

BVMed-Handreichung zum LkSG

Modul 0 – Anwendungsbereich des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (0/5)



Impressum

© Copyright by

BVMed – Bundesverband Medizintechnologie e. V. | Januar 2023

Vervielfältigungen, auch auszugsweise, sind nur mit ausdrücklicher Genehmigung des BVMed e. V. gestattet.

Die Erarbeitung dieser BVMed-Handreichung und der Beispiele wurde unterstützt durch:
Herrn Rechtsanwalt Michael Öttinger,
Produktkanzlei · Ahlhaus Handorn Niermeier Schucht Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Augsburg

Die Ausführungen basieren auf dem Rechtsstand 31. Januar 2023. Sie dienen als Empfehlungen, wobei der BVMed und die Produktkanzlei keine Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inhalts übernehmen.

In der Online-Version des Moduls sind weiterführende Informationen direkt verlinkt. Die Online-Version des Moduls ist abrufbar unter: <https://www.bvmed.de/de/branche/nachhaltigkeit/lieferkettensorgfaltspflichtengesetz-handreichung-zur-praktischen-umsetzung>

Inhalt

A. EINLEITUNG UND HINTERGRUND.....	4
I. Struktur und Zielsetzung der Handreichung	4
II. Überblick zu den Sorgfaltspflichten.....	5
III. Dynamische Rechtsentwicklung und Anwendungshinweise.....	6
B. PERSONELLER ANWENDUNGSBEREICH	7
I. Unternehmen	7
II. „in Deutschland“.....	8
III. Arbeitnehmerschwelle.....	9
1. Arbeitnehmer.....	10
2. „in der Regel“	11
3. Leiharbeiter (§ 1 Abs. 2 LkSG)	12
4. Berechnung in verbundenen Unternehmen (§ 1 Abs. 3 LkSG).....	13
a) Erfasste Unternehmensstrukturen.....	13
b) Grundsätze der Zurechnung	15
c) Sonderkonstellationen.....	17
aa)Konstellationen mit Auslandsbezug	17
bb) Mehrstöckige Unternehmensarchitektur.....	19
IV. Auswirkungen auf nicht direkt erfasste Unternehmen.....	20
C. SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH.....	21
I. Begriff „Lieferkette“	21
1. Segmente der Lieferkette.....	21
2. Umfang der Lieferkette.....	22
3. Begriff der „Erforderlichkeit“	23
II. Segmentierung und Pflichtenverteilung in verbundenen Unternehmen.....	23
1. „bestimmender Einfluss“	24
2. Pflichtenverteilung ohne bestimmenden Einfluss	25
3. Pflichtenverteilung bei bestimmendem Einfluss.....	27
D. ZEITLICHER ANWENDUNGSBEREICH	29
Anlage 1: Stichpunktartige Checkliste zu § 1 LkSG	30
Anlage 2: Beispiele zum Anwendungsbereich	31

A. EINLEITUNG UND HINTERGRUND

Das Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferketten-sorgfaltspflichtengesetz – LkSG) wurde am 22.07.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet¹ und trat in den für betroffene Unternehmen relevanten Teilen einheitlich zum 01.01.2023 in Kraft.²

I. Struktur und Zielsetzung der Handreichung

Die vorliegende Handreichung gibt einen umfassenden und fundierten Überblick über die mitunter komplexen Zusammenhänge zur Bestimmung, ob ein Unternehmen vom Gesetz erfasst ist oder nicht. Dabei sind folgende drei Aspekte relevant:

- der personelle Anwendungsbereich (dazu unter A.)
Der personelle Anwendungsbereich bestimmt sich nach § 1 LkSG. Darin wird geregelt, welche Unternehmen überhaupt direkt vom LkSG erfasst sind. Hierbei geht es im Kern darum, wie die relevanten Arbeitnehmerschwellen³ zu berechnen und Fälle mit Auslandsbezug einzuordnen sind. In verbundenen Unternehmen ist in diesem Zusammenhang die komplexe Zurechnungsregel aus § 1 Abs. 3 LkSG von besonderer Relevanz. Neben den direkt erfassten Unternehmen werden jedoch auch nicht in den Anwendungsbereich fallende Unternehmen mit den Auswirkungen des LkSG in Berührung kommen (sog. „Durchreichungseffekt“).
- der sachliche Anwendungsbereich (dazu unter B.)
Für den sachlichen Anwendungsbereich muss zunächst der Begriff der „Lieferkette“ nach § 2 Abs. 5 LkSG bestimmt werden. Sodann bedarf es der Segmentierung der Lieferkette, da in unterschiedlichen Segmenten der Lieferkette unterschiedliche Pflichten zu erfüllen sind.⁴ Konkret ist dabei nach dem eigenen Geschäftsbereich und den unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern zu unterscheiden (§ 2 Abs. 6 bis 8 LkSG). Auch hier stellen sich in verbundenen Unternehmen komplexe Abgrenzungsfragen.

¹ Art. 1 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten; BGBl. 2021 I, S. 2959 (letzter Abruf: 30.09.2022)

² Art. 5 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten; lediglich die rein behördenbezogenen Vorschriften aus den §§ 13 Abs. 3, 14 Abs. 2 und 19 bis 21 LkSG traten bereits am Tag nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft.

³ Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit werden in dieser Handreichung, im Einklang mit dem Gesetzestext, die männlichen Formen verwendet. Dennoch sind selbstverständlich durchgehend alle Geschlechtszugehörigkeiten (männlich, weiblich, divers) erfasst.

⁴ Der Begriff des „sachlichen Anwendungsbereichs“ ist im Gesetz nicht angelegt und wird in der Literatur daher noch uneinheitlich verwendet. Teilweise wird über die Bestimmung der Lieferkette hinaus auch noch das Vorliegen eines menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risikos in den Umgriff des sachlichen Anwendungsbereichs einbezogen; vgl. beispielsweise Wagner/Wagner/Schuler, in: Wagner/Ruttloff/Wagner [Hrsg.], Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis, Rn. 35ff. und Nietsch/Wiedmann, NJW 2022, 1 (3). Nach hier vertretener Ansicht kann das Vorliegen eines menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risikos systematisch nicht als zum sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes gehörig angesehen werden, da solches Risiko gerade erst im Rahmen der gesetzlich geforderten Risikoanalyse nach § 5 LkSG zu ermitteln ist. Diese ist jedoch nur dann und nur insoweit durchzuführen, wie das Gesetz auf ein bestimmtes Unternehmen, eine fragliche Lieferkette und zu einem bestimmten Zeitpunkt überhaupt anwendbar ist. Demzufolge ist die Bestimmung des Umfangs der geschützten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Aspekte Gegenstand einer weiteren Handreichung.

- der zeitliche Anwendungsbereich (dazu unter C.)

Zeitlich ist das LkSG für inländische Unternehmen mit in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmern im Inland ab dem 01.01.2023 und für inländische Unternehmen mit in der Regel mindestens 1.000 Arbeitnehmern erst ab dem 01.01.2024 anwendbar. Bestimmte Pflichten sind direkt zum jeweiligen Geltungsbeginn zu erfüllen, andere erst im Laufe des ersten Geschäftsjahres ab Geltungsbeginn.

Diese Handreichung soll es dem Leser ermöglichen zu bestimmen, ob und falls ja, in welchem Umfang sein Unternehmen vom LkSG betroffen ist. Hierfür werden die relevanten Aspekte zunächst textlich im Detail vorgestellt. Im Anhang sind darauf basierend eine stichpunktartige Checkliste (Anlage 1) und visualisierte Beispielskonstellationen (Anlage 2) enthalten, um eine schnelle Gesamtübersicht erhalten zu können.

II. Überblick zu den Sorgfaltspflichten

Von nach § 1 LkSG erfassten Unternehmen werden umfassende Sorgfaltspflichten im eigenen Geschäftsbereich und in der gesamten Lieferkette gefordert. Dies umfasst insbesondere

- die Einrichtung eines Risikomanagements,
- die Festlegung von betriebsinternen Zuständigkeiten,
- die Durchführung von Risikoanalysen,
- die darauf basierende Implementierung von Präventions- und Abhilfemaßnahmen,
- die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens und
- die Dokumentation und Berichterstattung im Hinblick auf die Erfüllung der Sorgfaltspflichten.

Betroffene Unternehmen sind nach § 3 Abs. 1 LkSG verpflichtet, diese Pflichten im Hinblick auf die vom LkSG geschützten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Belange „in angemessener Weise zu beachten mit dem Ziel, menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiken vorzubeugen oder sie zu minimieren oder die Verletzung menschenrechtlicher oder umweltbezogener Pflichten zu beenden.“ Demnach enthält das LkSG „eine Bemühens- und keine Erfolgspflicht. Unternehmen müssen nicht garantieren, dass in ihren Lieferketten keine Menschenrechte oder umweltbezogene Pflichten verletzt werden. Sie müssen vielmehr nachweisen können, dass sie die in den §§ 4 bis 10 näher beschriebenen Sorgfaltspflichten umgesetzt haben, die vor dem Hintergrund ihres individuellen Kontextes machbar und angemessen sind.“⁵

⁵ [BT-Drs. 19/28649](#), S. 40 (letzter Abruf: 31.01.2023).

III. Dynamische Rechtsentwicklung und Anwendungshinweise

Schließlich ist einleitend darauf hinzuweisen, dass die Auslegung des in seinen wesentlichen Teilen noch nicht in Kraft getretenen LkSG aktuell einer enormen Dynamik unterliegt. Dies liegt zum einen darin begründet, dass der Gesetzeswortlaut zahlreiche unbestimmte und damit auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe enthält. Zum anderen geben die offiziellen Gesetzesbegründungen⁶ teilweise nur wenig konkrete Anhaltspunkte zur Unterstützung der erforderlichen Auslegung. Weitere offizielle Konkretisierungen finden sich aktuell in der gelegentlich aktualisierten und erweiterten CSR-FAQ-Sammlung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAFAS FAQs)⁷ und den Informationen auf der ebenfalls stetig erweiterten Themenwebsite „Lieferketten“ des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA).⁸ Dort werden insbesondere auch die nach § 20 LkSG vom BAFA verpflichtend zu erstellenden Handreichungen veröffentlicht.⁹ Schließlich gibt es bereits ein breites Spektrum an rechtswissenschaftlichen Literaturmeinungen zu vielen Aspekten des LkSG. Allerdings sind die Literaturmeinungen bislang wenig konsolidiert und enthalten daher oftmals widersprechende oder einander ergänzende Inhalte und Auslegungsergebnisse.

Diese Handreichung berücksichtigt neben dem Gesetzestext zwar primär die von offiziellen Seiten herausgegebenen Auslegungs- und Anwendungshinweise, bezieht aber die umfassende Literatur zum Anwendungsbereich des LkSG so weit wie möglich in die Überlegungen mit ein. Dennoch stellt diese Handreichung auf Grund der Dynamik der rechtlichen und tatsächlichen Entwicklungen rund um das LkSG nur eine abstrakte Momentaufnahme und keine Betrachtung von konkreten Einzelfällen dar. Demzufolge sind bei der Anwendung dieser Handreichung einerseits alle Besonderheiten des Einzelfalls eigenverantwortlich in die Bewertung einzustellen. Andererseits ist stets zu prüfen, ob zwischenzeitlich weitere offizielle Auslegungshinweise und behördliche oder gerichtliche Entscheidungen verfügbar sind, die unter Umständen von den nachstehenden Ausführungen abweichende Bewertungen enthalten.

⁶ BT-Drs. 19/2649 zum ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 19.04.2021 und [BT-Drs. 19/30505](#) (letzter Abruf: 31.01.2023) zur Beschlussempfehlung und zum Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 09.06.2022, wobei es sich um die final beschlossene Fassung handelt.

⁷ Abrufbar unter: [BMAFAS FAQs](#) (Stand: 03.01.2023 – letzter Abruf: 31.01.2023).

⁸ Abrufbar unter: [BAFA „Lieferketten“](#) (letzter Abruf: 31.01.2023).

⁹ Aktuell liegen die Handreichung zur Risikoanalyse „[Risiken ermitteln, gewichten und priorisieren](#)“, die Handreichung zur Berichterstattung „[Fragenkatalog zur Berichterstattung gemäß § 10 Abs. 2 LkSG](#)“, die Handreichung zum Beschwerdeverfahren „[Beschwerdeverfahren organisieren, umsetzen und evaluieren](#)“ und die Handreichung zur Angemessenheit „[Prinzip der Angemessenheit nach den Vorgaben des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes](#)“ vor. (letzter Abruf: 31.01.2023) vor. Eine Handreichung zum Anwendungsbereich gibt es bislang nicht.

B. PERSONELLER ANWENDUNGSBEREICH

Der personelle Anwendungsbereich ist nach § 1 LkSG zu bestimmen. Demnach wird dieser durch drei Voraussetzungen geprägt:

- Zunächst fallen nur Unternehmen in den Anwendungsbereich (dazu unter I.). Insbesondere bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften bedarf es einer weiteren Detailbetrachtung.
- Die Unternehmen müssen ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsgemäßen Sitz in Deutschland haben (dazu unter II.).
- Schließlich ist die Eröffnung des Anwendungsbereichs an das Erreichen bestimmter Arbeitnehmerschwellen geknüpft (dazu unter III.).

