

HERAUSGEBER: Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer, Dipl.-Kfm., LL.M., RA Dr. Christoph E. Hauschka, RA Prof. Dr. Thomas Grütner, RA Prof. Dr. Thomas Klindt, RA Dr. Thomas Lösler, RA Dr. Philip Matthey, LL.M., RAin Dr. Birte Mössner, RA Dr. Klaus Moosmayer, Dipl.-Kfm. Meinhard Remberg, Prof. Dr. Volker Rieble, RAin Dr. Anita Schieffer, Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider, RAin Prof. Dr. Birgit Spießhofer, Prof. Dr. Gerald Spindler, Dipl.-Oec., RA Michael Volz, LL.M.

SCHRIFTLICHTUNG: RAin Dr. Anita Schieffer, Eva Bergmann, RA Dr. Ulrich Parche

Beiträge

PROF. DR. LENA RUDKOWSKI, GIEßEN*

Die Mindestarbeitsbedingungen nach dem LkSG – ein kritischer Überblick

Das zum 1.1.2023 in Kraft tretende LkSG verpflichtet deutsche Unternehmen, die Einhaltung von Mindestarbeitsbedingungen in ihren Lieferketten zu gewährleisten. Die Vorgaben des LkSG sind jedoch konkretisierungsbedürftig. Welche Mindestarbeitsbedingungen genau von den deutschen Unternehmen zu schützen sind, zeigt der folgende Beitrag auf.

A. Einleitung

Durch das zum 1.1.2023 anzuwendende LkSG werden Unternehmen mit in der Regel mehr als 3000 beschäftigten Arbeitnehmern verpflichtet, die Einhaltung menschenrechtlicher¹ Mindeststandards vor allem bei ihren unmittelbaren Zulieferern (iSd § 2 Abs. 7 LkSG)² als Risiko zu behandeln, das es durch ein spezielles Risikomanagementsystem zu bewältigen gilt.³ Insbesondere sollen die verpflichteten Unternehmen ihre Markt- und damit Vertragsgestaltungsmacht gegenüber ihren Zulieferern nutzen, um die Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern in den globalen Lieferketten zu verbessern⁴ und so etwa auch schwere Unglücksfälle zu vermeiden, wie sie in der Vergangenheit mehrfach im Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit standen.⁵

§ 2 Abs. 2 LkSG enthält einen Katalog der Mindestarbeitsbedingungen, für deren Verwirklichung die verpflichteten Unternehmen bei ihren Zulieferern Sorge zu tragen haben. Er umfasst das Verbot der Beschäftigung von Kindern, das Verbot der schädlichsten Formen der Kinderarbeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 2 LkSG) und das Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 3, 4 LkSG); ferner gehören zu den Mindestarbeitsbedingungen der Arbeitsschutz (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG), die Koalitionsfreiheit (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 LkSG), der Diskriminierungsschutz (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG) und die Zahlung von Mindestlöhnen (§ 2 Abs. 2 Nr. 8 LkSG).

In der praktischen Anwendung bedarf dieser Katalog jedoch einiger Konkretisierung, die nach Vorstellung des Gesetzgebers das Arbeitsvölkerrecht leisten soll: § 2 Abs. 1 LkSG iVm der Anlage verweist insbesondere auf die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (im Folgenden: ILO-ÜE).⁶ Diese enthalten, als an die Unterzeichnerstaaten adressierte Regelwerke, jedoch überwiegend keine materiellen Vorgaben für Arbeitsbedingungen, sondern verlangen den Unterzeichnerstaaten lediglich bestimmte Strategien der Arbeitsrechtssetzung ab.⁷ Auf welche Arbeitsbedingungen genau die nach dem LkSG verpflichteten Unternehmen bei ihren Zulieferern

* Die Autorin ist Inhaberin der Professur für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen und Mitglied und Co-Sprecherin des wissenschaftlichen Beirats des Deutschen Instituts für Compliance (DICO) e. V.

1 Daneben geht es um die Gewährleistung der hier nicht weiter zu thematisierenden umweltrechtlichen Standards nach § 2 Abs. 3 LkSG.

2 Verpflichtungen hinsichtlich mittelbarer Zulieferer treffen die Unternehmen etwa in Fällen des § 5 Abs. 1 S. 2 LkSG oder des § 9 Abs. 1 LkSG.

3 Zu Regulierungsansatz und Risikomanagement etwa *Helmut/Noltel/Pott/Rudkowski* ZCG 2022, 161 ff.; *Helmut/Noltel/Pott/Rudkowski* ZCG 2022, 203 ff.

4 Dasselbe Ziel verfolgt der Entwurf für eine europäische Sorgfaltspflichtenrichtlinie, s. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 v. 23.2.2022, COM (2022) 71 final.

5 So etwa das Rana Plaza-Unglück in Pakistan 2013, s. dazu zB die Meldung auf <https://www.tagesschau.de/ausland/bangladesch248.html> (zuletzt abgerufen am 6.10.2022).

6 Ein ähnliches Vorgehen wählt der SorgfaltspflichtenRL-E (o. Fn. 4) in Art. 3 lit. c iVm Teil I des Anhangs.

7 Siehe nur die ILO-ÜE Nr. 155, 187 zum Arbeitsschutz und dazu bereits *Brouwer* CCZ 2022, 137 (140 f.).

ren hinzuwirken haben, ist daher durch Auslegung des LkSG zu ermitteln. Den Inhalt der Gewährleistungen zeigt der folgende Beitrag auf.

B. Gewährleistete Mindestarbeitsbedingungen im Einzelnen

Während das Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 3, 4 LkSG) schon durch die Alltagssprache klar konturiert ist, müssen die übrigen Arbeitsbedingungen durch teilweise stärkere Auslegungsarbeit mit Inhalt gefüllt werden.

