

EUR Research Information Portal

Arbitration and Business Human Rights: a viable avenue and how to incentivize it?

Publication status and date:

Published: 30/04/2024

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document License/Available under:

Article 25fa Dutch Copyright Act

Citation for the published version (APA):

Scheltema, M. (2024). Arbitration and Business Human Rights: a viable avenue and how to incentivize it? *Zeitschrift für Corporate Responsibility & Recht in der Lieferkette*, 2, 45-51. <https://www.cr-zeitschrift.de/>

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

CRZ

www.cr-zeitschrift.de

Zeitschrift für Corporate Responsibility & Recht in der Lieferkette

Herausgeber: RA Christian Gehling • Prof. Dr. Jan Lieder • RAin Dr. Cäcilie Lüneborg

EDITORIAL

Peter Hommelhoff
Kein Nachhaltigkeitsbericht der KMU! 42

AKTUELLE NACHRICHTEN

Beschluss der Court de Cassation, Pourvoi n° 22-83.681 („Lafarge“)
BAFA – Zweiter Krisengipfel zur Menschenrechtsslage im Transportsektor
Trilogkompromiss zum Verbot von in Zwangsarbeit hergestellten Produkten auf dem Unionsmarkt findet
ILO – Einigung auf die Methoden zur Ermittlung von Living Wages (existenzsichernden Löhnen)
Corporate Sustainability Due Diligence Directive – Triloggespräche führen zu Einigung (15.03.2024)
Tribunale Di Milano stellt Giorgio Armani Operations S.p.A. wegen Beihilfe zu Zwangsarbeit unter
gerichtliche Verwaltung 43

BEITRÄGE UND ENTSCHEIDUNGEN

Martijn Scheltema
Arbitration and Business Human Rights: a viable avenue and how to incentivize it? 45
Christian Gehling
Fünf Jahre Konfliktmineralien-Verordnung – aus Sicht des Importeurs von Konfliktmetallen (Teil 2) 52

INTERNATIONALE REPORTS

Sandra Epal-Ratjen
Report on the 9th Session of the United Nations Intergovernmental Working Group with the mandate to
elaborate an international legally binding instrument on transnational corporations and other business
enterprises with respect to human rights 60

UNTERNEHMENSPRAXIS

Carolin Friedrich / Anna Zimmermann
Verantwortung in der Wertschöpfungskette 62
Anne-Kathrin Bertke / Ria Sandbrink
Rechtsrahmen und Praxis: Die Rolle von Menschenrechts- und Beschwerdebeauftragten
nach dem LkSG 64

Im Abonnement enthalten:

ESGZ



Der rechtliche
Rahmen für
Environmental
Social
Governance

ESGZ verbindet Nachhaltigkeit und Recht.

Die neue Fachzeitschrift ESGZ zeigt, welche rechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten sind, um ökologische, ökonomische und soziale Elemente mit der Unternehmensführung in Einklang zu bringen.

Die ESGZ ist Ihre Richtschnur durch den immer komplexer werdenden Dschungel der Gesetzesvorhaben, -vorgaben und Regularien. Wir werfen einen Blick in die Zukunft der Nachhaltigkeitsentwicklung und unterstützen Sie dabei, Ihre Transformation voranzutreiben.

Als Fachzeitschrift und Magazin in einem, ist die ESGZ speziell auf die Bedürfnisse von Praktikern zugeschnitten. Unsere erstklassigen Autor:innen liefern konkret auf Ihre Bedürfnisse zugeschnittene Antworten auf aktuelle Fragen und präsentieren Ihnen leicht nachvollziehbare Lösungen.

Lassen Sie sich inspirieren und nehmen Sie die Herausforderung der Nachhaltigkeit erfolgreich an.



Jetzt gratis testen:
Wählen Sie zwischen „Print & Digital“
oder „Digital Only“

Jetzt QR-Code scannen oder
www.esg-zeitschrift.de

Fachmedien Otto Schmidt KG
Neumannstraße 10 | 40235 Düsseldorf | Fon: 0800 000-1637
Fax: 0800 000-2959 | eMail: kundenservice@fachmedien.de

FACHMEDIEN
otto schmidt



EDITORIAL

Kein Nachhaltigkeitsbericht der KMU!

Peter Hommelhoff

CRZ1460748

S. 42

AKTUELLE NACHRICHTEN

Beschluss der Court de Cassation, Pourvoi n° 22-83.681 („Lafarge“)

BAFA – Zweiter Krisengipfel zur Menschenrechtslage im Transportsektor

Trilogkompromiss zum Verbot von in Zwangsarbeit hergestellten Produkten auf dem Unionsmarkt findet Mehrheit im Rat der EU

ILO – Einigung auf die Methoden zur Ermittlung von Living Wages (existenzsichernden Löhnen)

Corporate Sustainability Due Diligence Directive – Triloggespräche führen zu Einigung

Tribunale Di Milano stellt Giorgio Armani Operations S.p.A. wegen Beihilfe zu Zwangsarbeit unter gerichtliche Verwaltung

CRZ1460880

S. 43

BEITRÄGE UND ENTSCHEIDUNGEN

Arbitration and Business Human Rights: a viable avenue and how to incentivize it?

Martijn Scheltema

CRZ1460358

S. 45

Fünf Jahre Konfliktmineralien-Verordnung – aus Sicht des Importeurs von Konfliktmetallen (Teil 2)

Christian Gehling

CRZ1460968

S. 52

INTERNATIONALE REPORTS

Report on the 9th Session of the United Nations Intergovernmental Working Group (IGWG) with the mandate to elaborate an international legally binding instrument (LBI) on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights

Sandra Epal-Ratjen

CRZ1460634

S. 60

UNTERNEHMENSPRAXIS

Verantwortung in der Wertschöpfungskette

Carolin Friedrich / Anna Zimmermann

CRZ1460853

S. 62

Rechtsrahmen und Praxis: Die Rolle von Menschenrechts- und Beschwerdebeauftragten nach dem LkSG

Anne-Kathrin Bertke / Ria Sandbrink

CRZ1460854

S. 64

IMPRESSUM

CRZ

Zeitschrift für Corporate Responsibility und Recht in der Lieferkette

Herausgeberkreis

RA Christian Gehling
RAin Dr. Cäcilie Lüneborg
Prof. Dr. Jan Lieder

Produktmanagement

Isabelle Schnieders
i.schnieders@fachmedien.de

Verlag

Fachmedien Otto Schmidt KG
Neumannstraße 10, 40235 Düsseldorf
Vertretungsberechtigte Gesellschafter:
Prof. Dr. Felix Hey, pHG
Fachmedien Otto Schmidt Geschäftsführungs-GmbH, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Geschäftsführer:
Christoph Bertling, Dirk Baumann

Mediaservice

Martina Kosch, Wolfgang Witzel
mediasales@fachmedien.de

Marketing und Vertrieb

Frank Rachowiak
eMail f.rachowiak@fachmedien.de

Kundenservice

Fachmedien Otto Schmidt KG
Kundenservice
Neumannstraße 10, 40235 Düsseldorf
eMail kundenservice@fachmedien.de
Fon Inland (kostenfrei) 0 800 000-1637,
Fax Inland (kostenfrei) 0800 000-2959
Fon Ausland +49 211 210911-02
Fax Ausland +49 211 210911-92

Bezugspreise

Jahreslizenz Inland (inkl. 3 Online-Zugängen) 22,00 € zzgl. MwSt. pro Monat.
Abonnementkündigungen sind mit einer Frist von 21 Tagen zum Ende eines Bezugsjahres möglich.

Copyright

CRZ wird auf elektronischem Weg (Datenbank) vertrieben.
Nachdruck und Vervielfältigung jeder Art sind nur mit Genehmigung des Verlags zulässig.

Satz

Main-Post GmbH, Berner Straße 2, 97084 Würzburg

Kein Nachhaltigkeitsbericht der KMU!

Zum Schutz der Gemeinwohlgüter von den Menschenrechten bis zum Klima werden in der EU nach der CSRD alsbald 49.000 Unternehmen in ihrem Nachhaltigkeitsbericht informieren müssen, nicht aber die circa 24 Mio. kleinen und mittleren Unternehmen, sofern sie nicht auf dem Kapitalmarkt als Nachfrager auftreten. Kleinstunternehmen mit bis zu zehn Beschäftigten sind völlig ausgenommen. Diese kapitalmarktfernen KMU hat schon die EU-Kommission von der Berichtspflicht freistellen wollen, um sie vor unverhältnismäßigen Belastungen zu bewahren – zumal die Adressaten der Nachhaltigkeitsberichte an den Informationen dieser KMU kein oder nur ein mit sinkender Größe abnehmendes Bedürfnis hätten.

Trotzdem werden die kapitalmarktfernen KMU als Kreditnehmer von Finanzinstituten oder als Unternehmen in der Wertschöpfungskette berichtspflichtiger Großunternehmen auf deren Verlangen hin Nachhaltigkeitsinformationen großen Umfangs mit hohem Detaillierungsgrad liefern müssen – einschließlich der Handwerker GmbH mit vier Beschäftigten, wenn sie bei ihrer Sparkasse oder Volksbank um die Eröffnung einer Kreditlinie nachsuchen. Das Schutzinstrumentarium der Bilanzrichtlinie greift mehrfach zu kurz. Es entlastet die berichtspflichtigen Großunternehmen; die kapitalmarktfernen KMU hingegen schützt es nicht, sondern liefert diese dem Gutdünken der Großunternehmen aus.

Die dringende Schutzbedürftigkeit der kapitalmarktfernen KMU hat die EFRAG, die „Produzentin“ der Berichtsstandards, erkannt und unlängst spezielle VSME ESRS (zum Ganzen näher Hommelhoff/Allgeier, IRZ 2024 S. 201) zur Diskussion gestellt. Hierfür gebührt der EFRAG Lob; aber dennoch sind die 50 Seiten Berichtsstandard mit 100 Seiten „Basis for Conclusions“ für Kleinstunternehmen und die anderen KMU schon deshalb noch immer übermäßig belastend,

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, em. Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Universität Heidelberg, Richter am OLG Hamm a.D., vorm. Partner der KPMG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.



weil sie in ihrer Metrik konzeptionell dahin angelegt sind, die KMU-Informationen in die Nachhaltigkeitsberichte der Berichtspflichtigen einzubetten.

Konsequent ist der Unionsgesetzgeber zur Nacharbeit sogleich nach der Europawahl und nicht erst 2029 gefordert, um sein Regelungsanliegen primärrechtskonform zu gestalten. Für die Zwischenzeit sollte der deutsche CSRD-Transformationsgesetzgeber in seiner Verantwortung für mehr als drei Mio. kapitalmarktferne KMU einschließlich Kleinstunternehmen getreu CSRD-Erwägungsgrund 22 sicherstellen, dass sie nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden, und den Berichtspflichtigen zu verbieten, von diesen KMU mehr als einfach zu ermittelnde Kerndaten zu den schutzbedürftigen Gemeinwohlgütern in ihrem individuellen Aktivitätsbereich zu verlangen: Informationsbeschaffungsverbot!

Ein solches Informationsbeschaffungsverbot bedürfte zivil- und öffentlichrechtlicher Härte: Nichtigkeit jedes übermäßigen Informationsverlagens, pauschalierter Aufwendungs- oder Schadenersatz (durchsetzbar durch Sammelklagen?) und von Amts wegen zu verfolgende Ordnungswidrigkeiten – bebußt beim Informationsverlangenden mit einem Bruchteil seines Jahresumsatzes.

»CRZ1460880

Notizen und Nachrichten

Beschluss der Court de Cassation, Pourvoi n° 22-83.681 („Lafarge“) (16.01.2024)

Die Strafkammer der französischen Court de Cassation hat mit Beschluss vom 16.01.2024 die Zulassung der 2018 gegen die französische Lafarge S.A. (und weitere) erhobenen Anklage (u.a.) wegen des Vorwurfs der Finanzierung einer terroristischen Vereinigung sowie der Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit bestätigt und nur hinsichtlich der Beschuldigung, das Unternehmen hätte sich wegen Gefährdung des Lebens anderer strafbar gemacht, für unzulässig erklärt. Lafarge hat zwischen 2010 und 2014 (durch eine Konzerngesellschaft) ein Zementwerk in Syrien betrieben. Das Werk befand sich in einem Gebiet, das von 2012 bis 2015 von bewaffneten Terrorgruppen, insb. dem Islamischen Staat (IS), angegriffen und von diesen teilweise besetzt wurde. Am 15.11.2016 beantragten zwei NGOs und mehrere Mitarbeiter der syrischen Konzerngesellschaft bei dem Untersuchungsrichter in Paris, Ermittlungen gegen Lafarge und die verantwortlichen Entscheidungsträger wegen des Verdachts der Finanzierung einer terroristischen Vereinigung, wegen Beihilfe zu Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wegen missbräuchlicher Ausbeutung der Arbeitskraft und der Gefährdung des Lebens anderer einzuleiten. Die Einzelheiten der Anschuldigungen führt die Cour de Cassation nicht aus.

In dem parallelen Strafverfahren in den Vereinigten Staaten hat sich Lafarge im Oktober 2022 schuldig bekannt, in den Jahren 2013 und 2014 in Nordsyrien für den „Islamischen Staat im Irak und Al-Scham“ (ISIS) und für die Al-Nusra-Front (ANF) – in den Vereinigten Staaten werden beide Vereinigungen als terroristische Vereinigungen eingestuft – Schutzgelder i.H.v. knapp 6 Mio. USD gezahlt und Materiallieferungen geleistet zu haben, um die Zementfabrik in Syrien weiterbetreiben zu können und die Mitarbeiter zu schützen. Court de Cassation, Beschluss vom 16.01.2024 s.u. <https://fmos.link/22110> (Abruf: 16.04.2024).

U.S.-Amerikanisches Department of Justice, PM vom 18.10.2022, s.u. <https://fmos.link/21505> (Abruf: 16.04.2024).

BAFA – Zweiter Krisengipfel zur Menschenrechtsslage im Transportsektor (19.02.2024)

Am 19.02.2024 veranstaltete das BAFA den zweiten Transportgipfel zur Verbesserung der Menschenrechtsslage im Transportsektor. Mit dem Ziel der Entwicklung geeigneter Präventionsmaßnahmen diskutierten in Borna Ansprechpartner von Unternehmen, Verbänden, Gewerkschaften, zivilgesellschaftlichen Akteuren und zuständigen Behörden unter der Leitung von BAFA-Präsident Torsten Safarik. Das BAFA arbeitet derzeit an einer branchenspezifischen Handreichung für den Transport- und Logistiksektor. Die Handreichung soll insb. auch praxistaugliche Empfehlungen dazu enthalten, wie verpflichtete Unternehmen bereits vor der Vergabe von Transportaufträgen erkennen können, ob ein Transportunternehmen menschenrechtswürdige Arbeitsbedingungen gewährleistet.

BAFA, PM vom 20.02.2024, s.u. <https://fmos.link/22111> (Abruf: 16.04.2024).

Trilogkompromiss zum Verbot von in Zwangsarbeit hergestellten Produkten auf dem Unionsmarkt findet Mehrheit im Rat der EU (13.03.2024)

Am 05.03.2024 haben sich EU-Parlament und Rat im Trilogverfahren auf einen Kompromisstext für eine Verordnung zum Verbot von in Zwangsarbeit hergestellten Produkten auf dem Unionsmarkt geeinigt. Am 13.03.2024 hat der Rat dem Trilogkompromiss zugestimmt. Die Mehrheitsverhältnisse waren lange unklar. Wie bei der Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) hatte Deutschland angekündigt, sich der Stimme zu enthalten. Ziel der Verordnung ist der Schutz des Binnenmarkts gegen in Zwangsarbeit hergestellte Produkte. Die Verordnung gibt den nationalen Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten weitgehende Pflichten, aber auch weitreichende Befugnisse auf, bis hin zur Anordnung eines menschenrechtlichen Produktrückrufs. Sie wird 36 Monate nach ihrem Inkrafttreten wirksam.

Mit der Verordnung verringert der europäische Gesetzgeber den Abstand zur Rechtslage in den Vereinigten Staaten, das Einfuhrverbote gegen in Zwangsarbeit hergestellte Produkte schon seit fast hundert Jahren kennt (siehe Section 307 des U.S. Tariff Act von 1930). Der europäische Gesetzgeber hat sich allerdings nicht von den Erfahrungen des U.S.-amerikanischen Gesetzgebers leiten lassen, sondern eigene Schutzinstrumente entwickelt. Insbesondere das aus dem U.S.-amerikanischen Recht bekannte Instrument eines „Withhold Release Orders“ kennt das europäische Recht nicht. Ein gesetzlicher oder administrativer Withhold Release Order führt bei qualifizierten Verdachtslagen zu einer widerlegbaren Vermutung, dass die betroffenen Produkte in Zwangsarbeit hergestellt worden sind. Das einführende Unternehmen muss den Beweis führen, dass die von ihm eingeführten Produkte frei von Zwangsarbeit sind. Das bekannteste Beispiel für einen gesetzlichen Withhold Release Order ist Section 4 (A) des Uyghur Forced Labor Prevention Act vom Dezember 2021. Die Vorschrift begründet die widerlegbare Vermutung, dass alle Produkte aus der chinesischen Provinz Xinjiang in Zwangsarbeit hergestellt werden. Der Withhold Release Order gibt den U.S.-amerikanischen Behörden die Möglichkeit, die Einfuhr kritischer Produkte schon bei einem qualifizierten Verdacht auf Zwangsarbeit, also in einem frühen Stadium zu kontrollieren, während das europäische Recht erst reagiert, wenn die nationale Aufsichtsbehörde in einem komplizierten zweistufigen Verfahren festgestellt hat, dass Produkte tatsächlich in Zwangsarbeit hergestellt worden sind.

EU-Parlament/EU-Rat, PM vom 05.03.2024, s.u. <https://fmos.link/22113> (Abruf: 16.04.2024).

Vorläufige Einigung in den Triloggesprächen vom 13.03.2024, s.u. <https://fmos.link/22112> (Abruf: 16.04.2024)

ILO – Einigung auf die Methoden zur Ermittlung von Living Wages (existenzsichernden Löhnen) (13.03.2024)

Am 13.03.2024 hat der Governing Body der ILO International Labor Organisation kraft Beschluss den Bericht des Expertentreffens zur Lohnpolitik, einschließlich existenzsichernder Löhne, angenommen.

Der Governing Body hatte im November 2023 eine Expertenkommission eingesetzt, um Grundsatzfragen der Lohnpolitik und insb. der Bemessung von existenzsichernden Löhnen (*living wages*) zu erörtern. Die Expertengruppe hat

vom 19.–23.02.2024 in Genf getagt und dem Governing Body ihren Bericht vorgelegt. Im Zentrum stand die Diskussion der Methoden zur Ermittlung von Living Wages (S. 7 f. des Berichts). Die Expertengruppe gibt die folgenden „General considerations regarding methodologies“:

„Methodologies to estimate living wages should be based on an identification and assessment of a basket of goods, using local prices of the costs of at least the following components: food, housing, health and education, and other necessary goods and services, in accordance with national circumstances. This basket should provide for a decent living standard of the worker and his/her family. For some elements in this basket, international standards are well established and should be used. Furthermore, the methodology should be clear on the family size and the number of wage earners. Living wage estimates should be disaggregated by components and presented in various wage units, including hourly, monthly, quarterly and annual figures, and should be the result of robust empirical analysis of the population, including surveys and censuses, at country or regional level.“

ILO, Bericht der Expertenkommission, 05.03.2024, s.u. <https://fmos.link/22114> (Abruf: 16.04.2024);

ILO, Beschluss des Governing Body, 13.03.2024, s.u. <https://fmos.link/22115> (Abruf: 16.04.2024).

Corporate Sustainability Due Diligence Directive – Triloggespräche führen zu Einigung (15.03.2024)

Mehr als zwei Jahre hat der europäische Gesetzgeber um die Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) gerungen. Noch auf der Zielgeraden haben der deutsche Bundesfinanzminister Christian Lindner und der Bundesjustizminister Dr. Marco Buschmann Bedenken geltend gemacht und am 01.02.2024 angekündigt, dass sich die Bundesrepublik Deutschland bei der Abstimmung im Rat enthalten werde. Am 15.02.2024 haben sich die Gesprächsführer von EU-Parlament und Rat auf einen entschärften Kompromiss geeinigt. Das EU-Ratsdokument 6145/24 gibt den Kompromisstext der Richtlinie wieder.

