

European Legal Studies Institute Osnabrück
Research Paper Series

No. 22-02

Leonhard Hübner

Nachhaltigkeit in der Lieferkette

November 2022

The Research Paper Series is edited by Christoph Busch, Oliver Dörr, Thomas Groß, Leonhard Hübner, Hans Schulte-Nölke, Fryderyk Zoll and provides access to research by scholars of the European Legal Studies Institute Osnabrück.
All papers in this series can be accessed at: elsi.uni-osnabrueck.de

Nachhaltigkeit in der Lieferkette

Prof. Dr. Leonhard Hübner M.Jur. (Oxford)*

A. „Das dümmste Gesetz“

Der Fokus des Beitrags liegt auf einem Rechtsakt, der als das „dümmste Gesetz, das von der Großen Koalition verabschiedet wurde“, bezeichnet wurde. So lautete das Fazit von Oliver Zander, Hauptgeschäftsführer vom Arbeitgeberverband Gesamtmetall, zum LkSG.¹ Ebenso wurde deutlich Gerhard Handke, Hauptgeschäftsführer des Außenhandelsverbandes BGA: „Ich bin entsetzt darüber, was die Große Koalition hier vorgelegt hat“.² Schließlich äußerte auch BDA-Chef Kramer deutliche Kritik: Er habe „[S]elten einen Gesetzentwurf gesehen, der so weltfremd ist“; es handele sich um ein „bürokratisches Monster“.³

Was muss das für ein Gesetz sein, dass die deutsche Wirtschaft derart in Rage versetzt? Möglicherweise lohnt sich ein genauerer Blick.

B. Nachhaltigkeit in der Lieferkette als Thema

Bevor wir *in medias res* gehen, ein kleiner Umweg zu unserem Generalthema:

Warum sprechen wir hier von Nachhaltigkeit in Lieferketten?

Allein deshalb, weil die Kommission im März dieses Jahres einen Entwurf für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit vorgelegt hat.⁴

Bei dieser Richtlinie handelt es sich um eine Art Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz auf

* Professor of Law at the European Legal Studies Institute, University of Osnabrück. Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Osnabrück. Der Verf. dankt Herrn Dr. *Markus Lieberknecht*, LL.M. (Harvard) und Herrn *Marius Schulte-Hullern* für wertvolle Hinweise und Unterstützung bei Abfassung des Beitrags.

¹ <https://www.gesamtmetall.de/aktuell/beitraege/ein-buerokratiemonster-aehnlich-wie-die-datenschutz-grundverordnung> (zuletzt abgerufen am 21.11.2022)

² <https://presse-augsburg.de/wirtschaftsverbaende-kritisieren-weiterhin-lieferketten-gesetz/727486/> (zuletzt abgerufen am 21.11.2022)

³ <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/interview-bda-chef-kramer-zum-lieferkettengesetz-selten-einen-gesetzentwurf-gesehen-der-so-weltfremd-ist/26210532.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2022)

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937.

europäischer Ebene.⁵ Dieses – so viel sei vorab verraten – orientiert sich am deutschen LkSG⁶, weshalb sich der Beitrag zunächst darauf fokussiert.

C. Überblick über das LkSG

I. Skizze des LkSG

Seinem Inhalt handelt es sich bei dem LkSG um den ersten deutschen Rechtsakt⁷, der Unternehmen zur Einhaltung der Menschenrechte in ihrem Geschäftsbereich (gemeint ist wohl der Konzern⁸) und in ihrer Lieferkette verpflichtet.⁹

In seinem persönlichen Anwendungsbereich erstreckt sich das LkSG auf Unternehmen mit Sitz in Deutschland, die mehr als 3.000 Arbeitnehmer im Inland haben.¹⁰ Ab 2024 sinkt die Schwelle auf 1.000 Arbeitnehmer herab, § 1 I 3. Die Zahl der erfassten Unternehmen dürfte in der Folge von ca. 3.000 auf ca. 4.800 steigen.¹¹

Ziel ist es, bestimmte menschen- und umweltrechtliche Risiken in der Lieferkette zu minimieren.¹² Als Beispiele gelten Verbot der Zwangsarbeit, von Kinderarbeit, der Zahlung unangemessener Löhne, von Zwangsräumungen und von bestimmten Formen der Umweltverschmutzung.¹³

Kern des LkSG sind die sog. Sorgfaltspflichten, die in § 3 Abs. 1 enumerativ aufgeführt sind und in den anschließenden Normen ausbuchstabiert werden.¹⁴ Dabei nimmt das LkSG in weiten Teilen auf völkerrechtliche Übereinkommen beispielsweise der International Labour Organisation Bezug.¹⁵ Daraus sollen sich die geschützten Menschenrechte bzw. negativ gewendet die verbotenen Menschenrechtsverletzungen ergeben.¹⁶

⁵ Dieser Schluss liegt nahe: In der Begründung zum Richtlinienentwurf wird in Fn. 3 explizit, neben anderen, Bezug auf die *loi de vigilance* in Frankreich und das LkSG in Deutschland bezuggenommen.

⁶ Neben diesem, wie vorab benannt, auch an der *loi de vigilance* ausweislich der Begründung des RL-E.

