

„Due Diligence“

Modernes Umweltmanagement oder Regulierungsverweigerung?

Christine Godt

I. Einleitung

Das Verhältnis von Wirtschaft und Umweltschutz ist seit dem letzten Drittel des 20. Jh. zu einem beherrschenden Thema geworden, um dessen Auslotung sich auch der Jubilar vielfach verdient gemacht hat. Während im 20. Jh. noch die Spannung von wirtschaftspolitischer Liberalisierung und dem Vollzugsdefizit vorhandener Umweltnormen im Vordergrund stand, hat sich der Fokus im 21. Jh. auf die Regulierung internationalisierter Wirtschaftsprozesse verschoben. Damals wie heute geht es aber um das Auffangen von Grenzen staatlicher Regulierung. Lange Zeit stand dabei der Begriff des Risikos¹ im Zentrum. Er signalisierte zum einen Grenzen der kognitiven Erfassung des „Nicht-Wissens“, auf die das Gefahrenrecht nicht eingestellt war, zum anderen die grenzüberschreitenden Umweltauswirkungen ungeahnter Dimension.² An die Stelle des Risikos ist heute als zentraler Terminus der Begriff der „Globalisierung“ getreten, der zum Drehpunkt einer Reflektion über innovative Mechanismen geworden ist, wie durch intelligente Staaten-Kooperation globale Produktions- und Handelsketten reguliert werden können. Aus der Diskussion um internationale Umweltpolitik ist die noch junge Disziplin der Umweltökonomie nicht wegzudenken, die in der Oldenburger Fakultät II fest verankert ist. Anfangs war die aufstrebende Disziplin damit befasst, neue Modelle zu entwickeln, *wie* Umweltkosten in den Wirtschaftsprozess „eingepreist“ werden können. Der Wirtschaftswissenschaft ging es in den 80er Jahren des 20. Jh. noch primär um „Internalisierung externer Kosten“. In der Rechtswissenschaft ging es um die Stärkung von Umweltschutz in Entscheidungsprozessen, etwa durch verfas-

¹ U. Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1986.

² Club of Rome, Die Grenzen des Wachstums, 1972; Brundtland-Report 1987, <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>.

sungsrechtliche Verankerung von Umweltschutz als Staatszielbestimmung,³ oder zivilrechtlich durch Kostenanlastung durch Haftung.⁴ Zum Ende des 20. Jh. verschob sich der Fokus der Diskussion auf indirekt verhaltenssteuernde Instrumente, wie Versicherungen, Audits, ISO-Zertifizierung, handelbare Zertifikate, Rechte und Labels. Vor allem die Umweltmanagementsysteme wurden von der betrieblichen Praxis adaptiert. Diesen Erfolg verdankt das Instrument weniger dem dadurch aufgebbesserten „grünen“ Unternehmensimage, auch nicht den innerbetrieblichen Kosteneinsparungen. Aus heutiger Sicht war es primär der Zuwachs an Organisationseffizienz in der „supply chain“, die den Wandel in den Betrieben vorantrieb.

An die Schnittstelle von Recht und Ökonomie, die das Profil der Fakultät II der Universität Oldenburg prägt, schließt der vorliegende Beitrag an. Der Aufsatz widmet sich dem Managementkonzept „due diligence“, das jüngst in Umweltregularien aufgegriffen wurde, allerdings mit sehr unterschiedlichen Rechtsinhalten.⁵ Aufgrund der Unschärfe des Begriffs *due diligence* scheint er die Konsensfindung befördert und sehr unterschiedliche Positionen zusammen geführt zu haben. Dieser Aufsatz geht zunächst den Ursprüngen des *due diligence* in der Betriebswirtschaftslehre nach (II.). Danach eruiert er die unterschiedlichen (Rechts-) Inhalte, wobei zunächst die Rechtsanwendung als organisierte Selbstkontrolle (III.) und danach die Anwendung als Pflichtenkonzept (IV.) dargestellt werden. Abschließend soll die Frage beantwortet werden, welche Funktion dem Konzept *due diligence* zukommt: Ist es ein modernes, transnational wirkendes Instrument der umweltschützenden Selbstregulierung oder handelt es sich um ein Instrument der Regulierungsverweigerung (V.)?

II. Due Diligence als Instrument der Unternehmensbewertung

Das Konzept von „Due Diligence“ stammt ursprünglich aus der Unternehmensbewertung.⁶ In den USA ist eine *due diligence*-Prüfung gesetzlich gefordert durch Anlegerschutzregeln auf dem Kapitalmarkt (Sarbanes-Oxley Act

³ G. Frank, Vom Umweltschutz zum Mitweltrecht, DVBl. 1989, S. 693 ff.

⁴ C. Godt, Haftung für ökologische Schäden, Duncker & Humblot: Berlin 1997.

⁵ Dieser auf „Umweltmanagement“ fokussierende Beitrag ergänzt damit den zeitgleich entstandenen Überblick zu ökonomischen Instrumenten im Umweltrecht, C. Godt, Economic Instruments in Environmental Policies: Expectations met?, in: O. Dilling/T. Markus (Hrsg.), *Ex Rerum Natura Ius*-Festschrift für Gerd Winter, Nomos: Baden-Baden, 2014 (im Erscheinen).

⁶ M. Schacht, Due Diligence bei Unternehmensbewertung, in: U. Schacht/M. Fackler (Hrsg.), *Praxishandbuch der Unternehmensbewertung*, Gabler: Wiesbaden, 2009; F. Höhne, *Praxishandbuch Operational Due Diligence: Bewertung der operativen Leistungsfähigkeit produzierender Unternehmen*, Springer: Wiesbaden, 2013.

von 2002⁷) und durch Wettbewerbsregeln (Sherman Antitrust Act 1890⁸). Sie zwingen die Unternehmensleitung, Informationen über das Unternehmen zu erheben und sie für Prüfer in verständlicher Form zu ordnen. Ihr Ziel ist Transparenz. In Europa ist „due diligence“ primär ein betriebswirtschaftliches Instrument, mit dessen Hilfe das Informationsgefälle zwischen zwei potenziellen Vertragspartnern angeglichen werden soll. Es ist ein Mittel zur Vorbereitung einer Transaktion, die durch einen Vertrag abgeschlossen wird.⁹ Jenseits des rein monetären aktuellen „Marktwertes“ eines Betriebs dient das Instrument dazu, Chancen und Risiken zu identifizieren. Erhoben werden so unterschiedliche Indikatoren wie potentielle Umweltsanierungen in der Zukunft, in der Vergangenheit liegende Mitarbeiterfluktuation, das Technologieportfolio, Abschätzungen der Entwicklung der Absatzmärkte und der Wettbewerber; bei internationalen Bezügen wird der „kulturelle Fit“ ermittelt. Die erhobenen Informationen beeinflussen den Preis, aber vor allem die Vertragsgestaltung, um den Vertragsumfang zu bestimmen¹⁰ und etwaige Risiken zwischen den Vertragspartnern zu verteilen.¹¹ Aus betriebswirtschaftlicher Perspektive bildet der Vertragsabschluss am Ende nur den Abschluss eines Prozesses der Informationsbeschaffung und der Kommunikation, der durch *due diligence* einen Rahmen erhält. In Europa hat sich *due diligence* zum praktischen Standard einer jeden größeren Transaktion¹² (Unternehmensübernahme oder dem Erwerb von Anteilen) oder einer strategischen Partnerschaft¹³ entwickelt. Aus regulativer Perspektive ist *due diligence* ein Instrument der Selbstregulierung zweier Unternehmen, das unternehmerisches Verhalten determiniert und der Entscheidungsfindung dient. In der Regel wird für den *due diligence* Prozess ein Dritter eingeschaltet („intermediaries“), der die Informationserhebung und -bewertung im Auftrag beider Unternehmen durchführt.

⁷ 15 U.S.C. 7201.

⁸ 15 U.S.C. §§ 1–7.

⁹ „The Art of the Contract“, so der Untertitel von *W.M. Fitzpatrick/S.A. DiLullo*, *Strategic Alliances and the Management of Intellectual Property: The Art of the Contract*, *Sam Advanced Management Journal* 2005, 38–46.

¹⁰ *M. Meier*, *Knowledge Management in Strategic Alliances: A Review of Empirical Evidence*, *13 International Journal of Management Reviews*, 2011, S. 1–23 (12).

