

## COMPLIANCE KOMMENTIERT

# DAS NEUE LIEFERKETTENGESETZ: NEUE AUFGABEN UND VIELE OFFENE FRAGEN FÜR DIE COMPLIANCE- ABTEILUNGEN

Ein Kommentar von Professor Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider und Dr. Tobias Brouwer



### Professor Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider

Direktor am Institut für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Universität Mainz sowie Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des BCM



### Dr. Tobias Brouwer

Leiter des Bereichs Recht und Steuern beim Verband der Chemischen Industrie e. V. in Frankfurt am Main sowie Gründungs- und Präsidiumsmitglied des BCM

Am 22. Juli 2021 wurde das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. 2021 I 2959). Scharf geschaltet wird es zum 01.01.2023. Zunächst für Unternehmen mit in der Regel mindestens 3.000 Mitarbeitern. Ab 2024 wird diese Schwelle auf 1.000 Beschäftigte herabgesenkt. Im Inland beschäftigte Mitarbeiter von konzernangehörigen Gesellschaften werden der Obergesellschaft für die Schwellenerreichung zugerechnet (§ 1 Abs. 3 LkSG). Im parlamentarischen Verfahren eingefügt wurde noch die Ergänzung, dass das Gesetz auch für Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften Anwendung findet, sofern die Zweigstelle ebenfalls die vorgegebenen Beschäftigtenzahlen erfüllt (§ 1 Abs. 1 S. 2 LkSG). Das soll vor allzu großen Wettbewerbsnachteilen der inländischen Unternehmen schützen.

Mit dem Gesetz folgt der Gesetzgeber dem internationalen Trend, den Schutz der Menschenrechte inklusive Umweltbelange nicht allein den Staaten zu überlassen, sondern hierfür auch die Privatwirtschaft mit einzubeziehen. Vor dem Hintergrund der gesamtgesellschaftlichen Herausforderungen ist das nachvollziehbar. Als problematisch erweist sich aber, wenn die neue Rollenverteilung im Unklaren bleibt. Wer im LkSG nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei der künftig anzulegenden menschenrechts- und umweltbezogenen Sorgfalt sucht, wird schnell enttäuscht. Und er erschreckt, wenn er den Blick auf die drakonischen Sanktionen richtet, die neben dem Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge Bußgelder bis zu einer Höhe von 2 Prozent des weltweiten Konzernumsatzes umfassen.

### I. Klärung zahlreicher Auslegungs- und Anwendungsfragen erforderlich

Bis zum Inkrafttreten der neuen Compliance-Pflichten kündigt das Gesetz an verschiedenen Stellen Konkretisierungen an. Vorgesehen sind beispielsweise gleich drei Rechtsverordnungen des BMAS (jeweils ohne Zustimmung des Bundesrats!), nämlich zu den Sorgfaltspflichten gegenüber mittelbaren Zulieferern (§ 9 Abs. 3, 4 LkSG), zur Regelung des Verfahrens zur Einreichung und Prüfung des „Erfüllungsberichts“ nach § 10 LkSG (§ 13 Abs. 3 LkSG) sowie zur Regelung der risikobasierten Kontrolle der zuständigen Behörde BAFA (§ 14 Abs. 2 LkSG). Darüber hinaus soll das BAFA nach § 20 LkSG „Handreichungen“ zu branchenübergreifenden und branchenspezifischen Informationen sowie Hilfestellungen und Empfehlungen zur Einhaltung des LkSG veröffentlichen. Die in Aussicht gestellten Anwendungshilfen sollten im engen Austausch mit der Unternehmenspraxis als Adressaten des LkSG entwickelt werden. Folgende, hier nur exemplarisch aufgeführte Fragen gehören dabei mit auf dem Prüfstand:

#### 1. Geschützte Rechtsposition

Das Gesetz differenziert zwischen einer „geschützten Rechtsposition“ und einem „mensenrechtlichen“ und „umweltbezogenen Risiko“. Während die menschenrechtlichen Risiken in § 2 Abs. 2 Nrn. 1 bis 11 LkSG näher konkretisiert werden, beschränkt sich Abs. 1 auf einen pauschalen Verweis auf die in der Gesetzesanlage aufgelisteten Übereinkommen, lässt den Rechtsanwender aber im Dunkeln, um welche Rechtspositionen es sich konkret handelt und wie diese im Kontext des Gesetzes auszulegen und anzuwenden sind.