Allerdings werden auch zahlreiche nicht direkt in den Anwendungsbereich fallende Unternehmen mit den gesetzlichen Sorgfaltspflichten oder jedenfalls mit deren tatsächlichen Auswirkungen konfrontiert sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn und soweit sie unmittelbare oder mittelbare Zulieferer in einer Lieferkette mit einem direkt in den Anwendungsbereich fallenden Unternehmen sind (dazu unter IV.).

I. Unternehmen

Nach dem Einleitungsteil von § 1 Abs. 1 Satz 1 LkSG ist dieses nur auf „Unternehmen“ anwendbar. Zwar ist der Begriff des Unternehmens im Gesetz selbst nicht definiert, jedoch zeigt die uneingeschränkte Verwendung, dass es keine Einengung auf bestimmte Rechtsformen gibt. Nach diesem rechtsformneutralen Ansatz fallen alle natürlichen oder juristischen Personen (beispielsweise GmbH und AG) und auch alle Personengesellschaften (beispielsweise OHG und KG) darunter. Dies umfasst einschränkungslos auch Unternehmen in Privatrechtsform in öffentlicher Hand, soweit diese am Wirtschaftsleben teilnehmen und am Markt wie jedes andere Unternehmen agieren. Naturgemäß sind damit auch die Unternehmen des MedTech-Sektors betroffen.

Gleiches gilt auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts (wie beispielsweise Körperschaften des öffentlichen Rechts, Anstalten und öffentlich-rechtliche Stiftungen), sofern und soweit diese am Markt unternehmerisch tätig sind. Sind diese jedoch nicht am Markt unternehmerisch tätig, fallen sie nicht unter den Unternehmensbegriff.¹⁰

¹⁰ BT-Drs. 19/28649, S. 31 – hier wird einschränkend ausgeführt, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts nur dann nicht in den Anwendungsbereich fallen, wenn diese „Verwaltungsaufgaben einer **Gebietskörperschaft wahrnehmen**“ [Hervorhebung nur hier] und nicht unternehmerisch am Markt tätig sind. Gebietskörperschaften (Bund/Länder/Landkreise/Kommunen) können jedoch nicht als Obergesellschaften im Sinne von § 1 Abs. 3 LkSG angesehen werden; BMAS FAQs, III.8. Weiterhin sind öffentlich-rechtliche **Personalkörperschaften**, wie beispielsweise alle gesetzlichen Krankenkassen, die Kassenärztliche Vereinigung, Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern, ohne weitere Einschränkung vom Anwendungsbereich erfasst, wenn sie unternehmerisch am Markt tätig sind und die weiteren Voraussetzungen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs erfüllt sind; BMAS FAQs, III.4.

„Eine unternehmerische Tätigkeit am Markt liegt vor, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts Dritten (natürlichen Personen, Unternehmen, anderen JPÖR) gegenüber eine Dienstleistung oder ein Produkt (auch unentgeltlich) anbietet und dabei das Anbieten der Dienstleistung oder des Produktes in Konkurrenz zu anderen Marktteilnehmenden (anderen Unternehmen und/oder anderen JPÖR) geschieht. Der Einkauf von Leistungen ist nur insoweit Bestandteil der unternehmerischen Tätigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts i. S. d. LkSG, als er zum Zwecke der o. g. Marktbetätigung erfolgt. Eine solche Konkurrenzsituation liegt immer dann vor, wenn die Dienstleistung bzw. das Produkt auch von anderen Marktteilnehmenden angeboten werden kann. Entsprechend ihrer eingeschränkten Erfassung durch das LkSG werden nur die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gezählt, die organisatorisch dem unternehmerisch tätigen Teil der juristischen Person des öffentlichen Rechts zuzuordnen sind. Anhand dieser Zählweise ist zu bestimmen, ob die Schwelle der 3.000 (ab 2023) bzw. 1.000 (ab 2024) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Sinne des § 1 LkSG erreicht ist. Beamte und Beamtinnen werden dabei nicht mitgezählt. Zugleich obliegen die Pflichten des LkSG der JPÖR nur in dem unternehmerisch tätigen Bereich.“¹¹ Dies ist stets im Einzelfall anhand aller relevanten Umstände zu bestimmen.

Darüber hinaus sind auch nach ausländischen Rechtsordnungen gegründete Unternehmen (wie beispielsweise eine luxemburgische S. à r. l. oder eine US-amerikanische Inc.) und die Europäische Gesellschaft (SE) erfasst,¹² wenn die weiteren Voraussetzungen jeweils gegeben sind.

II. „in Deutschland“

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LkSG sind nur solche Unternehmen erfasst, die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz in Deutschland haben. Während der satzungsmäßige Sitz bei nach deutschem Recht gegründeten Unternehmen jeweils grundsätzlich schon nach dem anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Rechtsregime in Deutschland sein muss,¹³ muss dies bei europäischen und ausländischen Gesellschaftsformen nicht zwingend der Fall sein. Hier kann der satzungsmäßige Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder gar außerhalb der EU liegen, aber die Hauptverwaltung, die Hauptniederlassung oder der Verwaltungssitz dennoch in Deutschland sein. Sofern dies der Fall ist, können auch Unternehmen mit einem satzungsmäßigen Sitz im Ausland unter den Anwendungsbereich des LkSG fallen.

¹¹ BMAS FAQs, III.4-6. In der alten Fassung der BMAS FAQs, III.5 (mit Stand 28.04.2022) wurde noch explizit ausgeführt, dass grundsätzlich „auch Krankenhäuser unter den Anwendungsbereich des Gesetzes [fallen], sofern sie die Arbeitnehmer*innen-schwelle erreichen, am Markt tätig sind, gesundheitliche Dienstleistungen gegen Entgelt anbieten und die damit verbundenen finanziellen Risiken tragen sowie als Einkäufer (etwa von medizinischen Gerätschaften) agieren.“ Diese Passage ist seit der Fassung der BMAS FAQs aus dem November 2022 ersatzlos entfallen, inhaltlich dürfte sich daran jedoch nichts geändert haben.

¹² BT-Drs. 19/28649, S. 31.

¹³ Vgl. insoweit unter anderem § 5 AktG („Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den die Satzung bestimmt.“), § 4a GmbHG („Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt.“) und § 106 HGB für die OHG und in Verbindung mit § 161 Abs. 2 HGB für die KG („Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.“).

Vgl.

[Beispiel 1 in Anlage 2](#)

Sonderfall: ausländisches Unternehmen mit Zweigniederlassung in Deutschland (§ 1 Abs. 1 Satz 2 LkSG)

Ausnahmsweise fallen auch Unternehmen ohne Hauptverwaltung, Hauptniederlassung, Verwaltungssitz und satzungsmäßigen Sitz in Deutschland in den Anwendungsbereich, wenn diese eine (rechtlich unselbstständige) Zweigniederlassung im Sinne von § 13d HGB in Deutschland haben und die geltenden Arbeitnehmerschwellen erfüllt sind. Bei einer Zweigniederlassung handelt es sich um einen räumlich getrennten Teil eines Unternehmens, der nicht nur vorübergehend und zu einem gewissen Grad organisatorisch, personell und sachlich selbstständig nach außen rechtsgeschäftlich tätig ist. Eine Zweigniederlassung i. S. d. § 13d LkSG hat jedoch keine eigene Rechts-persönlichkeit, ist also weder juristische Person noch rechtsfähige Personengesellschaft¹⁴ und kann mithin als solche auch keine (Arbeits-)Verträge im eigenen Namen abschließen. Obschon der Wortlaut von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. LkSG nur davon spricht, dass das ausländische Unternehmen „eine Zweigniederlassung“ in Deutschland hat, sind systematisch und im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Vorschrift keine Gründe erkennbar, warum diese nicht auch dann anwendbar sein soll, wenn das ausländische Unternehmen mehrere unselbstständige Zweigniederlassungen in Deutschland hat. Tochterunternehmen sind jedoch in die Betrachtung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 LkSG nicht einzubeziehen.

Ungeachtet dieser Sonderkonstellation ist schließlich klar, dass eine in Deutschland ansässige (rechtlich selbstständige) Tochtergesellschaft eines ausländischen Unternehmens jedenfalls dann in den Anwendungsbereich des LkSG fällt, wenn die Tochtergesellschaft selbst alle Voraussetzungen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 1 Abs. 1 Satz 1 LkSG erfüllt.¹⁵

III. Arbeitnehmerschwelle

Das LkSG enthält in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 3 zwei Arbeitnehmerschwellen und knüpft daran einen jeweils unterschiedlichen Startzeitpunkt für das Bestehen der gesetzlichen Sorgfaltspflichten. Für erfasste Unternehmen mit in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmern gilt das LkSG ab dem 01.01.2023. Ab dem 01.01.2024 wird die Arbeitnehmerschwelle auf 1.000 gesenkt. Zu beachten ist, dass das Gesetz ab Erreichen der Schwelle von 3.000 bzw. 1.000 Arbeitnehmern gilt und nicht erst dann, wenn ein Unternehmen mehr als die genannten Mitarbeiter hat.¹⁶ Bei der Berechnung ist das Pro-Kopf-Prinzip anzuwenden, sodass Vollzeit- und Teilzeitkräfte gleichermaßen in die Kalkulation einzubeziehen sind.¹⁷

¹⁴ *Valdini*, BB 2021, 2955 (2956); *Ott/Lüneborg/Schmelzeisen*, DB 2022, 238 (239).

¹⁵ Zur Zurechnung der Arbeitnehmer in verbundenen Unternehmen, vgl. sogleich unter A.III.

¹⁶ Der am 15.02.2022 veröffentlichte Referentenentwurf sah noch vor, dass das Gesetz erst bei mehr als 3.000 bzw. 1.000 Arbeitnehmern greifen sollte.

¹⁷ BMAS FAQs, III.2.

Im Detail werden nachstehend die folgenden Aspekte erläutert:

- Begriff des Arbeitnehmers (dazu unter 1.)
- Beurteilungszeitraum, in welchem die Arbeitnehmerschwelle „in der Regel“ erreicht sein muss (dazu unter 2.)
- Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern nach § 1 Abs. 2 LkSG (dazu unter 3.)
- Berechnung der Arbeitnehmerzahl in verbundenen Unternehmen (dazu unter 4.).

1. Arbeitnehmer

Für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft gilt auch im Kontext des LkSG die allgemeine Arbeitnehmerdefinition aus § 611a BGB.¹⁸ Demnach kommt es für die Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich auf die Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit im Dienste eines anderen an. Dies erfordert eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles.¹⁹

Demnach sind grundsätzlich folgende Mitarbeiter bei der Kalkulation zu berücksichtigen:

- Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte
- leitende Angestellte
- Arbeitnehmer in Probezeit
- Heimarbeiter
- unselbstständige Handelsvertreter
- Arbeitnehmer in Kurzarbeit
- wegen Mutterschaftsurlaub Abwesende.

Demgegenüber sind folgende Gruppen bei der Kalkulation grundsätzlich nicht zu berücksichtigen:

- freie Mitarbeiter und Selbstständige
- Organmitglieder juristischer Personen
- Gesellschafter juristischer Personen (Ausnahme: die Person ist als nicht geschäftsführender Gesellschafter zugleich Arbeitnehmer in dem Unternehmen)
- Personen, bei denen die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis im Geschäftsjahr mehr als sechs Monate ruhen (z. B. ausgeschiedene Vorruheständler, Personen in der passiven Phase der Altersteilzeit, Arbeitnehmer in Elternzeit)
- Beamte sowie Soldaten
- Auszubildende, Umschüler gemäß Berufsbildungsgesetz, Praktikanten und Volontäre.²⁰

¹⁸ BMAS FAQs, III.1.

¹⁹ Vgl. zu weiteren Details *Spinner*, in: MüKo, 8. Aufl. 2020, § 611a mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

²⁰ Auflistungen nach BMAS FAQs, III.2.

Zudem sind nach dem Gesetzeswortlaut auch ins Ausland entsandte Arbeitnehmer in die Kalkulation einzubeziehen. Eine Arbeitnehmerentsendung liegt grundsätzlich dann vor, wenn ein Arbeitnehmer auf Weisung seines inländischen Arbeitgebers (entsendendes Unternehmen) im Ausland eine Beschäftigung für ihn ausübt. Ebenso ist eine Entsendung anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer zuvor im Inland für die Ausübung einer Tätigkeit im Ausland eingestellt wird. Lebt der Arbeitnehmer jedoch bereits im Ausland bzw. ist dort beschäftigt und nimmt von dort aus eine Beschäftigung für einen inländischen Arbeitgeber auf, handelt es sich um eine Ortskraft, und es liegt kein Fall der Entsendung vor.