I. Verbot der Beschäftigung von Kindern

§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 2 LkSG zeigen, im Vergleich mit den übrigen Gewährleistungen noch hinreichend konkret, die Grenzen für die Beschäftigung von Kindern in der Lieferkette auf. Untersagt ist die Beschäftigung von Kindern allgemein, und damit nicht nur der Arbeitsvertragsschluss, sondern jede Form der Beschäftigung. Das Gesetz schützt mit diesem Verbot die körperliche, geistige und seelische Entwicklung von Kindern und insbesondere den Schulbesuch als Grundlage für weitere gesellschaftliche Teilhabe.

1. Allgemeine Mindestaltersgrenze

§ 2 Abs. 2 Nr. 1 LkSG legt als Mindestalter für den Zugang zu Beschäftigung dasjenige Alter fest, in welchem nach dem Recht des Beschäftigungsortes die Schulpflicht endet, mindestens aber das Alter von 15 Jahren. Dieses absolute Mindestalter liegt jedoch dann niedriger, wenn der jeweilige Beschäftigungsstaat in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht niedrigere Altersgrenzen festgelegt hat; das Völkerrecht sieht etwa Abweichungsbefugnisse für Staaten mit einer ungenügend entwickelten Wirtschaft vor (s. Art. 2 Abs. 4, Art. 5 ILO-ÜE Nr. 138).

Das LkSG legt damit keine für alle Staaten gleiche Mindestaltersgrenze fest, sondern ist bemüht, das Völkerrecht abzubilden und zugleich dem Recht der jeweiligen Nationalstaaten Rechnung zu tragen. Dadurch wird die Regelung jedoch in der praktischen Anwendung recht kompliziert: Das verpflichtete Unternehmen hat für jeden Staat, in dem Arbeitnehmer seiner Zulieferer tätig sind, das zulässige Mindestalter zu ermitteln. Dafür ist in einem ersten Schritt zu überprüfen, wann in dem jeweiligen Staat die Schulpflicht endet. Endet sie nach dem 15. Geburtstag des Kindes, ergibt sich aus dem Ende der Schulpflicht auch das (höhere) Mindestalter für Beschäftigung. Endet die Schulpflicht vor dem 15. Geburtstag, ist 15 Jahre das zulässige Mindestalter, es sei denn, der Beschäftigungsstaat hätte niedrigere Altersgrenzen vorgesehen. Auf niedrigere Altersgrenzen im nationalen Recht des Beschäftigungsstaates darf sich aber das verpflichtete Unternehmen nur stützen, wenn diese völkerrechtskonform sind, was wiederum vom verpflichteten Unternehmen zu prüfen ist.

Um diesen erheblichen Prüfaufwand zu verringern, und zugleich Rechtssicherheit für die eigene geschäftliche Tätigkeit zu schaffen, bietet es sich an, ganz unabhängig vom einschlägigen Völkerrecht in Vereinbarungen mit den Zulieferern diese auf das Ende der Schulpflicht des Beschäfti-

gungsortes ihrer Arbeitnehmer festzulegen, ergänzend auf ein absolutes Mindestalter von 15 Jahren.

2. Verbot schädlicher Formen der Kinderarbeit

Besonders schädliche Formen der Kinderarbeit belegt § 2 Abs. 2 Nr. 2 LkSG mit einer höheren Altersgrenze: Personen unter 18 Jahren dürfen nicht mit Tätigkeiten betraut werden, die ihrer Gesundheit oder Entwicklung schädlich sein können, sie dürfen insbesondere weder in Sklaverei oder ähnlichen Zuständen beschäftigt werden, noch im Bereich Prostitution oder unerlaubter Tätigkeiten (wie dem Drogenanbau und -handel). Eine Absenkung der Altersgrenze ist hier nicht zulässig.

Der Gesetzgeber lehnt sich mit § 2 Abs. 2 Nr. 2 LkSG an das ILO-ÜE Nr. 182⁸ an. Die Norm hat einen vergleichsweise klaren Inhalt, ist jedoch in den Lieferketten deutscher Unternehmen von eher geringer praktischer Relevanz: Prostitution ist keine typischerweise in Lieferketten vorkommende Tätigkeit; gleiches gilt für Drogenanbau und -handel in den Lieferketten regulärer Unternehmen in Deutschland. Das Verbot der Arbeit in Sklaverei oder ähnlichen Zuständen dagegen ist zwar praktisch bedeutsam, ergibt sich aber auch für Kinder bereits aus § 2 Abs. 2 Nr. 3, 4 LkSG. Insoweit hat die Norm lediglich klarstellenden Charakter.

II. Arbeitsschutz

§ 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG stellt ein Verbot „der Missachtung der nach dem Recht des Beschäftigungsortes geltenden Pflichten des Arbeitsschutzes“ auf, „wenn hierdurch die Gefahr von Unfällen bei der Arbeit oder arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren entstehen“. Damit macht die Norm zunächst eine klare Vorgabe – das verpflichtete Unternehmen hat auf die Einhaltung des Arbeitsschutzrechts des jeweiligen Beschäftigungsortes zu achten. Diese klare Vorgabe wird allerdings durch die im zweiten Halbsatz enthaltene Einschränkung („wenn hierdurch...“) aufgeweicht.

