

Haftungsrechtlicher Rahmen von nachhaltiger Zertifizierung in textilen Lieferketten

Gutachten im Auftrag des VZBV

Berlin, 30.11.2021

Autorinnen und Autoren

Peter Gailhofer
Öko-Institut e.V.

Carola Glinski
Universität Kopenhagen

Unter der Mitwirkung von:
Julia Ludwig und Maren Diener

Kontakt

info@oeko.de
www.oeko.de

Geschäftsstelle Freiburg

Postfach 17 71
79017 Freiburg

Hausadresse

Merzhauser Straße 173
79100 Freiburg
Telefon +49 761 45295-0

Büro Berlin

Borkumstraße 2
13189 Berlin
Telefon +49 30 405085-0

Büro Darmstadt

Rheinstraße 95
64295 Darmstadt
Telefon +49 6151 8191-0

Inhaltsverzeichnis

1	Summary	5
2	Einleitung	8
3	Sorgfaltspflichten und ihre Zertifizierung in transnationalen Lieferketten: begriffliche Vorfragen	10
3.1	Menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten für die Lieferkette: Gegenstand einer Zertifizierung	11
3.2	Formalisierungsgrade einer Zertifizierung	15
4	Regulatorische Funktion und rechtliche Verantwortung von Zertifizierern de lege lata	16
4.1	Die Rolle von Zertifikaten beim Nachweis und in der Durchsetzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten	17
4.1.1	Zur Rolle von Audits und Zertifikaten bei der behördlichen Durchsetzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten	17
4.1.2	Relevanz von Zertifikaten für zivilrechtliche Ansprüche Geschädigter gegen Textilunternehmen wegen Verstößen gegen unternehmerische Sorgfaltspflichten?	21
4.1.2.1	Vertragliche Ansprüche	21
4.1.2.2	Deliktsrechtliche Ansprüche	24
4.1.2.3	Haftungserleichterungen aufgrund von Zertifikaten?	28
4.1.2.4	Kollisionsrechtliche Hürden für haftungsrechtliche Ansprüche	30
4.1.2.5	Ansprüche von Verbraucher*innen wegen Sorgfaltspflichtverstößen in der Lieferkette?	32
4.1.2.6	Zur Rolle von Zertifikaten im Zivilprozess: Darlegungs- und Beweislast	34
4.2	Haftung des Zertifizierers für fehlerhafte Zertifizierungsleistungen de lege lata	37
4.2.1	Vertragliche Ansprüche	38
4.2.1.1	Anspruch aus selbständigem Garantievertrag	38
4.2.1.2	Anspruch gemäß der Eigenhaftung Dritter gemäß § 311 Abs. 3 BGB	38
4.2.1.3	Haftung nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	39
4.2.2	Deliktische Ansprüche: § 823 Abs. 1 BGB	41
4.2.3	§ 826 BGB	44
4.3	Zwischenergebnis	44
5	Zertifizierer als selbstständige Träger von Sorgfaltspflichten und als Haftungsadressaten	45

5.1	Herausforderungen an die Verlässlichkeit der Zertifizierung	45
5.2	Sorgfaltspflichten für Zertifizierer	46
5.2.1	Zertifizierung in transnationalen Lieferketten	46
5.2.1.1	Verhältnis Standardisierung – Zertifizierung	46
5.2.1.2	Verhältnis von Ober- und Untergesellschaft bei transnationalen Zertifizierungsorganisationen	46
5.2.2	Rechtliche Rahmenbedingungen für Zertifizierer in verschiedenen Bereichen	47
5.2.2.1	Europäisches Produktsicherheitsrecht	47
5.2.2.2	Europäische Schiffsklassifizierung und Schiffsrecycling	51
5.2.2.3	Europäische Nachhaltigkeitszertifizierung	54
5.2.2.4	Textilsektor	60
5.2.2.5	Systematisierende Zusammenfassung ‚lessons learned‘	64
5.2.2.6	Vergleich mit unternehmerischen Sorgfaltspflichten	71
5.3	Haftung der Zertifizierer für die Nicht-Einhaltung kodifizierter Zertifiziererpflichten	73
5.3.1	Einführung	73
5.3.1.1	Haftung gegenüber beim Zulieferer Geschädigten für mangelhafte Zertifizierung	73
5.3.1.2	Haftung gegenüber Verbraucher*innen für mangelhafte Zertifizierung	73
5.3.2	Haftung bei gesetzlich verpflichtender Zertifizierung von Lieferketten	74
5.3.2.1	Europäische Ebene	74
5.3.2.2	Haftung nach allgemeinen Grundsätzen für die Nichteinhaltung kodifizierter Zertifiziererpflichten	75
5.3.2.3	Haftung für Zertifizierung von Lieferketten ohne gesetzliche Zertifizierungspflicht	79
5.3.2.4	Regulierungsmöglichkeiten	80
5.3.3	Haftung von Zertifizierern gegenüber Verbraucher*innen	83
5.3.3.1	Haftung nach § 9 Abs. 2 UWG n.F.	83
5.3.3.2	Mindestanforderungen an Siegelgeber und Zertifizierer	83
5.4	Rechtstechnische Möglichkeiten der Regelung von Zertifiziererpflichten	84
5.4.1	Große Lösung auf europäischer Ebene	84
5.4.2	Deutsches Recht	84
5.4.2.1	Verpflichtende Zertifizierung	84
5.4.2.2	Anforderungen an Zertifizierungsorganisationen	85
5.4.2.3	Prüfpflichten der Zertifizierungsorganisationen	85
5.4.2.4	Haftung der Zertifizierungsorganisationen	85
6	Schlussfolgerungen	86

1 Summary

Conformity assessments, labels, seals and certificates have considerable economic significance and are a key issue with regard to consumer rights, not least in the garment sector. The sustainable production of textiles is an important criterion for many consumers' daily decisions, and certificates are often the only source of information. This relevance for consumers, which could, in theory, lead to a "pull" towards more sustainable production, explains the increasing political interest in the topic.

Private certificates are also highly relevant from a regulatory point of view: Certification organisations have become essential actors in monitoring compliance with social and environmental standards in transnational supply chains. Where there are no applicable rules and/or possibilities of regulatory intervention in transnational supply chains, private standardisation and certification systems can help to close such gaps in regulation and enforcement. Where certificates are based on ambitious and possibly highly specialised standards, they can become a valuable yardstick for court rulings and provide guidance in the development of binding rules and regulations.

However, certificates do not yet do justice to their theoretical governance potential. A number of serious industrial accidents, especially in the garment sector, raise doubts about the trustworthiness of certification organisations. Such cases point to structural problems that prevent certification organisations from exercising appropriate due diligence when it comes to auditing and granting certificates. Deficiencies in (private) standards that underpin voluntary certification are also frequently the subject of criticism.

This report analyses the legal causes of these shortcomings. It discusses regulatory means that would ensure adequate standards and diligent certification in order to increase their potential for regulating transnational supply chains. It clarifies what legal role certificates can play *de lege lata* in the fulfilment of corporate due diligence obligations for textile supply chains. In a second step, the report outlines the legal responsibility of certifiers for violations of third party-rights that are (partly) caused by false certificates. Thirdly, building on these preliminary questions, the report explores legal pathways to establish legal responsibility of certifiers and to eliminate regulatory shortcomings.

Section 4 of the report shows that private standards and/or certificates can already play a significant role in the implementation and enforcement of human rights and environment-related due diligence obligations of companies. This may happen especially, when authorities, in a particular case, require verifying relevant facts or controlling compliance with technical or organizational standards in order to enforce legally binding due diligence obligations. Where companies face potential liability for the infringements of rights in the supply chain, private standards and certificates can be used to establish the assumption of a duty of care in individual cases and/or can be of importance in proving breaches of duty in court. To fulfil this role, however, certificates must be reliable and conform to those standards that are recognised in relevant circles as necessary and feasible to avoid damage.

As there is often a lack of both established administrative practice as well as judicial standards, the relevance of certificates in substantiating compliance with corporate due diligence obligations remains to a large extent a question of the individual case. Authorities and courts will, in many cases, find reasons to doubt that certificates are reliable. This is not only due to economic and structural problems in practice, which tend to create incentives for negligent certification and weak standards rather than supporting due diligence, but also has regulatory reasons. The legal responsibility of certifiers is asymmetrical: explicit contractual rights of the contracting companies contrast rather unspecified liability risks of the certifiers for the infringement of third party-rights. These latter liability risks tend to be further mitigated by problems of enforcement and shortcomings in access to justice.

Against this background, the second part of the report (section 5 et. seq.) discusses possible courses of action to ensure the legal responsibility of certifiers. This would also improve the reliability of certificates. A “certification-friendly” design of corporate due diligence obligations would be helpful in both scenarios considered, i.e. with respect to ensuring the quality of certificates *without* specific legal requirements and as a basis for establishing a regulatory framework for certifiers. Such a “certification-friendly” design could be achieved by either setting more concrete due diligence requirements in a supply chain law, including by means of sector- and/or commodity-specific legal rules, or at the level of legally validated private standardisation systems. For example, concrete activity-related rules, binding prohibitions or reduction pathways for specific substances could be included in legislation, compliance with which would then only have to be verified by the certifiers. Procedural due diligence obligations may be broken down into their certifiable components.

In addition, the creation of a legal framework for the certification of supply chains should be considered. Building on accreditation obligations, such a legal framework should require that certification organisations maintain a subsidiary based in the EU or Germany and grant the relevant authorities (extensive) supervisory powers. In addition to requirements regarding certifiers’ internal organisation, procedural and methodological requirements for certification should be laid down. These should include both checks of the due diligence systems of the companies in Germany and on-site inspections abroad.

The report also suggests that appropriate requirements for certifiers cannot and should not be simply subsumed under the general corporate due diligence requirements set out in a supply chain law. In contrast to corporate due diligence obligations, which aim to ensure compliance with human rights and certain environmental requirements by third parties, and which are predominantly understood as best effort obligations with regard to the achievement of these goals, certifier-specific due diligence obligations are intended to ensure independence and impartiality as well as quality of the certification. These are specific, indispensable requirements for certification, the success of which must be guaranteed, even in the more distant links of the supply chain. Unlike in corporate supply chains, as explained in a detailed discussion of existing legislation, outsourcing of certification duties should not be the rule but the exception. Legislation should therefore clarify that the legal responsibility of the accredited and commissioned certification body cannot be delegated. Given these and other specific features of certification-specific due diligence obligations, the report recommends a stand-alone regulation or a separate chapter of a supply chain law on the matter.

In order to address the structural problem of proximity of certifiers to the companies they certify and the highly asymmetrical liability risks of the certifiers, the rights of potentially injured parties should also be strengthened, for example by creating or improving participatory rights, complaint mechanisms and improving access to justice. Further possibilities for action concern more far-reaching interventions in the certifier market, for example through the obligation to rotate certifiers or the creation of a certification fund (such as the Bangladesh Accord).

Effective and enforceable liability rules of certifiers for (co-)caused rights violations are indispensable not only from the perspective of the affected parties but also from a regulatory point of view. Liability can already result from general rules and principles, namely of tort law. Nevertheless, an explicit statutory liability provision would be preferable. Such a provision could also clarify important issues that are relevant in practice, for example, regarding the relaxation of the burden of proof and the joint and several liability of the certified enterprise and certifier.

Legislation regarding the enforcement of corporate and certifier-specific due diligence obligations by consumers and consumer organisations will play an important role in the future. In addition, the

report recommends defining minimum standards for labels and certificates. Non-compliance could also be sanctioned by means of consumer law.

2 Einleitung

Das im Juni 2021 beschlossene Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) regelt in Deutschland erstmalig rechtsverbindliche unternehmerische Sorgfaltspflichten zur Vermeidung, Beendigung oder Wiedergutmachung von Umweltschäden und Menschenrechtsverletzungen in globalen Lieferketten. Damit soll anerkannt werden, dass Deutschland aufgrund seiner hohen globalen wirtschaftlichen Verflechtung eine besondere Verantwortung für einen nachhaltigen und fairen Welthandel trägt und dass deutsche Unternehmen sich aufgrund ihrer starken Einbindung in globale Wertschöpfungsketten Menschenrechtsverletzungen und gravierenden Umweltproblemen gegenübersehen.¹ Gerade im Textilsektor haben deutsche Unternehmen den Rohstoffanbau und die Produktion in Niedriglohnländer ausgelagert, in denen etwa fundamentale Arbeitsschutzverletzungen an der Tagesordnung sind. Auch und gerade hier werden auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette Umweltschäden mit erheblichen Auswirkungen für Arbeiter*innen und Einheimische verursacht, zum Beispiel Wasserverschmutzungen durch die Verwendung von Pestiziden beim Baumwollanbau.² Zwar sind insbesondere die umweltbezogenen Sorgfaltspflichten im LkSG lückenhaft, zur wirksamen Um- und Durchsetzung des Gesetzes bleiben Fragen offen. Gleichwohl ist das LkSG als ein bedeutender Schritt in der seit Jahren sich intensivierenden Dynamik um die Regelung, und die effektive Um- und Durchsetzung einer *Corporate Social Responsibility* und verbindlicher menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten zu betrachten.

Der bisherige Mangel an verbindlichen und rechtssicheren Regelungen für die Lieferkette ist ein wesentlicher Grund dafür, dass private Audits und Zertifizierungen das bislang maßgebliche Instrument zur Überprüfung und Kontrolle der Einhaltung von Sozial- und Umweltstandards sind. Konformitätsbewertungen, Label, Siegel oder Zertifikate (i.F. Zertifikate) besitzen eine erhebliche wirtschaftliche und verbraucherrechtspolitische Bedeutung. Dies gilt nicht zuletzt im Textilsektor. Die nachhaltige Produktion von Textilien ist für eine stetig sich erhöhende Zahl von Verbraucher*innen ein wichtiges Kriterium für ihre Kaufentscheidungen, einschlägige Zertifikate sind dabei häufig die einzige Informationsgrundlage. Schon in Anbetracht dieser Relevanz für Verbraucher*innen, die in der Summe auch zu einem „pull“ hin zu nachhaltigerer Produktion führen könnte, erklärt sich auch ein zunehmendes politisches Interesse an der Thematik: Die Debatte um die Vertrauenswürdigkeit von Zertifikaten, um einen „Siegelwildwuchs“ oder „Siegeldschungel“³ und um entsprechende Lösungsansätze ist seit längerem in vollem Gange.

Aus regulatorischer Sicht besitzen private Zertifikate auch aus anderen Gründen eine hohe Relevanz: Zertifizierungsorganisationen sind zu wesentlichen **Akteuren bei der Überwachung der Einhaltung von Sozial- und Umweltstandards** in transnationalen Lieferketten geworden.⁴ Wo es an anwendbaren Regeln und/oder am Zugriff von Behörden fehlt, also „governance gaps“ in transnationalen Lieferketten bestehen, können private Standardisierungs- und Zertifizierungssysteme unter Umständen helfen, Regelungs- und Durchsetzungslücken zu schließen. Zumindest, soweit Zertifikate sich auf anspruchsvolle und vielleicht hochspezialisierte Standards stützen, können sie zum wertvollen Maßstab von Gerichtsentscheidungen werden und

¹ Vgl. BT-Drucksache 19/30505 vom 9.06.2021, S. 19f.

² Report of the Changing Markets Foundation: The false promise of Certification, Mai 2018, S. 63f.

³ <https://www.umweltbundesamt.de/themen/durchblick-im-siegeldschungel>

⁴ Glinski/Rott, The role and liability of certification organisations in transnational value chains, Deakin L. Rev. 23, 2018.

bei der Entwicklung verbindlicher Regelwerke Orientierung bieten.⁵ Diese (potenziellen) Funktionen, Regelungs- und/oder Durchsetzungslücken zu füllen und zur Herausbildung von Umwelt- und Sozialstandards beizutragen, sind wesentliche Gründe dafür, dass private Standards und Zertifikate auch in immer mehr Regelwerken eine wesentliche Rolle einnehmen. Dies gilt gerade auch für die Regulierung von Lieferketten: In den Regelungsmechanismen der Europäischen Holzhandelsverordnung und der Europäischen Konfliktmineralienverordnung haben private Standards und Nachweissysteme eine wichtige Funktion. In der Debatte um ein deutsches Lieferkettengesetz wurde diskutiert, inwieweit und in welcher Form externe Audits privater Standards zum Nachweis der Einhaltung rechtsverbindlicher Sorgfaltspflichten herangezogen werden sollten.⁶

Zertifikate könnten also eine produktive Rolle bei der Sicherstellung nachhaltiger textiler Lieferketten spielen, indem sie einerseits bei Umsetzung und Kontrolle der Einhaltung unternehmerischer Pflichten in Lieferketten unterstützen und andererseits das Vertrauen von Verbraucher*innen in Nachhaltigkeitszertifizierung stärken und damit einen nachhaltigen Konsum fördern. Praktisch steht der Verwirklichung dieser Potenziale aber eine Vielzahl von Problemen im Weg. Insbesondere wirft eine Reihe von schweren Industrieunfällen, wie die der Brand in der pakistanischen Ali Enterprises Fabrik und der Einsturz des Rana Plaza in Bangladesch auch und gerade in der Textilbranche Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit von Zertifizierungsorganisationen (i.F. Zertifizierern) auf. Derartige Fälle deuten auf strukturelle Probleme hin, die verhindern, dass Zertifizierungsorganisationen bei der Prüfung und Vergabe von Siegeln die erforderliche Sorgfalt walten lassen. Auch Defizite der (privaten) Standards, die freiwilligen Zertifizierungen zumeist zugrunde liegen, werden vielfach kritisiert: Demnach bilden diese, weil sie einen zu hohen Grad an branchenweiter Inklusion anstreben und ständig mit der Gefahr eines „label shopping“ von Unternehmen konfrontiert sind, in ihren Anforderungen häufig lediglich den kleinsten gemeinsamen Nenner ab.⁷

Ihren theoretischen Steuerungspotenzialen werden Zertifikate also noch nicht gerecht. Nicht weniger als in der übergeordneten Diskussion um unternehmerische Sorgfaltspflichten deuten die genannten Unfälle und auch ihre strukturellen Ursachen darauf hin, dass es an Mechanismen fehlt, welche die Einhaltung der angemessenen Sorgfalt – in diesem Fall durch Zertifizierungsunternehmen – in transnationalen Wertschöpfungsketten gewährleisten würden. Nicht weniger als in der übergeordneten Debatte stellt sich damit die Frage, wie angemessene Standards für Zertifizierer und deren sorgfaltsgemäße Um- und Durchsetzung in transnationalen Wertschöpfungszusammenhängen sichergestellt werden können. Folgerichtig kann auch die Frage gestellt werden, ob und wie auch der übergeordnete *Lösungsansatz* einer gesetzlichen Regelung von Sorgfaltsstandards für transnationale Wertschöpfungszusammenhänge dazu geeignet sein könnte, die Regulierungsdefizite im Hinblick auf Zertifikate und Zertifizierer zu beseitigen.

Das vorliegende Gutachten geht der Frage nach, wo die rechtlichen Ursachen für die benannten Defizite liegen. Es untersucht, welche rechtlichen Weichenstellungen sinnvoll sind, um adäquate Standards und sorgfaltsgemäße Zertifizierungen sicherzustellen, damit diese ihre potenziellen regulatorischen und verbraucherrechtspolitischen Funktionen bei der Regulierung transnationaler Lieferketten besser erfüllen können. Diese Überlegungen werden vor dem Hintergrund der

⁵ Vgl. etwa Glinski, Bridging the Gap – The Legal Potential of Private Regulation, in: Olaf Dilling/Martin Herberg/Gerd Winter (Hrsg.), Responsible Business: Self-Governance and the Law in Transnational Economic Transactions, Oxford 2007.

⁶ S. den Entwurf für Eckpunkte eines Bundesgesetzes über die Stärkung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in globalen Wertschöpfungsketten (Sorgfaltspflichtengesetz), 4. Safe Harbour.

⁷ Vgl. Brad et. al. The false promise of certification, 2018, S. 85f.

spezifischen – weitgehend rechtlich nicht geregelt – Situation von Standards und Zertifizierungen im Textilsektor angestellt. Sie nehmen angesichts der aktuellen rechtlichen Entwicklungen aber gerade auch Möglichkeiten einer sektorübergreifenden Lösung in den Blick und erörtern unter anderem, inwieweit eine übergeordnete Regelung, beispielsweise in einem Lieferkettengesetz, eine Gelegenheit ist, um auch die rechtliche Verantwortung von Zertifizierern zu normieren.

Das Gutachten geht diese Aufgabenstellung in mehreren Teilschritten an:

Erstens wird geklärt, welche rechtliche Rolle Zertifikate de lege lata bei der Erfüllung unternehmerischer Sorgfaltspflichten für textile Lieferketten spielen können. Wann und inwieweit können sorgfaltspflichtige Textilunternehmen beispielsweise ihre Haftungsrisiken mindern, indem sie freiwillig Zertifikate nutzen? Unter welchen Bedingungen können Zertifikate genutzt werden, um die Einhaltung ordnungsrechtlicher Vorgaben – insbesondere im neuen LkSG – für die Lieferkette nachzuweisen?

In einem **zweiten Schritt** werden die Rahmenbedingungen der rechtlichen Verantwortung von Zertifizierern beschrieben. Können Zertifizierungsunternehmen unter den Bedingungen freiwilliger Zertifizierungen für Rechtsverletzungen, die durch falsche Zertifikate (mit) verursacht werden, in Anspruch genommen werden?

Aufbauend auf diesen Vorfragen werden **drittens** Lösungsansätze erarbeitet, um die rechtliche Verantwortung von Zertifizierern zu normieren und die benannten Regelungsdefizite zu beseitigen. Hierfür beschreibt das Gutachten zunächst existierende Beispiele für die Schaffung eines Regelungsrahmens für Zertifizierungen in unterschiedlichen (nicht-textilen) Wertschöpfungsketten und arbeitet Vorteile und regulatorische Probleme dieser Regelungsmodelle heraus. In einem zweiten Schritt wird erörtert, inwieweit sich durch die Regelung einer verbindlichen Zertifizierung von Lieferketten – beispielsweise in einem Lieferkettengesetz – haftungsrechtlich Veränderungen für Zertifizierer ergeben würden. Schließlich werden rechtstechnische Handlungsoptionen zur Regelung von Zertifiziererpflichten vorgeschlagen.

3 Sorgfaltspflichten und ihre Zertifizierung in transnationalen Lieferketten: begriffliche Vorfragen

Die Beantwortung der Frage, welche rechtliche Rolle Zertifikaten einnehmen können, hängt naturgemäß auch vom Gegenstand der Zertifizierung ab. Es sind also zunächst Inhalt und Umfang menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten zu umreißen, um dann (unter 3.2.) einschätzen zu können, ob, in welcher Weise und inwieweit private Standards und/oder Zertifizierungen die Einhaltung dieser Pflichten nachweisen können. Unter 4. kann dann weiter erörtert werden, ob und in welcher Form entsprechende private Nachweise wiederum im Rahmen von öffentlich-rechtlichen (4.1.1.) und zivilrechtlichen (4.1.2.) Durchsetzungsmechanismen berücksichtigt werden können.

3.1 Menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten für die Lieferkette: Gegenstand einer Zertifizierung

Das Konzept unternehmerischer Sorgfaltspflichten für die Lieferkette (der „human rights due diligence“)⁸ hat, insbesondere seit Verabschiedung der Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte (UN-Leitprinzipien) im Jahr 2011 immens an Bedeutung gewonnen. Diese sehen vor, dass Unternehmen geeignete Verfahren etablieren, um die negativen Auswirkungen, die in ihrer Lieferkette – insbesondere auch durch Zulieferer oder Tochterunternehmen – verursacht werden, zu ermitteln und entsprechende (Gegen-)Maßnahmen ergreifen, um diese Auswirkungen zu verhüten, zu vermeiden, zu beenden oder auch Maßnahmen zur Wiedergutmachung zu ergreifen, sofern bereits Schäden eingetreten sind.⁹

Eine Reihe von soft-law Standards, wie etwa die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen¹⁰ die dazu ergangenen OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct¹¹ und auch diverse sektorspezifische Due Diligence Guidances orientieren sich an den UN-Leitprinzipien.¹² Insbesondere integrieren aber nicht nur das deutsche LkSG, sondern auch eine Vielzahl sektorübergreifender und sektorspezifischer Gesetze verbindliche menschenrechtliche Sorgfaltspflichten: zu nennen sind etwa das französische Sorgfaltspflichtengesetz,¹³ „sektorspezifische Insellösungen“ (z.B. EU-Holzhandels-Verordnung¹⁴, EU-Konfliktmineralienverordnung¹⁵, Sect. 1502 des US-amerikanischen Dodd-Frank Act¹⁶) und „schutzgutbezogene Insellösungen“¹⁷ (insbesondere zu Sklaverei¹⁸ und Kinderarbeit¹⁹), sowie Reporting- und andere Transparenz-Ansätze (beispielsweise der California Transparency in Supply

⁸ Human Rights Council: Human rights and transnational corporations and other business enterprises, 15. Juni 2011, A/HRC/17/L.17/Rev.1.

⁹ Vgl. Scherf et.al., Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, UBA Texte 102/2019, 24.

¹⁰ OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2nd ed. 2011 [dt. Fassung: OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen - Empfehlungen für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln in einem globalen Kontext].

¹¹ <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>.

¹² S. dazu etwa Scherf et.al., Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, UBA Texte 102/2019, 26 ff.; z. Ganzen s.a. Krebs, in: Gailhofer/ Krebs/ Proelß/Schmalenbach/Verheyen (Hrsg.), Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm. An International and Transnational Perspective, erscheint 2022.

¹³ LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre [= Gesetz über die Sorgfaltspflicht der Muttergesellschaften und der auftraggebenden Unternehmen], <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034290626/>; vgl. dazu etwa Krebs, Wirtschaft und Menschenrechte: die „Loi Rana Plaza“ vor dem französischen Conseil constitutionnel, VerBlog, 2017/3/29, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20170329-212246>.

¹⁴ VO (EU) Nr. 995/2010 vom 20. Oktober 2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzzeugnisse in Verkehr bringen, ABl. L295/23.

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

¹⁶ H.R.4173 - Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act), <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/04173>.

¹⁷ Vgl. Scherf et.al., Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung Abschlussbericht, UBA Text 138/2020, 61

¹⁸ Prominent im UK Modern Slavery Act 2015 und im australischen Modern Slavery Act 2018, s. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>.

¹⁹ S. das am 14. Mai 2019 vom niederländischen Senat verabschiedete "Gesetz über die Sorgfaltspflicht bei Kinderarbeit" ("Wet Zorgplicht Kinderarbeid").

Chains Act²⁰ und die europäische CSR-Richtlinie²¹). Ein Entwurf der Kommission für eine sektorübergreifende Regelung umwelt- und menschenrechtsbezogener Sorgfaltspflichten auf europäischer Ebene ist in allernächster Zeit zu erwarten.²²

Eine umfassende Darstellung der Parallelen und Differenzen zwischen unterschiedlichen Standards und Regelungen unternehmerischer Sorgfaltspflichten ist an dieser Stelle nicht möglich.²³ Es soll aber typisierend auf einige übergreifende Eigenschaften unternehmerischer Sorgfaltspflichten eingegangen werden, bevor in den nächsten Abschnitten erörtert werden kann, welche Rolle Zertifizierungen bei Nachweis und Durchsetzung der Einhaltung dieser Pflichten spielen können. Auf diese basale Differenzierung des Regelungsgehalts unternehmerischer Sorgfaltspflichten kann im weiteren Verlauf des Gutachtens zurückgegriffen werden, wo geklärt werden soll, ob und inwieweit deren Einhaltung durch Zertifizierungen nachgewiesen werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist *erstens* festzuhalten, dass bezüglich unternehmerischer Sorgfaltspflichten **ein Bündel unterschiedlicher Typen von Sorgfaltspflichten** unterschieden werden kann:

Diese normieren prominent **Verfahrenspflichten**, und damit vor allem **organisatorische Vorgaben** zur Ermittlung und Bewertung von nachteiligen Auswirkungen, Dokumentations- und Berichterstattungspflichten sowie Pflichten zu Schaffung personeller Zuständigkeiten oder Organisationseinheiten.²⁴ Als Verfahrenspflichten haben Sorgfaltspflichten vor allem den Zweck, Risiken und Gefahren zu identifizieren und Unternehmen (oder auch Behörden und die Öffentlichkeit) damit in die Lage zu versetzen, Maßnahmen zur spezifischen Risikovorsorge und Gefahrenabwehr zu bestimmen und so auch Pflichten zur Vermeidung von Rechtsgutverletzungen nachzukommen.²⁵

Verfahrenspflichten stehen damit – als vorgelagerte Pflichten –²⁶ in einem engen funktionalen Zusammenhang mit **unternehmerischen Präventionspflichten**, Beeinträchtigungen der Rechte anderer in ihrer geschäftlichen Einflussphäre so gut wie möglich zu vermeiden.²⁷ Sorgfaltspflichten werden in diesem substanziellen Sinne als Verpflichtungen eines Unternehmens verstanden, die *im Einzelfall erforderlichen und angemessenen Maßnahmen* zu ergreifen und im Rahmen seiner Möglichkeiten zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um zu verhindern, dass es in seiner

²⁰ California Transparency in the Supply Chains Act of 2010 (SB 657).

²¹ RL 2014/95/EU vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen (CSR-Richtlinie).

²² S. dazu Krebs, Menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht: Der Wettlauf zwischen europäischer und deutscher Rechtsetzung, ZUR 7-8/2021, 394 ff. Vgl. a. P9_TA-PROV(2021)0073 Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen (2020/2129(INL)), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/provisoire/2021/03-10/0073/P9_TA-PROV\(2021\)0073_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/provisoire/2021/03-10/0073/P9_TA-PROV(2021)0073_DE.pdf).

²³ Für eine solche Auseinandersetzung s. etwa Scherf et.al., Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung, UBA Texte 102/2019.

²⁴ Vgl. Europäisches Parlament, (Fn.22), Erwägungsgrund (20).

²⁵ S. z. Ganzen schon Gailhofer, Rechtsfragen im Kontext einer Lieferkettengesetzgebung, UBA Factsheet 12/2020; Gailhofer/Verheyen, Klimaschutzbezogene Sorgfaltspflichten: Perspektiven der gesetzlichen Regelung in einem Lieferkettengesetz, ZUR 7/8, 2021.

²⁶ Vgl. Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009, 160.

²⁷ Vgl. ILA Study Group on Due Diligence in International Law, Second Report July 2016, 33 f.

Wertschöpfungskette zu nachteiligen Auswirkungen auf die Menschenrechte oder die Umwelt kommt, und um gegen derartige Auswirkungen vorzugehen, wenn sie auftreten.²⁸ Häufig, aber nicht notwendigerweise werden solche substanziellen Pflichten sich auf die Vermeidung von Rechtsverletzungen in den Produktions- oder Anbauländern im Ausland beziehen.

Zweitens wird der **materielle Regelungsgegenstand** unternehmerischer Sorgfaltspflichten durch den Verweis auf externe Normen bestimmt. In einem Lieferkettengesetz beziehen sich Sorgfaltspflichten auf den Schutz der Menschenrechte bzw. der Umwelt. Der Bezugspunkt, an dem sich die zu vermeidenden Risiken, oder die nach Möglichkeit abzuwendende Rechtsverletzung bestimmen,²⁹ liegt also in menschenrechtlichen Gewährleistungen, oder umweltrechtlichen Ge- oder Verboten im nationalen oder internationalen Recht.³⁰ Substanzielle Pflichten zur Risikovorsorge und Abhilfe sind damit regelmäßig *akzessorisch*: ihr Inhalt und ihr Umfang erschließen sich erst in Abhängigkeit von unmittelbar geltenden Pflichten, nämlich der Einhaltung menschenrechtlicher oder umweltbezogener Ge- oder Verbote.³¹

Bei der *Konkretisierung von Sorgfaltspflichten* bestehen *drittens* regelmäßig erhebliche **Entscheidungsspielräume** der Unternehmen. Denn unternehmerische Sorgfaltspflichten werden überwiegend nicht als Erfolgs-, sondern als *Bemühenspflichten* begriffen: Demnach müssen Unternehmen nicht garantieren, dass in ihren Lieferketten keine Sorgfaltspflichten verletzt werden. Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt vielmehr erst vor, wenn die im Einzelfall *angemessenen Maßnahmen* nicht getroffen wurden, um die Rechtsverletzung zu verhindern.³² Die Frage, welche Maßnahmen im Einzelfall *angemessen* sind, bestimmt sich nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit, nach Schwere und Wahrscheinlichkeit der betreffenden Pflichtverletzung, sowie insbesondere nach den Einflussmöglichkeiten der Unternehmen auf Zulieferer oder Tochterunternehmen in der Lieferkette, vgl. § 3 Abs. 2 LkSG.

Häufig wird angenommen, dass unternehmerische Sorgfaltspflichten *generell* als Bemühenspflichten in diesem Sinne verstanden werden sollten. Diese pauschale Aussage erscheint bei genauerer Betrachtung aber wenig plausibel.

So wird schon hinsichtlich der UN-Prinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte eine Erfolgspflicht zur Abwendung von Rechtsverletzungen angenommen, die unmittelbar durch die Unternehmen selbst verursacht werden: Diese sollen dann ohne eine Möglichkeit, den Nachweis pflichtgemäßen Verhaltens zu erbringen, die Verantwortung für eingetretene Rechtsverletzungen tragen.³³ Auch das

²⁸ Vgl. Erwägungsgrund (20) der Empfehlungen des EU-Parlaments (s.o., Fn.22).

²⁹ Zumindest, sofern Sorgfaltspflichten nicht regelungstechnisch als eine rein schutzgutbezogene Generalklausel ausgestaltet werden, die sich etwa darauf beschränken, Risiken/Schäden an allgemein bezeichneten Umweltgütern zu vermeiden, s. Krebs, in: Gailhofer/ Krebs/ Proelß/Schmalenbach/Verheyen (Hrsg.), *Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm. An International and Transnational Perspective*, erscheint 2022.

³⁰ § 2 Abs. 3 LkSG bezieht sich etwa auf konkrete umweltvölkerrechtliche Primärpflichten. Als Bezugspunkte der Sorgfaltspflicht werden aber auch, deutsches oder europäisches Umweltrecht oder nationale Regelungen der Drittstaaten, in denen Zulieferer oder Tochterunternehmen operieren, in Erwägung gezogen, Verheyen, Ein deutsches Lieferkettengesetz: Echte Chance für den Umweltschutz, Stellungnahme, August 2020; Gailhofer/Verheyen, Klimaschutzbezogene Sorgfaltspflichten: Perspektiven der gesetzlichen Regelung in einem Lieferkettengesetz, ZUR 7/8, 2021.

³¹ Vgl. dazu Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht, 161, 281 f.; vgl. a. Spindler, Unternehmensorganisationspflichten – zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, 2011, 54, 1056.

³² S. Gesetzesbegründung zum LkSG, BT Drs. 19/28649, 41.

³³ S. Bonnitcha/McCorquodale, The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, EJIL 28 (2017), 912 ff; die Prinzipien differenzieren bezüglich des anzulegenden

LkSG differenziert in § 7 bezüglich der von den Unternehmen zu treffenden Abhilfemaßnahmen zwischen im eigenen Geschäftsbereich im Inland begangenen Pflichtverletzungen, und solchen, die im Ausland, *im eigenen Geschäftsbereich* oder durch *kontrollierte Unternehmen*, oder aber durch sonstige unmittelbare Zulieferer begangenen werden. Im eigenen Geschäftsbereich im Inland *muss* die Abhilfemaßnahme zu einer Beendigung der Verletzung führen, im eigenen Geschäftsbereich im Ausland oder bei kontrollierten Unternehmen immerhin noch „in der Regel“, §§ 7 Abs. 1 S. 4, 2 Abs. 6 S. 3 LkSG. Diese Pflicht steht zwar fraglos im Einklang mit dem Angemessenheitskriterium.³⁴ Denn im eigenen Geschäftsbereich steht das Unternehmen in einem so engen Zusammenhang mit dem Risiko, dass von ihm erwartet werden kann, die unmittelbar bevorstehende oder bereits eingetretene Verletzung unverzüglich zu beenden.³⁵ Da diese Bewertung aber vom Gesetzgeber vorweggenommen wurde, eine eigene Beurteilung der Angemessenheit durch das Unternehmen gerade nicht mehr erforderlich ist, ist es schwerlich sinnvoll, noch von einer Bemühenspflicht zu sprechen.³⁶ Auch im Hinblick auf bestimmte eigene Verfahrenspflichten der Unternehmen dürfte es wenig überzeugend sein, Bemühenspflichten anzunehmen. Diese regeln, wie bei Pflichten zur Einrichtung von Organisationseinheiten, zur periodischen Dokumentation und/oder Berichterstattung, oder bestimmten Aufbewahrungspflichten für erforderliche Dokumentationen sehr konkret, was zu tun ist und dürften auch ohne Prüfung der Angemessenheit des entsprechenden Verhaltens die Feststellung eines Pflichtverstoßes zulassen.

Demnach sollte bei den ggf. zu zertifizierenden Sorgfaltspflichten differenziert werden zwischen Verfahrenspflichten und substanziellen Pflichten zur Vermeidung von Rechtsverletzungen, die wiederum *jeweils* Bemühens- oder Erfolgspflichten sein können. Diese Unterscheidung ist nicht nur theoretischer Natur.³⁷ So hat das Nebeneinander unterschiedlicher Pflichten verschiedentlich Anlass dazu gegeben, auf Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Um- und Durchsetzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten hinzuweisen. Man kann etwa die Frage stellen, ob und inwieweit sich Unternehmen etwa durch den Nachweis, ihren gesetzlich geregelten Verfahrenspflichten nachgekommen zu sein, gegen den Vorwurf verteidigen können, ungenügende Maßnahmen auch

Sorgfaltsmaßstabs zwischen unmittelbar durch Dritte verursachten nachteiligen Auswirkungen auf die Menschenrechte und der Verantwortung für Auswirkungen, die mit ihren Produkten oder Geschäftstätigkeiten unmittelbar verbunden sind, vgl. etwa Prinzip 13.

³⁴ Schon aus dem Angemessenheitskriterium selbst folgt, dass sich Entscheidungsspielräume im Hinblick auf Risiken in Lieferketten de facto auf null reduzieren können. Dies kann etwa der Fall sein, wenn das sorgfaltspflichtige Unternehmen bei rechtlich oder faktisch kontrollierten ausländischen Unternehmen umfassende eigene Weisungsbefugnisse oder vergleichbar effektive Einflussmöglichkeiten hat, die erforderlichen Maßnahmen erkennbar und im Verhältnis zum Risiko wirtschaftlich zumutbar sind und Gefahrenlage und Bedeutung der bedrohten Schutzgüter konkrete Maßnahmen gebieten, vgl. Gailhofer/Verheyen, Klimaschutzbezogene Sorgfaltspflichten: Perspektiven der gesetzlichen Regelung in einem Lieferkettengesetz, ZUR 7/8 (2021).

³⁵ S. Deutscher Bundestag, Gesetzesbegründung zum LkSG, Drucksache 12/28649, 48.

³⁶ Auch in der vielbeachteten niederländischen Entscheidung in der Sache Milieudefensie v. Shell stand das Gericht vor der Herausforderung, Verkehrssicherungspflichten als Erfolgs- oder Bemühenspflichten zu definieren. Es entschied, dass die Reduktionsverpflichtung bis 2030 eine Erfolgspflicht für das eigene Unternehmen und alle, auch ausländischen, Tochterunternehmen darstellt. Demgegenüber wurde eine Bemühenspflicht für Scope 3-Emissionen angenommen, im Kontext einer Lieferkettenregelung also für die Zulieferer und Emissionen aus dem Endprodukt. S. Rechtbank Den Haag, 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Das Urteil ist in englischer Übersetzung online zugänglich unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>.

³⁷ Relevant ist die Unterscheidung auch im Hinblick auf die bezüglich der gesetzlichen Regelung viel diskutierte Frage der Vorgaben des Bestimmtheitsgebots, s. dazu Gailhofer, Rechtsfragen im Kontext einer Lieferkettenregulierung, UBA Factsheet 2020.

gegen im Einzelfall vorhersehbare und vermeidbare Rechtsverletzungen getroffen zu haben.³⁸ Eine Differenzierung unterschiedlicher Pflichten stellt dagegen etwa klar, dass mit einer Einhaltung von Verfahrenspflichten keineswegs auch die Verpflichtungen von Unternehmen zur Vermeidung von Schäden oder Rechtsverletzungen „abgehakt“ werden können.³⁹

Dabei liegt auch nahe, dass die Unterschiede zwischen diversen Sorgfaltspflichten auch für die hier begutachtete Fragestellung relevant sind: Denn private Standards und technische Regelwerke dürften sich insbesondere eignen, um standardisierbare Verfahrenspflichten und Organisationsabläufe zu normieren. Zertifizierungen werden regelmäßig punktuelle, ggf. periodische Prüfungen beinhalten.⁴⁰ Die Annahme, dass eine entsprechende „Auslagerung“ unternehmerischer Sorgfalt auf Zertifizierer substanzielle Pflichten zur Vorsorge und Abhilfe erfüllen könnte, erscheint daher schon prinzipiell wenig überzeugend. Demgegenüber dürften sich Verfahrenspflichten, insbesondere wo sie klare und eindeutige Regeln enthalten, gut für eine Standardisierung eignen und können ggf. auch durch unverbindliche und/oder private und ggf. sektorspezifische Organisationsstandards konkretisiert werden.

3.2 Formalisierungsgrade einer Zertifizierung

Auch im Hinblick auf die große Vielfalt von Zertifizierungssystemen und Möglichkeiten ihrer gesetzlichen Berücksichtigung sind einleitend einige begriffliche Unterscheidungen angezeigt.

Zunächst kann dahingehend unterschieden werden, ob es sich um eine rechtsverbindliche Zertifizierung von Pflichten oder um freiwillige Zertifikate handelt.

Sodann ist **zwischen Standardisierung und Zertifizierung** unterscheiden.

³⁸ Vgl. etwa mit Blick auf das Verhältnis der im LkSG geregelten Sorgfaltspflichten zur deliktischen Haftung *Krajewski*, Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten Drucksache 19/28649, online zugänglich unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/837944/8500200d19e619bf989449a7948cbe45/19-11-1136-Materialzusammenstellung-data.pdf>, 96; vgl. a. Art. 19 Nr. 3 der Resolution des Europäischen Parlaments vom 10.3.2021 mit Empfehlungen an die Kommission hinsichtlich unternehmerischer Sorgfaltspflichten und unternehmerischer Verantwortung.

