

lichen Zusammenhang. Dazu ist der Erfahrungssatz nachzuweisen, dass es immer dann zu menschenrechtswidrigen Zuständen in der Lieferkette kommt, wenn beim Beschaffen durch die Abnehmerunternehmen keine Vertragsbedingungen zur wirksamen Vermeidung der Menschenrechtsverletzungen vereinbart werden, die vertraglichen Einflussmöglichkeiten und die Nachfragemacht der Abnehmer gegenüber den Unternehmen der Lieferkette nicht durchgesetzt werden.

Die gleiche Struktur von Kausalitätsaussagen zwischen Ursache, Wirkung und Erfahrungssatz weisen auch die Maßnahmen zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in der Zulieferkette auf. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 LkSG sind Pläne zur Behebung von Missständen mit dem Unternehmen zu erarbeiten, durch das die Verletzung droht. Auch der Plan zu Abhilfemaßnahmen betrifft Geschehensabläufe in der Zukunft.

Die Qualifizierung als Prognose hilft dabei, methodische Fehler bei der Risikoanalyse und beim Risikomanagement zu vermeiden.⁵⁰

Behauptungen über künftige Menschenrechtsverletzungen oder über die künftige Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen lassen sich aufstellen, ohne dass sie von dem bewiesen werden können, der sie vertritt. Es besteht für Unternehmen auch die Gefahr, durch unbegründete voreilige Äußerungen über angeblich drohenden Menschenrechtsverletzungen in Verdacht zu geraten. Unternehmen werden dadurch gezwungen, den Verdacht zu widerlegen. Risiken über künftige Geschehensverläufe sind erst dann bewiesen, wenn der Schaden durch die Verletzung von Menschenrechten und durch die Unwirksamkeit von Abhilfemaßnahmen eingetreten ist. Nach der Rechtsverletzung und nach dem Schadenseintritt ist es zur Schadensvermeidung durch die Abwendung des Risikos allerdings zu spät. Wenn über die Geltung von Prognosen vor dem Eintritt eines Schadens keine Beweise möglich sind, ist Streit darüber vorprogrammiert, welche der konkurrierenden Prognosen gilt. Je nach Standpunkt und Interessenlage lassen sich deshalb Behauptungen über den Eintritt von Menschenrechtsverletzungen über die Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen aufstellen und von Vertretern gegenteiliger Interessen bestreiten. Der Streit über drohende Menschenrechtsverletzungen und wirksame Abhilfemaßnahmen werden erfahrungsgemäß emotional und von international sowie gesellschaftlich unterschiedlichen Standpunkten aus geführt. Die methodischen Möglichkeiten der Streitentscheidung verdient deshalb besondere Aufmerksamkeit. Die Frage, wie dieser Streit um konkurrierende Prognosen zu entscheiden ist, entspricht der Frage nach der Geltung von Erfahrungssätzen, die die Erkenntnistheorie beantwortet. Jeder Erfahrungssatz gilt nur, solange er nicht widerlegt ist.⁵¹ Die Gültigkeit von Erfahrungssätzen können „täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden.“⁵² Erfahrungssätze lassen sich nicht beweisen (verifizieren), sondern nur widerlegen (falsifizieren). Erfahrungssätze und Theorien gelten nur vorläufig. Ein Erfahrungssatz oder eine Theorie mit dem Anspruch immer und für alle Fälle zu gelten, lässt sich niemals beweisen. Als einzige Möglichkeit zur Auslese unter gleich plausiblen aber widersprüchlichen Erfahrungssätzen vom gleichen künftigen Ereignisverlauf bleibt es, den Erfahrungssatz zu widerlegen anstatt von vornherein nach aussichtslosen Beweisen zu suchen. Für die Geltung einer Behauptung über einen zukünftigen Verlauf ist nach Gegenbeweisen zu suchen.⁵³ Erfahrungssätze liefern nur vorläufiges Wissen.⁵⁴

Aus der Rechtsprechung ist bekannt, dass Erfahrungswissen sich immer nur auf den neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet.⁵⁵