Art. 30 des finalen Richtlinienentwurfes sieht vor, dass die Mitgliedstaaten die Richtlinie innerhalb von zwei Jahren in nationales Recht umsetzen. Die Mitgliedstaaten können die neuen Regeln aber auf nationaler Ebene über drei bis fünf Jahre gestaffelt einführen. Ein Beispiel: Für Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind, muss der nationale Gesetzgeber die Anwendung der neuen Vorschriften nach drei Jahren vorschreiben, wenn das Unternehmen einen weltweiten Umsatz von 1,5 Mrd. € und mehr als 5.000 Mitarbeiter hat. Die Umsatz- und Mitarbeiter-schwellen werden in zwei Schritten (vier Jahre und fünf Jahre seit Inkrafttreten der Richtlinie) gesenkt.

Tribunale Di Milano stellt Giorgio Armani Operations S.p.A. wegen Beihilfe zu Zwangsarbeit unter gerichtliche Verwaltung (03.04.2024)

Die Kammer für Präventionsverfahren des Mailänder Gerichtshofs, Tribunale Di Milano, hat am 03.04.2024 die italienische Giorgio Armani Operations S.p.A. unter gerichtliche Verwaltung gestellt. Die Anordnung der Verwaltung ist auf Art. 34 des Gesetzesdekrets Nr. 159/2011 gestützt und ein besonderes Präventionsinstrument, das der italienische Gesetzgeber 2011 in das italienische Recht eingeführt hat,

um wirksam gegen Mafia-Strukturen vorzugehen. Ausgangspunkt waren Vor-Ort-Kontrollen eines Einsatzkommandos der Mailänder Carabinieri bei chinesisch-stämmigen Zulieferern von Giorgio Armani Operations S.p.A. in Italien. Die Kontrollen hatten Hinweise auf massive Missstände ergeben, die nach Ansicht der Ermittler auf systematische Ausbeutung von Arbeitskräften hindeuteten. Die Ermittler kamen zu dem Ergebnis, dass den Zulieferern strafbare Ausbeutung von Arbeitskräften i.S.v. Art. 603 bis c.p. des italienischen Strafgesetzbuchs vorzuwerfen sei. Grundlegende Gesundheits- und Sicherheitsvorschriften seien verletzt worden. Arbeiter hätten zum Teil unter völlig untragbaren Umständen in den Fabriken wohnen müssen. Der Giorgio Armani Operations S.p.A. wird unzureichende Kontrolle ihrer Zulieferer in Italien und China vorgeworfen. Die Mailänder Richter haben als Präventionsmaßnahmen für ein Jahr eine beauftragte Richterin und einen gerichtlichen Verwalter mit dem Mandat bestellt, die Missstände bei Zulieferern aufzuklären und präventive Kontrolle zu gewährleisten.

Tribunale Di Milano, Beschluss vom 03.04.2024, s.u. <https://fmos.link/22116> (Abruf: 16.04.2024).

Martijn Scheltema

Arbitration and Business Human Rights: a viable avenue and how to incentivize it?

Martijn Scheltema, Attorney-at-law and Partner at Pels Rijcken & Droogleeveer Fortuijn, Professor at Erasmus University Rotterdam, Member of the advisory board of the Business Human Rights committee at International Bar Association.

This contribution aims to explore the connection between human rights abuse by business and arbitration including rights holders.

I. Introduction

It is first explained to which extent business have a role in connection with the protection of human rights. This contribution further explains the Hague Rules on Business Human Rights Arbitration which are specifically designed to be used in arbitrations between businesses and rights holders.¹ It then explains why and how arbitration may become an important means of escalation if dialogue with rights holders does not bring about a solution. This is elaborated regarding supply chains, project finance and investment agreements. The Hague Rules may govern such arbitrations.

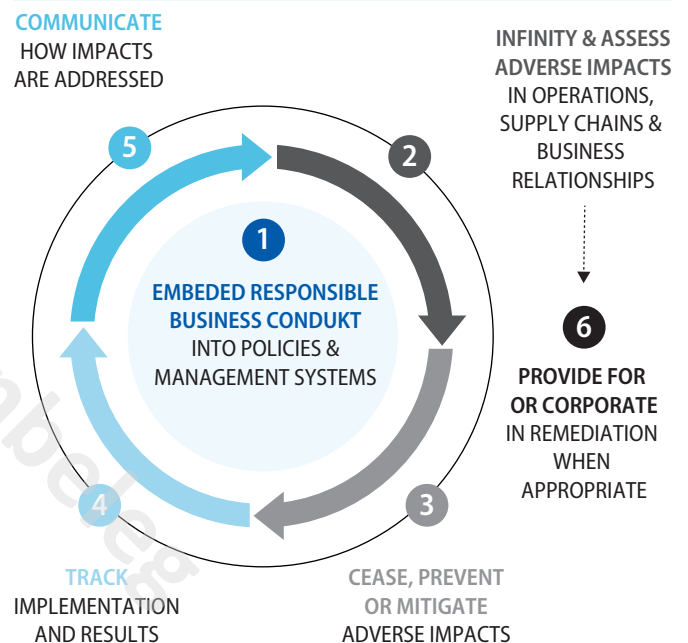
II. Business Human Rights

The term business human rights is derived from the UN's international 'Protect, Respect, Remedy' framework of which the United Nations Guiding Principles on Business Human Rights (UNGPs)² are the core. The UNGPs are unanimously endorsed by the UN Human Rights Council in 2011. Since 2011, this framework has also been part of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct (OECD Guidelines), which have been recently updated.³ The UNGPs build on three pillars: (i) states should protect human rights, (ii) companies should respect human rights in their business operations and (iii) where human rights violations have occurred, redress should be provided (access to remedy). This contribution focuses on pillars (ii) and (iii). Under pillar (ii), the UNGPs articulate companies' responsibility to respect human rights. In order to satisfy this responsibility, they have to carry out human rights due diligence (HRDD). HRDD should identify, prevent, mitigate and account for potential and actual adverse human rights impacts that may arise from their own activities or throughout their supply chains. Pillar (iii) is integrated therein to the extent that if such due diligence leads to the conclusion that a company has caused or contributed to a human rights abuse, it should provide or contribute to a remedy. In addition, outcomes

of grievance mechanisms and dispute resolution should be included in the due diligence process.

This type of due diligence, which focusses on the risks business operations pose for external stakeholders, is summarized in the following graphic from the OECD:⁴

Graphic 1: Due diligence, which focusses on the risks business operations pose for external stakeholders (OECD)



Although the UNGPs and OECD Guidelines are in themselves not binding on business, legislative developments have changed this. Several EU member states have adopted legislation rendering HRDD mandatory and on February 23, 2022, the European Commission published a proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) on which the Parliament and Council have reached an agreement on 14 December 2023,⁵ seeking to turn the UNGPs due diligence expectations into hard law.⁶ Whereas business partners

⁴ OECD, *ibid.* (Fn. 3), p. 21.

⁵ EU Commission, CSDDD, Com (2022)71 Final, see <https://fmos.link/22029>; for an overview of the obligations and the enforcement, contrasted with the German Supply Chain Due Diligence Act and the French Loi de Vigilance, see Brabant/Bright/Neitzel/Schönfelder: Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1), *VerfBlog*, 2022/3/15; Brabant/Bright/Neitzel/Schönfelder: Enforcing Due Diligence Obligations: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 2), *VerfBlog*, 2022/3/16.

⁶ More European regulation is either in force or envisaged which will require of facilitate the implementation of corporate sustainability due diligence, such as the CSRD (EU 2022/2464), see <https://fmos.link/21731>, the envisaged Forced Labour Regulation (Com (2022) 453 Final), see <https://fmos.link/22030>, the Deforestation Regulation (EU) 2023/1115, see <https://fmos.link/22031> and (Articles 47-53 of the) Battery Regulation EU 2023/1542, see <https://fmos.link/22032>.

¹ CILC, The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, see <https://fmos.link/22028>.

² United Nations, Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011, see <https://fmos.link/15869>.

³ OECD, Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, 2018, see <https://fmos.link/20672>.

outside the EU which do not operate on European markets are not bound by this regulation, is it to be expected that contracts will be used to transpose these obligations on such business partners. This may also trigger disputes over compliance with these contractual obligations. Such disputes may be solved through regular arbitration clauses in sales contracts. That said, the matter under dispute is different from usual disputes over, for example, late delivery or poor quality. Therefore, business human rights arbitration may require a specific approach, especially if rights holders (i.e. those affected by human rights abuse) are involved. The Hague Rules aim to provide such an approach. These will be discussed first and after this it is analyzed whether and how such arbitrations may become viable and how uptake could be incentivized.

III. Arbitration and Human Rights; the Hague Rules

Providing redress if a company has caused or contributed to a human rights violation is a responsibility a company has under the aforementioned UN and OECD frameworks and under (existing and future) legislation. So far, however, this redress is by far the weakest pillar of these frameworks. Even companies which are of good will often struggle to set up effective grievance mechanisms or to participate in effective existing systems. For example, fear of retaliation, such as dismissal of an employee, by the company or supplier of the company where the impact occurs may play a role. Beyond this, rights holders are often not well informed about the existing options and which systems are most useful to them, they do not have sufficient access to knowledge, information and expertise to litigate or arbitrate against a company, and of course the cost of such proceedings also plays a role. To date, therefore, such proceedings have only been an option with assistance of sufficiently funded non-governmental organizations (NGOs). Finally, cooperation between operational level grievance mechanisms or multi-stakeholder initiatives and government systems is difficult. Thus, a clear room for improvement in these areas can be identified, alike for litigation and arbitration which scarcely address these problems, or only to a very limited extent.

Therefore, it may not come as a surprise that remedy is mainly provided through non-judicial mechanisms (mediation or dialogue based mechanisms), for example, by local or international multi-stakeholder initiatives or by operational level grievance mechanisms of companies themselves. These mechanisms are used not only to remedy human rights abuse but also to prevent it. In addition, National Contact Points (NCPs) set up by OECD member countries play a role. NCPs can handle complaints against companies regarding violations of the OECD guidelines discussed above. If a complaint is admissible, a NCP first mediates between parties to reach a solution. It also issues recommendations for improvement if no solution is found and may issue a final statement with its own observation regarding compliance with the OECD Guidelines.

Thinking of arbitration as an addition to the existing mechanisms, it is obvious that it requires consent between the parties involved. How this consent should be achieved will be discussed in the next paragraphs. An example is the former Bangladesh Accord (currently the International Accord), which has been established by 200 major international garment brands in response to the collapse of the Rahna Plaza garment factory in Bangladesh which includes arbitration as an escalation

mechanism. Two arbitrations have taken place based on this initiative, but both were settled.⁷

The Hague Rules are developed by an international working group led by Bruno Simma and are based on the UNCITRAL Arbitration Rules.⁸ These Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration were submitted to a sounding board group of more than 200 companies, arbitrators, civil society organizations, representatives of states, international organizations and academics after an extensive consultation process that first presented the necessary elements of these rules.⁹ In addition, these elements were tested in an Internet consultation. The same process was followed for the draft rules. On December 12, 2019, the final rules were presented to the Human Rights Ambassador of the Netherlands at the Peace Palace in The Hague in a symposium organized by the Permanent Court of Arbitration. In addition to the arbitration rules, the Hague Rules include two annexes, one with a code of conduct for arbitrators and one with models of arbitral clauses to incorporate the Hague Rules. Meanwhile, the rules have attracted attention in various international symposia, on law firm websites, on those of arbitral institutions, such as the ICC, and in literature.

Within the word count restrictions of this contribution it is not feasible to discuss the rules extensively, considering the objective to discuss viability and incentives for uptake as well. I will only point out a few interesting features.

Article 3(3)(d) provides a broad description of the instruments in which arbitral clauses may be embedded and in which the Hague Rules may be included. These may not only be contracts, but it is also conceivable that these rules are implemented by a multi-stakeholder initiative, such as the Bangladesh Accord, or even become part of rules for participation of rights holders in (investment) arbitrations.

An important addition to the UNCITRAL rules has been made in Article 18 of which section 1 sets forth that the process should be conducted in a fair and efficient manner, in accordance with cultural values and customs of rights holders in particular, and in accordance with the (human) rights of the parties, with specific attention for the pressing nature of adverse human rights impacts. Pursuant to Article 18(5) arbitrators may, if a party has a legitimate interest in protecting its identity, for example because of a fear of retaliation, designate specific representatives of the other party or parties who may only take cognizance of that identity. This paragraph is modeled on the confidentiality club that is used in UK case law and serves primarily to protect parties from retaliation or other types of adverse (government) action that (further) affects their rights.¹⁰ In the UK this confidentiality club has been accepted in proceedings before the government courts in order to protect parties who can show a justified fear for retaliation or other adverse consequences of their name being known to the other party. The court may, if it finds such a fear is sufficiently underpinned, decide that either the name of the

7 PCA, Press Release 2018/7/17, see <https://fmos.link/22033>. So on this also Lichuma, *Journal of World Investment & Trade* 24 (2023), p. 718 (725): International Investment Law Reforms and the Draft Business and Human Rights Treaty; Baaij, *Business and Human Rights Journal* (2022), 7, p. 271: The Potential of Arbitration as Effective Remedy in Business and Human Rights, under II.

8 CILC, *ibid.* (Fn. 1); see on these rules e.g., Baaij, *ibid.* (Fn. 7).

9 The consultation documents and responses see CILC, *ibid.* (Fn. 1).

10 Kalma & Ors v. African Minerals Ltd & Ors [2018] EWHC 120 (QB), in which this system has been applied to protect witnesses.

plaintiff (or a witness) should not be disclosed to the defending party at all or only to certain representatives of this party (for example, its attorney or other specifically designated persons) who must then keep this name confidential (hence the term “confidentiality club”).

Furthermore, Article 19(3) governs the situation where the arbitration clause itself provides that third parties may become party to the arbitration. It is important that these third parties then have no obligation to participate in the arbitration, only a right. Thus, they may choose other forms of dispute resolution. Moreover, Article 19(3) provides, in contrast to many other arbitration rules in which this is set forth, that the mere circumstance that the participation of a third party may be detrimental to one or both of the parties does not automatically preclude such participation. This addition should be considered in light of human rights arbitrations where participation of rights holders can often be detrimental to one of the parties. For example, it is conceivable that two companies, for example a Dutch retail company and its supplier in Myanmar, agree to arbitration in disputes concerning the performance of the agreement, and the agreement includes an obligation to respect workers’ rights and also provides for a third-party beneficiary right to initiate an arbitration. In such cases, the participation of those employees may be detrimental to the supplier and/or the buyer, but such participation cannot be excluded solely for that reason.

Article 32 contains a more comprehensive rule on evidence compared to the UNCITRAL rules. The Commentary under 1 points out that cultural differences and the influence this may have on certain forms of gathering evidence must be considered when requiring proof of certain facts. In addition, the power imbalance and information gap of right holders compared to companies may also play a role. Article 32(4) therefore gives the tribunal the option of ordering the production of certain information or documents, and it can attach the consequences it deems advisable to the failure to do so.

An important element of the Hague Rules, which differs from usage in commercial arbitration, is the principle of transparency of the arbitration contained in Article 38 et seq., which is the principle of the UNCITRAL Transparency rules in investment arbitrations. However, arbitrators do have leeway in determining the scope of this transparency. According to Article 39, transparency may relate to the initiation of an arbitration, the documents exchanged in the arbitration (Article 40) or the oral proceedings (Article 41). If transparency is ordered by the arbitrators, Article 42 sets forth a number of limitations to protect parties and witnesses or to protect confidential business information. Finally, Article 43 provides that the Permanent Court of Arbitration in The Hague maintains a database in which this public information is stored. The idea behind this publicity is that human rights disputes benefit from publicity, so that any violations do not go unnoticed (even by the broader public). Moreover, in many cases, litigating NGOs want to be able to publish what is being discussed in arbitration. That said, companies may become more reluctant to participate in arbitrations and transparency may also render the dispute into a trial by media. This does not always benefit the arbitration, for example, as parties may become reluctant to provide information or to seek a solution that is in the best interest of both parties. Therefore, the arbitrations under the Bangladesh Accord were confidential.

The UNGPs also specify criteria for fair and effective remedial mechanisms, which the Hague Rules were specifically designed to meet. These include legitimacy, accessibility, predictability, transparency, and rights-compatibility.¹¹

After this brief introduction of the Hague Rules I will turn to viability and uptake. How will these rules play a role in or, more broadly speaking, will arbitration play a role in the business human rights dispute resolution field? As said, the number of such arbitrations is rather poor to date, but this may change in the future, also because of mandatory HRDD and the obligation to provide access to remedy if a company has caused or contributed to a human rights violation. In the next paragraphs I will discuss for which types of disputes arbitration may be viable and how uptake may be incentivized.

IV. Arbitration in Supply Chains

It is well established in the UNGPs¹² and in the OECD guidelines,¹³ but also in, for example, Article 8(3)(g) of the proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive¹⁴ that a company has to provide access to remedy in case it has caused or contributed to a human rights impact. This access to remedy requirement has a substantive and procedural component.¹⁵ The substantive component relates to the making whole of affected rights holders, providing information and guarantees to prevent future impact. The procedural element requires a procedure, either judicial or non-judicial and either state or non-state based, in which access to remedy is provided. Companies may be able to provide such mechanisms themselves, for example by establishing an operational level grievance mechanism or participating in a multi-stakeholder mechanism, or by collaborating with state based judicial or non-judicial mechanisms, such as the OECD member states National Contact Points or procedures in national courts.¹⁶ However, despite of this requirement, access to remedy is quite challenging for rights holders.¹⁷ It is also acknowledged by the UN High Commissioner that, while dialogue-based processes may be an appropriate way of resolving grievances in many cases, situations may arise (e.g. complex cases, or cases where the dispute is entrenched) where adjudication by independent third parties may be necessary.¹⁸ Therefore, if only dialogue-based non judicial (non-state based) mechanisms exist, remedy may not be complete if rights holders and the company cannot agree on a solution or if rights holders are not satisfied with the implementation of an agreed remedy. Anyhow, it should not be the company and/or the supplier involved to decide what is sufficient remedy in such cases. This is even more important in situations in which access to state-based judicial mechanisms is not available in practice for rights holders, because of the cost involved, lack of access to representation or expertise, lack of information or lack of trust in state-based mechanisms.

11 UNGP, *ibid.* (Fn. 2), under 31.

12 See UNGP, *ibid.* (Fn. 2), under 22.

13 Principle II.12 of the Guidelines and commentary to it under 15 and 16, Principle IV.6 and commentary to it under 51.

14 EU Commission, CSDDD, Com (2022)71 Final, see <https://fmos.link/22029>.

15 See also e.g. Baaij, *ibid.* (Fn. 7), under III.

16 UNGP, *ibid.* (Fn. 2), under 22, 29 and 31; Commentary to Principle IV of the OECD Guidelines under p. 51 and 58 ff.

17 See, e.g., UN, Report A/HRC/44/32/add.1, 3 June 2020: Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse through non-State based grievance mechanisms: explanatory notes, p. 8 ff., see <https://fmos.link/22034>.

18 UN, A/HRC/44/32/add.1, *ibid.* (Fn. 17), under 74.

This issue may also emerge if a company is not itself bound to provide a remedy because an impact has occurred further up the supply chain and the company has not caused or contributed to it. In such cases a company is only bound to enable or facilitate remedy by others. However, enabling remedy is not leaving it to the supplier further up the supply chain to decide what is a sufficient remedy in such a situation. Therefore, presuming access to national courts may often not be available for rights holders in practice, the only way to enable adjudication (in a binding fashion) by independent third parties may be arbitration. This is especially true as the buying company may be reluctant to engage in court proceedings in the country where the impact has occurred. Although arbitration may be a viable and agreed upon instrument between a company and its suppliers to settle disputes, it is rarely used to enable affected rights holders to file human rights claims against either the company or the supplier. That said, if an impact occurs at the supplier level or further up the supply chain it is quite common that the company and the supplier agree on a remediation plan to address this impact if it cannot be solved immediately. Furthermore, the UNGPs and the OECD guidelines clarify that meaningful stakeholder consultation is pivotal, also in connection with addressing impact.¹⁹ Thus, it is important that rights holders are meaningfully consulted regarding the remediation plan. However, if the company and/or the supplier which has to provide for or contribute to a remedy do not agree on the content or implementation of the remediation plan, a dialogue ensuing from this dispute in an operational level grievance mechanism fails and the company perspective prevails, one may wonder whether this consultation is meaningful in the sense of the UNGPs and OECD Guidelines. Therefore, an escalation mechanism enabling adjudication by independent third parties through arbitration seems to be required by proposed (European) law if no (effective) access to national courts exists for rights holders in practice. If a company governed by the directive does not engage or enable such remediation it may be in violation of the proposed law as no sufficient access to remedy is provided. This is especially the case if a company has caused or contributed to a human rights impact, but one may argue that it is not exercising sufficient leverage on supplier with which it is only directly linked to its operations if it would not try to incentivize such supplier to accept arbitration. If a company contributes to a human rights impact, it is obvious a supplier is also involved in this impact. In such a case the escalation mechanism should include the supplier, who plays a role in remediation as well. In such instances arbitration may also be more favorable to the company because national courts in the state in which the supplier has its seat may have jurisdiction as the (main) contractual performance lies there.²⁰ The fact that the rights of third parties in this state are also implicated by the execution of the (contractual) remediation plan may not alter this or may even be an additional reason for a court to assume jurisdiction. Furthermore, national courts of the home state of the company may also interfere if, for example, a NGO representing the affected rights holders argues that the company has not met its obligations under the proposed

European law.²¹ Therefore, an issue with rights holders at the supplier level may trigger the risk of parallel proceedings which can be prevented by arbitration in which rights holders, the company and the supplier agree to address the issue through arbitration. That said, putting the foregoing into practice is not an easy task. This will be elaborated hereinunder.