¹¹ *J. Hörmann*, *Die Due Diligence beim Unternehmenskauf*, in: D. Birk (Hrsg.), *Transaktionen, Vermögen, Pro Bono*, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P (Pöllath & Partners), Beck: München, 2008; *W. Beisel/H.-H. Klumpp*, *Der Unternehmenskauf*, Beck: München, 2009.

¹² *N. von Kuhlwein*, *Changes in Due Diligence Requirements*, in: M. Blatz et al. (Hrsg.), *Corporate Restructuring*, Springer, Berlin, 2006; *Th. König/N. Zorn*, *Umwelt-Due-Diligence bei Unternehmenstransaktionen*, in: C. Scott (Hrsg.), *Due Diligence in der Praxis*, Gabler: Wiesbaden, 2001.

¹³ *S. Bushtein*, *Intellectual Property and Technology. Die Diligence in Business Transactions*, *4 Journal of World Intellectual Property*, 2001, Hefte 3 (Teil 1) und 4 (Teil 2), S. 403–458; S. 513–548; *E.A. Meilman/J.W. Brady*, *Due Diligence in Business Intellectual Property Assets*, *Intellectual Property Today*, 2003, S. 20–25.

III. „Due Diligence“ als Instrument der organisierten Selbstkontrolle

1. Der Kimberley-Prozess („Blutdiamanten“, „conflict diamonds“)

Das *due diligence* Konzept wurde erstmals 2003 aus der rein betriebswirtschaftlichen Funktion herausgelöst und zu einem Instrument der Regulierung im Rahmen des sog. Kimberley-Prozesses gemacht.¹⁴ Der Prozess zielt darauf ab, über staatliche Zertifikate der Herkunftsländer („sog. KP-Certificates“) den Handel mit sogenannten „Blutdiamanten“ zu unterbinden. Geschmuggelte Diamanten waren Finanzierungsquelle der blutigen Bürgerkriege in Liberia, Angola und Sierra Leone.¹⁵ Nach erfolglosen Verboten verschiedener Rebellen-Organisationen (1989 vor allen UNITA in Angola) durch den UN-Sicherheitsrat, trafen sich 2000 im südafrikanischen Kimberley mehrere Diamanten produzierende Länder aus dem südlichen Afrika. Diese verabredeten, dem Blutbad dadurch den Nährboden zu entziehen, dass durch Zertifizierung des Handels der Finanzstrom versiegt. Dieser Vorschlag fand wiederum Unterstützung bei der UN.¹⁶ Die Zertifikate ermöglichen eine staatliche Importkontrolle der Unterzeichnerstaaten, zielen aber primär auf einen Mechanismus der Selbstkontrolle der Diamantenhändler, in dem Informationen erhoben, Transparenz geschaffen und die Weitergabe der Information gesichert wird.¹⁷ Ähnlich einem KFZ-Brief dokumentiert das Zertifikat die Herkunft des Materials („conflict-free“), anders als ein Indossament hat es keine rechtsverbriefende Funktion. Der sog. Kimberley-Prozess¹⁸ („KP“) gilt als modernes „Governance-

¹⁴ J. Pawwelyn, Non-Traditional Patterns of Global Regulation: Is the WTO „Missing the Boat“, in: C. Joerges/E.-U. Petersmann (Hrsg.), *Constitutionalism, multilevel trade governance and international economic law*, Hart Publ.: Cambridge, 2006, S. 199.

¹⁵ Diesen Zusammenhang hat der von der UN in Auftrag gegebene sog. Fowler-Report (März 2000) hergestellt.

¹⁶ Resolution A/RES/55/56 der UN Generalversammlung vom 1. Dez. 2000 und Resolution 1459 vom 28. Jan. 2003.

¹⁷ Das Zertifikatssystem bewährte sich allerdings auch jüngst im repressiven Zusammenhang. Nach dem spektakulären Überfall auf ein Diamanten transportierendes Flugzeug auf dem Brüsseler Flughafen am 18. Febr. 2013 wurden die Nummern im Internet publiziert (<http://www.kimberleyprocess.com/>). Dadurch wurden die Ermittlungen der Polizei erleichtert und Händler vor Hehlerware geschützt.

¹⁸ Der „Kimberley-Prozess“ hat (im August 2013) 54 Mitglieder („participants“), die 81 Staaten repräsentieren (darunter die EU als Mitglied, die 28 Staaten repräsentiert) – (Kongo wurde 2004 ausgeschlossen; Elfenbeinküste 2005 und Venezuela 2008 von der Liste gestrichen, beide gelten aber weiterhin als „member“). Das „Zertifizierungssystem des Kimberley-Prozesses“ (KPCS) ist abgedruckt als Annex 1 der VO 2369/2002. Es wird, wie jeder völkerrechtliche Vertrag, von den Unterzeichnerstaaten in nationales Recht umgesetzt. Die Beteiligung der vier großen Diamantenhändlerorganisationen wurde von Anfang an durch die formale Anerkennung als „Observer“ sichergestellt (African Diamonds Producers As-

Instrument“, indem es zum einen Staaten und Unternehmen gleichermaßen einbindet, und zum anderen auf eine transnationale (präziser: transterritoriale) Wirkung entlang der Handelskette ausgerichtet ist.¹⁹ Das „Zertifikations-system des Kimberley-Prozesses“ (KPCS) wurde 2000 vom Industrieverband „Weltdiamantenrat“ erarbeitet.²⁰ Die Europäische Gemeinschaft setzte das Regime mit der VO 2368/2002²¹ um, konkretisiert durch Richtlinien vom Januar 2008.²² Anders als z.B. das Zertifikatssystem für artengeschützte Tiere (CITES) dienen die KP-Zertifikate („certificates of origin“) nicht allein einem staatlich administrierten Export-Import-Regime (Art. 3–16 VO 2368/2002), sondern zielen darauf, dass sich der Handel auf Ware aus den „participant states“ des Kimberley Prozesses beschränkt.²³ Rechtliche Grundlage ist das Verbot, nicht zertifizierte Diamanten in KP-Staaten zu importieren (Art. 3 VO 2368/2002). Bei Einfuhr prüft die zuständige Gemeinschaftsbehörde (eine von einem Mitgliedstaat benannte Behörde²⁴, Art. 2 lit f. VO 2368/2002), dass Diamanten im Herkunftsland zertifiziert wurden („Originalzertifikat“) und erteilt eine Bestätigung („certificate of compliance“, Art. 5 Abs. 1 VO 2368/2002). Durchsetzungsmächtig aber ist erst die Verpflichtung des Handels, nur zertifizierte Ware zu kaufen und zu verkaufen. Ohne Zertifikat und „compliance-statement“ ist dadurch eine Diamanten-Sendung nicht verkehrsfähig.²⁵ Der Hebel zur Selbstverpflichtung der Händler ist die Privilegierung anerkannter Verbände. Ihnen

sociation [ADPA] Civil Society Coalition, Diamond Development Initiative [DDI], World Diamond Council [WDC]).

¹⁹ J. Pawwelyn (supra Fn. 14), S. 199.

²⁰ Download der Vorbereitungspapiere von der Webpage <http://www.worlddiamondcouncil.com/>.

²¹ AmtsBl. EG L 358/28 vom 31.12. 2002, zuletzt geändert durch VO 789/2013 vom 16.8.2013 (ABl. EU L 222/1). (ein pdf mit vollständigem Abdruck aller Anhänge steht zum download auf der Webpage des deutschen Zolls zur Verfügung: http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Aussenwirtschaft-Bargeldverkehr/Embargomassnahmen/Warenembargos/Kimberley-Prozess-Rohdiamanten/kimberley-prozess-rohdiamanten_node.html).

²² European External Action Service (EEAS), Leitlinien für den Handel mit der Europäischen Gemeinschaft (EG), Januar 2008 – Praxis-Leitfaden für Teilnehmer des Kimberley-Prozesses und Unternehmen, die am Rohdiamantenhandel mit der EG beteiligt sind, download: http://eeas.europa.eu/blood_diamonds/docs/trading_guidelines0108_de.pdf (zuletzt: 25.1.2014).