Aus dieser Erkenntnis zur Qualität von Prognosen ist für die Entscheidung über wirksame Präventions- und Abhilfemaßnahmen darauf zu achten, dass alle verfügbaren Erfahrungen über mögliche Menschen-

rechtsverletzungen und die möglichen wirksamen Abhilfemaßnahmen zu ermitteln sind, weil kein menschenrechtliches Risiko und keine wirksame Abhilfemaßnahme im Zeitpunkt der Entscheidung übersehen werden darf. Es besteht nämlich das Risiko, dass im Nachhinein gegnerische Anwälte nach dem Schadenseintritt oder nach verfehlten Abhilfemaßnahmen feststellen, dass im Zeitpunkt der Entscheidung Risiken und Abwendungsmaßnahmen übersehen wurden, um daraus den Vorwurf des Organisationsverschuldens zu begründen. Wenn alle Informationsquellen nach Erfahrungen auszuschöpfen sind,⁵⁶ bedeutet dies, dass auch alle konkurrierenden Gegenmeinungen über die Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen und menschenrechtlichen Risiken zu erfassen und auf ihre Geltung zu überprüfen, das heißt zu falsifizieren sind. Im Zivilprozess werden Gegenbeweise von Anspruchstellern erbracht, wenn es um die Geltung von Prognosen im Zeitpunkt der Entscheidung geht, was immer dann der Fall ist, wenn bewiesen werden muss, dass die Rechtsverletzung und der Schadenseintritt hätte vorhergesehen und abgewendet werden können. Es besteht die Gefahr, dass Richter aus der Vergangenheit die Zukunft voraussagen. Es gilt den hindsight bias, den Rückschaufehler, zu vermeiden.⁵⁷

Vier Fälle sind denkbar, jeweils zutreffende oder unzutreffende Schadensprognosen oder wirksame oder unwirksame Schutzmaßnahmen.

Sind alle zum Zeitpunkt der Entscheidung verfügbaren Erfahrungssätze zu Menschenrechtsverletzungen und Abhilfemaßnahmen erfasst, sind sie im Rahmen eines Falsifikationsverfahrens Widerlegungsversuchen auszusetzen. Nicht Beweise, sondern Gegenbeweise sind zu sammeln, vergleichbar mit einem späteren Zivilverfahren nach einem Schadenseintritt. Wer nach Beweisen sucht, obwohl Beweise über künftige Geschehensverläufe unmöglich sind, unterliegt dem Confirmation Bias,⁵⁸ einem vermeidbaren Entscheidungsfehler. Zu empfehlen ist, nach dem Vorbild des „Advocatus diaboli“ eine Funktion mit der Aufgabe zu institutionalisieren, mögliche und denkbare Gegenbeweise vorwegzunehmen und sie zu entkräften.⁵⁹

ee) Die Risikoanalyse nach der Rechtsprechung

Alle Fehlerquellen bei Risikoanalysen und dem Risikomanagement lassen sich an der IKB-Entscheidung beispielhaft und anschaulich nachvollziehen.⁶⁰

Das OLG Düsseldorf zieht Lehren in seiner IKB-Entscheidung aus dem Verlauf der Finanzkrise des damaligen Verhaltens des Geschäftsführers der IKB Cam für das Risikomanagement, wenn es als erstes fordert, alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen und keinen Erfahrungssatz zu übersehen, um alle Risiken zu erfassen und über wirksame Abhilfen gegen Risiken zu entscheiden. Übersehen

50 BT-Drucks. 19/28649, S. 44 zu § 5 Abs. 1.

51 Popper, Logik der Forschung, 4. Auflage, 1971, S. 61.

52 Stein, Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, 1893, S. 19, 29, 30; Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 80. Auflage 2022, Vorbemerkung zu § 284, Rn. 22; Nobler, in: Anders/Gehle, ZPO, 80. Auflage, 2022, § 546, Rn. 12.

53 Fischer, Lexikon der Erkenntnistheorie, 2013, S. 64–68.

54 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Auflage, Anm. 316.