³⁹ S. UN Human Rights Council (2018), Abs. 29; Bueno/ Bright, Implementing Human Rights Due Diligence through corporate civil liability, *International and Comparative Law Quarterly* 69(4), 2020, Bonnitcha/McCorquodale, The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, *EJIL* 28 (2017); EU COM, Study on due diligence requirements through the supply chain, 2020, 17, 252. An anderer Stelle wurde mit Blick auf solche Unsicherheiten vorgeschlagen, von unterschiedlichen Typen unternehmerischer Sorgfaltspflichten auszugehen. *Selbständige Verfahrenspflichten* fixieren ein – mehr oder weniger detailliertes – *in Form und zeitlichem Ablauf standardisiertes* Normprogramm, das etwa die Institutionalisierung von Prozessen zur Beurteilung und zum Management von Risiken und Gefahren, Berichtspflichten, oder die Unterhaltung von Beschwerdemechanismen vorschreibt. Selbständige Verfahrenspflichten sind weitergehenden Pflichten vorgelagert. Sie können sich zu *organisatorischen oder substanziellen Präventionspflichten* verdichten, sofern infolge der standardisierten Maßnahmen konkrete Risiken oder Gefahren für Rechtsgutverletzungen bekannt werden. Im Grundsatz kann der Gesetzgeber auch *materielle Ge- oder Verbote* für transnational agierende Unternehmen in einem Lieferkettengesetz regeln. Solche Pflichten entstehen nicht erst in Abhängigkeit von drohenden Rechtsverletzungen durch Dritte. Sie stellen zudem keine Bemühungspflichten dar, sondern formulieren kategorische *stoff- oder tätigkeitsbezogene Ge- oder Verbote*, z.B. das eindeutige Verbot, quecksilberhaltige Produkte in Herstellungsprozessen zu nutzen, oder Vorgaben zur Einhaltung konkreter CO²-Reduktionspfade. Dazu schon, Gailhofer, Rechtsfragen im Kontext einer Lieferkettengesetzgebung, UBA Factsheet 12/2020.

⁴⁰ Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, 1014.

So handelt es sich bei Textilsiegeln in der Regel um **(private) Standardisierungssysteme**, die nun entweder – auch als konkurrierende Systeme – zur Konkretisierung rechtlicher Pflichten herangezogen werden können oder auch (weiterhin) als freiwillige Systeme über solche rechtlichen Vorgaben hinausgehen können.

Zertifizierung meint hingegen die formelle Bestätigung der Erfüllung vorher festgelegter Standards in Bezug auf Produkte oder auch auf qualitätssichernde bzw. sorgfaltspflichteneinhaltende Prozesse oder Systeme. Folgerichtig kann im Folgenden von drei abstrakten Varianten eines Nachweises gesetzlicher Sorgfaltspflichten durch Zertifikate ausgegangen werden:

Erstens können Zertifikate die **formelle Bestätigung der Erfüllung gesetzlich festgelegter unternehmerischer Sorgfaltspflichten** enthalten, die die zu zertifizierenden Standards – etwa in einem (hinreichend konkreten) gesetzlichen Pflichtenkatalog – konkret festlegen.

Zweitens können Zertifikate die Einhaltung von Regeln bestätigen, die sich aus privaten Standardisierungssystemen ergeben, die aber **die gesetzlichen Vorgaben konkretisieren**. Ein Bedarf zur Konkretisierung wird sich einerseits aus hochgradig unbestimmten Rechtsbegriffen in einem Lieferkettengesetz ergeben, die insbesondere mit der Regelung von Sorgfaltspflichten als Bemühenspflichten verbunden sind – bei der Bestimmung der im konkreten Fall „angemessenen Maßnahmen“. Im Grundsatz kann sich der Bedarf an Konkretisierung im Grundsatz auch hinsichtlich der Festlegung des Schutzguts der unternehmerischen Sorgfalt entstehen. So könnten private Normen zur Konkretisierung des ge- oder verbotenen Verhaltens herangezogen werden, etwa bei der Festlegung, soweit diese nicht im Einzelnen aufgezählt sind, der umweltbezogenen Verbote, anhand derer umweltrechtliche Risiken zu bestimmen sind.⁴¹

Schließlich können Zertifizierungen, drittens, ausschließlich freiwillige Standards abprüfen, die über die gesetzlich geforderten Pflichten hinausgehen.⁴²

Im Textilsektor gibt es bisher keine gesetzlich vorgeschriebene Zertifizierung. Bei der Betrachtung der Situation *de lege lata* im **ersten Teil** des Gutachtens bilden daher freiwillige Zertifizierungen den Ausgangspunkt der Überlegungen. Aufbauend auf diese Überlegungen werden im zweiten Teil (5.) werden demgegenüber Varianten einer gesetzlichen Regelung von selbständigen Zertifiziererpflichten erörtert.

4 Regulatorische Funktion und rechtliche Verantwortung von Zertifizierern *de lege lata*

Im ersten Teil des Gutachtens wird die Frage erörtert, welche Rolle Zertifikate *de lege lata* beim Nachweis unternehmerischer Sorgfaltspflichten spielen können. Die Funktion von Zertifizierungen bei der Um- und Durchsetzung des LkSG ist noch nicht abschließend geklärt – die Bearbeitung hat daher bereits denkbare Rechtsentwicklungen im Hinterkopf zu behalten. Die Untersuchung fokussiert vor diesem Hintergrund die Rechtslage im Kontext des Textilsektors und soll Defizite identifizieren, die laufende Regulierungsbestrebungen adressieren könnten. Dabei wird zunächst geklärt, welche Rolle Zertifikate bei der behördlichen oder verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung

⁴¹ Als Maßstab für die Feststellung von Risiken und Rechtsverletzungen wird so auch der europäische „Stand der Technik“ vorgeschlagen, s. Verheyen, Ein deutsches Lieferkettengesetz: Echte Chance für den Umweltschutz, Stellungnahme, August 2020.

⁴² Z. Ganzen s. Glinski/ Rott, The role and liability of certification organisations in transnational value chains, Deakin Law Review, 83 ff.

spielen können (unter 4.1.1). Sodann wird erörtert, inwiefern sich aus Zertifikaten eine Erleichterung für zertifizierte Textilunternehmen hinsichtlich ihrer zivilrechtlichen Haftungsrisiken ergeben kann (unter 4.1.2). In einem zweiten Unterabschnitt (4.2) wird geprüft, inwieweit Zertifizierungsorganisationen selbst für fehlerhafte Zertifizierungsleistungen und hieraus entstandene Schäden haftbar gemacht werden können.

4.1 Die Rolle von Zertifikaten beim Nachweis und in der Durchsetzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten

Die Durchsetzung rechtsverbindlicher unternehmerischer Sorgfaltspflichten kann mit unterschiedlichen Instrumenten erfolgen. Angesichts der Herausforderungen, die mit dem Nachweis von unterschiedlichen Pflichtverstößen, ggf. komplexen Schadensverläufen und diversen Fallkonstellationen in grenzüberschreitenden Lieferketten einhergehen, wurde überzeugend vorgeschlagen, einen möglichst breit und umfassend konzipierten *enforcement mix* einzuführen.⁴³ Der Gesetzgeber hat sich demgegenüber dafür entschieden, im LkSG praktisch⁴⁴ exklusiv auf einen ordnungsrechtlichen Durchsetzungsmechanismus zu setzen. Dabei bleiben zivilrechtliche Ansprüche, die schon unabhängig vom Gesetz aufgrund der Verletzung von Sorgfaltspflichten bestehen unberührt.

Im Folgenden wird der Frage nach der (potenziellen) Funktion von Zertifikaten beim Nachweis der Einhaltung und bei der Durchsetzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten nachgegangen. Vor dem Hintergrund des Gesagten erfolgt dies zunächst mit Blick auf ordnungsrechtliche Instrumente am Beispiel des LkSG und sodann im Zusammenhang mit der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche.

4.1.1 Zur Rolle von Audits und Zertifikaten bei der behördlichen Durchsetzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten

Gem. § 19 Abs. LkSG ist das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) zuständig für die Kontrolle und Durchsetzung der Vorschriften des LkSG. Durch die §§ 15 ff. LkSG werden darüber hinaus Rechte und Aufgaben des BAFA konkretisiert. Eine grundlegende behördliche Prüfung findet durch die gesetzlich vorgeschriebene fortlaufende Dokumentation und Berichterstattung des Unternehmens über die Erfüllung der Sorgfaltspflichten statt, § 12 LkSG. Daneben ist die Behörde zu Anordnungen und Maßnahmen befugt, um den Pflichtenverstoß festzustellen, zu beseitigen oder zu verhindern, § 15 LkSG. Dazu gehört beispielsweise das Recht der Behörde, das Betriebsgelände der Unternehmen zu betreten, die Herausgabe von Geschäftsunterlagen zu verlangen und dem Unternehmen konkrete Handlungen zur Einhaltung seiner Pflichten aufzuerlegen. Zur Durchsetzung und Sanktion von Pflichtverstößen können Unternehmen insbesondere Zwangs- und Bußgelder, z.B. wenn das Unternehmen keinen zuständigen Menschenrechtsbeauftragten benennt, die erforderliche Risikoanalyse nicht, unrichtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig durchführt, behördlichen Anordnungen nicht Folge leistet oder den jährlichen Bericht nicht einreicht.

⁴³ Krebs et. al. Von der menschenrechtlichen zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht: Aspekte zur Integration von Umweltbelangen in ein Gesetz für globale Wertschöpfungsketten, UBA Texte 49 2020, 62.

⁴⁴ Eine zivilprozessrechtliche Neuerung liegt in der Regelung der „besonderen Prozessstandschaft“ in § 11 LkSG.

Das LkSG enthält bislang⁴⁵ keine Regelung darüber, ob und inwieweit Zertifikate bei der behördlichen Kontrolle und Durchsetzung der Einhaltung von Sorgfaltspflichten herangezogen werden können. Dies spricht allerdings nicht grundsätzlich dagegen, dass Behörden ihnen vorgelegte, freiwillige Zertifikate bei der Kontrolle und Durchsetzung der Sorgfaltspflichten berücksichtigen. Für die Einbeziehung in das behördliche Verfahren sprechen zunächst naheliegende praktische Gründe. Ordnungsrechtliche Instrumente sind kostenintensiv⁴⁶ und weitgehend auf das staatliche Hoheitsgebiet begrenzt; ein behördliches Tätigwerden in den Produktionsstätten im Ausland wird regelmäßig nicht möglich sein. Zertifikate, die gerade auch auf Audits vor Ort gestützt werden, könnten die Behörden bei ihren Kontrollen und Durchsetzungsmechanismen unterstützen und entlasten. Gleichzeitig könnten Unternehmen auch durch freiwillige Zertifizierungssysteme bei der Erfüllung ihrer Pflichten zur angemessenen Risikoanalyse und -prävention konkretere, etwa branchen- oder länderspezifische Kriterien und Nachweisinstrumente zur Verfügung gestellt werden. Solche Systeme könnten Unternehmen bei der Erfüllung der Vorgaben des LkSG unterstützen: Gerade die Regelung von Bemühenspflichten soll zwar die Intensität des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit der Unternehmen verringern, wird im Vergleich zu Erfolgspflichten im Ergebnis aber auch mit zusätzlichen Bürokratielasten in Verbindung gebracht.⁴⁷

Bei der Frage, welche Rolle Zertifizierungen *in rechtlicher Hinsicht* für den Nachweis der Einhaltung von Sorgfaltspflichten im Rahmen der behördlichen Kontrolle und Durchsetzung spielen kann, ist auf die oben getroffene Unterscheidung Bezug zu nehmen.

So stellt sich die Frage, ob und unter welchen Bedingungen Zertifizierungen bei der Prüfung der geregelten Pflichten zur *Konkretisierung der gesetzlichen Pflichten* herangezogen werden können, die wie dargestellt zumindest weitgehend als Bemühenspflichten geregelt sind.⁴⁸ Diese lassen den Unternehmen weitreichende Entscheidungsspielräume, fordern aber auch ein zur Minderung von Risiken und Abwehr oder Beendigung von Rechtsverletzungen im konkreten Einzelfall geeignetes, angemessenes Verhalten. Diese Bewertung der Angemessenheit ist bei der Prüfung und Durchsetzung der geregelten Pflichten von der Behörde vorzunehmen. Soweit nicht von einem Beurteilungsspielraum der Verwaltung ausgegangen wird (der ausnahmsweise, bekanntlich aber gerade bei Prognoseentscheidungen angenommen wird), ist diese Bewertung auch verwaltungsgerichtlich überprüfbar.

Bei der behördlichen Bewertung, wie auch deren gerichtlichen Überprüfung, können private Standards unter Umständen eine Rolle spielen, insbesondere indem diese als antizipierte Sachverständigengutachten betrachtet werden. In diesem Sinne werden technische Regelwerke als antizipierte Sachverständigengutachten behandelt. Schon außerhalb des Prozesses wird diesen eine sehr hohe Tragweite beigemessen, indem eine Behörde außer bei Zweifeln oder substantiierten Einwänden keine Ermittlungen bezüglich von den Regelwerken erfassten Tatsachen vorzunehmen hat, sofern sie vorher sorgfältig geprüft hat, wer und mit welcher Zielrichtung die Regeln erlassen hat und ob sie fachlich unumstritten sind. Auch bei der gerichtlichen Überprüfung ist eine (weitere)

⁴⁵ Die Verordnungsermächtigung des § 13 Abs. 2 LkSG zur weiteren Konkretisierung der Regelung der risikobasierten Kontrolle durch die Behörde kann dazu genutzt werden, auch hinsichtlich der Rolle von Zertifikaten nähere Vorgaben zu machen.

⁴⁶ Vgl. etwa Hübner/Thomale, zivilgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung, JZ 2017, 388.

⁴⁷ Vgl. Kaltenborn: Menschenrechtliche Sorgfaltspflicht in der globalen Lieferkette, VerfBlog, 2020/6/07, <https://verfassungsblog.de/menschenrechtliche-sorgfaltspflicht-in-der-globalen-lieferkette/>, DOI: 10.17176/20200607-133251-0.

⁴⁸ Wagner/Rutloff, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Eine erste Einordnung, NJW 2021, 2145.

Beweisaufnahme dann nur unter besonderen Voraussetzungen erforderlich. Würden Zertifikate in dieser Form als antizipierte Sachverständigengutachten betrachtet, könnten sie die Behörden also davon entlasten, für jeden Fall den angemessenen Maßstab zur Risikovorsorge zu ermitteln. Sie könnten damit auch zu einer gleichförmigen Verwaltungspraxis beitragen.⁴⁹

An der Eignung von privaten Standards zur Konkretisierung unternehmerischer Sorgfaltspflichten bestehen allerdings schon grundsätzliche Zweifel. Zumindes, sofern die geregelten Pflichten keine klar bestimmten Verfahrenspflichten normieren, sondern im Sinne von Präventionspflichten tatsächlich wirksame Maßnahmen zur Vermeidung von Verletzungen der gesetzlichen Schutzgüter fordern,⁵⁰ dürfte eine so weitgehende rechtliche Funktion, wie die eines antizipierten Sachverständigengutachtens ausgeschlossen sein. Den Nachweis der Einhaltung des dynamischen *einzelfallbezogenen* Maßstabs der Angemessenheit unternehmerischer Sorgfaltspflichten werden freiwillige Zertifizierungen und Prüfnachweise, schwerlich leisten können, weil sie regelmäßig nur punktuell die Einhaltung genereller Vorgaben prüfen. Zudem betrifft die Prüfung, welche Maßnahmen angemessen sind, um spezifischen Risiken vorzusorgen oder mehr oder weniger wahrscheinliche Gefahren abzuwehren, in hohem Maße der normativen Entscheidung. Auch private Standards zur Operationalisierung und Konkretisierung rechtsverbindlicher unternehmerischer Sorgfaltspflichten werden als Kompromisse und Auswahl unter mehreren Lösungsalternativen einen mehr oder weniger hohen Anteil an Wertungen enthalten. An solche außerrechtlichen Bewertungen dürfen sich Gerichte nicht ohne weiteres durch antizipierte Beweise binden lassen.⁵¹

Solche Einwände dürften umso mehr Gewicht haben, je weniger private Standards mit einheitlichen oder weitgehend konsentierten internationalen Regeln (zu denken wäre hier etwa an die OECD-Leitlinien)⁵² übereinstimmen. Weniger Unsicherheiten werden demgegenüber im Zusammenhang mit außerrechtlichen, etwa naturschutzfachlichen Fachfragen oder wissenschaftlichen Prognosen und Bewertungen geforderter Maßnahmen bestehen,⁵³ zumindest soweit diese dem wissenschaftlichen Konsens entsprechen. Für die Qualifikation von privaten Standards als antizipierte Sachverständigengutachten ist die Einhaltung der Regeln über die Erstellung von Sachverständigengutachten, insbesondere die Orientierung am aktuellen naturwissenschaftlich-technischen Sachverstand, die nötige Sachkunde, Objektivität, Neutralität und Unabhängigkeit des sachverständigen Gremiums, das das Regelwerk erstellt hat erforderlich. Um eine entsprechende Neutralität technischer Gremien zu gewährleisten, wird etwa angenommen, dass dessen interessenpluralistische Zusammensetzung institutionell gesichert werden müsse, etwa durch eine verfahrensmäßige Repräsentanz des interessenspezifischen Sachverstandes, die rechtliche Weisungsunabhängigkeit des Gremiums sowie hinreichend eindeutige rechtliche Vorgaben für die Beteiligten.⁵⁴ Je mehr sich normkonkretisierende Standards⁵⁵ im oben umrissenen Sinne diesen

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, 534, 536. Zumindes perspektivisch könnten private Standards auch in Verwaltungsvorschriften eine Rolle spielen und damit eine ähnliche vereinheitlichende Funktion erfüllen. Verwaltungsvorschriften beschränken sich nicht nur auf die Regelung der Ermessensausübung der Behörde, sondern erstrecken sich zudem auf die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen, wenn Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Innenverhältnis einzugrenzen sind oder für Prognosen allgemeine Faktoren festgelegt werden sollen, vgl. Spindler, a.a.O., 513.

⁵⁰ Vgl. bezüglich der Relevanz von Zertifikaten im Kontext des HolzSiG, VG Köln, Urteil vom 1.6.2017 – 13 K 2037/15 BeckRS 2017, 130301 Rn. 40, 56.

⁵¹ Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, 538.

⁵² S.o., 2.1.

⁵³ Vgl. etwa BVerwG UPR 1997, 101 (102)

⁵⁴ Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, 504, 537.

⁵⁵ S.o., 3.2.

Maßstäben annähern, desto höher wird man ihre rechtliche Relevanz bei der verwaltungsrechtlichen Konkretisierung und Durchsetzung von Sorgfaltspflichten bewerten können.

Im Vergleich zur Nutzung von Zertifikaten zur Konkretisierung eines gesetzlich oder untergesetzlich im Einzelnen nicht umschriebenen Angemessenheitskriteriums wird die Berücksichtigung von Zertifikaten, die die gesetzlich geregelten Standards im Sinne des ersten oben genannten Typs einer Zertifizierung „abprüfen“ weniger rechtliche Probleme mit sich bringen. In diesem Sinne expliziert auch die Gesetzesbegründung zum LkSG, dass die Überprüfung der Einhaltung der Standards nicht zwingend durch das Unternehmen selbst erfolgen muss, sondern die Inanspruchnahme anerkannter Zertifizierungssysteme zulässig ist.⁵⁶ Um eine maßgebliche Rolle bei der behördlichen Implementierung der Sorgfaltspflichten spielen zu können, müssen Zertifizierungen aber objektiv geeignet sein, aussagekräftige Erkenntnisse über die Erfüllung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale zu liefern.⁵⁷ Auch diesbezüglich stellen sich Probleme, wenn Zertifizierer weder staatlich akkreditiert, beaufsichtigt oder auditiert werden und die zugrundeliegenden Prüfprogramme und Zertifizierungskriterien frei vereinbart werden können.⁵⁸ Auch Mängel hinsichtlich faktisch effektiven Haftungsregelungen für Zertifizierer, die deren rechtliche Verantwortung für defizitäre Standards oder sorgfaltswidrige Audits sicherstellen, rechtfertigen grundsätzliche Zweifel an deren Eignung als Nachweismechanismus.⁵⁹ Die hieraus resultierende geringere Verlässlichkeit der Zertifikate ist von der handelnden Behörde zu beachten. Diese hätte dementsprechend – zumindest, solange über die Voraussetzungen anerkannter Zertifizierungen nach dem LkSG keine Regelungen getroffen werden – im Einzelfall zu prüfen, durch wen die Zertifizierung erfolgt ist, welche Kriterien und Verfahren dabei angewandt worden sind, ob die Prüf- und Zertifizierungsstellen gewinnorientiert arbeiten und inwieweit sie unabhängig sind. Das wird in vielen Fällen nur eingeschränkt möglich sein und die Bedeutung von Zertifikaten gerade auch als Mechanismus zur Entlastung und Unterstützung bei der ordnungsrechtlichen Implementierung jedenfalls erheblich mindern.

Im Grundsatz dürfte freiwilligen Zertifikaten im vorliegenden Kontext nach alldem regelmäßig ein nur geringer Beweiswert zukommen. Im Einzelfall könnten sich sorgfaltspflichtige Unternehmen aber durch die Vorlage von Zertifikaten entlasten, beispielsweise wo die Behörde fahrlässige Sorgfaltspflichtverstöße gemäß § 24 LkSG als Ordnungswidrigkeit ahndet.⁶⁰ Für eine solche Entlastung wird es aber entscheidend darauf ankommen, ob das Unternehmen der Expertise und Bewertung des Unternehmens vertrauen durfte, also keinen Anlass hatte, an der Qualität der Auditierung und den zugrundeliegenden Standards zu zweifeln. Angesichts von „Siegelwildwuchs“ und den zunehmenden Erfahrungen mit den Defiziten der Zertifizierung von Lieferketten sind an ein berechtigtes Vertrauen in diesem Sinne hohe Anforderungen zu stellen.

Im Ergebnis bleiben hinsichtlich der Rolle von freiwilligen Zertifikaten eine erhebliche Rechtsunsicherheit und eine nur bedingte Entlastung der Behörden bei der Kontrolle und Durchsetzung rechtsverbindlicher Sorgfaltspflichten festzustellen. Einen höheren Beweiswert hätten demgegenüber private Zertifizierungsstellen, die sich durch eine Beteiligung verschiedener Akteure

⁵⁶ BTag Drs. 19/28649, S. 48; Justus/Edel/Heine/Heine, BB 2021, S. 2165 (2168).

⁵⁷ Vgl. Kallerhof/Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 26 Rn. 6.

⁵⁸ Vgl. Schucht, Produkt-Zertifikate beim Warenvertrieb – Risikosteuerung und Rechtspflicht, NJW 2019, S. 1335 (1338).

⁵⁹ Wagner, Marktaufsichtshaftung produktsicherheitsrechtlicher Zertifizierungsstellen, JZ 3/2018, 137.

⁶⁰ So wurde etwa im Rahmen der verschuldensabhängigen Haftungstatbestände des Umweltschadensgesetzes ein Verschulden eines Anlagenbetreibers i.S.v. § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG verneint, wenn dieser bei Vornahme der schädigenden Handlung auf Aussagen eines eigenverantwortlich handelnden und nicht weisungsgebunden Gutachters vertraut hat, BVerwG 7 C 29.15, Urteil vom 21. September 2017, Rn. 33.

kennzeichnen, staatlich beaufsichtigt, auditiert, oder akkreditiert sind.⁶¹ Je stärker sich die private Kontrolle qualitativ einer ordnungsbehördlichen Kontrolle rechtlich festgelegter Vorgaben annähert, desto mehr könnte diese zum Nachweis bestimmter Pflichten eingesetzt werden und in diesem Umfang ggf. eigene behördliche Kontrollen ersetzen. Eine entsprechend weitgehende regulatorische Funktion wird beispielsweise EMAS-Zertifikaten zugesprochen. Bei diesen wird wegen der hohen Anforderungen subjektiver und fachlich-sachlicher Qualifikation der Gutachter und ihrer institutionellen Verifizierung vielfach von einer *funktionalen Äquivalenz*, also der gleichen Zielrichtung und Steuerungswirksamkeit der privaten Kontrolle hinsichtlich der materiellen Anforderungen des Verfassungs- und Umweltrechts ausgegangen.⁶²

4.1.2 Relevanz von Zertifikaten für zivilrechtliche Ansprüche Geschädigter gegen Textilunternehmen wegen Verstößen gegen unternehmerische Sorgfaltspflichten?

Für die Frage, welche Rolle Zertifikate für den Nachweis unternehmerischer Sorgfaltspflichten bei zivilrechtlichen Ansprüchen spielen, ist zunächst zu klären, welche Ansprüche – in Lieferkettenfällen typischerweise ausländische – Betroffene gegen das zertifizierte Textilunternehmen überhaupt zur Verfügung stehen, wenn das Unternehmen Rechtsverletzungen und Schäden vorwerfbar mitverursacht.

4.1.2.1 Vertragliche Ansprüche

Neben deliktsrechtlichen Ansprüchen – die den Schwerpunkt in der Diskussion um eine Haftung von Unternehmen entlang der Lieferkette bilden – kommen insbesondere Ansprüche Geschädigter wegen Sorgfaltspflichtverletzungen in der Lieferkette im Wege der Einbeziehung der Betroffenen als Dritte in das Schuldverhältnis zwischen Textilunternehmen und Zulieferer bzw. zwischen Textilunternehmen und Zertifizierer in Betracht.⁶³

⁶¹ Vgl. Maihold, Müller, Saulich, Schöneich, SWP-Aktuell 2021/A 19, 26.02.2021, S. 3, abrufbar unter: <https://www.swp-berlin.org/10.18449/2021A19/>.

⁶² Vgl. Scherzberg, Der private Gutachter im Umweltrecht, NVwZ 2006, S. 377 (379), Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, 1996, 201. Das Umweltauditgesetz soll durch ein verlässliches System der privaten Aufsicht durch streng gewählte und mittelbar staatlich beaufsichtigte Umweltgutachter für die umweltrechtliche Rechtskonformität in Unternehmen bzw. Legal Compliance und die Kontrolle der Kontrolleure Sorge tragen, S. Knopp; Pfaff; Peine, Revision des Immissionsschutzrechts durch die Industrieemissionsrichtlinie, 1. Auflage, lexion, Berlin (2013).359. Auch im Fall einer formalisierten und institutionalisierten Aufgabenübertragung auf Private hat der Staat aber weiterhin ein gewisses Maß an Schutz zu übernehmen und wenigstens die Kontrolle der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung durch die Privaten aufrecht zu erhalten. Der Staat gibt dabei den Anspruch auf die alleinige Gemeinwohlerverwirklichung auf, garantiert aber, dass diese im Zusammenwirken mit anderen, privaten Akteuren (z.B. den Unternehmen, DIN etc.) erreicht werden kann“. Neben einer dem Gefahrenpotenzial adäquaten Kontrolle der Kontrolleure muss er sich für den Fall, dass die privaten Kräfte Gemeinwohlergebnisse verfehlen, aber eine Zugriffsoption vorbehalten. Vgl. zum Ganzen Gesmann-Nüssli, Umweltmanagement und Recht; in: Ernstlicher et. al., Technikrecht. Springer, Berlin, Heidelberg, 2012., 278 ; s.a. Kenzler, Jana, Das umweltrechtliche und vergaberechtliche Privilegierungspotential des gemeinschaftsrechtlichen Umwelt-Audit-Systems (EMAS), Baden-Baden, 2009., 77 ff.; Voßkuhle, Andreas, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung." VVDStRL 62 (2003), 307 ff.

⁶³ Schneider, Menschenrechtsbezogene Verkehrspflichten in der Lieferkette und ihr problematisches Verhältnis zu vertraglichen Haftungsgrundlagen, NZG 2019, 1375. Ansprüche wegen einer Verletzung arbeitsrechtlicher „Fürsorgepflichten“ gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 611a BGB (s.dazu etwa BAG, Urteil vom 24. 9. 2009 - 8 AZR 444/08 (LAG Berlin-Brandenburg Urteil 30. 11. 2007 22 Sa 1127/07), NZA 2010, 337, beck-online Rn. 14) scheitern naheliegenderweise daran, dass die Geschädigten lediglich in

4.1.2.1.1 Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD) werden am Vertragsschluss nicht beteiligte Dritte in die Sorgfalts- und Schutzpflichten des Vertrages einbezogen, wobei sie im Gegensatz zum echten Vertrag zugunsten Dritter kein Recht haben, die Erfüllung des Vertrages zu fordern. Verletzt der Schuldner jedoch seine Schutzpflichten gegenüber Dritten, stehen diesen eigene vertragliche Schadensersatzansprüche zu.⁶⁴

Es ist üblich, dass Textilunternehmen mit ihren Zuliefererbetrieben einen Verhaltenskodex (Code of Conduct) vereinbaren, wonach Zuliefererunternehmen versprechen, einen gewissen Arbeits- und Gesundheitsschutz für die Beschäftigten in ihren Betrieben einzuhalten. Die Vertragsgestaltung dient so als weiterer Durchsetzungsmechanismus unternehmerischer Sorgfaltspflichten.⁶⁵ Es drängt sich der Gedanke auf, dass Zuliefererverträge mit entsprechender Vereinbarung Schutzwirkung zugunsten der Beschäftigten entfalten. Diesen Gedanken könnte man auch auf den Zertifizierungsvertrag übertragen, der die Überprüfung und Bestätigung eben dieser Schutzstandards gewährleisten soll. Die Frage, ob der Zulieferer- oder Zertifizierungsvertrag nach seinem Zweck dahingehend ausgelegt werden könnte, dass er Schutzpflichten auch gegenüber den Beschäftigten enthält⁶⁶ und inwieweit Zertifikate bei der Begründung des Sorgfaltspflichtenverstoß herangezogen werden, kann aber offenbleiben, da der Anspruch regelmäßig aus zwei anderen Gründen scheitern dürfte: erstens könnte so ausschließlich das Zulieferer- oder Zertifizierungsunternehmen, nicht aber das deutsche oder transnationale Textilunternehmen in Anspruch genommen werden, da allein Erstere vertraglich zur Einhaltung der Standards verpflichtet sind.⁶⁷ Zweitens besteht ein Anspruch nur bei einer Schutzbedürftigkeit des Dritten, die von der Rechtsprechung dann verneint wird, wenn der Dritte eigene vertragliche Ansprüche, unerheblich gegen wen, hat. Insbesondere Arbeitnehmer*innen des Zuliefererbetriebes können aber aufgrund ihres Arbeitsvertrages Schadensersatzansprüche gegen jenen geltend machen.⁶⁸

3.1.2.1.2 Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB

Ein weiterer Anknüpfungspunkt für die Haftung von Textilunternehmen entlang der Lieferkette ist es, den Zulieferervertrag als echten Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB (VzD) einzustufen.

Bei einem VzD verpflichtet sich im sog. Deckungsverhältnis der Schuldner gegenüber dem Gläubiger an einen Dritten zu leisten. Das sog. Zuwendungsverhältnis zwischen Gläubiger und

einem Arbeitsverhältnis zu den rechtlich selbstständigen Zuliefererbetrieben oder Tochtergesellschaften mit Sitz in den Produktionsländern stehen.

⁶⁴ Jauernig/Stadler, 18. Aufl. 2021, BGB § 328 Rn. 19-22.

⁶⁵ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, 2016, 30.

⁶⁶ Für den Zulieferervertrag verneint von Heinlein, Zivilrechtliche Verantwortung transnationaler Unternehmen für sichere und gesunde Arbeitsbedingungen in den Betrieben ihrer Lieferanten, NZA 2018, S. 279; LG Dortmund, Urteil vom 10.1.2019 – 7 O 95/15, BeckRS 2019, 388 Rn. 34; Court of Appeals, 9th Circuit, 2009 Jane Doe v Wal-Mart Stores Inc. Schneider weist darauf hin, dass es, wo Zulieferer bestimmte Maßnahmen zum Schutz Dritter ausdrücklich vertraglich zusichern, wenig plausibel ist anzunehmen, dass diese Dritten lediglich in den Schutzbereich dieses Vertrags einbezogen werden. Vielmehr liege es näher, die Dritten (also etwa die Arbeitnehmer der Zulieferer) als Empfänger dieser (Primär)Leistungspflicht einzuordnen und damit von einem Vertrag zugunsten Dritter auszugehen, Schneider, Menschenrechtsbezogene Verkehrspflichten in der Lieferkette und ihr problematisches Verhältnis zu vertraglichen Haftungsgrundlagen, NGZ 2019, 1375.

⁶⁷ Jauernig/Stadler, 18. Aufl. 2021, BGB § 328 Rn. 29.

⁶⁸ Hübner/ Thomale, Zivilgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung, JZ 2017, 390.

Dritten liefert den Rechtsgrund für die Leistung an den Dritten, beispielweise eine Schenkung des Gläubigers an den Dritten.⁶⁹ Um das annehmen zu können, ist zu prüfen, ob nach dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien, den Umständen des Einzelfalls und dem Zweck und typischen Inhalt des Vertrages der Dritte ein eigenes Forderungsrecht erlangen soll. Eine ausdrückliche Erklärung über die Rechtsstellung des Dritten ist nicht notwendig.⁷⁰

Übertragen auf die textile Lieferkette lässt sich für die Annahme eines VzD so argumentieren: der Zulieferer verspricht dem Textilunternehmen durch Vereinbarung des Verhaltenskodex, die Sicherheit und Gesundheit seiner Beschäftigten zu gewährleisten und entsprechende Schutzmaßnahmen durchzuführen (Deckungsverhältnis), während das Textilunternehmen den Beschäftigten diese schuldrechtliche Verpflichtung des Lieferanten zuwendet (Valutaverhältnis). Das Vollzugsverhältnis, in dem der Dritte beim echten Vertrag zugunsten Dritter einen eigenen Anspruch besitzt, liegt zwischen dem Schuldner (Versprechender) und dem Dritten. Für die Annahme eines VzD spricht, dass der Verhaltenskodex eindeutig bezweckt, die Beschäftigten zu schützen; sie sind also die eigentlichen Leistungsempfänger.⁷¹ Das LG Dortmund lehnte einen VzD im Verfahren gegen KiK zwar ab:

„Eine Haftung der Beklagten könnte sich daher allenfalls unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages zu Gunsten Dritter bzw. mit Schutzrechten zu Gunsten Dritter aus dem vormals zwischen der Beklagten und der Fa. B bestehenden Liefervertrag unter besonderer Berücksichtigung des von der Beklagten verwendeten Verhaltenskodex („Code of Conduct“) ergeben. Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich der „Code of Conduct“ ausschließlich an den Vertragspartner der Beklagten - hier also die Fa. B - richtete und diesen zur Einhaltung bestimmter ethischer, sozialer und arbeitsrechtlicher Mindeststandards anhielt. Dass den Mitarbeitern der Beklagten hieraus Ansprüche unmittelbar gegen die Beklagte erwachsen sollten, ist dem Dokument indes nicht zu entnehmen.“⁷²

Eine entsprechende Bewertung der Rechtsverhältnisse kann im Einzelfall allerdings auch anders ausfallen: So wird argumentiert, dass Schadensersatzansprüche des Dritten gegen den Versprechensempfänger (im vorliegenden Fall wäre dies KiK) unter Umständen auch aus dem Valutaverhältnis folgen können: Habe ein Unternehmen in einem Verhaltenskodex mit einem Lieferanten vereinbart, dass dieser zugunsten der bei ihm Beschäftigten Maßnahmen der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes durchführt, verspreche es den Beschäftigten eine identische Leistung, da ihnen nach seinem Willen Maßnahmen der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes durch Leistungen des Lieferanten zugewendet werden sollen. Der Versprechensempfänger hafte daher für Schäden, die Beschäftigte erleiden, weil es seinen Sorgfaltspflichten bei der Überprüfung des Lieferanten nicht nachgekommen sei.⁷³

Bei der Begründung und beim Nachweis einer solchen Pflichtverletzung kann nun auch eine freiwillige Zertifizierung relevant werden: Hier ist maßgebend, dass ein Textilunternehmen die

⁶⁹ BeckOK BGB/Janoschek, 58. Ed. 1.5.2021, BGB § 328 Rn. 1-5

⁷⁰ BGH, Urteil vom 16-10-1990 - XI ZR 330/89 (Oldenburg), NJW 1991, 2209; OLG Bamberg Teilurteil v. 28.4.2020 – 5 U 227/18, BeckRS 2020, 20432 Rn. 27.

⁷¹ Heinlein, Zivilrechtliche Verantwortung transnationaler Unternehmen für sichere und gesunde Arbeitsbedingungen in den Betrieben ihrer Lieferanten, NZA 2018, 281; Schneider: Menschenrechtsbezogene Verkehrspflichten in der Lieferkette und ihr problematisches Verhältnis zu vertraglichen Haftungsgrundlagen, NZG 2019, 1369 ff.

⁷² LG Dortmund, Urteil vom 10.1.2019 – 7 O 95/15, BeckRS 2019, 388 Rn. 33f.

⁷³ Heinlein, Zivilrechtliche Verantwortung transnationaler Unternehmen für sichere und gesunde Arbeitsbedingungen in den Betrieben ihrer Lieferanten, NZA 2018, 279, 280 ff.

Zertifizierungsorganisation beauftragt, um sicherzustellen, dass der Zulieferer die Standards einhält. Dies kann rechtlich so einzuordnen sein, dass das Textilunternehmen den Beschäftigten als Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB im Valutaverhältnis auch die Kontrolle, ob ihre Zulieferer sich an die vereinbarten Verpflichtungen halten, zuwendet. Verletzt das Unternehmen die Kontrollpflicht, werden Schadensersatzansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 328 Abs. 1 BGB ausgelöst. Das Handeln der Zertifizierungsorganisation könnte dem Textilunternehmen dann aufgrund dessen Stellung als Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB zugerechnet werden.⁷⁴ Bei der Prüfung einer Verletzung dieser Kontrollpflicht sowie des Verschuldens, wobei es in der Regel auf einen Fahrlässigkeitsvorwurf nach § 276 Abs. 1, 2 BGB hinauslaufen dürfte, kann nun eine freiwillige Zertifizierung von Bedeutung sein: So argumentierte KiK vor dem LG Dortmund, „sie sei der Verpflichtung zur Sicherstellung und Überwachung der Einhaltung arbeits- und sicherheitsrechtlicher Vorgaben bei der Firma Ali Enterprises unter anderem durch die Durchführung von Auditverfahren regelmäßig und in hinreichendem Maße nachgekommen.“

Welches Maß an Kontrolle durch das Textilunternehmen gefordert ist, kann nicht generell beantwortet werden. Da im Valutaverhältnis zwischen Textilunternehmen und Beschäftigten keine vertraglichen Regelungen über Inhalt und Umfang vereinbart sind, kann das Textilunternehmen gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen entscheiden, wie intensiv es kontrolliert.⁷⁵ Dazu gehört die Berücksichtigung der konkreten örtlichen und betrieblichen Verhältnisse der Zuliefererbetriebe, die Auswahl eines ortskundigen Audit- und Zertifizierungsunternehmens, die Beteiligung der Beschäftigten am Auditverfahren und eine nicht nur punktuelle kurzfristige Überprüfung, sondern kontinuierliche Kontrollen.⁷⁶ Sofern die Einschaltung eines Zertifizierers nur auf freiwilliger Basis erfolgt, die Standards unternehmensintern selbst festgelegt sind und das Verfahren kaum bis gar nicht formalisiert ist, dürfte dem Verfahren grundsätzlich keine herausragende Stellung hinzukommen. Im Einzelfall, wenn ein Zertifizierer gründlich und zuverlässig erscheint oder das Textilunternehmen etwa regelmäßig mit dem Zertifizierer kommuniziert, stichprobenartig Kontrollen durchführt oder sich besonders anspruchsvolle Standards auferlegt, ist es aber nicht ausgeschlossen, dass die Zertifizierung als Nachweis für die Einhaltung der Kontrollpflichten oder jedenfalls als Indiz hierfür gewertet wird. Gerade der Anreiz einer entsprechenden Haftungserleichterung könnte Unternehmen daher motivieren, engmaschige und intensive Kontrollmaßnahmen durchzuführen und zuverlässige Zertifizierungsorganisationen zu beauftragen.⁷⁷

Damit bleibt festzuhalten, dass eine Haftung im Wege des VSD oder zumindest VzD denkbar ist, aber auf unsicherem Boden steht. Bereits die Einordnung des Zulieferervertrages als VSD oder VzD erfordert beträchtlichen rechtlichen Begründungsaufwand und hängt wesentlich von dessen konkreter Ausgestaltung ab.

4.1.2.2 Deliktsrechtliche Ansprüche

Eine prominente Rolle in der Debatte um die Haftung von Unternehmen für die Menschenrechtsverletzungen und Umweltschäden, die aus Sorgfaltspflichtverletzungen in der

⁷⁴ Heinlein, a.a.O., 281; Schneider, Menschenrechtsbezogene Verkehrspflichten in der Lieferkette und ihr problematisches Verhältnis zu vertraglichen Haftungsgrundlagen, NZG 2019, 1376.

⁷⁵ Heinlein, a.a.O., S. 281; Schneider, Menschenrechtsbezogene Verkehrspflichten in der Lieferkette und ihr problematisches Verhältnis zu vertraglichen Haftungsgrundlagen, NZG 2019, 1376.

⁷⁶ Burckhardt, Die Wirksamkeit von Audits in der Textilbranche. Gutachten 2015; Heinlein, NZA a.a.O., 281.

⁷⁷ Schneider, Menschenrechtsbezogene Verkehrspflichten in der Lieferkette und ihr problematisches Verhältnis zu vertraglichen Haftungsgrundlagen, NZG 2019, 1376f.

Lieferkette resultieren, spielen deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen.⁷⁸ Daran dürfte sich durch den exklusiven Fokus des LkSG auf ordnungsrechtliche Durchsetzungsinstrumente nicht viel ändern: Denn damit wird letztlich nur klargestellt, dass die dort geregelten Sorgfaltspflichten die materielle Rechtslage hinsichtlich der zivilrechtlichen Haftung nicht betreffen, § 3 Abs. 3 LkSG.

