

Shift

Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit

ANALYSE VON SHIFT

März 2022

Zusammenfassung

Unsere wichtigsten Überlegungen zum Vorschlag der Kommission

März 2022

Am 23. Februar 2022, veröffentlichte die Europäische Kommission ihren Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit.¹ Ziel der Richtlinie ist es, sicherzustellen, „dass im Binnenmarkt tätige Unternehmen zur nachhaltigen Entwicklung... beitragen indem sie potenzielle oder tatsächliche negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt im Zusammenhang mit der eigenen Geschäftstätigkeit, ihren Tochterunternehmen und ihren Wertschöpfungsketten ermitteln, vermeiden, abschwächen, beheben und minimieren.“²

Shift begrüßt, dass die EU angesichts der Dringlichkeit der Herausforderungen für eine nachhaltige Entwicklung, vor denen wir alle stehen, eine Führungsposition in Bezug auf die Notwendigkeit verbindlicher Maßnahmen zur Verbesserung der Breite und Tiefe der menschenrechtlichen und ökologischen Sorgfaltspflicht einnimmt. Die Initiative der Kommission ist eine Gelegenheit, die in ihrem Potenzial, die Nachhaltigkeit in den Mittelpunkt des unternehmerischen Handelns zu rücken, ihresgleichen sucht.

Mit der richtigen Ausgestaltung könnte eine Richtlinie zu besseren Ergebnisse für die Menschen und den Planeten beitragen, indem sie qualitativ hochwertige Sorgfaltspflichtprozesse, die sich auf die schwerwiegendsten Menschenrechts- und Umweltrisiken konzentrieren, **verbreitet**, indem sie kreative Formen des individuellen und gemeinschaftlichen Einflussvermögens von Unternehmen, um Risiken in ihren Wertschöpfungsketten anzugehen, **fördert**, die interne Governance und die Rechenschaftspflicht in Bezug auf Nachhaltigkeitsrisiken **verbessert** und die Wege zu Abhilfe für diejenigen erweitert, die durch geschäftliche Aktivitäten geschädigt wurden. **Damit diese bedeutenden Chancen jedoch verwirklicht werden können und die Richtlinie ihr erklärtes Ziel erreicht, sicherzustellen, dass die Unternehmen im Binnenmarkt durch die Vermeidung und Bewältigung negativer Auswirkungen einen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung leisten, muss die Richtlinie fest in den wichtigsten internationalen Standards für die Sorgfaltspflicht im Bereich der Nachhaltigkeit verankert sein, die von den Vereinten Nationen und der OECD angenommen wurden.**³

Bei der Analyse des Kommissionsvorschlags vergleichen wir zentrale Elemente des Richtlinienentwurfs mit den Soft-Law-Standards, die in den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte und den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen enthalten sind. Wir konzentrieren uns auf jene Bereiche, in denen wir glauben, dass die fehlende Angleichung an internationale Standards die Fähigkeit der Richtlinie, ihre erklärten Ziele zu erreichen, beeinträchtigen wird, und wir präsentieren erste Erwägungen, wie diese am besten angegangen werden könnten. **Unsere fünf wichtigsten Überlegungen lauten kurz gefasst wie folgt:**

1. DER UMFANG DER SORGFALTS PF LICHT

Der Richtlinienentwurf schlägt denselben Umfang der zivilrechtlichen Haftung vor wie für die Sorgfaltspflicht selbst. Dabei stützt sich die Richtlinie auf das neue und unerprobte Konzept der “etablierten Geschäftsbeziehungen”, um den Umfang der Sorgfaltspflicht zu begrenzen, da es für Unternehmen einfacher ist, in diesen engeren oder strategischen Beziehungen Risiken zu erkennen und Einfluss zu nehmen. Dies steht jedoch im Widerspruch zu den internationalen Standards, nach denen sich die Verantwortung der Unternehmen aus dem Zusammenhang zwischen den negativen Auswirkungen an einem beliebigen Punkt der Wertschöpfungskette und den Tätigkeiten, Produkten und Dienstleistungen der Unternehmen ergibt und nicht aus der Leichtigkeit, mit der die Auswirkungen ermittelt und angegangen werden können. Die Praxis der letzten zehn Jahre zeigt, dass das Konzept der Priorisierung auf der Grundlage der Schwere der Verletzungen der Schlüsselfaktor ist, um die Sorgfaltspflicht für die Unternehmen handhabbar zu machen und sicherzustellen, dass die wichtigsten Risiken für die Menschen angegangen werden, aber es ist nicht die Logik der im Entwurf vorgeschlagenen Sorgfaltspflicht. Die Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung auf “etablierte Geschäftsbeziehungen”, aber die Angleichung des Umfangs der Sorgfaltspflicht an die internationalen Standards könnten dazu beitragen, diese Herausforderungen zu bewältigen.

2. NACHWEIS DER EINHALTUNG

Der Richtlinienentwurf trägt verständlicherweise und erforderlicherweise der Notwendigkeit Rechnung, dass Unternehmen in der Lage sein müssen, die Einhaltung der Sorgfaltspflicht nachzuweisen, und dass Justiz- und Verwaltungsbehörden in der Lage sein müssen, die Einhaltung der Sorgfaltspflicht zu beurteilen. Der Entwurf scheint jedoch in die Falle zu tappen, dies durch ein starkes Vertrauen auf vertragliche Zusicherungen und Audit-/Verifizierungsverfahren erreichen zu wollen, die sich als wenig wirksam

erwiesen haben, wenn es darum geht, bessere Ergebnisse für Menschen zu erzielen, während sie den Unternehmen erhebliche Kosten verursachen und die Verantwortung häufig von den federführenden Unternehmen auf ihre Geschäftspartner abwälzen, ohne die Rolle ihrer eigenen Praktiken bei der Entstehung von Risiken für die Menschen zu berücksichtigen. Es gibt bessere Möglichkeiten, die Einhaltung der Vorschriften nachzuweisen und zu bewerten, die das Spektrum der von den UN-Leitprinzipien und den OECD-Leitsätzen erwarteten Ansätze für den Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken angemessen widerspiegeln, einschließlich einer stärkeren Berücksichtigung der Rolle des Vorstands.

3. DIE ZENTRALE ROLLE DER BETROFFENEN STAKEHOLDER BEI DER SORGFALTS PRÜFUNG

Der Richtlinienentwurf enthält wichtige Verweise auf die Einbindung betroffener Stakeholder und ihrer legitimen Vertreter, räumt deren Perspektiven jedoch nicht die Rolle und das Gewicht ein, das die internationalen Standards verlangen. Eine sinnvolle Einbeziehung betroffener Interessengruppen ist von zentraler Bedeutung, um die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht im Rahmen der UN-Leitprinzipien und der OECD-Leitsätze in der Praxis wirksam werden zu lassen; sie ist möglicherweise auch der schwierigste Aspekt, wenn es darum geht, sie in eine rechtsverbindliche Pflicht umzusetzen. Es gibt jedoch eindeutige Möglichkeiten, die Bestimmungen des Entwurfs über die Einbeziehung betroffener Interessengruppen, über Beschwerdeverfahren und über die Gewährleistung von Abhilfemaßnahmen im Falle von Schäden zu stärken, um sowohl eine bessere Übereinstimmung mit den internationalen Standards zu erreichen als auch die Ziele der Richtlinie zu fördern, die Verantwortlichkeit der Unternehmen für die Auswirkungen und den Zugang zu Abhilfemaßnahmen zu verbessern.

4. DER UMFANG DER VON DER PFLICHT ERFASSTEN UNTERNEHMEN

Der Richtlinienentwurf definiert den Umfang der von der Sorgfaltspflicht erfassten Unternehmen so, dass alle “sehr großen” Unternehmen sowie “große” Unternehmen in nur drei Sektoren (Textilien, Landwirtschaft und Gewinnung von Mineralien) erfasst werden. KMU sind nicht erfasst. Dadurch besteht die Gefahr, dass das Potenzial der Richtlinie, wirklich gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, eingeschränkt wird - ein zentraler Faktor, der viele Unternehmen motiviert, die eine Regulierung auf EU-Ebene unterstützen. Zwar wird anerkannt, dass es gute Gründe dafür geben kann, die Auferlegung und/oder Umsetzung neuer rechtlicher Pflichten für verschiedene Arten von Unternehmen im Laufe der Zeit zu staffeln, doch enthält der aktuelle Entwurf keine kohärenten risikobasierten Begründungen dafür, warum bestimmte Unternehmen in den ursprünglichen Anwendungsbereich fallen und andere nicht.