55 BVerfGE 48, 89, 143 – Kalkar-Beschluss.

56 OLG Düsseldorf, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung.

57 Kuhlen, in: Jung, Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 358, 360; Rack, CB 2014, 145.

58 Rack, CB 2014, 190.

59 Hank, Die Loyalitätsfalle, S. 173; Rack, CB 2014, 193.

60 OLG Düsseldorf, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung.

hatte der Geschäftsführer der IKB Tochter die Erfahrung, dass es international zu Blasenbildungen am Immobilienmarkt und zur Überbewertung und dem darauffolgenden Crash der besicherten Wertpapiere schon mehrfach gekommen war. Im Nachhinein hat das OLG zu Recht den Vorwurf erhoben, der Geschäftsführer habe nicht alle Informationsquellen ausgeschöpft.

Der konkurrierende Erfahrungssatz über das später eingetretene Crash-Risiko wurde übersehen und der Wertpapierbestand dem Risiko des Wertverfalls in Höhe von 24 Mrd. EUR vom IKB-Geschäftsführer ausgesetzt.

Übersehen wurde außerdem die Struktur von Erfahrungssätzen, dass sie standpunktabhängig und interessengeleitet zustande kommen. Die Ratingagenturen, auf die sich der IKB-Geschäftsführer berief, hatten ein eigenes Interesse, den Erfahrungssatz zu vertreten, es bestehe kein Anlagerisiko, weil sie hohe Gewinne aus der Bewertung der riskanten Wertpapiere erzielten und die Gegenansicht zum Risiko vom drohenden Crash nicht in die Frage nach der Geltung einbezogen.

Weil schließlich die Erfahrung über international bekannte Immobilienblasen und über den Wertverfall von Wertpapieren bei dem Erfassen aller verfügbaren Erfahrungen nicht einbezogen wurden, kam es schon gar nicht zu der Frage, welche der konkurrierenden Theorien über den künftigen Geschehensverlauf gelten soll. Die Prognose der Ratingagenturen über das Nullrisiko hätte schon im Zeitpunkt der Anlageentscheidung widerlegt werden können und durch die Erfahrung aus vergangenen Finanzkrisen aufgrund des Preisverfalls von Immobilien und Wertpapieren.

Als Zwischenergebnis ist zur Fehlervermeidung bei Analyse und Management von Risiken festzuhalten. Alle konkurrierenden Prognosen sind zu erfassen. Wenn Prognosen erstens Theorien über künftige Entwicklungen darstellen und deshalb nur als vorläufiges Wissen gelten müssen, bedeutet dies für die Frage der Geltung konkurrierender Prognosen, sie laufend mit dem aktuellen Erfahrungswissen zu vergleichen, an der Wirklichkeit zu messen und dabei alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen und zwar insbesondere im Rahmen von widerkehrenden Kontrollen, die Erfahrungssätze und Prognosen Widerlegungsversuchen auszusetzen und gegebenenfalls korrigierend laufend anzupassen.

Die verwendeten Prognosen über drohende Menschenrechtsverletzungen und über die Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen sind in ständigen Evaluierungsverfahren auf ihre jeweils aktuelle Wirksamkeit zu kontrollieren, insbesondere ob Abhilfemaßnahmen so wirksam sind, wie es ursprünglich angenommen wurde und ob das eigene Einkaufsverhalten menschenrechtswidrige Wirkungen hat.

Wenn zweitens Prognosen von Eigeninteressen und interessengeleiteten Standpunkten ihrer Vertreter abhängen, bedeutet dies für die Frage der Geltung konkurrierender Prognosen, die beteiligten Interessen der Vertreter einer Prognose auf verborgene Interessenkonflikte kritisch zu hinterfragen und den Einfluss des persönlichen Interesses der Vertreter einer Prognose bei Fragen ihrer Geltung zu berücksichtigen.

c) Presseinformationen über Menschenrechtsverletzungen und Abhilfemaßnahmen als Informationsquellen