4.1.2.2.1 Ansprüche gemäß § 831 Abs. 1 BGB

Eine untergeordnete Bedeutung in der Diskussion um die deliktische Haftung für die Verletzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten spielt allerdings § 831 Abs. 1 BGB, nach dem Unternehmen verpflichtet sind, für schädigende Handlungen ihrer sog. Verrichtungsgehilfen einzustehen. Ein hierauf gestützter Anspruch kann einerseits daran scheitern, dass weder der ausländische Zuliefererbetrieb (sei es in Form eines rechtlich selbstständigen Unternehmens oder einer konzerninternen Tochtergesellschaft) noch das Zertifizierungsunternehmen als Verrichtungsgehilfen des Textilunternehmens zu betrachten sind. Denn die entscheidenden Kriterien der Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit des Verrichtungsgehilfen⁷⁹, werden auf die tatsächlichen Verhältnisse in textilen Wertschöpfungsketten häufig nicht übertragbar sein: Zulieferer entscheiden dann frei über Art und Weise ihrer Tätigkeiten und unterliegen bei der Erfüllung ihrer Pflichten des jeweiligen Zulieferervertrages keinen Weisungen des Textilunternehmens.⁸⁰ Im Einzelfall mag man dies mit guten Argumenten anders beurteilen können: In dem Verfahren vor dem LG Dortmund gegen KiK argumentierten die Kläger, dass KiK 75 % der Ware von Ali Enterprises beziehe und daher Alleinauftraggeber, zumindest aber der bedeutendste Auftraggeber sei und daher eine wirtschaftliche Abhängigkeit und faktische Weisungsgebundenheit bestehe.⁸¹ Selbst wenn im Einzelfall die Eigenschaft des Verrichtungsgehilfen bejaht werden könnte, wird für das bestellende Unternehmen aber regelmäßig eine Entlastung nach den Grundsätzen über den dezentralisierten Entlastungsbeweis in Großunternehmen möglich sein. Danach entfällt eine Haftung schon dann, wenn das Unternehmen bei der Auswahl, Überwachung und Anleitung seines leitenden Angestellten die erforderliche Sorgfalt beachtet hat.⁸²

4.1.2.2.2 Haftung nach §§ 823 Abs. 1 BGB

Eine zentrale Rolle spielt demgegenüber die Haftung der Unternehmen gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung einer von Verkehrssicherungs- und/oder Organisationspflichten (VSP).⁸³ VSP knüpfen nach der ständigen Rechtsprechung des BGH an dem Gedanken an, dass jeder, der eine

⁷⁸ S. dazu umfangreich Gailhofer/Krebs/Proelß/Schmalenbach/Verheyen, Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm, erscheint 2022; Peters et. al., Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument work in Public, Private and criminal law, MPIL Research Paper Series No. 2020-06; von Falkenhausen, Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht, 2020; Weller/Thomale, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 4/2017.

⁷⁹ MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 831 Rn. 14.

⁸⁰ Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2016, S. 771ff.

⁸¹ LG Dortmund, Urteil vom 10.1.2019 – 7 O 95/15, BeckRS 2019, 388 Rn. 8.

⁸² MüKoBGB/Wagner § 831 Rn. 49-51.

⁸³ Nach ständiger Rechtsprechung des BGH besteht die Pflicht, innerbetriebliche Abläufe so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter in gebotenen Umfang vermieden werden. Derjenige, der die Organisationsgewalt über ein betriebliches Unternehmen innehat, hat nicht nur für eine sorgfältige Auswahl, Anleitung und Überwachung der Mitarbeiter, sondern auch für Gefahrsicherung in seinem Organisationsbereich zu sorgen, MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 108; BGH NJW-RR 1996, 867 (868) = VersR 1996, 469. Im Folgenden wird nicht zwischen Verkehrssicherungs- und Organisationspflichten differenziert.

Gefahrenlage schafft, etwa durch eine von ihm kontrollierte gefährliche Sache oder durch gefährliches Verhalten, grundsätzlich verpflichtet ist, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern.⁸⁴

Wie an anderer Stelle umfassend ausgeführt,⁸⁵ kann sich eine haftungsrechtliche Rekonstruktion von Sorgfaltspflichten auf eine differenzierte Dogmatik stützen, die ihre Stärke gerade darin hat, dynamische, einzelfallbezogene Pflichten zur Risikoversorge und Gefahrenabwehr zu konkretisieren. Die Grundsätze der Unternehmenshaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB definieren, ganz im Sinne der oben beschriebenen, substanziellen Sorgfaltspflicht zur Abwehr von Rechtsverletzungen in der Lieferkette, akzessorische, risikoadaptierte Pflichten: Inhalt und Umfang auch der deliktischen Verkehrspflichten richten sich nach der Schwere des Risikos bzw. der Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung einer drohenden Gefahr und dem Gewicht des im Einzelnen bedrohten Rechtsguts. Je schwerer die drohende Rechts(gut)verletzung wiegt, desto höher sind die Anforderungen an die Schutzmaßnahmen im Einzelfall (sog. „je-desto-Formel“).⁸⁶ Für die Bestimmung des jeweils anzulegenden Sorgfaltsmaßstabs sind die (objektivierten) Kenntnisse des Sorgfaltspflichtigen zum Zeitpunkt der schadensverursachenden Handlung, sowie seine konkreten Möglichkeiten zur Kontrolle und Einflussnahme heranzuziehen.⁸⁷ Deliktische Pflichten sind damit grundsätzlich unabhängig von öffentlich-rechtlich fixierten Sorgfaltspflichten und gehen potenziell über diese hinaus.⁸⁸ Auch Änderungen und neue Entwicklungen beim Stand der Technik zur Minderung von Risiken und nachteiligen Auswirkungen müssen berücksichtigt werden, insbesondere wenn es sich um schwere Risiken handelt.⁸⁹ Eine Haftungsregelung kann daher – sofern sie auch grenzüberschreitend gerichtlich geltend gemacht werden kann – einen wirksamen Anreiz für die betroffenen Unternehmen schaffen, ihre Risiko- und Gefahrenanalyse und ihre Maßnahmen zur Prävention und Abhilfe an den für sie nach objektiven Maßstäben erkennbaren Umständen und am im betreffenden Kontext anerkannten Sorgfaltsstandard auszurichten.⁹⁰

Nach strittiger, aber im Vordringen befindlicher Auffassung⁹¹ können VSP deutscher Unternehmen auch im Hinblick auf Risiken bestehen, die unmittelbar von Zulieferern oder Tochterunternehmen in der Lieferkette verursacht werden. Diese sollen Sorgfaltspflichten seit jeher für solche Fälle konkretisieren, in denen sich die Gebote der verkehrserforderlichen Sorgfalt nicht von selbst verstehen, weil der Eintritt der Rechtsverletzung selbst nicht der direkten Kontrolle des Handelnden unterliegt. Zweck der VSP ist dann gerade die Zurechnung und Abgrenzung von komplementären Verantwortlichkeiten diverser Akteure, die arbeitsteilig zusammenwirken. Diese müssen ihr

⁸⁴ BGHZ 195, 30 Rn. 6 mwN = NJW 2013, 48; BeckOK BGB/Förster, 58. Ed. 1.5.2021, BGB § 823 Rn. 100-103.5

⁸⁵ S. dazu schon Gailhofer, Rechtsfragen im Kontext einer Lieferkettengesetzgebung, UBA Factsheet Dezember, 2020,

⁸⁶ BGH VersR 2007, 72, 11; vgl. a. Frank, Aspekte zur Risikobewertung beim Eigentumsschutz gemäß § 1004 BGB am Beispiel der Klimaklage eines peruanischen Bauern gegen RWE, ZUR 10 (2019), 518-552.

⁸⁷ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 444 f.

⁸⁸ *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009, 272.

⁸⁹ Förster, BeckOK BGB, 53. Auflage 2020, § 823, Rn. 347.

⁹⁰ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 442 ff.

⁹¹ Vgl. zu den entsprechenden Streitpunkten; Schneider, Menschenrechtsbezogene Verkehrspflichten in der Lieferkette und ihr problematisches Verhältnis zu vertraglichen Haftungsgrundlagen, NGZ 2019, 1372 f.; Glinski/ Rott, The role and liability of certification organisations in transnational value chains, *Deakin Law Review*, 112; Weller/Thomale, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 4/2017; Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2016; Späth/Werner, Die Opekabi Entscheidung, CCZ 2021; Gailhofer/Krebs/Proelß/Schmalenbach/Verheyen (Hrsg.), *International Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm*, erscheint 2022.

Verhalten und ihre Einflussphäre so einrichten, dass etwa auch vorhersehbares Fehlverhalten Dritter möglichst keine nachteiligen Konsequenzen für das potentielle Opfer hat.⁹² Die Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf das arbeitsteilige Zusammenwirken transnationaler Unternehmen mit ihren Zulieferern und Tochterunternehmen wird in einer Reihe von Gerichtsentscheidungen, auch im europäischen Ausland anerkannt.⁹³

Bei der Begründung lieferkettenweiter Sorgfaltspflichten können private Normen eine wesentliche Rolle spielen: Zum einen kann das Recht auf private Standards und entsprechende Prüfungen zurückgreifen, um im Einzelfall im Vergleich zu gesetzlich fixierten Sorgfaltspflichten einen individuell höheren Sorgfaltsmaßstab anzunehmen – freiwillige Zertifizierungen können also herangezogen werden, um die individuellen Kenntnisse und Handlungsmöglichkeiten von Unternehmen zum Zeitpunkt der schadensverursachenden Handlung darzulegen und nachzuweisen. Zweitens reflektieren unternehmerische und branchenweite Selbstregulierungen, was in der Profession selbst als notwendig und machbar zur Vermeidung von Schäden erkannt wird. Nicht nur (öffentlich-)rechtliche, sondern auch institutionalisierte private Normen wie ISO-, CEN/ELEC- oder DIN-Normen und auch die Sicherungsmaßnahmen und Normen, die die (repräsentative) Praxis selbst bereits entwickelt und umsetzt, konkretisieren dann einen objektivierten Sorgfaltsstandard. Zumindest solche Standards und Prüfungen/Kontrollen im Zusammenhang mit freiwilligen Zertifizierungen, die in der Praxis bzw. von repräsentativen Teilen der Praxis (bereits) angewandt oder als angemessen erachtet werden, könnten also unter Umständen auch von deutschen Gerichten zur Bestimmung von Verkehrssicherungspflichten herangezogen werden und damit die Haftung bei Pflichtverletzungen begründen.⁹⁴ Jedenfalls insoweit sich freiwillige Standards an dem sich global herausbildenden Begriff menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten für die Lieferkette orientieren, wird man mit guten Argumenten von der Herausbildung entsprechender Erwartungen des transnationalen Rechtsverkehrs ausgehen können.⁹⁵ Dass auch deutsche Gerichte entsprechende Organisations- und Verkehrspflichten transnationaler Unternehmen für die Lieferkette anerkennen, ist deshalb freilich nicht gesetzt. Man mag dies in Anbetracht der Entwicklungen der vergangenen Jahre⁹⁶ aber durchaus für wahrscheinlich halten.

Die grundsätzliche Möglichkeit der Haftung deutscher Unternehmen wegen der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB lässt sich also bejahen – die Herausforderungen dafür, derartige Ansprüche tatsächlich geltend zu machen, dürften eher in faktischen Hindernissen für Klagen vor deutschen Gerichten, oder, worauf sogleich noch einzugehen ist, im internationalen Privatrecht zu verorten sein.

⁹² Z. Ganzen s. MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 455 ff.

⁹³ So etwa in der Entscheidung der Rechtsbank Den Haag im Fall Milieudéfense vs. Shell vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Das Urteil ist in englischer Übersetzung online zugänglich unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>. Ein weiterer prominenter Fall betrifft die Entscheidung des britischen Supreme Court im Fall Vedanta vs. Lungowe, in der das Gericht feststellte, dass “[a] parent company will [...] be found to be subject to a duty of care in relation to an activity of its subsidiary if ordinary, general principles of the law of tort regarding the imposition of a duty of care on the part of the parent in favour of a claimant are satisfied in the particular case”.

⁹⁴ Z. Ganzen s. Glinski, in Krajewski (Hrsg.), Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, 2018, 79 ff.

⁹⁵ Weller/Thomale, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 4/2017, 521.

⁹⁶ Zu den entsprechenden Entwicklungen s.o., 3.1.

4.1.2.2.3 Weitere deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen

Daneben kommt auch eine Haftung aufgrund von 823 Abs. 2 BGB in Betracht. Mit Bezug auf die Pflichten des LkSG dürfte sich der hierfür erforderliche Verstoß gegen ein Schutzgesetz allerdings nicht begründen lassen.⁹⁷ Denn dieses stellt klar, dass es nicht die Basis für eine neuartige zivilrechtliche Haftung darstellen soll. In Betracht kommt auch unabhängig hiervon aber etwa eine Haftung wegen des Verstoßes gegen umweltbezogene Regelungen im öffentlichen Recht, die drittbeschützenden Charakter aufweisen.⁹⁸ Das vorliegende Gutachten fokussiert gesetzliche Regelungen im LkSG einerseits und andererseits Regelungsoptionen für Zertifizierer im Textilsektor. Überlegungen zu weiteren Verbotsgesetzen werden daher nicht angestellt.

4.1.2.3 Haftungserleichterungen aufgrund von Zertifikaten?

Fraglich ist, wie sich ein Zertifizierungsverfahren auf eine Inanspruchnahme des Textilunternehmens für Schäden, die im Rahmen der ihm obliegenden VSP auftreten, auswirken.

Nimmt ein Textilunternehmen freiwillig an einem Zertifizierungsverfahren teil, übernimmt der Zertifizierer faktisch die Aufgabe der Verkehrssicherung, indem er die Einhaltung bestimmter Arbeitsschutz- oder Umweltstandards überwacht und beurteilt, während das Textilunternehmen sich aus Überwachungstätigkeiten zurückzieht und sich auf die Arbeit des Zertifizierers verlässt. In rechtlicher Hinsicht ist damit davon auszugehen, dass das Unternehmen seine VSP auf den Zertifizierer überträgt und dieser unmittelbar deliktisch verantwortlich ist.⁹⁹ Dies führt allerdings nicht zu einem Erlöschen der VSP beim übertragenden Unternehmen. Vielmehr wandelt sich diese und ist nun darauf gerichtet, den Zertifizierer sorgfältig auszuwählen und fortlaufend zu überwachen, um notfalls auch selbst zur Gefahrenabwehr einschreiten zu können. Der Umfang dieser Überwachungspflicht richtet sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls: je höher das Schadensrisiko ausfällt, d.h. Schadenshäufigkeit und Wahrscheinlichkeit besonders gravierender Schäden, desto intensiver muss kontrolliert und überwacht werden.¹⁰⁰ Diese haftungsrechtlichen Prinzipien verdeutlichen, dass sich Textilunternehmen nicht generell durch Einschaltung eines Zertifizierers ihrer Sorgfaltspflicht entledigen können. Um den Zweck einer Auslagerung der Überprüfung und Zertifizierung nicht zu untergraben, ist es nicht erforderlich - und in einer globalen Lieferkette zudem auch praktisch nicht realisierbar - von dem Unternehmen eine Kontrolle „auf Schritt und Tritt“ zu verlangen. So können im Einzelfall auch stichprobenartige Kontrollen ausreichend sein, wobei ein eigenes Eingreifen erst bei begründetem Anlass zu Zweifeln der sorgfältigen Arbeit des Zertifizierers notwendig sein soll.¹⁰¹

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für eine mögliche Haftungserleichterung aufgrund einer erfolgten Zertifizierung ist die Prüfung, ob das Unternehmen seine VSP im Einzelfall erfüllt hat.¹⁰²

⁹⁷ S. dazu auch unten 5.3.2.2.1.

⁹⁸ Vgl. hierzu Palandt/Sprau, BGB, 80. Aufl. 2021, § 823 Rn. 58.

⁹⁹ Glinski/ Rott, The role and liability of certification organisations in transnational value chains, Deakin Law Review, 104f,

¹⁰⁰ Förster in BeckOK BGB § 823 Rn. 350, 367.

¹⁰¹ Förster in BeckOK BGB § 823 Rn. 368, 371.

¹⁰² Daneben bleibt für eine detaillierte Verschuldens-, d.h. Fahrlässigkeitsprüfung meist kein Raum. Denn auch hier wird die Einhaltung der im Verkehr erforderliche Sorgfalt gem. § 276 Abs. 2 BGB geprüft. Da auch bei der Prüfung der VSP sowohl objektive als auch subjektive Sorgfaltsanforderungen eine Rolle spielen, würde sich die Prüfung in der Argumentation doppeln (MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 38-45, 60).

Das Ergebnis vorwegnehmend kann jedenfalls festgestellt werden, dass eine freiwillige Zertifizierung nicht zwangsläufig Nachweis dafür bieten kann, dass das Unternehmen seiner Sorgfaltspflicht nachgekommen ist. Dies widerspräche dem Zweck des Deliktsrechts, im Einzelfall Schaden auszugleichen und individuelles Verhalten präventiv zu steuern. Allgemein festgelegte Standards reglementieren Verhalten generalisierend und sind nicht als Maßstab dafür geeignet, ob eine Person unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falls die erforderliche VSP eingehalten hat.¹⁰³

So stellen schon die Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Sicherheitsrechts keine für das Deliktsrecht verbindliche und abschließende Regelung der Sorgfaltspflichten der Adressaten dieser Vorschriften dar.¹⁰⁴ Zwar können auch Verwaltungsvorschriften *wertvolle Orientierungspunkte* für die Gerichte bei der Ermittlung der verkehrserforderlichen Sorgfalt im Einzelfall darstellen. Diese wirken insofern aber lediglich als *Mindeststandards*.¹⁰⁵ Für rechtlich geregelte Sicherheitsstandards wie z.B. TÜV-Prüfverfahren oder eine CE-Kennzeichnung für Medizinprodukte gilt ebenso wie für öffentlich-rechtliche Genehmigungen, dass ihre Einhaltung bzw. Erteilung eine VSP-Verletzung nicht grundsätzlich ausschließt.¹⁰⁶ Nach der Rechtsprechung des BGH enthalten technische Normen *„keine abschließenden Verhaltensanforderungen, sodass sich der Verkehrssicherungspflichtige nicht darauf beschränken darf, die Empfehlungen der Normen unbesehen umzusetzen. Vielmehr hat er die zur Schadensabwehr erforderlichen Maßnahmen anhand der Umstände des Einzelfalls eigenverantwortlich zu treffen.“*¹⁰⁷ Auch im Bereich der deliktischen Produzentenhaftung schließen Sicherheitszertifikate nach der Rechtsprechung des BGH die Herstellerhaftung nicht aus: *„Ein Hersteller, der seine Produkte selbst konstruiert, ist nicht ohne weiteres von der Haftung für Schäden durch konstruktive Mängel eines Produktes freigestellt, wenn eine Prüfstelle es überprüft und keine Mängel feststellt.“*¹⁰⁸

Diese Wertung muss erst recht für rein freiwillige Standards gelten.¹⁰⁹ Sie könnte sich zwar zu relativieren, je weiter der Anspruchsgegner von der eigentlichen Gefahr entfernt ist. So differenziert der BGH bei der deliktischen Produzentenhaftung zwischen den am Herstellungs- und Vertriebsprozess eingeschalteten Unternehmen: im Vergleich zum Endhersteller bestehen für Importeure oder Auftragsfertiger in Bezug auf Konstruktionsgefahren geringere Sorgfaltspflichten. Deshalb können sich diese unter Umständen dadurch entlasten, dass sie das Produkt durch einen Sachverständigen oder einer zugelassenen Prüfstelle auf ihre Sicherheit untersuchen lassen haben. Nur bei Zweifeln, dass der Konstrukteur die Sicherheit nicht ausreichend beachtet haben könnte, sind sie verpflichtet, den Verantwortlichen darauf hinzuweisen.¹¹⁰ Damit wird allerdings keine Möglichkeit einer pauschalen Entlastung durch Zertifikate geschaffen. Vielmehr wird letztlich in Übereinstimmung mit dem Angemessenheitskriterium verdeutlicht, dass die weiter bestehenden,

¹⁰³ MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 497.

¹⁰⁴ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 444 f.

¹⁰⁵ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 447. Zur Berücksichtigung internationaler und transnationaler Normen in diesem Zusammenhang s. Glinski, UN-Leitprinzipien, Selbstregulierung der Wirtschaft und Deliktsrecht: Alternativen zu verpflichtenden Völkerrechtsnormen für Unternehmen?, in: Krajewski (ed.), Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten, 2018, 75-91.

¹⁰⁶ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 505.

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 22.8.2019 – III ZR 113/18, BeckRS 2019, 20304 Rn. 15.

¹⁰⁸ BGH, Urteil vom 9.1.1990 – VI ZR 103/89 (Oldenburg), NJW-RR 1990, 406.

¹⁰⁹ OLG Saarbrücken, Urteil vom 30.11.2017 – 4 U 19/ 17 Rn. 47.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 9.1.1990 – VI ZR 103/89 (Oldenburg), NJW-RR 1990, 407.

eigenen VSP der Unternehmen sich nach den Informationen, Handlungsmöglichkeiten und den erkennbaren Risiken im Einzelfall bemessen.

Solange keine verlässlichen, idealerweise staatlich abgesicherten Standards, Institutionen und Verfahren für Zertifizierungen bestehen, bleibt die Bewertung der haftungsrechtlichen Relevanz von Zertifikaten daher mit erheblichen Unsicherheiten belastet.

4.1.2.4 Kollisionsrechtliche Hürden für haftungsrechtliche Ansprüche

Während die *Zuständigkeit deutscher Gerichte* für die Inanspruchnahme inländischer Unternehmen durch im Ausland Geschädigte im Regelfall ohne weiteres anzunehmen ist,¹¹¹ ist die Anwendung deutschen Rechts – und damit auch der §§ 823 Abs. 1 BGB – regelmäßig problematisch. Vertragliche Ansprüche, etwa aus Zulieferverträgen werden von der Rom I-Verordnung erfasst. Nach dieser gilt – sofern die Parteien keine entsprechende Vereinbarung getroffen haben – für Kaufverträge (außer bei Verbraucherverträgen), sowie für Werklieferungsverträge das Recht des Staates, in dem der Verkäufer bzw. der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für vertragliche Ansprüche aus einem Vertrag zugunsten Dritter wird daher häufig ausländisches Recht zur Anwendung kommen. Demgegenüber richtet sich das anwendbare Recht in Bezug auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach h.M. nach dem Deliktstatut.¹¹²

Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unerlaubter Handlung ist die Rom II-VO anzuwenden. Danach ist grundsätzlich der Ort des Schadenseintritts (der sog. Erfolgsort) maßgeblich für die Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts. Bei Unterlassungsdelikten liegt der Erfolgsort dort, wo das Rechtsgut verletzt wird, zu dessen Schutz eine Schadensabwendungs- bzw. Erfolgsabwendungspflicht besteht.¹¹³ Nach dieser Regel ist in Fällen, bei denen es um Schäden geht, die unmittelbar von Zulieferern oder Tochtergesellschaften im Ausland verursacht wurden und die vor den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten verhandelt werden, grundsätzlich das Deliktsrecht des Landes anwendbar, in dem Zulieferer oder Tochterunternehmen operieren.¹¹⁴

¹¹¹ Nach Art. 4 EuGVVO i.V.m. Art. 63 EuGVVO (Brüssel-1a-Verordnung) sind inländische Gerichte für alle Unternehmen mit Satzungs- oder Verwaltungssitz in Deutschland international zuständig. Dass die streitgegenständliche Rechtsgutsverletzung außerhalb von Deutschland eingetreten ist, ist hierfür unerheblich. Probleme werden lediglich dann entstehen, wenn die Klage zugleich auf eine in einem Drittstaat beheimatete Tochter- oder Zuliefergesellschaft erstreckt werden soll, vgl. Weller/Thomale, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 4/2017, 523.

¹¹² Vgl. hierzu Görge, Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen, 2019, 145 f.

¹¹³ Vgl. MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 4 Rn. 23.

¹¹⁴ Vgl. Enneking, Judicial Remedies. The issue of applicable law, in: Álvarez Rubio/Yiannibas, Human Rights in business. Removal of barriers to Access to Justice in the European Union, 50. Artikel 4 enthält zwei allgemeine Ausnahmen von dieser Regel für Fälle: Nach Artikel 4 Absatz 2 Rom II-VO ist in Fällen, in denen sowohl die Person, deren Haftung geltend gemacht wird, als auch der Geschädigte zum Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat haben, das Recht dieses Staates anzuwenden; nach Artikel 4 Absatz 3 Rom II-VO ist in Fällen, in denen sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem in Absatz 1 oder 2 genannten Staat aufweist, das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Weller und Thomale stützen auf Art.4 Abs.3 S. 2 Rom II-VO die Möglichkeit der Anwendung inländischen Rechts. Diesem sei mittels Auslegung *praeter legem* und im Sinne seiner Zwecksetzung, „die deliktsrechtliche Regelanknüpfung gerade deshalb flexibel ausgestalten, um sie in ihrer Anwendung nicht sinnentstellenderweise gegen den Geschädigten zu richten“ ein Bestimmungsrecht zu entnehmen, wonach der Geschädigte das Recht des Handlungsorts (bzw. des Orts des Unterlassens der gebotenen Unternehmensorganisation) statt demjenigen des Erfolgsorts wählen darf, s. Weller/Thomale, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 4/2017, 523. Allerdings wird sowohl aufgrund des Orts der unerlaubten Handlung als auch wegen des gewöhnlichen

Zwar besteht nach Artikel 7 Rom II Verordnung bei Vorliegen eines Umweltschadens grundsätzlich die Möglichkeit für Geschädigte, ihren Anspruch im Sinne der kollisionsrechtlichen Ubiquitäts- und Günstigkeitsprinzipien auf die für sie günstigere Rechtsordnung zu stützen. Artikel 7 Rom II lässt dem Geschädigten die Wahl zwischen dem Erfolgsort, und dem Recht des Staates, in dem das schadensbegründende Ereignis eingetreten ist. Der Handlungsort wird definiert als der Ort, an dem die unerlaubte Handlung ganz oder teilweise vorgenommen wird.¹¹⁵ Der sachliche Anwendungsbereich von Artikel 7 Rom II umfasst dabei nicht nur Umweltschäden im engeren Sinne, sondern auch Schäden an Personen oder Sachen, die durch solche Schäden entstanden sind. Allerdings ist es strittig, ob das Wahlrecht des Geschädigten auch mit Blick auf Rechtsverletzungen durch mittelbar ursächliches Handeln, oder durch Unterlassen besteht, um die es in „Lieferkettenfällen“ regelmäßig gehen wird.¹¹⁶ Häufig wird argumentiert, Artikel 7 sei so auszulegen, dass für die Anknüpfung an den Handlungsort nur die Handlung entscheidend ist, die die Rechtsverletzung unmittelbar verursacht hat. Kausale Beiträge auf einer früheren Stufe wären demnach nicht relevant. Im Falle des Unterlassens liege der Handlungsort an dem Ort, an dem zu handeln gewesen wäre, der sich wiederum nach der für den tatbestandlichen Erfolg ursächlichen Handlung des Tochterunternehmens (oder Zulieferers) im Ausland richte, wenn der Erfolg mittels konkreter Maßnahmen im Ausland hätte verhindert werden müssen.¹¹⁷ Entsprechend einer solchen „hypothetischen Prüfung“¹¹⁸ müsste man nach dem Inhalt der betreffenden Pflicht differenzieren: Sofern es sich um eine Pflicht handle, eine Tochtergesellschaft bzw. ein Zulieferunternehmen zu beaufsichtigen, um zu verhindern, dass diese oder dieses einen Umweltschaden verursacht, mag man mit Grusic annehmen, dass diese Pflicht in der Vorstandsetage der Muttergesellschaft ausgeübt werden muss. Handelt es sich hingegen um eine Warnpflicht, so wird diese Pflicht an dem letzten Ort verletzt, an dem die Warnung hätte ausgesprochen werden können, also in der Regel an dem Ort, an dem der Schaden eintrete.¹¹⁹ Gegen die einschränkende Auslegung der Norm können zwar gute Argumente angeführt werden.¹²⁰ Dennoch wird häufig davon ausgegangen, dass auch

Aufenthalts der Kläger eine engere Verbindung zum ausländischen Recht i.S.v. § 4 Abs.3 S.1. Rom II-VO gesehen, so auch im Kik-Fall, s. LG Dortmund 10.1.2019 – 7095/15, Rn. 38; OLG Hamm 21.5.2019 – I-9 U 44/19, Rn. 20. Auch nach Einführung des LkSG und dem damit erhöhten abstrakten Schutz der dort aufgeführten Rechtspositionen soll keine engere Verbindung zu Deutschland festzustellen sein, da es sich bei den dort geregelten Pflichten nur um Bemühenspflichten handle und primär lediglich Risikoanalyse und Risikomanagement gefordert seien und keine Erfolgspflicht zur Vermeidung von Rechtsverletzungen in der Lieferkette normiert werde, s. Späth / Werner Die Opkabi-Entscheidung, CCZ 5/2021. Ganz überwiegend wird angenommen, dass in „Lieferkettenfällen“ vor deutschen Gerichten ausländisches Recht zu Anwendung kommt, vgl. Hartmann, Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland aus Sicht des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, in: Krajewski/Saage-Maaß, Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen – Zivilrechtliche Haftung und Berichterstattung als Steuerungsinstrumente, 1. Auflage 2018, S. 281 (299); Krebs et. al., Von der menschenrechtlichen zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht: Aspekte zur Integration von Umweltbelangen in ein Gesetz für globale Wertschöpfungskette, UBA TEXTE 49/2020; 58;

¹¹⁵ Späth/Werner Die Opkabi-Entscheidung, CCZ 5/2021, 247.

¹¹⁶ Zu der umstrittenen Rechtslage s. Grusic, International Environmental litigation in the EU Courts. A regulatory perspective, 37, Yearbook of European Law 34 (2015), m.w.N. in Fußnote 199, (ePrint); Enneking, Judicial Remedies. The issue of applicable law, in: Álvarez Rubio/Yiannibas, Human Rights in business. Removal of barriers to Access to Justice in the European Union, 2019, 54.

¹¹⁷ Späth/Werner Die Opkabi-Entscheidung, CCZ 5/2021, 247.

¹¹⁸ Späth/Werner, a.a.O.

¹¹⁹ Grusic, International Environmental litigation in the EU Courts. A regulatory perspective, 37, Yearbook of European Law 34 (2015) (ePrint), in Fußnote 199, m.w.N.

¹²⁰ Vor allem ist festzustellen, dass eine solch enge Auslegung weder mit der universellen Anwendung der Rom-II-Verordnung noch mit dem die Umwelthaftung maßgeblich prägenden Verursacherprinzip in Einklang zu stehen scheint. In seinen kollisionsrechtlichen Implikationen hat dieses sicherzustellen, dass das internationale Privatrecht keine problematischen Anreize für Unternehmen setzt, indem es

umweltbezogene Sorgfaltspflichtverletzungen von Bestellern oder Mutterunternehmen im Inland für die Wahl des anwendbaren Rechts nach Artikel 7 Rom II-VO unberücksichtigt bleiben.¹²¹

Zusammenfassend ist festzustellen, dass zwar eine Reihe von Möglichkeiten bestehen, Ansprüche gegen deutsche Unternehmen auf deutsches Deliktsrecht zu stützen, insbesondere, soweit entsprechende Rechtsverletzungen auf Umweltschäden zurückzuführen sind. Dies kann für die Opfer solcher Rechtsverletzungen erhebliche Nachteile mit sich bringen – sofern die Standards und Ansprüche im ausländischen Recht ein niedrigeres Schutzniveau normieren und insoweit, als die Ermittlung ausländischen Rechts mit großen Kosten und Rechtsunsicherheit belastet sein kann.¹²² Auch für deutsche Unternehmen kann die mit dem Mangel einer eindeutigen Regelung verbundene Rechtsunsicherheit einen Nachteil darstellen, da sie bei eventuellen Klagen dem Risiko ausgesetzt sind, sich nach einem ihnen unbekanntem ausländischen Recht verteidigen zu müssen.¹²³ Sie können nicht sicher sein, mit der Einhaltung der für sie besser bekannten, inländischen Sorgfaltsstandards ihre Haftungsrisiken zu mindern. Aus diesem Grund wird mit Blick auf die gesetzliche Regelung einer Haftung für Menschenrechtsverletzungen die Schaffung einer Eingriffsnorm i.S.v. Art. 16 Rom II-VO gefordert.¹²⁴

4.1.2.5 Ansprüche von Verbraucher*innen wegen Sorgfaltspflichtverstößen in der Lieferkette?

Die Diskussion um die Durchsetzung von Sorgfaltspflichtverletzungen in der Lieferkette fokussiert als Anspruchsinhaber aus naheliegenden Gründen vor allem die Opfer von Menschenrechtsverletzungen und/oder Umweltschäden in Abbau- oder Produktionsländern. Wie angesprochen legen jedoch auch Verbraucher*innen beim Kauf von Textilprodukten Wert auf Nachhaltigkeitsaspekte und entscheiden sich unter Umständen gerade wegen eines Zertifikats oder Siegels für den Kauf eines bestimmten Produkts. Damit stellt sich die Frage, ob bei einer fehlerhaften Zertifizierung gezielt kauf- oder verbraucherschutzrechtliche Ansprüche ausgeübt werden könnten, um eine versprochene und angepriesene Nachhaltigkeitspolitik von Textilunternehmen tatsächlich rechtlich einzufordern. In Anbetracht der zunehmenden Bedeutung menschenrechtlicher und ökologischer Aspekte für Verbraucher*innen könnten derartige Ansprüche verstärkt relevant werden. Sie sollen im Folgenden daher zumindest in Kürze erwogen werden.

ausschließlich das Recht des Ortes anwendet, an dem der Schaden entstanden ist. Andernfalls könnten diese die niedrigeren Umweltstandards in anderen Staaten ausnutzen, indem sie ihre Produktion in Länder mit niedrigeren Standards verlagern um Kosten für Maßnahmen zur effektiven Minderung von Haftungsrisiken zu vermeiden, vgl. Enneking, *Judicial Remedies. The issue of applicable law*, in: Álvarez Rubio/Yiannibas, *Human Rights in business. Removal of barriers to Access to Justice in the European Union*, 54; s.a. Gailhofer/ Krebs/ Proelß/Schmalenbach/Verheyen, *Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm*, (erscheint 2022).

¹²¹ Wagner, *Haftung für Menschenrechtsverletzungen*, *RabelsZ* 80 (2016), 743; Grusic, *International Environmental litigation in the EU Courts. A regulatory perspective*, 37, *Yearbook of European Law* 34 (2015), 62 (ePrint).

¹²² Weller/Thomale, *Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen*, *ZGR* 4/2017.

¹²³ Vgl. Kieninger/Krajewski/Wohltmann, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten*, Fassung vom 9. Juni 2021, 5.

¹²⁴ S. Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, *Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht*, 2016, 41; Scherf et. al., *Umweltbezogene und menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als Ansatz zur Stärkung einer nachhaltigen Unternehmensführung*, UBA Texte 138/2020, 86 f; Kieninger/Krajewski/Wohltmann, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten*, Fassung vom 9. Juni 2021, 52.

4.1.2.5.1 Lauterkeitsrechtliche Ansprüche wegen der Verletzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten?

Nach bisheriger Rechtslage hatten Verbraucher*innen bei fehlerhafter Zertifizierung allerdings insbesondere keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen Textilunternehmen, die mit einem fehlerhaften Zertifikat werben. Nach § 9 UWG a.F., der im Lauterbarkeitsrecht relevanten Anspruchsgrundlage für Schadensersatz konnten potenzielle Gläubiger des Schadensersatzanspruchs nur Mitbewerber gem. § 2 Nr. 3 UWG sein, also andere Unternehmen, die im Wettbewerb mit dem zertifizierten Unternehmen stehen. Das UWG schützte demnach nur das Horizontalverhältnis zwischen den am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmern. Diese Rechtslage hat sich jüngst geändert. Mit dem Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10. August 2021¹²⁵ erhalten auch Verbraucher*innen einen Anspruch auf Schadensersatz bei schuldhaften Verstößen von Unternehmern gegen verbraucherschützende Vorschriften des UWG.

Diesen neuen Anspruch normiert § 9 Abs. 2 UWG. Zwar lässt die neue Norm die „naheliegende Möglichkeit“, einen solchen Anspruch unter den Rechtsbruchtatbestand in § 3a UWG zu subsumieren ausdrücklich nicht zu.¹²⁶ Ein Anspruch gegen Unternehmen, die mit Zertifikaten werben, obwohl das Produkt den Anforderungen der Zertifizierung nicht entspricht, könnte aber auf die verbraucherschützende Generalklausel des 3 Abs. 2 UWG gestützt werden, nach der das Unternehmen unlauter handelt, wenn es die unternehmerische Sorgfalt außer Acht lässt (§ 3 Abs. 2 S. 1 UWG). Auch mit Blick auf lauterkeitsrechtliche Ansprüche sind Unternehmen mit Blick auf mögliches rechtswidriges Verhalten Dritter verpflichtet, Gefahren für die geschützten Interessen von Marktteilnehmer*innen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen und unterliegen daher Prüfungs-, Überwachungs- und Eingreiffpflichten.¹²⁷ Dass die Regelung praktisch relevant für die Durchsetzung unternehmerischer Sorgfaltspflichten wird, liegt daher nahe, hat sich aber freilich noch zu erweisen.

Immerhin stehen entsprechenden Ansprüchen im Vergleich insbesondere zu deliktischen Ansprüchen keine kollisionsrechtlichen Hindernisse im Weg: Nach Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO ist deutsches Recht anwendbar, wenn sich das Verhalten auf die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher*innen im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland auswirken (sog. Marktortprinzip). Es spielt insofern keine Rolle, wo der Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht erfolgt.¹²⁸

4.1.2.5.2 Vertragliche Sekundäransprüche der Käufer*innen

Fehlerhafte Zertifizierungen könnten schließlich auch kaufrechtliche Mängelgewährleistungsansprüche nach § 437 BGB auslösen. In Betracht kommen neben dem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch insbesondere das Minderungsrecht und das

¹²⁵ BGBl. 2021 I Nr. 53, vom 17.8.2021.

¹²⁶ Krebs et.al., Von der menschenrechtlichen zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht, UBA Texte 49/2020, 59 f.

¹²⁷ Grabosch/ Scheper, Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehmen, 2015, 39ff; OLG Oldenburg, Urteil vom 29. 8. 2002 - 1 U 59/02 Torpfasten mit TÜV-Zertifikat und GS-Zeichen nach DIN EN 748; OLG Hamburg, Urteil vom 10. 4. 2002 - 5 U 63/01 Pigmentiergerät mit CE-Kennzeichnung nach Medizinproduktgesetz; BGH, Urteil vom 11-07-1991 - I ZR 33/90 (Hamm) nationale und internationale Sicherheitsvorschriften bei Steckdosen.

¹²⁸ Krebs et.al., Von der menschenrechtlichen zur umweltbezogenen Sorgfaltspflicht. Aspekte zur Integration von Umweltbelangen in ein Gesetz für globale Wertschöpfungsketten, UBA Texte 49/2020, 59 f.

Rücktrittsrecht. Voraussetzung ist, dass ein Zertifikat, Siegel oder Label eine (konkludente) Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 BGB darstellt, um einen Sachmangel begründen zu können. Dies wird bejaht für sog. produktbezogene (umweltschonende physische Beschaffenheit des Produktes z.B. Material der Kleidung; Beachtung von Umwelt- und Sozialstandards bei der Herstellung des Produktes), von der h.M. aber abgelehnt für sog. unternehmensbezogene (Unternehmen verspricht, generell eine nachhaltige Unternehmenspolitik zu verfolgen) Standards.¹²⁹

In Bezug auf die verschuldensabhängigen Rechte der Verbraucher*innen kann ein Vertrauen des Verkäufers in ein Zertifikat keine entlastende Wirkung haben. Entscheidend ist allein die tatsächliche Erfüllung der zertifizierten Standards.

4.1.2.6 Zur Rolle von Zertifikaten im Zivilprozess: Darlegungs- und Beweislast

Eine differenzierte Rolle könnten Zertifikate im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess spielen. Nach allgemeinen Grundsätzen liegt die Darlegungs- und Beweislast bei den Geschädigten. Diese hätten demnach das sorgfaltswidrige Verhalten des Textilunternehmens sowie den Ursachenzusammenhang zwischen Sorgfaltsverstoß und Rechtsgutsverletzung bzw. Schadenseintritt nachzuweisen. Dies kann sich im Einzelfall als schwierig herausstellen, da Geschädigte insbesondere keinen Einblick in die unternehmensinternen Strukturen haben. So ist es für Außenstehende kaum möglich, Einblicke in die Kommunikation und den geschäftlichen Austausch zwischen Unternehmen und Zulieferern oder Tochterunternehmen zu gewinnen, um Sorgfaltspflichtverstöße plausibel darlegen zu können. Wird die Beweislast für den Sorgfaltspflichtverstoß (also etwa für die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Beeinträchtigung) generell bei den Geschädigten verortet, könnte allerdings der kontraproduktive Anreiz für Unternehmen entstehen, Maßnahmen zur Risikoanalyse und Prävention nach Möglichkeit zu minimieren, entsprechende Informationen zu ignorieren, oder eine entsprechende Dokumentation zu vermeiden. Dieser Ratio entspricht eine differenzierte Rechtsprechung zur Beweislast bei der Verletzung organisationsbezogener Verkehrspflichten. Diese nimmt die strukturelle Beweisnot des Klägers und entsprechende Beweisvereitelungsrisiken auf Seiten des Beklagten beim Verstoß gegen Organisationspflichten zum Anlass, eine Beweislastumkehr oder erhebliche Beweiserleichterungen zu entwickeln.¹³⁰

Nach ständiger Rechtsprechung trifft den Prozessgegner – vorliegend also das Textilunternehmen – eine sekundäre Darlegungslast, wenn die eigentlich darlegungsbelastete Partei – hier die Geschädigten – keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während dem Klagegegner alle wesentlichen Tatsachen bekannt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Dem Klagegegner obliegt es im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Nachforschungen zu unternehmen, wenn ihm dies zumutbar ist. Genügt er dem nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 III ZPO als zugestanden.¹³¹ Entsprechendes hat der BGH beispielsweise in den Dieselskandalfällen

¹²⁹ Asmussen, Haftung für unwahre Aussagen über Nachhaltigkeitskodizes vor Abschluss eines Kaufvertrags, NJW 2017, S. 118; *Zur Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs*: Dastis, Ethischer Konsum und Vertragsrecht, VuR 2017, S. 252; Grunewald, Verkäuferhaftung für unrichtige CSR-Berichte des Herstellers, NJW 2021, 1777. Weiter in Bezug auf unternehmensbezogene Standards Schirmer, Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas, ZEuP 2021, 35 ff;

¹³⁰ Dazu schon Gailhofer, Rechtsfragen im Kontext einer Lieferkettenregulierung, 19 f. Vgl. a. Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, 995 ff.; Brüggemann, Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006, 619.