It may be conceivable in theory to just implement an obligation for a company and a supplier in a supply chain contract to accept arbitration to settle disputes with affected rights holders, who are then defined as third party beneficiaries to the contract.²² However, it is questionable whether such obligatory third beneficiary rights would meet the requirements of legal certainty and will not disincentivize the company or supplier to conclude such an agreement, as it is unclear from the outset of this agreement whether such a dispute may arise, regarding which type of human rights issue, at which tier in the supply chain and with which rights holders.²³

This issue may be addressed by agreeing in the supply chain contract that if affected rights holders in a supply chain claim a (severe) human rights issue has emerged, which is not solved to their satisfaction by the company and/or supplier on short notice, a remediation plan should be developed by this company and the relevant supplier(s) in meaningful consultation with these rights holders.²⁴ In connection with this rights holders should be sufficiently be informed about their rights.²⁵ Such remediation plan should involve subsidiaries and sub-suppliers of supplier if they have caused or contributed to the human rights impact at stake. The company and supplier should also agree that part of this obligatory remediation plan is a dispute resolution mechanism with affected rights holders commencing with dialogue, but making use of arbitration implementing the Hague Rules as an escalation mechanism.²⁶ The dialogue phase is more common to date, as the company and/or suppliers often establish, either or not prompted to do so by their financiers and/or investors, such dialogue based mechanisms (operational level grievance mechanisms). That said, the buyer and supplier must see to it that the dialogue-based mechanism is UNGP 31 compliant or that they participate in an existing dialogue-based mechanism which meets this standard. If such human rights impact has occurred and a dialogue is established or a complaint is filed in the operational level complaint mechanism, it will be clear(er) which stakeholders are involved, which human rights issue is concerned and at which tier in the supply chain. Thus, the first step of the dispute resolution mechanism which is part of the remediation plan should be a dialogue/mediation aiming to solve the issue and including access for relevant rights holders. If the dialogue does not bring about a solution, the issue is escalated to arbitration implementing the Hague

21 One should note that the proposed European directive includes an overriding mandatory law provision in Article 22(5).

22 Cf. for contracts between investors and host states van Aaken/Desierto/Ratner/Sangiulolo/Yiannibas/Scheltema, *The Human Rights Remedy Gap in ISDS*, para. C. IV, see <https://fmos.link/22036>.

23 Cf. also in connection with diverging interests of rights holders Baaij, *ibid.* (Fn. 7), under IV.

24 Cf. for contracts between investors and host states van Aaken/Desierto/Ratner/Sangiulolo/Yiannibas/Scheltema, *ibid.* (Fn. 22), para. D. II.

25 Cf. e.g. Baaij, *ibid.* (Fn. 7), under IV.

26 An example of this can be found in version Article 8 of the American Bar Association, *Balancing Buyer and Supplier Responsibilities, Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains, Version 2.0*, see <https://fmos.link/21573>. Cf. Article 7 of the European Model Clauses for Supply Chains, consultation draft, see <https://fmos.link/22037>.

19 UNGP, *ibid.* (Fn. 2), under 18 and OECD Guidelines II.15 and commentary to it under 28.

20 This will obviously depend on the international private law of the country at hand, but this is, for example, envisaged by Article 7(1) of the (European) Regulation (EU) 1215/2012 of 12 December 2012 (Brussels I Bis convention).

Rules involving the stakeholders involved in the dialogue. This also clearly delineates the third-party beneficiaries that are involved in the arbitration. Obviously, the question who could be an affected individual, community or entity is shifted to the dialogue phase. Although these may be lengthy processes, facilitators in such dialogues between business and affected individuals or communities have by and large been able to delineate the relevant group to date. Furthermore, one may draw on experience gathered through administrative law in which individuals or entities which are not further delineated in the law are allowed to litigate against governments in for example environmental cases. Jurisprudence has been developed in which these undefined groups are delineated. In assessing whether they have an interest or are affected by an environmental impact, the administrative courts, for example, assess the distance between these individuals and the environmental impact.

Arbitration has the advantage parties may define the mandate of the arbitral tribunal. It may be conceivable parties cannot agree on a specific issue in the dialogue. This issue may then be escalated to arbitration and decided. After this, parties may continue the dialogue and, being bound by the decision in the arbitration, may be able to find a solution. This may prevent costly proceedings on the entire dispute which is likely to be the consequence if the dispute is left to national courts. It should also be flexible in allowing the dispute to go back and forth between dialogue and arbitration to decide on issues not agreed upon and being referred to dialogue after this.

This approach does not solve all the issues regarding arbitration if rights holders choose to engage in it, especially not in connection with access to expertise, representation, funding for the rights holders and an imbalance of power and an imbalance in access to information.²⁷ Part of those issues are addressed by the Hague Rules, but not the funding issue, which relates to access to representation and expertise. Whereas it is clear that the obligation to provide remedy also includes access to or the establishment of an effective procedure to address the human rights impact, which, as has been elaborated hereinabove, includes a right to an escalation mechanism if the issue cannot be solved in a dialogue, it can be argued that the company which has caused or contributed to the impact should provide funding if the state of the rights holders does not provide legal aid and/or if access to national courts is not an option for them in practice. After all, the duty of the company to provide a remedy exists independently of States' abilities and/or willingness to fulfil their own human rights obligations.²⁸ Companies, suppliers and rights holders could agree to ad hoc arbitrations, but it may be more effective to establish escalation mechanisms through multi-stakeholder initiatives of which the International Accord is an example.²⁹ The signatories to such initiatives should provide funding for the escalation mechanism the initiative administers. This has the obvious advantage that the company and supplier(s) are not directly funding the claims against them but fund the initiative which then decides on the funding of arbitral proceedings if a dialogue has failed. However, it may also be argued that states, because of their obligation to protect human rights and to provide an effective access to remedy

in cases of violations, may have to play a role if their national courts are ineffective in this type of cases. Beyond this, an increase of third party funding in this type of cases may be observed, which will especially be relevant in class actions regarding human rights abuse.

Beyond this, one should bear in mind that the buyer and supplier cannot force arbitration on the rights holders. These rights holders should have an option to accept arbitration, after being informed to the extent that they can make an informed decision, or seek access to other mechanisms, like OECD National Contact Points, which do obviously not have the power to render a binding decision, or national courts.

V. Arbitration and Project Finance

In a previous article I have elaborated why and how rights holders could benefit from dialogue-based resolution systems including all relevant rights holders in project finance.³⁰ This is relevant as *Bhatt* shows these projects are governed by contractual frameworks which create interdependency between the various actors and may require solutions to which all these actors consent to or which can be imposed on them in order to provide effective access to remedy.³¹ However, even dialogue-based mechanisms including all relevant actors may still not provide full remedy for rights holders, especially if they are not able to reach agreement with all relevant actors, which seems more likely as multiple actors with diverging interests are involved.³²

Thus, as has been elaborated for supply chains a credible escalation mechanism including adjudication by independent third parties may be required to provide remedies a dialogue-based mechanism may not provide.³³ Most of the contracts between the financiers and the company operating the project are usually governed by UK law and provide for jurisdiction of UK courts in connection with enforcement backed with an arbitration option.³⁴ Thus, binding solutions either through national courts or through arbitration are offered, but they do not involve all relevant actors and especially not rights holders. Thus, these mechanisms are not likely to be effective as escalation mechanism regarding disputes with rights holders. However, the other actors are used to such mechanisms, so it may be conceivable to extend them to rights holders as well. Especially arbitration may be feasible as it, unlike (UK) courts where foreign governments and Development Financial Institutions (DFIs) may invoke sovereign immunity, may include the host government and DFIs as well.³⁵ Furthermore, arbitration may offer specific (local) expertise required and may for example also source arbitrators from NGO and business constituencies.³⁶ Furthermore, it is more flexible regarding

30 Scheltema, *International Journal of Law in Context* (2021), 17, p. 136: Access to remedy in transnational development projects.

31 Cf. *Bhatt*, *Concessionaires Financiers and Communities*, 2020, p. 77, 78, 89, 115 and 161.

32 Scheltema, *ibid.* (Fn. 30), para 3.4.

33 Cf. UN, Report A/HRC/44/32 (hereinafter: ARP III), 19 May 2020: Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse through non-State-based grievance mechanisms, under 28, see <https://fmos.link/22035>.

34 Scheltema, *ibid.* (Fn. 30), para 3.4.

35 This obviously requires the state to acknowledge the legitimacy of arbitration in such cases. Cf. ARP III, *ibid.* (Fn. 33), under 10.

36 An example was the binding dispute resolution system of the Dutch International Responsible Business Conduct agreement, which consisted of an independent chair and two members from the NGO and business constituencies respectively. See for this mechanism <https://fmos.link/22038>.

27 See on these e.g. *Baaij*, *ibid.* (Fn. 7), under III. and IV.

28 UNGP, *ibid.* (Fn. 2), under 11.

29 More information about this accord can be accessed at <https://internationalaccord.org/>.

applicable and procedural law (which may for example include the OECD Guidelines for Multinational Enterprises³⁷ or the IFC Performance Standards³⁸) and may be better equipped to protect (the interests of) local rights holders.³⁹

As has been elaborated regarding supply chain contracts arbitration has the advantage parties may define the mandate of the arbitral tribunal. In connection with project finance it may be conceivable too that specific issues parties cannot agree upon in the dialogue are referred to arbitration. The arbitral approach should be flexible in allowing the dispute to go back and forth between dialogue and arbitration to decide on issues not agreed upon and being referred to dialogue after this.⁴⁰ Furthermore, it is important to provide for an independent arbitral tribunal and, thus, it may not be preferable to embed it in DFIs or even in the World Bank.⁴¹ An independent institution like the Permanent Court of Arbitration in The Hague administering these arbitrations seems preferable.⁴²

However, arbitration implicates the contractual framework on which project finance is built should include third party rights for affected rights holders to engage in or even instigate arbitration against the contractual parties as an escalation mechanism of the dialogue system.⁴³ Such third party rights are challenging, especially also under UK law and require further elaboration.⁴⁴ The one thing that can be said here is that it would probably require a very clear description and delineation of the group of rights holders who qualify as third party rights holders, bearing in mind human rights impacts may vary and emerge during different phases of the project life-cycle. It is important to note that the delineation of the rights holder group should not be too strict as many potential disputes and their consequences may be overlooked if it is. The initial access to remedy needs assessment may be of assistance to define this group, for example if a remediation plan is implemented as has been elaborated for supply chain contracts.

VI. Investment arbitration

In connection with investment arbitration one may wonder why contracting states should agree on an arbitration option for rights holders if investors abuse human rights. An explanation for this is that they should provide effective remedy in case of human rights abuse.⁴⁵ This does not only relate to their own violations, but also to the obligation States must prevent abuse by third parties on their territories. Furthermore, states should be aware that investment arbitrations not sufficiently considering the human rights impact of investment protection, may

result in human rights impact as such.⁴⁶ If investors cannot settle with rights holders an escalation mechanism may be required, as has been elaborated in the previous paragraph regarding supply chains, even without taking in consideration the State obligation to provide for effective remedies.

Regarding international investment recourse to national courts may not be sufficient for rights holders, especially if the host state has tried to redress these abuses but this is hampered by an international investment agreement or a decision in an investment arbitration in which this abuse cannot be addressed.⁴⁷ Scholars have offered different mechanisms to achieve initiation or intervention by host states or their nationals affected by human rights abuse in investment arbitration.⁴⁸ The direct claims model is one of them. It either allows a host state national to file a direct claim against the investor or allows the host state to do it for them. In connection with this it may be relevant that investor obligations regarding human rights are included in International Investment Agreements.⁴⁹ For example, Article 7(2)-(4) of the 2019 Dutch Model International Investment Agreement includes such obligations. Comparable obligations have, at least in theory, also been accepted in investment arbitrations.⁵⁰

Another option may be that host states embed the arbitral clause granting third party rights in contracts with investors. Often tribunals are given jurisdiction only for the rights and obligations deriving from the contract alone.⁵¹ However, nothing bars a contractual arbitration agreement from vesting arbitral jurisdiction over the adjudication of rights and obligations from extra-contractual sources.⁵² There are thus two possibilities: either the contract includes both investor obligations concerning human rights due diligence and the possibility to arbitrate those obligations; or the arbitral clause allows for extra-contractual inclusion of human rights due diligence obligations.

Third party rights could be granted to host state nationals affected by human rights abuse by express language. This arbitration could not take place in ICSID (given its requirement of diversity of jurisdiction); but other fora, including the Permanent Court of Arbitration, could be venues for such a case under the Hague Rules, similar to the PCA Environmental Rules⁵³ which is available for private parties.⁵⁴ That said, such third party beneficiary rights are highly contested, even in regular commercial (supply chain) contracts,⁵⁵ amongst others

37 OECD, Guidelines for Multinational Enterprises, 2011, see <https://fmos.link/22039>.

38 IFC, Performance Standards on Environmental and Social Sustainability, see <https://fmos.link/22040>.

39 In connection with this, for example, retaliation against rights holders should be prevented, also by governments, rights holders should have proper access to information and outcomes should be rights compatible. Cf. ARP III, *ibid.* (Fn. 33), Annex 8.9(b), 10.2, 10.3, 12.2 and 13.2.

40 Scheltema, *ibid.* (Fn. 30), para 3.4.

41 Cf. ARP III, *ibid.* (Fn. 33), under 28.

42 Scheltema, *ibid.* (Fn. 30), para. 3.4, who elaborates on a trust fund which may provide funding if it considers escalation meritorious. Cf. on an independent institution ARP III, *ibid.* (Fn. 33), Annex 7.5 and 7.6.

43 Arbitration should only be an option for the rights holders not an obligatory escalation mechanism. Thus, they may choose arbitration but may also pursue other avenues for escalation if available.

44 Cf. in connection with corruption Makinwa, Private remedies for corruption, 2012, p. 330 ff.

45 See, e.g., Article 13 ECHR.

46 Triefus, Business and Human Rights Journal (2023), p. 1: The UNGPs and ISDS; Lichuma, *ibid.* (Fn. 7), p. 718 (727 ff.).

47 Triefus, *ibid.* (Fn. 46).

48 Amado/Kern/Rodriguez, Arbitrating the Conduct of International Investors, 2018; Jarrett/Puig/Ratner, Journal of International Dispute Settlement (2021): Towards Greater Investor Accountability.

49 van Aaken/Desierto/Ratner/Sangiulo/Yiannibas/Scheltema, *ibid.* (Fn. 22), para. C. I.

50 Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Award of 30 November 2017; Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award of 8 December 2016.

51 van Aaken/Desierto/Ratner/Sangiulo/Yiannibas/Scheltema, *ibid.* (Fn. 22), para. C. IV.

52 See Fn. 51.

53 2001 Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment.

54 van Aaken/Desierto/Ratner/Sangiulo/Yiannibas/Scheltema, *ibid.* (Fn. 22), para. C. IV.

55 See e.g. Vytopil, Contractual control in the supply chain, 2015, p. 139. That said, proposals for such clauses have been drafted. See Towards Operationalizing Human Rights and Environmental Protection in Supply Chains: Worker-Enforceable Codes of Conduct, February 2021, see <https://fmos.link/22041>. Cf. for a more limited version Article 7.2 of the American Bar Association, *ibid.* (Fn. 26).

because of legal issues such as national laws not allowing such rights to be granted to an indefinite group of whom the direct legal interest in such a clause cannot be assessed at the conclusion of the contract, and more practical issues such as legal uncertainty and unclarity regarding the ambit of the third party beneficiary group and the fear that it potentially is huge (floodgate argument).⁵⁶ Therefore, it may be helpful to limit the ambit of such third party beneficiary rights in state contracts in order to address these issues and incentivize uptake. However, the risk of a high number of claims in arbitration if third-beneficiary rights are implemented should not be exaggerated.⁵⁷ Due to the profound challenges rights holders face in arbitration, which the Hague Rules aim to ameliorate, it is not likely that many of them will engage in arbitrations (unless in a mass claim) if no specific arrangements are being made.

However, it may be achievable to implement an obligation for investors in a contract between the investor and the host state to accept arbitration to settle disputes with affected stakeholders.⁵⁸ It may even be conceivable that a requirement in an international investment agreement becomes that investors should accept a remediation clause as set forth hereunder regarding contracts concluded between the host state and an investor. The reasons why states and investors may agree to these clauses is elaborated by others.⁵⁹ However, as has been elaborated hereinabove regarding supply chain contracts it is questionable whether such obligatory third beneficiary rights would meet the requirements of legal certainty and will not disincentivize investment, as it is unclear at the conclusion of this agreement between the host state and the investor whether such a dispute may arise, regarding which type of human rights issue and with whom. This issue may be addressed in a comparable fashion as regarding supply chain contracts, by agreeing in the contract between the host state and the investor that if affected rights holders claim a (severe) human rights issue has emerged, which is not solved to their satisfaction by the investor on short notice, a remediation plan should be developed by the investor in meaningful consultation with these stakeholders.⁶⁰ Such remediation plan should involve subsidiaries, suppliers or buyers of the investor if they have caused or contributed to the human rights issue at stake. The host state and the investor should also agree that part of this obligatory remediation plan is a dispute resolution mechanism with affected rights holders commencing with dialogue but making use of arbitration implementing the Hague Rules as an escalation mechanism.⁶¹ The dialogue phase is more common to date, as investors often establish, either or not prompted to do so by their financiers and/or investors, such dialogue based mechanisms (operational level grievance mechanisms). That said, the host state has to see to it that the investor also agrees to make this dialogue-based mechanism UNGP 31 compli-

ant or participates in an existing dialogue-based mechanism which meets this standard. Thus, the first step of the dispute resolution mechanism which is part of the remediation plan should be a dialogue aiming to solve the issue and including access for relevant stakeholders. If the dialogue does not bring about a solution, the issue is escalated to arbitration implementing the Hague Rules involving the stakeholders involved in the dialogue. This also clearly delineates the third-party beneficiaries that are involved in the arbitration.

A comparable avenue may also be viable if the host State would as a requirement for investment prompt the investor to conclude an agreement with local communities or rights holders as is common in the extractive industry.⁶² Such agreements could include a comparable dialogue and escalation mechanism as described hereinabove, although it would be a direct agreement between the rights holders and the investor or operating company.

VII. Conclusion

In this contribution the role of arbitration, and especially also of the Hague Rules on Business Human Rights Arbitration, has been elaborated. I have explained the human rights due diligence process which is the core of the UNGPs and the OECD Guidelines. After this the Hague Rules have been elaborated. Connected to human rights due diligence is the obligation to provide access to remedy in case a company has caused or contributed to a human rights impact. This obligation has a substantive, but also a procedural component. It has been elaborated that companies oftentimes determine the remedy provided to rights holders even if these rights holders do not agree with the assessment of the company. I have argued that this is not an effective (procedural) remedy if no escalation mechanism is available to rights holders which includes adjudication by independent third parties. Whereas national court systems may not provide such escalation mechanisms to rights holders in practice in several cases, arbitration may play an important role and should be accepted by companies, also vis-à-vis rights holders, in order to meet their obligation to provide remedy if they have caused or contributed to a human rights impact. I have elaborated why and how several impediments often associated with human rights arbitration can be tackled in supply chain contracts, in project finance and in investment contracts between host states and investors.

56 van Aaken/Desierto/Ratner/Sangiulo/Yiannibas/Scheltema, *ibid.* (Fn. 22), para. C. IV.

57 For example, the International Accord, to date has dealt with two arbitrations (including third party beneficiaries).

58 See also van Aaken/Desierto/Ratner/Sangiulo/Yiannibas/Scheltema, *ibid.* (Fn. 22), para. C. IV and D. II.

59 van Aaken/Desierto/Ratner/Sangiulo/Yiannibas/Scheltema, *ibid.* (Fn. 22), para. C. IV.

