



Regierungsentwurf zum „Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten“

(März 2021)

Nach monatelangen regierungsinternen Diskussionen um die wesentlichen Inhalte einer gesetzlichen Regelung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen entlang der Lieferkette ist am 3. März 2021 der Regierungsentwurf für ein deutsches Sorgfaltspflichtengesetz in den parlamentarischen Prozess eingebracht worden. Das Gesetz soll noch im Mai im Bundesrat beraten und bereits im Juni vom Bundestag verabschiedet werden. Anwendbar wird das Gesetz frühestens ab 1. Januar 2023 sein, wobei sich Unternehmen jedoch schon jetzt auf die künftig geltenden umfassenden Compliance-Maßnahmen vorbereiten sollten. Die Kernpunkte des Gesetzes und die Auswirkungen für global tätige Unternehmen stellen wir Ihnen in diesem Client Briefing vor.

I Anwendungsbereich

Das geplante Gesetz erfasst Unternehmen jeder Rechtsform mit Hauptverwaltung, Hauptniederlassung, Verwaltungssitz oder satzungsmäßigem Sitz in Deutschland. Entscheidendes Kriterium soll sein, wo die relevanten Entscheidungen für das Risikomanagement der Lieferketten getroffen werden.

Ab dem 1. Januar 2023 wird das Gesetz zunächst auf Unternehmen mit in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmern anwendbar sein; ab 1. Januar 2024 werden auch Unternehmen mit in der Regel mindestens 1.000 Arbeitnehmern vom Anwendungsbereich erfasst sein. Maßgeblich ist die das Unternehmen im Allgemeinen prägende Personalstärke. Als Referenzzeitraum für die Berechnung sollte sich am Geschäftsjahr (mit einem gewissen prognostischen Element) orientiert werden.

In die Berechnung einbezogen werden auch Leiharbeiternehmer, deren Zugehörigkeit zum Entleihunternehmen sechs Monate übersteigt. Ferner sollen

bei verbundenen Unternehmen (Verweis auf den aktienrechtlichen Begriff der verbundenen Unternehmen in § 15 AktG) auch Arbeitnehmer sämtlicher konzernangehöriger Gesellschaften für die Berechnung der Mitarbeiterzahl der Konzernmutter berücksichtigt werden. Interessant ist, dass der Vorentwurf (inoffizieller RefE vom 15. Februar 2021) noch ausdrücklich klarstellte, dass diese Zusammenrechnung – anders als z.B. im Unternehmensmitbestimmungsrecht – auch im Ausland ansässige Konzerngesellschaften einbeziehen sollte. Infolge der Streichung besteht hierüber nun erst einmal Ungewissheit: Einerseits könnte es sich damit um eine ausdrückliche Abkehr von der Vorgängerregelung handeln, andererseits könnte es aber auch eine bloße Regelungsvereinfachung sein, da er Wortlaut an sich bereits hinreichend klar ist (Arbeitnehmer sämtlicher konzernangehöriger Gesellschaften). Die Begründung des RegE schweigt dazu.

Fallbeispiele	Anwendungsbereich eröffnet?
<ul style="list-style-type: none">GmbH mit 1.500 Arbeitnehmern in Deutschland	<ul style="list-style-type: none">GmbH ab 1.1.2024 erfasst
<ul style="list-style-type: none">Deutsche Konzernobergesellschaft mit 800 Arbeitnehmern und zusätzlich 800 Arbeitnehmern in	<ul style="list-style-type: none">Konzernobergesellschaft ab 1.1.2023 erfasst

Fallbeispiele	Anwendungsbereich eröffnet?
Tochtergesellschaft A-GmbH (deutsche Tochtergesellschaft) sowie 1.500 Arbeitnehmern in Tochtergesellschaft B-GmbH (deutsche Tochtergesellschaft)	<ul style="list-style-type: none"> • Tochtergesellschaft A-GmbH selbst nicht erfasst • Tochtergesellschaft B-GmbH ab 1.1.2024 selbst erfasst
<ul style="list-style-type: none"> • Ausländische Konzernobergesellschaft mit 5.000 Arbeitnehmern und zusätzlich 1.000 Arbeitnehmern in A-GmbH (deutsche Tochtergesellschaft) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ausländische Konzernobergesellschaft nicht erfasst • Tochtergesellschaft A-GmbH ab 1.1.2024 erfasst
<ul style="list-style-type: none"> • Ausländische Konzernobergesellschaft mit 5.000 Arbeitnehmern und zusätzlich 800 Arbeitnehmern in Tochtergesellschaft A-GmbH (deutsche Tochtergesellschaft) sowie 800 Arbeitnehmern in Tochtergesellschaft B-GmbH (deutsche Tochtergesellschaft) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ausländische Konzernobergesellschaft nicht erfasst • A- und B-GmbH nicht erfasst
<ul style="list-style-type: none"> • Deutsche Konzernobergesellschaft mit 500 Arbeitnehmern und zusätzlich 5.000 Arbeitnehmern in ausländischen Tochtergesellschaften 	<ul style="list-style-type: none"> • Offen! • Auslegung des § 1 Abs. 3 RegE in Zusammenschau mit vorherigem RefE