⁷ Anknüpfend an einem „nationalen Aktionsplan“, abrufbar unter <https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/wirtschaft-menschenrechte.html>.

⁸ Vgl. *Hübner/Habrigh/Weller*, Corporate Sustainability Due Diligence, NZG 2022, 644 (647) Fn. 48.

⁹ *Hübner/Habrigh/Weller*, NZG 2022, 644 (647).

¹⁰ Vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 LkSG.

¹¹ Vgl. *Schmelzeisen* in Gehling/Ott (Hrsg.), LkSG § 1 Rn. 3; BT-Drs. 19/28649, 26.

¹² <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/gesetz-unternehmerische-sorgfaltspflichten-lieferketten.html>.

¹³ Ausführlich in § 2 LkSG aufgeführt.

¹⁴ Vgl. auch dazu *Hübner/Habrigh/Weller*, NZG 2022, 644 (647); die entsprechende Norm findet sich im RL-E in dessen Art. 4.

¹⁵ *Sagan/Schmidt*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, NZA-RR 2022, 281 (281).

¹⁶ Zum Pauschalverweis auf eben diese Übereinkommen vor allem *Krebs*, ZUR 2021, 394 (399).

Diese Regelungstechnik ist problematisch.¹⁷ Das liegt erstens daran, dass die betreffenden Normen Staaten adressieren und keine privaten Akteure und deshalb zum Teil inhaltlich unpassend erscheinen. Zweitens sind sie oft stark konkretisierungsbedürftig. Und drittens können sich Friktionen mit dem Recht des ausländischen Produktionsstaates ergeben. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der betreffende Staat bestimmte Menschenrechtsabkommen bewusst nicht ratifiziert hat oder sogar selbst Menschenrechte verletzt.¹⁸

Von zentraler Bedeutung für das Verständnis des Pflichtenprogramms ist der Umstand, dass es sich um Bemühenspflichten¹⁹ handelt, französisch: *obligation des moyens*; die Unternehmen trifft also keine Erfolgsverhinderungspflicht.²⁰

Die Reichweite der Pflichten erstreckt sich auf drei Stufen:

Erstens auf den Konzern (eigenen Geschäftsbereich), zweitens auf den unmittelbaren Zulieferer, mit dem eine direkte Vertragsbeziehung besteht, und drittens bei substantiellen Hinweisen auf etwaige Risiken auch auf die mittelbaren Zulieferer.²¹

Im Wesentlichen orientieren die Pflichten sich an klassischen Compliance-Vorgaben. Notwendig ist u.a. die Einrichtung eines Risikomanagements, die Durchführung regelmäßiger Risikoanalysen, die Verankerung von Präventionsmaßnahmen, das Ergreifen von Abhilfemaßnahmen oder die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens.²² Eine weitere Abmilderung der Sorgfaltspflichten ergibt sich daraus, dass die Pflichten unter einem Angemessenheitsvorbehalt gemäß § 3 Abs. 2 LkSG stehen.²³

Zentral für das Verständnis der Angemessenheit im LkSG ist, dass das Gesetz einen risikobasierten Ansatz verfolgt, wie er auch sonst im Bereich der Corporate Compliance üblich ist.²⁴ „Welche Intensität des Pflichtenprogramms von den Betroffenen verlangt werden kann, um noch „angemessen“ zu sein, wird vom individuellen Risikoprofil abhängen.“²⁵

¹⁷ Eingehender *Gehling/Ott/Lüneborg*, Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis, CCZ 2021, 230 (232): Durch diese Regelungstechnik sei dem betroffenen Compliance-Management „Sisyphus-Arbeit“ aufgebürdet.

¹⁸ Vgl. zu diesem Abschnitt *Krebs*, ZUR 2021, 394 (398).

¹⁹ Näher *Charnitzky/Weigel*, Die Krux mit der Sorgfalt, RIW 2022, 12 (17); Vgl. auch *Sagan/Schmidt*, NZA-RR 2022, 281 (282).

²⁰ Vgl. *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 12 (17).

²¹ Vgl. *Hübner/Habrigh/Weller*, NZG 2022, 644 (647); *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 12 (13).

²² Ähnlich *Fleischer*, Grundstrukturen der Lieferkettenrechtlichen Sorgfaltspflichten, CCZ 2021, 205 (211); *Kramme/Ponholzer*, in: Berg/Kramme, LkSG, 2023, § 3 Rn. 7.

²³ Hierzu ausführlich *Wagner/Rutloff*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Eine erste Einordnung, NJW 2021, 2145 (2146).

²⁴ Zur Einordnung *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 12 (19); *Hübner/Habrigh/Weller*, NZG 2022, 644 (645f.); *Gehling/Ott/Lüneborg* CCZ 2021, 230 (233 f.); *Kramme/Ponholzer*, in: Berg/Kramme, LkSG, 2023, § 3 Rn. 13.

²⁵ So *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 12 (19).