## COMPLIANCE KOMMENTIERT

# DAS NEUE LIEFERKETTENGESETZ: NEUE AUFGABEN UND VIELE OFFENE FRAGEN FÜR DIE COMPLIANCE- ABTEILUNGEN

*Ein Kommentar von Professor Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider und Dr. Tobias Brouwer*

Diese Unklarheiten wirken sich vor allem im Rahmen der Auffangklausel des § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG aus, wodurch der materielle Anwendungsbereich des Gesetzes denkbar weit und unbestimmt wird. Auch die Gesetzesbegründung zur Auffangklausel ist nicht erhellend. Vor dem Hintergrund der hohen Bußgeldandrohungen und dem sanktionsrechtlichen Bestimmtheitsgebot ist § 2 Abs. 1 i. V. m. der Auffangklausel jedenfalls kritisch zu sehen und bedarf der weiteren (branchenspezifischen) Konkretisierung.

### 2. Begriff der Lieferkette

Nach § 2 Abs. 5 LkSG umfasst die Lieferkette „alle Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens“. Als Dienstleistungen gelten nach der Gesetzesbegründung beispielsweise der Transport, die Zwischenlagerung sowie die „Wiederverwertung oder Entsorgung bei Unternehmen, deren Geschäftszweck die Wiederverwertung und Entsorgung ist.“ Erfasst sind „alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistungen erforderlich sind“. Eine Eingrenzung erfolgt lediglich auf Ebene der Sorgfaltspflichten, die sich neben dem eigenen Geschäftsbereich in erster Linie auf unmittelbare Zulieferer und nur bei „substanziierter Kenntnis“ von einer Verletzung menschenrechts- und umweltbezogener Pflichten auch auf mittelbare Zulieferer beziehen (vgl. § 6 Abs. 3 und 4 sowie § 9 LkSG).

Die weite Lieferkettendefinition wirft damit zahlreiche Prüfungen auf: Müssen beispielsweise Schiffe, Containerfrachter, Lkw-Spediteure etc. inspiziert werden, die das Unternehmen zum Transport seiner Waren beauftragt? Inwieweit müssen auch Energieversorgungsunternehmen in das Risikomanagement einbezogen werden? Fraglich ist auch, wie weit die Sorgfaltspflichten reichen, wenn der Vertragspartner ein Konglomerat ist. Begrenzt sich der Pflichtenradius auf die jeweils relevante, produktbezogene Sparte oder muss beim Bezug von Aromastoffen beispielsweise auch die vom Geschäftspartner betriebene Gastronomiekette in den Blick genommen werden? Unklar ist weiter, wer als „Endkunde“ im Sinne der Begriffsdefinition anzusehen ist. Gerade für die Vorleistungsindustrie ist es relevant, ob die Lieferkette beim direkten Abnehmer (z. B. Weiterverarbeiter) endet oder darüber hinausgeht. Ohnehin erscheint die Einbeziehung auch des Downstream-Bereichs nicht recht in die Systematik zu passen, beschränken sich doch die Sorgfaltspflichten auf den eigenen Geschäftsbereich oder auf (unmittelbare und mittelbare) Zulieferer, aber eben nicht auf Endkunden. Gemeint kann daher nur die „Lieferung an den Endkunden“ sein, womit im Wesentlichen der Vertrieb und Transport von Waren und Dienstleistungen als eine Form der „Zulieferung“ erfasst wären.

### 3. Konzerndimensionale Reichweite

Ebenfalls noch im parlamentarischen Verfahren eingefügt wurde, dass in verbundenen Unternehmen auch eine konzernangehörige Gesellschaft zum eigenen Geschäftsbereich der Obergesellschaft zählt, wenn die Obergesellschaft auf die konzernangehörige Gesellschaft einen bestimmenden Einfluss ausübt (§ 2 Abs. 6 S. 3 LkSG). Miterfasst sind wohl auch ausländische Konzerngesellschaften, da nach Satz 2 jede Tätigkeit zur Herstellung von Produkten usw. erfasst ist, „unabhängig davon, ob sie an einem Standort im In- oder Ausland vorgenommen wird.“

Als Anhaltspunkt für das Vorliegen eines bestimmenden Einflusses zählt beispielsweise ein konzernweites Compliance- oder Lieferkettenmanagement (vgl. S. 37 Drucks. 19/30505). Gerade pflichtbewusste Obergesellschaften erweitern somit durch ein gruppenweites Compliance-System ihren eigenen Pflichten- und Haftungsradius. Eine merkwürdige Folge, die jedoch im Kartellrecht schon lange gelebte Praxis ist.