Gemeint sein dürfte mit der Einschränkung vor allem – im Zusammenspiel mit dem Zweck des LkSG betrachtet, lediglich menschenwürdebedingte Mindeststandards zu gewährleisten –, dass nicht jede Verletzung des einschlägigen Arbeitsschutzrechts auch ein Risiko nach dem LkSG ist. Das verpflichtete Unternehmen muss nur solchen Rechtsverletzungen vorbeugen, die unmittelbar eine schwere Unfallgefahr oder andere schwere Gesundheitsgefahren entstehen lassen können. Der Sache nach handelt sich um eine – nicht eindeutig als solche formulierte – Erheblichkeitschwelle. Auch die Wendung „Missachtung“ legt nahe, dass hier nur eine Offensichtlichkeitskontrolle durchzuführen ist: Der Verstoß gegen das Arbeitsschutzrecht muss missachtend sein, dh nach gewöhnlichem Sprachverständnis schwerwiegend, ins Auge springend. Dagegen muss sich das verpflichtete Unternehmen nicht als „zweite Aufsichtsbehörde“ betätigen und das gesamte Arbeitsschutzrecht des Beschäftigungsortes in allen Details im Blick behalten.

⁸ Übereinkommen Nr. 182 der Internationalen Arbeitsorganisation über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit von 1999; in Deutschland BGBl. 2001 II S. 1290.

§ 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG hebt vier Bereiche des Arbeitsschutzes – den Schutz durch Ausgestaltung von Arbeitsstätten und Arbeitsmitteln (lit. a), den Schutz des Arbeitnehmers beim Umgang mit gefährlichen Stoffen (lit. b), den Arbeitszeitschutz (lit. c) und den Schutz durch Ausbildung und Unterweisung (lit. d) – als besonders relevant hervor. Dieser Katalog bringt indes kaum Konkretisierung, da er nicht abschließend ist und auch keine näheren Vorgaben für die aufgezählten Bereiche enthält. Er ist damit lediglich Hinweis darauf, welche Bereiche des Arbeitsschutzes nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers auch im Recht des Beschäftigungsortes enthalten sein werden.

Enthält das Recht des Beschäftigungsorts jedoch keine oder nur rudimentäre arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen, greift § 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG nicht. In diesem Fall bestehen allerdings dennoch Verpflichtungen für das deutsche Unternehmen, deren genauer Inhalt in mehreren Schritten zu ermitteln ist:

Zunächst ist zu prüfen, ob die Abwesenheit einer bestimmten Regelung im jeweiligen Beschäftigungsstaat eine bewusste Entscheidung des jeweiligen nationalen Gesetzgebers war – eine solche Entscheidung ist grundsätzlich hinzunehmen. Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob ausnahmsweise hinreichend konkrete völkerrechtliche Standards bestehen, die vom betreffenden Staat ratifiziert worden sind. Etwaige völkerrechtliche Vorgaben binden zwar nur den ratifizierenden Staat; die Ratifizierung ist aber Ausdruck des Umstands, dass der jeweilige Staat die völkerrechtlichen Vorgaben anerkennt und sich die von ihnen verfolgten Ziele als erstrebenswert zu eigen macht, selbst wenn er sie nicht durch innerstaatliche Rechtsetzung gegenüber Privaten umsetzt. Die (wenn auch unbestimmten) völkerrechtlichen Standards können dann als Maßstab für den Arbeitsschutz im betroffenen Beschäftigungsstaat nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG herangezogen werden. Finden sich auch im Völkerrecht keine (konkreten) Gewährleistungen oder fehlt es an völkerrechtlicher Bindung des Beschäftigungsstaates, ist für grob menschenrechtswidrige Ausnahmefälle auf den Auffangtatbestand § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG zurückzugreifen. § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG gebietet, schwerwiegende Gesundheitsgefahren für die Arbeitnehmer durch geeignete Schutzmaßnahmen auszuschließen.

Während für den allgemeinen Arbeitsschutz iRd § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG eine ungefähre Konkretisierung in Abhängigkeit von den Gefahren der jeweiligen Branche möglich sein wird, wobei Spielräume bestehen, ist bei fehlendem Arbeitszeitrecht nach festen zeitlichen Grenzen zu suchen, ab deren Über-/Unterschreitung eine Gesundheitsgefahr für die Arbeitnehmer anzunehmen ist. Richtigerweise ist im Rahmen des § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG zu verlangen, dass jedem Arbeitnehmer ein wöchentlicher Ruhetag zukommt. Dass es sich hierbei um einen menschenrechtlichen Mindeststandard handelt, zeigt sich schon daran, dass die meisten Regionen der Welt den freien wöchentlichen Tag kennen, oft mit religiösem Bezug. Auch geht das Arbeitsvölkerrecht⁹ von einer wenigstens 24-stün-

digen ununterbrochenen Ruhephase pro Sieben-Tages-Zeitraum aus.

Während man den wöchentlichen Ruhetag aus Gründen der Menschenwürde verlangen muss, sind alle weiteren Beschränkungen der Arbeitszeit problematisch: Die einschlägigen ILO-ÜE sind international auf eine eher geringe Akzeptanz gestoßen,¹⁰ und aufgrund der engen Verknüpfung von Arbeitszeit und Vergütung ist insbesondere für erwachsene männliche Arbeitnehmer eine nennenswerte Arbeitszeitbeschränkung keineswegs weltweit verbreitet. Auch in Deutschland war sie bis ins 20. Jahrhundert hinein nicht üblich.¹¹ Bei Anwendung des § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG ist daher anhand der Gepflogenheiten des jeweiligen Staates und der jeweiligen Branche die übliche Höchst-arbeitszeit zu bestimmen, wobei im Zweifel eine elfstündige ununterbrochene tägliche Ruhezeit¹² für menschenwürdige Arbeit Mindeststandard sein dürfte.