5. SORGFALTPFLICHT IM FINANZSEKTOR

Der Richtlinienentwurf sieht mehrere Ausnahmen für den Finanzsektor vor, die nicht mit den UN-Leitprinzipien oder den OECD-Leitlinien übereinstimmen und auch nicht mit der bestehenden Praxis in diesem Sektor übereinstimmen. Durch die Beschränkung der Sorgfaltspflicht von Unternehmen des Finanzsektors auf die vorvertragliche Phase der Beziehungen und die Aktivitäten großer Firmenkunden ignoriert der Entwurf beispielsweise die Tatsache, dass diese Unternehmen bereits die Machbarkeit und die Vorteile der Ausrichtung ihrer Sorgfaltspflicht auf die schwerwiegendsten Nachhaltigkeitsrisiken - basierend auf den Sektoren, dem Betriebskontext und den Wertschöpfungsketten ihrer Kunden - aufzeigen und die Hebelwirkung nutzen, um sie während der gesamten Beziehung anzugehen. Die Richtlinie sollte die wichtige Rolle und Verantwortung des Finanzsektors bei der Bewältigung von Menschenrechtsrisiken auf der Grundlage internationaler Standards und die

Katalysatorwirkung, die dies auf andere Sektoren haben kann, nicht untergraben, wie wir im Fall der Klimarisiken gesehen haben.

Wir stellen diese Überlegungen als Beitrag zu der Gesetzgebungsdebatte zur Verfügung, die jetzt auf der Ebene des Europäischen Parlaments und des Rates geführt wird, und wir begrüßen den weiteren Dialog darüber.

A. Zusammenhang

Seit über einem Jahrzehnt haben die Erwartungen der UN-Leitprinzipien und der OECD-Leitsätze die Bemühungen von Staaten und anderen normgebenden Gremien beeinflusst, ein effektiveres Management von Menschenrechts- und Umweltrisiken im Zusammenhang mit Unternehmenstätigkeiten und Wertschöpfungsketten anzuregen, zu fördern und zu fordern. Shift begrüßt, dass die EU angesichts der Dringlichkeit der Herausforderungen im Bereich der nachhaltigen Entwicklung eine Führungsposition in Bezug auf die Notwendigkeit verbindlicher Maßnahmen zur Verbesserung der Breite und Tiefe der Sorgfaltspflicht im Bereich der Menschenrechte und des Umweltschutzes einnimmt, und zwar durch die umfassende Sorgfaltspflicht im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflicht für nachhaltige Unternehmen.

“Die UNGPs bestehen aus 31 Grundsätzen und dazugehörigem Kommentar, was jeder Grundsatz für alle Akteure bedeutet und impliziert: Staaten, Unternehmen sowie betroffene Einzelpersonen und Gemeinschaften. Sie sind nicht nur ein Text. Sie sollten dazu beitragen, eine neue Regulierungsdynamik zu schaffen, in der öffentliche und private, unternehmerische und zivile Governance-Systeme einen eindeutigen Mehrwert erbringen, die Schwächen des jeweils anderen ausgleichen und sich gegenseitig verstärkende Rollen spielen - woraus sich ein umfassenderes und effektiveres globales System entwickeln könnte.”

Professor John Ruggie | Grundsatzrede auf der Konferenz der finnischen EU-Ratspräsidentschaft im Dezember 2019

Wie in der Begründung des Richtlinienentwurfs erläutert wird, verfolgt die Richtlinie fünf spezifische Ziele:

- (i) **Verbesserung der Corporate-Governance-Praktiken**, zur besseren Integration des Nachhaltigkeitsrisikomanagements in die Unternehmensstrategien;
- (ii) **Vermeidung einer Fragmentierung der Sorgfaltspflichtenbestimmungen** im Binnenmarkt und **Schaffung von Rechtssicherheit** für Unternehmen und Interessenträger;
- (iii) **Stärkung der Rechenschaftspflicht der Unternehmen** für negative Auswirkungen und **Gewährleistung der Kohärenz der Unternehmen** zwischen bestehenden und geplanten EU-Initiativen für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln;
- (iv) **Verbesserung des Zugangs zu Abhilfemaßnahmen** für Betroffene; und
- (v) **Ergänzung spezifischerer Nachhaltigkeitsmaßnahmen** zu bestimmten Themen oder Sektoren.⁴

Der Richtlinienentwurf verweist an zahlreichen Stellen auf die UN-Leitprinzipien und die OECD-Leitsätze, die die maßgeblichen Erwartungen an die Sorgfaltspflicht festlegen, und versucht, sich auf deren Bestimmungen zu stützen. Um ihre Ziele vollständig zu erreichen, wird es jedoch entscheidend sein, den Inhalt der Richtlinie enger an die Kernkonzepte der UN-Leitprinzipien und der OECD-Leitsätze anzugleichen.

Aus den Erfahrungen des letzten Jahrzehnts mit der Umsetzung der internationalen Standards haben wir einige klare Lehren gezogen, wie eine wirksame menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht sicherstellt werden kann. Auf diesen Erfahrungen müssen wir aufbauen, wenn wir sicherstellen wollen, dass die Sorgfaltspflicht sich auf die Bekämpfung der größten Risiken für die Menschen und den Planeten konzentriert, auch durch den kreativen Einsatz von Einflussvermögen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Sorgfaltspflicht auf eine Reihe von ressourcenintensiven “Command and Control”-Managementtechniken reduziert wird, deren Logik oft von der Sorge um das Risiko für das Unternehmen bestimmt wird.

In diesem Vermerk zeigen wir fünf wesentliche Möglichkeiten auf, wie eine engere Angleichung an die internationalen Standards dazu beitragen kann, dass die Richtlinie ihre zentralen Ziele besser erreicht. Wir stellen diese Überlegungen als Beitrag zur gesetzgeberischen Debatte zur Verfügung, die jetzt auf der Ebene des Europäischen Parlaments und des Rates geführt wird, und wir begrüßen den weiteren Dialog darüber. Wir konzentrieren uns in unseren Kommentaren auf die Menschenrechtsaspekte der Sorgfaltspflichtprüfung.

B. Fünf Kernaspekte des Richtlinienentwurfs

1. DER UMFANG DER SORGFALTPFLICHT

Der Richtlinienentwurf schlägt denselben Umfang der zivilrechtlichen Haftung vor wie für die Sorgfaltspflicht selbst. Dabei stützt sich die Richtlinie auf das neue und unerprobte Konzept der “etablierten Geschäftsbeziehungen”, um den Umfang der Sorgfaltspflicht zu begrenzen, da es für die Unternehmen einfacher ist, Risiken zu erkennen und in diesen engeren oder strategischen Beziehungen Einfluss zu nehmen. Dies steht jedoch im Widerspruch zu den internationalen Standards, nach denen sich die Verantwortung der Unternehmen aus dem Zusammenhang zwischen den negativen Auswirkungen an einem beliebigen Punkt der Wertschöpfungskette und den Tätigkeiten, Produkten und Dienstleistungen der Unternehmen ergibt und nicht aus der Leichtigkeit, mit der die Auswirkungen ermittelt und angegangen werden können. Die Praxis der letzten zehn Jahre zeigt, dass das Konzept der Priorisierung auf der Grundlage der Schwere der Verletzungen der Schlüsselfaktor ist, um die Sorgfaltspflicht für die Unternehmen handhabbar zu machen und sicherzustellen, dass die wichtigsten Risiken für die Menschen angegangen werden, aber es ist nicht die Logik der im Entwurf vorgeschlagenen Sorgfaltspflicht. Die Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung auf “etablierte Geschäftsbeziehungen”, aber die Angleichung des Umfangs der Sorgfaltspflicht an die internationalen Standards könnten dazu beitragen, diese Herausforderungen zu bewältigen.

Der Richtlinienentwurf schlägt vor, Unternehmen zu verpflichten, ihre tatsächlichen und potenziellen negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt zu verhindern und zu beseitigen, indem sie eine Sorgfaltsprüfung durchführen. In der Begründung der Kommission wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die UN-Leitprinzipien und die OECD-Leitlinien die Sorgfaltspflicht auf die gesamte Wertschöpfungskette erstrecken. In den Erwägungsgründen der Richtlinie wird auch darauf hingewiesen, dass schädliche Auswirkungen auftreten können, *“insbesondere auf der Ebene der Rohstoffbeschaffung, der Herstellung oder der Produkt- oder Abfallentsorgung”*, und dass *“damit die Sorgfaltspflicht zu sinnvollen Ergebnissen führt, sollte sie negative Auswirkungen ... abdecken, die während des gesamten Lebenszyklus der Produktion, der Verwendung und der Entsorgung...verursacht werden”*, einschließlich der gesamten Wertschöpfungskette.⁵

Artikel 1 des Richtlinienentwurfs beschränkt jedoch die Sorgfaltspflicht auf den Betrieb eines Unternehmens, seine Tochtergesellschaften und seine “etablierten Geschäftsbeziehungen” - die als “beständige” Beziehungen auf der Grundlage der “Intensität” oder “Dauer” definiert werden und die keinen “unbedeutenden oder lediglich untergeordneten Teil der Wertschöpfungskette” darstellen.⁶ “Geschäftsbeziehungen” werden wiederum so definiert, dass sie ein Unternehmen umfassen, mit dem das Unternehmen eine geschäftliche Vereinbarung irgendeiner Art getroffen hat, oder ein Unternehmen, das *“für das Unternehmen oder in dessen Namen Geschäftstätigkeiten im Zusammenhang mit den Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens durchführt.”*⁷

Dieser enge Anwendungsbereich birgt die Gefahr, dass der Schwerpunkt der Sorgfaltspflicht in der Praxis nicht dadurch bestimmt wird, wo in der Wertschöpfungskette eines Unternehmens die schwerwiegendsten Risiken und Auswirkungen auftreten, sondern dadurch, ob eine Geschäftsbeziehung als “etabliert” im Sinne der verschiedenen im Entwurf eingeführten neuen Tests bezeichnet werden kann oder nicht. Er stellt eine grundlegende Abweichung von den internationalen Standards dar, was die Definition des Umfangs der Sorgfaltspflicht betrifft - wie auch von der Praxis der Sorgfaltspflicht in Übereinstimmung mit diesen Standards im letzten Jahrzehnt.

