

European Legal Studies Institute Osnabrück
Research Paper Series

No. 22-03

Leonhard Hübner

Private enforcement:

(k)eine neue Variante in der Lieferkettenverantwortung von Unternehmen

November 2022

**Private enforcement:
(k)eine neue Variante in der Lieferkettenverantwortung von Unternehmen**

von Prof. Dr. *Leonhard Hübner*, MJur (Oxford), Osnabrück*

A.	Voraussetzungen für eine wirksame Abschreckung.....	2
B.	Rechtsdurchsetzung im LkSG	2
I.	Versagung des private enforcement im LkSG.....	2
II.	LkSG als reines public enforcement.....	3
C.	Insuffizienz eines reinen public enforcement am Beispiel der Lieferkettenverantwortung.....	4
I.	Prämisse: Existenz und Notwendigkeit eines LkSG	5
II.	Schutzzweck des LkSG	5
III.	Defizite des public enforcement im LkSG	5
1.	Vollzugsdefizite des Öffentlichen Rechts	5
2.	Informationsdefizite der Verwaltung.....	7
3.	Damoklesschwert: mangelnde Bestimmtheit.....	7
IV.	Vorteile eines private enforcement.....	8
1.	Individueller Schutzzweck.....	9
2.	Nutzung privater Information und Initiative.....	9
3.	Einsparung von Verwaltungskosten	10
4.	Grenzüberschreitende Effektivität: IPR vs. Territorialitätsprinzip.....	10
V.	Zwischenergebnis: Notwendigkeit eines smart mix	10
D.	Umsetzung eines konsequenten Enforcement Mechanismus in Art. 22 RL-E.....	11
I.	Haftungsregel.....	11
II.	Safe harbor-Regelung: Kontraktualisierung der Human Rights Due Diligence	12
III.	Schadenswiedergutmachung.....	13
IV.	Beweislast.....	14
V.	Kollisionsrechtliche Absicherung (Art. 22 Abs. 5 RL-Entwurf).....	14
E.	Fazit: Überlegenheit eines hybriden Regelungsmodells.....	15
F.	Zusammenfassung in Thesenform	16

* Professor of Law at the European Legal Studies Institute, University of Osnabrück. Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Osnabrück. Der Verf. dankt Frau *Vera Wenker*, Herrn *Colin Partington* und Herrn *Maximilian Kühle* für wertvolle Hinweise und Unterstützung bei Abfassung des Beitrags.

A. Voraussetzungen für eine wirksame Abschreckung

„Iudex non calculat“ – und doch soll gleich zu Beginn eine mathematische Formel bemüht werden: Eine „wirksame Abschreckung lässt sich nur erzielen, wenn das Produkt aus der erwarteten Buße oder Strafe, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung und Vollstreckung der Sanktion, größer ist als der Nutzen aus dem Rechtsbruch.“¹

Die Aussage ist janusköpfig. Sie bezieht sich auf das public und das private enforcement und damit auf beide Durchsetzungsformen. Sie soll den Rahmen bilden für das Thema dieses Beitrags: das private enforcement. Der privaten Rechtsdurchsetzung möchte ich mich aus dem Blickwinkel einer neueren Entwicklung nähern, nämlich der sog. Lieferkettenverantwortung von Unternehmen.

B. Rechtsdurchsetzung im LkSG

Im Anschluss an den Beitrag von Jan Schuhr,² der sich mit dem RL-Entwurf auseinandergesetzt hat, liegt der Schwerpunkt meiner Analyse auf der Durchsetzung des deutschen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes, kurz dem LkSG.

I. Versagung des private enforcement im LkSG

Der Ausgangsbefund ist eindeutig: Das LkSG setzt nicht auf private enforcement.³ So heißt es in § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG: Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung. Die Norm lässt sich mehr als jede andere Norm des LkSG nur aus der Genese des LkSG verstehen. Das sog. Eckpunktepapier von BMAS und BMZ aus Juni 2020⁴ enthielt zunächst noch eine zivilrechtliche Haftungsnorm inkl. kollisionsrechtlicher Flankierung qua Eingriffsnorm. Damit war sichergestellt, dass bei grenzüberschreitenden Sachverhalten die Haftungsnorm auch einschlägig gewesen wäre. Es handelte es sich um den

¹ Wagner, AcP 2006, 352, 444.

² Vgl. Schur, Schutz von Menschenrechten und Umwelt durch Unternehmenssanktionen – die geplante EU-Richtlinie, in diesem Buch.

³ Siehe dazu ausführlich Schmidt, CCZ 2022, 214; daneben auch Fleischer DB 2022, 920, 921; Graf von Westphalen, ZIP 2021, 435

⁴ BMAS/BMZ, Entwurf für Eckpunkte eines Bundesgesetzes über die Stärkung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in globalen Wertschöpfungsketten (Sorgfaltspflichtengesetz), abrufbar unter: https://die-korrespondenten.de/fileadmin/user_upload/die-korrespondenten.de/Lieferkettengesetz-Eckpunkte-10.3.20.pdf; zuletzt abgerufen am 22.11.22.

wohl größten Streitpunkt⁵ während der Genese des Gesetzes: Sollte das Opfer einer Menschenrechtsverletzung oder Umweltverschmutzung in einem Drittstaat in die Lage versetzt werden, deutsche Unternehmen direkt in Anspruch zu nehmen.

