

Das Lieferkettensorgfaltspflichten- gesetz und dessen Auswirkungen auf die öffentliche Hand

Nach langwierigen und kontroversen Diskussionen hat der Deutsche Bundestag am 11. Juni 2021 das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) verabschiedet. Das LkSG erlegt in Deutschland Unternehmen erstmals verbindlich umfangreiche Sorgfaltspflichten zum Schutz bestimmter menschenrechtlicher und umweltbezogener Rechtspositionen auf. Aktiv werden müssen ab 2023 nun vor allem größere Unternehmen mit Sitz in Deutschland. Auch öffentliche Unternehmen sind betroffen – sie werden ebenfalls die Berücksichtigung von Menschenrechten und Umweltaspekten in ihren Lieferketten systematisch analysieren müssen.

Bei Anhaltspunkten für Verstöße kann diese Pflicht bis hin zu den Erzeugern reichen und beispielsweise Fragen nach den Bedingungen für den Abbau von Kohle oder anderen Rohstoffen aufwerfen. Dieser Beitrag soll anhand der aktuellen Erfahrungen der Autorin und der Autoren aus einer Vielzahl von Projekten zur Implementierung des LkSG aufzeigen, welche Vorkehrungen insbesondere Unternehmen der öffentlichen Hand jetzt treffen müssen und welche Herausforderungen ihnen hierbei begegnen können.

Inhalt und Reichweite des LkSG

Das LkSG gilt für Unternehmen, die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz, ihren satzungsmäßigen Sitz oder eine Zweigniederlassung in Deutschland haben. Ab dem Jahr 2023 fallen zunächst Unternehmen unter das LkSG, die mindestens 3.000 Mitarbeiter im Inland beschäftigen; ab dem Jahr 2024 gilt das Gesetz auch für Unternehmen, in denen mindestens 1.000 Mitarbeiter im Inland tätig sind.

Das LkSG verlangt von den betroffenen Unternehmen die Einführung eines Risikomanagementsystems, um die men-

schenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken entlang ihrer Lieferketten zu steuern – wie beispielsweise Arbeitssicherheitsrisiken, Ungleichbehandlungen oder Emissionen, die zu einer Gefährdung der natürlichen Lebensgrundlagen führen können. Die einzelnen menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken sind in § 2 LkSG abschließend definiert und werden teilweise durch Bezugnahmen auf bestimmte ILO-Übereinkommen (ILO – Internationale Arbeitsorganisation) und umweltbezogene Übereinkommen – wie etwa in Bezug auf Quecksilber das Minamata-Übereinkommen¹ – näher konkretisiert.

Zu einem Risikomanagementsystem nach dem LkSG gehören insbesondere folgende Elemente:

- die Durchführung einer Risikoanalyse,
- die Verabschiedung einer Grundsatzerklärung,
- das Ergreifen konkreter Präventionsmaßnahmen,
- Abhilfemaßnahmen für den Fall eines Verstoßes,

- die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens,
- die kontinuierliche Dokumentation,
- eine mindestens jährliche Wirksamkeitsüberwachung sowie
- die jährliche Veröffentlichung eines entsprechenden Berichts.

Die Lieferkette im Sinne des LkSG umfasst alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte oder zur Erbringung der Dienstleistung des Unternehmens erforderlich sind, angefangen von der Rohstoffgewinnung bis zur Lieferung an den Endkunden. Grundsätzlich beziehen sich die Sorgfaltspflichten der Unternehmen auf ihren eigenen Geschäftsbereich, das heißt den Innenbereich des verpflichteten Unternehmens und der beherrschten Tochtergesellschaften – also auch die eigenen Mitarbeiter –, sowie die unmittelbaren Zulieferer.

Unter bestimmten Voraussetzungen können Verstöße auch als letztes Mittel dazu führen, dass Geschäftsbeziehungen mit Lieferanten beendet werden müssen – etwa wenn es sich um sehr schwerwiegende Verstöße handelt, der Lieferant

¹ Völkerrechtlicher Vertrag, der das Ziel hat, die Emission und Freisetzung von Quecksilber einzudämmen.



die im Abhilfekonzert vorgesehenen Maßnahmen nicht umsetzt und mildere Mittel nicht zur Verfügung stehen. Kunden sind grundsätzlich nicht erfasst.