²³ „Non-participants“ (Nicht-KP-Staaten), wie etwa bislang Grönland, können folglich auch keine Explorationen auf Mineralien anziehen, (vgl. Berichterstatter des Europäischen Parlaments zum Vorschlag der Europäischen Kommission vom 6.11.2013 (2013/0198[COD])).

²⁴ Gemäß Anhang III der VO 2368/2002 ist in Deutschland für die Kontrolle der Ein- und Ausfuhr und für die Ausstellung von Gemeinschaftszertifikaten das Zollamt Idar-Oberstein (im Geschäftsbereich Hauptzollamt Koblenz) zuständig, für die Berichterstattung gegenüber der Europäischen Kommission ist die Bundesfinanzdirektion Südost (Nürnberg) die zuständige Behörde.

²⁵ Ihr Kern ist folgende „conflict free“-Erklärung, die jeder Rechnung beigelegt sein muss: „Die Rohdiamanten dieser Sendung wurden gemäß den Bestimmungen des internationalen Kimberley-Prozess-Zertifikationsystems für Rohdiamanten behandelt“. Die Erklärung

wird ein „beschleunigtes Verfahren“ bei der Ausstellung der KP-Zertifikate zugestanden.²⁶ Die Verbände erhalten die Anerkennung nur, wenn sie ihre Mitglieder auf das KP-Zertifikatssystem verpflichten (Art. 17 VO 2368/2002). Die Mitglieder verpflichten sich, nur zertifizierte Diamanten zu kaufen (d.h. konkret, die Rechnung muss mit einem „conflict-free statement“ ergänzt sein) und die Papiere des Herkunftsstaats an den Käufer weiterzuleiten (Art. 17 Abs. 2 lit. a VO 2368/2002). Die Organisationen überwachen ihre Mitglieder (Art. 17 Abs. 2 lit. b VO 2368/2002). Damit werden die Organisationen als TÜV-ähnliche Überwachungsvereine etabliert. Neben der Informationsverdichtung zwischen den Händlern ist die Einschaltung von Intermediären das entscheidende Kriterium, worauf Bezug genommen wird, wenn das Diamanten-Regime als „due diligence“ System qualifiziert wird. Behörden auf EU- und Mitgliedstaatsebene überwachen ihrerseits die Organisationen und deren Mitglieder (Art. 17 Abs. 5 und Abs. 8 VO 2358/2002), die verpflichtet sind, den Aufsichtsbehörden alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die erforderlich sind, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Organisation zu beweisen. Das System ist mithin eine eigenständige public-private-Mischform von „corporate social responsibility“.²⁷ Es ist diese Organisationsstruktur der Selbstkontrolle, die als „due diligence“ bezeichnet wird.

In der Gesamtwertung ist der Kimberley-Prozess umstritten. Kritiker verweisen auf verbliebene Korruption, gefälschte Zertifikate, die Vorteile, die vor allem die DeBeers-Mining Gruppe aus Regime zieht,²⁸ und die mangelnde Effizienz,²⁹ da Exporte über die Grenze in Nachbarstaaten der Bürgerkriegsstaaten erfolgen, die nicht „participants“ sind.³⁰ Die Überprüfung der Mitgliedsstaaten durch „peer-review-teams“ erfolgt nur nach deren Zustimmung.³¹ Deren Berichte werden erst mit großer Verspätung veröffentlicht; etwaige Empfehlun-

wird von der Industrie als Vordruck zur Verfügung gestellt. Für in Europa gehandelte Waren ist Grundlage für diese Erklärung Art. 17 Abs. 2 lit. a, sublit. i VO 2368/2002.

²⁶ EEAS-Praxis-Leitfaden für Teilnehmer des Kimberley-Prozesses und Unternehmen, die am Rohdiamantenhandel mit der EG beteiligt sind (supra Fn. 22), S. 9.

²⁷ Zu dessen Fortentwicklung und Übertragung auf andere Mineralien, der Berichterstatter des Europäischen Parlaments, Vital Moreira (Doc. 2013/0198[COD], S. 9).

²⁸ Die sich selbst nicht vom Handel von „Blutdiamanten“ freizeichnen („max. 4 %“).

²⁹ R. Maconachie, Diamonds, governance and ‚local‘ development in post-conflict Sierra Leone – Lessons for artisanal and small-scale mining in Sub-Saharan Africa? Elsevier Resources Policy 2009, 71 (S. 75).

³⁰ OECD Trade Policy Working Paper Nr. 141 (TAD/TC/WP(2012)18/FINAL: R. Wolfe/S. Baddeley, Regulatory Transparency in Multilateral Agreements Controlling Exports of Tropical Timber, E-Waste and Conflict Diamonds, 4.12.2012, S. 25 (Ziff. 61). Die Nichtregierungsorganisation ‚Global Witness‘, hat deshalb den Prozess im Dez. 2011 „verlassen“, ist aber in dem „due diligence monitoring“ weiterhin aktiv, (<http://www.globalwitness.org/campaigns/conflict/conflict-diamonds/kimberley-process>, zuletzt besucht 17.12.2013).

³¹ So die Entscheidung 2003 zur Implementierung von Peer Reviews (<http://www.kimberleyprocess.com/en/2003-administrative-decision-implementation-peer-review-kpcs>). In Reaktion auf die Kritik wurden die Guidelines im November 2012 revidiert, vgl. <http://>

gen nicht umgesetzt.³² Kritik wird an dem intergouvernementalen System mit rotierendem Vorsitz geübt, das für wenig Kontrolle sorgt,³³ die Arbeitsgruppen „chaotisch“ organisiert und als Struktur unterfinanziert sei.³⁴ Andererseits wird der Prozess von anderen namhaften Organisationen weiter unterstützt.³⁵ Das Europäische Parlament berichtet, dass der Anteil von „Konflikt-Diamanten“ von 15 % Weltmarktanteil auf unter 1 % gefallen ist.³⁶

2. Tropenholz

Sieben Jahre später wurde das Kimberley *due diligence* Modell von der Europäischen Gemeinschaft für die Kontrolle illegal geschlagenen Tropenholzes aufgegriffen und weiterentwickelt. Die EG Verordnung 995/2010³⁷ („Holz-VO“, „Timber-VO“) knüpft an zwei Vorgänger-Verordnungen an, die bereits ein Grenzkontrollregime gegen den Import von illegal geschlagenem Holz (Verordnung [EG] Nr. 2173/2005³⁸) und gegen den Import von illegal geschlagenen, CITES geschützte Holzarten (Verordnung (EG) Nr. 338/97³⁹) etablieren. Beide Verordnungen verlangen für die Einfuhr eine Ausfuhrgenehmigung, die bestätigt, dass die Entnahme den inländischen Vorschriften entsprach. Allerdings bezieht sich die VO 2173/2005 allein auf Importe von bestimmten Holzarten aus solchen Partnerländern, mit denen die Gemeinschaft einen bilateralen sog.

www.kimberleyprocess.com/en/system/files/documents/2012%20Administrative%20Decision%20Revised%20on%20Peer%20Review%20System%20Washington_0.pdf.

³² I. Smilie, Blood Diamonds and Non-State-Actors, 46 Vanderbilt Journal of Transnational Law (Oct 2013), S. 1003 (1014 f.).

³³ Nach einem Working-Paper der OECD ist das KP-Sekretariat nicht in der Lage, die auflaufenden Informationen auszuwerten, OECD Trade Policy Working Paper Nr. 141 (TAD/TC/WP(2012)18/FINAL), verfasst von R. Wolfe/S. Baddeley, Regulatory Transparency in Multilateral Agreements Controlling Exports of Tropical Timber, E-Waste and Conflict Diamonds, 4.12.2012, S. 24 (Ziff. 56).

³⁴ J. E. Wetzel, Targeted economic measures to curb armed conflicts? The Kimberley Process on the trade in ‚conflict diamonds‘, in: N. Quéniwet/S. Shah-Davis (Hrsg.), International Law and Armed Conflicts – Challenges in the 21st Century, T. M. C. Asser Press: Den Haag, 2010, S. 175; auch Smilie (supra Fn. 32).