Die UN-Leitprinzipien beschränken den Umfang der Sorgfaltspflicht bewusst nicht auf eine bestimmte Gruppe eng miteinander verbundener Geschäftsbeziehungen, wie z. B. “etablierte Geschäftsbeziehungen”, weil dies die Unternehmen dazu verleitet hätte, in erster Linie bei ihren strategischen Lieferanten und anderen nahen Beziehungen nach Risiken und Auswirkungen zu suchen und die Auswirkungen in weiter entfernten Teilen der Wertschöpfungskette zu ignorieren, wo sie oft schwerwiegender sind. Außerdem wäre die Sorgfaltspflicht in einem Konzept verankert worden, das sich dazu eignet, durch rechtliche oder taktische Entscheidungen, die Beziehungen in der Wertschöpfungskette so zu gestalten, dass sie nicht in den Geltungsbereich fallen. So schafft beispielsweise die Verwendung von “etablierten Geschäftsbeziehungen” Anreize für Unternehmen, Beziehungen zu vermeiden, die als “beständig” eingestuft werden müssten und somit in den Anwendungsbereich der Sorgfaltspflicht fallen würden.⁸

Im Erwägungsgrund 20 des Richtlinienentwurfs heißt es, dass die Beschränkung der Sorgfaltspflicht auf “etablierte Geschäftsbeziehungen” notwendig ist, “damit die Unternehmen die negativen Auswirkungen in ihrer Wertschöpfungskette ordnungsgemäß ermitteln und eine angemessene Einflussnahme ausüben können”. Professor Ruggie hat jedoch bei der Ausarbeitung der UN-Leitprinzipien ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Ausmaß der Einflussnahme keine geeignete Grundlage für die Bestimmung der Verantwortung von Unternehmen ist.⁹ Ist stattdessen es die Tatsache, dass eine potenzielle oder tatsächliche Auswirkung mit der Geschäftstätigkeit, den Produkten oder Dienstleistungen eines Unternehmens verbunden ist, die die Verantwortung hervorruft, woraus sich eine Diskussion darüber ergibt, welches Einflussvermögen das Unternehmen hat oder vernünftigerweise ausüben kann, um Veränderungen zu bewirken. Das Einflussvermögen zur Grundlage für die Bestimmung des Umfangs der Sorgfaltspflicht zu machen, steht im direkten Widerspruch zu den UN-Leitprinzipien und den OECD-Leitsätzen und verringert das Potenzial der Richtlinie, ihr eigenes erklärtes Ziel zu erreichen, nämlich die Rechenschaftspflicht der Unternehmen für negative Auswirkungen entlang der gesamten Wertschöpfungskette zu verbessern.

Darüber hinaus haben die zahlreichen Unternehmen, die seit über einem Jahrzehnt in die Durchführung der Sorgfaltspflicht im Einklang mit den UN-Leitprinzipien und den OECD-Leitsätzen investieren, eine solche Einschränkung nicht benötigt, um die Sorgfaltspflicht handhabbar zu machen. Stattdessen haben sie sich auf die Schwere des Risikos für Menschen verlassen, um schwierige Entscheidungen darüber zu treffen, wann sie ihre Aufmerksamkeit und ihren Aufwand priorisieren sollten, wenn die Ressourcen begrenzt sind, wie es in den internationalen Standards vorgesehen ist. Der Richtlinienentwurf erkennt die Bedeutung des Schweregrads (neben anderen Faktoren) an, verwendet ihn aber nicht als zentrales Konzept für die Priorisierung von Anstrengungen und Ressourcen im Rahmen der Sorgfaltspflicht.

Aus all diesen Gründen kann das Konzept der “etablierten Geschäftsbeziehungen” zwar als Grundlage für die Definition des Umfangs der potenziellen zivilrechtlichen Haftung von Nutzen sein, seine Verwendung zur Definition des Umfangs der Sorgfaltspflicht ist jedoch problematisch. Hilfreich ist, dass es in den internationalen Standards bereits anerkannte Definitionen von “Geschäftsbeziehungen” gibt, die seit mehr als 10 Jahren von Unternehmen und Interessenvertretern erprobt wurden und die die Richtlinie übernehmen kann. Dies würde auch mit den Empfehlungen des Parlaments in seinen Vorschlägen vom 10. März 2021 übereinstimmen, die Sorgfaltspflicht auf die gesamte Wertschöpfungskette im Einklang mit den internationalen Standards zu erstrecken und die zivilrechtliche Haftung auf eine engere Auswahl von Situationen zu begrenzen (z. B. wenn ein Unternehmen einen Schaden verursacht oder dazu beiträgt, auch durch ein von ihm kontrolliertes Unternehmen).¹⁰ Dies würde es der Richtlinie ermöglichen, die komplementäre Rolle der zivilrechtlichen Haftung und der behördlichen Aufsicht als unterschiedliche Durchsetzungsformen mit unterschiedlichen Stärken und Beschränkungen zu nutzen, anstatt ihnen - wie derzeit vorgeschlagen - einen völlig überlappenden Anwendungsbereich zu geben.¹¹

2. NACHWEIS DER EINHALTUNG

Der Richtlinienentwurf trägt verständlicherweise und erforderlicherweise der Notwendigkeit Rechnung, dass Unternehmen in der Lage sein müssen, die Einhaltung der Sorgfaltspflicht nachzuweisen, und dass Justiz-

und Verwaltungsbehörden in der Lage sein müssen, die Einhaltung der Sorgfaltspflicht zu beurteilen. Der Entwurf scheint jedoch in die Falle zu tappen, dies durch ein starkes Vertrauen in vertragliche Zusicherungen und Audit-/ Verifizierungsverfahren erreichen zu wollen, die sich als wenig wirksam erwiesen haben, wenn es darum geht, bessere Ergebnisse für die Menschen zu erzielen, während sie den Unternehmen erhebliche Kosten verursachen und die Verantwortung häufig von den federführenden Unternehmen auf ihre Geschäftspartner abwälzen, ohne die Rolle ihrer eigenen Praktiken bei der Entstehung von Risiken für die Menschen zu berücksichtigen. Es gibt bessere Möglichkeiten, die Einhaltung der Vorschriften nachzuweisen und zu bewerten, die das Spektrum der in den UN-Leitprinzipien und den OECD-Leitsätzen erwarteten Ansätze für den Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken angemessen widerspiegeln, einschließlich einer stärkeren Berücksichtigung der Rolle des Vorstands.

Der Richtlinienentwurf legt die Erwartung fest, dass die erfassten Unternehmen eine Sorgfaltsprüfung durchführen sollten, und greift dabei auf den sechsstufigen Prozess der OECD-Leitlinien in der Definition der Sorgfaltsprüfung in Artikel 4 zurück. Der Entwurf geht zwar von der richtigen Grundlage aus, weicht dann aber in einigen kritischen Punkten von den Schlüsselaspekten dieser Schritte und insbesondere von den Maßnahmen ab, die sowohl die UN-Leitprinzipien als auch die OECD-Leitlinien von den Unternehmen erwarten, um Risiken vorzubeugen und ihnen zu begegnen. Wenn Ziel der Richtlinie darin liegt, eine Zersplitterung zu vermeiden und sicherzustellen, dass die Unternehmen für die wirksame Bewältigung negativer Auswirkungen verantwortlich sind, dann sind diese Unterschiede bedeutend.

