

Stellungnahme

zur Frage der mittelbaren
Betroffenheit thermischer
Abfallbehandlungsanlagen
nach dem Lieferkettenge-
setz

Dr. Gernot-Rüdiger Engel
Dr. Mathias Mailänder
Anja Wechsler

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Im Auftrag der ITAD e.V.

Hamburg, 9. August 2024

INHALTSVERZEICHNIS

1. SACHVERHALT	3
2. FRAGESTELLUNG UND KURZANTWORT	4
3. RECHTLICHE WÜRDIGUNG	4
3.1 Gesetzeswortlaut	5
3.1.1 Produkte und Dienstleistungen	5
3.1.2 Erforderlichkeit	6
3.2 Regelungszusammenhang	7
3.3 Gesetzesentwicklung	7
3.4 Regelungszweck	8
3.4.1 Begrenzung der Erforderlichkeit	8
3.4.2 Zwischenergebnis	9
3.4.3 Weites Verständnis der Erforderlichkeit	10
3.4.4 Zwischenergebnis	11
3.5 Die "zweite Lieferkette"	11
3.6 Teilergebnis	12
4. VERWALTUNGSPRAXIS	12
5. ERGEBNIS	13
6. AUSBLICK: DIE EUROPÄISCHE LIEFERKETTENRICHTLINIE	14
DISCLAIMER	17

1. Sachverhalt

- 1 Das „Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten“ vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2959) (nachfolgend: **LkSG** oder **Lieferkettengesetz**) ist am 1. Januar 2023 in Kraft getreten.
- 2 Unternehmen der thermischen Abfallbehandlung stellt sich das spezifische Problem der mittelbaren Betroffenheit bei der Lieferung von Wärme. Bei der thermischen Abfallbehandlung wird Wärme gewonnen, die anschließend an Unternehmen weiterveräußert wird – beispielsweise an Fernwärmeversorger. Fallen diese Unternehmen in den Anwendungsbereich des Lieferkettengesetzes, werden oftmals Sorgfaltspflichten an Lieferanten weitergereicht. Auch thermische Abfallbehandlungsanlagen sehen sich als Lieferanten von Wärme solchen Forderungen ausgesetzt.
- 3 Für Unternehmen in der Abfallwirtschaft stellt sich damit die Frage, ob und in welchem Umfang sie mittelbar als Lieferant von Wärme zur Umsetzung der gesetzlichen Pflichten verpflichtet sind.
- 4 Ausgangspunkt ist vor allem der Abfalleinsatz und die bei dessen Behandlung entstehende Energie. Möglicherweise besteht die Verpflichtung nachzuverfolgen, woher die Abfälle stammen, damit die später produzierte Energie sauber entlang der Lieferkette weitergegeben werden kann. Ebenso werden zum Teil weitere Energieträger wie Öl oder Gas in thermischen Abfallbehandlungsanlagen genutzt. Auch hier stellt sich die Frage, ob diese Energieträger unter das Lieferkettengesetz fallen. Falls und soweit das Lieferkettengesetz Anwendung findet, ergibt sich daraus für die Unternehmen das Problem, dass vielfach bei Abfällen – gerade in vermischter Form – nicht nachvollziehbar ist, woher und unter welchen Bedingungen die einzelnen Bestandteile kommen.
- 5 Diese Stellungnahme soll als Überblick über den heutigen Meinungsstand und als Handlungsempfehlung dienen.
- 6 Gegenstand dieser Stellungnahme ist **nicht** die direkte Anwendbarkeit des Lieferkettengesetzes für Unternehmen, die mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Die Stellungnahme beschränkt sich ausschließlich auf die Frage der mittelbaren Betroffenheit durch die Lieferung von Wärme an Unternehmen, die selbst vom Lieferkettengesetz erfasst werden.
- 7 Diese Stellungnahme untersucht zudem **nicht**, welche konkreten Pflichten für thermische Abfallbehandlungsanlagen bei einer mittelbaren Betroffenheit entstehen. Wir weisen an dieser Stelle darauf hin, dass sich die Sorgfaltspflichten des Lieferkettengesetzes auf völkerrechtliche Verträge und europäische Verordnungen beziehen, die für die Abfallbehandlung besondere Relevanz aufweisen. So zählen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 6 LkSG zu den zu überwachenden umweltbezogenen Risiken Verstöße gegen das „Basler Übereinkommens über die Kontrolle

der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung vom 22. März 1989“ (BGBl. 1994 II S. 2703, 2704), zuletzt geändert durch die Dritte Verordnung zur Änderung von Anlagen zum Basler Übereinkommen vom 22. März 1989 vom 6. Mai 2014 (BGBl. II S. 306, 307) (nachfolgend: **Basler Übereinkommen**) sowie gegen die „Verordnung (EG) Nr. 1013/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Verbringung von Abfällen“ (ABIEU. Nr. L 190 vom 12. Juli 2006, S. 1) (Verordnung (EG) Nr. 1013/2006), die zuletzt durch die Delegierte Verordnung (EU) 2020/2174 der Kommission vom 19. Oktober 2020 (ABIEU. Nr. L 433 vom 22. Dezember 2020, S. 11) (nachfolgend: **Abfallverbringungsverordnung**).

