

Risikomanagement und Risikoanalyse

– Wesentliche Elemente des LkSG –

Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard)

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Leuphana – Universität Lüneburg
Nachhaltigkeit im Gesellschaftsrecht
Lüneburg, 17. November 2022



UNI
FREIBURG

- I. Gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflichten
- II. Risikomanagement
- III. Risikoanalyse
- IV. Sorgfaltspflichten im Konzern

1. Corporate Compliance

- **Einhaltung von Gesetzen** und Regeln, von denen Unternehmen betroffen ist
- Geschäftsleitung muss Maßnahmen ergreifen, um **rechtmäßiges Verhalten** innerhalb des Unternehmens zu **gewährleisten**, Risiken frühzeitig zu erkennen und zu minimieren
- **Compliance-relevante Risikobereiche** sind: Antikorruption, Kartellrecht, Datenschutz, Geldwäscheprävention, Außenwirtschaftsrecht, Umweltrecht, Diskriminierung und sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Kapitalmarktrecht, Arbeits- und Produktsicherheit, Cybersicherheit

2. Bedeutung der §§ 3 ff. LkSG

- **Pflicht** zur Einrichtung einer umfassenden institutionalisierten Compliance-Organisation ist **str.**
- **Typische Systemelemente** sind: Überwachung, Dokumentation, Information, Whistleblowing, Verhaltenskodex, Compliance-Beauftragter
- Sorgfaltspflichten nach §§ 3 ff. LkSG sind eine **Konkretisierung und Verschärfung** der allgemeinen Compliance-Pflicht für menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken
- **Vorstand** ist nach §§ 76, 93 AktG für Einrichtung, Betrieb und Fortentwicklung zuständig; **Aufsichtsrat** überwacht (§ 111 I AktG); **Aktionäre** haben Informationsrecht (§ 131 AktG)

1. Einhaltung der Sorgfaltspflichten

- **Einhaltung der** menschenrechtlichen und umweltbezogenen **Sorgfaltspflichten** iSd. § 3 I LkSG (§ 4 I LkSG)
- § 3 I 1 LkSG: „Unternehmen sind dazu verpflichtet, in ihren Lieferketten die in diesem Abschnitt festgelegten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten in angemessener Weise zu beachten mit dem Ziel, menschenrechtlichen oder umweltbezogenen **Risiken vorzubeugen** oder sie **zu minimieren** oder die **Verletzung** menschenrechtsbezogener oder umweltbezogener Pflichten **zu beenden.**“
(Hervorhebung von Verf.)

2. Einzelne Sorgfaltspflichten

- Einrichtung eines **Risikomanagementsystems** (§ 4 LkSG)
- Durchführung regelmäßiger **Risikoanalysen** (§ 5 LkSG)
- **Grundsatzklärung** Menschenrechtsstrategie (§ 6 II LkSG)
 - Beschreibung des Verfahrens für Risikomanagement und Risikoanalyse, der spezifischen Risikoexposition, Erwartungen an Beschäftigte und Zulieferer
- **Präventionsmaßnahmen** bei erkanntem Risiko (§ 6 LkSG)
 - Umsetzung der Menschenrechtsstrategie, Beschaffungsstrategie, interne Verhaltensrichtlinie für Beschaffung, Schulungen, Überwachungsmaßnahmen
- **Abhilfemaßnahmen** bei Verletzungen (§ 7 LkSG)
- Internes oder externes **Hinweisgebersystem** (§ 8 LkSG)
- Dokumentations- und **Berichtspflichten** (§ 10 LkSG)

3. Konkrete Anforderungen

- Risikomanagement ist **spezifische Sorgfaltspflicht** und zugleich **Summe aller Maßnahmen**, um Sorgfaltspflichten nach § 3 I LkSG nachzukommen
- Gebot der **Angemessenheit** und **Wirksamkeit** (§ 4 I 1 LkSG: „angemessenes und wirksames Risikomanagement“)
 - Unternehmerischer Gestaltungsspielraum bei der Einrichtung des Risikomanagementsystems (vgl. § 93 I 2 AktG)
 - Auswahl der relevanten Maßnahmen anhand der individuellen Unternehmens- und Risikosituation
 - Aktualisierung und Anpassung des Risikomanagementsystems, wenn sich Umstände ändern
 - Risikomanagement und seine Optimierung ist fortlaufender Prozess

3. Konkrete Anforderungen

- Maßnahmen müssen nach Risikosituation des Unternehmens angemessen sein; **Angemessenheitskriterien** (§ 3 II LkSG):
 - Art und Umfang der Geschäftstätigkeit des Unternehmens
 - Einflussvermögen auf unmittelbaren Verursacher
 - Typische Schwere, Unumkehrbarkeit und Wahrscheinlichkeit einer Verletzung
 - Art des Verursachungsbeitrags des Unternehmens
- Terminus „**Bemühenspflicht**“ nimmt Bezug auf Ermessen des Vorstands, der Maßnahmen im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren ergreifen muss
 - Kein Pflichtverstoß, wenn angemessene Maßnahmen ergriffen wurden