Um festzustellen, ob ein Unternehmen angemessen gehandelt hat, betont der Entwurf die Notwendigkeit, die Angemessenheit und Erforderlichkeit der Reaktion eines Unternehmens in Bezug auf die Schwere und Wahrscheinlichkeit des Risikos oder der Auswirkung zu berücksichtigen, zusätzlich zu allen angemessenen Beschränkungen der Handlungsmöglichkeiten des Unternehmens. Bei der Festlegung der wichtigsten Maßnahmen, die die betroffenen Unternehmen

ergreifen sollten, konzentrieren sich die einschlägigen Artikel (7 und 8) jedoch stark auf (a) “vertragliche Zusicherungen” von Geschäftspartnern, dass sie den Lieferantenkodex oder eine ähnliche Police des betroffenen Unternehmens einhalten werden und dass sie diese vertraglichen Zusicherungen wiederum an ihre eigenen Vertragspartner weitergeben werden, und (b) die Überprüfung der Einhaltung dieser Anforderungen durch die Vertragspartner, unter anderem durch Audits Dritter oder Brancheninitiativen (für die die Kommission gemäß Artikel 14 Absatz 4 irgendwann Eignungskriterien entwickeln “kann”).

Obwohl sowohl die Vertragsbedingungen als auch die Überprüfungsmechanismen wichtige Elemente der Sorgfaltspflicht eines Unternehmens sind, reichen sie eindeutig nicht aus, um negative Auswirkungen auf die Menschenrechte wirksam zu verhindern und zu beseitigen. Deshalb konzentrieren sich die internationalen Standards stattdessen auf die zentrale Rolle des Einflussvermögens - die Fähigkeit eines Unternehmens, das Verhalten eines Unternehmens zu beeinflussen, das Schaden verursacht. Eine Klausel in einem Vertrag kann eine wichtige Grundlage für die Ausübung von Einfluss auf einen Partner sein, aber sie ist nur eine Grundlage. Unternehmen müssen ihren eigenen potenziellen Beitrag zu negativen Auswirkungen betrachten (z. B. ob ihre eigenen Einkaufspraktiken es ihren Partnern erschweren, Menschenrechtsverpflichtungen einzuhalten) und ob es angemessene Anreize für einen Lieferanten gibt, Probleme mitzuteilen, anstatt sie zu verbergen. Sie müssen auch alle ihnen zur Verfügung stehenden kreativen Mittel einsetzen, um auf die jeweiligen Verursacher (bei denen es sich nicht unbedingt um ihre eigenen Geschäftspartner handelt) Einfluss zu nehmen - von kommerzieller Einflussnahme über die Bereitstellung von Fachwissen und den Aufbau von Kapazitäten über weitere Aspekte der Geschäftsbeziehung bis hin zur Zusammenarbeit mit Gleichgesinnten, NROs, internationalen Organisationen oder durch Multi-Stakeholder-Initiativen, um kollektiv Einfluss zu nehmen - je nach Art der Auswirkungen und je nachdem, was voraussichtlich wirksam ist.

In den Artikeln 7 und 8 werden die “notwendigen Investitionen” mit Geschäftspartnern und die “Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen” als relevante Ansätze genannt. Der Schwerpunkt liegt jedoch eindeutig auf der Verwendung von Verträgen und

der Überprüfung der Einhaltung, auch im Umgang mit weiter entfernten Partnern in der Wertschöpfungskette,¹² und bei der Prüfung der Frage, ob das Unternehmen im Zusammenhang mit einer Zivilklage eine angemessene Sorgfaltsprüfung durchgeführt hat.¹³ **Dies birgt die Gefahr, dass eine Botschaft an die Unternehmen gesendet wird, die die umfangreichen Erkenntnisse der letzten Jahrzehnte über die erheblichen Grenzen von “Command and Control”-Ansätzen zur Einhaltung von Menschen- und Arbeitsrechten in globalen Wertschöpfungsketten ignoriert, ebenso wie die Unfähigkeit vieler Audit- und Zertifizierungssysteme, systemische Auswirkungen wirksam zu erkennen und zur Beseitigung ihrer Ursachen beizutragen, selbst wenn diese Systeme gut ausgestattet sind.**¹⁴

Es ist positiv, dass der Entwurf anerkennt, dass Unternehmen ihre Bemühungen darauf konzentrieren sollten, Auswirkungen, die im Zusammenhang mit ihren Geschäftsbeziehungen auftreten, zu verhindern und anzugehen, und nicht einfach die Flucht ergreifen sollten, wobei sie sich auf die Lehren aus dem Bereich der Abhilfe bei Kinderarbeit stützen.¹⁵ Der Richtlinienentwurf erkennt zu Recht an, dass die vorübergehende Aussetzung einer Beziehung ein angemessenes Druckmittel sein kann und dass eine Beendigung der Geschäftsbeziehungen notwendig sein kann, wenn die Auswirkungen schwerwiegend sind und die Bemühungen um Abhilfe nicht erfolgreich sind (Artikel 7 Absatz 5 und 8 Absatz 6). Zur Angleichung an die internationalen Standards sollten dabei jedoch ausdrücklich alle zusätzlichen menschenrechtlichen Folgen einer solchen Beendigung berücksichtigt werden, da diese für die betroffenen Interessengruppen mit erheblichen Nachteilen verbunden sein können. Die Richtlinie sollte Unternehmen dazu ermutigen, einen “verantwortungsvollen Ausstieg” anzustreben, wenn die Auswirkungen schwerwiegend sind und das Unternehmen kein Einflussvermögen hat, um sie zu beseitigen.

Grundsätzlich erkennen wir an, dass es eine Herausforderung ist, Mittel und Wege zu finden, mit denen Unternehmen die Umsetzung der Erwartungen an die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht nachweisen können, um sie in einen verbindlichen Verhaltensstandard zu überführen. Jedoch wird ein Fokus lediglich auf die leichte Messbarkeit (z. B. von dem Vorhandensein von Klauseln in Verträgen, der Anzahl von Plänen für Abhilfemaßnahmen,

der Anzahl der wegen Nichteinhaltung beendeten Geschäftsbeziehungen), dazu führen, dass die erfassten Unternehmen sich zu sehr auf Ansätze verlassen, die sich für die Erzielung besserer Ergebnisse für Menschen als nicht wirksam herausgestellt haben.

Die im Richtlinienentwurf vorgeschlagene vorherrschende Rolle von Audits und Überprüfungen birgt die Gefahr, dass umfangreiche zusätzliche Auditkosten anfallen (die Sozialauditbranche ist bereits ein Multimilliarden-Dollar-Geschäft). Diese Kosten werden voraussichtlich in einigen Fällen von den erfassten Unternehmen getragen, es ist jedoch zu erwarten, dass sie angesichts der derzeitigen Praxis in vielen Fällen an Lieferanten und andere Partner, einschließlich KMU, weitergegeben werden. Diese Kosten wären vielleicht vertretbar, wenn sich solche Ansätze in den letzten dreißig Jahren als wirksam erwiesen hätten, um die Ergebnisse für die betroffenen Interessengruppen zu verbessern, doch zeigen Erfahrungen das Gegenteil. Das Scheitern von Vertragsklauseln, Veränderungen herbeizuführen, hat viele Ursachen, ist aber zum Teil darauf zurückzuführen, dass die Verträge von den Unternehmen, die sie auferlegen, nicht verlangen, dass sie sich selber verpflichten, alle ihre Praktiken - wie etwa Einkaufspraktiken - zu ändern, die es ihren Zulieferern oder anderen Partnern erschweren oder unmöglich machen, die von ihnen erwarteten Menschenrechtsstandards einzuhalten.¹⁶ Während Audits und die Überprüfung der Einhaltung von Vertragsklauseln - wenn sie gut durchgeführt werden - eine gewisse Rolle im Risikomanagement spielen können, wird die Überbetonung dieser Instrumente unter dem Strich dazu führen, dass hohe Kosten anfallen, während die Aufmerksamkeit und die Ressourcen von wirksameren Ansätzen, die dem Wortlaut und der Absicht der UN-Leitprinzipien und der OECD-Leitsätze besser entsprechen, abgelenkt werden.

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen seine Pflicht im Einzelfall ernst nimmt, müssen immer die besonderen Merkmale des betreffenden Risikos oder der Auswirkung berücksichtigt werden, und es muss geprüft werden, was eine angemessene Reaktion auf der Grundlage einer Reihe von Faktoren sein könnte. Es gibt jedoch noch andere, übergreifende Merkmale des Ansatzes eines Unternehmens, die ebenfalls messbar sind und die beeinflussen, wie es auf eine bestimmte Situation reagiert - d.h. die Merkmale seiner Governance von Nachhaltigkeitsrisiken.