Eine Entsendung setzt weiterhin voraus, dass die Ausübung der Tätigkeit im Ausland von vornherein zeitlich begrenzt ist. Diese zeitliche Begrenzung kann sich aus der Art der Beschäftigung, aber auch aus einer vertraglichen Vereinbarung ergeben. Dabei ist die Dauer der Entsendung nicht begrenzt, wobei der Zeitraum allerdings „überschaubar“ sein muss. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass entsandte Arbeitnehmer im Fall von Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen in Deutschland ausnahmsweise, aber systematisch zutreffend, nicht zu berücksichtigen sind.²¹

2. „in der Regel“

Durch die Formulierung „in der Regel“ wird klargestellt, dass es für die Anwendbarkeit des LkSG nicht auf einen festgelegten Stichtag ankommt. Vielmehr ist die dynamische, das Unternehmen im Allgemeinen prägende Personalstärke maßgeblich. Ausweislich der Gesetzesbegründung kann zur Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs, unter Berücksichtigung des Schutzzwecks und der sonstigen auslegungsrelevanten Merkmale des LkSG, auf die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts²² im mitbestimmungsrechtlichen Kontext²³ zurückgegriffen werden.

Demnach ist auf die „normale“ Zahl der Beschäftigten abzustellen, also auf die Personalstärke, die für das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist. Dies erfordert regelmäßig sowohl einen Rückblick als auch eine Prognose.

Für den erforderlichen Rückblick in die Vergangenheit gibt es keinen für alle Fälle einheitlichen Zeitraum. Vielmehr kann der normale Personalbestand nur anhand der Gegebenheiten ermittelt werden, die im Einzelfall die Entwicklung des Unternehmens kennzeichnen. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass der Begriff „in der Regel“ ein zeitliches Element enthält, so dass für einen als normal anzusehenden Personalbestand eine gewisse Dauer zu fordern ist.

²¹ BT-Drs. 19/30505, S. 34.

²² Konkret wird auf BAG, Urt. v. 16.11.2004 – 1 AZR 642/03 verwiesen.

²³ § 1 MitbestG und § 1 BetrVG.

Zum anderen hängt die Beurteilung, welche Belegschaftsstärke für das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist, auch von den personalwirtschaftlichen Entscheidungen des Arbeitgebers ab.²⁴ Im Hinblick auf personalwirtschaftliche Entscheidungen sind jedoch nur solche relevant, die auch tatsächlich im dafür zuständigen Gesellschaftsorgan beschlossen sind und deren Verwirklichung nichts Wesentliches mehr im Weg steht. Rein vorübergehende, kurzzeitige Schwankungen, beispielsweise auf Grund der volatilen Auftragslage, dürfen hingegen bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Gleiches gilt für beabsichtigte, aber noch nicht konkretisierte Veränderungen der Belegschaftszahl.²⁵

Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres beschäftigt werden.²⁶ Demnach muss eine Beschäftigung länger als sechs Monate erfolgen, damit ein Arbeitnehmer bei der Kalkulation zu berücksichtigen ist.²⁷

3. Leiharbeiter (§ 1 Abs. 2 LkSG)

Nach § 1 Abs. 2 LkSG sind Leiharbeiter bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl des Entleihunternehmens zu berücksichtigen, wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt. Dies gilt, obwohl die Leiharbeiter nach der gesetzlichen Definition gerade keine Arbeitnehmer des Entleihers, sondern des Verleihers sind (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG). Dennoch werden Leiharbeiter nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert und unterliegen für die Dauer der Arbeitnehmerüberlassung seinem Weisungsrecht.

Hierbei ist keine personenbezogene, sondern eine arbeitsplatzbezogene Betrachtung maßgeblich.²⁸ Demnach kommt es darauf an, ob das Unternehmen während eines Jahres über die Dauer von mehr als sechs Monaten Arbeitsplätze mit Leiharbeitern besetzt. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich dabei um den Einsatz eines bestimmten oder wechselnder Leiharbeiter handelt und ob die Leiharbeiter auf demselben oder auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden.²⁹ Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, geht das Gesetz folglich davon aus, dass auch die eingerichteten Arbeitsplätze für Leiharbeiter für die Personalstärke des Unternehmens prägend sind. Das gilt auch bei ins Ausland entsandten Leiharbeitern.

Im verleihenden Unternehmen sollen die Leiharbeiter nach in der Literatur teilweise vertretener Auffassung ebenfalls mitzuzählen sein, wenn ihre dortige Beschäftigung regelmäßig überwiegt.³⁰

²⁴ BAG, Urt. v. 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, Tz. 11f., juris.

²⁵ BT-Drs. 19/28648, S. 32.

²⁶ BAG, Urt. v. 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, Tz. 13, juris.

²⁷ BT-Drs. 19/28648, S. 32.

²⁸ BT-Drs. 19/28649, S. 33.

²⁹ So auch schon BGH, Urt. v. 25.06.2019 – II ZB 21/18 zu § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG.

³⁰ Vgl. *Sturm*, in: Wagner/Ruttloff/Wagner [Hrsg.], Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis, Rn. 982.

4. Berechnung in verbundenen Unternehmen (§ 1 Abs. 3 LkSG)

§ 1 Abs. 3 LkSG enthält eine komplexe und in zahlreichen Details bislang noch kontrovers diskutierte Vorgabe für die Zurechnung von Arbeitnehmern in verbundenen Unternehmen. Der Wortlaut lautet wie folgt:

„Innerhalb von verbundenen Unternehmen (§ 15 des Aktiengesetzes) sind die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer sämtlicher konzernangehöriger Gesellschaften bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2) der Obergesellschaft zu berücksichtigen; ins Ausland entsandte Arbeitnehmer sind erfasst.“

In diesem Zusammenhang werden nachstehend die folgenden Aspekte dargestellt:

- Überblick zu den erfassten Unternehmensstrukturen (dazu unter a))
- Grundsätze der Zurechnung (dazu unter b))
- Sonderkonstellationen bei Fällen mit Auslandsbezug und in mehrstöckigen Unternehmen (dazu unter c)).

a) Erfasste Unternehmensstrukturen

Bereits in diesem Punkt gibt der Wortlaut von § 1 Abs. 3 LkSG Anlass zu ersten Klarstellungen. Während einerseits zur Definition verbundener Unternehmen auf § 15 AktG verwiesen wird, wird im weiteren Wortlaut andererseits nur von *konzernangehörigen* Gesellschaften gesprochen, obwohl der Konzern nach § 18 AktG nur eine mögliche Form eines Unternehmensverbundes ist. Dennoch wollte der Gesetzgeber hierdurch keine Einschränkung auf Konzerne vornehmen, sondern hat diesen Begriff nur als „untechnischen Sammelbegriff“ für alle Formen verbundener Unternehmen nach § 15 AktG verwendet.³¹ Verbundene Unternehmen im Sinne des LkSG sind demnach rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16 AktG), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17 AktG), Konzernunternehmen (§ 18 AktG), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19 AktG) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292 AktG) sind.

Der Begriff des „verbundenen Unternehmens“ im Sinne von § 15 AktG, und damit auch im Sinne des LkSG, ist nicht deckungsgleich mit der Verwendung des gleichen Begriffs in § 271 Abs. 2 HGB. Weiterhin ist zu beachten, dass die Definitionsnormen der §§ 15 bis 19 AktG rechtsformneutral sind und daher auch Anwendung finden, wenn ein verbundenes Unternehmen keine AG oder KGaA ist.³²

³¹ BMAS FAQs, IV.1.

³² Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 16. Aufl. 2022, § 15, Rn. 8.

Im Folgenden werden jeweils kurz die einzelnen Formen verbundener Unternehmen charakterisiert:

- Eine Mehrheitsbeteiligung nach § 16 AktG ist gegeben, soweit die Mehrheit der Anteile eines rechtlich selbstständigen Unternehmens einem anderen Unternehmen gehören (Anteilmehrheit) oder einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte in dem rechtlich selbstständigen Unternehmen zustehen (Stimmenmehrheit). Das Unternehmen, welchem die Mehrheit der Anteile gehört bzw. die Mehrheit der Stimmrechte des anderen rechtlich selbstständigen Unternehmens zusteht, wird als ein mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen, das andere Unternehmen als in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen bezeichnet.
- Eine Beherrschung nach § 17 AktG ist gegeben, wenn ein Unternehmen (herrschendes Unternehmen) auf ein rechtlich selbstständiges Unternehmen (abhängiges Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Klassischer Anwendungsfall ist ausweislich der Vermutungsregelung aus § 17 Abs. 2 AktG ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen nach § 16 LkSG. Eine tatsächliche Ausübung des Einflusses ist jedoch grundsätzlich nicht nötig. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein beherrschender Einfluss nach § 17 AktG nicht mit dem Begriff des „bestimmenden Einflusses“ nach § 2 Abs. 6 Satz 3 LkSG gleichzusetzen ist und letzterer einer LkSG-spezifischen Auslegung bedarf.³³
- Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG liegt ein Konzern vor, soweit mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung eines Unternehmens stehen. Zentrales Merkmal eines Konzerns ist also die einheitliche Leitung einer Mehrheit von selbstständigen Unternehmen. Der herrschende weite Konzernbegriff lässt es grundsätzlich ausreichen, wenn in wenigstens einem wesentlichen Bereich unternehmerischer Tätigkeit eine einheitliche Leitung gegeben ist. Nach § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG ist dieses Merkmal jedenfalls dann erfüllt, soweit ein Beherrschungsvertrag (§ 291 Abs. 1 AktG) besteht oder eine Eingliederung (§§ 319 ff. AktG) erfolgt ist.

Der Oberbegriff des Konzerns wird im Gesetz und in der Praxis in zwei Unterfälle aufgeteilt. Zum einen kann es sich um einen Unterordnungskonzern (§ 18 Abs. 1 AktG) und zum anderen um einen Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs. 2 AktG) handeln. Ein Unterordnungskonzern liegt vor, wenn ein herrschendes Unternehmen mindestens ein abhängiges Unternehmen dergestalt beherrscht, dass das herrschende Unternehmen die einheitliche Leitung beider Unternehmen übernimmt. Der Gleichordnungskonzern, der in der Praxis die Ausnahme darstellt, zeichnet sich dadurch aus, dass eine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung

³³ Vgl. *Wagner/Wagner/Schuler*, in: *Wagner/Ruttloff/Wagner* [Hrsg.], *Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis*, Rn. 35ff; vgl. zur Bestimmung des Begriffs „bestimmender Einfluss“ unter B.

gerade ohne Beherrschung bzw. Abhängigkeit des einen von dem anderen Unternehmen zustande kommt. Die Unternehmen sind daher in diesem Fall an einer einheitlichen Leitung gleichberechtigt beteiligt.

- Die wechselseitige Beteiligung nach § 19 AktG, als weitere Form des Unternehmensverbundes, lässt sich in eine einfache wechselseitige Beteiligung (§ 19 Abs. 1 AktG) und in eine einseitig oder beidseitig qualifizierte wechselseitige Beteiligung (§ 19 Abs. 2 und 3 AktG) unterteilen. Die einfache wechselseitige Beteiligung erfasst den Fall, in dem keines der beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung hält. Nötig ist jedoch eine Mindestbeteiligung in Höhe von mindestens 25 % des anderen Unternehmens. Unter den Unternehmensbegriff des § 19 AktG sind, in Abweichung zum weit gefassten Unternehmensbegriff aus § 15 AktG, nur Kapitalgesellschaften zu subsumieren, die einen inländischen Satzungssitz haben. Eine einseitig qualifizierte wechselseitige Beteiligung § 19 Abs. 2 AktG liegt dann vor, wenn ein Unternehmen einseitig an einem anderen Unternehmen Mehrheitsbeteiligungen hat oder sonst beherrschenden Einfluss ausüben kann, das andere Unternehmen aber nur im Sinne von § 19 Abs. 1 AktG einfach beteiligt ist. Ein Fall der beidseitig qualifizierten wechselseitigen Beteiligung gemäß § 19 Abs. 3 AktG ist dann gegeben, wenn Unternehmen jeweils gegenseitig mehrheitlich beteiligt sind oder aufeinander beherrschenden Einfluss ausüben können.
- Die Sammelbezeichnung der Verbindung durch Unternehmensvertrag untergliedert sich in Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (§ 291 AktG) sowie in Gewinngemeinschafts-, Teilgewinnabführungs-, Betriebspacht-, und Betriebsüberlassungsverträge (§ 292 AktG).

Vor dem Hintergrund der gesellschaftsrechtlich enorm vielgestaltigen und komplexen Möglichkeiten der Unternehmensarchitektur muss die Bestimmung des Vorliegens verbundener Unternehmen nach § 15 AktG, deren Arbeitnehmerzahl der Obergesellschaft zugerechnet werden, stets einzelfallbezogen erfolgen. Dabei sind alle in Frage kommenden Unternehmen und deren jeweilige Verbundenheit gesondert zu bewerten.

Vgl.