60 For some investors this may also be required by their home state law. See e.g. Articles 7(2)(a) and 8(3)(b) of the EU proposal for CSDDD.

61 An example of this, however in a commercial contract, can be found in version Article 8 of the American Bar Association, *ibid.* (Fn. 26). An example of such a clause in a contract between the investor and the host state can be found in van Aaken/Desierto/Ratner/Sangiulo/Yiannibas/Scheltema, *ibid.* (Fn. 22), para. D. II.

62 Lichuma, *ibid.* (Fn. 7), p. 718 (728).

Christian Gehling

Fünf Jahre Konfliktmineralien-Verordnung – aus Sicht des Importeurs von Konfliktmetallen (Teil 2)

RA Christian Gehling ist Partner der SZA Schilling, Zutt & Anschutz Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Frankfurt/M. Seine Beratungsschwerpunkte liegen im Aktienrecht, M&A, Compliance und CSR.

Vor fünf Jahren ist die europäische Konfliktmineralien-Verordnung in Kraft getreten. Der nachfolgende Beitrag ist die Fortsetzung von Teil 1, CRZ 2023, S. 44 = CRZ1451028.

VI. Risikomanagementpflichten (Art. 5 KMVO)

Die Risikomanagementpflichten sind in Art. 5 der Konfliktmineralien-Verordnung (Verordnung (EU) 2017/821; nachfolgend: „KMVO“) geregelt. Sie beschreiben das fortlaufende Pflichtenprogramm bei Einfuhr von Konfliktmineralien, also alle Maßnahmen zur Umsetzung der Grundsatzklärung.¹ Es besteht im Wesentlichen aus zwei Pflichtenheften: Der Unionseinführer muss (i) die Risiken, denen die Verordnung entgegenwirken will, in seinen Lieferketten ermitteln und bewerten und (ii) „negative Auswirkungen“ verhindern oder abmildern. Art. 5 unterscheidet strikt zwischen den Pflichten bei Einfuhr von *Konfliktmineralien*, also von Rohstoffen und Erzen, und bei Einfuhr von *Konfliktmetallen*, also von verhütteten oder raffinierten Produkten: Die Pflichten des Unionseinführers von Konfliktmineralien sind in Abs. 1-3, die Pflichten des Unionseinführers von Konfliktmetallen sind in Abs. 4 und 5 bestimmt. Der vorliegende Beitrag befasst sich ausschließlich mit den Pflichten bei Einfuhr von Konfliktmetallen.

1. Risikoanalyse

a) Überblick

Abs. 4 Satz 1 erlegt dem Unionseinführer die Pflicht zur Risikoanalyse auf. Die Vorschrift bestimmt:

„Unionseinführer von Metallen ermitteln und bewerten, im Einklang mit Anhang II der OECD-Leitsätze für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht und den spezifischen Empfehlungen in diesen Leitsätzen, die Risiken in ihrer Lieferkette auf der Grundlage von Berichten der von Dritten durchgeführten Prüfungen der Hütten und Raffinerien in dieser Kette und durch die geeignete Bewertung der von den Hütten und Raffinerien angewandten Verfahren für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht.“

Satz 2 ergänzt, dass die Prüfberichte dem Standard von Art. 6 Abs. 1 KMVO entsprechen müssen. Satz 3 bestimmt, wie die Risikoanalyse durchzuführen ist, wenn dem Unionseinführer kein Prüfbericht zu den Hütten oder Raffinerien in seiner Lieferkette vorliegt, der den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 KMVO entspricht. Der Unionseinführer muss die Risikoanalyse dann im Rahmen seines eigenen Risikomanagementsystems durchführen.

Art. 5 Abs. 4 Satz 1 KMVO eröffnet ein vereinfachtes Verfahren für die Risikoanalyse. An die Stelle der eigenen Ermittlungen des Unionseinführers über die Risiken in seinen Lieferketten treten die Prüfberichte der Hütten oder Raffinerien. Die Risikoanalyse des Unionseinführers muss zudem nicht bis in den „Ursprung“ der Lieferkette, also bis zum Erz- und Rohstoffabbau ausgedehnt werden, sondern endet auf der Ebene der Hütte oder Raffinerie.

Die Unionseinführer müssen die Risikoanalyse nicht selbst durchführen, sondern können sie im Wege des Outsourcing auf einen externen Dritten übertragen, auch auf eine Industrieinitiative. Allerdings ändert das an dem Pflichtenumfang nichts. Zudem muss sich der Unionseinführer davon überzeugen, dass der Dienstleister oder die Industrieinitiative den richtigen Pflichtenmaßstab zugrunde legt und jedenfalls in Stichproben die Risikoanalysen des Dienstleisters oder der Industrieinitiative überprüfen.²

b) Risikoanalyse auf der Grundlage von Prüfberichten der Hütten und Raffinerien

Die vereinfachte Risikoanalyse nach Art. 5 Abs. 4 Satz 1 KMVO erschöpft sich allerdings nicht darin, den Bericht über die Prüfung der Hütte oder Raffinerie zu den eigenen Unterlagen zu nehmen. Vielmehr muss der Unionseinführer die Berichte lesen und die von den Hütten angewendeten Verfahren zur Erfüllung der gesetzlichen Sorgfaltspflichten in geeigneter Weise bewerten. Dazu empfiehlt es sich, zwischen zwei Arbeitsschritten zu unterscheiden: (i) der eigenen Prüfung, ob die von der Hütte oder Raffinerie vorgelegten Berichte den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 KMVO entsprechen, und (ii) einer Plausibilisierung der ihm vorliegenden Prüfberichte der Hütten und Raffinerien. Die Anforderungen an einen Prüfbericht nach Art. 6 Abs. 1 KMVO werden näher unter Gliederungspunkt VII. beschrieben. Auf die Ausführungen dort wird verwiesen. Die Plausibilitätskontrolle ist darauf gerichtet zu klären, ob der Bericht erkennbare inhaltliche Mängel aufweist und zu plausiblen Einschätzungen der Risikolage und angemessenen Ableitungen für das Risikomanagement der Hütte oder Raffinerie gelangt.³ An die Plausibilitätsprüfung sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Art. 5 Abs. 4 Satz 1 erlaubt gerade, dass sich der Unionseinführer auf die Prüfberichte zu den Hütten und Raffinerien verlässt. Das ist auch einsichtig, weil der Prüfer „vor Ort“ über größere Sachnähe verfügt als der Unionseinführer. Die Plausibilitätskontrolle muss sich nur auf manifeste Einwände gegen die Prüfungsmethode oder den Prüfbericht beschränken, etwa weil der Bericht einen Prüfungszeitraum abdeckt, der mehr als drei Jahre zurückliegt, oder Hinweise vorliegen, dass der Bericht

² Vgl. dazu auch DEKSOR Deutsche Kontrollstelle EU-Sorgfaltspflichten in Rohstofflieferketten, Jahresbericht 2023, S. 32.

³ Wohl auch Baier/Baum, ZfPC 2022 S. 154 (158).

¹ Vgl. Gehling, in: Gehling/Ott (Hrsg.), LkSG, Komm., 2022, Einleitung Rn. 210.

wesentliche Aspekte nicht geprüft, also etwa die Rohstoffbeschaffung der Hütte oder Raffinerie ausgeklammert hat. Liegt ein solcher manifester Mangel vor, ist der Prüfbericht nicht völlig unbeachtlich. Der Unionseinführer muss dann allerdings abwägen, ob er im Rahmen des eigenen Risikomanagements zusätzliche Prüfschritte unternimmt.

Die internationale Praxis wird stark durch von der Responsible Minerals Initiative (RMI) etablierten Verfahren geprägt. Die RMI gehört weltweit zu den wichtigsten Organisationen zur Sicherung verantwortungsvoller Beschaffung von Rohstoffen und Mineralien aus Konfliktgebieten. Sie führt eine weltweite Liste von Unternehmen, die sie entsprechend ihren Prüfungsstandards akkreditiert haben („conformant facilities“). Der Akkreditierungsprozess schließt die Prüfung des Risikomanagementsystems durch einen externen, von der RMI bestellten Prüfer ein, in der Regel nach den OECD-Leitsätzen. Auf der Internetseite der RMI werden aber in der Regel nicht die vollständigen Prüfberichte, sondern meist nur ein zwei seitiger „Responsible Minerals Assurance Process Assessment Report“ veröffentlicht. Die Kurzfassungen der Assessments Report erfüllen die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 KMVO nicht.⁴ Erst recht ist allein die Akkreditierung durch die RMI als „conformant facility“ keine Grundlage für eine vereinfachte Risikoanalyse.⁵ Die Langfassungen der Prüfberichte sind nur den Mitgliedern der RMI zugänglich. Dass die Prüfungsstandards und die von der RMI veranlassten Prüfung und Prüfberichte regelmäßig die Standards von Art. 6 Abs. 1 KMVO erreichen und die Prüfverfahren der RMI nicht nur auf die OECD-Leitlinien, sondern auch auf die – zum Teil weiterreichenden – Anforderungen der Konfliktmineralien-Verordnung abgestimmt sind, dazu liegen gegenwärtig keine Studien vor. Es kann daher nicht ohne Weiteres als gesichert gelten, dass die Prüfberichte der von der RMI bestellten Prüfer in jedem Fall die Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 KMVO erfüllen. Das kann sich ändern, wenn die EU-Kommission das Akkreditierungssystem der RMI in Übereinstimmung mit Art. 8 Abs. 1 KMVO als System zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht in der Lieferkette anerkennen sollte.⁶

c) Risikoanalyse bei Fehlen von Prüfberichten der Hütten oder Raffinerien

Art. 6 Abs. 1 KMVO entsprechend, steht dem Unionseinführer das vereinfachte Verfahren zur Risikoanalyse nicht zur Verfügung. Art. 5 Abs. 4 Satz 3 KMVO gibt dem Unionseinführer dann auf, die Risiken in seiner Lieferkette im Rahmen seines eigenen Risikomanagementsystems zu ermitteln und zu bewerten.

aa) Erster Prüfungsschritt: Befreiung oder Einschränkung der Pflicht zur Risikoanalyse

Wie die Risikoanalyse im eigenen Risikomanagement vorzunehmen ist, bestimmt Satz 3 nicht. Der Prüfungsmaßstab ist vielmehr im Wege der Gesetzesauslegung zu ermitteln. Dabei ist in einem ersten Prüfungsschritt zu ermitteln, ob

der Beschaffungsvorgang einem Sachverhalt zuzuordnen ist, der ausnahmsweise von der Pflicht zur Risikoanalyse befreit oder den Umfang der Risikoanalyse beschränkt. Das ist in vier Fällen anzunehmen:

(1) *Recycelte Metalle*

Von der Pflicht zur Risikoanalyse ist der Unionseinführer vollständig befreit, wenn und soweit die Hütte oder Schmelze die Metalle durch Recycling gewinnt. Das folgt aus Art. 1 Abs. 7 KMVO, danach gilt die Verordnung nicht für recycelte Metalle. Das Pflichtenprogramm ist abschließend in Art. 7 Abs. 4 KMVO beschrieben. Art. 7 Abs. 4 KMVO erlegt dem Unionseinführer keine Pflicht zur Risikoanalyse auf.

(2) *Weltweite Liste verantwortungsvoller Hütten und Raffinerien*

Zu demselben Ergebnis kann der Unionseinführer kommen, wenn die EU-Kommission die Hütte oder Raffinerie in die von ihr zu führende weltweite Liste verantwortungsvoller Hütten und Raffinerien aufgenommen hat. Wie sich aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 KMVO ergibt, ersetzt die Aufnahme in die weltweite Liste verantwortungsvoller Hütten und Raffinerien die Prüfung und den Bericht über eine Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 KMVO. Nach Aufnahme in die Liste bedarf es einer Risikoanalyse nach Art. 5 Abs. 4 KMVO nicht mehr.⁷ Von praktischem Nutzen ist diese rechtliche Erkenntnis allerdings gegenwärtig nicht, weil die EU-Kommission, obwohl sie nach Art. 9 KMVO dazu verpflichtet ist, bisher tatsächlich keine Liste verantwortungsvoller Hütten und Raffinerien führt.

(3) *Nach Art. 8 KMVO anerkanntes System*

Die dritte Fallgruppe betrifft die Risikoanalyse, wenn der Beschaffungsvorgang über ein nach Art. 8 KMVO anerkanntes System zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette erfolgt. Wenn die Systemvoraussetzungen erfüllt werden, besteht die Pflicht zur Risikoanalyse im eigenen Risikomanagement nur, wenn und soweit das System dem Unionseinführer Pflichten auferlegt. Die DEKSOR berichtet in ihrem Jahresbericht 2023, dass die RMI eine Anerkennung nach Art. 8 KMVO anstrebt.⁸

(4) *Fehlender Zusammenhang mit Konflikt- oder Hochrisikogebieten*

Die größte praktische Bedeutung hat die vierte Fallgruppe: Die Pflicht zur Risikoanalyse ist deutlich eingeschränkt, wenn die Beschaffung der Konfliktmetalle keinen Zusammenhang mit der Rohstoffbeschaffung aus einem Konflikt- und Hochrisikogebiet hat. Wenn der Beschaffungsvorgang keinen Zusammenhang mit einem Konflikt- oder Hochrisikogebiet hat, ist die Risikoanalyse mit dieser Feststellung abgeschlossen. Denn Gegenstand der Konfliktmineralien-Verordnung ist ausschließlich die Rohstoffbeschaffung aus Konflikt- und Hochrisikogebieten, wie sich klar aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 KMVO ergibt. Nach der Definition in Art. 2 Buchst. d KMVO haben die gesetzlichen Sorgfaltspflichten das Ziel, tatsächliche und potenzielle Risiken im Zusammenhang mit Konflikt- und Hochrisikogebieten zu ermitteln und ihnen zu begegnen. Fehlt es an einem

⁴ So auch Baier/Baum, ZfPC 2022 S. 154 (157); die auf der Internetseite der RMI veröffentlichten Informationen können aber einen Beitrag zur Risikoanalyse im Rahmen des eigenen Risikomanagements leisten.

⁵ So wohl auch DEKSOR, a.a.O. (Fn. 2), S. 31, 33.

⁶ Die DEKSOR, a.a.O. (Fn. 2), S. 30, berichtet, dass die RMI eine Anerkennung nach Art. 8 KMVO anstrebt.

⁷ Anderer Ansicht offenbar DEKSOR, a.a.O. (Fn. 2), S. 27.

⁸ Vgl. DEKSOR, a.a.O. (Fn. 2), S. 30.

Zusammenhang mit Konflikt- und Hochrisikogebieten, enden die Sorgfaltspflichten. Ein Beispiel: Eine Zinnhütte in Peru verarbeitet ausschließlich Erze aus ihrer eigenen Zinnmine in Peru.

Der Unionseinführer kann sich in diesen Fällen darauf beschränken aufzuklären, dass der Beschaffungsvorgang keine Berührung zu einem Konflikt- oder Hochrisikogebiet hat, also (i) die Hütte oder Raffinerie, von der der Unionseinführer die Konfliktmetalle bezieht, nicht in einem Konflikt- oder Hochrisikogebieten gelegen ist, (ii) die Rohstoffe, aus denen die Hütte oder Raffinerie die Konfliktmetalle herstellt, nicht aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten bezogen werden und (iii) die Transportwege nicht durch Konflikt- oder Hochrisikogebiet führt.

Bei der Frage, ob ein Land oder ein Landesteil ein Konflikt- oder Hochrisikogebiet ist, wird sich der Unionseinführer regelmäßig an der im Auftrag der EU-Kommission erstellten CAHRAs List⁹ orientieren und auf diese auch verlassen können.¹⁰ Wenn der Unionseinführer keine Sonderkenntnisse hat, ist nicht ersichtlich, dass er bei der Beurteilung von Konflikt- und Hochrisikogebieten eine bessere Erkenntnis gewinnen muss, als die von der EU-Kommission mit der Erstellung und Aktualisierung betraute Organisation.

Bei der Prüfung, ob die Hütte oder Raffinerie ihre Rohstoffe aus einem Konflikt- oder Hochrisikogebiet bezieht, ist eine Auskunft oder Bestätigung der Hütte oder Raffinerie hilfreich, aber weder erforderlich noch ausreichend. Es muss auch nicht das gesamte Beschaffungsmanagement der Hütte oder Raffinerie überprüft werden. Es ist vielmehr im Einzelfall zu entscheiden, ob und wann ein ausreichender Grad an Sicherheit besteht, dass die Hütte oder Raffinerie ihre Rohstoffe aus anderen Gebieten als Konflikt- oder Hochrisikogebiet beschafft. In dem genannten Beispielfall ist etwa markt bekannt, dass die Erze aus der Grube in Peru einen besonderen Reinheitsgrad haben. Zudem ist schon wegen der hohen Logistikkosten auszuschließen, dass die Hütte Erze aus anderen Teilen der Welt bezieht. Führen die Transportwege durch ein Hochrisikoland, löst dies nicht dieselben Pflichten zur Risikoanalyse aus wie der Bezug von Erzen und Mineralen aus einem Hochrisikoland. Sind in der Vergangenheit bei den Transporten durch ein Hochrisikogebiet keine Waren abhandengekommen, kann sich der Unionseinführer auf diese Feststellung beschränken.

Umgekehrt kann sich der Unionseinführer nicht immer auf die Angaben seiner Zulieferer und die in die Lieferkette einbezogenen Logistikunternehmen verlassen. Er muss konkret vorliegenden Risikohinweisen nachgehen. Die OECD-Leitsätze¹¹ sehen als – nicht abschließende – Risikohinweise an:

- Die Minerale stammen angeblich aus einem Land, dessen bekannte Vorkommen oder Lagerstätten, wahrscheinlich vorhandene Bodenschätze oder erwartetes Produktionsniveau für die betreffenden Minerale begrenzt sind (d.h. die angegebenen Mengen für die aus diesem Land stammenden Minerale entsprechen nicht den hierfür bekannten Reserven oder erwarteten Produktionsniveaus).

⁹ Vgl. <https://www.cahrastlist.net/cahras>.

¹⁰ Vgl. auch Gehling, CRZ 2023 S. 44 (45 f.).

¹¹ Vgl. OECD-Leitsätze für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zur Förderung verantwortungsvoller Lieferketten für Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebieten, 2. Ausgabe 2013, S. 18.

- Die Minerale stammen angeblich aus einem Land, durch das bekanntermaßen Minerale aus Konflikt- und Hochrisikogebieten transportiert werden.
- Der Zulieferer des Unionseinführers oder andere vorgelagerte Unternehmen sind an Unternehmen beteiligt, die ihre Minerale aus einer als kritisch eingestuften Herkunfts- oder Transitregionen beziehen oder dort tätig sind.
- Der Zulieferer des Unionseinführers oder andere vorgelagerte Unternehmen haben in den vergangenen zwölf Monaten bekanntermaßen aus einer als kritisch eingestuften Herkunfts- und Transitregionen Minerale bezogen.

bb) Zweiter Prüfungsschritt: Risikoanalyse im Einklang mit Anhang II der OECD-Leitsätze und den spezifischen Empfehlungen in diesen Leitsätzen

Führt der erste Prüfungsschritt nicht zu einer Befreiung oder Beschränkung der Pflicht zur Risikoanalyse, folgt aus dem systematischen Zusammenhang von Satz 1 und 3 von Art. 5 Abs. 4 KMVO, dass die Risikoanalyse „im Einklang mit Anhang II der OECD-Leitsätze [...] und den spezifischen Empfehlungen in diesen Leitsätzen“ durchzuführen ist.

(1) Rechtliche Vorfragen

Wie schon im ersten Teil dieses Beitrags¹² dargelegt, führt das zu Anwendungsfragen, weil der Verweis auf die OECD-Leitsätze¹³ keine pflichtenbegründende Wirkung haben kann. Der Verweis ist nicht mit Art. 297 Abs. 3 AEUV vereinbar und daher unwirksam. Das bedeutet allerdings nicht, dass der Unionseinführer jede Risikoanalyse unterlassen könnte. Sie muss sich aber nicht, jedenfalls nicht vollständig an den OECD-Leitsätze orientieren, sondern orientiert an dem, auch ohne Verweis auf die OECD-Leitsätze erkennbaren, Regelungsziel der KMVO und unter Berücksichtigung seiner Stellung und seinem Einflussvermögen in der Lieferkette angemessen sein. Entscheidet sich der Unionseinführer vorsorglich, eine Risikoanalyse „im Einklang mit Anhang II der OECD-Leitsätze für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht und den spezifischen Empfehlungen in diesen Leitsätzen“ durchzuführen, entspricht er in jedem Fall seiner Pflicht zur Risikoanalyse nach Art. 5 Abs. 4 Satz 3 KMVO.