III. Koalitionsfreiheit

Das „Verbot der Missachtung der Koalitionsfreiheit“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 LkSG) benennt in lit. a bis c Teilgewährleistungen der Koalitionsfreiheit, die von den verpflichteten Unternehmen für die Arbeitnehmer ihrer Zulieferer zu gewährleisten sind. Die Regelung erweist sich jedoch insgesamt als wenig glücklich.

Dies beginnt bereits damit, dass lediglich die „Missachtung“ der Koalitionsfreiheit vom LkSG missbilligt wird. Aus dem allgemeinsprachlichen Gehalt des Wortes „Missachtung“ ist herzuleiten, dass nur schwerwiegende Verstöße gegen die Koalitionsfreiheit (i. S. e. Nichtachtung) menschenrechtliches Risiko sind. Das heißt insbesondere, dass vom LkSG verpflichtete Unternehmen bei ihren Zulieferern nicht auf die Erreichung deutscher Standards im Bereich Koalitionsfreiheit hinwirken müssen.

Welches aber genau der Zustand ist, dessen Erreichung die verpflichteten Unternehmen bei ihren Zulieferern anstreben müssen, bleibt unklar. Die Abgrenzung zwischen aus Gründen der Menschenwürde gebotenen Mindeststandards und sonstigem Bestand der Koalitionsfreiheit ist kaum allgemein und trennscharf möglich. Auch das Völkerrecht bietet hier einmal mehr – obgleich die ILO-ÜE Nr. 87 und 98 zu den Kernarbeitsnormen zählen und weltweit hohe Anerkennung genießen¹³ – keine sicheren Anhaltspunkte, da es mit Widersprüchlichkeiten behaftet ist: Während die Auslegungsentscheidungen des ILO Committee on Freedom of Association (CFA)¹⁴ Koalitionsfreiheit und insbesondere Streikrecht vergleichsweise weit ver-

⁹ Etwa Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 14 der Internationalen Arbeitsorganisation über den wöchentlichen Ruhetag in gewerblichen Betrieben von 1921 oder Art. 6 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 106 der Internationalen Arbeitsorganisation über die wöchentliche Ruhezeit im Handel und in Büros von 1957.

¹⁰ Siehe zB das Übereinkommen Nr. 147 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Vierzig-Stunden-Woche von 1935 (mit nur 15 Ratifizierungen), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312192:NO (zuletzt abgerufen am 5.10.2022).

¹¹ Einführung des Acht-Stunden-Normalarbeitstages für gewerbliche Arbeiter erst mit der Arbeitszeitordnung v. 23.11.1918, RGBI I S. 1334.

¹² Etwa wie für die EU-Mitgliedstaaten in Art. 3 der Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) vorgesehen.

¹³ ILO-ÜE Nr. 87 wurde von 157 Staaten ratifiziert, ILO-ÜE Nr. 98 von 168; aktueller Ratifizierungsstand für ILO-ÜE auf <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12001::NO::> (zuletzt abgerufen am 5.10.2022).

¹⁴ Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-norms/documents/publication/wcms_632659.pdf (zuletzt abgerufen am 5.10.2022).

stehen und ein hohes Schutzniveau aufweisen, sieht der durch § 2 Abs. 1 LkSG in Bezug genommene Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) ein viel geringeres Schutzniveau vor. Insbesondere ist in Art. 8 Abs. 1 lit. d IPwskR das Streikrecht nur gewährleistet, wenn es „in Übereinstimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung“ ausgeübt wird.

Die vom Gesetzgeber angebotenen Konkretisierungen in § 2 Abs. 2 Nr. 6 lit. a bis c LkSG bestimmen die dem Zulieferer abzuverlangenden Verhaltensweisen nicht näher. Sie spiegeln lediglich die im Arbeitsrecht übliche Aufteilung der Koalitionsfreiheit in individuelle (lit. a, b) und kollektive (lit. c) Koalitionsfreiheit wider, und schon § 2 Abs. 2 Nr. 6 lit. a LkSG ist nicht mit hinreichender Sorgfalt formuliert: Geschützt ist danach das Recht, eine Gewerkschaft zu gründen und ihr beizutreten. Das Recht, sich in der Gewerkschaft sodann auch zu betätigen, ist vom Wortlaut der Norm nicht mehr erfasst. Allerdings wäre die Koalitionsfreiheit einigermaßen inhaltsleer, endete sie mit dem Recht zum Beitritt oder zur Gründung einer Koalition. Daher ist richtigerweise die Freiheit der Arbeitnehmer zur gewerkschaftlichen Betätigung ebenfalls zu gewährleisten. Hierzu gehört etwa das Recht, in der Gewerkschaft Ämter zu übernehmen und sich an der Willensbildung der Gewerkschaft und an sonstigen Aktivitäten (Proteste, Streiks, Mitgliederwerbung) zu beteiligen.

§ 2 Abs. 2 Nr. 6 lit. b LkSG greift sodann einen Teilbereich der individuellen Koalitionsfreiheit heraus, indem er ein Verbot der Diskriminierung wegen gewerkschaftlicher Betätigung aufstellt. Abseits von offensichtlichen Fällen wie körperlicher Gewalt und Einschüchterung durch Drohung mit Gewalt ist allerdings die Feststellung der inkriminierten Verhaltensweisen problematisch: Die Diskriminierung setzt eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung voraus. Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen der Koalitionsmitgliedschaft, der -gründung oder des -beitritts erfolgt aber durch Bestimmung der Reichweite der individuellen Koalitionsfreiheit, wie sie das LkSG schützen will; das wiederum führt zu der hier bereits beschriebenen, kaum sicher zu beantwortenden Frage, welche Bereiche der Koalitionsfreiheit dem menschenrechtlichen Mindeststandard geschuldet sind.

