Umsetzung umweltbezogener Sorgfaltspflichten, wenn ein global anerkannter unternehmensbezogener Umweltstandard entwickelt würde, der als Referenzrahmen für die unternehmerischen Sorgfaltspflichten dienen könnte. Dieser Prozess sollte von der Bundesregierung initiiert oder unterstützt werden. Ein solcher Standard könnte beispielsweise auf UN-Ebene in die Verhandlungen zum Globalen Umweltpakt⁴⁵ integriert werden. Eine andere Option wäre die Initiierung eines entsprechenden Prozesses bei der ISO.

⁴³ Siehe hierzu: FAO; OECD (Hg.) (2016): OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains. Online verfügbar unter <https://mneguidelines.oecd.org/oecd-fao-guidance.pdf>, zuletzt geprüft am 22.03.2019; OECD (2016): OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition. OECD Publishing, Paris. Online verfügbar unter <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf>, zuletzt geprüft am 07.05.2018; OECD (2017a): OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector. Online verfügbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264252462-en.pdf?expires=1553765775&id=id&accname=ocid56027324&checksum=F2869DA34B3971C08B67A24A8AF50BCE>, zuletzt geprüft am 28.03.2019; OECD (2017b): OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector. Online verfügbar unter <https://mneguidelines.oecd.org/oecd-due-diligence-guidance-garment-footwear.pdf>, zuletzt geprüft am 22.03.2019.

⁴⁴ OECD (2018): OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct. OECD Publishing. Online verfügbar unter <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>, zuletzt geprüft am 22.03.2019.

⁴⁵ Global Pact for the Environment, weitere Informationen verfügbar unter: <https://globalpactenvironment.org/en/>, zuletzt geprüft am 18.05.2020

Bundesregierung, EU: *Integration von Sorgfaltspflichten in Strategien, Programme und Gesetzesvorhaben*

Um Politikkohärenz zu gewährleisten, ist es notwendig, Sorgfaltspflichten als Querschnittsthema in allen relevanten Strategien, Programmen und Gesetzesvorhaben zu integrieren, die Wertschöpfungsketten betreffen. Aktuelle Beispiele auf Ebene der EU wären der im Rahmen des European Green Deals 2020 fortgeschriebene Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft mit seinen vielfältigen Maßnahmen, wie bspw. einem neuen Rechtsrahmen für Batterien.

Bundesregierung, EU, OECD, Forschung: *Monitoring der Umsetzung der branchenübergreifenden OECD Due Diligence Guidance*

Der große Vorteil der branchenbezogenen Leitfäden ist die klare Benennung branchenspezifischer Risiken und die Erläuterung konkreter geeigneter Maßnahmen. Dies entfällt in der branchenübergreifend gültigen OECD Due Diligence Guidance. Inwieweit die Branchen inklusive der jeweils relevanten Stakeholder, für die es bisher keine spezifischen Leitfäden gibt, in der Lage sind ein einheitliches Verständnis zu entwickeln, sollte beobachtet werden – besonders im Vergleich zu denjenigen Branchen, für die es spezifische Leitfäden gibt.

Bundesregierung, EU, OECD: *Erstellung weiterer Leitfäden für andere Branchen*

Sollte sich herausstellen, dass die Orientierungsfunktion durch die übergreifende OECD Due Diligence Guidance nur unzureichend erfüllt werden kann, sollte die OECD ihre Entscheidung, keine weiteren branchenspezifischen Leitfäden zu erstellen, überdenken.

Diesen Wunsch könnte auch die deutsche Politik in die OECD einbringen. Sollte dort weiterhin keine Bereitschaft bestehen, müsste ein alternativer Akteur identifiziert werden, der über ausreichend Kompetenz und Glaubwürdigkeit verfügt. Denkbar wären etwa der Global Compact der UN, die EU-Kommission z. B. DG GROW oder aber die ISO.

Dieser Wunsch könnte beispielsweise auf dem OECD „Global Forum for Responsible Business Conduct“ durch die deutsche Regierung platziert werden.

OECD: *Zielsetzungen in den Leitfäden zu Umweltthemen*

Bisher fokussieren die Leitfäden der OECD auf die Prozessdimension, sowie auf die Benennung branchenspezifisch besonders relevanter Risiken und möglicher Maßnahmen. Gerade für die Umweltdimension wären darüber hinaus auch Vorgaben zu notwendigen Zielsetzungen wünschenswert – beispielsweise dazu, welche CO₂-Minderungsziele Unternehmen sich in welchem Zeitrahmen setzen sollten.

OECD: *Überprüfung der Ambitionsniveaus von Brancheninitiativen und Zertifizierungen über Alignment-Prozesse*

Am Beispiel des Textilbündnisses wurde deutlich, dass der OECD-Alignment-Prozess⁴⁶ einen wesentlichen Beitrag dazu leisten konnte, die Ziele und Vereinbarungen des Bündnisses den Anforderungen des OECD-Leitfadens zu verantwortlichen Lieferketten im Textilsektor⁴⁷ anzugleichen und das Ambitionsniveau der Brancheninitiative insgesamt anzuheben. Besonders wo eine Vielzahl an Brancheninitiativen oder auch Zertifizierungen existiert, kann hierüber nicht

⁴⁶ In sogenannten Alignment Assessments überprüft die OECD inwieweit ausgewählte Brancheninitiativen und Zertifizierungen den Anforderungen der branchenbezogenen Leitfäden entsprechen und formuliert Empfehlungen zur Weiterentwicklung. Siehe hierzu u.a.: <https://mneguidelines.oecd.org/industry-initiatives-alignment-assessment.htm>, zuletzt geprüft am 21.04.2020.

⁴⁷ Hierbei handelt es sich um den branchenspezifischen Leitfaden der OECD für den Textilsektor. Siehe: OECD (2017b): OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector. Online verfügbar unter <https://mneguidelines.oecd.org/oecd-due-diligence-guidance-garment-footwear.pdf>, zuletzt geprüft am 22.03.2019.

nur die Qualität im Einzelnen verbessert, sondern auch ein Angleichen der Ambitionsniveaus erzielt werden.

Bundesregierung: *Finanzielle Unterstützung der OECD zur Erstellung von umweltbezogenen Leitfäden*

Da die Erstellung von Leitfäden mit einem recht hohen Aufwand verbunden ist, müssen hierfür ausreichend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen. Aktuell verzögert sich nach Aussagen der OECD die Erstellung der umweltbezogenen Leitfäden aufgrund mangelnder finanzieller Ressourcen. Deutschland und auch andere OECD-Mitgliedsstaaten sollten daher eine zusätzliche Finanzierung in Erwägung ziehen, da eine zeitnahe Fertigstellung im eigenen Interesse liegt.

2.4 Branchen- und Multistakeholder-Initiativen

Branchen- und Multistakeholder-Initiativen haben sich aus unterschiedlichen Gründen als bedeutsam für die Umsetzung von Sorgfaltspflichten erwiesen. Zum einen dienen sie dazu, sich auf (branchenbezogene) Umsetzungsstandards zu einigen und damit die sorgfaltspflichtbezogenen Anforderungen für die betroffenen Unternehmen zu konkretisieren. Zum anderen gibt es eine Vielzahl von Aufgaben und Problemstellungen, die für einzelne Unternehmen nur schwer zu bewältigen sind und besser im Rahmen der Zusammenarbeit gelöst werden können.

Beide Aspekte von Branchen- und Multistakeholder-Initiativen sind sowohl im Rahmen einer gesetzlichen Regelung von Sorgfaltspflichten relevant, als auch bei Ausbleiben einer solchen Regelung.

Bundesregierung: *Förderung von Brancheninitiativen*

Die Politik hat bezüglich der Initiierung von Branchen- und Multistakeholder-Initiativen bereits erste Schritte unternommen. So wurde vom Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) schon vor den Beschlüssen zum NAP das Textilbündnis gegründet. Weiterhin wurde im Rahmen des NAP eine Studie zu besonders risikobehafteten Branchen in Deutschland durchgeführt, die 2020 veröffentlicht werden soll. Für diese Branchen sollen dann in Multi-Stakeholder-Prozessen, die von der Bundesregierung begleitet werden (sog. NAP-Branchendialoge), u.a. branchenbezogene Schwerpunktthemen definiert und Handlungsanleitungen und Best-Practices entwickelt werden.⁴⁸

- *Gründung von Branchen- und Multistakeholder-Initiativen:* So wie die im NAP geplante Maßnahme zu Branchendialogen aktuell formuliert ist und es den aktuellen Online-Veröffentlichungen zu entnehmen ist,⁴⁹ scheint keine politikseitige Gründung von Branchen- oder Multistakeholder-Initiativen nach dem Vorbild des Textilbündnis geplant zu sein. Es sollten sicherlich auch keine Doppelstrukturen zu bereits bestehenden Initiativen geschaffen werden. Gleichzeitig bedarf es der Förderung und auch des Drucks durch die Politik, damit solche Initiativen ausreichend ambitionierte inhaltliche und prozedurale Anforderungen festlegen und eine relevante Marktabdeckung erreichen.

Die tatsächliche Ausgestaltung der Branchendialoge wird sich voraussichtlich von Branche zu Branche unterscheiden. Damit Branchen- und Multistakeholder-Initiativen aber eine wirksame

⁴⁸ Siehe hierzu: <https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/Unternehmerische-Sorgfaltspflicht/Branchendialoge/Ueber-die-Dialoge/Dialogformat/dialogformat-art.html>, zuletzt geprüft am 21.04.2020

⁴⁹ Zum aktuellen Stand der Branchendialoge siehe: <https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/Unternehmerische-Sorgfaltspflicht/Branchendialoge/branchendialoge.html>, zuletzt geprüft am 21.04.2020.

Umsetzung von Sorgfaltspflichten gewährleisten, müssen verschiedene Anforderungen erfüllt sein. Hierauf sollte die Bundesregierung achten:

- ▶ *Setzung prozeduraler und inhaltlicher Grundanforderungen:* Diese sollten bereits bei Gründung klargestellt werden, um grundsätzliche Diskussionen beispielsweise zur Verbindlichkeit von Zielsetzungen oder eines Prüfprozesses zu vermeiden. Zu diesen Grundanforderungen sollten neben den menschenrechtlichen in jedem Fall auch die umweltbezogenen Sorgfaltspflichten gehören. Weiterhin muss die gesamte Wertschöpfungskette berücksichtigt werden.
- ▶ *Einigung auf ein gemeinsames Verständnis bezüglich Risiken und Maßnahmen* (siehe 2.3)
- ▶ *„Review-Prozess“:* Zu den prozeduralen und inhaltlichen Grundanforderungen gehört ein Überprüfungsprozess, damit davon ausgegangen werden kann, dass die Mitglieder einer Branchen- oder Multistakeholder-Initiative ihre Sorgfaltspflichten auch tatsächlich erfüllen. Hierfür sollten unter anderem gemeinsame verbindliche Ziele definiert, Veröffentlichungspflichten festgelegt und ein Prüfverfahren bezüglich der Qualität der Risikoanalyse, der Umsetzung von Maßnahmen oder auch der Einrichtung von Beschwerdemechanismen etabliert werden. Ziele, Anforderungen und Kriterien sollten öffentlich einsehbar und der Prozess insgesamt transparent gestaltet sein.
- ▶ *Zusammensetzung von Entscheidungsgremien:* Es sollten nur diejenigen Akteure oder deren Vertreterinnen und Vertreter in Entscheidungsgremien stimmberechtigt sein, die an einer ernsthaften Umsetzung der Sorgfaltspflichten interessiert sind.
- ▶ *Entwicklung eines „Handbuchs“ guter Branchen- und Multistakeholder-Initiativen:* Sämtliche oben genannten Anforderungen sowie weitere, die sich aus wissenschaftlichen Studien und praktischen Erfahrungen ableiten lassen, sollten in einem Handbuch o.ä. zusammengefasst werden.

Bundesregierung, (Branchen-)verbände: *Vernetzung mit anderen (internationalen) Brancheninitiativen*

Da davon auszugehen ist, dass im Zuge der Umsetzung der NAPs in einer Reihe von Ländern Branchen- und Multistakeholder-Initiativen gegründet werden⁵⁰, sollte eine Vernetzung und Zusammenarbeit insbesondere mit den Initiativen anderer Länder in der EU stattfinden. Neben der Möglichkeit von den jeweiligen Erfahrungen zu lernen, wäre dies auch für international tätige Unternehmen von Vorteil, da eine Vereinheitlichung der Prozesse und Anforderungen forciert werden könnte. Gegenüber Produktionsländern und relevanten Akteuren in der Wertschöpfungskette würde man so zudem über mehr Marktmacht und größeren Einfluss verfügen.

Eine Vernetzung mit anderen Initiativen macht auch dort Sinn, wo nur partiell Schnittmengen bestehen. Diese können sich zum einen auf konkrete Lieferketten beziehen, wenn etwa gleiche Rohstoffe verwendet werden wie im Automobil- und Maschinenbau. Weiterhin besteht die Möglichkeit bei geographischen Überschneidungen, beispielsweise wenn unterschiedliche

⁵⁰ Siehe beispielsweise zu den sogenannten „Covenants“ in den Niederlanden: <https://www.business-humanrights.org/en/dutch-agreements-on-international-business-responsibility>, zuletzt geprüft am 18.11.2019.

Agrarrohstoffe aus derselben Region bezogen werden, oder auch Themen wie der Vermeidung von Kinderarbeit zusammenzuarbeiten.⁵¹

2.5 Zertifizierungen und Siegel

Zertifizierungen und Siegel spielen im Rahmen unternehmerischer Sorgfaltspflichten eine wichtige Rolle. Zum einen dienen sie innerhalb wirtschaftlicher Wertschöpfungsketten als Beleg, dass bestimmte Anforderungen erfüllt werden. Zum anderen können sie in Form von Verbrauchersiegeln auch den nachhaltigen Konsum fördern. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Vielzahl von Siegeln und Zertifizierungen älter sind als das Konzept der Sorgfaltspflichten – die jeweiligen inhaltlichen Kriterien wurden also unabhängig von diesen entwickelt und haben teilweise einen anderen Fokus oder decken nur Teilaspekte der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten ab. Die folgenden Empfehlungen sollen zum einen Hinweise für eine geeignete Ausgestaltung genuin sorgfaltspflichtbezogener Siegel und Zertifizierungen geben. Zum anderen sind Empfehlungen an bestehende Siegel und Zertifizierungen enthalten, wie sie das Thema Sorgfaltspflichten integrieren können. Schlussendlich geht es um die Ausgestaltung von Prüfprozessen und damit um die Glaubwürdigkeit und Wirksamkeit von Siegeln und Zertifizierungen.

Bundesregierung: *Staatliche Verbrauchersiegel*

Mit der Gewährleistungsmarke „Grüner Knopf“ hat das BMZ das erste staatliche Siegel auf den Markt gebracht, das sowohl Anforderungen auf Unternehmens- als auch auf Produktebene formuliert.

Es gelten sorgfaltspflichtenbezogene Anforderungen, die sich auf das gesamte Unternehmen beziehen. Dies bedeutet, dass der Grüne Knopf – dem Konzept unternehmerischer Sorgfaltspflichten folgend – prozedurale Anforderungen schafft, welche die Kernelemente Unternehmenspolitik, Risikoanalyse, Umsetzung von Maßnahmen und Wirksamkeitsprüfung, Beschwerdemanagement sowie Berichterstattung umfassen, den Unternehmen jedoch Spielraum in der konkreten Ausgestaltung lassen. Diese Anforderungen gelten unabhängig davon, welche Produkte eines Unternehmens im Einzelnen mit dem Grünen Knopf ausgezeichnet werden sollen.

Für die Produkte gelten zusätzlich bestimmte materielle soziale und ökologische Kriterien, z. B. ein Verbot bestimmter gefährlicher Chemikalien oder die Zahlung von Mindestlöhnen.⁵² Die Einhaltung dieser Anforderungen kann über bestehende private Siegel nachgewiesen werden. Für diese Siegel wiederum gelten eigene Qualitätskriterien, d. h. es dürfen nur bestimmte anerkannte Siegel als Beleg herangezogen werden.

Während solche Gewährleistungsmarken auch von anderen Akteuren geschaffen werden können und es darüber hinaus schon eine unüberschaubare Zahl an mehr oder weniger zuverlässigen Nachhaltigkeitskennzeichnungen auf dem Markt gibt, können staatliche Siegel aufgrund ihrer höheren Glaubwürdigkeit eine besondere Rolle spielen und sollten deshalb auch für weitere Produktgruppen in Betracht gezogen werden.

- *Anerkennung bestehender Siegel:* Für die Überprüfung der Einhaltung der Kriterien sollten, wo vorhanden, bestehende und als seriös und geeignet bewertete Siegel anerkannt werden –

⁵¹ BMU; UBA (Hg.) (2019): Arbeitsgruppe 1: Rolle von freiwilligen Instrumenten und Initiativen bei der Umsetzung von Sorgfaltspflichten. Protokoll. Verantwortung für Mensch und Umwelt: Unternehmen und ihre Sorgfaltspflichten. BMU, 19. September 2019.

⁵² Weitere Informationen zu den Unternehmens- und Produktkriterien sind hier einsehbar: <https://www.gruener-knopf.de/kriterien.html>, zuletzt geprüft am 21.04.2020

wie weiter oben dargestellt beim Grünen Knopf. Damit wird eine eigene Überprüfung zwar nicht obsolet. Jedoch wird hierdurch einerseits ein Mehraufwand seitens der Unternehmen vermieden, die für bereits zertifizierte inhaltliche Anforderungen keinen weiteren Prüfprozess durchlaufen müssen. Andererseits werden so indirekt die Anforderungen an private Nachhaltigkeitskennzeichnungen konkretisiert. Denn Unternehmen werden darauf drängen, dass private Zertifizierungen so ausgestaltet sind, dass sie von den staatlichen Metasiegeln anerkannt werden.

- *Fachkundige und unabhängige Prüferinnen und Prüfer:* Es sollten Anforderungen an die Fachkunde der Prüferinnen und Prüfer definiert werden, die sich auf die abgedeckten Themengebiete und Branchen erstrecken. Damit die Prüferinnen und Prüfer möglichst unabhängig sind, sollten diese nicht von den Unternehmen selbst beauftragt werden, vor allem dann nicht, wenn die Prüferinnen und Prüfer ihrerseits keiner neutralen und unabhängigen Kontrolle oder Aufsicht unterliegen. Sinnvoll ist etwa die Zahlung einer Gebühr durch das Unternehmen an den Siegelgeber, der dann die Prüferin bzw. der Prüfer entsprechend ihrer / seiner Fachkunde den Unternehmen zuteilt. Im Falle einer Beauftragung der Prüferinnen und Prüfer durch die Unternehmen selbst wäre mindestens ein Rotationsprinzip notwendig.

Private Siegelgeber und Zertifizierungsstellen:

Privaten Zertifizierungen und Siegeln kommt eine wichtige Funktion in der Erfüllung von Sorgfaltspflichten auf Ebene der Maßnahmenumsetzung in den Unternehmen zu. Sie können dazu dienen die Einhaltung von Sorgfaltspflichten für bestimmte Branchen und Themen im Einzelfall zu bestätigen.

- *Ausrichtung an den UN-Leitprinzipien, OECD-Leitfäden o.ä.:* Gerade diejenigen Siegel und Zertifizierungen, die für sich in Anspruch nehmen, unternehmerische Nachhaltigkeit umfassend zu prüfen (und nicht etwa ausschließlich auf bestimmte Produktanforderungen abstellen), sollten sich stärker als bisher an bestehenden Sorgfaltspflichtenstandards ausrichten.
- *Akkreditierungspflicht:* Der Großteil der privaten konsumentenbezogenen Siegel beziehungsweise die dafür zugelassenen Prüforganisationen unterliegen keiner Akkreditierung beispielsweise durch staatliche Akkreditierungsstellen⁵³. Dies gilt insbesondere für private Siegel oder Zertifizierungen außerhalb Deutschlands und der EU. Eine Akkreditierungspflicht wäre zu begrüßen, um verpflichtende und einheitliche Mindestanforderungen sowie Prüfmethoden sicherzustellen. Hierzu gehört auch eine regelmäßige und anlassbezogene Aufsicht über die Prüforganisation, unter anderem anhand der Qualität der Auditberichte und der Arbeit vor Ort.

⁵³ Für Deutschland sind dies die Deutsche Akkreditierungsstelle (DAkkS) und die Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachterinnen und -gutachter (DAU GmbH – insbesondere für EMAS).

- *Qualität der Prüfverfahren:* Aktuell durchgeführte Audits sind – insbesondere bei sozialen Fragen – häufig nicht in der Lage, Missstände effektiv aufzudecken.⁵⁴ Deshalb sollten Prüfverfahren und -methoden verwendet werden, die die Zuverlässigkeit der Auditergebnisse erhöhen. Im Kontext der Risiken in globalen Wertschöpfungsketten gehört hierzu insbesondere die Einbeziehung von Stakeholdern wie Gewerkschaften oder auch der lokalen Zivilgesellschaft durch die Prüferinnen und Prüfer. Weitere Good practices sind beispielsweise „Witness Audits“ oder unangekündigte Prüfungen.
- *Unabhängigkeit der Prüfer:* s.o.
- *Haftung von Prüforganisationen:* Bislang können Prüforganisationen für fehlerhafte Prüfberichte, aus denen soziale und ökologische Schäden entstehen, nur von der beauftragenden Organisation zivilrechtlich belangt werden. Für geschädigte Dritte besteht hingegen keine klare Rechtsgrundlage, weswegen solche Klagen in der Praxis selten erfolgreich sind. Deshalb sollte ein Rechtsanspruch auch für Dritte etabliert werden.

2.6 Nachhaltigkeitsberichtstandards

Die Anforderungen etablierter Nachhaltigkeitsberichtstandards entsprechen zu Teilen denen der Sorgfaltspflichtenberichterstattung. Allerdings gibt es noch einige Lücken beziehungsweise Unterschiede in den Anforderungen.

Global Reporting Initiative (GRI) und weitere Nachhaltigkeitsberichtstandards: *Explizitere Einbeziehung der Berichterstattungsanforderungen aus den Sorgfaltspflichten*

Auf thematischer Ebene ist ein Großteil der sorgfaltspflichtenrelevanten Informationen bereits über Indikatoren abgedeckt. Allerdings unterscheiden sich Prozesse und Verständnis der Wesentlichkeitsanalyse im Rahmen von Berichtstandards und der Risikoanalyse im Rahmen von Sorgfaltspflichtenstandards.⁵⁵ So folgen die GRI-Berichtstandards einer breiteren Definition von Wesentlichkeit, die sowohl nach außen (Auswirkungen auf Mensch und Umwelt) als auch nach innen (Auswirkungen auf das Unternehmen) gerichtet ist. Die Ermittlung der wesentlichen Themen hängt somit stark davon ab, welche Stakeholder involviert wurden und ob die Meinungen betroffener Anspruchsgruppen ausreichend berücksichtigt wurden.

Diese Unterschiede sind dahingehend bedeutend, dass die Wesentlichkeitsanalyse mindestens bei GRI darüber entscheidet, zu welchen Themen überhaupt berichtet wird.

Hier gäbe es sowohl die Option, dass die Wesentlichkeitsanalyse die Anforderungen der Risikoanalyse integriert, als auch die Möglichkeit eine separate Berichterstattung zur sorgfaltspflichtenbezogenen Risikoanalyse zu fordern. In der Konsequenz müsste dann die gesamte weitere Berichterstattung nicht nur den Ergebnissen der Wesentlichkeits-, sondern auch denen der Risikoanalyse folgen. Eine solche Lösung wäre zu präferieren, da die GRI-Standards von einer Vielzahl von Unternehmen genutzt werden.

⁵⁴ Siehe hierzu u.a.: van Ho, Tara; Terwindt, Carolijn (2019): Assessing the Duty of Care for Social Auditors. In: *European Review of Private Law* 27 (2), S. 379–401 und Clean Clothes Campaign (2019): Fig Leaf for Fashion. How social auditing protects brands and fails workers.

⁵⁵ Scherf, Cara-Sophie; Gailhofer, Peter; Kampffmeyer, Nele; Hilbert, Inga; Schleicher, Tobias (2019): Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung. Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, S. 66.

Wenn GRI die Kriterien nicht entsprechend anpasst, könnte ein separater Berichtstandard für Sorgfaltspflichten geschaffen werden, beispielsweise durch die OECD oder die EU im Rahmen der nichtfinanziellen Berichterstattung.

3 Ansätze zur gesetzlichen Ausgestaltung rechtsverbindlicher Sorgfaltspflichten: Von der menschenrechtlichen zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht in globalen Wertschöpfungsketten

Autoren: David Krebs, Constantin Hartmann, Prof. Dr. Remo Klinger und Dr. Peter Gailhofer

Das vorliegende Kapitel untersucht, wie menschenrechtliche, vor allem aber umweltbezogene Sorgfaltspflichten für Unternehmen auf nationaler Normebene verbindlich ausgestaltet und durchgesetzt werden können.

Hintergrund sind die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Globalisierung zunehmend aufgetretenen *governance gaps*, die im Kontext globaler Wertschöpfungsketten zu gravierenden Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen führen.⁵⁶ Vor diesem Hintergrund soll die gesetzliche Sorgfaltspflicht als regulatorisches Instrument zur Schließung oder zumindest Verkleinerung derartiger Steuerungslücken in globalen Wertschöpfungsketten im Vordergrund stehen. Es geht insofern allein um Lösungsansätze im „heimatstaatlichen“, d. h. im deutschen Recht für Unternehmen mit Sitz in Deutschland, soweit diese Unternehmen an globalen Wertschöpfungsketten beteiligt sind.

Auch wenn der Schwerpunkt auf *umweltbezogenen* Sorgfaltspflichten liegt, werden menschenrechtliche Sorgfaltspflichten mitbetrachtet – insbesondere auch als methodisches Referenzmaterial.

Im Anschluss an diese Einleitung skizziert und analysiert Unterkapitel 3.1 den rechtspolitisch anspruchsvollsten und ambitioniertesten sowie langfristig mit Blick auf die Lösung des Regelungsproblems potentiell wirksamsten Ansatz.⁵⁷ Er kann daher auch als „große Lösung“ bezeichnet werden. Es handelt sich dabei um die Schaffung eines allgemeinen, branchen-, rechtsgebiet-, wertschöpfungsketten- und rechtsträgerübergreifenden neuen Stammgesetzes, das sowohl eine menschenrechtliche als auch eine umweltbezogene Sorgfaltspflicht zusammenhängend regelt. Die tatsächliche Einhaltung der materiellen Pflichten wird mithilfe einer umfassenden Kombination an vielfältigen, sich gegenseitig ergänzenden Durchsetzungsinstrumenten sichergestellt. Diese können beispielsweise von bloßen Berichtspflichten über das Recht der öffentlichen Beschaffung, behördliche Aufsicht und Verwaltungsvollstreckung, Ordnungswidrigkeitentatbestände, lauterkeitsrechtliche und deliktische Haftung für unerlaubte Handlungen bis hin zu Strafsanktionen reichen.

Die vorgestellten Ansätze bauen auf Regelungsmodellen zur gesetzlichen Verankerung einer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht auf. Untersucht wird insbesondere, inwieweit sich diese Ansätze auf den Umweltbereich (unverändert) übertragen lassen oder einer Modifikation bedürfen. Im Vordergrund steht dabei die Frage der Bestimmung des materiellen Gegenstandes einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht. Die Erfüllung verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsanforderungen wird ebenfalls vertieft behandelt. Allerdings handelt es sich dabei um keine umweltspezifische Frage. Vielmehr ist das Bestimmtheitsproblem für die Regelung einer *menschenrechtlichen* Sorgfaltspflicht gleichermaßen relevant.

⁵⁶ Vgl. Simons/Macklin, *The Governance Gap, Extractive Industries, Human Rights, and the Home State Advantage*, 2014.

⁵⁷ Das Unterkapitel 3.1 ist vorab erschienen als Krebs/Klinger/Gailhofer/Scherf, *Von der menschenrechtlichen zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht: Aspekte zur Integration von Umweltbelangen in ein Gesetz für globale Wertschöpfungsketten*, Texte 49/2020, Umweltbundesamt März 2020, <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltbezogene-sorgfaltspflichten>.

Abschließend wird im Unterkapitel 3.1.6 untersucht, inwieweit sich die vorgestellten Regelungsansätze in den bestehenden nationalen und europäischen Rechtsrahmen kohärent einfügen lassen.

Im Unterkapitel 3.2 wird ein deutlich schwächerer Ansatz untersucht, der versucht, das Regelungsproblem über das Kapitalgesellschaftsrecht zu lösen. Er wird hier deshalb als „kleine Lösung“ bezeichnet (kapitalgesellschaftsrechtliche Variante). Aufhänger sind dabei die Überlegungen der Europäischen Kommission im Rahmen der Maßnahme Nr. 10 des Aktionsplans „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“ hinsichtlich der etwaigen Einführung einer nachhaltigkeitsbezogenen Geschäftsleiterpflicht in Gestalt einer im Kapitalgesellschaftsrecht verankerten Sorgfaltspflicht. Im Ergebnis ist dieser Ansatz jedoch der „großen Lösung“ unterlegen. Entscheidet sich der Gesetzgeber für die „große Lösung“, kommt eine *klarstellende* Bezugnahme im Kapitalgesellschaftsrecht (z. B. in §§ 76 oder 93 AktG⁵⁸) auf die Sorgfaltspflicht in dem Stammgesetz allerdings durchaus in Betracht.

Abschließend wird im Unterkapitel 3.2 eine handelsrechtliche Variante (3.2.2) der „kleinen Lösung“ untersucht. Sie besteht in einer rechtsformunabhängigen Regelung der Sorgfaltspflicht im Handelsgesetzbuch (HGB). Die handelsrechtliche Variante wird allerdings nur kursorisch in Grundzügen dargestellt, da sie nicht Gegenstand des zu Grunde liegenden Forschungsvorhabens war.

Im Unterkapitel 3.3 wird schließlich ein Ansatz diskutiert, der hier als „Minimallösung“ bezeichnet wird und auf eine Verankerung im Deutschen Corporate Governance Kodex setzt. Soll die Sorgfaltspflicht *anstelle* einer gesetzlichen Regelung allein im Deutschen Corporate Governance Kodex geregelt werden („Alternativmodell“), so könnte dies zwar grundsätzlich in Gestalt einer „Empfehlung“ erfolgen, die als solche nicht verbindliches Recht wird, sondern der nur mittelbar über den *Comply-or-Explain*-Mechanismus in § 161 AktG zur Durchsetzung verholfen wird. Dies scheint jedoch vor allem aus institutionellen Gründen eher unrealistisch. Sinnvoll erscheint eine Regelung im DCGK allenfalls als Ergänzung zu einer gesetzlichen Regelung („Ergänzungsmodell“) in Gestalt eines sog. „Grundsatzes“, der eine gesetzliche Regelung aufgreift.

3.1 Schaffung eines neuen Stammgesetzes („große Lösung“)

Im folgenden Abschnitt wird untersucht, inwieweit sich der Regelungsansatz einer im „heimatstaatlichen“⁵⁹ Recht geregelten *menschenrechtlichen* Sorgfaltspflicht auch für den *Umweltschutz* in globalen Wertschöpfungsketten fruchtbar machen und in einem noch zu schaffenden neuen Stammgesetz verankern lässt.

Die Regelungsprobleme von Menschenrechts- und Umweltschutz in globalen Wertschöpfungsketten weisen deutliche Parallelen und enge Zusammenhänge auf. Trotzdem ist die rechtspolitische Diskussion und die wissenschaftliche Aufarbeitung der Problematik für den Menschenrechtsschutz signifikant weiterentwickelt als für die Parallelfragen im Umweltbereich. Dies mag insbesondere mit dem Impuls zu tun haben, den die UN Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte der politischen und wissenschaftlichen Debatte gegeben haben. Jedenfalls konzentrieren sich die in den letzten Jahren in Kraft getretenen Gesetze, vorgestellten Entwürfe und Diskussionsbeiträge auf Menschenrechtsthemen. Umweltprobleme behandeln sie eher am

⁵⁸ Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2637) geändert worden ist.

⁵⁹ Als „home state“ oder „Heimatstaat“ eines Unternehmens wird in der Literatur derjenige Staat bezeichnet, auf dessen Hoheitsgebiet ein Unternehmen Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung hat.

Rande oder klammern sie ganz aus.⁶⁰ Daher liegt es methodisch nahe, zu fragen, inwieweit sich die für den Menschenrechtsbereich entwickelten Konzepte auf den Umweltbereich übertragen und adaptieren lassen.

Für die grundsätzliche Übertragbarkeit des regelungstechnischen Konzeptes der (menschenrechtlichen) Sorgfaltspflicht auf andere materielle Inhalte als den Menschenrechtsschutz spricht der prozedurale Charakter des Konzeptes: Es handelt sich um einen iterativen Prozess aus den Kernelementen *Risikoanalyse, Präventions- und Abhilfemaßnahmen* sowie *Wirksamkeitskontrolle*. Er ist nicht spezifisch auf die Achtung der Menschenrechte in globalen Wertschöpfungsprozessen zugeschnitten, sondern kann als Risikomanagementansatz prinzipiell auf die Einhaltung eines jeden materiellen Standards oder auf den Schutz eines beliebigen Rechtsgutes angewendet werden.

Als formales Indiz für die Übertragbarkeit ließe sich auch der Umstand deuten, dass einige der Regelungsinstrumente und -entwürfe die Themen des Menschenrechts- und des Umweltschutzes in transnationalen Wertschöpfungsprozessen durchaus zusammenhängend regeln: Zu nennen sind insoweit das französische Sorgfaltspflichtengesetz⁶¹, der Entwurf der schweizerischen Konzernverantwortungsinitiative und der indirekte Gegenentwurf der Rechtskommission des Nationalrates sowie die OECD Leitsätze für Multinationale Unternehmen (2011).

In der folgenden Darstellung wird die Frage, inwieweit das Konzept der gesetzlichen Regelung einer rechtsträger- und wertschöpfungskettenübergreifenden⁶² *menschenrechtlichen* Sorgfaltspflicht sich auf den Umweltschutz übertragen lässt, auf der Grundlage des Entwurfes für ein *Gesetz über die unternehmerische Sorgfaltspflicht zum Schutz der Menschenrechte (Menschenrechtsbezogene Sorgfaltspflichten-Gesetz – MSorgfaltsG)*⁶³ (nachfolgend abgekürzt als MSorgfaltsG-E) untersucht. Der darin verfolgte Regelungsansatz sieht vor, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem MSorgfaltsG eine neues, umfassendes Stammgesetz schafft. Dieses findet branchenunabhängig ab einer bestimmten Größe auf alle „inländischen“ Unternehmen Anwendung und sieht eine Sorgfaltspflicht vor, die sich grundsätzlich auf die gesamte Wertschöpfungskette bezieht („wertschöpfungskettenübergreifend“). Die Sorgfaltspflicht wird mithilfe eines umfassenden *enforcement-mix* durchgesetzt, der eine große Bandbreite an Anreiz- und Sanktionsmechanismen aus unterschiedlichen Rechtsgebieten miteinander kombiniert. Weil dieses Regelungsmodell sehr breit und auf optimale Wirksamkeit angelegt ist, kann es auch

⁶⁰ Vgl. zuletzt das Programm der von der finnischen Ratspräsidentschaft am 2. Dezember 2019 ausgerichteten Konferenz BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: TOWARDS A COMMON AGENDA FOR ACTION. Conference by Finland's Presidency of the Council of the EU, Brussels, Monday 2 December 2019, <https://eu2019.fi/documents/11707387/13552730/Final+Agenda.pdf/e3b018f0-a65b-d4b3-d2f5-365aa423d6f9/Final+Agenda.pdf> sowie das Outcome Paper of the Business and Human Rights Conference organized by Finland's Presidency of the Council of the European Union, 2 December 2019; weitergehend dagegen die jüngsten Forderungen aus der Zivilgesellschaft: European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) [Hrsg.] (2019): A call for EU human rights and environmental due diligence legislation. http://corporatejustice.org/news/final_cso_eu_due_diligence_statement_2.12.19.pdf (12.12.2019).

⁶¹ LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre [Gesetz Nr. 2017-399 vom 27. März 2017 über die Sorgfaltspflicht der Muttergesellschaften und der auftraggebenden Unternehmen], JORF n°0074 du 28 mars 2017 https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=6F3A1982488326EE9105A8E4707ED786.tplgfr34s_2?cidTexte=JORFTEXT000034290626&dateTexte=&oldAction=rechIO&categorieLien=id&idIO=JORFCONT000034290623.

⁶² Rechtsträgerübergreifend meint, dass sich die Sorgfaltspflicht nicht ausschließlich auf die eigenen Handlungen des Normadressaten beschränkt, sondern auch auf Handlungen von Tochtergesellschaften und gesellschaftsrechtlich mit dem Normadressaten nicht verbundenen Unternehmen in der Wertschöpfungskette erstreckt. Wertschöpfungskettenübergreifend meint, dass die Sorgfaltspflicht sich nicht auf einzelne Wertschöpfungsstufen oder Zulieferebenen („tiers“) beschränkt, sondern prinzipiell die gesamte Wertschöpfungskette erfasst. Näher dazu unten 3.1.1.2.

⁶³ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016.

als „große Lösung“ bezeichnet werden – in Abgrenzung zu den denkbaren, weniger umfassenden Alternativansätzen.

Den hier verfolgten methodischen Ansatz der Übertragung des menschenrechtlichen Regelungsmodells auf den Umweltbereich wählen auch die durch Presseberichterstattung im Februar 2019 bekannt gewordenen „internen Überlegungen“⁶⁴ in Gestalt eines „Eckpunktepapiers“⁶⁵ des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) zu einer möglichen verbindlichen Regelung von Unternehmensverantwortung in der Lieferkette. Der Titel des Dokumentes lautet: *„Gestaltungsmöglichkeiten eines Mantelgesetzes zur nachhaltigen Gestaltung globaler Wertschöpfungsketten und zur Änderung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften (Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetz – NaWKG) einschließlich eines Stammgesetzes zur Regelung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten in globalen Wertschöpfungsketten (Sorgfaltspflichtengesetz – SorgfaltspflichtenG)“* (nachfolgend zitiert als: *BMZ-Eckpunktepapier/BMZ-EP, NaWKG-EP bzw. SorgfaltspflichtenG-EP*)⁶⁶. Da die darin enthaltenen Überlegungen viele Elemente und Formulierungsvorschläge des MSorgfaltsG-E aufgreifen und für den Umweltbereich adaptieren, werden die darin zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht enthaltenen Vorschläge hier besonders berücksichtigt.

Um die aufgeworfene Frage nach der Übertragbarkeit zu beantworten, wird im Folgenden als Ausgangspunkt zunächst das Konzept der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht so dargestellt, wie es im MSorgfaltsG-E konkretisiert worden ist; soweit die Übertragbarkeit auf den Umweltbereich aus rechtlicher Sicht unproblematisch ist, wird dies in diesem Zusammenhang abgehandelt (dazu 3.1.1). Anschließend werden die beiden wesentlichen regelungstechnischen und rechtlichen Herausforderungen einer *umweltbezogenen* Sorgfaltspflicht dargestellt: Die Festlegung des materiellen Gegenstandes und das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (dazu 3.1.2). Für eine differenzierte Bewertung des Regelungskonzeptes am Maßstab der verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen ist auf die denkbaren Durchsetzungsinstrumente einzugehen (dazu 3.1.3). Schließlich ist der Frage nachzugehen,

⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 19/14514, S. 1.

⁶⁵ So die Formulierung der Parl. Staatssekretärin beim Bundesminister für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung Dr. Maria Flachsbarth, vgl. Plenarprotokoll 19/88 vom 20. März 2019, S. 10431 (C).

Das von Journalisten veröffentlichte Dokument mit Stand vom 1. Februar 2019 erfüllt nicht die formalen Merkmale eines Referentenentwurfes, sondern enthält lediglich den reinen Gesetzestext für ein Mantelgesetz ohne Begründung oder sonstige nähere Angaben zu den zu Grunde liegenden Erwägungen. Zutreffend weist die Bundesregierung daher in der Antwort auf eine Kleine Anfrage daraufhin, dass es sich bei dem Dokument um keinen Referentenentwurf handelt (BT-Drs. 19/14514, S. 1). Das Dokument ist abrufbar unter: https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/SorgfaltGesetzesentwurf_0.pdf (23.07.2019).

Eine nicht autorisierte englischsprachige Fassung ist hier abrufbar: https://die-korrespondenten.de/fileadmin/user_upload/die-korrespondenten.de/DueDiligenceLawGermany.pdf (24.07.2019).

Am 11. Dezember 2019 kündigten der Bundesminister für Arbeit und Soziales Heil sowie der Bundesminister für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung Müller an, gemeinsam Eckpunkte für ein Lieferkettengesetz zu erarbeiten. Süddeutsche Zeitung, Online-Ausgabe vom 11.12.2019, Minister arbeiten an Lieferkettengesetz, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/menschenrecht-minister-arbeiten-an-lieferkettengesetz-1.4719258>.

⁶⁶ Das von Journalisten veröffentlichte Dokument mit Stand vom 1. Februar 2019 erfüllt nicht die formalen Merkmale eines Referentenentwurfes, sondern enthält lediglich den reinen Gesetzestext für ein Mantelgesetz ohne Begründung oder sonstige nähere Angaben zu den zu Grunde liegenden Erwägungen. Zutreffend weist die Bundesregierung daher in der Antwort auf eine Kleine Anfrage daraufhin, dass es sich bei dem Dokument um keinen Referentenentwurf handelt (BT-Drs. 19/14514, S. 1). Das Dokument ist abrufbar unter: https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/SorgfaltGesetzesentwurf_0.pdf (23.07.2019).

Eine nicht autorisierte englischsprachige Fassung ist hier abrufbar: https://die-korrespondenten.de/fileadmin/user_upload/die-korrespondenten.de/DueDiligenceLawGermany.pdf (24.07.2019).

Am 11. Dezember 2019 kündigten der Bundesminister für Arbeit und Soziales Heil sowie der Bundesminister für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung Müller an, gemeinsam Eckpunkte für ein Lieferkettengesetz zu erarbeiten. Süddeutsche Zeitung, Online-Ausgabe vom 11.12.2019, Minister arbeiten an Lieferkettengesetz, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/menschenrecht-minister-arbeiten-an-lieferkettengesetz-1.4719258>.

inwieweit sich menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht sinnvoll in einem einheitlichen Stammgesetz integrieren lassen (dazu 3.1.4). Abschließend werden Handlungsempfehlungen an den deutschen Gesetzgeber zur Regelung einer menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflicht formuliert (dazu 3.1.5).

3.1.1 Menschenrechtliche Sorgfaltspflichten im nationalen Recht des Heimatstaates und ihre Übertragung auf den Umweltschutz

Im MSorgfaltsG-E fungiert die Festlegung des persönlichen Anwendungsbereiches als wesentliche Stellschraube für die Grobskalierung der Regelungsschärfe des Gesetzes (dazu 3.1.1.1). Bei der Regelung der prinzipiell wertschöpfungskettenübergreifenden Sorgfaltspflicht ist die Festlegung der Reichweite und Tiefe dieser Pflicht von zentraler Bedeutung (dazu 3.1.1.2). Schließlich ist auf wesentliche Strukturelemente (dazu 3.1.1.3), materielle Kernelemente (dazu 3.1.1.4) und flankierende Regelungselemente (dazu 3.1.1.5) des MSorgfaltsG-E einzugehen.

3.1.1.1 Persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des MSorgfaltsG-E setzt sich aus zwei Voraussetzungen zusammen, die erfüllt sein müssen:

1. Zunächst beschränkt sich das Gesetz auf Unternehmen, die Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung im Inland haben (nachfolgend vereinfachend: „inländische Unternehmen“). Diese Regelungstechnik hat den Vorteil, dass sie an Kategorien anknüpft, die mit Art. 54 AEUV bzw. Art. 4, 63 EuGVVO im positiven Recht bekannt und etabliert sind.⁶⁷ In der rechtspolitischen Diskussion wird dies mitunter jedoch als zu eng angesehen.

Denkbar wäre grundsätzlich auch das Anknüpfen an eine (substantielle) Geschäftstätigkeit in Deutschland unterhalb der Schwelle des Unterhaltens der Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung. Dabei wäre jedoch zu beachten, dass eine genaue Bestimmbarkeit des persönlichen Anwendungsbereiches geboten ist. Ein Anknüpfen an eine bloße, nicht näher bestimmte „Geschäftstätigkeit“ in Deutschland würde dem wohl nicht genügen. Wohl zulässig wäre es beispielsweise dagegen, etwa an das Unterhalten einer *Zweigniederlassung* im Inland anzuknüpfen. Dann wäre jedoch zu klären, ob das Gesetz nur auf die inländische Zweigniederlassungen oder das gesamte Unternehmen bzw. den gesamten Konzern Anwendung finden kann. Ein weiterer sehr klarer (aber wohl zu enger), aus der Gesetzgebungspraxis bekannter Anknüpfungspunkt ist die Zulassung zum Börsenhandel im Inland.⁶⁸ Der australische Modern Slavery Act⁶⁹ knüpft dagegen an *carrying on business in Australia* an, einem Rechtsbegriff aus dem australischen Gesellschaftsrecht, der in Section 21 des australischen *Corporations Act 2001* umschrieben wird. Denkbar ist schließlich das Anknüpfen an die Belieferung von Verbraucherinnen und Verbraucher im Bundesgebiet.⁷⁰

⁶⁷ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 55.

⁶⁸ So der Ansatz der Regelung zu Konfliktmineralien in Sec. 13 (p) Securities Exchange Act, der nach Sec. 13 (a) sich an alle Emittenten von Wertpapieren richtet, die nach Sec. 12 Securities Exchange Act bei der SEC zum Handel an einer inländischen Wertpapierbörse registriert sind.

⁶⁹ Act No. 153 of 2018 as made An Act to require some entities to report on the risks of modern slavery in their operations and supply chains and actions to address those risks, and for related purposes (Modern Slavery Act 2018) vom 10.12.2018, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>.

⁷⁰ Vgl. die entsprechende Regelungstechnik in Art. 4 Abs. 1 des niederländischen Gesetzes gegen Kinderarbeit (Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van

Von weichen räumlichen Anknüpfungspunkten wie dem *Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen*⁷¹, ist abzuraten. Das Kriterium erscheint für die Zwecke der Verpflichtung zur Einhaltung einer menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Sorgfaltspflicht zu eng und zu ungenau.

2. Zudem soll das MSorgfaltsG grundsätzlich nur auf „Großunternehmen“ Anwendung finden. Die Regelungstechnik zur Bestimmung des Begriffes „Großunternehmen“ (§ 3 Nummer 2 MSorgfaltsG-E) lehnt sich an die Größenkategorien des Bilanzrechts an (vgl. § 267 HGB, § 1 Abs. 1 PubLG⁷², Artikel 3 der Bilanz-Richtlinie⁷³).⁷⁴ Auf inländische Unternehmen unterhalb der Schwelle des Großunternehmens findet das Gesetz nur ausnahmsweise Anwendung; nämlich dann, wenn es in Hochrisikosektoren oder Konflikt- und Hochrisikogebieten tätig ist. Der Begriff des Konflikt- und Hochrisikogebietes war dem damaligen – zwischenzeitlich insoweit unverändert in Kraft getretenen – Entwurf der Konfliktmineralien-VO⁷⁵ entnommen.⁷⁶ Welche Sektoren als Hochrisikosektoren einzustufen sind, muss dagegen der Gesetzgeber konkret entscheiden oder anhand abstrakter Kriterien umschreiben und die Einzelfallentscheidung dem Ordnungsgeber überlassen.

Die im MSorgfaltsG-E gewählten Kriterien zur Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereiches lassen sich unproblematisch auf die Regelung einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht übertragen. Diesen Weg geht auch das BMZ-Eckpunktepapier (§ 2 Abs. 1, § 3 Nummer 3, 6 und 7 SorgfaltspflichtenG-EP). Dort wird allerdings zusätzlich zu den Kriterien des MSorgfaltsG-E eine Rückausnahme in Gestalt eines *de-minimis*-Vorbehaltes für kleine Unternehmen vorgeschlagen. Danach soll das Gesetz für diese auch dann nicht greifen, wenn sie in einem Hochrisikosektor oder einem Konflikt- und Hochrisikogebiet tätig sind (§ 2 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 3 Nummer 4 SorgfaltspflichtenG-EP).

Freilich ist es denkbar, für den Umweltbereich eine stärkere Differenzierung des persönlichen Anwendungsbereiches vorzunehmen. Dafür könnte sprechen, dass bestimmte Umweltrisiken in höherem Maße branchenspezifisch geprägt sind als viele Menschenrechtsrisiken; daraus könnte abzuleiten sein, dass für bestimmte Risikobereiche Sonderregelungen greifen sollten. Dies ließe

kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid) [Gesetz vom 24. Oktober 2019 zur Einführung einer Sorgfaltspflicht zur Vermeidung der Lieferung von Produkten und Dienstleistungen, die mithilfe von Kinderarbeit hergestellt worden sind; Übers. d. Verf.], Staatsblad 2019 Nr. 401 vom 13. November 2019, <https://www.eerstekamer.nl/9370000/1/j9vvkfvi6b325az/vl3khw8f3a00/f=y.pdf>.

⁷¹ Siehe Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (EuInsVO) (ABl. L 141 vom 5.6.2015, S. 19), zuletzt geändert durch VO (EU) 2018/946 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2018 zur Ersetzung der Anhänge A und B der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren (ABl. L 171 vom 6.7.2018, S. 1).

⁷² Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz - PubLG) vom 15. August 1969 (BGBl. I S. 1189), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 11. April 2017 (BGBl. I S. 802).

⁷³ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. Nr. L 182 S. 19), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2014/102/EU vom 7. 11. 2014 (ABl. Nr. L 334 S. 86).

⁷⁴ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 55.

⁷⁵ Art. 2 lit. e) des Kommissionsvorschlages, COM/2014/0111 final - 2014/0059 (COD), entspricht dem jetzigen Artikel 2 lit. f) der Verordnung (EU) 2017/821 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt und Hochrisikogebieten (ABl. L 130/1 vom 19.5.2017, S. 1).

⁷⁶ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 56.

sich indes auch durch branchenspezifische Ergänzungen eines allgemeinen, branchenübergreifenden Stammgesetzes lösen.

Der Regelungsansatz, ein Größenkriterium mit anderen Risikofaktoren wie Branchenzugehörigkeit und/oder regionalen Tätigkeitsschwerpunkten zu kombinieren, ist allerdings nicht zwingend. Wird der Schwellenwert für das Größenkriterium besonders hoch angesetzt, so drängt es sich eher auf, für Unternehmen unterhalb des Schwellenwertes ergänzende Risiko-Kriterien festzulegen, die den Anwendungsbereich auch unterhalb des Schwellenwertes eröffnen. Umgekehrt liegt es bei einem besonders niedrigen Schwellenwert nahe, Bereichsausnahmen vorzusehen, wenn bestimmte risikominimierende Voraussetzungen erfüllt sind.

Der räumliche Anwendungsbereich der Sorgfaltspflicht erstreckt sich *auch* auf die im Ausland belegenen Abschnitte der Wertschöpfungsketten der Normadressaten. Dies stellt § 2 Abs. 2 MSorgfaltsG-E klar.⁷⁷ Als völkerrechtlich grundsätzlich unproblematisch wird dies angesehen, solange das Sorgfaltspflichtengesetz ein Verhalten vorschreibt, das nach dem lokalen ausländischen Recht ohnehin geboten ist, von den lokalen Behörden aber nicht durchgesetzt wird, sodass ein Vollzugsdefizit besteht.⁷⁸ Ähnlich wird der Fall zu beurteilen sein, wenn sich dem lokalen Recht zu der in Rede stehenden Rechtsfrage keine Aussage trifft, das nach dem heimatstaatlichen Sorgfaltspflichtengesetz also weder ausdrücklich ge- noch verbietet. Weniger eindeutig ist der Fall, wenn das Sorgfaltspflichtengesetz ein nach dem lokalen ausländischen Recht verbotenes Verhalten gebietet. Inwieweit hierin ein Verstoß gegen das völkerrechtliche Interventionsverbot zu sehen sein könnte, kann hier nicht vertieft werden. Allerdings spricht viel dafür, einen derartigen Verstoß jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn das verletzte lokale Recht seinerseits völkerrechtswidrig ist.⁷⁹ Soweit eine menschenrechtliche Schutzpflicht des Heimatstaates angenommen wird, wird die Möglichkeit eines Überwiegens der heimatstaatlichen Interessen am Menschenrechtsschutz vor rein wirtschaftlichen Interessen des Gaststaates selbst dann angenommen, wenn den Gaststaat keine menschenrechtliche Schutzpflicht trifft.⁸⁰ Jedoch ist Vieles insoweit bislang nicht abschließend geklärt.

Klar zu trennen von der Frage des persönlichen und räumlichen *Anwendungsbereiches* ist die Frage des *Geltungsbereiches*. Während sich der Anwendungsbereich aus dem Inhalt des Gesetzes ergibt, betrifft der räumliche Geltungsbereich die wirksame rechtliche Existenz. Der Anwendungsbereich kann durchaus auch Sachverhalte im Ausland betreffen, der Geltungsbereich einzelstaatlichen Rechts ist dagegen auf das Hoheitsgebiet des Normgebers beschränkt, im Falle eines deutschen Gesetzes also auf das Bundesgebiet.⁸¹ Vereinfacht

⁷⁷ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 56.