Wichtig ist, dass der Richtlinienentwurf in Artikel 26 die Verantwortung der Unternehmensleiter für die Überwachung der Sorgfaltspflicht festlegt, einschließlich der Erwartung, dass sie sicherstellen, dass die Ergebnisse der Sorgfaltspflicht in die Strategie des Unternehmens einfließen. **Die Richtlinie könnte noch weiter gehen und die Merkmale der Unternehmensführung spezifizieren welche nachweislich dafür sind, dass ein Unternehmen seine Nachhaltigkeitsrisiken mit größerer Wahrscheinlichkeit angemessen handhabt.** Dazu gehören beispielsweise der Nachweis, dass das oberste Leitungsorgan des Unternehmens:

- ◉ regelmäßig die Fortschritte und Herausforderungen bei der Bewältigung der wichtigsten Menschenrechts- und Umweltrisiken erörtert und sich dabei auf entsprechendes Fachwissen stützt;
- ◉ das Geschäftsmodell des Unternehmens und alle vorgeschlagenen Änderungen überprüft und in Frage stellt, um sicherzustellen, dass alle inhärenten Nachhaltigkeitsrisiken erkannt und angegangen werden;
- ◉ über Strukturen oder Prozesse verfügt, die sicherstellen, dass es über die Perspektiven der betroffenen Stakeholder informiert ist;
- ◉ hochgesteckte Ziele für die Bewältigung der wichtigsten Nachhaltigkeitsrisiken und die Bewertung der Fortschritte des Unternehmens formell genehmigt; und
- ◉ die Unternehmensführung für die addressing salient sustainability risks, including Bewältigung der wesentlichen Nachhaltigkeitsrisiken zur Verantwortung zieht, auch durch Leistungsanreize, wenn diese für andere Leistungsaspekte eingesetzt werden.¹⁷

Im Hinblick auf die Festlegung angemessener Ziele begrüßen wir die Aufnahme der Erwartung, dass die erfassten Unternehmen einen Plan im Einklang mit dem Pariser Abkommen annehmen und die Risiken des Klimawandels in Artikel 15 bewerten sollten. Es gibt eine klare Möglichkeit, das Unternehmen zu verpflichten, die damit verbundenen menschenrechtlichen Risiken und Auswirkungen speziell zu berücksichtigen, um sicherzustellen, dass es seine Klimaauswirkungen steuert und gleichzeitig zu einem gerechten Übergang beiträgt.

Außerdem gibt es, wie oben vorgeschlagen, keinen Grund, warum der Einsatz von Leistungsanreizen auf dieses Thema beschränkt sein sollte, wenn das Unternehmen Leistungsanreize für andere Nachhaltigkeitsfragen einsetzt.

3. DIE ZENTRALE ROLLE DER BETROFFENEN STAKEHOLDER BEI DER SORGFALTSPRÜFUNG

Der Richtlinienentwurf enthält wichtige Verweise auf die Einbindung betroffener Stakeholder und ihrer legitimen Vertreter, räumt ihren Perspektiven jedoch nicht die Rolle und das Gewicht ein, das die internationalen Standards verlangen. Eine sinnvolle Einbeziehung betroffener Interessengruppen ist von zentraler Bedeutung, um die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht im Rahmen der UN-Leitprinzipien und der OECD-Leitsätze in der Praxis wirksam werden zu lassen; sie ist möglicherweise auch der schwierigste Aspekt, wenn es darum geht, sie in eine rechtsverbindliche Pflicht umzusetzen. Es gibt jedoch eindeutige Möglichkeiten, die Bestimmungen des Entwurfs über die Einbeziehung betroffener Interessengruppen, über Beschwerdeverfahren und über die Gewährleistung von Abhilfemaßnahmen im Falle von Schäden zu stärken, um sowohl eine bessere Übereinstimmung mit den internationalen Standards zu erreichen als auch die Ziele der Richtlinie voranzutreiben, die Verantwortlichkeit der Unternehmen für die Auswirkungen und den Zugang zu Abhilfemaßnahmen zu verbessern.

Bei der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht geht es im Wesentlichen darum, die Risiken für Menschen zu bewerten und nicht die Risiken für das Unternehmen. Das bedeutet, dass die Menschen im Mittelpunkt der Due-Diligence-Prozesse stehen müssen. Wir sehen mindestens zwei Möglichkeiten, wie der Richtlinienentwurf die zentrale Rolle der betroffenen Stakeholder und ihrer Perspektiven bei den Sorgfaltspflichten für Unternehmen stärken könnte.

Erstens sollte der Richtlinienentwurf die sinnvolle Einbindung betroffener Stakeholder oder ihrer legitimen Vertreter (einschließlich Gewerkschaften,

wenn die Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert sind) deutlicher als zentrales Merkmal der Sorgfaltspflicht anerkennen. Gemäß den UN-Leitprinzipien und den OECD-Leitsätzen sollten Unternehmen mit betroffenen Stakeholdern (oder mit glaubwürdigen Vertretern, wenn eine direkte Einbindung nicht möglich ist) in Verbindung treten, um deren Interessen und Anliegen zu verstehen und darauf einzugehen, insbesondere bei denjenigen, die voraussichtlich am stärksten von den Auswirkungen der Geschäftstätigkeit oder der Wertschöpfungskette des Unternehmens betroffen sind. Wenn Gewerkschaften oder indigene Völker einbezogen werden, müssen die internationalen Standards für Tarifverhandlungen bzw. für Free, Prior, Informed Consent eingehalten werden.

“Zunächst einmal ist die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht kein transaktionaler Prozess. Es geht nicht darum, ein Grundstück zu kaufen und sich zu vergewissern, dass es einen Rechtstitel dafür gibt. Man geht eine langfristige Beziehung mit Menschen ein, und deshalb muss man sich auf diese Menschen konzentrieren, deren Leben, Aktivitäten und Möglichkeiten man beeinflussen kann. Das bedeutet, dass die Einbindung der Stakeholder für die Sorgfaltsprüfung im Bereich der Menschenrechte absolut entscheidend ist. Es ist eines der charakteristischen Merkmale, die sie von herkömmlichen Due-Diligence-Verfahren unterscheiden.”

Professor John Ruggie | Hauptvortrag beim Webinar zur Sorgfaltspflicht und zivilrechtlichen Haftung von Unternehmen der NOVA Law School

Die Einbindung betroffener Stakeholder darf nicht nur „gegebenenfalls“ erfolgen, also wenn das Unternehmen dies für relevant hält – da dies so ausgelegt werden kann, dass es für die Verfolgung eines Geschäftsziels, z. B. die Erlangung einer Lizenz oder Genehmigung, notwendig sein soll. Sie ist besonders wichtig, wenn es darum geht, Risiken zu bewerten und die Wirksamkeit der Maßnahmen des Unternehmens zu überprüfen. Ohne sie kann das Unternehmen nicht sicher sein, dass es den

Schweregrad der Auswirkungen richtig eingeschätzt hat, um seine Risikopriorisierung zu untermauern, noch kann es sicher sein, ob seine Ansätze in der Praxis die beabsichtigte Wirkung haben. Unternehmen selbst berichten, wie wertvoll ein solches Engagement ist, um auf neue Probleme zu aufmerksam machen, Prioritäten zu setzen und wirksame Maßnahmen zur Vermeidung und Bewältigung von Risiken zu ergreifen.

Die wichtige Rolle der betroffenen Stakeholder bei der Risikobewertung wird in Artikel 6 unterbewertet, vermutlich zum Teil deshalb, weil der Entwurf das Konzept der Schwere als zentrales Kriterium für schwierige Entscheidungen über die Prioritätensetzung nicht hervorhebt. Ihre Rolle wird in Artikel 10 über die Überwachung überhaupt nicht erwähnt. In ähnlicher Weise bezieht sich Artikel 11 über die Kommunikation nur auf die formelle Berichterstattung und nicht auf das umfassendere Konzept der UN-Leitprinzipien und der OECD-Leitsätze, mit interessierten, auch betroffenen Stakeholdern über die Bemühungen des Unternehmens außerhalb der formellen Berichterstattung zu kommunizieren.

Positiv ist, dass der Entwurf von den Unternehmen die Einrichtung von "Beschwerdeverfahren" gemäß Artikel 9 erwartet, auf die betroffene Interessengruppen, Gewerkschaften und zivilgesellschaftliche Organisationen, die in relevanten Bereichen tätig sind, zugreifen können. Er stellt jedoch nur begrenzte Anforderungen an die Wirksamkeit solcher Mechanismen, obwohl es bereits umfangreiche Leitlinien des OHCHR und der OECD zur Rolle von Beschwerdemechanismen im Rahmen der UN-Leitprinzipien und der OECD-Leitlinien gibt. Auch wird die Bedeutung solcher Mechanismen - einschließlich der Rolle der Gewerkschaften - auf allen Ebenen der Wertschöpfungskette nicht vermittelt, was eine verpasste Gelegenheit ist. **Ein Beschwerdemechanismus ist zudem ein rein reaktiver Weg, um von den Stakeholdern zu hören; er ist zwar wichtig, muss aber durch klarere Erwartungen hinsichtlich eines proaktiven Engagements der betroffenen Unternehmen ergänzt werden.**

Entscheidend ist, dass der aktuelle Entwurf den Risiken nicht genügend Aufmerksamkeit schenkt, denen betroffene Interessengruppen ausgesetzt sind, die Bedenken äußern, wenn diese Personen nicht unter die

EU-Whistleblower-Richtlinie (gemäß Artikel 23) fallen, insbesondere Menschenrechts- und Umweltaktivisten, die außerhalb der EU leben. Dies ist ein weiterer Grund, die bestehenden, allgemein akzeptierten Kriterien für die Wirksamkeit der Gestaltung und Sicherheit von Beschwerdeverfahren auf allen Ebenen der Unternehmenstätigkeit und in der Wertschöpfungskette einzubeziehen.