(2) Risikoanalyse im Einklang mit Anhang II der OECD-Leitsätze

In Anhang II der OECD-Leitsätze ist die Musterstrategie der OECD wiedergegeben. In ihr sind insb. die Schutzgüter der OECD-Leitsätze bestimmt. Eine Risikoanalyse in Einklang mit Anhang II meint, dass sich die Risikoanalyse auf die Schutzgüter der OECD-Leitsätze¹⁴ beziehen muss, aber auch auf diese beschränkt werden kann. Für das methodische Vorgehen bei der Risikoanalyse macht die Musterstrategie keine Vorgaben.

¹² Vgl. Gehling, CRZ 2023 S. 44 (47 f.).

¹³ Vgl. OECD-Leitsätze, 2. Ausgabe 2013, a.a.O. (Fn. 11); wie aus Art. 2 Buchst. o KMVO hervorgeht, sind die OECD-Leitsätze in der zweiten Ausgabe von 2013 gemeint. Die DEKSOR geht zu Unrecht davon aus, dass die dritte Ausgabe (2019) anzuwenden ist (vgl. DEKSOR, Orientierungshilfe für betroffene Unternehmen bei Kontrollen nach Art. 11 VO (EU) 2017/821, S. 6, Fn. 3).

¹⁴ Vgl. dazu Gehling, CRZ 2023 S. 44 (47f.).

(3) Spezifische Empfehlungen

Die Risikoanalyse muss zudem im Einklang mit den „spezifischen Empfehlungen in diesen Leitsätzen“ durchgeführt werden. Mit den „spezifischen Empfehlungen“ sind die sog. „Ergänzungen“ in den OECD-Leitsätzen zu Zinn, Tantal und Wolfram einerseits und zu Gold andererseits gemeint.¹⁵ In ihnen wird das gesamte Sorgfaltspflichtenkonzept der OECD erläutert. Maßgebend für die Risikoanalyse sind die Hinweise in Schritt 2 „Ermittlung und Bewertung von Risiken entlang der Lieferkette“.¹⁶ Nur die Erläuterungen zu „Schritt 2“ sind für die Risikoanalyse „spezifische“ Empfehlungen.

Da die Verordnung nur auf Empfehlungen der OECD Bezug nimmt, kann in begründeten Fällen von den Empfehlungen abgewichen werden, etwa wenn ein einfacheres Verfahren zur Verfügung steht, das dem Schutz der von Anhang II geschützten Rechtsgüter ebenso dient wie das empfohlene Verfahren. Eine Umsetzung der Empfehlungen „1:1“ wäre nicht immer sinnvoll, weil die Ausgangslage der Unionseinführer sehr unterschiedlich sein kann.

Schritt 2 der „Ergänzungen zu Zinn, Tantal und Wolfram“ gibt jew. gesonderte Empfehlungen für vorgelagerte und nachgelagerte Unternehmen. Vorgelagerte Unternehmen sind die Unternehmen bis zur Hütte oder Raffinerie,¹⁷ nachgelagerte Unternehmen bezeichnet die gesamte Lieferkette nach dem Hüttenbetrieb oder der Raffinerie.¹⁸ Da hier die Pflichten aus Sicht eines Unionseinführers von Metallen untersucht werden, sind die Empfehlungen für nachgelagerte Unternehmen heranzuziehen.¹⁹ Sie umfassen vier Abschnitte:

- **Nachweis der Hütte oder Raffinerie:** Der Unionseinführer muss zunächst aufklären, aus welcher Hütte oder Raffinerie die von ihm eingeführten Konfliktmetalle stammen. Dazu werden unterschiedliche Empfehlungen unterbreitet: vertrauliche Gespräche mit dem Zulieferer, Vereinbarung von Vertragspflichten mit dem Zulieferer oder Beteiligung an Brancheninitiativen. Den Empfehlungen kann, muss der Unionseinführer aber nicht folgen. Maßgebend ist allein, dass im Ergebnis ein angemessener Herkunftsnachweis vorliegt. Es ist wenig einsichtig, dass etwa vertraulichen Gesprächen mit dem Zulieferer besonderer Wert beizumessen wäre. Er wird kaum zugeben, dass die Konfliktmetalle aus einer anderen als der von ihm angegebenen Hütte oder Raffinerie stammen. Die Daten über die Verschiffung von Konfliktmetallen dürften in der Regel einen sehr viel höheren und in der Regel ausreichenden Nachweiswert haben.
- **Beschaffung aus Konflikt- oder Hochrisikoländern:** Im zweiten Schritt hat der Unionseinführer aufzuklären, ob die Hütte oder Raffinerie die von ihr verarbeiteten Konfliktminerale aus Konflikt- oder

Hochrisikogebieten beschafft hat oder der Transport durch solche Gebiete führt. Die OECD-Leitsätze empfehlen dazu, dass sich das nachgelagerte Unternehmen mit der Hütte oder der Raffinerie in Verbindung setzt und seine Risikobewertung auf die Hütten und Raffinerien ausrichtet, die Konfliktminerale aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten beziehen. Der Empfehlung, Kontakt zu der Hütte oder Raffinerie aufzunehmen, muss der Unionseinführer nicht in jedem Fall entsprechen. Er kann auch andere Verfahren anwenden, um hinreichende Sicherheit über die Herkunft der von der Hütte verwerteten Rohstoffe zu erlangen. Viele Hütten und Raffinerien veröffentlichen heute schon auf ihrer Internetseite, ob sie Rohstoffe aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten beziehen. Eine Plausibilisierung kann mithilfe ergänzender Information erlangt werden. Beispiel: Die Hütte betreibt eine eigene Mine mit Rohstoff, die einen besonderen Reinheitsgrad aufweise. Es wäre aus Sicht der Hütte schon betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll, Rohstoffe aus anderen Abbaugebieten zu beschaffen.

- **Überprüfung und Bewertung der Information:** Als dritten Schritt sehen die OECD-Leitsätze die Überprüfung und Verifizierung der Information an. Dazu unterbreiten die OECD-Leitsätze wiederum vier Empfehlungen: nämlich (i) das Zusammentragen von Nachweisen, (ii) die Überprüfung der Information, (iii) den Abgleich der Nachweise mit dem Pflichtenprogramm der OECD-Leitsätze, und (iv) die Zusammenarbeit mit den Verhüttungsbetrieben zu einer Verbesserung der Sorgfaltspflichten. Abgesehen davon, dass der letzte Schritt offensichtlich nicht mehr Teil der Risikoanalyse, sondern eines etwaigen Abhilfeprogramms ist, sind die Empfehlungen nur als solche zu verstehen und müssen nicht vollständig umgesetzt werden. Bezieht der Unionseinführer Konfliktmetalle aus einer Hütte in Peru und ist marktbekannt, dass die Hütte die Rohstoffe nur aus der eigenen Mine in Peru bezieht, etwa weil ansonsten die Transportkosten zu hoch sind oder die Rohstoffe aus der eigenen Mine einen besonderen Reinheitsgrad haben, ist das eine genügende Grundlage. Da Peru nach der von Rand Europe veröffentlichten CAHRA List²⁰ kein Konflikt- oder Hochrisikoland ist, kann der Unionseinführer seine Risikoanalyse an dieser Stelle beenden. Nach Dokumentation ist sein Sorgfaltspflichtenprogramm erfüllt.
- **Vor-Ort-Kontrollen:** Mit dem vierten Punkt empfehlen die OECD-Leitsätze, allein oder im Rahmen eines branchengetriebenen Programms die ggf. notwendigen Vor-Ort-Kontrollen durchzuführen. In welchen Fällen Vor-Ort-Kontrollen „ggf. notwendig“ sind, erläutern die OECD-Leitsätze nicht. Das dürfte nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein. Wenn die Hütte oder Raffinerie regelmäßig vor Ort von einer anerkannten Organisation geprüft wird, etwa von Prüfern der Responsible

¹⁵ Vgl. OECD-Leitsätze, 2. Ausgabe 2013, a.a.O. (Fn. 11), S. 18 ff. und 37 ff.

¹⁶ Vgl. OECD-Leitsätze, 2. Ausgabe 2013, a.a.O. (Fn. 11), S. 24 ff. und 49 ff.

¹⁷ Vgl. in den OECD-Leitsätzen die Definition im Einleitungsteil der „Ergänzungen zu Zinn, Tantal und Wolfram“; es handelt sich um Bergbaubetriebe (artisanaler und Kleinbergbau oder Großbergbau), Händler oder Ausfuhrunternehmen vor Ort aus den Herkunftsländern der Minerale, internationale Konzernhändler, Aufbereiter von Erzen und Verhüttungsbetriebe/Scheideanstalten.

¹⁸ Also Metallhändler und -börsen, Komponentenhersteller, Produkthersteller, Erstausrüster (OEM) und Einzelhändler.

¹⁹ Vgl. OECD-Leitsätze, 2. Ausgabe 2013, a.a.O. (Fn. 11), S. 25.

²⁰ Abrufbar unter <https://www.cahaslist.net>.

Minerals Initiative, dürften Vor-Ort-Kontrollen nicht geboten sein.

2. Pflichten bei erkannter Risikolage

Die Pflichten des Importeurs von Konfliktmetallen bei erkannter Risikolage sind in Art. 5 Abs. 5 bestimmt:

„Soweit es sich bei ihnen nicht um natürliche Personen handelt, berichten die Unionseinführer von Metallen den eigens dafür benannten Mitgliedern ihres gehobenen Managements über die im Rahmen der Risikobewertung gem. Abs. 4 gewonnenen Erkenntnisse und setzen zur Reaktion darauf eine Strategie um, die konzipiert wurde, um schädliche Auswirkungen zu verhindern oder zu mildern, im Einklang mit Anhang II der OECD-Leitsätze für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht und den spezifischen Empfehlungen in diesen Leitsätzen.“

Hinter der umständlichen Formulierung steht ein einfacher Gedanke: Das Unternehmen hat bei erkannter Risikolage Maßnahmen zu ergreifen, um den erkannten Risiken entgegenzuwirken. Zudem ist das Mitglied des gehobenen Managements, das für die Überwachung des Risikomanagements zuständig ist,²¹ über die Erkenntnisse aus der Risikoanalyse zu unterrichten. Art. 5 Abs. 5 KMVO regelt keine Erfolgspflicht, sondern ist als Bemühenspflicht angelegt.²²

Die Maßnahmen, mit denen den erkannten Risiken entgegenzuwirken ist, sind in den OECD-Leitsätzen in Schritt 3 der Ergänzungen zu Zinn, Tantal und Wolfram erläutert. Danach hat der Unionseinführer zunächst zu entscheiden, welche Risiken ihn nach den Vorgaben der Musterstrategie veranlassen müssen, die Geschäftsbeziehung mit seinem Zulieferer auszusetzen oder zu beenden. Wenn dazu kein Anlass besteht, hat er einen Risikomanagementplan auszuarbeiten. Der Begriff des Risikomanagementplans ist wohl synonym mit dem Begriff der Strategie, wie ihn Art. 5 Abs. 5 KMVO verwendet. Gemeint ist mit beiden Begriffen, dass die Maßnahmen nicht auf eine sofortige Beseitigung der erkannten Risiken ausgerichtet, sondern lediglich auf ein kontinuierliches, fortgesetztes und planmäßiges Vorgehen angelegt sein muss, mit der Vorgabe und Vereinbarung von Zielen und einzelnen Schritten und ihrer Kontrolle.

VII. Audits durch unabhängige Dritte (Art. 6 KMVO)

Art. 6 Abs. 1 KMVO gibt den Unionseinführern auf, die Erfüllung der Sorgfaltspflichten von einem unabhängigen Dritten prüfen zu lassen. Die Prüfung hat aufzuklären, ob die eingerichteten Verfahren und Prozesse im Einklang stehen mit den Vorgaben in Art. 4 (Einrichtung eines Risikomanagement), Art. 5 (Durchführung des Risikomanagements) und Art. 7 (Offenlegungspflichten). Sie muss in ihrem Umfang „alle Tätigkeiten, Prozesse und Systeme des Unionseinführers“ einschließen und den Grundsätzen der Unabhängigkeit, Kompetenz und Rechenschaftspflicht entsprechen, die die OECD-Leitsätze für Audits vorsehen.

*Baier/Baum*²³ berichten, dass die Prüfungen nach Art. 6 Abs. 1 KMVO ein häufiger Streitpunkt bei der Aufsicht von Unionseinführern durch die deutsche Aufsichtsbehörde, die Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe

(BGR),²⁴ waren. Sie werden von *Baier/Baum* als „Herausforderung 1“ in der Aufsichtstätigkeit bezeichnet. Tatsächlich wird die Prüfung in der Praxis als eine erhebliche Hürde angesehen, insb. von Unternehmen, die nur geringe Mengen in den Binnenmarkt einführen und nachweisen können, dass weder die von ihnen bezogenen Konfliktmetalle noch die Rohstoffe, aus denen sie hergestellt worden sind, aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten stammen. Für diese Unternehmen ist die Prüfung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Aufgabe des Prüfers könnte in diesen Fällen ausschließlich sein, sich davon zu überzeugen, dass der Unionseinführer seine Produkte tatsächlich nicht aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten einführt, auch die von der Hütte oder Raffinerie verarbeiteten Rohstoffe nicht aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten stammen und auch nicht durch solche Gebiete transportiert wurden.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Pflicht, das eigene Sorgfaltspflichtenmanagement einer externen Prüfung zu unterziehen, richtet sich nach seinem Wortlaut an jeden Unionseinführer.²⁵ Besondere Regeln für Unternehmen mit geringen Einfuhrmengen gibt es nicht.²⁶ Ausgenommen von der Auditierungspflicht sind nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 KMVO nur die Unionseinführer, die „substanzielle Nachweise einschließlich Berichten über von Dritten durchgeführte Prüfungen dafür vorlegen, dass alle Hütten und Raffinerien in ihrer Lieferkette die Bestimmungen dieser Verordnung einhalten“. Kurz gesagt: Wenn alle Hütten und Raffinerien die Bestimmungen der KMVO einhalten und dies in einer dem Standard von Art. 6 Abs. 1 entsprechenden Prüfung festgestellt und in einem Prüfbericht dokumentiert wird, muss der Unionseinführer keine eigene Prüfung mehr durchführen. Dasselbe gilt, wie aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 KMVO folgt, wenn der Unionseinführer seine Produkte ausschließlich von Hütten oder Raffinerien bezieht, die in die – bisher nicht vorliegende – weltweite Liste verantwortungsvoller Hütten und Raffinerien aufgenommen worden sind. Satz 2 stellt die Aufnahme in die weltweite Liste verantwortungsvoller Hütten und Raffinerien einer Prüfung der Hütte oder Raffinerie nach dem Maßstab von Art. 6 Abs. 1 KMVO gleich. Grund für die Privilegierung ist in beiden Fällen, dass kein Grund mehr für eine Prüfung besteht: In dem einen Fall, weil sie bereits auf der Ebene der Hütten oder Raffinerien durchgeführt worden ist, in dem anderen Fall, weil die EU-Kommission die Prüfung vor Aufnahme der Hütte oder Raffinerie in die Liste der verantwortungsvollen Hütten und Raffinerien mit Wirkung für alle Unionseinführer vornimmt. In beiden Fällen muss der Unionseinführer gegenüber den Aufsichtsbehörden lediglich nachweisen, dass er Produkte ausschließlich von geprüften oder in die Liste der EU-Kommission aufgenommenen Hütten oder Raffinerien bezogen hat.

Die in Art. 6 Abs. 2 KMVO bestimmten Ausnahmen sind aber nicht abschließend.²⁷ Eine Auditierungspflicht besteht auch dann nicht, wenn der Unionseinführer recycelte

²⁴ Vgl. § 1 MinRohSorgG; in der Bundesanstalt ist intern die DEKSOR die zuständige Stelle.

²⁵ So auch *Baier/Baum*, ZfPC 2022 S. 154 (156).

²⁶ Die DEKSOR, a.a.O. (Fn. 2), S. 45, berichtet, dass die hohe Kostenbelastung aus dem Third Party Audit ein wesentlicher Kritikpunkt von KMU war.

²⁷ Anderer Ansicht *Baier/Baum*, ZfPC 2022 S. 154 (158).

²¹ Dazu bereits Gehling, CRZ 2023 S. 44 (49).

²² So auch *Baier/Baum*, ZfPC 2022 S. 211 (213).

²³ Vgl. *Baier/Baum*, ZfPC 2022 S. 154 (156 f.).

Metalle bezogen hat. Wie schon oben²⁸ ausgeführt, sind die Pflichten des Unionseinführers, der recycelte Metalle einführt, abschließend in Art. 7 Abs. 4 KMVO bestimmt. Eine Auditierungspflicht regelt Art. 7 Abs. 4 KMVO nicht. Dasselbe gilt bei Mischformen, wenn also für einzelne Hütten oder Raffinerien Prüfberichte vorliegen, die den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 KMVO genügen, von anderen Hütten oder Raffinerien nachweisbar nur recycelte Metalle bezogen werden, und dritte Hütten oder Raffinerien in der – noch entgegen der Pflicht nach Art. 9 Abs. 1 KMVO von der EU-Kommission noch nicht aufgestellten – weltweiten Liste verantwortungsvoller Hütten oder Raffinerien aufgeführt sind.

Nicht mit derselben rechtlichen Sicherheit steht fest, ob den vorgenannten Fällen gleichzustellen ist, wenn der Unionseinführer „substantielle Nachweise“ vorlegen kann, dass weder die Konfliktmetalle noch die Rohstoffe, aus denen sie hergestellt worden sind, aus einem Konflikt- oder Hochrisikogebiet stammen, und auch nicht durch ein solches Gebiet transportiert worden sind, also keinen Zusammenhang mit einem Konflikt- oder Hochrisikogebiet habe. Der Wortlaut von Art. 6 KMVO lässt für diesen Fall keine Befreiung von der Auditierungspflicht zu. Der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 KMVO ist aber entgegen seinem Wortlaut im Wege teleologischer Reduktion einzuschränken, wenn mit der gebotenen Sicherheit feststeht, dass der Beschaffungsvorgang, wie in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 KMVO vorausgesetzt, keinen Zusammenhang mit einem Konflikt- und Hochrisikogebiet hat.²⁹ Der Sachverhalt berührt das Regelungsziel der Konfliktmineralien-Verordnung nicht. Einen Beitrag zur Erreichung der Regelungsziele der KMVO könnte die Prüfung offensichtlich nicht leisten. Dass als Reflex der fehlenden Prüfung der Hütte oder Raffinerie eine Prüfung des Risikomanagements des Unionseinführers erforderlich würde, wäre mit dem verfassungsrechtlichen und auch im europäischen Recht geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar.

Welche praktische Bedeutung die teleologische Reduktion von Art. 6 Abs. 1 KMVO hat, ergibt sich aus dem Jahresbericht 2023 der DEKSOR:³⁰ Von 150 Unionseinführern, die die Verordnung 2022 anzuwenden hatten, haben nur 23 Unternehmen überhaupt Produkte aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten³¹ bezogen. Die überwiegende Mehrzahl der deutschen Unionseinführer verfolgt die Politik, keine Konfliktmineralien aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten zu beschaffen. Zu Recht weist die DEKSOR freilich darauf hin, dass die Befreiung von der Prüfungspflicht nicht zugleich als eine Befreiung von anderen gesetzlichen Sorg-

faltspflichten zu verstehen ist,³² wengleich diese im Einzelfall – wie oben aufgezeigt – erheblich reduziert sein können.