II Unternehmensbezogene Pflichten

Der Regierungsentwurf legt den betroffenen Unternehmen (1.) Sorgfaltspflichten und (2.) Dokumentations- und Berichtspflichten auf.

1 Sorgfaltspflichten

Grundsätzlich erstreckt sich die Reichweite der Sorgfaltspflichten auf:

- das Handeln im eigenen Geschäftsbetrieb,
- das Handeln unmittelbarer Zulieferer und
- das Handeln mittelbarer Zulieferer.

Nicht spezifiziert wurde in diesem Zusammenhang die Stoßrichtung der Sorgfaltspflichten. Im Gegensatz zu anderen Regelwerken – wie der EU-Konfliktmineralienverordnung – differenziert der RegE nicht zwischen Pflichten bzgl. des Up- und Downstreams.

Zu den nach dem RegE geschützten Rechten zählen etwa Freiheit von Kinder-, Zwangs-, Pflichtarbeit und Sklaverei; die Vereinigungsfreiheit; ein angemessener Lohn; Verbot der widerrechtlichen Zwangsräumung bzw. des widerrechtlichen Entzugs von Land, dessen Nutzung die Lebensgrundlage einer Person sichert; auch der Umweltschutz (z.B. Verbot der Herbeiführung einer schädlichen Bodenveränderung, Gewässerverunreinigung, Luftverunreinigung) – v.a. soweit dadurch Menschenrechte betroffen sind – ist umfasst.

Im Rahmen der Sorgfaltspflichten sind Unternehmen angehalten im eigenen Geschäftsbereich – wie auch in der Lieferkette – bestimmte Maßnahmen zur Prävention von

Menschenrechtsverletzungen oder umweltbezogenen Verletzungen zu implementieren.

Die Sorgfaltspflichten sind in erster Linie im eigenen Geschäftsbereich und bei den unmittelbaren Zulieferern anzuwenden, während bei den mittelbaren Zulieferern nur anlassbezogen Sorgfaltspflichten bei Erlangung substantiiertes Kenntnis über eine potentielle Verletzung von Menschenrechten oder eine umweltbezogene Verletzung (etwa durch Beschwerden) gelten („Sorgfaltspflichten light“). Nach der Begründung zum Regierungsentwurf soll substantiiertes Kenntnis vorliegen, wenn dem Unternehmen überprüfbare und ernstzunehmende Informationen über eine Verletzung durch mittelbare Zulieferer vorliegt. Hierzu sollen auch bereits Informationen über Risiken in einer bestimmten Region genügen, in denen Zulieferer tätig sind. An dieser Stelle bleibt offen, wie sich dies hinsichtlich Regionen verhält, für die bereits durch geltendes Recht ein gewisses Risiko identifiziert wurde (z.B. unter der EU-Konfliktmineralienverordnung, die zu Jahresbeginn in Kraft getreten ist).

Zu beachten ist zudem, dass mittelbare Zulieferer wie unmittelbare Zulieferer behandelt werden sollen, wenn die Sorgfaltspflichten mittels Umgehungsgeschäften oder einer missbräuchlichen Ausgestaltung der unmittelbaren Zuliefererbeziehung umgangen werden. Hierunter fällt vornehmlich das Dazwischenschalten eines weiteren Unternehmens, um einen unmittelbaren Zulieferer in ein nachgelagertes Glied der Lieferkette zu schieben.

Der RegE verfolgt ein Konzept der Pflichtenintensivierung parallel zur Risikosteigerung. Dies verläuft vom Normalstatus ohne Risiko (**Stufe 0**) über das Feststellen eines Risikos einer Rechtsverletzung (**Stufe 1**) bis zur Feststellung einer Verletzung einer geschützten Rechtsposition (**Stufe 2**). Dabei wird in der Praxis insbesondere die Stufe 1 von den Unternehmen beachtet werden müssen.