[Beispiel 2 in Anlage 2](#)

b) Grundsätze der Zurechnung

Nach dem eindeutigen Wortlaut von § 1 Abs. 3 LkSG werden Arbeitnehmer nur „der Obergesellschaft“ zugerechnet. Damit ist klargestellt, dass eine Zurechnung immer nur „von unten nach oben“³⁴ erfolgt und nicht umgekehrt. Folglich ist es so, dass die Arbeitnehmer aller Stufen in verbundenen Unternehmen – Töchter, Enkelinnen³⁵ usw. – ausschließlich der nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bestimmenden Obergesellschaft zugerechnet werden. Daraus ergibt sich weiterhin zweierlei:

³⁴ BMAS FAQs, IV.3.

³⁵ BMAS FAQs, IV.2 und 4.

- Zum einen findet keine stufenweise Zurechnung dergestalt statt, dass Arbeitnehmer unterhalb der Obergesellschaft zugerechnet werden müssen. Demnach werden Arbeitnehmer der Tochter einer Tochter (= Enkelin) nicht der Tochter, sondern nur der Obergesellschaft zugerechnet. Folglich muss innerhalb einer Struktur verbundener Unternehmen zunächst die relevante Obergesellschaft bestimmt werden, der sodann alle Arbeitnehmer innerhalb der Struktur zugerechnet werden. Eine den Anwendungsbereich eröffnende Zurechnung unterhalb der jeweiligen Obergesellschaft ist jedenfalls nicht geboten.³⁶
- Zum anderen, in Erweiterung der vorstehenden Festlegung, bedarf es auch keiner Zurechnung von oben nach unten. Wenn also einer Obergesellschaft Arbeitnehmer aus einem Bereich des verbundenen Unternehmens zugerechnet wurden, müssen diese nicht auf darunterliegende Gesellschaften des gleichen Bereichs oder anderer Bereiche rechnerisch übertragen werden.

Weiterhin findet auch keine Konzernverrechnung dergestalt statt, dass, wenn die relevante Arbeitnehmerschwelle über die Zurechnungsnorm des § 1 Abs. 3 LkSG bei der Obergesellschaft erreicht ist, auch gleichzeitig alle verbundenen Unternehmen in den Anwendungsbereich des LkSG fallen.³⁷ Vielmehr fällt in diesem Fall nur die Obergesellschaft in den direkten Anwendungsbereich nach § 1 LkSG, und nur sie ist damit verpflichtet, die gesetzlichen Sorgfaltspflichten zu erfüllen.³⁸

Allerdings darf die Zurechnungsnorm in § 1 Abs. 3 LkSG in Strukturen verbundener Unternehmen nicht darüber hinwegtäuschen, dass zunächst jedes Unternehmen selbst seine eigene Arbeitnehmerzahl bestimmen muss und allein auf Grund dieser in den Anwendungsbereich des LkSG fallen kann. So kann der Anwendungsbereich für jedes einzelne Unternehmen innerhalb des verbundenen Unternehmens völlig unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Ebene (Obergesellschaft, Tochter, Enkelin usw.) eröffnet sein, wenn ein einzelnes Unternehmen bereits die gesetzliche Arbeitnehmerschwelle überschreitet.

Demnach kann es also zu folgenden Konstellationen kommen:

- Ein Tochterunternehmen hat selbst bereits über 3.000 Arbeitnehmer und fällt damit direkt in den Anwendungsbereich;
- gleichzeitig hat auch die Obergesellschaft selbst über 3.000 Arbeitnehmer und fällt damit direkt in den Anwendungsbereich oder jedenfalls über die Zurechnungsnorm aus § 1 Abs. 3 LkSG.³⁹

³⁶ BMAS FAQs, IV.3 und 4.

³⁷ Vgl. *Bicker/Reichl*, in: Wagner/Ruttloff/Wagner [Hrsg.], Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis, Rn. 953.

³⁸ Die Frage danach, welche der verbundenen Unternehmen nach § 2 Abs. 6 Satz 3 LkSG in den „eigenen Geschäftsbereich“ der Obergesellschaft fallen, ist eine vom personellen Anwendungsbereich vollkommen losgelöste Thematik und wird in dieser Handreichung unter C behandelt.

³⁹ Zum Umgang mit derartigen Mehrfachverpflichtungen, vgl. ebenfalls unter C.

Vgl.

[Beispiel 3](#) und
[Beispiel 4](#)

In Anlage 2

c) Sonderkonstellationen

Ausgehend von den vorstehend dargestellten Grundsätzen bedarf es einer genaueren Betrachtung bei Konstellationen mit Auslandsbezug einerseits (dazu unter aa)) und bei mehrstöckigen Unternehmensarchitekturen andererseits (dazu unter bb)).

aa) Konstellationen mit Auslandsbezug

Gerade bei Konstellationen mit Auslandsbezug können sich komplexe Fragen stellen, die anhand des reinen Wortlautes des Gesetzes nicht immer zweifelsfrei aufgelöst werden können. Allerdings sind die vielfach auftretenden Grundkonstellationen inzwischen in den BMAS FAQs und der juristischen Fachliteratur grundsätzlich aufbereitet und systematisch in die Gesamtsystematik von § 1 LkSG eingeordnet.

Ausgangspunkt aller Überlegungen in Konstellationen mit Auslandsbezug muss stets sein, dass nur in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer (und ins Ausland entsandte Arbeitnehmer) bei der Kalkulation überhaupt zu berücksichtigen sind.

Demnach sind die folgenden Fälle zu unterscheiden:

- Einer Obergesellschaft mit Sitz in Deutschland sind (außerhalb von Entsendungen) weder Mitarbeiter ausländischer Tochtergesellschaften⁴⁰ noch ausländischer Zweigniederlassungen zuzurechnen. In letzterem Fall werden die Arbeitnehmer der Zweigniederlassungen zwar regelmäßig Arbeitsverträge mit der deutschen Gesellschaft haben, jedoch werden diese Arbeitnehmer territorial betrachtet nicht „im Inland beschäftigt“, wie es § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 LkSG fordert.
- Umgekehrt kann eine ausländische Obergesellschaft in keinem Fall ein taugliches Zurechnungsobjekt nach § 1 Abs. 3 LkSG sein, da dieser wiederum auf § 1 Abs. 1 Satz 1 LkSG Bezug nimmt und folglich nur in Deutschland ansässige Obergesellschaften relevant sind. Dies hat zur Konsequenz, dass in Deutschland ansässige Tochterunternehmen einer ausländischen Obergesellschaft jeweils nur ihre eigenen Mitarbeiter berücksichtigen müssen. In anderen Worten: Wenn eine deutsche Tochtergesellschaft einer ausländischen Obergesellschaft selbst die relevanten Arbeitnehmerschwellen des LkSG erreicht, fällt dieses Tochterunternehmen (oder auch jedes Unternehmen auf gesellschaftsrechtlich weiter darunterliegenden Ebenen) selbst direkt in den Anwendungsbereich des LkSG.

Es bedarf zudem keiner Zurechnung aller Arbeitnehmer aus Unternehmen unterhalb der jeweiligen deutschen Tochtergesellschaft zu derselben. Dies deshalb, weil es auch hier dabei bleibt, dass ein Unternehmen, das in der globalen Struktur verbundener Unternehmen nicht als Obergesellschaft angesehen werden kann, auch dann nicht zu einer (Zwischen-)Obergesellschaft wird, wenn es auf höchster gesellschaftsrechtlicher Ebene in Deutschland angesiedelt ist.⁴¹

⁴⁰ BMAS FAQs, IV.6.

⁴¹ Vgl. *Valdini*, BB 2021, 2955

Zudem muss auch keine Addition aller Arbeitnehmer aller deutschen Gesellschaften einer ausländischen Obergesellschaft erfolgen. Die ausländische Obergesellschaft kann gerade auf Grund ihres Sitzes im Ausland nicht als Bindeglied für die gesetzlich postulierte Zurechnung „von unten nach oben“ im Sinne von § 1 Abs. 1 und Abs. 3 LkSG dienen.

- Im Fall einer ausländischen Obergesellschaft, die gleichzeitig Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften in Deutschland hat, ist anhand der gesetzlichen Systematik noch einmal weitergehend zu differenzieren.
 - Die Zurechnung der Arbeitnehmer der Zweigniederlassung erfolgt zweifelsohne über § 1 Abs. 1 Satz 2 LkSG, sodass diese in ihrer Gesamtheit aufzuaddieren und bei der ausländischen Obergesellschaft zu konsolidieren sind. Wenn alleine die Arbeitnehmer der Zweigniederlassung die relevanten Arbeitnehmerschwellen erreichen, fällt die ausländische Obergesellschaft in den Anwendungsbereich und hat in ihren weltweiten Lieferketten die Sorgfaltspflichten nach dem (deutschen) LkSG zu erfüllen; eine Beschränkung auf Sachverhalte mit Bezug zu (den Zweigniederlassungen in) Deutschland ist in diesem Fall nicht zulässig.⁴²
 - In dem Fall, in dem die Arbeitnehmer der in Deutschland bestehenden Zweigniederlassungen nicht ausreichen, um die Arbeitnehmerschwellen zu erreichen, stellt sich sodann die Frage, ob die Arbeitnehmer der deutschen Tochtergesellschaften zusätzlich hinzuaddiert werden müssen. Hätte die ausländische Obergesellschaft keine Zweigniederlassung in Deutschland, würde sich diese Frage nicht stellen, da der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Satz 2 LkSG gar nicht eröffnet wäre. Wenn jedoch (mindestens) eine Zweigniederlassung in Deutschland besteht (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LkSG), wurde in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LkSG als zweite Voraussetzung ganz allgemein formuliert, dass es sodann nur noch darauf ankommt, dass die ausländische Obergesellschaft „in der Regel mindestens 3 000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigt.“ Eine Einschränkung auf die bei den deutschen Zweigniederlassungen beschäftigten Arbeitnehmern findet sich im Wortlaut gerade nicht wieder, sodass auf den ersten Blick eine Addition aller Arbeitnehmer der Zweigniederlassungen und der Tochterunternehmen in Deutschland angenommen werden könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Bei näherer Betrachtung des Wortlautes sind die Arbeitnehmer der deutschen Tochtergesellschaften, die im Unterschied zu rechtlich unselbstständigen Zweigniederlassungen jeweils eigenständige Rechtspersönlichkeiten sind,

⁴² BMAS FAQs, IV.12.

jedoch direkt bei diesen und nicht bei der ausländischen Obergesellschaft „beschäftigt“, wobei gerade Letzteres Voraussetzung für eine Zurechnung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LkSG wäre. Darüber hinaus würde bei einer Zurechnung auch der Arbeitnehmer der deutschen Tochterunternehmen die Binnensystematik des § 1 LkSG gesprengt.

Wie auch bereits bei der Beurteilung der Zurechnungsbedürftigkeit nach § 1 Abs. 3 LkSG innerhalb von verbundenen Unternehmen in Deutschland, bedarf es auch und gerade bei Konstellationen mit Auslandsbezug einer umfassenden und exakten Betrachtung der gesellschaftsrechtlichen Zusammenhänge innerhalb der bestehenden Unternehmensarchitektur.

bb) Mehrstöckige Unternehmensarchitektur

Die Diskussion rund um die Eröffnung des Anwendungsbereichs des LkSG in mehrstöckigen Unternehmen rührt daher, dass es nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen durchaus möglich ist, dass unterhalb einer an der Spitze stehenden Obergesellschaft weitere Zwischenobergesellschaften stehen. In diesem Fall war in der Literatur⁴³, auch auf Grund einer fehlenden Definition des Begriffs „Obergesellschaft“ im LkSG und den zugehörigen Gesetzesmaterialien, umstritten, ob § 1 Abs. 3 LkSG nur auf die an der Spitze stehende Obergesellschaft oder auch auf darunter angesiedelte Zwischenobergesellschaften (beispielsweise für verschiedene Sparten, Regionen usw.) anwendbar ist. Die gleiche Frage stellte sich in Konstellationen, in denen die oberste Obergesellschaft im Ausland ansässig ist, aber beispielsweise alle Aktivitäten aller Tochterunternehmen in Deutschland durch eine in Deutschland ansässige Regionalobergesellschaft gesteuert werden.

Diese Frage scheint nun jedoch durch die BMAS FAQs⁴⁴ dahingehend geklärt zu sein, dass als Zurechnungssubjekt immer nur die oberste Konzernmutter gilt und eine Zurechnung zu zwischengeschalteten Einheiten, die gesellschaftsrechtlich ebenfalls als Mutterunternehmen bzw. Obergesellschaften⁴⁵ angesehen werden können, nicht stattfindet.⁴⁶ Verbleibende Restzweifel könnten zwar daher rühren, dass das BMAS im genannten FAQ-Eintrag formuliert hat, dass „die Arbeitnehmer*innen (...) nur zur obersten Konzernmutter (in Deutschland) zugerechnet [werden]“ und damit nicht vollständig klar ist, ob hiermit tatsächlich ein Ausschluss der Zurechnung zu einem Mutterunternehmen in Deutschland erfolgen sollte, auch wenn dieses nicht die absolute Konzernspitze darstellt. In systematischer Gesamtschau des Gesetzes und der bestehenden FAQ-Einträge dürfte jedoch hinreichend klar sein, dass eine Zurechnung nur zu der einen Obergesellschaft stattfinden soll, die an der Spitze der Gesamtarchitektur steht.