Eher wenig überraschend führte das LkSG – sagen wir vorsichtig – zu negativen Emotionen in der deutschen Wirtschaft. So bezeichnete Oliver Zander, Hauptgeschäftsführer vom Arbeitgeberverband Gesamtmetall, das LkSG als das „dümmste Gesetz, das von der Großen Koalition verabschiedet wurde“⁶. Auch Gerhard Handke, Hauptgeschäftsführer des Außenhandelsverbandes BGA, wurde sehr deutlich: „Ich bin entsetzt darüber, was die Große Koalition hier vorgelegt hat“⁷. Und auch BDA-Chef Kramer scheint wenig zufrieden: Er habe „[S]elten einen Gesetzentwurf gesehen, der so weltfremd ist“; es handele sich um ein „bürokratisches Monster“⁸.

Was muss das für ein Gesetz sein, dass die deutsche Wirtschaft derart in Rage versetzt? Möglicherweise lohnt sich ein genauerer Blick darauf. Gerade der Bundeswirtschaftsminister a.D. fürchtete, ein wirklich haftungsbewehrtes Lieferkettengesetz könne deutsche Unternehmen in Zukunft davon abhalten, weiter im Ausland – auch und nicht zuletzt im Rahmen globaler Lieferketten – zum Wohl des deutschen Konsumenten produzieren zu lassen.⁹ Ein klassisches Kostenargument, eindeutig, aber auch eben eines, das sich auf den wohl für wichtiger gehaltenen Erhalt von Arbeitsplätzen ausdehnen lässt.¹⁰ Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass im LkSG kein private enforcement enthalten ist.

II. LkSG als reines public enforcement

Stattdessen hat man sich für ein reines *public enforcement*-Modell entschieden. Die Sanktionen bei Verstößen gegen die im LkSG geregelten Pflichten sind im Vergabe- und Ordnungswidrigkeitenrecht verankert, konkret in den §§ 22-24 LkSG.¹¹

⁵ Schmidt, CCZ 2022, 214 m.w.N.; ähnlich auch Keilmann/Schmidt WM 2021, 717, 718 f.

⁶ <https://www.zeit.de/wirtschaft/2021-05/grosse-koalition-lieferkettengesetz-wirtschaftsverbaende-menschenrechte-buerokratie>.

⁷ <https://www.bild.de/politik/2021/politik/lieferkettengesetz-unternehmensverbaende-halten-union-fuer-unwaehlbar-76543168.bild.html>.

⁸ <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/interview-bda-chef-kramer-zum-lieferkettengesetz-selten-einen-gesetzentwurf-gesehen-der-so-weltfremd-ist/26210532.html>.

⁹ Brunk, Menschenrechtscompliance, S. 457 f., 483 f. m.w.N.

¹⁰ Graf von Westphalen, ZIP 2021, 435.

¹¹ Vertieft zum vergaberechtlichen § 22 LkSG siehe Freund/Krüger NVwZ 2022, 665; Siegel, Neue Ziele im Vergaberecht, VergabeR 2022, 14, 21 ff.

§ 24 Abs. 1 LkSG enthält zunächst die Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände, während Abs. 2 und 3 den Bußgeldrahmen festlegen. Abs. 4 enthält eine Sonderregel zur Bußgeldbemessung. Bemerkenswert erscheint neben der inhärent fraglichen Bestimmtheit der Verbote¹² vor allem, dass der deutsche Gesetzgeber erstmals einen eigenständigen Bußgeldtatbestand mit umsatzbezogener Geldbuße ohne europarechtliche Vorgabe kodifiziert,

Der Bußgeldrahmen fällt durchaus schneidig aus: Verstöße können mit Bußgeldern bis zu 2 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes geahndet werden. Erfasst werden alle natürlichen und juristischen Personen, die mit dem Unternehmen als wirtschaftliche Einheit agieren, wie sich aus § 24 Abs. 3 S. 2 LkSG ergibt.

Die Erfahrung aus anderen Bereichen des Ordnungsrechts lehrt zwar, dass derartige Spielräume selten ausgeschöpft werden¹³, aber auch Bußgelder weit unterhalb der 2 Prozent können aus Unternehmenssicht durchaus empfindlich sein, zumal mit jedem dergestalt abgeschlossenen – oder überhaupt geführten – Verfahren wegen Menschenrechtsverletzungen zugleich in den meisten Branchen ein beträchtliches Reputationsrisiko einhergeht.¹⁴ Darüber hinaus ermöglicht das LkSG einen Ausschluss des delinquenten Unternehmens von der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 22 LKSG), wenn eine Ordnungswidrigkeit i.S.v. § 24 LkSG rechtskräftig festgestellt wurde. In bestimmten Geschäftszweigen handelt es ebenfalls um eine gravierende Konsequenz. Das Sanktionsinstrumentarium des LkSG ist also für sich genommen – auf dem Papier – durchaus leistungsfähig.¹⁵

C. Insuffizienz eines reinen public enforcement am Beispiel der Lieferkettenverantwortung

Im Folgenden soll die These zur Diskussion gestellt werden, dass ein reines public enforcement in der Ausgestaltung im LkSG nicht ausreichend ist.