Wenn Unternehmen in einem ersten Verfahrensschritt zum Risikomapping alle verfügbaren Informationsquellen ausschöpfen, bieten sich zunächst die Presse als auch die abgefragten Informationen von den Partnern der Lieferkette an. Aus Presseberichten lassen sich Erfahrungssätze gewinnen. Die aktuelle Presse berichtet vermehrt unter dem Titel „Kaffee aus Kinderhand“ über Kinderarbeit der Kakao- und Kaffeeernte,⁶¹ dass 1,6 Mio. Kinder im Anbau und der Ernte von Kakao

in Ghana und der Elfenbeinküste beschäftigt sind, woher zwei Drittel aller Kakaobohnen beschafft werden. Berichtet wird außerdem, dass Bauern an der Elfenbeinküste auf ein Jahreseinkommen von 2.000 CHF kommen und der angemessene Lebensstandard 6.400 CHF im Jahr beträgt.⁶² Zwei Mio. Kleinbauern leben unterhalb der Armutsgrenze und sind auf Kinderarbeit angewiesen, weil sie sich keine erwachsenen Hilfsarbeiter leisten können. Aus der zitierten Presse ergibt sich außerdem, dass die Ernte von 160.000 Bauernfamilien eingebracht wird und 18.000 Fälle von Kinderarbeit in der eigenen Lieferkette eines großen Schokoladenherstellers entdeckt wurden. Berichtet wird außerdem in der Presse über die Kobaltminen im Kongo, in denen 40.000 Kinder und Kleinbergbauern beschäftigt werden.⁶³

Auch über Abhilfemaßnahmen der Abnehmerunternehmen berichtet die Presse. Die Barry Callebaut AG hat sich auf den Druck von Menschenrechtlern freiwillig bereit erklärt, bis 2025 Kinderarbeit in den eigenen Lieferketten zu vermeiden. Freiwillig haben sich Schokoladenhersteller wie Nestlé zu zusätzlichen Sonderzahlungen von 500 CHF an 10.000 Kakaobauern bereiterklärt und zwar unter der Voraussetzung, dass alle Kinder im Haushalt bis zum Alter von 16 Jahren die Schule besuchen, dass neue landwirtschaftliche Praktiken eingeführt werden, die Klimaresistenz der Kakaobäume über die Anpflanzung von Schattenbäumen erhöht wird, das Einkommen durch den Anbau anderer Nutzpflanzen oder durch Tierhaltung diversifiziert werden. Berichtet wird außerdem, dass erst 51% der Kakaolieferungen zurückverfolgt werden und die Zuweisung erschwert. Nestlé verdreifacht nach Presseberichten seine jährlichen Ausgaben für nachhaltigen Kakaoanbau und investiert bis 2023 insgesamt 1,3 Mrd. CHF, ohne dass sich diese höheren Kosten auf die Gewinnmarge auswirken sollen.

d) Interessengegensätze und Marktmachtverhältnisse in Lieferketten

Jedes Unternehmen ist auf Gewinne angewiesen. Vorstände und Geschäftsführer haben eine Gewinnerzielungspflicht und sind schon deshalb an der kostengünstigsten Beschaffung durch Zulieferer interessiert und verpflichtet.⁶⁴ Je stärker die Nachfragemacht von Abnehmerunternehmen und je größer der Wettbewerb der Zulieferer untereinander ist, umso höher ist das Risiko, dass Zuliefererunternehmen zu ruinösen Bedingungen anbieten müssen. Wenn Zuliefererfirmen oder Einzelpersonen wie etwa Kakao- und Kaffeebauern aus der internationalen Lieferkette gezwungen sind, um jeden Preis ihre Leistung wegen zum Beispiel eines Überangebots auch unter einer das Existenzminimum nicht zu deckenden Gegenleistung anzubieten, kann es zu Menschenrechtsverletzungen kommen, die wiederum für viele Unternehmen nicht nur von Vorteil sind, sondern den Nachteil eines unkalkulierten Reputationsrisikos darstellen können.⁶⁵ Auch Zulieferer können ihre Anbietermacht im Single-Source-Verhältnis ausnutzen, um in Zulieferverträgen den Schutz von Menschenrechten und Umwelt zu vernachlässigen.

61 FAZ v. 4.3.2020, S. 19.

62 FAZ v. 28.1.2022, S. 23 „Geld gegen Kinderarbeit“.

63 FAZ v. 31.3.2020, S. 12 „Wie ethisch kann Kobalt sein?“, FAZ v. 29.5.2021, S. 40 „Das Problem der Batterien“.

64 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 39–41, Eine ausdrückliche Regelung zur Gewinnmaximierung fehlt im AktG, wird aber aus §§ 58 Abs. 4, 174, 254 und § 3 AktG hergeleitet.

65 BT-Drucks. 19/28649, S. 23.