Besonders problematisch ist schließlich § 2 Abs. 2 Nr. 6 lit. c LkSG. Die Norm verpflichtet die Unternehmen auf die kollektive Koalitionsfreiheit, aber nur im Rahmen des Rechts des Beschäftigungsortes: Gewerkschaften müssen sich frei und in Übereinstimmung mit dem Recht des Beschäftigungsortes betätigen dürfen. Das Streikrecht und das Recht auf Kollektivverhandlungen werden zwar eigens erwähnt, aber auch unter den Vorbehalt des Rechts des Beschäftigungsortes gestellt. Die Koalitionsfreiheit nach LkSG reicht mit anderen Worten soweit, wie das nationale Recht des jeweiligen Staates, in welchem die betroffenen Arbeitnehmer beschäftigt sind, dies bestimmt.

Hieraus können erhebliche Unterschiede in den Schutzstandards innerhalb der Lieferkette folgen, denn das Koalitionsrecht ist in besonderer Weise Produkt ökonomischer, politischer und kultureller Charakteristika einer jeweiligen Gesellschaft und damit in den jeweiligen Nationalstaaten sehr unterschiedlich ausgeprägt.¹⁵

In Staaten, in denen Gewerkschaften und Gewerkschaftsaktivitäten, insbesondere Kollektivverhandlungen und Arbeitskämpfe, verboten sind, ist § 2 Abs. 2 Nr. 6 lit. c LkSG inhaltsleer. Die Unternehmen treffen hier keine Verpflichtungen zur Förderung kollektiver Koalitionsfreiheit.

Der Gesetzgeber geht zwar davon aus, Nr. 6 sei „dann von besonderer Bedeutung“, „wenn ein Unternehmen in Ländern aktiv ist, in denen Gewerkschaften verboten sind“.¹⁶ Er scheint sich vorzustellen, dass die Unternehmen ggf. auch gegen das lokale Recht Koalitionsfreiheit bei ihren Zulieferern durchsetzen und die Zulieferer somit zum Rechtsbruch anhalten müssten. Dies ist rechtlich indes nicht tragfähig. Vielmehr sind in Konfliktfällen grundsätzlich die Beschränkungen, die das Recht des Beschäftigungsortes für die kollektive Koalitionsfreiheit vorsieht, hinzunehmen, selbst dann, wenn sie menschenrechtswidrig sind oder sie dem Völkerrecht widersprechen. Anderes hat im Wortlaut der Norm keinen Niederschlag gefunden: Mag das jeweilige nationale Recht auch menschenrechtswidrig sein, der deutsche Gesetzgeber erkennt es mit § 2 Abs. 2 Nr. 6 lit. c LkSG ausdrücklich an. Es wäre überdies auch höchst zweifelhaft, den verpflichteten Unternehmen abzuverlangen, ihre Zulieferer zum Rechtsbruch zu verleiten. Die Zulieferer gerieten in einen nicht in zumutbarer Weise auflösbaren Konflikt zwischen der Rechtstreue, die ihnen von ihrer Heimatrechtsordnung abverlangt wird, und der Vertragstreue gegenüber ihrem Abnehmer.

Ein ähnliches Problem tritt im Zusammenhang mit der individuellen Koalitionsfreiheit auf: Diese steht zwar nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 lit. a, b LkSG nicht unter dem Vorbehalt des Rechts des Beschäftigungsortes, jedoch kann hier der Fall eintreten, dass das Recht des Beschäftigungsortes bestimmte Betätigungen verbietet, die man als menschenrechtlichen Mindeststandard einordnen muss (zB Gründung einer Gewerkschaft, Beitritt). Nach lit. a, b müssen die verpflichteten Unternehmen, anders als nach lit. c, unabhängig von der nationalen Rechtslage die individuelle Koalitionsfreiheit gewährleisten und entsprechend auf ihre Zulieferer einwirken. Dies heißt auch, dass sie ggf. ihre Zulieferer zum Bruch des für diese einschlägigen Rechts vertraglich anhalten müssen. Das überzeugt nicht. Es kann einem Zulieferer nicht zugemutet werden, sich gegen für ihn verbindliche Gesetze zu stellen. Vielmehr hat das deutsche Unternehmen zu prüfen, inwieweit in den Grenzen des einschlägigen Rechts den Arbeitnehmern eine Ausübung der Koalitionsfreiheit trotzdem (zumindest in einem reduzierten Maß oder in Ansätzen) ermöglicht werden kann, ggf. über mit örtlichen Behörden vereinbarte Ausnahmeregelungen oder alternative Systeme der Arbeitnehmerbeteiligung (Mediations-, Schlichtungssysteme). Falls in zumutbarer Weise keine entsprechenden Lösungen durchsetzbar sind, ist ein Zuliefererwechsel zu prüfen. Ist ein solcher nach § 7 Abs. 3 LkSG nicht geboten – etwa, weil andere Zulieferer oder Zulieferer in Staaten mit koalitionsfreundlicherer Rechtsetzung nicht vorhanden sind –, darf das Unternehmen den menschenrechtswidrigen *status quo* in der bestehenden Geschäftsbeziehung akzeptieren. Für Verstöße des jeweiligen nationalen Gesetzgebers oder auch der örtlichen Verwaltung gegen koalitionsrechtliche Mindeststandards trifft das nach dem LkSG verpflichtete Unternehmen keine Verantwortung.