Aus der Formulierung des § 3 Abs. 2 LkSG folgen wenigstens zwei Punkte:

Erstens ist es Unternehmen damit ein beschränkter Handlungsspielraum eingeräumt, welche Risiken zu priorisieren sind.²⁶ Zweitens geht es um die Fokussierung auf die wahrscheinlichen, schwerwiegenden und beeinflussbaren Risiken. Dies folgt letztlich auch aus § 5 Abs. 2 LkSG.²⁷

II. Anwendungsfall: Xinjiang-Papers

Um die Problemlagen deutlicher herauszustreichen, sollen die Anwendung des LkSG anhand eines fiktiven, aber realitätsnahen Szenarios konkretisiert werden.

Der in Deutschland ansässige Autohersteller VW betreibt ein Werk in Xinjiang, einer Provinz in China, in der es vermehrt zu nachgewiesener Zwangsarbeit der in China systematisch unterdrückten muslimischen Volksgruppe der Uiguren kommt.²⁸ Das Werk hat für VW keine zentrale Bedeutung für die Produktion.²⁹ Das Werk ist aber Gegenstand einer informellen Vereinbarung mit der chinesischen Regierung, um deren guten Willen bei der Durchdringung des chinesischen Marktes sicherzustellen.³⁰ Es soll unterstellt werden, dass es sich um verbotene Zwangsarbeit i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 3 LkSG handelt.

Welche Maßnahmen muss VW jetzt ergreifen?

1. § 7 LkSG als Grundlage für Abhilfemaßnahmen

Normative Grundlage für mögliche Abhilfemaßnahmen im Fall unmittelbar bevorstehender oder bereits eingetretener Menschenrechtsverletzungen ist § 7 LkSG. Danach gilt grundsätzlich das Prinzip „Befähigung vor Rückzug“.³¹ Das heißt, zahlreiche Maßnahmen sind grundsätzlich vorzunehmen, bevor Unternehmen sich zurückziehen müssen (§ 7 Abs. 1-3 LkSG).³² Insbesondere die Absätze 2 und 3 sind Ausdruck des Angemessenheitsvorbehalts.

²⁶ Vgl. *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 12 (16); *Kramme/Ponholzer*, in: Berg/Kramme, LkSG, 2023, § 3 Rn. 12; *Wagner/Ruttloff*, NJW 2021, 2145 (2147).

²⁷ *Grabosch* in Grabosch (Hrsg.), Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, § 2 Rn. 40.

²⁸ <https://www.handelsblatt.com/politik/international/xinjiang-police-files-datenleak-zeigt-ausmass-von-chinas-unterdrueckung-der-uiguren/28370714.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2022)

²⁹ Vgl. Geschäftsbericht der Volkswagen AG aus dem Jahr 2021, abrufbar unter https://www.volkswagen.com/de/InvestorRelations/news-and-publications/Annual_Reports.html (22.11.2022) insb. S. 38ff.

³⁰ Vgl. <https://www.spiegel.de/auto/aktuell/uiguren-in-china-warum-volkswagen-ein-werk-in-xinjiang-ggebaut-hat-a-1298154.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2022)

³¹ Vgl. *Ehmann/Berg*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG): ein erster Überblick, GWR 2021, 287 (290).

³² Man kann auch von einer „dynamischen“ Regelung sprechen: *Sagan/Schmidt*, NZA-RR 2022, 281 (287).

Im eigenen Geschäftsbereich im Ausland müssen regelmäßig Abhilfemaßnahmen zu einer Beendigung der Verletzung führen, wie sich aus § 7 Abs. 1 S. 4 LkSG ergibt. Die Sorgfaltpflicht hat damit hier ausnahmsweise nicht den Charakter einer Bemühens-, sondern einer Erfolgsverhinderungspflicht.³³ Das ist bemerkenswert, wenn man bedenkt, dass der eigene Geschäftsbereich auch Tochter- und Enkelgesellschaften umfasst, also diverse Stufen von der Konzernleitung entfernt sein kann.

Erst wenn vorläufige Maßnahmen nicht verfangen, kann unter den bestimmten Voraussetzungen ein Abbruch der Geschäftsbeziehung mittelfristig gemäß § 7 Abs. 3 LkSG erforderlich werden. Aus Sicht des Gesetzgebers handelt es sich bei dem Abbruch der Geschäftsbeziehung allenfalls um eine *ultima ratio*.³⁴ Im Fall von Xinjiang sind Menschenrechtsverletzungen in bestimmten Sektoren wie der Baumwollproduktion nach manchen Berichten so endemisch, dass man auf Zulieferebene womöglich ein Abbruch nicht nur einzelner Geschäftsbeziehungen, sondern sogar ein Ende von Geschäftsbeziehungen in die Region bzw. des Bezugs von Produkten aus der Region fordern könnte. In unserem VW-Beispiel dürfte es hingegen eher um eine hinreichend engmaschige Kontrolle der konkreten Produktionsstätten gehen.

2. Anforderungen an die Abhilfemaßnahmen

Die Anforderungen an die Angemessenheit der Abhilfemaßnahmen i.S.v. § 7 Abs. 1 Abs. 1 LkSG lässt sich wie folgt darstellen:

Im Hinblick auf **Art und Umfang der Geschäftstätigkeit** sind als pflichtschärfende Faktoren i.S.v. größeren Anstrengungen folgende Gesichtspunkte relevant: Die Autoproduktion von VW ist nicht per se vom geographischen Standort Xinjiang abhängig. Das Werk hat keine zentrale Bedeutung für die Produktion.