¹³¹ BGH, Urteil vom 8.3.2021 – VI ZR 505/19, NJW 2021, 1669, Rn. 27.

angenommen. Dort stellte das Gericht fest, dass der Kläger außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs stehe und den Sachverhalt von sich aus nicht ermitteln könne. Die Fragen, wer die Entscheidung über den Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtung bei der Beklagten getroffen und ob der Vorstand hiervon Kenntnis gehabt habe, betreffen unternehmensinterne Abläufe und Entscheidungsprozesse, die sich der Kenntnis und dem Einblick des Klägers entzögen. Der Beklagten sei ein diesbezüglicher Vortrag dagegen möglich und zumutbar.¹³² Überträgt man diese Grundsätze auf die vorliegende Fragestellung, bliebe beklagten Textilunternehmen die Möglichkeit, sich durch eine widerspruchsfreie und plausibel erscheinende Dokumentation von Schutz- und Vorsorgemaßnahmen – und das u.U. auch durch Dritte – entsprechend ihrer sekundären Darlegungslast hinsichtlich des Vorwurfs der Verletzung einer deliktischen Verkehrssicherungspflicht zu entlasten. Dies gilt allerdings nur insoweit, als die nachgewiesenen Standards den im Einzelfall geforderten Sorgfaltsmaßstab abdecken – auch diesbezüglich ist also wieder die Unterscheidung von Bemühens- und Erfolgspflichten relevant: Denn ein Zertifikat als punktuelle, zumeist periodische Bestätigung der Einhaltung bestimmter Regeln enthält keine Aussagen über die konkrete, „gelebte“ Organisation des jeweiligen Unternehmens und die jeweiligen Maßnahmen zur Erfüllung der umweltrechtlichen Vorschriften im relevanten Einzelfall, sondern bestätigt nur die Übereinstimmung mit mehr oder weniger abstrakten Standards.¹³³

In Betracht kommt grundsätzlich auch eine Beweiserleichterung in der Form des sog. Anscheinsbeweises für das Vorliegen einer Pflichtverletzung bzw. für deren Ursächlichkeit für die Rechtsverletzung. Der Anscheinsbeweis bezieht sich auf typische Geschehensabläufe, bei denen von einem bestimmten Ergebnis auf einen diesem zugrundeliegenden Ablauf geschlossen wird. Bei der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, die typischen Gefährdungen entgegenwirken sollen, ist der Beweis des ersten Anscheins geboten, wenn sich in dem Schadensfall gerade diejenige Gefahr verwirklicht, der durch die Auferlegung bestimmter Verhaltenspflichten begegnet werden soll.¹³⁴ Wenn derjenige, der eine besondere Berufs- oder Organisationspflicht hat, andere vor Gefahren für Leben und Gesundheit zu bewahren, diese Pflicht vernachlässigt, dann können die Folgen der Ungewissheit, ob der Schaden abwendbar war, nach Treu und Glauben nicht dem Geschädigten aufgebürdet werden.¹³⁵ Private Organisationsstandards wie die ISO 9000 oder 14000 Normenfamilien werden dabei beweisrechtlich teilweise als „geronnener Sachverstand“ qualifiziert. Der Verstoß gegen ein solches Regelwerk kann dann einen Anschein dafür begründen, dass typischerweise der eingetretene Schaden auf einem Organisationsmangel beruht.¹³⁶ Auch der Beweis des ersten Anscheins kann durch das beklagte Unternehmen entkräftet werden, indem Tatsachen vorgetragen und bewiesen werden, die die Möglichkeit eines anderen (atypischen) Geschehensablaufs im Einzelfall begründen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein Verstoß gegen auch privat normierte Sorgfaltsstandards im Grundsatz zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Schädigers führen kann. Zugleich kann ein systematisches Dokumentations- und Nachweisinstrument für einen ordnungsgemäßen und störungsfreien Betriebsablauf in Anbetracht

¹³² BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 367/19, NJW 2020, 2804, Rn. 19.

¹³³ Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, 997.

¹³⁴ BGH NJW 2006, 3268 Rn. 32; BGH, Urteil vom 3. 6. 2008 - VI ZR 223/07 (OLG Köln), NJW 2008, 3775, Rn. 17.

¹³⁵ BGH, Urteil vom 23.11.2017 – III ZR 60/16, NJW 2018, 301 Rn. 24.

¹³⁶ Zwar sollen ähnlich den im öffentlichen Recht aufgestellten Regeln technische Regelwerke nur als allgemeine, auf den typischen Fall zugeschnittene Lösungen eingestuft werden, die überholt sein können, doch hat der Richter im Zweifel den Regelwerken Vorrang vor einzelnen abweichenden gutachterlichen Stellungnahmen zu geben, s. dazu m.w.N. Spindler, Unternehmensorganisationspflichten 2011, 1004.

solcher Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten zu einer Entlastung der Unternehmen beitragen. Nicht weniger als im Fall der behördlichen Durchsetzungsmechanismen bleibt die Frage, unter welchen Bedingungen private Standards eine solche Entlastung bewirken, aber eine solche des Einzelfalls.

Wie im Fall der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung wird ein Nachweis der Einhaltung deliktischer Verkehrssicherungspflichten durch private Sorgfaltsstandards umso besser vorhersehbar sein, je konkreter organisatorische und substanzielle Sorgfaltspflichten gesetzlich geregelt und damit in private Standards integriert werden können. Als Beispiel für einen entsprechenden Mechanismus kann die Funktion von EMAS-Zertifikaten in den Regelungen des Umwelthaftungsgesetzes (UmweltHG) zur Gefährdungshaftung angeführt werden. Das UmweltHG enthält eine Beweiserleichterung für die nach den allgemeinen Regeln eigentlich beweisbelasteten Opfer von Umweltschäden, indem es eine Kausalitätsvermutung aufstellt: Ist eine Anlage nach den Gegebenheiten des Einzelfalles geeignet, den entstandenen Schaden zu verursachen, so wird vermutet, dass der Schaden durch diese Anlage verursacht worden ist. Gemäß Artikel 6 Abs. 2 UmweltHG gilt diese Vermutung aber nicht, wenn die Anlage bestimmungsgemäß betrieben wurde. Artikel 6 Abs. 4 Nr. 1 UmweltHG erleichtert dem Anlagenbetreiber wiederum den Nachweis eines solchen bestimmungsgemäßen Betriebs: So wird die Verursachungsvermutung bei Einhaltung besonderer Schutzpflichten ausgeschlossen, wenn zur Überwachung der Betriebspflichten Kontrollen vorgeschrieben sind und die Kontrollen keinen Anhalt für Verletzung einer Betriebspflicht ergeben haben oder zwischen der fraglichen Umwelteinwirkung und der Geltendmachung des Schadens ein Zeitraum von mehr als *zehn Jahren* liegt.¹³⁷ Kann der Geschädigte nicht nachweisen, dass die vorgeschriebenen und eingehaltenen Kontrollen *nicht* zur Einhaltung der besonderen Schutzpflichten genügten, verliert er die für ihn vorliegende Verursachungsvermutung.¹³⁸ Damit normiert § 6 Abs. 4 UmweltHG den Rechtsgedanken, dass dokumentierte Kontrollen die Einhaltung von Betriebspflichten nachweisen können.

Neben behördlichen Kontrollen können nach vielfach vertretener Auffassung auch EMAS-Zertifikate für den Nachweis nach § 6 Abs. 4 Nr. 1 genügen. Danach ist eine Einordnung der Prüfungs- und Kontrollregelungen unter EMAS als Kontrolle i.S.v. § 6 Abs. 4 Nr. 1 UmweltHG zu bejahen, wenn diese einen sicheren Schluss auf die Einhaltung oder Verletzung der besonderen Betriebsvorschriften zulassen und der behördlichen oder durch Verordnung vorgeschriebenen Kontrolle damit äquivalent sind.¹³⁹ Maßgeblich hierfür sei, dass die EMAS Verordnung detaillierte Vorgaben hinsichtlich **Verfahren und Inhalt** der regelmäßig durchzuführenden Prüfungen enthalte, die insbesondere sicherstellen sollten, dass die einschlägigen Umweltschutzvorgaben eingehalten würden.¹⁴⁰

In der rechtspolitischen Debatte um ein deutsches Lieferkettengesetz wurde demgegenüber eine **Safe-Harbour Regelung** vorgeschlagen, die Unternehmen haftungsrechtlich privilegiert, die ein Zertifizierungsunternehmen beauftragen. Diese kann entweder als Vermutungsregel ausgestaltet sein, wonach bei Unternehmen, die an einem externen Audit- und Zertifizierungsverfahren

¹³⁷ Die Kontrollen müssen zudem in dem Zeitraum durchgeführt worden sein, in dem die Umwelteinwirkung von der Anlage ausgegangen sein kann, und die Kontrollen dürfen keinen Anhalt für die Verletzung der Betriebspflicht ergeben haben, s. Hager, Landmann/Rohmer UmweltR, 91. EL September 2019, UmweltHG § 6 Rn. 56, 59.

¹³⁸ Balensiefen, UmweltHG § 6.

¹³⁹ Haager, in Landmann/Rohmer UmweltR, 91. EL September 2019, UmweltHG § 6, Rn. 57 b.

¹⁴⁰ Leifer, Das europäische Umweltmanagementsystem EMAS als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 2007, 180.

teilnehmen, vermutet wird, dass sie die erforderliche Sorgfalt eingehalten haben¹⁴¹ oder als Regelung des Sorgfaltsmaßstabs, wonach Unternehmen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften.¹⁴² Auch bezüglich einer Safe Harbour Regelung wurde betont, dass diese nur bei qualifizierten Audits und Zertifizierungen, die bestimmte gesetzlich oder durch Verordnung geregelte Anforderungen erfüllen, eingreifen solle.¹⁴³

4.2 Haftung des Zertifizierers für fehlerhafte Zertifizierungsleistungen de lege lata

Wie dargestellt können Zertifikate unter Umständen dafür herangezogen werden, Haftungsrisiken zu mindern und die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Sorgfaltsstandards und Organisationspflichten nachzuweisen. Diese rechtlichen Wirkungen von Zertifizierungen können umso stärker angenommen werden, als die Standards und Audits, die Zertifizierungen zugrunde liegen, formalisiert sind – also die Verlässlichkeit von Zertifizierungen durch rechtliche Regelungen gewährleistet wird. Schon vor diesem Hintergrund ist die Frage zu klären, inwieweit eine rechtliche Verantwortung von Zertifizierern für die Qualität ihrer Zertifizierungsleistungen besteht.

Ein wirksamer Haftungsmechanismus für Schäden, die durch fehlerhafte Audits oder mangelhafte Vergabekriterien mit verursacht werden, könnte helfen, strukturelle Defizite in der Zertifizierungspraxis zu beseitigen. Die „scharf asymmetrische haftungsrechtliche Bewehrung der Sorgfaltspflichten von Zertifizierungsstellen“ bringt eine starke Verzerrung der Anreize zum sorgfaltsgemäßen Verhalten mit sich, denen sich Ratingagenturen, Wirtschaftsprüfer und Zertifizierungsstellen gegenübersehen.¹⁴⁴ Wenn demgegenüber sowohl zertifizierte Textilunternehmen als auch Zertifizierungsorganisationen für Mängel in der Zertifizierung rechtlichen Konsequenzen ausgesetzt werden würden, könnte das einen echten Anreiz für sorgfältige Audit- und Zertifizierungsverfahren liefern. Haftungsregelungen können im Grundsatz sowohl für einen Ausgleich von erlittenen Schäden für Betroffene als auch präventiv für eine Verhaltenssteuerung der Unternehmen sorgen.¹⁴⁵ Im Folgenden wird die Haftung von Zertifizierungsorganisationen bei einem Sorgfaltspflichtenverstoß gegenüber Dritten in den Blick genommen werden. Die Schaffung oder Verbesserung des haftungsrechtlichen Rahmens für Zertifizierung sollte insbesondere erwogen werden, wenn Zertifikate, etwa im Rahmen einer Lieferkettengesetzgebung, eine gesetzlich definierte regulatorische Funktion einnehmen können oder sollen.

¹⁴¹ Grabosch/ Scheper, Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehmen, 2015, 61.

¹⁴² So im Entwurf des BMAS/BMZ „für Eckpunkte eines Bundesgesetzes zur Stärkung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in globalen Wertschöpfungsketten“. Der geleakte Entwurf ist online zugänglich unter https://die-korrespondenten.de/fileadmin/user_upload/die-korrespondenten.de/Lieferkettengesetz-Eckpunkte-10.3.20.pdf.

¹⁴³ Grabosch/ Scheper, Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehmen, 2015, 55, 56.

¹⁴⁴ Wagner, Marktaufsichtshaftung produktsicherheitsrechtlicher Zertifizierungsstellen, JZ 3/2018, 137.

¹⁴⁵ Die präventiven Funktionen des Haftungsrechts betont klassischerweise die ökonomische Theorie des Rechts, s. etwa Shavell, Liability for harm vs. regulation of safety, NBER working paper (1983), 1; vgl. a. Endres, Umweltökonomie, 2013, 80; Landes/Posner, The positive economic theory of tort law, Georgia Law Review (1980), 854; Wagner, Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage Vol. 16, 1990, 49; Faure, Economic analysis of environmental law: an introduction, Économie publique/Public economics 07 (2001), 129.

4.2.1 Vertragliche Ansprüche

4.2.1.1 Anspruch aus selbständigem Garantievertrag

Der Zertifizierungsvertrag könnte einen **selbständigen Garantievertrag gem. §§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB** darstellen, wonach der Zertifizierer Dritten dafür einsteht, dass im zertifizierten Textilunternehmen bestimmte Sozial- oder Umweltstandards eingehalten werden und bestimmte Gefahren ausgeschlossen sind. Auf Grundlage des Garantievertrages könnten Dritte dann bei einer fehlerhaften Zertifizierung und daraus resultierenden Schäden Schadensersatz vom Zertifizierer verlangen.¹⁴⁶ Diese rechtliche Konstruktion sieht sich zwei Hürden gegenüber: zum einen bräuchte es einen Vertragsschluss zwischen Drittbetroffenen und dem Zertifizierer.¹⁴⁷ Zwar könnte dieser auch durch das zertifizierte Unternehmen vermittelt werden, aber auch dafür bräuchte es konkrete Vereinbarungen wie das Aushändigen einer Garantiekarte. Allein das Zertifikat als einseitige Erklärung genügt nicht. Zum anderen müsste aus dem Wortlaut des Zertifizierungsvertrages und den Umständen des Vertragsschlusses klar hervorgehen, dass das Zertifizierungsunternehmen mit seiner vertraglich geschuldeten Zertifizierungsleistung Dritte schadlos halten will und ihnen gegenüber für die Einhaltung der geprüften Standards einsteht.¹⁴⁸ Diese Voraussetzungen dürften regelmäßig nicht erfüllt sein.

4.2.1.2 Anspruch gemäß der Eigenhaftung Dritter gemäß § 311 Abs. 3 BGB

Als rechtliche Grundlage für Ansprüche gegen Zertifizierungsorganisationen kommt auch die Haftung nach den Grundsätzen der sog. **Expertenhaftung** in Betracht. Dabei geht es um die Frage, ob Angehörige bestimmter Berufe wie Sachverständige, Wirtschaftsprüfer*innen, Rechtsanwält*innen oder Unternehmensberater*innen gegenüber Dritten für die Richtigkeit ihrer Aussagen, Gutachten und Auskünfte einzustehen haben.¹⁴⁹ Bei der Expertenhaftung geht es also um eine Ausweitung des Gläubigerkreises des Schädigers.¹⁵⁰ Als Anspruchsgrundlage bei der Expertenhaftung wird, neben Grundsätzen des VzD auch **§ 311 Abs. 3 BGB** herangezogen. Danach haftet ein nicht am Vertragsschluss beteiligter Experte für die Richtigkeit seiner Aussagen, wenn er besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, indem er durch sein Handeln und Auftreten besondere Sachkunde vermittelt und eine persönliche Gewähr für das Gelingen des Geschäfts übernehmen will und hierdurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.¹⁵¹ Für die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens bedarf es keines persönlichen Vertrauens im Sinne einer gesteigerten personalen Intensität zwischen den Beteiligten, vielmehr genügt ein abstraktes Vertrauen in die fachlichen Fähigkeiten und die Neutralität des Dritten.¹⁵² Die Inanspruchnahme eines Zertifizierungsunternehmens auf diesem Weg ist aber nur dann möglich, wenn es einen Vertrag zwischen zertifiziertem Unternehmen und Geschädigten gibt. In Betracht kommt ein Anspruch nach § 311 Abs.3 BGB damit insbesondere für Beschäftigte des zertifizierten oder auditierten Unternehmens, die bei Abschluss ihres Arbeitsvertrages besonders auf die Aussagen und Richtigkeit des Zertifikats vertrauen und sich maßgeblich deshalb für das Eingehen

¹⁴⁶ Föhlich, Gütesiegel: Haftung gegenüber dem Verbraucher? DuD 2004, 74 ff; Staudinger/Stürner (2020) Vorbemerkung zu §§ 765 ff, Rn. 207, 285.

¹⁴⁷ Staudinger/Stürner (2020) Vorbemerkung zu §§ 765 ff, Rn. 211, 285.

¹⁴⁸ Staudinger/Stürner (2020) Vorbemerkung zu §§ 765 ff, Rn. 234, Heinlein, NZA 2018, S. 280f.

¹⁴⁹ Mü/KoBGB/ Emmerich, 8. Aufl 2019, BGB § 311 Rn. 197-199; BeckOK BGB/Sutschet, 58. Ed. 1.5.2021, BGB § 311 Rn. 125.

¹⁵⁰ Büttner, Umfang und Grenzen der Dritthaftung von Experten, 2006, 42.

¹⁵¹ MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, BGB § 311 Rn. 197-199.

¹⁵² Canaris, JZ 2001, 520; Tarnam, die Gutachterhaftung im deutschen und im schweizer Recht, 2006, 146.

eines Arbeitsverhältnisses entscheiden. Eine so hohe Relevanz von Zertifizierungen für die Angestellten von Textilproduzenten mag im Regelfall fragwürdig sein. Entsprechende Ansprüche erscheinen bestenfalls im Zusammenhang mit besonders risikoreichen Tätigkeiten denkbar, bei denen eine neutrale Prüfung und/oder Kontrolle der Sicherheit tatsächlich eine ausschlaggebende Bedeutung für die Entscheidung für oder gegen einen Arbeitgeber haben mag. Die Frage nach der Haftung von Zertifizierern im vorliegenden Kontext wird unabhängig von solchen Fragen ganz überwiegend nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter behandelt.¹⁵³

4.2.1.3 Haftung nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Ansprüche aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 Abs. 1 BGB sind nicht anzunehmen, weil ausländischen Angestellten und sonstigen Betroffenen regelmäßig kein selbstständiger Anspruch gegen das Zertifizierungsunternehmen eingeräumt wird. Nach dem Parteiwillen soll die Benannte Stelle auch nicht im Sinne eines unechten Vertrags zugunsten Dritter gem. § 328 Abs. 2 BGB verpflichtet werden, an Dritte zu leisten.¹⁵⁴ Allerdings könnten Ansprüche aus dem Zertifizierungsvertrag als **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** bestehen. Vier Voraussetzungen müssen dafür erfüllt sein: erstens müssten die Drittbetroffenen bestimmungsgemäß mit der Zertifizierungsleistung in Berührung kommen und den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen ebenso ausgesetzt sein wie das Textilunternehmen selbst (Leistungsnahe). Zweitens müsste das Textilunternehmen an dem Schutz des Dritten ein besonderes Interesse haben. Inhalt und Zweck des Zertifizierungsvertrages müssen erkennen lassen, dass diesem Interesse Rechnung getragen werden soll und sowohl Zertifizierer als auch zertifiziertes Unternehmen den Willen haben, zugunsten dieser Dritten eine Schutzpflicht zu begründen (Drittenschutzinteresse des Gläubigers). In ständiger Rechtsprechung werden diese Voraussetzungen bei Experten, die über eine erkennbare Sachkunde verfügen und deren Vertragsleistung von vorneherein erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt ist und nach dem Willen des Auftraggebers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein soll, wie das z. B. bei Sachverständigen der Fall ist, bejaht.¹⁵⁵

Die Leistungsnahe dürfte regelmäßig auch für hier gegenständliche Zertifizierungsverträge bejaht werden können: Zweck eines entsprechenden Audits und einer Zertifizierung ist es, die Einhaltung bestimmter Standards sicherzustellen und dadurch Gefahren für Mensch und Umwelt in den Produktionsstätten und in ihrer Umgebung zu verringern. Es sind also insbesondere die Beschäftigten, die den Folgen einer pflichtwidrigen Zertifizierung ausgesetzt sind und denen ein Schutz zukommen soll,¹⁵⁶ gerade bei der Prüfung umweltbezogener oder sonstiger sicherheitsrelevanter Standards wird man aber häufig Leistungsnahe der Dritten und ein Drittenschutzinteresse der auftraggebenden Unternehmen annehmen können. Denn ein Zertifikat dient der Information von Dritten über die Einhaltung bestimmter Standards. Die Beurteilung im Audit bleibt damit üblicherweise nicht im Innenbereich des Unternehmens, sondern erreicht bestimmungsgemäß auch andere Dritte, die auf die Aussage gerade aufgrund der Expertenstellung

¹⁵³ S. Glinski/Rott, The role and liability of certification organisations in transnational value chains, Deakin Law Review, 2018, 113; Rack, Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 2, Compliance-Berater 9/2016, 331; Haider, Haftung von transnationalen Unternehmen und Staaten für Menschenrechtsverletzungen, 406; s.a. Tarnam, die Gutachterhaftung im deutschen und im schweizerischen Recht, 2006, 157.

¹⁵⁴ Vgl. Gärtner, Die Haftung der Benannten Stelle für Medizinprodukte, 2021, 146; S.a.o. 2.3.2.1.,

¹⁵⁵ BGH, Urteil vom 14. Juni 2012 - IX ZR 145/11; BGH, Urteil vom 20. April 2004 - X ZR 250/02 -.

¹⁵⁶ Glinski/ Rott, The role and liability of certification organisations in transnational value chains, Deakin Law Review 2018, 101.

des Umweltgutachters vertrauen. Der Zertifizierer muss gegenüber denjenigen die Gewähr übernehmen, deren Vertrauen sich auf seine professionelle Aussage als Experte stützt.¹⁵⁷

Auch ein Drittschutzinteresse wird häufig anzunehmen sein. Im Brustimplantate-Fall verneinten der BGH und das OLG Zweibrücken die Leistungsnähe der Patientinnen, insbesondere das Drittschutzinteresse des Gläubigers. Da Brustimplantate in den Anwendungsbereich des Medizinprodukte-Gesetz fallen, sei die Zertifizierung im Wege eines formalisierten EU-Konformitätsbewertungsverfahrens zwingende Voraussetzung für den Hersteller, das Produkt in Verkehr bringen zu dürfen. Zweck des Zertifizierungsvertrages sei, die gesetzlich notwendigen Voraussetzungen für den Vertrieb der Implantate zu schaffen. Das Zertifizierungsverfahren habe nicht die Aufgabe, ihn im Verhältnis zu Patienten abzusichern, sondern diene dem Hersteller zur Eröffnung des Marktzugangs. Bei der Zertifizierung für Medizinprodukte gehe es – im Gegensatz zu der Fallgruppe der Expertenhaftung – nicht darum, das Vertrauen Dritter zu erwecken. Sie diene der Eröffnung des Marktzugangs für den Hersteller ähnlich einem behördlichen Zulassungsverfahren.¹⁵⁸

Diese Argumentation wird im Kontext freiwilliger Zertifizierung von Textilunternehmen allerdings nicht gegen die Haftung der Zertifizierungsorganisationen angeführt werden können. Das Unternehmen ist von dem Erhalt des Zertifikats nicht abhängig, um sich den Marktzugang zu eröffnen. Denn ein Zertifikat auf einem Textilprodukt ist eine Art Qualitätssiegel mit dem unternehmerischen Zweck, Vertrauen der Dritter in eine gute Nachhaltigkeits- und Sozialpolitik des Unternehmens zu erwecken. Regelmäßig beabsichtigt das beauftragende Unternehmen mit der freiwilligen Einschaltung des privaten Gutachters oder Auditoren ein fehlerfreies und positives Prüfergebnis zu erreichen, das auch bei Dritten Vertrauen in das Verhalten des Unternehmens begründet. Entsprechende Erwartungen Dritter wird auch der Zertifizierer anstreben, sodass die Interessenlage von Unternehmen und Auditoren gleichgerichtet ist, Dritte in die Schutzwirkung des Vertrages einzubeziehen.¹⁵⁹

Des Weiteren fordert die Rechtsprechung, dass Leistungsnähe und Drittschutzinteresse des Gläubigers für das Zertifizierungsunternehmen erkennbar sein müssen. Die Haftungserweiterung durch die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrags soll dem Schuldner nur zumutbar sein, wenn er sein Haftungsrisiko erkennen und damit kalkulieren kann.¹⁶⁰ Nach der Rechtsprechung darf der Kreis der unter die Schutzpflicht fallenden Personen daher nicht uferlos ausgeweitet werden; es ist vielmehr erforderlich, dass die Schutzpflicht auf eine überschaubare, klar abgrenzbare Personengruppe beschränkt wird.¹⁶¹ Allerdings muss der Schutzpflichtige nicht die Zahl oder den Namen schutzpflichtiger Personen kennen.¹⁶² So soll bei fehlerhaften Bonitätsbewertungen einer Ratingagentur, der Kreis potenziell geschützter Dritter, die mit ihrem Rating in Kontakt kommen, und damit auch das Haftungsrisiko nicht ansatzweise erkennbar sein, weil dessen Verbreitungsgrad nach deren Veröffentlichung weder beeinflussbar noch nachvollziehbar sei. Für die Ratingagentur sei nicht abschätzbar, wer ihr Rating für wirtschaftliche Entscheidungen im Zusammenhang mit dem bewerteten Unternehmen (mit-)heranziehe und wie vielen potenziellen Anspruchsgläubigern sie sich

¹⁵⁷ Vgl. Rack, Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 2, CB 9/2016, 330.

¹⁵⁸ BGH, Urteil vom 27.02.2020 – VII ZR 151/18, BeckRS 2020, 4194 Rn. 20 ff.; OLG Zweibrücken, Urteil vom 30.1.2014 – 4 U 66/13, BeckRS 2014, 2372.

¹⁵⁹ Rack, Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 2, CB 9/2016, 330.

¹⁶⁰ Rack, a.a.O.; vgl. a. OLG Dresden, Urteil vom 6.3.2019 – 5 U 1146/18 BeckRS 2019, 4673 Rn. 26.

¹⁶¹ MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 946; OLG Zweibrücken, Urteil vom 30.1.2014 – 4 U 66/13, BeckRS 2014, 2372.

¹⁶² BGH, Urteil vom 26.11.1986 - IVa ZR 86/85 (München).

gegenübersehen könne.¹⁶³ Die Sachlage hinsichtlich der Erkennbarkeit der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich von Zertifizierungsverträgen in typischen Lieferkettenkonstellationen liegt aber anders: hier geht es nicht um die Haftung für das Verhalten einer potenziell unbegrenzten Anzahl von Käufern der zertifizierten Produkte, sondern um die Angestellten der kontrollierten Unternehmen, u.U. auch um Anwohner von überprüften Anlagen. Der Kreis potenziell geschützter Dritter und das entsprechende Haftungsrisiko für Zertifizierungsorganisationen dürfte damit im Regelfall durchaus erkennbar sein.

Ein Anspruch zumindest von Angestellten des Zulieferers bzw. des Tochterunternehmens könnte aber am Erfordernis der Schutzbedürftigkeit der einbezogenen Dritten scheitern. Ein Schutzbedürfnis wird abgelehnt, wenn dem Dritten eigene vertragliche Ansprüche – gleich gegen wen – zustehen, die denselben und zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben wie diejenigen Ansprüche, die ihm über eine Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrages zukämen. An der Schutzbedürftigkeit fehlt es damit immer dann, wenn Dritte auf die Erklärung vertrauen, aber gleichzeitig ein vertragliches Verhältnis zum zertifizierten Unternehmen haben. Beschäftigte des kontrollierten Betriebs haben unter Umständen Schadensersatzansprüche aus ihrem Arbeitsvertrag, sodass ein Anspruch aus dem VSD für sie ausscheidet.¹⁶⁴ Da der Zweck des Rechtsinstituts nicht die Abwälzung des Insolvenzrisikos des vertraglich Haftpflichtigen sei, ändere sich an dieser Beurteilung auch dadurch nichts, dass diese Ansprüche möglicherweise wirtschaftlich wertlos seien.¹⁶⁵ Damit bleiben Ansprüche Dritter, etwa geschädigter Nachbarn, aber denkbar.¹⁶⁶

4.2.2 Deliktische Ansprüche: § 823 Abs. 1 BGB

Nicht anders als hinsichtlich der Haftung des Textilunternehmens bildet bei Verletzung absoluter Rechte der Drittbetroffenen die deliktsrechtliche Haftung der Zertifizierer den Schwerpunkt. Anknüpfungspunkt einer Haftung nach **§ 823 Abs. 1 BGB** kann auch hier wieder nur die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht (VSP) sein. Voraussetzung dafür ist, dass eine VSP des Zertifizierers gegenüber Drittbetroffenen begründet werden kann. Das Zertifizierungsunternehmen muss neben dem Textilunternehmen eine Sorgfaltspflicht gegenüber den Beschäftigten in den Produktionsbetrieben treffen. Bei freiwilliger Zertifizierung trifft die Zertifizierungsorganisation jedenfalls keine VSP aus Gesetz.

Die Annahme einer VSP des Zertifizierungsunternehmens wird für begründungsbedürftig gehalten, weil die Risiken für Umwelt und Menschenrechte unmittelbar durch Tochterunternehmen und

¹⁶³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.2.2018 – I-6 U 50/17 NJW 2018, 1615 Rn. 27.

¹⁶⁴ Rack, Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 2, CB 9/2016.

¹⁶⁵ Schneider, Menschenrechtsbezogene Verkehrspflichten in der Lieferkette und ihr problematisches Verhältnis zu vertraglichen Haftungsgrundlagen, NZG 2019, 1375.

¹⁶⁶ Problematisch könnte sein, wenn Textilunternehmen und Zertifizierer einen Haftungsausschluss gegenüber Dritten vereinbaren wollen. Innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) könnte dem § 309 Nr. 7a) BGB, wonach ein Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden unzulässig ist, sowie die Rechtsprechung des BGH zu den „Kardinalpflichten“ entgegenstehen Glinski/ Rott, The role and liability of certification organisations in transnational value chains, Deakin Law Review 2018, 108f. Danach können sich Vertragsparteien nicht von vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners freizeichnen, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat, und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf (Kardinalpflichten) – hier eine richtige und pflichtgemäße Zertifizierung, *bzgl. der Haftung von Ratingagenturen* Halfmeier, Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber Kapitalanlegern: Von Sydney lernen?, VuR 2014, 332; vgl. a. BGH, Urteil vom 20. 7. 2005 - VIII ZR 121/04 (OLG Frankfurt a.M.), NJW-RR 2005, 1496, 1505.

Zuliefererbetriebe auf den einzelnen Produktionsstufen verursacht, entsprechende Präventionspflichten das bestellende Textilunternehmen bzw. das Mutterunternehmen adressieren. Mangels einer entsprechenden, originären Sorgfaltspflicht soll aber eine vom Textilunternehmen delegierte, abgeleitete VSP des Zertifizierers bestehen.¹⁶⁷ Da die Zertifizierungsorganisation keine eigene Gefahrenquelle schaffe und auch nicht per se für die Betriebssicherheit eines Unternehmens zuständig sei, rücke sie erst in die Verantwortung, indem sie vom Textilunternehmen beauftragt werde, Gefahren vor Ort zu ermitteln und die Einhaltung bestimmter Standards zu überwachen und zu bestätigen. Die deliktsrechtliche Logik, aus der sich die VSP des Beauftragten ergibt, liege darin, dass der Delegierende durch die Übertragung der Sorgfaltspflicht legitimerweise auf den Beauftragten vertrauen kann und daher seine eigene Aufmerksamkeit mindert. Dadurch, dass es in den Produktionsstätten ermittelt, kontrolliert und berichtet, ob und inwieweit Sozial- und Umweltstandards eingehalten werden, könne der Zertifizierer auch auf die Begebenheiten vor Ort einwirken und Gefahren steuern.¹⁶⁸

Angesichts der zunehmenden Bedeutung von Zertifizierungsorganisationen bei der Überwachung und Kontrolle gefahrgeneigter wirtschaftlicher Aktivitäten im Rechtsverkehr und im öffentlichen Diskurs mag man statt einer abgeleiteten aber auch über eine originäre VSP derselben nachdenken. Eine eigene VSP von Zertifizierern in diesem Sinne, gewissermaßen aus Gründen der Publizität, erwägt Corcione in Orientierung an der prominenten Vedanta-Entscheidung des britischen Supreme Court. Dieser nahm eine Sorgfaltspflicht des (zertifizierten) Mutterunternehmens für durch ein Tochterunternehmen verursachte Umweltschäden maßgeblich deshalb an, weil das Mutterunternehmen sich für die Einhaltung bestimmter Umweltstandards durch unternehmensweite Aktivitäten zur Überwachung und Kontrolle des Konzerns engagiert, seine Sorgfaltspflicht damit anerkannt und dies insbesondere auch öffentlich kommuniziert hatte. Das Mutterunternehmen habe gegenüber Dritten eine Sorgfaltspflicht, wenn es in der Öffentlichkeit den Eindruck erwecke, dass es dieses ein gewisses Maß an Aufsicht und Kontrolle über seine Tochtergesellschaften ausübe, auch wenn dies in Wirklichkeit nicht der Fall sei. Laut Corcione muss dies nun erst recht für den Zertifizierer gelten. Denn dessen Kerngeschäft liege darin, die Einhaltung der Standards zu überprüfen und zu bestätigen, sodass es genau hierfür auch Drittbetroffenen gegenüber verantwortlich sei.¹⁶⁹

Für entsprechende Überlegungen könnte auch das deutsche Recht Raum lassen: in diesem Sinne wird darauf hingewiesen, dass – neben den in der klassischen Definition hervorgehobenen Entstehungsgründen der Schaffung und/oder Kontrolle einer Gefahr für die Rechtsgüter Dritter – auch ein im Verkehr erwecktes, berechtigtes Vertrauen als Entstehungsgrund einer VSP in Betracht kommt. Wer erkennbar im Rechtsverkehr ein bestimmtes berechtigtes Vertrauen erweckt habe, müsse sich auch so verhalten, dass dieses Vertrauen nicht enttäuscht werde. Ein berechtigtes Vertrauen anderer Teilnehmer des Rechtsverkehrs auf ein bestimmtes gefahrvermeidendes Verhalten eines Akteurs führe dazu, dass diese eigene Schutzmaßnahmen unterlassen oder verringern, was entsprechende Gefahren erhöhe. Daraus entstehe die Pflicht, diese Maßnahmen auch tatsächlich zu treffen. Im Grunde handle es sich hierbei um einen Unterfall der Gefahrschaffung – diese entstehe durch einen geringeren Eigenschutz der Vertrauenden.¹⁷⁰ Die Frage, welchem

¹⁶⁷ Glinski/ Rott, The role and liability of certification organisations in transnational value chains, *Deakin Law Review* 2018, 87, 104.

¹⁶⁸ Glinski/ Rott, a.a.O., 87, 104; für Zertifizierungsstellen im Produktsicherheitsrecht s. auch Wagner, *Marktaufsichtshaftung produktsicherheitsrechtlicher Zertifizierungsstellen*, *JZ* 2018, 134.

¹⁶⁹ Corcione, human rights violations committed by certified companies: assessing the accountability of third party certifiers, *Sant' Anna Legal Studies Stals Research Paper* 3/2019, S. 13.

¹⁷⁰ Vgl. von Falkenhausen, *Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht*, 2020, 101 f.

Begründungsansatz gefolgt wird, dürfte im Einzelfall etwa davon abhängen, inwieweit der Zertifizierer tatsächlich öffentlich oder in sonstiger Weise gegenüber den Geschädigten ein berechtigtes Vertrauen begründet hat, durch seine Zertifizierung Risiken für Umwelt und Menschenrechte zu mindern.

Von erheblicher Relevanz wird schließlich die Frage sein, welcher Maßstab an die Kontroll- und Sorgfaltspflicht des Zertifizierers anzulegen ist. So mag im Einzelfall zu klären sein, inwieweit die Zertifizierungsstelle verpflichtet ist, konkreten Hinweisen auf die Mängel und Risiken nachzugehen und die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die relevanten Sicherheitsstandards zu gewährleisten, ob eine generelle Pflicht zu unangekündigten Kontrollen, zu Produktprüfungen oder zur Sichtung von Geschäftsunterlagen besteht.¹⁷¹ Für möglichst umfangreiche Kontrollpflichten wird der Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr angebracht.¹⁷²

Im Hinblick auf den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab stellt sich auch hinsichtlich der Haftung der Zertifizierungsorganisationen die Frage nach der gesellschafts- bzw. unternehmensübergreifenden Reichweite der Verkehrssicherungspflichten. Denn auch innerhalb transnational tätiger Zertifizierungsgesellschaften entstehen Rechtsverletzungen häufig innerhalb grenzüberschreitender, gesellschafts- bzw. unternehmensübergreifender Konzern- oder Vertragsstrukturen. So beauftragte beispielsweise die italienische RINA (*RINA Services S.p.A*) einen lokalen Untervertragsnehmer mit der Kontrolle der im Anschluss abgebrannten Fabrik des Textilherstellers Ali Enterprises in Pakistan für dessen SA8000 Zertifizierung. Im Fall der Zertifizierung des gebrochenen Damms in Brasilien kamen komplexe Konzernstrukturen bei TÜV Süd zum Tragen. Das kontrollierende brasilianische *TÜV Süd Bureau de Projectos* ist eine mittelbare Tochter von TÜV Süd und wurde seinerseits regelmäßig von einer anderen deutschen Tochter kontrolliert. Im PIP Brustimplantate-Skandal waren Mitarbeiter der französischen Niederlassung von TÜV Rheinland in die Kontrollen beim Hersteller involviert. Wie weiter unten ausgeführt wird, bestehen zwischen den Konzernstrukturen bzw. den vertraglichen Praktiken von Zertifizierungsgesellschaften und Textilunternehmen gewisse strukturelle Unterschiede. Die hier allein zu prüfende, *grundsätzliche* Frage der Möglichkeit der Haftung für unmittelbar durch Vertragspartner oder Konzerntöchter im Ausland verursachte Rechtsverletzungen wird sich aber bejahen lassen. Sie hängt abstrakt nicht anders als die Haftung des Textilunternehmens vom (erkennbaren) Gewicht der Risiken und bedrohten Schutzgütern, der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten zur Abwendung der Risiken ab. Gerade diese Möglichkeiten zur Einflussnahme dürften in vielen Fällen, etwa wenn die bei den Audits geprüften Standards und Prüfverfahren zentral von der Muttergesellschaft/dem auftraggebenden Unternehmen vorgegeben werden, oder wiederum interne Kontrollmechanismen vorliegen, vielfach umfangreicher sein, als in „klassischen“ Lieferkettenfällen im Textilsektor.

¹⁷¹ BGH, Urteil vom 27.02.2020 – VII ZR 151/18, BeckRS 2020, 4194 Rn. 38-48. Die Landgerichte und Oberlandesgerichte verneinten im „Brustimplantate-Fall“ eine Haftung des TÜV Rheinland gegenüber den Patientinnen aus § 823 Abs. 1 BGB. Der TÜV sei als benannte Stelle gemäß der Medizinprodukte-Richtlinie nur verpflichtet zu überprüfen, ob das vom Brustimplantate-Hersteller gewählte Qualitätsmanagementsystem den gesetzlichen Anforderungen entspreche und ob der Hersteller dieses anwende, nicht aber, ob das Produkt selbst der Qualität entspricht, ob der Hersteller zugelassenes Silikon verwendet. Diese Pflicht ergebe sich weder aus dem Zertifizierungsvertrag, weil dieser nur dazu diene, dem Hersteller das Inverkehrbringen des Produktes zu ermöglichen und keine vertragliche Sorgfalts- und Obhutspflicht gegenüber potenziellen Patientinnen enthalte, noch aus dem Medizinproduktegesetz, s. OLG Zweibrücken, Urteil vom 30.1.2014 – 4 U 66/13, BeckRS 2014, 2372.

¹⁷² Wagner, Marktaufsichtshaftung produktsicherheitsrechtlicher Zertifizierungsstellen, JZ 2018, 139.

4.2.3 § 826 BGB

Unter Umständen könnte Zertifizierungsorganisationen vorsätzliches schädigendes Verhalten bei der Zertifizierung vorzuwerfen sein, etwa indem sie wissentlich oder leichtfertig bestehende Gefahren ignorieren. Dann können Schadensersatzansprüche gemäß **§ 826 BGB** relevant werden. Dies setzt nach der Rechtsprechung des BGH in den Fällen der Expertenhaftung für unrichtige (Wert-) Gutachten und Testate eine besonders schwerwiegende Verletzung der einen Experten treffenden Sorgfaltspflichten voraus. Als sittenwidrig ist dabei zu beurteilen, dass der Auskunfterteilende auf Grund des Expertenstatus ein besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, selbst aber nicht im Mindesten den an einen Experten zu richtenden Maßstäben genügt. Der Sittenverstoß setzt ein leichtfertiges und gewissenloses Verhalten des Auskunftgebers voraus. Es genügt nicht ein bloßer Fehler des Gutachtens, sondern es geht darum, dass sich der Gutachter durch nachlässige Erledigung, zum Beispiel durch nachlässige Ermittlungen oder gar durch Angaben ins Blaue hinein, der Gutachtenaufgabe entledigt und dabei eine Rücksichtslosigkeit an den Tag legt, die angesichts der Bedeutung des Gutachtens für die Entscheidung Dritter als gewissenlos erscheint.¹⁷³ Wenngleich derartig schwerwiegende Sorgfaltspflichtverstöße von Zertifizierern nicht ausgeschlossen sind, dürften solche Fälle eher eine Ausnahme bilden.

4.3 Zwischenergebnis

Freiwillige Zertifikate können sowohl bei der Begründung von Sorgfaltspflichtverstößen als auch beim Nachweis der Einhaltung unternehmerischer Sorgfaltspflichten im Grundsatz eine wesentliche Rolle spielen, indem sie zur behördlichen, oder gerichtlichen Ermittlung bzw. Beurteilung des Sachverhalts relevante Informationen beisteuern. Dieses grundsätzliche Potenzial besteht – ungeachtet der grundlegenden Unterschiede zwischen der Rechtsanwendung und Tatsachenermittlung im Zivilprozess und Verwaltungsrecht – sowohl hinsichtlich verwaltungsrechtlicher als auch zivilrechtlicher Durchsetzungsinstrumente. Mit Möglichkeiten der Entlastung der amtlichen und gerichtlichen Durchsetzung von unternehmerischen Sorgfaltspflichten korrespondieren grundsätzlich auch Potenziale für Unternehmen und Verbraucher*innen: Soweit Zertifikate die Einhaltung bestimmter Rechtspflichten verlässlich nachweisen, oder hochgradig unbestimmte Bemühenspflichten in rechtlich belastbarer Weise konkretisieren und operationalisieren, könnten sie die Umsetzung von Sorgfaltspflichten erleichtern und insbesondere zu einer erhöhten Rechtssicherheit beitragen.