⁷⁸ Vgl. Krajewski, Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze? In: Ders. [Hrsg.]: Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, 2018, S. 97 (124); ausführlicher: Papp, Extraterritoriale Schutzpflichten, 2013, S. 267-273; ferner: UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities, E/C.12/GC/24, Rn. 31.

⁷⁹ Vgl. Krajewski, Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze? In: Ders. [Hrsg.]: Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, 2018, S. 97 (125); im Ergebnis genauso: Papp, Extraterritoriale Schutzpflichten, 2013, S. 247-266, 272.

⁸⁰ So mit differenzierter Begründung: Papp, Extraterritoriale Schutzpflichten, 2013, S. 248-266; insb. 265: „Welche Interessen der Gaststaat verfolgt, wenn er menschenrechtswidrige Bedingungen schafft, kann (...) nicht generell beantwortet werden. Regelmäßig wird es sich für die Fälle im Zusammenhang mit transnational agierenden Unternehmen um wirtschaftliche Interessen handeln. (...) Welches Interesse es auch sein mag, es muss in jedem Fall eine große Hürde überwinden und das Interesse an der Wahrung der Menschenrechte übertreffen. Dies ist etwa nur dann denkbar, wenn beispielsweise die wirtschaftliche Existenz des Staates auf dem Spiel steht.“

⁸¹ Vgl. Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1994, S. 10 ff.

ausgedrückt: Ein deutsches Gesetz *gilt* stets nur in Deutschland; es kann von deutschen Behörden und Gerichten aber durchaus auf im Ausland belegene Sachverhalte angewandt werden. Grundsätzlich unzulässig und durch MSorgfaltsG-E auch nicht vorgesehen ist dagegen die extraterritoriale Ausübung von Hoheitsgewalt durch Behörden (insb. Ermittlungen oder sonstige Vollzugsmaßnahmen, die unmittelbar durch deutsche Beamte im Ausland ausgeführt werden).⁸²

3.1.1.2 Regelungsreichweite und -tiefe in der Wertschöpfungskette

Bezieht sich eine Sorgfaltspflicht nicht nur auf die Prozesse im eigenen Unternehmen des Pflichtenadressaten, sondern – rechtsträgerübergreifend⁸³ – auf die gesamte globale Wertschöpfungskette (d. h. wertschöpfungskettenübergreifend),⁸⁴ so stellt sich die Frage, wie die Sorgfaltspflicht regelungstechnisch sinnvoll begrenzt werden kann.

Das Problem stellt sich im Falle umweltbezogener wie menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten gleichermaßen; die Übertragbarkeit der für den Menschenrechtsbereich diskutierten Lösungen auf den Umweltbereich erscheint dabei nicht weiter problematisch. Da diese Frage jedoch zu den größeren regelungstechnischen Herausforderungen rechtsträgerübergreifender Sorgfaltspflichten zählt, wird dies hier ausführlicher dargestellt.

Wählt der Gesetzgeber den Begriff der Wertschöpfungskette als tatsächlichen Bezugspunkt der Sorgfaltspflicht, so bietet sich zunächst eine gesetzliche Begriffsbestimmung an (dazu 3.1.1.2.1).

Der Gesetzgeber muss eine Balance finden zwischen der weitest möglichen Wirksamkeit der Regelung in die Wertschöpfungskette hinein im Sinne seines Regelungszieles einerseits und der Berücksichtigung der abnehmenden Einflussmöglichkeiten des Normadressaten mit zunehmender Entfernung in der Wertschöpfungskette andererseits (dazu 3.1.1.2.2 bis 3.1.1.2.4).

3.1.1.2.1 Begriffsbestimmung Wertschöpfungskette

Da es sich bei dem Begriff der *Wertschöpfungskette* um ein wirtschaftswissenschaftliches Konzept und keinen Rechtsbegriff handelt, erscheint eine gesetzliche Begriffsbestimmung nicht zuletzt zur Sicherung der hinreichenden Bestimmtheit des Gesetzes sinnvoll.

Tatsächlich enthält das BMZ-Eckpunktepapier eine derartige Definition in § 3 Nr. 2 SorgfaltspflichtenG-EP. Danach versteht das Papier unter Wertschöpfungskette *den gesamten Lebenszyklus eines Produktes oder einer Dienstleistung, d. h. alle Stadien einschließlich der durchzuführenden Forschung und Entwicklung, der Produktion, des Handels und der damit verbundenen Bedingungen, des Transports, der Nutzung und Wartung, während der Lebensdauer des Produktes, des Bauwerkes oder der Dienstleistung, anfangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder Erzeugung von Ressourcen bis hin zur Entsorgung*. Die Definition lehnt sich offenbar eng an den im Unionsvergaberecht geregelten Begriff des *Lebenszyklus* (Art. 2 Nummer 20 der Vergaberichtlinie⁸⁵) an. Zwar war das Lebenszyklus-Konzept, wie es sich im Unionsrecht

⁸² Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 57.

⁸³ Rechtsträgerübergreifend meint über den Rechtsträger, d. h. die natürliche oder juristische Person, die ein Unternehmen betreibt, hinausgehend.

⁸⁴ Siehe zur Kritik an diesem Ansatz, soweit er mit einer deliktsrechtlichen Haftung durchgesetzt werden soll, aus der Perspektive des Gesellschaftsrechts unten 3.1.3.5.

⁸⁵ Nach der Definition in Art. 20 Nummer 2 der RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. Nr. L 94 S. 65), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2017/2365 vom 18.12.2017 (ABl. Nr. L 337 S. 19) umfasst der Lebenszyklus „alle aufeinander folgenden und/oder miteinander verbundenen Stadien, einschließlich der durchzuführenden Forschung und Entwicklung, der Produktion, des Handels und der damit verbundenen Bedingungen, des Transports, der Nutzung und Wartung, während der Lebensdauer einer Ware oder

entwickelt hat, ursprünglich auf *ökologische* Probleme der integrierten Produktpolitik zugeschnitten.⁸⁶ Es bietet sich jedoch an, es auf Nachhaltigkeitsprobleme im weiteren Sinne einschließlich der sozialen und menschenrechtlichen Aspekte auszudehnen. Dafür spricht zunächst, dass auch die Vergaberichtlinie das Lebenszykluskonzept nicht ausschließlich auf ökologische, sondern auch auf soziale Aspekte anwendet.⁸⁷ Auch das UN-Umweltprogramm (UNEP) geht in seinen *Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products* dezidiert von einem Konzept des *sozialen Produktlebenszyklus* aus.⁸⁸ Eine ganz ähnliche Begriffsbestimmung wie in § 3 Nr. 2 SorgfaltspflichtenG-EP vorgeschlagen, wird in einem aktuellen US-amerikanischen Entwurf für ein Klimaschutzgesetz vorgenommen.⁸⁹

Für das Regelungsproblem erscheint es jedenfalls sinnvoll, dass die Nachnutzungs-, Wiederverwendungs- und Entsorgungsphase von Produkten nicht ausgeblendet wird. Das gilt in besonderem Maße für eine *umweltbezogene* Sorgfaltspflicht. Dass es dabei zu gewissen Überschneidungen mit speziellen Regelungen der integrierten Produktpolitik wie den Vorschriften zur energieeffizienten Produktgestaltung oder dem Kreislaufwirtschaftsrecht kommt, ist nicht auszuschließen (z. B. § 23 KrWG zur Produktverantwortung), begegnet jedoch keinen grundlegenden Bedenken. Die Vorgaben aus solchen Vorschriften können – soweit ihr Anwendungsbereich reicht – grundsätzlich als spezielle Konkretisierungen der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht angesehen werden.

Soll sich danach die Sorgfaltspflicht prinzipiell auf den *gesamten* Wertschöpfungsprozess im weitesten Sinne beziehen, so wirft dies die Frage nach der sachgerechten Beschränkung der Sorgfaltspflicht auf. Es sind drei Grundmodelle denkbar: Eine in der Reichweite und Tiefe unbegrenzte Sorgfaltspflicht (3.1.1.2.2). Eine in der Reichweite auf direkte Vertragsbeziehungen oder bestimmte Wertschöpfungsstufen beschränkte Sorgfaltspflicht (3.1.1.2.3). Und schließlich ein Mittelweg, der zwar die Reichweite der Sorgfaltspflicht in der Wertschöpfungskette prinzipiell unbeschränkt lässt, die Tiefe jedoch über ein Angemessenheitskriterium einschränkt (dazu 3.1.1.2.4).

3.1.1.2.2 Unbegrenzte Sorgfaltspflicht für die gesamte Wertschöpfungskette?

Eine radikal weite Lösung wäre eine unbegrenzte und pauschale Sorgfaltspflicht für die gesamte Wertschöpfungskette. Ein zumindest theoretischer Vorteil dieser Lösung bestünde in der größtmöglichen Wirksamkeit mit Blick auf das Regelungsziel der umfassenden Vermeidung negativer externer (Umwelt-)effekte und Menschenrechtsbeeinträchtigungen. Der Preis für diese maximale Wirksamkeit wäre jedoch eine Art gesamtschuldnerischer Erfolgsverantwortung der Normadressaten für sämtliche Wertschöpfungsstadien – unabhängig vom individuellen Verursachungsbeitrag des Normadressaten. Ein derartiger Ansatz wäre nicht nur rechtlichen Bedenken mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgesetzt. Eine solche Regelung könnte auch dazu führen, dass

eines Bauwerks oder während der Erbringung einer Dienstleistung, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder Erzeugung von Ressourcen bis hin zu Entsorgung, Aufräumarbeiten und Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung“.

⁸⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 18. Juni 2003, Integrierte Produktpolitik - Auf den ökologischen Lebenszyklus-Ansatz aufbauen, KOM(2003) 302 endgültig.

⁸⁷ Vgl. etwa Art. 67 Abs. 2 lit. b) i. V. m. Art. 67 Abs. 3 der Vergaberichtlinie sowie Erwägungsgrund (97).

⁸⁸ UNEP (Hrsg.), GUIDELINES FOR SOCIAL LIFE CYCLE ASSESSMENT OF PRODUCTS, 2009, http://www.unep.fr/shared/publications/pdf/DTIx1164xPA-guidelines_sLCA.pdf (zuletzt abgerufen am 25.07.2019).

⁸⁹ Sect. 2 para. (18) des Entwurfes für einen “Climate Risk Disclosure Act of 2019” (abrufbar unter: <https://docs.house.gov/meetings/BA/BA16/20190710/109770/BILLS-116pih-climate.pdf>) definiert den Begriff “value chain” als den gesamten Lebenszyklus („total lifecycle of a product or service, both before and after production of the product or service, as applicable) einschließlich der Rohstoffgewinnung und Entsorgung.

– insbesondere auch entwicklungspolitisch erwünschte – Formen der Arbeitsteilung mindestens wesentlich erschwert und in vielen Fällen vollständig ausgeschlossen werden würden.

3.1.1.2.3 Begrenzung auf einzelne Wertschöpfungsstufen oder Zulieferebenen („tiers“)?

Das gegenteilige Extrem wäre eine starre Begrenzung auf einzelne Wertschöpfungsstufen oder Zulieferebenen (engl.: „*tier*“). Ein solcher Ansatz erscheint allenfalls als Übergangslösung und nur in branchenspezifischen Regelungen plausibel. Als langfristige Lösung wäre der Ansatz dagegen nicht geeignet, die adressierten Regelungsprobleme zu lösen. Denn das rechtspolitische Ziel der Sorgfaltspflicht, die gesamte Wertschöpfungsketten frei von Menschenrechtsverletzungen zu halten, wird durch einen solchen Regelungsansatz un erreichbar.

Ebenso wenig zweckmäßig erscheint es, die Reichweite der Sorgfaltspflicht im Wertschöpfungsprozess an schuldvertragliche oder konzernrechtliche Gestaltungen zu knüpfen. So wäre es zwar denkbar, die Sorgfaltspflicht auf die eigene Tätigkeit und die Tätigkeit der direkten Zulieferer zu beschränken, zu denen unmittelbare schuldvertragliche Rechtsbeziehungen bestehen, oder auf die Tätigkeit von Tochterunternehmen, auf die das verpflichtete Unternehmen beherrschenden Einfluss üben kann (vgl. § 290 Abs. 2 HGB). Derartige Ansätze erscheinen jedoch ebenfalls ungeeignet, um das Regelungsproblem zu lösen. Zum einen würden dadurch die wesentlichen Teile transnationaler Wertschöpfungsprozesse nicht erfasst (etwa die praktisch ebenso relevante wie prekäre Rohstoffgewinnung). Zum anderen laden derartige Vorschriften zur Umgehung durch schuldvertragliche und gesellschaftsrechtliche Gestaltungen ein.

3.1.1.2.4 Mittelweg: Unbegrenzte Reichweite, aber nur variable, angemessene Tiefe der Sorgfaltspflicht

Soll das Regelungsproblem nicht nur punktuell adressiert werden, so erscheint es unumgänglich, die Sorgfaltspflicht prinzipiell auf den gesamten Wertschöpfungsprozess zu erstrecken. Die *Reichweite* der Sorgfaltspflicht in der Wertschöpfungskette sollte daher grundsätzlich unbeschränkt sein und alle Stadien der Wertschöpfung bzw. des Produktlebenszyklus (s.o. 3.1.1.2.1) erfassen. Um gleichwohl eine sachgerechte Begrenzung der Pflichten auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erzielen, müsste jedoch der Umfang (hier bezeichnet als „Tiefe“) der Sorgfaltspflicht für die einzelnen Wertschöpfungsstufen auf konkrete, inhaltliche Anforderungen unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalles beschränkt werden. Zu den relevanten Umständen des Einzelfalles zählen insbesondere die (wirtschaftliche) Nähe und das Einflusspotential des Pflichtenadressaten gegenüber dem unmittelbaren Verursacher der Rechtsverletzung.

Einen solchen Mittelweg geht der MSorgfaltsG-E. Er sieht zwar einen sehr weiten Begriff des *Beitrags* zu einer Menschenrechtsverletzung in der Wertschöpfungskette vor, der im Ergebnis zu einer prinzipiell unbeschränkten Reichweite in der Wertschöpfungskette führt (dazu 3.1.1.2.4.1). Jedoch beschränkt er die „Tiefe“ der Sorgfaltspflicht über ein differenziertes, gesetzlich konkretisiertes Angemessenheitskriterium (dazu 3.1.1.2.4.2).

3.1.1.2.4.1 Weiter Begriff des Beitrags zur Menschenrechtsverletzung

Nach § 6 Abs. 4 S. 1 Nummer 1 MSorgfaltsG-E kann ein Beitrag des Unternehmens zu einer Menschenrechtsverletzung auch darin liegen, dass nicht das Unternehmen selbst sondern Dritte, insbesondere Unternehmen in der Wertschöpfungskette infolge der Geschäftstätigkeit des Unternehmens zu einer Menschenrechtsverletzung beitragen. Nicht erheblich sind die rechtlichen Beziehungen des Unternehmens zu dem Dritten; es spielt demnach keine Rolle, ob der Dritte in einem besonderen gesellschaftsrechtlichen (Konzern-)verhältnis zu dem

verpflichteten Unternehmen steht oder nur indirekt über eine Kette von schuldrechtlichen Verträgen oder überhaupt nicht mit diesem rechtlich, sondern nur wirtschaftlich mittelbar verbunden ist. Entscheidend ist allein, dass die Menschenrechtsverletzung *infolge der Geschäftstätigkeit* des verpflichteten Unternehmens eintritt. Es handelt sich dabei um ein wertendes Kriterium, das vor allem die wirtschaftlichen Zusammenhänge in der Wertschöpfungskette berücksichtigt.⁹⁰ Daher kann es im Einzelfall auch über eine reine Kausalität i. S. d. Äquivalenz- und Adäquanztheorie⁹¹ hinausgehen. Das kann etwa der Fall sein, wenn ein verpflichtetes Unternehmen ohne irgendeinen Auftrag erteilt zu haben, von einer Menschenrechtsverletzung nachträglich profitiert. In diesem Fall hat das verpflichtete Unternehmen zwar keine Ursache i. S. d. der genannten Theorien für die vorherige Menschenrechtsverletzung gesetzt. Da die Personen, die an der Menschenrechtsverletzung unmittelbar beteiligt waren, jedoch das Marktverhalten des verpflichteten Unternehmens antizipieren, ist die Menschenrechtsverletzung gleichwohl *infolge der Geschäftstätigkeit* des verpflichteten Unternehmens eingetreten. Zudem kann ein Marktverhalten, das von bereits begangenen Menschenrechtsverletzungen profitiert, die Wiederholung solcher Menschenrechtsverletzungen in der Zukunft vorhersehbar fördern.⁹² Schließt ein verpflichtetes deutsches Unternehmen etwa Rahmenlieferverträge mit brasilianischen Fleischproduzenten oder indonesischen Palmölherstellern, die brandgerodete Regenwaldflächen bewirtschaften, so profitiert das Unternehmen einerseits von den abgeschlossenen Brandrodungen und setzt durch seine Nachfrage andererseits zugleich Anreize für weitere Rodungen.

Dass der Rechtsordnung die Sanktionierung des Ausnutzens einer fremden, bereits abgeschlossenen Unrechtshandlung bekannt ist, zeigt die Strafbarkeit der Hehlerei und der Geldwäsche.

Nach § 6 Abs. 4 S. 1 Nummer 2 MSorgfaltsG-E kann ein Beitrag des Unternehmens zu einer Menschenrechtsverletzung auch darin bestehen, dass ein Produkt oder eine Dienstleistung des verpflichteten Unternehmens infolge seiner Geschäftstätigkeit zu der Menschenrechtsverletzung beiträgt.

Auf Tatbestandsebene unterscheidet der Entwurf damit ausdrücklich nicht nach dem Beteiligungsgrad an einer Menschenrechtsverletzung. Hierin ist eine deutliche Abkehr von den gängigen Ansätzen in einigen Referenzregelungen zu sehen:⁹³

Die UN-Leitprinzipien unterscheiden zwischen den Beteiligungsgraden des *Verursachens* (*cause*) negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte und des *Beitragens* (*contribute to*, vgl. UN-Leitprinzip Nr. 13 Buchstabe a)). Trotz der begrifflichen Unterscheidung sind die Rechtsfolgen dieselben: Das Unternehmen muss solche Auswirkungen vermeiden und – soweit sie bereits eingetreten sind – ihnen „begegnen“.

Von den Beteiligungsgraden des Verursachens und des Beitragens ist nach den UN-Leitprinzipien die dritte Kategorie der Beteiligung grundlegend zu unterscheiden: das durch eine Geschäftsbeziehung mit der Geschäftstätigkeit, den Produkten oder Dienstleistungen des

⁹⁰ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 63.

⁹¹ Nach der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung ursächlich, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (*conditio sine qua non*-Formel); alle Ursachen sind somit gleichwertig („äquivalent“). Für die zivilrechtliche Haftung wird das Ergebnis über die Adäquanztheorie eingeschränkt, wonach nur solche Ursachen berücksichtigt werden, die innerhalb der allgemeinen Lebenswahrscheinlichkeit liegen, sodass der eingetretene Erfolg insoweit „adäquat“ ist.

⁹² Ausführlich zum Ganzen mit Fallbeispielen: Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 63 f.

⁹³ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 64.

Unternehmens *unmittelbare Verbundensein* der negativen Auswirkungen (*impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships*, UN-Leitprinzip Nr. 13 Buchstabe b)). In diesem Fall greift eine deutlich schwächere Rechtsfolge als im Falle des Verursachens oder Beitragens: Das Unternehmen muss sich lediglich „bemühen“, solche negativen Auswirkungen zu verhüten oder sie zu mindern.

Diese Kategorienbildung erscheint für eine gesetzliche Regelung jedoch weniger geeignet. Zum einen ist bereits fraglich, welchem Zweck die Unterscheidung zwischen Verursachen und Beitragen in Leitprinzip Nummer 13 Buchstabe a) dient, wenn die Rechtsfolge identisch ist. Vor allem aber suggeriert die Kategorienbildung eine scharfe Abgrenzbarkeit zwischen dem Beteiligungsgrad des Beitragens (Buchstabe a)) und unmittelbaren Verbundenseins (Buchstabe b)). In der Praxis dürfte gerade diese Abgrenzung (anders als etwa die Abgrenzung zu unmittelbar eigenen Verursachungsbeiträgen) jedoch schwierig sein; tatsächlich dürften die Übergänge zwischen den Kategorien eher fließend sein. Das ist deshalb problematisch, weil eine Kategorienbildung auf Tatbestandsebene nur dann sinnvoll erscheint, wenn sie mit unterschiedlichen Rechtsfolgen versehen sind. Denn die Kategorienbildung soll Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten Rechnung tragen: Je höher der Beteiligungsgrad an der Menschenrechtsverletzung, desto strengere Anforderungen werden an die Erfüllung der Sorgfaltspflicht gestellt.

Insbesondere in einem allgemeinen, branchenübergreifenden Sorgfaltspflichtengesetz erscheinen die Fallkonstellationen jedoch zu vielgestaltig und zu komplex, um den Verhältnismäßigkeitserwägungen sachgerecht durch die Bildung starrer Beteiligungskategorien Rechnung tragen zu können.⁹⁴ Deshalb versucht der MSorgfaltsG-E das Problem durch ein flexibleres Angemessenheitskriteriums auf Rechtsfolgenseite zu lösen.⁹⁵

3.1.1.2.4.2 Beschränkung durch gesetzlich konkretisiertes Angemessenheitskriterium

Nach dem vorstehend skizzierten *weiten* Begriff des Beitrags zur Menschenrechtsverletzung ist die *Reichweite* der Sorgfaltspflicht in der Wertschöpfungskette sehr weit und nur dadurch beschränkt, dass ein wirtschaftlicher Zusammenhang zur Geschäftstätigkeit des verpflichteten Unternehmens bestehen muss (§ 6 Abs. 4 S. 1 MSorgfaltsG-E a.E.: „infolge der Geschäftstätigkeit des Unternehmens“). Dies gilt indes nicht für die *Tiefe* der Sorgfaltspflicht. Diese ist durch das Angemessenheitskriterium beschränkt (§ 6 Abs. 2 S. 1 MSorgfaltsG-E: „in angemessener Weise“). Nach § 6 Abs. 2 S. 2 MSorgfaltsG-E sind für die Angemessenheit der Risikoanalyse (und aller weiteren Schritte der Sorgfaltspflicht⁹⁶) maßgeblich:

- ▶ das *länderspezifische* Risiko,
- ▶ das *sektorspezifische*⁹⁷ Risiko,

⁹⁴ Vgl. dazu bereits Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019, Abschnitt 2.7.2.

⁹⁵ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 61 und 64.

⁹⁶ Das ergibt sich aus den Verweisungsregelungen in § 6 Abs. 5 sowie §§ 7 f. MSorgfaltsG-E, die jeweils auf § 6 Abs. 2 S. 2 MSorgfaltsG-E verweisen.

⁹⁷ Der MSorgfaltsG-E verwendet den Begriff des Wirtschaftssektors synonym mit dem Begriff der Branche. Genau genommen wäre es jedoch präziser, von branchenspezifischen statt von sektorspezifischen Risiken zu sprechen, da der wirtschaftswissenschaftliche Sprachgebrauch zwischen Sektor und Branche unterscheidet.

- ▶ die (typischerweise)⁹⁸ zu erwartende *Schwere* möglicher Menschenrechtsverletzungen,
- ▶ die (typischerweise) zu erwartende *Wahrscheinlichkeit* möglicher Menschenrechtsverletzungen,
- ▶ die Unmittelbarkeit des Verursachungsbeitrages,
- ▶ der tatsächliche⁹⁹ und wirtschaftliche Einfluss des verpflichteten Unternehmens auf den unmittelbaren Verursacher und
- ▶ die Unternehmensgröße.¹⁰⁰

Der österreichische Entwurf für ein Gesetz zur Einhaltung unternehmerischer Sozialverantwortung (Sozialverantwortungsgesetz – SZVG)¹⁰¹ verwendet in § 4 Abs. 2 lit. a) S. 2 einen weitgehend wortlautidentischen Angemessenheitsbegriff.¹⁰²

Die gesetzliche Bestimmung der für die Auslegung des Angemessenheitsbegriffs maßgeblichen Kriterien trägt dazu bei, dass die Regelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes genügt (näher dazu unten 3.1.2.2.2).

Der Vorteil dieser Regelungstechnik gegenüber einer Unterscheidung zwischen unterschiedlichen Kategorien des Beteiligungsgrades an einer Menschenrechtsverletzung besteht darin, dass sich durch die Flexibilität der Regelung ein hohes Maß an Einzelfallgerechtigkeit trotz Vielgestaltigkeit der Sachverhalte erzielen lässt.

Alternativ wäre es freilich denkbar, das flexible Angemessenheitskriterium mit einer tatbestandlichen Differenzierung zwischen unmittelbaren eigenen Verletzungsbeiträgen des verpflichteten Unternehmens und seiner beherrschten Tochterunternehmen einerseits und nur mittelbaren Verletzungsbeiträgen in der Wertschöpfungskette durch Dritte andererseits zu kombinieren. Allerdings stellt sich dann die Frage, wie die verschärften Anforderungen im Falle der eigenen Verletzungsbeiträge geregelt werden können. Denkbar wäre etwa eine auf diese Fallkonstellationen beschränkte Beweislastumkehr hinsichtlich des Kausalitätsnachweises. Weiterhin ist jedoch fraglich, ob mit einer solchen Regelung kontraproduktive Anreize gesetzt

⁹⁸ Im Rahmen der einfachen Risikoanalyse nach § 6 Abs. 2 MSorgfaltsG-E ist auf eine typisierende Betrachtungsweise abzustellen. Bei den weiteren Schritten der Sorgfaltspflicht (vertiefende Risikoanalyse, Prävention, Abhilfe) ist der Angemessenheitsmaßstab aus § 6 Abs. 2 S. 2 MSorgfaltsG-E entsprechend anzuwenden, wobei nicht mehr auf eine typisierende, sondern eine konkrete Betrachtungsweise abzustellen ist; vgl. dazu Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 62.

⁹⁹ Zur Erreichung des Regelungszieles soll das verpflichtete Unternehmen im Falle von Problemen in der Wertschöpfungskette vorrangig darauf hinwirken, dass die Missstände bei Zulieferern beseitigt werden. Dazu sollte es seinen Einfluss auf diese nutzen. Daher würde es sich anbieten, ausdrücklich auch auf *potentielle* Einflussmöglichkeiten abzustellen, sodass das verpflichtete Unternehmen grundsätzlich gehalten wäre, sich um einen größeren Einfluss zu bemühen, sofern die Risikoanalyse Hinweise auf Probleme gibt.

¹⁰⁰ Siehe zur Auslegung der einzelnen Kriterien: Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 60-63.

¹⁰¹ Siehe den Antrag betreffend ein Bundesgesetz, mit dem ein Gesetz zur Einhaltung unternehmerischer Sozialverantwortung (Sozialverantwortungsgesetz – SZVG) erlassen wird, eingebracht am 5.07.2018, 324/A XXVI. GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/A/A_00324/index.shtml; entgegen dem irreführend weiten Titel zielt das Gesetz ausschließlich auf die Vermeidung von Zwangs- und Kinderarbeit bei der Herstellung von Bekleidungsartikeln.

¹⁰² Vgl. dazu auch Leupold, Gutachten zum Entwurf eines Gesetzes zur Einhaltung unternehmerischer Sozialverantwortung (Sozialverantwortungsgesetz – SZVG): Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, 2017, http://vki-akademie.at/typo7/fileadmin/user_upload/Rechtsgutachten_Soziale_Verantwortung_Juni_2017.pdf, S. 43 die insoweit Bezug nimmt auf den MSorgfaltsG-E.

werden, besonders gefahrgeneigte Tätigkeiten zur Risikominimierung aus der eigenen Tätigkeitssphäre auszugliedern („outsourcing“).

3.1.1.2.5 Übertragbarkeit auf den Umweltbereich

Die für den Menschenrechtsbereich skizzierte Problematik der Bestimmung von Reichweite und Tiefe der Sorgfaltspflicht für die globale Wertschöpfungskette stellt sich genauso für den Umweltbereich. Der Regelungstechnik lässt sich daher auf die Bestimmung von Reichweite und Tiefe der *umweltbezogenen* Sorgfaltspflicht in der globalen Wertschöpfungskette übertragen (so auch § 5 Abs. 2 S. 2 und Abs. 4 SorgfaltspflichtenG-EP). Eine Ergänzung des Kataloges um weitere Kriterien¹⁰³ erscheint dabei freilich nicht ausgeschlossen. Dabei ist es durchaus auch vorstellbar, dass im Umweltbereich andere Aspekte wie etwa besonderes Risikowissen oder technische Expertise eine größere Rolle spielen können als im Menschenrechtsbereich.¹⁰⁴ Der Vorteil des in § 6 Abs. 2 MSorgfaltsG-E entwickelten Kataloges besteht darin, dass er sich eng an den Maßgaben der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte orientiert. Sollte der Kriterienkatalog für die Zwecke der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht ergänzt oder modifiziert werden, so sollte dies idealerweise ebenfalls in Anlehnung an einen möglichst etablierten internationalen Standard¹⁰⁵ erfolgen. Dafür würde zwar grundsätzlich die *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct* in Betracht kommen, die sich sowohl auf Menschenrechts- als auch Umweltbeeinträchtigungen bezieht. Aus den sehr allgemein gehaltenen Ausführungen lassen sich indes kaum weitergehende konkrete Maßgaben für eine gesetzliche Regelung ableiten.¹⁰⁶

3.1.1.3 Strukturelemente des MSorgfaltsG-E

Das Konzept der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht im MSorgfaltsG-E zeichnet sich durch folgende Strukturelemente aus: Der MSorgfaltsG-E schlägt die Schaffung eines neuen rechtsgebietsübergreifenden Stammgesetzes vor (dazu 3.1.1.3.1). Regelungstechnisch trennt der Entwurf klar zwischen der materiellen Sorgfaltspflichtenregelung und den Regelungen zur Durchsetzung (dazu 3.1.1.3.2). Beide Strukturentscheidungen lassen sich unmittelbar auf eine umweltbezogene Sorgfaltspflichtenregelung übertragen. Die Erwägungen zum sachlichen Anwendungsbereich und zur Schutzgutbestimmung des MSorgfaltsG-E lassen sich dagegen nur mit gewissen Einschränkungen auf das Regelungskonzept einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht übertragen.

3.1.1.3.1 Rechtsgebietsübergreifendes Stammgesetz

Der MSorgfaltsG-E zeichnet sich dadurch aus, dass er keine punktuellen Änderungen in mehreren bereichs- oder rechtsgebietsspezifischen Gesetzen vornimmt, sondern ein neues Stammgesetz vorschlägt, das den materiellen Sorgfaltsstandard rechtsgebietsübergreifend

¹⁰³ Ein Anknüpfungspunkt zur Entwicklung neuer Kriterien für den Umweltbereich könnten etwa die in Anhang I Ziff. 5 zur EMAS-Verordnung genannten Kriterien für die Bewertung der Bedeutung von Umweltaspekten der Tätigkeiten einer Organisation sein (etwa der Zustand der Umwelt und der potenzielle Nutzen für die Umwelt), vgl. Anhang I Ziff. 5 der VO (EG) Nr. 1221/2009 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001, sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (ABl. L 342 vom 22.12.2009, S. 1), zuletzt geändert durch VO (EU) 2018/2026 DER KOMMISSION vom 19. Dezember 2018 (ABl. L 325 vom 20.12.2018, S. 18).

¹⁰⁴ Vgl. zu weiteren diskutierten Kriterien auch Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, *Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung*, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019, S. 44-47.

¹⁰⁵ Etwa die Umweltmanagement-Norm ISO 14001:2015.

¹⁰⁶ Vgl. OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct 2018, S. 18 „Due diligence is appropriate to an enterprise’s circumstances. The nature and extent of due diligence can be affected by factors such as the size of the enterprise, the context of its operations, its business model, its position in supply chains, and the nature of its products or services. Large enterprises with expansive operations and many products or services may need more formalised and extensive systems than smaller enterprises with a limited range of products or services to effectively identify and manage risks.“

regelt. Dies lässt sich unmittelbar auf die Regelung einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht übertragen.

3.1.1.3.2 Regelungstechnische Trennung von materieller Sorgfaltspflichtenregelung und Durchsetzungsmechanismen

Wesentliches Merkmal des MSorgfaltsG-E ist die regelungstechnische Trennung zwischen materiellen Sorgfaltsanforderungen einerseits und den Durchsetzungsmechanismen andererseits. Die materielle Sorgfaltspflicht setzt sich zusammen aus zwei Elementen: erstens dem (materiellen) Gegenstand der Sorgfaltspflicht, d. h. den geschützten Menschenrechten und zweitens den (materiellen) Verfahrensschritten als Kernelementen der Sorgfaltspflicht. Insoweit lässt sich von einem „zweigliedrigen“ Sorgfaltspflichtenkonzept sprechen.

Der zweite Abschnitt des MSorgfaltsG-E regelt nur die materiellen Sorgfaltsanforderungen, der dritte Abschnitt die Durchsetzungsmechanismen.

Diese Regelungstechnik weist mehrere Vorzüge auf. Zum einen lässt sich von vorn herein ein anspruchsvoller Verhaltensstandard etablieren, der den Marktteilnehmerinnen und -teilnehmern langfristige Planungssicherheit und Orientierung bietet. Zugleich ist es jedoch möglich, die Regelungsschärfe und damit verbundene Eingriffsintensität durch verschiedene Stellschrauben zu skalieren und damit die politische Durchsetzbarkeit zu erleichtern,¹⁰⁷ ohne dass die langfristige Kohärenz des Regelungsgefüges in Frage gestellt wird (dazu näher unten Kapitel 3.1.6). Das MSorgfaltsG würde auf diese Weise einen von den konkreten Durchsetzungsinstrumenten unabhängigen Verhaltensstandard etablieren.

3.1.1.3.3 Branchenübergreifender Anwendungsbereich und Schutzgut

Auch mit Blick auf sachlichen Anwendungsbereich und Festlegung des Schutzgutes sind unterschiedliche Gestaltungsvarianten einer wertschöpfungskettenübergreifenden Sorgfaltspflicht denkbar. Viel spricht für einen branchenübergreifenden Anwendungsbereich des Stammgesetzes anstelle von einer Vielzahl branchenspezifischer Regelungen (dazu 3.1.1.3.3.1). Auch scheint eine Universalregelung, die alle Menschenrechte schützt, thematischen Insellösungen überlegen (dazu 3.1.1.3.3.2).

3.1.1.3.3.1 Branchenübergreifender Anwendungsbereich

Der MSorgfaltsG-E wählt einen branchenübergreifenden Ansatz. D. h. der Anwendungsbereich der Sorgfaltspflicht wird nicht auf bestimmte (gefahrengeigte) Wertschöpfungstätigkeiten in bestimmten Branchen beschränkt; vielmehr findet das Gesetz auf die gesamte Geschäftstätigkeit einschließlich sämtlicher vor- und nachgelagerter Wertschöpfungsschritte aller Unternehmen Anwendung, die in den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Den gleichen Ansatz verfolgen das französische Sorgfaltspflichtengesetz und die schweizerischen Entwürfe. Freilich finden sich auch Referenzregelungen, die einen bestimmten Industriezweig oder thematisch abgegrenzten Sachverhalt (so z. B. die Holzhandels-VO, die Konfliktmineralien-VO) oder sogar drittlandsspezifisch, bestimmte Arbeitssicherheitsaspekte in einem bestimmten Industriezweig (z. B. der sog. Bangladesh Accord¹⁰⁸) erfassen sollen.

Eine branchenspezifische Modifikation des persönlichen Anwendungsbereiches des MSorgfaltsG-E ist allerdings insoweit vorgesehen, wie die Regelung auch auf kleinere, vom Größenkriterium (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Nr. 2 MSorgfaltsG-E) nicht erfasste Unternehmen

¹⁰⁷ Vgl. Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 50.

¹⁰⁸ Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, <http://bangladeshaccord.org>.

Anwendung finden soll, die in bestimmten „Hochrisikosektoren“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) i. V. m. § 3 Nr. 4 MSorgfaltsG-E) operieren.¹⁰⁹

Vorteil einer branchenspezifischen Regelung ist, dass diese von vorn herein konkreter und mit mehr Detailregelungen ausgestaltet werden kann. Dadurch wird die Rechtssicherheit und praktische Anwendung durch Adressaten, Behörden und Gerichte erleichtert. Dies kann jedoch auch über branchenspezifische Ergänzungen einer branchenübergreifenden Regelung erreicht werden. So sieht der MSorgfaltsG-E die Möglichkeit für branchenspezifische Ergänzungen und Konkretisierungen durch Rechtsverordnungen vor.¹¹⁰

Für den branchenübergreifenden Ansatz (ggf. mit branchenspezifischen Ergänzungen) spricht im Ergebnis, dass sich auf diese Weise eine Zersplitterung der Rechtsordnung vermeiden lässt und durch ein hohes Maß an branchenübergreifender Konvergenz Synergieeffekte und geringere Transaktionskosten (insb. *compliance*-Kosten) erreichen lassen: So wird ein grundsätzlich einheitlicher Standard die Kosten für die Entwicklung geeigneter Managementmodelle sowie die Beratungskosten senken. Auch verfahrensökonomische Gesichtspunkte sprechen für das branchenübergreifende Grundmodell mit branchenspezifischen Ergänzungen. Die nur ergänzenden Regelungen könnten auf der branchenübergreifenden „Sockelregelung“ als „quasi-allgemeinem Teil“ aufbauen.

Denkbar ist auch die Ergänzung durch länderspezifische Verschärfungen oder Privilegierungen.¹¹¹

Langfristiges Ziel des Gesetzgebers sollte eine branchenübergreifende Regelung sein, die durch branchen- und ggf. länderspezifische Regelungen ergänzt wird.

Die Argumente für eine branchenübergreifende menschenrechtliche Sorgfaltspflicht in globalen Wertschöpfungsketten lassen sich grundsätzlich auf den Umweltbereich übertragen. Lässt sich eine einheitliche für Menschenrechts- und Umweltschutz *gleichermaßen* geeignete „Sockelregelung“ entwickeln, so verstärken sich die Argumente teilweise sogar noch (etwa durch Synergieeffekte zwischen Umwelt- und Menschenrechtsschutz).¹¹² Zwar könnten gewisse Gesichtspunkte auch für eine differenziertere Lösung im Bereich des Umweltschutzes sprechen: Während im Menschenrechtsbereich jedenfalls ein Teil der Gefährdungen branchenübergreifend weitgehend ähnlich ist (insb. bezüglich der Beeinträchtigung von Menschenrechten der Beschäftigten in der Wertschöpfungskette), dürften sich die Fallkonstellationen und Gefährdungslagen im Umweltbereich stärker unterscheiden und in höherem Maße branchen- und regionalspezifisch sein. Der Gesichtspunkt lässt sich zwar kaum quantifizieren, jedoch erscheint es plausibel, dass etwa Art und Umfang von Emissionen, Ressourcenverbrauch oder etwa die Verwendung giftiger Chemikalien in besonders hohem

¹⁰⁹ Daraus ergibt sich eine regelungstechnische Überschneidung von persönlichem und sachlichem Anwendungsbereich.

¹¹⁰ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 69 f.; vgl. auch BMZ-Eckpunktepapier 2019, § 17 S. 1 Nummer 1 SorgfaltspflichtenG-EP.

¹¹¹ Vgl. für ein Beispiel dieser Regelungstechnik: § 15 Abs. 3 Nummer 1 lit. b), § 15 Abs. 4 GwG i. V. m. Art. 9 der 4. Geldwäscherichtlinie (EU) 2015/849 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. L 141 vom 5.6.2015, S.73) i. V. m. DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) 2016/1675 DER KOMMISSION vom 14. Juli 2016 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Ermittlung von Drittländern mit hohem Risiko, die strategische Mängel aufweisen (ABl. L 254 vom 20.0.2016, S. 1).

¹¹² Vgl. vgl. dazu bereits Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019.

Maße industrie- und wertschöpfungsstufenspezifisch sind. Daraus folgt indes nicht die zwingende Notwendigkeit branchenspezifischer Spezialgesetze anstelle des übergreifenden Stammgesetzes.¹¹³ Vielmehr lässt sich diesen Gesichtspunkten durch entsprechende branchenspezifische Ergänzungen oder Konkretisierungen Rechnung tragen (s.o.).

3.1.1.3.3.2 Schutzgutübergreifende Universalregelung oder schutzgutspezifische Insellösung?

Der MSorgfaltsG-E verfolgt nicht nur einen *branchen-* sondern auch einen *schutzgutübergreifenden* Ansatz: Die Sorgfaltspflicht bezieht sich auf *alle* international anerkannten Menschenrechte gleichermaßen. Einen ähnlichen Ansatz verfolgen das französische Sorgfaltspflichtengesetz und die schweizerischen Entwürfe. Damit grenzen sich diese Ansätze von schutzgutspezifischen Insellösungen ab. Beispiele für einen derartig limitierten Regelungsansatz bieten etwa die EU-Holzhandels-VO (gegen illegalen Einschlag) und der EU-Konfliktmineralien-VO (gegen die Finanzierung bewaffneter Konflikte durch den Handel mit bestimmten Mineralen), die Anti-Sklavereigesetzgebung im Vereinigten Königreich und Australien oder die neue niederländische Regelung gegen Kinderarbeit.

Ähnlich wie beim branchenübergreifenden Anwendungsbereich erscheint auch hinsichtlich des Schutzgutes eine umfassende Universalregelung grundsätzlich vorzugswürdig. Auch hier sprechen dafür die genannten Aspekte Kohärenz, erzielbare Synergieeffekte, sinkende compliance-Kosten sowie die langfristige Verfahrensökonomik.

Zwar können politische Gesichtspunkte der Durchsetzbarkeit dafür sprechen, kurzfristig (zunächst) eher unkontroverse Themen wie Sklaverei oder Kinderarbeit aufzugreifen. Vor dem Hintergrund der Prinzipien der Unteilbarkeit und Universalität der Menschenrechte könnten derartige Regelungen jedoch allenfalls als Übergangslösung in Betracht gezogen werden.

Schutzgut- und themenspezifische Regelungen können zwar kurzfristig durchaus eine stärkere Wirkung dadurch entfalten, dass sie von vorn herein einen höheren Konkretisierungsgrad der Anforderungen aufweisen und größere Aufmerksamkeit bei Normadressaten und Vollzugsbehörden auf einzelne Probleme lenken. Will sich der Gesetzgeber jedoch langfristig nicht damit begnügen, einzelne Themen zu adressieren, sondern einen umfassenden Menschenrechtsschutz in den globalen Wertschöpfungsketten deutscher Unternehmen gewährleisten, so ist die Universallösung langfristig zu bevorzugen.¹¹⁴ Denn andernfalls droht ein mehr oder weniger unkoordiniertes Nebeneinander unzähliger themenspezifischer Gesetze, die sowohl für Normadressaten als auch Vollzugsbehörden unverhältnismäßig hohe Vollzugskosten verursachen werden. Diese nachträglich in ein kohärentes Regelungssystem zusammenzufügen, dürfte wesentlich schwieriger sein, als die nachträgliche Konkretisierung eines universellen Regelungsansatzes auf einzelne Themen und Schutzgüter.

Der Gedanke lässt sich im Grundsatz auch auf eine umweltbezogene Sorgfaltspflicht übertragen. Dabei wird es sich anbieten, ähnlich der branchenspezifischen Ergänzungen ggf. auch schutzgutspezifische Konkretisierungen in ergänzenden Regelungen aufzunehmen. Dies schließt freilich nicht aus, ein einzelnes Schutzgut oder „Regelungsthema“ gänzlich aus der allgemeinen umweltbezogenen Sorgfaltspflicht herauszulösen und separat zu regeln. Denkbar wäre das etwa für das Schutzgut des globalen Klimas.¹¹⁵ Zwingend erscheint dies indes nicht. Um abschließend

¹¹³ Für eine branchenübergreifende Regelung einer universellen umweltbezogenen Sorgfaltspflicht vgl. die schweizerischen Entwürfe und das französische Sorgfaltspflichtengesetz.

¹¹⁴ In dieser Richtung auch das Ergebnis der Erhebung von Smit/Bright/McCorquodale et al., Study on due diligence requirements through the supply chain – Final Report, European Commission (Hrsg.), January 2020, S. 191 f., dort insb. Fn. 626.

¹¹⁵ Etwa in Anlehnung die *Oslo Principles on Global Climate Obligations* (2015, <https://globaljustice.yale.edu/sites/default/files/files/OsloPrinciples.pdf>) sowie die *Principles on Climate Obligations of Enterprises* (2018, <https://climateprinciplesforenterprises.files.wordpress.com/2017/12/enterprisesprincipleswebpdf.pdf>), vgl. dazu näher

zu beurteilen, welcher Ansatz vorzugswürdig erscheint, bedürfte es einer vertieften Auseinandersetzung mit den verschiedenen Umweltschutzgütern. Grundsätzlich scheinen jedoch beide Wege möglich.

3.1.1.4 Materielle Kernelemente (Risikoanalyse, Prävention, Abhilfe)

Die materiellen Kernelemente regelt der MSorgfaltsG-E in §§ 6 bis 7. Sie setzen sich aus den aufeinander aufbauenden Schritten Risikoanalyse, Prävention (einschließlich Wirksamkeitskontrolle) und Abhilfe zusammen. Aufgrund des prozeduralen Charakters der Sorgfaltspflicht eignet sie sich dazu, auf den Schutz beliebiger Rechtsgüter übertragen zu werden (s.o.). In der Praxis werden sich die konkreten Schritte einer *umweltbezogenen* Sorgfaltspflicht und die dazu erforderliche Expertise zwar vielfach von dem unterscheiden, was die Implementierung einer *menschenrechtlichen* Sorgfaltspflicht verlangt. Die abstrakten Vorgaben sind indes ohne Weiteres auf den Umweltbereich übertragbar.

Ein risikobasiertes Compliance-Management, wie es sich aus dem Sorgfaltspflichtenkonzept ergibt, gehört ohnehin zum Standardrepertoire gängiger Managementansätze¹¹⁶ auch jenseits des Menschenrechtsschutzes.¹¹⁷ Derartige Organisationspflichten sind für einige Rechtsgebiete bereits *de lege lata* spezialgesetzlich¹¹⁸ vorgegeben (vgl. §§ 4 ff. GwG¹¹⁹, § 25a KWG¹²⁰, § 80 WpHG¹²¹, Art. 22 VO (EU) 2017/565¹²²; MaComp¹²³).¹²⁴ Auch diese Beispiele zeigen, dass das Konzept auf die Einhaltung der unterschiedlichsten materiellen Vorgaben übertragen werden kann.

Einer Übertragung der materiellen Kernelemente der (menschenrechtlichen) Sorgfaltspflicht auf den Umweltschutz steht demnach nichts entgegen.

demnächst Roda Verheyen im Bericht zum UBA-Forschungsvorhaben „Internationale Haftung von Unternehmen für Umweltschäden“ (FKZ 3718 17 100 0).

¹¹⁶ Vgl. die IDW Prüfungsstandards 980 (Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen), dazu: Schefold, Risikoanalyse im Sinne IDW PS 980, Bedarfsermittlung für ein Compliance Management System (CMS), ZRFC 2012, 209.

¹¹⁷ Vgl. zu Schnittstellen von Umweltmanagementsystemen und unternehmerischen Sorgfaltspflichten: Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019, dort Kapitel 3.

¹¹⁸ Inwieweit darüber hinaus eine allgemeine Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management bzw. internen Überwachungs- und Kontrollsystems besteht und aus welcher Rechtsgrundlage diese sich ergibt (insb. § 91 Abs. 2, § 93 Abs. 1 AktG oder § 130 OWiG), bedarf hier keiner Vertiefung. Vgl. dazu näher Spindler 2019, § 91 AktG, Rn. 52 f.; siehe für börsennotierte Aktiengesellschaften auch § 317 Abs. 4 HGB.

¹¹⁹ Geldwäschegesetz vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1822), zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 12 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (BGBl. I S. 846).

¹²⁰ Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 8. Juli 2019 (BGBl. I S. 1002).

¹²¹ Wertpapierhandelsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2708), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 8. Juli 2019 (BGBl. I S. 1002).

¹²² Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission vom 25. April 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie (ABl. 2017 Nr. L 87 S. 1, ber. Nr. L 246 S. 12, ber. 2018 Nr. L 82 S. 18), zuletzt geändert durch Art. 1 VO (EU) 2019/1011 vom 13.12.2018 (ABl. 2019 Nr. L 165 S. 1).

¹²³ BaFin-Rundschreiben 05/2018 (WA) vom 19.04.2018, geändert am 9.05.2018, Geschäftszeichen WA 31 - Wp 2002 -2017/0011, Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten – MaComp, siehe dort insb. die „Besonderen Anforderungen“ nach BT 1.

¹²⁴ Vgl. auch Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 58 f.; Wiedmann/Greubel, Compliance Management Systeme – Ein Beitrag zur effektiven und effizienten Ausgestaltung, CCZ 2019, S. 88.

3.1.1.5 Flankierende Elemente: Dokumentation, Organisationspflichten (Compliance-Organisation, Whistleblowing), Vertragsgestaltung, Lieferfristen

Die vorstehend genannten Kernelemente der Sorgfaltspflicht werden im MSorgfaltsG-E flankiert von ergänzenden Organisations- und Dokumentationspflichten (§§ 9 und 11 MSorgfaltsG-E; siehe auch die weitergehenden Vorgaben in §§ 8 bis 11 des BMZ-Eckpunktepapiers). Auch diese organisatorischen Vorgaben können auf die Einhaltung prinzipiell beliebiger materieller Standards, also auch den Umweltschutz, gerichtet sein.

3.1.1.6 Zwischenergebnis: MSorgfaltsG-E im Wesentlichen auf den Umweltschutz übertragbar

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass sich die Regelungsansätze des MSorgfaltsG-E und die diesem zu Grunde liegenden Erwägungen im Wesentlichen problemlos auf den Umweltschutz in globalen Wertschöpfungsketten übertragen lassen. Branchenspezifischen Besonderheiten kann dabei im Rahmen entsprechender Konkretisierungen Rechnung getragen werden. Dies gilt grundsätzlich auch für schutzgutspezifische Konkretisierungen. Allerdings erscheint es gleichwohl nicht ausgeschlossen, aber auch nicht zwingend erforderlich, Regelungen für einzelne Schutzgüter aus der Universalregelung insgesamt herauszulösen.

3.1.2 Zentrale Herausforderungen bei der Ausgestaltung einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht: Regelungsgegenstand und Bestimmtheit

Im Folgenden wird auf zwei besondere Herausforderungen der Ausgestaltung einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht gesondert eingegangen: Die Bestimmung des materiellen Regelungsgegenstandes¹²⁵ der Sorgfaltspflicht (dazu 3.1.2.1) und daran anschließend die damit verbundenen Schwierigkeiten, den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen zu genügen (dazu 3.1.2.2).

3.1.2.1 Materieller Regelungsgegenstand einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht

Zentrale Herausforderung beim Versuch der Übertragung des Ansatzes des MSorgfaltsG-E auf den Umweltbereich ist die regelungstechnische Verknüpfung der prozedural geprägten Sorgfaltspflicht mit dem maßgeblichen materiellen Umweltstandard.¹²⁶ Wie kann in einem branchen- und wertschöpfungskettenübergreifenden Gesetz der materielle Umweltschutzstandard definiert werden, auf dessen Einhaltung die Sorgfaltspflicht sich bezieht?

Um diese Frage zu beantworten wird im Folgenden als Ausgangspunkt zunächst die Regelungstechnik des MSorgfaltsG-E dargestellt (dazu 3.1.2.1.1). Im Anschluss wird zu zeigen sein, dass sich der dort gewählte Ansatz als nur sehr bedingt auf den Umweltbereich übertragbar erweist (dazu 3.1.2.1.2). Daher sind alternative Regelungsansätze zu erörtern. Dies sind: Ein Außenverweis auf das am Erfolgsort anwendbare lokale Umweltrecht (dazu 3.1.2.1.3), ein Verweis auf das heimatstaatliche deutsche und europäische Umweltrecht (dazu 3.1.2.1.4), ein Verweis auf *soft law* Standards (dazu 3.1.2.1.5) sowie eine Generalklausel als Auffangtatbestand (dazu 3.1.2.1.6). Dabei wird sich zeigen, dass nicht alle Ansätze gleichermaßen geeignet sind, dass aber auch keiner der diskutierten Ansätze für sich genommen ausreichend ist. Daher liegt die Lösung über eine Kombination mehrere Ansätze nahe (dazu 3.1.2.1.7).

¹²⁵ In Abgrenzung zu den *Verfahrensschritten* der Sorgfaltspflicht (s.o. zur „Zweigliedrigkeit“ des Sorgfaltspflichtenkonzepts: 3.1.1.3.2).

¹²⁶ Eine jüngst im Auftrag der EU-Kommission erarbeitete Studie spricht die Problematik ebenfalls an: Smit/Bright/McCorquodale et al., Study on due diligence requirements through the supply chain – Final Report, European Commission (Hrsg.), January 2020, S. 277.