Pflichtmildernd ist hingegen zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Auto um ein komplexes Produkt handelt, das aus zahlreichen Einzelteilen besteht. Zudem ist die Bedeutung des chinesischen Marktes für VW einzupreisen: Im Jahr 2021 war die Volkswagen Gruppe mit 3,3 Mio. verkauften Fahrzeugen Marktführer in China und verfügte über einen Marktanteil von 16%.³⁵ Dies zeigt die starke Abhängigkeit von staatlichem „Goodwill“, gerade in einem autoritär regierten Staat mit rechtsstaatlichen Defiziten. Das offensive Vorgehen eines

³³ So auch insbesondere *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 12 (17).

³⁴ Vgl. *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 12 (16); *Sagan/Schmidt*, NZA-RR 2022, 281 (288).

³⁵ Vgl. Geschäftsbericht der Volkswagen AG aus dem Jahr 2021, abrufbar unter https://www.volkswagen.com/de/InvestorRelations/news-and-publications/Annual_Reports.html (22.11.2022).

westlichen Unternehmens gegen die staatlich orchestrierten Menschenrechtsverletzungen in Xinjiang berührt einen politisch hochsensiblen Punkt und könnte an anderer Stelle empfindliche wirtschaftliche Konsequenzen haben.

Allgemein kann man sich fragen: Möchte das LkSG Unternehmen auf **Konfrontationskurs** mit Produktionsstaaten bringen, die durch ihr Recht oder ihre gelebte Regierungspraxis Menschenrechte verletzen? Das Gesetz legt sich dazu nicht fest. Den Schutzzweck des LkSG würde es zweifellos fördern, deutschen Unternehmen auch Konflikte mit Produktionsstaaten abzuverlangen, die Menschenrechte verletzen. Allerdings sollten die Normen des LkSG nicht einseitig mit dem Ziel maximalen Menschenrechtsschutzes ausgelegt werden, sondern auch mit Blick auf die Situation der Unternehmen und den Respekt vor der Souveränität des Produktionsstaates. Jedenfalls letzteres muss für eine angemessene Lösung unseres Beispielfalls hinreichend beachtet werden.

Insoweit scheint auch das BMZ eine eher konziliante Linie zu verfolgen und stellt in einer Handreichung fest: „Es wird von keinem Unternehmen verlangt, die rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen im Partnerland zu verändern.“³⁶ Dies unterstreicht, dass der Fokus des LkSG eher auf der Verhinderung von Verstößen durch Unternehmen liegt als auf der Verhinderung staatlicher Repression. Die Grenze zwischen beiden Aspekten verläuft indes, wie auch unser Beispiel zeigt, nicht immer trennscharf; zudem lässt das LkSG in seiner aktuellen Form Spielraum in beide Richtungen.

Hinsichtlich des **Einflussvermögens des Unternehmens** ist zu differenzieren: Im Werk selbst, also im eigenen Geschäftsbereich, muss VW etwaige Menschenrechtsverletzungen umgehend abstellen.³⁷ Einschränkend gilt, dass es sich bei in China residierenden Tochtergesellschaften von ausländischen Unternehmen regelmäßig um Joint-Ventures handelt³⁸; der Einfluss auf Joint-Venture-Partner erscheint im Einzelfall fraglich, zumal häufig Parteivertreter in den Boards der chinesischen Joint-Venture-Partner sitzen.³⁹

³⁶ „Fragen und Antworten zum Lieferkettengesetz“ als PDF abrufbar unter <https://www.bmz.de/de/themen/lieferkettengesetz> (zuletzt am 15.11.2022).

³⁷ Zu dem abgestuften Konzept nach Grad des Einflussvermögens eingehender *Gehling/Ott/Lüneborg*, CCZ 2021, 230 (233f.).

³⁸ Vgl. Geschäftsbericht der Volkswagen AG aus dem Jahr 2021, abrufbar unter https://www.volkswagen.com/de/InvestorRelations/news-and-publications/Annual_Reports.html (22.11.2022)

³⁹ Vgl. *Wirtschaftswoche*, 11.8.2017, KP drängt in ausländische Unternehmen und Joint Ventures, abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/politik/ausland/china-kp-draengt-in-auslaendische-unternehmen-und-joint-ventures/20171568.html> (22.11.2022).; jüngst *Handelsblatt*, „Besorgniserregendes Ausmaß“ – Scharfe Kritik an Einflussversuchen Pekings bei deutschen Unternehmen, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/china-besorgniserregendes-ausmass-scharfe-kritik-an-einflussversuchen-peking-bei-deutschen-unternehmen/28781452.html> (22.11.2022).

Anders liegt der Fall für die unmittelbaren Zulieferer. Gegenüber diesen gelten die Sorgfaltpflichten als Bemühenspflichten.⁴⁰ Hier besteht ein Bedürfnis, möglichst weitreichende vertragliche Vorsorge zu treffen und etwaige vertragliche Rechte durchzusetzen.⁴¹

Für mittelbare Zulieferer dürfte hingegen ein sehr geringer Einfluss anzunehmen sein. Relevant wird dies ohnehin nur bei substantiiertem Kenntnis (§ 9 Abs. 3 LkSG).⁴² Oftmals werden die mittelbaren Zulieferer auch nicht bekannt sein. Vergleichbar erscheint ein Einfluss auf staatliche Akteure zumeist ausgeschlossen.