⁴³ Vgl. Valdini, BB 2021, 2955 und Wagner/Wagner/Schuler, in: Wagner/Ruttloff/Wagner [Hrsg.], Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis, Rn. 26ff.

⁴⁴ BMAS FAQs, IV.4.

⁴⁵ Nach BT-Drs. 19/35050 ist „die Ersetzung des Wortes „Konzernmutter“ [aus dem Regierungsentwurf in BT-Drs. 19/28649] durch „Obergesellschaft“ (...) lediglich stilistischer Natur.“

⁴⁶ So auch explizit Wagner/Wagner/Schuler, in: Wagner/Ruttloff/Wagner [Hrsg.], Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis, Rn. 28.

IV. Auswirkungen auf nicht direkt erfasste Unternehmen

Im Ausgangspunkt kann grundlegend festgehalten werden, dass nicht in den Anwendungsbereich nach § 1 LkSG fallende Unternehmen keinerlei Sorgfaltspflichten nach dem LkSG haben. Damit können sie auch nicht Adressat von Sanktionen nach § 22 LkSG (Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge), § 23 LkSG (Zwangsgelder) und § 24 LkSG (Bußgelder) sein.⁴⁷

Dennoch wird das Gesetz auch für eine Vielzahl dieser Unternehmen von Bedeutung sein, nämlich wenn und sofern diese als unmittelbare oder mittelbare Zulieferer in der Lieferkette eines direkt in den Anwendungsbereich fallenden Unternehmens tätig sind. Nachdem die direkt in den Anwendungsbereich fallenden Unternehmen zu umfassenden Sorgfaltspflichten bei ihren unmittelbaren Zulieferern und (über diese) bei substantiiertes Kenntnis von möglichen Verletzungen auch bei ihren mittelbaren Zulieferern verpflichtet sind, werden die direkt betroffenen Unternehmen auch ihre nicht in den Anwendungsbereich von § 1 LkSG fallenden Zulieferer in die Pflichterfüllung einbinden (müssen). Dies wird als sog. „Durchreichungseffekt“ bezeichnet.

Hierbei kann es sich von wenig formalisierten Anfragen (auch über verschiedene, spezifische oder unspezifische Software-Tools) bis hin zu einer vertraglich abgesicherten, umfassenden Einbeziehung in die Pflichtenstruktur handeln. Nicht direkt betroffene Unternehmen haben jedoch keine aus dem LkSG folgende Pflicht zur Kooperation oder Informationsherausgabe, sodass es sich hierbei um eine freiwillige Leistung handelt, sofern keine vertragliche Pflicht verankert wurde. In diesem Zusammenhang ist nicht direkt in den Anwendungsbereich fallenden Unternehmen jedenfalls dringend dazu zu raten, Informationen und Bestätigungen nur heraus- bzw. abzugeben, wenn diese auch mit Sicherheit korrekt und vollständig sind. Sofern sich ein nicht in den Anwendungsbereich fallendes Unternehmen in einem (angepassten Lieferanten-)Vertrag dazu verpflichten soll, Pflichten und Verbote aus dem LkSG einzuhalten, sollte vor einem Vertragsabschluss genau geprüft werden, ob die geforderten vertraglichen Zusagen auch tatsächlich eingehalten werden können. Andernfalls droht bei Verstößen gegen vertragliche Pflichten unter Umständen (neben potenziell vereinbarten Vertragsstrafen) ein erhebliches Schadensersatzrisiko.

Schließlich erwartet die Bundesregierung bei Unternehmen, die nicht unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, dass sie ihrer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht nachkommen, wie sie im Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte⁴⁸ verankert wurde.⁴⁹ Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine behördlicherseits durchsetzbare Pflicht.

⁴⁷ BMAS FAQs, I.3.

⁴⁸ Abrufbar unter: [NAP 2016](#).

⁴⁹ BMAS FAQs, IV.7.

C. SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH

Den sachlichen Anwendungsbereich bestimmt nach der Struktur dieser Handreichung die Definition des Begriffs der „Lieferkette“ nach § 2 Abs. 5 LkSG, da die unternehmerischen Sorgfaltspflichten nur in den vom LkSG erfassten Teilen der Lieferkette (dazu unter I.) anwendbar sind. Auch in diesem Kontext stellen sich komplexe Fragen bei der Abgrenzung und Zuordnung der Verantwortlichkeiten in verbundenen Unternehmen, die jedoch für eine ordnungsgemäße Pflichterfüllung entscheidend sind (dazu unter II.)

I. Begriff „Lieferkette“

Der Begriff der „Lieferkette“ ist in § 2 Abs. 5 LkSG wie folgt definiert:

„Die Lieferkette im Sinne dieses Gesetzes bezieht sich auf alle Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens. Sie umfasst alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistungen erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden und erfasst

- 1. das Handeln eines Unternehmens im eigenen Geschäftsbereich,*
- 2. das Handeln eines unmittelbaren Zulieferers und*
- 3. das Handeln eines mittelbaren Zulieferers.“*

Im Gegensatz zur Eröffnung des personellen Anwendungsbereichs werden im Hinblick auf die Lieferkette nicht nur die in Deutschland angesiedelten Stufen erfasst. Vielmehr ist die weltweite Lieferkette, selbstverständlich unter Einbeziehung inländischer Sachverhalte, in den Blick zu nehmen.

1. Segmente der Lieferkette

Die einzelnen Segmente der Lieferkette sind dabei in § 2 Abs. 6 bis 8 LkSG wie folgt definiert:

„Der eigene Geschäftsbereich im Sinne dieses Gesetzes erfasst jede Tätigkeit des Unternehmens zur Erreichung des Unternehmensziels. Erfasst ist damit jede Tätigkeit zur Herstellung und Verwertung von Produkten und zur Erbringung von Dienstleistungen, unabhängig davon, ob sie an einem Standort im In- oder Ausland vorgenommen wird. In verbundenen Unternehmen zählt zum eigenen Geschäftsbereich der Obergesellschaft eine konzernangehörige Gesellschaft, wenn die Obergesellschaft auf die konzernangehörige Gesellschaft einen bestimmenden Einfluss ausübt.“

Vgl.

[Beispiel 5 in Anlage 2](#)

„Unmittelbarer Zulieferer im Sinne dieses Gesetzes ist ein Partner eines Vertrages über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, dessen Zulieferungen für die Herstellung des Produktes des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistung notwendig sind.“

„Mittelbarer Zulieferer im Sinne dieses Gesetzes ist jedes Unternehmen, das kein unmittelbarer Zulieferer ist und dessen Zulieferungen für die Herstellung des Produktes des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistung notwendig sind.“

Nach der Definition des eigenen Geschäftsbereichs ist damit nicht nur die weltweite Lieferkette, sondern auch die weltweite Struktur des in den Anwendungsbereich fallenden Unternehmens relevant, um die Segmentierung der Lieferkette zutreffend vornehmen zu können.

Während die gesetzlichen Sorgfaltspflichten im eigenen Geschäftsbereich und bei unmittelbaren Zulieferern vollumfänglich und ohne weitere Voraussetzungen gelten, müssen im Hinblick auf mittelbare Lieferanten nur anlassbezogenen Sorgfaltspflichten ergriffen werden. Der in § 9 Abs. 3 Satz 1 LkSG definierte Anlass ist das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte, die eine Verletzung einer menschenrechtsbezogenen oder einer umweltbezogenen Pflicht bei mittelbaren Zulieferern möglich erscheinen lassen (substantiierte Kenntnis). In diesem Zusammenhang gelten die allgemeinen und bekannten Grundsätze der Wissenszurechnung (im Konzern) ebenso wie die Organisationspflicht einschließlich einer effektiven Verarbeitung von Informationen.⁵⁰ Demnach genügt es, wenn die Informationen im direkt betroffenen Unternehmen verfügbar sind und zur Kenntnis genommen werden können. Beispielsweise genügen also auch reine Medienberichte oder Informationen von Nichtregierungsorganisationen (NGOs), wenn diese entweder offenkundig sind oder dem Unternehmen direkt zur Verfügung gestellt wurden.⁵¹

2. Umfang der Lieferkette

Die Lieferkette beginnt mit der Gewinnung der Rohstoffe und endet mit der Lieferung des Produktes an den Endkunden. Dabei können die Bestandteile einer Lieferkette je nach Art des Produktes oder der Leistung variieren. Die Lieferkette zur Herstellung eines Sachgutes enthält typischerweise die Phasen der Beschaffung (d. h. die Gewinnung und Lieferung von Rohstoffen für die Herstellung von Produkten), der Produktion (die Verarbeitung von Rohstoffen und Komponenten zu gebrauchsfertigen Medizinprodukten) und des Vertriebs (Aktivitäten, die dafür sorgen, dass das Produkt seinen endgültigen Bestimmungsort etwa im Krankenhaus oder beim Patienten erreicht, zum Beispiel mit Hilfe von internen oder externen Vertriebsorganisationen, Lagern, physischen Geschäften oder Online-Shops).

⁵⁰ BMAS FAQs, VI.13.

⁵¹ BMAS FAQs, VI.14.

Erfasst wird dabei auch die Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die erforderlich für die Produktherstellung ist, wie zum Beispiel der Transport oder die Zwischenlagerung von Waren. Zur Erbringung einer Dienstleistung gehört auch jede Form von Finanzdienstleistung. Wenn beispielsweise ein Hersteller einen Kredit zur Finanzierung seiner Produktion aufnimmt, ist auch der Kredit und die kreditgebende Bank von der Lieferkette des Herstellers umfasst.⁵²

Die nachgelagerte Lieferkette ist hingegen nicht Gegenstand der Sorgfaltspflichten aus dem LkSG,⁵³ weil und sofern es sich nicht um den eigenen Geschäftsbereich und um (un-)mittelbare Zulieferer handelt.⁵⁴ Die Formulierung aus § 2 Abs. 5 LkSG betrifft demnach nur den eigentlichen Akt der Lieferung eines Produktes, nicht aber den weiteren Umgang damit in der nachgelagerten Lieferkette. Übernimmt das unter den Anwendungsbereich fallende Unternehmen selbst die Auslieferung eines Produktes an Endkunden, dann ist die Auslieferung Teil des eigenen Geschäftsbereichs. Beauftragt das Unternehmen einen Dritten mit der Auslieferung des Produktes an die Endkunden, dann ist dieses Unternehmen als Zulieferer Teil der Lieferkette des beauftragenden Unternehmens gemäß § 2 Abs. 5 LkSG.⁵⁵

3. Begriff der „Erforderlichkeit“

Der Begriff „erforderlich“ ist weit auszulegen. Erfasst wird zum Beispiel auch der Bürobedarf eines Industrieunternehmens, die Gebäudereinigung und der Kantinenbetrieb. Allerdings sind derartige Risiken oftmals nicht prioritär zu behandeln, da hier vielfach nur ein sehr kleiner Verursachungsbeitrag vorliegen wird.⁵⁶

II. Segmentierung und Pflichtenverteilung in verbundenen Unternehmen

Ganz grundsätzlich ist auch in verbundenen Unternehmen auf einer ersten Stufe zunächst zu untersuchen, welche der einzelnen Gesellschaften (ggf. auch unter Berücksichtigung der Zurechnungsregel aus § 1 Abs. 3 LkSG) direkt in den personellen Anwendungsbereich des LkSG fallen. Hiervon ausgehend ist sodann die weitere Pflichtenverteilung festzulegen. Wesentlich hierbei ist folgender Teil der Definition des eigenen Geschäftsbereichs aus § 2 Abs. 6 Satz 3 LkSG:

Vgl.

[Beispiel 6 in Anlage 2](#)

⁵² BT-Drs. 19/28649, S. 39.

⁵³ Demgegenüber erfasst der vorliegende Entwurf (letzter Abruf: 31.01.2023) einer Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 in Art. 3 Buchst. g) auch die komplette nachgelagerte Lieferkette.

⁵⁴ BMAS FAQs, VI.8.

⁵⁵ BMAS FAQs, VI.12.

⁵⁶ BMAS FAQs, II.3 und 4.

„In verbundenen Unternehmen zählt zum eigenen Geschäftsbereich der Obergesellschaft eine konzernangehörige Gesellschaft, wenn die Obergesellschaft auf die konzernangehörige Gesellschaft einen bestimmenden Einfluss ausübt.“

Demnach sind derartige Fälle in folgender Struktur zu prüfen:

- Vorliegen eines bestimmenden Einflusses (dazu unter 1.)
- Fälle ohne bestimmenden Einfluss – normale Pflichtenverteilung (dazu unter 2.)
- Fälle mit bestimmendem Einfluss – Besonderheiten (dazu unter 3.).