¹² Siehe statt vieler *Keilmann/Schmidt*, WM 2021, 717, 721 f.; näher sogleich unter C. III. 3.

¹³ Siehe hierfür statt vieler ausführlich *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 23, Rn. 100 ff.

¹⁴ *Brunk*, Menschenrechtscompliance, S. 537; *Gehling/Ott/Lüneborg*: Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis, CCZ 2021, 230.

¹⁵ Im Ergebnis auch *Schmidt*, CCZ 2022, 214, 223; die „außerordentlich harten Sanktionen“ sogar als „problematisch“ bezeichnend *Nietsch/Wiedmann*, CCZ 2021, 101, 109.

I. Prämisse: Existenz und Notwendigkeit eines LkSG

Als Prämisse für den weiteren Vortrag möchte ich die Existenz des LkSG zugrunde legen. Hingegen soll der Beitrag nicht die – durchaus berechtigte – Diskussion behandeln, „ob“ es ein LkSG geben sollte.¹⁶ Vielmehr soll die Frage des „Wie“, d.h. die konkrete Ausgestaltung der Durchsetzung im Mittelpunkt stehen. Nur am Rande: Eine Diskussion um das Gesetz ist angesichts der politischen Realität rückwärtsgerichtet.

II. Schutzzweck des LkSG

Zur Rahmung der weiteren Diskussion erscheint es sinnvoll, sich den Schutzzweck des LkSG zu verdeutlichen. In dem Regierungsentwurf zum LkSG heißt es:

Dieses Gesetz dient dazu, die internationale Menschenrechtslage durch eine verantwortungsvolle Gestaltung der Lieferketten in der Bundesrepublik Deutschland ansässiger Unternehmen zu verbessern. In Deutschland ansässige Unternehmen ab einer bestimmten Größe werden verpflichtet, ihrer Verantwortung in der Lieferkette in Bezug auf die Achtung international anerkannter Menschenrechte durch die Implementierung der Kernelemente der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht besser nachzukommen.¹⁷ Zudem sei deutlich geworden, dass eine freiwillige Selbstverpflichtung nicht ausreicht, damit Unternehmen ihrer menschenrechtlichen Sorgfalt angemessen nachkommen. Deshalb ist eine gesetzliche Verankerung mit behördlichen Durchsetzungsmechanismen geboten.¹⁸

III. Defizite des public enforcement im LkSG

Eben diese reinen behördlichen Durchsetzungsmechanismen erscheinen insuffizient.

1. Vollzugsdefizite des Öffentlichen Rechts

Erstens liegt ein Vollzugsdefizit für das public enforcement im LkSG nahe. Hier zeigt sich eine Parallele zum Kartell- und Wettbewerbsrecht.

¹⁶ Hierzu bereits *Hübner*, NZG 2020, 1411 f.

¹⁷ Bundestag Ds 19/28649, S. 23.

¹⁸ Bundestag Ds 19/28649, S. 23.

In diesem Rechtsgebiet sah sich die EU-Kommission „außer Stande, mit dem verfügbaren Personal eine effektive Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts zu gewährleisten.“¹⁹ Stattdessen setzt man – zumindest komplementär – auf ein *private enforcement* nach amerikanischem Vorbild, vor allem aus finanziellen Gründen.²⁰

Der Befund gilt ebenso für die Durchsetzung des LkSG: Durch den bewussten Verzicht auf ein *private enforcement* lastet die Verantwortung für die Durchsetzung des Gesetzes allein auf den Schultern staatlicher Organe. Angesichts der konkreten Ausgestaltung, also einer rein öffentlich-rechtlichen Durchsetzung, ist ein Vollzugsdefizit nicht auszuschließen.²¹ Um es mit der unverblühten Wahrheit der Zahlen auszudrücken: 65 BAFA-Bedienstete sollen knapp 3.000 Adressaten-Unternehmen bei ihrer weltweiten Tätigkeit überwachen, von denen ca. 2.000 Unternehmen stark oder sehr stark von der Problematik betroffen sind.²² Ab 2024, wenn der persönliche Anwendungsbereich des LkSG erweitert wird, steigt die Zahl der stark betroffenen Unternehmen sogar um über 50 % auf ca. 3.900.²³

Das bedeutet einen Schlüssel von rund 80 Unternehmen pro Beschäftigten.

Zum Vergleich: Die inhaltlich ähnlich gelagerte Konfliktmineralien-VO enthält einen weniger ausgeprägten Pflichtenkanon und adressiert weniger Unternehmen, nämlich lediglich 200 Mineralieneinfuhrunternehmen mit Sitz in Deutschland. Auf staatlicher Seite stehen hier aber immerhin sieben Stellen, d.h. ein Beschäftigter muss „nur“ rund 30 Unternehmen abdecken.²⁴ Diese Situation könnte daher ein „Durchsetzungsdefizit mit Ansage“ befürchten lassen. Das erscheint kurios, wenn man sich das ursprüngliche Regelungsziel des deutschen Gesetzgebers noch einmal vor Augen führt: Erklärter Zweck und Daseinsberechtigung des LkSG war und ist es, Governance Gaps im Ausland zu überwinden.²⁵ Nun ist LkSG womöglich selbst ein Beispiel für strukturelle Durchsetzungsdefizite.