Auch hier bleibt unklar, welche konzernweiten Sorgfaltspflichten die Obergesellschaft denn genau treffen. Welche Abstufungen gelten im mehrstufigen Konzern? Besteht eine Pflicht, die Einflussnahmemöglichkeiten zu optimieren? Welche Sorgfaltspflichten können auf Konzerngesellschaften pflichtenbefreiend delegiert werden?

### 4. „Angemessene“ Maßnahmen

Stellt das Unternehmen im Rahmen seiner Risikoanalyse ein Risiko oder eine Verletzung menschenrechts- oder umweltbezogener Pflichten fest, hat es „wirksame“ Präventions- bzw. Abhilfemaßnahmen vorzunehmen (§ 6 und § 5 LkSG). Wann Maßnahmen wirksam sind, wird in § 4 Abs. 2 LkSG beschrieben. Interessant ist dabei, dass danach nur solche Risiken oder Verletzungen relevant sein sollen, die das Unternehmen innerhalb der Lieferkette „verursacht oder dazu beigetragen hat“. Damit stellt sich die Frage, von welcher Qualität etwa der Beitrag sein muss: Stellt schon die bloße Vertragsbeziehung zu einem pflichtvergessenen Zulieferer einen Sorgfaltspflichten auslösenden „Beitrag“ dar – oder muss noch mehr dazu kommen?

## COMPLIANCE KOMMENTIERT

# DAS NEUE LIEFERKETTENGESETZ: NEUE AUFGABEN UND VIELE OFFENE FRAGEN FÜR DIE COMPLIANCE- ABTEILUNGEN

Ein Kommentar von Professor Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider und Dr. Tobias Brouwer

Weiter heißt es, dass der Erfolg in Form der Risikominimierung oder die Beendigung der Verletzung nicht geschuldet ist. Die in § 3 LkSG vorgeschriebenen Sorgfaltspflichten sollen lediglich eine Bemühens- und keine Erfolgspflicht oder Garantiehafung begründen (vgl. S. 37 Drucks. 19/30505). Für den eigenen Geschäftsbereich wird dieses Postulat allerdings wieder relativiert. Denn nach § 7 Abs. 1 LkSG müssen Abhilfemaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich im Inland stets und im Ausland „in der Regel“ zu einer Beendigung der Verletzung führen. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Abkehr von der Bemühenspflicht, sondern um eine Angemessenheitsbetrachtung (§ 3 Abs. 2 LkSG), bei der die zu erwartenden Anstrengungen im unmittelbaren Einflussbereich deutlich höher liegen als im Verhältnis zu Dritten.

Welche Maßnahmen im Einzelfall angemessen sind, kann das Gesetz freilich nicht im Detail vorgeben. Dafür sind die denkbaren Fallgestaltungen zu verschieden. Für den Rechtsanwender besteht dennoch das Haftungsrisiko, dass erst in der Rückschau von der Behörde und den Gerichten festgestellt wird, was unter Heranziehung der ebenfalls recht unbestimmten Angemessenheitskriterien des § 3 Abs. 2 LkSG die „richtige“ Maßnahme gewesen wäre. Mit Blick auf die scharfen Geldbußen hatte der Bundesratsrechtsausschuss daher empfohlen, einen Safe Harbor nach dem Vorbild der Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in das LkSG aufzunehmen. Danach liegt keine Sorgfaltspflichtverletzung vor, wenn das Unternehmen die Risiken und zu ergreifenden Maßnahmen auf der Grundlage angemessener Informationen ermittelt und bewertet hat (vgl. [Beschlussempfehlung 9, S. 6 Drucks. 239/1/21](#)). Durchgesetzt hat sich dieser Beschlussvorschlag allerdings nicht. Die Auslegungslast, welche Informations-, Einwirkungs- und Abhilfemaßnahmen im konkreten Fall geboten sind, liegt somit bei den Rechtsanwendern.