1. „bestimmender Einfluss“

Der Begriff des bestimmenden Einflusses ist im LkSG nicht definiert. Allerdings enthält die Gesetzesbegründung konkretisierende Ausführungen zur Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs:⁵⁷

- Die erste Voraussetzung ist, dass eine Einflussnahme nach dem jeweils anwendbaren Recht überhaupt möglich ist.
- Zusätzlich sind für die Beurteilung, ob ein bestimmender Einfluss vorliegt, alle erheblichen Gesichtspunkte in einer Gesamtschau zu würdigen. Hierfür sind alle wirtschaftlichen, personellen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen zwischen Tochter- und Muttergesellschaft im Zusammenhang zu betrachten und zu gewichten. Dies kann sich von Fall zu Fall unterschiedlich darstellen.

Anhaltspunkte für eine bestimmende Einflussnahme können sein:

- hohe Mehrheitsbeteiligung an der Tochtergesellschaft
- Bestehen eines konzernweiten Compliance-Systems (Es genügt jedoch nicht, wenn ein konzernweites Compliance-System erst geplant, aber noch nicht umgesetzt ist)
- Übernahme von Verantwortung für die Steuerung von Kernprozessen im Tochterunternehmen
- Rechtskonstellation, in der die Möglichkeit der Einflussnahme angelegt ist
- personelle Überschneidungen in der (Geschäfts-)Führungsebene
- bestimmender Einfluss auf das Lieferkettenmanagement der Tochtergesellschaft
- Einflussnahme über die Gesellschafterversammlung
- Geschäftsbereich der Tochtergesellschaft entspricht dem Geschäftsbereich der Obergesellschaft; zum Beispiel, weil die Tochtergesellschaft die gleichen Produkte erstellt und verwertet oder die gleichen Dienstleistungen erbringt wie die Obergesellschaft.

⁵⁷ BT-Drs. 19/30505, S. 37.

Nur wenn diese Anhaltspunkte im Beurteilungspunkt bereits vorliegen, kann auch tatsächlich von einem bestimmenden Einfluss ausgegangen werden. Allerdings ist es gerade nicht erforderlich, dass der bestimmende Einfluss mit Blick auf die spezifische Einhaltung der Sorgfaltspflicht nach dem LkSG ausgeübt wird, sodass hier eine allgemeine Betrachtung anzulegen ist.⁵⁸

Für die Anwendung von § 2 Abs. 6 Satz 3 LkSG kommt es immer darauf an, dass die Obergesellschaft selbst einen bestimmenden Einfluss auf die zu betrachtende konzernangehörige Gesellschaft ausübt. Dies gilt auch im Fall einer Enkelgesellschaft, wobei die Einflussausübung auch über eine dazwischengeschaltete Tochtergesellschaft organisiert sein kann.⁵⁹

Hinsichtlich der Frage, ob im Einzelfall an das Bestehen eines bestimmenden Einflusses eher hohe Hürden zu stellen sind oder der Begriff tendenziell weit ausgelegt werden sollte, bestehen mangels gesetzgeberischer Vorgaben in der Literatur noch Meinungsverschiedenheiten.⁶⁰ Nach hier vertretener Ansicht dürfen nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zur möglichst umfassenden Erfassung von Einzelunternehmen innerhalb von Unternehmensverbänden keine überspannten Anforderungen angelegt werden. Dies zum einen deshalb, weil ein einzelnes der genannten Kriterien nie für sich genommen entscheidend sein wird. Vielmehr ist eine Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls erforderlich, und die einzelnen Faktoren dürften sich regelmäßig eher gegenseitig verstärken. Zum anderen legen deutsche Behörden und Gerichte Bestimmungen zur Eröffnung des Anwendungsbereichs einer Norm in aller Regel weit aus, sodass auch dies für einen nicht allzu engen Maßstab spricht.

2. Pflichtenverteilung ohne bestimmenden Einfluss

Solange und soweit durch die Obergesellschaft kein bestimmender Einfluss auf die konzernangehörigen Gesellschaften ausgeübt wird, bleibt es bei der herkömmlichen Lieferkettensegmentierung in den eigenen Geschäftsbereich und unmittelbare und mittelbare Zulieferer. So können auch konzernangehörige Gesellschaften unmittelbare und mittelbare Zulieferer der Obergesellschaft sein; das Gleiche gilt umgekehrt ebenfalls.

Hinsichtlich der Pflichtenverteilung ist zwischen folgenden Konstellationen zu unterscheiden:⁶¹

⁵⁸ BMAS FAQs, IV.8.

⁵⁹ BMAS FAQs, IV.11.

⁶⁰ Vgl. *Wagner/Wagner/Schuler*, in: *Wagner/Ruttloff/Wagner* [Hrsg.], *Das Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz in der Unternehmenspraxis*, Rn. 53f., mit weiteren Nachweisen.

⁶¹ Vgl. zu den Konstellationen BMAS FAQs, IV.7.

- Beide Unternehmen fallen (durch eigenes Erreichen der Mitarbeiterschwelen oder durch Zurechnungen) jeweils selbst in den Anwendungsbereich

In diesem Fall müssen beide Unternehmen die Sorgfaltspflichten für ihren eigenen Geschäftsbereich und entlang ihrer Lieferketten erfüllen. Dabei ist grundsätzlich von einer getrennten, in jedem Unternehmen selbstständig etablierten Durchführung der gesetzlichen Sorgfaltspflichten auszugehen. Allerdings können sich die Unternehmen bei der Pflichterfüllung abstimmen und Maßnahmen auch gemeinsam bzw. koordiniert ergreifen. Beispielsweise kann ein Tochterunternehmen von der Obergesellschaft initiierte geeignete Maßnahmen übernehmen und sich eigenverantwortlich zu eigen machen. Dennoch ist in diesem Kontext darauf hinzuweisen, dass jedes direkt in den Anwendungsbereich fallende Unternehmen im regulatorischen Außenverhältnis vollumfänglich selbst für seine Pflichterfüllung verantwortlich ist. Defizite bei lediglich übernommenen Maßnahmen können nicht erfolgreich als Verteidigungsargumentation geltend gemacht werden. Schließlich ist der nach § 10 Abs. 2 LkSG erforderliche Bericht in jedem Fall von jedem direkt in den Anwendungsbereich fallenden Unternehmen eigenständig abzugeben und zu veröffentlichen. Auch hier ist aber eine inhaltliche Zusammenarbeit möglich.

Ist das Tochterunternehmen (in den hier relevanten Fällen, in denen die Obergesellschaft keinen bestimmenden Einfluss ausübt) gleichzeitig unmittelbarer Zulieferer der Obergesellschaft, dann hat die Obergesellschaft das Tochterunternehmen in seine Sorgfaltspflichterfüllung einzubeziehen, wie jeden anderen unmittelbaren Zulieferer auch. Allerdings kann es gegebenenfalls möglich sein, dortige Risiken auszuschließen, sodass eine nachrangige Priorisierung gerechtfertigt wäre. Gleiches gilt im Fall der Stellung als mittelbarer Zulieferer, wenn gleichzeitig substantiierte Kenntnis von einer möglichen Verletzung vorliegt.

- Nur die Obergesellschaft oder nur das Tochterunternehmen fällt in den Anwendungsbereich

In diesem Fall gelten die gleichen Grundsätze wie in vorstehendem Absatz. Das direkt in den Anwendungsbereich fallende Unternehmen hat das andere nur dann in seine Sorgfaltspflichterfüllung einzubeziehen, wenn es sich um einen unmittelbaren oder mittelbaren Zulieferer handelt. Ist dies nicht der Fall, kann das in den Anwendungsbereich fallende Unternehmen das mit ihm verbundene Unternehmen bei der Erfüllung der eigenen Sorgfaltspflichten aus gesetzlicher Sicht außer Acht lassen.

Zusammenfassend kommt es ohne bestimmenden Einfluss von der Obergesellschaft auf die konzernangehörigen Unternehmen grundsätzlich auf eine unternehmensbezogene Betrachtung an, und die Sorgfaltspflichten sind bei Eröffnung des Anwendungsbereichs in jedem Unternehmen selbstständig zu erfüllen. Eine gemeinsame Pflichterfüllung im Innenverhältnis bleibt indes möglich, wengleich sich diese nicht auf die eigenständige gesetzliche Verpflichtung im Außenverhältnis auswirkt.

3. Pflichtenverteilung bei bestimmendem Einfluss

Wenn seitens einer Obergesellschaft bestimmender Einfluss im Sinne von § 2 Abs. 6 Satz 3 LkSG gegenüber einer konzernangehörigen Gesellschaft besteht, liegt der Fall hingegen komplett anders. In diesem Fall ist die konzernangehörige Gesellschaft kraft gesetzlicher Anordnung dem eigenen Geschäftsbereich der Obergesellschaft zuzuschreiben.

In diesem Zusammenhang ergeben sich folgende Konstellationen:

- Beide Unternehmen fallen (durch eigenes Erreichen der Mitarbeiterschwelen oder durch Zurechnungen) jeweils selbst in den Anwendungsbereich

Die Obergesellschaft muss die Sorgfaltspflichten für ihren eigenen Geschäftsbereich und entlang ihrer Lieferketten erfüllen. Dies schließt auch den Geschäftsbereich und die Lieferketten des Tochterunternehmens (sprich alle unmittelbaren und mittelbaren Zulieferer des Tochterunternehmens, unabhängig davon, ob die Zulieferer auch Zulieferer der Obergesellschaft selbst sind) mit ein. Das Tochterunternehmen gehört auf Grund des bestimmenden Einflusses zum eigenen Geschäftsbereich der Obergesellschaft. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das jeweilige Tochterunternehmen unmittelbarer oder mittelbarer Zulieferer der Obergesellschaft ist, also in irgendeiner Weise Waren an die Obergesellschaft liefert oder dieser Dienstleistungen erbringt. Selbst wenn dem so wäre, würde dies hinter der Einbeziehung in den eigenen Geschäftsbereich zurücktreten.⁶²

Das Risikomanagement kann in dieser Konstellation grundsätzlich in der Obergesellschaft oder im Tochterunternehmen verankert werden. Beispielsweise kann es im Einzelfall angemessen und ausreichend sein, dass sich der Pflichteninhalt der Obergesellschaft im Innenverhältnis auf bloße Überwachungspflichten bezüglich des Tochterunternehmens reduziert. Genauso kann es umgekehrt zulässig sein, dass die Tochter auf die Erfüllung der Pflichten durch die Mutter verweist. Allerdings ist im regulatorischen Außenverhältnis weiterhin jedes Unternehmen, das direkt in den Anwendungsbereich fällt, selbst verpflichtet.⁶³

- Nur die Obergesellschaft fällt in den Anwendungsbereich

In diesem Fall bestehen für die Obergesellschaft keine Unterschiede zu vorstehendem Fall. Der einzige Unterschied liegt darin, dass das Tochterunternehmen nicht selbst in den Anwendungsbereich fällt und daher keine eigenen, gesetzlichen Verpflichtungen aus dem LkSG hat. Dies dürfte sich in der Praxis jedoch häufig nicht auswirken, weil die Tochter vollständig in die Pflichterfüllung der Obergesellschaft eingebunden sein wird.

⁶² Vgl. *Wagner/Wagner/Schuler*, in: *Wagner/Ruttloff/Wagner* [Hrsg.], *Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis*, Rn. 66.

⁶³ *BMAS FAQs*, IV.7.

- Nur das Tochterunternehmen fällt in den Anwendungsbereich

Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn eine ausländische Obergesellschaft eine Tochtergesellschaft in Deutschland hat und die Tochtergesellschaft die relevanten Arbeitnehmerschwellen überschreitet. Nach den bereits ausgearbeiteten Grundsätzen findet hier auf Grund des Wortlautes von § 1 Abs. 1 LkSG keine Zurechnung der Arbeitnehmer zur Obergesellschaft statt, da diese im Ausland sitzt. Demnach ist ein bestimmender Einfluss der Obergesellschaft in dieser Konstellation irrelevant, da diese nicht in den Anwendungsbereich fällt. Folglich sind die gesetzlichen Sorgfaltspflichten in diesem Fall durch das Tochterunternehmen zu erfüllen und nur auf dessen eigenen Geschäftsbereich und die eigenen unmittelbaren und mittelbaren Zulieferer beschränkt. Dies schließt selbstverständlich die Einbettung der Tochtergesellschaft in ein konzernweites Risikomanagement nicht aus, wenn dieses den Vorgaben des LkSG entspricht und das Tochterunternehmen seine eigene Pflichterfüllung stets sicherstellt. Die Tochtergesellschaft muss demgegenüber weder die Obergesellschaft noch sonstige Konzernunternehmen in die Sorgfaltspflichten einbeziehen, sofern es sich hierbei nicht um unmittelbare und mittelbare Zulieferer handelt.⁶⁴

- Deutsche Konzernmutter mit ausländischer Tochtergesellschaft

Hat die deutsche Konzernmutter einen bestimmenden Einfluss auf eine ausländische Tochtergesellschaft (vgl. § 2 Abs. 6 LkSG), dann hat sie, bezogen auf die Tochtergesellschaft, den kompletten Sorgfaltspflichtenkatalog zu erfüllen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Tochter geschäftliche Aktivitäten in Deutschland entfaltet oder ob sie nach Deutschland exportiert.⁶⁵ Erfasst sind sodann gerade auch die unmittelbaren und mittelbaren Zulieferer der ausländischen Tochtergesellschaft.