Mit Ausnahme des eigenen Geschäftsbereichs und je nach Vertragsgestaltung gegenüber den unmittelbaren Zulieferern liegt daher eher ein geringeres Einflussvermögen nahe.

Hinsichtlich der **typischerweise zu erwartenden Schäden** ist zu bemerken, dass die Zwangsarbeit durch die Volksgruppe der Uiguren feststeht.⁴³ Da die tatsächlichen und ordnungspolitischen Rahmenbedingungen am Produktionsort schwach zu sein scheinen, führt dies zu einer Pflichtenschärfung.

Betreffend die **Art des Verursachungsbeitrags** ist – wie oben – zu unterscheiden: Bei eigener Tätigkeit sind die Anforderungen deutlich schärfer als bei der Inanspruchnahme von Leistungen lokaler Zulieferer.⁴⁴

Vor diesem Hintergrund entfaltet sich für das deutsche Unternehmen eine große Bandbreite an möglichen Handlungspflichten. Von der konsequenten Abhilfe bis hin zum Rückzug aus der Region ist alles faktisch möglich. Letzterer ist aber mit beträchtlichem politischem und wirtschaftlichem Flurschaden verbunden. Eine Gefahr lässt sich im eigenen Betrieb bei geeigneter Organisation regelmäßig ausschließen. In der restlichen lokalen Lieferkette bliebe die Gefahr der Zwangsarbeit substantiell. Eine wirksame Abhilfe erscheint insoweit zwar deutlich schwieriger, wobei Bemühungen aber nicht aussichtslos sind. Ein Einwirken auf Dritte ist allerdings ebenfalls politisch nicht opportun.

⁴⁰ Charnitzky/Weigel, RIW 2022, 12 (17); Sagan/Schmidt, NZA-RR 2022, 281 (282).

⁴¹ So auch Charnitzky/Weigel, RIW 2022, 12 (17); Ehmann/Berg, GWR 2021, 287 (289).

⁴² Vgl. Gehling/Ott/Lüneborg, CCZ 2021, 230 (237); Sagan/Schmidt, NZA-RR 2022, 281 (287).

⁴³ Vgl. Fn. 28, 30.

⁴⁴ Vgl. Ehmann/Berg, GWR 2021, 287 (293); Charnitzky/Weigel, RIW 2022, 12 (17); Sagan/Schmidt, NZA-RR 2022, 281 (282).

3. Rechtsfolgen für das Unternehmen

In der Rechtsfolge ist – entgegen anderslautenden Stimmen – ein sofortiger Rückzug nicht angezeigt, bevor weniger invasive Bemühungen gescheitert sind.⁴⁵ Um den Anforderungen der Angemessenheit zu genügen, ist ein sofortiger Ausschluss jeglicher Menschenrechtsverletzungen im Werk erforderlich.⁴⁶ Es besteht damit ein Zwang zur Ausübung vertraglicher Weisungsrechte im Vertragskonzern oder zur Ausübung der Stimmrechte im Rahmen der Mehrheitsbeteiligung im faktischen Konzern oder zumindest im Joint-Venture-Unternehmen die zur Verfügung stehenden Stimmrechte entsprechend geltend zu machen.

Komplexer erscheint die Situation gegenüber unmittelbaren Zulieferern aus der Region. Zunächst sind vertragliche Rechte (z.B. Zusicherungen, ggf. Vertragsstrafen oder Inspektionsrechte) auszuüben.⁴⁷ Ferner muss sich das Unternehmen bemühen, derartige Rechte in zukünftigen Verträgen zu verankern.⁴⁸ Allerdings stellt sich die Frage, zu welchem wirtschaftlichen Preis dies geschehen soll. Vertragspartner, die wissen, dass deutsche Unternehmen solche Klauseln in den Vertrag verhandeln müssen, könnten und werden sich diese teuer bezahlen lassen, sofern sie die Klauseln überhaupt akzeptieren.⁴⁹ Allerdings dürften diese Rechte nicht immer durchzusetzen sein; dies hängt vielmehr von der „Verhandlungsmacht“ in der konkreten Vertragsbeziehung ab.

Zudem bedarf es der Androhung der Kündigung der Vertragsbeziehung.⁵⁰ Dies kann gerade bei Altverträgen, die noch nicht die Anforderungen des LkSG reflektieren, zu Gegenansprüchen aus Schadensersatz führen. Auch sonst droht der Verlust von Geschäftschancen und sogar ganzer Absatzmärkte.