- **Stufe 0:** Vom Anwendungsbereich des geplanten Gesetzes umfasste Unternehmen müssen in jedem Fall ein angemessenes und wirksames Risikomanagement einführen. Hierfür ist die Durchführung einer Risikoanalyse essenziell, die mindestens einmal im Jahr sowie anlassbezogen bei Änderung der Risikolage (etwa durch Einführung neuer Produkte, Projekte oder eines neuen Geschäftsfeldes) durchgeführt werden muss. Die Ergebnisse der Analyse müssen wichtigen Entscheidungsträgern wie dem Vorstand oder der Einkaufsabteilung mitgeteilt werden. Darüber hinaus muss immer die Verantwortlichkeit im Unternehmen für das Risikomanagement „unverzüglich“ festgelegt werden, z.B. kann ein Menschenrechtsbeauftragter ernannt werden. Die Geschäftsleitung hat sich über die Arbeit des zuständigen Mitarbeiters in regelmäßigen Abständen zu informieren (mindestens einmal jährlich). Auch sind Unternehmen grundsätzlich verpflichtet, ein unternehmensinternes Beschwerdeverfahren zu implementieren – oder sich an einem externen Beschwerdeverfahren zu beteiligen –, das Betroffenen oder sonstigen Personen, die Kenntnis über Verstöße erlangen, ermöglichen soll, entsprechende Risiken und Verletzungen vorzubringen.
- **Stufe 1:** Wenn in einem Unternehmen – wie ganz regelmäßig (!) – ein Risiko festgestellt wird, muss es ohne schuldhaftes Zögern eine angemessene Präventionsmaßnahme ergreifen und auch eine Grundsatzklärung über seine Menschenrechtsstrategie verabschieden. Da wohl kaum ein Unternehmen vollkommen risikofrei sein wird, wird die Pflicht zur Ergreifung solcher Maßnahmen wohl (fast) alle Unternehmen treffen, die vom geplanten Sorgfaltspflichtengesetz umfasst werden. Präventionsmaßnahmen umfassen etwa die Einbeziehung von menschenrechts- und umweltbezogenen Erwartungen bei der Auswahl von unmittelbaren Zulieferern, die Implementierung von entsprechenden vertraglichen Kontrollklauseln und die Durchführung von risikobasierten Kontrollmaßnahmen.
- **Stufe 2:** Bei Feststellungen von eingetretenen oder unmittelbar bevorstehenden Verletzungen müssen Unternehmen unverzüglich angemessene

Abhilfemaßnahmen treffen, um die entsprechende Verletzung zu verhindern, zu beenden oder zu minimieren. Es gilt insofern der Grundsatz Befähigung vor Rückzug. Der Abbruch von Geschäftsbeziehungen soll nur als ultima ratio in Betracht kommen.

2 Dokumentations- und Berichtspflichten

Die betroffenen Unternehmen werden ferner verpflichtet, die Erfüllung der Sorgfaltspflichten fortlaufend zu dokumentieren und diese Dokumentation für mindestens sieben Jahre aufzubewahren. In einem jährlichen Bericht, der auf der Internetseite des Unternehmens veröffentlicht und elektronisch bei den zuständigen Behörden eingereicht werden muss, haben Unternehmen zudem Auskunft über die Einhaltung der Sorgfaltspflichten im vergangenen Geschäftsjahr zu geben. Inhaltlich wird eine Berichterstattung über die folgenden Aspekte gefordert: (i) die Identifikation von Risiken, (ii) die Aktivitäten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten, (iii) die Bewertung der Wirksamkeit und Auswirkungen der Maßnahmen sowie (iv) die Schlussfolgerungen, die für künftige Maßnahmen gezogen werden.

Im Zusammenhang mit der Berichtspflicht ist v.a. das Zusammenspiel mit den Pflichten zur nicht-finanziellen Berichterstattung nach HGB ungeklärt. So ist insbesondere offen, ob kapitalmarktorientierte, große Unternehmen künftig etwa zwei Berichte jährlich abgeben müssen, in denen sie sich über die von ihnen ergriffenen Maßnahmen zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen erklären. Hierüber gibt auch die Gesetzesbegründung keinen Aufschluss.

III Kein neuer zivilrechtlicher Haftungstatbestand

Ein spezialgesetzlicher Haftungstatbestand bei Verletzung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten hat trotz vielfältiger Forderungen politischer Kreise keinen Eingang in den Regierungsentwurf gefunden. Es ist zu Schadensersatzpflichten überhaupt nichts geregelt worden. Damit bleiben aber sowohl die allgemeinen Vorschriften insbesondere des Deliktsrechts als auch die deutschen Regelungen des internationalen Privatrechts zunächst unberührt. Eine Haftung kann somit (nur) nach allgemeinen Vorschriften erfolgen, was bedeutet, dass Haftungsprozesse vor deutschen Gerichten weiterhin nicht auszuschließen sind. Eindeutig bleibt zudem eine mögliche Binnenhaftung der Geschäftsleitung gegenüber dem Unternehmen (§ 93 Abs. 2 S. 1 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG), wenn diesem wegen der Auferlegung eines Bußgeldes oder des Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen ein Schaden entsteht und dies z.B. auf eine im Hinblick auf die neuen gesetzlichen Standards „mangelhafte“ Einrichtung oder Durchführung des Compliance-Management-Systems zurückzuführen ist.