3.1.2.1.1 Regelungstechnik des MSorgfaltsG-E zur Festlegung des Gegenstandes der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht

Der MSorgfaltsG-E verweist zur Bestimmung des normativen Bezugspunktes der *menschenrechtlichen* Sorgfaltspflicht auf die in einem Anhang zum Gesetz enumerierten internationalen Menschenrechtsabkommen (§ 3 Nummer 1 MSorgfaltsG-E). Eine nahezu identische Regelungstechnik verwendet Sec. 3 para. (3) des kürzlich im US-amerikanischen Repräsentantenhaus diskutierten Entwurfes für einen „Corporate Human Rights Risk Assessment, Prevention, and Mitigation Act of 2019“¹²⁷. Auch der indirekte Gegenentwurf der Kommission für Rechtsfragen des schweizerischen Nationalrates wendet im Prinzip dieselbe Regelungstechnik an, wenn es im Absatz 6 des Art. 716a bis OR (neu) 2a. *Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland* heißen soll:

„Wo das Gesetz auf die Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland hinweist, sind damit die entsprechenden für die Schweiz verbindlichen internationalen Bestimmungen gemeint.“

Der *Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen vom 18. Mai 2018 zu den Anträgen der Kommission für einen indirekten Gegenentwurf zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» im Rahmen der Revision des Aktienrechts* führt dieselben Menschenrechtsabkommen auf, die sich im Anhang zum MSorgfaltsG-E finden.

Auch der jüngste Entwurf für ein norwegisches Sorgfaltspflichtengesetz (*Lov om virksomheters åpenhet om leverandørkjeder, kunnskapsplikt og aktsomhetsvurderinger [Gesetz über unternehmerische Transparenz über Lieferketten, Wissens- und Sorgfaltspflichten]*¹²⁸) verwendet in § 3 Buchstabe d)¹²⁹ diese Regelungstechnik.

3.1.2.1.2 Verweis auf bestimmte internationale Umweltabkommen (Enumerationslösung) oder Pauschalverweis auf das Umweltvölkervertragsrecht?

Ob sich die Frage nach der Bestimmung des materiellen Bezugspunktes im Umweltbereich ebenfalls mit einem solchen einfachen Verweis auf internationale Abkommen erledigen lässt, wie der indirekte Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative dies möchte, erscheint jedoch zweifelhaft. Zwar spricht grundsätzlich nichts gegen die *Zulässigkeit* einer solchen Regelungstechnik. Ein Ausschnitt der zu regelnden Sachverhalte lässt sich damit durchaus erfassen. Jedoch greift der Ansatz entschieden zu kurz, wenn die einzuhaltenden

¹²⁷ Der Entwurf des Abgeordneten Casten (<https://docs.house.gov/meetings/BA/BA16/20190710/109770/BILLS-116pih-corporhuman.pdf>) war am 10. Juli 2019 Gegenstand einer Anhörung im Subcommittee on Investor Protection, Entrepreneurship, and Capital Markets (Committee on Financial Services), <https://docs.house.gov/Committee/Calendar/ByEvent.aspx?EventID=109770>; Sec. 3 para (3) lautet: "(...) The term 'human rights' means an adverse impact that an action of the issuer has had on the enjoyment of human rights, including those rights encompassed in (i) the Universal Declaration of Human Rights; (ii) the International Covenant on Civil and Political Rights; (iii) the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights; and (iv) the 8 core conventions of the International Labor Organization."

¹²⁸ Siehe den Bericht des von der norwegischen Regierung eingesetzten ETIKKINFORMASJONSUTVALGET [Ethikinformationsausschuss] vom 28. November 2019: *Åpenhet om leverandørkjeder - Forslag til lov om virksomheters åpenhet om leverandørkjeder, kunnskapsplikt og aktsomhetsvurderinger [Transparenz über Lieferketten - Vorschlag für ein Gesetz über unternehmerische Transparenz in Lieferketten, Wissens- und Sorgfaltspflichten]*, siehe den Gesetzentwurf auf S. 55 ff. des Berichtes <https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a4240f3341958e0b62d40f484371/195794-bfd-etikkrapport-web.pdf> eine nicht amtliche, auszugsweise Übersetzung ins Englische ist verfügbar unter: https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Norway%20Draft%20Transparency%20Act%20-%20draft%20translation_0.pdf.

¹²⁹ Nach nichtamtlicher Übersetzung soll die Vorschriften lauten: "Fundamental human rights" means the internationally recognised human rights as expressed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), the International Covenant on Civil and Political Rights (1966) and the ILO's fundamental conventions on fundamental rights and principles at work.", https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Norway%20Draft%20Transparency%20Act%20-%20draft%20translation_0.pdf.

„Bestimmungen zum Schutz der Umwelt“ *ausschließlich* auf Grundlage der (für die Bundesrepublik) verbindlichen völkerrechtlichen Abkommen zu bestimmen sein sollen.

Anders als im Menschenrechtsbereich fehlt es im Umweltbereich an einem umfassenden Kanon an international zumindest weitgehend anerkannten Abkommen, die den Schutz der Umwelt umfassend und abschließend regeln. Trotz einer großen Zahl an internationalen Abkommen, zeichnet sich das Umweltvölkervertragsrecht durch seinen eher fragmentarischen Charakter aus.¹³⁰ Eine „Weltumweltordnung“ ist allenfalls in Ansätzen erkennbar.¹³¹

Die eclex-Datenbank (www.eclex.org) beziffert die für Deutschland in Kraft befindlichen internationalen Umweltabkommen auf insgesamt 303 (252 multilaterale und 51 bilaterale).¹³² Selbst wenn man sich auf die Abkommen mit globalem Anwendungsbereich beschränken wollte, wären dies immerhin noch 113. Es liegt nahe, dass eine Regelungstechnik der expliziten Enumeration, wie der MSorgfaltsG-E sie für die Menschenrechtsabkommen anwendet, für die Umweltabkommen wenig praktikabel erscheint.

Vorzugswürdig erscheint daher ein Pauschalverweis auf das Umweltvölkervertragsrecht, soweit es für die Bundesrepublik verbindlich ist. Denkbar wäre freilich eine illustrative Liste, die nur die besonders wichtigen Abkommen aufzählt, ohne abschließend zu sein.¹³³

Ungeklärt ist allerdings, ob ein Pauschalverweis auf das die Bundesrepublik bindende Umweltvölkervertragsrecht in Sachverhaltskonstellationen einzuschränken wäre, in denen der Staat des Erfolgsortes an die umweltvölkerrechtliche Norm (insb. aus bilateralen Abkommen) *nicht* gebunden ist. Ein Konflikt mit dem völkerrechtlichen Interventionsverbot dürfte jedoch auch in diesen Konstellationen erst dann zu erwarten sein, wenn die völkerrechtliche Norm ein Verhalten vorgibt, dass nach dem innerstaatlichen Recht des Erfolgsortstaates verboten ist und das Verbot nicht seinerseits völkerrechtswidrig ist.¹³⁴

Hinzu kommt ein weiteres Problem: Beim Verweis der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht auf Menschenrechtsabkommen ist zwar die rechtsdogmatische Diskussion, ob Private Menschenrechte selbst verletzen können oder die Schutzgüter bloß beeinträchtigen bzw. zu Menschenrechtsverletzungen durch Staaten beitragen können, nicht abschließend geklärt. Da diese Abkommen jedoch stets die individuellen Rechte von natürlichen Personen schützen, ist

¹³⁰ Vgl. Sand, Internationale Umweltabkommen, in: Rehinder/Schink [Hrsg.], Grundzüge des Umweltrechts, 2018, Rn. 124; Grosz, Umweltschutz als Aspekt der Unternehmensverantwortung im internationalen Kontext, URP 2017, S. 641 (656).

¹³¹ Optimistisch aber: Treutner Globale Umwelt- und Sozialstandards: Nachhaltige Entwicklungen jenseits des Nationalstaats, 2018, S. 70 ff., insb. 72.

¹³² Stand: 09.08.2019.

¹³³ Treutner, Globale Umwelt- und Sozialstandards: Nachhaltige Entwicklungen jenseits des Nationalstaats, 2018, S. 17-22 führt eine Reihe zentraler Umwelt-Übereinkommen auf; vgl. auch die knappe Auswahl bei Augenstein/Boyle/Singh Galeigh, Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union. European Commission, Brussels, 2010, Rn. 70; Der Bericht der Rechtskommission des schweizerischen Nationalrates führt auch lediglich beispielhaft folgende Abkommen auf:

- Montreal-Abkommen zur Reduktion von ozonabbauenden Stoffen
- Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung (SR 0.814.05)
- Internationale Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für Ölverschmutzungsschäden (SR 0.814.291)
- Protokoll von Cartagena über die biologische Sicherheit zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt (SR 0.451.431)
- Protokoll von 1996 zum Übereinkommen über die Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen und anderen Stoffen (SR 0.814.287.1)
- Stockholmer Übereinkommen über persistente organische Schadstoffe (SR 0.814.03)

¹³⁴ Vgl. zur Parallelproblematik im menschenrechtlichen Kontext: Krajewski, Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze? In: Ders. [Hrsg.]: Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, 2018, S. 97 (124 f.).

im Grundsatz der Sache nach stets klar, dass und wie ein Unternehmen Menschenrechte beeinträchtigen kann.¹³⁵ Damit ist im Grundsatz auch klar, auf die Einhaltung welcher materiellen Schutzgüter die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht gerichtet ist. Anders liegt es dagegen im Falle von Umweltabkommen. Hier gibt es zwar einige, bei denen die Bestimmung des maßgeblichen materiellen Verhaltensstandards wenig Probleme bereitet. Dies gilt etwa im Falle von stoffbezogenen Verboten¹³⁶ wie etwa im Stockholmer Übereinkommen (sog. POPs-Übereinkommen)¹³⁷. Ähnliches gilt für tätigkeitsbezogene Verbote, aber auch technikbezogene Bestimmungen¹³⁸. Häufig lassen sich die an Staaten gerichteten umweltbezogenen Pflichten jedoch nicht ohne Weiteres auf private Unternehmen übertragen oder in sonstiger Weise in klare individuelle Handlungspflichten übersetzen. Dies gilt insbesondere für fundamentale Zielnormen, Reduktionsziele, Kooperationspflichten und Verfahrensbestimmungen.¹³⁹ Allerdings ist auch eine Übersetzung sehr offen formulierter Umweltabkommen in konkrete Handlungspflichten für Unternehmen im Einzelfall mitunter durchaus möglich, wie eine kürzlich ergangene Abschlusserklärung der niederländischen Nationalen Kontaktstelle zu den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen zur Beachtung des Paris Abkommens durch eine Bank zeigt.¹⁴⁰

Um mit diesem Problem umzugehen, schlägt die Kommission für Rechtsfragen des Schweizer Ständerates für Absatz 6 des *Art. 716a bis OR (neu) 2a* eine modifizierte Fassung des Entwurfs der Rechtskommission des Nationalrates vor:¹⁴¹

„Wo das Gesetz auf die Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland verweist, sind damit die entsprechenden für die Schweiz verbindlichen, international anerkannten Bestimmungen gemeint, soweit sie sich dazu eignen, auch gegenüber Unternehmen wirksam zu werden.“¹⁴²

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Festlegung des materiellen Regelungsgegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht nicht (ausschließlich) nach dem im Menschenrechtsbereich ausreichenden Modell des Verweises auf völkervertragsrechtliche Regelungen geregelt werden kann.

3.1.2.1.3 Minimallösung: Außenverweis auf lokales Recht des Erfolgsortes

Ein naheliegender, rechtlich und regelungstechnisch relativ unproblematischer Ansatz wäre ein Verweis auf das lokale Recht des Staates, auf dessen Hoheitsgebiet die Wertschöpfung bzw. die zu vermeidende Rechtsverletzung stattfindet.

¹³⁵ Dabei ist inzwischen auch weitgehend anerkannt, dass Unternehmen grds. alle Menschenrechte beeinträchtigen können. Siehe dazu die Studie mit Fallbeispielen zu den wichtigsten Menschenrechten aus dem UN-Zivil- und dem UN-Sozialpakt: Castan Centre for Human Rights Law et al. 2008; ferner Kommentar zu UN-Leitprinzip Nr. 12.

¹³⁶ Vgl. dazu Buck/Verheyen, § 1 Umweltvölkerrecht. In: Koch et al. [Hrsg.], Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl., 2018, Rn. 48.

¹³⁷ Stockholmer Übereinkommen vom 23. Mai 2001 über persistente organische Schadstoffe (POPs-Übereinkommen), BGBl. 2002 II 803.

¹³⁸ Vgl. dazu Buck/Verheyen, § 1 Umweltvölkerrecht. In: Koch et al. [Hrsg.], Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl., 2018, Rn. 52 ff., 60 ff.

¹³⁹ Vgl. zu den verschiedenen Regelungsansätzen des Umweltvölkervertragsrechts: Buck/Verheyen, § 1 Umweltvölkerrecht. In: Koch et al. [Hrsg.], Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl., 2018, Rn. 45 f., 56 ff., 68 ff., 72 ff.

¹⁴⁰ National Contact Point OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Final Statement, Oxfam Novib u.a. versus ING, final statement vom 19. April 2019, S. 4 ff., <https://www.oecdguidelines.nl/documents/publication/2019/04/19/ncp-final-statement-4-ngos-vs-ing>.

¹⁴¹ Anträge Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 19. Februar 2019, <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S2-2%20D.pdf>; zur Begründung siehe: Ständerat, 16.077 n OR. Aktienrecht (Entwurf 2), Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 19. Februar 2019, https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2016/Kommissionsbericht_RK-S_16.077_2019-02-19.pdf.

¹⁴² Hervorhebung hinzugefügt.

In der Literatur ist in diesem Zusammenhang vielfach vom lokalen Recht des *host state* die Rede. Unabhängig davon, dass der Begriff im deutschen regelmäßig irreführend und unzutreffenden mit „Gaststaat“ statt – richtig – *Gastgeberstaat* übersetzt wird,¹⁴³ ist der Begriff für den vorliegenden Kontext zu eng. Denn für den Regelungszweck spielt es allenfalls eine untergeordnete Rolle, ob ein deutsches Unternehmen in einem Drittstaat mit einer eigenen Niederlassung „zu Gast“ ist und dort selbst produziert, oder ob es in einem Drittstaat von einem dort einheimischen Unternehmen produzieren lässt. Treffender wäre es daher statt vom Gastgeberstaat vom „Tätigkeitsstaat“¹⁴⁴ zu sprechen. Allerdings hat sich bislang keiner dieser Begriffe in der Literatur etabliert. Für eine regelungstechnische hinreichend bestimmte und unmissverständliche Umsetzung des Recht des Gastgeber- oder Tätigkeitsstaates bietet sich der Begriff des „Erfolgsortes“ an. Es handelt sich um eine bekannte Kategorie insbesondere des internationalen Privat- und Prozessrechts (Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO; Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB; Art. 7 Nummer 2 Brüssel Ia-VO). Auch das BMZ-Eckpunktepapier verweist auf die „am Erfolgsort anwendbaren Vorschriften“ (§ 3 Nummer 8 lit. a. SorgfaltspflichtenG-EP).

Ein Vorbild für den Regelungsgedanken findet sich etwa in der EU-Holzhandelsverordnung. Nach Art. 2 lit. f der Holzhandelsverordnung ist Holz dann „legal geschlagen“, wenn es im Einklang mit den einschlägigen Rechtsvorschriften des Landes des Holzeinschlages geschlagen worden ist; umgekehrt ist Holz dann „illegal geschlagen“, wenn es im Widerspruch zu den einschlägigen Rechtsvorschriften des Landes des Holzeinschlages geschlagen worden ist (Art. 2 lit. g) EU-Holzhandelsverordnung). Das Verbot des Inverkehrbringens von Holz und Holzzeugnissen aus illegalem Einschlag in Art. 4 der Verordnung knüpft demnach an die Einhaltung der lokalen Vorschriften am Ort des Holzeinschlages an.

Auch die sog. IUU-Verordnung¹⁴⁵ zur Bekämpfung *illegaler, nicht gemeldeter und unregulierter Fischerei* knüpft im Ausgangspunkt ebenfalls an das in den Meeresgewässern der Fangtätigkeit anwendbare lokale Recht (Art. 2 Nummer 2 lit. a) IUU-Verordnung) an, wenngleich die Verordnung freilich über diesen engen Ansatz hinausgeht.¹⁴⁶

Ferner verweisen die Mindestanforderungen nach Ziff. 4.1.1. des „EMAS Global“-Leitfadens der Europäischen Kommission¹⁴⁷ auf das lokale Recht der Drittstaaten, in denen sich im EMAS-Registrierungsantrag angegebene Standorte befinden:

¹⁴³ Vgl. Krajewski, Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze? In: Ders. [Hrsg.]: Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, 2018, S. 97 (101).

¹⁴⁴ Krajewski, Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze? In: Ders. [Hrsg.]: Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, 2018, S. 97 (101) dort in Fn. 9, vgl. auch Winter, Einführung. In: Ders. [Hrsg.]: Die Umweltverantwortung multinationaler Unternehmen, 2005, S. 3 (28).

¹⁴⁵ VO (EG) Nr. 1005/2008 DES RATES vom 29. September 2008 über ein Gemeinschaftssystem zur Verhinderung, Bekämpfung und Unterbindung der illegalen, nicht gemeldeten und unregulierten Fischerei, zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 2847/93, (EG) Nr. 1936/2001 und (EG) Nr. 601/2004 und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 1093/94 und (EG) Nr. 1447/1999, (ABl. L 286 vom 29.10.2008, S.1), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 202/2011 der Kommission vom 1. März 2011 zur Änderung von Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 1005/2008 des Rates hinsichtlich der Begriffsbestimmung von Fischereierzeugnissen und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1010/2009 der Kommission hinsichtlich der Formblätter für die Voranmeldung, der Eckwerte für Hafeninspektionen sowie der anerkannten Fangdokumentationsregelungen regionaler Fischereiorganisationen (ABl. L 57 vom 2.3.2011, S. 10–18).

¹⁴⁶ Die IUU-Verordnung knüpft zusätzlich an den Verstoß des Flaggenstaates des Fangschiffes gegen dessen internationale Verpflichtungen (Art. 2 Nummer 2 lit. b) IUU-Verordnung) und an den Verstoß des Fangschiffes gegen sonstige einzelstaatliche Gesetze oder internationale Verpflichtungen an (Art. 2 Nummer 2 lit. c) IUU-Verordnung).

¹⁴⁷ Leitfaden zur EU-Sammelregistrierung, Drittlandregistrierung und weltweiten Registrierung nach EMAS (Verordnung (EG) Nr. 1221/2009), veröffentlicht als Anhang zum BESCHLUSS DER KOMMISSION vom 7. Dezember 2011 über einen Leitfaden zur EU-Sammelregistrierung, Drittlandregistrierung und weltweiten Registrierung nach der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung (ABl. L 330 vom 14.12.2011, S. 25).

„Organisationen müssen stets die nationalen Rechtsvorschriften der Drittländer, in denen sich die im EMAS-Registrierungsantrag angegebenen Standorte befinden, einhalten.“

Die Anordnung einer auf die Einhaltung des lokalen Rechts gerichteten Sorgfaltspflicht setzt allerdings ausschließlich bei den *Vollzugsdefiziten* am Erfolgsort an. Ist Ursache des *governance gap* indes ein *Regelungsdefizit* im lokalen Recht des „Gast“- bzw. „Tätigkeitsstaates“, so kann eine solche Regelung nicht greifen. Es handelt sich folglich um eine Minimallösung, die zwar bedingt wirksam ist, aber selbst im besten Falle über die Selbstverständlichkeit der Einhaltung lokaler Minimalstandards nicht hinausgehen kann.

Vorteil des Ansatzes ist eine vergleichsweise simple Regelungstechnik und eine hohe politische Akzeptanz. Denn die Einhaltung des jeweils anwendbaren lokalen Rechts im Gast- bzw. Tätigkeitsstaat gehört wohl zum politisch eher wenig kontroversen Minimalkonsens.

Festzuhalten ist, dass der Weg eines Verweises auf das am Erfolgsort anwendbare lokale Recht zwar ohne Weiteres gangbar ist. Da etwaige Regelungsdefizite damit jedoch gar nicht erfasst werden, kann eine ambitionierte Regelung es dabei nicht belassen. Insofern kann es sich nur um einen komplementären, andere Ansätze ergänzenden Bezugspunkt handeln.

Problematisch ist der Verweis auf das lokale Recht am Erfolgsort vor allem dann, wenn dieses nicht nur offensichtliche Regelungslücken enthält, sondern das Schutzniveau offensichtlich zu schwach ausgeprägt ist (z. B. die großflächige Brandrodung tropischer Regenwälder genehmigt). In diesem Fall stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der (zu niedrige) nationale Standard unter Rückgriff auf einen der alternativen Anknüpfungspunkte (Umweltvölkerrecht, heimatstaatliches Recht oder Generalklausel – dazu sogleich) das Recht des Erfolgsortes überlagert werden kann. Das erscheint nicht völlig unproblematisch. Insofern bedürfte es einer Regelung, die im Falle der Kombination der verschiedenen Anknüpfungspunkte deren Verhältnis zueinander regelt (s.u. 3.1.2.1.7).

3.1.2.1.4 Verweis auf lokales Recht des Heimatstaates?

Dies wirft die Frage auf, inwieweit ein Verweis auf das – regelmäßig strengere – deutsche und europäische Umweltrecht als Recht des Heimatstaates zulässig und zielführend ist.

In der Sache würde eine derartige Regelung auf einen „Export“ des Regelungsstandards des Heimatstaates eines Unternehmens hinauslaufen. Unternehmen könnten dann nicht mehr nach Produktionsstandorten mit möglichst niedrigen Umweltauflagen suchen und ihre Produktion dorthin verlagern, weil sie ihren heimatstaatlichen Umweltstandard gewissermaßen „mitnehmen“ müssen.

Tatsächlich wird dieser Gedanke im „EMAS Global“-Leitfaden der Europäischen Kommission angedeutet. So wird nach Ziff. 4.1.2 des Leitfadens gefordert, dass sich EMAS-zertifizierte Organisationen in Drittstaaten möglichst eng an den strengeren EU-Standards orientieren sollen:

„Um zu gewährleisten, dass EMAS das hohe Niveau von Anspruch und Glaubwürdigkeit beibehält, sollte die Umweltleistung von Organisationen aus Drittländern dem nach den einschlägigen europäischen und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften geforderten Stand von EU-Organisationen möglichst nahe kommen. Daher ist es wünschenswert, dass Organisationen von außerhalb der EU in der Umwelterklärung neben den anwendbaren nationalen Umweltvorschriften auch auf die Umweltvorschriften Bezug nehmen, die für ähnliche Organisationen in dem Mitgliedstaat gelten, in dem sie die Registrierung beantragen wollen, (Artikel 4 Absatz 4 der EMAS-Verordnung). (...)“

Da es sich um einen rein freiwilligen Zertifizierungsstandard mit einer sehr weichen Formulierung („möglichst nahe“, „wünschenswert“) handelt, ist das Beispiel freilich wenig aussagekräftig.

Es finden sich allerdings auch vereinzelte Beispiele, in denen die extraterritoriale Beachtung materiellen EU-Rechts verbindlich vorgeschrieben wird. So bestimmt Art. 14 Abs. 1 lit. a) Nr. ii) der VO (EG) Nr. 1/2005¹⁴⁸, dass bei langen Viehtransporten und zwar auch solchen aus dem Unionsgebiet in Drittländer, die zuständige Behörde am Versandort u.a. prüft, ob das Fahrtenbuch darauf schließen lässt, dass die Beförderung den Vorschriften dieser Verordnung entspricht und zwar auch hinsichtlich der Streckenabschnitte außerhalb des Unionsgebietes (bis zum ersten Entladungsort im Endbestimmungsdrittland).¹⁴⁹

Es scheint zwar rechtlich durchaus denkbar, in bestimmten Fällen die Beachtung von *bestimmten* EU-Standards für bestimmte Tätigkeiten oder Wertschöpfungsstufen vorzuschreiben. Dies bedürfte jedoch eine genaue Bezeichnung der materiellen Vorschrift und der Wertschöpfungstätigkeit.

Abzuklären wäre auch, inwieweit ein solcher Ansatz das Gleichbehandlungsgebot eingeführter und inländischer Waren im GATT-Abkommen verletzen könnte.¹⁵⁰

Ein *pauschaler* Verweis auf sämtliche deutsche und europäische Umweltvorschriften für den gesamten Wertschöpfungsprozess erscheint jedenfalls rechtlich nicht unproblematisch.

Für den hier erörterten Ansatz eines allgemeinen, branchen- und wertschöpfungskettenübergreifenden Sorgfaltspflichtengesetzes kommt eine pauschale Bezugnahme auf das deutsche oder europäische Umweltrecht nach hier vertretener Auffassung daher eher nicht in Betracht. Durchaus denkbar wäre es aber, in branchenspezifischen Ergänzungen eines allgemeinen Sorgfaltspflichtengesetzes für bestimmte Wertschöpfungsstufen auf bestimmte EU-Standards zu verweisen. Ob dies im Einzelfall rechtlich zulässig ist, bedürfte jedoch einer genauen Prüfung der jeweiligen Regelung.

3.1.2.1.5 Außenverweis auf *soft law* Standards?

Auch ein Außenverweis auf (private) *soft law* Standards kommt jedenfalls nicht als Pauschalverweis in Betracht. Denkbar wäre eine Verweisung auf private Regelwerke nur als starrer, nicht als dynamischer Verweis.¹⁵¹ Denn anderenfalls würde der Gesetzgeber seine Rechtssetzungstätigkeit indirekt auf Private übertragen, was auf verfassungsrechtlichen Gründen (Demokratieprinzip, Art. 20 GG) unzulässig ist.¹⁵²

Einen zulässigen starren Verweis auf einzelne, genau bestimmte *soft law* Standards wird man allerdings eher in branchenspezifische (Ergänzungs)regelungen als in ein

¹⁴⁸ Verordnung (EG) Nr. 1/2005 des Rates vom 22. Dezember 2004 über den Schutz von Tieren beim Transport und damit zusammenhängenden Vorgängen sowie zur Änderung der Richtlinien 64/432/EWG und 93/119/EG und der Verordnung (EG) Nr. 1255/97 (ABl. 2005, L 3, S. 1).

¹⁴⁹ EuGH, Urteile vom 23. April 2015, Zuchtvieh-Export GmbH, C-424/13, EU:C:2015:259 und vom 19. Oktober 2017, Vion Livestock, C-383/16, ECLI:EU:C:2017:783.

¹⁵⁰ Sollte das Diskriminierungsverbot betroffen sein, so wäre eine Ausnahme nach Art. XX GATT naheliegend. Vgl. zur Vereinbarkeit (umweltbezogener) sog. PPM-Standards mit WTO-Recht insb. die Verfahren DS 381 United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products („Tuna II“) (letzte Entscheidung des Appellate Body im Verfahren nach Art. 21.5 DSU vom 14. Dezember 2018, WT/DS381/AB/RW/USA, WT/DS381/AB/RW2), ferner: das Verfahren DS 58 United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Appellate Body Report vom 12. Oktober 1998, WT/DS58/AB/R); vgl. aus der Lit. etwa Ankersmit/Lawrence/Davies, Diverging EU and WTO Perspectives on Extraterritorial Process Regulation. In: Minnesota Journal of International Law Online 2012, S. 14; allgemeine zu Fragen des extraterritorialen Umweltschutzes durch Haftungsregelungen: siehe demnächst das Forschungsprojekt Internationale Haftung von Unternehmen für Umweltschäden im Auftrag des Umweltbundesamtes (FKZ 37 18171000).

¹⁵¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz [Hrsg.], Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 242.

¹⁵² Vgl. Bundesministerium der Justiz [Hrsg.], Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 247.

branchenübergreifendes Stammgesetz aufnehmen. Ein Beispiel für diese Regelungstechnik findet sich etwa in den starren Verweisen der EU-Konfliktmineralien-VO auf die *Leitsätze der OECD für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebieten* in der zweiten Fassung von 2013 (siehe Art. 2 Buchst. o) der Konfliktmineralien-VO).

3.1.2.1.6 Generalklauseln

Schließlich ist die Möglichkeit zu erwägen, eine generalklauselartige Formulierung zur Bestimmung des Gegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht einzusetzen.

Es lassen sich durchaus Beispiele für diese Regelungstechnik etwa in Frankreich (dazu 3.1.2.1.6.1) und der Schweiz finden (dazu 3.1.2.1.6.2). Im Ergebnis sollte eine generalklauselartige Formulierung jedoch nur als ergänzender Auffangtatbestand in Erwägung gezogen werden (dazu 3.1.2.1.6.3).

3.1.2.1.6.1 Französisches Sorgfaltspflichtengesetz

Einer solchen Regelungstechnik bedient sich etwa das französische Sorgfaltspflichtengesetz, wenn es in Art. L. 225-102-4 Abs. 1 UAbs. 3 des frz. Handelsgesetzbuches (*Code de Commerce*) nunmehr heißt, der nach Abs. 1 UAbs. 1 vorgeschriebene Sorgfalts- bzw. Überwachungsplan (*plan de vigilance*) müsse angemessene Überwachungsmaßnahmen umfassen, die geeignet sind, „Risiken schwerwiegender Verletzungen [u.a.] der Umwelt“ zu identifizieren und diesen vorzubeugen.¹⁵³

Der auslegungsbedürftige Begriff der „schwerwiegenden Verletzung der Umwelt“ wird nicht näher bestimmt. Insofern kann darin eine generalklauselartige Regelungstechnik gesehen werden. Dies ist mit Blick auf die erforderliche Normbestimmtheit nicht unproblematisch. Allerdings kann aus der Entscheidung des französischen Verfassungsrates, mit der dieser die Bußgeldbewehrung als Sanktion mit Strafcharakter mangels hinreichender Bestimmtheit aufgehoben hat,¹⁵⁴ nicht geschlossen werden, dass dafür die Unbestimmtheit des Begriffes der schwerwiegenden Verletzung der Umwelt ursächlich ist. Zwar erwähnt die Entscheidung die Allgemeinheit der Begriffe „Menschenrechte“ und „Grundfreiheiten“,¹⁵⁵ allerdings bleibt offen, ob das Verdikt auch dann auszusprechen gewesen wäre, wenn die äußerst weit und konturenlos formulierte Sanktionsnorm ihrerseits über einen klaren Tatbestand verfügt hätte.¹⁵⁶

Wie sich diese recht offene Regelungstechnik der bloßen Nennung des Schutzgutes Umwelt i. V. m. der Einschränkung auf gravierende Umweltschädigungen in der Praxis bewähren wird, bleibt abzuwarten. Ein erstes Verfahren mit Blick auf den Umweltaspekt wurde kürzlich von einigen französischen Bürgermeisterinnen und Bürgermeistern und vier NGOs gegen den Mineralölkonzern *Total* wegen der unzureichenden Auseinandersetzung mit dem Klimawandel in der für die Jahre 2018 und 2019 veröffentlichten Risikoanalyse eingeleitet.¹⁵⁷

¹⁵³ Übersetzung d. Verf., im Original lautet Art. L. 225-102-4-I UAbs. 3: „Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, (...)“.

¹⁵⁴ Conseil constitutionnel, Entscheidung Nr. 2017-750 DC vom 23. März 2017, JORF n°0074 du 28 mars 2017 texte n° 2, Tz. 14.

¹⁵⁵ Conseil constitutionnel, Entscheidung Nr. 2017-750 DC vom 23. März 2017, JORF n°0074 du 28 mars 2017 texte n° 2, Tz. 13.

¹⁵⁶ Vgl. Krebs, Wirtschaft und Menschenrechte: die „Loi Rana Plaza“ vor dem französischen Conseil constitutionnel, VerBlog, 2017/3/29, <https://verfassungsblog.de/wirtschaft-und-menschenrechte-die-loi-rana-plaza-vor-dem-franzoesischen-conseil-constitutionnel>.

¹⁵⁷ Mit Schreiben vom 19. Juni 2019 haben 13 französische Städte und Gemeinden, vertreten durch ihre Bürgermeister, sowie die NGOs Notre Affaire à Tous, Les Eco Maires, Sherpa und ZEA, das Unternehmen in Verzug gesetzt (mise en demeure) (abgedruckt in

3.1.2.1.6.2 *Initiativtext der schweizerischen Konzernverantwortungsinitiative*

Zwar enthält der Regelungsvorschlag der schweizerischen Konzernverantwortungsinitiative ebenfalls eine offene und nicht näher bestimmte Bezugnahme auf die „Umwelt“ und die Einhaltung „internationaler Umweltstandards“.¹⁵⁸

Die amtlichen Erläuterungen in der Botschaft des schweizerischen Bundesrates zur Konzernverantwortungsinitiative führen dazu aus:

„Darunter können Standards verstanden werden, die das Völkerrecht (z. B. die Klimakonvention der Vereinten Nationen, das Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht, die Immissionsgrenzwerte der Weltgesundheitsorganisation [WHO] usw.) vorsieht oder nichtstaatliche Organisationen erlassen haben (z. B. technische Normierungen oder Standards der International Organization for Standardization [ISO-Standards]).“

Die ausführlicheren *Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen - zum Schutz von Mensch und Umwelt“*, nennen darüber hinaus als nichtstaatliche Standards *Multistakeholder-Initiativen* wie u.a. die Global Reporting Initiative (GRI), Better Gold Initiative (BGI), die Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) und die Global Organic Textile Standard (GOTS).¹⁵⁹

Mit dem Verweis auf „internationale Umweltstandards“ will der Initiativtext demnach nicht nur das Umweltvölkervertragsrecht (s.o. 3.1.2.1.2), sondern auch (private) *soft law* Standards (vgl. oben 3.1.2.1.5) in Bezug nehmen. Als Vorbild einer generalklauselartigen Formulierung für eine umweltbezogene Sorgfaltspflicht im deutschen Recht kann der Initiativtext gleichwohl nicht fungieren. Denn bei dem Initiativtext handelt es sich um einen Vorschlag für eine Bestimmung der schweizerischen Bundesverfassung, die der einfachrechtlichen Umsetzung bedarf. Hintergrund ist, dass nach Art. 138 f. der schweizerischen Bundesverfassung nur eine Total- oder Teilrevision der *Bundesverfassung* Gegenstand einer Volksinitiative sein kann. Folgerichtig führen die Erläuterung zum Initiativtext aus, dass insbesondere der (einfache) Gesetzgeber (und die Rechtsanwendung) im Einzelnen entscheiden müssen, was als *internationaler Umweltstandard* i. S. d. Vorschrift gilt.¹⁶⁰

Entsprechendes gilt für die Verwendung des nicht näher bestimmten Begriffes der „Umwelt“ im Initiativtext.¹⁶¹

3.1.2.1.6.3 *Generalklausel als Auffangtatbestand*

Eine generalklauselartige Formulierung bietet sich vor allem an, um die Lücken zu schließen, die sich aus dem fragmentarischen Charakter der in Bezug genommenen umweltvölkerrechtlichen

der Pressemappe von Notre Affaire à Tous u.a. vom 18. Juni 2019, <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2019/06/Dossier-de-Presse-Mise-en-demeure-de-Total-VF.pdf>.

¹⁵⁸ Der vorgeschlagene Art. 101a („Verantwortung von Unternehmen“) der schweizerischen Bundesverfassung soll auszugsweise lauten: „Der Bund trifft Maßnahmen zur Stärkung der Respektierung der Menschenrechte und der Umwelt durch die Wirtschaft.“ (Abs. 1) lit. a) Die Unternehmen haben auch im Ausland die international anerkannten Menschenrechte sowie die internationalen Umweltstandards zu respektieren.

¹⁵⁹ Verein Konzernverantwortungsinitiative [Hrsg.] (undatiert), *Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen - zum Schutz von Mensch und Umwelt“*, S. 30.

¹⁶⁰ Verein Konzernverantwortungsinitiative [Hrsg.] (undatiert), *Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen - zum Schutz von Mensch und Umwelt“*, S. 30; ebenso: Geisser, *Die Konzernverantwortungsinitiative: Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung*, AJP 2017, S. 943 (962).

¹⁶¹ Vgl. Verein Konzernverantwortungsinitiative [Hrsg.] (undatiert), *Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen - zum Schutz von Mensch und Umwelt“*, S. 29; Schweizerischer Bundesrat [Hrsg.] (2017), *Botschaft zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt»*, 17.060, BBl. 2017, 6357.

Normen und den Regelungsdefiziten des lokalen Rechts am Erfolgsort ergeben, auf das verwiesen wird.

Denkbar sind zwei Ansätze für eine Generalklausel: Zum einen kann die Sorgfaltspflicht an die Verletzung des Schutzgutes „Umwelt“ anknüpfen, welches generalklauselartig umschrieben wird, sodass die Sorgfaltspflicht (negativ) auf eine Vermeidung der Rechtsgutsverletzung gerichtet ist (1); zum anderen können die maßgeblichen *umweltbezogenen Verhaltensstandards* generalklauselartig umschrieben werden, sodass die Sorgfaltspflicht (positiv) auf die Einhaltung dieser Verhaltensstandards zielt (dazu 2).

(1) Schutzgutsbezogene Generalklausel

Eine rechtsgutsbezogene Generalklausel sollte über die bloße Nennung des Schutzgutes „Umwelt“ hinausgehen und durch Umschreibung die Schutzgüter näher konkretisieren.

§ 3 Nummer 9 SorgfaltspflichtenG-EP versucht dies, indem er den Begriff der Umweltschädigung, deren Vermeidung § 4 Abs. 3 SorgfaltspflichtenG-EP zum Gegenstand der Sorgfaltspflicht erklärt, definiert als *eine direkt oder indirekt eintretende feststellbare nachteilige Veränderung der Umweltmedien Luft, Wasser, Boden, des Klimas, der Bio-Diversität und der natürlichen Lebensgrundlagen oder ihrer Funktionen*. Der Begriff ist offenbar inspiriert durch die Begriffe des Umweltschadens bzw. der Schädigung in § 2 Nummer 1 und 2 USchadG¹⁶², löst sich aber von diesen und geht über diesen hinaus. Durch die konkrete Aufzählung der Schutzgüter ist zumindest ein gewisser Gewinn an Bestimmtheit gegenüber der bloßen Nennung des Begriffs der „Umwelt“ gegeben.

Anstelle einer Orientierung an den Kategorien des USchadG wäre freilich auch ein Rekurren auf den umfassenderen Schutzgutkatalog in § 2 Abs. 1 UVPG denkbar. Schutzgüter i. S. d. UVPG sind danach

1. *Menschen, insbesondere die menschliche Gesundheit,*
2. *Tiere, Pflanzen und die biologische Vielfalt,*
3. *Fläche, Boden, Wasser, Luft, Klima und Landschaft,*
4. *kulturelles Erbe und sonstige Sachgüter sowie*
5. *die Wechselwirkung zwischen den vorgenannten Schutzgütern.*

Jedenfalls könnte es sich anbieten, wegen der restriktiven Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes¹⁶³ klarzustellen, dass das Schutzgut *Klima* das *globale* Klima umfasst. Ausreichend wäre es jedoch ebenso eine derartige Klarstellung nur in die

¹⁶² Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadengesetz - USchadG) vom 10. Mai 2007 (BGBl. I S. 666), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 4. August 2016 (BGBl. I S. 1972). § 2 Nummer 1 und 2 lauten: Im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Umweltschaden:

a) eine Schädigung von Arten und natürlichen Lebensräumen nach Maßgabe des § 19 des Bundesnaturschutzgesetzes,
b) eine Schädigung der Gewässer nach Maßgabe des § 90 des Wasserhaushaltsgesetzes,
c) eine Schädigung des Bodens durch eine Beeinträchtigung der Bodenfunktionen im Sinn des § 2 Abs. 2 des Bundesbodenschutzgesetzes, die durch eine direkte oder indirekte Einbringung von Stoffen, Zubereitungen, Organismen oder Mikroorganismen auf, in oder unter den Boden hervorgerufen wurde und Gefahren für die menschliche Gesundheit verursacht;

2. Schaden oder Schädigung:

eine direkt oder indirekt eintretende feststellbare nachteilige Veränderung einer natürlichen Ressource (Arten und natürliche Lebensräume, Gewässer und Boden) oder Beeinträchtigung der Funktion einer natürlichen Ressource; (...).

¹⁶³ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 27. November 2018 – 9 A 10/17 –, juris, Rn. 32 ff. m. w. N.

Gesetzesbegründung aufzunehmen. Denn das Bundesverwaltungsgericht hält an seiner engen Auslegung des Begriffes „Klima“ unter der aktuellen Fassung des UVPG vom 8. September 2017 (BGBl. I S. 3370) nicht mehr fest.¹⁶⁴

Sollte es sich als vorzugswürdig erweisen, für ein einzelnes Schutzgut aufgrund dessen spezifischer Besonderheiten eine grundlegend eigenständige (Sorgfaltspflichten-)regelung zu schaffen (s.o. 3.1.1.3.3.2), so sollte der Schutzgüterkatalog einer etwaigen schutzgutbezogenen Generalklausel entsprechend angepasst werden.

(2) Verhaltensstandardbezogene Generalklausel

Eine verhaltensstandardbezogene Generalklausel würde nicht unmittelbar an der Beeinträchtigung bestimmter Umweltgüter ansetzen, sondern an der Einhaltung eines materiellen umweltbezogenen Verhaltensstandards. Eine solche Regelung bietet sich insbesondere mit Blick auf Emissionen an, die teilweise erst durch komplexe und schwer nachweisbare Kausalverläufe zu einer schädlichen Umwelteinwirkung führen.¹⁶⁵

Das BMZ-Eckpunktepapier versucht, einen positiven Verhaltensstandard generalklauselartig zu umschreiben, indem es in § 3 Nummer 8 lit. c) SorgfaltspflichtenG-EP den umweltrechtlich etablierten Begriff des *Standes der Technik* vorgibt, diesen aber durch eine Beschränkung auf den *internationalen* Stand der Technik modifiziert.

Vorteil der Regelungstechnik unter Rückgriff auf den *Stand der Technik* ist dessen Entwicklungsoffenheit, der eine gewisse Dynamik des Umweltschutzes gewährleistet.¹⁶⁶ Der unbestimmte Rechtsbegriff des „Standes der Technik“ ist in der deutschen Rechtsordnung seit langem bekannt und von Rechtsprechung und Gesetzgebung näher konturiert worden.¹⁶⁷ Die Verweisung auf den Stand der Technik ist als solche gemessen an den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes prinzipiell auch nicht zu unbestimmt (vgl. BVerfGE 49, 89 [134 ff., insb. 137]).

Zur Auslegung des Begriffes kann auf die gesetzliche Standarddefinitionen als Ausgangspunkt zurückgegriffen werden, die sich in mehreren Umweltgesetzen findet (z. B. § 3 Absatz 6 BImSchG, § 3 Nummer 11 WHG¹⁶⁸ oder § 3 Absatz 28 KrWG). Danach zählen zum Stand der Technik der

„Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen in Luft, Wasser und Boden, zur Gewährleistung der Anlagensicherheit, zur Gewährleistung einer umweltverträglichen Abfallentsorgung oder sonst zur Vermeidung oder Verminderung von Auswirkungen auf die Umwelt zur Erreichung eines allgemein hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt gesichert erscheinen lässt. Bei der Bestimmung des Standes der Technik sind insbesondere die in der Anlage aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.“

Der in § 3 Nummer 8 lit. c) SorgfaltspflichtenG-EP verwendete Begriff wird allerdings durch den Zusatz eingeschränkt, dass nur der *internationale* Stand der Technik zu berücksichtigen sein soll.

¹⁶⁴ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 27. November 2018 – 9 A 10/17 –, juris, Rn. 33.

¹⁶⁵ Vgl. in dieser Richtung bereits Initiative Lieferkettengesetz, Rechtsgutachten zur Ausgestaltung einer Lieferkettengesetzes, Februar 2020, S. 49.

¹⁶⁶ Vgl. Feldhaus, Beste verfügbare Techniken und Stand der Technik, NVwZ 2001, S. 1.

¹⁶⁷ Vgl. dazu auch vgl. Bundesministerium der Justiz [Hrsg.], Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 256.

¹⁶⁸ Wasserhaushaltsgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2254) geändert worden ist.

Wie die Einschränkung auf den internationalen Stand der Technik auszulegen ist, bedürfte der Klärung. Denkbar wäre es jedoch, zur Ermittlung des internationalen Standes der Technik etwaige *soft law* Standards wie die von der International Finance Corporation (IFC) herausgegebenen themenspezifischen, aber branchenübergreifenden allgemeinen *Environmental, Health, and Safety Guidelines (EHS Guidelines)* sowie die branchenspezifischen *Industry Sector Guidelines* heranzuziehen.¹⁶⁹

Die Einschränkung auf den *internationalen* Stand der Technik soll offenbar entwicklungspolitischen Interessen der Länder des globalen Südens Rechnung tragen. Würde man den *deutschen* oder *europäischen* Stand der Technik für die weltweiten Wertschöpfungsketten deutscher Unternehmen *pauschal* vorschreiben, ist nicht auszuschließen, dass dadurch die Wirtschaftlichkeit industrieller Wertschöpfung in Ländern des globalen Südens beeinträchtigt wird, sodass unter Umständen auch entwicklungspolitisch erwünschte Investitionen deutscher Unternehmen in Ländern des globalen Südens unterbleiben können.

Andererseits kann ein Verweis auf den *europäischen* Stand der Technik bzw. den BVT-Standard¹⁷⁰ (beste verfügbare Technik) im Idealfall dazu führen, dass ein entwicklungs- und umweltpolitisch erwünschter Technologietransfer in den globalen Süden stattfindet. Insoweit wäre es zumindest in einigen Konstellationen sinnvoll, auf den *europäischen* Stand der Technik zu verweisen; allerdings gilt insoweit dasselbe wie hinsichtlich der erörterten Möglichkeit eines Verweises auf die umweltbezogenen Vorschriften des Heimatstaates (s.o. 3.1.2.1.4): Vorstellbar ist dies eher im Rahmen branchenspezifischer Konkretisierungen der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht. Denkbar wäre es auch, derartige Verweise auf bestimmte Regionen im Rahmen bilateraler Partnerschaftsabkommen zu beschränken. Dabei könnte der durch einen solchen Verweis erwünschte Technologietransfer durch die Vereinbarung einer hierauf gerichteten Zusammenarbeit flankiert werden.

Ob und unter welchen Voraussetzungen (entwicklungspolitisch) unerwünschte Nebeneffekte oder der erwünschte Technologietransfer bewirkt wird, lässt sich hier nicht pauschal beantworten. Für eine allgemeine branchenübergreifende Regelung erscheint ein Verweis auf den heimatlichen Stand der Technik jedenfalls rechtlich und entwicklungspolitisch nicht ganz unproblematisch.

Durchaus denkbar wäre es allerdings auch, diesen Bedenken dadurch Rechnung zu tragen, dass zwar der europäische BVT-Standard zum grundsätzlich maßgeblichen Standard erklärt wird, die Vorgabe jedoch mit einer Öffnungsklausel versehen wird. Diese könnte vorsehen, dass in begründeten Fällen vom BVT-Standard abgewichen werden darf.¹⁷¹

(3) Bewertung

Die Verwendung rechtsguts- und verhaltensstandardbezogener Generalklauseln ist möglich, kann bei der praktischen Anwendung des Gesetzes aber durchaus zu gewissen Schwierigkeiten führen. Aus der relativen Unbestimmtheit der Formulierungen ergeben sich unvermeidbare Auslegungsspielräume, die naturgemäß zu Meinungsverschiedenheiten über die im Einzelfall maßgeblichen konkreten Anforderungen führen werden.

¹⁶⁹ https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/policies-standards/ehs-guidelines.

¹⁷⁰ Dieser ergibt sich aus den auf Grundlage der RL 2010/75/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 24. November 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung), (ABl. L 334 vom 17.12.2010, S. 17), Berichtigung, ABl. L 158 vom 19.6.2012, S. 25 ergangenen BVT-Merkblättern und BVT-Schlussfolgerungen (siehe Art. 3 Nr. 11 und 12 der Richtlinie).

¹⁷¹ So der Vorschlag in Initiative Lieferkettengesetz, Rechtsgutachten zur Ausgestaltung einer Lieferkettengesetzes, Februar 2020, S. 50.

Derartige Auslegungsschwierigkeiten sprechen jedoch nur dagegen, die Klauseln als einzigen oder primären materiellen Bezugspunkt für eine umweltbezogene Sorgfaltspflicht heranzuziehen. Als Auffangtatbestand, der nur subsidiär für den Fall greift, dass sich aus dem in Bezug genommenem Recht des Erfolgsortes und völkerrechtlichen Vorgaben kein Standard ermitteln lässt, ist der Rückgriff auf eine Generalklausel durchaus sinnvoll.

Aufgrund der besonders komplexen Kausalverläufe im Bereich der Umweltschädigungen bietet es sich dabei an, sowohl negativ die Umweltschutzgüter als auch positiv einen Verhaltensstandard zum Bezugspunkt der Generalklausel zu machen und auf diese Weise beide Ansätze miteinander zu kombinieren. In diesen Richtung deuten auch die BMZ-Eckpunkte, wenn sie in § 4 Abs. 3 SorgfaltspflichtenG-EP zum Gegenstand der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht nicht nur (positiv) die Einhaltung grundlegender Anforderungen der Umweltschutzes (definiert in § 3 Nr. 8), sondern auch (negativ) die Vermeidung von Umweltschädigungen (definiert in § 3 Nr. 9) erklären.¹⁷²

3.1.2.1.7 Kombinationsmodell zur Bestimmung des Gegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht

Da keiner der vorstehend diskutierten Regelungsansätze zur Bestimmung des materiellen Gegenstandes einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht für sich genommen uneingeschränkt geeignet ist, das Regelungsproblem abschließend zu lösen, bietet sich eine Kombination der Regelungsansätze an:

Ausgangspunkt sollte der Verweis auf das lokale Umweltrecht am Erfolgsort sein, der gewissermaßen die Basis als selbstverständlicher Minimalstandard bildet. Dieser Ansatz ist besonders leicht umsetzbar und für den verpflichteten Normadressaten mit vergleichsweise geringem Compliance-Aufwand verbunden. Der Ansatz kann dort wirksam werden, wo ein lokales *Vollzugsdefizit* herrscht; er greift jedoch zu kurz, wenn ein *Regelungsdefizit* besteht, sei es, weil eine die Umwelt beeinträchtigende Tätigkeit im lokalen Recht gar nicht reguliert ist oder weil die Vorgaben im lokalen Recht unzureichend sind.

Eine ergänzende Bezugnahme auf das für die Bundesrepublik verbindliche Umweltvölkervertragsrecht setzt bei dem genannten lokalen Regelungsdefizit an. Durch internationale völkerrechtliche Standards kann dieses zumindest teilweise kompensiert werden. Aufgrund des fragmentarischen Charakters des Umweltvölkervertragsrechts werden jedoch weitere Lücken bestehen, die nur durch generalklauselartige Auffangregelungen erfasst werden können.

Eine solche Kombination der verschiedenen Regelungsansätze erscheint grundsätzlich sinnvoll, weil keiner der Ansätze alleine zu einer überzeugenden Lösung führt. Diesen Weg geht auch das BMZ-Eckpunktepapier (vgl. § 4 Abs. 3 i. V. m. § 3 Nr. 8 a. bis c. und Nr. 9 SorgfaltspflichtenG-EP).

Problematisch und klärungsbedürftig ist allerdings die Frage, wie das Verhältnis der verschiedenen Regelungselemente zueinander ist. Findet sich etwa im lokalen Recht des Erfolgsortes ein Umweltstandard, so bedarf es eines Rückgriffes auf völkerrechtlich verbindliche Standards nur, wenn der lokale Standard defizitär ist. Ein vergleichsweise klarer Fall liegt vor, wenn der Staat des Erfolgsortes mit den defizitären lokalen Umweltstandards gegen seine völkerrechtlichen Verpflichtungen verstößt. Wenn dies nicht der Fall ist, bedarf es indes einer Klärung, wann ein Rückgriff auf völkerrechtliche Standards oder die Generalklausel zulässig und geboten ist. Auch dies kann in der Praxis zu Auslegungsschwierigkeiten führen, die jedoch nicht unüberwindbar wären.

¹⁷² In ähnliche Richtung für eine Kombination der Bezugspunkte Schaden/Gefahr einerseits und Emissionsverhalten andererseits jüngst auch: Initiative Lieferkettengesetz, Rechtsgutachten zur Ausgestaltung eines Lieferkettengesetzes, Februar 2020, S. 49.

Rechtlich problematisch wäre dies erst dann, wenn die Regelung aufgrund der Auslegungsschwierigkeiten den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen nicht mehr genügt (dazu sogleich 3.1.2.2). Ist dies nicht der Fall, so führen Auslegungsspielräume im praktischen Ergebnis möglicherweise zwar zu einer geringeren Wirksamkeit und höheren Transaktionskosten (insb. Compliance- und Beratungskosten). Der rechtlichen Zulässigkeit des Regelungskonzeptes steht dies jedoch nicht entgegen.

3.1.2.1.8 Notwendigkeit einer Erheblichkeitsschwelle?

Zu klären ist weiterhin, inwieweit sich aus den genannten Bezugspunkten als Gegenstand der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht unmittelbar ein materieller Verhaltensstandard ableiten lässt, auf dessen Wahrung in der Wertschöpfungskette die Sorgfaltspflicht gerichtet ist.

Im Falle des Verweises auf nationale Umweltvorschriften – seien es jene im Gast- oder im Heimatstaat – und jedenfalls bei Umweltabkommen mit klaren Stoffverboten lässt sich recht einfach bestimmen, ob eine Verletzung der daraus folgenden Verhaltensstandards droht oder eingetreten ist. Insofern bedürfte es bei dieser Regelungstechnik nicht zwingend weiterer Ausführungen dazu, auf die Einhaltung welchen Verhaltensstandards die Sorgfaltspflicht gerichtet ist.