Ob sich das Werk dauerhaft LkSG-konform betreiben lässt, ist damit unklar. Klar erscheint hingegen, dass ein sofortiger Abbruch der Geschäftsbeziehung weder wirtschaftlich

⁴⁵ So auch *Brouwer*, Noch viele Rechts- und Auslegungsfragen zum Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Hinweise zum VCI-Diskussionspapier zur Umsetzung des LkSG, CCZ 2022, 137 (144); *Lutz-Bachmann/Vorbeck/Wengenroth*, Menschenrechte und Umweltschutz in Lieferketten – Der Regierungsentwurf eines Sorgfaltspflichtengesetzes, BB 2021, 906 (910); vgl. auch *Kramme/Ponholzer*, in: Berg/Kramme, LkSG, 2023, § 7 Rn. 36.

⁴⁶ *Sagan/Schmidt*, NZA-RR 2022, 281 (288); *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 12 (15f.)

⁴⁷ *Charnitzky/Weigel*, RIW 2022, 12 (16); *Ott* in Gehling/Ott (Hrsg.), LkSG § 7 Rn. 60ff.

⁴⁸ Ausführlich *Ott* in Gehling/Ott (Hrsg.), LkSG § 6 Rn. 118ff; *Sagan/Schmidt*, NZA-RR 2022, 281 (288).

⁴⁹ Vgl. zu einer möglichen Ablehnung der vertraglichen Zusicherung durch den unmittelbaren Zulieferer differenzierend *Kramme/Ponholzer*, in: Berg/Kramme, LkSG, 2023, § 6 Rn. 43 ff.; *Wagner/Wagner*, in: Wagner/Ruttloff/Wagner, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis, 2022, Rn. 745 ff.

⁵⁰ *Ott* in Gehling/Ott (Hrsg.), LkSG § 6 Rn. 116f; vgl. auch *Depping* in Depping/Walden, LkSG, 2022, § 7 Rn. 69.

opportun noch normativ durch das LkSG geboten ist. Genauso wenig ist aber auszuschließen, dass bei Scheitern der Abhilfemaßnahmen die Geschäftsbeziehung abbrechen sein kann.

D. Durchsetzung: reines public enforcement

Die Pflichten des LkSG sind in der Realität nur so relevant wie ihre Durchsetzung. Der wohl größte Streitpunkt während der Genese des Gesetzes war die Frage, ob es einen zivilrechtlichen Haftungstatbestand enthalten sollte, der Geschädigte in die Lage versetzt, deutsche Unternehmen direkt in Anspruch zu nehmen.⁵¹ Eine solche zivilrechtliche Haftung ist im finalen Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen. Dies stellt § 3 Abs. 3 LkSG klar.⁵² Hintergrund der Norm ist ein Streit zwischen den beteiligten Ministerien im Gesetzgebungsprozess, der zu einem Kompromiss führte.⁵³ Das Gesetz tritt in Kraft, aber enthält – anders als im Referentenentwurf vorgesehen⁵⁴ – keine zivilrechtliche Haftung.

Stattdessen hat man sich für ein reines public enforcement-Modell entschieden. Die Sanktionen bei Verstößen gegen die im LkSG geregelten Pflichten sind im Ordnungswidrigkeiten- und Vergaberecht verankert.⁵⁵ Dabei fällt der Bußgeldrahmen durchaus schneidig aus: Verstöße können mit Bußgeldern bis zu 2 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes geahndet werden.⁵⁶ Zwar bleibt abzuwarten, ob derartige Spielräume gänzlich ausgeschöpft werden, aber auch Bußgelder weit unterhalb der 2 Prozent können aus Unternehmenssicht durchaus empfindlich sein, zumal mit jedem dergestalt abgeschlossenen – oder überhaupt geführten – Verfahren wegen Menschenrechtsverletzungen zugleich in den meisten Branchen ein beträchtliches Reputationsrisiko einhergeht.⁵⁷ Darüber hinaus ermöglicht das LkSG einen Ausschluss des delinquenten Unternehmens von der Vergabe öffentlicher Aufträge⁵⁸, was in

⁵¹ Vgl. den Referentenentwurf, in der eine zivilrechtliche Haftung explizit nicht ausgeschlossen sein sollte: <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/gesetz-unternehmerische-sorgfaltspflichten-lieferketten.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2022).

⁵² Zu diesem Ausschluss insbesondere *Fleischer*, Zivilrechtliche Haftung im Halbschatten des LkSG, DB 2022, 920.

⁵³ Handelsblatt, 3.2.2021, Gegen Kinderarbeit und Umwelterstörung: Wirtschaftsminister Altmaier blockiert Lieferkettengesetz, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/menschenrechte-gegen-kinderarbeit-und-umwelterstuerung-wirtschaftsminister-altmaier-blockiert-lieferkettengesetz/26878862.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2022).

⁵⁴ S. Fn. 54.

⁵⁵ Vgl. §§ 22 - 24 LkSG

⁵⁶ Vgl. § 24 Abs. 3 LkSG

⁵⁷ Vgl. *Sagan/Schmidt*, NZA-RR 2022, 281 (290).

⁵⁸ So § 22 LkSG.

bestimmten Geschäftszweigen ebenfalls eine gravierende Konsequenz handelt. Das Sanktionsinstrumentarium des LkSG ist also für sich genommen durchaus leistungsfähig.