Um eine solche produktive rechtliche Rolle einnehmen zu können, haben Zertifikate und Zertifizierer aber eine Reihe von Voraussetzungen zu erfüllen: So kann der Beitrag zum Nachweis gesetzlicher Pflichten einerseits umso größer sein, je konkreter die dann nur noch „abzuprüfenden“ Rechtspflichten in einem Lieferkettengesetz geregelt sind und je weniger diese eine behördliche oder gerichtliche Abwägung und Bewertung erfordern. Werden Verfahrenspflichten oder auch substanzielle Präventionspflichten in einem Lieferkettengesetz als Erfolgspflichten geregelt, wird dies die Chancen dafür erhöhen, dass den Zertifikaten, die deren Einhaltung bestätigen, eine relevante rechtliche Funktion zukommen kann. Konkretisieren Zertifikate demgegenüber auf der Grundlage privater Standards abstrakte gesetzliche Vorgaben – indem sie etwa technologie-, sektor-, oder länderspezifisch definieren, was zur Abwendung konkreter Risiken vor Ort geboten ist, sind hohe Anforderungen an die konkretisierenden Standards selbst zu stellen. Eine weitgehende Nachweisfunktion können in diesem Sinne *normkonkretisierende* Zertifizierungen nur einnehmen, wenn sie in wissenschaftlicher und technischer Hinsicht in maßgeblichen Kreisen anerkannt sind

¹⁷³ BGH, Urteil vom 19.11.2013 – VI ZR 336/12 NJW 2014, 383 Rn. 10f.

und sie transparent, sowie unter Einbeziehung der relevanten Akteure entwickelt wurden, so dass ein hohes Maß an Neutralität angenommen werden kann. Sowohl bei der Prüfung gesetzlicher Vorgaben als auch im Fall der Normkonkretisierung durch Zertifikate ist die Verlässlichkeit von Auditoren und Verfahren der Zertifizierung staatlicherseits sicherzustellen. Die potenzielle Funktion von Zertifikaten bei Kontrolle und Nachweis von Sorgfaltspflichten ist damit maßgeblich abhängig vom Grad der Formalisierung der Zertifizierung und der Qualität der dieser zugrunde gelegten Standards.

Eine zentrale Bedingung für die Berücksichtigung privater Standards und Zertifizierungen ist ihre Verlässlichkeit. Der rechtliche Rahmen für Zertifizierer im Textilsektor – hier beispielhaft geprüft hinsichtlich der Frage der Haftung – gewährleistet diese Verlässlichkeit noch nicht.

5 Zertifizierer als selbstständige Träger von Sorgfaltspflichten und als Haftungsadressaten

Während bislang Textilsiegel freiwillig waren und sich hier einerseits ein für Verbraucher*innen undurchschaubarer ‚Siegeldschungel‘ entwickelt hat, andererseits eine teilweise massive Unzuverlässigkeit von Sozial- und Sicherheitszertifizierungen gerade im Textilbereich festgestellt wurde, stellt sich nun mit der Einbeziehung des Textilsektors unter das LkSG bzw. den noch in Entwicklung befindlichen entsprechenden europäischen Rechtsrahmen die Frage, wie die Qualität und Glaubwürdigkeit von Textilsiegeln rechtlich gestärkt werden kann, und zwar sowohl mit ordnungspolitischen Maßnahmen als auch mit Haftungsregelungen.

5.1 Herausforderungen an die Verlässlichkeit der Zertifizierung

Die grundlegende Herausforderung für ein verlässliches Zertifizierungssystem resultiert aus der strukturellen Nähe des Zertifizierers zum Auftraggeber, zumeist zur hier ansässigen Obergesellschaft, mit dem ein Vertrag besteht und der die Zertifizierungsorganisation auch bezahlt, sowie der Wettbewerb unter den Zertifizierungsorganisationen, die zu einem Gleichlauf der Interessen zwischen Unternehmen und Zertifizierer führen: nämlich dem Interesse an einer positiven Zertifizierung zu einem möglichst geringen Aufwand bzw. Preis.¹⁷⁴ Je nach Sektor kann dies zu einer mehr oder weniger ausgeprägten Abhängigkeit der Zertifizierer von den zu zertifizierenden Unternehmen führen.¹⁷⁵ Insbesondere in transnationalen Liefer-/Wertschöpfungsketten, aber nicht nur da, wie der PIP Skandal¹⁷⁶ gezeigt hat, besteht das Problem, dass Vor-Ort-Kontrollen von lokalen Unterorganisationen oder Vertragsnehmern durchgeführt werden, denen es oft an Mitteln, Expertise oder auch Motivation für eine sorgfältige Kontrolle fehlt. Relevant in diesem Zusammenhang sind auch Bestechung und Bedrohung von Zertifizierern. Generell scheint ein gewisser Zusammenhang zwischen der Stärke der rechtsstaatlichen Strukturen vor Ort und der Sorgfalt der Zertifizierungen zu bestehen.¹⁷⁷ Diese Probleme führen zu rechtlichen

¹⁷⁴ Vgl. Jahn/Schramm/Spiller, The Reliability of Certification: Quality Labels as a Consumer Policy Tool, *Journal of Consumer Policy* 2005, 53, 54 und 57 ff. Zum Wettbewerb zwischen Zertifizierern vgl. auch von Wangenheim, Certification as Solution to the Asymmetric Information Problem?, in Rott (Hrsg.), *Certification – Trust, Accountability, Liability*, 2019, 11, 19.

¹⁷⁵ Siehe nur den Dambruch in Bromadinho, Brasilien, und die Abhängigkeit des TÜV Süd Bureau de Projectos vom Bergbaumonopolisten VALE; siehe hierzu auch Müller-Hoff, in ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, *Human rights fitness of the auditing and certification industry?*, 2021, 47 ff.

¹⁷⁶ S. dazu eingehend unten 5.2.2.1.3.

¹⁷⁷ Vgl. auch Glinski, Preconditions and constraints of effective private environmental governance, in: Boeve u.a. (Hrsg.), *Environmental Law for Transitions to Sustainability*, 2021, 59 ff.

Herausforderungen nicht nur im Hinblick auf die strukturellen und prozeduralen Anforderungen an Zertifizierer, sondern auch im Hinblick auf die Sicherstellung ihrer Einhaltung.

5.2 Sorgfaltspflichten für Zertifizierer

5.2.1 Zertifizierung in transnationalen Lieferketten

5.2.1.1 Verhältnis Standardisierung – Zertifizierung

Wie oben ausführlicher dargelegt, sind unterschiedliche Formalisierungsgrade, Systeme und Szenarien einer gesetzlichen Berücksichtigung von Zertifizierungen denkbar, die sich im Spektrum zwischen einer begrenzten Berücksichtigung rein privater Standards und Audits im Einzelfall, über die formalisierte Konkretisierung gesetzlicher Vorgaben bis hin zur verbindlichen Zertifizierung (zumindest teilweise) gesetzlich definierter Standards im Gesetz bewegen.

Dabei kann der Gesetzgeber sowohl Unternehmenspflichten als auch Zertifiziererplichten in sich abschließend regeln, gegebenenfalls auch über Generalklauseln, oder es werden (private) Standardisierungssysteme zur Konkretisierung herangezogen, die wiederum entweder ihrerseits bestimmte Anforderungen im Hinblick auf die Zertifizierung erfüllen müssen, oder die Zertifizierung wird unabhängig von der Standardisierung im Gesetz selbst geregelt. Im letzteren Fall wäre es auch möglich, allgemeine Zertifizierungsanforderungen unabhängig von einer Rechtspflicht zur Zertifizierung, d.h. sowohl für die freiwillige Zertifizierung der Einhaltung einer Rechtspflicht oder für die freiwillige Zertifizierung eines freiwilligen Standards festzuschreiben.¹⁷⁸

Die nachfolgende Darstellung von Zertifizierungssystemen aus anderen Bereichen enthält Beispiele für verschiedene Varianten.

5.2.1.2 Verhältnis von Ober- und Untergesellschaft bei transnationalen Zertifizierungsorganisationen

Eine maßgebliche Ratio von sog. Lieferkettengesetzen liegt darin, eine gesellschafts- bzw. unternehmensübergreifende Verantwortung von Obergesellschaften für die negativen Folgen des wirtschaftlichen Handelns ihrer Tochtergesellschaften bzw. ihrer Vertragsnehmer rechtlich zu etablieren. Wie oben dargelegt, bestehen auch innerhalb transnational tätiger Zertifizierungsgesellschaften gesellschafts- bzw. unternehmensübergreifende Vertragsstrukturen. Dies wirft die Frage nach der rechtlichen Verantwortung der Zertifizierungsorganisationen für umweltbezogene und menschenrechtliche Risiken, die in ihren Konzern- und Vertragsstrukturen entstehen, auf. Entsprechend muss im Rahmen von Sorgfaltspflichten für Zertifizierer nicht nur über die konkreten Anforderungen an die vertragsnehmende oder ausführende Einheit, sondern gerade auch über Organisationsstrukturen und Verantwortungszuweisung innerhalb eines Zertifizierungskonzerns bzw. im Verhältnis zu Unterauftragnehmern nachgedacht werden.

¹⁷⁸ Beispiele hierfür sind die TÜV-Zulassung gem. § 29 StVZO oder das Konformitätsbewertungsverfahren für Medizinprodukte nach § 6 Abs. 2 MPG bzw. der EU-Medizinprodukte-Richtlinie; vgl. Glinski/ Rott, The role and liability of certification organisations in transnational value chains, Deakin Law Review 2018, 92ff: "Legally required certification".

5.2.2 Rechtliche Rahmenbedingungen für Zertifizierer in verschiedenen Bereichen

Zertifizierung als Garant für Qualität, Produkt- und Arbeitssicherheit wie auch für Umweltstandards ist längst europarechtlich verpflichtender Bestandteil verschiedener Wertschöpfungsketten und unterliegt in diesen Bereichen umfangreichen und detaillierten Regulationsanforderungen.

Im Folgenden werden exemplarisch einige dieser Regelungsbereiche sowie Lücken und Fehler im jeweiligen System und entsprechende Reformen dargestellt, bevor die Erkenntnisse daraus systematisierend zusammengefasst und auf textile Lieferketten angewendet werden.

5.2.2.1 Europäisches Produktsicherheitsrecht

5.2.2.1.1 Überblick

Das europäische Produktsicherheitsrecht beinhaltet quasi die ‚Mutter‘ aller Zertifizierungsanforderungen: ein gestaffeltes Regelungssystem, auf das auch andere Regelungsbereiche verweisen.

Die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG (die demnächst durch eine allgemeine Produktsicherheits-Verordnung ersetzt werden soll¹⁷⁹) regelt den Grundsatz, dass nur sichere Produkte auf den Markt kommen dürfen. Die Anforderungen an die Sicherheit einzelner Produkte werden teilweise durch europäische Normen konkretisiert. Bei Einhaltung dieser europäischen Normen besteht die Vermutungswirkung, dass die rechtlichen Anforderungen eingehalten sind. Dies wird bestätigt durch das CE Zeichen, welches vom Hersteller selbst anzubringen ist. Im Normalfall gibt es keine Vormarktkontrolle und nur eine stichprobenhafte Nachmarktkontrolle.

Es gibt jedoch verschiedene sektorspezifische Regelungen, insbesondere in sensibleren oder gefahrgeneigten Bereichen, die vor Markteintritt eine Konformitätsprüfung durch sogenannte ‚benannte Stellen‘ (d.h. akkreditierte Zertifizierungsorganisationen) vorschreiben und auch entsprechende Vorgaben festlegen. Ein Beispiel hierfür sind Medizinprodukte der Klassen II und III.

Für diese Bereiche gelten auch die Querschnittsregelungen für ‚benannte Stellen‘ insbesondere nach der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 über die Grundsätze der Akkreditierung und Marktüberwachung sowie nach dem Beschluss Nr. 768/2008/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten.

In späteren sektorspezifischen Rechtsakten wie der neuen Medizinprodukte-Verordnung (EU) 2017/745 gibt es wiederum Abweichungen von diesen Querschnittsregeln, soweit sich diese als nicht hinreichend oder nicht hinreichend passgenau erwiesen haben.

Daneben gibt es mit der Verordnung (EU) 2019/1020 noch einen Regelungsrahmen für Nachmarktkontrolle sowie für internationale Zusammenarbeit und Datenbanken.

Im Folgenden werden dieses System sowie problematische Teilbereiche am Beispiel der Medizinprodukte näher beleuchtet.

¹⁷⁹ Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit COM(2021) 346 final.

5.2.2.1.2 Im Einzelnen

Die Gewährleistung von Menschenrechten und öffentlicher Sicherheit ist eine klassische Staatsaufgabe. Dies bezieht sich sowohl auf die Setzung eines entsprechenden Regelungsrahmens als auch auf die Kontrolle seiner Einhaltung. Akkreditierungssysteme für Zertifizierer beruhen auf der Erkenntnis, dass bei einer Privatisierung der Kontrolle über die Hersteller der Staat zumindest eine gewisse Kontrolle über die privaten Kontrolleure wahren muss.

Die Kodifizierung eines einheitlichen europäischen Rahmens sowohl für nationale Akkreditierungssysteme als auch für die Zertifizierer selbst beruht wiederum auf der Erfahrung, dass die zuvor sehr stark divergierenden Anforderungen und eine sehr stark divergierende Akkreditierungs- und Kontrollpraxis in den Mitgliedsstaaten keinerlei Gewähr für einen auch nur annähernd flächendeckend verlässlichen Marktzugang nur für sichere Produkte boten.

Daher regelt die VO (EG) 765/2008 Anforderungen an die Organisation von Akkreditierungen und die Durchführung von Akkreditierungen sowohl bei obligatorischen als auch bei freiwilligen Akkreditierungen. Insbesondere stellt sie klar, dass Akkreditierung eine hoheitliche Aufgabe ist und dass es in jedem Mitgliedsstaat nur eine einzige Akkreditierungsstelle geben darf. Diese muss hinreichend personell und finanziell ausgestattet ist, keine eigenen Interessen verfolgen, nicht selbst zertifizieren und auch in keinerlei Wettbewerb stehen und generell so organisiert und geführt sein, dass Objektivität und Unparteilichkeit sichergestellt sind. Dies wird auch durch eine gegenseitige Kontrolle unter den Mitgliedsstaaten sichergestellt. In Deutschland ist dies die Deutsche Akkreditierungsstelle (DAkkS).

Der Beschluss (EG) Nr.768/2008 regelt unter anderem allgemeine Anforderungen an ‚notifizierte‘ oder ‚benannte Stellen‘, die teilweise deutlich detaillierter sind als diejenigen in älteren sektorspezifischen Rechtsakten. Nach Artikel R17 müssen diese Stellen nach nationalem Recht gegründet sein, Unabhängigkeit, Vertraulichkeit, Objektivität, Unparteilichkeit, fachliche Kompetenz, Professionalität sowie ausreichend personelle Ressourcen mit entsprechender Berufsausbildung und Kenntnis der Anforderungen und ausreichend andere Mittel gewährleisten. Die Bezahlung des Personals darf nicht im Verhältnis zu Zahl oder Ergebnis der Bewertungen stehen, und es müssen passende Bewertungsverfahren angewendet werden.

In Bezug auf Zweigunternehmen und Unteraufträge verlangt Artikel R20, dass die notifizierte Stelle die Einhaltung obiger Anforderungen sicherstellt. Auch bleibt die notifizierte Stelle vollumfänglich verantwortlich, unabhängig von der Niederlassung der Zweigstelle, und muss die Unterlagen über die Begutachtung der Unterstelle für die Behörde bereithalten. Kunden müssen einer Delegation der Kontrolle zustimmen.

Die Medizinprodukte-Richtlinie 93/42/EWG wiederum hatte das Zertifizierungserfordernis für Medizinprodukte der Klasse III festgeschrieben und bestimmt, dass das CE-Zeichen nur nach einer Vormarktkontrolle durch eine benannte Stelle angebracht werden darf (Art. 11 i.V.m Annex II). Die Vormarktkontrolle bestand aus einer Kontrolle des Produktdesigns sowie des Qualitätssicherungssystems (Annex II, Nr. 3.3 und 4.3). Die ebenfalls erforderliche Nachmarktkontrolle verlangt die Überwachung der Anwendung des genehmigten Sicherheitssystems unter anderem mit regelmäßigen Inspektionen und gibt die Möglichkeit zu unangekündigten Besuchen. Annex II, Nr. 5.

Annex XI der Richtlinie regelte ursprünglich mit dem Beschluss (EG) Nr.768/2008 vergleichbare, jedoch weniger detaillierte Anforderungen an Zertifizierer. Abgesehen von Unabhängigkeit,

Zuverlässigkeit, Sorgfalt, Sachkenntnis, hinreichend qualifizierter personeller Mittel und ausreichend anderer Mittel usw. schrieb er noch die Notwendigkeit einer Haftpflichtversicherung sowie das Akkreditierungserfordernis fest.

5.2.2.1.3 Probleme im Zusammenhang mit dem PIP-Skandal

Der PIP-Skandal legte grundlegende Schwachpunkte des bestehenden Regelungsrahmens offen. Der erste Knackpunkt war, dass die Richtlinie lediglich die Möglichkeit zu unangekündigten Besuchen gab, diese jedoch nicht explizit vorschrieb. Auch gab es keine generelle Pflicht, das Produkt selbst oder die Geschäftsunterlagen des Herstellers zu prüfen. Im PIP-Fall hat der TÜV Rheinland als benannte Stelle seine Besuche stets 11 Tage vorher angekündigt, so dass die Produktion rechtzeitig wieder auf das zertifizierte System umgestellt werden konnte. Er hat auch keine ordentliche Prüfung der Bücher durchgeführt, sonst wäre das Missverhältnis zwischen dem Einkauf eher geringer Mengen an medizinischem Silikon und der weit höheren Produktion aufgefallen. Im Fall *Elisabeth Schmitt* (auf Vorlage des BGH) bestätigte der EuGH, dass es nach altem Recht keine Pflicht zu unangekündigten Besuchen gab, obwohl diese eigentlich längst zur anerkannten fachlichen Praxis von Zertifizierungsverfahren gehörten. Die benannte Stelle musste erst dann ‚alle erforderlichen Maßnahmen treffen‘, wenn es Anhaltspunkte dafür gab, dass ein Hersteller die Anforderungen nicht erfüllt.¹⁸⁰

Freiwillige Evaluierungen von benannten Stellen nach dem PIP-Skandal ergaben gängige schwerwiegende Mängel im Hinblick auf Organisation und Qualitätsmanagement in vielerlei Hinsicht. Insbesondere war das Personal häufig nicht hinreichend qualifiziert und erfahren, und die Überprüfungsverfahren waren nicht hinreichend gründlich.¹⁸¹ Unternehmen hatten offenbar eine klare Vorstellung davon, welche Zertifizierer sie für eher laxe Kontrollen kontaktieren mussten.¹⁸²

Das Europäische Parlament sprach von einem Versagen des existierenden Zertifizierungssystems im Hinblick auf essentielle Gesundheits- und Sicherheitsanforderungen sowie auch hinsichtlich der Kontrolle und Überwachung der notifizierten Stellen durch die zuständigen nationalen Behörden.¹⁸³ Im Ergebnis wurde damit nicht nur den Anforderungen der Medizinprodukte-Richtlinie sondern auch dem Rechtsrahmen der VO (EG) Nr. 765/2008 und des Beschlusses Nr. 768/2008/EG mangelnde Effektivität bescheinigt. Die Kommission identifizierte drei wesentliche Schwächen im existierenden System: ungenügende Überwachungspflichten der benannten Stellen, ungenügende

¹⁸⁰ EuGH, 16.2.2017, C-219/15 *Elisabeth Schmitt v TÜV Rheinland*: ‘Nach alledem ist auf die zweite und die dritte Frage zu antworten, dass die Bestimmungen des Anhangs II der Richtlinie 93/42 in Verbindung mit ihrem Art. 11 Abs. 1 und 10 sowie Art. 16 Abs. 6 dahin auszulegen sind, dass der benannten Stelle keine generelle Pflicht obliegt, unangemeldete Inspektionen durchzuführen, Produkte zu prüfen und/oder Geschäftsunterlagen des Herstellers zu sichten. Liegen jedoch Hinweise darauf vor, dass ein Medizinprodukt die Anforderungen der Richtlinie 93/42 möglicherweise nicht erfüllt, muss die benannte Stelle alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um ihren Verpflichtungen aus Art. 16 Abs. 6 dieser Richtlinie und den Abschnitten 3.2, 3.3, 4.1 bis 4.3 und 5.1 des Anhangs II der Richtlinie nachzukommen.’ (Rn. 48)

¹⁸¹ European Commission, Overview Report of a Series of FVO Missions Carried out in 23 Countries from January 2013 to November 2014 in the Framework of the Voluntary Joint Assessment Process for Notified Bodies Designated under the Medical Devices Directive, DG(SANTE)/2014-7666–MR final. So hatten im Fall von PIP offenbar anstelle von TÜV Rheinland Mitarbeiter der französischen Niederlassung ohne angemessene Qualifikation kontrolliert.

¹⁸² Newell/Watt, Faulty medical implants investigation: Patients’ health put at risk by unscrupulous EU regulators. The Telegraph. <http://www.telegraph.co.uk/news/health/news/9626756/Faulty-medical-implants-investigation-Patients-health-put-at-risk-byunscrupulous-EU-regulators.html>.

¹⁸³ Europäisches Parlament, Entschließung zu mangelhaften mit Silikon gefüllten Brustimplantaten der französischen Firma PIP, Abl. 2012 C 332E/89, J.

Mindestanforderungen an die benannten Stellen als solche sowie deren ungenügende Überwachung durch die Akkreditierungsstellen.¹⁸⁴

5.2.2.1.4 Nachbesserungen

Dieser Befund führte zu mehreren Kommissions-Rechtsakten und schließlich zur neuen Medizinprodukteverordnung VO (EU) 2017/745.¹⁸⁵ Ungeachtet des Parlamentsvorschlags einer Änderung des Systems hin zu einem Vormarkt-Genehmigungserfordernis wurde das alte System, inklusive des Wettbewerbs zwischen Zertifizierungsorganisationen, beibehalten, die Anforderungen an die Zertifizierer wie auch an die Kontrollen jedoch verschärft.

Artikel 36 i.V.m. dem sehr ausführlichen Annex VII legen verschärfte Anforderungen für die benannten Stellen selbst im Hinblick auf ihren Rechtsstatus und ihre Organisationsstruktur, ihre Unabhängigkeit, und insbesondere ihr internes Qualitätsmanagement, Personal und dessen Qualifikation, ihre sonstigen Ressourcen, sowie Verfahren fest.

Interessant ist hier vor allem, dass die oberste Leitungsebene die wesentliche Verantwortung für die Tätigkeiten und das Qualitätsmanagement trägt (Nr. 1.1.6), dass nur begrenzte Teil-Tätigkeiten auf kompetente Unterauftragnehmer übertragen werden dürfen, die benannte Stelle aber weiterhin auf der Basis von deren Bewertungen die Entscheidungen trifft und hierfür auch selbst kompetent sein muss (Nr. 3.4). Im Bereich der Überwachung nach der Zertifizierung wurden die Pflicht zu unangekündigten Besuchen, die Prüfung ‚einschlägiger Quellen‘ und eine verstärkte Überwachung bei Verdacht (Nr. 4.10) festgeschrieben.

Begleitet werden diese Anforderungen von der Einrichtung eines Europäischen Expertengremiums sowie einer Europäischen Datenbank für mehr Transparenz.

Anhang IX enthält nun detaillierte Anforderungen an die Kontrolle des Hersteller-Qualitätsmanagementsystems (Nr. 2), sowie die Überwachung der Einhaltung (Nr. 3), regelmäßige, mindestens jährliche Audits vor Ort, einschließlich der Betriebsstätten und Zulieferer, sowie unangekündigte Besuche mindestens einmal in fünf Jahren und Stichproben von Produkten.

5.2.2.1.5 Reaktionen auf drohende Haftung

Man darf davon ausgehen, dass das (vermeintliche) Fehlen eines Haftungsregimes im Medizinprodukterecht der EU bzw. im Produktsicherheitsrecht der EU im Allgemeinen zu den teilweise laxen Kontrollen beigetragen hat. Dies wird durch die Entwicklung der Branche im Bereich des Medizinprodukterechts bestätigt.

Im Anschluss an die Aufdeckung der Machenschaften von PIP kam es bekanntlich zu zahlreichen Klagen gegen TÜV Rheinland, insbesondere in Deutschland und Frankreich.¹⁸⁶ Als unmittelbare Reaktion darauf sowie mit Blick auf die drohende stärkere öffentlich-rechtliche Regulierung und

¹⁸⁴ Europäische Kommission, ‚PIP Action Plan‘, https://ec.europa.eu/health/md_sector/pip_action_plan_en.

¹⁸⁵ Für einen Überblick über den PIP Skandal und die Regulierungsgeschichte vgl. Rott, *Certification of Medical Devices – Lessons from the PIP Scandal*, in: Rott (Hrsg.), *Certification – Trust, Accountability, Liability*, 2019, 189 ff.

¹⁸⁶ Vgl. Glinski/Rott, *Regulating certification bodies in the field of medical devices: The PIP breast implants litigation and beyond*, *European Review of Private Law* 2019, 403 ff., sowie *infra*, 5.3.2.2.1 und 5.3.2.2.3.

Kontrolle stellten ca. 25 % der benannten Stellen ihre Aktivitäten im Sektor Medizinprodukte ein.¹⁸⁷ Umgekehrt kann wohl davon ausgegangen werden, dass die im Markt verbliebenen Zertifizierer nun einen entsprechend erhöhten Sorgfaltsstandard befolgen.

5.2.2.1.6 'Lessons learned'

- Wenn und soweit Zertifiziererplichten geregelt werden, müssen diese entweder umfassend und im Einzelnen geregelt werden oder generalklauselartig mit Verweis auf oder Konkretisierungsmöglichkeit durch andere öffentliche oder private Regelwerke oder fachliche Standards („best practices“) der Profession. Andernfalls läuft man Gefahr, wie im PIP-Fall in die Falle einer lückenhaften Kodifikation zu laufen.
- Es genügt im Rahmen von (regelmäßigen) Nachkontrollen nicht, lediglich das Qualitätsmanagementsystem verpflichtend zu überprüfen, mit der Möglichkeit weitergehender Kontrollen im Falle von Anhaltspunkten, da sich offensichtlich solche Anhaltspunkte mit einer reinen Systemüberprüfung nicht finden lassen mögen, schon gar nicht bei böswilligem Agieren des Wirtschaftsakteurs. Stattdessen bedarf es unangekündigter Besuche mit – jedenfalls stichprobenartig - umfassenden Kontrollen der tatsächlichen Verhältnisse vor Ort und in den Papieren. Dies bedeutet, idealerweise sollten nicht nur die verfahrensbezogenen Sicherheits- und Sorgfaltspflichten, sondern auch die konkrete Anwendung der relevanten materiellen Anforderungen vor Ort überprüft werden.
- Es bedarf eines begleitenden Haftungsregimes, um zusätzliche Anreize zur Befolgung der relevanten Pflichten zu schaffen.¹⁸⁸

5.2.2.2 Europäische Schiffsklassifizierung und Schiffsrecycling

5.2.2.2.1 Schiffsklassifizierung

Die Überprüfung der Schiffssicherheit ist im Ausgangspunkt eine staatliche Aufgabe, die die Staaten aber auf Schiffsklassifizierungsgesellschaften, die sog. anerkannten Organisationen, delegieren können. Dies ist seit jeher gängige Praxis.

Anforderungen an die anerkannten Organisationen, und an deren Kontrolle finden sich in der Verordnung (EG) 391/2009 und der Richtlinie 2009/15/EG. Auch diese stellen das Ergebnis eines Lernprozesses dar: dieser beruht auf der Erfahrung, dass die Selbstorganisation der Zertifizierer¹⁸⁹ nicht genügte, um Abhilfe zu schaffen, dem Umstand sehr uneinheitlichen Akkreditierungspraktiken in den Mitgliedstaaten und nicht zuletzt einer Reihe von Havarien klassifizierter und zertifizierter Schiffe.

Weitergehend als bei der Produktsicherheit hat man hier nicht nur die Anforderungen an Schiffszertifizierer und deren Akkreditierung europäisiert, sondern Letztere gleich vollständig zentralisiert und der Kommission übertragen. Entsprechend besteht nun für Schiffszertifizierer die Notwendigkeit, von der Kommission anerkannt und in eine Liste ‚anerkannter Organisationen‘

¹⁸⁷ Vgl. Graf, Unangekündigte Audits: BMG-Bekanntmachung konkretisiert Empfehlung 2013/473/EU, MPR 2016, 43, 44.

¹⁸⁸ Angesichts der oben, 4.2.2., dargestellten Probleme bei der Anwendung von § 823 BGB wäre ein klarer gesetzlicher Rahmen natürlich vorzuziehen, siehe dazu 5.3.

¹⁸⁹ In der International Organisation of Classification Societies (IACS).

aufgenommen zu werden. Dies gilt sowohl für Ober- als auch für deren Untergesellschaften (Art. 3, 4 VO (EG) 391/2009).

Die anerkannten Organisationen müssen sich einer regelmäßigen zweijährigen Überprüfung unterziehen, wobei sowohl regionale Zweigstellen als auch Stichproben auf Schiffen einbezogen werden können, Art. 8.¹⁹⁰ Bei Unregelmäßigkeiten hat die Kommission, gestaffelt nach deren Schwere, die Möglichkeit, Nachbesserungsmaßnahmen zu verlangen (Art. 5), Sanktionen, Geldbußen oder Zwangsgelder zu verhängen (Art. 6) oder die Anerkennung zu entziehen (Art. 7). Die Schiffszertifizierer müssen hinsichtlich ihrer Normungsarbeit untereinander kooperieren und Ergebnisse an die Kommission übermitteln (Art. 10), und sie mussten eine Qualitätsbewertungsstelle für eigene Qualitätssicherungssysteme (QACE)¹⁹¹ (Zertifizierung der Zertifizierer¹⁹²) einrichten, die internen Kontrollen durchführen, zur Verbesserung von Verfahren beitragen und Erkenntnisse weiterleiten soll (Art. 11).

Anhang I der Verordnung stellt Mindestkriterien für anerkannte Organisationen auf. Diese müssen eine Rechtspersönlichkeit im Sitzstaat haben sowie Erfahrung in der Schiffszertifizierung und das Vorliegen eines Vorschriftenwerks, welches auf von der Kommission verabschiedeten Mindestkriterien sowie auf international anerkannten technischen Normen beruht und in einem qualitätssichernden Verfahren systematisch fortgeschrieben wird.¹⁹³ Weiterhin müssen sie über eine hinreichende Zahl qualifizierter Mitarbeiter, die regelmäßig an Fortbildungen teilnehmen, sowie über ausreichend sonstige Ressourcen verfügen; sie müssen unabhängig von ihren Auftraggebern sein, über ein weltweites Netz von Auditoren verfügen, ihre interne Qualitätssicherung schriftlich fixieren, festgelegte Zuständigkeiten (z.B. zwischen Zentrale und vor Ort Prüfenden) haben, ihre Audits unter kontrollierten Bedingungen durchführen, interne Prüfungen vornehmen und über ein Qualitätssicherungssystem nach ISO/IEC 17020:2004 und EN ISO 9001:2000 verfügen.

Die Richtlinie 2009/15/EG bezieht sich auf das Verhältnis zwischen den Zertifizierern und den Mitgliedstaaten. Diese betrauen nur von der Kommission anerkannte Organisationen mit der Prüfung der Sicherheit von Schiffen. Das Auftragsverhältnis muss mit einer Haftungsklausel versehen sein, welche im Falle von Staatshaftung finanzielle Entschädigung von der anerkannten Organisation vorsieht, und Bestimmungen über regelmäßige und stichprobenhafte Kontrollen (auch vor Ort), über Berichtspflichten sowie über eine örtliche Vertretung im Hoheitsgebiet enthalten (Art. 5). Die Mitgliedstaaten müssen die anerkannten Organisationen nach Art. 9 mindestens alle zwei Jahre kontrollieren und der Kommission Informationen über fehlerhafte Zertifikate weiterleiten (Art. 10).

Im Bereich der für die Schiffszertifizierung anerkannten Organisationen finden sich daher neben sehr detaillierten Vorschriften über deren Qualifikation und (Selbst)Organisation drei Ebenen der Kontrolle: durch die selbstorganisierte Qualitätsbewertungsstelle, durch die Mitgliedstaaten und durch die Kommission.

¹⁹⁰ Durchgeführt wird dies von EMSA, siehe z.B. <http://www.emsa.europa.eu/inspections/assessment-of-classification-societies/items.html?cid=90&id=186>.

¹⁹¹ QACE, <https://qace.co/about>.

¹⁹² Zertifikat jeweils für 3 Jahre, QACE, <https://qace.co/people>.

¹⁹³ Art. 14 Verordnung (EG) 391/2009 sowie Anhang I, Verordnung (EG) 391/2009.

5.2.2.2 Schiffsrecycling

Während die bisherigen Systeme im Wesentlichen die Sicherheit von Produkten und Schiffen betrafen, regelt die Schiffsrecycling-Verordnung (EU) Nr. 1257/2013 eine transnationale ‚Downstream‘-Wertschöpfungskette, in der für einen besseren Schutz der Arbeiter und der Umwelt beim Schiffsrecycling hauptsächlich im globalen Süden gesorgt werden soll. Die Zertifizierung des Inventars der in einem Schiff verbauten/enhaltenen gefährlichen Stoffe ist von anerkannten Organisationen (Klassifizierungsgesellschaften) durchzuführen und folgt damit den oben genannten Vorgaben.

Die Zertifizierung der Umwelt-, Sicherheits- und Arbeitsbedingungen auf Schiffsrecyclinganlagen außerhalb der EU erfolgt hingegen durch ‚unabhängige Prüfer mit angemessener Befähigung‘ (Art. 15). Diese müssen nach nationalem Recht zugelassen sein und sich mit nationalen rechtlichen Anforderungen auskennen.¹⁹⁴ Für die Erfordernisse der angemessenen Befähigung wird auf ISO/IEC 17020 verwiesen, die wiederum detaillierte Anforderungen für Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, Rechtsform, Organisations- und Managementstrukturen, Überprüfungsverfahren und -verfahren enthält, sowie für Dokumentations- und Berichtspflichten, Beschwerde- und Einspruchsverfahren und für qualifiziertes Personal, gerade auch im Hinblick auf Sicherheits- und Gesundheitsschutz.¹⁹⁵

Ein nationales Akkreditierungserfordernis ist nicht geregelt. Allerdings gilt eine Anerkennung nach der Verordnung (EG) 765/2008 oder von einer einschlägigen internationalen Akkreditierungskooperation (hier ILAC/MRA) als Nachweis der erforderlichen Befähigung.

Die schwächer ausgeprägte Kontrolle dieser Prüfer und deren Überprüfungsaktivitäten soll einerseits durch die Möglichkeit von Vor-Ort-Kontrollen durch die Kommission oder durch in deren Namen handelnde Beauftragte kompensiert werden. Bei dieser Beauftragten wiederum handelt es sich derzeit um die anerkannte Schiffszertifizierungsorganisation DNV, die von der Kommission nach einer vergaberechtlichen Ausschreibung den Zuschlag erhalten hat.

Ein weiterer Kompensationsmechanismus ist die Möglichkeit nach Art. 23 der Verordnung (EU) Nr. 1257/2013 für natürliche oder juristische Personen, die von einem (drohenden) Verstoß gegen die Recyclinganforderungen betroffen sind oder die ein hinreichendes Interesse an einer umweltpolitischen Entscheidung zur Regelung des Verstoßes haben, wegen solcher (drohender) Verstöße die Kommission aufzufordern, tätig zu werden. Zwar zielt Art. 23 primär auf NGOs, aber er berechtigt durchaus auch individuelle Arbeiter. Derartige Beschwerden bzw. Aufforderungen zum Tätigwerden sollen auch Einfluss darauf haben, ob vor Ort durch die Kommissionsbeauftragte untersucht wird. Ein solches Beschwerderecht ist ein großer Schritt in die richtige Richtung, Es bezieht sich allerdings nur auf die europäische Ebene. Ein entsprechendes Beschwerderecht für die nationale Ebene wurde letztlich nicht eingeführt. Auch wurde den Berechtigten keine Klagemöglichkeit eingeräumt für den Fall, dass auf die Beschwerde hin nicht angemessen reagiert wird.

¹⁹⁴ Technical guidance note under Regulation (EU) No 1257/2013 on ship recycling (2016/C 128/01), OJ 2016 C 128/1, 18 ff.

¹⁹⁵ Ibid., Nr. 3.5.

5.2.2.2.3 ‚Lessons learned‘

- Nicht nur die Anforderungen an Zertifizierer und Zertifizierungsverfahren sind wichtig, sondern auch deren Akkreditierung und Kontrolle. Soweit dies im Rahmen transnationaler Wertschöpfungsketten nur bedingt möglich ist, gibt es verschiedene Möglichkeiten, dies zu kompensieren.
- Eine Möglichkeit besteht darin, entweder nur europäische Zertifizierungs(ober)gesellschaften zuzulassen und deren Verantwortung für ihre Untergesellschaften oder lokale Zweigstellen zu regeln.
- Eine andere Möglichkeit ist es, eine Art Metakontrolle mit stichprobenartigen Vor-Ort-Kontrollen vorzusehen.
- Nicht zuletzt können verstärkend ein Beschwerdesystem bzw. die rechtliche Möglichkeit einer Aufforderung zum Tätigwerden für Betroffene und NGOs eingerichtet werden.

5.2.2.3 Europäische Nachhaltigkeitszertifizierung

Im Folgenden wird primär die europäische Nachhaltigkeitszertifizierung für Agrartreibstoffe analysiert. Zur Erweiterung und Vertiefung regulativer Herausforderungen im Bereich von Nachhaltigkeitszertifizierung wie auch menschenrechtlicher Sorgfaltsstandards in transnationalen Lieferketten werden begleitend auch die Erkenntnisse aus dem privaten System des Forest Stewardship Council (FSC) mit einbezogen.

5.2.2.3.1 Überblick

Das ursprüngliche System der europäischen Nachhaltigkeitszertifizierung für Agrartreibstoffe der Erneuerbare-Energie-Richtlinie 2009/28/EG (‘RED I’) bestand aus einem Set von Nachhaltigkeitskriterien (Art. 17 RED I), die verhindern sollten, dass Treibstoffe aus Energiepflanzen angerechnet werden können, die auf ursprünglich ökologisch wertvollen Flächen angebaut werden. Die Einhaltung dieser Kriterien sollte und soll mit einem mehrschichtigen Kontrollsystem nach Art. 18 RED I sichergestellt werden, an dem die Kommission, die Mitgliedstaaten, mitgliedstaatliche oder private ‚freiwillige‘ Standardisierungssysteme sowie Zertifizierungsorganisationen beteiligt sind.

Die ‚freiwilligen‘ Systeme müssen von der Kommission anerkannt werden. Sie müssen die materiellen Anforderungen ebenso wie die methodischen Ermittlungsverfahren der RED I korrekt anwenden, akkurate Daten liefern und generell angemessene Zuverlässigkeits- und Transparenzstandards erfüllen und über ein internes Dokumentationssystem verfügen.

Daneben müssen sie eine unabhängige, mindestens jährliche Kontrolle der Wirtschaftsakteure durch Zertifizierer sicherstellen.¹⁹⁶ Die Zertifizierer selbst müssen hinreichend Expertise und Fähigkeiten haben, um die Nachhaltigkeitsstandards verifizieren zu können. Dies kann durch Einhaltung des entsprechenden ISO Standards (hier ISO 19011 für Qualitäts- und/oder Umweltmanagement-Auditing) nachgewiesen werden. Insbesondere müssen die Kontrollen

¹⁹⁶ Art. 18(4) RED I iVm der Mitteilung der Kommission zu freiwilligen Regelungen und Standardwerten im Rahmen des EU-Nachhaltigkeitskonzepts für Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe, ABl. 2010 C 160/1.

sorgfältig geplant, durchgeführt, dokumentiert und berichtet werden, und Risikoanalysen sowie Maßnahmen zu deren Verifizierung müssen durchgeführt werden.¹⁹⁷

5.2.2.3.2 Probleme

Dennoch erwies sich dieses mehrschichtige Kontrollsystem insbesondere im Hinblick auf die Produktion im globalen Süden, wo es trotz der Vorgaben zu massiven (direkten oder indirekten) Landnutzungsänderungen zulasten des tropischen Regenwaldes kam, trotz seiner hohen Komplexität als in keiner Weise zuverlässig. Insbesondere der Europäische Rechnungshof¹⁹⁸ hat eine Menge struktureller Schwachpunkte im System festgestellt.

a. Unpräzise materielle Anforderungen

Auf der vorgelagerten Ebene der Standardisierung bzw. Konkretisierung rechtlicher Anforderungen lag ein Problem in zu unpräzisen materiellen Anforderungen:

Die allgemeine generalklauselartige Formulierung der Nachhaltigkeitsstandards, wie beispielsweise ‚Grünland mit großer biologischer Vielfalt‘ oder ‚hoher ökologischer Wert‘, ließ eine Menge Raum für Interpretationen und wurde auch tatsächlich von den ‚freiwilligen Systemen‘ sehr unterschiedlich interpretiert. Darüber hinaus ließen die Kriterien auch zu viele Lücken (z.B. weder Umwelt- noch landwirtschaftliche noch soziale Standards), um tatsächlich eine nachhaltige Förderung zu gewährleisten, und sie adressierten auch nicht das Problem indirekter Landnutzungsänderung.¹⁹⁹ Diese Lücken wurden nur von einigen Multi-Stakeholder-Systemen teilweise geschlossen, während freiwillige Systeme, die beispielweise von Wirtschaftsakteuren gegründet wurden, diese Aspekte nicht ihre Anforderungen aufnahmen.²⁰⁰

Diese Problematik der sehr unterschiedlichen oder ungenügenden Konkretisierung allgemeiner Vorgaben lässt sich im Übrigen auch in privaten transnationalen Standardisierungs- und Zertifizierungssystem nachweisen. Als Beispiel hierfür lässt sich der ‚Forest Stewardship Council‘ (FSC) nennen, der einen dezentralen Ansatz bei der Konkretisierung allgemein formulierten Prinzipien auf regionaler Ebene verfolgt und hierfür partizipative Verfahren mit austarierter Stakeholder-Beteiligung vorsieht. Dennoch hat dies in vielen Regionen nicht zu nachhaltigen, sondern im Gegenteil zu ökologisch und menschenrechtlich höchst problematischen materiellen

¹⁹⁷ Ibid, Rn. 2.2.2.

¹⁹⁸ Europäischer Rechnungshof, Sonderbericht Nr. 18/2016: Das EU-System zur Zertifizierung nachhaltiger Biokraftstoffe, 2016.