Anders liegt es jedoch im Falle der schutzgutsbezogenen Generalklausel (s.o.). Im Falle dieser Regelungstechnik müsste das Gesetz sich dazu verhalten, inwieweit auch *geringfügig* nachteilige Beeinträchtigungen der Schutzgüter durch die Sorgfaltspflicht vermieden werden sollen.

Insofern erscheint es notwendig, eine Erheblichkeitsschwelle oder einen Wesentlichkeitsvorbehalt vorzusehen. Andernfalls wäre die Sorgfaltspflicht letztlich auf die Vermeidung jeglicher Ressourcennutzung gerichtet, selbst wenn sie durch eine noch so ressourcenschonende und umweltfreundliche Technologie erfolgt. Ein derartiger Erheblichkeitsvorbehalt findet sich dem Grunde nach etwa im französischen Sorgfaltspflichtengesetz, wenn es anordnet, dass sich der Sorgfaltsplan auf die Vermeidung *schwerwiegender* Verletzungen u.a. der Umwelt richten muss (s.o. 3.1.2.1.6.1). In eine ähnliche Richtung gehen die Überlegungen im BMZ-Eckpunktepapier. Die Elemente der Sorgfaltspflicht beziehen sich darauf, inwieweit das verpflichtete Unternehmen zu „Verletzungen“ beiträgt. Der Begriff wird in § 3 Nummer 10 SorgfaltspflichtenG-EP als übergreifende Kategorie für Menschenrechts- und Umweltverletzungen eingeführt, wobei für den Bereich der Umwelt ein Erheblichkeitsvorbehalt gilt.

Wird eine derartige Erheblichkeitsschwelle eingeführt, so hat dies zur Konsequenz, dass der Schwere einer drohenden Umweltschädigung eine doppelte Bedeutung zukommt: Zum einen werden potentielle Umweltbeeinträchtigungen nur dann für die Sorgfaltspflicht relevant, wenn ihre Schwere die Erheblichkeitsschwelle erreicht. Zum anderen ist eine darüber hinausgehende Schwere der Umweltbeeinträchtigung bei der Bestimmung der Angemessenheit der Sorgfaltsanforderungen relevant (vgl. oben 3.1.1.2.4.2).

3.1.2.2 Bestimmtheitsanforderungen

Neben der Festlegung des materiellen Regelungsgegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht ist die zweite, eng damit zusammenhängende Herausforderung der Regelung einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht die Vereinbarkeit mit den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes.

Die Frage der hinreichenden Bestimmtheit einer umweltbezogenen Sorgfaltspflicht stellt sich bereits mit Blick auf die Verwendung des Angemessenheitskriteriums (s.o. 3.1.1.2.4.2) und unterscheidet sich insoweit nicht von den Herausforderungen, die die Regelung einer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht mit sich bringt. Spezifische Fragen für die

umweltbezogene Sorgfaltspflicht ergeben sich darüber hinaus mit Blick auf die hinreichend klare Bestimmung des materiellen Regelungsgegenstandes der Sorgfaltspflicht.

Im Folgenden wird zunächst der verfassungsrechtliche Maßstab dargelegt (dazu 3.1.2.2.1). Anschließend wird gesondert auf das Angemessenheitskriterium aus § 6 Abs. 2 S. 2 MSorgfaltsGE (dazu 3.1.2.2.2), die Generalklauseln zur Bestimmung des Gegenstands der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht (dazu 3.1.2.2.3) und die Zulässigkeit von Außenverweisen eingegangen (3.1.2.2.4). Allerdings können bei der Bewertung die Rechtsfolgen der Verletzung der Sorgfaltspflicht nicht außer Betracht bleiben (dazu 3.1.2.2.5). Deshalb ist im nächsten Abschnitt auf die verschiedenen Durchsetzungsinstrumente einzugehen (dazu 3.1.3).

3.1.2.2.1 Verfassungsrechtlicher Maßstab

Die Bestimmtheitsanforderungen, die an hoheitlich gesetzte Rechtsnormen zu stellen sind, lassen sich nicht abstrakt festlegen, sondern richten sich insbesondere nach der Eingriffsintensität der Norm einerseits und nach den sachlichen Eigenarten des Regelungsgegenstandes und dem Normzweck andererseits.¹⁷³ Faustformelartig lassen sich die nach der Rechtsprechung¹⁷⁴ für die Bestimmung der Bestimmtheitsanforderungen maßgeblichen Faktoren in zwei Gruppen folgendermaßen zusammenfassen: Einerseits sind Faktoren zu berücksichtigen, die auf die Vorhersehbarkeit und richterliche Überprüfbarkeit des Rechts zielen; je wichtiger ein Regelungsbereich für den Bürger und seine Freiheitsbetätigung und je intensiver der mit der Regelung verbundene Grundrechtseingriff, desto höher sind die Anforderungen an die Normbestimmtheit.¹⁷⁵ Andererseits gibt es Faktoren, die die Anforderungen an die Bestimmtheit reduzieren können; dies gilt vor allem im Falle eines hohen Maßes an Komplexität und Vielgestaltigkeit des geregelten Sachverhaltes.¹⁷⁶ Ein weiterer Aspekt sind der Kreis der betroffenen Normadressaten;¹⁷⁷ so sind im Falle eines fachkundigen Adressatenkreises dem Normanwender mehr Anstrengungen bei der Auslegung zuzumuten, als im Falle einer Norm, die sich an Laien oder die Allgemeinheit richten. So hielt das Bundesverfassungsgericht etwa das gem. § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG *strafbewehrte* (!) Verbot des Inverkehrbringens „bedenklicher“ Arzneimittel gem. § 5 Abs. 1 AMG, einschließlich der Definition der „*Bedenklichkeit*“ über den Begriff des „Standes der wissenschaftlichen Erkenntnisse“ in § 5 Abs. 2 AMG, für hinreichend bestimmt. Zur Begründung verwies es auf das besondere Fachwissen der Ärzte und Apotheker, an die sich die Norm richtet.¹⁷⁸

Im Ergebnis ist maßgeblich, ob sich für die betroffenen Normadressaten die gesetzlichen Vorgaben mit Hilfe der allgemeinen Auslegungsregeln erschließen lassen (neben dem Wortlaut insb. Zweck, Systematik und Entstehungsgeschichte).¹⁷⁹

Da sich die Eingriffsintensität einer Regelung nicht ohne Berücksichtigung der Sanktionsbewehrung beurteilen lässt (dazu unten 3.1.3), kann hier zunächst Folgendes festgehalten werden:

¹⁷³ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, Werkstand: 86. EL Januar 2019, Art. 20 GG. Rn. 59 ff. m. w. N.

¹⁷⁴ BVerfGE 102, 254 (337) – Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz; BVerfGE 102, 347 (361) – Schockwerbung I; BVerfGE 128, 282 (317 f.) – Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; BVerfGE 143, 38 (52 ff.) – Rindfleischetikettierung; BVerfGE 78, 205 (212 f.) – Schatzregal der Länder; BVerfGE 49, 168; BVerfG, Urteil vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15 – Zensus 2011, Rn. 204.

¹⁷⁵ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, Werkstand: 86. EL Januar 2019, Art. 20 GG. Rn. 60 m. w. N.

¹⁷⁶ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, Werkstand: 86. EL Januar 2019, Art. 20 GG. Rn. 60 m. w. N.

¹⁷⁷ BVerfGE 128, 282 (318).

¹⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 26. 4. 2000 – 2 BvR 1881/99 u.a., NJW 2000, 3417; vgl. auch zur Auslegung des Gebotes, die Jahresbilanz „innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit“ zu erstellen: BVerfGE 48, 48 [57].

¹⁷⁹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15 – Zensus 2011, juris, m. w. N.

Mit Blick auf die Normadressaten ist festzustellen, dass sich die Norm ausschließlich an Unternehmen richtet. Die natürlichen Personen, die das Gesetz auslegen und anwenden müssen, tun dies ausnahmslos im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit (als Unternehmensjuristinnen und -juristen, Einkäuferinnen und Einkäufer oder Produktentwickler und Produktentwicklerinnen). Sie müssen die Norm auch nur mit Blick auf die eigene Branche und den Spezifika der eigenen Wertschöpfungsketten und nicht etwa abstrakt auslegen. Insofern ist damit – im Gegensatz zu Regelungen, die sich an die Allgemeinheit richten – davon auszugehen, dass vom Normanwender ein gewisses Maß an relevanten Spezialkenntnissen erwartet werden kann. Dem Umstand, dass kleinere Unternehmen keine großen Rechts- oder Nachhaltigkeitsabteilungen unterhalten können, wird zum einen durch das Größenkriterium zur Festlegung des persönlichen Anwendungsbereiches und zum anderen durch die Berücksichtigung der Unternehmensgröße beim Angemessenheitskriterium Rechnung getragen.

Von besonderer Bedeutung ist zudem die Vielgestaltigkeit der erfassten Sachverhalte: Eine branchenübergreifende, allgemeine Sorgfaltspflichtenregelung zur Achtung der Menschenrechte und des Umweltschutzes in globalen Wertschöpfungsketten, erfasst hochgradig komplexe, vielgestaltige und variantenreiche Sachverhalte. Kann sich der geregelte Sachverhalt doch erheblich unterscheiden von Branche zu Branche, Produktionsstandort zu Produktionsstandort, Wertschöpfungsstufe zu Wertschöpfungsstufe und selbst von Unternehmen zu Unternehmen innerhalb derselben Branche. Bei einem Gesetz, das sämtliche globale Wertschöpfungsketten deutscher Unternehmen mit Produktionsstandorten in jedem Land der Erde und jedweder Branche und Wertschöpfungsstufe erfassen soll, handelt es sich folglich zwingend um ein extrem breites Spektrum an Sachverhalten. Daraus folgt, dass der Abstraktionsgrad notwendigerweise recht hoch sein muss, um alle Fälle erfassen zu können und gleichzeitig ein hinreichendes Maß an Einzelfallgerechtigkeit zu erlauben. Würde man in größerem Umfang ganz konkret beschriebene Einzelmaßnahmen vorschreiben, so würde dies systematisch zu einer gleichzeitigen Über- und Unterregulierung führen. Denn derartige starre Regelungen würden für manche Unternehmen in ihrer spezifischen Situation unter Berücksichtigung ihres spezifischen Geschäftsmodells, der spezifischen Wertschöpfungskette und der jeweiligen Unternehmensgröße zu viel zu strengen Anforderungen führen; dieselbe starre Regelung könnte aber bei einem anderen Unternehmen mit besonders hohem Risikoprofil zu viel zu niedrigen Anforderungen führen.

Aus Gründen der ebenfalls rechtsstaatlich gebotenen Verhältnismäßigkeit muss daher ein branchenübergreifendes Gesetz notwendigerweise einen gewissen Abstraktionsgrad aufweisen.

Zwar lassen sich einzelne Organisationsmaßnahmen wie Bestellung eines Compliance-Beauftragten, Einrichtung eines Beschwerdemechanismus oder Vorkehrungen für einen Whistleblowing-Kanal, Dokumentations- und Berichtspflichten genauer vorgeben und im Sinne eines eher regelbasierten Regulierungsansatzes näher konkretisieren.¹⁸⁰ Dies ändert indes nichts daran, dass das Herzstück der Sorgfaltspflicht – die Elemente Risikoanalyse, Prävention, Wirksamkeitskontrolle und Abhilfe – einem prinzipienbasierten Regulierungsansatz folgen muss und weiteren, *branchenübergreifenden* Konkretisierung nicht zugänglich ist. Denn eine gewisse Entwicklungsoffenheit der Vorgaben ist zur Erreichung des rechtspolitischen Ziels der tatsächlichen Verbesserung der menschenrechtlichen und umweltbezogenen Auswirkungen globaler Wertschöpfungsketten gewollt und notwendig. Würden die eher offen formulierten Kernelemente durch ganz konkret beschriebene Einzelmaßnahmen ersetzt, so bestünde die

¹⁸⁰ Vgl. BMZ-Eckpunktepapier 2019, § 8 bis 11 SorgfaltspflichtenG-EP; Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 67 f.

Gefahr, dass die Menschenrechts- und Umwelt-Compliance in globalen Wertschöpfungsketten zu einer rein bürokratischen „Abhak-Übung“ („box-ticking exercise“) wird, die an den tatsächlichen Produktionsformen und Geschäftsmodellen nichts ändert.¹⁸¹ Bei der Vorgabe konkreter Einzelmaßnahmen besteht ferner die Gefahr, dass ein zu niedrig angesetzter Minimalstandard langfristig zementiert wird.

Daraus kann freilich nicht der Schluss gezogen werden, dass es anstelle eines branchenübergreifenden Gesetzes einer Vielzahl branchenspezifischer Einzelgesetze bedarf. Denn nur durch den branchenübergreifenden Ansatz lassen sich die damit verbundenen Vorteile erzielen (s.o.: Einheit und Kohärenz der Rechtsordnung, Synergieeffekte, Verfahrensökonomie). Das gesetzgeberische Ziel eines umfassenden Schutzes von Menschenrechten und Umwelt in globalen Wertschöpfungsketten deutscher Unternehmen bei gleichzeitiger Wahrung eines kohärenten Regulationssystems und dem Abschöpfen von Synergieeffekten lässt sich folglich nur mittels eines relativ abstrakten Regelungsansatzes erreichen.

Es bietet sich freilich an, das allgemeine, branchenübergreifende Sorgfaltspflichtengesetz, durch branchenspezifische Ergänzungen zu konkretisieren. Zwingend ist dies jedoch nicht.

3.1.2.2.2 Angemessenheitskriterium

Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes *angemessen* ist prinzipiell unproblematisch. Sie entspricht einer gängigen Regelungstechnik im deutschen Recht. Unbestimmte Rechtsbegriffe kennt nicht nur das öffentliche Recht (z. B. *Zuverlässigkeit*, *Unzweckmäßigkeit*, *Unzumutbarkeit*, *öffentliche Belange*), sondern auch das Zivilrecht¹⁸² (z. B. *wichtiger Grund*, *Billigkeit*, *gute Sitten*, *Kindeswohl*). Mit Blick auf die Maßgabe, dass sich der Regelungsgehalt durch Anwendung der anerkannten Auslegungsregeln ermitteln lassen muss, spricht für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Regelung, dass der MSorgfaltsG-E es nicht bei der bloßen Anordnung belässt, dass eine *angemessene* Risikoanalyse durchzuführen und *angemessene* Folgemaßnahmen zu ergreifen sind. Vielmehr gibt der Gesetzgeber nach dem Regelungsvorschlag die Kriterien vor, anhand derer die Angemessenheit im Einzelfall zu beurteilen ist. Dies trägt zur hinreichenden Bestimmtheit der Regelung bei (s.o. 3.1.1.2.4.2).

3.1.2.2.3 Generalklausel zur Bestimmung des Gegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht

Entsprechendes gilt für die Verwendung von Generalklauseln zur Bestimmung des materiellen Gegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sowohl der schutzgutbezogene als auch der verhaltensstandardbezogene Regelungsansatz keine völlig neuen Formulierungen erfinden muss, sondern sich an etablierte Institute und Regelungsansätze – wenn auch in modifizierter Form – anlehnen kann. Dementsprechend gibt es grundsätzlich hinreichende Ansätze um der Maßgabe des Bundesverfassungsgerichtes zu genügen, dass mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln zuverlässig feststellbar sein muss, welches die gesetzlichen Vorgaben im Einzelfall sind. Das gilt auch für die Auslegung einer etwaigen Erheblichkeitsschwelle oder eines Wesentlichkeitsvorbehalts. Auch insoweit lassen

¹⁸¹ Die Gefahr derartiger „Abhak-Übungen“ wird vor allem im Zusammenhang mit standardisierten Check-Listen gesehen, wie sie im traditionell im Rahmen sog. Sozialaudits Verwendung finden (vgl. Niebank, *Bringing Human Rights into Fashion*, 2018, S. 32; Terwindt/Saage-Maaß, *Zur Haftung von Sozialauditor*innen in der Textilindustrie*, 2017, S. 6). Ergeben sich derartige Check-Listen aus den gesetzlichen Vorgaben, so besteht auch hier die Gefahr, dass nur die ausdrücklich geregelten Details abgehakt werden, eine holistische Risikoanalyse aber unterbleibt.

¹⁸² Zur Frage, ob normtheoretisch zwischen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen zu unterscheiden ist vgl. Preis, in: In: Ascheid/Preis/Schmidt, *Kündigungsrecht*, 5. Aufl., 2017, Rn. 6 ff. und Stichelbrock, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*, 2002, S. 135 f.

sich unbestimmte, aber hinreichend auslegungsfähige Rechtsbegriffe verwenden, die in der Rechtsordnung seit langem etabliert sind.¹⁸³

3.1.2.2.4 Außenverweise zur Bestimmung des Gegenstandes der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht

Statische Außenverweise auf Normen außerhalb des Bundesrechts sind unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebotes unbedenklich. Denn eine solche Verweisung bedeutet rechtlich nur den Verzicht, den Text der in Bezug genommenen Vorschriften in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen (BVerfGE 143, 38 [55 f.]).

Dynamische Außenverweise auf Normen außerhalb des Bundesrechts sind dagegen nur ausnahmsweise zulässig, da der Gesetzgeber damit die Gesetzgebungshoheit Dritten überlässt. Sie sind nicht generell ausgeschlossen, aber nur unter Wahrung der Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Bundesstaatlichkeit zulässig (BVerfGE 143, 38 [56]).

Ein dynamischer Verweis auf die für die Bundesrepublik bindenden Umweltabkommen (3.1.2.1.2) erscheint unbedenklich, weil es sich bei genauer Betrachtung – je nach konkreter Ausgestaltung – gar nicht um einen *Außenverweis* handeln muss. Da völkerrechtliche Verträge, die sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, für das innerstaatliche Wirksamwerden nach Art. 59 Abs. 2 GG eines Zustimmungsgesetzes bedürfen,¹⁸⁴ wäre es auch möglich, dass die Verweisungsnorm in einem umweltbezogenen Sorgfaltspflichtengesetz an die jeweiligen Zustimmungsgesetze anknüpft.

Auch der vorgeschlagene Verweis auf das lokale, am Erfolgsort anwendbare Umweltrecht erscheint im Ergebnis grundsätzlich zulässig. Dafür spricht zunächst, dass ein solcher Verweis der üblichen Regelungstechnik in den Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts entspricht.¹⁸⁵ Soweit ersichtlich, wurde die hinreichende Bestimmtheit derartiger Verweise bislang nicht in Zweifel gezogen.

Zwar handelt es sich um einen dynamischen Außenverweis, der grundsätzlich nicht zulässig wäre. Der Verweis führt jedoch weder zu Geltung noch Anwendbarkeit ausländischer Rechtsnormen auf Sachverhalte, die im Hoheitsgebiet des deutschen Gesetzgebers belegen sind. Vielmehr bewirkt die wertschöpfungskettenübergreifende umweltbezogene Sorgfaltspflicht, soweit sie sich auf das am Erfolgsort anwendbare Umweltrecht bezieht, allein, dass Unternehmen in Deutschland auf die Selbstverständlichkeit hinwirken, dass sie selbst und ihre Geschäftspartner im Ausland das dort jeweils maßgebliche ausländische Recht beachten. Dies wäre nur dann problematisch, wenn es sich um Normen handeln würde, die mit Normen des Grundgesetzes oder dem deutschen *ordre public* unvereinbar wären. Davon wird man regelmäßig nicht ausgehen können.

Ein dynamischer Pauschalverweis auf nicht näher bezeichnete *soft law* Standards (3.1.2.1.5) wäre dagegen zu unbestimmt.

¹⁸³ Siehe etwa zu den Begriffen des „erheblichen Nachteils“ und der „erheblichen Belästigung“ in § 3 Abs. 1 BImSchG und die dazu ergangene Rechtsprechung.

¹⁸⁴ Vgl. Pieper, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 41. Edition, Stand: 15.05.2019, Art. 59, Rn. 41 m. w. N.

¹⁸⁵ Vgl. dazu und zur Verweisung auf ausländisches Recht im öffentlichen Recht ausführlich: Ohler, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts, 2005.

3.1.2.2.5 Bedeutung der Rechtsfolge der Bestimmtheitsanforderungen

Ob eine Norm den Anforderungen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes genügt, lässt sich abschließend nur unter Berücksichtigung der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das durch die Norm angeordnete Verhaltensgebot bestimmen. Denn die für die Bestimmtheitsanforderungen maßgebliche Eingriffsintensität (s.o.) ergibt sich nicht allein aus dem Inhalt der Ge- oder Verbotsnorm, sondern auch aus der Sanktion. Dies ergibt sich systematisch schon aus dem speziellen Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG, das für *strafbewehrte* Normen besonders strikte Bestimmtheitsanforderungen aufstellt (vgl. BVerfGE 126, 170 [194]).

Da der MSorgfaltsG-E aus den o.g. Gründen systematisch zwischen materieller Sorgfaltspflicht und Durchsetzungsmechanismen trennt, kann die Bestimmtheit abschließend nur jeweils im Zusammenhang mit den verschiedenen Sanktionsmechanismen betrachtet werden. Auf dieser Linie liegt auch die Entscheidung des französischen Conseil constitutionnel, der den französischen *devoir de vigilance* nur für zu unbestimmt hielt, um ihn mit einer extrem breiten und offen formulierten Strafsanktion zu versehen (s.o.).

Daher soll das Spektrum an möglichen Durchsetzungsmechanismen im Folgenden Abschnitt dargestellt und mit Blick auf etwaige Besonderheiten hinsichtlich der Bestimmtheitsanforderungen bewertet werden.

3.1.3 Enforcement umweltbezogener Sorgfaltspflichten

Für die Durchsetzung *umweltbezogener* Sorgfaltspflichten in globalen Wertschöpfungsketten kommen dieselben Instrumente in Betracht wie für die Durchsetzung *menschenrechtlicher* Sorgfaltspflichten. Die Übertragbarkeit der für menschenrechtliche Sorgfaltspflichten denkbaren Durchsetzungsmechanismen auf den Umweltbereich bereitet insoweit keine Probleme.

Wegen der vorstehend erläuterten Relevanz der Durchsetzungsmechanismen für die Eingriffsintensität und damit die maßgeblichen Bestimmtheitsanforderungen sollen die Instrumente hier dennoch zumindest in Grundzügen dargestellt werden. Dabei handelt es sich im Einzelnen zumindest um folgende Instrumente: Transparenzpflichten (3.1.3.1), behördliche Aufsicht und Verwaltungsvollstreckung (3.1.3.2), bußgeldbewehrtes Ordnungswidrigkeitenrecht (3.1.3.3), Kriminalstrafen (3.1.3.4), deliktische (3.1.3.5) und lauterkeitsrechtliche Haftung (3.1.3.6), vergaberechtliche Anreize (3.1.3.7) und Importverbote (3.1.3.8). Neben Bestimmtheitsaspekten wird dabei kursorisch auch auf Erwägungen zur Einschätzung der Wirksamkeit der unterschiedlichen Ansätze eingegangen.

3.1.3.1 Markttransparenz

Enforcement-Ansätze, die auf Markttransparenz setzen, stellen im Allgemeinen ein eher „weiches“ Instrument dar. Sie verpflichten die Normadressaten zur öffentlichen Berichterstattung über ihre *compliance* hinsichtlich der menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflicht. Sie können auf Transparenz auf den Verbraucher- oder den Finanzmärkten oder auf beides gleichermaßen zielen. Die ratio hinter derartigen Regelungen besteht darin, dass Behörden und Gerichte nur die Einhaltung der Transparenzpflicht unmittelbar durchsetzen, die Durchsetzung der materiellen Sorgfaltspflicht dagegen „dem Markt“ überlassen wird. Es handelt sich folglich um eine recht „marktnahe“ bzw. „marktförmige“ mittelbare Durchsetzung im Wege des Abbaus von Informationsasymmetrien zwischen den Marktteilnehmern.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Vgl. Klinger/Krebs/Hartmann, Vom Blauen Engel zum Bekleidungsengel? Umweltsiegel als Vorbild staatlicher Zertifizierungen in der Textilindustrie, ZUR 2015, S. 271 f.; Lübke-Wolff, Instrumente des Umweltrechts - Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen, NVwZ 2001, S. 488; Kocher/Klose/Kühn/Wenckebach, Verantwortung braucht Transparenz, 2012.

Häufig werden sie mit einem *comply-or-explain*-Ansatz kombiniert, der die non-compliance ausdrücklich zulässt, und insoweit nur eine Erklärung verlangt, warum der Normadressat die Sorgfaltspflicht nicht erfüllt hat.

Der Durchsetzungsmechanismus darf im Großen und Ganzen als das von allen möglichen Optionen schwächste Instrument angesehen werden. Denn er kann nur unter bestimmten Voraussetzungen als (ansatzweise) wirksam angesehen werden: Er setzt voraus, dass die Marktgegenseite entsprechende Präferenzen für Anbieter mit einer guten *compliance-performance* hat und die aus den öffentlichen Berichten zugänglichen Informationen bei ihren Transaktionsentscheidungen berücksichtigt. Bei vielen Investorinnen und Investoren und Einkäuferinnen und Einkäufern, seien sie gewerblich oder Verbraucherinnen und Verbraucher, kann dies indes nicht unterstellt werden.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass in der rechtspolitischen Diskussion um menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten Transparenz- und Reportingpflichten gewissermaßen als minimalkonsensfähiger Ansatz gehandelt werden. So verfolgt etwa die CSR-Richtlinie diesen Ansatz. Auch der schweizerische Bundesrat versuchte jüngst, die Konzernverantwortungsinitiative und den abgeschwächten indirekten Gegenentwurf der Rechtskommission des Nationalrates dadurch abzuwenden, dass er einen radikal abgeschwächten Gegenentwurf ins Spiel brachte, der nur noch eine Reportingpflicht enthält.¹⁸⁷ Am 18. Dezember 2019 fand der Vorschlag im Ständerat tatsächlich eine Mehrheit.¹⁸⁸

Ein Beispiel, wie eine menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht mit einem Transparenzmechanismus versehen werden kann, enthält das BMZ-Eckpunktepapier in § 11 Abs. 2 SorgfaltspflichtenG-EP und Art. 2 NaWKG-EP. Letzterer würde die Umsetzung der CSR-Richtlinie in § 289b HGB entsprechend anpassen. Der MSorgfaltsG-E sah noch ausschließlich eine isolierte Berichtspflicht im Stammgesetz vor. Der Entwurf stammt jedoch von 2016, als die CSR-Richtlinie noch nicht in im HGB umgesetzt war. Zur Vermeidung von doppelten Berichtspflichten bietet sich nunmehr der vom BMZ vorgeschlagene Weg an.

Der Berichtspflichtenansatz zeichnet sich durch die geringstmögliche Eingriffsintensität aus. Mit Blick auf den oben dargestellten verfassungsrechtlichen Maßstab (3.1.2.2.1), ist es daher unbedenklich, die vorgeschlagene umweltbezogene Sorgfaltspflicht mit einer Berichtspflicht zu kombinieren.

3.1.3.2 Behördliche Aufsicht und Verwaltungsvollstreckung

In der deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Rechtsordnung stellt der öffentlich-rechtliche Vollzug gewissermaßen den *default mode* der Durchsetzung von Marktordnungsvorschriften dar.¹⁸⁹

Die potentiell durchaus hohe Wirksamkeit des behördlichen Vollzuges hängt jedoch in besonderem Maße von der Behördenausstattung und Zuständigkeitsregelung ab. Das Instrument *kann* durchaus wirksam sein; dies aber nur dann, wenn die zuständige Behörde mit hinreichenden Mitteln ausgestattet wird. Da gewisse branchen-, länder-, schutzgut- und wertschöpfungsstufenspezifische Expertenkenntnisse der Aufsichtsbehörde zwar keine

¹⁸⁷ Vgl. Tagesanzeiger vom 14.08.2019, S. 5: „Keller-Sutters Winkelzug für die Großkonzerne – Volksabstimmung, Um zu verhindern, dass Firmen für verletzte Menschenrechte haften müssen, versucht die Justizministerin ein ungewöhnliches Manöver: Sie lanciert einen verspäteten, abgeschwächten Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative.“

¹⁸⁸ Am 18.12.2019 stimmte der Ständerat mit 25 zu 13 Stimmen für den radikal abgeschwächten und eingeschränkten Vorschlag ohne Haftung, https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2019/20191218134539462194158159041_bsd106.aspx.

¹⁸⁹ Vgl. Reimann, Präventiv-Administrative Regulierung oder "Private Law Enforcement", in: Bitburger Gespräche 2008, 105 ff., 144 f.

zwingende Voraussetzung des Vollzugs sind, aber seine Wirksamkeit deutlich erhöhen können, ist ein zentralisierter Vollzug¹⁹⁰ potentiell wirksamer als ein ausschließlicher Ländervollzug. (Kleinere) Landesbehörden dürften mit dem Aufbau derartiger Spezialistenkenntnisse überfordert sein bzw. keine ausreichenden Fallzahlen haben, damit eine entsprechende Personalpolitik betriebswirtschaftlich Sinn ergibt. Art. 83 GG steht einer Zentralisierung des Vollzugs nicht entgegen. Wie sich aus Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG ergibt, ist dies allein eine Frage der politischen Mehrheiten.

Vorteil des behördlichen Vollzuges insbesondere gegenüber der zivilrechtlichen Schadenshaftung und Strafsanktionen ist, dass der behördliche Vollzug als Maßnahme der Gefahrenabwehr zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt ansetzen kann und nicht erst den Eintritt einer Rechtsgutsverletzung abwarten muss. Anders als die deliktische Schadenshaftung ist der behördliche Vollzug auch nicht davon abhängig, dass ein einklagbares Individualrechtsgut bedroht wird. Die in der deutschen Rechtsordnung traditionell problematische Hürde des subjektiven Rechtsschutzes stellt sich bei der auf die Wahrung der objektiven Rechtsordnung gerichteten Vollzugstätigkeit der Behörden nicht. Behörden können daher auch dann unproblematisch eingreifen, wenn Menschenrechte (z. B. Koalitionsfreiheit) oder Umweltgüter tangiert sind, deren Verletzung nicht zu einem einklagbaren Schaden führen.

Zur regelungstechnischen Umsetzung des behördlichen Vollzugs müsste das Sorgfaltspflichtengesetz in seinem Durchsetzungsabschnitt eine Vorschrift enthalten, die der zuständigen Aufsichtsbehörde die Befugnis einräumt, im Einzelfall die erforderlichen Anordnungen zu treffen (sog. „Verwaltungsaktbefugnis“). Einen entsprechenden Regelungsvorschlag macht das BMZ-Eckpunktepapier in § 12 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG-EP.

Um eine wirksame Aufsicht und den entsprechenden Vollzug zu ermöglichen, bietet es sich an, flankierende Betretens- und Auskunftsrechte der zuständigen Aufsichtsbehörde sowie entsprechende Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Verpflichteten zu regeln (§ 12 Abs. 2 SorgfaltspflichtenG-EP). Entsprechende Regelungen sind im Marktüberwachungsrecht üblich (vgl. z. B. § 28 ProdSG, § 56 MessEG, § 69 EnWG, § 29 GewO).

Naheliegend wäre ein risikobasierter Vollzug, bei dem die zuständigen Aufsichtsbehörden ihrerseits Risikoanalysen durchführen und ihre stichprobenartigen Kontrollen auf solche Normadressaten konzentrieren, deren Wertschöpfungsprozesse nach der behördeninternen Risikoanalyse als besonders risikobehaftet anzusehen. Beispielhaft sei hier der entsprechende Ansatz in der Konfliktmineralien-VO (Art. 11 Abs. 2) und der Holzhandels-VO (Art. 10 Abs. 2) genannt; aber auch jenseits der Lieferkettenregulierung kommt der Ansatz im modernen Verwaltungsvollzug zum Einsatz.¹⁹¹

Zwar ist die behördliche Aufsicht mit der gesetzlichen Befugnis zur Anordnung von Einzelmaßnahmen und der anschließenden Verwaltungsvollstreckung eingriffsintensiver als bloße Berichtspflichten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass dem Normadressaten grundsätzlich der Rechtsweg gegen die behördliche Einzelfallanordnung offen steht, bevor Vollstreckungsmaßnahmen drohen. Da die Aufsichtsbehörde im Rahmen der Gefahrenabwehr (und nicht der repressiv) handelt, ist ein gewisses Maß an Unbestimmtheit der Befugnisnorm hinzunehmen.

¹⁹⁰ Vgl. für einen teilweise zentralisierten Vollzug den BMZ-Vorschlag in § 18 Abs. 2 SorgfaltspflichtenG-EP, der offenbar an den Gedanken aus §§ 25 und 32 ProdSG angelehnt ist.

¹⁹¹ Vgl. Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 81.

3.1.3.3 Bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeitentatbestände

Die menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht kann auch mit bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeitentatbeständen flankiert werden.

Ordnungswidrigkeitentatbestände müssen allerdings aufgrund ihres Sanktionscharakters – genauso wie Straftatbestände – den strengeren Anforderungen des speziellen, aus Art. 103 Abs. 2 GG abgeleiteten Bestimmtheitsgebotes genügen.¹⁹² Denn nach der Rechtsprechung enthält Art. 103 Abs. 2 GG ein – gegenüber Art. 20 Abs. 3 GG verschärftes – *striktes* Bestimmtheitsgebot.¹⁹³ Strafnormen sind danach so zu formulieren, dass der Normadressat grundsätzlich bereits anhand des Wortlauts voraussehen kann, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht. „Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.“¹⁹⁴

Um diesen Anforderungen zu genügen, dürfte es nicht ausreichen, ohne nähere Konkretisierung der Verhaltenspflicht schlicht eine „Verletzung der Sorgfaltspflicht“ zu sanktionieren.¹⁹⁵

Indes scheint es durchaus möglich, hinreichend bestimmte Ordnungswidrigkeitentatbestände zu formulieren, die an den Verstoß einzelner, konkret umschriebener Elemente der menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflicht anknüpfen:

Der in § 13 Abs. 1 Nummer 1 MSorgfaltsG-E exemplarisch formulierte Bußgeldtatbestand, knüpft etwa an die Verletzung der Dokumentationspflicht an.

Auch das BMZ-Eckpunktepapier enthält in § 13 Abs. 1 Nummer 1 bis 10 SorgfaltspflichtenG-EP eine ganze Reihe von Beispielen¹⁹⁶, wie hinreichend bestimmte Ordnungswidrigkeitentatbestände formuliert werden könnten. Die vorgeschlagenen Tatbestände knüpfen durchweg an das Unterlassen genau benannter, einzelner Schritte der Erfüllung der Sorgfaltspflicht an. Es wird bei der Anwendung dieser Tatbestände in der Regel um das „Ob“ nicht das „Wie“ der Erfüllung der einzelnen Elemente der Sorgfaltspflicht gehen.

Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen würde, dass die konkreten Anforderungen etwa der Risikoanalyse aufgrund des offenen Angemessenheitskriteriums nicht hinreichend genau bestimmt sind, um eine *mangelhafte* Ausführung der Risikoanalyse mit den Mitteln des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts sanktionieren zu können, kann dies jedenfalls nicht für das vollständige Unterlassen der Risikoanalyse oder offensichtlich unzureichende

¹⁹² BVerfGE 87, 399 (411).

¹⁹³ BVerfGE 126, 170 (194).

¹⁹⁴ BVerfGE 126, 170 (195) m. w. N.

¹⁹⁵ Eine solche Regelungstechnik wollte jedoch der französische Gesetzgeber offenbar verwenden. Der in dem von der Nationalversammlung verabschiedeten Sorgfaltspflichtengesetz vorgesehene Bußgeldtatbestand lautete:

„Der Richter kann die Gesellschaft zur Zahlung einer Geldbuße (amende civile) in Höhe von nicht mehr als 10 Millionen Euro verurteilen. Der Richter legt die Höhe der Geldbuße fest im Verhältnis zur Schwere des Verstoßes unter Berücksichtigung der Umstände des Verstoßes und der Person des Täters. Die Geldbuße kann nicht steuerlich geltend gemacht werden.“ (Übers. d. Verf., Art. 1 des TEXTE ADOPTÉ n° 924 vom 21. Februar 2017, durch den ein L. 225-102-4- II. UAbs. 3 in den Code de Commerce eingefügt werden sollte).

Nach den o.g. Maßstäben des deutschen Verfassungsrechts wäre eine derartige Bußgeldregelung, kaum mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar. Die Entscheidung des französischen Verfassungsrates, der die Bußgeldregelung aufhob, konnte – jedenfalls aus Perspektive des deutschen Verfassungsrechts – daher kaum überraschen (vgl. Krebs, Wirtschaft und Menschenrechte: die „Loi Rana Plaza“ vor dem französischen Conseil constitutionnel, VerBlog, 2017/3/29, <https://verfassungsblog.de/wirtschaft-und-menschenrechte-die-loi-rana-plaza-vor-dem-franzoesischen-conseil-constitutionnel20172017>).

¹⁹⁶ Z. B. das (vollständige) Unterlassen der Risikoanalyse (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 5 Abs. 2 SorgfaltspflichtenG-EP), die Verletzung der Dokumentationspflicht (§ 13 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 11 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG-EP) oder die Verletzung der Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgeber-Kanals (§ 13 Abs. 1 Nr. 7 i. V. m. § 10 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG-EP) oder zur Bestellung eines Compliance-Beauftragten (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 8 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG-EP).

Untersuchungen gelten. Mit Blick auf die Bestimmtheit der vorgeschlagenen Ordnungswidrigkeitentatbestände bestehen mithin keine Bedenken.

Die Erwartungen an die Wirksamkeit des Instrumentes der bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeitentatbestände zur Durchsetzung der Sorgfaltspflicht sollten indes nicht zu hoch sein. Auch hier setzt ein wirksamer behördlicher Vollzug voraus, dass die zuständigen Aufsichtsbehörden mit ausreichenden Mitteln ausgestattet sind, um die für die Sanktionierung erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Zudem machen die vorstehenden Ausführungen die materiellrechtlichen Grenzen des Ordnungswidrigkeitenrechts deutlich: Mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts lassen sich klare Fälle, in denen ein Unternehmen etwa die Risikoanalyse gänzlich unterlassen hat, problemlos erfassen und sanktionieren. Wurde eine Sorgfallsmaßnahme dagegen „nur“ zu oberflächlich ausgeführt oder ging sie in einigen Punkten von falschen Sachverhaltsannahmen aus, so ist das Ordnungswidrigkeitenrecht eher nicht geeignet, um solche Fälle zu erfassen.

3.1.3.4 Strafsanktionen

Auch Straftatbestände, die an Verstöße gegen die Sorgfaltspflicht anknüpfen, lassen sich so bestimmt ausgestalten, dass sie den o.g. verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügen.

Das BMZ-Eckpunktepapier schlägt in § 14 SorgfaltspflichtenG-EP einige Tatbestände vor, die diesen Anforderungen genügen. Absatz 1 ist etwa als echtes Sonderdelikt (ähnlich etwa den § 399 AktG oder der §§ 84, 86 GmbHG¹⁹⁷) ausgestaltet, das nur vom Compliance-Beauftragten nach § 8 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG-EP begangen werden kann. Das strafbare Verhalten nach § 14 Abs. 1 ist das Machen von *bewusst* (!) – d. h. *dolus directus* 2. Grades bzw. „sicheres Wissen“ – falschen Angaben in der nach § 11 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG-EP vorgeschriebenen Dokumentation der Erfüllung der Sorgfaltspflicht. Das strafrechtlich sanktionierte Verhalten ergibt sich mithin eindeutig aus dem Wortlaut, ohne dass es darauf ankäme, wie im Einzelfall das Angemessenheitskriterium oder der Gegenstand der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht genau zu bestimmen wäre. Auch das auslegungsbedürftige Attribut „falsch“ ist ein aus dem Bereich der Äußerungsdelikte (vgl. §§ 153 ff. StGB) bekannter Begriff, dessen Auslegung insofern keine größeren Schwierigkeiten bereiten würde. Denn insoweit kann auf die Konkretisierung dieses Begriffs durch Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden. Entsprechendes gilt für die Erfolgsqualifikationen in § 14 Abs. 2 und 3 SorgfaltspflichtenG-EP. Die dort verwendeten Begrifflichkeiten lassen keinen Zweifel offen, welches Verhalten mit einer Strafsanktion bewehrt ist. Zudem finden sich die verwendeten Begriffe und Regelungsansätze ausnahmslos auch in anderen Straftatbeständen (vgl. § 306b und § 306c StGB).

Die Voraussetzungen, unter denen der Straftatbestand greifen kann, sind dabei sehr eng. Sie werden nur in seltenen Ausnahmefällen nachweisbar sein. Nicht nur deshalb wird man dem strafrechtlichen Ansatz besonders vorwerfen, dass er selten zu Verurteilungen führen würde. Es scheint auch nicht sonderlich wahrscheinlich, dass eine nennenswerte Ermittlungs- und Verfolgungstätigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden auf der Grundlage eines derartigen Gesetzes zu erwarten wäre. Dies wäre eher dann realistisch, wenn die Zuständigkeit für die Strafverfolgung auf Bundesebene – etwa in einer neuen Abteilung beim Generalbundesanwalt – konzentriert würde. Die Schaffung einer derartigen neuen Zuständigkeit des Generalbundesanwaltes erscheint politisch wiederum eher unrealistisch.

¹⁹⁷ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446) geändert worden ist.

Auch wenn danach ohne Schaffung besonderer Zuständigkeiten die Verfolgungswahrscheinlichkeit als eher niedrig einzustufen sein wird, sollte man die potentiell verhaltenssteuernde Wirkung des strafrechtlichen Ansatzes nicht geringerschätzen. Seine Wirksamkeit ergibt sich vor allem aus der symbolischen Wirkung und der besonderen Betonung des Unwerturteils, das der Gesetzgeber mit der Strafandrohung ausspricht. Für eine Abschreckungswirkung genügt es, dass die Verurteilung zu einer Kriminalstrafe zumindest theoretisch möglich ist.

Im Kontext der strafrechtlichen Sanktionierung der nichtfinanziellen Berichterstattungspflichten nach HGB *de lege lata*, erscheint die in § 14 SorgfaltspflichtenG-EP vorgeschlagenen Strafsanktion eher zurückhaltend bemessen: Gemäß § 331 Nr. 1 HGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer als Mitglied des vertretungsberechtigten Organs oder des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft u.a. im Lagebericht „einschließlich der nichtfinanziellen Erklärung“ oder „im gesonderten nichtfinanziellen Bericht“ unrichtig wiedergibt oder „verschleiert“. Der Vergleich mit § 14 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG-EP¹⁹⁸ zeigt: Dieser Regelungsvorschlag ist sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgende Seite deutlich enger. § 14 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG-EP setzt objektiv „falsche“ Angaben und subjektiv *dolus directus* 2. Grades voraus, während § 331 Nr. 1 HGB objektiv ein bloßes „Verschleiern“ wahrer Tatsachen und subjektiv Eventualvorsatz genügen lässt.¹⁹⁹ Bei § 331 Nr. 1 HGB beträgt das Strafmaß für Freiheitsstrafen bis zu *drei* Jahren; § 14 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG-EP sieht dagegen eine Freiheitsstrafe bis zu *einem* Jahr vor.

3.1.3.5 Deliktische Schadenshaftung

Im Zentrum der rechtspolitischen Diskussion um menschenrechtliche Sorgfaltspflichten steht vielfach die Frage nach der deliktischen Haftung. Auch in der aktuellen rechtspolitischen Debatte in der Schweiz steht die Haftung im Mittelpunkt der Kontroverse.²⁰⁰

Die deliktische Schadenshaftung erfüllt eine doppelte Funktion: Zum einen sorgt sie für den angemessenen Schadensausgleich. Zum anderen kann ein tatsächlich drohendes Haftungspotential eine (präventiv) verhaltenssteuernde Wirkung entfalten.²⁰¹

Eine menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht kann mithilfe des Haftungsrechts dergestalt durchgesetzt werden, dass ihre Verletzung haftungsbegründend wirkt. Damit eine Regelung des deutschen Rechts zur Begründung außervertraglicher Haftungsansprüche auf eine im Ausland eingetretene Rechtsgutsverletzung aber überhaupt anwendbar ist, bedarf es grundsätzlich der Formulierung einer Eingriffsnorm i. S. v. Art. 16 Rom II-VO. Denn nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO findet im Übrigen grundsätzlich das Recht des Schadensortes Anwendung.²⁰²

¹⁹⁸ Der Regelungsvorschlag lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird bestraft, wer als Compliance-Beauftragter (§ 8 Absatz 1) entgegen § 11 Absatz 1 bewusst falsche Angaben in der Dokumentation der Erfüllung der Sorgfaltspflicht macht.“

¹⁹⁹ Grottel/Hoffmann, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Auflage, 2020, § 331 HGB, Rn. 15, 23.

²⁰⁰ Vgl. den Hintergrund der Erteilung für den Auftrag des Rechtsgutachtens des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung zur Geschäftsherrenhaftung, S. 3: „In der Ständeratsdebatte vom 12.3.19 wurde der Nichteintretensantrag namentlich damit begründet, die Regelung der Haftung im indirekten Gegenentwurf sei eine im «internationalen Vergleich einmalige Ausdehnung der Haftung».“

²⁰¹ Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 2006, S. 352 ff.

²⁰² Vgl. dazu Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 74 ff.; Hartmann, Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland aus Sicht des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, in: Krajewski/Saage-Maaß (Hrsg.), Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen – Zivilrechtliche Haftung und Berichterstattung als Steuerungsinstrumente, 1. Auflage 2018, S. 281 (299).

Der französische Gesetzgeber hat dies bei der Regelung des Sorgfaltspflichtengesetzes möglicherweise übersehen.²⁰³

Bei Umweltschädigungen sieht Art. 7 Rom II-VO jedoch ein Wahlrecht des Geschädigten vor, sodass insoweit die Schaffung einer Eingriffsnorm nicht unbedingt erforderlich scheint.²⁰⁴ Sollen menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht gemeinsam regelt werden, so wäre näher zu untersuchen, inwieweit durch eine pauschale Eingriffsnorm nach dem Muster des § 15 MSorgfaltsG-E das in Art. 7 Rom II-VO niedergelegte Wahlrecht des Geschädigten überlagert wird. Führt dies für den Geschädigten zu nachteilhaften Ergebnissen, so wäre zu überlegen, wie der Regelungsvorschlag aus § 15 MSorgfaltsG-E so modifiziert werden kann, dass das Wahlrecht aus Art. 7 Rom II-VO erhalten bleibt.

Unter Bestimmtheitsgesichtspunkten erscheint einer Eingriffsnorm nach dem Vorbild von § 15 MSorgfaltsG-E jedenfalls unbedenklich. Denn sie schafft keinerlei neuen Haftungstatbestand, sondern gibt lediglich konkretisierende Hinweise zur Auslegung der Sorgfaltsanforderungen in den anwendbaren Haftungstatbeständen.

Der Sache nach handelt es sich dabei um eine Haftung des Unternehmens für die Verletzung *eigener* Sorgfaltspflichten, nicht um eine Zurechnung der Pflichtverletzung Dritter. Die prinzipielle Möglichkeit einer solchen Ausweitung deliktischer Sorgfaltspflichten, die über die eigene Tätigkeitssphäre einer Rechtsperson hinaus gehen, wird in der Literatur auch grundsätzlich anerkannt.²⁰⁵ Lassen sich doch eine ganze Reihe von Fallbeispielen anführen, in denen die Rechtsprechung bereits *de lege lata* zur Haftung des Auftraggebers nach allgemeinem Deliktsrecht wegen der sorgfaltswidrigen Auswahl eines Auftragnehmers gelangt.²⁰⁶ Die gegen eine derartige Ausweitung deliktischer Sorgfaltspflichten vorgebrachten Argumente sind eher politischer als rechtlicher Natur.²⁰⁷

In diesem Zusammenhang wird an dem Konzept einer wertschöpfungsketten- und damit potentiell rechtsträgerübergreifend haftungsbegründenden Sorgfaltspflicht allerdings kritisiert, diese erodiere das gesellschaftsrechtliche „Rechtsträgerprinzip“.²⁰⁸ Mit Blick auf das Verhalten Dritter gelte zudem ein „Vertrauensgrundsatz“: Jeder dürfe bei der Wahl des eigenen Sorgfaltsniveaus davon ausgehen, dass sich alle anderen Personen sorgfaltsgemäß verhalten. Niemand sei dazu verpflichtet, das Verhalten ausländischer Tochtergesellschaften oder Geschäftspartner zu kontrollieren.²⁰⁹ Diese Argumentation lässt jedoch eine Auseinandersetzung mit den Besonderheiten globaler Wertschöpfungsketten vermissen. Diese erstrecken sich über unterschiedlichste Jurisdiktionen mit zum Teil systematischen Regelungs-

²⁰³ Vgl. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Gutachten zur Geschäftsherrenhaftung für kontrollierte Unternehmen : Deutschland, England, Frankreich, Holland, Kanada, Italien, Österreich, Schweden, 2019, S. 18; Krebs, Wirtschaft und Menschenrechte: die „Loi Rana Plaza“ vor dem französischen Conseil constitutionnel, VerfBlog, 2017/3/29, <https://verfassungsblog.de/wirtschaft-und-menschenrechte-die-loi-rana-plaza-vor-dem-franzoesischen-conseil-constitutionnel2017>.

²⁰⁴ Siehe dazu ausführlicher demnächst: Gailhofer et al., UBA-Forschungsprojekt „Internationale Haftung von Unternehmen für Umweltschäden“, FKZ 3718 17 100 0, erscheint voraussichtlich 2020.

²⁰⁵ Kötz, Deliktshaftung für selbständige Unternehmer, ZEuP 2017, S. 299 f.

²⁰⁶ Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung bei Kötz, Deliktshaftung für selbständige Unternehmer, ZEuP 2017, S. 299 (300 f.); ferner zur „Gruppenhaftung“ im europäischen Kartellrecht: EuGH, Urteil vom 10.09.2009 – C-97/08 P – Akzo Nobel, EuZW 2009, S. 816; zur Übertragbarkeit des Unternehmensbegriffs aus dem Kartellrecht auf das Bußgeldrecht der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO): Uebele, Das „Unternehmen“ im europäischen Datenschutzrecht, EuZW 2018, S. 440.

²⁰⁷ Vgl. etwa Kötz 2017, Deliktshaftung für selbständige Unternehmer, ZEuP 2017, S. 299: „Gegen eine übermäßige Verschärfung der Sorgfaltspflichten lässt sich ins Feld führen, dass der Auftraggeber durch ein „outsourcing“ von Leistungen in begrüßenswerter Weise von den Vorteilen der Arbeitsteilung Gebrauch macht.“

²⁰⁸ Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 2016, S. 717 (757 ff. und 762 ff.).

²⁰⁹ Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 2016, S. 717 (758).

und Vollzugsdefiziten (sog. governance gaps) und großen Disparitäten in den wirtschaftlichen und sozio-kulturellen Rahmenbedingungen. Insoweit sind globale Wertschöpfungsketten gerade nicht mit reinen Inlands- oder Binnenmarktsachverhalten vergleichbar.²¹⁰ Vor diesem Hintergrund lässt sich eine gesetzlich geregelte, rechtsträger- und wertschöpfungskettenübergreifende menschenrechtliche Sorgfaltspflicht als eigene Kategorie des menschenrechtsbezogenen „Globalisierungsfolgenrechts“²¹¹ beschreiben. Es mag zwar zutreffen, dass die (deliktische) Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter historisch eine begründungsbedürftige Ausnahme ist.²¹² Die Begründung für eine solche Ausnahme liefern jedoch eben jene Globalisierungsfolgen und insbesondere die ubiquitären *governance gaps* in globalen Wertschöpfungsketten.

3.1.3.6 Lauterkeitsrechtliche Haftung

Auch das Lauterkeits- bzw. Wettbewerbsrecht lässt sich zur Durchsetzung einer gesetzlichen Sorgfaltspflicht fruchtbar machen. Dazu bedürfte es nicht unbedingt ausdrücklicher Regelungen in einem Sorgfaltspflichtengesetz oder im UWG. Denn es liegt nahe, eine gesetzliche, umweltbezogene Sorgfaltspflicht als Marktverhaltensregel unter den Rechtsbruchtatbestand in § 3a UWG zu subsumieren. Freilich würde es sich anbieten, durch einen entsprechenden Hinweis in der Gesetzesbegründung oder in einer ausdrücklichen Zweckbestimmung (vgl. § 1 MSorgfaltsG-E, § 1 SorgfaltspflichtenG-EP) klarzustellen, dass die Sorgfaltspflicht auch dem Schutz des fairen Wettbewerbs ohne Verletzung von Menschenrechts- und Umweltstandards sowie dem Schutz der Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher am Erwerb ethisch unbedenklicher Produkte dient. Die Auslegung als Marktverhaltensregel i. S. v. § 3a UWG wäre damit zwingend.

Besondere Bestimmtheitsanforderungen werden an Marktverhaltensregeln nicht gestellt. Freilich ist der Kläger grundsätzlich beweisbelastet, den Rechtsbruch nachzuweisen.

Nach Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO ist deutsches Recht anwendbar, wenn sich das Verhalten auf die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland auswirken (sog. Marktortprinzip). Es spielt insofern keine Rolle, wo der Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht erfolgt.