⁶⁴ BMAS FAQs, IV.9.

⁶⁵ BMAS FAQs, IV.10.

D. ZEITLICHER ANWENDUNGSBEREICH

In zeitlicher Hinsicht sind mehrere Ebenen zu unterscheiden. Ausgangspunkt ist dabei stets, dass das LkSG in den für Unternehmen verpflichtenden Teilen erst zum 01.01.2023 in Kraft trat. Damit handelt es sich bei allen noch im Jahr 2022 durchgeführten Maßnahmen um (freiwillige) Vorbereitungsmaßnahmen, die gesetzlich nicht gefordert und streng genommen auch nicht dazu geeignet sind, die ab dem 01.01.2023 geltenden gesetzlichen Pflichten zu erfüllen.

Wie bereits einleitend dargestellt, gilt das gesamte Gesetz für in den Anwendungsbereich fallende Unternehmen mit in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmern ab dem 01.01.2023. Ab dem 01.01.2024 sind sodann auch alle in den Anwendungsbereich fallende Unternehmen mit in der Regel mindestens 1.000 Arbeitnehmern zur Umsetzung der Sorgfaltspflichten verpflichtet.

Daraus folgt, dass die betroffenen Unternehmen unmittelbar ab dem für sie jeweils maßgeblichen Geltungsbeginn jedenfalls ein Risikomanagement einrichten (§ 4 Abs. 1 LkSG), betriebsinterne Zuständigkeiten festlegen (§ 4 Abs. 3 LkSG), die Risikoanalyse initiieren (§ 5 LkSG) und ein Beschwerdeverfahren einrichten (§ 8 LkSG) müssen.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass gerade auch die Risikoanalyse nicht verpflichtend im Vorfeld des jeweiligen Geltungsbeginns durchgeführt, sondern erst mit diesem begonnen werden muss. Die Analyse ist sodann einmal im Jahr – das heißt auch im ersten Geschäftsjahr – sowie anlassbezogen durchzuführen. Anlassbezogene Analysen sind beispielsweise durchzuführen, wenn ein Unternehmen mit einer wesentlich veränderten oder wesentlich erweiterten Risikolage in der Lieferkette rechnen muss. Erkenntnisse, die aufgrund von Hinweisen im Beschwerdeverfahren gewonnen werden, sind zu berücksichtigen. Der Zeitpunkt, wann die erste Risikoanalyse abgeschlossen sein muss, hängt vom Einzelfall ab, denn die Dauer der Durchführung ist abhängig von den individuellen Unternehmensumständen und der Risikodisposition. Stellt ein Unternehmen im Rahmen dieser Risikoanalyse Risiken oder Verletzungen im Sinne des LkSG fest, hat es unverzüglich danach angemessene Präventionsmaßnahmen und/oder Abhilfemaßnahmen zu ergreifen; zu den Präventionsmaßnahmen zählt insbesondere auch die Grundsatzerklärung gem. § 6 Abs. 2 LkSG, sodass auch diese nicht vorab zu erstellen ist.⁶⁶

Hinsichtlich der zeitlichen Erstellung des ersten Berichts nach § 10 Abs. 2 LkSG ist festzuhalten, dass dieser nicht im Jahr 2023 für das Geschäftsjahr 2022 zu erstellen ist, sondern nur Sachverhalte ab dem 01.01.2023 in den ersten Bericht aufzunehmen sind.⁶⁷ Der erste Bericht ist sodann spätestens vier Monate nach dem Schluss des Geschäftsjahres, welches im Laufe des Kalenderjahres 2023 (für Unternehmen ab 3.000 Arbeitnehmer) bzw. 2024 (für Unternehmen ab 1.000 Arbeitnehmer) abläuft, bei der zuständigen Behörde einzureichen.⁶⁸

⁶⁶ BMAS FAQs, VIII.1.

⁶⁷ BMAS FAQs, XIII.5.

⁶⁸ BMAS FAQs, XIII.1.

Anlage 1: Stichpunktartige Checkliste zu § 1 LkSG

Im Rahmen der Prüfung, ob der Anwendungsbereich des LkSG für ein bestimmtes Unternehmen eröffnet ist, sind die folgenden Kriterien heranzuziehen:



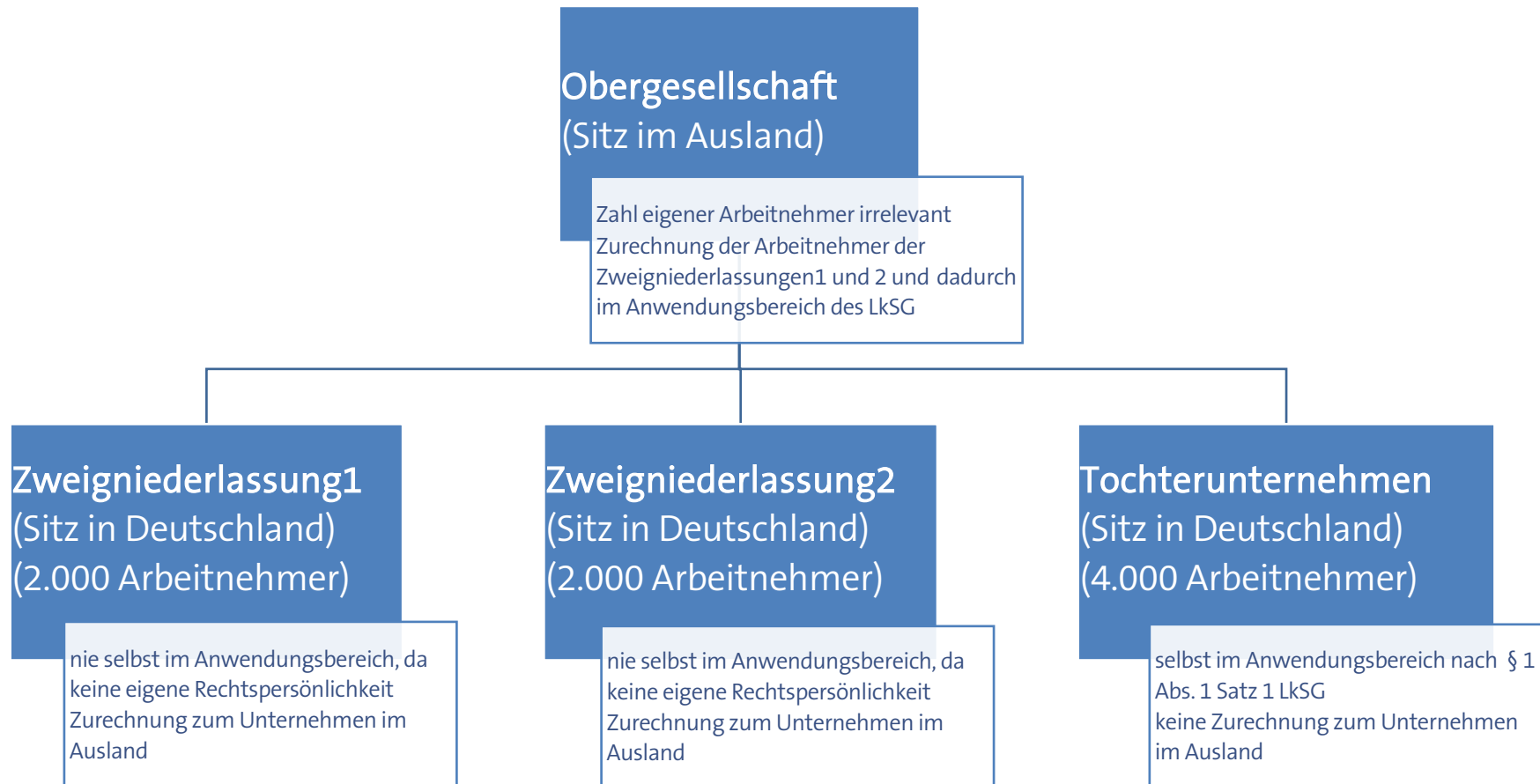
Checkliste

- A. Handelt es sich um ein Unternehmen?
 - 1. wirtschaftliche Tätigkeit am Markt
 - 2. Sonderfälle: öffentlich-rechtliche Körperschaften
- B. Hat das Unternehmen einen Sitz im Inland?
 - 1. Hauptverwaltung, Hauptniederlassung, Verwaltungssitz oder satzungsmäßiger Sitz
 - 2. Sonderfall: ausländisches Unternehmen mit Zweigniederlassungen in Deutschland (§ 1 Abs. 2 LkSG)
- C. Ist die Arbeitnehmerschwelle erreicht?
 - 1. Bestimmung der relevanten Arbeitnehmer
 - 2. Arbeitnehmer im Inland; inklusive der ins Ausland entsandten Arbeitnehmer
 - 3. Sonderfall: Leiharbeiter (§ 1 Abs. 2 LkSG)
 - 4. Sonderfall: Zurechnung in verbundenen Unternehmen (§ 1 Abs. 3 LkSG)
- D. Ergebnis:
 - ➔ in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmer im Inland → Anwendbarkeit ab 01.01.2023
 - ➔ in der Regel mindestens 1.000 Arbeitnehmer im Inland → Anwendbarkeit ab 01.01.2024
 - ➔ Kriterien nicht erfüllt → keine direkte Betroffenheit, aber regelmäßig über Durchreichungseffekt indirekte Betroffenheit

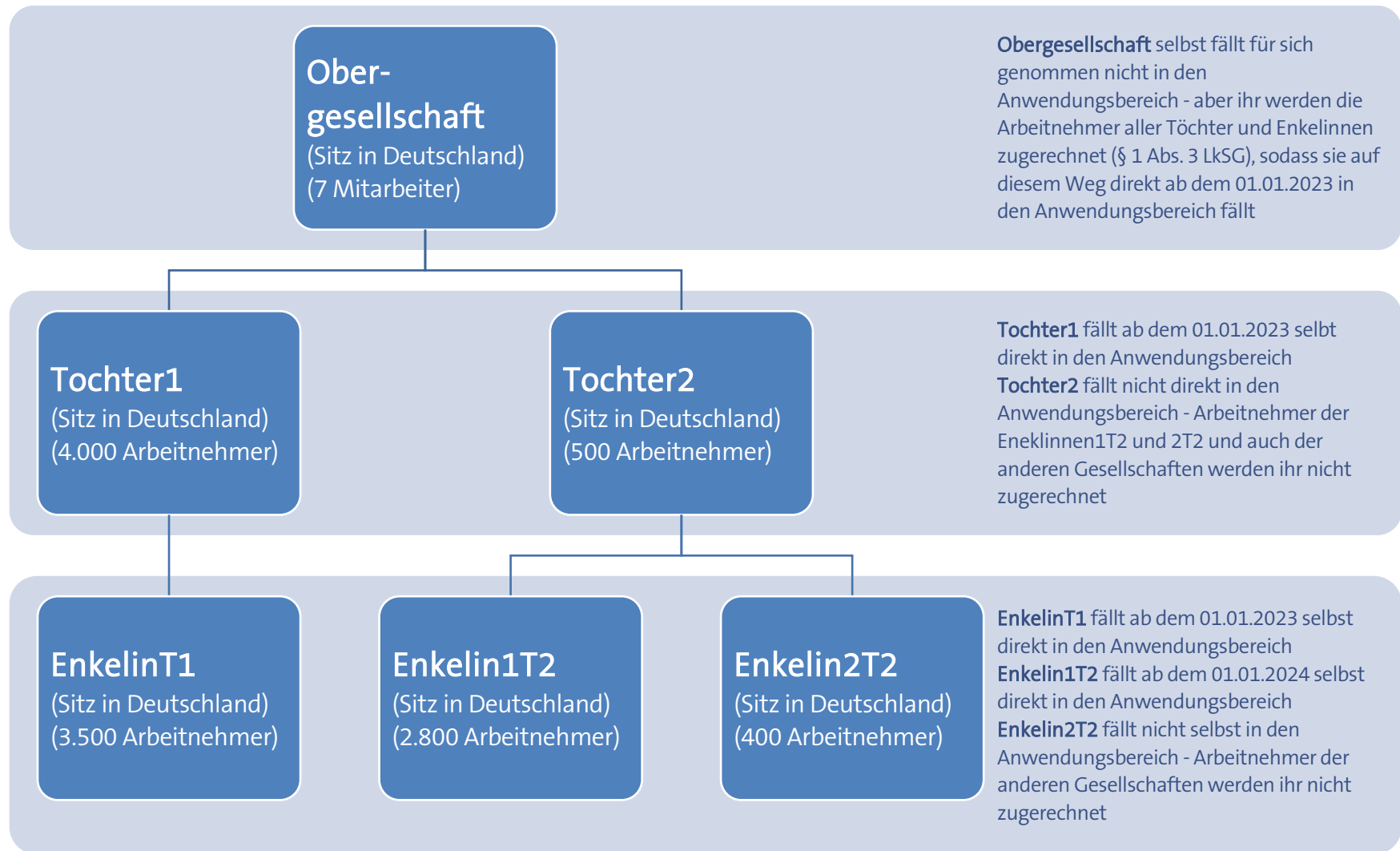
Anlage 2: Beispiele zum Anwendungsbereich

Nachstehend werden einige Grundkonstellationen und Sonderfälle grafisch visualisiert, um die textlichen Ausführungen aus dem Hauptteil noch einmal zu veranschaulichen.