- 8 Die konkreten Verpflichtungen nach diesen Regelungen können in einem separaten Gutachten untersucht und dargestellt werden. Sollte dies gewünscht sein, geben Sie uns bitte ein Zeichen.

2. Fragestellung und Kurzzantwort

Frage: Unterliegen thermische Abfallbehandlungsanlagen als Lieferanten von Wärme mittelbar den Regelungen aus dem Lieferkettengesetz?

Antwort: Die Frage der mittelbaren Betroffenheit ist in der Literatur umstritten. Nach unserer Einschätzung spricht sich derzeit die überwiegende Meinung sowie die Verwaltungspraxis dafür aus, Energieträger zur Herstellung eines Produkts in den Anwendungsbereich des Lieferkettengesetzes fallen zu lassen. Dies umfasst auch die Lieferung von Wärme. Eine Überwachung der Einhaltung der Sorgfaltspflichten ist jedoch nur soweit erforderlich, wie dies angemessen ist.

3. Rechtliche Würdigung

- 9 Nach § 2 Abs. 5 Satz 2 LkSG umfasst die Lieferkette

„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“ [Hervorhebungen nicht im Original].

- 10 Für das Verständnis, inwieweit thermische Abfallbehandlungsanlagen die Vorgaben des Lieferkettengesetzes beachten müssen, ist zunächst eine Auslegung der einzelnen

Tatbestandsmerkmale erforderlich. Anschließend wird die Entwicklung des § 2 Abs. 5 LkSG sowie auf den Regelungszweck im Hinblick auf die Lieferung von Energieträgern als Dienstleistung eingegangen. Zum Schluss wird die bisherige Verwaltungspraxis dargestellt und die erst im Mai 2024 verabschiedete europäische Lieferkettenrichtlinie sowie ihre Auswirkungen auf das Lieferkettengesetz vorgestellt.

11 Im Einzelnen:

3.1 Gesetzeswortlaut

3.1.1 Produkte und Dienstleistungen

12 Laut § 2 Abs. 5 Satz 1 LkSG bezieht sich

„die Lieferkette im Sinne dieses Gesetzes [...] auf **alle Produkte Dienstleistungen** eines Unternehmens“ [Hervorhebung nicht im Original].

13 Neben der Legaldefinition der Lieferkette sind die Begriffe Produkte und Dienstleistungen nicht gesetzlich bestimmt. Im Rahmen der Auslegung des Regelungswortlauts sind beide Begriffe weit zu verstehen (Gehling/Fischer in: Gehling/Ott, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Kommentar, 1. Aufl. 2022, § 2 Rn. 326).

14 Produkte sind alle körperlichen Gegenstände und Stoffe, gleich in welchem Aggregatzustand. Das schließt Strom, Gas, Wasser und Wärme sowie die Gewinnung von Rohstoffen ein. Dienstleistungen sind alle Wertschöpfungsleistungen, die nicht Gegenstände oder Stoffe sind (Gehling/Fischer, a.a.O., § 2 Rn. 326). Für Dienstleistungen verweist die Gesetzesbegründung beispielhaft auf die Wiederverwertung und Entsorgung, allerdings nur bei Unternehmen, deren Geschäftszweck die Wiederverwertung und Entsorgung ist (BT-Drs. 19/28649, S. 40; Walden in Depping/Walden, LkSG, Kommentar, 1. Aufl. 2022, § 2 Rn. 528).

15 Eine genaue Abgrenzung zwischen Produkten und Dienstleistungen ist für § 2 Abs. 5 LkSG nicht erforderlich, da die Herstellung von Produkten und die Erbringung von Dienstleistungen in der Lieferkette gleichbehandelt werden. Es ist daher nicht maßgeblich, ob die Belieferung eines Unternehmens mit Wärme als Warenlieferung oder als Dienstleistung anzusehen ist (vgl. Gehling/Fischer, a.a.O., § 2 Rn. 326).

16 Damit handelt es sich auch bei Wärme und Energieträgern wie Strom oder Gas um Produkte im Sinne des Lieferkettengesetzes. Konkret bedeutet dies, dass beispielsweise auch Fernwärmeversorger von den Sorgfaltspflichten des Lieferkettengesetzes erfasst werden – vorausgesetzt, sie erreichen die erforderliche Anzahl an Arbeitnehmern.