Zu dem eigenen Geschäftsbereich einer Muttergesellschaft gehören auch die in- und ausländischen Tochtergesellschaften, auf die die Obergesellschaft einen bestimmenden Einfluss ausübt. Der Begriff der Obergesellschaft umfasst die oberste Gesellschaft in einer Unternehmensgruppe, die ihrerseits die Anwendungsvoraussetzungen des LkSG erfüllt. Für mittelbare Zulieferer, das heißt die Lieferanten der unmittelbaren Zulieferer, sind die Sorgfaltspflichten nach dem LkSG jedoch nur dann zu erfüllen, wenn ein Verstoß gegen die in § 2 LkSG abschließend definierten menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Rechtspositionen dem Unternehmen substantiiert bekannt wird. Eine solche substantiierte Kenntnis kann sich etwa aus Hinweisen aus dem einzurichtenden Beschwerdeverfahren ergeben, zum Beispiel wenn ein Betroffener Hinweise auf Arbeitssicherheitsverstöße bei der Gewinnung von Rohstoffen gibt. Dann muss das Unternehmen diesen Anhaltspunkten nachgehen.

Das LkSG statuiert im Wesentlichen eine Bemühenspflicht. Ein konkreter Erfolg beim Verhindern bzw. Minimieren von Risiken ist, abgesehen von Abhilfemaßnahmen zur Beendigung von Verletzungen menschenrechtlicher oder umweltbezogener Rechtspositionen im Sinne des LkSG im eigenen Geschäftsbereich, grundsätz-

lich nicht geschuldet. Aus einer Verletzung menschenrechtsbezogener oder umweltbezogener Pflichten kann daher noch nicht auf einen Verstoß gegen die Bemühenspflicht geschlossen werden.

Die Maßnahmen, die von den Unternehmen zu treffen sind, stehen unter dem Vorbehalt der Angemessenheit. Es kommt also auf die individuelle Unternehmens- und Risikosituation an. Je größer das Unternehmen und dessen Einfluss auf einen Zulieferer oder anderen Verursacher, desto höher das Gefahrenpotenzial, und je unmittelbarer der Beitrag zu einer Verletzung ist, desto höher sind die Anforderungen an die zu ergreifenden Maßnahmen. Wenn zum Beispiel das verpflichtete Unternehmen durch kurzfristige Abrufe höherer Liefermengen bei gleichbleibender Lieferfrist das Risiko von Arbeitszeitverstößen bei dem unmittelbaren Zulieferer erhöht, werden auch die Anforderungen des verpflichteten Unternehmens höher sein. Im Falle eines Verstoßes gegen das LkSG drohen dem betroffenen Unternehmen nicht nur empfindliche Zwangs- und Bußgelder, sondern zum Beispiel auch der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Auch Unternehmen der öffentlichen Hand fallen unter das LkSG

In der Praxis wird das Gesetz auch für Unternehmen der Daseinsvorsorge gelten, sofern dort Dienstleistungen gegen Entgelt angeboten werden (beispielsweise Abfallentsorgung, Wohnungsbau-gesellschaften, Energie- und Wasserver-sorgung, öffentlicher Nahverkehr sowie

Sparkassen). Zudem wird die Beschaffung von medizinischen Waren und Leistungen in Krankenhäusern betroffen sein. Krankenhäuser – auch in öffentlicher Trägerschaft – fallen unstreitig unter das LkSG, sofern sie die Arbeitnehmer-schwelle erreichen, am Markt tätig sind, gesundheitliche Dienstleistungen gegen Entgelt anbieten und die damit verbundenen finanziellen Risiken tragen.² Aber auch sonstige öffentliche Unternehmen bis hin zu Flughäfen und Brauereien werden sich mit dem LkSG auseinandersetzen müssen.

Das LkSG gilt für Unternehmen ungeachtet ihrer Rechtsform. Das Gesetz ist bewusst rechtsformneutral, weil menschenrechtliche oder umweltbezogene Risiken nicht rechtsformspezifisch sind.³ Unabhängig von der Gesellschafter- bzw. Eigentümerstruktur gilt das Gesetz für alle Unternehmen, die am Wirtschafts-leben teilnehmen – somit auch für juristische Personen des Privatrechts in öffentlicher Hand.

Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind nach den Erwägungen in der Gesetzesbegründung juristische Personen des öffentlichen Rechts, die Verwaltungsaufgaben einer Gebietskörperschaft wahrnehmen, soweit sie nicht am Markt unternehmerisch tätig sind.⁴ Maßgeblich ist daher, ob der Rechtsträger am Markt unternehmerisch tätig wird. Als unternehmerische Tätigkeit gilt jede nachhaltige (das heißt dauerhafte) Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen. Eine solche liegt vor, wenn Handlungen gegenüber Dritten auf die Ausführung entgeltlicher Umsätze gerichtet sind oder wenn dafür Lieferungen und Leistungen von Dritten bezogen wurden. Nicht erforderlich ist die Gewinnerzielungsabsicht, ausreichend ist die Absicht zur dauernden Erzielung von Einnahmen.⁵ Hier sollte auch für juristische Personen des öffentlichen

² Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Fragen und Antworten zum LkSG, Ziffer III.2

³ Bt-Drs. 19/28649, S. 33; Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Fragen und Antworten zum LkSG, Ziffer III.2

⁴ Bt-Drs. 19/28649, S. 33; Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Fragen und Antworten zum LkSG, Ziffer III.1

⁵ BGH, Urteil vom 29.3.2006, VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250; BFH, Urteil vom 18.11.1999, V R 22-99, DStR 2000, 325; nach dem EuGH ist eine unternehmerische Tätigkeit jede selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit, die darin besteht, „Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“; vgl. EUGH, Urteil vom 19.2.2002, Rs. C-309/99, EuZW 2002, 172, Tz. 47 (Beck Online)

Rechts im Einzelfall sorgsam geprüft werden, ob der Anwendungsbereich des LkSG eröffnet ist, also insbesondere ob

- eine unternehmerische Tätigkeit vorliegt,
- der Sitz in Deutschland liegt (ist typischerweise der Fall) und
- mindestens 3.000 ab 2023 bzw. ab dem Jahr 2024 dann 1.000 inländische Mitarbeiter oder Leiharbeitnehmer ab sechs Monate Entleihdauer beschäftigt sind.

Was sollten Unternehmen der öffentlichen Hand jetzt tun?

Eine Herausforderung für betroffene Unternehmen besteht darin, dass das LkSG im Hinblick auf die zu treffenden Maßnahmen äußerst unbestimmt bleibt. Es überlässt an vielen Stellen die Ausgestaltung der konkreten Maßnahmen zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten den betroffenen Unternehmen. Auch die in Aussicht gestellten konkretisierenden Handreichungen des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, das für die Durchsetzung des LkSG verantwortlich ist, gibt es derzeit noch nicht.⁶

In der Praxis hat sich die unten gezeigte dreistufige Vorgehensweise bewährt (vergleiche Abbildung).

Sofern (öffentliche) Unternehmen unter das LkSG fallen, sollte daher zunächst eine „Bestandsaufnahme“ im Unternehmen erfolgen: Inwieweit werden men-

schenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten im Unternehmen bereits angewendet? Wie sieht das eigene Risikomanagement und Compliance Management aus? Welche Präventionsmaßnahmen sind im Hinblick auf menschenrechtliche bzw. umweltbezogene Risiken bereits etabliert? In welchen Bereichen besteht Optimierungsbedarf?

Im Anschluss daran kann dann das individuelle Zielbild für das Unternehmen definiert werden: Sollen ausschließlich die gesetzlichen Mindeststandards erfüllt werden oder ist gar eine überobligatorische Erfüllung von Menschenrechtsstandards bzw. umweltbezogenen Standards – etwa aufgrund eines höheren Ambitionsniveaus des Unternehmens – gewollt? Häufig besteht in der Praxis das Interesse, nicht lediglich die gesetzlichen Mindeststandards zu erfüllen, sondern zusätzlich die Einhaltung von weitreichenderen Menschenrechtsstandards im Unternehmen zu implementieren. Hier spielt einerseits die Sorge vor einem möglichen Reputationsverlust, andererseits aber auch das Ambitionsniveau des Unternehmens eine Rolle. Gerade auch öffentliche Unternehmen haben eine besondere Vorbildfunktion.