³⁵ Auch wenn sie kritisieren, dass Herkunftsstaaten das Zertifikatssystem unterlaufen und der Einzelhandel das Kontrollregime nicht ausreichend streng durchsetzt, siehe Amnesty International (<http://www.amnestyusa.org/our-work/issues/business-and-human-rights/oil-gas-and-mining-industries/conflict-diamonds>, zuletzt besucht 17.12.2013) and Medico Int'l (Anne Jung, Fact Sheet zu Konfliktdiamanten, 4. Aug. 2010: <http://www.medico.de/themen/menschenrechte/rohstoffe/dokumente/konfliktdiamanten-und-kimberley/3842/>, zuletzt besucht 17.12.2013).

³⁶ Berichterstatter des Europäischen Parlaments zum Vorschlag der Europäischen Kommission vom 6.11.2013 (2013/0198[COD]), S. 8.

³⁷ AmtsBl. EG L 295/23 vom 12.11.2010; in Gänze in Kraft getreten am 20.3.2013.

³⁸ AmtsBl. EG L 347/1 vom 30.12.2005.

³⁹ AmtsBl. EG L 61/1 vom 3.3.1997.

FLEGT-Vertrag (Forest Law Enforcement, Governance and Trade) geschlossen hat (Liste der Länder im Anhang II). Für international durch CITES geschützte Holzarten bestand die Pflicht zur Vorlage einer Ausfuhrgenehmigung bereits aufgrund der nationalen Umsetzungsgesetze zum CITES-Abkommen von 1973 (für die EG zuletzt VO 338/97) und diese besteht als *lex specialis* zur VO 995/2010 fort.

Die EG Verordnung 995/2010 ergänzt das bestehende Grenzkontrollregime durch ein Sorgfaltspflichtenmodell im Sinne eines Risikomanagements. Vergleichbar mit der Diamanten-Verordnung ruht die Holz-VO auf einem Importverbot für Holz und Holzserzeugnisse aus illegalem Einschlag (Art. 4 Abs. 1 VO 995/2010). Den Kern bildet aber eine dreigliedrige Sorgfaltspflicht der Erstimporteure (Art. 4 Abs. 2 VO 995/2010), die ergänzt wird durch die Pflicht aller Händler, die Rückverfolgbarkeit in der Lieferkette zu sichern (Art. 5 VO 995/2010⁴⁰). Die drei Elemente der Importeurs-Sorgfaltspflicht sind Zugang zu Information, Risikobewertung und Risikominderung (Art. 6 VO 995/2010). Von dem hohen Aktualitätsstandard des Risikomanagements kann sich der Importeur entlasten, wenn er eine Sorgfaltsregelung anwendet, die von einer Überwachungsorganisation erstellt wurde (Art. 8 VO 995/2010). Der Importeur muss das Produkt, das Herkunftsland (ggf. mit Konzession für den Holzeinschlag) und seine Lieferanten sowie Käufer dokumentieren (Art. 6 Abs. 1 lit a) VO 995/2010). Das Novum der Pflicht zu Risikobewertung und -minimierung stipulieren Art. 5 Abs. 1 lit. b und lit. c VO 995/2010, die näher geregelt ist durch die Durchführungs-VO 607/2012⁴¹ vom 6. 7. 2012. Die Überwachungsorganisationen halten die Sorgfaltspflichtregel auf dem neuesten Stand, überprüfen die Pflichteneinhaltung der Importeure und sanktionieren Verstöße (Art. 8 Abs. 1 VO 995/2010). Sie müssen allerdings staatlich anerkannt sein und werden regelmäßig und unangekündigt kontrolliert (Art. 8 Abs. 4 VO 995/2010, Art. 6 Abs. 3 VO 607/2012, konkretisiert durch die VO 363/2012 vom 23.2.2012).⁴² Der Vollzug ist nationalstaatlich zu regeln. Dies ist in Deutschland durch das Holzhandels-Sicherungs-Gesetz (HolzSiG),⁴³ das vor allem die Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände für die Pflichtverletzungen enthält.

Anders als der Kimberley-Prozess zielt das System des Holzregimes nicht auf ein Zertifikat, das beim Kauf vorliegen und beim Verkauf weitergegeben werden muss. Zertifiziert werden die Importeure durch eine „chain of custody“-Zertifizierung, die von der Organisation erteilt wird.⁴⁴ Diese bezeugt, dass das

⁴⁰ Nach Art. 5 VO 995/2010 müssen Händler ihre Lieferanten und ihre Käufer dokumentieren sowie die Informationen für 5 Jahre aufbewahren.

⁴¹ AmtsBl.EU L 177/16 v. 7.7.2012.

⁴² AmtsBl.EU L 115/12 v. 27.4.2012.

⁴³ BGBl. I S. 1345 vom 11.7.2011, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 3. Mai 2013 (BGBl. I S. 1104).

⁴⁴ Hauptverband der Deutschen Holzindustrie und Kunststoffe verarbeitenden Industrie

Unternehmen Managementpraktiken anwendet, die Forstzertifizierungs- und Nachweissysteme zur Legalität von Holz implementieren. Diese Zertifikate sind nicht zu verwechseln mit Waren-Zertifikaten wie dem FSC⁴⁵- oder dem PEFC⁴⁶-Logo. Es geht bei diesem Regime um ein Unternehmens-Audit. Das *due diligence* System des Holzregimes zielt auf die Entlastung von der Sorgfaltspflicht durch Delegation an eine Organisation. Im Unterschied zum Kimberley-Prozess bestehen die Überwachungsorganisationen im Holzregime nicht aus „Mitgliedern“. Auch tragen nicht alle Händler im Prinzip die gleiche Pflicht, vielmehr wird nach Importeuren und inländischen Händlern differenziert, wobei die Sorgfaltspflicht im Sinne eines umfassenden Risikomanagements nur den Importeuren obliegt. Die Händler müssen nur die Vertragspartner benennen können. Zertifikate über Herkunft und etwaige Genehmigungen müssen in der Lieferkette nicht weitergegeben werden.

Auch die Erfolgsbilanz des Holzregimes ist umstritten. Es wird kritisiert, dass die EU-Kontrolle an die institutionelle Struktur der Herkunftsländer anknüpft, denen die Einhegung des illegalen Einschlags gerade nicht gelänge; viele Holzprodukte seien von der VO ausgenommen; die Zertifizierung durch Drittorganisationen sei bürokratisch.⁴⁷ Außerdem wird vorgebracht, der Fokus auf die Sorgfaltspflicht sei sachwidrig, denn bei Einhaltung der Sorgfalt läge auch bei illegal geschlagenem Holz kein Verstoß vor.⁴⁸ Dadurch dass die EU-Verordnung auf Strafvorschriften verzichte, wird befürchtet, dass die Mitgliedstaaten ihren Pflichten zum Erlass von Vollzugsvorschriften nicht nachkämen⁴⁹ oder die Vorgaben verwässern.⁵⁰

und verwandter Industrie- und Wirtschaftszweige e.V. (HDH), Leitfaden Europäische Holzhandelsverordnung (European Timber Regulation – EUTR) und Holzhandelssicherungsgesetz (HolzSiG), Bad Honnef, Januar 2013, S. 19 (download: http://www.holzhandelszentrale.ch/pdf/eutr/eutr_leitfaden_d.pdf (zuletzt: 26.01.2014)).

⁴⁵ Forest Stewardship Council, <http://www.fsc-deutschland.de/>.

⁴⁶ Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes, <https://pefc.de/pefc-fuer-verbraucher/das-pefc-siegel.html>.

⁴⁷ C. Jehle, EU-Holzhandelsverordnung: bürokratisches Monster oder Papiertiger?, 16.12.2012, Download unter: <http://www.heise.de/tp/artikel/38/38203/1.html> (zuletzt 26.1.2013).

⁴⁸ Client Earth, What Does the Exercise of Due Diligence under the Timber Regulation Require?, Oktober 2011 (download: <http://www.clientearth.org/reports/whatexercise-due-diligence-timber-regulation-require.pdf>, zuletzt 26.1.2014).

⁴⁹ Y. Levashova, How Effective is the New EU Timber Regulation in the Fight against Illegal Logging?, Review of European Community & International Environmental Law, 2011, S. 290–299.

⁵⁰ WWF, Die Lizenz zum Abholzen – Bundesrat beschließt neues Holzschutzgesetz – Deutschland macht illegalen Holzhandel salonfähig und setzt sich über EU-Vorgaben hinweg, vom 26.03.2013, (<http://www.wwf.de/2013/maerz/die-lizenz-zum-abholzen/>); D. Milosevic, Bundestag macht illegales Holz hoffähig, 01.03.2013, im Internet abrufbar unter http://www.greenpeace.de/themen/waelder/nachrichten/artikel/bundestag_macht_illegales_holz_hoffaehig/ (zuletzt 26.1.2014).