15 Insbesondere das Streikrecht in der Daseinsvorsorge ist international sehr unterschiedlich gestaltet. Bsp. aus Russland EGMR Entsch. v. 20.11.2018, *Ognevenko v. Russia*, abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-187732> (zuletzt abgerufen am: 21.9.2022); bespr. bei Rudkowski EuZA 2020, 256; zum Streikrecht in der Daseinsvorsorge aus rechtsvergleichender Perspektive Schlachter EuZA 2019, 81.

16 BT-Drs. 19/28649, 37.

Zugleich besteht *de lege lata* keine Verpflichtung der Unternehmen, auf eine Änderung des jeweiligen nationalen Rechts hinzuwirken, und eine solche Pflicht wäre auch problematisch: Die Gestaltung der innenpolitischen Verhältnisse ist Angelegenheit eines jeden Staates und seines Souveräns. Das Einwirken auf politische Entscheidungen eines jeweiligen Staates ist Sache der Politik, nicht privater Unternehmen. Auch bestünde das Risiko eines Machtmissbrauchs internationaler Großkonzerne, könnten sie sich für die Einflussnahme auf Regierungen und Parlamente souveräner Staaten auf die (vermeintliche) Erfüllung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten berufen. Es bestünde die Gefahr, dass Engagement für Menschenrechte zum „Deckmäntelchen“ für die Durchsetzung eigener ökonomischer Interessen werden könnte.

Die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 LkSG ist mithin problematisch: Eine Verbesserung der Rechte von Arbeitnehmern und Gewerkschaften lässt sich mit dem LkSG gerade in den Weltregionen, die der Koalitionsfreiheit kritisch oder ablehnend gegenüber stehen, nur sehr eingeschränkt bewirken.

IV. Diskriminierungsschutz

§ 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG lehnt sich mit einem „Verbot der Ungleichbehandlung in Beschäftigung“ grob an das deutsche AGG an, überträgt es jedoch nicht auf die Lieferkette, sondern stellt einen eigenen, gegenüber § 1 AGG erweiterten Katalog von Diskriminierungsmerkmalen auf: Auch soziale Herkunft, politische Meinung und „Gesundheitsstatus“ zählen nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG zu den verpönten Unterscheidungsmerkmalen. Der genaue Inhalt dieser Diskriminierungsmerkmale ist jedoch, da dem deutschen AGG fremd, einigermaßen unbestimmt. Der Gesundheitsstatus bspw. geht jedenfalls weiter als das aus dem deutschen Recht bekannte Merkmal der Behinderung – eine solche wird beim „Gesundheitsstatus“ nicht vorausgesetzt.

Die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wird ebenfalls nicht aus dem AGG übernommen. Während § 8 Abs. 1 AGG für die Rechtfertigung eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ verlangt, ist nach dem LkSG eine Unterscheidung anhand der verpönten Merkmale unzulässig, „sofern diese nicht in den Erfordernissen der Beschäftigung begründet ist“. Damit ist nach dem Wortlaut einerseits der Rechtfertigungsmaßstab schärfer als nach dem AGG – die Rechtfertigung kommt nur ausnahmsweise in Betracht –, andererseits schwächer – Erfordernisse der Beschäftigung genügen als Rechtfertigungsgrund.

Der Gesetzgeber führt § 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG auf ILO-ÜE Nr. 111¹⁷ zurück,¹⁸ bedenkt aber nicht, dass die nach dem LkSG verpflichteten Unternehmen nunmehr zwei eigenständige, voneinander unabhängige antidiskriminierungsrechtliche Regime anzuwenden haben, und dies u. U. sogar in Deutschland: Der Anwendungsbereich des LkSG ist nicht auf ausländische Zulieferer beschränkt (s. den Zuliefererbegriff in § 2 Abs. 7 LkSG). Der Diskriminierungsschutz für Arbeitnehmer deutscher Zulieferer bemisst sich

damit nunmehr nach LkSG und AGG, der Schutz der Arbeitnehmer ausländischer Zulieferer nach dem LkSG, der Schutz der Arbeitnehmer der verpflichteten Unternehmen aber, soweit die Unternehmen nicht selbst Zulieferer sind, nur nach dem AGG.

V. Mindestlohn

§ 2 Abs. 2 Nr. 8 LkSG stellt ein Verbot des Vorenthalteins eines angemessenen Lohns auf. Das Verhalten, das den verpflichteten Unternehmen abverlangt wird, wird von der Norm hinreichend konkretisiert: Nicht vorenthalten werden darf dem Arbeitnehmer der „angemessene“ Lohn, definiert als „mindestens“ der nach dem anwendbaren Recht festgelegte Mindestlohn, bei Fehlen eines solchen der nach dem Recht des Beschäftigungsortes angemessene Lohn. Damit setzt § 2 Abs. 2 Nr. 8 LkSG ein hinreichend bestimmtes Ziel (Zahlung gesetzlicher Mindestlöhne), und regelt vorausschauend auch den Fall, dass eine entsprechende Mindestlohnregelung nicht besteht. Es ist dann auf das sonstige Recht des Beschäftigungsortes abzustellen, und damit etwa auf Vorschriften, die § 612 BGB ähneln.