Anhand des individuellen Zielbildes können dann die noch fehlenden Bestandteile des Risikomanagementsystems für das Unternehmen entwickelt werden. Hierbei sind auch die individuellen Risiken (zum Beispiel potenziell gefährdete Warengruppen) zu berücksichtigen. Die Implementierung der konzipierten Maß-

nahmen und Prozesse in die Aufbau- und Ablauforganisation bildet schließlich den Abschluss.

Vor welchen Herausforderungen stehen öffentliche Unternehmen?

Bei betroffenen Unternehmen herrscht derzeit in vielen Bereichen noch Verunsicherung. Fraglich ist etwa: „Darf ich jetzt noch Waren aus China bestellen?“ oder „Muss ich den Vertrag mit meinem Zulieferer kündigen, wenn dieser den Menschenrechtsverstoß nicht abstellt – und gilt das auch, wenn die Waren nicht anderweitig am Markt beschafft werden können?“. Diese und ähnliche Themen werden – unabhängig von der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des LkSG – auch für die öffentliche Beschaffung immer relevanter werden.

Der Aufwand für die Umsetzung der neuen gesetzlichen Anforderungen wird sehr stark durch die individuelle Komplexität der eigenen Geschäftstätigkeit (zum Beispiel die Anzahl der Geschäftsfelder und Lieferanten oder internationale Tochtergesellschaften) und den Reifegrad des vorhandenen Compliance-Management-Systems sowie der Einkaufsprozesse geprägt. Erfahrungsgemäß gibt es etwa im Bereich der Stadtwerke hier eine große Spannweite an Ausprägungen.

Die Auswirkungen des LkSG auf öffentliche Beschaffungsstellen

Daneben wird das LkSG auch Auswirkungen auf öffentliche Ausschreibungen haben. Denn künftig droht Unternehmen im Falle eines Verstoßes gegen die Sorg-

6 Hermann/Rünz in DB 2021, 3078, 3078; Wagner/Ruttloff in NJW 2021, 2145, Ziffer II.1. Diese sind gegenwärtig für Sommer 2022 angekündigt.

Abbildung: Vorgehensweise für Unternehmen der öffentlichen Hand zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten

Status quo und Zielbilddefinition	Konzeption der Sorgfaltspflichten	Implementierung
~ 4 Wochen	~ 4 Monate	~ 6 Monate
<ul style="list-style-type: none"> → Verifizierung des Anwendungsbereichs des LkSG für das Unternehmen/die Unternehmensgruppe → Lückenanalyse bestehender Prozesse und Maßnahmen im Hinblick auf die Anforderungen des LkSG → Entwicklung eines Zielbildes in Bezug auf das Risikomanagementsystem im Sinne des LkSG für das Unternehmen 	<ul style="list-style-type: none"> → Konzeption des Risikomanagements einschließlich Organisation → Entwicklung einer Methodik zur Risikoanalyse → Ableitung von Präventions- und Abhilfemaßnahmen → Erarbeitung eines Standardvorgehens zur Berichterstellung → Aufbau eines Standards zur Erstellung der Grundsatzklärung → Wirksamkeitsüberwachung → Entwicklung eines Schulungskonzepts und von Schulungsunterlagen 	<ul style="list-style-type: none"> → Implementierung der abgeleiteten Sorgfaltspflichten → Unternehmensspezifische Erstellung oder Aktualisierung erforderlicher Dokumente → Durchführung von Schulungen