3.1.3.7 Vergaberecht

Das Recht der öffentlichen Beschaffung kann ebenfalls zur Durchsetzung der Sorgfaltspflicht eingesetzt werden. Dies kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass ein Ausschlussstatbestand in das neue Stammgesetz aufgenommen wird. Danach könnte vorgesehen werden, dass Bieter unter bestimmten Voraussetzungen von der Teilnahme am Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden, die wegen eines Verstoßes gegen das Sorgfaltspflichtengesetz mit einer Geldbuße in bestimmter Höhe belegt worden sind. Diesen Ansatz verfolgt § 16

²¹⁰ So aber Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 2016, S. 717 (758): „Jede Person darf bei der Wahl des eigenen Sorgfaltsniveaus davon ausgehen, dass sich alle anderen Personen sorgfaltsgemäß verhalten. Folglich ist ein inländisches Unternehmen deliktsrechtlich nicht dazu verpflichtet, das Verhalten seiner ausländischen Tochtergesellschaften und Geschäftspartner zu kontrollieren und zu steuern. Hier gilt nichts anderes als bei reinen Inlandssachverhalten: Individuen und Unternehmen sind jeweils für ihr eigenes Verhalten und für ihre eigene sachliche Sphäre deliktisch verantwortlich, nicht aber für das Verhalten und die Sphäre anderer.“

²¹¹ Krebs, Wirtschaft und Menschenrechte: die „Loi Rana Plaza“ vor dem französischen Conseil constitutionnel, VerfBlog, 2017/3/29, <https://verfassungsblog.de/wirtschaft-und-menschenrechte-die-loi-rana-plaza-vor-dem-franzoesischen-conseil-constitutionnel2017>.

²¹² Vgl. Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 2016, S. 717 (758).

SorgfaltspflichtenG-EP (siehe auch die vorgeschlagenen Folgeänderungen in GWB, GewO und WRegG²¹³ durch Art. 2 bis 5 NaWKG-EP).

Die für § 16 SorgfaltspflichtenG-EP vorgeschlagene Formulierung, die offenbar § 21 AEntG und § 19 MiLoG nachgebildet ist, bereitet unter Bestimmtheitsgesichtspunkten keine Schwierigkeiten.

3.1.3.8 Importverbote

Es erscheint zwar grundsätzlich vorstellbar, den Schutz von Menschenrechten und Umweltbelangen in globalen Wertschöpfungsketten mit Hilfe von Importbeschränkungen oder -verboten durchzusetzen.²¹⁴ Als Mechanismus zur Durchsetzung einer allgemeinen, branchen- und schutzgutübergreifenden Sorgfaltspflicht wird man das Instrument im Ergebnis jedoch eher nicht einsetzen können.

Die Gemeinsame Handelspolitik ist zunächst eine ausschließliche Zuständigkeit der EU (Art. 3 Abs. 1 lit. e), Art. 207 AEUV), sodass die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht zum Erlass handelspolitischer Maßnahmen befugt sind.²¹⁵ Art. 1 Abs. 2 der sog. Einfuhr-VO²¹⁶ enthält zudem ein grundsätzliches Verbot für Einfuhrverbote und -beschränkungen für Waren mit Ursprung in Drittländern. Deshalb wird teilweise vertreten, dass ein nationales Verbot etwa des Imports von Produkten aus Kinderarbeit allein vom EU-Gesetzgeber erlassen werden könnte.²¹⁷

Allerdings enthält Art. 24 Abs. 2 der Einfuhr-VO einen Katalog an (nicht-wirtschaftlichen) Gründen, die einzelstaatliche Einfuhrverbote ausnahmsweise rechtfertigen können (u.a. öffentliche Sittlichkeit, öffentliche Sicherheit und Ordnung, Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen oder Tieren, Pflanzenschutz). Es erscheint daher jedenfalls nicht ausgeschlossen, ein nationales Importverbot für Produkte, bei deren Herstellung *bestimmte* Menschenrechte oder Umweltgüter verletzt worden sind, auf diese Ausnahmeregelung zu stützen. Indes müsste ein solches Einfuhrverbot wohl an die Verletzung *konkreter* materiell-rechtlicher Normen anknüpfen (z. B. Verbot der schlimmsten Formen der Kinderarbeit²¹⁸).

Ein pauschales Verbot für Waren, in deren Wertschöpfungskette eine gesetzlich geregelte allgemeine menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht nicht beachtet worden ist, wäre dagegen wesentlich problematischer und dürfte auf erhebliche rechtliche Schwierigkeiten stoßen. Insofern stellte sich nicht nur die Frage der Rechtfertigung nach Art. 24 Abs. 2 Einfuhr-VO und Art. XX GATT. Auch die Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit und den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen müsste gesondert geprüft und sichergestellt werden. Insofern bedürfte es wohl zumindest konkreter Vorgaben, wie die Einhaltung der Sorgfaltspflicht nachzuweisen ist. Auch wenn eine abschließende Bewertung hier

²¹³ Wettbewerbsregistergesetz vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2739).

²¹⁴ Vgl. etwa die Importverbote für illegal geschlagenes Holz (Art. 4 Abs. 1 Holzhandels-VO), für sog. „Blut-Diamanten“ (Art. 3 der VO (EG) Nr. 2368/2002 des Rates vom 20. Dezember 2002 zur Umsetzung des Zertifizierungssystems des Kimberley-Prozesses für den internationalen Handel mit Rohdiamanten (ABl. Nr. L 358 S. 28, ber. ABl. 2004 Nr. L 27 S. 57), zuletzt geändert durch VO (EU) 2018/578 der Kommission vom 13.4.2018 (ABl. Nr. L 97 S. 1)) und Robbenerzeugnisse, sofern sie aus traditioneller Jagd durch indigene Gemeinschaften stammt, die bestimmte Voraussetzungen erfüllt (Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1007/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über den Handel mit Robbenerzeugnissen (ABl. Nr. L 286 S. 36), geändert durch VO (EU) 2015/1775 des EP und des Rates vom 6. 10. 2015 (ABl. Nr. L 262 S. 1); ferner das US-amerikanische Verbot für Produkte aus Zwangsarbeit in 19 USC 1307 („Convict-made goods; importation prohibited“).

²¹⁵ Dalkilic/Terhechte, in Krenzler/Hermann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Einfuhr-VO Art. 1, Rn. 25.

²¹⁶ VO (EU) 2015/478 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 11. März 2015 über eine gemeinsame Einfuhrregelung ABl. L 83 vom 27.3.2015, S. 16.

²¹⁷ So wohl: Hoppe, Produkte aus Kinderarbeit: Wer regelt das Verbot?, LKV 2010, S. 497 (499).

²¹⁸ ILO-Übereinkommen über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit, 1999.

nicht möglich ist, wird man bei vorläufiger Bewertung eher davon abraten, Importverbote als Instrument zur Durchsetzung einer allgemeinen Sorgfaltspflicht einzusetzen.

3.1.3.9 „Grundsatz“ im Deutschen Corporate Governance Kodex

Zur Abrundung eines optimalen Durchsetzungs-Mixes wäre es schließlich denkbar, dass der Deutsche Corporate Governance Kodex um einen „Grundsatz“ ergänzt wird, der auf den gesetzlichen Sorgfaltspflichtenstandard Bezug nimmt. Allerdings würde über eine derartige Änderung des Kodex nach dem gegebenen institutionellen Rahmen des Kodex allein die unabhängige Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex entscheiden. Ohne Änderung des institutionellen Rahmens können Regierung und Gesetzgeber eine solche Ergänzung des Kodex lediglich anregen.²¹⁹

3.1.3.10 Zusammenfassende Bewertung

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, dass – mit Ausnahme des Importverbotes²²⁰ – alle dargestellten *enforcement instrumente* sich in rechtlich zulässiger, insbesondere hinreichend bestimmter Weise ausgestalten und zur Durchsetzung einer allgemeinen, branchenübergreifenden umweltbezogenen Sorgfaltspflicht einsetzen lassen.

Hinsichtlich der Wirksamkeit ist keiner der diskutierten Ansätze *per se* und für jede erdenkliche Fallkonstellation allen anderen Instrumenten überlegen. Zwar lässt sich feststellen, dass einige Ansätze für sich genommen *grundsätzlich* wirksamer sind als andere. Allerdings kann auch die Wirksamkeit eines einzelnen Ansatzes je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (Produkt, Branche, Erfolgsort, verletztes Menschenrecht bzw. Schutzgut, etc.) erheblich variieren. So mag die zivilrechtliche Schadenshaftung vor allem dort besonders wirksam sein, wo hohe individuelle Schäden mit klaren (insbesondere) nachweisbaren Kausalverläufen auftreten. Bei der Verletzung von Schutzgütern ohne derartige Schäden läuft die zivilrechtliche Haftung als Instrument der Verhaltenssteuerung weitgehend leer. Für solche Fallkonstellationen müssen daher andere Durchsetzungsinstrumente bereit stehen.

Möchte man eine möglichst wirksame Durchsetzung der Sorgfaltspflicht erreichen, so gilt es, einen möglichst breit und umfassend konzipierten *enforcement mix* einzuführen. Denn jedes Durchsetzungsinstrument hat in bestimmten Fallkonstellationen spezifische Vorzüge, die andere Instrumente in derselben Situation nicht aufweisen. Idealerweise sollte daher auf keines der rechtlich zulässigen Durchsetzungsinstrumente verzichtet werden. Vor diesem Hintergrund scheint es müßig, zu erörtern, ob die zivilrechtliche Haftung wirksamere Verhaltensanreize schafft als der behördliche Vollzug. Und selbst wenn die Reportingansätze – bei isolierter Betrachtung – im Allgemeinen eher überschaubare Effekte haben können, haben sie in einem optimalen *enforcement mix* durchaus ihre Berechtigung.

3.1.4 Regelungstechnische Integration von menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflicht

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Regelungsansatz der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht, wie er im MSorgfaltsG-E vorgeschlagen wird, sich – mit gewissen Modifikationen – durchaus auf den Umweltschutz in globalen Wertschöpfungsketten übertragen lässt. Dies wirft die Frage auf, ob eine derartige Übertragung regelungstechnisch zu einem separaten Stammgesetz (etwa: *Gesetz über umweltbezogene Sorgfaltspflichten in globalen Wertschöpfungsketten - USorgfaltsG*) führen sollte. Dann würden MSorgfaltsG und USorgfaltsG

²¹⁹ Ausführlicher dazu der demnächst erscheinende Abschlussbericht zu diesem Vorhaben.

²²⁰ Importverbote kommen nur unter engen Voraussetzungen zur punktuellen Durchsetzung bestimmter materieller Standards in Betracht (s.o. 3.1.3.8.).

isoliert nebeneinander stehen. Tendenziell vorzugswürdig erscheint es jedoch, menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten in einem übergreifenden Stammgesetz zu integrieren.

Für ein integriertes Umwelt- und Menschenrechts-Sorgfaltspflichtenmodell spricht Folgendes: Ein einheitliches Sorgfaltspflichtenkonzept für Menschenrechts- und Umweltschutz vermeidet Doppelungen und ermöglicht Synergieeffekte. Dies gilt insbesondere dort, wo eine unternehmerische Tätigkeit Auswirkungen hat, die sowohl menschenrechtsrelevant als auch umweltgefährdend ist bzw. Wechselwirkungen zwischen beiden Dimensionen bestehen.²²¹ Auch wenn es unterschiedlicher Expertise für die Umsetzung der menschenrechtlichen einerseits und der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht andererseits bedarf, wird regelmäßig unternehmensintern dieselbe Stelle zuständig sein.

Die praktischen Schwierigkeiten bei der Einhaltung umweltbezogener und menschenrechtlicher Standards sind zudem vielfach ähnlich. Etwa Nachweis und Kontrollschwierigkeiten: Zwar sind manche Verstöße gegen umweltrechtliche Vorschriften durch Laboranalysen am Endprodukt (noch) nachweisbar, andere – wie Belastungen von Wasser, Boden oder Luft am Produktionsort – sind dagegen, genauso wie die Einhaltung von Menschenrechtsstandards, reine „Prozesseigenschaften“, die am Produkt nicht nachweisbar sind (sog. *hidden characteristics* bzw. „Potemkineigenschaften“)²²². Für beide Aspekte kommt als Nachweis daher neben eigenen Kontrollen nur die Inanspruchnahme von Zertifizierungsdienstleistungen²²³ in Frage.

Für die integrierte Lösung spricht zudem, dass sich auf diese Weise das Risiko eines unkoordinierten Nebeneinanders von menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten deutlich reduzieren lässt (vgl. zu diesem Gedanken bereits oben 3.1.1.3.3.2).

Für eine Trennungslösung könnte zwar sprechen, dass Umweltrisiken mitunter in noch höherem Maße branchenspezifisch sein können als Menschenrechtsrisiken, sodass es sich stärker aufdrängt, die konkreten Sorgfaltsanforderungen branchenspezifisch „maßzuschneidern“. Dasselbe Ergebnis lässt sich jedoch auch über sektorspezifische Ergänzungen bzw. Konkretisierungen der allgemeinen umweltbezogenen Sorgfaltspflicht erzielen (s.o.).

Insgesamt erscheint daher die Integrationslösung grundsätzlich vorzugswürdig.

Das BMZ-Eckpunktepapier geht diesen Weg, indem es sogar einen übergreifenden Begriff der „Verletzung“ einführt, auf den sich die Sorgfaltspflicht bezieht (§§ 5-7 SorgfaltspflichtenG-EP). Dieser umfasst nach § 3 Nummer 10 sowohl die Verletzung von Menschenrechten als auch die die nicht nur unerhebliche Verletzung grundlegender Anforderungen des Umweltschutzes iSv § 3 Nummer 8 SorgfaltspflichtenG-EP und die nicht nur unerhebliche Umweltschädigung iSv § 3 Nummer 9 SorgfaltspflichtenG-EP. Diese Einführung eines übergreifenden Verletzungsbegriffs

²²¹ Vgl. Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 – Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019, S. 80-96.

²²² Vgl. dazu Klinger/Krebs/Hartmann, Vom Blauen Engel zum Bekleidungsengel? Umweltsiegel als Vorbild staatlicher Zertifizierungen in der Textilindustrie, ZUR 2015, S. 270.

²²³ Kontrollen durch lokale Behörden am Erfolgsort kommen allenfalls theoretisch in Frage. In den praktisch relevanten Fällen eines Vollzugsdefizites am Erfolgsort scheitert diese Möglichkeit schon an der unzureichenden Ausstattung oder Zuverlässigkeit der lokalen Behörden (Korruptionsrisiken). Zudem kann ein deutsches Unternehmen die lokale Behörde nicht ohne Weiteres um die Kontrolle des eigenen Zulieferers bitten oder mit dieser Aufgabe beauftragen. Selbst wenn eine lokale Behörde eine zuverlässige Kontrolle bei einem Zulieferer vornimmt, hat das belieferte Unternehmen grundsätzlich keinen Anspruch auf Einsicht in die Dokumentation der Kontrolle, sondern wäre darauf angewiesen die Kontrollunterlagen vom kontrollierten Unternehmen zu erhalten.

hat den regelungstechnischen Vorteil, dass dadurch der Normtext sprachlich erheblich entlastet und auf diese Weise besser lesbar wird.

Vor dem Hintergrund, dass eine integrierte Regelung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten jedenfalls grundsätzlich möglich ist, bietet es sich an, dafür einen zusammenfassenden Oberbegriff der *nachhaltigkeitsbezogenen* Sorgfaltspflichten zu verwenden. Für eine derartige zusammenfassende Begriffsbildung für Menschenrechts- und Umweltprobleme in globalen Wertschöpfungsketten spricht neben den bereits genannten Synergien²²⁴ die terminologische Praxis in der nichtfinanziellen Unternehmensberichterstattung.²²⁵ Auch das BMZ-Eckpunktepapier für ein Sorgfaltspflichtengesetz fasst die Umwelt- und Menschenrechtsdimension im Begriff der „nachhaltigen Wertschöpfungskette“ zusammen.²²⁶

3.1.5 Handlungsempfehlung für den deutschen Gesetzgeber

Für den deutschen Gesetzgeber empfiehlt es sich, ein neues Stammgesetz zu schaffen, das umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten branchenübergreifend regelt.

Der persönliche Anwendungsbereich sollte zumindest alle Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung im Bundesgebiet und einer bestimmten Größe erfassen.

Die Sorgfaltspflicht sollte sich prinzipiell auf die gesamte Wertschöpfungskette und den gesamten Produktlebenszyklus erstrecken. Eine solche, eher weit gefasste sachliche Regelungsreichweite muss allerdings durch ein Angemessenheitskriterium eingeschränkt werden, das unter anderem dem mit zunehmender Entfernung in der Wertschöpfungskette abnehmenden (potentiellen) Einfluss des Pflichtenadressaten Rechnung trägt.

Es sollte sich um eine Universalregelung handeln, die nicht nur bestimmte Themen wie Kinderarbeit, Produktgruppen wie Textilien oder Produktionsländer betrifft. Das branchenübergreifende Universalgesetz sollte zügig mit branchenspezifischen Konkretisierungen ergänzt werden. Allenfalls politische Gründe könnten dafür sprechen, anstelle einer derartigen Universalregelung – zunächst – etwa nach niederländischem Vorbild²²⁷ eine engere Insellösung für einzelne Themen mit besonders hoher gesellschaftlicher Akzeptanz anzustreben (etwa: Kinder- und Zwangsarbeit). Dies birgt jedoch das Risiko, dass die aktuelle politische Dynamik durch eine solche Minimallösung verpufft und es langfristig nicht zu der anzustrebenden Universallösung kommt.

Das Gesetz sollte zwischen materieller Sorgfaltspflicht und Durchsetzungsmechanismen regelungstechnisch trennen.

²²⁴ vgl. dazu bereits Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019, S. 80 ff.

²²⁵ vgl. dazu bereits Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019, S. 75 f.

²²⁶ Der Titel des Regelungsvorschlages, der Gegenstand der Vorüberlegungen war, lautete: „Mantelgesetz zur nachhaltigen Gestaltung globaler Wertschöpfungsketten und zur Änderung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften (Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetz – NaWKG)“.

²²⁷ Vgl. das neue niederländische Gesetz gegen Kinderarbeit (Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid) [Gesetz vom 24. Oktober 2019 zur Einführung einer Sorgfaltspflicht zur Vermeidung der Lieferung von Produkten und Dienstleistungen, die mithilfe von Kinderarbeit hergestellt worden sind; Übers. d. Verf.], Staatsblad 2019 Nr. 401 vom 13. November 2019, <https://www.eerstekamer.nl/9370000/1/j9vvkfj6b325az/vl3khw8f3a00/f=y.pdf>.

Während sich für die Regelung des Gegenstandes der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht eine enge Anknüpfung auf die einschlägigen internationalen Abkommen (Menschenrechtsverträge) anbietet, ist die Regelungstechnik nur sehr eingeschränkt auf den Umweltbereich übertragbar. Jedenfalls müsste der Ansatz durch weitere Elemente ergänzt werden. Dies können insbesondere die Bezugnahme auf das lokale Umweltrecht des „Gast“- bzw. „Tätigkeitsstaates“, in engen Grenzen unter Umständen auch die Bezugnahme auf einzelne Vorschriften des heimatstaatlichen Rechts und schließlich die Formulierung einer Generalklausel (als Auffangregelung) sein. Es bietet sich an, diese Elemente miteinander zu kombinieren und nicht von vorn herein ausschließlich auf eine Generalklausel zu setzen. Durch eine Kombination der Ansätze ist ein höheres Maß an Normbestimmtheit erreichbar als im Falle einer reinen Generalklausel. Allerdings bedarf es in diesem Fall einer sorgfältigen Prüfung wie das Verhältnis der kombinierten Elementen zueinander regelungstechnisch erfasst werden kann.

Eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes genügende Ausgestaltung der Sorgfaltspflicht ist möglich. Denn insoweit verbietet es die Komplexität und Vielgestaltigkeit der erfassten Sachverhalte in globalen Wertschöpfungsprozessen, überzogene Anforderungen zu stellen. Besonderes Augenmerk ist bei der Prüfung der Normbestimmtheit auf das Zusammenspiel der materiellen Regelung mit den Durchsetzungsinstrumenten zu legen.

Der *enforcement mix* sollte langfristig so breit wie möglich angelegt sein und sämtliche rechtlich zulässige Durchsetzungsinstrumente miteinander kombinieren. Dies sind zumindest: Reporting, behördliche Aufsicht und Vollzug, Ordnungswidrigkeiten und Straftatbestände, deliktische Schadenshaftung sowie Anreize der öffentlichen Beschaffung.

Aufgrund der vielfältigen Variationsmöglichkeiten an zahlreichen „Stellschrauben“ (persönlicher Anwendungsbereich, Durchsetzungsmix) ist in diesem Modell eine große Zahl an möglichen Abstufungen der Regelungsschärfe enthalten („Skalierbarkeit“²²⁸). Dadurch ist es dem Gesetzgeber möglich, die Pflichtenadressaten über einen längeren Zeitraum hinweg schrittweise an einen zunehmenden Regelungsanspruch und Sanktionsschärfe heranzuführen.

3.1.6 Sicherstellung eines kohärenten Rechtsrahmens

Abschließend wird untersucht, wie sich ein neues Stammgesetz zur Regelung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten kohärent in den bestehenden Rechtsrahmen einfügen würde. Die Bearbeitung kann hierfür in vieler Hinsicht an die vorgehenden Ausführungen anschließen:

Zum einen können – aufbauend auf den in Zwischenbericht 1²²⁹ durchgeführten Vergleich bestehender Regelwerke – Schnittstellen und etwaige Inkohärenzen zwischen den denkbaren Inhalten eines übergreifenden Stammgesetzes und maßgeblichen branchen- oder rechtsgebietsspezifischen Gesetzen herausgestellt werden (dazu 3.1.6.1). Zum zweiten werden – im Anschluss an die ebenfalls im Zwischenbericht 1 angestellten Überlegungen zur

²²⁸ Die „Skalierbarkeit“ (Klinger et al. 2016, S. 50) der Regelungsschärfe des MSorgfaltsG-E ergibt sich aus der klaren Trennung von materieller Sorgfaltspflicht und Durchsetzungsinstrumenten. Durch die Variation des persönlichen Anwendungsbereiches (die Änderung des Schwellenwertes für das Größenkriterium), der Auswahl und Kombination der Durchsetzungsinstrumente sowie der Modifikation der einzelnen Durchsetzungsinstrumente (z. B. Änderung des Sanktionsrahmens bei Bußgeldtatbeständen und Beweislastregelungen bei der Haftung) kann die Regelungsschärfe skaliert werden, ohne dass deswegen der materielle Verhaltensstandard geändert werden muss. Dadurch können sich Unternehmen langfristig auf den Standard einstellen (vgl. ausführlicher zum Ganzen: Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 50 f.).

²²⁹ Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019.

deliktsrechtlichen Ausgestaltung von Sorgfaltspflichten in nationalen Gesetzen – einige Eigenschaften eines solchen haftungsrechtlichen „enforcement“-Mechanismus hervorgehoben, die zur Herstellung eines kohärenten Rechtsrahmens beitragen könnten (dazu 3.1.6.2). Schließlich werden die Vorzüge eines übergreifenden Sorgfaltspflichtengesetzes gegenüber einer bloß punktuellen Integration branchen- oder rechtsgebietsspezifischer Sorgfaltspflichten in deutsches Recht abgewogen (dazu 3.1.6.3).

Wie auch die Analyse in Abschnitt 2 bezieht sich die hier vorgenommene Untersuchung der Kohärenz einer denkbaren Regelung dabei vielfach auf bereits bestehende Vorschläge zur Ausgestaltung eines übergreifenden Stammgesetzes (MSorgfaltsG-E²³⁰ und SorgfaltspflichtenG-EP²³¹, soweit dieses vom MSorgfaltsG-E abweicht). Maßstab der Beurteilung der Kohärenz einer möglichen Regelung zu dem bestehenden Rechtsrahmen sind die in Kapitel 2 vorgeschlagenen Ausgestaltungsmöglichkeiten.

3.1.6.1 Schnittstellen eines übergreifenden Stammgesetzes zu ausgewählten Gesetzen

3.1.6.1.1 CSR-Richtlinie bzw. deren Umsetzung im deutschen HGB

3.1.6.1.1.1 Anwendungsbereich und Regelungsreichweite

Die Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung trifft grundsätzlich²³² große Kapitalgesellschaften i. S. v. § 267 Abs. 3 HGB, allerdings nur soweit diese kapitalmarktorientiert sind und mehr als 500 Beschäftigte haben, § 289b Abs. 1 S.1 Nr. 3, § 315b Abs. 1 S.1 Nr. 3 HGB (vgl. auch Art. 19a der Richtlinie 2013/34/EU).

Der MSorgfaltsG-E findet demgegenüber grundsätzlich auf „Großunternehmen“ Anwendung.²³³ § 3 Nummer 2 MSorgfaltsG-E lehnt sich dabei an die bilanzrechtliche Kategorien der „großen Kapitalgesellschaft“ an (vgl. § 267 HGB, Artikel 3 der Bilanz-Richtlinie²³⁴). Im Gegensatz zu den Regelungen zur nichtfinanziellen Berichterstattung ist demnach eine Kapitalmarktorientierung keine Voraussetzung der Eröffnung des Anwendungsbereiches und das Kriterium der Beschäftigtenzahl liegt mit 250 Beschäftigten in § 267 Abs. 3 HGB deutlich unter dem Schwellenwert von 500 Beschäftigten in § 289b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGB. Daneben werden im MSorgfaltsG-E auch sonstige Unternehmen in den Adressatenkreis einbezogen, die selbst oder durch beherrschte Unternehmen a) in einem Hochrisikosektor oder b) in Konflikt- und Hochrisikogebieten tätig sind. Der ähnlich strukturierte § 2 SorgfaltspflichtenG-EP aus dem BMZ-Eckpunktepapier enthält in Absatz 2 Satz 2 allerdings eine Ausnahme für Kleinunternehmen (definiert in § 3 Nr. 4 SorgfaltspflichtenG-EP). Der Anwendungsbereich beider Entwürfe ist deutlich weiter als jener der Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung nach HGB. Daher wären auch Unternehmen zur Durchführung von Maßnahmen nach dem MSorgfaltsG-E/SorgfaltspflichtenG-EP verpflichtet, die dann allerdings nicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung nach HGB verpflichtet wären.

Die in der CSR-Richtlinie und ihrem Umsetzungsgesetz geregelten Berichts- und Offenlegungspflichten beziehen sich auf die gesamte Wertschöpfungskette, sofern

²³⁰ Siehe oben bei Fußnote 22.

²³¹ Siehe oben bei Fußnote 66.

²³² §§ 315b ff., §§ 340a ff. bzw. §§ 341a ff. HGB enthalten Sondervorschriften für die nichtfinanzielle Erklärung durch Konzerne, Kreditinstitute bzw. Versicherungsunternehmen.

²³³ Ausführlich zum persönlichen Anwendungsbereich im MSorgfaltsG-E oben 3.1.1.1.

²³⁴ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. Nr. L 182 S. 19), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2014/102/EU vom 7. 11. 2014 (ABl. Nr. L 334 S. 86).

verhältnismäßig, s. Erwägungsgrund (6) der CSR-Richtlinie. Die *Reichweite* der im MSorgfaltsG-E geregelten Sorgfaltspflicht in der Wertschöpfungskette ist grundsätzlich unbeschränkt und erfasst alle Stadien der Wertschöpfung bzw. des Produktlebenszyklus (s.o. 3.1.1.2.1). Allerdings sieht auch das MSorgfaltsG-E durch das Angemessenheitskriterium in § 6 Abs. 2 S. 2 MSorgfaltsG-E eine Begrenzung der Pflichten vor. Der Inhalt der Sorgfaltspflicht für die einzelnen Wertschöpfungsstufen wird damit unter Berücksichtigung der konkreten Umstände beschränkt. In der Sache würde es sich dabei ebenfalls um eine gesetzliche Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handeln.

3.1.6.1.1.2 Verhaltenspflichten

Die CSR-Richtlinie bzw. ihr nationales Umsetzungsgesetz verpflichten zur Offenlegung von sozialen und umweltbezogenen Informationen durch Unternehmen, ohne jedoch irgendeinen materiellen Verhaltensstandard vorzugeben. Mit Blick auf die darzustellenden Risiken bestehen erhebliche Einschränkungen: So enthalten die Regelungen nach verbreiteter Auffassung einen *doppelten Wesentlichkeitsvorbehalt*: Risiken müssen demnach nur berichtet werden, wenn sie für das Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage der Kapitalgesellschaft bedeutsam und gleichzeitig *auch* für das Verständnis der Auswirkungen der Tätigkeit auf die in § 289c Abs. 2 HGB genannten Belange erforderlich sind. Damit bleiben Aspekte unberücksichtigt, die zwar Relevanz für Umweltschutz oder Menschenrechte haben können, aber die Geschäftstätigkeit nicht unmittelbar beeinflussen. Über die Berichtspflicht hinaus bestehen keine Anforderungen an die Verfolgung von Konzepten zum Umgang mit den von der Berichterstattungspflicht umfassten Belangen und sonstigen Due Diligence-Prozesse, sondern lediglich die Pflicht, über solche zu berichten, oder zu begründen, warum Konzepte nicht verfolgt bzw. Prozesse nicht durchgeführt werden.²³⁵ Des Weiteren enthalten die CSR-Richtlinie und insbesondere das deutsche Umsetzungsgesetz qualifizierte Risikobegriffe: Gemäß § 289 c Abs. 3 Nr. 4 HGB sind nur Risiken anzugeben, die *sehr wahrscheinlich schwerwiegende* negative Auswirkungen auf die umfassten Belange haben.²³⁶

Die oben untersuchten Ausgestaltungsmöglichkeiten eines übergreifenden Stammgesetzes enthalten – im Gegensatz zu den Regelungen zur nichtfinanziellen Berichterstattung – eine Reihe materieller Sorgfaltspflichten. Die hinsichtlich der durchgeführten Sorgfaltspflicht-Konzepte gänzlich offene Regelung der CSR-Richtlinie bzw. des deutschen Umsetzungsgesetzes lässt es unproblematisch zu, die nichtfinanzielle Berichterstattung inhaltlich auf die gemäß dem MSorgfaltsG-E durchgeführte Risikoanalyse, Prävention und Abhilfemechanismen zu beziehen. Dementsprechend sah § 11 Abs. 2 MSorgfaltsG-E die Möglichkeit vor, die gesellschaftsrechtliche Berichtspflicht mit den im Gesetz vorgesehenen Inhalten im Rahmen der nichtfinanziellen Erklärung durchzuführen. Dieser sollte regeln, dass, sofern nach § 289 Abs. 3 HGB eine Pflicht besteht, über nichtfinanzielle Leistungsindikatoren zu berichten, dieser Teil des Lageberichts auch Angaben über Maßnahmen zur Einhaltung der Pflichten nach den §§ 4 bis 10 MSorgfaltsG-E zu enthalten hat. Der Regelungsvorschlag in § 11 Abs. 2 MSorgfaltsG-E stammt jedoch aus dem Frühjahr 2016 und bezog sich folglich auf die Fassung des HGB vor Einfügung der § 289b ff. HGB durch das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz²³⁷ vom 11. April 2017.

²³⁵ Siehe § 289 c Abs. 4 HGB: Wenn die Kapitalgesellschaft in Bezug auf einen oder mehrere der von der Berichtspflicht umfassten Belange kein Konzept verfolgt, hat sie dies anstelle der entsprechenden Berichterstattung klar und begründet zu erläutern.

²³⁶ Die Regelungen im HGB schränken damit den Inhalt der Berichtspflicht auch gegenüber der CSR-Richtlinie weiter ein, vgl. Grabosch, Unternehmen und Menschenrechte, Gesetzliche Verpflichtungen zur Sorgfalt im weltweiten Vergleich, 2019, S. 40.

²³⁷ Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 11.04.2017 (BGBl. I S. 802), in Kraft getreten am 01.01.2019.

Das Angemessenheitskriterium des MSorgfaltsG-E bringt es zwar mit sich, dass unter anderem die Schwere der zu erwartenden Auswirkungen und die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts für Entstehen und Umfang der Sorgfaltspflichten relevant sind – eine Beschränkung auf *sehr wahrscheinlich schwerwiegende* negative Auswirkungen lässt sich dem aber nicht entnehmen. Dies gilt in ähnlicher Weise für das SorgfaltspflichtenG-EP: Dieses sieht durch die Normierung einer Erheblichkeitsschwelle im Falle von Umweltauswirkungen zwar eine Beschränkung auf in ihrer Schwere qualifizierte Umweltauswirkungen vor.²³⁸ Auch das SorgfaltspflichtenG-EP will die geregelten Pflichten aber nicht auf sehr wahrscheinliche Auswirkungen begrenzen und dürfte damit hinsichtlich des Umfangs der geregelten Sorgfaltspflichten einen erheblich weiteren Regelungsbereich haben, als die Berichtspflichten nach § 289 c Abs. 3 Nr. 4 HGB. Die Pflichten nach dem MSorgfaltsG-E und SorgfaltspflichtenG-EP enthalten zudem weder einen doppelten Wesentlichkeitsvorbehalt, noch sehen sie eine Regelung im Sinne des „comply-or-explain“-Prinzips vor.

Die weitgehenden *Beschränkungen* der Berichtspflichten gemäß der CSR-Richtlinie bzw. §§ 289c, 315c HGB würden also dazu führen, dass die in den Adressatenkreis des MSorgfaltsG-E und der Regelungen zur nichtfinanziellen Berichterstattung einbezogenen Unternehmen unter Umständen zwar den Pflichten des MSorgfaltsG-E unterworfen wären, jedoch nicht im Rahmen der nichtfinanziellen Berichterstattung über diese Berichten müssten. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass man bei einer Aktualisierung des MSorgfaltsG-E bzw. Entwurf eines neuen übergreifenden Sorgfaltspflichtengesetzes die Berichtspflicht nach HGB auf den materiellen Verhaltensstandard abstimmen würde bzw. eine eigenständige Berichtspflicht aufnehmen würde.²³⁹

3.1.6.1.1.3 Durchsetzungsmechanismen

Die nichtfinanziellen Berichtspflichten sind als Teil des Lageberichts dem Aufsichtsorgan des Unternehmens vorzulegen und gemäß § 171 AktG ggf. durch beauftragte Wirtschaftsprüfer zu überprüfen. Bei Nichterfüllung der Berichtspflicht oder Falschangaben kann das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ein Bußgeld in Höhe von bis zu 10 Millionen EUR oder 5% des jährlichen Umsatzes erteilen.

Für die Frage der Kohärenz mit einem Sorgfaltspflichtengesetz, das vor allem einen materiellen Verhaltensstandard regelt, spielt dies jedoch keine Rolle. Denn die Berichtspflicht, wie sie im HGB geregelt ist und dort mit u.a. den genannten Instrumenten durchgesetzt wird, ist ein reiner Transparenzmechanismus (vgl. oben 3.1.3.1) ohne Vorgaben für einen materiellen Verhaltensstandard. Aus der Perspektive eines Sorgfaltspflichtengesetzes ist dies ein bloßer (mittelbarer) Durchsetzungsmechanismus des eigenständig zu regelnden materiellen Verhaltensstandards. Für die Kohärenz der beiden Regelungen ist es insoweit ohne Belang, ob und wie die Berichtspflicht ihrerseits durchgesetzt wird.

3.1.6.1.2 Holzhandelsverordnung

3.1.6.1.2.1 Anwendungsbereich und Regelungsreichweite

Die Vorschriften der EU-Holzhandelsverordnung adressieren diejenigen Marktteilnehmer, die erstmalig Holz oder Holzzeugnisse im Binnenmarkt in den Verkehr bringen und – mit einem

²³⁸ Siehe zur Frage der Erheblichkeitsschwelle auch oben 3.1.2.1.8.

²³⁹ Vgl. in dieser Richtung: § 11 Abs. 2 S. 1 SorgfaltspflichtenG-EP, der eine eigenständige von §§ 289b ff. HGB unabhängige Berichtspflicht vorsieht, sowie Art. 2 des BMZ-Eckpunkteapiers für ein Mantelgesetz zur nachhaltigen Gestaltung globaler Wertschöpfungsketten und zur Änderung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften (Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetz – NaWKG), wonach § 289c Absatz 3 HGB eine neue Nummer 4a aufnehmen soll, die auf den materiellen Pflichtenstandard des SorgfaltspflichtenG Bezug nimmt.

eingeschränkten Pflichtenprogramm – auf Händler in der nachgelagerten Lieferkette. Größe und Sitz des Unternehmens sind für die Anwendung der Verordnung unerheblich – diese gilt also auch für Unternehmen außerhalb der EU.²⁴⁰ Der persönliche Anwendungsbereich der EU-Holzhandelsverordnung ist damit – soweit es sich um Holzimporteure und -händler – hinsichtlich der *Größe* und *Sitz* der betreffenden Unternehmen erheblich weiter, als derjenige des MSorgfaltsG-E. Der Adressatenkreis der Verordnung ist aufgrund ihres Charakters als branchenspezifische Regelung aber freilich wesentlich kleiner als der branchenübergreifende MSorgfaltsG-E.

3.1.6.1.2.2 Verhaltenspflichten

Die Holzhandelsverordnung regelt in Abhängigkeit von den Adressaten abgestufte Handlungspflichten: Ihre Sorgfaltspflichtenregelung – die vom Marktteilnehmer selbst oder durch zugelassene Überwachungsorganisationen erstellt werden kann – gilt nur für Marktteilnehmer, die Holz und Holzzeugnisse erstmals auf dem Binnenmarkt in Verkehr bringen. Händler in der nachgelagerten Lieferkette, also solche, die mit dem bereits auf dem Binnenmarkt vorhandenen Holz handeln, werden demgegenüber lediglich dazu verpflichtet, grundlegende Informationen über ihre Lieferanten und Käufer bereitzustellen, damit die Rückverfolgbarkeit des Holzes bzw. der Holzzeugnisse gegeben ist (s. Erwägungsgrund (15), Art. 5 der Holzhandelsverordnung). Überwachungsorganisationen sind schließlich verpflichtet, angebotene Due Diligence-Systeme aufrechtzuerhalten und regelmäßig zu bewerten und ihre ordnungsgemäße Verwendung zu überprüfen.

Die Sorgfaltspflicht enthält drei wesentliche Komponenten: Zum einen ist Zugang zu Informationen über die Lieferbedingungen des Marktteilnehmers mit Holz oder Holzprodukten, die in Verkehr gebracht werden, zu schaffen. Zum anderen ist eine Risikobewertung durchzuführen und sind Maßnahmen zur Risikominderung zu treffen. Die Verordnung enthält zudem detaillierte Vorgaben zur Umsetzung der Sorgfaltspflichtregelung, etwa hinsichtlich der bereitzustellenden Informationen (etwa den Handelsnamen und die Produktart sowie den gängigen Namen der Baumart, Herkunft und Menge des eingeführten Holzes oder Holzprodukts, Lieferanten und Abnehmer) und der Kriterien zur Risikobewertung (Zusicherung der Einhaltung des geltenden Rechts, etwa durch Zertifizierungen, Häufigkeit von illegalem Holzeinschlag bezogen auf die betreffende Baumart und Region, relevante Sanktionen und die Komplexität der Lieferkette), s. Artikel 6 der Holzhandelsverordnung. Die Regelungen der Holzhandelsverordnung zur Bewertung der relevanten Risiken können demnach substantiell als Konkretisierung des Angemessenheitsmaßstabs eines Sorgfaltspflichtengesetzes verstanden werden, der allgemeiner insbesondere eine *Orientierung an länder- und sektorspezifischen Risiken* und der typischerweise zu erwartenden *Schwere und Wahrscheinlichkeit möglicher Verletzungen* vorsieht, s. § 6 Abs. 2 S. 2 MSorgfaltsG-E.

Maßstab für die Illegalität des Holzeinschlags im Sinne der Holzhandelsverordnung ist das jeweils geltende Recht im Land des Holzeinschlags. Mit Blick auf den materiellen Maßstab der umweltbezogenen Sorgfaltspflicht der Holzhandelsverordnung ist damit festzuhalten, dass diese ähnlich wie das hier vorgeschlagene Kombinationsmodell und das BMZ-Eckpunktepapier den Verweis auf das lokale Umweltrecht am Erfolgsort als Maßstab der Sorgfaltspflicht vorsieht²⁴¹ (§ 3 Nummer 8 lit. a. SorgfaltspflichtenG-EP).

In Anbetracht dieser Parallelen ist von relevanten Überschneidungen der Verbindlichkeiten nach der Holzhandelsverordnung mit den Vorgaben eines übergeordneten

²⁴⁰ Vgl. Grabosch, Unternehmen und Menschenrechte, Gesetzliche Verpflichtungen zur Sorgfalt im weltweiten Vergleich, 2019.

²⁴¹ S.o. 3.1.2.1.7.

Sorgfaltspflichtengesetzes nach dem hier dargelegten Modell auszugehen. Die Einhaltung der konkreteren Vorgaben der Holzhandelsverordnung würde in diesem Bereich also auch ein sorgfaltspflichtgemäßes Verhalten am Maßstab des übergreifenden Sorgfaltspflichtengesetzes implizieren. Die im Kapitel 3.1 dargelegten Pflichten gehen aber freilich – vor allem hinsichtlich der einbezogenen Schutzgüter²⁴² bzw. des materiellen Regelungsgegenstands einer allgemeinen menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflicht – erheblich weiter. Sofern die Holzhandelsverordnung als *ergänzende* schutzgutspezifische Konkretisierung²⁴³ eines übergreifenden Sorgfaltspflichtengesetzes zu betrachten wäre, hätten deren Adressaten also unterschiedliche Pflichten nach beiden Gesetzen zu beachten. Ein Sorgfaltspflichtengesetz könnte das Verhältnis der Regelwerke etwa durch einen Verweis klarstellen und damit rechtliche Unsicherheit vermeiden. Die Holzhandelsverordnung ist schließlich exemplarisch für Möglichkeiten zur regelungstechnischen Einbeziehung internationaler und auch privater Standards: Zum einen ist die Verordnung regelungstechnisch mit dem EU-Aktionsplan „Rechtsdurchsetzung, Politikgestaltung und Handel im Forstsektor“ (Forest Law Enforcement, Governance and Trade; FLEGT) und dem Washingtoner Artenschutzübereinkommen (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora; CITES) verzahnt, indem es Holzprodukte, die nachweislich in Übereinstimmung mit diesen Regelwerken geliefert werden, als *legal* anerkennt. Die Verordnung ermöglicht zudem grundsätzlich die Nutzung von Zertifizierungen privater Anbieter zum Nachweis dafür, dass eingeführtes Holz oder Holzerzeugnisse den geltenden Rechtsvorschriften entsprechen.²⁴⁴ Damit kann zum einen die Erfüllung von Sorgfaltspflichten, etwa durch kleinere Unternehmen, erleichtert werden. Zum anderen kann so unter Umständen ein rechtlicher Einfluss auf die Inhalte privater Zertifizierungssysteme hergestellt werden. So beschreiben Gavrilut et al. (2016), dass insbesondere kleinere Unternehmen nunmehr das FSC-Zertifizierungssystem gemäß Holzhandelsverordnung nutzen, um den Vorgaben der Verordnung zur Risikobewertung und der Risikominderung zu genügen. Dies sei möglich geworden, nachdem entsprechende Änderungen des FSC-Standards vorgenommen worden seien.²⁴⁵ Diese Regelungstechnik könnte sich dementsprechend als ein Hebel zur Förderung eines kohärenten Regelungsgefüges auch mit Blick auf die Anpassung privatwirtschaftlicher Zertifizierungs- und Sorgfaltspflichtsysteme herausstellen.

3.1.6.1.2.3 Durchsetzungsmechanismen

Die Durchsetzung der Holzhandelsverordnung wird durch Umsetzungsgesetze der Mitgliedsstaaten geregelt. Zu den nach dem deutschen Holzhandels-Sicherungs-Gesetz (HolzSiG)²⁴⁶ zu verhängenden Sanktionen zählen Haftstrafen und Bußgelder, §§ 8, 7 Abs. 1, 2 HolzSiG. Nach § 7 HolzSiG kann die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) als zuständige Behörde wegen Verstoßes gegen die Verbots- oder Sorgfaltspflichten und wegen Nichteinhaltung konkreter Verfügungen ein Bußgeld in Höhe von bis zu 50.000 € verhängen. Verwaltungsstrafen (bis zu 20.000 €) gelten auch für kleinere Straftaten, z. B. bei fehlender

²⁴² Vgl. den ersten Zwischenbericht zu dieser Untersuchung Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019, S. 48.

²⁴³ S.o. 3.1.1.3.3.2.

²⁴⁴ Vgl. auch https://www.ble.de/DE/Themen/Wald-Holz/Handel-Holz/Haeufig_gestellte_Fragen_FAQS.html.

²⁴⁵ Gavrilut/Halalisan/Giurca/Sotirov, The Interaction between FSC Certification and the Implementation of the EU Timber Regulation in Romania. In: Forests 2016, 7(1), S. 3, <http://www.mdpi.com/1999-4907/7/1/3/html>.

²⁴⁶ Holzhandels-Sicherungs-Gesetz vom 11. Juli 2011 (BGBl. I S. 1345), das zuletzt durch Artikel 415 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

Kooperation bei Kontrollen. Gegen Händler kann wegen Verstoßes gegen die Rückverfolgbarkeitsverpflichtung eine Geldbuße (bis zu 20.000 €) verhängt werden.

Die zuständige Behörde kann das betreffende Holz beschlagnahmen, wenn sie einen Verstoß gegen das Gesetz vermutet. Kann der Betreiber die Rechtmäßigkeit nicht nachweisen, kann die Rücksendung, der Verkauf und die Verwendung des Erlöses für die öffentliche Hand oder für die Vernichtung gemäß § 2 HolzSiG angeordnet werden.²⁴⁷

3.1.6.1.3 Konfliktmineralienverordnung

3.1.6.1.3.1 Anwendungsbereich und Regelungsreichweite

Die Konfliktmineralienverordnung gilt für Importeure von bestimmten Mineralen in Form von Mineralerzen, Konzentraten oder verarbeiteten Metallen ab einem bestimmten Importvolumen. Importeure, die erstmalig fertige oder halbfertige Produkte oder Produktkomponenten in den Binnenmarkt einführen, werden dagegen nicht erfasst.²⁴⁸ Die EU-Konfliktmineralienverordnung regelt, wie dargelegt,²⁴⁹ eine Verpflichtung für die vorgelagerte Wertschöpfungskette, vom Abbau bis zur Metallerzeugung.

Das MSorgfaltsG-E bezieht explizit auch Unternehmen, die in Risikosektoren tätig sind, mit ein. Der Begriff des Konflikt- und Hochrisikogebietes soll sich an dem der Konfliktmineralienverordnung orientieren. Es enthält jedoch keine Schwellenwerte hinsichtlich des Importvolumens. Allerdings können die Unternehmensgröße und der mit jener regelmäßig verbundene tatsächliche und wirtschaftliche Einfluss des verpflichteten Unternehmens auf den unmittelbaren Verursacher von Menschenrechtsverletzungen oder Umweltschädigungen als Aspekte der Beurteilung der Angemessenheit der Sorgfaltsmaßnahmen (Risikoermittlung, Prävention und Abhilfe) zu beachten sein.²⁵⁰ Im Ergebnis dürfte insbesondere das Kriterium des tatsächlichen und wirtschaftlichen Einflusses regelmäßig dazu führen, dass Importeure kleiner Mengen keine überzogenen Sorgfaltspflichten nach dem MSorgfaltsG-E treffen. Gleichwohl sind Unternehmen allein durch die Unterschreitung bestimmten Mengenschwellen der Einfuhrmengen – anders als nach der Konfliktmineralien-VO (vgl. Art. 1 Abs. 3 i. V. m. Anhang I der Konfliktmineralien-VO) – nicht pauschal vom Anwendungsbereich ausgenommen.

3.1.6.1.3.2 Verhaltenspflichten

Die Konfliktmineralienverordnung regelt Verpflichtungen zur Einführung einer Lieferkettenpolitik, die sich nach den Standards der Musterstrategie für Lieferketten nach Anhang II der OECD Leitsätze²⁵¹ richten müssen. Zudem sind Mitglieder des Managements mit der Kontrolle und Dokumentation der geregelten Sorgfaltspflichten zu betrauen, die Lieferkettenpolitik ist in Verträgen mit Zulieferern zu implementieren und ein Beschwerdemechanismus ist einzurichten.²⁵² Daneben enthält die Verordnung detaillierte

²⁴⁷ Client Earth, Info-Brief: Info-brief: EUTR enforcement in Germany, 2016, online verfügbar unter: <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2016-08-15-eutr-enforcement-info-brief-in-germany-ce-en.pdf>.

²⁴⁸ Küblböck/Grohs, "EU-Verordnung zu "Konfliktmineralien": Ein Schritt zu höherer Rechenschaftspflicht im Rohstoffsektor? Policy Note". ÖFSE, No. 18/2017, S. 3, online verfügbar unter: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/157529/1/885208218.pdf>.

²⁴⁹ Siehe den ersten Zwischenbericht zu dieser Untersuchung: Scherf/Gailhofer/Hilbert/Kampffmeyer/Schleicher, Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019, S. 42 f.

²⁵⁰ Siehe dazu oben 3.1.1.2.4.2 und 3.1.2.1.8.

²⁵¹ Siehe OECD-Leitsätze für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebiete, <https://www.oecd.org/corporate/mne/mining.htm>.

²⁵² Elsholz, Die EU-Verordnung zu Konfliktmineralien: Hat die EU die richtigen Schlüsse aus bestehenden Regulierungsansätzen gezogen?, 2017, S. 9.

Vorgaben zum Risikomanagement und zur Offenlegung der Maßnahmen zur Umsetzung der Sorgfaltspflichten.

Ähnlich wie die Holzhandelsverordnung können die Regelungen der Konfliktmineralienverordnung als Konkretisierung des Angemessenheitskriteriums „länder- und sektorspezifische Risiken“ (§ 6 Abs. 2 MSorgfaltsG-E) betrachtet werden. Eine sektorspezifische Konkretisierung ist schon darin zu sehen, dass die Verordnung lediglich für Zinn, Tantal, Wolfram und Gold gilt, weil mit diesen Mineralien besonders hohe spezifische Risiken verbunden werden – sie also besonders häufig mit bewaffneten Konflikten und damit verbundenen Menschenrechtsverletzungen in Verbindung stehen. Mit Blick auf länderspezifische Risiken greifen eine Reihe der Pflichten eben nur hinsichtlich jener Mineralien ein, die aus „Konflikt- und Hochrisikogebieten“ stammen, s. Art. 5 Abs. 1 lit. a), Art. 4 lit. f) Nr. v) der EU-Konfliktmineralienverordnung.²⁵³ Eine Konkretisierung der Maßstäbe für eine *angemessene* Risikoermittlung – und damit auch die Grundlage für „Kohärenz zwischen den Verfahren der Wirtschaftsbeteiligten“ – soll auch dadurch geschaffen werden, dass die Kriterien für die Ermittlung von Konflikt- und Hochrisikogebieten in unverbindlichen Leitlinien in Form eines Handbuchs der Kommission für Wirtschaftsbeteiligte ausgearbeitet werden, s. Art. 14 Abs. 1 Konfliktmineralienverordnung. Wie im Fall der Holzhandelsverordnung hätten die Adressaten der Konfliktmineralienverordnung im Falle der Einführung eines insbesondere hinsichtlich seiner Schutzgüter erheblich umfassenderen, übergreifenden Sorgfaltspflichtengesetzes aber zusätzliche Pflichten zu beachten. Im Fall der Konfliktmineralienverordnung bezögen sich diese etwa auf von dieser lediglich mittelbar adressierte umweltbezogene Pflichten.

Der vielfache Verweis der Verordnung auf die OECD Leitsätze kann als Beispiel für die regelungstechnische Möglichkeit der Integration internationaler Soft-Law-Standards in eine – branchenspezifisch – rechtsverbindliche Sorgfaltspflicht durch einen punktuellen, statischen Verweis auf entsprechende Standards gesehen werden (vgl. oben 3.1.2.1.5). Auch die Verordnung enthält zudem konkrete Regelungen zur Anerkennung und Genehmigung von bestehenden Sorgfaltpflichtsystemen Dritter. Gemäß Artikel 8 der Verordnung hat die Kommission diese Systeme regelmäßig zu prüfen und zudem ein öffentliches Register über die anerkannten Systeme zu führen.

3.1.6.1.3.3 Durchsetzungsmechanismen

Die Durchführung der Verordnung in der gesamten Union soll von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten gewährleistet werden (Artikel 10 Absatz 3 Konfliktmineralienverordnung). Dies schließt die Festlegung von Vorschriften für Verstöße (Artikel 16 Absatz 1 Konfliktmineralienverordnung) und ex-post-Kontrollen ein, die sowohl auf der Grundlage eines „risikobasierten“ Ansatzes als auch im Einzelfall bei konkreten Anhaltspunkten für einen Verstoß durchgeführt werden sollen (Artikel 11 der Konfliktmineralienverordnung).