Problematisch wird § 2 Abs. 2 Nr. 8 LkSG allerdings durch ein Detail seiner Formulierung: Der angemessene Lohn ist „mindestens“ der nach dem gesetzlichen Recht festgelegte Mindestlohn. Diese Formulierung hat in der Literatur zu der Annahme geführt, der einschlägige vom Recht des Beschäftigungsortes festgesetzte Mindestlohn sei vom verpflichteten Unternehmen noch einmal auf seine Angemessenheit hin zu prüfen.¹⁹

Diese Auslegung überzeugt jedoch nicht. Die Formulierung des § 2 Abs. 2 Nr. 8 LkSG lässt sich auch damit erklären, dass nicht für jede Tätigkeit der Mindestlohn die angemessene Entlohnung ist. So wird die angemessene Vergütung eines höher qualifizierter Arbeitnehmers nicht der gesetzliche Mindestlohn, sondern eine höhere, im Arbeitsvertrag vereinbarte Vergütung sein. Eine Angemessenheitskontrolle jeweils einschlägiger Mindestlöhne ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 8 LkSG damit nicht geboten. Dies gilt umso mehr, als eine Korrektur des jeweils einschlägigen nationalen Rechts durch das LkSG in die Hoheitsgewalt – und damit in Demokratien auch: in den demokratisch gebildeten Willen – des Beschäftigungsstaates eingriffe. Zudem wäre es den nach dem LkSG verpflichteten Unternehmen unzumutbar, für jeden Zulieferer in dessen Tätigkeitsstaat zu ermitteln, ob der jeweils einschlägige Mindestlohn für ein menschenwürdiges Leben in dem jeweiligen Land ausreicht. Die Höhe eines etwaigen gesetzlichen Mindestlohns ist, wie etwa derzeit das europäische Richtlinienprojekt zur Mindestlohnsetzung deutlich macht,²⁰ Produkt komplexer ökonomischer Rahmendaten und mit innenpolitischen Prozessen des jeweiligen Staates verbunden. Das verpflichtete Unternehmen muss die sozialen und ökonomischen Gegebenheiten eines Staates aber nicht besser kennen als der jeweilige Gesetzgeber.

17 Übereinkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958; in Deutschland BGBl. 1961 II S. 97.
18 BT-Drs. 19/28649, 37.

19 *Ehmann ZVertriebsR* 2021, 141 (144); ebenso *Grabosch/Schönfelder*, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 2022, § 4 Rn. 39; aA *Sagan/Schmidt NZA-RR* 2022, 281 (286).
20 Siehe zum Stand der Normgebung <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/adequate-minimum-wages/> (zuletzt abgerufen am 5.10.2022).

VI. Mutterschutz, Beendigungsschutz

Nicht im Katalog der zu schützenden Mindestarbeitsbedingungen vertreten sind zwei Bereiche des Arbeitsrechts, die in besonderer Weise mit Menschenwürde in Zusammenhang stehen:

Die Arbeit der (werdenden) Mutter im Zeitraum um die Entbindung herum ist nach § 2 Abs. 2 LkSG kein menschenrechtliches Risiko, nicht einmal innerhalb der ersten vier Wochen nach der Entbindung. Zwar lässt sich in § 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG ein Gebot hineinlesen, im Bereich des Arbeitsschutzes auch auf Schwangere Rücksicht zu nehmen, etwa durch Ausschluss vom Umgang mit reproduktionstoxischen Substanzen. Auch mag sich aus § 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG, aus dem sich ein Verbot diskriminierender Kündigungen wegen des Geschlechts herauslesen lässt, auch ein Verbot der Kündigung wegen der Schwangerschaft ergeben. Eine Grundlage für einen Arbeitsplatzschutz im eigentlichen Sinne (Recht zur Leistungsverweigerung/Beschäftigungsverbot für die Zeit um die Entbindung herum, ggf. unter Lohnfortzahlung) bietet das LkSG jedoch nicht.

Auch eine Bestimmung zum Beendigungsschutz fehlt insoweit, als zwar diskriminierende Kündigungen auf Grundlage des § 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG unzulässig sind. Soweit die Kündigung aber nicht aus den in § 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG genannten Merkmalen erfolgt, gilt die Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht als menschenrechtliches Risiko. Daran ist richtig, dass Vertragsfreiheit grundsätzlich auch Kündigungsfreiheit heißt, und dass das ausdifferenzierte deutsche Kündigungsschutzrecht für weite Teile der Welt nicht praktikabel ist. Da der Arbeitnehmer aber auf seinen Arbeitsplatz existenziell angewiesen ist, und da hier eine Störung der Verhandlungsparität in der Praxis besonders naheliegend ist, verwundert es, dass der Gesetzgeber den Kündigungsschutz ausklammert. Es hätte nahegelegen, zu bestimmen, dass Kündigungen grundsätzlich mit Frist erfolgen müssen, wobei für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer keine längere Frist vereinbart werden darf als für die Kündigung durch den Arbeitgeber (s. § 622 Abs. 6 BGB). Es handelt sich bei der Spiegelbildlichkeit der Kündigungsfristen um eine der ersten Regelungen zum Kündigungsschutz der Arbeitnehmer in Deutschland (GewO 1891²¹), geschaffen in einer Zeit des liberalen, reinen Marktwirtschaftssystems. Mit Blick auf ökonomische und soziale Parallelen, die jene Zeit in Deutschland mit heutigen Phasen in Entwicklungs- und Schwellenländern aufweist, beginnend bei der erheblichen „Sozialen Frage“ jener Zeit, muss ein rudimentärer gesetzlicher Beendigungsschutz als menschenwürdebegründete Mindestarbeitsbedingung eingeordnet werden. Insoweit ist von den nach LkSG verpflichteten Unternehmen zu prüfen, ob die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund, ob ein willkürliches „hire and fire“, unter die Generalklausel des § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG zu fassen ist, oder unangemessen lange Kündigungsfristen für Arbeitnehmer im Einzelfall die Grenzen zur sklavenähnlichen Praktik (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 LkSG) überschreiten.