3. Bewertung

Beide Regime (Diamanten und Holz) fokussieren den Regelungsansatz des *due diligence* auf Überwachungsorganisationen als Form der industriellen *Selbstregulierung*. In beiden Fällen geht es um „Transparenz“. In beiden Fällen tragen diese Verbände eine zentrale Verantwortung dafür, dass Waren vom inländischen Markt ferngehalten werden, die *ausländischem* Recht nicht entsprechen.⁵¹ Damit sind drei Dinge mit dem Begriff *due diligence* in diesen regulatorischen Zusammenhängen verbunden: Informationserhebung (Transparenz), Selbstüberwachung durch Intermediäre, Sachverhalte im Ausland.

Der rechtliche Anknüpfungspunkt ist ein Importverbot, an das Verhaltenspflichten anknüpfen. Die Pflichtenstellung ist im Holzregime wesentlich ausdifferenzierter als im Diamantenregime. In beiden ist zwar ein Element des Risikomanagements enthalten, aber das Konzept ist in der Holzverordnung ungleich ausgeprägter als bei der Diamanteneinfuhr (Art. 4 Abs. 5 lit. c VO 2368/2002). In der Sache geht es darum, Waren vom Markt auszuschließen, die nach ausländischem Recht nicht ordnungsgemäß „produziert“ wurden. Das ausländische Recht können nationale Behörden der Gewerbeaufsicht und der Nachmarktkontrolle als solches nicht vollziehen. Das inländische Importverbot ist in diesem Sinne ein Transformationsakt, der einen Verstoß gegen ausländisches Verwaltungsrecht zu einem inländischen Tatbestand macht, weil die Staatengemeinschaft ein gemeinsames Ziel verfolgt. Dies entspricht dem völkerrechtlichen Prinzip der „common but differentiated responsibility“, die erstmals durch das Kyoto-Protokoll anerkannt wurde.⁵²

Der Begriff *due diligence* weist in diesen beiden Regimen vor allem auf die intermediären Organisationen hin, durch die sich die Industrie selbstregulativ kontrolliert. Die Organisationen beteiligen sich an der Normbildung,⁵³ sondie-

⁵¹ Für beide handelsbeschränkende Regime erklärte die WTO einen „waiver“ auf Grundlage von Art. XX und Art. XXI GATT, K. *Nadakavukaren Schefer*, Stopping Trade in Conflict Diamonds: Exploring the Trade and Human Rights Interface with the WTO Waiver for the Kimberley Process, in: Th. Cottier/J. Pauwelyn/E. Burgi (Hrsg.), *Human Rights and International Trade*, OUP: Oxford, 2005, S. 391; kommentierend dazu K. R. Gray, *Conflict Diamonds and the WTO: Not the best opportunity to be missed for the Trade and Human Rights Interface*, ebenda, S. 451.

⁵² Konzise dazu E. Hey, *Common but Differentiated Responsibility*, in: *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Vol. II, 2012 (letzte Revision des Beitrags Febr. 2011), S. 444–448; ausführlich T. Honkosen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, Wolter/Kluwers: Alphen.

⁵³ W. Konradi, *Lex Mercatoria als globales Recht der Wirtschaft? Die Koordination der internationalen Transaktionen am Beispiel der Holzindustrie*, *TranState Working Papers* Nr. 56, 2007, S. 16 ff. (download: [www.http://www.sfb597.uni-bremen.de/](http://www.sfb597.uni-bremen.de/)==> Publikationen Arbeitspapiere, zuletzt 27.1.2014); S. 18: Die Verbandsorganisation *Fédération Européenne du Négoce de Bois (FEBO)* arbeitete seit Jahren mit der Arbeitsgruppe „Forst Law Enforcement Governance and Trade“ (FLEGT) der EU-Kommission zusammen (vgl. auch die englische Version: W. Konradi, *The Role of lex mercatoria in Supporting Globalised Transactions: An*

ren das ausländische Recht (Risiko) und kontrollieren die Einhaltung der Branchenstandards (Zertifikate, Management). Die Organisationen basieren auf der dichten, gewachsenen Verbandsstruktur in beiden Sektoren.⁵⁴ Der Staat zieht sich auf die Zollkontrolle und die Überwachung der Organisationen zurück. Dass der Bezugspunkt in dem einen Fall ein „Zertifikat auf Waren“, in dem anderen Fall die „Zertifizierung von Unternehmen“ ist, erscheint zweitrangig. In beiden Fällen werden Waren vom inländischen Markt ferngehalten, Unternehmen unterwerfen sich einer Kontrolle nichtstaatlicher Organisationen. Das System ist im Interesse der Wirtschaftsunternehmen, wobei im System des Diamantenhandels der eigene Vorteil unmittelbar realisiert wird, für die Holzindustrie geht es um langfristige Vorteile. Das regulative System ist durch eine unmittelbare Vorteilsgewährung mit der Mitgliedschaft in der Überwachungsorganisation verknüpft. Im Übrigen überwacht der Staat Marktteilnehmer und Überwachungsorganisationen „im Hintergrund“.

IV. „Due Diligence“ als Pflichtenkonzept: Biopiraterie

1. Beschreibung des EU-Vorschlags zur Umsetzung des Nagoya-Protokolls

Der verlaubliche Erfolg des *due diligence* Modells strahlte auf die Umsetzungsdebatte des Nagoya Protokolls über den Zugang und den Vorteilsausgleich⁵⁵ („Nagoya-Protokoll“, NP) aus. In Form der beschriebenen Regime wurde es als Vorbild diskutiert, erfuhr aber während des Umsetzungsprozesses eine inhaltliche Wandlung.

Noch 2012 kursierten Vorschläge sowohl von Nichtregierungsorganisationen als auch von der Industrie, die das *due diligence* Konzept des Kimberley-Prozesses und des „Timber-Regimes“ auf das Nagoya-Regime für Zu-

Empirical Insight into the Governance Structure of the Timber Industry, in: V. Gessner, Contractual Certainty in International Trade, Hart Publ.: Oxford/Portland, 2009, S. 49–86.

⁵⁴ Für die Holzindustrie: W. Konradi (supra Fn. 52); dort auch der Vergleich zu der abgeschlosseneren Community der Diamantenhändler (S. 40), mit Verweis auf die Studien von B. Richman, How Community Institutions Create Economic Advantage: Jewish Diamond Merchants in New York, 31 Law & Society Inquiry 2006, 383; L. Bernstein, Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in Diamond Trade, 21 Journal of Legal Studies 1992, 115.

⁵⁵ Protokoll von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt, gezeichnet am 29. Okt. 2010 (als zweites Protokoll zur CBD); das Inkrafttreten wird in Kürze erwartet (es fehlen am 24.1.2014 nur noch 21 Ratifikationsurkunden), download in deutscher Sprache: <http://www.bfn.de/fileadmin/ABS/documents/Deutschsprachige%20Fassung%20Nagoya-Protokoll.pdf>; offizieller Text in englischer Sprache: <http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>.