Der Gesetzesentwurf sieht zudem eine Prozessstandschaftsregelung für NGOs und Gewerkschaften vor, wodurch diese unter bestimmten Voraussetzungen befähigt werden sollen, im Namen von Betroffenen die Verletzung „überragend wichtiger Rechtspositionen“ vor deutschen Gerichten geltend machen zu können. Im Wege der Prozessstandschaft können etwa Leib oder Leben des Verletzten und bestimmte andere nach dem Sorgfaltspflichtengesetz geschützte Menschenrechte geltend gemacht werden.

IV Behördliche Kontrolle

Für die Einhaltung und Durchsetzung der sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtungen ist das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (**BAFA**) zuständig. Das BAFA hat zum einen die seitens der betroffenen Unternehmen jährlich zu veröffentlichenden Berichte zu überprüfen und zum anderen risikobasierte Kontrollen bzgl. der Einhaltung der auferlegten Pflichten durchzuführen. Letzteres hat zur Folge, dass die Behörde auf Antrag oder von Amts wegen nach pflichtgemäßem Ermessen tätig wird, wenn eine unmittelbare Rechtsverletzung aufgrund der Nicht-Erfüllung der gesetzlich auferlegten Pflichten unmittelbar bevorsteht oder bereits eingetreten ist. Die antragstellende Person muss zumindest darlegen, dass ein gewisser Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens und der geltend gemachten Rechtsverletzung besteht oder zumindest möglich erscheint. Hingegen ist die Darlegung der Sorgfaltspflichtverletzung nicht Voraussetzung für ein Antragsrecht, denn dies ist von dem BAFA im Wege der Amtsermittlung zu prüfen. Das Konzept der risikobasierten Kontrolle beinhaltet u.a. auch die Befugnis des BAFA, den Unternehmen konkrete Handlungen zur Erfüllung ihrer Pflichten aufzugeben.

V Sanktionen/Ausschluss von öffentlicher Vergabe

Eine vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung gegen die durch das Gesetz bestimmten Pflichten stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und kann zur Auferlegung eines Bußgeldes führen. Sanktioniert werden nicht nur Verletzungen der Sorgfaltspflichten, sondern auch Zuwiderhandlungen gegen die Dokumentations- und Berichtspflichten. Der Bußgeldrahmen ist abgestuft; für schwere (vorsätzlich herbeigeführte) Verletzungen können gegen natürliche Personen Bußgelder bis zu EUR 800.000 verhängt werden. Zu beachten ist zudem der Verweis auf § 30 Abs. 2 Satz 3 OWiG, womit die angedrohte Bußgeldhöhe von EUR 800.000 qua Gesetzesverweis für Unternehmen verzehnfacht wird, mithin sich auf EUR 8 Millionen erhöht. Eine weitere Besonderheit weist der Bußgeldrahmen des RegE für juristische Personen oder Personenvereinigungen mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 400 Millionen Euro auf. Gegen diese können im Höchstmaß

Bußgelder bis zu zwei Prozent des durchschnittlichen weltweiten Konzernjahresumsatzes verhängt werden. Die Höhe des Konzernjahresumsatzes darf zu diesen Zwecken auch geschätzt werden.

Für fahrlässige Zuwiderhandlungen gilt unter Anwendung von § 17 Abs. 2 OWiG jeweils nur die hälftige Höhe des genannten Bußgeldhöchstbetrages.

Zusätzlich kann ein Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge (Liefer- Bau- oder Dienstleistungsaufträge) ausgeschlossen werden und zwar grundsätzlich bis zur erfolgreichen Selbstreinigung nach GWB, höchstens jedoch für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren. Voraussetzung für einen Ausschluss von Vergabeverfahren ist die rechtskräftige Auferlegung einer Geldbuße von mindestens EUR 175.000. Für bestimmte Ordnungswidrigkeiten sollen höhere Schwellenwerte gelten.