¹⁹ Wagner, AcP 2006, 352, 477; siehe auch: Koch, Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht: Public vs. private enforcement, JZ 2013, 390, Fn. 5.

²⁰ Siehe hierzu Diskussionspapier des Bundeskartellamts vom 26.09.2005, S. 3, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Private%20Kartellrechtsdurchsetzung.html; siehe auch Wagner, AcP 2006, 352, 448.

²¹ Ähnliche Sorge bei Schmidt, CCZ 2022, 214, 223.

²² Siehe zur Ausstattung des BAFA vertieft Schmidt, CCZ 2022, 214.

²³ Nietsch/Wiedmann: Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in der Lieferkette, CCZ 2021, 101, 102.

²⁴ Grabosch/Engel/Schöfelder, LkSG, S. 172 mit Fn. 5.

²⁵ Siehe dazu bereits Nachweise in Fn. 17 f.

2. Informationsdefizite der Verwaltung

Eng mit der personellen Ausstattung des BAFA zusammenhängend erscheinen zweitens Informationsdefizite der Verwaltung absehbar. Es mangelt nicht nur an Informationen seitens der Verwaltung, sondern das Wissen liegt in der Hand derjenigen, deren Verhalten kontrolliert werden soll.²⁶ Die Unternehmen haben nachvollziehbarerweise kein Interesse an einer Erhöhung der Verhaltensanforderungen. Dies belegt die bereits angesprochene Genese des LkSG.

Im Rahmen des public enforcement sieht das LkSG zwar noch Betretensrechte (§ 16 LkSG) und Auskunfts- und Herausgabepflichten vor.²⁷ Hierdurch wird dem Informationsdefizit – vorbehaltlich einer hinreichenden Wahrnehmung dieser Kompetenzen (vgl. Problem der 65 Mitarbeiter) – jedenfalls in Theorie begegnet.

Umso gravierender erscheint das Informationsdefizit, als dass die Betretensrechte des BAFA nur im Inland gelten. Bei den hier in Rede stehenden Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen im Ausland, d.h. bei extraterritorialen Sachverhalten²⁸, führen die Betretensrechte nicht weiter. Wenngleich die Auskunfts- und Herausgabepflichten der Gesellschaft auch solche Informationen/Dokument erfassen, so läuft ein Betretungsrecht hier schon weitgehend ins Leere.

3. Damoklesschwert: mangelnde Bestimmtheit

Drittens und schließlich droht im Ordnungswidrigkeitenrecht das Damoklesschwert eines Verstoßes gegen Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG.

Bei cursorischer Durchsicht sind im Schrifttum zwei Lager ersichtlich.

Einerseits wird § 24 Abs. 1 LkSG im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG für hinreichend bestimmt gehalten.²⁹ Zwar bestehe ein strenger Gesetzesvorbehalt, ein Verstoß durch Unbestimmtheit von Ordnungswidrigkeiten sei aufgrund der Allgemeinheit und Abstraktheit von Straf- und Bußgeldnormen abzulehnen.³⁰

²⁶ Kern, ZZPInt 12 (2007), 351, 360

²⁷ S. dazu Fluck in Gehling/Ott, LkSG, § 16, § 17.

²⁸ Schmidt, CCZ 2022, 214, 219; siehe hierzu Brunk, Menschenrechtscompliance, S. 297 f.

²⁹ Brunk, Menschenrechtscompliance, S. 487; Grabosch/Engel/Schöpfelder, LkSG, S. 193 ff.; Handel, in: Depping/Walden, LkSG, S. 551.

³⁰ Grabosch/Engel/Schöpfelder, LkSG: S. 193 ff.

Demgegenüber steht eine sehr breite Auffassung, die § 24 LkSG – zumindest in Teilen – für zu unbestimmt hält.³¹ In einer aktuellen Kommentierung zu § 24 LkSG heißt es hierzu treffend:

„Eine einzelfallbezogene, topisch begründete Rechtsanwendung mag im Zivil- und Verwaltungsrecht tolerabel sein; im Ordnungswidrigkeitenrecht, das die Verantwortung der Normadressaten für die Verletzung geltenden Rechts symbolisch markiert und auf eine Tat mit einer Übelzufügung reagiert, ist sie es nicht.“³²

Dass es sich bei dem Verdikt der Unbestimmtheit um ein manifestes Risiko handelt, belegt ein rechtvergleichender Seitenblick nach Frankreich. Für das dortige Lieferkettengesetz, der *loi de vigilance*, urteilte der Verfassungsrat, dass die Bußgeldregelung mangels Bestimmtheit verfassungswidrig sei.³³ Die zivilrechtliche Haftung sei hingegen keiner scharfen Bestimmtheitsprüfung zu unterziehen. Daher wurde die entsprechende Bußgeldnorm aus der *loi de vigilance* gestrichen.

Ohne als Zivilrechtler en détail auf die verfassungsrechtlichen Fragen einzugehen, erscheint die Durchsetzungswahrscheinlichkeit jedenfalls deutlich reduziert, wenn wie im LkSG die Bestimmtheit in Rede steht. Hier kann die Erfahrung in Frankreich als mahndes Beispiel gelten.