¹⁹⁹ Der Europäische Rechnungshof (a.a.O.), 35, ‚stellte fest, dass die von der Kommission durchgeführten Bewertungen, die als Grundlage für die Anerkennung freiwilliger Systeme dienen, einige wichtige zur Sicherstellung der Nachhaltigkeit von Biokraftstoffen erforderliche Aspekte nicht angemessen abdeckten. Insbesondere verlangte die Kommission von den freiwilligen Systemen keine Überprüfung, ob die von ihnen zertifizierte Herstellung von Biokraftstoffen kein erhebliches Risiko negativer sozioökonomischer Auswirkungen birgt, wie Landbesitzkonflikte, Zwangs-/ Kinderarbeit, schlechte Arbeitsbedingungen für Landwirte und Gefahren für Gesundheit und Sicherheit. Desgleichen werden die Auswirkungen indirekter Landnutzungsänderungen auf die Nachhaltigkeit von Biokraftstoffen bei dieser Bewertung nicht berücksichtigt. Zwar erkennt der Hof die technischen Schwierigkeiten bei der Bewertung der Auswirkungen indirekter Landnutzungsänderungen an, doch wird die Relevanz des EU-Systems zur Nachhaltigkeitszertifizierung ohne diese Informationen untergraben (...).‘
Für kritische Analysen des Systems, siehe auch S. Romppanen, The EU’s Biofuels: Certified as Sustainable?, 3 Renewable Energy Law and Policy Review 2012, 173, 177; A. Schmeichel, Towards Sustainability of Biomass Importation - An Assessment of the EU Renewable Energy Directive, 2014, 167 ff.

²⁰⁰ Details bei Schmeichel, Towards Sustainability of Biomass Importation - An Assessment of the EU Renewable Energy Directive, 2014, 167 ff.

Standards geführt.²⁰¹ Dies wurde auf den regelmäßig größeren Einfluss der Wirtschaftsseite sowie – insbesondere in Regionen mit schwachen rechtsstaatlichen Strukturen – auf die Bestechung, Bedrohung oder sogar Tötung der Vertreter*innen der Menschenrechts- oder Umweltinteressen zurückgeführt.²⁰²

b. 'Race to the bottom'

Ungenügende Vorgaben hinsichtlich organisatorischer wie verfahrensmäßiger Anforderungen an freiwillige Systeme haben dazu geführt, dass sich diese sehr stark hinsichtlich Expertise, Ressourcen, Transparenz, Öffentlichkeitsbeteiligung, Einbeziehung von Stakeholdern, Standards für Kontrolle wie Zuverlässigkeit und Kontrolle, sowie in ihren Gebühren unterscheiden.²⁰³ Tatsächlich hat der Europäische Rechnungshof dann auch die Anerkennung von Systemen mit unzureichenden Überprüfungsverfahren, die die Einhaltung der Nachhaltigkeitserfordernisse nicht sicherstellen konnten, kritisiert.²⁰⁴ Des Weiteren konnte hier im Laufe der Zeit eine Art ‚race to the bottom‘ mit sinkendem Marktanteil anspruchsvoller Systeme und steigendem Anteil weniger anspruchsvoller Systeme beobachtet werden.²⁰⁵

c. Mangelnde Transparenz

In diesem Zusammenhang steht auch die Kritik an dem Anerkennungsverfahren der Kommission. Dieses wurde von NGOs wegen seines Mangels an Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung kritisiert. Der Versuch einiger NGOs, auf der Basis ihres Rechts auf Umweltinformation Einsicht in die Anerkennungsunterlagen zu erlangen, wurde abgelehnt.²⁰⁶

d. Mangelnde Überwachung

²⁰¹ So beruht die Regel, dass in nordischen Wäldern 5 % der Bäume auf Abholzungsflächen als (Interims-)Habitat für Waldspezies stehen bleiben müssen, auf der völlig unrealistischen Annahme, dass dies bis zur Wiederentstehung des Waldes genügt, wofür jedoch tatsächlich ca. 100 Jahre veranschlagt werden müssen; vgl. z.B. Elbakidze/Angelstam/Andersson/Nordberg/Pautov, How does forest certification contribute to boreal biodiversity conservation? Standards and outcomes in Sweden and NW Russia, 262 *Forest Ecology & Management* 2011, 1983 ff. Die Regel, dass aus tropischen Regenwäldern einzelne wertvolle Bäume herausgeholt werden dürfen, führt zur Zerstückelung des Regenwaldes durch Straßen und zur Reduktion des Artenreichtums, siehe z.B. Arbainsyah/Longh/Kustiawan/de Snoo, Structure, composition and diversity of plant communities in FSC-certified, selectively logged forests of different ages compared to primary forest, 23 *Biodiversity Conservation* 2014, 2445 ff.

²⁰² Siehe z.B. Garrelts/Flitner, Governance Issues in the Ecosystem Approach: what lessons from the Forest Stewardship Council?, 130 *European Journal of Forest Research* 2011, 395, 396 ff.; 400 ff.; Johansson, Towards democratic and effective forest governance? The discursive legitimation of forest certification in northern Sweden, 19 *Local Environment* 2014, 803, 812 ff. Zum Ganzen vgl. auch die Dokumentation der Deutschen Welle, Die Ausbeutung der Urwälder, 2019, <https://www.dw.com/de/die-ausbeutung-der-urw%C3%A4lder/av-49725929>.

²⁰³ Vgl. den Überblick unter https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/voluntary_schemes_overview_dec17.pdf; zur Kritik vgl. den Europäischen Rechnungshof (Fn.198), 25.

²⁰⁴ Europäischer Rechnungshof (Fn.198), 25.

²⁰⁵ Dies lässt sich insbesondere mit dem Marktanteil des deutschen Systems illustrieren, welches sowohl freiwillige Systeme als auch Zertifizierer engmaschig kontrolliert und als erstes System auf den Markt kam. Entsprechend hatte es ursprünglich einen hohen Anteil von Teilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten sowie aus Drittstaaten. Dieser nahm mit der Zulassung weniger eng kontrollierter freiwilliger Systeme kontinuierlich ab, Vgl. Glinski, Certification of the Sustainability of Biofuels in Global Supply Chains, in: Rott (Hrsg.), *Certification – Trust, Accountability, Liability*, 2019, 163, 178 ff., m.w.N.

²⁰⁶ Die Klage dagegen wurde vom Gericht, T-278/11 *Client Earth et al. v. Commission*, ECLI:EU:T:2012:593, aus prozessualen Gründen abgelehnt, vgl. auch Schmeichel, *Towards Sustainability of Biomass Importation - An Assessment of the EU Renewable Energy Directive*, 134.

Ein weiterer Kritikpunkt war, dass einmal anerkannte Systeme von der Kommission nicht weiter überwacht werden mussten und auch nicht überwacht wurden, selbst da nicht, wo bereits eine einfache Analyse der entsprechenden System-Webseiten ergiebig gewesen wäre. Ein Beschwerdesystem, durch welches auch die Kommission hätte aufmerksam gemacht werden können, war nicht vorgesehen.²⁰⁷

e. Mangelnde Regulierung der Zertifizierer

In Bezug auf Zertifizierer waren sowohl Anforderungen als auch Anerkennung und Kontrolle so gut wie gar nicht geregelt. Weder wurden spezifische Anforderungen an deren institutionelles Setup noch an die Sicherstellung der Unabhängigkeit und Transparenz der Audits, zum Beispiel durch die Einbeziehung von Stakeholdern, aufgestellt,²⁰⁸ noch mussten diese überhaupt (von der Kommission) anerkannt werden oder wurden auf irgendeine Weise überwacht.²⁰⁹ Aufgrund dieser Regelungs- und Überwachungsmängel waren weder die genauen Unterschiede zwischen den Zertifizierern hinsichtlich Intensität und Qualität ihrer Kontrolle bekannt, lagen jedoch nahe,²¹⁰ noch gab es irgendeine Garantie dafür, dass die Zertifizierungen auch tatsächlich die Einhaltung der Standards gewährleisten.²¹¹

5.2.2.3.3 Probleme mit privaten Zertifizierern innerhalb dieses Systems

Weitergehend verdeutlicht werden können innerhalb dieses Rahmens die Probleme mit privaten Standardisierungssystemen am Beispiel des ‚Round Table for Sustainable Palmoil‘ (RSPO).²¹² RSPO ist ein privates mitgliederbasiertes Multi-Stakeholder-Standardisierungssystem für nachhaltiges Palmöl, das unter anderem als freiwilliges System für den Nachweis der Einhaltung der EU Nachhaltigkeitskriterien akkreditiert wurde. Es galt als System mit vergleichsweise umfangreichen prozeduralen und materiellen Anforderungen für die teilnehmenden Wirtschaftsakteure. Seine Zertifizierer mussten sich von ‚Assurance Services International‘ (ASI), der Akkreditierungsorganisation des ‚Forest Stewardship Council‘ (FSC), akkreditieren lassen; wobei hier sowohl große transnationale Zertifizierer wie TÜV Rheinland als auch kleine lokale Zertifizierer akkreditiert wurden. Die Akkreditierung war jährlich zu erneuern. Auch in diesem System wurde aber eine umfangreiche Nichteinhaltung der geforderten Standards trotz Zertifizierung dokumentiert, schwerpunktmäßig in den Bereichen Menschenrechts- und Arbeits(schutz-)verletzungen, bei denen das System über die Anforderungen EU-Nachhaltigkeitskriterien hinausgeht.

Als Ursachen wurden hauptsächlich unzureichende Audits und entsprechend unzureichende Audit-Anforderungen von Seiten des Systems erkannt. Zwar verlangt das RSPO-System Vor-Ort Audits,

²⁰⁷ Europäischer Rechnungshof (Fn.8), 29 f.

²⁰⁸ Vgl. Romppanen, New governance in context: Evaluating the EU biofuels regime, Diss. University of Eastern Finland, 2015, 49.

²⁰⁹ Siehe Schmeichel, Towards Sustainability of Biomass Importation - An Assessment of the EU Renewable Energy Directive, 136 f.; Im Gegenteil schien die Kommission mehr um die Vermeidung übermäßiger administrativer Belastungen besorgt als um die Gewährleistung zuverlässiger Kontrolle, siehe z.B. Arbeitsdokument vom 27.3.2013, SWD(2013) 102 final, 17.

²¹⁰ Europäischer Rechnungshof (Fn.198), 32.

²¹¹ So kam der Europäische Rechnungshof (Fn.198), 8, zu dem Ergebnis, ‚dass das EU-System zur Zertifizierung der Nachhaltigkeit von Biokraftstoffen aufgrund von Schwachstellen im Anerkennungsverfahren der Kommission und in der anschließenden Überwachung der freiwilligen Systeme nicht vollständig zuverlässig ist.‘

²¹² Vgl. zum Ganzen ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 55 ff.

die jährlich zu wiederholen sind, sowie Audits der gesamten Lieferkette samt Management-Systemen. Für die Durchführung der Audits gab es jedoch keine klaren und verpflichtenden methodischen Anleitungen. Die Folge war, dass oftmals nur nach Checklisten und auf der Basis der Dokumente kontrolliert wurde, so dass wesentliche Menschenrechtsverletzungen (die üblicherweise nicht dokumentiert sind) nicht aufgedeckt wurden.

Dieses Beispiel weist insbesondere auf die Probleme der Überprüfung menschenrechtlicher Sorgfaltsstandards hin, für die Auditoren idealer Weise über eine eigene Ausbildung verfügen und auf der Basis klarer methodologischer Anleitungen vorgehen sollten. Diese sollten neben unangekündigten Vor-Ort-Besichtigungen unbedingt Befragungen von Betroffenen und Stakeholdern wie Arbeiter*innen, Gewerkschaften oder lokalen Communities beinhalten. Dabei kann es sich um ein mehrstufiges Verfahren handeln, bei dem zunächst Interviews zur Identifikation relevanter Stakeholder(-Gruppen) geführt werden müssen, z.B. wo (traditionelle) Landrechte betroffen sein können. Besonderes Augenmerk muss auch auf (besonders) verletzte Personen(-Gruppen) wie Frauen oder Kinder gelegt werden. In der Regel müssen diese auch außerhalb der Arbeitsstelle befragt werden und besonders geschützt werden, durch Zusicherung von Anonymität, Whistleblower-Systeme oder Ähnliches. Des Weiteren müssten die Audit-Berichte die Erkenntnisse genau dokumentieren und einem sog. ‚cross checking‘ durch Betroffenenvertreter, wie z.B. Gewerkschaften, unterzogen werden. Insgesamt sollte ein Audit eher als fortlaufender Prozess verstanden werden, mit situationsangepasster wiederholter Prüfung, z.B. im Hinblick auf den Erfolg bestimmter Maßnahmen.

Da dies relativ umfangreiche Prozesse sind, müssen auch entsprechende Ressourcen zur Verfügung gestellt und eine angemessene Bezahlung der Auditoren gewährleistet sein, die nicht erfolgsabhängig sein darf und gleichzeitig auch der Unabhängigkeit der Auditoren und der Korruptionsbekämpfung dient.

Weiterhin zeigt dieses Beispiel Funktionsprobleme von Beschwerdemechanismen in privaten Standardisierungssystemen auf. Zwar sah der RSPO einen für Stakeholder, NGOs und andere offenen Beschwerdemechanismus vor, dennoch haben Beschwerden in der Regel nicht zu einer adäquaten Problemlösung geführt. Vor allem zwei Probleme ließen sich beobachten. Zum einen agierten teilweise die gleichen Auditoren in der Beschwerdestelle, die zuvor den Wirtschaftsakteur überprüft hatten. Solche Interessenkonflikte sind natürlich zu vermeiden. Das zweite Problem ist grundsätzlicher Natur und schwerer zu lösen: Private Systeme sind auf Mitglieder angewiesen und haben entsprechend kein Interesse daran, mithilfe eines effektiven sanktionsbewerten Beschwerdemechanismus Mitglieder abzuschrecken oder zu verlieren.²¹³ Eine Möglichkeit hier wäre allenfalls eine Vertragsgestaltung, die (potentielle) Adressaten von (berechtigten) Beschwerden darin hindert, das System sanktionslos verlassen.²¹⁴ Bei Beschwerden gegen Zertifizierer ist dies insofern einfacher, als diese ein Eigeninteresse am Verbleib im System haben. Mögliche Sanktionen könnten neben Sanktionsgeldern auch zum Verlust der Akkreditierung oder einer Listung in einer öffentlichen Liste führen.

²¹³ So zum FSC auch K. Carstensen, Generaldirektor von FSC International, in der Deutsche Welle-Dokumentation ‘Die Ausbeutung der Urwälder’ 2019, <https://www.dw.com/de/die-ausbeutung-der-urw%C3%A4lder/av-49725929>; siehe zum Ganzen auch Glinski, Preconditions and Constraints of Effective Private Environmental Governance, 59, 66 ff.

²¹⁴ Ein solcher Ansatz wurde beispielsweise beim Grünen Knopf verwirklicht, siehe unten, 5.2.2.4.3; zu diesem Vorschlag siehe auch ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 32.

5.2.2.3.4 Nachbesserungen im europäischen Rechtsrahmen

Das reformierte System der Richtlinie (EU) 2018/2001 (RED II) hat einige dieser Kritikpunkte aufgenommen.

Zu den Problemen unter 5.2.2.3.2.:

Zu a.: RED II hat zwar die Standards nicht weiter konkretisiert, jedoch einige Regelungslücken geschlossen und insbesondere anerkannt, dass sich manche Nachhaltigkeitsprobleme, insbesondere die indirekte Landnutzungsänderung, nicht per Zertifizierungssystem lösen lassen, und entsprechend die Förderung von Biomasse mit hohem Landnutzungsänderungsrisiko gedeckelt und bis 2030 auslaufen lassen.²¹⁵

Zu b.: Die Richtlinie verlangt nun von freiwilligen Systemen angemessene Standards der Zuverlässigkeit und Transparenz, unabhängige Audits und hinreichende Garantien für die Korrektheit der Materialien, die von der Kommission weiter zu konkretisieren sind.²¹⁶

Zu d.: Freiwillige Systeme müssen nun jährlich ausführliche Berichte vorlegen und veröffentlichen.²¹⁷ Mitgliedstaaten können Bedenken über ein freiwilliges System gegenüber der Kommission äußern, die dieses dann überprüfen und geeignete Maßnahme ergreifen muss.²¹⁸

Zu e.: Im Hinblick auf Zertifizierer verlangt RED II, dass die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten deren Arbeitsweise überwachen und dass die Zertifizierer auf Antrag der zuständigen Behörden alle relevanten Informationen übermitteln, einschließlich genauer Angaben zu Datum, Uhrzeit und Ort der Durchführung der Audits.²¹⁹

5.2.2.3.5 Verbleibende Probleme

Selbst wenn die Nachbesserungen alle Kritikpunkte aufgenommen hätten und umfassendere Anforderungen für Zertifizierer als auch für deren Anerkennung und Überwachung (ähnlich der beiden vorgeschilderten Systeme) aufgenommen hätten, so verbleiben gerade im Rahmen transnationaler Lieferketten strukturelle Probleme, die sich damit nur unzureichend lösen lassen.

a. Asymmetrische Systeme

In allen dargestellten Systemen wählen die Wirtschaftsakteure die Zertifizierer aus, haben einen Vertrag mit ihnen und bezahlen sie auch. Dies übt Druck auf die Zertifizierer aus, ihre Auftraggeber nicht zu streng zu kontrollieren und gefährdet ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit,²²⁰ dies umso mehr, wenn Wettbewerb zwischen den Zertifizierern herrscht. Diese Asymmetrie könnte beispielsweise durch die Einbeziehung von Stakeholdern nicht nur auf der Standardisierungsebene, sondern auch bei der Zertifizierung, etwas kompensiert werden, wie dies beispielsweise der FSC verlangt.²²¹ Eine weitere sinnvolle Sicherung ist hier auch, dass der Assessment-Bericht einem Peer

²¹⁵ Art. 25, 26 RED II.

²¹⁶ Art. 30(4), (7) und (8) RED II.

²¹⁷ Art. 30(5) RED II.

²¹⁸ Art. 30(8) RED II.

²¹⁹ Art. 30(9) RED II.

²²⁰ Vgl. nur Wagner, Marktaufsichtshaftung produktsicherheitsrechtlicher Zertifizierungsstellen, JZ 2018, 130, 135 f.; Glinski/Rott, European Review of Private Law 2019, 403, 423 ff.; jeweils zu Medizinprodukten.

²²¹ Forest Stewardship Council, Forest management evaluations, FSC-STD-20-007 (V3-0) EN, 2009, Online zugänglich unter <https://fsc.org/en/document-centre/documents/resource/279>.

Review durch zwei oder drei unabhängige Expert*innen unterzogen werden muss.²²² Solche Anforderungen sind zwar notwendige, nicht jedoch auch stets hinreichende Sicherungen,²²³ wie im Folgenden gezeigt wird.

b. Wettbewerb und ‚race to the bottom‘

Tatsächlich stehen in all diesen Systemen die Zertifizierungsorganisationen miteinander im Wettbewerb. Dieser sowie insbesondere ein ‚race to the bottom‘ lassen sich durch möglichst präzise materielle, strukturelle und prozedurale Vorgaben zwar eingrenzen, jedoch nicht vermeiden. Soweit die Wirtschaftsakteure die Wahl haben, können sie sich für das System mit den für sie (in jeder Hinsicht) geringsten Kosten entscheiden – oder, im Falle einer Ablehnung einfach den Zertifizierer wechseln²²⁴ – wie sich auch am sinkenden Marktanteil anspruchsvoller Systeme und steigendem Anteil weniger anspruchsvoller gezeigt hat.

c. Strukturelle Schwäche und Verletzlichkeit von Vertreter*innen von Menschenrechts- und Umweltinteressen

Wie bereits ansatzweise dargestellt, hat insbesondere der FSC geradezu vorbildliche Anforderungen an die Zertifizierungsverfahren, einschließlich der eben genannten Konsultation von Stakeholdern. Dennoch kam (und kommt) es regelmäßig zu positiven Zertifizierungen, obwohl weder grundsätzliche ökologische noch soziale noch menschenrechtliche Standards eingehalten waren. Als Ursachen hierfür wurden wiederum Bestechung, Bedrohung und sogar Tötung von lokalen Stakeholdern oder gar Zertifizierern ausgemacht.²²⁵ Dies reflektiert eine häufige strukturelle Schwäche und Verletzlichkeit von lokalen Stakeholdern, die je stärker ausgeprägt ist, je schwächer die rechtsstaatlichen Strukturen vor Ort sind – ein Umstand, der ja gerade mit der menschenrechtlichen Zertifizierung behoben werden soll, oft aber in eine Sackgasse führt. Ein Macht- und Ressourcenungleichgewicht zwischen Wirtschaftsakteuren und Menschenrechtsvertretern und anderen Vertretern der Zivilgesellschaft zeigt sich aber auch sonst, nicht nur in transnationalen Strukturen,²²⁶ sondern auch in europäischen.²²⁷ Entsprechend ist die Einbeziehung von Stakeholdern zwar eine notwendige, nicht jedoch eine hinreichende Sicherung für Unparteilichkeit und bedarf darüber hinaus gehender rechtlicher und tatsächlicher Stärkung von Betroffenen und NGOs.

5.2.2.4 Textilsektor

Für den Textilsektor selbst gibt es (bislang) keine eigenen rechtlich verbindlichen Lieferkettenstandards und auch kein gesetzliches Zertifizierungsregime. Sektorspezifische

²²² Siehe Forest Stewardship Council, Forest management evaluations, FSC-STD-20-007 (V3-0) EN, 2009, <https://fsc.org/en/document-centre/documents/resource/279>.

²²³ Vgl. auch Lübke-Wolff, Verfassungsrechtliche Fragen der Normsetzung und der Normkonkretisierung im Umweltrecht, ZG 1991, 235, 248; B. van Leeuwen, European Standardisation of Services and its Impact on Private Law, 2017, 62 f.

²²⁴ Zum ‚Scheme shopping‘ vgl. Europäischer Rechnungshof (Fn. 198), 32; vgl. auch Hamelmann, Certification of biofuels within the Directive 2009/28/EC: A comparative analysis of certification schemes, Bachelorarbeit University of Twente, 2016, 30, 45.

²²⁵ Deutsche Welle, Die Ausbeutung der Urwälder (Fn. 213); für Schweden vgl. Johannsson, 19 Local Environment 2014, 803, 816

²²⁶ Zur ISO vgl. etwa Clapp, The Privatization of Global Environmental Governance: ISO 14000 and the Developing World, 4 Global Governance (1998), 302. Vgl. auch Schepel, The Constitution of Private Governance, 2005, 185 ff. Zum FSC vgl. Garrelts/Flitner, 130 European Journal of Forest Research 2011, 395, 396 ff.

²²⁷ Vgl. auch Lübke-Wolff, ZG 1991, 235, 248; van Leeuwen, European Standardisation of Services, 62 f.

Erkenntnisse können jedoch aus Erfahrungen mit bestehenden freiwilligen Systemen gewonnen werden.

5.2.2.4.1 Erfahrungen und Probleme

Im Bereich Sozialstandards gilt ‚SA8000‘, ein privater Standard, der von der privaten US-amerikanischen Standardisierungsorganisation *Social Accountability International* (SAI) entwickelt wurde, als ‚marktführend‘. Dieser basiert auf den allgemein anerkannten Menschenrechten, ILO-Arbeitsstandards sowie den jeweiligen nationalen rechtlichen Anforderungen. Inhaltlich umfasst das SA8000-Zertifikat damit auch grundlegende Arbeitssicherheits- und Brandschutzanforderungen.²²⁸ Zertifizierer müssen für die Zertifizierung von SA8000 akkreditiert sein, und SAI verfügt über sein eigenes privates Akkreditierungssystem, *Social Accountability Accreditation Services* (SAAS).

Auch hier zeigten sich in einer Reihe von zertifizierten Unternehmen schwerwiegende Probleme im Bereich Arbeitsstandards und Arbeitssicherheit. Exemplarisch soll hier auf die Erkenntnisse aus dem Brand bei *Ali Enterprises* verwiesen werden, einem pakistanischer Textilerzeuger, der primär für *KIK* produziert hat und dessen Produktionsstätte gerade einmal 3 Wochen von dem verheerenden Feuer ein SA8000 Zertifikat von RINA erhalten hatte.

Im vorliegenden Fall war zwar RINA von SAI akkreditiert, die Vor-Ort-Kontrolle der Produktionsstätte wurde allerdings von einem lokalen Unterauftragnehmer durchgeführt. Im Ergebnis wurde die Einhaltung aller wesentlichen Sicherheitserfordernisse bestätigt, obwohl die Mängel nicht umfassender und massiver hätten sein können. Sie reichten von verschlossenen und fehlenden Notausgängen, einer fehlenden Außentreppe über blockierte Fenster bis hin zu fehlendem Feueralarm und fehlenden Feuerlöschern. Das Unternehmen, das angeblich mit den Arbeiter*innen Sicherheitstrainings durchgeführt hat, gab es gar nicht. Auch waren anstelle der im Prüfbericht angegebenen 400 in Wahrheit eher 1000 Arbeiter*innen im Gebäude. Auch die örtlichen Angaben waren so falsch, dass der starke Verdacht besteht, dass es gar keine Vor-Ort-Kontrolle gab – und schon gar keine Befragung von Arbeitnehmer*innen. Insgesamt war der Prüfbericht nicht nur völlig falsch, sondern auch sehr ungenau und ohne jegliche technischer Detailüberprüfung. Diese Ungenauigkeit spiegelt sich dann auch im Auditbericht von RINA selbst wider.²²⁹

Dieses Beispiel weist wiederum auf Probleme hinsichtlich der Überprüfungsverfahren hin, hauptsächlich jedoch auf die Probleme, die sich aus der Delegation von Audits auf Untergesellschaften oder Unterauftragnehmer ergeben sowie deren (Nicht-)Kontrolle.

So wurde bei der Delegation an lokale Zertifizierer dem landestypischen hochkompetitiven, von Preisdumping gekennzeichneten und in korruptem Umfeld agierenden lokalen Zertifizierermarkt nicht mit hinreichenden Sicherungsmechanismen begegnet und die lokalen Zertifizierer nicht hinreichend kontrolliert. Nicht einmal das Fehlen jeglicher relevanter technischer Details im Hinblick auf die bekannten landes- und branchenspezifischen Gebäude- und Feuerrisiken im Prüfbericht der Prüfer vor Ort fiel auf oder führte gar zu Nachbesserungsmaßnahmen. Stattdessen finden sich die Ungenauigkeiten im RINA-Bericht wieder.²³⁰

²²⁸ Siehe <https://sa-intl.org/resources/sa8000-standard/>.

²²⁹ Fallanalyse bei ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 40 ff.

²³⁰ ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 40 ff.

Zum anderen wurde auch bei der Akkreditierung offensichtlich zu wenig Wert auf die anzuwendenden Überprüfungsmethoden gelegt. Insbesondere bei der regelmäßig erforderlichen Re-Akkreditierung scheint die Einhaltung der Überprüfungsstandards des SA8000 nicht grundsätzlich überprüft worden zu sein. Schließlich hatten die als durchaus elaboriert geltenden Überprüfungsstandards des SA8000 inhaltliche Schwächen, insbesondere wurden Interviews mit Arbeitnehmer*innen nicht gefordert, sondern nur empfohlen.²³¹

Diesen Problemen kann man wiederum nur mit der Festlegung elaborierter, an die landes- und branchenspezifischen Risiken angepasster technischer und verfahrensmäßiger Überprüfungsmethoden begegnen, die auch unangekündigte Besuche, das 4-Augen-Prinzip und inhaltliche Doppelprüfung sowie Arbeitnehmer*innenbefragungen (auch außerhalb des Betriebs) umfassen. Die Einhaltung dieser Überprüfungsstandards muss wiederum auf allen Ebenen kontrolliert werden, als Kontrolle der Prüfberichte der Vor-Ort Prüfer auf Vorliegen aller nötigen Einzelheiten sowie auch bei der (Re-)Akkreditierung.

5.2.2.4.2 Bangladesh Accord

Der mehrfach verlängerte²³² Bangladesh Accord²³³ war eine Reaktion auf die verheerenden Bau- und Arbeitssicherheitsmängel in der Textilbranche. Er ist eine rechtlich bindende Vereinbarung zwischen Textilfirmen und Gewerkschaften und enthält einige Besonderheiten, die auch für die Zertifizierung relevant sind. Grundlegend war zunächst die Selbstverpflichtung der Firmen, die Mittel für die notwendigen Sicherungsmaßnahmen zur Verfügung zu stellen und auch für die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer*innen im Falle von vorübergehenden Betriebsschließungen zu sorgen. Auch kamen sie für umfangreiche Sicherheitstrainings für Arbeitnehmer*innen auf, und gewählte Arbeitssicherheitskomitees wurden eingerichtet.

Die entsprechenden Maßnahmen werden durch ein unabhängiges Überprüfungsprogramm kontrolliert, welches mit Gewerkschaften und Arbeitnehmer*innen zusammenarbeitet.²³⁴ Zu diesem Zweck überträgt der Accord einem/r von allen beteiligten Interessen unabhängigen/r leitenden Sicherheitsinspektor/in die Verantwortung für die Inspektionen. Der Accord selbst darf sich nicht in Sicherheits(inspektions)belange einmischen, und der/die Inspektor/in kann nur auf der Basis eines einstimmigen Beschlusses entlassen werden. Er/sie ist verantwortlich für die (zeitnahe und wiederholte) Durchführung der Inspektionen, die sich auf die vom Accord festgelegten Sicherheitsstandards beziehen. Ebenso ist er/sie zuständig für die Erstellung der Prüfberichte, die im Vernehmen mit Firmenleitung, Gesundheits- und Sicherheitskomitees sowie Arbeitnehmer*innenvertreter*innen fertig gestellt werden. Diese werden dann – gegebenenfalls mit den entsprechenden Nachbesserungsplänen – veröffentlicht. Im Falle schwerwiegender Mängel müssen sofort alle Genannten sowie die beteiligten Textilfirmen unterrichtet werden.²³⁵ Zudem wurde ein Beschwerdemechanismus für Arbeitnehmer*innen eingerichtet.²³⁶

²³¹ Vgl. auch ECCHR, a.a.O., 43 ff.

²³² 2013-2018; 2018-2021, 2021-2023; mittlerweile umbenannt in "International Accord for Health and Safety in the Textile and Garment Industry"

²³³ Siehe <https://bangladeshaccord.org/>

²³⁴ Siehe z.B. 2018 Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh.

²³⁵ 2018 Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, Rn. 4-6.

²³⁶ 2018 Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, Rn. 13.

5.2.2.4.3 Der Grüne Knopf

Der Grüne Knopf ist ein deutsches staatliches Textilsiegel, das Anforderungen an das gesamte Unternehmen mit Produkthanforderungen an Textilien verbindet.²³⁷ Die unternehmensbezogenen Anforderungen gliedern sich in fünf Kernelemente, die den allgemeinen menschenrechtlichen Sorgfaltsanforderungen (Grundsatzerklärung, Risikoanalyse, Effektive Gegenmaßnahmen, Transparenz, Beschwerdesystem) ähneln und sich weiter in 20 Kriterien und 64 Indikatoren untergliedern, wobei die Indikatoren das sind, was zertifiziert wird. So zielt das erste Kriterium ‚Unternehmenspolitik‘ auf die Grundsatzerklärung, die sich wiederum in ‚Themenabdeckung‘, ‚Verankerung im Unternehmen‘, ‚Verantwortlichkeiten‘ usw. untergliedert. Prüfbare Indikatoren sind dann z.B., ob die Verantwortung auf höchster Unternehmensebene liegt, ob ein Sorgfaltspflichtenbeauftragter oder –team ernannt wurde und ob die Erwartungen an Unterauftragnehmer geklärt wurden. Das Kernelement ‚effektive Maßnahmen‘ gliedert sich in Kriterien wie ‚Umsetzung im Unternehmen‘, ‚Vorgaben an Lieferkette‘, ‚Einkaufspraxis‘, ‚Maßnahmen‘, ‚Monitoring‘ und ‚Zusammenarbeit mit Stakeholdern‘, die sich wiederum in Indikatoren wie ‚systematische Bewertung von Produzenten‘, ‚Maßnahmen zur Adressierung wesentlicher Risiken‘ und ‚Erhebung von Daten für die Auswertung der Indikatoren zur Messung der Effektivität der Maßnahmen‘ untergliedert.²³⁸ Der Grüne Knopf enthält für die Zertifizierung dieser Managementanforderungen ein eigenes Zertifizierungsprogramm, das von den Zertifizierern eingehalten werden muss.²³⁹ Diese müssen zur Zertifizierung zugelassen werden.²⁴⁰

Produktbezogene Anforderungen untergliedern sich in 17 Sozialkriterien, die für den Produktionsschritt der ‚Konfektionierung‘ gelten und die Rechte von Arbeitnehmer*innen (wie Vereinigungsfreiheit, Arbeitszeiten und Mindestlohn) den Ausschluss von Kinder- und Zwangsarbeit, sowie Gesundheit und Arbeitssicherheit umfassen. Die neun Umweltkriterien gelten für die sog. ‚Nassprozesse‘ und umfassen u.a. Abwasser, Luftverschmutzung und den Umgang mit Chemikalien.²⁴¹ Die Überprüfung der produktbezogenen Kriterien erfolgt durch eine autorisierte Zertifizierungsstelle. Bislang scheint dies jedoch nur indirekt über die Autorisierung durch anerkannte Siegelgeber zu erfolgen.²⁴²

Das Zertifizierungsprogramm des Grünen Knopfs enthält allgemeine Anforderungen an die rechtlichen Rahmenbedingungen, an die Struktur, Ressourcen und Verfahren der Zertifizierungsstellen. Interessant ist hier zunächst die Regelungsstruktur: Das Programm verweist auf die relevante ISO-Norm,²⁴³ die vollumfänglich gilt, formuliert jedoch an vielen Stellen teilweise umfangreiche darüber hinausgehende Anforderungen, um dem Nachhaltigkeitsanspruch gerecht zu werden, die wiederum an einen weiteren ISO-Standard²⁴⁴ sowie ISEAL-Standards²⁴⁵ angelehnt sind.

Nennenswert ist hier beispielsweise die Verpflichtung, dass die Zertifizierungsvereinbarung in der Regel die Geltung deutschen Rechts und einen Gerichtsstand am Sitz der Zertifizierungsstelle in

²³⁷ Bundesministerium für Wirtschaft und Entwicklung, Grüner Knopf – Standard 1.0, Unternehmens- und produktbezogene Anforderungen, 2020.

²³⁸ Ibid., 3 ff.

²³⁹ Bundesministerium für Wirtschaft und Entwicklung, Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, 2020.

²⁴⁰ Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, para 2.

²⁴¹ Grüner Knopf – Standard 1.0, 13 ff.

²⁴² Ibid., 13.

²⁴³ ‚DIN EN ISO/IEC 17065:2013-01, Konformitätsbewertung Anforderungen an Stellen, die Produkte, Prozesse und Dienstleistungen zertifizieren‘,

²⁴⁴ ‚DIN EN ISO/IEC 17021:2011-07, Konformitätsbewertung - Anforderungen an Stellen, die Managementsysteme auditieren und zertifizieren‘

²⁴⁵ ISEAL Credibility Principles und ISEAL Assurance Code of Good Practice.

Deutschland festlegen muss²⁴⁶ und dass sie der Geschäftsstelle des Grünen Knopfes Prüfungsrechte einräumen muss.²⁴⁷ Auch ein Wechsel der Zertifizierungsstelle durch das Unternehmen ist nicht mehr ohne weiteres möglich: So ist ein Wechsel während eines laufenden Audits ausgeschlossen, und im Falle festgestellter ‚schwerwiegender Abweichungen‘ von den Zertifizierungsanforderungen muss das Unternehmen solange bei der Zertifizierungsstelle bleiben, bis diese ausgeräumt sind. Laufzeiten und Zertifizierungszyklen müssen auch im Falle eines Wechsels beibehalten werden,²⁴⁸ und die alte Zertifizierungsstelle muss der neuen alle Prüfunterlagen zur Verfügung stellen.²⁴⁹ Die Zertifizierungsstelle muss ein dokumentiertes Risikoidentifizierungsverfahren im Hinblick auf ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durchführen, das auch unterbeauftragte Auditoren umfasst.²⁵⁰

Zertifizierungsstellen dürfen Evaluierungen nicht ausgliedern, wobei vertragliche Aufträge nicht als Ausgliederung gelten.²⁵¹ Auch gibt es sehr detaillierte Vorgaben für die Audits, Auditzeiten und Sorgfaltspflichtbewertungen, die auch Mitarbeitergespräche enthalten,²⁵² Transparenzanforderungen sowie ein Beschwerdesystem.²⁵³

5.2.2.5 Systematisierende Zusammenfassung ‚lessons learned‘

Im Folgenden erfolgt eine systematisierende Zusammenstellung der relevanten Faktoren, die ein gesetzlicher Rahmen berücksichtigen müsste, bevor dann genauer auf Regulierungsvorschläge eingegangen wird.

5.2.2.5.1 Umfang der Zertifizierung

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für verantwortungsvolle Zertifizierung fangen bereits bei den zu kontrollierenden Anforderungen an. Zunächst ist hier der Umfang der Zertifizierungspflichten zu klären. In Rede stehen grundsätzlich zwei verschiedene Arten von Zertifizierung: zum einen die Zertifizierung des Supply Chain Managements als solchem, das heißt der Sorgfaltspflichtenübernahme im Rahmen lieferkettenweiter Verfahren, Organisations-, Sicherheits- und Kontrollsysteme sowie die Vertragsgestaltung innerhalb der Lieferkette; zum anderen die Zertifizierung der Implementierung vor Ort. Bei längeren Lieferketten muss geklärt werden, inwieweit auch die Zertifizierung eines jeden Weiterverarbeiters oder auch Zwischenhändlers und dessen Betriebssystem erforderlich ist, wie dies insbesondere bei der europäischen Nachhaltigkeitszertifizierung gefordert ist, oder inwieweit eine bloße Nachverfolgbarkeit der Lieferkette genügt.

Wie die vorgenannten Beispiele gezeigt haben genügt die bloße Zertifizierung des Supply Chain Managements nicht um sicherzustellen, dass Systeme und Verfahren tatsächlich an die realen Risiken angepasst sind. Auch schließt die bloße Existenz eines Sicherungssystems Fehl- oder Nichtanwendungen nicht aus, wie der mehrfach zitierte PIP-Fall deutlich gezeigt hat. Umgekehrt würde eine alleinige Zertifizierung der Implementierung vor Ort die rechtlich geforderten Verfahrens-

²⁴⁶ Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, para 4.1.2.

²⁴⁷ Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, 4.1.2.1.

²⁴⁸ Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, 4.1.4.1.

²⁴⁹ Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, 4.1.4.2.

²⁵⁰ Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, 4.2.3.

²⁵¹ Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, 6.2.2.

²⁵² Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, 7.4.

²⁵³ Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, 7.13.

, Organisations- und Präventionspflichten der verpflichteten Textilunternehmen aus dem Blick verlieren und allein auf die Bemühungen vor Ort abstellen.

Im Ergebnis wären daher umfassende Zertifizierungspflichten ideal, bei denen sowohl die Einhaltung der lieferkettenweiten Verfahrens-, Organisations- und Präventionspflichten als auch die Situation vor Ort geprüft werden müssen. Weiterverarbeiter und Zwischenhändler sind einzubeziehen, soweit bei ihnen besondere Risiken auftreten.

Zwar werden die menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Gewährleistung der Einhaltung von Menschenrechten und Umweltstandards vor Ort im Wesentlichen als Bemühens- und nicht als Erfolgspflichten verstanden,²⁵⁴ dennoch kann nur durch eine kombinierte Kontrolle Kohärenz zwischen Sorgfaltspflichtenerfüllung und bestehenden Risiken gewährleistet werden.

5.2.2.5.2 Klare und eindeutige Vorgaben

Die zu kontrollierenden Anforderungen sollten sowohl in organisatorischer als auch in prozeduraler sowie materieller Hinsicht klar und eindeutig geregelt sein, gleichgültig ob sich diese in einem gesetzlichen oder einem privaten Regelwerk befinden. Bei Verweis auf private Regelwerke bedarf es rechtlicher Sicherungen dahingehend, dass die privaten Standards in einem repräsentativen Verfahren zustande gekommen²⁵⁵ sind und möglichst weitgehend klar umrissene Mindestanforderungen einhalten, und zumindest insoweit dem freien Markt und einem ‚race to the bottom‘ entzogen sind, um Entwicklungen wie bei der europäischen Nachhaltigkeitszertifizierung zu vermeiden.

Was die Lieferkettensorgfaltspflichten als solche betrifft, sollten klar zwischen Erfolgs- und Bemühenspflichten unterschieden und diese innerhalb dieser Kategorien wiederum in ihren zertifizierbaren Bestandteilen ausdifferenziert werden, wie dies zum Beispiel der Grüne Knopf tut. Gerade im Textilbereich ist hierbei zu beachten, dass sich das menschenrechtliche ‚Bemühen‘ nicht auf (vertragliche) Verpflichtungen für die Produzenten beschränken kann, sondern auch mit entsprechenden finanziellen und zeitlichen Mitteln (z.B. in den Lieferverträgen oder mit einem eigenen Fonds wie beim Bangladesh Accord) abgesichert werden muss und dies auch zertifizierungsrelevant ist. Entsprechend sollten Lieferketten- und Erzeugeraudits auch Preise und Vertragskonditionen sowie Einkaufsmethoden umfassen, um zu verifizieren, dass Preise und Zeitdruck nicht die Einhaltung menschenrechtlicher Standards verunmöglichen, sondern befördern.²⁵⁶

Auch die materiellen Standards sollten klar und eindeutig geregelt werden. Eine (weitgehende) Konkretisierung auf untergeordneter beispielsweise lokaler Ebene bzw. im Rahmen von Standardisierungs- und Zertifizierungssystemen birgt einerseits das Risiko, dass sich strukturell schwache Interessen zu wenig durchsetzen können,²⁵⁷ andererseits das Risiko einer sehr

²⁵⁴ Siehe oben, 3.1.

²⁵⁵ Siehe z.B. Glinski, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards, Nomos 2010, 248 ff. m.w.N.; siehe auch ECCHR, 28. Ähnliche Erwägungen finden sich z.B. auch im Vergaberecht, siehe Art. 43 der Richtlinie 2014/24/EU; s.a.o. 4.1.1.

²⁵⁶ Siehe Rott/Ulfbeck, Supply Chain Liability of Multinational Corporations?, European Review of Private Law 2015, 415 ff.; ECCHR, 28; Clean Clothes Campaign, Fig Leaf for fashion - How social auditing protects brands and fails workers, <https://cleanclothes.org/file-repository/figleaf-for-fashion.pdf/view> .

²⁵⁷ Siehe oben, 5.2.2.3.5.c.

unterschiedlichen Auslegung,²⁵⁸ was unter den oben genannten asymmetrischen Wettbewerbsbedingungen zu einem 'race to the bottom' führen kann.