Ob es sich in der Rechtsrealität als ein sinnvolles Durchsetzungsregime erweisen wird, bleibt allerdings abzuwarten. Durch den bewussten Verzicht auf ein private enforcement lastet die Verantwortung für die Durchsetzung des Gesetzes allein auf den Schultern staatlicher Organe.

Angesichts der konkreten Ausgestaltung dieser rein öffentlich-rechtlichen Durchsetzung ist ein Vollzugsdefizit nicht auszuschließen. Um es mit der unverblünten Wahrheit der Zahlen auszudrücken: 65 BAFA-Bedienstete sollen vom sächsischen Borna aus knapp 3.000 Adressaten-Unternehmen bei ihrer weltweiten Tätigkeit überwachen, von denen ca. 2.000 Unternehmen stark oder sehr stark von der Problematik betroffen sind. Ab 2024, wenn der persönliche Anwendungsbereich des LkSG auf Unternehmen mit 1.000 Arbeitnehmern erweitert wird, steigt die Zahl der betroffenen Unternehmen sogar um über 50% auf voraussichtlich 3.600. Das führt zu einem Schlüssel von rund 80 Unternehmen pro Beschäftigten.

Diese Situation könnte daher ein „Durchsetzungsdefizit mit Ansage“ befürchten lassen. Das erscheint kurios, wenn man sich das ursprüngliche Regelungsziel des deutschen Gesetzgebers noch einmal vor Augen führt: Erklärter Zweck und Daseinsberechtigung des LkSG war und ist es, Governance Gaps im Ausland zu überwinden.⁵⁹ Nun ist LkSG womöglich selbst ein Beispiel für strukturelle Durchsetzungsdefizite. Freilich kann sich durch das LkSG die Menschenrechtssituation im Ausland auch nicht verschlechtern. Das Gesetz muss aber vor der kritischen Nachfrage bestehen, ob dem erheblichen Aufwand, den seine Umsetzung erfordert, hinreichend greifbare Verbesserungen der Verhältnisse vor Ort gegenüberstehen. Es bleibt damit abzuwarten, welche Kraft das public enforcement entwickeln wird. Hierbei wird auch eine Rolle spielen, inwieweit Akteure der Zivilgesellschaft die Verhältnisse an den Produktionsorten öffentlich machen, wenn vom BAFA aus Mangel an Ressourcen und grenzüberschreitenden Kompetenzen keine derartigen Ermittlungen erwartet werden können.

E. Relevanz für Österreich

Nach diesem Überblick über das LkSG ist auf drei Gesichtspunkte einzugehen, aus denen sich ergibt, dass das LkSG auch für Österreich relevant sein wird.

⁵⁹ Vgl. allein die Einleitung zur Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/28649.

I. Österreichische Muttergesellschaften

Zunächst können unter besonderen Umständen österreichische Unternehmen in den sachlichen Anwendungsbereich des LkSG fallen. Gemäß § 1 Abs. 1. S. 2 LkSG ist das Gesetz auch auf ausländische Unternehmen anwendbar, die eine Zweigniederlassung in Deutschland gemäß § 13d HGB haben und die Arbeitnehmerschwelle von 3.000 Personen in Deutschland (ab 2024: 1.000) überschreiten. Damit zielt der Gesetzgeber auf im Ausland ansässige Internethändler mit Verwaltungssitz im EU-Ausland, die im Inland operativ tätig sind. Deutsche Tochtergesellschaften von ausländischen Obergesellschaften, die die Arbeitnehmerschwellen überschreiten, sind selbst sorgfaltspflichtig; nicht hingegen die ausländische Obergesellschaft.

Mir ist derzeit keine österreichische Gesellschaft bekannt, die unten § 1 Abs. 1. S. 2 LkSG fällt; aber es besteht – jedenfalls ab 2024 – zumindest eine theoretische Möglichkeit.

II. Österreichische Tochtergesellschaften / unmittelbare Vertragspartner

Ab 1. Jänner 2023 werden die Pflichten relevanter, die österreichische Gesellschaften als Tochtergesellschaften oder unmittelbare Zulieferer deutscher Mutter- oder Auftraggebergesellschaften treffen. In diesem Zusammenhang ist von einem *trickle-down*-Effekt gesprochen worden.⁶⁰

In Betracht kommen Präventionsmaßnahmen gemäß § 6 Abs. 4 LkSG:

- Nr. 1: Screening bestehender Zulieferer
- Nr. 2: Vertragliche Zusicherung der unmittelbaren Zulieferer (häufig durch Akzeptanz des Code of Conduct)
- Nr. 3: Durchführung von Schulungen
- Nr. 4: Vereinbarung angemessener Kontrollen

Relevant werden können auch die bereits angesprochenen Abhilfemaßnahmen nach § 7 LkSG: zunächst also die Erstellung eines Maßnahmenkonzepts und als ultima ratio der Abbruch der Geschäftsbeziehung.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten: Das LkSG wird spätestens bereits ab Anfang Jänner 2023 für österreichische unmittelbare Zulieferer deutscher Unternehmen relevant.

⁶⁰ Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2145.