Man stelle sich nur die Konsequenz eines Verdikts zur Unbestimmtheit vor: Da die vergaberechtliche Sanktionierung von der rechtskräftigen Bußgeldverhängung abhängt, bestände keinerlei Durchsetzungsmechanismus mehr. Die Durchsetzungswahrscheinlichkeit sinkt damit gen null, so dass von dem LkSG keine Präventionswirkungen (mit Ausnahme der Reputationsschäden) mehr ausgingen.

IV. Vorteile eines private enforcement

Demgegenüber erscheinen die Vorteile des private enforcement zumindest bedenkenswert.

³¹ Keilmann/Schmidt, WM 2021, 717, 720 f.; Kubiciel/Großmann, in: BeckOGK LkSG, § 24 Rn. 12; ähnlich kritisch auch Blach, CCZ 2022, 13 f.

³² Kubiciel/Großmann, in: BeckOGK LkSG, § 24 Rn. 12.

³³ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, Rn. 13, abrufbar unter: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017750DC.htm>.

1. Individueller Schutzzweck

Vergegenwärtigt sich man den bereits erwähnten Schutzzweck des LkSG (Stärkung der Menschenrechte in den Lieferketten), erscheint es überraschend, dass eine private Rechtsdurchsetzung durch den Betroffenen ausscheidet. Einen individuelleren Tatbestand als ein Menschenrecht erscheint in vielen Fällen kaum denkbar, sofern kein Kollektivrecht betroffen ist.³⁴ Die Menschenrechte mit klarer Individualschutzrichtung nicht mit einem subjektiven Anspruch zu versehen, erscheint letztlich als widersprüchliche Versündigung an den eigenen Zielen. Es ist eine Art performativer Widerspruch des LkSG: Das LkSG möchte die Menschenrechte als Individualrechte schützen; dem Inhaber des Individualrechts soll aber kein Anspruch zukommen.

2. Nutzung privater Information und Initiative

Einer private Rechtsdurchsetzung kommen ferner zwei weitere wesentliche Vorteile zu. Zunächst hat der Betroffene häufig einen besseren Zugang zu den Beweismitteln und Informationen, die für eine schlüssige und nachweisbare Anspruchs begründung benötigt werden.³⁵ Regelmäßig können die Betroffenen auch einen der Verantwortlichen für die Menschenrechtsverletzung oder die Umweltschädigung ausfindig machen. Sie haben deshalb einfacheren und schnelleren Zugang zu den relevanten Informationen.³⁶

Hierbei helfen die bereits erwähnten Betretensrechte der Behörden nicht ab. Letzteren, die an dem Schadensfall nicht beteiligt waren und meistens keine unmittelbare Kenntnis davon haben, fehlt es hingegen regelmäßig an den Informationen. Damit werden Erkenntnisse für die Rechtsdurchsetzung nutzbar, die ein reines public enforcement nicht erfasst.

Zudem bestehen für den Betroffenen aus Gründen der Betroffenheit starke Anreize zur Rechtsdurchsetzung.³⁷ Auf diesen Aspekt des Anreizes setzt ein private enforcement.

³⁴ *Wegener*, Menschenrecht auf Klimaschutz?, NJW 2022, 425; Ähnlich auch *Ipsen*, Völkerrecht, S. 635.

³⁵ *Wagner*, AcP 2006, 352, 446; so auch *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 570.

³⁶ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 570; *Kern*, ZZPInt 12 (2007), 351, 360; *Wagner*, AcP 2006, 352, 446

³⁷ *Wagner*, AcP 2006, 352, 446; *Brunk*, Menschenrechtscompliance, S. 488 m.w.N. in Fn. 192.

3. Einsparung von Verwaltungskosten

Schließlich führt ein wirksames private enforcement zu einer Einsparung von Verwaltungskosten.³⁸ Ein wirksames private enforcement erfährt eine sog. Selbstdurchsetzung, da wirksam abschreckende Sanktionen zu einer entsprechenden Verhaltenssteuerung beim Adressaten der Regelung führen.³⁹ Die Unternehmen werden bei einer privatrechtlichen Haftungsandrohung ihr Verhalten anders ausrichten als ohne private Rechtsdurchsetzung.

4. Grenzüberschreitende Effektivität: IPR vs. Territorialitätsprinzip

Schließlich ist das Privatrecht mit seiner grenzüberschreitenden Wirkung qua Kollisionsrecht dem öffentlichen Recht mit dem grundsätzlich vorherrschenden Territorialitätsprinzip überlegen.⁴⁰ Dieses Prinzip verhindert grundsätzlich die grenzüberschreitende Wirkung, während das private enforcement dadurch nicht beeinträchtigt wird.

Allerdings ist zu beachten, dass die etwaigen deliktsrechtlichen Ansprüche der Betroffenen der Menschenrechtsverletzung unter Geltung des Erfolgsortprinzips (Art. 4 I Rom II-VO) eigentlich dem Recht am Schadensort unterliegen.⁴¹ Dies würde die grenzüberschreitende Geltendmachung untergraben.⁴² Daher ist es erforderlich, dass das Kollisionsrecht die Anwendbarkeit des deutschen Privatrechts gewährleistet.

V. Zwischenergebnis: Notwendigkeit eines smart mix

Es bleibt damit abzuwarten, welche Kraft das public enforcement entwickeln wird. Hierbei wird auch eine Rolle spielen, inwieweit Akteure der Zivilgesellschaft die Verhältnisse an den

³⁸ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 579; siehe hierzu auch Diskussionspapier des Bundeskartellamts vom 26.09.2005, S. 3, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Private%20Kartellrechtsdurchsetzung.html.