Insgesamt ist jedoch sehr sorgfältig zu prüfen, welche Anforderungen sich tatsächlich sinnvollerweise auf Lieferketten und Produktionsstätten eingrenzen und per Zertifizierung nachweisen lassen. So stehen gerade im Hinblick auf Landnutzung und Landnutzungsverdrängung, die auch für die Baumwollproduktion im Textilbereich relevant ist, Menschenrechtsverletzungen oft in einem größeren sozioökonomischen Zusammenhang, der über die Lieferkette hinausgeht und sich nicht über diese lösen lässt.²⁵⁹ Hier sollten Zertifizierungssysteme nicht mehr versprechen als sie tatsächlich zu leisten im Stande sind.

5.2.2.5.3 Organisatorisch-strukturelle Vorgaben für Zertifizierer

Auch strukturelle und prozedurale Vorgaben für Zertifizierer sollten präzise geregelt oder mit einer Verweisung auf ein präzises Regelwerk versehen werden, das die üblichen Unabhängigkeits-, Unparteilichkeits-, Expertise- und Ressourcenanforderungen aufstellt. Eine regelungstechnische Möglichkeit ist es, grundsätzlich auf die relevanten ISO Normen zu verweisen und ergänzende Anforderungen zu formulieren, wie es das Zertifizierungsprogramm des Grünen Knopfes tut.

Zur Sicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Zertifizierern werden Anti-Korruptions-Anforderungen, wie sie beispielsweise aus der unternehmerischen Compliance bekannt sind, vorgeschlagen.²⁶⁰ Diese basieren auf der OECD Anti-Korruptions-Konvention²⁶¹ und umfassen in der Regel eine entsprechende Selbstverpflichtung der obersten Leitungsebene, die Durchführung von Risikoanalysen nach Betätigungsfeld und geographischer Region, klare Verantwortungszuweisung, Guidelines, Mitarbeitertraining, kontinuierliche interne Überprüfung und Verbesserung sowie ein Whistleblower-System.²⁶² Hier ist jedoch klarzustellen, dass Anti-Korruption bei Zertifizierern einen wesentlichen höheren Stellenwert hat als üblicherweise in Unternehmen. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, also nicht korrupt zu sein, sind die unabdingbaren Kernanforderungen an Zertifizierer und damit Erfolgspflichten. Entsprechend dienen Antikorruptionspflichten im Wesentlichen der (prozeduralen) Absicherung dieser Kern-Erfolgspflichten, können aber im präventiven Bereich durchaus einen Eigenwert entwickeln.

Als organisatorisch besonders problematisch nicht nur im Hinblick auf Korruptionsgefahren, sondern auch zur darüber hinausgehenden Qualitätssicherung, hat sich die Delegation bzw. Durchführung von Kontrollen, insbesondere Vor-Ort Inspektionen, auf bzw. durch Tochtergesellschaften oder Unterauftragsnehmer erwiesen.²⁶³ Probleme können sich hier insbesondere im Hinblick auf Qualifikation, Ressourcen und Unabhängigkeit der Unterbeauftragten stellen. Auch hier könnte ein

²⁵⁸ Europäische Nachhaltigkeitszertifizierung, 5.2.2.3.

²⁵⁹ Siehe oben, Europäische Nachhaltigkeitszertifizierung, 5.2.2.3.

²⁶⁰ Siehe z.B. ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 33.

²⁶¹ Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/i3/0.311.21.de.pdf>.

²⁶² Für das deutsche Recht (§ 93 AktG) illustriert der Neubürger-Fall (LG München I, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10) die konkreten Anforderungen.

²⁶³ Wie die Fälle von PIP, wo anstelle von TÜV Rheinland Mitarbeiter der französischen Niederlassung ohne angemessene Qualifikation kontrolliert haben, oben, 5.2.2.1, oder Ali Enterprises, oben, 5.2.2.2, gezeigt haben. Ein weiteres Beispiel ist die Zertifizierung des gebrochenen Damms in Bumadinho, Brasilien durch eine brasilianische Tochter von TÜV Süd, die zwar regelmäßig von deutscher Seite überwacht wurde, sich aber dennoch nicht des Drucks des brasilianischen Bergbaumonopolisten Vale auf ein positives Zertifikat erwehren konnte, siehe auch ECCHR, 50.

dokumentiertes konzern- oder auftragsvergabeweites Risikoidentifizierungsverfahren, das die landes- und auch branchenspezifischen Zertifizierungsrisiken wie auch die Risiken lokaler Zertifizierermärkte (wie hoher Wettbewerbsdruck, Preisdumping, unterausgestattete und unterfinanzierte lokale Zertifizierer, sowie Korruptionsrisiken) gründlich analysiert, sowie entsprechende Abhilfemaßnahmen (wie sorgfältige Auswahl und engmaschige Kontrolle der Zertifizierer, deren hinreichende Finanzierung, Vorgabe adäquater Überprüfungsverfahren, sorgfältige Überprüfung der Kontrollberichte; notfalls Eigenkontrolle) hilfreich sein.²⁶⁴ Ein ähnliches Verfahren sieht beispielsweise das Zertifizierungsprogramm des Grünen Knopfes vor.²⁶⁵ Die Parallelität eines solchen Verfahrens mit unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten hat zu Vorschlägen geführt, Zertifizierer mit unter die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zu subsumieren.²⁶⁶

Auch hier ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bei der Zertifizierung, anders als in unternehmerischen Lieferketten, die Delegation nicht den Normal- sondern den Ausnahmefall darstellen sollte, jedenfalls aus regelungstechnischer Sicht, und Verantwortung in jedem Fall bei der (akkreditierten und) beauftragten (Ober-)Zertifizierungsgesellschaft verbleiben sollte. Im Medizinprodukterecht dürfen bestimmte Aufgaben überhaupt nicht delegiert werden und die übrigen nur an gleichermaßen qualifizierte Unterauftragnehmer, während die Obergesellschaft für alle Aufgaben verantwortlich bleibt.²⁶⁷ In diesem Sinne regelt auch das Zertifizierungsprogramm des Grünen Knopfes, dass Evaluierungen nicht ausgegliedert werden dürfen und dass vertragliche Aufträge nicht als Ausgliederung gelten.²⁶⁸ Auch bei der Schiffszertifizierung verbleibt der akkreditierten und beauftragten (Ober-)Zertifizierungsgesellschaft die (Ober-)Verantwortung für die korrekte Vergabe des Zertifikats. Die Delegation von Kontrollbefugnissen an sogenannte ‚Schiffsbesichtiger‘ unterliegt einem umfangreichen Regelwerk.²⁶⁹

Entsprechend wäre hier die umfassende Verantwortung der (Ober-)Zertifizierungsgesellschaft der regulatorische Ausgangspunkt; die Festschreibung von Sorgfaltspflichten nur deren prozedurale Untermauerung, die die Obergesellschaft schon im eigenen Interesse anwenden sollte. Somit kann die Festschreibung von Sorgfaltspflichten wiederum im präventiven Bereich eine wichtige Rolle spielen, ihre Erfüllung sollte retrospektiv jedoch die Haftung der Obergesellschaft für unzureichende Kontrollen durch Unterbeauftragte nicht ausschließen.

Klarstellend kann die Verantwortung der Obergesellschaft entsprechend auch mit einer Haftungsregelung, beispielsweise einer gesamtschuldnerischen Haftung verknüpft werden.²⁷⁰ Daneben sind die üblichen Regelungen über finanzielle Sicherheit oder Haftpflichtversicherung unerlässlich.

Wichtige Anforderungen an die Expertise im Textilbereich, sowohl bei der Zertifizierung des Anbaus der Baumwolle als auch bei der Textilverarbeitung, sind Kompetenzen im Hinblick auf menschenrechtliche Methoden, deren Fokus auf menschenrechtlichen Risiken und (irreparablen)

²⁶⁴ Siehe auch ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 43.

²⁶⁵ Siehe oben, 5.2.2.4.3.

²⁶⁶ Siehe dazu auch ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 40 ff, 50.

²⁶⁷ Siehe Anhang VII der Medizinprodukte-Verordnung (EU) 2017/745, 3.4.

²⁶⁸ Grüner Knopf –Zertifizierungsprogramm 3.0, 6.2.2.

²⁶⁹ Vgl. Anhang I, B. 7. der Verordnung (EG) 2009/391.

²⁷⁰ Vgl. unten, 5.3.2.4.

Schäden liegt, auf der Identifizierung von Inhaber*innen von Rechten und deren Einbeziehung in einem sicheren Rahmen, sowie auf Prozessanalysen aus Multi-Akteurs-Perspektive.²⁷¹

5.2.2.5.4 Prozedurale bzw. methodische Zertifizierungsvorgaben

Auch methodische Vorgaben für Zertifizierer sollten präzise geregelt oder mit einer Verweisung auf ein präzises Regelwerk versehen werden, das alle relevanten Fragen abgedeckt. Lücken, wie die Nichtfestschreibung unangekündigter Besuche wie im alten Medizinprodukterecht, können hier fatale Folgen haben. Solche können gegebenenfalls noch mit einer ergänzenden Generalklausel geschlossen werden. Die ausschließliche Anwendung einer ausdifferenzierten Generalklauselmethode mit Verweis auf die jeweils anerkannten Methoden oder ‚best practices‘ der Zertifizierung würde zwar das Risiko von Regelungslücken minimieren und wäre zudem flexibler und sektor- und situationsspezifisch und dem regionalen Kontext angepasst konkretisierbar.²⁷² Gleichzeitig würde diese jedoch die Anerkennung und Kontrolle erschweren und unterschiedliche Standards und erhöhten Wettbewerb auch hinsichtlich der Überprüfungsverfahren erleichtern, wie die Erfahrungen mit der europäischen Nachhaltigkeitszertifizierung gezeigt haben. Nichtsdestotrotz wird immer wieder darauf hingewiesen, dass ein Überprüfungsprogramm nicht als Checkliste abgehakt werden darf, sondern risikoangepasst und investigativ angewandt werden sollte. Dies ist insbesondere dann wichtig, wenn Produzenten wie im PIP-Fall betrügerisch handeln oder wenn lokale Produzenten oder Arbeitnehmer*innen keine hinreichende Risikoerfahrung haben, insbesondere hinsichtlich Umwelt-, Gesundheits- oder Sicherheitsgefahren.²⁷³ Auch die Einhaltung des Diskriminierungsverbots erfordert tendenziell eine investigative Evaluierung.²⁷⁴ Bei Anzeichen von Risiko müssen Überprüfungen intensiviert werden.

Unabdingbare Bestandteile eines Überprüfungsprogramms sind in jedem Fall unangekündigte Besuche sowie die Anhörung von Stakeholdern bzw. Rechteinhaber*innen sowie deren aktive Einbeziehung ins Überprüfungsverfahren (beispielsweise Gewerkschaften). Gleichzeitig muss deren Schutz gewährleistet werden, z.B. durch Anonymität.²⁷⁵ Auch das sog. ‚4-Augen-Prinzip‘ bzw. ein zweistufiges Verfahren, in dem der Auditorenbericht noch einem gründlichen Plausibilitäts-Check unterzogen wird, wie dies beispielsweise die ISO-Standards 17021 und 17065 fordern, sind ein unerlässlicher Bestandteil, um dessen Qualität zu gewährleisten.²⁷⁶ Auch ein professionelles Peer Review des Prüfungsberichts durch (externe) Experten, wie dies beispielsweise der FSC vorsieht, würde der Objektivität dienen und Systemasymmetrien ausgleichen.²⁷⁷

²⁷¹ Siehe ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 24.

²⁷² Siehe auch ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 28.

²⁷³ Vgl. insb. Herberg, Erzeugen multinationale Unternehmen ihr eigenes Umweltrecht?, in: Winter (Hrsg.), Die Umweltverantwortung multinationaler Unternehmen, 2005, 73 ff, 91 ff.

²⁷⁴ ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 28ff.

²⁷⁵ ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 30 f.

²⁷⁶ ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021,, 32 f

²⁷⁷ Siehe oben, 5.2.2.3.5.a.

5.2.2.5.5 Akkreditierung und Kontrolle

Auch und gerade im Rahmen von transnationalen Wertschöpfungsketten sind Akkreditierung und Kontrolle von Zertifizierungsorganisationen unerlässlich. Trotz Schwächen und Uneinheitlichkeit der staatlichen Praxis, die dann zu weiteren Anforderungen für Akkreditierungsbehörden²⁷⁸ oder einer Europäisierung des Verfahrens wie in der europäischen Nachhaltigkeitszertifizierung geführt haben, kann doch generell von einer höheren Zuverlässigkeit und Effektivität staatlicher Akkreditierung im Verhältnis zu privater ausgegangen werden.²⁷⁹ Auch hier sollten jedoch die entsprechenden Verfahren transparent sein und nach Möglichkeit öffentlichen oder NGO-Input ermöglichen.²⁸⁰

Eine Möglichkeit besteht darin, nur europäische Zertifizierungs(ober)gesellschaften zuzulassen. Bei Delegation von Vor-Ort-Kontrollen an Untergesellschaften oder lokale Zweigstellen könnte so auch eine weitgehende Verantwortung der Obergesellschaft festgeschrieben werden. Bei einer Akkreditierung auch nicht-europäischer Zertifizierer könnte eine europäische Niederlassung gefordert werden, um einen europäischen Gerichtsstand zu eröffnen.²⁸¹

Einige Akkreditierungsrahmen, insbesondere beim Schiffsrecycling, splitten das Akkreditierungserfordernis und verlangen nur für die europäischen Teile der Zertifizierung eine Akkreditierung, nicht hingegen für die außerhalb Europas vorzunehmende Zertifizierung ausländischer Produktionsstätten bzw. (beim Schiffsrecycling) Abwrackeinrichtungen.²⁸² Eine solche Aufspaltung zwischen Zertifizierung des Sorgfaltspflichtensystems (Verfahrens-, Organisations- und Präventionspflichten) und einer Produktionsstättenzertifizierung vor Ort wäre auch im Textilbereich denkbar. So unterscheidet beispielsweise der Grüne Knopf zwischen der Sorgfaltspflichtenzertifizierung und der Zertifizierung produktbezogener Anforderungen.²⁸³ Dies erscheint jedoch wegen des dargestellten engen Zusammenhangs zwischen Sorgfaltspflichten und Praxis vor Ort sowie insbesondere der Notwendigkeit sorgfältiger Auswahl und Kontrolle lokaler Zertifizierer nicht angezeigt. Auch das Einziehen einer weiteren Kontrollebene zur Kompensation möglicher Vor-Ort Schwächen, wie dies beim Schiffsrecycling der Fall ist, erscheint hier eher unrealistisch. Entsprechend wäre eine (deutsche oder europäische) Akkreditierung von Zertifizierungsgesellschaften mit Gesamtverantwortung für die Lieferkette sinnvoll.

Im Hinblick auf eine mögliche Haftung der Zertifizierer ließe sich im Rahmen einer europäischen Akkreditierung entweder an eine Haftungsvereinbarung als Akkreditierungsvoraussetzung oder auch an eine Haftungsklausel denken. Bei einer nationalen Akkreditierung könnte eine Haftungsklausel unmittelbar mit einer Eingriffsnorm zur Anwendung nationalen Rechts versehen werden.

Die vorgenannten Beispiele, insbesondere das der europäischen Nachhaltigkeitszertifizierung, haben im Übrigen die Notwendigkeit fortlaufender staatlicher Kontrolle einmal akkreditierter Zertifizierungsorganisationen verdeutlicht.²⁸⁴

²⁷⁸ Wie beispielsweise in der europäischen Produktsicherheit, siehe oben, 5.2.2.1.

²⁷⁹ Siehe nur die Schwächen beim FSC und der SA8000 Akkreditierung, 5.2.2.3; siehe auch ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 26, m.w.N.

²⁸⁰ Wie dies z.B. im Rahmen der europäischen Nachhaltigkeitszertifizierung gefordert wurde, siehe oben 5.2.2.3.

²⁸¹ Wie die z.B. im Rahmen der europäischen Schiffszertifizierung der Fall ist, siehe oben, 5.2.2.2.

²⁸² Siehe oben, 5.2.2.2.

²⁸³ Siehe oben, 5.2.2.4.

²⁸⁴ Siehe oben, insbesondere 5.2.2.3.

5.2.2.5.6 Weitere rechtliche Stärkung von Stakeholdern

Angesichts der den dargestellten Zertifizierungssystemen inhärenten strukturellen Asymmetrie ist die rechtliche Stärkung von Stakeholdern auch über ihre Anhörung hinaus von grundlegender Bedeutung. Eine rechtliche Möglichkeit wäre hier zunächst ein Beschwerdesystem wie beim Schiffsrecycling. Ein solches muss jedoch auch effektiv sein und zu Gegenmaßnahmen, Kompensation und spürbaren Sanktionen führen können. Während sich dies bei einem verpflichtenden System gut regeln ließe und beispielsweise bei den Akkreditierungsstellen oder Behörden angesiedelt werden könnte, ist dies bei einem freiwilligen System ungleich schwieriger. So sieht zum Beispiel der FSC ein Beschwerdeverfahren sowie Sanktionen vor. Dennoch haben zahllose schwerwiegende Verstöße weder zu entsprechenden Sanktionen für die Unternehmen, etwa den Entzug des Zertifikats oder der Mitgliedschaft, noch zum Akkreditierungsverlust für die Zertifizierer geführt. Als Grund für diese Zurückhaltung werden die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft, der Wettbewerb mit anderen Systemen sowie Angst vor Mitgliederverlust genannt.²⁸⁵

Wichtig ist die niedrighschwellige Zugänglichkeit des Beschwerdesystems und der Schutz der Beschwerdeführer*innen, beispielsweise im Rahmen eines Whistleblower-Schutzes. Die entsprechenden Vorgaben der UN Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte bilden hier eine gute Vorlage.²⁸⁶

Andere rechtliche Durchsetzungsmechanismen sind insbesondere Klagemöglichkeiten für Betroffene und NGOs, auch für solche aus dem globalen Norden, sowie ein Haftungsregime.²⁸⁷

5.2.2.5.7 Transparenz

Transparenzvorgaben sind ein wichtiger Baustein zur Stärkung von Stakeholdern und zur Öffentlichkeitskontrolle. Solche erhöhten Transparenzanforderungen finden sich z.B. in der neuen Medizinprodukte-Verordnung²⁸⁸ und im reformierten Rahmen der europäischen Nachhaltigkeitszertifizierung in der neuen Erneuerbare-Energien-Richtlinie.²⁸⁹ Überprüfungsrahmen, Methoden und Ergebnisse sollten transparent gemacht werden müssen, d.h., die Möglichkeit vertraglicher Geheimhaltungspflichten eingeschränkt werden, um die Zuverlässigkeit der Audits überprüfen zu können. Öffentliche Register könnten Zugang zu Informationen gewähren.²⁹⁰

Neben der Offenlegung der Prüfberichte könnte – in Anlehnung an die unternehmerischen Sorgfaltspflichten – auch von den Zertifizierern gefordert werden, dass sie ihr internes Qualitätsmanagementsystem nicht nur dokumentieren, sondern auch offenlegen.

²⁸⁵ Vgl. Meidinger, *The Administrative Law of Global Private-Public Regulation: the Case of Forestry*, 17 *European Journal of International Law* (2006), 47, 53 ff.; Carstensen (Fn. 216).

²⁸⁶ Siehe auch ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, *Human rights fitness of the auditing and certification industry?*, 2021, 24.

²⁸⁷ Siehe zum Ganzen auch Glinski, *Preconditions and Constraints of Effective Private Environmental Governance*, 59 ff.

²⁸⁸ Erwägungsgrund (44).

²⁸⁹ Erneuerbare Energien RL, Annex VI. Art. 18 (5) und (6).

²⁹⁰ ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, *Human rights fitness of the auditing and certification industry?*, 2021, 29, m.w.N.

5.2.2.5.8 Weitergehende strukturelle Anforderungen

Um dem asymmetrischen Näheverhältnis, das sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen zu zertifizierendem Wirtschaftsakteur und Zertifizierer ergibt, sowie den kompetitiven Marktmechanismen, denen Zertifizierer ausgesetzt sind, entgegenzuwirken, werden noch weitergehende strukturelle rechtlich Eingriffe in den Zertifizierermarkt vorgeschlagen. Zunächst kommen hier Sicherungen gegen bzw. Schutz vor Vertragsbeendigung durch den Wirtschaftsakteur während eines laufenden Zertifizierungszyklus in Betracht, wie dies der Grüne Knopf regelt.²⁹¹ Auch Höchstvertragslaufdauern zur Verhinderung unabhängigkeitgefährdender langjähriger Geschäftsbeziehungen wären denkbar. Weitergehend sind Vorschläge hinsichtlich einer rotierenden Zuteilung der Zertifizierer.²⁹² So hat beispielsweise der Bangladesh Accord eine eigene Stelle zur Auswahl, Einstellung und Bezahlung von Auditoren eingerichtet.²⁹³

Um die finanzielle Abhängigkeit der Zertifizierer vom Wirtschaftsakteur zu reduzieren und genügend Mittel für gründliche Prüfungen zur Verfügung zu stellen, ist auch an Bezahlung durch einen Fonds zu denken, wie er beim Bangladesh Accord eingerichtet wurde.²⁹⁴ Eine andere Möglichkeit wäre die Aufstellung einer Gebührenordnung für Zertifizierer.²⁹⁵

5.2.2.6 Vergleich mit unternehmerischen Sorgfaltspflichten

Mehrfach vorgeschlagen wurde eine Einbeziehung von Zertifizierungsorganisationen in ein Lieferkettengesetz in der Weise, dass die dort kodifizierten unternehmerischen Sorgfaltspflichten auch auf Zertifizierungsunternehmen Anwendung fänden. Diese Möglichkeit soll im Folgenden kurz kritisch beleuchtet werden.

Wie bereits oben dargestellt,²⁹⁶ bestehen unternehmerische Sorgfaltspflichten im Wesentlichen aus einer entsprechenden Selbstverpflichtungs-Grundsatzerklärung auf Leitungsebene (so z.B. Art. 6 Abs. 2 LkSG), der Einrichtung eines Risikomanagements mit Festlegung adäquater Zuständigkeiten (Art. 4 LkSG), regelmäßigen wertschöpfungskettenweiten Risikoanalysen (Art. 5 LkSG), der Verankerung und Ergreifung von den Risiken entsprechenden Präventions- (Art. 6 LkSG) oder Abhilfemaßnahmen (Art. 7 LkSG), der Einrichtung eines Beschwerdesystems (Art. 8 LkSG) sowie Dokumentationspflichten, wobei die Berichte öffentlich zugänglich sein müssen (Art. 10 LkSG).²⁹⁷

Zertifizierer sollten sowohl das entsprechende lieferkettenweite zumeist transnational organisierte Sorgfaltspflichtenmanagement inklusive Zuliefervertragskonditionen als auch die Vor-Ort Produktion kontrollieren.²⁹⁸ Gleichzeitig sind Zertifizierer teilweise selbst transnational organisiert. Zu finden sind, wie auch die angeführten Beispiele gezeigt haben, sowohl Konzernstrukturen mit Tochtergesellschaften als auch Untervertragsnehmer – ähnlich den unternehmerischen Lieferketten.

²⁹¹ Siehe oben, 5.2.2.4.3.

²⁹² ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 32 f.

²⁹³ Bangladesh Accord, Chapter III.

²⁹⁴ Siehe oben, 2.1.

²⁹⁵ ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, Human rights fitness of the auditing and certification industry?, 2021, 31 f.

²⁹⁶ Siehe oben, 2.1.

²⁹⁷ Siehe hierzu auch die UN Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, UN doc A/HRC/17/31.

²⁹⁸ Vgl. a. oben, 2.1.

Wie oben kurz dargestellt,²⁹⁹ werden für Zertifizierer den Unternehmen vergleichbare Sorgfaltspflichten insbesondere bei der Korruptionsbekämpfung sowie darüber hinausgehend zur Qualitätssicherung bei Delegation von Kontrollen, insbesondere Vor-Ort-Inspektionen, auf Tochtergesellschaften oder Unterauftragsnehmer erwogen und auch in bestimmten Zertifizierungsprogrammen wie dem Grünen Knopf bereits umgesetzt. Eine wichtige Parallele und damit ein Argument für eine Einbeziehung in den Regelungsrahmen des Lieferkettengesetzes ist auch und gerade in der menschenrechtlichen Fokussierung dieser Sorgfaltspflichten zu sehen.³⁰⁰

Allerdings wiegen die Unterschiede rechtstechnisch schwerer als die Gemeinsamkeiten. Nicht nur in Bezug auf die Anwendbarkeit des Lieferkettengesetzes auf Zertifizierungsunternehmen müssten spezielle Regelungen beispielsweise hinsichtlich Größenschwellen getroffen werden, auch Terminologie und Zielsetzung der Pflichten unterscheiden sich grundlegend. So haben Zertifizierungsunternehmen nun einmal weder Zulieferer noch Beschaffungsstrategien oder Einkaufspraktiken (vgl. z.B. § 6 LkSG). Schwerer wiegt jedoch die grundlegend andere Zielsetzung und dogmatische Einordnung von unternehmerischen und zertifiziererspezifischen Sorgfaltspflichten. Die unternehmerischen Sorgfaltspflichten haben die Einhaltung der Menschenrechte und bestimmter Umweltauflagen zum Ziel, und werden im Hinblick auf die Erreichung dieser Ziele überwiegend als Bemühenspflichten verstanden, die Erreichung des Ergebnisses ist nicht geschuldet. Zertifiziererspezifische Sorgfaltspflichten hingegen dienen der Sicherstellung von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie der Qualitätssicherung, wobei es sich bei diesen um unabdingbare Anforderungen handelt, der Erfolg also erreicht werden muss, während der prozedurale Weg dahin lediglich dienenden Charakter hat. Auch die Verantwortung der (akkreditierten und) beauftragten Zertifizierungs(ober)gesellschaft ist wie oben dargestellt grundsätzlich anderer Natur. Regulatorischer Ausgangspunkt sollte daher diese Gesamtverantwortung der (Ober-)Zertifizierungsgesellschaft sein, verbunden mit der Festschreibung von Bedingungen und Anforderungen an eine Delegation, wie dies in einigen (europäischen) Regelwerken, wie denen zur Produktsicherheit oder der Schiffszertifizierung, bereits verwirklicht ist. Ein solcher Regelungsansatz ließe sich durch bloße Subsumtion von Zertifizierern unter den Unternehmerbegriff des LkSG nicht verwirklichen, sondern müsste dort gesondert verankert werden.

Auch materiell sind Qualitätssicherungsanforderungen an Zertifizierer (wie oben beispielhaft dargestellt) sehr spezifisch, so dass insofern ohnehin ein eigenes detailliertes Regelwerk und/oder Verweise auf existierende Standards für Zertifizierer gesondert formuliert werden müssten.

Damit bietet sich eine Einbeziehung von Zertifizierungsorganisationen in den Adressatenkreis der unternehmerischen Sorgfaltspflichten nicht an. Erforderlich und sinnvoll wäre stattdessen zumindest ein eigenes Kapitel im Lieferkettengesetz. Zu den rechtstechnischen – auch weitergehenden – Regelungsmöglichkeiten, siehe jedoch unter 4.4.

²⁹⁹ Siehe oben, 5.2.2.5.

³⁰⁰ Siehe dazu insbesondere ECCHR, 40 ff, 50.

5.3 Haftung der Zertifizierer für die Nicht-Einhaltung kodifizierter Zertifiziererpflichten

5.3.1 Einführung

Die Haftung hängt vom Umfang der kodifizierten Pflichten ab. Wie oben dargestellt, sind im Grundsatz zwei Zielsetzungen der Zertifizierung denkbar: diejenige der Sicherstellung menschenrechtskonformer und umweltgerechter Produktion vor Ort und diejenige der Schaffung von Vertrauen in Zertifikate mit dem Ziel der Verhaltenslenkung bei Verbraucher*innen. Beide Zielsetzungen werden im Folgenden unterschieden.

5.3.1.1 Haftung gegenüber beim Zulieferer Geschädigten für mangelhafte Zertifizierung

Nach dem Muster des EU-Produktsicherheitsrechts könnte die Zertifizierung der Einhaltung der Sorgfaltspflichten nach dem LkSG (oder aufgrund einer EU-rechtlichen Lösung) verpflichtend eingeführt werden, kombiniert mit einer Haftung von Zertifizierern für die mangelhafte Erfüllung ihrer Pflichten im Rahmen der Zertifizierung. Gleichzeitig müsste man den Pflichtenkanon im LkSG um die Zertifizierung der Betriebsstätte(n) der Zulieferer erweitern, denn diese ist bisher wohl nur eine Möglichkeit für Unternehmen, ihrer Verpflichtung zur Überprüfung der Wirksamkeit der Präventionsmaßnahmen nach § 6 Abs. 5 LkSG nachzukommen.³⁰¹ Damit würde allerdings nur die Zertifizierung von Zulieferern der in den Anwendungsbereich des LkSG fallenden Unternehmen erfasst.

Sinnvoll könnte es daher sein, die Haftung von Zertifizierern auch für die Zertifizierung von Zulieferern außerhalb des LkSG festzuschreiben. Auch diese Tätigkeit birgt Risiken für Arbeitnehmer*innen und Anwohner*innen der Betriebsstätten der Zulieferer, und sei es nur, weil mangelhafte Kontrollen oder fehlerhafte Berichte dem Unternehmen die Möglichkeit nehmen, Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, die sie sonst (zum Schutze der Geschädigten) ergriffen hätten.

5.3.1.2 Haftung gegenüber Verbraucher*innen für mangelhafte Zertifizierung

Eine ganz andere Frage betrifft die Haftung gegenüber Verbraucher*innen für mangelhafte Zertifizierung als Beitrag zur Irreführung der Verbraucher*innen. Die Frage unterscheidet sich insoweit von der Frage der Zertifizierung von Lieferketten, als kein Unternehmen gezwungen wäre, die Zertifizierung werblich einzusetzen.

Diese Fragestellung ist im UWG zu verorten und dort in der Rechtsprechung noch kaum diskutiert. Im Grundsatz geklärt ist, dass Siegelgeber Gehilfen oder Anstifter einer unlauteren Geschäftspraktik sein können, wenn sie falsche Zertifikate ausstellen, die vom zertifizierten Unternehmen im Wettbewerb genutzt werden.³⁰² Erfolgt diese Nutzung gegenüber Verbraucher*innen, so kann daraus ein Schadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 2 UWG n.F. auch gegen den Siegelgeber resultieren.

Der Zertifizierer ist allerdings häufig nicht der Siegelgeber, vielmehr bedient sich Letzterer, etwa der FSC, externer Zertifizierer zur Klärung der Einhaltung der Voraussetzungen für die Erteilung des Siegels. Dabei wird eine fehlerhafte Zertifizierung aber unmittelbar auf die fehlerhafte Erteilung des

³⁰¹ Vgl. oben, 4.1.1.

³⁰² Vgl. LG Offenburg, 30.3.2011 – 5 O 55/09 KfH, BeckRS 2012, 4110.

Siegels und dessen Verwendung auf den Unternehmer durchschlagen. Aus der Perspektive des UWG kann es deshalb nicht darauf ankommen, ob der Siegelgeber selbst die Siegelvoraussetzungen prüft oder dies an externe Zertifizierer auslagert. Insofern scheint es gerechtfertigt, auch den Zertifizierer als Gehilfen des Unternehmers anzusehen, so dass ein Schadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 2 UWG n.F. auch gegenüber dem Zertifizierer bestehen kann, der in aller Regel vorsätzlich oder fahrlässig handelt wird.

Außerhalb eines gesetzlichen Rahmens stellt sich darüber hinaus die Frage, ob Mindestanforderungen an Siegel zur Beachtung von Menschenrechten, Arbeitnehmerrechten oder Umweltschutz in Lieferketten eingeführt werden sollten, deren Nichtbeachtung die Verleihung und die Anbringung des Siegels unlauter machen würde. Alternativ oder kumulativ könnten Mindestanforderungen an Zertifizierer statuiert werden, deren Zertifikate die Einhaltung der Anforderungen bescheinigen.

Eine Beschränkung auf die Lieferketten von Unternehmen, die unter das LkSG fallen, wäre dabei nicht angebracht. Mindestanforderungen könnten in einem eigenen Siegelgesetz formuliert werden.

5.3.2 Haftung bei gesetzlich verpflichtender Zertifizierung von Lieferketten

5.3.2.1 Europäische Ebene

Ein Lieferkettengesetz existiert auf europäischer Ebene bislang nicht. Das Europäische Parlament hat am 11.2.2021 Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen formuliert,³⁰³ die in Art. 19 die zivilrechtliche Haftung von Unternehmern für Verstöße gegen ihre Sorgfaltspflichten vorsieht. Es hat dabei darauf hingewiesen, dass zertifizierte Branchenregelungen kleinen und mittleren Unternehmen die Möglichkeit bieten, Verantwortung effizient zu bündeln und zu teilen,³⁰⁴ ohne aber eine Zertifizierung zwingend einführen zu wollen. Schließlich hat das Parlament den Einfluss von Zertifizierung auf die Haftung von Unternehmen für Verstöße thematisiert und klargestellt, dass die Zertifizierung die potentielle Haftung von Unternehmen nicht beeinträchtigen sollte.³⁰⁵ Nicht vorgesehen ist in der Empfehlung eine Haftung von Zertifizierern für mangelhafte Zertifizierung.

Eine verpflichtende Zertifizierung ist, wie oben dargestellt, im EU-Recht in einigen Bereichen verankert. Klare Haftungsregelungen enthält allerdings keines der fraglichen Regime.

Diskutiert wurde die Haftung von Zertifizierern auf EU-Ebene vor allem im Zusammenhang mit dem unter der Medizinprodukte-Richtlinie 93/42/EG entschiedenen PIP-Brustimplantate-Skandal.³⁰⁶ Deren Tätigkeit sah der EuGH in der Rechtssache *Elisabeth Schmitt* zwar als dem Schutz von Patient*innen dienend an, er mochte aber aus dem EU-Recht selbst keine Haftung von benannten Stellen für Schäden, die aus der Verletzung ihrer Pflichten resultierten, ableiten, sondern verwies insofern auf nationales Recht.³⁰⁷ Der EuGH kam zu dieser Entscheidung, obwohl die Medizinprodukte-Richtlinie eine Haftpflichtversicherung für benannte Stellen vorsah, aus der man

³⁰³ EP-Dok. A9-0018/202.

³⁰⁴ Erw.Gr. (13).

³⁰⁵ Erw.Gr. (34).

³⁰⁶ Vgl. statt vieler *Glinski/Rott*, Die Haftung der Zertifizierungsstelle im Produktsicherheitsrecht, ZEuP 2015, 192 ff.; *Brüggemeier*, Fehlerhafte Brustimplantate und die Haftung der Zertifizierungsinstitute – Das EuGH-Urteil in der Rechtssache Schmitt v. TÜV Rheinland, MedR 2017, 527 ff.

³⁰⁷ EuGH, 16.2.2017, Rs. C-219/15 Elisabeth Schmitt gegen TÜV Rheinland LGA Products GmbH, ECLI:EU:C:2017:128.

auf das Risiko einer Haftung gegenüber Geschädigten hätte schließen können.³⁰⁸ Eine solche Haftung wurde auch mit der neuen Medizinprodukte-Verordnung (EU) 2017/745, die als Reaktion auf den PIP-Skandal erlassen wurde, nicht eingeführt.³⁰⁹

Auch im Bereich der Schiffsklassifizierung und neuerdings der Zertifizierung von Inventarlisten und Abwrackeinrichtungen nach der Schiffsrecyclings-Verordnung (EU) Nr. 1257/2013 spielt Zertifizierung eine tragende Rolle,³¹⁰ eine Haftungsregelung fehlt jedoch, obwohl auch im Bereich der Schiffsklassifizierung auf nationaler Ebene schon spektakuläre Verfahren gegen Zertifizierer gab. Für die in diesem Bereich so bezeichneten „anerkannten Organisationen“, hinter denen sich die Klassifizierungsgesellschaften verbergen, sieht die Richtlinie 2009/15/EG über gemeinsame Vorschriften und Normen für Schiffsüberprüfungs- und -besichtigungsorganisationen und die einschlägigen Maßnahmen der Seebehörden ein spezielles Regime vor, dessen Art. 5(2) vorsieht, dass im Auftragsverhältnis zwischen der Verwaltung eines Mitgliedstaats und einer anerkannten Organisation Bestimmungen über die finanzielle Haftung aufgenommen werden. Allerdings geht es darin allein um eine Rückgriffsmöglichkeit der Verwaltung gegenüber der anerkannten Organisation für den Fall, dass die Verwaltung einem Dritten wegen eines Verschuldens der anerkannten Organisation Schadensersatz leisten muss. Die Haftung der anerkannten Organisationen, etwa wegen fahrlässiger Zertifizierung einer unsicheren Abwrackeinrichtung, ist an keiner Stelle geregelt.³¹¹

Insgesamt entspricht es der h.M., dass das EU-Recht generell in Bezug auf verpflichtende Zertifizierung in sicherheitsrelevanten Bereichen keine Haftungsregelung enthält, sondern diese Frage dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlässt,³¹² auch wenn an dieser Haltung mit Blick auf die Effektivität der Zertifizierung viel Kritik geübt wurde.³¹³

5.3.2.2 Haftung nach allgemeinen Grundsätzen für die Nichteinhaltung kodifizierter Zertifiziererpflichten

Im Folgenden wird zunächst diskutiert, wie sich die Kodifizierung auf die Haftung der Zertifizierer nach deutschem Recht auswirken würde. Ergänzend wird auf das englische und das französische Recht eingegangen, weil letztere nach den Grundsätzen der Rom II-Verordnung bei den hier relevanten Auslandssachverhalten aufgrund der kolonialen Vergangenheit vieler Staaten, in denen die Zertifizierung stattfinden und der Schaden eintreten kann, relevant werden können, wenn es

³⁰⁸ Vgl. dazu GA Sharpston, 15.9.2016, Rs. C-219/15 Elisabeth Schmitt gegen TÜV Rheinland LGA Products GmbH, ECLI:EU:C:2016:694, Rn. 35.

³⁰⁹ Ausf. dazu Rott, Certification of Medical Devices – Lessons from the PIP Scandal, in: Rott (Hrsg.), Certification – Trust, Accountability, Liability, 2019, 189, 206 f.

³¹⁰ Vgl. Glinski, Sustainable Shipping: The new Governance Approach to Ship Recycling, in: Girvin/Ulfbeck (Hrsg.), Maritime Organisation, Management and Liability, 2021, 109 ff.

³¹¹ Vgl. Ulfbeck/Møllmann, Public Function Liability of Classification Societies, in Rott (Hrsg.), Certification – Trust, Accountability, Liability, 2019, 213, 218. Zur Kritik an der unklaren Regelung vgl. Pulido Begines, The EU Law on Classification Societies, 36 Journal of Maritime Law & Commerce (2005), 487, 521; de Bruyne, Tort Law and the Regulation of Classification Societies: Between Public and Private Roles in the Maritime Industry, European Review of Private Law 2019, 429, 438.

³¹² Vgl. nur Verbruggen/van Leeuwen, The Liability of Notified Bodies under the EU's New Approach: The Implications of the PIP Breast Implants Case, European Law Review 2018, 399, 402.

³¹³ Vgl. nur Rott, Pflichten und Haftung der „benannten Stelle“ bei Hochrisiko-Medizinprodukten, NJW 2017, 1146, 1147; Wagner, Marktaufsichtshaftung produktsicherheitsrechtlicher Zertifizierungsstellen, JZ 2018, 130, 136.

nicht gelingt, die Haftung der Zertifizierer von Lieferketten deutscher Unternehmer generell dem deutschen Recht zu unterstellen.

5.3.2.2.1 Deutsches Recht

Im deutschen Recht kann sich die Kodifizierung von Pflichten in verschiedener Hinsicht auswirken. Sie kann auf das vertragliche bzw. vorvertragliche Pflichtenprogramm ebenso ausstrahlen wie auf die deliktische Haftung.

a. Vertragliche oder vertragsähnliche Haftung

Eine Ausstrahlungswirkung kodifizierter Pflichten auf die vorvertragliche Haftung nimmt die deutsche Rechtsprechung etwa im Kapitalmarktrecht an, wo Pflichten aus dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) die vorvertraglichen Aufklärungspflichten von Wertpapierunternehmen konkretisieren.³¹⁴

Eine solche Konkretisierung wäre auch in Bezug auf die Pflichten von Zertifizierungsorganisationen aus einem Vertrag zugunsten Dritter denkbar, wenn man einen solchen anerkennen würde. Letzteres hat der BGH allerdings in Bezug auf den Vertrag zwischen PIP und dem TÜV Rheinland abgelehnt. Dass die Entscheidung des BGH in Bezug auf einen Zertifizierungsvertrag zwischen einem Unternehmen der Textilbranche und einem Zertifizierer, der in dessen Auftrag handelt, nur deshalb anders ausfallen würde, weil ein Gesetz die Pflichten eines solchen Zertifizierers festlegt, ist nicht ersichtlich.

Im Schrifttum wurde schon zuvor die Haftung einer Klassifizierungsgesellschaft für die (nicht vorhersehbaren) Opfer des Untergangs eines Schiffs, das der Käufer im Vertrauen auf eine nicht ordnungsgemäß erstellte Klassifizierung hin erworben hat, als zu weitgehend abgelehnt.³¹⁵

Wie bereits oben erwähnt, ist es aber denkbar, dass die Entscheidung bei der Zertifizierung einer klar abgrenzbaren Betriebsstätte mit einer überschaubaren Anzahl von Arbeitnehmer*innen anders ausfallen könnte.³¹⁶

b. Schutzgesetzverletzung

In Betracht käme hingegen eine Schutzgesetzverletzung i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Insofern liegen die Parallelen zur PIP-Rechtsprechung des BGH, der die Möglichkeit einer Schutzgesetzverletzung mittlerweile klar bejaht hat,³¹⁷ auf der Hand.

Der Schutzzweck des LkSG liegt darin, die internationale Menschenrechtslage durch eine verantwortungsvolle Gestaltung der Lieferketten in der Bundesrepublik Deutschland ansässiger Unternehmen zu verbessern.³¹⁸ Erfasst sind u.a. Arbeitsschutzstandards, die offensichtlich dem Schutz der Gesundheit und des Lebens der einzelnen Arbeitnehmer*innen dienen. Vergleichbares gilt für das Verbot der Herbeiführung einer schädlichen Bodenveränderung, Gewässerverunreinigung, Luftverunreinigung, Lärmemission oder eines übermäßigen Wasserverbrauchs, die zu Gesundheitsschäden führen können.³¹⁹

³¹⁴ Vgl. etwa BGH, 19. 12. 2006 - XI ZR 56/05, NJW 2007, 1876.

³¹⁵ Vgl. Basedow/Wurmnest, Third-Party Liability of Classification Societies, 2005, 50 ff.