3.1.2 Erforderlichkeit

- 17 Für die Frage nach der Einbeziehung der Lieferung von Energieträgern in die Lieferkette ist der Begriff der Erforderlichkeit entscheidend. Denn die Lieferkette erfasst gemäß § 2 Abs. 5 Satz 2 LkSG
- „... alle Schritte im In- und Ausland, die **zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistungen erforderlich** sind“ [Hervorhebung nicht im Original].
- 18 Dementsprechend wird bei der Diskussion um die Reichweite der Lieferkette in der Literatur dem Begriff der „*Erforderlichkeit*“ besondere Aufmerksamkeit geschenkt.
- 19 Der Begriff der Erforderlichkeit erfordert eine Bewertung des jeweiligen Sachverhalts. Zur Herstellung eines Produkts und zur Erbringung einer Dienstleistung sind alle Schritte erforderlich, die der Herstellung des Produkts und der Erbringung einer Dienstleistung dienen, also zur Wertschöpfung beitragen (Gehling/Fischer, a.a.O., § 2 Rn. 328). Ob und wann ein Schritt im Unternehmen der Herstellung eines Produkts oder der Erbringung einer Dienstleistung dient, ist im Einzelfall zu beurteilen (Gehling/Fischer, a.a.O., § 2 Rn. 329).
- 20 Bezugspunkt der Erforderlichkeit ist der Produktionsplan oder die Dienstleistungsplanung des konkreten Unternehmens. Was danach zur Herstellung eines Produkts oder zur Erbringung einer Dienstleistung erforderlich ist, unterfällt den Sorgfaltspflichten. Das Unternehmen kann dem nicht mit dem Argument entgehen, bei einer anderen Art der Herstellung oder Dienstleistung sei die Tätigkeit nicht erforderlich. Das Argument trägt erst dann, wenn das Unternehmen seine Produktionsweise oder Dienstleistungserbringung tatsächlich und nachhaltig ändert (Schmidt-Räntsch in: Henn/Jahn, BeckOK LkSG, 6. Ed., Stand: 15. Juni 2024, Rn. 758).
- 21 Nach diesen Maßstäben dürfte Wärme regelmäßig als erforderlicher Schritt bei der Herstellung eines Produkts anzusehen sein. Wird die Wärme im Rahmen der Produktion eingesetzt, handelt es sich um einen Schritt, der der Herstellung des Produkts dient.
- 22 Ebenso ist die Lieferung von Wärme an einen Fernwärmeversorger dem Wortlaut nach als erforderlich für das Produkt Fernwärme anzusehen. Das Produkt Fernwärme kann nicht ohne die Zulieferung von Wärme angeboten werden.
- 23 Nach unserem Dafürhalten ist mithin die Lieferung und Nutzung von Energieträgern oder von Wärme aus der Abfallbehandlung nach dem Wortlaut „erforderlich“ im Sinne des Lieferkettengesetzes.

3.2 Regelungszusammenhang

- 24 In systematischer Hinsicht ist die beschränkte Funktion des § 2 Abs. 5 LkSG zu berücksichtigen. § 2 Abs. 5 LkSG enthält lediglich Begriffsbestimmungen, aber keine konkreten Pflichten für die erfassten Unternehmen. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 LkSG sind die menschenrechtlichen Risiken „bei“ einem unmittelbaren Zulieferer zu ermitteln. Aus dieser Formulierung lässt sich kein konkreter Produkt- oder Tätigkeitsbezug ableiten, wie er teilweise gefordert wird (Alten-schmidt/Helling, Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 1. Aufl. 2021, § 2 Rn. 78). Die Formulierung „bei“ einem unmittelbaren Zulieferer spricht vielmehr dafür, dass die Lieferkette weit zu verstehen ist. Jede Tätigkeit bei einem Zulieferer kann damit als erforderlich für die Herstellung eines Produkts anzusehen sein.
- 25 Die Systematik spricht damit auch für ein weites Verständnis der Erforderlichkeit.

3.3 Gesetzesentwicklung

- 26 Die Entwicklung des Lieferkettengesetzes bietet nur ansatzweise Anhaltspunkte für die Auslegung.
- 27 Der Bundesrat hatte im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen, die Lieferkette und damit auch die Sorgfaltspflichten gemäß §§ 3 ff. LkSG auf alle wesentlichen und betriebstypischen Schritte zu begrenzen. Dies begründete er mit dem Argument, dass als erforderlicher Schritt auch die Beschaffung handelsüblicher Maschinen, Anlagen oder sonstige Hilfsmittel gelten würde, die aber im Produktionsprozess nur von untergeordneter Bedeutung sind. Dies würde zu einer Überdehnung der Lieferkettenverantwortung und zu einer vollständigen Verschmelzung von Verantwortungs- und Einflussphären von Branchen und Unternehmen führen (BR-Drs. 239/1/21, S. 17 f.).
- 28 Der Bundestag übernahm die vorgeschlagene wertende Einschränkung nicht. Der Wortlaut des § 2 Abs. 5 Satz 2 LkSG blieb gleich. In der Gesetzesbegründung lautete der folgende Absatz hierzu wie folgt (BT-Drucksache 19/28649, S. 40):

„Die Lieferkette zur Herstellung eines Sachgutes enthält typischerweise die Phase der Beschaffung (d.h. die Gewinnung und Lieferung von Rohstoffen für die Herstellung von Produkten), der Produktion (die Verarbeitung der Rohstoffe zu den Fertigprodukten) und des Vertriebs (Aktivitäten, die dafür sorgen, dass das Produkt seinen endgültigen Bestimmungsort erreicht, zum Beispiel mit Hilfe von Distributoren, Lagern, physischen Geschäften oder Online-Plattformen)“.

- 29 Daraus folgt im Umkehrschluss, dass offensichtlich auch die Beschaffung untergeordneter Hilfsmittel erfasst sein soll, sofern diese für den Produktionsprozess erforderlich sind (Walden, a.a.O., § 2 Rn. 536).