³⁹ *Wagner*, AcP 2006, 352, 448; Diskussionspapier des Bundeskartellamts vom 26.09.2005, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Private%20Kartellrechtsdurchsetzung.html.

⁴⁰ In etwa auch *Wagner*, AcP 2006, 352, 449.

⁴¹ *Hübner*, Unternehmenshaftung, S. 143 ff.; *Brunk*, Menschenrechtscompliance, S. 332 ff.

⁴² Ähnlich zu Menschenrechtsverletzungen im Allgemeinen *Brunk*, Menschenrechtscompliance, S. 362 ff.

Produktionsorten öffentlich machen, weil vom BAFA aus Mangel an Ressourcen und grenzüberschreitenden Kompetenzen keine derartigen Ermittlungen erwartet werden können. Vielmehr erscheint ein „smart mix“ von öffentlich- und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung erforderlich.⁴³

D. Umsetzung eines konsequenten Enforcement Mechanismus in Art. 22 RL-E⁴⁴

Mit diesem Befund ist die Frage nach einem geeigneten private enforcement im LkSG aufgeworfen. Ein Beispiel für eine zivilrechtliche Haftungsregel enthält der im Frühjahr 2022 vorgestellte Richtlinien-Entwurf der EU-Kommission über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit.⁴⁵

I. Haftungsregel

Art. 22 Abs. 1 RL-Entwurf verpflichtet die Mitgliedstaaten, eine Schadensersatzhaftung für Verletzungen der „kardinalen“ Sorgfaltspflichten (Prävention und Abhilfe, Art. 7, 8 RL-E) vorzusehen:

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

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

Denkbar ist zunächst die Umsetzung als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB.⁴⁶

Legt man gedanklich das „Prüfungsschema“ des § 823 Abs. 2 BGB an, lassen sich folgende Beobachtungen anstellen: Art. 7 und 8 RL-Entwurf erscheinen in Gestalt der nationalen Umsetzungsnormen als Schutzgesetze iSv § 823 Abs. 2 BGB.⁴⁷ Verletzungshandlung ist das

⁴³ Hübner, Unternehmenshaftung, S. 442 ff.; im Ergebnis auch Brunk, Menschenrechtscompliance, S. 487 f.

⁴⁴ Der folgende Abschnitt basiert im Wesentlichen auf Hübner/Habrigh/Weller, NZG 2022, 644, 648 ff.

⁴⁵ Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 vom 23.02.2022, COM(2022) 71 final; vgl. dazu Hübner/Habrigh/Weller NZG 2022, 644ff.; König, NZG 2022, 1186 ff.; Ruttloff/Rothenburg/Hahn, DB 2022, 1116 ff.

⁴⁶ Hübner/Habrigh/Weller NZG 2022, 644, 648.

⁴⁷ Hübner/Habrigh/Weller NZG 2022, 644, 648.

Unterlassen, den Prävention- und Abhilfepflichten (Art. 7 und 8 RL-E) nachzukommen (*fail to comply with*). Dabei zeigt sich in der angesprochenen Handlungsform des Unterlassens besonders eindrücklich die dogmatische Parallele der Sorgfaltspflichten zu den Verkehrssicherungspflichten im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB.⁴⁸

Unpassend könnte sich die Schablone des § 823 Abs. 2 BGB hingegen für die Mehrstufigkeit der Haftungsregelung des Art. 22 Abs. 1 RL-Entwurf erweisen: Während § 823 Abs. 2 BGB im haftungsbegründenden Tatbestand nur die durch das Kausalitätserfordernis verbundenen zwei Stufen der Verletzungshandlung und der Schutzgesetzverletzung kennt, sieht Art. 22 Abs. 1 RL-Entwurf eine zusätzliche vor: die durch die Schutzgesetzverletzung kausal hervorgerufenen *negative Auswirkung*.⁴⁹

Anstelle einer Einordnung als Schutzgesetz käme alternativ die Begründung einer Verkehrssicherungspflicht im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB im Wege der judikativen Rechtsfortbildung in Frage.⁵⁰ Eine solche Lösung würde allerdings die Aufgabe der Haftungsbegründung in diesem komplexen Bereich der Judikative überantworten, die in diesem neuartigen Bereich über wenig trittfesten Grund verfügt.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Einführung einer eigenständigen Haftungsnorm im Rahmen des LkSG vorzugswürdig. Hier könnte der Gesetzgeber den Vorgaben der RL entsprechen, ohne in das Korsett der deutschen Deliktsrechtsdogmatik gepresst zu werden.

II. Safe harbor-Regelung: Kontraktualisierung der Human Rights Due Diligence

Die EU-Kommission kommt in Art. 22 Abs. 2 RL-Entwurf der weitläufigen Forderung nach einem *safe harbor* nach.⁵¹ Ausgeschlossen wird eine Haftung für Schäden, die durch von mittelbaren Zulieferern verursachte negative Auswirkungen entstanden sind, sofern das Unternehmen:

- erstens sog. vertragliche Zusicherungen im Verhältnis zu ihrem unmittelbaren Zulieferer als (direktem) Vertragspartner vereinbart hat, worin letzterer versichert,

⁴⁸ Hübner/Habrich/Weller NZG 2022, 644, 648; vgl. zur Etablierung der Sorgfaltspflichten des LkSG als Verkehrspflichten Fleischer, DB 2022, 920, 922; Weller/Nasse, in: FS Ebke, 2021, S. 1071 ff.