2. Einmalige oder jährliche Prüfung?

Art. 6 KMVO bestimmt nicht, ob ein Auditierung wiederkehrend oder sogar jährlich durchzuführen ist.³³ Die DEKSOR³⁴ nimmt an, dass der Berichtszeitraum des Third Party Audits grds. das Kalenderjahr sei und der Audit jährlich zu wiederholen sei. Es sei allerdings möglich, dass der Audit einem anderen Rhythmus folge. Folgeaudits müssten aber in jedem Fall eine zeitlich lückenlose Auditierung gewährleisten. *Baier/Baum*³⁵ nehmen in ihrem Bericht über die größten Herausforderungen der nachträglichen Kontrollen durch die deutsche Aufsichtsbehörden an, dass eine jährliche Auditierung geboten sei. Das ergebe sich aus dem Zusammenspiel von Art. 6 Abs. 1 mit Art. 7 Abs. 3 KMVO. Der jährliche Bericht schließe auch einen zusammenfassenden Bericht der von Dritten durchgeführten Prüfungen mit Angabe des Namens der prüfenden Stelle ein. Schon mit Blick auf den europäischen Bestimmtheitsgrundsatz wird man dem nicht zustimmen können. Art. 6 KMVO regelt eine jährliche und notwendig auf ein Kalenderjahr bezogene Pflicht zur Auditierung nicht. Andererseits erschöpft eine einmalige Auditierung des eigenen Risikomanagements den Regelungsbereich von Art. 6 Abs. 1 KMVO nicht. In welchem Rhythmus ein Audit erforderlich ist, ist im Einzelfall zu entscheiden. Wenn der Unionseinführer in einzelnen Jahren überhaupt keine Einfuhren vornimmt, entfällt das Prüfungserfordernis für diesen Zeitraum. Wenn sich die Einfuhrsachverhalte nicht wesentlich ändern und der Einfuhrsachverhalt ein geringes Risikoprofil aufweist, ist ein Audit ebenfalls nicht jedes Jahr, sondern allenfalls alle zwei bis drei Jahre geboten.

3. Anforderungen an die Qualifikation des Prüfers

Art. 6 KMVO trifft selbst keine Bestimmung, welchen Anforderungen der Prüfer genügen muss. Aus dem Begriff „Dritter“ folgt nur, dass der Prüfer eine natürliche oder juristische Person sein muss, die im Verhältnis zum Unionseinführer personenverschieden ist. Allerdings bestimmt Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. d, dass bei der Prüfung „die nach den OECD-Leitsätzen für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für Audits vorgesehenen Grundsätze der Unabhängigkeit, Kompetenz und Rechenschaftspflicht eingehalten“ werden müssen. Die Prüfung muss sich nicht vollständig nach den OECD-Leitsätzen richten, sondern nur die dort vorgesehenen Grundsätze der Unabhängigkeit, Kompetenz und Rechenschaftspflicht beachtet werden. Schon im ersten Teil dieses Beitrags ist ausgeführt, dass der Verweis auf die OECD-Grundsätze nicht mit Art. 297 Abs. 1 Unterabs. 3 AEUV vereinbar und rechtlich unwirksam ist.³⁶ Die OECD-Leitsätze treffen auch keine Bestimmung zu den Anforderungen an den Prüfer auf der Ebene eines Unionseinführers, sondern spricht ausschließlich Empfehlungen für Audits auf der Ebene der Hütten oder Raffinerien (bei Einfuhr

28 Unter Kap. VI. 1. c) aa) (1)..

29 Anderer Ansicht *Baier/Baum*, ZfPC 2022 S. 154 (158), die aus dem Charakter von Art. 6 Abs. 2 KMVO als Ausnahmvorschrift folgern, dass eine enge Auslegung der Ausnahmeregelung geboten sei.

30 Vgl. DEKSOR, a.a.O. (Fn. 2), S. 18.

31 Wie in der CAHRA List (<https://www.cahaslist.net/cahas>) ausgewiesen.

32 Vgl. DEKSOR, a.a.O. (Fn. 2), S. 30.

33 So im Ausgangspunkt auch *Baier/Baum*, ZfPC 2022 S. 154 (157).

34 Vgl. DEKSOR, Orientierungshilfe für betroffene Unternehmen bei Kontrollen nach Art. 11 VO (EU) 2017/821, S. 18.

35 Vgl. *Baier/Baum*, ZfPC 2022 S. 154 (157).

36 Vgl. *Gehling*, CRZ 2023 S. 44 (46 f.).

von Zinn, Tantal oder Wolfram)³⁷ bzw. der Goldscheideanstalten³⁸ aus.

Trotz der aufgezeigten rechtlichen Bedenken wird man aus Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. d KMVO entnehmen können, dass der europäische Gesetzgeber im Grundsatz voraussetzt, dass der Prüfer über ein angemessenes Maß an Unabhängigkeit und Prüfungskompetenz verfügt und die Prüfung in einem konsistenten, an Unternehmensprüfungen orientierten und dokumentierten Verfahren vornimmt. Die Entwicklung eines vollständigen Anforderungsprofils überschreitet den Rahmen dieses Beitrags. Ausreichend, aber nicht in jedem Punkt notwendig ist, dass der Prüfer die in den OECD-Leitsätzen genannten Empfehlungen entspricht.³⁹ In der Praxis bereitet insb. eine Voraussetzung der OECD-Leitsätze besondere Schwierigkeiten: Die OECD-Leitsätze setzen ein soziales, kulturelles und historisches Hintergrundwissen über die Konfliktregionen, aus denen die Minerale stammen oder durch die sie transportiert werden, einschließlich aller relevanten Sprachkenntnisse sowie kulturelles Bewusstsein zur Durchführung solcher Audits voraus. Das ist einleuchtend, wenn es um eine Prüfung einer Hütte oder Raffinerie geht, die in einem Konflikt- oder Hochrisikogebiet gelegen ist oder ihre Rohstoffe aus einem solchen Gebiet bezieht. Für die Prüfung auf der Ebene des Unionseinführers ist dagegen das kulturelle Hintergrundwissen in der Regel nicht maßgebend. Im Vordergrund ist die Kenntnis und Erfahrung in der Prüfung von Risikomanagementsystem und das Verständnis der Pflichten eines Unionseinführers nach der Konfliktmineralien-Verordnung. Zulässig, aber nicht erforderlich ist, dass der Prüfer das kulturelle Hintergrundwissen durch einen Austausch mit einem erfahrenen Dritten hinzugewirbt.

4. Inhalt und Umfang der Prüfung

Eine vergleichsweise klare Regelung trifft die Verordnung zum Inhalt und Umfang der Prüfung. Die Prüfung hat aufzuklären, ob der Unionseinführer seinen Pflichten nach Art. 4, 5 und 7 KMVO nachkommt. Die Prüfung ist keine bloße Systemprüfung, sondern eine Tätigkeitsprüfung. Der Prüfer muss allerdings nicht alle Beschaffungsvorgänge prüfen, sondern aufklären, ob es Anhaltspunkte für Defizite in der Erfüllung der gesetzlichen Sorgfaltspflichten gibt. Wenn er solche Feststellung trifft, hat er Empfehlungen zur Verbesserung auszusprechen.

VIII. Offenlegungspflichten (Art. 7 KMVO)

Der Unionseinführer hat schließlich die Offenlegungspflichten nach Art. 7 KMVO zu erfüllen. Dazu gehören:

- die Pflicht, der Aufsichtsbehörde die Prüfberichte über die Prüfungen nach Art. 6 KMVO zu übermitteln; sie sind die Grundlage der nachträglichen Kontrollen nach Art. 11 KMVO.⁴⁰ Die Aufsichtsbehörde kann weitergehende Auskünfte verlangen.⁴¹
- die Pflicht, den ihnen unmittelbar nachgelagerten Abnehmern die im Rahmen der Erfüllung ihrer Sorg-

faltspflicht erlangten und auf aktuellem Stand gehaltenen Informationen zur Verfügung zu stellen. Entgegen dem misslungenen Wortlaut geht es um eine sinnvoll zusammenfassende Information der Erkenntnisse aus dem eigenen Risikomanagement. Dem Abnehmer muss mit vertretbarem zeitlichen Aufwand möglich sein, sich ein eigenes Bild zu machen, wie der Unionseinführer die Erfüllung der Sorgfaltspflichten sichergestellt hat. Die Verordnung bestimmt, dass der Unionseinführer der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen gebührend Rechnung trägt. Da Beschaffungsvorgänge häufig den Geschäftsgeheimnissen zuzurechnen sind, hat die Bestimmung einen hohen Stellenwert. Der Unionseinführer kann sich von der Pflicht zur Unterrichtung seines unmittelbaren Abnehmers aber nicht vollständig befreien. Ob die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse oder die Informationspflicht nach Art. 7 Abs. 2 KMVO Vorrang hat, ist im Einzelfall zu bestimmen. Der Unionseinführer kann seinem unmittelbar nachgelagerten Abnehmer besondere Vertraulichkeitspflichten auferlegen.

- Schließlich müssen Unionseinführer jährlich öffentlich und „in möglichst breitem Rahmen, auch über das Internet“ über die verantwortungsvolle Beschaffung von Konfliktmineralien und ihre Strategien und Verfahren zur Umsetzung der Konfliktmineralien-Verordnung berichten.

Inhaltlich muss der Bericht eine angemessene Grundlage bieten, um der Öffentlichkeit in zusammenfassender Form einen Überblick über das Managementsystem des Unionseinführers und über die wesentlichen Schritte zur Sicherung einer verantwortungsvollen und mit der Verordnung in Einklang stehenden Beschaffung von Konfliktmineralien zu geben. Die Berichtspflicht reicht weniger weit, wenn der Zusammenhang des Beschaffungsvorgangs mit einem Konflikt- oder Hochrisikogebiet lose ist oder gänzlich fehlt. Sie hat ausführlicher zu sein, wenn das Risikoprofil hoch einzuschätzen ist. Auch bei der öffentlichen Berichterstattung gestattet die Verordnung die angemessene Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und anderen Wettbewerbsbedenken.

Welche Veröffentlichungsart ausgewählt wird, steht im Ermessen des Unternehmens. Sie kann den Bericht auf ihrer eigenen Internetseite veröffentlichen. Von einer Veröffentlichung „über das Internet“ kann freilich nicht die Rede sein, wenn der Bericht auf der Internetseite nicht oder nur nach erheblichem Suchen auffindbar ist.⁴² Rechtlich zulässig und ausreißend wäre auch eine Veröffentlichung im BAnz., da der BAnz. jedermann über das Internet zugänglich ist. Der europäische Gesetzgeber hat die Berichtspflicht nach Art. 7 Abs. 2 KMVO und die Nachhaltigkeitsberichterstattung nach RL (EU) 2022/2464 vom 14.12.2022 („CSRD“) nicht aufeinander abgestimmt. Solange den inhaltlichen Anforderungen von Art. 7 Abs. 2 KMVO entsprochen wird, bestehen aber keine rechtlichen Bedenken gegen die Integration des Berichts über die verantwortungsvolle Beschaffung von Konfliktmineralien in den allgemeinen Nachhaltigkeits-

37 Vgl. OECD-Leitsätze, 2. Ausgabe 2013, a.a.O. (Fn. 11), S. 28.

38 Vgl. OECD-Leitsätze, 2. Ausgabe 2013, a.a.O. (Fn. 11), S. 68.

39 Vgl. OECD-Leitsätze, 2. Ausgabe 2013, a.a.O. (Fn. 11), S. 28.

40 Vgl. Baier/Baum, ZfPC 2022 S. 154 (157).

41 Vgl. § 3 Abs. 2 und § 3 in Verbindung mit § 6 MinRoh-SorgG; auch Baier/Baum, ZfPC 2022 S. 154 (158).

42 Die DEKSOR hält eine Orientierung an der Rspr. des BGH zur Auffindbarkeit des Impressums (BGH vom 20.07.2006 – I ZR 228/03) für richtig; vgl. DEKSOR, Orientierungshilfe, S. 14.

bericht.⁴³ Ob das zweckmäßig ist, muss das Unternehmen entscheiden. Die Aufnahme des Berichts in den „allgemeinen“ Nachhaltigkeitsbericht führt dazu, dass der Bericht nach Art. 7 Abs. 2 KMVO in die Prüfung des Nachhaltigkeitsberichts⁴⁴ einbezogen wird. Das kann sinnvoll sein, wenn der Prüfer des Nachhaltigkeitsberichts zugleich mit der Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 KMVO betraut wird. Ob das rechtlich zulässig ist, ist für jede Rechtsform gesondert zu prüfen.

Die europäische Lieferkettenrichtlinie⁴⁵ stellt in ErwGr 14a ausdrücklich klar, dass die durch die Konfliktmineralien-Verordnung begründeten Pflichten durch die Richtlinie unberührt bleiben.

IX. Zusammenfassende Bewertung

Fünf Jahre Konfliktmineralien-Verordnung führen zu einem kritischen Bild.

1. Die Regelungstechnik der Konfliktmineralien-Verordnung überzeugt nicht. Die Jahresberichte der DEKSOR belegen, wie sehr sie als Aufsichtsbehörde mit den zur Anwendung der Verordnung verpflichteten Unternehmen um das richtige Verständnis der Verordnungsbestimmungen zu ringen hat. Der Grund dafür ist zu einem wesentlichen und überwiegenden Teil in der rechtstechnischen Qualität der Verordnung zu suchen. Die Regelungstechnik entspricht nicht der Wichtigkeit der mit der Verordnung verfolgten Regelungsziele. Zu Recht warnt die DEKSOR davor, dass die Regelungstechnik selbst solche Unternehmen in – wie sie hervorhebt: zulässige – Vermeidungsstrategien treiben könnte, die Verantwortung bei der schwierigen Beschaffung von Konfliktmineralien wahrnehmen wollen.⁴⁶

2. Der Verweis auf die OECD-Leitsätze ist nicht nur rechtlich angreifbar, sondern auch in der Umsetzung misslungen. Die OECD-Leitsätze betrachten die verantwortungsvolle Beschaffung von Konfliktmineralien aus dem Blickwinkel unterschiedlicher Beteiligter, der Minen- und Bergwerksbetreiber, der Hütten und Raffinerien, der Verarbeitungsunternehmen und der Transport- und Handelsunternehmen. Sie stellen dar, wie sie idealiter zusammenarbeiten sollten, um den sieben Risikolagen, die in Anhang I der OECD-Leitsätze benannt werden, entgegenzuwirken. Eine gesetzliche Regelung hat eine ganz andere Aufgabe und Verantwortung. Sie kann nicht voraussetzen, dass alle Beteiligten in der Lieferkette idealiter zusammenarbeiten, sondern muss ein klares, aus sich herausverständliches und auf die Beschaffungsstrukturen von Unionseinführern abgestimmtes Anforderungsprofil für die Beschaffung von Konfliktmineralien entwickeln. Dabei ist zu gewährleisten, dass die gesetzlichen Regeln ein level playing field im Binnenmarkt schaffen, ein Punkt, den die Konfliktmineralien-Verordnung bisher überhaupt nicht in das Blickfeld nimmt.

3. Das kritische Bild wird abgerundet, wenn man mit in das Blickfeld nimmt, wie die EU-Kommission die ihr durch die

Verordnung auferlegten Pflichten erledigt hat. Eine weltweite Liste verantwortungsvoller Hütten und Raffinerien (Art. 9 Abs. 1 KMVO) liegt bis heute nicht vor. Sie wäre gerade für kleinere und mittlere Unternehmen eine Möglichkeit, ihren Bedarf an Konfliktmineralien selbst und mit vertretbaren Compliance-Kosten zu decken. Die Liste von Konflikt- und Hochrisikogebieten, die die EU-Kommission nach Art. 14 Abs. 2 zur Orientierung und ohne Anspruch auf Vollständigkeit vorzulegen hatte, ist erst mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung veröffentlicht worden. Die Kommission hat sich die von Rand Europe erstellte Liste niemals zueigen gemacht, sondern ist lediglich als „contracting authority“ aufgetreten. Die Kommission hat am 17.08.2018 die „unverbindlichen Leitlinien für die Ermittlung von Konflikt- und Hochrisikogebieten“ veröffentlicht (Empfehlung (EU) 2018/1149). Die Empfehlungen sind nicht praxistauglich. Ein Handbuch für Wirtschaftsbeteiligte, wie die EU-Kommission es nach Art. 14 Abs. 1 KMVO vorzulegen hat, liegt noch nicht einmal in einem Konsultationsentwurf vor.

4. Bei einer Gesamtschau empfiehlt es sich, die Erfahrungen und Erkenntnisse der zur Anwendung verpflichteten Unternehmen und der nationalen Aufsichtsbehörden in den Vordergrund zu stellen. Es ist absehbar, dass das Risikomanagement künftig in hohem Maße in automatisierten Verfahren stattfinden wird. Das ist zu begrüßen. Die Voraussetzungen für einen hohen Automatisierungsstandard sollten bei der Überprüfung der Konfliktmineralien-Verordnung gefördert werden.

43 Eine Freistellung von der Berichtspflicht nach Art. 7 Abs. 2 KMVO ist für Unternehmen, die einen Nachhaltigkeitsbericht nach RL (EU) 2022/2464 vom 14.12.2022 („CSRD“) erstellen müssen, anders als in Art. 11 Abs. 2 der europäischen Lieferkettenrichtlinie bestimmt, nicht vorgesehen.

44 Vgl. § 324b ff. HGB-E.

45 Richtlinie des EU-Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der RL (EU) 2019/1937 (weitgehend finaler Text am 11.04.2024, s.u. <https://fmos.link/22009> [Abruf: 17.04.2024]).

46 Vgl. dazu die Warnhinweise der DEKSOR, a.a.O. (Fn. 2), S. 33.

Sandra Epal-Ratjen

Report

on the 9th Session of the United Nations Intergovernmental Working Group (IGWG) with the mandate to elaborate an international legally binding instrument (LBI) on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights

Sandra Epal-Ratjen, Main UN Representative and Senior Legal Adviser, International Commission of Jurists, Geneva

On October 27, 2023, the United Nations intergovernmental working group (IGWG) tasked by the Human Rights Council to elaborate a future legally binding instrument (LBI) to regulate business activities in international human rights law concluded its 9th session.¹ Since 2015, States, civil society and representatives of business enterprises and their associations have been coming together for an annual one-week meeting to discuss the prospects and content of a future treaty on Transnational Corporations and other business enterprises with respect to human rights. The International Commission of Jurists has been actively engaged in the negotiating process since its inception.

The first two years of negotiations were dedicated to broadly discussing the „ content, scope, nature and form of the future international instrument“² and building the political case for it based on the reality of the individuals and groups facing human rights abuses and violations in the context of business activities. Since 2017, we have seen an increasing engagement of States and other actors with detailed potential provisions of such a future text. This is particularly true for the 9th session last October, during which States made concrete textual proposals to improve the draft that was tabled by the Chairmanship of the IGWG, held by Ecuador, to serve as a basis for negotiations. They exchanged views on these proposals and have started to look for alternatives bridging the gap between varying, and at times, opposite positions.

This search for compromise and thus real progress in the negotiations still comes up against a major divergence that dates back to the resolution initiating the process itself. This resolution 26/9 from 2014 of the Human Rights Council reflects a divide among States and other actors' views on how to best situate the international legal framework for the prevention and remedy of human rights abuses and violations in the context of business activities. Resulting from a difficult negotiation, the resolution is titled „ [E]laboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights“ but also entails a footnote stating that „ [O]ther business enterprises“ denotes all business enterprises that have a transnational character in their operational activities, and does not apply to local businesses registered in terms of relevant domestic law“. Unsurprisingly, this has largely contributed to the perpetuation of major divergences and tensions among negotiators in the process since its inception. Put simply, one of the main questions that has been dividing negotiators and observers is the one of the scope of the future instrument,

and in concrete terms whether the treaty to be adopted should only focus on transnational corporations or also cover business enterprises of a domestic character.

As of today, two blocks remain in disagreement. On the one hand, a group of States many of which are from the Western Group and some civil society actors, wish to see a broad scope that all businesses, arguing that this would be the only way to effectively guarantee a level playing field. It must be noted that these are States who have been very critical of the mandate given to the IGWG and to the creation of the process more generally. Many of these States have taken the position that any new instrument must be founded on the existing agreed international framework that emerged in the form of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, adopted in a consensus HRC Resolution in 2011. As a matter of fact, the European Union is still missing a formal mandate to negotiate on the various issues that belong to its prerogatives, which has largely prevented EU member States to engage actively in the negotiations. Clearly individual EU States would in principle take varying views, but EU policy is that the subject matter touches on core EU competencies and Member States are constrained and bound by a common EU approach. On the other hand, many States from the Global South, supported by a group of civil society, who have been leading on and supporting resolution 26/9 have largely favoured an LBI that focuses on TNCs only or on business activities of transnational character, arguing that this is the priority issue to be addressed given the impact of these actors on human rights in the host countries that are mainly to be found among them. A number of these countries express concerns regarding the need to protect their small and medium size enterprises, including in the name of the right to development.

One can wonder how we could spend nine years without having decided on this fundamental issue. However, it is often the most fundamental political questions that are difficult to resolve in such processes. And while the 9th session has shown that the issue of the scope still needs further discussion in the future, options and ways forward have been brought to the table in the past sessions and in particular at the latest one.