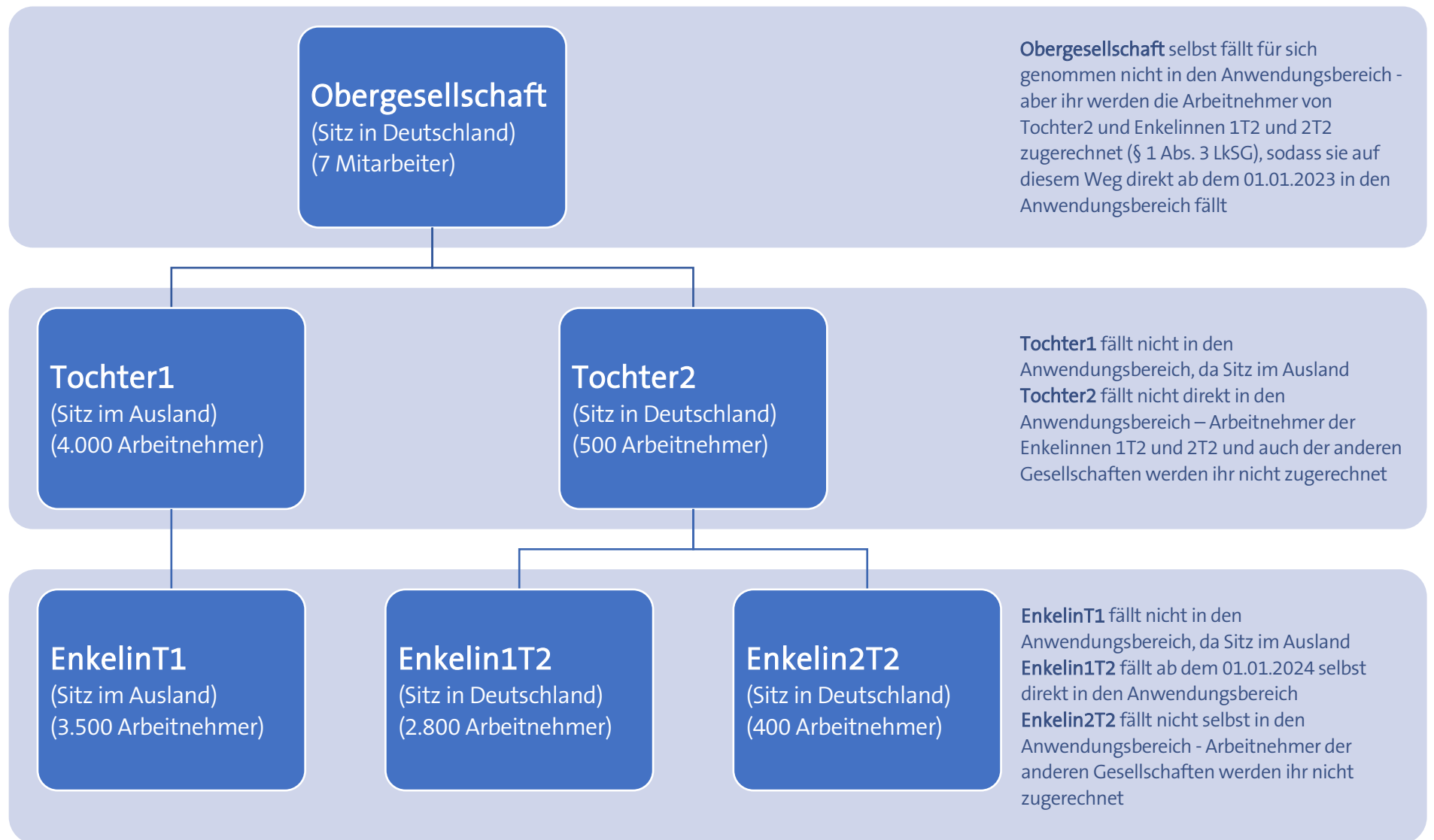
Beispiel 1: Berechnung bei ausländischen Gesellschaften mit inländischen Zweigniederlassungen (§ 1 Abs. 2 LkSG)



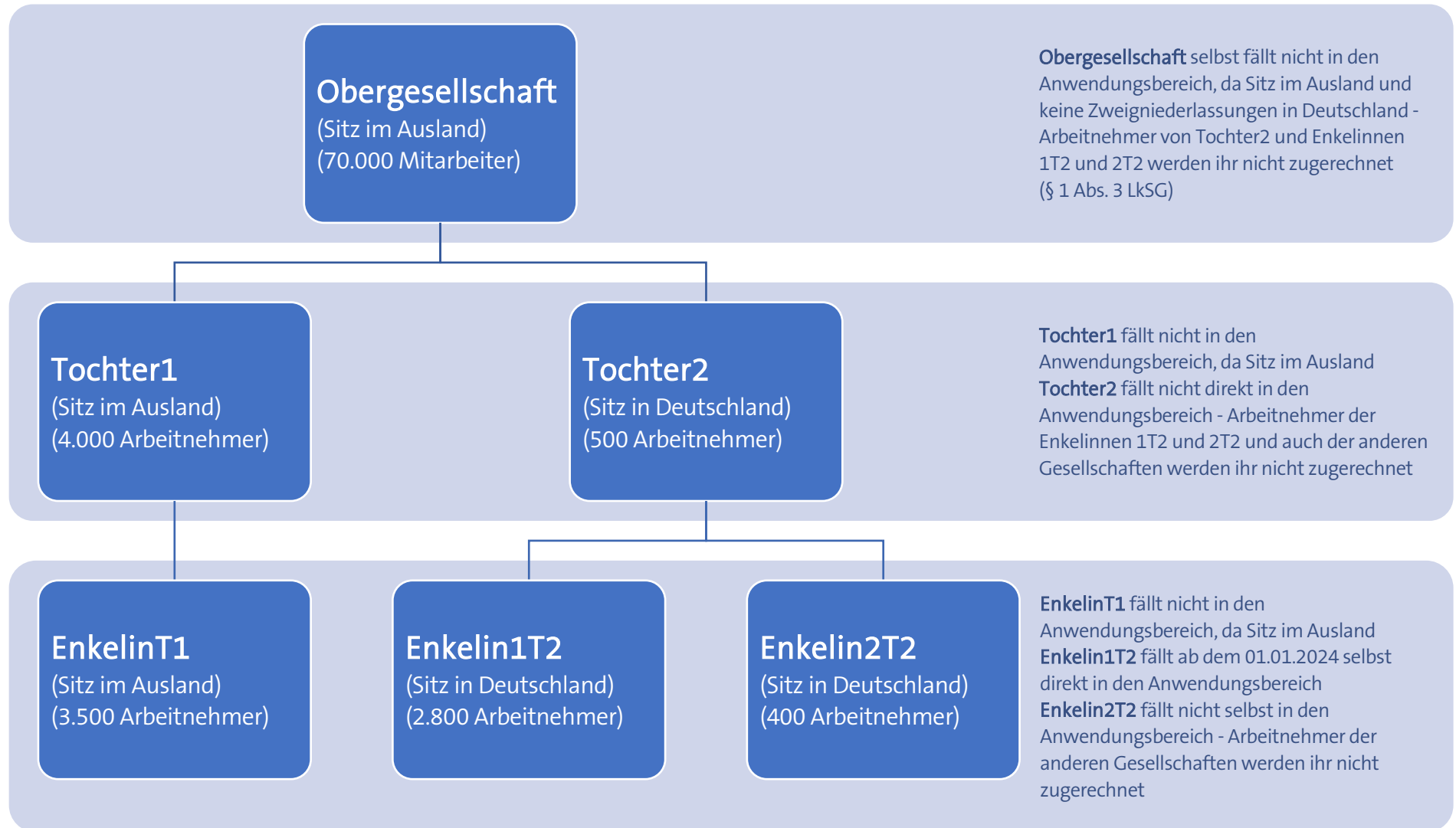
Beispiel 2: Grundfall zur Berechnung in verbundenen Unternehmen (§ 1 Abs. 3 LkSG)



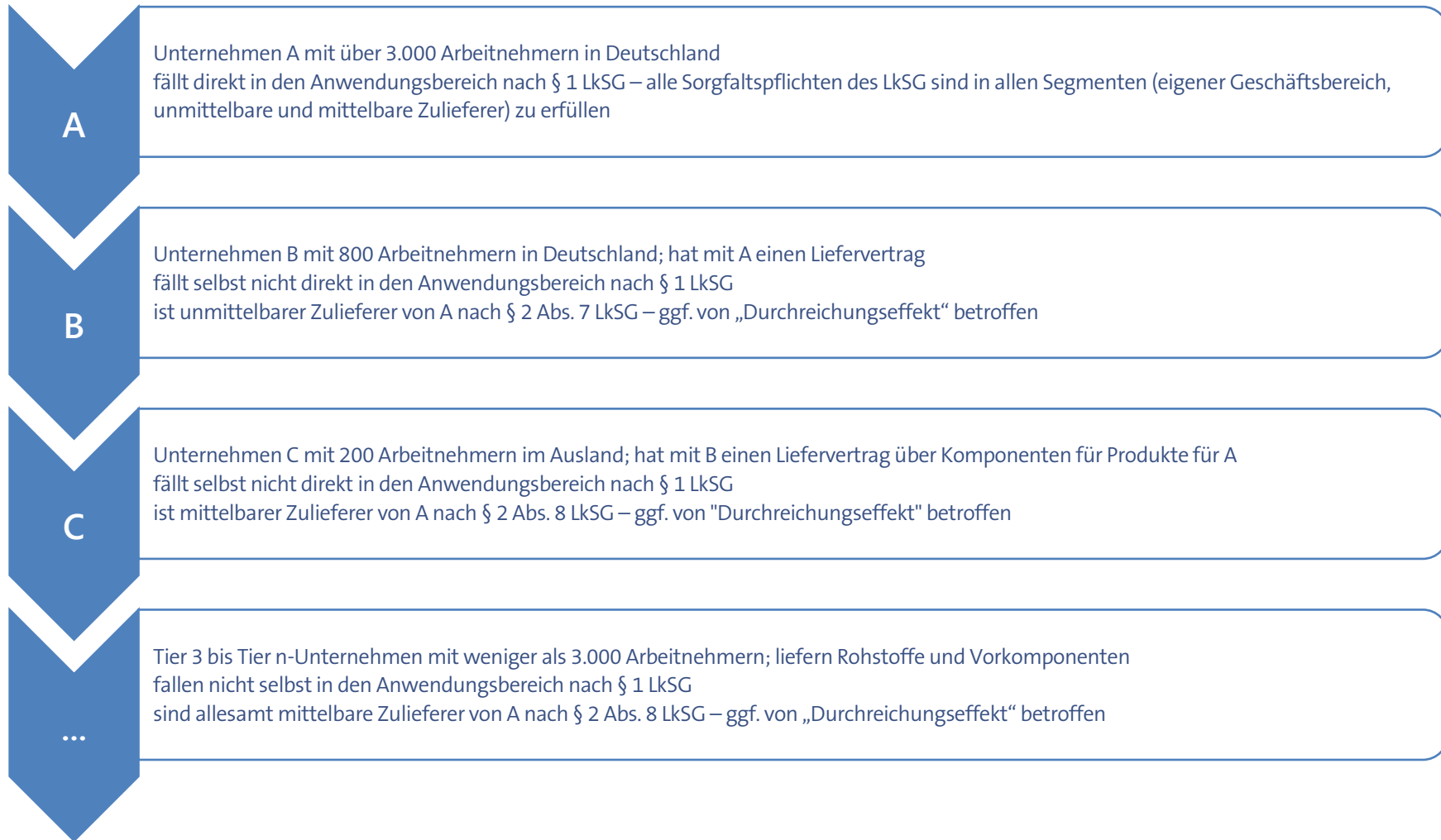
Beispiel 3: Berechnung in verbundenen Unternehmen mit Auslandsbezug (§ 1 Abs. 3 LkSG)



Beispiel 4: Berechnung in verbundenen Unternehmen mit Auslandsbezug (§ 1 Abs. 3 LkSG)



Beispiel 5: Grundfall zur Segmentierung und Pflichtenverteilung in der Lieferkette



Beispiel 6: Segmentierung und Pflichtenverteilung bei verbundenen Unternehmen (§ 2 Abs. 6 Satz 3 LkSG)