gangs- und Vorteilsausgleich übertragen wollten. Vorgeschlagen war ein genereller Verbotstatbestand mit organisierter Selbstkontrolle der Industrie.⁵⁶ Denn in der Sache gilt es ein vergleichbares Informationsproblem zu lösen: Verkehrsfähig soll nur „Ware“ sein, die nach den Regeln der Herkunftsländer rechtmäßig aufgesucht, gehoben resp. erworben wurde. Dazu ist ein Dreifaches erforderlich: Erstens muss der Käufer (und Nutzer) einer genetischen Ressource (resp. traditionellen Wissens) die Information erhalten, ob die erworbene Ressource überhaupt ABS-pflichtig ist. Falls dem so ist, muss er feststellen können, ob die geplante Nutzung in die autorisierte Nutzung fällt oder ob nachzuverhandeln ist. Zweitens müssen die Ursprungsstaaten (provider states) jenseits ihres Territoriums nachvollziehen können, ob die von ihnen autorisierten Nutzungen eingehalten (resp. verletzt) werden. Drittens müssen die Industriestaaten (user states) die Information darüber haben, welche ABS-relevanten Nutzungen auf ihrem Territorium stattfinden. Für diesen Informationsfluss wurde das Konzept der kontrollierten Selbstkontrolle (due diligence) diskutiert. Zum einen hielt man es für weniger einschneidend als z.B. den Norwegischen Nature Diversity Act von 2009.⁵⁷ Dieser sieht nach Muster der Kimberley-Zertifikate eine Pflicht des Verkäufers vor, bei jedem Transfer die Information über die eingehaltene ABS-Pflicht zu übermitteln und die Ressource mit dem Zertifikat zu überreichen,⁵⁸ kontrolliert durch staatliche Behörden. Zum anderen wollte man dem Problem beikommen, dass die Nutzung nicht offensichtlich ist und sich untransparent hinter Werkstoren vollzieht. Dem evidenten Vollzugsproblem sollte so begegnet werden. Die Idee der industriellen Selbstkontrolle fand Anklang nicht allein bei der Industrie, sondern auch bei den Mitgliedstaaten, die jenseits des Vollzugsproblems die Herausforderung lösen müssen, dass eine EU-Verordnung nach Koordinierung der Mitglieds-

⁵⁶ IUCN-An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing 3.0, Authors: *Thomas Greiber* und *Sonia Peña Moreno*, Oct. 2012, S. 255/256 „Box 41: Understanding a Potential ABS Due Diligence System“; International Chamber of Commerce (ICC) 18. Juni 2012.

⁵⁷ Act of 19 June 2009 No. 100 Relating to the Management of Biological, Geological and Landscape Diversity („Nature Diversity Act“), download: <http://www.regjeringen.no/en/doc/laws/Acts/nature-diversity-act.html?id=570549> (24.1.2014).

⁵⁸ Section 60 Norway Nature Diversity Act (genetic material from other countries): *Para. 1:* The import for utilisation in Norway of genetic material from a state that requires consent for collection or export of such material may only take place in accordance with such consent. The person that has control of the material is bound by the conditions that have been set for consent. *The state may enforce the conditions by bringing legal action on behalf of the person that set them. Para. 2:* When genetic material from another country is utilised in Norway for research or commercial purposes, it shall be accompanied by information regarding the country from which the genetic material has been received (provider country). If national law in the provider country requires consent for the collection of biological material, it shall be accompanied by information to the effect that such consent has been obtained (download: <http://www.regjeringen.no/en/doc/laws/Acts/nature-diversity-act.html?id=570549>).

staaten mit der Zentrale verlangt. Kongruente, aber sehr wohl unterschiedliche Interessen von Verwaltung und Betrieben trugen somit dazu bei, dass das Modell „due diligence“ als industrielle Selbstorganisation zum Ausgangspunkt genommen wurde.

Im Laufe des Jahres 2012 machte das Konzept unter Beibehaltung des Namens inhaltlich eine Neudefinition durch. Die Diskussion fokussierte zunehmend auf das Pflichtenkonzept, ohne selbstorganisierte Überwachungsorganisationen. Der im Oktober 2012 publizierte Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission (im folgenden: EU-ABS-VO-E) sieht keine industrielle Selbstkontrolle mehr vor.⁵⁹ Es wurde auch vom Europäischen Parlament nicht eingefordert.⁶⁰ Aus dem Konzept einer selbstorganisierten TÜV-ähnlichen Selbstregulierung wurde ein Pflichtenkonzept mit ausschließlich behördlicher Kontrolle.⁶¹ Eine Ausnahme für Selbstregulierung ist nur für „Union trusted collections“ vorgesehen (Art. 5 EU-ABS-VO-E). Im Gegensatz zu seinen Vorgängern gründet sich die Sorgfaltspflicht nicht auf ein generelles Import- oder Nutzungsverbot. Art. 4 EU-ABS-VO-E sieht nur eine Pflicht vor, „to exercise due diligence to ascertain that [resources and knowledge ...] were accessed in accordance to access and benefit legislation [...]“.⁶² Auf einen Transformationsakt, die Verletzung ausländischen Rechts in einen inländischen Verbotstatbestand umzugießen, wird für die EU-ABS-VO mit dem Argument verzichtet, dass der Vollzug des Rechts der Herkunftsstaaten in deren Aufgabenbereich falle. Art. 7 Abs. 1, Satz 2 EU-ABS-VO-E konkretisiert die Pflicht: „Users shall seek, keep and transfer to subsequent users information relevant for access and benefit sharing“. Anders als im Kimberley-Regime wird kein Importregime etabliert, das etwaige Herkunftszertifikate verifiziert. Anders als im Holz-Regime werden *alle* Nutzer aber verpflichtet, Informationen über Herkunft und Nutzungsbeschränkungen zu fordern, vorhandene Informationen zu dokumentieren und an den Käufer weiterzugeben (nicht nur die Importeure). Das administrative Kontrollregime ruht auf zwei Säulen. Empfänger von öffentlichen Forschungsgeldern unterliegen einer *ex ante*-Erklärungspflicht, „dass sie im Einklang mit Artikel 4 mit der gebotenen Sorgfalt vorgehen werden“, Art. 7

⁵⁹ KOM (2012) 576 endg. V. 4.10.2012.

⁶⁰ Europäisches Parlament, Bericht des Ausschusses für Umweltfragen, öffentliche Gesundheit und Lebensmittelsicherheit vom 16.7.2013 (COM[2012]0576-C7-0322/2012-2012/0278[COD]).

⁶¹ C. Godt, The multilevel implementation of the Nagoya-Protocol in the EU, in: T. De-deurwaerdere, B. Coolsaet, A. Broggiato, F. Batur und J. Pitseys (Hrsg.), Implementing the Nagoya Protocol: Comparing Access and Benefit-sharing Regimes in Europe, Brill: Leiden, 2014 (im Erscheinen).

⁶² Arguable because the primary „duty to obey the law“ is the one of the provider state. The user state duty is conceived of as adjacent and monitoring in nature.

Abs. 1 EU-ABS-VO-E,⁶³ ohne weitere *ex post* Pflichten.⁶⁴ Alle anderen Nutzer müssen entweder bei der Beantragung der Marktzulassung für ein Produkt, das auf der Grundlage von genetischen Ressourcen oder von traditionellem Wissen über genetische Ressourcen entwickelt wurde, oder zum Zeitpunkt der Vermarktung gegenüber einer Behörde erklären, dass sie mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen sind, Art. 7 Abs. 2 EU-ABS-VO-E. Die Pflichten aus Art. 4 und Art. 7 EU-ABS-VO-E werden allein behördlich überwacht, Art. 9 sec. 4 lit. a EU-ABS-VO-E. Die Vorlage eines international anerkannten Konformitätszertifikats wird als Beweis für die Einhaltung der Sorgfaltspflicht anerkannt, Art. 9 Abs. 5 EU-ABS-VO-E. Die Einhaltung von anerkannten „best practices“ (Art. 8 EU-ABS-VO-E) wird ebenso als Standard der erforderlichen Sorgfalt berücksichtigt. Wie bei der EU-Holz-VO obliegt den Mitgliedstaaten das Sanktionsregime, Art. 11 EU-ABS-VO-E.

2. Bewertung

Anders als in den beiden zuvor vorgestellten Systemen meint der Begriff *due diligence* im Rahmen des EU-Vorschlags zur Umsetzung des Nagoya-Protokolls ausschließlich die angemessene Einhaltung einer Pflicht. Aus „*due diligence*“ wurde „*duty of care*“. Die intermediäre Selbstüberwachung schmolz zusammen auf eine Standardisierungsorganisation. Auch der Pflichtenstandard in Bezug auf die Information ist nicht identisch. Im Holzregime ist die Erhebung von Information nach Maßstäben des Risikomanagements zentral. Diesen hohen Maßstab legt die EU-ABS-VO nicht an. Ob an dem Begriff „*due diligence*“ in Zukunft zur Beschreibung der zukünftigen EU-ABS-VO festgehalten wird, wird sich zeigen. Sollte mit dem Begriff etwas anderes gemeint sein als mit dem Begriff „Sorgfalt“ (*duty of care*), kann sich dies allenfalls auf die Information von Herkunft, das Landesrecht und Nutzungsbeschränkungen beziehen. Anders als beim Diamantenregime etabliert jedenfalls die EU-ABS-VO-E kein verpflichtendes Zertifikate-System. Wer ein solches vorlegen kann und weitergibt, erfüllt aber seine Pflicht. Wer ein solches nicht vorlegen kann, kann seiner Sorgfaltspflicht auf andere Weise genügen. Genau in diesem offenen, subjektiven Sorgfaltsmaßstab, liegt der Kern des EU-Umsetzungsentwurfs. Er sucht eine zu enge Bindung an das Zugangs- und Vorteilsausgleichsregime eines anderen Staates zu verhindern. Wie beim Holzhändler, der bereits in der EU im Verkehr befindliche Ware aufkauft, erschöpft sich die Pflichtenstellung in der Do-

⁶³ Ob es bei dieser Regel bleibt, ist abzuwarten. Diese Regel stieß im Europäischen Parlament auf Widerstand des Ausschusses für Landwirtschaft und ländliche Entwicklung, der die Streichung vorschlug, Doc. 2012/0278 (COD) v. 27.3.2013 (rapporteur José Bové).