3.1.6.2 Zusammenwirken einer Haftungsnorm mit nationalen und internationalen Standards

Die Integration einer Haftungsregelung im Sinne von § 15 MSorgfaltsG-E bzw. § 15 SorgfaltspflichtenG-EP führt dazu, dass bei Schäden aufgrund von Sorgfaltspflichtverstößen zivilrechtliche Haftungsmaßstäbe zur Anwendung kommen.²⁵⁴ Bei dieser gerichtlichen

²⁵³ Obwohl die Verordnung nur auf ausgewählte Mineralien aus Konflikt- und Hochrisikogebieten abzielt, gelten die Informations- und Dokumentationsanforderungen für alle erfassten Mineralien grundsätzlich unabhängig von ihrem Herkunftsland, sowie für sämtliche Schmelzhütten und Raffinerien (siehe Art. 4 (f)). Zusätzliche Verpflichtungen ergeben sich für Mineralien aus Konfliktgebieten oder Gebieten mit hohem Risiko (siehe Art. 4 (a), (f) und (v)).

²⁵⁴ Dies gilt auch für Schäden, die durch den Verstoß gegen umweltbezogene Sorgfaltspflichten verursacht werden, solange sie durch die Verletzung deliktischer Schutzgüter entstanden sind. Welche dies sind, richtet sich nach dem gemäß Art. 4 Rom II-VO anwendbaren Deliktsrecht. Die Frage nach Beschränkungen und Potenzialen deliktischer Haftung für Umweltschäden betrifft eine

Konkretisierung eines objektiven Verhaltensstandards können Normen aus verschiedenen Quellen herangezogen werden, um die im Einzelfall relevanten Verpflichtungen zur Vermeidung von Risiken oder zur Unterlassung von gefährlichem Verhalten zu begründen.²⁵⁵ Es kann also auf öffentlich-rechtliche Regelungen, ebenso wie auf private Normen unterschiedlicher Herkunft – etwa unternehmerische Selbstregulierung, Industriestandards oder Best Practices – zurückgegriffen werden, die in verbindliche Sorgfaltspflichten „übersetzt“ werden.²⁵⁶

Die Haftungsregelung hat damit das Potenzial, die diversen Bezugspunkte des materiellen Regelungsgegenstands eines übergreifenden Stammgesetzes miteinander zu verzahnen: Zum einen kann das Gesetz unter Bezugnahme auch auf unverbindliche Standards, internationale Regeln und lokale Rechtsvorschriften, generelle Anforderungen an Risikoanalysen und Pflichten zur Prävention-, Vermeidung- und Abmilderung von Risiken aufstellen. Es begründet damit auch einen durch die Zivilgerichte zu berücksichtigenden Maßstab an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, an dem sich Unternehmen zur Vermeidung der Haftung für verursachte Schäden zu orientieren haben. Entsprechende gesetzliche Regelungen begründen also nicht nur ein gewisses Maß an Rechtssicherheit, sondern geben auch Informationen über den Inhalt der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt an den Richter weiter, der das Verhalten des Schädigers in konkreten Haftungsfällen beurteilen muss. Solche seitens des nationalen oder europäischen Gesetzgebers vermittelten Informationen können, wie dargelegt, durch den Verweis auf weitere Daten oder Standards erweitert oder konkretisiert werden: Als Beispiele wurden Techniken zur Verzahnung mit sektorenspezifischem *soft law* – wie der Verweis auf die OECD-Leitlinien in der Konfliktmineralienverordnung –, zur Integration privater Sorgfaltspflichtsysteme oder Zertifizierungen – wie die Möglichkeit der Nutzung etwa von FSC-Siegeln zum Nachweis der Erfüllung bestimmter Vorgaben gemäß der Holzhandelsverordnung –, oder die Erarbeitung bestimmter für die Risikoanalyse wichtiger Informationen – z. B. in unverbindlichen Angaben über länderspezifische Risiken in einem Weißbuch der Kommission zur Konfliktmineralienverordnung – genannt.

Indem in Haftungsfällen darüber entschieden wird, welche Maßnahmen im Einzelfall zu treffen sind, um Risiken einzuschätzen, zu mildern oder abzuwenden, kann die Rechtsprechung umgekehrt sukzessive auch zu einer Konkretisierung eines öffentlich-rechtlich geregelten Sorgfaltsmaßstabs beitragen. Haftungsfälle und die jeweilige Rechtsprechung können so ggf. eine Art „Feinabstimmung“ eher abstrakter und allgemeiner gesetzlicher Regelungen vorsehen. Dies dürfte etwa hinsichtlich rechtlicher Vorgaben am Schadensort²⁵⁷ und entsprechenden lokalen Genehmigungen oder Lizenzen gelten, in denen die Bedingungen dafür festgelegt sind, unter denen wirtschaftliche Aktivitäten grundsätzlich zulässig sind. Die Befolgung eines solchen lokalen Standards schließt eine Haftung zumindest nicht notwendigerweise aus, vgl. Art. 17 Rom II Verordnung.²⁵⁸ In diesem Sinne kann die *Ratio* einer richterrechtlichen Konkretisierung eines Sorgfaltsmaßstabs so verstanden werden, dass Ordnungsrecht oder seine behördliche Konkretisierung ex ante nicht alle Umstände berücksichtigen können, die bei der Vornahme von risikogeeigneten Tätigkeiten für Schäden Dritter oder der Umwelt ursächlich werden können.

Reihe komplexer Problemstellungen, die hier nicht diskutiert werden können. Vgl. zur Thematik das parallel zu diesem Vorhaben laufende UBA-Projekt „Internationale Haftung von Unternehmen für Umweltschäden“, FKZ 3718171000.

²⁵⁵ Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, *RabelsZ* 2016, S. 717 (757).

²⁵⁶ Glinski, UN-Leitprinzipien, Selbstregulierung der Wirtschaft und Deliktsrecht: Alternativen zu verpflichtenden Völkerrechtsnormen für Unternehmen? In: Krajewski [Hrsg.], Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, S. 43 (92).

²⁵⁷ S.o. 3.1.2.1.3.

²⁵⁸ Vgl. etwa Rüppel, Die Berücksichtigungsfähigkeit ausländischer Anlagengenehmigungen, 2012; Koch, Die grenzüberschreitende Wirkung von Genehmigungen von nationalen Genehmigungen für umweltbeeinträchtigende industrielle Anlagen, 2010.

Sind Schädiger im konkreten Fall besser über Risiken, drohende Schäden und Schadenswahrscheinlichkeit informiert, kann ihnen zugemutet werden, auch weitergehende Vorkehrungen zu treffen, als Landesrecht oder Genehmigung dies erfordern.²⁵⁹

Im Verhältnis zu einer öffentlich-rechtlichen Regelung des Sorgaltsmaßstabs können Gerichte zudem flexibler auf Entwicklungen internationaler und privater Standards reagieren. Wenn sich Zivilgerichte auf internationale Regelungen, auf *soft law* oder private Selbstregulierungen zum technischen oder wissenschaftlichen „Stand der Technik“ beziehen, um das verkehrsübliche Maß an Sorgfalt zu definieren, können sie so etwa auch neue oder veränderte Normen berücksichtigen. Anders als öffentlich-rechtliche Regelungen, die – insbesondere wo Verstöße gegen Sorgfaltsnormen sanktioniert werden sollen – erheblich strengeren Bestimmtheitsanforderungen unterliegen,²⁶⁰ reagiert das Haftungsrecht also dynamisch auf Entwicklungen des weitverzweigten Normbestands.

Aus der Aufnahme einer Haftungsnorm dürften sich demnach fruchtbare Wechselwirkungen zwischen den diversen Regelungsebenen und -typen internationaler Sorgfaltspflichten ergeben, die zur Herausbildung einer kohärenten und konsistenten Rechtspraxis beitragen. Neue Gesetze und Standards können zu einer richterrechtlichen Weiterentwicklung des Sorgaltsmaßstabs beitragen, der von den Zivilgerichten an in transnationalen Wertschöpfungsketten operierende Unternehmen angelegt wird. Gleichzeitig interpretieren und rekonstruieren nationale Zivilgerichte, neue, auch internationale und unverbindliche Regeln als (deliktische) Sorgfaltspflichten und können dadurch wiederum zur Weiterentwicklung transnationaler oder internationaler Normen beitragen.²⁶¹ Eine Haftungsnorm kann so die praktische Relevanz von Sorgaltsstandards stärken und potenziell zur Entwicklung eines kohärenten „Level Playing Field“ beitragen.

3.1.6.3 Vor- und Nachteile einer übergreifenden Regelung gegenüber sektoren- oder rechtsgebietsspezifischen Gesetzen

3.1.6.3.1 Vorteile branchen- oder rechtsgebietsspezifischer Sorgfaltspflichten

Grundsätzlich wäre es auch denkbar, Sorgfaltspflichten bereichs- oder branchenspezifisch in das deutsche Recht zu integrieren. So könnten spezielle bilanzrechtliche Regelungen in das HGB (wie z. B. §§ 289b ff. HGB), vergaberechtliche Regelungen in das GWB oder etwa internationale privatrechtliche Haftungsregelungen in das EGBGB aufgenommen werden. Insbesondere kommen rechtsformbezogene Regelungen im AktG oder GmbHG, oder eine rechtsformunabhängige Regelung im HGB in Betracht – letzteres beispielsweise in einem neuen Abschnitt im oder nach dem Ersten Abschnitt (Allgemeine Vorschriften) des Vierten Buches des HGB zu den Handelsgeschäften.

Eine *rechtsgebietsspezifische* Regelung hätte allenfalls den Vorteil, dass Sorgfaltspflichten dort u.U. an ein entsprechend ausdifferenziertes Regelungsgefüge angeschlossen werden kann. Im Falle der bilanzrechtlichen Berichtspflichten fehlt es aber insoweit etwa schon an substantiellen Vorgaben für einen materiellen Verhaltensstandard. Eine Erweiterung der Berichtspflichten um eine materielle Sorgfaltspflicht weist insoweit keine Vorteile gegenüber einem unabhängigen Stammgesetz auf (auf welches die §§ 289b ff. HGB ggf. Bezug nehmen könnten). Eine Ergänzung bestehender Aufgaben und Handlungspflichten kann sich aber durchaus in ein praktisch

²⁵⁹ Vgl. dazu aus rechtsökonomischer Perspektive Faure, *Economic analysis of environmental law*, 2001, S. 130-131.

²⁶⁰ Siehe dazu oben 3.1.2.2 und insbesondere 3.1.2.2.4.

²⁶¹ Siehe dazu van Dam, *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms. On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights*, *Journal of European Tort Law* 2012, S. 221.

bewährtes Zusammenspiel von Pflichten, Überwachungs- oder Kontrollmechanismen und Sanktionen einfügen.²⁶² Daraus ergeben sich allerdings keine Vorteile, die zu einer klaren Überlegenheit einer rechtsgebietsspezifischen Lösung führen würden. Rechtsgebietsspezifische Ansätze bergen zudem das Risiko, dass sie nicht in demselben Maße für Regelungen, insbesondere zur Durchsetzung der Sorgfaltspflicht, aus anderen Rechtsgebieten, so anschlussfähig sind, dass ohne Weiteres die langfristige Entwicklung eines kohärenten Gesamtsystems sichergestellt ist.

Branchen- aber auch *schutzgutspezifische* Regelungen von Sorgfaltspflichten können allerdings – wie soeben mit Blick auf die Holzhandels- und Konfliktmineralienverordnungen beschrieben –²⁶³ wesentlich konkreter sein als ein übergreifendes Gesetz. Branchenspezifische Regelungen können besondere Probleme und (auch informatorische) Bedarfe berücksichtigen, etwa mit Blick auf Schutzgüter, Regelungsadressaten und den spezifischen ökonomischen und betriebswirtschaftlichen Kontext dieser Branchen. Wie das Beispiel der Holzhandelsverordnung zeigt, können derartige Regelungen auch auf bestimmte Funktionen innerhalb umfassenderen sektorenspezifischer Politikinstrumente zugeschnitten werden. Indes lassen sich sämtliche dieser Vorteile einer branchen- oder schutzgutspezifischen (eigenständigen) Regelung auch dadurch realisieren, dass eine allgemeine, übergreifende Regelung durch spezifische Ergänzungen (insb. auch in Gestalt von Rechtsverordnungen) konkretisiert wird.

3.1.6.3.2 Vorzugswürdigkeit eines übergreifenden Stammgesetzes

Daher erscheint die Normierung in einem übergreifenden Stammgesetz vorzugswürdig.

Eine aktienrechtliche Lösung würde eine wenig überzeugende Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches der Regelungen auf Aktiengesellschaften mit sich bringen. Eine erhebliche Zahl großer Unternehmen, die nicht von einer Aktiengesellschaft getragen, sondern als GmbHs oder Kommanditgesellschaften geführt werden, würde nicht von dieser erfasst. Zudem böte eine Regelung im Aktienrecht gegenüber einem übergreifenden Sorgfaltspflichtengesetz, wie dargelegt, keine Vorteile: Auch im Fall der Regelung von Pflichten in einem übergreifenden Stammgesetzes, sind diese von den Organen zu beachten und stünde das gesellschaftsrechtliche Durchsetzungsinstrumentarium zur Verfügung.²⁶⁴ Auch eine rechtsformunabhängige Regelung im HGB weist gegenüber einem übergreifenden Stammgesetz im Ergebnis keine rechtlichen Vorteile auf. Eine entsprechende Konkretisierung von Pflichten kann auch über rechtsgebietsspezifische Ergänzungen einer übergreifenden Regelung erreicht werden. So können etwa, dies belegt wiederum gerade das Beispiel der Regelung der nichtfinanziellen Berichterstattung im HGB, konkrete verfahrensbezogene oder organisatorische Vorgaben oder einzelne (z. B. Berichts-)Pflichten rechtsgebietsspezifisch geregelt werden. Der materielle Bezugspunkt solcher Berichtspflichten – also etwa Inhalt und Maßstab der konkreten Sorgfaltspflichten-Systeme, über die zu berichten ist –²⁶⁵ kann dennoch in einem übergreifenden Stammgesetz festgelegt werden.

²⁶² Zu entsprechenden Möglichkeiten einer Integration von Sorgfaltspflichten in das AktG vgl. den Abschlussbericht zu diesem Vorhaben.

²⁶³ S.o. 3.1.6.1.2 und 3.1.6.1.3.

²⁶⁴ Die Einhaltung der Gesetze, denen das Unternehmen unterworfen ist, gehört zu den Kardinalpflichten des Vorstands (sog. Legalitätspflicht, vgl. BGHZ 133, 370). Auch wenn die Sorgfaltspflicht „nur“ in einem allgemeinen Stammgesetz statt im Kapitalgesellschaftsrecht verankert werden würde, wäre der Vorstand schon aufgrund der allgemeinen Legalitätspflicht an diese gebunden. Einer zusätzlichen, kapitalgesellschaftsrechtlichen Spezialregelung bedürfte es dazu nicht.

²⁶⁵ So kann ein Stammgesetz, wie dargelegt, regeln, dass, sofern nach § 289 Abs. 3 HGB eine Pflicht besteht, über nichtfinanzielle Leistungsindikatoren zu berichten, dieser Teil des Lageberichts auch Angaben über Maßnahmen zur Einhaltung der Pflichten nach den §§ 4 bis 10 MSorgfaltsG-E zu enthalten hat, s.o. 3.1.6.1.1.2.

Eine *Beschränkung* auf eine *branchenspezifische* Ausgestaltung von Sorgfaltspflichten dürfte gegenüber der mehrstufigen Regelung in einem Stammgesetz, im Zusammenspiel mit ggf. diversen Spezialgesetzen oder -verordnungen, ebenfalls kaum zu einer Vereinfachung der Rechtslage führen. Dies gilt auch im Hinblick auf die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit einer Regelung: Auch branchenspezifische Gesetze sind, wie die Konfliktmineralienordnung und die Holzhandelsverordnung eindrücklich belegen, keinesfalls ohne weiteres dazu geeignet, eine einfache und einheitliche, inhaltlich umfassende Sorgfaltspflichtregelung vorzugeben. Vielmehr enthalten gerade diese an vielen Stellen Verweise auf internationale Normen, bauen auf zusätzliche Informationen in Anhängen und unverbindlichen Handbüchern und ermöglichen etwa die Nutzung spezifischer, privater Sorgfaltspflichtsysteme.

Für eine übergreifende Regelung in einem Stammgesetz spricht zum einen, dass es sich um eine Querschnittsmaterie handelt, die zahlreiche Rechtsgebiete berührt. Der durch das Stammgesetz geschaffene materielle Referenzrahmen ist entwicklungs offen und sichert zugleich die rechtsgebietsübergreifende Kohärenz des materiellen Sorgfaltsstandards.²⁶⁶ Auch das MSorgfaltsG-E sieht die Möglichkeit für branchenspezifische Ergänzungen und Konkretisierungen durch Rechtsverordnungen vor.²⁶⁷ In ähnlicher Weise wie in § 11 Abs. 2 MSorgfaltsG-E, der das Verhältnis der Vorgaben des Gesetzes zu der bilanzrechtlichen Berichtspflicht nach § 289 Abs. 3 HGB a.F. regeln sollte, könnten zudem auch klarstellende Regelungen zum Verhältnis etwa zu den differenzierteren Regelungen bestehender bereichsspezifischer Gesetze in das Gesetz aufgenommen werden. Die mehrstufige Regelungstechnik des MSorgfaltsG-E eignet sich auch dazu, dass andere bereichsspezifische Gesetze auf das MSorgfaltsG-E verweisen bzw. an dieses anknüpfen (vgl. in dieser Richtung die Art. 2 bis 5 NaWKG-EP).

In Anbetracht dessen, dass seine Regelungen auf einem hohen Generalitäts- und Abstraktionsniveau und konzentriert in einem relativ überschaubaren Gesetz enthalten wären, dürfte ein Stammgesetz auch die übersichtlichere, flexiblere und praktikablere Lösung darstellen. Bei isolierten *sektoren- oder branchenspezifischen* Regelungen wäre es demgegenüber ungleich schwieriger, langfristig Kohärenz des verzweigten Normbestands zu sichern.

Schließlich zeichnet sich ein Stammgesetz – gegenüber punktuellen, fragmentarischen Regelungen in bereichsspezifischen Gesetzen wie z. B. §§ 289b ff. HGB – durch ein erhöhtes Maß an Sichtbarkeit aus. Dadurch dürfte die mit einem Stammgesetz verbundene Signalwirkung an die Marktteilnehmer und die daraus folgenden verhaltenssteuernden Effekte stärker sein als im Falle (versteckter) punktueller Regelungen in bereichsspezifischen Gesetzen.

3.1.6.4 Handlungsempfehlungen

Die Regelung eines übergreifenden Sorgfaltspflichtengesetzes nach dem Muster des MSorgfaltsG-E weist eine Reihe wesentlicher Schnittstellen zu bestehenden Sorgfaltspflichtgesetzen auf. Die Einführung eines solchen Gesetzes würde, soweit ersichtlich, nicht zu Inkompatibilitäten führen. Dies lässt sich unter anderem auf die integrierenden Eigenschaften eines Stammgesetzes zurückführen, das Sorgfaltspflichten auf einem hohen Generalitäts- und Abstraktionsgrad regelt und zudem durch seine prozedurale Ausgestaltung und die weitgehende Offenheit seines materiellen Referenzrahmens Kohärenz herstellt. Konkretere, sektor- oder bereichsspezifische Regelungen fügen sich in diesen allgemeineren

²⁶⁶ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 48.

²⁶⁷ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, 2016, S. 69 f.; vgl. auch BMZ 2019, § 17 S. 1 Nummer 1 SorgfaltspflichtenG-EP.

rechtlichen Rahmen ein. Soweit im Einzelnen ein abweichender Regelungsinhalt – etwa hinsichtlich der Adressaten der jeweiligen Regelwerke – besteht, wird dieser überwiegend schon nach allgemeinen Regeln aufgrund des Vorrangs der spezielleren Norm unproblematisch aufzulösen sein. Verbleibende Unsicherheiten zur kohärenten Integration des Regelungsrahmens – etwa auch mit Blick auf das Verhältnis (europäischer) Spezialgesetze zu einem nationalen Stammgesetz –²⁶⁸ könnten durch eine Aufnahme von klarstellenden Regelungen adressiert werden.

Die Aufnahme einer Haftungsnorm im Gesetz und deren Interpretation durch die Zivilgerichte könnte prospektiv dazu beitragen, dass sich ein kohärentes und international anschlussfähiges Richterrecht zum Verständnis von Sorgfaltspflichten herausbildet.

3.2 Verankerung nachhaltigkeitsbezogener Sorgfaltspflichten im Handels- oder Gesellschaftsrecht („kleine Lösung“)

3.2.1 Kapitalgesellschaftsrechtliche Variante der „kleinen Lösung“

In dem nachfolgenden Abschnitt wird untersucht, ob und warum unter dem Blickwinkel einer nachhaltigeren Ausrichtung des Finanzsystems im Sinne des Aktionsplans „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“ der Europäischen Kommission²⁶⁹ („Aktionsplan“) die Verpflichtung der Leitungs- und Verwaltungsorgane von Unternehmen zur nachhaltigen Unternehmensführung in Gestalt einer Sorgfaltspflicht zielführend sein kann.

Der Ansatz wird hier – in Abgrenzung zu dem umfassenden, in Kapitel 3.1 vorgestellten Konzept – als „kleine Lösung“ bezeichnet. Dabei ist jedoch anzumerken, dass es sich bei dem rein (kapital-)gesellschaftsrechtsrechtlichen Ansatz nicht um die einzige, denkbare „kleine Lösung“ handelt. Vielmehr gibt es durchaus ein gewisses Spektrum an denkbaren „kleinen Lösungen“ bzw. Varianten der „kleinen Lösung“²⁷⁰.

3.2.1.1 Einordnung in den Kontext des Aktionsplans „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“

Die Fragestellung nimmt auf Maßnahme Nr. 10 des Aktionsplans Bezug. Dort wirft die Europäische Kommission die Frage auf, ob die Vorschriften über die Pflichten der Leitungsorgane von Unternehmen um eine nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflicht ergänzt bzw. die Pflicht, sich am langfristigen Interesse des Unternehmens zu orientieren, präzisiert werden soll. Mit ihrem Aktionsplan „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“ möchte die Kommission einen geeigneten Rechtsrahmen für nachhaltige Investitionen in der Europäischen Union schaffen, die mittelbar zu einer Transformation der gesamten Wirtschaft im Sinne der UN-Nachhaltigkeitsziele beitragen sollen.

Der Aktionsplan ist Teil der Bemühungen der Europäischen Kommission zur Verwirklichung des Pariser Klimaschutzübereinkommens von 2015 und der UN-Agenda für eine nachhaltige Entwicklung 2030. Er soll den Beitrag des Finanzsektors zu „nachhaltigem und integrativem Wachstum durch Finanzierung der langfristigen Bedürfnisse der Gesellschaft“ verbessern und

²⁶⁸ Zur Frage nach dem Verhältnis nationaler zu europäischen Sorgfaltspflichtgesetzen vgl. etwa Deutscher Bundestag [Hrsg.] (2015), Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung: Die Vereinbarkeit einer nationalen Holzkennzeichnungspflicht mit EU-Recht, <https://www.bundestag.de/resource/blob/407590/a50d0db5e6936c79c9c88f69558b93be/PE-6-063-15-pdf-data.pdf>.

²⁶⁹ Europäische Kommission, 8. März 2018, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final, S. 2.

²⁷⁰ Denkbar wäre etwa auch eine bloße Haftungsregelung im BGB oder im HGB. Auch der schlichte Ausbau der nichtfinanziellen Berichtspflicht im HGB durch Aufnahme materieller Verhaltensstandards kommt in Betracht.

außerdem die Finanzstabilität „durch Berücksichtigung der Faktoren Umwelt, Soziales und Governance (ESG) bei Investitionsentscheidungen“ stärken.²⁷¹ Er bezweckt damit den Schutz mehrerer unterschiedlicher Systeme – des Finanzsystems, der sonstigen sozialen Systeme und der Ökosysteme. Im konkreten Zugriff soll dies auf dreierlei Weise erreicht werden, nämlich durch

- die Neuausrichtung der Kapitalflüsse hin zu einer nachhaltigeren Wirtschaft,
- die Einbettung der Nachhaltigkeit in das Risikomanagement von Finanzinstituten und
- die Förderung von Transparenz und Langfristigkeit in der Finanz- und Wirtschaftstätigkeit.

Um dies zu erreichen, hat die Kommission einen Katalog von insgesamt zehn unterschiedlichen Maßnahmen vorgeschlagen und zur Diskussion gestellt. Diese reichen von der Einführung eines europäischen Klassifikationssystems für nachhaltige²⁷² Finanzprodukte (sog. Taxonomie),²⁷³ der verpflichtenden Einbeziehung von Nachhaltigkeitskriterien in die Finanzberatung²⁷⁴ und nachhaltigkeitsbezogene Pflichten für institutionelle Anleger bis hin zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeit im Rahmen der Finanzmarktaufsicht.²⁷⁵ Die in dem Aktionsplan enthaltenen Maßnahmen richten sich gezielt an die Finanzmarktakteure (einschließlich Aufsichtsbehörden und Regelsetzern) und tragen den dortigen Besonderheiten Rechnung.

Maßnahme Nr. 10 sticht insoweit heraus, als dass dort angeregt wird, die Vorschriften über die Pflichten der Leitungs- und Verwaltungsorgane von Unternehmen generell, ohne ausdrückliche Beschränkung auf den Finanzsektor, zu überdenken. Der Bezug zum Finanzsektor ergibt sich hier aus der Verbindung der Unternehmen zum Kapitalmarkt bzw. den Finanzierungsbeziehungen zu Finanzinstitutionen. Aus Sicht des Aktionsplans stellt sich die Frage, ob das geltende (Gesellschafts-)Recht einen geeigneten Rahmen für eine nachhaltige Unternehmenspolitik („Sustainable Corporate Governance“) bietet oder ob bestehende (gesellschafts-)rechtliche Normen die Integration von Nachhaltigkeitsaspekten in die Unternehmenspolitik erschweren oder verhindern. Ein Rechtsrahmen, der eine nachhaltige Unternehmenspolitik begünstigt oder wenigstens zulässt, ist notwendig, damit nachhaltige Finanzierungen und Investitionen in Unternehmen getätigt werden können.²⁷⁶

Die Kommission identifiziert in ihren Erläuterungen zum Aktionsplan zwei Problemfelder, die aus ihrer Sicht Anlass geben, die Vorschriften über die Pflichten der Leitungs- und Verwaltungsorgane zu überdenken:

²⁷¹ COM(2018) 97 final, S. 2.

²⁷² Die Taxonomie konzentriert sich zwar schwerpunktmäßig auf Umweltbelange; die Klassifikation einer wirtschaftlichen Tätigkeit als nachhaltig („environmentally sustainable“) setzt gemäß Art. 3 lit. c) i. V. m. Art. 13 des Vorschlags (COM(2018) 353 final) aber ausdrücklich voraus, dass sie u.a. mit den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen, den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte und den ILO-Kernarbeitsnormen in Einklang steht.

²⁷³ Siehe Europäische Kommission v. 24. Mai 2018, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen, COM(2018) 353 final; eine endgültige politische Einigung hierüber wurde am 17. Dezember 2019 erzielt, Interinstitutional File: 2018/0178 (COD).

²⁷⁴ Vgl. Europäische Kommission, Draft, amending Regulation (EU) 2017/565 supplementing Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council as regards organisational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive.

²⁷⁵ Europäische Kommission, 8. März 2018, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final, S. 11 (Maßnahme Nr. 8).

²⁷⁶ Der Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums setzt dabei primär auf „marktbasierte“ Anreize und zielt insofern nicht unbedingt auf eine flächendeckende, rechtsverbindliche nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflicht ab.

Erstens fehle es – ungeachtet der 2017 in Kraft getretenen Richtlinie zur CSR-Berichterstattung – an einer hinreichenden Vergleichbarkeit der von den Unternehmen praktizierten Nachhaltigkeitsstrategien.²⁷⁷ Damit spricht die Kommission die Herausforderung an, vor der Investoren und Kreditinstitute stehen, die die Nachhaltigkeitsstrategien von Unternehmen notwendigerweise vergleichen und bewerten müssen, wenn sie diese bei ihren Investitions- und Finanzierungsentscheidungen berücksichtigen möchten. Die Kommission möchte hier durch eine Überarbeitung der Regelwerke zur nichtfinanziellen Berichterstattung²⁷⁸ sowie durch ein Klassifikationssystem (Taxonomie) nachhaltiger Wirtschaftstätigkeiten (über das mittlerweile eine Einigung erzielt wurde) Verbesserungen erreichen. Die Vorschriften über die Geschäftsleiterpflichten sollen mit diesen Regelwerken konsistent sein.

Zweitens sieht die Kommission die Gefahr, dass ein unangemessener, kurzfristiger Marktdruck seitens der Investoren dazu führen könne, dass sich die Leitungs- und Verwaltungsorgane auf kurzfristige finanzielle Renditen konzentrieren und deshalb Sozial- und Umweltbelange außer Acht lassen.²⁷⁹ Die Anreize, die von dem Kapitalmarktdruck auf die Unternehmen ausgehen, könnten langfristig zu einer „unnötigen Exponierung gegenüber Nachhaltigkeitsrisiken“ führen. Was den Zeithorizont der Unternehmensleitung betrifft, ist der Einfluss des Finanzsektors auf die Unternehmenspolitiken nach Auffassung der Kommission also möglicherweise zu stark.

Um diesen beiden Herausforderungen zu begegnen, möchte die Europäische Kommission prüfen

- „i) ob die Leitungsgremien der Unternehmen möglicherweise verpflichtet werden müssen, eine Nachhaltigkeitsstrategie, einschließlich angemessener Sorgfaltspflichten in der gesamten Lieferkette, sowie messbare Nachhaltigkeitsziele auszuarbeiten und zu veröffentlichen; und
- ii) ob die Vorschriften, nach denen die Direktoren im langfristigen Interesse des Unternehmens vorgehen sollten, präzisiert werden müssen.“

Auf die Frage der Durchsetzung solchermaßen modifizierter Geschäftsleiterpflichten geht die Kommission in dem Aktionsplan nicht ein. Den Begriff der Sorgfaltspflicht setzt sie ohne weitere Erläuterungen voraus. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Kommission damit implizit an das Konzept der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (welches bereits an verschiedenen Stellen Eingang in das Unionsrecht gefunden hat z. B. in der CSR-Richtlinie), ohne jedoch den Gegenstand der Sorgfaltspflicht wie diese auf menschenrechtliche Aspekte zu beschränken. Diese Einschätzung wird durch die kommende EU-Taxonomie bestätigt, welche nunmehr ausdrücklich die Beachtung u.a. der UN-Leitprinzipien und der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen als Mindestvoraussetzung einer nachhaltigen Wirtschaftstätigkeit vorsieht.²⁸⁰

3.2.1.2 Geschäftsleiterpflichten und Unternehmenszielbestimmungen

Die Beantwortung der Frage, inwiefern eine Änderung der Vorschriften für die Leitungs- und Verwaltungsorgane von Unternehmen im Hinblick auf die Verwirklichung des Aktionsplans „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“ angezeigt ist, erfordert zunächst eine Bestandsaufnahme der bestehenden Rechtslage. Dem Anliegen des Aktionsplans entsprechend

²⁷⁷ EU-Kommission, 8. März 2018, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final, S. 13.

²⁷⁸ EU-Kommission, 8. März 2018, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final, S. 12f.; EU-Kommission, 20. Juni 2019, Mitteilung: Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen: Nachtrag zur klimabezogenen Berichterstattung, 2019/C 209/01. Eine weitere Änderung der Leitlinien ist geplant, „um auch andere umweltrelevante und soziale Faktoren mit einzubeziehen.“

²⁷⁹ EU-Kommission, 8. März 2018, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final, S. 14.

²⁸⁰ Rat der Europäischen Union, 17. Dezember 2019, Interinstitutional File 2018/0178 (COD). In früheren Entwurfsfassungen fehlte die Bezugnahme auf diese konkreten Regelwerke.

stellt sich die Frage, ob die bestehenden Vorschriften zu den Geschäftsleiterpflichten nachhaltige Investitionen ermöglichen oder aber verhindern bzw. erschweren.

3.2.1.2.1 Rechtliche Zulässigkeit einer nachhaltigen Unternehmenspolitik

Eine Änderung des geltenden Rechts zur Ermöglichung nachhaltiger Investitionen wäre jedenfalls geboten, soweit die Geschäftsleiterpflichten in ihrer gegenwärtigen Form eine konsequent nachhaltige Unternehmenspolitik nicht zulassen.

Die zentralen Normen über die Geschäftsleiterpflichten sind §§ 76 ff. AktG und §§ 41 ff. GmbHG. Die nachfolgenden Ausführungen beschränkten sich auf die Aktiengesellschaft. Da sich der Aktionsplan auf kapitalmarktorientierte Unternehmen konzentriert und diese ganz überwiegend die Rechtsform der Aktiengesellschaft und nicht der GmbH haben,²⁸¹ beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf den Vorstand der Aktiengesellschaft. Im Übrigen lassen sich die Ausführungen auf die GmbH weitgehend übertragen, da dort im Ausgangspunkt analoge Regeln und Grundsätze gelten.²⁸²

Die Frage, inwiefern der Vorstand verpflichtet oder befugt ist, Sozial- und Umweltkriterien in die Unternehmenspolitik zu integrieren, ist gesetzlich nicht klar geregelt und dementsprechend Gegenstand einer umfangreichen, seit langem geführten Kontroverse. Die maßgeblichen Vorschriften über die Pflichten der Geschäftsleitung, § 76 und § 93 AktG, sind sehr allgemein gehalten und treffen hierüber keine ausdrückliche Aussage: Gemäß § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand „unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten“ und gemäß § 93 Abs. 1 AktG haftet er, falls er nicht die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ beachtet. An welchen konkreten Zielen er sein Verhalten auszurichten hat, insbesondere welche Interessen er im Rahmen der Unternehmensleitung – über die Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre hinaus – zu berücksichtigen hat oder berücksichtigen darf, lässt der Gesetzeswortlaut offen.

Der Aspekt der Nachhaltigkeit wird im Aktiengesetz erst seit kurzem (seit 2009) und nur punktuell in den Vorschriften über die Vorstandsvergütung angedeutet. Gemäß § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG a.F. war die Struktur der Vorstandsvergütung bei börsennotierten Gesellschaften „auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten“. Ob damit lediglich der Zeithorizont der Geschäftsleitung oder auch Sozial- und Umweltbelange angesprochen wurden, war umstritten.²⁸³ In der durch das ARUG II²⁸⁴ geänderten Fassung des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG n.F. heißt es nunmehr, dass die Vergütungsstruktur auf eine „nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft auszurichten“ sei. Im RegE war noch vorgesehen, den Begriff „nachhaltig“ durch „langfristig“ zu ersetzen. Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz entschied sich jedoch für die „Doppelung“ der Begriffe „nachhaltig“ und „langfristig“. Er

²⁸¹ Die GmbH hat in der Regel keinen Zugang zum organisierten Kapitalmarkt, vgl. Fleischer, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Auflage 2018, Einleitung Rn. 4.

²⁸² Vgl. Fleischer, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Auflage 2018, Rn. 154 ff. sowie Rn. 168 (speziell zur Geschäftsleitungsverantwortung).

²⁸³ Überwiegend wird eine Berücksichtigung von Sozial- und Umweltbelangen im Rahmen des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG abgelehnt, siehe etwa Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 87 Rn. 11; Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Auflage 2019, § 87 Rn. 79; aufgeschlossener dagegen Röttgen/Kluge, Nachhaltigkeit bei Vorstandsvergütungen, NJW 2013, 900 ff.

²⁸⁴ Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie vom 12.12.2019 (BGBl. I S. 2637), in Kraft getreten am 01.01.2020.

begründete dies damit, dass der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vergütung „auch soziale und ökologische Gesichtspunkte“ in den Blick zu nehmen habe.²⁸⁵

Damit macht der Gesetzgeber – wenn auch nicht unmittelbar im Normwortlaut – nunmehr deutlich, dass der Nachhaltigkeitsbegriff des Aktienrechts nicht allein Unternehmensinteressen sondern auch Umwelt- und Sozialaspekte und damit Interessen Dritter umfasst. Er erteilt damit den gegenteiligen Ansichten²⁸⁶ zur engeren Auslegung des § 87 Abs. 1 S. 2 AktG a.F. zwar eine Absage. Welchen Stellenwert soziale und ökologische Belange (etwa im Verhältnis zu den finanziellen Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre) haben und wie dies die Geschäftsleiterpflichten beeinflusst, bleibt aber weiterhin ungeklärt. Ob die in der gesellschaftsrechtlichen Literatur geführte Diskussion, inwiefern das Aktiengesetz die Berücksichtigung von Sozial- und Umweltbelangen erlaubt bzw. gebietet, mit § 87 Abs. 1 S. 2 AktG zu Ende geht, bleibt daher abzuwarten. Für die rechtspolitische Frage, ob eine entsprechende Änderung der Vorschriften zu den Geschäftsleiterpflichten angezeigt ist, ist diese Diskussion – angesichts verbleibender Unklarheiten – weiterhin relevant.

Kristallisationspunkt dieser umfangreichen Debatte, die in ähnlicher Form in anderen Rechtsordnungen und zunehmend international geführt wird,²⁸⁷ ist im deutschen Recht der Begriff des „Unternehmensinteresses“, der als Abkürzung für die (ungeschriebenen) Ziele und Grenzen des Leitungsermessens des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) verwendet wird.²⁸⁸

Der gegenwärtige Meinungsstand stellt sich zusammenfassend wie folgt dar:

3.2.1.2.1.1 („Gemäßigter“) *shareholder-value-Ansatz*

Eine (starke) Mindermeinung vertritt die Ansicht, dass die Geschäftsleiter ihr Verhalten vorrangig am Interesse der Aktionärinnen und Aktionäre auszurichten habe.²⁸⁹ Diese Ansicht hat ihre Wurzeln im rechtsökonomisch geprägten *shareholder-value*-Denken. Sie betrachtet die Leitungsorgane als Beauftragte („Agenten“) der Aktionärinnen und Aktionäre („Prinzipale“) und nimmt an, das Handeln der Unternehmensleitung sei nur bei Verpflichtung auf die messbare Größe des Aktienwerts hinreichend kontrollierbar.²⁹⁰ Hätte die Unternehmensleitung die Interessen weiterer Stakeholder zu berücksichtigen, würde dies der Unternehmensleitung *de facto* einen durch die Aktionärinnen und Aktionäre nicht mehr kontrollierbaren Entscheidungsspielraum gewähren.²⁹¹ Der Rückgriff auf dieses rechtsökonomische Argumentationsmuster bei der Konkretisierung der §§ 76, 93 AktG sei „angesichts fehlender legislatorischer Vorprägungen“ methodengerecht.²⁹² Außerdem machen Befürworter des

²⁸⁵ BT-Drs. 19/15153, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/9739, 19/10507 –, S. 62; ein weitergehender Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/15169) fand allerdings keine Mehrheit.

²⁸⁶ S.o. Nachweise in Fn. 178.

²⁸⁷ Siehe z. B. Johnston/Veldman/Eccles/Deakin et al., Corporate Governance for Sustainability. SSRN Scholarly Paper, 11. Dezember 2019, <https://papers.ssrn.com/abstract=3502101>.

²⁸⁸ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 3. Auflage 2018, § 76 Rn. 36; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Auflage 2015, § 76 Rn. 23.

²⁸⁹ Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage 2019, § 76 Rn. 36 ff.; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 76 Rn. 23; Zöllner, Zur Problematik der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, AG 2000, 145, 146 f.

²⁹⁰ Vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage 2012, S. 700 ff.

²⁹¹ Adams, Was spricht gegen eine unbehinderte Übertragbarkeit der in Unternehmen gebundenen Ressourcen durch ihre Eigentümer?, AG 1990, 243 (246 f.); Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage 2012, S. 700; Zöllner, Zur Problematik der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, AG 2000, 145, 146 f.

²⁹² Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage 2019, § 76 Rn. 37.

shareholder-value-Ansatzes geltend, eine Gesamtschau des Aktiengesetzes ergebe, dass nach geltendem Recht dem Aktienwert grundsätzlich der Vorrang gegenüber anderen Belangen gebühre.²⁹³

Auch Befürworter eines *shareholder-value*-Ansatzes schließen die Berücksichtigung von *Corporate-Social-Responsibility*-Gesichtspunkten jedoch nicht vollständig aus. Sie stellen diese nur unter den Vorbehalt, dass sie den Aktionärsinteressen zugutekommen. Da hierbei nicht notwendigerweise ein kurzfristiger Zeithorizont zugrunde zu legen ist,²⁹⁴ das unternehmerische Ermessen des Vorstands (Einschätzungsprärogative) respektiert wird²⁹⁵ und außerdem vereinzelt (in engen Grenzen) auch nicht-finanzielle Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre für möglich und aner kennenswert gehalten werden,²⁹⁶ relativiert sich das Erfordernis der Aktionärswohlorientierung ein Stück weit. Die Berücksichtigung umweltbezogener und menschenrechtlicher Belange (auch in Form einer Lieferkettenübergreifenden Sorgfaltspflicht) ist dieser Ansicht nach nicht von vornherein unzulässig, muss sich aber vor den Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre, und damit unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten rechtfertigen lassen. Dies dürfte in vielen Fällen durchaus möglich sein: Erstens deuten empirische Befunde stark darauf hin, dass es einen handfesten „Business Case“ für Investitionen in nachhaltigkeitsorientierte Unternehmen gibt.²⁹⁷ Die Investition in nachhaltige Unternehmen macht sich, mit anderen Worten, für die Aktionärinnen und Aktionäre regelmäßig bezahlt und liegt damit unstreitig in deren Interesse. Zweitens ist in den letzten Jahren das Bewusstsein dafür gestiegen, dass von Nachhaltigkeitsfaktoren (Umwelt, Soziales und Unternehmensführung (Governance)) vielfältige und ihrer Dimension nach beträchtliche unternehmerische Risiken ausgehen. Die unterschiedlichen Arten von Nachhaltigkeitsrisiken (nicht nur klimabezogene Risiken) werden inzwischen auch von regulatorischer Seite als relevant für die wirtschaftliche Tragfähigkeit von einzelnen Finanzinstituten bzw. Investorinnen und Investoren und damit die Stabilität des Finanzsektors insgesamt eingestuft.²⁹⁸ Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) etwa äußert in einem aktuellen Merkblatt die Einschätzung, dass sich aus negativen Auswirkungen auf die Stakeholder eines Unternehmens verschiedene Risiken für die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Unternehmens ergeben können.²⁹⁹ Daran wird deutlich, dass sich zunehmend die Erkenntnis durchsetzt, dass die (potenzielle) Betroffenheit der Stakeholder eines Unternehmens ein wesentlicher Faktor für den Unternehmenserfolg ist und sich damit auch auf die (finanziellen) Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre auswirkt.

Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass nach der Logik eines solchermaßen relativierten *Shareholder-Value*-Ansatzes den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens und der Anteilseigner weiterhin der Vorrang vor den Belangen anderer Stakeholder zukommt. Dementsprechend wird aus dieser Perspektive weiterhin gelten: Je kostenintensiver die Maßnahmen sind, die die Unternehmensleitung ergreift, um Sozial- und Umweltbelange in die Unternehmenspolitik zu integrieren, desto schwerer werden diese vor den Aktionärsinteressen

²⁹³ Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage 2019, § 76 Rn. 36.

²⁹⁴ Kort, Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen, AG 2012, 605, 606.

²⁹⁵ Vgl. Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage 2019, § 76 Rn. 44.

²⁹⁶ Vgl. Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage 2019, § 76 Rn. 44 („wohlverstandenes Aktionärsinteresse“).

²⁹⁷ Für einen Überblick siehe Friede/Busch/Bassen, ESG and financial performance: aggregated evidence from more than 200 studies, Journal of Sustainable Finance and Investment Vol. 5 (2015), Issue 4, 210 ff.

²⁹⁸ Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) v. 20. Dezember 2019, Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken.

²⁹⁹ Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) v. 20. Dezember 2019, Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken, S. 13 f.

zu rechtfertigen sein. Maßnahmen, die die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens bzw. der Aktionärinnen und Aktionäre mutmaßlich nicht fördern oder gar zu nennenswerten Gewinneinbußen führen können (wie z. B. der Rückzug aus bestimmten problematischen Geschäftsfeldern), werden in der Regel unzulässig sein. Unabhängig davon unterliegt die Unternehmensleitung bei allen nachhaltigkeitsbezogenen Maßnahmen, die sie ergreift, aus Sicht des *Shareholder-Value*-Ansatzes einem Rechtfertigungsdruck, von dem eine gewisse Abschreckungswirkung ausgehen könnte.

3.2.1.2.1.2 *Interessenpluralistische Konzeption des Unternehmensinteresses*

Die (inzwischen) deutliche Mehrheit der Autoren vertritt demgegenüber eine interessenpluralistische Konzeption des Unternehmensinteresses.³⁰⁰ Danach zählen die Aktionärinnen und Aktionäre, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und die Öffentlichkeit zu den maßgeblichen Interessenträgern, denen der Vorstand bei seiner Leitungstätigkeit Rechnung zu tragen hat.³⁰¹ Der Vorstand sei weder berechtigt noch verpflichtet, sich bei Erfüllung seiner Leitungsaufgabe allein von Aktionärsinteressen leiten zu lassen.³⁰² Die Gesellschaft müsse sich „in die Interessen der Gesamtwirtschaft und in die Interessen der Allgemeinheit einfügen“ und habe „auch das Wohl ihrer Arbeitnehmer zu beachten“.³⁰³ Der Ausgleich der gegenläufigen Interessen liegt nach dieser Ansicht im unternehmerischen Ermessen des Vorstands und ist damit nur in den engen Grenzen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG (sog. *Business Judgment Rule*) gerichtlich überprüfbar. Das bedeutet auch, dass der Vorstand sich im Ergebnis dafür entscheiden kann, die Unternehmenspolitik primär an den Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre auszurichten.

Argumentativ kann die interessenpluralistische Auffassung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verweisen, der regelmäßig auf das „Unternehmensinteresse“ Bezug nimmt und dabei unter anderem die Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre und der Öffentlichkeit im Auge hat.³⁰⁴ Im Deutschen Corporate Governance Kodex wird ebenfalls mit zunehmender Deutlichkeit eine interessenpluralistische Konzeption des Unternehmensinteresses erkennbar. Ziffer 4.1.1 der (inzwischen außer Kraft getretenen) Fassung des Kodex von 2017 lautet:

„Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung.“

Damit ging der Kodex schon in seiner bisherigen Fassung unmissverständlich von einer interessenpluralistischen Konzeption der Unternehmensziele aus.³⁰⁵ Durch Absatz 2 der Präambel der neuen, seit März 2020 geltenden Fassung des Kodex wird dies aufs Neue bestätigt (s.u. Kapitel 3.3).

Schließlich setzt die gesetzliche Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung gemäß §§ 289b ff. HGB die Möglichkeit, Sozial- und Umweltbelange in Form einer Sorgfaltspflicht in die Unternehmenspraxis zu integrieren, voraus (vgl. § 289c Abs. 1 Nr. 1 HGB). Es ist zwar bislang

³⁰⁰ Siehe etwa Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2019, § 76 AktG Rn. 2; Goette, Gesellschaftsrechtliche Grundfragen im Spiegel der Rechtsprechung, ZGR 2008, 436 (447); Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 28 ff.; Kort, Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen, AG 2012, 605.

³⁰¹ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 28.

³⁰² So ausdrücklich Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 28.

³⁰³ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 28 m. w. N.

³⁰⁴ Näher dazu Henze, Leitungsverantwortung des Vorstands- Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209 ff.

³⁰⁵ Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2019, § 76 AktG Rn. 2.

nicht gesichert, inwieweit §§ 289b ff. HGB im Einzelnen Rückwirkungen auf das materielle AktG haben.³⁰⁶ Dass Maßnahmen, über die nach §§ 289b ff. HGB zu berichten ist (einschließlich Sorgfaltspflicht), grundsätzlich rechtlich zulässig sind, kann lässt sich aber nicht ernsthaft bestreiten. Die oben zitierte Begründung des Rechtsausschusses für den durch das ARUG II geänderten Art. 87 Abs. 2 S. 2 AktG n.F. ebenfalls in diese Richtung.³⁰⁷ Nicht ganz gesichert ist nur, ob sich §§ 289b ff. HGB umgekehrt mittelbar eine Pflicht zur Berücksichtigung nichtfinanzieller Belange begründen.

Auch vom Standpunkt einer interessenpluralistischen Konzeption des Unternehmensziels aus betrachtet, unterliegt die Berücksichtigung von Sozial- und Umweltbelangen allerdings aktienrechtlichen Grenzen. Zwar sind Maßnahmen im Rahmen einer nachhaltigkeitsorientierten Unternehmenspolitik danach grundsätzlich zulässig, ob sie rein betriebswirtschaftlich betrachtet für das Unternehmen messbare (pekuniäre) Vorteile mit sich bringen.³⁰⁸ Doch verlangen die Vertreter einer solchen Konzeption des Unternehmensinteresses andererseits, dass die Maßnahmen noch in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens sowie seiner sozialen und gesamtwirtschaftlichen Rolle stehen. Die Maßnahmen dürfen, nach einer anderen Formulierung, mit dem Unternehmenswohl nicht schlechthin unvereinbar, also unverhältnismäßig sein.³⁰⁹ Eine trennscharfe Grenzziehung (z. B. durch quantitative Kriterien) ist insoweit kaum möglich und wird auch nur ganz vereinzelt erwogen. Meist wird eine nähere Stellungnahme hierzu durch Verweis auf das Leitungsermessen des Vorstands vermieden.³¹⁰

Im Ergebnis muss der Vorstand die Belange der maßgeblichen Interessenträger (und damit nicht nur der Aktionärinnen und Aktionäre) nach dieser Auffassung zwar in Betracht ziehen, ist aber im Rahmen seines weiten Leitungsermessens weitgehend frei bei seiner Entscheidung, welche Belange jenseits der Aktionärsinteressen berücksichtigt werden, welches Gewicht ihnen beigemessen wird und welche Maßnahmen in diesem Zusammenhang ergriffen werden. Die Position der herrschenden Meinung läuft damit auf eine bloße Berücksichtigungspflicht hinaus, aus der sich noch keine konkreten Handlungspflichten ergeben. Eine *Verpflichtung* zur Implementierung einer umweltbezogenen und menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht besteht aus dieser Perspektive *de lege lata* also nicht. Umgekehrt dürften ihre Vertreter die Umsetzung einer umweltbezogenen und menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht in der Regel aber für zulässig halten. Unklar bleibt allerdings, was gilt, wenn die Sorgfaltspflicht mit wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens in Konflikt zu geraten droht.

3.2.1.2.2 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis bleibt damit festhalten, dass einer auf Nachhaltigkeit ausgerichteten Unternehmenspolitik (einschließlich umweltbezogener und menschenrechtlicher Sorgfaltspflicht) keine unüberwindbaren rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Nach herrschender Meinung sind entsprechende Maßnahmen innerhalb eines gewissen Rahmens auch dann zulässig, wenn sich daraus pekuniäre Nachteile für das Unternehmen ergeben können. Viele auf Nachhaltigkeit ausgerichtete Maßnahmen, die kurzfristig mit Einbußen oder Kosten verbunden sind, können überdies damit gerechtfertigt werden, dass sie dem langfristigen (wirtschaftlichen) Wohl des Unternehmens dienen.

³⁰⁶ Vgl. zur Diskussion Hommelhoff, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Die Revolution übers Bilanzrecht, in: FS Kübler, 2015, 291 ff.; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG; 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 35d.

³⁰⁷ S.o. bei Fn. 284.

³⁰⁸ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 35b.

³⁰⁹ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG; 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 35a f. m. w. N.

³¹⁰ Vgl. Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 35b.

Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Berücksichtigung von Sozial- und Umweltbelangen andererseits auch handfesten Grenzen unterliegt. Maßnahmen, die den Unternehmenserfolg auf Dauer signifikant verringern, werden vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus als unzulässig einzustufen sein. Wo genau hier die Grenze zwischen dem noch Zulässigen und bereits nicht mehr Erlaubten verläuft, ist bislang weitgehend ungeklärt. Da eine unzulässige Verwendung von Gesellschaftsmitteln eine Strafbarkeit der Organe wegen Untreue gemäß § 266 StGB begründen kann,³¹¹ dürfte von dieser Unsicherheit für Unternehmensvorstände ein Anreiz ausgehen, einen gewissen Sicherheitsabstand zu wahren und den Rahmen des Möglichen und rechtlich Zulässigen nicht auszuschöpfen.

Des Weiteren bleibt zu betonen, dass die Unternehmensleitung nach derzeit vorherrschender Rechtsauffassung rechtlich nicht dazu verpflichtet ist, Sozial- und Umweltbelangen insbesondere durch Implementierung einer Sorgfaltspflicht Rechnung zu tragen. Es liegt weitgehend in ihrem Ermessen, zu entscheiden, in welchem Umfang und auf welche Weise sie Sozial- und Umweltbelange in die Unternehmenspolitik integriert. Die gegenwärtigen gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen lassen somit eine sehr große Variationsbreite zu. Es fehlt an einem einheitlichen Standard. Dadurch wird es erschwert, die Nachhaltigkeitspolitiken von Unternehmen zu vergleichen.