- 30 Die Gesetzeshistorie spricht damit ebenfalls für ein weites Verständnis des Begriffs der Erforderlichkeit.

3.4 Regelungszweck

- 31 Ziel des Lieferkettengesetzes ist die weltweite Menschenrechtssituation entlang von Lieferketten zu verbessern und die Globalisierung mit Blick auf die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung sozial zu gestalten. Durch das Gesetz werden in Deutschland ansässige Unternehmen ab einer bestimmten Größe verpflichtet, ihrer Verantwortung in der Lieferkette in Bezug auf die Achtung international anerkannter Menschenrechte durch die Implementierung der Kernelemente der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht besser nachzukommen (BT-Drs. 19/28649, S. 1).
- 32 In der Literatur ist umstritten, ob aufgrund dieses Gesetzeszwecks eine Einschränkung des Begriffs der Erforderlichkeit vorgenommen werden muss.

3.4.1 Begrenzung der Erforderlichkeit

- 33 Eine Ansicht spricht sich dafür aus, den Begriff der Erforderlichkeit eng zu verstehen. Demnach sollen erforderlich sein, die unmittelbar, das heißt auch kalkulatorisch messbar, in die eigenen Produkte oder Dienstleistungen des erfassten Unternehmens einfließen (Gehling/Ott/Lüneborg, CCZ 2021, 230 <233>; Bettermann/Hoes, BKR 2022, 23 <24 f.>).
- 34 Diese Ansicht kritisiert die Ausweitung des Anwendungsbereichs, die sich durch das weite Verständnis des Begriffs der Erforderlichkeit ergibt. Ein solches Verständnis würde die Lieferkette uferlos werden lassen (Schäfer, ZLR 2022, 22 <41>). Aus diesem Grund soll bei unspezifischen Tätigkeiten, die den Produktionsprozess lediglich mittelbar unterstützen beziehungsweise fördern, die Erforderlichkeit nicht gegeben sein (Walden, a.a.O., § 2 Rn. 540).
- 35 Eine Einschränkung wird von Teilen der Literatur insbesondere für den Einsatz von Energieträgern und Kraftstoffen wie Gas und Benzin gefordert.
- 36 Mit einer Ausweitung der Lieferkettenverantwortung auf die allgemeinen, nicht produktspezifischen Produktionsmittel sei die Gefahr einer Mithaftung für den Bezug klimaschädlicher Energien oder aufgrund zu hohen Wasserverbrauchs in wasserarmen Regionen verbunden (Schall in: NZG 2022, 787 <790>).
- 37 Diesen Herausforderungen – wie beispielsweise auch das Energieembargo gegen Russland – könne nicht über eine „Human Rights Due Diligence“ begegnet werden. Vielmehr sei es erforderlich, diese Fragen durch Gesetzgebungs- und Genehmigungsverfahren zu regeln. Das Lieferkettengesetz sei deshalb nicht auf solche Zulieferungen und Dienstleistungen

anzuwenden, die nur mittelbar zur Produktion nötig sind, wie das bei Energie- oder Wasserlieferungen der Fall ist (Schall in: NZG 2022, 787 <790>).

- 38 Maßgebliches Abgrenzungskriterium sei nicht die Erforderlichkeit zur Herstellung, sondern der unmittelbare Produktbezug – andernfalls müsste man bei begleitenden Dienstleistungen wie Transport noch weiter auf die erforderliche Tankfüllung durchgreifen (Schall in: NZG 2022, 787 <790>).
- 39 Teilweise wird jedoch auch vertreten, dass für eine Produktion der Bezug von Energie und Wasser regelmäßig zwingend erforderlich ist (Schmidt-Räntsch, a.a.O., § 2 Rn. 760).
- 40 Nach dieser Ansicht ist zumindest fraglich, ob die Lieferung von Wärme einen für die Produktion erforderlichen Schritt darstellt. Folgt man der Ansicht, dass der Einsatz von Energieträgern grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des Lieferkettengesetzes fallen soll, ist die Lieferung von Wärme kein erforderlicher Produktionsschritt.
- 41 Sieht man den Einsatz von Energie dagegen als unmittelbar erforderlich für die Produktion an, unterfällt ihr Einsatz auch dem engen Begriff der Erforderlichkeit. Für diese Ansicht dürften die besseren Gründe sprechen. Als lediglich mittelbare Beiträge zur Produktion dürfte man unterstützende Beiträge wie beispielsweise die Reinigung der Betriebsstätte und den Betrieb von Kantinen verstehen. Der Einsatz von Energie ist dagegen ein Zwischenschritt der Produktion, der regelmäßig nicht entfallen kann.