⁶⁴ Diese Regel wird mit der Forschungsfreiheit gerechtfertigt, vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Parlamentarische Anfrage vom 27.6.2013, BT-Drs. 17/14245, S. 6.

kumentation. Damit trifft die europäische Umsetzung des Nagoya-Protokolls dieselbe Kritik wie die des Holzregimes: Es kann „ABS-widriges“ Material im Umlauf sein, ohne dass jemand eine Sorgfaltspflicht verletzt.⁶⁵

Über die Gründe, warum von einem Konzept der organisierten Selbstkontrolle der Industrie Abstand genommen wurde, kann ohne empirische Untersuchung oder bis zum Bekanntwerden eines *staff-papers* nur spekuliert werden. Vier Überlegungen sollen gleichwohl gewagt werden. *Erstens* dürfte der schwammige, von politisch entgegenstehenden Interessen positiv konnotierte Begriff des „due diligence“ die Kompromissfindung erleichtert haben. *Zweitens* handelt es sich bei den Nutzern genetischer und biologischer Ressourcen, anders als bei Diamanten- und Holzhändlern, nicht um eine kleine, homogene Gruppe. Die Nutzer umfassen sehr unterschiedliche Sektoren von der Arzneimittel-, der Chemie- und Kosmetikindustrie bis hin zu Pflanzenzüchtern aus der Agrarbranche und den Blumenzüchtern. Es könnte unmöglich gewesen sein, alle Nutzerbranchen auf ein System von Überwachungsorganisationen zu verpflichten. *Drittens* müssten die Unternehmen den Überwachungsorganisationen Zutritt ins Innere der Entwicklungsabteilungen gewähren. Möglicherweise ist die Angst vor dem Ausspähen von Geschäftsgeheimnissen, vor allem in patentabhängigen Branchen wie dem Chemiesektor, durch private Auditoren höher als durch Behördenvertreter. *Viertens* fragt sich, an welches Privileg die Mitgliedschaft in einer Überwachungsorganisation anknüpfen soll. Denn wie oben gezeigt, bedarf es eines Konnexes des privaten und des öffentlichen Governance-Systems über einen „Vorteil“. Im Kimberley-Prozess wird Mitgliedern das beschleunigte Verfahren bei Ausstellen des EU-Zertifikats in Aussicht gestellt, im Timber-Regime entlastet die Organisationsmitgliedschaft vom umfassenden Risiko-Management. Im Kommissionsvorschlag für das EU-ABS-Regime knüpft der Vorteil nicht an die Mitgliedschaft, sondern erschöpft sich im Einhalten von „best practise“ Standards, die von (irgendeiner) Organisation vorgeschlagen wurden und von der Kommission anerkannt wurden. Wenn sich aber die Pflicht in einer selbständige Erklärungspflicht anlässlich eines Genehmigungsantrags resp. des Markteintritts erschöpft, aber keine Voraussetzung derselben ist, gibt es konstruktiv keinen Ansatzpunkt für eine Vergünstigung oder Bevorzugung von Mitgliedern.⁶⁶ Die Organisationen organisieren hier nicht ihre Mitglieder, sondern fungieren allein als Normungsorganisationen.

⁶⁵ C. Godt (2014, supra Fn. 61).

⁶⁶ Kritisch zu einem auf die subjektive Sorgfalt zurückgeschnittenen ABS-Compliance-Konzept C. Godt (2014, supra Fn. 60).

V. Modernes Umweltmanagement oder Regulierungsverweigerung?

Das führt uns zurück zur Ausgangsfrage: Ist „due diligence“ ein modernes, transnational wirkendes Umweltrechtsinstrument oder signalisiert es neoliberale Regulierungsverweigerung zulasten von Umweltschutz und Menschenrechten unter dem Deckmantel von „industrieller Selbstregulierung“? Die vorstehende Untersuchung hat zutage gefördert, dass von einem einheitlichen Konzept „due diligence“ keine Rede sein kann. Der Begriff „due diligence“ ist höchst unscharf [geworden]. Je nach beruflicher Sozialisierung oder sachlichem Kontext ist mit dem Begriff „due diligence“ ein „organisiertes Selbstmanagement der Industrie“ oder (nur) ein staatlich durchzusetzendes Pflichtenkonzept gemeint. Allerdings vollzog sich das organisierte Selbstmanagement auch im Diamanten- und im Timber-Regime in einem staatlich gesetzten Rahmen mit behördlicher Aufsicht. Von einer „Regulierungsverweigerung“ kann keine Rede sein. Anlass zur Kritik bot vor allem der Vollzugsalltag. Als zentrale Schwachstelle der Regime wurde die Anknüpfung an Vollzugstatbestände im Ausland identifiziert. Der „Rückzug des Staates“ als solcher war nicht Gegenstand der Kritik an den *due diligence*-Regimen. Der „shadow of law“ ist funktionserhaltend und von den Beteiligten gewünscht.⁶⁷ Dass eine rein private Überwachung (peer review und Öffentlichkeitskontrolle) ohne staatliche Sanktionsgewalt im Hintergrund für die beschriebenen Exportregime nicht auskommt, betont auch die OECD.⁶⁸ In ihrer Analyse steht vor allem das Kimberley-Regime in der Kritik, weil die übernationale Ausgestaltung des Systems defizitär ist. Im Zuge der jüngsten Diskussion um die Umsetzung des Nagoya Protokolls in Europa ist der Begriff *due diligence* kongruent geworden zur Corporate Governance-Diskussion, die das klassisch-betriebswirtschaftliche *due diligence*⁶⁹ ebenso umfasst wie die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Pflichten.⁷⁰

⁶⁷ Konradi (2007, supra Fn. 52) S. 33 und 35.

⁶⁸ OECD Trade Policy Working Paper Nr. 141 (TAD/TC/WP(2012)18/FINAL: R. Wolfe/S. Baddeley, Regulatory Transparency in Multilateral Agreements Controlling Exports of Tropical Timber, E-Waste and Conflict Diamonds, 4.12.2012, S. 25 (Ziff. 59) – wobei die Studie sich ausschließlich auf die Exportregime (im Fall Holz: FLEGT) konzentriert, aber nicht die Handelskontrolle mit einbezieht (VO 995/2010).

⁶⁹ J. Wieland, Compliance Management als Corporate Governance – konzeptionelle Grundlagen und Erfolgsfaktoren, in: J. Wieland/R. Steinmeyer/S. Grüniger (Hrsg.), Handbuch Compliance Management – Konzeptionelle Grundlagen, praktische Erfolgsfaktoren, globale Herausforderungen, Schmidt: Berlin, 2010, S. 15 ff.