Die zweite Art und Weise, in der der Richtlinienentwurf den Fokus auf die betroffenen Stakeholder, die im Mittelpunkt der Sorgfaltspflicht stehen, verstärken sollte, betrifft die Abhilfe. Es ist positiv, dass der Entwurf die Verantwortung der erfassten Unternehmen anerkennt, Maßnahmen zu ergreifen, um Auswirkungen, die sie verursacht oder zu denen sie beigetragen haben, zu beseitigen.¹⁸ Abhilfe in solchen Situationen ist eine zentrale Erwartung sowohl in den UN-Leitprinzipien als auch in den OECD-Leitsätzen, und sie ist der sechste Schritt des OECD-Due-Diligence-Prozesses. Der Begriff "Abhilfe" kommt jedoch in den Bestimmungen des Richtlinienentwurfs nicht vor, die stattdessen von der "Neutralisierung der nachteiligen Auswirkungen" sprechen. Unserer Ansicht nach ist dies nicht nur ein sprachliches Problem.

Der Entwurf nennt nur ein Beispiel für die "Neutralisierung" von Auswirkungen, nämlich die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs. Auch wenn die Entschädigung ein wichtiger Bestandteil der Abhilfe sein kann, besteht das Ziel der Abhilfe aus der Sicht der Menschenrechte darin, die betroffene Person wieder in die Lage zu versetzen, in der sie sich vor dem Schaden befand, oder ihr so nahe wie möglich zu kommen. Dies könnte auch andere Schritte wie eine Entschuldigung, Unterstützung für psychische oder physische Bedürfnisse, die Wiedereinsetzung in eine Position, die Bestrafung der Verantwortlichen und die Verpflichtung, künftigen Schaden zu verhindern, beinhalten - dies kann jedoch nur in Absprache mit den direkt betroffenen Interessengruppen selbst festgelegt werden. Die gleiche Arten von Ansätzen sollten betroffenen Interessengruppen bei der formellen Durchsetzung eines Verstoßes (über zivilrechtliche Haftung oder administrative Sanktionen) zur Verfügung stehen. In dieser Hinsicht würde der Entwurf von einer stärkeren Angleichung an das Konzept und die Definitionen von Abhilfe in den internationalen Standards profitieren.

Schließlich ist es sehr positiv, dass der Entwurf einen klaren Rahmen für Durchsetzungsmaßnahmen vorschlägt, der sowohl die zivilrechtliche Haftung als auch die Verwaltungsaufsicht umfasst. In Bezug auf letztere hebt der Entwurf mehrere Merkmale hervor, darunter die Notwendigkeit, dass die Verwaltungsbehörden wirklich unabhängig sind und ihr Personal frei von Interessenkonflikten ist, dass sie über angemessene Befugnisse zur Untersuchung und Sanktionierung von Unternehmen verfügen (und dass diese Sanktionen auf der Grundlage des Umsatzes abschreckend sind) und dass eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen der Behörde gewährleistet ist. Der Entwurf schlägt auch ein europäisches Netzwerk der Aufsichtsbehörden vor - obwohl nicht klar ist, welche Rolle dieses über die Koordinierung grenzüberschreitender Fälle hinaus spielen würde, z. B. bei der Gewährleistung einer kohärenten Auslegung der Verhaltensnormen in den Mitgliedstaaten.¹⁹

Was die zivilrechtliche Haftung betrifft, so ist es positiv, dass der Entwurf ihre Bedeutung für den Zugang zu Abhilfemaßnahmen in bestimmten Fällen anerkennt, und zwar mit einer Sorgfaltspflicht-Einrede (und nicht mit einem "Safe Harbor"). Die Angemessenheit dieser Einrede hängt jedoch davon ab, inwieweit die Sorgfaltspflicht mit der Verwendung von Vertragsklauseln, Sozialaudits und Plänen für Abhilfemaßnahmen gleichgesetzt wird, oder ob ihr eine umfassendere Bedeutung im Einklang mit internationalen Standards zukommt, wie oben erläutert. Darüber hinaus haben NRO und Gewerkschaften zu Recht darauf hingewiesen, dass die Richtlinie die Mitgliedstaaten verpflichten muss, rechtliche und praktische Hindernisse für den Zugang zu Rechtsmitteln zu beseitigen, wie dies in den UN-Leitprinzipien selbst (GP 25), im Projekt "Accountability and Remedy" des OHCHR und in einer Reihe von Expertenstudien im EU-Kontext, u. a. von der Europäischen Grundrechteagentur, hervorgehoben wird. Dies würde dazu beitragen, die Aussicht auf Abhilfe realistisch zu machen und die Ziele der Richtlinie in dieser Hinsicht voranzubringen.

4. DER UMFANG DER VON DER PFLICHT ERFASSTEN UNTERNEHMEN

Der Richtlinienentwurf definiert den Umfang der von der Sorgfaltspflicht erfassten Unternehmen so, dass alle "sehr großen" Unternehmen sowie "große" Unternehmen in nur drei Sektoren (Textilien, Landwirtschaft und Gewinnung von Mineralien) erfasst werden. KMU sind nicht erfasst. Dadurch besteht die Gefahr, dass das Potenzial der Richtlinie, wirklich gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, eingeschränkt wird - ein zentraler Faktor, der viele Unternehmen motiviert, die eine Regulierung auf EU-Ebene unterstützen. Zwar wird anerkannt, dass es gute Gründe dafür geben kann, die Auferlegung und/oder Umsetzung neuer rechtlicher Pflichten für verschiedene Arten von Unternehmen im Laufe der Zeit zu staffeln, doch enthält der aktuelle Entwurf keine kohärenten risikobasierten Begründungen dafür, warum bestimmte Unternehmen in den ursprünglichen Anwendungsbereich fallen und andere nicht.e.

Die im Richtlinienentwurf vorgesehene Sorgfaltspflicht gilt nur für "sehr große" und eine begrenzte Anzahl "großer" EU-Gesellschaften mit beschränkter Haftung (insgesamt etwa 13.000 Unternehmen).²⁰ Es ist sicherlich positiv, dass zumindest in dieser Hinsicht auch Nicht-EU-Unternehmen von dieser Kategorien erfasst sind (insgesamt etwa 4.000). Bei den "großen" Unternehmen,²¹ sind nur Unternehmen in drei Hochrisikosektoren in den Anwendungsbereich einbezogen: Textilien, Landwirtschaft und Gewinnung von Mineralien. Als Grund für die Beschränkung auf Unternehmen in diesen Sektoren wird angegeben, dass sie von den bestehenden sektorspezifischen OECD-Leitlinien erfasst werden. Die Richtlinie schließt jedoch ausdrücklich große Unternehmen des Finanzsektors aus, der ebenfalls Gegenstand umfangreicher sektorspezifischer OECD-Leitlinien ist.

Die Erwartungen in den internationalen Standards gelten für alle Unternehmen, da alle potenziell mit schweren Risiken verbunden sein können. Um dies handhabbar zu machen, erwarten sowohl die UN-Leitprinzipien als auch die OECD-Leitsätze von den Unternehmen, dass sie Sorgfaltsprüfungsverfahren einführen, die ihrer

Größe, ihrem Geschäftsumfeld und - was besonders wichtig ist - ihrem Risikoprofil nach angemessen sind. Es ist zwar verständlich, dass es notwendig sein kann, den Anwendungsbereich der neuen Rechtsvorschriften zu begrenzen (oder zumindest ihre Umsetzung in Bezug auf bestimmte Unternehmen zu staffeln), doch muss dies auf eine Weise geschehen, die eindeutig auf der Art der Menschenrechts- und Umweltrisiken basiert, mit denen die betroffenen Unternehmen in Verbindung gebracht werden könnten. Wenn sie nicht risikobasiert ist, dann hat sie das Potenzial, die Schaffung wirklich gleicher Wettbewerbsbedingungen zu untergraben, was ein zentraler Faktor ist, der viele Unternehmen motiviert, die eine verpflichtende Sorgfaltsprüfung auf EU-Ebene unterstützen.²²

Es scheint, dass die verschiedenen Begründungen für den sehr begrenzten “persönlichen Geltungsbereich” der erfassten Unternehmen in erster Linie als Reaktion auf die negativen Ergebnisse des Regulatory Scrutiny Boards entwickelt wurden, die immer noch nicht veröffentlicht worden sind.²³ Gewerkschaften und NRO haben bereits auf eine Reihe anderer Sektoren hingewiesen, die eindeutig risikoreich sind und in denen verschiedene Initiativen im Gange sind, um Leitlinien bereitzustellen oder gemeinsame Ansätze für den Umgang mit Menschenrechts- und Umweltrisiken zu entwickeln, darunter Verkehr, Elektronik und Bauwesen.²⁴ **Das Vorhandensein maßgeblicher Leitlinien kann eine Grundlage für eine gestaffelte Umsetzung in Sektoren sein, in denen solche Leitlinien fehlen, aber das ist etwas anderes, als sie als Grundlage zu verwenden, um diese Sektoren ganz auszuschließen.**