### II. Haftungsfragen

Zur zivilrechtlichen Haftung finden sich zwei wichtige Aussagen im Gesetz und in der Gesetzesbegründung. So wird klargestellt, dass § 7 Abs. 1 (Abhilfemaßnahmen) „keine Grundlage für einen Anspruch eines Geschädigten gegenüber einem Unternehmen“ begründet. Das lässt die Schlussfolgerung zu, dass potenziell Geschädigte Unternehmen nicht nach dem LkSG auf Vornahme einer bestimmten Abhilfemaßnahme in Anspruch nehmen können. Leistungsansprüche aus anderen Rechtsgrundlagen sind damit jedoch nicht ausgeschlossen. Zu denken ist etwa an Ansprüche aus §§ 1004, 906 Abs. 2 BGB, die im RWE-Fall vor dem OLG Hamm seitens eines peruanischen Kleinbauers zur (anteiligen) Erstattung von Kosten für den Schutz seines Grundstücks gegen einen infolge der globalen Erderwärmung überlaufenden Gletschersee ins Feld geführt werden (OLG

Hamm, Beschl. v. 30.11.2017 – I-5 U 15/17). Es bleibt daher abzuwarten, welche Ausstrahleffekte Verfahren wie dieses oder das jüngste Den Haager Urteil gegen das Unternehmen Shell auf Reduktion seiner CO<sub>2</sub>-Emissionen entsprechend des Pariser Klimaabkommens haben werden. Denn der Verbotskatalog des LkSG umfasst u. a. auch das Verbot schädlicher Bodenveränderungen sowie von Gewässer- und Luftverunreinigungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 9 LkSG).

Helfen könnte die Klarstellung in § 3 Abs. 3 LkSG, die noch in letzter Minute eingefügt wurde. Danach begründen Pflichtverletzungen aus dem LkSG keine zivilrechtliche Haftung. Darüber hinaus soll nach der entsprechenden Beschlussempfehlung insbesondere eine Schutzgesetzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein. Eine unabhängig vom LkSG begründete zivilrechtliche Haftung bleibt nach Satz 2 jedoch ausdrücklich unberührt. Werden auf der Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB oder § 831 BGB Schadensersatzansprüche wegen menschenrechts- oder umweltbezogenen Pflichtverletzungen geltend gemacht, müsste bei der Subsumtion das LkSG wohl vollständig ausgeblendet und nur nach der bisher geltenden Rechtsauffassung entschieden werden. Eine Haftung für Rechtsverletzungen von Zulieferern und Konzerngesellschaften nach § 831 BGB würde danach mangels Weisungsabhängigkeit – zumindest in der Regel – ausscheiden. Fraglich bleibt aber der Einfluss des LkSG auf den im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB zu bestimmenden Sorgfalthmaßstab etwa bei der Erfüllung eigener Verkehrssicherungspflichten von Unternehmen. Darüber hinaus stellen sich schließlich Haftungsfragen im Verhältnis zum Zulieferer und den Endkunden. Können etwa Unternehmen pflichtvergessene Zulieferer und Endkunden wegen erlittener Bußgeldschäden in Regress nehmen oder gar weitergehende Ansprüche auf Ersatz von Reputationsschäden geltend machen?

### III. Fazit

Das LkSG führt zu einer deutlichen Aufwertung der Compliance-Funktion in Unternehmen. Compliance-Officern kommt damit eine zunehmende Bedeutung bei der Organisation und Überwachung der erforderlichen Risikomanagementsysteme zu (vgl. § 4 Abs. 3 LkSG). Um für 2023 fit zu sein, bietet sich eine frühzeitige Auseinandersetzung mit dem Gesetzestext und den zahlreichen ungeklärten Auslegungs- und Anwendungsfragen an, die nicht zuletzt auch im Dialog mit der zuständigen Aufsichtsbehörde BAFA zu klären sind. Branchen- und Berufsverbände wie der BCM können dabei eine wichtige Bündelungs- und Filterfunktion übernehmen und bei der praktischen Umsetzung des LkSG Hilfestellung bieten.