One of these options is a potential compromise that has been suggested by several actors and would ensure that the main focus is on addressing accountability gaps for human rights abuses and violations occurring in the context of business activities of a transnational character while not excluding other businesses (all businesses) from more general obligations and regulations. While imperfect, such proposals recognize that while the major international law gaps do concern cases in which transnational corporations are involved and in cases that involve actors across borders, there are legal and practical reasons why any future LBI should not exclude domestic businesses or State-owned businesses. Among these reasons is the fact that TNCs are typically registered/incorporated as domestic enterprises and that a clear and unified

1 See also the editorial note of Ambassador Cristian Espinosa, the Permanent Representative of Ecuador to the United Nations and Chair Rapporteur of the openended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (OEWG on TNCs) of the United Nations Human Rights Council, CRZ 2023 S. 58.

2 UN Human Rights Council, Resolution 26/9, 14 July 2014, para. 2.

international legal definition of TNCs is still lacking. Furthermore, there is a substantial number of businesses which are large and of wholly domestic character that can and do commit human rights abuses and whose human rights responsibilities should be recognized. Constraining the reach of a future LBI to only TNCs risks barring access to significant potential avenues for justice codified by a future LBI for victims of businesses that cannot be considered as TNCs. This conversation is obviously distinct from the one that concerns possible provisions that could proportionately allocate some duties of companies in accordance with their sector, size or other relevant criteria.

In past submissions, various academic and civil society actors had highlighted that the future LBI could even specify explicitly what provisions or parts are particularly relevant to TNCs or business activities of a transnational character, while recalling responsibilities and obligations for all businesses that already exist and are broadly recognized and enforced in domestic jurisdictions. In that regard, an argument posited by proponents of a LBI covering only TNCs is that other business enterprises are already covered by domestic laws, and that the future instrument must bring an added value. While this seems superficially legitimate, the fact is that the record of holding domestic businesses to account remains poor across the board. While no doubt the power of TNCs and their potential to negatively impact on human rights may be more extensive, recalling and harmonizing regulations and protections against human rights abuses in the context of business activities in general should not be seen as a threat to those who want accountability and the end of the impunity generated by gaps in the extra-territorial reach of human rights protections. A broad scope for a future LBI should rather be seen as a safeguard against attempts by big companies to escape liability through relying on other domestic entities within complex value chains and economic groups. Furthermore, national legislation is generally patchy, insufficient and poorly enforced. Even if law may exist in certain countries, it needs to be harmonized with emerging international standards.

At the 9th session of the IGWG, one delegation suggested, as a way to move towards a compromise, to use the phrase „TNCs and other business enterprises“ without a qualifier about their activities, all through the text but to dedicate specific provisions to TNCs as relevant and appropriate. This kind of proposals may help us to find a middle ground between the two opposed views on this key issue for the future instrument. Another reason to be optimistic about the process is that the 9th session has shown that even the most fundamental issues and divergences are better handled when States give themselves the opportunity to concretely discuss textual proposals and options and eventually move away from purely abstract and ideological positions.

With all this in mind and noting the importance of compromise-building between the diverging positions on scope discussed above, it must be emphasized there are numerous other conceptual issues to be resolved. Chief among these is whether the instrument should largely focus on obligations and prevention and due diligence, or rather whether robust legal liability and accountability provisions must be included. In this regard, the ICJ advocates for strong provisions in the area of liability and jurisdiction. The current draft on the table has weakened some proposals to ensure liability and remedies in transnational cases. This will need to be addressed in the next sessions of negotiations.

Indeed, in addition to the debate about the scope, the most heated debates about the last two drafts of the treaty have hinged on issues relating to access to effective remedy and reparations for

victims of human rights abuses committed with the participation of enterprises, the types of legal liability attributable to company conduct and the extent of the jurisdiction of national courts to deal with claims concerning abuses committed extraterritorially. In all these issues, participant States, and even other stakeholders, have maintained important divergent viewpoints.

Most States from the Western Group seem to favour provisions relating to prevention of human rights abuses, and much less interested in legal liability and extensive jurisdiction of courts. They have labelled the respective provisions on liability, access to justice and jurisdiction as too „prescriptive“ and would prefer lighter and more general obligations in these areas. Other countries, mostly from the South, and a large number of civil society groups, favour strong and extensive provisions on justice and accountability, which are clearly the key value added of this new instrument to international law.

Prevention measures to be adopted by States in respect to business enterprises relate mainly to the requirement of mandatory human rights due diligence, in consonance with international practice and trends. Given the growing interest of States and companies in due diligence, and the corresponding pieces of legislation adopted in several countries such as France, Germany and Norway – or the proposed European Directive on the matter – there is hardly any question about the need for the new instrument to contain a provision on the matter. (This issue is currently reflected in article 6). However, there are important conflicting positions about the scope of the due diligence to be required and, most especially, the accessory measures to ensure transparency, monitoring and accountability in the area of due diligence, including by strong and independent participation of trade unions and social groups in the process.

In relation to the accountability dimension, article 8 of the latest updated draft has been stripped of important paragraphs that were most explicit about liability in the context of supply chains and company groups in civil and criminal matters. The new draft is vaguer and ambiguous, thus rendering the text essentially toothless. Similarly, the key article 9 concerning jurisdiction of national courts over cases of transnational nature, has been cut down, excluding key provisions relating to the need to provide justice when no other avenue exists (*forum necessitatis*) and the jurisdiction when there is a close connection of cases. All these articles were addressed in many of the general statements made by States during the initial general debate in the 9th session of the IGWG, but are still pending detailed discussion in a future session.

In conclusion, it goes without saying that there is still important work to do to bridge the existing divergences. However, it appears that the necessity of having stricter regulations of businesses and better enforcement of human rights protections in the context of their activities is gaining momentum. The role of the Ecuadorian Ambassador as the Chair of the UN negotiations for the future treaty will be key in finding the right balance and compromises on the scope and addressing the most blatant accountability gaps in international law. Similarly, the engagement of all States in good faith in support of the Chair's efforts to find compromises will be crucial in the months and years to come. In that regard, there are significant expectations on the Group of Friends of the Chair, composed of Azerbaijan, Cameroon, France, Indonesia, Portugal and Uruguay, to rally a critical mass of States from all regions to advance discussions before the next session and to come prepared to the latter.

Carolin Friedrich / Anna Zimmermann

Verantwortung in der Wertschöpfungskette

– Wertschöpfungskettentransparenz als zentraler Ausgangspunkt –

Carolin Friedrich, Geschäftsführerin Stakeholder Reporting, part of mazars, berät Unternehmen und Brancheninitiativen zu Sorgfaltspflichten in der Lieferkette (LkSG, CSDDD, OECD), Lieferantenmanagement und Menschenrechtsstrategien. Seit 2023 ist sie Partnerin bei der Prüfungs- und Beratungsgesellschaft Mazars.

Anna Zimmermann, Consultant Stakeholder Reporting, part of mazars, ist seit 2022 in der Beratung im Bereich Sustainability Reporting und Sustainable Supply Chain tätig. Ihre Expertise umfasst u.a. den Bereich Human Rights and Environmental Due Diligence sowie die dazugehörigen Gesetzgebungen wie LkSG, CSDDD, CSRD und EUDR.

Diverse nationale sowie europäische Gesetzgebungen im ESG-Bereich stellen Unternehmen vor Herausforderungen – sowohl hinsichtlich der Offenlegung von nachhaltigkeitsbezogenen Informationen als auch im Umgang mit unternehmerischen Sorgfaltspflichten. Dabei im Mittelpunkt steht die zwangsläufig benötigte Transparenz über die unternehmenseigenen Wertschöpfungsketten.

Neben der aktuell medial vorherrschenden europäischen Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung (Corporate Sustainability Reporting Directive, CSRD), die Anfang dieses Jahres in Kraft getreten ist, stellen auch weitere ESG-Regularien Anforderungen an Unternehmen. Dazu zählen insb. die EU-Taxonomie, die Verordnung zu entwaldungsfreien Lieferketten (EU Deforestation Regulation, EUDR), das CO₂-Grenzausgleichssystem (Carbon Border Adjustment Mechanism, CBAM) sowie die Ökodesign-Verordnung für nachhaltige Produkte (Ecodesign for Sustainable Products Regulation, ESPR). Darüber hinaus die Richtlinie über die Sorgfaltspflichten für Unternehmen (Corporate Sustainability Due Diligence Directive, CSDDD), gemeinhin als EU-Lieferkettengesetz bekannt, die nach einem politisch stark umkämpften Gesetzgebungsprozess nun voraussichtlich doch kommen wird. Hinzu kommen etwaige nationale Gesetzgebungen wie das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) in Deutschland. Wenngleich all diese Regularien unterschiedliche Schwerpunkte haben, streben sie im Kern die Verhinderung bzw. Minimierung von negativen Auswirkungen auf Mensch und Umwelt sowie mehr Transparenz über die gesamte Wertschöpfungskette und damit auch die Rückverfolgbarkeit von Rohstoffen bzw. Produkten an.

I. Anspruchsvolle Anforderungen

Die Unternehmen stehen durch die Vielzahl an Anforderungen hierbei vor verschiedenen Herausforderungen. Zunächst gestaltet es sich in der unternehmerischen Praxis aufgrund der Komplexität häufig als schwierig, Transparenz über die tiefen Lieferkettenstufen zu schaffen. Hier fehlt Unternehmen das Wissen sowie der Zugang zu Informationen und Daten, um diesen oftmals risikobehafteten Teil ihrer Geschäftstätigkeit zu erfassen. Unternehmen sind hier auf die Informationsweitergabe ihrer Lieferanten angewiesen. Um dies effektiv umzusetzen, bedarf es strukturierter Daten- und Lieferantenmanagementsysteme, damit die gewünschten Daten konsolidiert abgerufen werden können.

II. Im Fokus: LkSG-Prozesse für CSDDD nutzen

Mit Inkrafttreten der CSDDD werden Unternehmen mit mehr als 1.000 Beschäftigten und einem weltweiten Nettoumsatz von mehr als 450 Mio. € betroffen sein. Im Zuge der Überführung in nationales Recht der Mitgliedstaaten würde dies auch eine Anpassung bzw. Erweiterung des deutschen LkSG nach sich ziehen. Die Orientierung der CSDDD an den beiden grundlegenden Rahmenwerken im Bereich Sorgfaltspflichten, den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen sowie den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, führt zu einem umfassenderen Ansatz in der Umsetzung der Sorgfaltspflichten. Neben einem erweiterten Themenspektrum müssen sich Unternehmen mit der vor- und nachgelagerten Wertschöpfungskette auseinandersetzen. Der größte Unterschied für LkSG-pflichtige Unternehmen besteht dann in der Umsetzung der Risikoanalyse. Bislang wurden nach LkSG nur der eigene Geschäftsbereich, die unmittelbaren Lieferanten sowie mittelbare Lieferanten in bestimmten Fällen (bei substantiiertem Kenntnis, z.B. durch eingegangene Beschwerden) betrachtet. Der risikobasierte Ansatz der CSDDD sieht vor, dass Unternehmen nicht pauschal alle Tier-1-Lieferanten analysieren müssen, sondern sich auf die wesentlichen Risiken zu fokussieren, die meist in der tieferen Lieferkette liegen. Dadurch spricht also einiges dafür, die LkSG-Prozesse so aufzusetzen (z.B. Festlegung Verantwortlichkeiten, Implementierung von Managementprozessen), dass sie auch für die CSDDD und andere Regularien nutzbar sein werden.

III. Nutzen transparenter Wertschöpfungsketten

Die Auseinandersetzung mit der eigenen Wertschöpfungskette ist für Unternehmen weit mehr als eine Compliance-Übung, auch Investor*innen und Kund*innen fordern zunehmend verantwortungsvolles Handeln in der Wertschöpfungskette ein. Während B2B-Kunden gerne Compliance-Anforderungen an Lieferanten weitergeben, interessieren sich Investor*innen für die Kosten- und Reputationsrisiken. Zudem zeigten Krisen wie die COVID-19-Pandemie oder der Krieg in der Ukraine, wie wichtig widerstandsfähige Lieferketten für die eigene Geschäftstätigkeit sein können. Für das unternehmerische Management spielt die Kenntnis über vor- und nachgelagerte Wertschöpfungsketten eine immens wichtige Rolle, denn nur durch eine gesteigerte Transparenz lassen sich Auswirkungen auf das Management bzw. Optimierungsmöglichkeiten erkennen. Lieferkettentransparenz ist dabei entscheidend, da Unternehmen so potenzielle Risiken und ihre Auswirkungen frühzeitig erkennen und damit auch proaktiv angehen können. Auch wenn die Regulierungen zunächst Aufwand und Kosten verursachen werden, so kann eine nachhaltige Beschaffung langfristig die Resilienz erhöhen. Die Gesetzgebung „zwingt“ Unternehmen damit zwar im ersten Schritt, sich mit Wertschöpfungsketten auseinanderzusetzen, sie erhöhen dadurch jedoch auch ihre Transparenz

und können schließlich Risiken aufdecken, monitoren und Kollaborationen eingehen. Dabei erreicht man nicht nur Resilienz in der Wertschöpfungskette, sondern an den passenden Stellen auch Flexibilität, Effizienz und Agilität.

IV. Strategische Implementierung

In Summe müssen demnach Prozesse implementiert werden, um menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten gewährleisten sowie die Offenlegungspflichten erfüllen zu können.

Zunächst ist es wichtig, sich einen Überblick über die verschiedenen Regularien und Anforderungen zu verschaffen, um damit die unmittelbare Bedeutung für das eigene Unternehmen abzuleiten. Dies hilft dabei Synergien zu identifizieren und einen strategischen Angang zu entwickeln. Anschließend sollte der Status quo im Unternehmen abgebildet werden, um bestehende Prozesse sowie darauf aufbauend Lücken zu identifizieren und eine Roadmap aufzusetzen. Besonders zentral ist hierbei die Erstellung eines detaillierten Wertschöpfungskettenprofils.

Folgende Leitfragen können Unternehmen dabei helfen:

- Wie lässt sich die Wertschöpfungskette verständlich darstellen?
- Welche Rohstoffe oder Vor- und Teilprodukte werden hauptsächlich benötigt? Was sind bekannte Hot Spot-Risiken in der Wertschöpfungskette?
- Wer sind die zentralen Lieferanten? Wo liegen ihre Produktionsstandorte?

- Kam es im eigenen Unternehmen oder bei Zulieferern in der Vergangenheit zu Verstößen gegen Menschen- und Arbeitsrechte oder Umweltvorgaben?
- Welche internen Prozesse gibt es bereits und wie können diese genutzt bzw. angepasst werden, um den Sorgfaltspflichten gerecht zu werden?
- Welche Daten benötigen wir für die Offenlegungspflichten und wie beschaffen wir diese?

Eine frühzeitige und intensive Beschäftigung mit der eigenen Wertschöpfungskette ist demnach sinnvoll, um den verschiedenen regulatorischen Anforderungen gerecht zu werden und die dafür benötigten Prozesse aufzubauen. Im Fokus sollte hierbei das Schaffen von Synergien stehen, sodass übergreifende Prozesse sinnvoll aufgebaut und Doppelaufwände vermieden werden. Egal ob EU Taxonomie, CSDDD, LkSG, CSRD – sie alle bringen die Anforderung an die Prozessdokumentation mit sich. Dies setzt voraus, dass interne Verantwortlichkeiten-, Informations- und Entscheidungsprozesse klar geregelt und dokumentiert sind. Unternehmen sollten eine plausible und rechtskonforme Beschreibung von internen Prozessen, Strategien und Fortschritten zur Erfüllung der Berichtspflichten vorweisen können. So kann auf Nachfragen von Wirtschaftsprüfern, externen Stakeholdern oder Amtsträgern wie dem BAFA fundiert reagiert werden.

Rechtsrahmen und Praxis: Die Rolle von Menschenrechts- und Beschwerdebeauftragten nach dem LkSG

Empfehlungen zur Umsetzung und Vertragsgestaltung

Ab dem 01.01.2024 sind auch Unternehmen mit 1.000 Mitarbeitern im Inland verpflichtet, ein Risikomanagement zur Einhaltung von Sorgfaltspflichten in der Lieferkette einzurichten und Personen zu bestimmen, welche dieses überwachen und ein für die Lieferkette eingerichtetes Beschwerdeverfahren durchführen. Haftungsrisiken lassen sich durch umsichtige Vertragsgestaltung vermeiden. Seit dem 01.01.2023 müssen Unternehmen, die im Inland mindestens 3.000 Mitarbeiter beschäftigen, menschenrechts- und umweltbezogene Sorgfaltspflichten innerhalb ihres Geschäftsbereichs und bei ihren Zulieferern erfüllen. Ab dem 01.01.2024 werden diese Verpflichtungen auf Unternehmen mit „lediglich“ 1.000 Arbeitnehmern im Inland ausgedehnt. Die Sorgfaltspflichten betreffen in vielfältiger Weise das Arbeitsleben. Dazu gehören u.a. Arbeitsschutzmaßnahmen wie die angemessene Einweisung von Mitarbeitern, die Einhaltung von Arbeitszeitbeschränkungen zur Vermeidung von übermäßiger Erschöpfung, die Anerkennung der Koalitionsfreiheit, das Verbot von Diskriminierung sowie die Gewährleistung eines gerechten Lohns.

Überblick über Sorgfaltspflichten nach dem LkSG

Unternehmen im Anwendungsbereich des LkSG sind gesetzlich dazu verpflichtet, die in § 3 LkSG aufgeführten Sorgfaltspflichten zu erfüllen. Eine zentrale Pflicht besteht darin, im Rahmen eines angemessenen Risikomanagements effektive Maßnahmen zur Identifizierung und Reduzierung von menschenrechts- und umweltbezogenen Risiken zu treffen. Hierzu gehört auch, betriebsinterne Verantwortlichkeiten festzulegen, wie beispielsweise die Ernennung eines Menschenrechtsbeauftragten. Risikoanalysen sind jährlich sowie anlassbezogen zu wiederholen.

Wenn ein Unternehmen im Rahmen der Risikoanalyse Risiken in seinem eigenen Geschäftsbereich oder bei Zulieferern identifiziert, muss es Präventionsmaßnahmen ergreifen, z.B. durch Anpassung der Einkaufsstrategie und das Einholen vertraglicher Zusicherungen. Bei bereits eingetretenen oder unmittelbar bevorstehenden Verstößen sind Abhilfemaßnahmen zu definieren. Es kann im äußersten Fall erforderlich sein, Geschäftsbeziehungen vorübergehend auszusetzen oder sogar vollständig abzubrechen.

Ein weiterer wichtiger Baustein des LkSG ist die Pflicht, ein Beschwerdeverfahren einzurichten, über welches interne und externe Personen auf menschenrechts- und umweltbezogene Risiken und Verletzungen seitens des Unternehmens oder eines unmittelbaren Zulieferers hinweisen können. Darüber hinaus sieht das LkSG Dokumentations- und Berichtspflichten in Bezug auf die vorgenannten Maßnahmen vor.

RAin Dr. Anne-Kathrin

Bertke, LL.B., ist Principal Counsel bei KLIEMT.Arbeitsrecht in Hamburg und berät zu allen Fragen des Arbeitsrechts einschließlich zur Unternehmensmitbestimmung und zu grenzüberschreitenden Umwandlungen.

Ria Sandbrink, LL.B., ist Referendarin bei KLIEMT.Arbeitsrecht in Hamburg.



Die Funktionen des Menschenrechtsbeauftragten und des Beschwerdebeauftragten

Bestandteil der unternehmerischen Pflichten nach dem LkSG ist es auch, bestimmte Funktionen neu festzulegen, welche für die Umsetzung und Überwachung der Sorgfaltspflichten nach dem LkSG zuständig sind. So sind eine oder mehrere Personen zu bestimmen, welche die Einrichtung eines angemessenen und wirksamen Risikomanagements überwachen (d.h. Maßnahmen, um menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken zu erkennen und zu minimieren sowie Verletzungen zu verhindern). Diese Pflicht kann z.B. durch die Benennung eines **Menschenrechtsbeauftragten** erfüllt werden (§ 4 Abs. 3 Satz 1 LkSG).

Darüber hinaus sind eine oder mehrere Personen mit der Durchführung des Beschwerdeverfahrens gem. § 8 LkSG zu betrauen (sog. **Beschwerdebeauftragte**).