III. Richtlinien-Entwurf der EU-Kommission

Der Richtlinien-Entwurf aus dem April dieses Jahres orientiert sich am deutschem LkSG und wie dieses an den UNGP.⁶¹ Das LkSG hat auch insoweit zur Entstehung des Richtlinien-Entwurfs beigetragen als die Kompetenz der EU spezifisch aus der Rechtszersplitterung hergeleitet wird, die aus punktuellen nationalen Regelungen wie dem LkSG und dem französischen *loi de vigilance* entstehen kann.⁶² Hier kommt das Bedürfnis für ein level playing field zum Ausdruck.⁶³

Der Richtlinien-Entwurf geht in mehrfacher Hinsicht deutlich über das LkSG hinaus. Man kann von einem „LkSG auf Steroiden“ sprechen.

Zum einen hat der Entwurf einen weiteren persönlichen Anwendungsbereich: Er erfasst ca. 1% und nicht wie das LkSG nur 0,1% der Unternehmen.⁶⁴ Zudem sind auch Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten, die eine bestimmte Umsatzkennzahl auf dem Europäischen Binnenmarkt überschreiten, erfasst.⁶⁵ Kleinere bzw. umsatzschwächere Unternehmen sollen erstens durch einen risikobasierten Ansatz entlastet werden, der die Geltung der RL davon abhängig macht, ob sie in einem sensiblen Sektor tätig sind und zweitens durch eine Abstufung der Sorgfaltspflichten (und insbesondere der Klimaschutzpflicht) nach der Unternehmensgröße.⁶⁶

Die im Richtlinien-Entwurf vorgesehenen Pflichten reichen zudem tiefer in die Lieferkette hinein als es die Pflichten nach dem LkSG tun: mittelbare Zulieferer sind nicht wie im LkSG nur bei substantiiertem Kenntnis von Verstößen von der Menschenrechts-Compliance, sondern durchgängig erfasst, sofern eine etablierte Geschäftsbeziehung besteht, die keine direkte Vertragsbeziehung voraussetzt.⁶⁷

Zudem geht der Entwurf im entscheidenden Streitpunkt der Diskussion zum LkSG einen progressiveren Weg. Eine entsprechende Richtlinie würde die Mitgliedstaaten verpflichten, eine zivilrechtliche Haftung für die Verletzung der wesentlichen Sorgfaltspflichten

⁶¹ Hübner/Habrigh/Weller, Corporate Sustainability Due Diligence, NZG 2022, 644 (644); vgl. auch zum Richtlinien-Entwurf König, NZG 2022, 1186 ff.; Ruttloff/Rothenburg/Hahn, DB 2022, 1116 ff.

⁶² Siehe hierzu Fn. 5.

⁶³ Zum Bedarf eines solchen eingehend Spindler, Verantwortlichkeit und Haftung in Lieferketten – Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz aus nationaler und europäischer Perspektive, ZHR 186 (2022), 67 (121).

⁶⁴ Vgl. Hübner/Habrigh/Weller, NZG 2022, 644 (646).

⁶⁵ Hübner/Habrigh/Weller, NZG 2022, 644 (645).

⁶⁶ Hübner/Habrigh/Weller, NZG 2022, 644 (645).

⁶⁷ Vgl. RL-E S. 15.

(Prävention und Abhilfe) einzuführen.⁶⁸ Bereits die Diskussion im Vorfeld des LkSG hat herausgearbeitet, dass eine deliktische Haftung in aller Regel dem Recht des drittstaatlichen Handlungsorts unterstehen würde. Der Richtlinien-Entwurf verpflichtet die Mitgliedstaaten deshalb dazu, die Haftungsregelung als Eingriffsnorm auszugestalten.⁶⁹

Der Entwurf ist – in seiner derzeit diskutierten Form – also überaus ambitioniert und hätte massive Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis. Der resultierende Umsetzungsbedarf in Österreich wäre beträchtlich; dies gilt aber auch in Deutschland, wo mit dem LkSG bereits ein legislativer Rahmen existiert. Dort müssten ebenfalls zahlreiche Änderungen – aus Sicht der Unternehmen: zahlreiche Verschärfungen – vorgenommen werden.

F. Fazit: Ein verbesserungswürdiges Gesetz

Nach diesem Überblick ist auf die eingangs genannten kritischen Stimmen zurückzukommen: Ist das LkSG wirklich das „dümmste Gesetz“?

Das LkSG ist ein neuartiges und ambitioniertes legislatives Vorhaben, egal wie man zu seinem Regelungsziel steht. Es ist nicht der erste Rechtsakt seiner Art, aber trotzdem gesetzgeberische Avantgarde. Dass es mit Kinderkrankheiten zu kämpfen hat, ist nicht verwunderlich, weil auch die wenigen Vorbilder – wie die französische loi de vigilance – keineswegs in allen Punkten nachahmungswürdig sind. Es ist damit jedenfalls ein verbesserungswürdiges Gesetz. Spätestens wenn die europäische Richtlinie umzusetzen ist, wird auch das LkSG ein umfassendes Makeover erhalten – Kritiker mögen allerdings befürchten, dass damit einige Schwachstellen des Gesetzes eher vertieft als behoben werden.

⁶⁸ Vgl. Art. 22 Abs. 5 RL-E.

⁶⁹ Vgl. Art. 22 Abs. 5 RL-E.