3.4.2 Zwischenergebnis

- 42 Teile der Literatur vertreten zwar die Ansicht, dass der Anwendungsbereich des Lieferkettengesetzes über den Begriff der Erforderlichkeit einzugrenzen ist. Innerhalb dieser Ansicht wird jedoch regelmäßig nur eine Ausnahme für mittelbar den Produktionsprozess unterstützende Tätigkeiten gefordert. Der Einsatz von Energie wird aber regelmäßig ein unmittelbarer Produktionsschritt sein. Auch bei einer Einschränkung des Begriffs der Erforderlichkeit dürfte damit die Lieferung von Wärme vom Anwendungsbereich des Lieferkettengesetzes erfasst sein.
- 43 Damit kommt nur nach einer Einzelansicht eine Ausnahme vom Anwendungsbereich für Energieträger in Betracht.

3.4.3 Weites Verständnis der Erforderlichkeit

- 44 Nach anderer Auffassung ist der Begriff der Erforderlichkeit zwar grundsätzlich weit zu verstehen, es erfolgt jedoch eine Begrenzung der Sorgfaltspflichten über das Kriterium der Angemessenheit.
- 45 Nach dem weiten Verständnis des Begriffs der Erforderlichkeit werden sowohl die Beschaffung von Rohstoffen für die Produktion, als auch unterstützende Tätigkeiten wie der Betrieb einer Betriebskantinen erfasst. Die Lieferkette ist damit denkbar weit. Einer zu weiten Ausdehnung des Anwendungsbereichs werde jedoch verhindert, da das Lieferkettengesetz nach § 3 Abs. 2 LkSG nur ein angemessenes Handeln verlange. Die Angemessenheit in § 3 LkSG dient damit als Korrektiv. Aus diesem Grund sollen Sorgfaltsmaßnahmen mit geringerer Intensität durchgeführt werden können (Grabosch, Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 1. Aufl. 2021, § 2 Rn. 41, 55).
- 46 Die angemessene Weise eines Handelns, das den Sorgfaltspflichten genügt, bestimmt sich gemäß § 3 Abs. 2 LkSG nach
- „1. **Art** und **Umfang** der Geschäftstätigkeit des Unternehmens,
 2. dem **Einflussvermögen** des Unternehmens auf den unmittelbaren Verursacher eines menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risikos oder der Verletzung einer menschenrechtsbezogenen oder einer umweltbezogenen Pflicht,
 3. der typischerweise zu erwartenden **Schwere** der **Verletzung**, der Umkehrbarkeit der Verletzung und der Wahrscheinlichkeit der Verletzung einer menschenrechtsbezogenen oder einer umweltbezogenen Pflicht sowie
 4. nach der **Art** des **Verursachungsbeitrages** des Unternehmens zu dem menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiko oder zu der Verletzung einer menschenrechtsbezogenen oder einer umweltbezogenen Pflicht“ [Hervorhebungen nicht im Original].
- 47 Damit ist es aus Sicht eines rechtsanwendenden Unternehmens sinnvoll, einen weiten Lieferkettenbegriff zugrunde zu legen und auch nur mittelbar in Bezug zum Herstellungsprozess stehenden Tätigkeiten einzubeziehen. So können auch mit diesen Lieferketten erhebliche Risiken verknüpft sein. Daher ist es sinnvoll, derartige Bereiche im Bedarfsfall einzubeziehen, wenn hier Anhaltspunkte für Risiken bestehen, und das Risikomanagement des Unternehmens im Einzelfall anzupassen (Gehne/Gabriel in: HK-LkSG, 1. Aufl. 2023, § 2 Rn. 160).
- 48 Ferner ist nach dem Regelungszweck nicht zu erklären, warum nur Mitarbeiter eines Unternehmens oder Zulieferers in den Genuss der Sorgfaltspflichten kommen sollen, deren Tätigkeit

einen spezifischen Produkt- oder Dienstleistungsbezug aufweisen. Vor dem Hintergrund des Ziels des Lieferkettengesetzes ist nicht zu rechtfertigen, die von § 1 LkSG erfassten Unternehmen von menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten zu entlasten und es ihnen zu erlauben, etwa vor den von ihren Vertragspartnern ausgehenden menschenrechtlichen Risiken partiell die Augen zu verschließen. Unverhältnismäßige Belastungen seien damit nicht verbunden, weil der Angemessenheitsgrundsatz des § 3 Abs. 2 LkSG Raum lasse für eine Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls (Altenschmidt/Helling, a.a.O., § 2 Rn. 78).

3.4.4 Zwischenergebnis

- 49 Die herrschende Ansicht in der Literatur spricht sich für ein weites Verständnis des Begriffs der Erforderlichkeit aus.
- 50 Nach dieser Auffassung sind die Unternehmen unter Berücksichtigung der Angemessenheit verpflichtet, die Lieferungen von Gas und Öl, aber auch von Wärme nachzuverfolgen. In welcher Intensität die Nachverfolgung stattzufinden hat, ist im Einzelfall zu prüfen. Die nachfolgenden Gründe sprechen dafür, dass die Nachverfolgung von zur Wärmeerzeugung eingesetzter Abfälle nicht angemessen ist.