⁴⁹ Zu den Schwierigkeiten des Begriffs der „negativen Auswirkungen“ siehe vertieft König NZG 2022, 1186, 1187 f.; Hübner/Habrich/Weller NZG 2022, 644, 648 f.

⁵⁰ Hübner/Habrich/Weller NZG 2022, 644, 648 m.w.N. in Fn. 61.

⁵¹ Hübner/Habrich/Weller NZG 2022, 644, 649.

sowohl dem „*code of conduct*“ des Unternehmens nachzukommen als auch selbst im Verhältnis zu seinen eigenen Vertragspartnern *vertragliche Zusicherungen* zu verlangen, sofern sie Teil der Wertschöpfungskette des Unternehmens sind (sog. *contractual cascading*), vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b, 8 Abs. 3 lit. c RL-Entwurf,

- zweitens, das Unternehmen diesbezüglich „*geeignete Maßnahmen zur Überprüfung der Einhaltung*“ ergriffen hat, vgl. Art. 7 Abs. 4, 8 Abs. 5 RL-Entwurf, und
- drittens, es nicht „*unangemessen*“ war „*zu erwarten, dass die eingeleiteten Maßnahmen [...] geeignet gewesen wären*“, Art. 22 Abs. 2 RL-Entwurf.

Es kommt damit gleichsam zu einer „Kontraktualisierung“ der Human Rights and Environmental Due Diligence.⁵² Art. 12 RL-Entwurf gibt in diesem Zusammenhang der Kommission auf, sog. Mustervertragsklauseln bereitzustellen, die den Unternehmen die Rechtsunsicherheit hinsichtlich des erforderlichen Inhalts der vertraglichen Zusicherungen abnehmen.

III. Schadenswiedergutmachung

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

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

⁵² Hübner/Habrich/Weller NZG 2022, 644, 649.

Danach ist es also möglich, dass nachträgliche Schadenswiedergutmachungsbemühungen und die Bereitschaft zur Kooperation mit staatlichen Behörden die zivilrechtliche Haftung „rückwirkend“ entfallen lassen oder zumindest minimieren. An dieser Stelle ist nochmals zu betonen, dass die Sorgfaltspflichten in LkSG und RL-E als Bemühenspflichten ausgestaltet sind. Dies führt zu einem dogmatischen Durcheinander und lässt die Ausgleichsfunktion zivilrechtlicher Haftung in den Hintergrund treten.⁵³

IV. Beweislast

Zuletzt sei noch auf die zivilhaftungsrechtliche Gretchenfrage nach der Beweislast hingewiesen. Der RL-Entwurf äußert sich in ErwGr. 58 lediglich zur *safe harbor*-Rückausnahme:

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

Diese zentrale Frage für die Intensität des *private enforcement* nicht zu regeln, erscheint angesichts der Bedeutung der Beweislast problematisch,⁵⁴ insbesondere wenn man sich den Regelungsanlass des europäischen Gesetzgebers verdeutlicht. Denn dieser will mit dem RL-E gleiche Wettbewerbsbedingungen in der EU schaffen. Das angestrebte *level playing field* würde mit einer solchen offenen Front bei der Beweislast nicht erreicht werden.

V. Kollisionsrechtliche Absicherung (Art. 22 Abs. 5 RL-Entwurf)

Die im RL-Entwurf an die Mitgliedstaaten gerichtete Pflicht, in ihrem jeweiligen nationalen Recht eine zivilrechtliche Haftung vorzusehen, ergibt nur Sinn, wenn in den maßgeblichen Sachverhalten mit Drittstaatenbezug das mitgliedgliedstaatliche Recht auch Anwendung findet. Da die allgemeine Deliktskollisionsnorm des Art. 4 I Rom II-VO das Recht am Schadensort zur Anwendung beruft, droht die vorgeschriebene Haftung leerzulaufen. Beispielsweise ist im KiK-Fall vor dem LG Dortmund das pakistanische Recht zur Anwendung gekommen. Während für das LkSG Wege diskutiert werden, wie seine

⁵³ Hübner/Habrigh/Weller NZG 2022, 644, 649.

⁵⁴ Zur Bedeutung der Beweislast bereits Keilmann/Schmidt, WM 2021, 717, 721.

Regelungen über das internationale Privatrecht durchgesetzt werden können⁵⁵, ist der RL-E der Entschließung des Parlaments gefolgt und verpflichtet in Art. 22 Abs. 5 RL-E zur Absicherung der vorgesehenen zivilrechtlichen Haftung diese als Eingriffsnorm auszugestalten: *„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung dieses Artikels vorgesehene Haftung zwingend Anwendung findet und Vorrang hat in Fällen, in denen das auf entsprechende Ansprüche anzuwendende Recht nicht das Recht eines Mitgliedstaats ist.“*

E. Fazit: Überlegenheit eines hybriden Regelungsmodells

Auch wenn mitnichten dem Primat des Privatrechts das Wort geredet werden soll, so besteht doch die Notwendigkeit, die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung im LkSG durch das Privatrecht zu ergänzen.⁵⁶ Gleichwohl stellt das Zivilrecht als flankierendes Durchsetzungsinstrument kein „Wundermittel“ dar.⁵⁷

Übersetzt in die oben genannte mathematische Formel bedeutet dies:

(erwartbare Strafe_{public enforcement} x Entdeckungswahrscheinlichkeit_{public enforcement}) addiert um die (erwartbare Strafe_{private enforcement} x Entdeckungswahrscheinlichkeit_{private enforcement}) müssen größer als der Nutzen des Rechtsbruchs sein.