3.2.1.2.3 Rechtspolitische Schlussfolgerungen

Im Hinblick auf die rechtspolitische Zielsetzung der Europäischen Kommission, nachhaltige Finanzierungen und Investitionen als Treiber für eine nachhaltigere Wirtschaft voranzubringen, erweist sich der rechtliche *Status Quo* als wenig befriedigend. Zwar bestehen im Grundsatz keine zwingenden gesellschaftsrechtlichen Hürden, die gezielte Investitionen in nachhaltige Unternehmen verhindern. Doch besteht zwischen dem rechtlich Zulässigen und dem Verbotenen eine Grauzone, von der eine gewisse Abschreckungswirkung ausgehen dürfte. Dies gilt insbesondere für Nachhaltigkeitsmaßnahmen, die mit (und sei es auch nur kurzfristigen) Gewinneinbußen verbunden sind, oder solche, die eindeutig kostenneutral sind. In welchem Ausmaß solche Maßnahmen *de lege lata* zulässig sind bzw. eine Pflicht zur Bevorzugung der nachhaltigeren Alternative besteht, ist bisher nicht zufriedenstellend geregelt. Außerdem fehlen einheitliche Vorgaben und Standards, die eine Bewertung und den Vergleich von nachhaltigkeitsorientierten Unternehmenspolitiken erschweren. Eine gesetzlich verankerte Sorgfaltspflicht könnte hier Abhilfe schaffen. Insoweit sind grundsätzlich zwei Regelungsalternativen denkbar: Eine Regelung im Gesellschaftsrecht oder eine allgemeine, öffentlich-rechtliche Norm in einem eigenen Stammgesetz.

3.2.1.2.4 Denkbarer Regelungsstandort einer Sorgfaltspflicht im Gesellschaftsrecht

Möchte man eine menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht im Gesellschaftsrecht verankern, stellt sich die Frage nach dem genauen Regelungsort.

Denkbar ist zunächst die Ergänzung einzelner aktienrechtlicher Vorschriften, insbesondere § 76 und § 93 AktG. Während § 76 AktG die Aufgaben und Pflichten des Vorstands im Allgemeinen regelt, ist Gegenstand des § 93 AktG die Frage der Haftung. § 93 AktG wird dabei nicht nur als Verschuldensnorm, sondern auch als Quelle objektiver Verhaltenspflichten gelesen.³¹² Eine Erweiterung des § 93 AktG um eine Sorgfaltspflicht als weitere Verhaltenspflicht würde sich insofern durchaus in die Gesetzessystematik einfügen. Dennoch sprechen die besseren Gründe dafür, eine etwaige Sorgfaltspflichtenregelung bei § 76 AktG anzusiedeln: § 76 AktG ist die allgemeinere Norm und bildet den Ausgangspunkt der Diskussion um die Unternehmensziele.

³¹¹ Siehe z. B. BGH v. 6. Dezember 2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585.

³¹² Siehe nur Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 93 Rn. 4.

Die Sorgfaltspflicht wäre in § 76 AktG somit besonders sichtbar und der Bezug zur Frage nach den Unternehmenszielen würde unmittelbar deutlich. Bei Verankerung in § 93 AktG droht die Sorgfaltspflicht außerdem leer zu laufen, weil die Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG einen (Vermögens-)Schaden der Gesellschaft gemäß §§ 249 ff. BGB voraussetzt und ein solcher nicht bei allen Sorgfaltspflichtverstößen vorliegen wird.³¹³ Umgekehrt würde der Verstoß gegen eine in § 76 AktG verankerte Sorgfaltspflicht eine Pflichtverletzung gemäß § 93 AktG begründen. Hält man die Verankerung der Sorgfaltspflicht im Aktienrecht für sinnvoll, ist § 76 AktG somit der vorzugswürdige Regelungsort.

Gelegentlich werden in den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zum Risikomanagement Anknüpfungsmöglichkeiten für eine umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfalt gesehen.³¹⁴ Im deutschen Recht verpflichtet § 91 Abs. 2 AktG den Vorstand dazu, „ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“ Er ist damit verpflichtet, Maßnahmen (z.B. organisatorischer Art) zur Früherkennung von Risiken zu veranlassen und deren Einhaltung zu überprüfen.³¹⁵ Diese Pflicht weist durchaus Parallelen zum Konzept der Sorgfaltspflicht auf: Sie ist erstens organisations- und prozessbezogen, was dem prozeduralen Charakter der Sorgfaltspflicht entspricht (und damit auch in der praktischen Umsetzung Ähnlichkeiten aufweisen könnte). Sie verpflichtet zweitens dazu, außerhalb der Gesellschaft liegende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen und ähnelt damit den informatorischen Anforderungen der Sorgfaltspflicht über die Lieferkette hinweg. Diese Gemeinsamkeiten dürfen andererseits nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der dem § 91 Abs. 2 AktG zugrundeliegende Risikobegriff von der Schutzrichtung einer umweltbezogenen und menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht insofern deutlich unterscheidet, als er ausschließlich die Gesellschaft selbst betreffende wirtschaftliche Risiken, die darüber hinaus ein Potenzial zur Bestandsgefährdung haben, erfasst. Dies lässt § 91 Abs. 2 AktG als Standort für eine gesetzliche Sorgfaltspflichtenregelung ungeeignet erscheinen.

Denkbar wäre es schließlich auch, einen eigenen Abschnitt in das Aktiengesetz einzufügen, etwa am Ende des Ersten Teils (§§ 1 – 22), der die *Allgemeinen Vorschriften* des Aktienrechts enthält. Dies hätte den Vorteil, dass zumindest etwas detailliertere und damit konkretere Regelungen aufgenommen werden könnten als dies im Falle einer bloßen Ergänzung weiterer Absätze in § 76 AktG oder der Schaffung eines neuen § 76a AktG vorstellbar wäre.

3.2.1.2.5 Durchsetzbarkeit einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung

Bei Verankerung der Sorgfaltspflicht im Gesellschaftsrecht stehen nur die gesellschaftsrechtlichen Durchsetzungsinstrumente zu Verfügung. In der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft genießt der Vorstand ein hohes Maß an Unabhängigkeit gegenüber den Aktionärinnen und Aktionäre. Dies kommt in seiner Leitungsverantwortung gemäß § 76 Abs. 1 AktG zum Ausdruck und zeigt sich zum anderen in den begrenzten Einflussmöglichkeiten der Aktionärinnen und Aktionäre. Diese sind auf die Rechte der Hauptversammlung gemäß §§ 118 ff. AktG begrenzt. Der Katalog des § 119 AktG ist

³¹³ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 47.

³¹⁴ Vgl. OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, 2011, Allgemeine Grundsätze A. Nr. 10.

³¹⁵ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 91 Rn. 6 ff.

im Grundsatz abschließend.³¹⁶ Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten werden von der Rechtsprechung nur unter sehr engen Voraussetzungen anerkannt.³¹⁷

Als mögliches Instrument zur mittelbaren Durchsetzung einer Sorgfaltspflicht kommt zunächst die Wahl entsprechender Aufsichtsratsmitglieder in Frage (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG), die die Befolgung der Sorgfaltspflicht durch den Vorstand überwachen. Gerade größere, nachhaltigkeitsorientierte Investoren können auf diesem Weg gezielt auf die Geschäftspolitik Einfluss nehmen. Dies setzt freilich ein entsprechendes Beteiligungsvolumen voraus.

Als weiteres Instrument gibt das Aktiengesetz den Aktionärinnen und Aktionäre die Entscheidung über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats an die Hand (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG). Missachtet der Vorstand die Sorgfaltspflicht, könnten die Aktionärinnen und Aktionäre in der Hauptversammlung den Leitungsorganen die Entlastung verweigern. Damit sind zwar unmittelbar keine weiteren Rechtsfolgen verbunden. Von der Verweigerung der Entlastung kann aber eine starke Symbolwirkung ausgehen. Die Entlastungsverweigerung hat in der Praxis immer wieder den Rücktritt des Vorstands oder einzelner Vorstandsmitglieder zur Folge.

Darüber hinaus steht den Aktionärinnen und Aktionäre in der Hauptversammlung das Auskunftsrecht gemäß § 131 AktG zur Verfügung. Dieses lässt sich nutzen, um an Informationen über die Einhaltung der Sorgfaltspflicht zu gelangen und vom Vorstand Rechenschaft hierüber zu erlangen.

Etwaige Haftungsansprüche gegen den Vorstand kann grundsätzlich allerdings nur der Aufsichtsrat durchsetzen (vgl. § 112 AktG). Die Aktionärinnen und Aktionäre können die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen notfalls durch Mehrheitsbeschluss in der Hauptversammlung gemäß § 147 AktG erzwingen, benötigen dafür aber ein entsprechendes Quorum. Ob die Vorstandshaftung sich als Instrument zur Durchsetzung einer Sorgfaltspflicht eignet, ist allerdings fraglich. Gemäß § 93 Abs. 2 AktG haftet der Vorstand nur, wenn der Gesellschaft durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Der Schadensbegriff richtet sich nach §§ 249 ff. BGB und umfasst damit grundsätzlich nur Vermögensschäden. Ein solcher wird aber nicht bei allen Sorgfaltspflichtverstößen auszumachen sein. Kommt der Vorstand seiner Sorgfaltspflicht beispielsweise nicht nach, indem er bei einer zwar legalen, aber aus Umweltgesichtspunkten problematische Geschäftstätigkeit keine Maßnahmen zur Verringerung der Umwelteinwirkungen ergreift oder die Tätigkeit – als *ultima ratio* - beendet, entsteht der Aktiengesellschaft kein Schaden, der sich mit den Kategorien der §§ 249 ff. BGB erfassen ließe. Umgekehrt lassen sich die meisten Fälle, in denen der Gesellschaft ein Vermögensschaden entstanden ist, bereits *de lege lata* durch § 93 AktG erfassen.

Im Ergebnis können die zur Verfügung stehenden gesellschaftsrechtlichen Durchsetzungsinstrumente zwar durchaus wirksam sein, dürften aber nicht ausreichen, um eine umfassende Beachtung einer Sorgfaltspflicht sicherzustellen. Aus der Sicht von nachhaltigkeitsorientierten Investorinnen und Investoren dürfte durch die bestehenden gesellschaftsrechtlichen Instrumente nicht in allen Fällen gewährleistet sein, dass sie die Einhaltung einer gesetzlichen Sorgfaltspflicht gegenüber der Geschäftsleitung effektiv durchsetzen können.

³¹⁶ Hoffmann, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage 2019, § 119 Rn. 1.

³¹⁷ Näher dazu Hoffmann, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage 2019, § 119 Rn. 22 ff.

3.2.1.2.6 Verhältnis zu einer Sorgfaltspflicht in einem allgemeinen Stammgesetz

Die Einhaltung der Gesetze, denen das Unternehmen unterworfen ist, gehört zu den wichtigsten Pflichten des Vorstands.³¹⁸ Würde die Sorgfaltspflicht in einem allgemeinen Stammgesetz statt im Aktiengesetz verankert, wäre der Vorstand demzufolge verpflichtet, für deren Beachtung zu sorgen. Im Falle der Missachtung der Sorgfaltspflicht stünden die gesellschaftsrechtlichen Durchsetzungsinstrumente (insb. Verweigerung der Entlastung wegen Gesetzesverstoß, Organhaftung wegen Pflichtverletzung) zur Verfügung. Einer zusätzlichen gesetzlichen Regelung im Gesellschaftsrecht bedürfte es dafür nicht. Gleichwohl könnte es sich anbieten, klarstellend eine ausdrückliche Bezugnahme auf das allgemeine Stammgesetz etwa in einem § 76 Abs. 1 S. 2 AktG n.F. oder einem § 93 Abs. 1a AktG n.F. aufzunehmen. Damit würde die Bedeutung der Sorgfaltspflicht für die Unternehmensleitung auch vor dem Hintergrund der oben dargestellten Kontroverse um den Unternehmenszweck jedenfalls symbolisch aufgewertet.

Eine rein gesellschaftsrechtliche Regelung böte gegenüber einer Regelung in einem allgemeinen Stammgesetz jedenfalls keine Vorteile, sondern wäre lediglich eine Variante einer „kleinen“ Lösung.

3.2.1.3 Ergebnis und Handlungsempfehlung

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zusammenfassend folgendes Ergebnis:

Eine Änderung der Vorschriften über die Geschäftsleiterpflichten ist nicht zwingend geboten, um Investitionen in nachhaltige Unternehmen überhaupt zu ermöglichen. Allerdings würde eine verbindliche Regelung der Sorgfaltspflicht den rechtlichen Rahmen für nachhaltige Investitionen deutlich verbessern. Dadurch würden Unklarheiten des geltenden Rechts beseitigt und die Vergleichbarkeit der Nachhaltigkeitspolitik von Unternehmen erhöht.

Gegenüber der umfassenden, rechtsgebietsübergreifenden Sorgfaltspflichtenregelung („große Lösung“) in einem eigenen Stammgesetz weist eine rein gesellschaftsrechtliche Lösung verschiedene Nachteile auf (vgl. Kapitel 3.2.2). Eine entsprechende Vorschrift in dem oben in Kapitel 3.1 vorgeschlagenen Stammgesetz wäre vom Vorstand im Rahmen seiner Legalitätspflicht zu beachten; ihre Missachtung könnte mit gesellschaftsrechtlichen Instrumenten, wie z. B. Verweigerung der Entlastung und – sofern der Gesellschaft ein Vermögensschaden entstanden ist – Organhaftungsansprüche, durchgesetzt werden. Eine zusätzliche Verankerung der Sorgfaltspflicht im Gesellschaftsrecht durch Bezugnahme auf das allgemeine Stammgesetz in § 76 oder § 93 AktG wäre allerdings denkbar. Daraus ergäben sich zwar keine weiteren rechtlichen Konsequenzen; allerdings würde eine solche Klarstellung im Gesellschaftsrecht die Bedeutung der Sorgfaltspflicht für die Geschäftsleitung symbolisch aufwerten.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für die ausschließliche Verankerung der Sorgfaltspflicht im Gesellschaftsrecht, so bietet sich vorrangig die Aufnahme eines eigenständigen Abschnittes in das AktG an, z. B. am Ende des ersten Teils bei den Allgemeinen Vorschriften (§§ 1-22 AktG). Für eine bloße Ergänzung von § 76 AktG (oder § 93 AktG) erscheint die Materie zu komplex.

3.2.2 Handelsrechtliche Variante der „kleinen Lösung“

Allerdings wirft eine aktienrechtliche Lösung die Frage auf, inwieweit die damit verbundene Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches der Sorgfaltspflicht auf diese Rechtsform sachlich gerechtfertigt wäre. Sieht man den Kapitalmarkt und damit die Anteilseigner und Investorinnen und Investoren als maßgebliche Triebkraft zur Durchsetzung einer

³¹⁸ Siehe nur Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 93 Rn. 6 m. w. N.

unternehmerischen Sorgfaltspflicht an (wie etwa die EU-Kommission in ihrem Aktionsplan), erscheint eine Beschränkung auf Rechtsformen von Unternehmen, die sich über die Kapitalmärkte finanzieren, zunächst einleuchtend. Andererseits werden gerade in Deutschland durchaus eine erhebliche Zahl großer Unternehmen nicht von einer Aktiengesellschaft getragen, sondern etwa in Gestalt von GmbHs oder Kommanditgesellschaften geführt. Eine Beschränkung auf das Aktien- oder Kapitalgesellschaftsrecht würde damit zu einer Ungleichbehandlung, und potentiell einer Benachteiligung von Kapitalgesellschaften gegenüber anderen Rechtsformen führen. Damit würde die Gelegenheit verpasst, durch eine gesetzlich verankerte Sorgfaltspflicht ein „level playing field“ für alle hierzulande ansässigen Unternehmen zu schaffen. Außerdem ließe eine rechtsformspezifische Regelung allfällig Umgehungen befürchten.

Um diese beiden Nachteile (Benachteiligung von Kapitalgesellschaften, Umgehungsgefahr) zu vermeiden, erscheint es bedenkenswert, die Sorgfaltspflicht in einer rechtsformunabhängigen Regelung zu verankern. Sofern dies nicht durch ein – wie in Kapitel 3.1 diskutiert – rechtsgebietübergreifendes Stammgesetz erfolgt, böte das Handelsgesetzbuch (HGB) einen geeigneten Regelungsstandort. Anknüpfungspunkt für die Sorgfaltspflicht wäre in diesem Fall nicht (ausschließlich) die Rechtsform, sondern der handelsrechtliche Kaufmannsbegriff gemäß §§ 1 ff. HGB. Die Anwendbarkeit der Sorgfaltspflicht hinge damit von der Rechtsform oder von Art und Umfang der Tätigkeit des Geschäfts ab (vgl. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 HGB). Im Wesentlichen unterfielen dann alle nicht ganz kleinen, kommerziell ausgerichteten Unternehmen (ausgenommen insb. die freien Berufe und die bloße Vermögensverwaltung) dem persönlichen Anwendungsbereich.³¹⁹ Als konkreter Regelungsstandort im HGB erschiene die Einfügung eines neuen Abschnitts im oder nach dem Ersten Abschnitt (Allgemeine Vorschriften) des Vierten Buchs des HGB besonders geeignet. Zu bedenken ist, dass die Sorgfaltspflicht bei einer Regelung im HGB (ebenso wie bei einer Regelung im AktG) – zumindest augenscheinlich – privatrechtlichen Charakter hätte. Ob dies dem sui generis- (oder „hybriden“) Charakter der Sorgfaltspflicht,³²⁰ die sich als Antwort auf problematische Auswüchse der herkömmlichen strikten Trennung von privatem und öffentlichem Recht³²¹ begreifen lässt, angemessen Rechnung trägt, ist nicht zweifelsfrei. Jedenfalls scheint eine Regelung im HGB jedoch einem rechtsformabhängigen Ansatz im Kapitalgesellschaftsrecht prinzipiell überlegen.

3.3 Verankerung nachhaltigkeitsbezogener Sorgfaltspflichten im *Deutschen Corporate Governance Kodex*? („Minimallösung“)

Im Folgenden Abschnitt wird untersucht, inwieweit eine Verankerung nachhaltigkeitsbezogener Sorgfaltspflichten im Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) sinnvoll und machbar wäre.

Im Vergleich zu den beiden vorstehend in Kapitel 3.1 bis 3.2.2 diskutierten Regelungskonzepten handelt es sich – für sich genommen – um den Ansatz mit der geringsten Regelungsschärfe bzw. Durchsetzungskraft. Er wird hier daher als „Minimallösung“ bezeichnet.

Es werden zunächst einige Grundlagen herausgearbeitet, die für das Verständnis des DCGK und seiner Funktionsweise elementar sind (dazu 3.3.1). Dabei wird auch auf die Durchsetzungsmechanismen (dazu 3.3.2) und die Wirkungsweise des Regelungsansatzes eingegangen (dazu 3.3.3). Anschließend werden denkbare Anknüpfungsmöglichkeiten für eine

³¹⁹ Näher zum Kaufmannsbegriff: Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 1 Rn. 1 ff.

³²⁰ Etwa Ruggie/Sherman, The Concept of Due Diligence in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, European Journal of International Law Vol. 28 (2017), Issue 3, 921 ff.

³²¹ Vgl. dazu Teubner, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure, in: Der Staat 2006, 161-187 (dort insb. S. 163 ff.).

unternehmerische Sorgfaltspflicht im Kodex analysiert (dazu 3.3.4). Auf dieser Grundlage werden abschließend die beiden wesentlichen Ausgestaltungsoptionen skizziert, die sich anbieten könnten: Das hier so bezeichnete „Alternativmodell“ einerseits und der hier als „Ergänzungsmodell“ bezeichnete Ansatz andererseits (dazu 3.3.5).

3.3.1 Grundlagen

Zu den Grundlagen, die für das Verständnis der Eingangs gestellten Frage wesentlich sind, zählen Genese (dazu 3.3.1.1.), institutioneller Rahmen (3.3.1.2.), Regelungsgehalt (3.3.1.3.) und Rechtsnatur (3.3.1.4.) sowie schließlich Verfassungskonformität und Legitimationsfragen des Kodex (3.3.1.5.).

3.3.1.1 Entstehung und Herkunft

Die Regelungsform Corporate Governance-Kodex entspringt dem angelsächsischem Rechtsraum und hat außerdem Vorbilder in der Standardsetzung internationaler Organisationen wie z. B. der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), die maßgeblich zu ihrer weltweiten Verbreitung beigetragen haben.³²² Corporate Governance-Kodizes wurzeln im Aktionärs- bzw. Anlegerschutz und waren ursprünglich eine Form reiner Selbstregulierung: Große Wirtschaftsskandale (etwa „Enron“, „Worldcom“) machten Defizite und Schutzlücken des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts sichtbar, welches keinen ausreichenden Schutz vor Bilanzfälschungen, Kapitalanlagebetrug, Missmanagement und anderen Formen anlegerschädigenden Verhaltens bieten konnte. Als Reaktion darauf entwickelten Börsen und große institutionelle Investoren in eigener Initiative private Standards mit „best practices“ zur „guten Unternehmensführung“. Die Durchsetzung der Standards gegenüber den Unternehmen erfolgte im Wege des „private enforcement“, beispielsweise indem Börsen die Notierung von Aktien und große Investoren ihre Investitionsentscheidung von der Einhaltung dieser Standards abhängig machten. Gerade auf kapitalmarktorientierte Unternehmen ging hiervon – auch ohne flankierende gesetzliche Regeln – ein erheblicher Befolgungsdruck aus. Im Laufe der Zeit setzten sich bestimmte Standards durch und wuchsen sich zu etablierten, einheitlichen Regelwerken aus. Diese Entwicklung wurde später staatlicherseits aufgegriffen, kanalisiert und befördert und schließlich von einer reinen Selbstregulierung in eine „regulierte Selbstregulierung“ überführt. In Europa erfolgte dies erstmals in Großbritannien.³²³

Kurz nach der Jahrtausendwende erreichte die „Kodex-Bewegung“ die Bundesrepublik Deutschland. Inspiriert durch die Entwicklung in Großbritannien³²⁴ und zudem als Reaktion auf verschiedene Wirtschaftsskandale³²⁵ setzte die Bundesregierung die Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ unter der Leitung von *Theodor Baums* (sog. „Baums-Kommission“) ein, um Empfehlungen zur Verbesserung des deutschen Corporate-Governance-Systems auszuarbeiten. Angestrebt wurde sowohl ein verbesserter Anlegerschutz als auch eine Steigerung der Attraktivität deutscher Unternehmen für die internationalen Kapitalmärkte.³²⁶

³²² Näher zur „internationalen Kodexbewegung“ v. Werder, in: Kremer u.a. (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 7. Auflage 2018, Rn. 3 ff.

³²³ Zur Entstehung des UK Corporate Governance Code siehe Winner, Der UK Corporate Governance Code, ZGR 2012, 246, 250 ff.

³²⁴ Vgl. Deutsche Regierungskommission Corporate Governance & Baums, Bericht, 2001, BT-Drs. 14/7515, S. 28 Rn. 6.

³²⁵ Vetter, DNotZ 2003, 748 f.

³²⁶ Der Auftrag der Baums-Kommission wird in dem Bericht der Regierungskommission von 2001 folgendermaßen umschrieben: „Die Kommission soll sich aufgrund der Erkenntnisse aus dem Fall Holzmann mit möglichen Defiziten des deutschen Systems der Unternehmensführung und -kontrolle befassen. Darüber hinaus soll sie im Hinblick auf den durch Globalisierung und Internationalisierung der Kapitalmärkte sich vollziehenden Wandel unserer Unternehmens- und Marktstrukturen Vorschläge für

Der Kodex ist damit Teil eines Bündels politischer Maßnahmen um die Jahrtausendwende, die auf eine stärkere Kapitalmarktorientierung der deutschen Wirtschaft zielten.³²⁷

Als Ergebnis ihrer Arbeit empfahl die Baums-Kommission, einen „Code of Best Practice“ für deutsche börsennotierte Unternehmen auszuarbeiten.³²⁸ Mit dieser Aufgabe beauftragte das Bundesjustizministerium eine weitere Kommission, die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (Regierungskommission), die bis heute für die Evaluierung und Weiterentwicklung des Kodex zuständig ist. Der Deutsche Corporate Governance Kodex wurde erstmalig 2002 im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Die neueste, von der Regierungskommission am 16. Dezember 2019 beschlossene Fassung des Kodex wurde am 20. März 2020 im Bundesanzeiger bekanntgemacht.³²⁹

3.3.1.2 Institutioneller Rahmen und Regelungsetzung

Die Kodex-Gebung ist gesetzlich nicht näher ausgestaltet und damit weitgehend in die Hände der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex gelegt. Die Regierungskommission wird vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) administriert. Dies erfolgt im Wege einfachen Verwaltungshandelns, welches auf die Ressortzuständigkeit innerhalb der Bundesregierung gestützt wird.³³⁰ Das BMJV beruft insbesondere die Mitglieder der Kommission, nimmt die Veröffentlichung im Elektronischen Bundesanzeiger vor, durch die die jeweilige Fassung des Kodex in Kraft tritt (vgl. § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG), und überprüft etwaige Änderungen des Kodex auf ihre Rechtmäßigkeit.³³¹ Im Übrigen beschränkt das BMJV sich auf eine Begleit- und Vermittlungsfunktion, um dem Selbstregulierungscharakter der Kodex-Kommission Rechnung zu tragen.³³²

Die Regierungskommission setzt sich aus Führungspersönlichkeiten aus der Privatwirtschaft, Experten auf dem Gebiet der Rechnungslegung und Professoren der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zusammen.³³³ Vertreterinnen und Vertreter anderer Stakeholder-Gruppen (etwa Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen) waren in ihr bisher nicht vertreten.

Regelungen über die Zusammensetzung der Regierungskommission oder die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens existieren nicht. Die Regierungskommission überprüft den Kodex allerdings regelmäßig, mindestens einmal jährlich. Sind größere Änderungen des Kodex angedacht, führt die Regierungskommission mittlerweile öffentliche Konsultationsverfahren durch.³³⁴ Sie vertritt insoweit den Anspruch, Standards „für möglichst viele Stakeholder“ zu

eine Modernisierung unseres rechtlichen Regelwerks unterbreiten.“; Deutsche Regierungskommission Corporate Governance & Baums, Bericht, 2001, BT-Drs. 14/7515, S. 3.

³²⁷ Vgl. dazu das „Vierte Finanzmarktförderungsgesetz“ von 21. Juni 2002, BGBl. 2002 I S. 2010 ff.

³²⁷ Die Neufassung ist abrufbar unter <https://dcgk.de/de/kodex/dcgk-2019.html>.

³²⁸ Deutsche Regierungskommission Corporate Governance & Baums, Bericht, 2001, BT-Drs. 14/7515, S. 14 Rz. 16-17.

³²⁹ BAnz AT 20.03.2020 B3. Die aktuelle Fassung ist abrufbar unter: https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/191216_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex.pdf (letzter Abruf: 19. April 2020).

³³⁰ V. Werder, in: Kremer u.a. (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 7. Auflage 2018, Rn. 13.

³³¹ Vgl. Goette, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Auflage 2018, § 161 Rn. 26.

³³² V. Werder, in: Kremer u.a. (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 7. Auflage 2018, Rn. 19 f.

³³³ Ausführlich (mit Auflistung der bisherigen Mitglieder) v. Werder, in: Kremer u.a. (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 7. Auflage 2018, Rn. 9 f.

³³⁴ Die Ergebnisse der Konsultationsverfahren sind abrufbar unter <https://dcgk.de/de/konsultationen/archiv/konsultation-2019.html> (letzter Abruf: 14. August 2019).

setzen.³³⁵ Das Konsultationsverfahren soll mithin dazu beitragen, die von verschiedener Seite bemängelte Legitimation der Regierungskommission zu stärken.³³⁶

Eine direkte Einflussnahme mit dem Ziel der Ergänzung des DCGK um eine menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht wäre daher weder der Bundesregierung, noch einzelnen Ministerien oder sonstigen Stellen außerhalb der Regierungskommission möglich, ohne den bisherigen institutionellen Rahmen zu verlassen. Gegenwärtig wäre es lediglich möglich, – z. B. im Rahmen einer künftigen Konsultation – gegenüber der Regierungskommission seitens der Bundesregierung, dem BMU oder dem UBA *anzuregen*, eine Sorgfaltspflichtenregelung in den Kodex aufzunehmen. Ob die Kommission einer derartigen Anregung nachkommt, liegt jedoch vollständig in ihrem Ermessen.

3.3.1.3 Regelungsgehalt

Der Regelungsgegenstand des DCGK lässt sich zunächst anhand des (juristisch recht unscharfen) Begriffs der Corporate Governance erschließen. Auf eine griffige Formel gebracht, ist Corporate Governance die „Lehre von der optimalen Führung und Überwachung von Unternehmen“.³³⁷ Die Corporate Governance-Diskussion wird interdisziplinär an der Schnittstelle von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften geführt und bezieht oft rechtsvergleichende Analysen mit ein. Zentrale Bedeutung kommt dabei wirtschaftswissenschaftlichen Arbeiten zur Theorie der Unternehmung zu, welche sich mit Eigentumsrechten und dem Prinzipal-Agenten-Problem zwischen Unternehmensleitung und Eigentümern befassen.³³⁸ Repräsentativ ist insoweit folgende, vielfach rezipierte Umschreibung von *Shleifer/Vishny*:

„Corporate Governance deals with the ways in which suppliers of finance to corporations assure themselves of getting a return on their investment. [...] Our perspective on corporate governance is a straightforward agency perspective, sometime referred to as separation of ownership and control.“³³⁹ Diese Begriffsbestimmung macht die Fokussierung auf den Anleger- und Gläubigerschutz und den engen Bezug zum Kapitalmarkt(recht) deutlich. Daraus erklärt sich auch, weshalb sich die „Baums-Kommission“ mit den Belangen anderer Interessensgruppen (Stakeholder), insbesondere der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ursprünglich sogar explizit nicht befasst hat.³⁴⁰

Mittlerweile wurde die Präambel des Kodex allerdings um Bezüge zur gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen erweitert. So nimmt die neue Fassung des Kodex in Absatz 2 der Präambel ausdrücklich Bezug auf die „Rolle des Unternehmens in der Gesellschaft“ sowie „Sozial- und Umweltfaktoren“. Ob der Kodex sich damit von seiner ursprünglichen Ausrichtung auf Aktionärsinteressen löst oder aber bloß eine letztlich an finanziellen Interessen ausgerichtete Nachhaltigkeitskonzeption verfolgt, ist jedoch nicht zweifelsfrei. Denn zumindest der Formulierung nach ordnet auch der neue Absatz 2 der Präambel Sozial- und Umweltfaktoren dem „Unternehmenserfolg“ bzw. dem „Interesse des Unternehmens“ unter. Der Absatz lautet wörtlich:

³³⁵ Siehe z. B. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex vom 25.10.2018, S. 39. <https://www.dcgk.de/de/konsultationen/archiv/konsultation-2019.html?file=files/dcgk/usercontent/de/Konsultationen/2019/181106%20Entwurf%20ueberarbeiteter%20DCGK.pdf> (letzter Abruf: 14. August 2019).

³³⁶ Vgl. v. Werder, in: Kremer u.a. (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 7. Auflage 2018, Rn 84.

³³⁷ Peltzer/v. Werder, Der „German Code of Corporate Governance (GCCG)“ des Berliner Initiativkreises, AG 2001, 1.

³³⁸ Siehe z. B. Martin/Zimmermann, Corporate Governance im Prinzipal-Agenten-Verhältnis, in: Allmendinger u.a. (Hrsg.), Corporate Governance nach der Finanz- und Wirtschaftskrise, 2011, S. 81 ff.

³³⁹ Shleifer/Vishny, A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance 52 (1997), 737.

³⁴⁰ Deutsche Regierungskommission Corporate Governance & Baums, Bericht, 2001, BT-Drs. 14/7515, S. 26 Rz. 3.

„Die Gesellschaft und ihre Organe haben sich in ihrem Handeln der Rolle des Unternehmens in der Gesellschaft und ihrer gesellschaftlichen Verantwortung bewusst zu sein. Sozial- und Umweltfaktoren beeinflussen den Unternehmenserfolg. Im Interesse des Unternehmens stellen Vorstand und Aufsichtsrat sicher, dass die potenziellen Auswirkungen dieser Faktoren auf die Unternehmensstrategie und operative Entscheidungen erkannt und adressiert werden.“

Ungeachtet dessen befassen sich die Normen des Kodex praktisch ausschließlich mit Fragen der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft. Die Empfehlungen und Anregungen des Kodex beschränken sich ganz überwiegend darauf, das Aktienrecht zu konkretisieren.

Der Kodex enthält drei Arten von Normen: Erstens sog. „Anregungen“, die an dem Wort „sollte“ zu erkennen sind. Von Anregungen kann abgewichen werden, ohne dass dies begründet oder offengelegt werden muss. Sie weisen damit den geringsten Grad an Verbindlichkeit auf, werden im Kodex aber auch nur selten verwendet. Zweitens enthält der Kodex sog. „Empfehlungen“, die im Text durch das Wort „soll“ gekennzeichnet sind. Empfehlungen begründen keine Befolgungspflicht. Macht eine Gesellschaft von der Abweichungsmöglichkeit Gebrauch, muss sie dies aber gemäß § 161 AktG offenlegen und begründen. Dieser sog. „Comply-or-Explain“-Regelungsansatz fand sich, bevor er vom europäischen Gesetzgeber aufgegriffen wurde, in den Börsenregeln der London Stock Exchange.³⁴¹ Er soll den untergesetzlichen Empfehlungen eine verhaltenssteuernde Wirkung geben, indem er durch Transparenz die Möglichkeit zur offenen, diskursiven Koordinierung zwischen Staaten, privaten Marktteilnehmerinnen und -teilnehmern und der Öffentlichkeit schafft.³⁴² Drittens enthält der neue Kodex sog. „Grundsätze“. Grundsätze treten an die Stelle der bisherigen berichtenden Teile des Kodex. Diese fassten in der bisherigen Fassung die Vorschriften des geltenden Aktienrechts zusammen und waren nach Auffassung der Regierungskommission zu einem großen Teil redundant und entbehrlich. Die neuen Grundsätze geben ebenfalls das Gesetzesrecht wieder, beschränken sich aber auf die zentralen Normen.³⁴³

Adressaten des Kodex sind primär börsennotierte Gesellschaften und Gesellschaften mit Kapitalmarktzugang im Sinne des § 161 Abs. 1 Satz 2 AktG. Nicht kapitalmarktorientierten Gesellschaften wird die Beachtung des Kodex in der Präambel zwar „empfohlen“, es besteht für diese aber keine Erklärungsspflicht gemäß § 161 AktG. Die Regierungskommission hat im Zuge der aktuellen Überarbeitung erneut bekräftigt, dass sie sich vorrangig an den Bedürfnissen kapitalmarktorientierter Unternehmen ausrichtet.³⁴⁴

3.3.1.4 Rechtsnatur

Der DCGK fügt sich nur schwer in die überkommenen rechtlichen Kategorien ein. Abschließend geklärt ist die Rechtsnatur des Kodex, trotz einer äußerst umfangreichen Debatte im juristischen Schrifttum, bisher jedoch nicht. Die wohl herrschende Meinung³⁴⁵ betrachtet die Anregungen und Empfehlungen des Kodex nicht als Rechtsnormen i. S. v. Art. 2 EGBGB, wohl aber als Normen mit „Geltungsanspruch mit Ausstiegsklausel“, die sich als *soft law* bezeichnen lassen. Andere

³⁴¹ Leyens, *Comply or Explain im Europäischen Privatrecht – Erfahrungen im Europäischen Gesellschaftsrecht und Entwicklungschancen des Regelungsansatzes*, ZEuP 2016, 388, 391.

³⁴² So Leyens, *Comply or Explain im Europäischen Privatrecht – Erfahrungen im Europäischen Gesellschaftsrecht und Entwicklungschancen des Regelungsansatzes*, ZEuP 2016, 388, 389.

³⁴³ Regierungskommission 2019, S. 5 f.

³⁴⁴ Vgl. v. Werder, *Zum Reformentwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex*, DB 2019, 41 f.

³⁴⁵ Koch, in: Hüffer/Koch, *AktG*, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 3; Ulmer, *Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften*, ZHR 2002, 150, 158 ff.

qualifizieren die Anregungen und Empfehlungen des Kodex als staatlich³⁴⁶ oder als Handelsbrauch i. S. v. § 346 HGB³⁴⁷. Die Praxis hat sich mit der verbleibenden Unklarheit im Theoretischen wohl arrangiert und fokussiert sich auf die rechtlichen und außerrechtlichen Wirkungen des Kodex.

Entscheidend dürfte sein, dass der DCGK einen idealtypischen Fall der Selbstregulierung darstellt. Dies spiegelt sich institutionell in der Besetzung der Kodex-Kommission und der zurückhaltenden administrativen Begleitung seitens des Bundesjustizministeriums wider. Dies hat vor allem zu Folge, dass eine Änderung oder Ergänzung des Kodex nur über die Normsetzung in der Kodex-Kommission erreicht werden kann. Anders formuliert: Eine Änderung des Kodex durch den parlamentarischen Gesetzgeber ist in dem gegenwärtigen System der Selbstregulierung nicht vorgesehen und würde dieses seinerseits grundlegend verändern. Regierung und Gesetzgeber können daher allenfalls Anregungen aussprechen, darüber hinaus jedoch keinen echten politischen Einfluss auf die inhaltlich Ausgestaltung des Kodex nehmen, ohne zuvor den institutionellen Rahmen grundlegend umzugestalten (s.o.).

Eine erhebliche normative Aufwertung erfährt der Kodex durch die Vorschrift des § 161 AktG, wonach Vorstand und Aufsichtsrat jährlich eine Erklärung über die Befolgung oder Nichtbefolgung des Kodex abzugeben haben (dazu ausführlicher unten 3.3.2.1).

3.3.1.5 Verfassungskonformität und Legitimität

Kontrovers diskutiert wird, ob das aus dem DCGK und § 161 AktG bestehende Regulierungskonzept verfassungskonform und auch im Übrigen legitim ist. Die freie und rein private Besetzung der Kodex-Kommission, die vergleichsweise geringe Transparenz des Normentwicklungsprozesses, das Fehlen eines staatlichen Überprüfungs- und Anerkennungsverfahrens und die Tatsache, dass der Kodex via § 161 AktG gleichwohl eine Fülle von Rechtsfolgen nach sich zieht, lassen durchaus gewisse Zweifel an der Vereinbarkeit mit Gesetzesvorbehalt (Art. 20 Abs. 3 GG) und Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) aufkommen.³⁴⁸ Nichtsdestotrotz wird die Verfassungskonformität von den meisten Autoren im Ergebnis bejaht.³⁴⁹ Die angesprochenen Bedenken werden damit in den Bereich der Rechtspolitik verschoben. Das Bundesverfassungsgericht hatte über die Vereinbarkeit des DCGK und § 161 AktG mit dem Grundgesetz bisher nicht zu entscheiden und es liegen auch keine verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu hinreichend vergleichbaren Fällen vor. Eine abschließende verfassungsrechtliche Bewertung erweist sich damit als schwierig.

In Hinblick auf die Frage nach einer Verankerung einer umweltbezogenen und menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht im Kodex empfiehlt es sich jedoch, die vorgenannten Bedenken ernst zu nehmen. Die (isolierte) Aufnahme einer solchen Sorgfaltspflicht in den Kodex (s.u. „Alternativmodell“) bedeutete eine nicht unerhebliche Modifizierung des Kodex und könnte – je nach Ausgestaltung – deutlich über die Gesetzeslage hinausgehen. Über den durch § 161 AktG vermittelten Mechanismus ergäben sich daraus, trotz formaler Unverbindlichkeit der „Kodex-Sorgfaltspflicht“, mittelbar rechtliche Folgen. Angesichts der vergleichsweise großen Tragweite einer unternehmerischen Sorgfaltspflicht könnten die verfassungsrechtlichen und legitimatorischen Bedenken gegen die Regelung einer derartigen Kodex-Pflicht vorgebracht werden. Andererseits könnte sich die Kodex-Kommission immerhin darauf berufen, dass sie mit

³⁴⁶ Etwa Seidel, Der Deutsche Corporate Governance Kodex – eine private oder doch eine staatliche Regelung?, ZIP 2004, 285, 289.

³⁴⁷ OLG Zweibrücken v. 3. Februar 2011 – 4 U 76/10, DB 2011, 754 (756).

³⁴⁸ Vgl. Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 4 f.; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Auflage 2015, § 161 Rn. 11 ff.

³⁴⁹ Vgl. Bayer/Scholz, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage 2019, § 161 Rn. 18 ff.; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 4 f.

der Statuierung einer solchen Pflicht lediglich eine sich im internationalen Nachhaltigkeits-*soft law* (insbesondere den UN Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte und den OECD Leitsätzen für Multinationale Unternehmen) abzeichnende Entwicklung aufgreift.

Um eine umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflicht im Kodex auf eine verfassungsrechtlich zweifelsfreie Grundlage zu stellen, ließe sich freilich erwägen, zugleich eine Reform des institutionellen und verfahrensmäßigen Rahmens anzustreben. Eine Verbesserung der demokratischen Legitimation nähme dem Kodex freilich ein Stück weit den Charakter einer reinen Selbstregulierung – und damit der Unabhängigkeit von Staat und Politik, in der Anhänger dieser Regelungsform wohl deren größte Stärke erblicken.³⁵⁰ Eine demokratisch besser legitimierte Kodex-Kommission wäre politischer und keine reine Expertenkommission mehr; ein transparenteres, inklusives Verfahren böte unter Umständen weniger Flexibilität. Ob die Qualität der Kodex-Normierung im Ergebnis darunter effektiv leiden würde, darf angesichts der Vorteile demokratischer Verantwortlichkeit aber bezweifelt werden. Ohnehin ist fraglich, ob die Form von Selbstregulierung, wie sie durch den Kodex (i. V. m. § 161 AktG) gegenwärtig implementiert wird, ihre Versprechungen hält.³⁵¹

Der Einwand mangelnder legitimatorischer Absicherung würde jedoch jedenfalls dann nicht greifen, wenn die Regelung einer menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflicht im DCGK lediglich ergänzend zu einer gesetzlichen Regelung in einem entsprechenden neuen Stammgesetz (wie oben in Kapitel 1 vorgeschlagen) eingeführt werden würde (s.u. das unter 3.3.5.2 beschriebene „Ergänzungsmodell“). In diesem Fall würde eine solche Regelung lediglich die ohnehin geltende Rechtslage aufgreifen (ähnlich dem neugefassten Absatz 2 der Präambel, der die materiellen Aspekte der nichtfinanziellen Berichtspflicht in § 289c Abs. 2 HGB aufgreift)³⁵².

3.3.2 Sanktions- und Durchsetzungsmechanismen

Die Nichtbefolgung von Anregungen oder Empfehlungen des Kodex als solche hat, da diesen keine Rechtsnormqualität zukommt, unstreitig keine unmittelbaren rechtlichen Sanktionen zur Folge.³⁵³ Das Unterlassen oder die Abgabe einer unwahren oder nicht (ausreichend) begründeten Erklärung entgegen § 161 AktG hat demgegenüber verschiedene rechtliche Konsequenzen (dazu 3.3.2.1.). Diese sind nur teilweise gesetzlich ausdrücklich geregelt und ergeben sich im Übrigen erst aus dem Zusammenspiel mit anderen gesetzlichen Normen. Dazu zählen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände (3.3.2.2.), Innenhaftung (3.3.2.3.) und Außenhaftung (3.3.2.4.) sowie die Beschlussanfechtung (3.3.2.5.).

3.3.2.1 § 161 AktG („Comply-or-Explain“-Mechanismus)

In seiner ursprünglichen Fassung verlangte § 161 AktG, dass Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft sich jährlich darüber erklären, welchen Empfehlungen entsprochen wurde und welchen nicht.³⁵⁴ In seiner gegenwärtigen Fassung, insoweit auf

³⁵⁰ Vgl. Ogus, „Self-Regulation,“ in: Encyclopedia of Law and Economics Bd. 1, 2000, 587 ff.

³⁵¹ Vgl. Goette, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Auflage 2018, § 161 Rn. 34; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Auflage 2015, § 161 Rn. 2 und 83.

³⁵² Vgl. die Begründung zu Absatz 2 der Präambel des Kodex n.F.

³⁵³ Koch, in: Koch/Hüffer, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 25.

³⁵⁴ § 161 AktG lautete in seiner ursprünglichen Fassung: „Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären jährlich, dass den vom Bundesministerium der Justiz im amtlichen Teil des Bundesanzeigers bekannt gemachten Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ entsprochen wurde.“

Art. 46a der Bilanzrichtlinie³⁵⁵ zurückgehend und in Anlehnung an die Listing Rules der Londoner Börse (Financial Services Authority Listing Rule 9.8.6), verlangt § 161 AktG darüber hinaus für den Fall der Nichtbefolgung eine Begründung („comply or explain“).³⁵⁶

Die abzugebende Erklärung hat einen vergangenheits- und einen zukunftsbezogenen Teil („entsprochen wurde und wird“)³⁵⁷. Ersterer beinhaltet eine Wissenserklärung und impliziert eine Pflicht zur zweckentsprechenden Wissensbeschaffung und -organisation.³⁵⁸ Bei dem zukunftsgerichteten Teil handelt es sich um eine Absichtserklärung. Diese ist als solche rechtlich nicht bindend.³⁵⁹ Wird die kundgegebene Absicht unterjährig aufgegeben, ist dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber den Aktionärinnen und Aktionäre gegenüber zu berichtigen.³⁶⁰ Bei der Frage, inwieweit die Absicht einer zukünftigen Befolgung des Kodex erklärt wird, wird Vorstand und Aufsichtsrat ein umfassender unternehmerischer Ermessensspielraum zugebilligt.³⁶¹ Dies erscheint angesichts des unverbindlichen Charakters der Anregungen und Empfehlungen konsequent. Der Zweck der Erklärung gemäß § 161 AktG wird vor allem in der Information vorhandener und künftiger Aktionärinnen und Aktionäre gesehen. Diese sollen darüber informiert werden, welche Führungs- und Überwachungsgrundsätze die Gesellschaft lebt.³⁶² Eine gute Corporate Governance ist, zumal für institutionelle Investoren, ein wichtiges Kriterium bei der Entscheidung für oder gegen ein Investment.

Im Zuge der jüngsten Überarbeitung des Kodex wurde eine Begründungs- und Erläuterungspflicht auch für den Fall der Befolgung einer Empfehlung („apply and explain“) zwar erwogen³⁶³, jedoch nach erheblicher Kritik im Konsultationsverfahren bereits in der Entwurfsfassung vom Mai 2019 verworfen.

3.3.2.2 Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Unterlassen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder bei der Aufstellung oder Feststellung des Jahres- bzw. Konzernabschlusses die Pflichtangabe über die Entsprechungserklärung, begehen sie gemäß § 334 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) und Nr. 2 lit. f) HGB eine Ordnungswidrigkeit. In Betracht kommt auch eine Straftat gemäß § 331 Nr. 1 HGB, wenn dadurch die Pflichtangabe gemäß § 285 Nr. 16 HGB und § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB (Abgabe der Entsprechungserklärung und öffentliche Bekanntmachung) unrichtig wiedergegeben oder verschleiert wird. Im Einzelfall kann auch der Straftatbestand des § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG (unrichtige Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft) erfüllt sein.³⁶⁴

³⁵⁵ Siehe Änderung durch Richtlinie 2006/46/EG, ABl. EU L 224/1 v. 16.8.2006.

³⁵⁶ In seiner aktuellen Fassung lautet § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG: „Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären jährlich, dass den vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im amtlichen Teil des Bundesanzeigers bekannt gemachten Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht.“

³⁵⁷ BGH v. 16. Februar 2009 – II ZR 185/07, BGHZ 180, 9, Rz. 19.

³⁵⁸ Koch, in: Koch/Hüffer, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 14.

³⁵⁹ Koch, in: Koch/Hüffer, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 20.

³⁶⁰ BGH v. 16. Februar 2009 – II ZR 185/07, BGHZ 180, 9, Rz. 19.

³⁶¹ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 21.

³⁶² Goette, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Auflage 2018, § 161 Rn. 37.

³⁶³ Siehe Empfehlung A.19 im Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex vom 25.10.2018, abrufbar unter <https://dcgk.de/de/konsultationen/archiv/konsultation-2019.html>, näher dazu v. Werder, Zum Reformentwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2019, 41, 43 f.

³⁶⁴ Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Auflage 2015, § 161 Rn. 81.

3.3.2.3 Innenhaftung

Des Weiteren ist grundsätzlich eine (Innen-)Haftung der Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft möglich.

Gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Zu den wichtigsten Pflichten des Vorstands gehört die Einhaltung gesetzlicher Pflichten (Legalitätspflicht).³⁶⁵ Die Verletzung der Erklärungs- und Begründungspflicht aus § 161 Abs. 1 AktG kann deshalb eine dem § 93 Abs. 2 bzw. § 116 Satz 1 AktG unterfallende, zu vertretende Pflichtverletzung sein.³⁶⁶ Die Gesellschaft hat in diesem Fall einen Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand oder Aufsichtsrat bzw. einzelne Organmitglieder jedoch nur, wenn ihr durch die Unterlassung oder die Abgabe einer unrichtigen Erklärung ein kausaler und zurechenbarer Schaden entstanden ist. Ein messbarer Schaden (z. B. in Form erhöhter Kapitalkosten wegen Kurseinbruch oder Reputationsverlust³⁶⁷ und die Kausalität der Pflichtverletzung für diesen sind in den allermeisten Fällen nicht nachzuweisen.³⁶⁸ Durchaus realistisch, wenngleich von eher geringer Abschreckungswirkung, ist eine Haftung für die Prozesskosten aufgrund einer auf die Verletzung des § 161 AktG gestützten Anfechtungsklage.³⁶⁹ Außerdem können die Kodex-Empfehlungen durch den organschaftlichen Anstellungsvertrag oder eine Geschäftsordnung zur haftungs- oder vertragsstrafenbewehrten Organpflicht erhoben werden.³⁷⁰ Diese Mechanismen unterliegen privatautonomer Gestaltung und hängen damit maßgeblich vom Willen der Gesellschafter ab.

Ob auch die Nichtbeachtung von DCGK-Empfehlungen (im Unterschied zum Verstoß gegen § 161 AktG) eine Pflichtverletzung gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2, § 116 Satz 1 AktG darstellt, ist in der Literatur umstritten und durch die Rechtsprechung bisher nicht geklärt. Vereinzelt wird vertreten, die Nichtbeachtung von Empfehlungen könne jedenfalls dann eine relevante Pflichtverletzung sein, wenn zugleich ein Verstoß gegen eine eigene Entsprechungserklärung vorliegt oder wenigstens naheliegt.³⁷¹ Die Empfehlungen des Kodex werden nach dieser Ansicht gewissermaßen durch eine fehlerhafte Erklärung gemäß § 161 AktG zum rechtserheblichen Sorgfaltsstandard erhoben.

Eine andere Ansicht billigt den Kodex-Empfehlungen zumindest eine mittelbare Relevanz bei der Ermittlung des Sorgfaltsstandards gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG („Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“) zu.³⁷² Die meisten Autorinnen und Autoren schließen auch eine solche, mittelbare Berücksichtigung wegen des unverbindlichen Charakters der Empfehlungen hingegen aus:³⁷³ Anregungen und Empfehlungen seien schon ihrem eigenen Inhalt nach ausdrücklich unverbindlich.

³⁶⁵ Statt vieler: Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 93 Rn. 6 ff.

³⁶⁶ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 25a.

³⁶⁷ Mülbert/Wilhelm, Grundfragen des deutschen Corporate Governance Kodex und der Entsprechungserklärung nach § 161 AktG, ZHR 2012, 286, 300.

³⁶⁸ Koch, in: Koch/Hüffer, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 25a: „eher fernliegend“; Mülbert/Wilhelm, Grundfragen des deutschen Corporate Governance Kodex und der Entsprechungserklärung nach § 161 AktG, ZHR 2012, 286, 300.

³⁶⁹ Goette, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Auflage 2018, § 161 Rn. 98.

³⁷⁰ Goette, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Auflage 2018, § 161 Rn. 98.

³⁷¹ Lutter, Die Erklärung zum Corporate Governance Kodex gemäß § 161 AktG, ZHR 2002, 523, 540 ff.; Ulmer, Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, ZHR 2002, 150, 166 f.

³⁷² Weber-Rey/Buckel, Best Practice Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex und die Business Judgment Rule, AG 2011, 845 ff.

³⁷³ Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Auflage 2015, § 161 Rn. 68.

Nach dieser („herrschenden“) Ansicht ist die Nichtbeachtung von Kodex-Empfehlungen als solches haftungsrechtlich irrelevant.³⁷⁴ Ein Kodex-Verstoß indiziert danach weder eine Pflichtverletzung noch indiziert umgekehrt die Kodex-Befolgung sorgfaltspflichtgemäßes Verhalten. Eine „Haftung für Kodexverstöße“ liefe auf eine Selbstbindungswirkung der Entsprechungserklärung hinaus, die das Gesetz nicht ausdrücklich vorsieht und die mit der dogmatischen Einordnung als bloße Wissens- und Absichtserklärung durch die Rechtsprechung nur schwer in Deckung zu bringen wäre. Angesichts dieser Meinungslage in Literatur und Rechtsprechung ist – ganz unabhängig davon, dass sich für eine Berücksichtigung des Kodex im Rahmen des Haftungstatbestands gute Gründe finden lassen – realistischerweise davon auszugehen, dass die Verletzung einer etwaigen im DCGK verankerten unternehmerischen Sorgfaltspflicht grundsätzlich nicht zu einer Innenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft gemäß § 93 Abs. 2 bzw. § 116 Abs. 1 AktG führte.