3.5 Die „zweite Lieferkette“

- 51 Eine Fallkonstellation, die in der Literatur diskutiert wird, ist die „zweite Lieferkette“. Dieser Begriff bezeichnet den Einsatz von Sekundärrohstoffen. Diese Konstellation umfasst zwar nicht direkt den Einsatz von Abfällen zur Erzeugung von Wärme. Die Argumente lassen sich jedoch auf diesen Fall übertragen.
- 52 Produkte werden nach Gebrauch teilweise von Spezialunternehmen verwertet. Zum Beispiel werden sie einem Recycling oder der Verarbeitung zu neuen Produkten zugeführt. Damit beginnt ein neuer Herstellungsprozess und eine neue Lieferkette des verwertenden Unternehmens (Gehling/Fischer, a.a.O., § 2 Rn. 334; Schmidt-Räntsch, a.a.O., § 2 Rn. 751). Es können daher auch Abfallbehandlungsunternehmen verpflichtete Unternehmen sein. Es handelt sich dann um „Rohstoffe“, die in diesen Fällen die gebrauchten Produkte oder das Recyclingmaterial sind. Die Lieferkette soll in diesen Fällen von dem (Zweit-)Hersteller bis zum Endkunden reichen, einschließlich der entsprechenden Logistik und Verteilung (Schmidt-Räntsch, a.a.O., § 2 Rn. 751).
- 53 Damit müssten beim Einsatz von Sekundärrohstoffen zwar nach dem Gesetzeswortlaut die vorherigen Lebenszyklen von den Sorgfaltspflichten umfasst sein. Dies wird jedoch als nicht angemessen angesehen, da eine Rückverfolgung oftmals nicht möglich ist (Grabosch, a.a.O., § 2 Rn. 48). Betroffene Unternehmen müssen sich damit nicht die Frage stellen, wie der Primärrohstoff abgebaut und genutzt wurde. Die Sorgfaltspflichten für Unternehmen, die

Sekundärrohstoffe einsetzen, sollen damit erst beim Recycling-Vorgang beginnen (Grabosch, a.a.O., § 2 Rn. 48; Schmidt-Räntsch, a.a.O., § 2 Rn. 751-753).

- 54 Diese Wertung lässt sich auf Wärme übertragen, die durch die thermische Abfallbehandlung gewonnen wird. Unternehmen, die mir Wärme beliefert werden, müssen damit regelmäßig nicht den gesamten ersten Lebenszyklus des Produkts nachverfolgen, sondern lediglich die Einhaltung der Sorgfaltspflichten ab dem Einsatz der Abfälle zur Energiegewinnung überwachen.

3.6 Teilergebnis

- 55 Die Diskussion um die „zweite Lieferkette“ kann Anhaltspunkte für die Reichweite der Sorgfaltspflichten bei dem Einsatz von Wärme aus der thermischen Abfallbehandlung liefern. Legt man die Maßstäbe für die „zweite Lieferkette“ der Lieferung von Wärme aus der Abfallbehandlung zugrunde, ergeben sich eingeschränkte Sorgfaltspflichten. Unternehmen müssten damit die Einhaltung von Menschenrechten im Geschäftsbereich ihres Wärmelieferanten überwachen. Sie müssten jedoch nicht die Lieferkette der Abfallbeschaffung überwachen. Lediglich der Einsatz von Abfall zur Wärmeerzeugung ist von den Sorgfaltspflichten des Gesetzes erfasst.
- 56 Auch diese in der Literatur geführte Diskussion stützt damit das Ergebnis, dass die thermische Abfallbehandlung zwar mittelbar vom Lieferkettengesetz erfasst wird, die Sorgfaltspflichten jedoch eingeschränkt sind.

4. Verwaltungspraxis

- 57 Die gängige Verwaltungspraxis spricht ebenfalls für ein weites Verständnis des Begriffs der Betroffenheit und eine Einschränkung über das Kriterium der Angemessenheit.
- 58 Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (nachfolgend: **BMAS**) sowie das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (nachfolgend: **BAFA**) haben in ihren FAQs (II 4.; Stand: 29. April 2024¹) erklärt, dass der Begriff „*erforderlich*“ weit zu verstehen ist:

„Der Begriff „erforderlich“ ist **weit aufzufassen**. Erfasst wird zum Beispiel auch der **Bürobedarf** eines **Industrieunternehmens**. Diese weite Definition ist zu unterscheiden von der Frage, welche Lieferketten und Risiken ein Unternehmen im Rahmen seines Risikomanagements zuerst angehen muss. Hier geht es darum, Risiken zu bewerten, zu priorisieren und ihnen **angemessen** zu begegnen. Ein wesentlicher Aspekt bei der Priorisierung ist

¹ Abrufbar unter <https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/Gesetz-ueber-die-unternehmerischen-Sorgfaltspflichten-in-Lieferketten/FAQ/fag-art.html%22%20/l%20%22doc977f9a9d-bfdd-4d31-9e31-efab307ceee6bodyText2>

dabei auch die Einflussmöglichkeit eines Unternehmens (vgl. § 3 Abs. 2 LkSG). Nicht prioritäre Risiken können **zurückgestellt** werden“ [Hervorhebungen nicht im Original].

59 Die Verwaltungspraxis des BMAS und BAFAs legt damit einen denkbar weiten Erforderlichkeitsbegriff zugrunde. Wenn auch Hilfsmittel wie der Bürobedarf eines Unternehmens unter die Lieferkette fällt, muss dies erst recht für Wärme und Strom gelten, die regelmäßig einen entscheidenderen Beitrag zur Produktion leisten als Büromaterialien. Eine Einschränkung des weiten Anwendungsbereichs findet sodann über die Angemessenheit des Handelns statt.