Die Sinnhaftigkeit eines smart mix ergibt sich schon dadurch, dass die addierten Produkte von public und private enforcement die Schwelle für Unternehmen erhöhen, ab der sich eine Menschenrechtsverletzung lohnt. Diesem Regelungsziel wird das LkSG schon wegen der geringen Entdeckungswahrscheinlichkeit nicht gerecht (vgl. 65 Mitarbeiter beim BAFA). Dies führt zu der wenig überzeugenden Konsequenz, dass der Nutzen des Rechtsbruchs fast immer überwiegt.

Neben der personellen Stärkung des BAFA bietet der RL-E einen möglichen Lösungsansatz:

- Der Entwurf enthält die Möglichkeit der zivilrechtlichen Durchsetzung der Betroffenen

⁵⁵ Siehe dazu statt vieler *Wagner*, ZIP 2021, 1095, 1104 m.w.N. in Fn. 61.

⁵⁶ Ähnlich bereits *Hübner/Habrigh/Weller* NZG 2022, 644, 648; a.A. *Blach* CCZ 2022, 13 f.

⁵⁷ *Rühl*, Unternehmensverantwortung im (Internationalen) Privatrecht, in: DGIR, Unternehmensverantwortung und Internationales Recht, 2020, 89, 127.

- Daneben bietet er eine safe harbor Regelung zugunsten der Rechtssicherheit für Unternehmen
- Zudem sichert der Entwurf die Haftungsregel kollisionsrechtlich qua Eingriffsnorm ab, um Anwendbarkeit zu garantieren (Art. 22 V RL-E)

Summa summarum erscheint damit nur ein hybrides Regelungssystem geeignet, dem LkSG zur effektiven Durchsetzung zu verhelfen.

F. Zusammenfassung in Thesenform

1. Das LkSG setzt allein auf öffentlich-rechtliche Durchsetzungsmechanismen in Form von Bußgeldbewehrung und vergaberechtlichen Sanktionen. Dem *private enforcement* hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 3 Abs. 3 LkSG eine Absage erteilt.

2. Die Durchsetzung des LkSG als reines *public enforcement* führt in der derzeitigen Ausgestaltung zu strukturellen Durchsetzungsdefiziten, die der Gesetzgeber durch die Einführung des LkSG eigentlich verhindern wollte. Die Gründe für diese Defizite liegen in der personellen Unterbesetzung der zuständigen Stelle (65 BAFA-Mitarbeiter für über 3.000 Unternehmen), mangelnden Informationsmöglichkeiten der Verwaltung hinsichtlich der Menschenrechtsverletzungen und einer möglichen Unbestimmtheit der Bußgeldvorschrift des § 24 LkSG.

3. Um nicht zu einem „zahnlosen Papiertiger“ zu werden, bedarf es eines *smart mix* der Durchsetzungsregime durch Einführung des *private enforcement* im LkSG. Hierdurch wird den von der Menschenrechtsverletzung Betroffenen eine Möglichkeit zum Ausgleich gegeben. Daneben können zusätzliche Information über die Verletzungen durch NGOs und andere Private vor Ort herbeigeschafft werden, was zusätzlich zu Einsparungen von Verwaltungskosten führt. Zuletzt ermöglicht das *private enforcement* eine grenzüberschreitende Geltendmachung.

4. Einen Anhaltspunkt für die Ausgestaltung eines möglichen *private enforcement* bietet der Entwurf der CSDD-Richtlinie. Dieser sieht eine privatrechtliche Haftung der Unternehmen für die Verletzung ihrer zentralen Sorgfaltspflichten (Art. 7, 8 RL-E) vor. Diese ist zudem kollisionsrechtlich durch eine Eingriffsnorm in Art. 22 Abs. 5 RL-E abgesichert. Gleichzeitig

wird den Unternehmen durch eine *safe harbor*-Regelung in Art. 22 Abs. 2 RL-E eine Möglichkeit gegeben, die Haftung durch eine Kontraktualisierung der Human Rights Due Diligence weitgehend auszuschließen.

5. Trotz der Schwächen, die der RL-Entwurf bislang hat, zeigt er, dass nur ein hybrides Regelungsmodell eine effektive Durchsetzung der Sorgfaltspflichten ermöglicht. Durch die zusätzliche Gefahr für Unternehmen, einer privatrechtlichen Haftung ausgesetzt zu sein, erhöht sich die Schwelle, ab der der Nutzen des Rechtsbruchs das Produkt aus der erwarteten Strafe und der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und Vollstreckung überwiegt. Dementsprechend setzt ein komplementäres *private enforcement* einen starken Anreiz für die Unternehmen, sich um die Einhaltung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten zu bemühen.