3.3.2.4 Außenhaftung

Eine Außenhaftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. dem DCGK wird einhellig abgelehnt, da es sich bei den Anregungen und Empfehlungen nicht um Rechtsnormen i. S. v. Art. 2 EGBGB handelt.³⁷⁵

Schwer zu begründen ist auch eine Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 161 AktG gegenüber Aktionärinnen und Aktionären und Gläubigerinnen und Gläubiger, da § 161 AktG wohl nur der Information der Kapitalmarktteilnehmer in ihrer Gesamtheit dient und damit mangels individualschützender Zwecksetzung kein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB ist.³⁷⁶

Sieht man die Erklärung gemäß § 161 AktG mit der Rechtsprechung als bloße Wissens- und Absichtserklärung an, fällt es auch schwer, den Kodex-Normen im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB eine Verkehrspflichten und Sorgfaltsmaßstab konkretisierende Wirkung zuzuschreiben. Anerkannt ist die Möglichkeit einer Haftung gemäß § 826 BGB (und zum Teil auch gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 3 BGB) für einen Vermögensschaden durch Kursverluste oder entgangenen Kursgewinn.³⁷⁷ Selbst wenn die strengen subjektiven Voraussetzungen des § 826 BGB in manchen Fällen vorliegen mögen, wird die erforderliche haftungsbegründende Kausalität allerdings nur in wenigen Fällen feststellbar und nachzuweisen sein.³⁷⁸

3.3.2.5 Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen

Die in der Praxis wichtigste Rechtsfolge einer fehlenden oder unrichtigen Entsprechungserklärung wird durch das Beschlussanfechtungsrecht (§§ 241 ff. AktG) vermittelt: Gemäß § 243 Abs. 1 AktG kann ein Beschluss der Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes durch Gestaltungsklage angefochten werden. Klagebefugt ist insbesondere jede(r) in der Hauptversammlung erschienene Aktionärin und Aktionär (§ 245 Nr. 1 AktG). Die Hauptversammlung beschließt jährlich über die Entlastung der Leitungsorgane (§ 119 Abs. 1 Nr. 3, § 120 AktG). Der Entlastungsbeschluss der Hauptversammlung beinhaltet die Erklärung, sie billige die Verwaltung als „im Großen und Ganzen gesetz- und satzungsmäßig“. ³⁷⁹ Daraus

³⁷⁴ Goette, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Auflage 2018, § 161 Rn. 99; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 27.

³⁷⁵ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 28.

³⁷⁶ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 28; Mülbart/Wilhelm, Grundfragen des deutschen Corporate Governance Kodex und der Entsprechungserklärung nach § 161 AktG, ZHR 2012, 286, 300; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Auflage 2015, § 13 Rn. 30.

³⁷⁷ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 161 Rn. 30.

³⁷⁸ Goette, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Auflage 2018, § 161 Rn. 101.

³⁷⁹ Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 120 Rn. 11.

zieht die Rechtsprechung den Schluss, dass ein Hauptversammlungsbeschluss, der die Verwaltung trotz schwerwiegenden Verfehlungen entlastet, wegen Verstoßes gegen § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG rechtswidrig und deshalb gemäß § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar ist.³⁸⁰ Daraus wiederum wird gefolgert, dass ein schwerer Verstoß gegen § 161 AktG die Anfechtung des Entlastungsbeschlusses ermöglicht.³⁸¹ Einen entsprechend schwerwiegenden Verstoß ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits anzunehmen, wenn die Erklärung über die (Nicht-)Befolgung einer Empfehlung des Kodex in einem „nicht unwesentlichen Punkt“ nicht der tatsächlichen Praxis der Gesellschaft entspricht.³⁸² Bei Verstößen gegen gesetzliche Normen, die nicht zu den Empfehlungen, sondern zu den Grundsätzen des Corporate Governance Kodex gehören, besteht zwar keine Anfechtungsmöglichkeit wegen Verstoßes gegen § 161 AktG; denn die Offenlegungs- und Begründungspflicht bezieht sich nur auf Empfehlungen. Hat der Gesetzesverstoß entsprechendes Gewicht, lässt sich die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses dann aber unmittelbar auf § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG stützen.

Die Entlastung, und damit auch ihre (erfolgreiche) Anfechtung, hat nur symbolischen Charakter,³⁸³ wie § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG für die Organhaftung ausdrücklich klarstellt. Angesichts der großen Sensibilität vieler institutioneller Investoren für Corporate Governance-Fragen kann davon aber durchaus eine relevante verhaltenssteuernde Wirkung ausgehen.

3.3.2.6 Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten: Die Nichtbefolgung von Anregungen oder Empfehlungen des Kodex als solche bleibt ohne Rechtsfolgen. Verletzen die Verwaltungsorgane ihre Erklärungspflicht aus § 161 AktG, drohen straf- und ordnungsrechtliche Sanktionen. Des Weiteren sind Haftungsansprüche der Gesellschaft bzw. von Aktionärinnen und Aktionären und Gläubigerinnen und Gläubigern denkbar; in der Regel wird es aber an der haftungsbegründenden Kausalität oder Zurechenbarkeit fehlen. Unterbleibt die Erklärung über die Befolgung bzw. Nichtbefolgung von Empfehlungen des Kodex nach § 161 AktG oder ist sie in einem nicht unwesentlichen Punkt falsch, kann grundsätzlich jede Aktionärin und jeder Aktionär per Anfechtungsklage gemäß §§ 241 ff. AktG die gerichtliche Kassation des Entlastungsbeschlusses der Hauptversammlung herbeiführen. Eine Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen ist bei sonstigen gravierenden Gesetzesverstößen der Unternehmensleitung (z. B. gegen eine verbindliche, gesetzliche Sorgfaltspflicht) unabhängig von § 161 AktG anfechtbar. Das Anfechtungsrecht steht in all diesen Fällen nur den Aktionärinnen und Aktionären bzw. Organen nach § 245 AktG offen. Externe „Stakeholder“ sind, auch soweit sie von dem betreffenden Normverstoß betroffen sind, nicht klagebefugt. Sie haben effektiv keine Möglichkeit, gegen eine Verletzung von Pflichten aus § 161 AktG vorzugehen.

3.3.3 Wirkung und Akzeptanz

Die Vorschrift des § 161 AktG verpflichtet die Regelungsadressaten nur zur Abgabe einer korrekten Erklärung über die vergangene und beabsichtigte (Nicht-)Befolgung des Kodex. Zur Einhaltung der darin enthaltenen Anregungen und Empfehlungen hält es sie nicht unmittelbar an. Die Vorschrift hat prozeduralen Charakter und soll die Selbstregulierung durch den Kodex ermöglichen und stärken. Sie folgt dabei ersichtlich dem Informationsparadigma, welches die Offenlegung von Informationen als zentralen und überlegenen Regelungsansatz im Bereich des

³⁸⁰ BGH v. 25. November 2002 – II ZR 133/01, BGHZ 153, 47, 50 ff.; BGH v. 10. Juli 2012 – II ZR 48/11, BGHZ 194, 14 Rn. 9.

³⁸¹ BGH v. 16. Februar 2009 – II ZR 185/07, BGHZ 180, 9, Rn. 19.

³⁸² BGH v. 16. Februar 2009 – II ZR 185/07, BGHZ 180, 9, Rn. 19.

³⁸³ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Auflage 2015, § 16 Rn. 5.

Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts ansieht.³⁸⁴ Die Erklärung gemäß § 161 AktG soll den gegenwärtigen und potenziellen Gläubigerinnen und Gläubigern und Aktionärinnen und Aktionären der Gesellschaft in übersichtlicher Form die wesentlichen Informationen zur Leitung und Kontrolle des Unternehmens vermitteln. Dies soll ihnen die Entscheidung über eine Investition (bzw. deren Aufrechterhaltung) und die Ausübung ihrer (Aktionärs-)Rechte oder sonstigen Einflussnahme auf die Geschäftsführung erleichtern.³⁸⁵ Umgekehrt wird sich davon eine Standardisierung „guter“ Grundsätze der Leitung und Überwachung von Unternehmen erhofft, von denen sich die besten Normen im Wettbewerb durchsetzen würden.³⁸⁶ Diese Form der Selbstregulierung setzt auf das Eigeninteresse der (potenziellen) Aktionärinnen und Aktionären, mithin den Marktmechanismus.³⁸⁷ Die Befolgung oder Nichtbefolgung von Anregungen oder Empfehlungen hängt dementsprechend maßgeblich von den Vorstellungen der Kapitalmarktteilnehmerinnen und -teilnehmer ab. Die steigende Nachfrage nach Finanzanlagen, die sozialen und ökologischen Kriterien genügen, deutet darauf hin, dass sich hier gegenwärtig ein Wandel vollzieht.

Akzeptanz und Wirkung des DCGK sind immer wieder Gegenstand empirischer Forschung. Beispielsweise führt das Berlin Center of Corporate Governance (BCCG) regelmäßig Studien zur (erklärten und praktizierten) Akzeptanz des Kodex mittels schriftlicher Befragungen und ergänzender Dokumentenanalysen durch.³⁸⁸ Die Studien zeigen eine sehr hohe, und über die Jahre wachsende Akzeptanz und Befolgung.³⁸⁹ Alles in allem spricht viel dafür, dass von der hohen Akzeptanzquote und der sehr schwach ausgeprägten „Abweichungskultur“ ein nicht unbeachtlicher Anpassungsdruck ausgeht, der die Unternehmensführung zur Beachtung der Kodex-Empfehlungen anhält. Dieser Mechanismus könnte auch für eine „weiche“ unternehmerische Sorgfaltspflicht zu umweltbezogenen und menschenrechtlichen Belangen fruchtbar gemacht werden.

Klar ist aber auch, dass ein bloßer „Comply-or-Explain“-Ansatz zur Durchsetzung einer Sorgfaltspflicht gegenüber einer verbindlichen, gesetzlichen Sorgfaltspflicht mit einem umfassenden enforcement-Mix deutlich weniger wirksam sein wird. Dies auch deshalb, weil nur den Aktionärinnen und Aktionären im Falle eines Verstoßes gegen die Erklärungspflicht ein Klagerecht zusteht. Die Rechtsdurchsetzung hinge damit von Zufälligkeiten ab (z. B. Zusammensetzung und ökonomische Betroffenheit der Aktionärinnen und Aktionären) und könnte gerade in besonders wichtigen oder gravierenden Fällen unterbleiben. Das Fehlen eigener Klagerechte für Nichtaktionärinnen und -aktionäre zur Durchsetzung von *stakeholder*-Interessen gegenüber der Gesellschaft wird als einer der wichtigsten Gründe dafür angesehen, dass die Einführung entsprechender Unternehmenszielbestimmungen in anderen Jurisdiktionen effektiv kaum Veränderungen bewirkt hat.³⁹⁰ Anders als die Aktionärinnen und Aktionären, haben diese Stakeholder in der Regel auch keine anderweitigen Mittel an der Hand, um (z. B. durch den Aufbau von Marktdruck) Einfluss auf die Unternehmensleitung zu nehmen. Es ist auf der anderen Seite aber auch offen, wie sich der Kreis der Klageberechtigten sinnvoll bestimmen ließe, und darüber hinaus zweifelhaft, wie sich eine etwaige Klagebefugnis außerstehender

³⁸⁴ Näher dazu Klöhn, Wertpapierhandelsrecht diesseits und jenseits des Informationsparadigmas, ZHR 2013, 349, 350 ff.

³⁸⁵ vgl. Goette, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Auflage 2018, § 161 Rn. 37.

³⁸⁶ vgl. Goette, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Auflage 2018, § 161 Rn. 38.

³⁸⁷ Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Auflage 2015m § 161 Rn. 10.

³⁸⁸ v. Werder/Turkali, Corporate Governance Report 2015: Kodexakzeptanz und Kodexanwendung, DB 2015, 1357, v. Werder/Danilov, DB 2018, 1997.

³⁸⁹ v. Werder/Danilov, DB 2018, 1997 (1999) geben im Corporate Governance Report 2018 eine durchschnittliche Befolgungsquote von 87,5 % und bei den DAX-Unternehmen von 95,9 % an.

³⁹⁰ Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage 2019, § 76 Rn. 44a.

Dritter in das Gesellschaftsrecht integrieren ließe. In seiner gegenwärtigen Form gewährt das Gesellschaftsrecht Personen, die nicht Gesellschafter sind, keine eigenen Rechte. Deren Rechtsposition bestimmt sich nach allgemeinem Zivilrecht (insbesondere Vertrags- und Deliktsrecht). Eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsrechts griffe in diese grundlegende Abgrenzung der verschiedenen Regelungsbereiche ein. Wollte man die Durchsetzungsrechte auf Dritte erweitern, wäre dies daher zweckmäßigerweise außerhalb des Gesellschaftsrechts zu regeln.

3.3.4 Anknüpfungsmöglichkeiten für eine Sorgfaltspflicht?

Das Konzept der unternehmerischen Sorgfaltspflicht für umweltbezogene und menschenrechtliche Belange ist ein (transnationales) Rechtsinstitut eigener Art und unterscheidet sich als solches in wesentlicher Hinsicht von bestehenden gesetzlichen und untergesetzlichen Normen. Dies schließt Parallelen, Analogien und Überschneidungen zu existierenden Rechtsinstituten natürlich nicht aus. Die unternehmerische Sorgfaltspflicht unterscheidet sich von den bisherigen Regeln des deutschen Gesellschaftsrechts (einschließlich des Corporate Governance Kodex) allerdings insoweit, als sie vorrangig den Schutz externer Interessen und Rechtsgüter bezweckt. Diese werden durch das „Unternehmensinteresse“, an dem sich das deutsche Gesellschaftsrecht orientiert, allenfalls mittelbar repräsentiert. Der Kodex hebt in der neuen Fassung in Absatz 2 der Präambel zwar die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen hervor, ordnet diese aber dem „Unternehmensinteresse“ bzw. dem „Unternehmenserfolg“ unter bzw. zu. Dementsprechend beschränken sich auch die Anregungen und Empfehlungen des Kodex auf Fragen der Unternehmensbinnenverfassung. D. h. sie normieren die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Gesellschafter und Leitungsorgane, nicht aber die Rechtsbeziehungen gegenüber außenstehenden Dritten. Nichtsdestotrotz spricht vieles dafür, dass der Begriff des Unternehmensinteresses durch die neue Präambel eine neuartige Prägung erfährt und die menschenrechtlichen und umweltbezogenen Belange externer Stakeholder im Rahmen dessen eine deutliche Aufwertung erfahren.

3.3.4.1 Unternehmensinteresse

Auch die neue Fassung des Kodex stellt die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung der Leitungs- und Verwaltungsorgane auf das Unternehmensinteresse nicht grundsätzlich in Frage. Gerade die neue Formulierung in Absatz 2 der Präambel macht dies deutlich. Dort wird der Zusammenhang zwischen Sozial- und Umweltfaktoren und dem Unternehmenserfolg unterstrichen, deren Berücksichtigung gerade „im Interesse des Unternehmens“ erfolgen soll. Unternehmensexterne Belange werden somit weiterhin nur insoweit – gewissermaßen reflexartig – berücksichtigt als diese mittelbar für das Unternehmensinteresse relevant sind. Der Kodex wertet Sozial- und Umweltbelange durch die Erwähnung in der Präambel zwar erkennbar auf, verweist im Übrigen aber auf die gesellschaftsrechtliche Diskussion über das Leitungsermessen des Vorstands gemäß § 76 Abs. 1 AktG, welches sich am „Unternehmensinteresse“ auszurichten hat – einschließlich der diesbezüglichen Kontroverse.³⁹¹ Damit setzt er zur Konkretisierung der Pflichten der Leitungsorgane zwar einen eigenen, progressiven Akzent,³⁹² verlässt aber nicht den gegebenen gesellschaftsrechtlichen Rahmen. Bei aller gebotenen Zurückhaltung steht spätestens aufgrund der neuen Fassung des Kodex zweifelsfrei fest, dass die Leitungsorgane Sozial- und Umweltbelange nicht einfach außer Acht lassen können und eine ausschließliche Orientierung am finanziellen Interesse der Aktionärinnen und Aktionäre im geltenden Recht keine Grundlage

³⁹¹ Überblick dazu bei Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 28 ff.

³⁹² vgl. Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 76 Rn. 28; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Auflage 2015, § 14 Rn. 14.

mehr hat.³⁹³ Das sollte andererseits aber auch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Kodex eine umfassende unternehmerische Verantwortung gegenüber Dritten, wie sie etwa in den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte zum Ausdruck kommt, bisher nicht vorsieht. Die Einführung einer derartigen Sorgfaltspflicht, die sich gerade auch jenseits des Unternehmensinteresses auf den Schutz der Menschenrechte Dritter und der Umwelt bezieht, auch ohne zugleich dem Unternehmensinteresse zu dienen, würde demnach einen Paradigmenwechsel darstellen. Zwingende Gründe, die dies ausschließen, sind jedoch nicht erkennbar.

3.3.4.2 Risikomanagement

Die unzureichende Rücksichtnahme auf umweltbezogene und menschenrechtliche Belange kann für ein Unternehmen ein Rechts-, jedenfalls aber ein Reputationsrisiko von durchaus relevantem Ausmaß bedeuten. Die finanziellen Risiken des Klimawandels werden als ernsthafte Bedrohung für die Finanzstabilität betrachtet.³⁹⁴ Es gibt also bereits jetzt gute rechtliche Gründe, „ESG“-Kriterien im Rahmen des Risikomanagements Beachtung zu schenken. Soweit diese Risiken bestandsgefährdend sind, hat der Vorstand der Aktiengesellschaft diese in das Risikomanagement nach § 91 Abs. 2 AktG einzubeziehen. Die Europäische Kommission schlägt in ihrem Aktionsplan „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“³⁹⁵ (dazu näher oben im Kapitel 3.2) außerdem vor, Nachhaltigkeitskriterien unter Risikoaspekten in die Finanzaufsichtsregeln zu integrieren.

Auch diese Entwicklungen sollten aber nicht den Blick dafür verstellen, dass der Begriff des Risikos, wie er Ziffer 4.1.4 DCGK a.F. bzw. Grundsatz 4 des Kodex n.F. und den entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zugrunde liegt, überwiegend vorrangig auf den wirtschaftlichen Erfolg bzw. den Bestand des Unternehmens bezogen wird. Umweltbezogene und menschenrechtliche Faktoren sind für das Risikomanagement aus dieser Sicht nur insofern relevant, als (wirtschaftliche) Nachteile für das Unternehmen drohen. Damit lassen sich zentrale Elemente einer unternehmerischen Sorgfaltspflicht, insbesondere der durch sie bezweckte Schutz elementarer Rechtsgüter, nicht erfassen. Nur mit dieser Einschränkung lässt sich die Pflicht zum Risikomanagement als Anknüpfungspunkt für eine umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflicht betrachten.

3.3.4.3 Zwischenergebnis

Die vorstehenden Überlegungen zeigen: Der Deutsche Corporate Governance Kodex zielt seinem Ursprung und seiner Konzeption nach vorrangig auf eine Verbesserung der Unternehmensführung im Interesse der Aktionärinnen und Aktionäre. Sein Inhalt besteht überwiegend aus verschiedenen Konkretisierungen und leichten Ergänzungen des geltenden Aktienrechts. Er regelt damit vor allem Fragen der (inneren) Unternehmensverfassung und adressiert die Interessen externer Stakeholder einschließlich Umweltbelange nur am Rande. Andererseits zeigt sich der Kodex spätestens in seiner jüngsten Fassung gegenüber einer Berücksichtigung von Sozial- und Umweltbelangen offen und trägt damit einer veränderten Gesetzeslage Rechnung, die sich insbesondere in der Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung gemäß §§ 289b ff. HGB zeigt. Eine umfassende nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflicht ginge darüber ein gutes Stück hinaus, läge aber in der Logik der gegenwärtigen rechtlichen Entwicklung und ließe sich dementsprechend auch in den Kodex integrieren. Damit

³⁹³ So bereits Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Auflage 2015, § 14 Rn. 14.

³⁹⁴ Alexander, Can Banking Regulation Address Climate Change?, 2019, <https://www.milkenreview.org/articles/can-banking-regulation-address-climate-change>.

³⁹⁵ Europäische Kommission, 8. März 2018, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final.

würde, ebenso wie bei der nichtfinanziellen Berichtspflicht gemäß §§ 289b ff. HGB, ein „Comply-or-Explain“-Mechanismus als Durchsetzungsinstrument greifen. Dieses wäre flankiert durch die Möglichkeit, bei schwerwiegenden Berichtspflichtverletzungen Anfechtungsklage gegen die Beschlüsse über die Entlastung der Leitungsorgane zu erheben.

3.3.5 Ausgestaltungsoptionen

Es sind grundsätzlich zwei Regelungsansätze denkbar, um eine nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflicht in den Kodex zu integrieren: Zum einen wäre es vorstellbar, die Sorgfaltspflicht *anstelle* einer verbindlichen gesetzlichen Regelung ausschließlich in den Kodex (in Form einer Empfehlung) zu integrieren („Alternativmodell“, dazu sogleich 3.3.5.1). Zum anderen besteht die Möglichkeit, die Sorgfaltspflicht zusätzlich zu einer gesetzlichen Regelung berichtend in den Kodex aufnehmen („Ergänzungsmodell“, dazu unten 3.3.5.2). Letzteres erscheint im Ergebnis klar vorzugswürdig.

3.3.5.1 „Alternativmodell“

Im Rahmen des Alternativmodells würde anstelle der oben in Kapitel 3.1 bis 3.2 skizzierten Ansätzen einer gesetzlichen Regelung die Sorgfaltspflicht ausschließlich im DCGK aufgenommen. Vorzugswürdig wäre dabei die Ausgestaltung als „Empfehlung“. Die Durchsetzung würde dann in erster Linie mithilfe des „Comply-or-Explain“-Mechanismus in § 161 HGB erfolgen (s.o. 3.3.2.).

Als politischer Kompromiss mag dies gegebenenfalls dann in Betracht zu ziehen sein, wenn der wirksamere Weg einer (umfassenden) gesetzlichen Regelung nicht durchsetzbar ist. Soll zur Durchsetzung einer Sorgfaltspflicht allein auf einen „Comply-or-Explain“-Mechanismus gesetzt werden, so liegt es jedoch näher, eine Regelung nicht im DCGK sondern eine Ergänzung der Vorschriften zur nichtfinanziellen Berichterstattung (§§ 289b ff. HGB) anzustreben. Diese sehen bereits einen „Comply-or-Explain“-Mechanismus vor, was sie zum natürlichen Anknüpfungspunkt für eine entsprechende Sorgfaltspflichtenregelung prädestiniert. Eine solche Lösung bietet (mindestens) drei Vorteile gegenüber einer Kodex-Regelung nach dem Alternativmodell: Erstens stünde die Legitimation der Sorgfaltspflichtenregelung bei einer entsprechenden Ergänzung der §§ 289b ff. HGB durch den parlamentarischen Gesetzgeber außer Zweifel. Zweitens wird das Konzept der Sorgfaltspflicht in § 289c Abs. 3 Nr. 1 HGB bereits in Bezug genommen. Schließlich würden bei einer Verankerung in §§ 289b ff. HGB Überschneidungen und Redundanzen zwischen der Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung und der Erklärungsspflicht gemäß § 161 AktG vermieden.

Beim Alternativmodell ist besonders zu bedenken, dass weder der parlamentarische Gesetzgeber noch die Bundesregierung oder einzelne Bundesministerien nach dem derzeitigen institutionellen Rahmen über Änderungen des Kodex entscheiden können. Vielmehr müsste dazu zunächst das Normgebungsverfahren grundlegend so geändert werden, dass eine politische Einflussnahme etwa durch die Bundesregierung vorgesehen wird. Damit wird aber der Charakter des Kodex als Instrument der Selbstregulierung mindestens erheblich relativiert (vgl. oben 3.3.1.2.). Ob dieser Weg politisch leichter durchsetzbar wäre, als eine Verschärfung der Regelungen im Bereich der §§ 289b ff. HGB erscheint zumindest fraglich.

Da die Legitimation der Normsetzung durch die unabhängige Regierungskommission von unterschiedlicher Seite und mit nachvollziehbaren Argumenten bestritten wird (s.o. 3.3.1.5.), spricht gegen die ausschließliche Verankerung einer Sorgfaltspflicht im Kodex (und damit ohne Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers), dass dies auf eine geringere Akzeptanz als eine gesetzliche Vorschrift stoßen würde. Zudem erscheint es auch eher fernliegend, dass sich die Regierungskommission zu einer derart weitreichenden Empfehlung berufen fühlen könnte,

solange sie dabei an keine – über die §§ 289b ff. HGB hinausgehende – gesetzliche Regelung anknüpfen kann.

Eine Implementierung der Sorgfaltspflicht durch Verankerung im DCGK nach dem „Alternativmodell“ sollte daher nicht vorrangig angestrebt werden.

3.3.5.2 „Ergänzungsmodell“

Die Verankerung einer umweltbezogenen und menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht in einem verbindlichen Gesetz schließt eine *zusätzliche* Aufnahme in den Corporate Governance Kodex allerdings nicht aus. Dabei ist unerheblich, ob der rechtsverbindliche Verhaltensstandard in einem umfassenden Stammgesetz (s.o. Kapitel 3.1), im Kapitalgesellschafts- (s.o. Kapitel 3.2) oder im Handelsrecht (s.o. Kapitel 3.2.2) geregelt wird.

Nach der neuen Konzeption werden in den Kodex besonders wesentliche Normen des deutschen Rechts als sog. Grundsätze übernommen. Zusätzliche Rechtsfolgen sind damit zwar nicht verbunden, doch könnte die Aufnahme in den Kodex in dieser Form zumindest eine gewisse Symbolkraft entfalten. Es ist daher durchaus denkbar, die Sorgfaltspflicht zusätzlich zu einer verbindlichen gesetzlichen Regelung und damit ergänzend zum gesetzlichen Enforcement-Mix als „Grundsatz“ in den Kodex aufzunehmen. Wieviel zusätzlicher Befolgungsdruck davon ausgeht, lässt sich indes kaum abschätzen. Schädlich wäre eine solche Ergänzung des gesetzlichen Regelungsansatzes aber sicherlich nicht.

3.3.6 Ergebnis und Handlungsempfehlung

Die Ergebnisse der vorstehenden Überlegungen lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Es ist regelungstechnisch grundsätzlich denkbar, eine unternehmerische Sorgfaltspflicht *anstelle* einer verbindlichen gesetzlichen Regelung ausschließlich im Kodex in Gestalt einer sog. „Empfehlung“ zu regeln („Alternativmodell“). Die Sorgfaltspflicht unterläge in diesem Fall (nur) dem „Comply-or-Explain“-Mechanismus gemäß § 161 AktG als einzigem Durchsetzungsinstrument. Empfehlenswert erscheint dieser Ansatz jedoch nicht. Soweit eine politische Einigung über einen „Comply-or-Explain“-Mechanismus als Instrument zur Durchsetzung der Sorgfaltspflicht erreicht werden kann, ist es naheliegender und vorrangig zu empfehlen, diese gesetzlich in den Vorschriften über die nicht-finanzielle Berichtspflicht (§§ 289b ff. HGB) zu verankern. Dort ist ebenfalls ein „Comply-or-Explain“-Mechanismus vorgesehen und es bestehen bereits konkrete Anknüpfungspunkte für eine umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflicht (vgl. § 289c Abs. 3 Nr. 1 HGB).

Gegenüber bloßen „Comply-or-Explain“-Mechanismen ist eine verbindliche, gesetzliche Regelung der Sorgfaltspflicht mit einem umfassenden Enforcement-Mix (wie oben in Kapitel 3.1 skizziert) zur optimalen Erreichung des Regelungsziels allerdings in jedem Fall vorzugswürdig. Würde eine solche gesetzliche Regelung eingeführt werden, wäre eine *zusätzliche* Bestimmung im Kodex dennoch nicht überflüssig. Vielmehr könnte die Sorgfaltspflicht in diesem Fall als sog. „Grundsatz“ in den Kodex aufgenommen werden. Ein solcher Grundsatz, würde die gesetzliche Regelung aufgreifen und deren Durchsetzungsinstrumentarium ergänzen („Ergänzungsmodell“). Damit wären zwar keine weitergehenden materiellen Regelungsstandards oder Rechtsfolgen verbunden, aber eine nicht unerhebliche Symbolkraft, die die zentrale Bedeutung der Sorgfaltspflicht im deutschen Wirtschaftsrecht unterstreichen würde. Die bisherigen Erfahrungen mit dem Befolgungsdruck, der vom Kodex ausgeht, sprechen dafür, dass mit Hilfe des „Ergänzungsmodells“ gegenüber der bloßen gesetzlichen Regelung möglicherweise ein erhöhtes Maß an Compliance erreicht werden könnte.

Ebenfalls möglich wäre es, eine gesetzliche Sorgfaltspflichtenregelung im Rahmen der „kleinen Lösung“ durch einen hierauf aufbauenden Grundsatz im DCGK zu ergänzen.

Die Entscheidung über inhaltliche Änderungen des Kodex obliegt jedoch allein der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex. Diese entscheidet unabhängig. Ohne grundlegende Änderung des Kodex-Normgebungsverfahrens, könnten Bundesregierung, BMJV, BMU, UBA oder sonstige Stellen außerhalb der Regierungskommission die inhaltliche Ergänzung des Kodex um eine umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflicht lediglich *anregen*. Besonders im Falle des „Alternativmodells“ erscheint es eher unwahrscheinlich, dass die Regierungskommission, deren Legitimationsgrundlage immer wieder in Zweifel gezogen wird, einer derartigen Anregung folgen würde.

4 Quellenverzeichnis

Adams, M. (1990): Was spricht gegen eine unbehinderte Übertragbarkeit der in Unternehmen gebundenen Ressourcen durch ihre Eigentümer? In: Die Aktiengesellschaft (AG) 1990, S. 243-252.

Alexander, K. (2019): Can Banking Regulation Address Climate Change? <https://www.milkenreview.org/articles/can-banking-regulation-address-climate-change> (29.10.2019).

Ankersmit, L.; Lawrence, J. C.; Davies, G. T. (2012): Diverging EU and WTO Perspectives on Extraterritorial Process Regulation. In: Minnesota Journal of International Law Online 2012, S. 14–94.

Anson, S.; Turner, K. (2009): Rebound and disinvestment effects in oil consumption and supply resulting from an increase in energy efficiency in the Scottish commercial transport sector (Strathclyde Discussion Papers in Economics) (09-01).

Augenstein, D.; Boyle, A.; Singh Galeigh, N. (2010): Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union. European Commission, Brussels, 2010.

https://www.academia.edu/1366068/Study_of_the_Legal_Framework_on_Human_Rights_and_the_Environment_applicable_to_European_Enterprises_operating_outside_the_European_Union_Study_for_the_European_Commission_ENTR_09_045_2010 (29.10.2019). Originallink nicht mehr abrufbar (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf).

Auswärtiges Amt (28.02.2020): Monitoring zum Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte. Online verfügbar unter <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/aussenwirtschaft/wirtschaft-und-menschenrechte/monitoring-nap/2124010>, zuletzt geprüft am 02.03.2020.

Baums, T. [Hrsg.] (2001): Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts, Verlag Otto Schmidt, Köln.

BMU; UBA (Hg.) (2019a): Arbeitsgruppe 1: Rolle von freiwilligen Instrumenten und Initiativen bei der Umsetzung von Sorgfaltspflichten. Protokoll. Verantwortung für Mensch und Umwelt: Unternehmen und ihre Sorgfaltspflichten. BMU, 19. September 2019.

BMU; UBA (Hg.) (2019b): Protokoll Arbeitsgruppe 2: Wie können Sorgfaltspflichten und Umweltmanagementsysteme verknüpft werden? Verantwortung für Mensch und Umwelt: Unternehmen und ihre Sorgfaltspflichten. BMU, 19. September 2019.

Buck, M.; Verheyen, R. (2018): § 1 Umweltvölkerrecht. In: Koch, H.J.; Hofmann, E.; Reese, M. [Hrsg.] (2018): Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl., C.H.Beck, München, § 1.

Bundesministerium der Justiz [Hrsg.] (2008): Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Empfehlungen zur Gestaltung von Rechtsvorschriften nach § 42 Absatz 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien, 3. Aufl., Bundesanzeiger Verlagsges. mbH, Köln.

Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) (2019): Gestaltungsmöglichkeiten eines Mantelgesetzes zur nachhaltigen Gestaltung globaler Wertschöpfungsketten und zur Änderung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften (Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetz – NaWKG) einschließlich eines Stammgesetzes zur Regelung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten in globalen Wertschöpfungsketten (Sorgfaltspflichtengesetz – SorgfaltspflichtenG), 1. Februar 2019. https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/SorgfaltGesetzentwurf_0.pdf (29.10.2019).

Client Earth (2016): *Info-Brief: Info-brief: EUTR enforcement in Germany*, online verfügbar unter: <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2016-08-15-eutr-enforcement-info-brief-in-germany-ce-en.pdf>.

Deutscher Bundestag [Hrsg.] (2015), Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung: Die Vereinbarkeit einer nationalen Holzkennzeichnungspflicht mit EU-Recht, online verfügbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/407590/a50d0db5e6936c79c9c88f69558b93be/PE-6-063-15-pdf-data.pdf>.

Deutscher Bundestag [Hrsg.] (2019), BT-Drucksache 19/14514 vom 25.10.2019, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Markus Frohnmaier, Ulrich Oehme und der Fraktion der AfD – Drucksache 19/13630 – Referentenentwurf eines „Nachhaltigen Wertschöpfungskettengesetzes“ und damit zusammenhängende Ziele (Nachfrage zur Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage auf Bundestagsdrucksache 19/10985). <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/145/1914514.pdf> (12.12.2019).

Elsholz, M. (2017): Die EU-Verordnung zu Konfliktmineralien: Hat die EU die richtigen Schlüsse aus bestehenden Regulierungsansätzen gezogen? In: Tietje C./ Kraft, G. / Kumpan, C. (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 148.

Europäische Kommission [Hrsg.] (2018): Aktionsplan Finanzierung nachhaltigen Wachstums, Mitteilung der Kommission vom 8. März 2018, COM(2018) 97 final.

European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) [Hrsg.] (2019): A call for EU human rights and environmental due diligence legislation. http://corporatejustice.org/news/final_cso_eu_due_diligence_statement_2.12.19.pdf (12.12.2019).

FAO; OECD (Hg.) (2016): OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains. Online verfügbar unter <https://mneguidelines.oecd.org/oecd-fao-guidance.pdf>, zuletzt geprüft am 22.03.2019.

Faure, M. (2001): Economic analysis of environmental law. An introduction, Économie publique/Public economics.

Feldhaus, G. (2001): Beste verfügbare Techniken und Stand der Technik. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 20. Jahrgang (2001), Heft 1, S. 1-9.

Finnish Government (2019): Agenda for Action on Business and Human Rights. Outcome Paper of the Business and Human Rights Conference organized by Finland's Presidency of the Council of the European Union.

Finnish Government [Hrsg.] (2019): Agenda for Action on Business and Human Rights, Outcome Paper of the Business and Human Rights Conference organized by Finland's Presidency of the Council of the European Union, 2 December 2019. <https://eu2019.fi/documents/11707387/0/Agenda+for+action+final+02122019.pdf/bb6d6705-04c1-2897-98d9-a58be9a1d6fa/Agenda+for+action+final+02122019.pdf> (12.12.2019)

Gavrilut, I., Halalisan, A.-F., Giurca, A., Sotirov, M. (2016): The Interaction between FSC Certification and the Implementation of the EU Timber Regulation in Romania. In: *Forests* 2016, 7(1), 3, online verfügbar unter: <http://www.mdpi.com/1999-4907/7/1/3/htm>.

Geisser, G. (2017): Die Konzernverantwortungsinitiative: Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung. In: AJP Heft Nr. 8, 2017, S. 943-966.

Glinski, C. (2018): UN-Leitprinzipien, Selbstregulierung der Wirtschaft und Deliktsrecht: Alternativen zu verpflichtenden Völkerrechtsnormen für Unternehmen? In: Krajewski, M. [Hrsg.], Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, FAU University Press, Erlangen, S. 43-96.

- Goette, W. (2008): Gesellschaftsrechtliche Grundfragen im Spiegel der Rechtsprechung. In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2008, S. 447-453.
- Goette, W.; Habersack, M.; Kalss, S. (2018): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage 2018, C.H. Beck, München.
- Grabosch, R. (2019): Unternehmen und Menschenrechte, Gesetzliche Verpflichtungen zur Sorgfalt im weltweiten Vergleich. Studie für die Friedrich Ebert Stiftung. Online verfügbar unter <http://library.fes.de/pdf-files/iez/15675.pdf>.
- Grosz, M. (2017): Umweltschutz als Aspekt der Unternehmensverantwortung im internationalen Kontext. In: Umweltrecht in der Praxis, 2017, Heft 7, S. 641-661.
- Grottel, B.; Hoffmann, H. (2020): § 331 HGB. In: Grottel, B.; Schmidt, S.; Schubert, W. J.; Störk, U. [Hrsg.], Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl. 2020.
- Grzeszick, B. (2019): Art. 20 GG. In: Maunz, T./Dürig, H. [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, Werkstand: 86. EL Januar 2019, C.H. Beck, München.
- Hartmann, C. (2018): Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland aus Sicht des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts. In: Krajewski, M./Saage-Maaß, M. (Hrsg.): Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen – Zivilrechtliche Haftung und Berichterstattung als Steuerungsinstrumente, 1. Auflage 2018, S. 281.
- Henssler, M.; Strohn, L. (2019): Gesellschaftsrecht, Beck'scher Kurzkommentar, 4. Auflage 2019, C.H. Beck, München.
- Henze, H. (2000): Leitungsverantwortung des Vorstands- Überwachungspflicht des Aufsichtsrats. In: Betriebs-Berater (BB) 2000, S. 209-216.
- Hommelhoff, P. (2015): Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Die Revolution übers Bilanzrecht In: Bork, R.; Kayser, G.; Kebekus, F. (Hrsg.), Festschrift für Bruno Kübler, 2015, S. 291-300.
- Hoppe, T. (2010): Produkte aus Kinderarbeit: Wer regelt das Verbot? In: LKV – Landes- und Kommunalverwaltung, 20. Jahrgang (2010), Heft 11, 497-499.
- Hüffer, U.; Koch, J. (2018): Aktiengesetz, Beck'scher Kurzkommentar, 13. Auflage 2018, C.H. Beck, München.
- ICAR; The Danish Institute for Human Rights: National Action Plans on Business and Human Rights Toolkit. 2017 Edition.
- Initiative Lieferkettengesetz [Hrsg.] (2020): Rechtsgutachten zur Ausgestaltung eines Lieferkettengesetzes, Ein Gutachten der Initiative Lieferkettengesetz mit Unterstützung von Rechtsanwalt Robert Grabosch, https://lieferkettengesetz.de/wp-content/uploads/2020/02/Initiative-Lieferkettengesetz_Rechtsgutachten_final.pdf.
- Johnston, A.; Veldman, J.; Eccles, R. G.; Deakin, S.; Davis, J.; Djelic, M.-L.; Pistor, K., u.a. (2019): Corporate Governance for Sustainability. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 11. Dezember 2019. <https://papers.ssrn.com/abstract=3502101>.
- Kampffmeyer, Nele; Gailhofer, Peter; Scherf, Cara-Sophie; Schleicher, Tobias; Westphal, Ida (2018): Umweltschutz wahrt Menschenrechte! Unternehmen und Politik in der Verantwortung. Berlin (Öko-Institut Working Paper, 3/2018).
- Klinger, R.; Hartmann, C.; Krebs, D. (2015): Vom Blauen Engel zum Bekleidungsengel? Umweltsiegel als Vorbild staatlicher Zertifizierungen in der Textilindustrie. In: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, Heft 5, S. 270 – 277.

Klinger, R.; Krajewski, M.; Krebs, D.; Hartmann, C. (2016): Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, hrsg. von Amnesty International; Germanwatch; Brot für die Welt; Oxfam, die Seitenzahlen der gedruckten Fassung weichen geringfügig von der online veröffentlichten Fassung ab. Hier wird die gedruckte Fassung zitiert.

Klöhn, L. (2013): Wertpapierhandelsrecht diesseits und jenseits des Informationsparadigmas. In: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 177, 349-387.

Koch, S. (2010): Die grenzüberschreitende Wirkung von Genehmigungen von nationalen Genehmigungen für umweltbeeinträchtigende industrielle Anlagen. Peter Lang, Frankfurt am Main.

Kocher, E.; Klose, A.; Kühn, K.; Wenckebach, J. (2012): Verantwortung braucht Transparenz: Die rechtliche Verankerung unternehmerischer Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn.

Kort, M. (2012): Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen. In: Die Aktiengesellschaft (AG) 2012, S. 605-610.

Kötz, H. (2017): Deliktshaftung für selbständige Unternehmer. In: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, ZEuP 25. Jahrgang (2017), Heft 2, S. 283 – 309.

Krajewski, M. (2018): Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze? In: Krajewski, M. [Hrsg.]: Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, FAU University Press, Erlangen, S. 97-139.

Krebs, D. (2017): Wirtschaft und Menschenrechte: die „Loi Rana Plaza“ vor dem französischen Conseil constitutionnel, VerfBlog, 2017/3/29, <https://verfassungsblog.de/wirtschaft-und-menschenrechte-die-loi-rana-plaza-vor-dem-franzoesischen-conseil-constitutionnel/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20170329-212246>.

Krebs, D.; Klinger, R.; Gailhofer, P.; Scherf, C. (2020): Von der menschenrechtlichen zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht: Aspekte zur Integration von Umweltbelangen in ein Gesetz für globale Wertschöpfungsketten, Texte 49/2020, Umweltbundesamt März 2020, <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltbezogene-sorgfaltspflichten> (20.04.2020).

Kremer, T.; Bachmann, G.; Lutter, M.; v. Werder, A. (2018): Deutscher Corporate Governance Kodex, Kodex-Kommentar, 7. Auflage 2018, C.H. Beck, München.

Krenzler, H. G.; Hermann, C.; Niestedt, M. [Hrsg.] (2016): EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, 7. Erg.-Lfg. 2016, C.H. Beck, München.

Küblböck, K.; Grohs, H. (2017): "EU-Verordnung zu "Konfliktmineralien": Ein Schritt zu höherer Rechenschaftspflicht im Rohstoffsektor? Policy Note". ÖFSE, No. 18/2017, online verfügbar unter: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/157529/1/885208218.pdf>.

Leupold, P. (2017): Entwurf eines Gesetzes zur Einhaltung unternehmerischer Sozialverantwortung (Sozialverantwortungsgesetz –SZVG): Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz. http://vki-akademie.at/typo7/fileadmin/user_upload/Rechtsgutachten_Soziale_Verantwortung_Juni_2017.pdf (04.01.2020).

Leyens, P. (2016): Comply or Explain im Europäischen Privatrecht – Erfahrungen im Europäischen Gesellschaftsrecht und Entwicklungschancen des Regelungsansatzes. In: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2016, S. 388-426.

Lübbe-Wolff, G. (2001): Instrumente des Umweltrechts - Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. Bd. 20 (2001), 5, S. 481 – 493.

Lutter, M. (2002): Die Erklärung zum Corporate Governance Kodex gemäß § 161 AktG. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 166, S. 523-243.

Martin, J.; Zimmermann, S. (2011): Corporate Governance im Prinzipal-Agenten-Verhältnis. In: Allmendinger, C. u.a. [Hrsg.], Corporate Governance nach der Finanz- und Wirtschaftskrise, S. 81 ff., Mohr Siebeck 2011, Tübingen

Meng, W. (1994): Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht. Springer, Berlin.

Morris, Daniel; Bogner, Lukas; Daubigeon, Lison; Methven O'Brien, Claire; Wrzoncki, Elin (2018): National Actions Plans on Business & Human Rights. An Analysis of Plans from 2013-2018.

Mülbert P.; Wilhelm A. (2012): Grundfragen des deutschen Corporate Governance Kodex und der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 176, S. 286-325.

Niebank, J.-C. (2018): Bringing Human Rights into Fashion. German Institute for Human Rights.

https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/ANALYSE/Analysis_Bringing_Human_Rights_into_Fashion.pdf (31.12.2019).

Norwegische Regierung (Hrsg.), ETIKKINFORMASJONSUTVALGET [Ethikinformationsausschuss] (2019): Åpenhet om leverandørkjeder - Forslag til lov om virksomheters åpenhet om leverandørkjeder, kunnskapsplikt og aktsomhetsvurderinger [Transparenz über Lieferketten – Vorschlag für ein Gesetz über unternehmerische Transparenz in Lieferketten, Wissens- und Sorgfaltspflichten] vom 28. November 2019, <https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a42400f3341958e0b62d40f484371/195794-bfd-etikkrapport-web.pdf> (12.12.2019).

Notre Affaire à Tous; Les Eco Maires; Sherpa; ZEA [Hrsg.] (2019): 1,5°C NOUS SOMMES LES TERRITOIRES QUI SE DÉFENDENT: Dossier de Presse 18 juin 2019, <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2019/06/Dossier-de-Presse-Mise-en-demeure-de-Total-VF.pdf>.

OECD (2016): OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition. OECD Publishing, Paris. Online verfügbar unter <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf>, zuletzt geprüft am 07.05.2018.

OECD (2017a): OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector. Online verfügbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264252462-en.pdf?expires=1553765775&id=id&accname=ocid56027324&checksum=F2869DA34B3971C08B67A24A8AF50BCE>, zuletzt geprüft am 28.03.2019.

OECD (2017b): OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector. Online verfügbar unter <https://mneguidelines.oecd.org/oecd-due-diligence-guidance-garment-footwear.pdf>, zuletzt geprüft am 22.03.2019.

OECD (2018): OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct. <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct> (6.12.2019).

OECD (2018): OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct. OECD Publishing. Online verfügbar unter <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>, zuletzt geprüft am 22.03.2019.

Ohler, C. (2005): Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen.

Papp, A. (2013): Extraterritoriale Schutzpflichten. Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz und die deutsche Außenwirtschaftsförderung, Duncker & Humblot, Berlin.

- Peltzer, M.; v. Werder, A. (2001): Der „German Code of Corporate Governance (GCCG)“ des Berliner Initiativkreises. In: Die Aktiengesellschaft (AG) 2001, S. 1-14.
- Pieper, S.U. (2018): Art. 59 GG. In: Epping, V.; Hillgruber, C. [Hrsg.]: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 41. Edition, Stand: 15.05.2019, Verlag C.H.BECK, München.
- Preis, U. (2017): H. Prinzipien zur Ausfüllung der Kündigungsgründe. In: Ascheid, R.; Preis, U.; Schmidt, I. [Hrsg.] (2017): Kündigungsrecht, 5. Aufl., C.H.Beck, München.
- Raiser, L.; Veil, R. (2015): Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Auflage 2015, Verlag Vahlen, München.
- RBC Group of the European Parliament (o.J.): Shadow EU Action Plan on the Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights within the EU.
- Reimann, M. (2008): Präventiv-Administrative Regulierung oder "Private Law Enforcement". In: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier und dem Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier [Hrsg.]: Privatautonomie in der transnationalen Marktwirtschaft. Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008, C.H. Beck, München, S. 105-146.
- Renz, F. (2019): Keller-Sutters Winkelzug für die Grosskonzerne. In: Tagesanzeiger vom 14.08.2019, S. 5.
- Röttgen, N.; Kluge, H. (2013): Nachhaltigkeit bei Vorstandsvergütungen. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, S. 900-905.
- Ruggie, J.; Sherman, J. F. (2017): The Concept of Due Diligence in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale, European Journal of International Law Volume 28, Issue 3, S. 921-928.
- Rüppel, P. (2012): Die Berücksichtigungsfähigkeit ausländischer Anlagengenehmigungen, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Sand, P.H. (2018): Internationale Umweltabkommen. In: Reh binder, E.; Schink, A. [Hrsg.]: Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin, Kap. 16.
- Schäfer, H.-B.; Ott, C. (2012): Lehrbuch der ökonomischen Analyse der Zivilrechts, 5. Auflage 2012, Springer Gabler, Berlin u.a.
- Schefold, C. (2012): Risikoanalyse im Sinne IDW PS 980, Bedarfsermittlung für ein Compliance Management System (CMS). In: ZRFC 2012, Heft 5, S. 209-213.
- Scherf, C.-S.; Gailhofer, P.; Hilbert, I.; Kampffmeyer, N.; Schleicher, T. (2019): Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, Zwischenbericht Arbeitspaket 1 - Analyse der Genese und des Status quo, Umweltbundesamt [Hrsg.], Texte 102/2019 https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2019-09-03_texte_102-2019_ap_1-unternehmerische-sorgfaltspflichten.pdf (11.01.2019).
- Schmidt, K.; Lutter, M. (2015): Aktiengesetz Kommentar, 3. Auflage 2015, Verlag Otto Schmidt, Köln.
- Schweizerischer Bundesrat [Hrsg.] (2017), Botschaft zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, 17.060, BBl. 2017, S. 6335.
- Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung [Hrsg.] (2019), Gutachten zur Geschäftsherrenhaftung für kontrollierte Unternehmen : Deutschland, England, Frankreich, Holland, Kanada, Italien, Österreich, Schweden, Stand: 30.07.2019, <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/mm-rk-2019-08-14-beilage-d.pdf>
- Scottish Human Rights Commission (2019): Business and Human Rights National Action Plans. Comparative Review of Global Best Practices.
- Seidel, W. (2004): Der Deutsche Corporate Governance Kodex – eine private oder doch eine staatliche Regelung? In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (ZIP) 2004, S. 285-294.

- Simons, P.; Macklin, A. (2014): *The Governance Gap, Extractive Industries, Human Rights, and the Home State Advantage* (Routledge Studies in Governance and Change in the Global Era). New York: Routledge.
- Smit, L.; Bright, C.; McCorquodale, R.; Bauer, M.; Deringer, H.; Baeza-Breinbauer, D.; Torres-Cortés, F.; Alleweldt, F.; Kara, S.; Salinier, C.; Tobed, H. T. (2020): *Study on due diligence requirements through the supply chain – Final Report*. European Commission (Hrsg.), January 2020, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.
- Spindler, G. (2019): § 93 AktG. In: Goette, W.; Habersack, M.; Kalss, S. [Hrsg.] (2019): *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, C.H. Beck, München.
- Spindler, G.; Stilz, E. (2019): *Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Auflage 2019, C.H. Beck, München.
- Stickelbrock, B. (2002): *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*, Otto Schmidt, Köln.
- Süddeutsche Zeitung, Online-Ausgabe vom 11.12.2019: *Minister arbeiten an Lieferkettengesetz*. <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/menschenrecht-minister-arbeiten-an-lieferkettengesetz-1.4719258> (12.12.2019).
- Terwindt, C.; Saage-Maaß, M. (2017): *Zur Haftung von Sozialauditor_innen in der Textilindustrie*. Friedrich-Ebert-Stiftung, August 2017. <http://library.fes.de/pdf-files/iez/13588.pdf> (1.10.2019).
- Teubner, G. (2006): *Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure*. In: *Der Staat*, Vol 45, No. 2 (2006), 161-187
- Treutner, E. (2018): *Globale Umwelt- und Sozialstandards: Nachhaltige Entwicklungen jenseits des Nationalstaats*, 1. Auflage 2018, Springer Fachmedien, Wiesbaden.
- Uebele, F. (2018): *Das „Unternehmen“ im europäischen Datenschutzrecht*. In: *EuZW* 2018, S. 440.
- Ulmer, P. (2002): *Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften*. In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 166, S. 150-181.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2017): *General comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities*, E/C.12/GC/24.
- v. Werder, A. (2019): *Zum Reformentwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex*. In: *Der Betrieb (DB)* 1/2, S. 41-49.
- v. Werder, A.; Danilov, K. (2018): *Corporate Governance Report 2018: Kodexakzeptanz und Kodexanwendung*. In: *Der Betrieb (DB)* 34, S. 1997-2008.
- v. Werder, A.; Turkali, J. (2015), *Corporate Governance Report 2015: Kodexakzeptanz und Kodexanwendung*. In: *Der Betrieb (DB)* 24, S. 1357-1367.
- van Dam, C. (2012): *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms. On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights*, *Journal of European Tort Law*, S. 221-254.
- Verein Konzernverantwortungsinitiative [Hrsg.] (undatiert), *Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“*, https://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170915_Erlaeuterungen-DE.pdf.
- Wagner, G. (2006): *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?* In: *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* Bd. 206 (2006), Heft 2/3, S. 352-476.
- Wagner, G. (2016): *Haftung für Menschenrechtsverletzungen*. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, Bd. 80 (2016), Heft 4, Mohr, Tübingen; de Gruyter, Berlin. S. 717–782.

Weber-Rey, D.; Buckel, J. (2011): Best Practice Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex und die Business Judgement Rule. In: Die Aktiengesellschaft (AG) 2011, S. 845-852.

Wiedmann, M.; Greubel, M. (2019): Compliance Management Systeme – Ein Beitrag zur effektiven und effizienten Ausgestaltung. In: Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ), Heft 2, Jahrgang 12 (2019), S. 88 – 94.

Winner, M. (2012): Der UK Corporate Governance Code. In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2012, S. 246-272.

Winter, G. (2005): Einführung. In: Ders. [Hrsg.]: Die Umweltverantwortung multinationaler Unternehmen, Nomos, Baden-Baden, S. 3-35.

Zöllner, W. (2000), Zur Problematik der aktienrechtlichen Anfechtungsklage. In: Die Aktiengesellschaft (AG) 2000, S. 145-157.