VI Das deutsche Gesetz im Lichte europäischer Entwicklungen

Derzeit wird parallel auf EU-Ebene eine europäische Lösung in Form einer Richtlinie erarbeitet, die wesentlich weitgehendere Anforderungen an Unternehmen stellen könnte (insbes. Anwendbarkeit auch für KMUs, keine Beschränkung der Sorgfaltspflichten auf unmittelbare Zulieferer, und Einführung einer spezialgesetzlichen Haftungsregelung). Insofern ist nicht auszuschließen, dass sich für den deutschen Gesetzgeber schon bald nach Inkrafttreten des deutschen Sorgfaltspflichtengesetzes Nachbesserungsbedarf ergeben könnte, etwa wenn die EU-Vorgaben strengere Anforderungen an Unternehmen vorsähen. Schon direkt als Reaktion auf den RegE äußerte EU-Justizkommissar Reynders, dass der Kommissionsentwurf „mehr Zähne“ haben und insbesondere die zuvor aufgeführten Punkte beinhalten werde.

VII Was bedeutet ein deutsches Sorgfaltspflichtengesetz für Unternehmen?

In jedem Fall hat schon der RegE „Antriebswirkung“ (in Vorwirkung des zu erwartenden Sorgfaltspflichtengesetzes) für verschiedene Bereiche, insbesondere als Ausgangspunkt:

- für eine Grundsatzerklärung zur Menschenrechtsstrategie (als Teil der CSR-Politik)
- für eine Überprüfung/Anpassung der Corporate Social Responsibility (CSR)-Politik (einschließlich Spenden und Förderungen und im Hinblick auf die Gewinnung von Talenten und Führungskräften)
- für eine Erweiterung des Risikoradars beim Risiko-Management-System, einschließlich des Reputations- und Krisenmanagements, z.B. neue Informationsquellen, Analysetechniken

- für eine Erweiterung des Compliance-Management-Systems, mit Ernennung eines Menschenrechtsbeauftragten
- für eine Erweiterung des Berichtswesens an den Vorstand und vom Vorstand an den Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats
- für eine Überprüfung/Anpassung der Vergütungssysteme für den Vorstand und die nachgeordneten Führungskräfte (Stichwort: „Nicht-finanzielle Leistungsparameter“)
- für eine Überprüfung/Anpassung der Kriterien für die ESG-Finanzierung (Sustainable Finance)
- für eine Erweiterung der Due Diligence- und Entscheidungsparameter bei Investitionsentscheidungen, M&A-Transaktionen und Joint Ventures

Insgesamt ist festzuhalten, dass eine Perspektivenerweiterung auf neue Chancen und Risiken stattzufinden hat und von Unternehmen eine holistische Herangehensweise erforderlich ist.

Unsere Global Business and Human Rights Group hält Sie zu den weiteren Entwicklungen selbstverständlich auf dem Laufenden und steht Ihnen bei Fragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Ihre Hauptansprechpartner:



Dr. Boris Kasolowsky

Partner

T +49 69 27 30 88 44

E boris.kasolowsky@freshfields.com



Prof. Dr. Christoph H. Seibt

Partner

T +49 40 36 90 61 60

E christoph.seibt@freshfields.com



Dr. Mina Aryobsei

Principal Associate

T +49 69 27 30 82 62

E mina.aryobsei@freshfields.com



Marius Scherb

Principal Associate

T +49 40 36 90 62 58

E marius.scherb@freshfields.com



Iris Hammerschmid

Associate

T +43 1 515 15 223

E iris.hammerschmid@freshfields.com



Dr. Marlen Vesper-Gräse

Associate

T +49 40 36 90 62 13

E marlen.vesper-graeske@freshfields.com

freshfields.com

Diese Dokumentation wird zur Verfügung gestellt von der international tätigen Rechtsanwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (eine Limited Liability Partnership nach dem Recht von England und Wales, die der Aufsicht durch die Solicitors Regulation Authority (SRA no. 484861) unterliegt) und den assoziierten Partnerkanzleien, die unter dem Namen Freshfields Bruckhaus Deringer in verschiedenen Jurisdiktionen tätig sind (in der Dokumentation gemeinsam als „Freshfields“ bezeichnet). Weitere regulatorische Informationen finden Sie unter www.freshfields.com/support/legal-notice.

Freshfields Bruckhaus Deringer hat Büros in Bahrain, Belgien, China, Deutschland, England, Frankreich, Hong Kong, Italien, Japan, den Niederlanden, Österreich, Russland, Singapur, Spanien, Vietnam, den Vereinigten Arabischen Emiraten und den Vereinigten Staaten von Amerika.

Diese Dokumentation dient der allgemeinen Information und ist nicht als umfassende Darstellung gedacht. Sie kann eine Rechtsberatung nicht ersetzen.