3. Konkrete Anforderungen

- **Identifizierung** und **Minimierung** menschenrechtlicher und umweltbezogener Risiken
- **Verhinderung, Beendigung** und **Reduzierung** von Verletzungen innerhalb der Lieferkette
- Einschränkung durch **Kausalitätserfordernis** und **Lieferkettenbezug** (§ 4 II Hs. 2 LkSG: „... wenn das Unternehmen diese Risiken oder Verletzungen innerhalb der Lieferkette verursacht oder dazu beigetragen hat.“)
 - Bloße Existenz von Geschäftsbeziehungen oder Geschäftsaktivität reicht nicht aus
 - Erforderlich ist wesentliche Erhöhung des Risikos durch Unternehmen

3. Konkrete Anforderungen

- Verankerung in allen maßgeblichen **Geschäftsabläufen**
 - Einrichtung des Risikomanagements im eigenen Geschäftsbereich des Unternehmens iSd. § 1 LkSG
 - Bestimmung von Risikoverantwortlichen in einzelnen Einheiten des Unternehmens
- Berücksichtigung von Interessen der eigenen **Beschäftigten** und solchen in der Lieferkette sowie anderer unmittelbar **Betroffener** (§ 4 IV LkSG)
 - Für Beschäftigte bei mittelbaren Zulieferern gilt Abstufung analog § 9 III LkSG: substantiierte Kenntnis
 - Andere unmittelbare Betroffene sind zB Anwohner, lokale Gewerkschaften oder andere Gremien, nicht aber Kunden und Konsumenten

3. Konkrete Anforderungen

- Einbettung in **unternehmerisches** Risikomanagement
 - LkSG greift zurück auf UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (UNGP)
 - UNGP 17 greift zurück auf „COSO Enterprise Risk Management“
 - Konkretisierung kann an Standards COSO ERM oder ISO 31000 Maß nehmen
 - Aber: Risikomanagement ist nicht auf Risiken für Unternehmen beschränkt, sondern es sind auch Risiken für Opfer nachteiliger Auswirkungen in den Blick zu nehmen
 - Reputationsschäden für Unternehmen und Auswirkungen auf Jahresergebnis sind nicht maßgeblich

4. Kompetenzverteilung

- **Klare und unmissverständliche Festlegung** von betriebsinternen Zuständigkeiten (§ 4 III LkSG)
- Klare **Zuordnung** und **Abgrenzung** der Verantwortlichkeiten und personelle und technische **Ausstattung** für Aufgaben
- Verantwortung der Unternehmensleitung als **Gesamtorgan** für Einrichtung des Risikomanagementsystems
- Zulässig ist Bestimmung einer **Ressortzuständigkeit** und **Delegation** auf nachgelagerte Mitarbeiterenebene, aktiviert aber Überwachungspflichten
 - Indisponible Gesamtverantwortung für **Informationspflicht** nach § 4 III 2 LkSG

4. Kompetenzverteilung

- TdL: **Rechts- und Compliance-Abteilung** ist zwingend zuständig für Risikomanagementsystem
 - Dagegen: LkSG enthält keine Aussage; unternehmerischer Gestaltungsspielraum wie auch bei Corporate Compliance
- Unternehmensleitung kann sich Gesamtverantwortung nicht durch Verlagerung auf **externe Dienstleister** entziehen
 - Zulässig ist Einschaltung externer Dienstleister zur Erfüllung der einzelnen Sorgfaltspflichten nach §§ 3 ff. LkSG, wie zB für externes Whistleblowing-System

5. Menschenrechtsbeauftragte

- Zentralfigur, die Risikomanagementsystem überwacht
- **Überwachungspflicht** ist von Pflicht zur Einrichtung des Risikomanagementsystems strikt **zu trennen**
- **Unternehmensleitung** hat sich mindestens einmal jährlich über Arbeit der zuständigen Person **zu unterrichten**
- Hierarchieebene ist unklar; jedenfalls muss **Unabhängigkeit** gewährleistet sein
 - **Geeignet**: Abteilung für Compliance oder Sustainability, Rechtsabteilung, Qualitätsmanagement, unmittelbar unterhalb der Unternehmensleitung
 - **Ungeeignet**: Einkaufsabteilung, Committee

5. Menschenrechtsbeauftragte

- Benennung eines **externen Dienstleisters** als Menschenrechtsbeauftragten – str.
 - EA: kein ausdrücklicher gesetzlicher Ausschluss
 - AA: keine ausdrückliche gesetzliche Zulassung
 - Wortlaut des § 3 I 2 Nr. 2 LkSG: „Festlegung einer betriebsinternen Zuständigkeit“
 - Wortlaut des § 4 III 1 LkSG: „... wer innerhalb des Unternehmens dafür zuständig ist, ...“
 - § 8 I 6 LkSG ermöglicht es, dass sich Unternehmen an einem externen Beschwerdeverfahren beteiligen
 - Zulässig ist zumindest, dass sich Menschenrechtsbeauftragte zur Unterstützung externer Dienstleister bedienen