Quelle: KPMG Law Rechtsanwalts-gesellschaft mbH (2022)

faltspflichten der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Der Gesetzgeber hat in § 22 LkSG einen neuen Ausschlussgrund geschaffen; § 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wird entsprechend ergänzt. Öffentliche Auftraggeber sollen demnach künftig solche Unternehmen von der Vergabe eines Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrags ausschließen, die wegen eines rechtskräftig festgestellten Verstoßes nach § 24 Abs. 1 LkSG mit einer Geldbuße nach Maßgabe von § 22 Abs. 2 belegt worden sind. Demnach müssen – abhängig vom jeweiligen Verstoß – bestimmte Bußgeldschwellen für einen Ausschluss überschritten sein. Der Ausschluss steht im intendierten Ermessen des Auftraggebers für einen angemessenen Zeitraum von bis zu drei Jahren und bis zur nachgewiesenen Selbstreinigung nach § 125 GWB. Ein Ausschluss kann aus einem einzelnen Verfahren verfügt werden, nicht pauschal für einen Zeitraum. Innerhalb des jeweils angemessenen Zeitraums soll aber ein Ausschluss – vorbehaltlich der Selbstreinigung gemäß § 125 GWB – beliebig oft erfolgen können.⁷ Die Feststellung von Verstößen durch den Auftraggeber wird zudem erleichtert. Denn im Wettbewerbsregistergesetz (WRegG) wird ein neuer § 2 Nr. 4 eingefügt, wonach rechtskräftige Bußgeldentscheidungen nach dem LkSG in das neue Register einzutragen sein werden, sofern sie die Schwelle nach § 22 LkSG überschreiten.

Welche Pflichten treffen die Geschäftsleitung?

Das LkSG bringt vor allem neue Pflichten für die Geschäftsleitung, eine angemessene Unternehmensorganisation sicherzustellen. Dies betrifft insbesondere die Implementierung eines angemessenen und wirksamen Risikomanagementsystems (siehe im Detail oben) mit dem Ziel, menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken zu identifizieren, zu verhindern, zu beenden oder zumindest zu minimieren, sowie umfassende Dokumentations- und Berichtspflichten. Daneben sollten sich auch Aufsichtsorgane mit dem LkSG und den sich hieraus ergebenden Pflichten auseinandersetzen. Im Rahmen ihrer

Kontrollfunktion sollen sie künftig die Erfüllung der Anforderungen nach dem LkSG durch die Geschäftsleitung überwachen. Besonderes Augenmerk kann dabei etwa auf die Grundsatzerklärung und den jährlichen Bericht des Unternehmens sowie die Ergebnisse der Wirksamkeitsüberwachung gelegt werden.

Fazit und Ausblick

Vor allem die größeren Unternehmen der öffentlichen Hand müssen sich nun mit den Anforderungen des LkSG auseinandersetzen. Der Blick sollte vor allem dahin gehen, in welchen Wirkungsbereichen die öffentliche Hand tatsächlich vom LkSG betroffen ist. Freilich lässt sich dies derzeit nicht abschließend beantworten. Erst die Zukunft wird zeigen, wie Behörden und Gerichte bezüglich der nicht immer einfachen Abgrenzungsfragen entscheiden werden.

Die gegenwärtigen gesetzlichen Anforderungen dürften sich künftig nochmals verschärfen, wenn der am 23. Februar 2022 vorgestellte Entwurf einer europäischen Richtlinie zur Corporate Sustainability Due Diligence in Kraft tritt und in das nationale Recht umgesetzt wird. In den Anwendungsbereich sollen nach dem Entwurf künftig bereits Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern und einem Nettoumsatz von über 150 Millionen Euro fallen, bzw. in bestimmten Hochrisikobranchen (zum Beispiel Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Bergbau) bereits mit mehr als 250 Mitarbeitern und über 40 Millionen Euro Nettoumsatz. Nach dem Richtlinienentwurf sollen die Mitgliedstaaten unter anderem dann auch zivilrechtliche Haftungsregeln einführen, nach denen Unternehmen auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden können. In diesem Fall könnten zudem Rückgriffsansprüche des Unternehmens gegenüber der Geschäftsleitung und/oder ihren Aufsichtsorganen drohen. Auch der Umfang der geschützten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Rechtspositionen des Richtlinienentwurfs geht über den des LkSG hinaus. Es empfiehlt sich daher, sich frühzeitig mit diesem Thema auseinanderzusetzen. |

*Clemens Dicks, Dr. Thomas Uhlig,
Nicole Bohn*

⁷ Von Wietersheim in juris-PR-VergR 9/2021 Anm.1