5. Ergebnis

60 Im Ergebnis spricht sich die herrschende Meinung in der Literatur sowie die Verwaltungspraxis für einen weiten Begriff der Erforderlichkeit aus.

61 Damit ist auch die Lieferung von Wärme durch ein Unternehmen der thermischen Abfallbehandlung ein Teil der Lieferkette.

62 Eine Eingrenzung der Reichweite der Sorgfaltspflichten kann sodann über das Kriterium der Angemessenheit erfolgen.

6. Ausblick: die europäische Lieferkettenrichtlinie

- 63 Am 25. Juli 2024 trat die „Richtlinie (EU) 2024/1760 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859“ (ABIEU. Nr. L vom 5. Juli 2024, S. 1) (nachfolgend: **CSDDD**) in Kraft. Ziel der Richtlinie ist es, ein nachhaltiges und verantwortungsvolles unternehmerisches Verhalten in der Geschäftstätigkeit von Unternehmen und in ihren globalen Wertschöpfungsketten zu fördern. Die Mitgliedstaaten müssen laut Art. 37 Abs. 1 CSDDD die Richtlinie binnen zwei Jahren bis zum 26. Juli 2026 in nationales Recht umsetzen.
- 64 Noch im Januar 2024 hatten Unternehmen aus der Abfallwirtschaft gefordert, für sie eine Ausnahme in der Richtlinie zu schaffen². Daraufhin wurde nach langen Verhandlungen der Geltungsbereich der Richtlinie verringert. Sogenannte „*downstream business partners*“, zu denen voraussichtlich auch die Abfallwirtschaft gehören wird, soll von den strengen Sorgfaltspflichten befreit werden. Es sollen nur Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrieb, der Beförderung und der Lagerung von Produkten und auch nur in Bezug auf direkte Geschäftspartner, umfasst sein, während die vorgelagerte Aktivitätenkette gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. g CSDDD auch weiterhin indirekte Geschäftspartner umfasst.
- 65 Die Richtlinie sieht eine schrittweise Einführung vor. Für betroffene EU-Unternehmen mit mehr als 5.000 Beschäftigten und einem weltweiten Nettojahresumsatz von mehr als EUR 1.500 Millionen sollen die Sorgfaltspflichten ab drei Jahren nach Inkrafttreten der Richtlinie gelten, also voraussichtlich ab dem Jahr 2027. Ab dem Jahr 2028 sollen sodann EU-Unternehmen mit mehr als 3.000 Beschäftigten und EUR 900 Millionen Nettoumsatz weltweit erfasst sein. Ab dem Jahr 2029 wird diese Schwelle auf Unternehmen, die mehr als 1.000 Mitarbeiter haben und mehr als EUR 450 Millionen Umsatz erwirtschaften, abgesenkt. Zudem wurde ein risikobasierter Ansatz eingefügt, sodass Zulieferer aus Risikoländern einer Überprüfung unterliegen und aber Lieferketten in sichere Drittstaaten ungeprüft bleiben, vgl. Art. 7 Abs. 1 CSDDD.
- 66 Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist damit in den ersten Jahren enger als der Anwendungsbereich des deutschen Lieferkettengesetzes. Das Lieferkettengesetz erfasst gemäß § 1 Abs. 1 LkSG bereits seit dem 1. Januar 2024 Unternehmen, die mindestens 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Bei der Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht stellt sich damit die Frage, ob der Anwendungsbereich des Lieferkettengesetzes in den nächsten Jahren eingeschränkt werden soll.

² Abrufbar unter: <https://www.recyclingmagazin.de/2024/03/20/eu-lieferkettengesetz-mitgliedsstaaten-nehmen-regelung-an/>