5. Menschenrechtsbeauftragte

- Menschenrechtsbeauftragte muss **regelmäßige** und **anlassbezogene Überwachungsmaßnahmen** durchführen
- Menschenrechtsbeauftragte sollte in Schaffung des Risikomanagementsystems **eingebunden** werden, um proaktiv tätig zu werden und nicht auf reaktive Schritte beschränkt zu sein
 - Nur Begleitung und Beratung nicht aber eigenverantwortliche Einrichtung des Risikomanagementsystems selbst
- Menschenrechtsbeauftragte muss ungehinderten Zugang zu überwachungsrelevanten **Informationen** haben
- Benötigt sachliche, finanzielle und personelle **Ausstattung** in Abhängigkeit von Art und Umfang der Geschäftstätigkeit

1. Zielsetzung und Adressat

- **Grundlage** für das Lieferketten-Risikomanagement (§ 5 I 1 LkSG)
- Ergebnis der Risikoanalyse ist zentral für strategische und operative Ausrichtung und **praktische Umsetzung des Risikomanagements**
 - Risikoidentifikation, Risikomessung, Risikoanalyse, Risikosteuerung, Risikoüberwachung, Risikokommunikation, Risikorückkopplungsschleifen, namentlich Systemprüfungs- und Nachjustierungspflichten
- Unternehmensleitung ist **Adressat** der Pflicht mit Möglichkeit der Delegation

2. Konkrete Anforderungen

- Prozesse sind einzurichten zur **Ermittlung**, **Gewichtung** und **Priorisierung** der relevanten Risiken im eigenen Geschäftsbereich und bei den unmittelbaren Zulieferern (§ 5 I, II LkSG)
- Berücksichtigung von spezifischen Länder-, Branchen- und Transaktionsrisiken
- Schaffung eines **Informationssystems**, um Ergebnisse der Risikoanalyse zu kommunizieren, namentlich an Vorstand und Einkaufsabteilung (§ 5 III LkSG)

2. Konkrete Anforderungen

- Risikoanalyse erfolgt **jährlich** und **anlassbezogen**, wenn sich Risikolage wesentlich ändert (§ 5 IV LkSG)
 - Anlass: Neuer Lieferant; Hinweise aus Beschwerdeverfahren; neue Risiken aus unveränderter Lieferkette
 - Wortlaut ist beschränkt auf objektive Änderungen der Risikolage; nach Regelungszweck lösen aber auch erkannte Defizite bei der Risikoanalyse eine Aktualisierungspflicht aus
- Konkrete Ausgestaltung steht unter Vorbehalt der Zumutbarkeit im **Ermessen** des Unternehmens
 - Mögliche Maßnahmen sind lokale Inspektionen, Konsultationen mit Betroffenen und Beschäftigten, Einholung von externen Informationen

1. Konzernweites Compliance-System

- Grundsätzlich **keine Pflicht** zur Einrichtung eines besonders engmaschigen konzernweiten Compliance-Systems
- Grund: unnötige Verdoppelung der Strukturen der Legalitätskontrolle, weil auch **Geschäftsleiter der Tochter** für rechtmäßige Zustände zu sorgen haben
- **Unternehmerisches Ermessen** des Konzernvorstands, ob zentrale oder dezentrale Compliance-Strukturen in Unternehmensgruppe geschaffen werden
- **Strengere Maßstäbe** gelten, wenn es in Vergangenheit zu Legalitätsverstößen gekommen ist oder besondere Risikoexposition des abhängigen Unternehmens besteht

2. Sachlicher Anwendungsbereich des LkSG

- Zum Geschäftsbereich der Obergesellschaft gehören auch konzernangehörige Gesellschaften, auf die Obergesellschaft einen **bestimmenden Einfluss ausübt** (§ 2 VI 3 LkSG)
- Verbundenes Unternehmen iSd. § 15 AktG
- Unterschied zum abhängigen Unternehmen?
 - Abhängigkeit iSd. § 17 I AktG: *beherrschender* Einfluss kann ausgeübt werden
 - Abhängigkeit iSd. § 2 VI 3 LkSG: *bestimmender* Einfluss wird ausgeübt
 - Beispiele: hohe Mehrheitsbeteiligung, konzernweites CMS, Steuerung von Prozessen in Tochter, Unternehmensvertrag, Doppelmandate, Einfluss auf Lieferkettenmanagement, Überschneidung der Geschäftsbereiche

3. Inhaltliche Ausgestaltung

- **Tendenzielle Verschärfung** der Anforderungen an konzernweites Compliance-System durch §§ 3 ff. LkSG
- Obergesellschaft muss **Einhaltung** des Pflichtenprogramms für menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken **für abhängige Unternehmen** iSd. § 2 VI 3 LkSG **gewährleisten**
- **Grenze** bildet das (konzern-)rechtlich Mögliche
- **Möglichkeiten** müssen von Obergesellschaft in Umsetzung der §§ 3 ff. LkSG **ausgeschöpft** werden
- Unternehmerisches **Ermessen** der Obergesellschaft ist deutlich **eingeschränkt**



**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**



**UNI
FREIBURG**