⁷⁰ Zu umweltrechtlichen Pflichten im Compliance Management: Zur zivilistischen Haftung C. Godt, Zivilistische Haftung von und in Unternehmen für Umweltschäden, in: Verantwortlichkeit und Haftung für Umweltschäden, Umwelt- und Technikrecht (UTR), Band 119, 2013, 237–256, zu der strafrechtlichen Verantwortung von Leitungspersonen im selben UTR-Band B. Weißer, S. 215; zu datenschutzrechtlichen Pflichten: J. Taeger/M. Rath (Hrsg.):

Das Konzept *due diligence* lässt sich also weder auf „Selbstregulierung“ noch auf einen „Pflichtenstandard“ reduzieren. Umgekehrt enthalten alle drei untersuchten Regime beide Elemente mit unterschiedlicher Konnotation. In der Regel ist *due diligence* ein Teil eines umfassenderen, grenzüberschreitenden Regelungsansatzes, der auf Unternehmensverantwortung durch Informationsmanagement in der Handelskette und auf staatliche Aufsicht *transnationaler* Wirtschaftsprozesse abzielt. Damit erweist sich *due diligence*, sofern der Begriff auf ein regulatives Konzept und nicht allein auf ein betriebswirtschaftliches Management abzielt, als Beschreibung einer regulativen Mischform. Es wird als Konzept in der politischen Diskussion „aufgerufen“, wenn die Staatengemeinschaft auf ein Ziel zusteuert, das im Alleingang eines einzelnen Staates nicht erreicht werden kann. Aus der Transnationalität folgt der Konnex zum ausländischen Recht, der in der Information über das legislativ gesetzte Recht, den Vollzug desselben oder in Einzelverträgen bestehen kann. Für die drei untersuchten Fälle lässt sich der Begriff *due diligence* als staatlich kontrolliertes Selbstmanagement der Industrie für die Beachtung ausländischen Rechts konkretisieren. Der dabei eingeforderte Standard und die Instrumente weisen eine hohe Bandbreite auf. In allen Fällen wird das ausländische Recht nicht durch inländische Behörden vollzogen. Vielmehr wird durch einen Transformationsakt eine Pflicht nach inländischem Recht begründet, die auf ausländisches Recht Bezug nimmt. Das Selbstmanagement wird durch Intermediäre befördert.

Aus dieser Beschreibung lassen sich sieben konstruktive Elemente des regulativen *due diligence* extrahieren.

1. *Due diligence* ergibt sich aus der Kooperation von Staaten. Diese verfolgen ein gemeinsames Ziel, erfinden aber regulative Mechanismen, die in den einzelnen Landesrechten unterschiedlich sind, aber ineinandergreifen. *Due diligence* bezeichnet nach den bisher praktizierten Formen den industriestaatlichen Regelungsteil.

2. Ziel von *due diligence* ist die Beeinflussung transnationaler Wirtschaftsprozesse von globalem Handel und international arbeitsteilig organisierter Produktion.

3. Der Regelungsmodus verweist auf normative Tatbestände oder faktische Sachverhalte im Ausland. Ausländisches Recht wird als solches aber nicht im Inland vollzogen.

4. Es wird eine Pflicht (Gebot oder Verbot) der Industrie etabliert. Diese kann subjektiv nach den Erfordernissen des Einzelfalls differieren oder nach einem objektiven Standard ein ausgebautes Risikomanagement einfordern.

IT-Compliance als Risikomanagement-Instrument, Oldenburg: Edewecht, 2007; J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), BDSG, R&W: Frankfurt, 2013.

5. *Due diligence* enthält ein Element der industriellen Selbstorganisation. Es werden Intermediäre eingesetzt, teils staatlich anerkannt. Ihr Tätigkeitsfeld reicht von der Standardsetzung bis hin zur Mitgliederüberwachung.

6. *Due diligence* impliziert eine Verschränkung von privater Selbstregulierung und öffentlicher Regulierung. Private beteiligen sich an der Definition dessen, was erforderlich ist und tragen, in der Regel, zur Durchsetzung bei. Das öffentliche Recht setzt einen Rahmen, der zur Selbstregulierung Anlass und Anreiz gibt.

7. Damit ist dem Begriff *due diligence*, komplementär zur Abgabe von Regulierungssouveränität an Private, ein Ausgreifen des Staates auf Regulierungsziele eingeschrieben, die außerhalb seines Territoriums liegen.

Zum einen holen sich so die Staaten ein Stück Handlungskompetenz für die globale Produktion zurück, die sie aufgrund der Souveränität der Produktionsstaaten und nach GATT-Regeln eingebüßt haben. Zum anderen wirken die Industrieländer ein Stück weit auf „failed states“ ein – oder jedenfalls auf die Operationsbedingungen derjenigen Unternehmen, die auf ihren eigenen Territorien inkorporiert sind. Deren Marktbedingungen können sie durch *due diligence* indirekt mitgestalten.

Damit tritt deutlich zutage, dass das Regulierungskonzept von *due diligence* nur unzutreffend als „ökonomisches Instrument des Umweltmanagements“ beschrieben ist. Zwar steht das industrielle Management im Zentrum, seine Wirkung erlangt es aber durch den regulativen Konnex. Kern ist die horizontale Verbindung von Marktbeeinflussung, Kontrollmechanismen und regulativer Sanktion im vertikalen Mehrebenensystem. Die Regulierungsentwicklung steht hier erst ganz am Anfang. Bei aller Kritik an den vorhandenen Regulierungen ist der Weg zum Ausbau und der Weiterentwicklung dieser transnationalen Mechanismen vorgezeichnet. In der Richtung hin zur Internationalisierung sind sie „alternativlos“,⁷¹ allerdings auf vielerlei Weise ausgestaltbar und in jedem Fall verbesserungsfähig. Mit seinem Engagement für die Internationalisierung in der Praxis wird uns der Jubilar hoffentlich in den kommenden Jahren bei dieser Zukunftsaufgabe weiterhin kraftvoll unterstützen.

⁷¹ Von der Gesellschaft für Deutsche Sprache zum „Unwort“ des Jahres 2010 gewählt.

Festschrift für Götz Frank



Der Rechtsstaat
zwischen Ökonomie
und Ökologie

*Festschrift für Götz Frank
zum 70. Geburtstag*

Herausgegeben von
Ernst-Wilhelm Luthe, Ulrich Meyerholt
und Rainer Wolf

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-152800-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen, www.mohr.de

Foto: Carl v. Ossietzky Universität Oldenburg, Wilfried Golletz.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg a.N. gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Stationen im Leben von Götz Frank	VII

I. Das Vorsorgeprinzip als Element des Umwelt- und Ressourcenschutzes

<i>Thomas Heinicke</i> Vom blauen Himmel über der Ruhr. 50 Jahre verfassungspolitischer Diskurs um den Umweltschutz	3
<i>Ulrich Meyerholt</i> Der Wandel des ökologischen Rechtsstaats	23
<i>Gilles Lebreton</i> La démocratie environnementale en France	41
<i>Rainer Wolf</i> Ressourcenschutz durch Vorsorge	53
<i>Ernst-Wilhelm Luthe</i> Das ökologische, gesundheitliche und soziale Existenzminimum und das Vorsorgeprinzip	77
<i>Patrice Gélard</i> Le principe de précaution	109
<i>Christine Godt</i> „Due Diligence“ – Modernes Umweltmanagement oder Regulierungs- verweigerung?	115
<i>Jürgen Taeger und Sabine Seifert</i> Lauterkeitsrechtliche Anforderungen an umweltbezogene Werbung	133

II. Nationale und europäische Staatlichkeit im Wandel

Armelle Renaut-Couteau

Gouvernance économique et légitimité démocratique de l'Union 153

*Aurelia Colombi Ciacchi*The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the Jurisprudence
of the Court of Justice of the European Union 175*Michel Bruno*L'impact du budget de l'Union européenne sur le financement
des politiques publiques 197*Dirk Ehlers und Kristin Vorbeck*

Presserechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Bundesbehörden 223

*Jean-Michel Jude*Les divergences des droits français et allemand de l'insolvabilité
des personnes physiques, facteurs de Forum et Law Shopping
Forum and law shopping because of the divergence between
the French and German insolvency procedures for physical persons 245*Hubertus Kramarz*Schmerzensgeld bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts
im Spiegel der Rechtsprechung 259*Christian Kramarz*Der Europäische Notar und die Bundesnotarordnung.
Der Beruf des deutschen Notars im Lichte der europäischen Dienst-
und Niederlassungsfreiheit 285*Klaus-Frédéric Johannes*Ökonomie und politisch-juristische Theorie im Konflikt anhand
eines Streitfalles unter Philipp dem Schönen 317*Walter Ordemann*

Staat und Recht am Gestade der Jade im 16. und 17. Jahrhundert 323

Bibliographie Götz Frank 347

Autorenverzeichnis 353