Auswahl des Menschenrechts- und des Beschwerdebeauftragten

Der **Menschenrechtsbeauftragte** muss nach § 4 Abs. 3 Satz 1 LkSG eine Person „*innerhalb des Unternehmens*“ sein. Dies wirft die Frage auf, ob mehrere Unternehmen einer Unternehmensgruppe einen gemeinsamen Menschenrechtsbeauftragten bestimmen können oder ob der Menschenrechtsbeauftragte zwingend in einem Anstellungsverhältnis zu jedem Unternehmen stehen muss, für welches er seine Rolle ausübt. Gerade bei unternehmensübergreifenden Abläufen innerhalb eines Konzerns spricht viel dafür, einen einheitlichen Menschenrechtsbeauftragten oder ein einheitliches Team von Menschenrechtsbeauftragten für sämtliche Konzernunternehmen zu bestimmen. Denn in solchen Fällen muss auch das Risikomanagement, um effektiv zu sein, gruppenweit umgesetzt werden. Dies spricht dafür, dass im Interesse einer möglichst wirksamen Überwachung des Risikomanagements auch eine unternehmensübergreifende Tätigkeit des Menschenrechtsbeauftragten möglich sein muss, welche vertraglich durch konzernweite Informations- und ggf. Zutrittsrechte abzusichern ist.

Für die Funktion des Menschenrechtsbeauftragten prädestiniert sind Mitarbeiter der Rechts- oder Compliance-Abteilung. Die Gesetzesbegründung des LkSG empfiehlt, die Position des Menschenrechtsbeauftragten direkt der Geschäftsführung zu unterstellen. Auf diese Weise wird die Bedeutung der Rolle hervorgehoben und in der Regel ein direkter Zugang zur Geschäftsleitung gewährleistet. Je höher die Funktion des Menschenrechtsbeauftragten in der Unternehmenshierarchie angesiedelt wird, desto größer ist auch die dieser Rolle zugeschriebene Autorität – auch im Verhältnis zu anderen Mitarbeitern – und Unabhängigkeit.

Gleichzeitig empfiehlt es sich, die Überwachungsfunktion des Menschenrechtsbeauftragten nicht mit weitgehenden operativen Funktionen zu verschränken und die Funktion unmittelbar in der Geschäftsleitung zu verorten.

Das Risiko eines Interessenkonflikts spricht auch dagegen, Mitarbeiter im Einkauf mit der Funktion des Menschenrechtsbeauftragten zu betrauen, obwohl gerade sie regelmäßig besonders gut beurteilen können, ob Maßnahmen, die zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten des LkSG ergriffen worden sind, tatsächlich genügen. Mitarbeitern im Einkauf könnte jedoch die nötige Unabhängigkeit fehlen, das Risikomanagement neutral zu bewerten.

Die Aufgaben nach dem LkSG können bei Bedarf im Unternehmen auch auf mehrere Personen verteilt werden. Entscheidend ist dann, die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche klar zu definieren und voneinander abzugrenzen. Denkbar ist etwa, menschenrechtsbezogene und umweltbezogene Aspekte zu trennen.

Für die Funktion des **Beschwerdebeauftragten** kommen auch Personen außerhalb des Unternehmens in Betracht. Dies ergibt sich daraus, dass Unternehmen ein Beschwerdeverfahren nicht zwingend intern aufsetzen müssen, sondern sich auch an einem externen Beschwerdeverfahren beteiligen dürfen (§ 8 Abs. 1 Satz 6 LkSG). Beschwerdebeauftragte müssen unabhängig von Weisungen und bei der Bearbeitung von Beschwerden unparteiisch sein (§ 8 Abs. 3 LkSG). Auch die Funktion des Beschwerdebeauftragten muss nicht zwingend von nur einer Person ausgeübt werden. Es besteht außerdem die Möglichkeit, dass Beschwerdebeauftragte sich von Mitarbeitern helfen lassen, die insoweit ihren fachlichen Weisungen unterliegen.

Inhalt der Position

Unternehmen können die Rolle des **Menschenrechtsbeauftragten** rein überwachend ausgestalten, so wie es grds. im Gesetz angelegt ist. Die Funktion des Menschenrechtsbeauftragten kann aber auch die Umsetzung von Sorgfaltspflichten umfassen, sofern dies nicht die Objektivität der Kontrollfunktion infrage stellt. Für eine Verknüpfung überwachender und umsetzender Funktionen in der Rolle des Menschenrechtsbeauftragten spricht, dass Erfahrungen bei der erstmaligen Einführung des Risikomanagements bei der anschließenden Überwachung nutzbar gemacht werden können. Der im Rahmen der Kontrolle gewonnene Gesamteindruck über Umsetzungsschwierigkeiten und Herausforderungen kann wiederum dabei helfen, im Nachgang wirksame Maßnahmen zur Anpassung des Risikomanagements zu entwickeln. Wichtig ist aber, dass die Verknüpfung von Umsetzungs- und Überwachungsfunktionen in der Person des Menschenrechtsbeauftragten keine Interessenkonflikte nach sich zieht, durch

die eine objektive und effektive Kontrolle des Risikomanagements – für welche der Menschenrechtsbeauftragte originär zuständig ist – nicht mehr sichergestellt ist.

Die Aufgaben des **Beschwerdebeauftragten** richten sich in ihren Einzelheiten nach der im Unternehmen geltenden Verfahrensordnung zum Beschwerdeverfahren. Sie umfassen in jedem Fall die gesetzlich vorgesehenen Schritte ab Eingang eines Hinweises bezüglich Menschenrechts- oder Umwelt Risiken oder -verletzungen. Der Beschwerdebeauftragte hat jegliche Hinweise oder Beschwerden zu dokumentieren und den Hinweisgeber über den Fortgang des Verfahrens, den zeitlichen Ablauf sowie den Schutz vor möglicher Benachteiligung oder Sanktionen aufgrund der Meldung zu informieren. Er bespricht den Sachverhalt mit dem Hinweisgeber und eruiert, welche Erwartungen bezüglich Präventions- oder Abhilfemaßnahmen bestehen. Wenn das Unternehmen ein Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung anbietet, wird der Beschwerdebeauftragte auch in diesen Prozess einbezogen.

Die Erkenntnisse aus der Bearbeitung von Meldungen und Beschwerden sind von der Geschäftsleitung und anderen mit der Umsetzung der Sorgfaltspflichten des LkSG betrauten Personen im Rahmen der regelmäßig zu aktualisierenden Risikoanalyse auszuwerten.

Die mindestens einmal jährlich sowie anlassbezogen vorgeschriebene Prüfung des Beschwerdeverfahrens auf seine Zugänglichkeit und Effektivität und die stichprobenartige Kontrolle der Einhaltung der Verfahrensordnung sind zur Vermeidung einer Prüfung in eigener Sache anderen Personen als dem Beschwerdebeauftragten zu übertragen, bspw. einem Mitglied der Geschäftsleitung oder dem Menschenrechtsbeauftragten.

Haftung der Beauftragten

Ob die Übernahme der Funktion des Menschenrechts- oder Beschwerdebeauftragten für die jeweiligen Personen mit Haftungsrisiken einhergeht, hängt von der Ausgestaltung der Funktionen ab. Entscheidend ist, ob der Menschenrechts- oder Beschwerdebeauftragte ausdrücklich beauftragt sind, Aufgaben in eigener Verantwortung wahrzunehmen, welche dem Betriebs- oder Unternehmensinhaber obliegen und welche im Bußgeldkatalog des § 24 LkSG genannt sind. Ist dies der Fall, besteht gem. § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 OWiG das Risiko einer individuellen Haftung für Versäumnisse.

Für einen **Menschenrechtsbeauftragten** bestehen demnach insb. dann Haftungsrisiken, wenn er beauftragt ist, Sorgfaltspflichten in eigener Verantwortung umzusetzen oder die Wirksamkeit von Präventionsmaßnahmen, Abhilfemaßnahmen und des Beschwerdeverfahrens in eigener Verantwortung zu prüfen. Aufgrund der originär überwachenden Funktion des Menschenrechtsbeauftragten dürfte eine derart intensive Einbindung des Menschenrechtsbeauftragten in die Umsetzung der Sorgfaltspflichten jedoch nicht der Regelfall sein. In Zweifelsfällen ist zu erwägen, eine D&O-Versicherung für den Menschenrechtsbeauftragten abzuschließen. Eine beratende Rolle wiederum ist ordnungsrechtlich unkritisch, weil es in diesen Fällen an der erforderlichen Eigenverantwortlichkeit fehlt.

Aufgrund seines begrenzten Verantwortungsbereichs ist der **Beschwerdebeauftragte** nicht gem. § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 OWiG haftbar. Obwohl er frei von Weisungen handeln kann muss (§ 8 Abs. 3 LkSG), können nur Versäumnisse in Bezug

auf die Einrichtung, Überwachung oder Aktualisierung des Beschwerdeverfahrens gem. § 24 Nr. 4, 5 und 8 LkSG als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden. Die Verantwortung hierfür liegt jedoch nicht beim Beschwerdebeauftragten, sondern bei der Geschäftsleitung.

Vertragsgestaltung

Die Funktion des **Menschenrechtsbeauftragten** sollte vertraglich dokumentiert werden, damit die Zuständigkeiten im Unternehmen verlässlich, klar und nachweisbar festgelegt sind und Umsetzungsdefizite oder Haftungsrisiken ausgeschlossen werden können. Folgende Punkte sollten berücksichtigt werden:

- konkrete Aufgaben des Menschenrechtsbeauftragten,
- Stellung innerhalb der Unternehmenshierarchie, Grad der Unabhängigkeit, ggf. Weisungsfreiheit im Interesse einer möglichst wirksamen Kontrolle,
- Versicherung, den Menschenrechtsbeauftragten bei der Aufgabenerfüllung zu unterstützen, z.B. durch eine näher bezeichnete sachliche und personelle Ausstattung sowie
 - ggf. konzernweit bestehende – Einsichts-, Frage- und Zutrittsrechte,
- Regelmäßigkeit von Gesprächsterminen mit der Geschäftsleitung (insb. in der Anfangszeit sollten die Abstände kürzer gehalten werden, damit das Risikomanagement an neue Erkenntnisse angepasst werden kann),
- ggf. besonderer Kündigungsschutz zur weiteren Absicherung der Unabhängigkeit des Menschenrechtsbeauftragten,
- Anzeige und Vorgehen bei Interessenkonflikten,
- ggf. Einbeziehung in eine D&O-Versicherung,
- Möglichkeit, die Vereinbarung bei Bedarf anzupassen.

Wird eine unternehmens- oder gruppeninterne Person mit der Funktion des **Beschwerdebeauftragten** betraut, empfiehlt es sich, die besonderen gesetzlichen Anforderungen an die Rollen

- Unparteilichkeit,
- Unabhängigkeit,
- Weisungsfreiheit und
- Verschwiegenheit

in einer Ergänzungsvereinbarung zum Anstellungsvertrag abzusichern. Darüber hinaus empfiehlt es sich, das gemeinsame Verständnis zu den nachfolgenden Themen in einer (Ergänzungs-)Vereinbarung zu dokumentieren:

- die konkreten Aufgaben des Beschwerdebeauftragten, abgestimmt auf die jeweilige Verfahrensordnung zum Beschwerdeverfahren,
- die personelle und sachliche Ausstattung,
- ggf. besonderer Kündigungsschutz,
- Anzeige und Vorgehen bei Interessenkonflikten,
- Informationsaustausch mit dem Menschenrechtsbeauftragten oder anderen mit der Umsetzung des LkSG betrauten Personen und deren Unterstützung,
- Möglichkeit, die Vereinbarung bei Bedarf anzupassen, z.B. an eine geänderte Verfahrensordnung.

Betriebliche Mitbestimmung bei der Bestellung von Menschenrechts- und Beschwerdebeauftragten

Wird die Position des Menschenrechts- oder Beschwerdebeauftragten einem Bestandsmitarbeiter übertragen, hängt es von dessen bisherigen Tätigkeiten ab, ob mit der Bestellung

eine erhebliche Änderung des Aufgabenbereichs einhergeht und eine Versetzung gem. § 99 BetrVG vorliegt, welche der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Entscheidend sind hierfür insb. der zeitliche Anteil der neuen Tätigkeit und die Abweichung zur bisherigen Tätigkeit.

Zusammenfassung

Viele Unternehmen in Deutschland stehen bald vor der Aufgabe, die Positionen des Menschenrechts- und Beschwerdebeauftragten nach Maßgabe des LkSG erstmalig zu besetzen. Die konkreten Aufgaben der Beauftragten sollten in einer Vereinbarung mit den jeweiligen Personen unter Berücksichtigung der Details des jeweiligen Risikomanagements und der Beschwerdeverfahrensordnung dokumentiert werden.

Eine umsichtig gestaltete Vereinbarung lässt verlässlich erkennen, welche Aufgaben von den jeweiligen Beauftragten übernommen werden und welche verbleibenden Tätigkeiten im unmittelbaren Aufgabenbereich der Geschäftsleitung verbleiben. Der Inhalt einer Vereinbarung kann somit unmittelbar die Haftungsrisiken der nach dem LkSG verantwortlichen Akteure erweitern oder reduzieren.

Eine Vereinbarung kann zugleich dem Nachweis dienen, dass ein vom LkSG erfasstes Unternehmen die Funktionen des Menschenrechts- und Beschwerdebeauftragten eingerichtet und Zuständigkeiten verlässlich und klar verteilt hat. Für die Beauftragten selbst dient eine Vereinbarung der Information über ihre neuen Pflichten und über die besonderen gesetzlichen Anforderungen an ihre Rolle – im Fall des Beschwerdebeauftragten bspw. die Verpflichtung zur Unparteilichkeit und Verschwiegenheit. Sollen die Beauftragten innerhalb einer Unternehmensgruppe für mehrere Unternehmen tätig werden, bietet die Vereinbarung die Möglichkeit, Geschäftsleiter anderer Unternehmen darauf zu verpflichten, die Beauftragten bei ihrer Tätigkeit zu unterstützen.

Das Risikomanagement von Unternehmen wird mit zunehmenden Erfahrungen angepasst werden und auch neue Herausforderungen und Risiken aufgreifen müssen. Der Aufgabenbereich von Menschenrechts- und Beschwerdebeauftragten sollte daher regelmäßig daraufhin überprüft werden, ob die personelle und sachliche Ausstattung und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen noch sachgerecht ist und die Sorgfaltspflichten des LkSG wirksam erfüllt werden können. Vereinbarungen mit Menschenrechts- und Beschwerdebeauftragten sollten daher Flexibilität aufweisen, um an ein sich weiterentwickelndes Risikomanagement des Unternehmens oder eine geänderte Verfahrensordnung zum Beschwerdeverfahren angepasst zu werden.

Neues aus der Owlit-Datenbank unter www.research.owlit.de

Tipps der Redaktion

| | | |
|--|--|---------------|
| Dipl.-Jur. Matthias Kneissl LL.M. <i>ESGZ</i> | Verfassungsrechtliche Grundlage der Nachhaltigkeitsberichterstattung in Deutschland | » ESGZ1460803 |
| Ewald Plum <i>ESGZ</i> | Kampf gegen den Menschenhandel: EU einigt sich auf strengere Vorschriften | » ESGZ1460805 |
| Prof. Dr. Henning Zülch / WP/StB Dipl.-Kffr. Tanja Gemünden <i>DER BETRIEB</i> | Bereit für die Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)? | » DB1457790 |
| Prof. Dr. Inge Wulf / Prof. Dr. Patrick Velte <i>DER BETRIEB</i> | Nachhaltigkeitsberichterstattung nach dem Referententwurf eines Umsetzungsgesetzes zur CSRD – Eine kritische Würdigung | » DB1460035 |
| Berthold Welling <i>ZUR</i> | Von Gesetzes wegen: Der steinige Pfad zur nachhaltigen Compliance | » ZURE1460224 |

Ich möchte weitere Nutzer für mein Abonnement registrieren, was muss ich tun?

Pro Abonnement können sich bis zu drei Nutzer mit unterschiedlichen Zugangsdaten unter derselben Abo-Nummer registrieren. Jeder Nutzer muss den Registrierungsprozess unter www.owlit.de/registrierung einzeln durchlaufen.



Modul-Tipp für CRZ Kunden

ESG

Dieses Modul informiert über alle aktuellen Entwicklungen und Herausforderungen im Bereich ESG. Es enthält die wichtigsten Werke der Verlage **Fachmedien Otto Schmidt** und **Otto Schmidt**. Enthalten sind die **Zeitschriften** ESGZ und KlimaRZ, abgerundet wird das Modul durch den aktuellen **Kommentar** LkSG sowie das **Fachbuch** Corporate Sustainability. Damit sind Sie immer auf der sicheren Seite und bleiben auf dem neusten Stand zu aktuellen Entwicklungen im Bereich Nachhaltigkeit und Recht.

Sie haben außerdem Zugriff auf über 1.2 Mio. Urteile und über 550.000 Vorschriften aus dem EU-, Landes- und Bundesrecht.



**Jetzt 4 Wochen
gratis testen**

erhältlich ab
54,00€



>> www.owlit.de/gratis-esg

E-Learning Kurs mit flexiblem Start | 8 Lernvideos

Legal Deep Dive: Umsetzung des LkSG in der Praxis

LERNVIDEO 1

Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des LkSG

LERNVIDEO 2

Risikomanagement: Unternehmensinterne Zuständigkeiten / Grundsatzerklärung/Dokumentation und Berichterstattung

LERNVIDEO 3

Risikoanalyse im eigenen Geschäftsbereich

LERNVIDEO 4

Risikoanalyse bei unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern

LERNVIDEO 5

Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich und bei Zulieferern

LERNVIDEO 6

Abhilfemaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich und bei Zulieferern

LERNVIDEO 7

Beschwerdemechanismus

LERNVIDEO 8

Deutsche vs. europäische Lösung – von der Liefer- zur Wertschöpfungskettensorgfalt: Parallelen und wesentliche Unterschiede?

Ihre Expertin:



Dr. Cäcilie Lüneborg

Rechtsanwältin und Partnerin,
SZA Schilling, Zutt & Anschutz,
Frankfurt



Jetzt informieren und anmelden!

<https://fmos.link/lr-ldd>

oder QR-Code
scannen



Unsere Lernreisen finden online statt und bieten Ihnen die Flexibilität, Ihr Wissen und Ihre Fähigkeiten in Ihrem eigenen Tempo und von jedem Ort aus zu erweitern.

Veranstalter:

Live & Learn | Events by
FACHMEDIEN
otto schmidt

Für ESG

„Gibt es eine Datenbank, mit zuverlässigen Informationen zu aktuellen Entwicklungen im Bereich Nachhaltigkeit und Recht? Ein idealer Wegweiser bei allen Herausforderungen im Bereich ESG?“

Ja, Owlit.

Erleichtern Sie sich Ihren Arbeitsalltag!

erhältlich ab
54,00€



Das Modul „**ESG**“ informiert über alle aktuellen Entwicklungen und Herausforderungen im Bereich ESG. Sie recherchieren praxisnah und anwendungsbezogen zu diesem Thema in den wichtigsten Werken der Verlage Fachmedien Otto Schmidt und Otto Schmidt.

Damit sind Sie immer auf der sicheren Seite und bleiben auf dem neusten Stand zu aktuellen Entwicklungen im Bereich Nachhaltigkeit und Recht.

Außerdem haben Sie vollen Zugriff auf über 1,2 Mio. Urteile und über 550.000 Vorschriften aus dem EU-, Landes-, und Bundesrecht.

Erleichtern Sie sich Ihren Arbeitsalltag mit Owlit.



Jetzt 4 Wochen gratis nutzen!

www.owlit.de/gratis-esg

oder QR-Code
scannen





Klimaschutz braucht Recht

Die Zahl der Klimaklagen nimmt immer stärker zu und ist ein Ausdruck dafür, dass der Klimawandel eine der drängendsten Herausforderungen für die Welt ist. Die juristische Dimension des Klimaschutzes und des Klimarechts rückt dabei immer stärker in den Fokus.

KlimaRZ – die neue Zeitschrift für materielles und prozessuales Klimarecht

➔ Up to date im dynamischen Klimarecht

Überblick über alle komplexen Fragen des Klimarechts, die aktuelle Rechtsprechung und die klimarechtlichen Debatten.

➔ Internationale Ausrichtung

Bericht über gesetzliche Vorgaben sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene.

➔ Unabhängige Berichterstattung

Wahl der wichtigsten Themen, neutral, aus rein redaktioneller Sicht, frei von äußeren Einflüssen.

➔ Gesammeltes Wissen verständlich auf den Punkt

Unterschiedliche Interessen, Prioritäten und Perspektiven für Sie zusammengefasst.

➔ Medienvielfalt

Die Online-Datenbank Owlit ermöglicht jederzeit den digitalen Recherche-Zugriff. Sie ist bereits im Preis inkludiert und steht 3 Nutzern mit einer breiten Auswahl an Urteilen, Gesetzestexten und Verwaltungsanweisungen zur Verfügung.



Jetzt gratis testen: www.klimarz.de

QR-Code scannen und testen!