- 67 Die Bundesregierung hat im Rahmen der „Wachstumsinitiative“³ angekündigt, die Richtlinie ohne Änderungen in nationales Recht umzusetzen (Bundesregierung, Wachstumsinitiative vom 5. Juli 2024, S. 10). Dadurch werde noch in dieser Legislaturperiode nur noch rund ein Drittel und damit weniger als 1.000 Unternehmen der bisher unter das Lieferkettengesetz fallenden Unternehmen direkt erfasst werden. Alle Pflichten aus der Richtlinie, auch die Regelungen zur zivilrechtlichen Haftung, sollen erst zum spätesten europarechtlich vorgeschriebenen Zeitpunkt verbindlich werden.
- 68 Es liegt jedoch bereits ein Rechtsgutachten vor, nach dem die von der Bundesregierung geplante Abschwächung des Lieferkettengesetz im Widerspruch zum EU-Recht steht (Mittwoch, Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung des Anwendungsbereichs des LkSG bei der Umsetzung des CSDDD, 2024⁴) (nachfolgend: **Gutachten**). Allerdings müsste die im Widerspruch stehende Abschwächung gerade die vorteilhaftere Regelung zu „*downstream business partners*“ betreffen. Wie oben bereits ausgeführt, umfasst die Lieferkette im Sinne von § 2 Abs. 5 LkSG nach überwiegender Meinung gerade nicht oder nur eingeschränkt den Downstream-Bereich. Eine Abschwächung muss daher gar nicht – zumindest nicht bzgl. dieser Frage – vorgenommen werden.
- 69 Das Gutachten bezieht sich zudem auf die Frage, ob auf die Einführung von Umsatzschwellenwerten und die zeitlich gestaffelten Arbeitnehmerschwellenwerten im Sinne des Art. 37 CSDDD verzichtet werden darf beziehungsweise ob der Verzicht zwingend ist. Dies bezieht sich auf den § 1 LkSG. Die Bearbeiterin setzt sich zur Beantwortung vertieft mit der Frage auseinander, inwieweit der nationale Gesetzgeber bei der Richtlinienumsetzung über einen Gestaltungspielraum verfügt. Zu beachten ist insbesondere, dass das Art. 1 Abs. 2 CSDDD bestimmt, dass ein auf nationaler Ebene bereits erreichtes Schutzniveau unter bestimmten Umständen nicht abgesenkt werden darf (Gutachten, S. 9).
- 70 Soweit der Gesetzgeber tatsächlich eine Abschwächung des Lieferkettengesetzes vornehmen möchte, ist er unter Umständen durch die Richtlinie daran gehindert. Dabei ist es der Praxis – Verwaltung und Justiz – unbenommen, die bereits bestehenden Regelungen entsprechend „freundlich“ auszulegen und so ohne Anpassung des Gesetzestexts eine Abschwächung vorzunehmen. Allerdings ist der Sinn und Zweck sowohl des Lieferkettengesetzes als auch der CSDDD nicht zu vergessen – mit einer starken Abschwächung ist damit eher nicht zu rechnen.
- 71 Im Ergebnis ist somit noch nicht absehbar, ob es zu einer Abschwächung des Lieferkettengesetzes kommen wird.

³ Abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/re-source/blob/976020/2297962/ab6633b012bf78494426012fd616e828/2024-07-08-wachstumsinitiative-data.pdf?download=1>

⁴ Abrufbar unter: https://www.germanwatch.org/sites/default/files/germanwatch_rechtsgutachten_zu_csddd_und_lksg_2024_1.pdf

ENTWURF

Disclaimer

Das vorstehende Gutachten ist erstellt auf der Grundlage unserer Mandatsvereinbarung vom 20. März 2009 nach der unsere Haftung für dieses Gutachten auf EUR 10 Millionen für alle Fälle einfachen Fahrlässigkeit der für uns tätigen Anwälte begrenzt ist. Wir haben diesem Gutachten den in Ziff. 1 beschriebenen Sachverhalt sowie die uns zur Verfügung gestellten Unterlagen zugrunde gelegt. Die daraus resultierenden tatsächlichen Angaben haben wir als richtig und vollständig unterstellt, ohne weitere Überprüfungen vorzunehmen, soweit uns nicht bekannt oder offensichtlich erkennbar war, dass sie unrichtig oder unvollständig sind. Das Gutachten berücksichtigt ausschließlich die Interessen unseres Mandanten, nicht aber solche Dritter. Das Gutachten ist unter Berücksichtigung der Rechtslage erstellt, wie sie am heutigen Tag unter Berücksichtigung der bis zum Vortag veröffentlichten Rechtsprechung und anderer sekundärer Quellen besteht. Nachfolgende Entwicklungen und neue beziehungsweise nachträglich bekannt gewordene Tatsachen werden nicht berücksichtigt, wir sind nicht zur Aktualisierung des Gutachtens verpflichtet.

Ohne unsere vorherige Zustimmung wird unser Mandant dieses Gutachten weder ganz noch teilweise anderen Personen zugänglich machen als den Mitarbeitern des Mandanten oder von mit diesem verbundenen Unternehmen, soweit diese zur Erfüllung des mit dem Gutachten verfolgten Zwecks hiervon Kenntnis haben müssen. Darüber hinaus ist die Weitergabe an Ihre Berater gestattet, sofern diese von Berufs wegen zur Verschwiegenheit verpflichtet sind und sie das Gutachten zur Erfüllung seines Zwecks benötigen. Im Übrigen stimmen wir einer Weitergabe des Gutachtens an Dritte zu, sofern der Dritte – neben der Wahrung der Vertraulichkeit des Gutachtens - entweder dem Ausschluss unserer Haftung (sog. non-reliance) oder einer Regelung schriftlich zustimmt (sog. reliance), nach der unsere Haftung für einfache Fahrlässigkeit ihm gegenüber im Rahmen der mit dem Mandanten vereinbarten Haftungshöchstsumme erfolgt, die gesamte Haftungshöchstsumme also für alle gegen uns wegen unserer einfachen Fahrlässigkeit gerichteten Ansprüche des Mandanten oder Dritten, also nur einmal, zur Verfügung steht.

Höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesem Thema ist uns nicht bekannt, so dass mit dieser Fragestellung befasste Gerichte diese durchaus anders als in diesem Gutachten dargelegt beurteilen können