³¹⁶ Vgl. oben, 4.2.1.3.

³¹⁷ Vgl. BGH, 22.6.2017 - VII ZR 36/14, VuR 2017, 392; BGH, 27.2.2020 - VII ZR 151/18, NJW 2020, 1514.

³¹⁸ Vgl. die Begründung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/28649, 23.

³¹⁹ *ibid.*, 38.

Bescheinigt ein Zertifizierer wahlweise inkorrekt Weise die ordnungsgemäße Durchführung von Sorgfaltspflichten oder die Einhaltung der geforderten Standards vor Ort, obwohl ein Zulieferer gegen relevante Arbeitsschutz- oder Umweltschutzstandards verstößt, so verhindert er unternehmerische Abhilfemaßnahmen nach § 7 LkSG. Damit würde auch die ordnungsgemäße Zertifizierung dem Schutz der Arbeitnehmer*innen des Zulieferers und der von durch diesen verursachten Umweltschäden betroffenen Personen dienen.

Voraussetzung wäre selbstverständlich, dass die Schutzgesetzqualität der einzuführenden Pflichten von Zertifizierern nicht wie in § 9 Abs. 3 LkSG gesetzlich ausgeschlossen würde.

Schwierigkeiten insbesondere in Bezug auf den Nachweis der Kausalität einer mangelhaften Prüfung für den entstandenen Schaden werden im Rahmen des Regelungsvorschlags (infra, 5.3.2.4.) thematisiert.

c. Keine Sperrwirkung für Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB

Zu betonen ist, dass die Kodifizierung von Pflichten keine Sperrwirkung für möglicherweise strengere Anforderungen hätte, die sich aus einer Verkehrspflicht ergeben. Hinsichtlich des Ausmaßes der erforderlichen Sorgfalt ist die grundlegende Unterscheidung zwischen Sicherheitsrecht und Haftungsrecht zu beachten, die auch in der deutschen haftungsrechtlichen Rechtsprechung immer wieder zum Ausdruck kommt.³²⁰

Das Haftungsrecht nimmt gegenüber dem öffentlichen Sicherheitsrecht eine Ergänzungsfunktion wahr. Die öffentlich-rechtliche Entscheidung zugunsten einer bestimmten Technologie³²¹ oder eines bestimmten Haftungsumfanges, die das Risiko eines "Sonderopfers" potentieller Geschädigter birgt, kann durch die haftungsrechtliche Kompensation zumindest *ex post* teilweise ausgeglichen werden. Deshalb dürfen die Ergebnisse möglicherweise suboptimaler öffentlicher Regulierung nicht zwingend auf das Haftungsrecht durchschlagen.³²²

d. Verhältnis zur Haftung des Unternehmers

Erteilt der Zertifizierer ein Zertifikat darüber, dass der Unternehmer seinen Pflichten aus dem LkSG nachkommt, obwohl dies nicht der Fall ist, so liegt auf beiden Seiten eine Pflichtverletzung vor. Unternehmer und Zertifizierer haften dann gesamtschuldnerisch. So entschieden etwa die französischen Gerichte im Fall des Untergangs der *Erika*.³²³

Schwieriger ist die Frage zu beurteilen, wenn der Unternehmer sich eines Zertifizierers bedient, der die Einhaltung von Vorschriften zu Arbeitsschutz, Umweltschutz usw. beim Zulieferer prüfen und zertifizieren soll und sich auf die Angaben des Zertifizierers verlässt. Auch in dieser Situation sollte man keine enthaftende Wirkung der Zertifizierung annehmen, sondern sich etwa an Art. 5 (2) der Richtlinie 2009/15/EG orientieren und dem Unternehmer ein Rückgriffsrecht gegen den Zertifizierer einräumen. Dies hätte den von der gesamtschuldnerischen Haftung des Kreditgebers für Mängel

³²⁰ Vgl. nur BGH, 29.11.1983 - VI ZR 137/82, NJW 1984, 801, 802 – Eishockey; Schleswig-Holsteinisches OLG, 19.10.2007 - 17 U 43/07, VuR 2008, 277 – Geschirrspüler, m.Anm. *Glinski*.

³²¹ Vgl. etwa die verschuldensunabhängige Haftung im Atomrecht und im Gentechnikrecht, §§ 25 ff. AtG und §§ 32 ff. GenTG.

³²² Vgl. Falke, Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA, Bd. 3: Deutschland, 2000, 451 ff. Ausf. Glinski, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards, 2010, 270 ff.; s.a.o. 3.1.2.2., 3.1.2.3.

³²³ Cour de cassation, Arrêt n° 3439, 25.9.2012 (10-82.938), https://www.courdecassation.fr/IMG///Crim_arret3439_20120925.pdf.

einer finanzierten Kaufsache im englischen Recht³²⁴ oder auch aus Versicherungsverhältnissen bekannten positiven Effekt, dass der Unternehmer bei der Auswahl des Zertifizierers gesteigerte Sorgfalt anwenden und diesen auch jedenfalls stichprobenartig überwachen würde.

5.3.2.2.2 Englisch-Recht

Auch im englischen Recht wurde die Haftung von Zertifizierungsgesellschaften für Pflichtverletzungen schon thematisiert. Voraussetzung für eine deliktische Haftung aus *negligence* ist dort, dass eine Sorgfaltspflicht (*duty of care*) gerade gegenüber dem Opfer bestand. Der einschlägige Test des englischen Deliktrechts um festzustellen, ob eine Sorgfaltspflicht besteht, ist in *Caparo Industries v Dickman*³²⁵ niedergelegt: Der Schaden muss für den Beklagten vorhersehbar gewesen sein (*foreseeability*), die Beziehung zwischen dem Beklagten und dem Kläger muss hinreichend nah sein (*proximity*), und es muss angemessen sein, dem Beklagten eine Sorgfaltspflicht aufzuerlegen (*just, fair and reasonable*).

Dabei haben die Gerichte im Bereich der Schiffsklassifizierungen die Haftung der Klassifizierungsgesellschaften in einigen Entscheidungen abgelehnt;³²⁶ allerdings ging es in den relevanten Verfahren nicht um Leben oder Gesundheit, sondern um das Vermögen der Käufer von Schiffen, die sich trotz der entsprechenden Klassifizierung als mangelhaft herausstellten, oder von Frachteeigentümern. Bei den Entscheidungen spielten auch politische Erwägungen eine Rolle. So betonten die Gerichte, die Klassifizierungsgesellschaften handelten ohne Gewinnerzielungsabsicht im öffentlichen Interesse.

Für die Verletzung von Leben und Gesundheit wird allgemein auf das Urteil des Court of Appeal in *Perrett v Collins*³²⁷ verwiesen. Dort ging es um die Zertifizierung der Sicherheit eines Flugzeugs, das anschließend abstürzte. Rechtliche Grundlage der Zertifizierung war der Civil Aviation Act 1982, der die Übertragung der Sicherheitsprüfung auf private Sicherheitsinspektoren zulässt. Der Court of Appeal nahm die Haftung des Sicherheitsinspektors an und begründete dies damit, dass es im Kontrollsystem des Civil Aviation Act 1982 gerade seine Aufgabe gewesen sei, die Passagiere und die Öffentlichkeit vor Flugzeugabstürzen zu bewahren. Das Gericht unterschied diese Situation ausdrücklich von Fällen, in denen lediglich Vermögensinteressen involviert sind.³²⁸

Es spricht daher einiges dafür, dass auch englische Gerichte im Falle von Pflichtverletzungen von Zertifizierern, die zu Personenschäden führen, zu einer Haftung gelangen können.³²⁹

³²⁴ s75 Consumer Credit Act 1974.

³²⁵ [1990] UKHL 2.

³²⁶ Vgl. *Mariola Marine Corporation v. Lloyd's Register of Shipping – The Morning Watch* [1990] 1 Lloyd's Rep. 547, 561 ff. (QBD); *Marc Rich & Co. AG and others v. Bishop Rock Marine Co. Ltd. and others – The Nicholas H* [1995] 3 All ER 307 (HL). Vgl. dazu Feehan, *Liability of Classification Societies from the British Perspective: The Nicholas H*, 22. *Tulane Maritime Law Journal* (1997), 163 ff.; Cane, *Classification Societies, Cargo Owners and the Basis of Tort Liability*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1995, 433 ff.; Lagoni, *The Liability of Classification Societies*, 2007, 36 ff.

³²⁷ [1998] EWCA Civ 884.

³²⁸ Ausf. Glinski/Rott, *Regulating Certification Bodies in the Field of Medical Devices: The PIP Breast Implants Litigation and Beyond*, *European Review of Private Law* 2019, 403, 421 f.

³²⁹ Zur Anwendung auf unterschiedliche Zertifizierungskonstellationen vgl. Glinski/Rott, *The role and liability of certification organisations in transnational value chains*, 23 *Deakin Law Review* (2018), 83 ff.; van Ho/Terwindt, *Assessing the Duty of Care for Social Auditors*, *European Review of Private Law* 2019, 379 ff.

5.3.2.2.3 Französisches Recht

Das französische Recht stellt eine Haftung eines Zertifizierers für Schäden aus der Verletzung von gesetzlichen Pflichten problemlos her. Die deliktische Haftung setzt grundsätzlich eine haftungsbegründende Handlung, einen Schaden und Kausalität voraus. Hinsichtlich der haftungsbegründenden Handlung (*fait fautif*) ist zwar vieles unklar, Einigkeit besteht allerdings darüber, dass der Verstoß gegen gesetzliche Handlungspflichten und eine daraus resultierende Schädigung die Ersatzpflicht des Art. 1240 f. Code civil auslösen.³³⁰ Eine explizite Schutzpflicht oder Garantenstellung gegenüber dem Geschädigten verlangen die Art. 1240 f. Code civil nicht.³³¹

Entsprechend hatten die französischen Gerichte im PIP-Brustimplantateskandal keine grundsätzlichen Probleme damit, die Haftung von TÜV Rheinland festzustellen;³³² strittig war in den Verfahren lediglich, ob eine Pflichtverletzung vorlag. Diese hat die Cour d'Appel de Paris mittlerweile als erstes Obergericht anerkannt,³³³ nachdem die Cour de cassation zuvor ablehnende Urteile der Cour d'Appel d'Aix-en-Provence³³⁴ kassiert hatte.³³⁵

Desgleichen akzeptierten die französischen Gerichte die Haftung der italienischen Klassifizierungsgesellschaft RINA, die den Öltanker Erika zertifiziert hatte, der kurz darauf vor der französischen Westküste zerbrach und die Strände verschmutzte.³³⁶

5.3.2.3 Haftung für Zertifizierung von Lieferketten ohne gesetzliche Zertifizierungspflicht

Wie oben beschrieben, müssen Mindestanforderungen an Zertifizierer und Zertifizierungen sowie ein Haftungsregime nicht zwingend an eine gesetzliche Pflicht von Unternehmen, ihre Zulieferer zertifizieren zu lassen, andocken. Vielmehr können auch Standards für Zertifizierungen auf vertraglicher Basis ohne entsprechende Rechtspflicht des Unternehmens gesetzt und dafür ein Haftungsregime geschaffen werden, das inhaltlich dem soeben beschriebenen Haftungsregime für die gesetzlich vorgeschriebene Zertifizierung entspricht. Sinnvoll wäre dies deshalb, weil auch die Zertifizierung von Lieferketten ohne gesetzliche Zertifizierungspflicht Gefährdungspotential hat und auch hier ein Haftungsregime Steuerungswirkung hin zu einer sorgfältigen Wahrnehmung der Zertifizierungspflichten entfalten kann.

³³⁰ Vgl. Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Bd. 2, Schuldrecht, 2. Aufl. 1986, 459 ff., insb. 461; Sonnenberger/Autexier, Einführung französisches Recht, 3. Aufl. 2000, Rn. 89; van Dam, European Tort Law, 2013, 50 ff.

³³¹ Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, 463. Vgl. auch Hübner/Constantinesco, Einführung in das französische Recht, 4. Aufl. 2001, 181.

³³² Ausf. zur ersten Entscheidung des Tribunal de Commerce de Toulon Rott/Glinski, ZEuP 2015, 192 ff.; Fröding, MPR 2014, 1 ff.

³³³ Vgl. Bauer, <https://www.actu-juridique.fr/civil/responsabilite-civile/la-france-epicentre-de-la-justice-pour-les-victimes-des-protheses-pip>.

³³⁴ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 22.1.2015, No 2015/21; dazu Fröding, PIP Brustimplantate: Warum das Berufungsgericht Aix-en-Provence die Haftung des TÜV abgelehnt hat, MPR 2015, 162 ff.

³³⁵ Cour de Cassation, Arrêt n° 610, 10.10.2018 (15-26.093); Arrêt n° 615, 10.10./2018 (16-19.430) und Arrêt n° s616, 10.10.2018 (17-14.401), alle verfügbar unter <https://www.courdecassation.fr>; dazu auch Ernst, Die französische Antwort auf das EuGH-Urteil im PIP-Skandal, GPR 2019, 133 ff.

³³⁶ Cour de cassation, Arrêt n° 3439, 25.9.2012 (10-82.938), https://www.courdecassation.fr/IMG///Crim_arret3439_20120925.pdf.

5.3.2.4 Regulierungsmöglichkeiten

5.3.2.4.1 Europäische Ebene

Hinsichtlich der Regulierungsmöglichkeiten wäre es zwar wünschenswert, wenn ein einheitliches Haftungssystem auf EU-Ebene geschaffen würde, die Erfahrung mit der bisherigen Gesetzgebung lässt dies aber als extrem unwahrscheinlich erscheinen. Nicht einmal im Medizinprodukterecht, wo die Haftungsunterschiede gerade zwischen dem deutschen und dem französischen Recht schon während des Gesetzgebungsverfahrens für die neue Medizinprodukte-Verordnung deutlich erkennbar geworden waren, konnte sich der EU-Gesetzgeber zu einer eigenen Regelung durchringen.

Was hingegen vorstellbar ist, ist die Schaffung eines europäischen Zertifizierungsregimes für Lieferketten, das auch mit einer europäischen Akkreditierungspflicht versehen sein könnte, wie dies auch in den vorgenannten Beispielen der Fall ist.

5.3.2.4.2 Nationale Ebene

Haftungsrechtliche Lösungen müssen also jedenfalls zunächst im nationalen Recht gesucht werden.

a. Anspruchsgegner

Für die Schaffung eines nationalen Haftungsregimes liegt eine nicht unerhebliche Problematik darin, dass die Zertifizierung in den meisten Fällen nicht von deutschen Unternehmen wie etwa TÜV Rheinland oder TÜV Süd vorgenommen werden wird, der deutsche Gesetzgeber aber nur Zugriff auf deutsche Unternehmen hat. Abhilfe könnte hier eine **Akkreditierungspflicht** zum Zweck der Zertifizierung von Lieferketten schaffen, die als Voraussetzung entweder eine Niederlassung der Zertifizierungsorganisation im Inland verlangt oder zumindest zur Einhaltung der (noch zu schaffenden) deutschen Vorschriften verpflichtet. Tatsächlich haben große ausländische Zertifizierungsorganisationen wie Bureau Veritas oder RINA deutsche Tochtergesellschaften. Entsprechendes wäre auch auf europäischer Ebene denkbar.

Gleichzeitig müsste man sicherstellen, dass die akkreditierten Zertifizierungsobergesellschaften, die zum Teil mit ausländischen Tochtergesellschaften oder Unterauftragnehmern operieren, die (Konzern-)Verantwortung für all diese Gesellschaften übernehmen müssen und im Schadensfall auch gesamtschuldnerisch mit diesen haften.

Dies kann als verpflichtendes Element der Lieferkettenverantwortung eingeführt werden oder als gesonderter Rahmen für Zertifizierer.

b. Gerichtsstand

Kommt es zum Schadensfall, so stellt sich die Frage nach der internationalen Zuständigkeit und dem anwendbaren Recht. Verlangt man eine Niederlassung in Deutschland, so ermöglicht Art. 7 Nr. 5 der Brüssel Ia-Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 es, den Zertifizierer am Ort dieser Niederlassung zu verklagen. Andernfalls bliebe nur der Sitz des Zertifizierers (Art. 4 Brüssel Ia-VO) oder der Schadensort (Art. 7 Nr. 2 der Brüssel Ia-VO), an dem eine Klage unrealistisch erscheint.

Alternativ könnte man verlangen, dass sich Zertifizierer von Lieferketten deutscher Unternehmen für etwaige Klagen der deutschen Gerichtsbarkeit unterwerfen.

Rechtspolitisch ließe sich noch über einen Notgerichtsstand nachdenken, der eingreift, wenn ein Verfahren im Ausland nicht möglich oder nicht zumutbar ist, wie ihn das schweizerische Recht kennt.³³⁷ Einen solchen sieht freilich die Brüssel Ia-Verordnung bislang nicht vor.

c. Anwendbares Recht: Eingriffsnorm

Selbst bei einer Klage in Deutschland verbleibt das Problem des anwendbaren Rechts. Dieses wäre bei einem Schadensfall im nicht-europäischen Ausland das Recht des Schadensorts, Art. 4(1) der Rom II-Verordnung (EG) Nr. 864/2007.³³⁸ Häufig käme dabei eine an das englische Recht angelehnte Rechtsordnung zur Anwendung, etwa das Recht von Pakistan, Bangladesch oder Indien. Korrekturen sind nur über den *ordre public* oder über Eingriffsnormen möglich.

Der *ordre public* (Art. 26 der Rom II-Verordnung) kann hier keine Rolle spielen, denn eine Abweichung von gerade nach langer Diskussion neu eingeführte Vorschriften spiegeln sicher nicht einen unerträglichen Widerspruch zu den deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen³³⁹ wider.

Deshalb müsste eine Eingriffsnorm i.S.d. Art. 16 der Rom II-Verordnung geschaffen werden. Der dafür notwendige Inlandsbezug läge jedenfalls dann vor, wenn Zertifizierer für deutsche Unternehmen tätig werden.³⁴⁰

Alternativ könnte man verlangen, dass sich Zertifizierer von Lieferketten deutscher Unternehmen für etwaige Klagen deutschem Recht unterwerfen.

d. Gesetzliche Sorgfaltspflichten als Schutzgesetze

Die einzuführenden Pflichten der Zertifizierer müssten als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB erkennbar sein. Dies ist leicht über einen entsprechend beschriebenen Schutzzweck im Gesetz oder auch in den Gesetzesmaterialien herzustellen (vgl. supra, 5.3.2.2.1 unter b.).

Gleichzeitig würden diese Pflichten einen Mindeststandard für die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB darstellen (vgl. auch supra, 5.3.2.2.1 unter c.).

e. Kausalität und Beweislast

Verfahren im Zusammenhang mit dem Brustimplantate-Skandal haben gezeigt, dass selbst bei einer grundsätzlichen Anerkennung der Haftung von Zertifizierern im Einzelfall praktische Probleme auftreten.³⁴¹

So muss nach allgemeinen Beweisgrundsätzen der Geschädigte die Pflichtverletzung beweisen. Dies wird ihm nur möglich sein, wenn der Zertifizierer seine Tätigkeit dokumentiert und der Geschädigte jedenfalls bei einem Anfangsverdacht Zugang zu den Dokumenten erhält. Das OLG Karlsruhe³⁴² etwa meinte, das erstinstanzliche Gericht habe im Rahmen seines Ermessens

³³⁷ Vgl. Stürner, Zivilprozessuale Voraussetzungen für Klagen gegen transnationale Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 73, 87.

³³⁸ Ausf. Halfmeier, Zur Rolle des Kollisionsrechts bei der zivilrechtlichen Haftung für Menschenrechtsverletzungen, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 33 ff.

³³⁹ Vgl. BGH, 8.5.2000 - II ZR 182/98, IPRax 2001, 586, 587.

³⁴⁰ Vgl. zu den Voraussetzungen des Art. 16 Rom II-VO Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 80 (2016), 717, 744 ff.

³⁴¹ Siehe auch oben, 5.1.2.4.

³⁴² OLG Karlsruhe, 27.6.2018 – 7 U 96/17, BeckRS 2018, 25317.

gehandelt, als es von TÜV Rheinland die Vorlage der Auditberichte – aus denen sich ein Anlass für nähere Überprüfungen hätte ergeben können – nicht verlangt hatte. Dies hätte man nämlich als Ausforschungsbeweis werten können, der nach deutschem Recht nicht zulässig sei. Mangels Einsicht in die Auditberichte habe die Klägerin dann aber ihrer Substantiierungslast nicht genügt.

Anders ist die Regelung etwa – in Umsetzung der Durchsetzungs-Richtlinie 2008/48/EG - im Urheberrecht. § 101a Abs. 1 UrhG besagt, dass derjenige, der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, von dem Verletzten auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache in Anspruch genommen werden kann, die sich in seiner Verfügungsgewalt befindet, wenn dies zur Begründung von dessen Ansprüchen erforderlich ist.

Absehbar ist auch die Verteidigungslinie, die Pflichtverletzung sei nicht kausal, weil entweder der Verstoß trotz gründlicherer Prüfung nicht entdeckt worden wäre oder er nicht abgestellt worden wäre, so dass der Schaden ohnehin entstanden wäre. Das LG Frankenthal etwa hatte im Brustimplantate-Verfahren gegen TÜV Rheinland verlangt, dass dargelegt werden müsste, dass die Kontrolle zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgt wäre und zu diesem Zeitpunkt der Betrug entdeckt worden wäre.³⁴³ Hier ist eine Beweislastumkehr angebracht, wie sie das Gesetz auch an anderer Stelle kennt, wo andernfalls die Beweisnot unangemessen groß wäre, etwa in § 477 BGB in Bezug auf die Frage, ob der Mangel einer Kaufsache schon bei Übergabe vorhanden war.

In Bezug auf die Kausalität des Verstoßes gegen Zertifizierungspflichten für den entstandenen Schaden lässt sich die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens fruchtbar machen, wie sie aus dem Versicherungsrecht bekannt ist.³⁴⁴ Es wäre davon auszugehen, dass der Unternehmer, der von dem sorgfaltspflicht-, menschenrechts-, arbeitsschutzrechts- oder umweltschutzrechtswidrigen Zustand Kenntnis erlangt hätte, sogleich die notwendigen Abhilfemaßnahmen i.S.d. § 7 LkSG ergriffen hätte, so dass der Schaden eben nicht eingetreten wäre.

f. Anspruchsberechtigte

Anspruchsberechtigt müssten natürlich die Geschädigten sein. Darüber ließe sich an eine Prozesstandschaft von inländischen Gewerkschaften oder NGOs i.S.d. § 11 LkSG denken.

Eine eigene Anspruchsgrundlage für Unternehmer, die Schaden dadurch erleiden, dass sie im Vertrauen auf die Resultate einer externen Zertifizierung Zulieferer haben, die gegen die Menschenrechte oder relevante Arbeitsschutz- oder Umweltschutzvorschriften verstoßen, und deshalb entweder zivilrechtlich für Schäden haften oder öffentlich-rechtlich mit Bußgeld belegt werden, scheint entbehrlich. Entsprechende Regelungen können in den Zertifizierungsvertrag als Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB aufgenommen werden.

g. Verhältnis zur Unternehmerhaftung

In Bezug auf das Verhältnis der Haftung des Zertifizierers zur Haftung des Unternehmers ist zu unterscheiden. Erteilt der Zertifizierer ein Zertifikat darüber, dass der Unternehmer seinen Pflichten aus dem LkSG nachkommt, obwohl dies nicht der Fall ist, so liegt auf beiden Seiten eine Pflichtverletzung vor. Unternehmer und Zertifizierer haften dann gesamtschuldnerisch.

³⁴³ Vgl. LG Frankenthal, 6 O 304/12, MPR 2013, 134, unter I. 1. c).

³⁴⁴ BGH, 5.7.1973, VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118; BGH, 22.5.1985, IVa ZR 190/83, BGHZ, 94, 356.

Dasselbe sollte gelten, wenn der Unternehmer sich auf das Zertifikat verlässt und dabei selbst nicht fahrlässig handelt. Der Schutz des Unternehmers sollte über einen Regressanspruch gegen den Zertifizierer erfolgen.³⁴⁵

5.3.3 Haftung von Zertifizierern gegenüber Verbraucher*innen

5.3.3.1 Haftung nach § 9 Abs. 2 UWG n.F.

Wie oben erwähnt, kann sich bei Lieferkettensiegeln in Zukunft eine Haftung von Siegelgebern und auch Zertifizierern als Gehilfen des Unternehmers aus § 9 Abs. 2 UWG n.F. ergeben. Voraussetzung ist eine Irreführung, an der der Siegelgeber und/oder Zertifizierer teilnehmen (siehe 5.3.1.2.).

Diese Irreführung kann schon nach den aus der Rechtsprechung zur Umweltwerbung bekannten Grundsätzen darin zu sehen sein, dass Verbraucher*innen nicht erkennen können, aus welchen Gründen das Siegel oder Zertifikat vergeben worden sei.³⁴⁶ Siegel müssen zumindest deutlich über die Prüfinstitution sowie über die angewendeten Kriterien Auskunft erteilen.

Unlauter ist es auch, mit einem Zertifikat zu werben, dessen Voraussetzungen nicht erfüllt werden, selbst wenn das Zertifikat tatsächlich erteilt wurde.³⁴⁷ Eine schlampige Zertifizierung wirkt sich daher nicht zugunsten des Unternehmers aus, der das Zertifikat nutzt, und der Zertifizierer ist dann Teilnehmer an dessen Wettbewerbsverstoß.

5.3.3.2 Mindestanforderungen an Siegelgeber und Zertifizierer

Weisen private oder von privaten Verbänden vergebene Gütezeichen allerdings ihre private Urheberschaft aus, so sind sie nicht irreführend, wenn sie den in den Verbandssatzungen festgelegten Anforderungen entsprechen und diese Anforderungen öffentlich zugänglich sind. Damit sind auch Siegel zulässig, die inhaltlich keine hohen Anforderungen stellen. Dies führt, zusammen mit der Vielzahl von Siegeln auf dem Markt, bei Verbraucher*innen nachweislich zu Verwirrung und dazu, dass möglicherweise trotz guter Absichten ein Produkt erworben wird, das unter Substandards hergestellt wurde. Letzteres ließe sich nur dadurch verhindern, dass ambitionierte inhaltliche Mindestanforderungen an Siegel aufgestellt werden und Siegel, die diese nicht erfüllen, nicht verwendet werden dürfen.

Ebenso könnte geregelt werden, dass Siegel, bei denen die Einhaltung der Anforderungen nicht extern zertifiziert wird, nicht verwendet werden dürfen. An diese Zertifizierung könnten dann wiederum Mindestanforderungen gestellt werden. Deren Nichteinhaltung würde dann wieder dazu führen, dass das Siegel nicht verwendet werden dürfte bzw. seine Verwendung irreführend wäre, was einen Schadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 2 UWG n.F. auslösen könnte.

³⁴⁵ Siehe oben, 5.3.2.2.1. unter d.

³⁴⁶ Vgl. BGH, 20.10.1988 - I ZR 219/87, GRUR 1991, 548 - Umweltengel.

³⁴⁷ Vgl. OLG Oldenburg, 29. 8. 2002 - 1 U 59/02, GRUR-RR 2003, 159 – Fußballtor.

5.4 Rechtstechnische Möglichkeiten der Regelung von Zertifiziererpflichten

5.4.1 Große Lösung auf europäischer Ebene

Wenn die EU eine Lieferkettenregulierung erließe, entspräche die Einbeziehung einer verpflichtenden Zertifizierung dem Kontrollansatz, den die EU in zahlreichen anderen, wie den dargestellten, Bereichen verfolgt hat. Zertifiziererpflichten könnten hier in einem eigenen Kapitel mit Anhang geregelt werden, während für Fragen der Akkreditierung und der Kontrolle durch Akkreditierungsstellen in die Querschnittsrechtsakte von 2008 verwiesen werden könnte. Zu beachten wäre hier entweder die Akkreditierung nur von Zertifizierungsorganisationen mit Hauptniederlassung in der EU oder die Festschreibung des Erfordernisses einer Zweigstelle in der EU.³⁴⁸

Wahrscheinlich wäre allerdings auch, dass ein europäischer Rechtsrahmen keine Haftungsregelung enthielte, sondern die Frage der zivilrechtlichen Haftung von Zertifizierern den Mitgliedstaaten überließe.

Der deutsche Gesetzgeber könnte dann im Wege der Umsetzung oder Ergänzung eine explizite Haftungsregelung einführen, wie sie nachstehend skizziert wird.

Tut er dies nicht, so käme insbesondere eine Haftung des Zertifizierers aus Schutzgesetzverletzung i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB oder auch aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht.

5.4.2 Deutsches Recht

Kommt es nicht zu einer Regelung auf EU-Ebene, so ergeben sich für den deutschen Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten.

5.4.2.1 Verpflichtende Zertifizierung

Eine Pflicht zur Zertifizierung macht jedenfalls für diejenigen Unternehmen Sinn, die dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz unterliegen, und zwar sowohl hinsichtlich ihrer Sorgfaltspflichten, das heißt, ihrer Verfahrens-, Organisations- und Präventionspflichten, als auch in Bezug auf die Implementierung der Schutzstandards vor Ort. Dies würde eine weitere Ebene sachkundiger und unabhängiger Kontrolle einziehen; dies natürlich nur unter der Voraussetzung und umso mehr als die oben dargestellten rechtlichen Sicherungsmechanismen für eine verlässliche Zertifizierung auch verankert würden. Gerade in transnationalen Situationen stößt die behördliche Kontrolle an deutliche Grenzen und die Einbeziehung von Zertifizierern entspricht dem üblichen (europäischen) Kontrollansatz.

Zusätzlich sollten sowohl die Einhaltung der Anforderungen des LkSG als auch deren Zertifizierung für all diejenigen Unternehmen verpflichtend sein, die in irgendeiner Form damit werben, die Menschenrechte in ihren Lieferketten zu beachten. Andernfalls drohen Verbraucher*innen irregeführt zu werden und diejenigen Unternehmen, die unter das LkSG fallen, Wettbewerbsnachteile zu erleiden. Regelungstechnisch könnte dies in einem Siegelgesetz oder auch im UWG erfolgen.

³⁴⁸ Siehe oben, 5.2.2.5.5.

Selbstverständlich bleibt es Unternehmen unbenommen, über die lückenhaften Pflichten des LkSG hinauszugehen und auch damit zu werben. Dann muss die Zertifizierung allerdings auch die freiwillig zusätzlich übernommenen Pflichten erfassen.

5.4.2.2 Anforderungen an Zertifizierungsorganisationen

Grundlegende Anforderungen an Zertifizierungsorganisationen sollten unabhängig davon geregelt werden, was sie im Einzelnen zertifizieren. Dafür würde sich ein Zertifizierungsgesetz anbieten. Dies kann in die relevanten ISO- oder ISEAL-Standards verweisen, jedoch, wo erforderlich, weitergehende Anforderungen formulieren, etwa im Hinblick auf prozedurale Unabhängigkeits- und Qualitätssicherungsanforderungen, gerade auch im Rahmen von Delegation auf Untergesellschaften oder Unterbeauftragte. Auch sollte die unabdingbare Verantwortung der Obergesellschaft für das Zertifikat klargestellt werden.³⁴⁹

Auf dieses Zertifizierungsgesetz sollte dann in Rechtsakten, in denen eine Zertifizierung vorgesehen ist, verwiesen werden, gegebenenfalls mit sektorspezifisch notwendigen Ergänzungen, wie sie etwa für den Grünen Knopf vorgesehen sind. So sind beispielsweise menschenrechtliche Methodenkenntnisse wichtige Anforderungen an die Expertise im Textilbereich, sowohl bei der Zertifizierung des Anbaus der Baumwolle als auch der Textilverarbeitung.

Für die Regelung der Akkreditierung von Zertifizierungsorganisationen und deren Kontrolle durch die Akkreditierungsbehörden ist der EU-rechtliche Rahmen zu nutzen.

5.4.2.3 Prüfpflichten der Zertifizierungsorganisationen

Hinsichtlich der Pflichten der Zertifizierungsorganisationen können Anpassungen an den jeweiligen Gegenstand der Zertifizierung erforderlich sein. In den relevanten EU-Rechtsakten sind sie deshalb regelmäßig in einem Anhang zu dem Rechtsakt, der die Zertifizierung vorsieht, geregelt. Im vorliegenden Fall wäre das das LkSG. Diese sollten sowohl die unternehmerischen Sorgfaltspflichten als auch die Situation vor Ort umfassen.³⁵⁰

Soweit, wie oben vorgeschlagen, eine Zertifizierung für Siegel gesetzlich vorgeschrieben wird, die mit der Einhaltung von Menschenrechten, Umweltvorschriften etc. in Lieferketten werben, kann insoweit auf das LkSG verwiesen werden.

5.4.2.4 Haftung der Zertifizierungsorganisationen

Auch die Haftung der Zertifizierungsorganisationen für Pflichtverletzungen gegenüber Arbeitnehmer*innen und der Anwohner*innen der Produktionsstätten könnte gesetzlich geregelt werden. Dies kann zusammen mit den Pflichten hinsichtlich der Zertifizierung von Lieferketten erfolgen, also im LkSG. Die international-privatrechtliche Anwendbarkeit der Haftungsnorm sollte durch eine Eingriffsnorm oder durch eine entsprechende Verpflichtung der Zertifizierer bei der Akkreditierung sichergestellt werden. Für die mögliche Ausgestaltung wird auf oben (5.3.2.4,2.) verwiesen. Wichtig wäre, dass der Unternehmer durch mangelhafte Zertifizierung nicht entlastet wird, sondern gesamtschuldnerisch mit dem Zertifizierer haftet und lediglich im Innenverhältnis einen Regressanspruch erhält.

³⁴⁹ Siehe oben, 5.2.2.5.3.

³⁵⁰ Siehe oben, 5.2.2.5.1 und 5.2.2.5.4.

Erfolgt keine explizite Regelung, so wären die dem Schutz der Arbeitnehmer*innen und der Anwohner*innen der Produktionsstätten dienenden Vorschriften über die Pflichten der Zertifizierer als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen. In Betracht kommt daneben eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Wo Zertifizierer in die Vergabe von Siegeln über die Einhaltung von Menschenrechten usw. in Lieferketten eingebunden werden, können diese wegen Beihilfe zur Irreführung von Verbraucher*innen nach § 9 Abs. 2 UWG n.F. in Anspruch genommen werden. Hier wäre die Einführung gesetzlicher Mindestanforderungen an Inhalt und Transparenz zu empfehlen.

6 Schlussfolgerungen

Der erste Teil dieses Gutachtens legt dar, dass private Standards und/oder Zertifikate bei der Um- und Durchsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten von Unternehmen eine wesentliche Rolle spielen können. Eine solche Rolle kann Zertifikaten im Einzelfall schon heute zukommen, indem sie von Behörden zum Nachweis maßgeblicher Standards und Tatsachen herangezogen werden. Wo es um die Haftung deutscher Unternehmen für Rechtsverletzungen in der Lieferkette geht, können private Standards und Zertifikate die Annahme von Verkehrssicherungspflichten im Einzelfall begründen und/oder beim zivilprozessualen Beweis entsprechender Pflichtverstöße und ihrer Auswirkungen von Bedeutung sein. Um diese Rolle zu erfüllen, sind allerdings eine hohe Verlässlichkeit der Zertifizierung und ihre inhaltliche Rückbindung an diejenigen Maßstäbe festzustellen, die in relevanten Kreisen als notwendig und machbar zur Vermeidung von Schäden und Rechtsverletzungen anerkannt sind.

Weil es diesbezüglich vielfach sowohl an einer feststehenden Verwaltungspraxis als auch an richterrechtlichen Maßstäben mangelt, ist die Relevanz von Zertifikaten beim Nachweis unternehmerischer Sorgfaltspflichten aber in hohem Maße eine Frage des Einzelfalls. An der erforderlichen Verlässlichkeit von Zertifikaten werden sich auch in Einzelfällen vielfach Zweifel ergeben. Dies liegt nicht nur an viel beschriebenen, ökonomischen und strukturellen Problemen, die eher Anreize für eine nachlässige Zertifizierung und schwache Standards schaffen, als ein sorgfaltsgemäßes Vorgehen zu unterstützen, sondern auch an den rechtlichen Rahmenbedingungen. Denn die rechtliche Verantwortung von Zertifizierern ist asymmetrisch gelagert: Insbesondere stehen eindeutigen vertraglichen Ansprüchen der auftraggebenden Unternehmen wenig konkrete und ggf. durch Durchsetzungsprobleme geminderte Haftungsrisiken der Zertifizierer im Fall der Verletzung der Rechte Dritter gegenüber.

Die Frage nach der rechtlichen Relevanz von – im Textilsektor mangels Regulierung notwendigerweise freiwilligen – Zertifizierungen bleibt daher von erheblichen Unsicherheiten geprägt. Das muss nicht so sein: wie zu Beginn des zweiten Teils des Gutachtens ausführlich dargelegt, besteht eine Vielzahl von Beispielen für die rechtliche Ein- und Rückbindung privater Standards und Zertifizierung. Im zweiten Teil des Gutachtens werden in diesem Sinne rechtspolitische Handlungsmöglichkeiten erörtert, um die rechtliche Verantwortung von Zertifizierern sicherzustellen und damit auch die Verlässlichkeit von Zertifikaten zu verbessern. Solche Handlungsansätze können sich einerseits auf das Regelungsgefüge fokussieren, in dem Zertifizierung eine regulatorische Rolle spielen soll, indem diese Rolle – beispielsweise durch die Aufnahme verbindlichen Zertifizierung zum Nachweis der Einhaltung von Sorgfaltspflichten in eine Lieferkettenregulierung – geregelt wird. Andererseits können organisatorische und strukturelle

Vorgaben für die Zertifizierer, sowie materielle und prozedurale Pflichten bei der Zertifizierung festgelegt werden.

In beiden hier betrachteten Szenarien, das heißt sowohl im Hinblick auf die Qualitätssicherung von Zertifikaten ohne spezifische rechtliche Anforderungen an Zertifizierer als auch als Basis für die Festschreibung eines Rechtsrahmens für Zertifizierer, wäre eine „zertifizierungsfreundliche“ Ausgestaltung unternehmerischer Sorgfaltspflichten hilfreich. Dies könnte entweder durch einen höheren Konkretisierungsgrad der Sorgfaltsanforderungen in einem Lieferkettengesetz erfolgen, durch idealerweise sektor- und/oder schutzgutspezifische Rechtsverordnungen, oder auch auf der Ebene rechtlich validierter privater Standardisierungssysteme. Hier könnten konkrete stoff- oder tätigkeitsbezogene Ge- oder Verbote, deren Einhaltung Zertifizierer dann nur noch „abprüfen“ müssten, oder auch verbindliche stoffbezogene Reduktionspfade aufgenommen werden. Prozedurale Pflichten könnten in ihre zertifizierbaren Bestandteile herunter gebrochen werden.

Zusätzlich sollte die Schaffung eines Rechtsrahmens für die Zertifizierung von Lieferketten erwogen werden, dessen mögliche Bausteine unter 5.2.2.5. und 5.4. dargestellt wurden.

Ein solcher Rechtsrahmen sollte ausgehend von einem Akkreditierungsanfordernis eine europäische oder deutsche Niederlassung für Zertifizierungsorganisationen fordern und die entsprechenden Behörden mit (umfangreichen) Kontrollbefugnissen ausstatten. In der Sache sollten neben organisatorisch-strukturellen Anforderungen an die Zertifizierer methodische Vorgaben an die Zertifizierung festgeschrieben werden, die sowohl Kontrollen der Sorgfaltspflichten der Unternehmen im Inland als auch Vor-Ort Kontrollen umfassen.

Die Untersuchung zeigt auch, dass angemessene Vorgaben für Zertifizierer nicht ohne weiteres unter die generellen unternehmerischen Sorgfaltspflichten, die in einem Lieferkettengesetz geregelt sind, subsumiert werden können und sollten. Im Unterschied zu unternehmerischen Sorgfaltspflichten, die die Sicherstellung der Einhaltung der Menschenrechte und bestimmter Umweltaforderungen durch Dritte zum Ziel haben, und im Hinblick auf die Erreichung dieser Ziele überwiegend als Bemühenspflichten verstanden werden, dienen zertifiziererspezifische Sorgfaltspflichten der Sicherstellung von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie der Qualitätssicherung. Bei diesen handelt es sich um spezifische, unabdingbare Anforderungen an eine Zertifizierung, deren Erfolg gerade auch auf den weiter entfernten Gliedern der Lieferkette sichergestellt werden muss. Im Gegensatz zu Konstellation in unternehmerischen Lieferketten, dies zeigt auch die Auseinandersetzung mit bestehenden Regelungen, sollte die Delegation von Prüfpflichten zudem nicht den Normal- sondern den Ausnahmefall darstellen. Eine gesetzliche Regelung sollte daher die nichtdelegierbare Verantwortung der akkreditierten und beauftragten Zertifizierungsstelle klarstellen. Aufgrund solcher und weiterer, unter 5.2.2.6 weiter erörterter Besonderheiten zertifiziererspezifischer Sorgfaltspflichten bietet sich für deren Regelung zumindest ein eigenständiges Kapitel eines Lieferkettengesetzes an.

Um der problematischen Nähe zu den zu zertifizierenden Unternehmen und den stark asymmetrischen Haftungsrisiken der Zertifizierer zu begegnen, sollten desweiteren Rechte potenzieller Geschädigter – etwa durch die Schaffung oder Verbesserung von Beteiligungsrechten, Beschwerde- und Klagemöglichkeiten – gestärkt werden. Weitere Handlungsmöglichkeiten betreffen weitergehende Eingriffe in den Zertifizierermarkt beispielsweise durch die Vorgabe rotierender Auftragsvergaben oder die Schaffung eines Zertifizierungsfonds.

Die wirksame und durchsetzbare Haftung von Zertifizierern für (mit-)verursachte Rechtsverletzungen ist nicht nur aus der Sicht der Betroffenen, sondern auch aus regulatorischer Sicht unerlässlich. Im Falle einer rechtsverbindlichen Zertifizierung ergäbe sich eine Haftung zwar

bereits aus den allgemeinen Regeln nach § 823 Abs. 2 BGB, sowie möglicherweise nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und aus § 823 Abs. 1 BGB. Dennoch wäre eine explizite gesetzliche Haftungsregelung vorzugswürdig. In dieser könnten dann praktisch relevante Punkte wie Beweiserleichterungen und die gesamtschuldnerische Haftung von Unternehmer und Zertifizierer gesetzlich klargestellt werden.

In Bezug auf die Durchsetzung der Einhaltung von Standards und der ordnungsgemäßen Durchführung der Zertifizierung durch Verbraucher*innen und Verbraucherorganisationen wird in Zukunft § 9 Abs. 2 UWG eine wichtige Rolle spielen können. Ergänzend sollten Mindeststandards an Siegel, Zertifikate usw. festgelegt werden, deren Nichteinhaltung auf diese Weise sanktioniert werden kann.