Die Richtlinie schließt auch alle KMU von ihrem Anwendungsbereich aus, unabhängig davon, ob sie in einem Sektor mit höherem Risiko tätig sind oder nicht, und zwar in erster Linie aufgrund von Bedenken hinsichtlich des finanziellen und administrativen Aufwands, der ihnen durch die Einrichtung von Sorgfaltspflichtregelungen entsteht.²⁵ Dennoch wird anerkannt, dass viele von ihnen in der Praxis wahrscheinlich ohnehin die Auswirkungen der Richtlinie zu spüren bekommen werden, insbesondere angesichts der Tatsache, dass sich die Richtlinie in erster Linie auf Vertragsbedingungen stützt, mit denen die erfassten Unternehmen ein Risikomanagement von ihren Geschäftspartnern verlangen können. KMU könnten sich daher am Ende der vorgeschriebenen

Sorgfaltspflichten wiederfinden, anstatt den Spielraum zu haben, ihre eigenen Sorgfaltspflichten zu entwickeln, den ihre Einbeziehung in den Geltungsbereich der Richtlinie ermöglicht hätte.

Die Richtlinie unterstreicht die Notwendigkeit der Unterstützung, einschließlich der finanziellen Unterstützung und des Aufbaus von Kapazitäten, für KMU innerhalb der Wertschöpfungsketten der erfassten Unternehmen, sowohl seitens dieser Unternehmen als auch seitens der Mitgliedstaaten. Wenn die Richtlinie jedoch die Unterstützung von KMU vorschreibt, dann scheint es machbar zu sein, zumindest einige KMU in den Geltungsbereich der Pflicht einzubeziehen, in Übereinstimmung mit der Empfehlung des Parlaments zu diesem Punkt.²⁶ Zumindest scheint die Begründung für den Ausschluss aller KMU nicht in gleicher Weise für Unternehmen des Finanzsektors zu gelten, wie wir im Folgenden erörtern.

⑤. SORGFALTSPLICHT IM FINANZSEKTOR

Der Richtlinienentwurf sieht mehrere Ausnahmen für den Finanzsektor vor, die nicht mit den UN-Leitprinzipien oder den OECD-Leitlinien übereinstimmen und auch nicht mit der bestehenden Praxis in diesem Sektor übereinstimmen. Durch die Beschränkung der Sorgfaltspflicht von Unternehmen des Finanzsektors auf die vorvertragliche Phase der Beziehungen und die Aktivitäten großer Firmenkunden ignoriert der Entwurf beispielsweise die Tatsache, dass diese Unternehmen bereits die Machbarkeit und die Vorteile der Ausrichtung ihrer Sorgfaltspflicht auf die schwerwiegendsten Nachhaltigkeitsrisiken - basierend auf den Sektoren, dem Betriebskontext und den Wertschöpfungsketten ihrer Kunden – aufzeigen und die Hebelwirkung nutzen, um sie während der gesamten Geschäftsbeziehung anzugehen. Die Richtlinie sollte die wichtige Rolle und Verantwortung des Finanzsektors bei der Bewältigung von Menschenrechtsrisiken auf der Grundlage internationaler Standards und die Katalysatorwirkung, die dies auf andere Sektoren haben kann, nicht untergraben, wie wir im Fall der Klimarisiken gesehen haben.

Der Richtlinienentwurf behandelt den Finanzsektor in mindestens drei wesentlichen Punkten anders als andere Sektoren. Erstens ist in Bezug auf den Anwendungsbereich der erfassten Unternehmen unklar, warum alle Unternehmen des Finanzsektors mit Ausnahme der “sehr großen” Unternehmen von der Sorgfaltspflicht ausgenommen sind. Das Vorhandensein sektoraler OECD-Leitlinien wird als Begründung dafür angeführt, dass nur große Unternehmen in bestimmten Hochrisikosektoren in den Geltungsbereich der Pflicht einbezogen werden; wie jedoch in der Begründung selbst festgestellt wird, hat die OECD umfassende Leitlinien für institutionelle Anleger, Banken und andere Finanzinstitute herausgegeben. Als Grund für den Ausschluss von KMU wird eine unzureichende Mittelausstattung angegeben; dies kann jedoch kaum für mittelgroße oder sogar kleine Unternehmen des Finanzsektors wie Private-Equity- und Risikokapitalfirmen gelten, die ebenfalls mit großen Risiken verbunden sein können. Es ist auch nicht klar, ob die Definition der “Wertschöpfungskette” in Artikel 3 Buchstabe g) selbst im Bereich der “sehr großen” Unternehmen des Finanzsektors, die unter die Pflicht fallen, das gesamte Spektrum der Kapitalmarktaktivitäten umfassen würde, die für die langfristige Wertschöpfung relevant sind, einschließlich der Aktivitäten von Anlegern, die an Sekundärmarkttransaktionen teilnehmen (z. B. institutionelle Anleger oder die Investmentarme internationaler Banken, die Portfolios öffentlicher Aktien und Schuldtitel verwalten).

Die zweite Art und Weise, in der Unternehmen des Finanzsektors anders behandelt werden, besteht darin, dass ihre Sorgfaltspflichten auf die vorvertragliche Phase der Beziehungen beschränkt sind. Damit wird eine kurzfristige Perspektive einiger Kapitalgeber eingenommen, die nicht mit dem längerfristigen Horizont übereinstimmt, der für eine nachhaltige Wertschöpfung erforderlich ist und der durch die Sorgfaltsprüfung im Bereich der Nachhaltigkeit ermöglicht wird. Es steht im Widerspruch zu Strategien für eine kontinuierliche Sorgfaltsprüfung im Einklang mit den UN-Leitprinzipien und den OECD-Leitlinien, die von Finanzinstituten bereits durchgeführt werden, und birgt die Gefahr, dass sie davon abgehalten werden. Zu wachsende bewährten Praktiken in diesem Sektor gehört, dass diese Institutionen vertragliche und kommerzielle Hebel für die laufende Identifizierung und Abschwächung von

Auswirkungen schaffen, an denen ihre Kunden oder investierten Unternehmen beteiligt sind, z. B. durch Entscheidungen zur Strukturierung (z. B. Tranchen) der Dauer von Finanzbeziehungen in einer Weise, die mehr Möglichkeiten für eine Hebelwirkung schafft, durch Kreditvereinbarungen, die es den Investoren ermöglichen, eine menschenrechtliche Sorgfaltsprüfung durchzuführen und/oder Zugang zu Daten oder Erkenntnissen aus solchen Prozessen zu erhalten, und durch die Einbettung einer regelmäßigen und systematischen Identifizierung und Verfolgung von Menschenrechts- und Umweltrisiken in die direkten Kundenmanagementprozesse.²⁷ All dies trägt dazu bei, die Verantwortlichkeit der Unternehmen für negative Auswirkungen zu erhöhen und kann sogar den Zugang zu Rechtsmitteln für die betroffenen Interessengruppen verbessern.

Drittens beschränkt der Richtlinienentwurf die Sorgfaltspflicht von Unternehmen des Finanzsektors auf die Aktivitäten ihrer großen Firmenkunden (und anderer Unternehmen in ihrer Unternehmensgruppe) und schließt Risiken aus, die in den Wertschöpfungsketten dieser Kunden entstehen. Dies steht weder im Einklang mit den ausdrücklichen Leitlinien der OECD, des OHCHR und der UN PRI für den Finanzsektor noch mit einer zunehmenden Praxis in diesem Sektor. In den Niederlanden beispielsweise arbeiten die Banken im Rahmen des Dutch Banking Sector Agreements einzeln und gemeinsam daran, die schwerwiegendsten Nachhaltigkeitsrisiken tief in den Lieferketten ihrer Kunden anzugehen, u. a. im Zusammenhang mit Palmöl, der Kaffeeproduktion und der Gewinnung von Diamanten und verschiedenen Mineralien und Metallen. Dieser Ansatz spiegelt sich auch in der aufkommenden Praxis der Finanzinstitute wider, die versuchen, ihren Einfluss in der Wertschöpfungskette der Solarenergie zu nutzen, um die schwerwiegenden Auswirkungen von Zwangsarbeit in den vorgelagerten Bereichen ihrer unmittelbaren Kunden anzugehen. Es ist von entscheidender Bedeutung, dass die Richtlinie keine Anreize für diese Unternehmen schafft, ihre Ressourcen auf große, weniger risikobehaftete Kunden auf Kosten kleinerer Kunden in risikoreicheren Sektoren oder Betriebskontexten zu konzentrieren, oder sie davon abhält, ihre Einflussmöglichkeiten innovativ zu nutzen, um schwerwiegendere Schäden weiter oben in der Wertschöpfungskette zu bekämpfen.

Abschließend hoffen wir, dass diese Überlegungen einen nützlichen Beitrag zur Gesetzgebungsdebatte leisten können, wenn der Vorschlag der Kommission vom Europäischen Parlament und vom Rat aufgegriffen wird. Wir freuen uns darauf, zusammen mit anderen interessierten Akteuren an der Debatte teilzunehmen und weiterhin einen Beitrag zu leisten.

Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Nachhaltigkeitsprüfung von Unternehmen, Analyse von Shift

Shift, New York. März 2022

© 2022 Shift Project, Ltd.

Foto auf Seite 2 über Adobe Stock von artjazz.

Übersetzung von Callum Hunt.

ÜBER SHIFT

Shift ist das führende Kompetenzzentrum für die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte. Das globale Expertenteam von Shift arbeitet auf allen Kontinenten und in allen Sektoren, um Annahmen in Frage zu stellen, Grenzen zu verschieben und die Unternehmenspraxis neu zu definieren, um eine Welt zu schaffen, in der Geschäfte mit Respekt für die Würde der Menschen gemacht werden.

Shift wurde nach der einstimmigen Verabschiedung der Leitprinzipien durch den UN-Menschenrechtsrat im Jahr 2011 gegründet, die den erfolgreichen Abschluss des Mandats des Sonderbeauftragten des UN-Generalsekretärs für Wirtschaft und Menschenrechte, Professor John Ruggie, markierte. Die Gründer von Shift gehörten zum Kern des Beraterteams von Professor Ruggie, das an der Entwicklung der Leitprinzipien beteiligt war.

Shift ist eine gemeinnützige, missionsorientierte Organisation mit Sitz in New York City.



shiftproject.org



[@shiftproject](https://twitter.com/shiftproject)

ENDNOTEN

1 Abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1145 (im Folgenden: Richtlinie über die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für nachhaltige Unternehmen).

2 Sorgfaltspflichtrichtlinie für nachhaltige Unternehmen, Erwägungsgründe unter (14).

3 Die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (UN Guiding Principles) sind der maßgebliche globale Standard für die Vermeidung und den Umgang mit unternehmensbezogenen Menschenrechtsverletzungen. Sie erwarten von den Staaten, dass sie einen intelligenten Mix aus verpflichtenden und freiwilligen, nationalen und internationalen Maßnahmen ergreifen, um sinnvolle Veränderungen im Geschäftsverhalten zu erreichen. Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (OECD-Leitsätze) orientieren sich an den UN-Leitprinzipien und decken neben den Menschenrechten ein breiteres Spektrum an Themen ab, darunter auch die Umwelt, und werden durch allgemeine und sektorspezifische Leitlinien unterstützt. Die Dreigliedrige Grundsatzerklärung der IAO über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik bekräftigt diese Erwartungen, insbesondere in Bezug auf die Sorgfaltspflicht in Bezug auf Arbeitnehmerrechte.

4 Richtlinie über die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für nachhaltige Unternehmen, S. 3.

5 Ebd., Erwägungsgrund 17, Hervorhebung hinzugefügt.

6 Ebd., A Artikel 3(f).

7 Ebd., Artikel 3(e), Hervorhebung hinzugefügt.

8 Wenn eine Beziehung als etabliert bezeichnet werden kann, dann fallen gleichzeitig alle "indirekten" Beziehungen, die mit dieser "etablierten Geschäftsbeziehung" verbunden sind, in den Anwendungsbereich der Sorgfaltspflicht des betroffenen Unternehmens. Es scheint auch, dass dann alle Auswirkungen, die sich aus den Aktivitäten dieser "indirekten" Beziehungen ergeben, in den Anwendungsbereich fallen würden, unabhängig davon, ob es eine Verbindung zu den Tätigkeiten, Produkten oder Dienstleistungen des betroffenen Unternehmens gibt oder nicht. Auch dies würde von den internationalen Standards abweichen.

9 Dies wird in Ruggies Bericht aus dem Jahr 2008 erörtert, in dem er dem UN-Menschenrechtsrat das Rahmenwerk "Protect, Respect and Remedy" (Schutz, Achtung und Abhilfe) vorstellt, abrufbar unter <https://digitallibrary.un.org/record/625292?ln=en,at paras 65-72>.

10 Siehe https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.pdf, insbesondere Artikel. 1, 3, 18 und 19.

11 Siehe Shift and OHCHR, Enforcement of Mandatory Due Diligence: Key Design Considerations for Administrative Supervision, Oktober 2021, abrufbar unter <https://shiftproject.org/resource/enforcement-mhrdd-design/> (S. 7-8).

12 Siehe Sorgfaltspflicht-Richtlinie für nachhaltige Unternehmen, Artikel 7(3) und 7(4). Der Versuch, einen Vertrag mit einem Unternehmen abzuschließen, das mehrere Stufen in der Lieferkette weiter oben angesiedelt ist und zu dem das Unternehmen ansonsten keine Beziehung unterhält, um die Einhaltung des Lieferantenkodex des Unternehmens zu "erzwingen", dürfte kaum wirksam sein, wenn es darum geht, z. B. gegen Zwangsarbeit vorzugehen.

13 Ebd., Artikel 22 Abs. 2.

14 Erste Belege wurden 2007-09 in einer Reihe bekannter Studien von Professor Richard Locke und Kollegen erbracht, siehe z. B., https://eprints.lse.ac.uk/59405/1/Qin_et al_Does-monitoring-improve-labor-standards_2007.pdf, und <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0032329209338922>. Neuere Belege finden sich in akademischen Studien (z. B. <http://speri.dept.shef.ac.uk/wp-content/uploads/2018/11/Global-Brief-1-Ethical-Audits-and-the-Supply-Chains-of-Global-Corporations.pdf>), sin Studien von NGOs <https://cleanclothes.org/file-repository/figleaf-for-fashion-brief.pdf/view>) und in Initiativen, die sich mit dem Beitrag der Einkaufspraktiken von Einkäufern zu den Arbeitsbedingungen in der Lieferkette befassen (z. B. <https://betterbuying.org/>). Siehe auch die unter <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/labour-rights/beyond-social-auditing/> gesammelten Perspektiven.

15 Richtlinie über die unternehmerische Sorgfaltspflicht im Bereich der Nachhaltigkeit, Erwägungsgrund (32).

16 Ein Versuch, dies anzugehen, ist das Model Contract Clauses Project der American Bar Association, das gegenseitige Verpflichtungen für Käufer und Lieferanten vorschlägt, um bessere Menschenrechtsergebnisse zu gewährleisten: https://www.americanbar.org/groups/human_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/.

17 Siehe auch <https://shiftproject.org/resource/signals-draft1/> und allgemeiner <https://shiftproject.org/resource/lg-indicators/about-lgis/>.

18 Richtlinie über die unternehmerische Sorgfaltspflicht im Bereich der Nachhaltigkeit, Artikel 8(3)(a).

19 Viele dieser Punkte werden in den Vorschlägen des Europäischen Parlaments angesprochen, siehe Fußnote 10 oben. Siehe auch Anmerkung 11 oben (Shift und OHCHR).

20 Siehe Merkblatt der Europäischen Kommission, verfügbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_22_1147.

21 Definiert als Unternehmen mit mehr als 250, aber weniger als 500 Beschäftigten und einem Jahresumsatz zwischen 40 und 150 Mio. EUR für EU-Unternehmen bzw. nur auf der Grundlage des EU-Umsatzes für Nicht-EU-Unternehmen. In beiden Fällen müssen mindestens 50 % des Nettoumsatzes (im Falle von Nicht-EU-Unternehmen bedeutet dies den weltweiten Nettoumsatz) in einem der drei aufgeführten Sektoren erzielt worden sein. https://media.business-humanrights.org/media/documents/EU_Business_Statement_February2022.pdf.

22 Vgl. z. B. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-mandatory-due-diligence/>

https://media.business-humanrights.org/media/documents/EU_Business_Statement_February2022.pdf.

23 Richtlinie über die unternehmerische Sorgfaltspflicht im Bereich der Nachhaltigkeit, Begründung, S. 21.

24 Die Kommission hat bereits Leitlinien zur Sorgfaltspflicht in Auftrag gegeben, die sich auf drei andere Sektoren beziehen, die aus Menschenrechtsgründen als risikoreich eingestuft wurden (Öl und Gas, IKT sowie Arbeits- und Personalvermittlungsagenturen): abrufbar unter https://ec.europa.eu/anti-trafficking/european-commission-sector-guides-implementing-un-guiding-principles-business-and-human-rights_en.

25 Sorgfaltspflichtrichtlinie für Unternehmen, Begründung, S. 14.

26 Siehe Anmerkung 10 oben, Artikel 2.

27 Siehe weiter <https://shiftproject.org/resource/using-leverage-to-drive-better-outcomes-for-people/>.