21 Gesetz, betreffend Abänderung der Gewerbeordnung, v. 1.6.1891, RGBLI. 261.

C. Informelle Beschäftigung als ungelöstes Problem

So sehr das Anliegen des LkSG, die Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen von Menschen entlang der globalen Lieferketten, auch zu begrüßen ist, so klar müssen dem Gesetzgeber doch die Grenzen seines Regulierungsansatzes vor Augen stehen. Sie ergeben sich aus arbeitsrechtlicher Sicht insbesondere dadurch, dass das LkSG, abseits des Verbots der Beschäftigung von Kindern, nicht auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Personen ohne Arbeitsvertrag abzielt. Das Gesetz schützt nur Arbeitnehmer.

Dies schränkt seinen Wirkungsgrad empfindlich ein, denn in vielen Weltregionen ist der informelle Wirtschaftssektor – in dem es gerade nicht zum Arbeitsvertragsschluss kommt – der dominierende Wirtschaftszweig. Nach Schätzungen der OECD ist weltweit mehr als die Hälfte der Erwerbsbevölkerung im informellen Sektor tätig, insgesamt ungefähr 1,8 Mrd. Personen.²² In Subsahara-Afrika – und damit in führenden rohstoffliefernden Staaten wie etwa der Demokratischen Republik Kongo – sind drei Viertel der Arbeitsplätze im informellen Sektor angesiedelt; in Süd- und Südostasien sind es immer noch mehr als zwei Drittel.²³

Dass hier eine Verbesserung von Arbeitsbedingungen durch Regulierung schwierig ist, weil gerade mangelnde Regulierung, beruhend auf mangelndem staatlichen Zugriff, Wesensmerkmal der informellen Beschäftigung ist, liegt auf der Hand. Dafür, dass es diesen Bereich überhaupt gibt, und dass gerade hier ein erhebliches soziales Problem liegen könnte, lässt das LkSG aber kein Bewusstsein erkennen. So ist selbst ein offensichtlicher arbeitsrechtlicher Gestaltungsmissbrauch durch Zulieferer durch systematisches Auslagern von Tätigkeiten auf Solo-Selbständige oder „freie Mitarbeiter“ nach dem LkSG kein Risiko, das die verpflichteten Unternehmen zu berücksichtigen hätten.

D. Fazit

1. Die meisten der nach dem LkSG zu gewährleistenden Mindestarbeitsbedingungen müssen für die praktische Anwendung in größerem Umfang konkretisiert werden.
2. Der Arbeitsschutz (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG) ist nur insoweit zu gewährleisten, als offensichtlich unfallträchtige oder gesundheitsschädigende Arbeitsbedingungen zu vermeiden sind. Den Unternehmen ist nicht abzuverlangen, das gesamte Arbeitsschutz- und Arbeitszeitrecht der jeweiligen Tätigkeitsstaaten ihrer Zulieferer durchzusetzen; sie sind keine „zweite Aufsichtsbehörde“. Bei Lücken im Arbeitsschutzrecht des jeweiligen Beschäftigungsstaates kann in grob menschenrechtswidrigen Fällen § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG anzuwenden sein.

22 Pressemitteilung der OECD, <https://www.oecd.org/berlin/presse/anstiegenderinformellenbeschäftigungwirdzumehrarmutführen.htm> (zuletzt abgerufen am 5.10.2022).

23 Die Landwirtschaft jeweils ausgenommen, unter Einbeziehung der Landwirtschaft noch höherer Anteil der informellen Beschäftigung, Pressemitteilung der OECD, <https://www.oecd.org/berlin/presse/anstiegenderinformellenbeschäftigungwirdzumehrarmutführen.htm> (zuletzt abgerufen am 5.10.2022).

>> Zum kostenlosen CCZ-Probeabo

Bürkle Zur Unionsrechtskonformität zentraler Konzernmeldestellen für Hinweisgeber | 11/2022 | CCZ | 335

3. Die Koalitionsfreiheit (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 LkSG) ist von den verpflichteten Unternehmen nur insoweit zu schützen, als es das Recht des jeweiligen Beschäftigungsstaates zulässt. Untersagt das Recht des Beschäftigungsstaates (Teile der) Koalitionsbetätigung, sind die nach dem LkSG verpflichteten Unternehmen nicht gehalten, ihre Zulieferer zum Rechtsbruch zu bewegen.

4. Der Diskriminierungsschutz nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 LkSG erstreckt sich auf weitere als die in § 1 AGG geschützten Merkmale und stellt andere Anforderungen an die Rechtfertigung auf als § 8 AGG, sodass durch das LkSG zwei unterschiedliche antidiskriminierungsrechtliche Regelungsregime entstehen.

5. Der Schutz des einschlägigen gesetzlichen Mindestlohns (§ 2 Abs. 2 Nr. 8 LkSG) verlangt den Unternehmen nicht die Überprüfung ab, ob der Mindestlohn auch eine ..an-

6. Mit Mutterschutz und Beendigungsschutz fehlen zwei eng mit der Menschenwürde verknüpfte Bereiche des Arbeitsrechts im LkSG. Willkürliche Kündigungen können nach § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG ein zu managendes menschenrechtliches Risiko darstellen.

7. Die Verpflichtungen des Gesetzes erstrecken sich nicht auf den informellen Sektor, sondern schützen – soweit nicht die Beschäftigung von Kindern betroffen ist (§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 2 LkSG) – ausschließlich Arbeitnehmer.

KONTAKT:

Prof. Dr. Lena Rudkowski
Justus-Liebig-Universität Giessen
Professur für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht
Licher Straße 72
35394 Gießen
Tel: 0641/9921241

Leseprobe

Sie möchten den gesamten Artikel lesen?

Jetzt die Fachzeitschrift CCZ
kostenlos testen (inkl. Newsdienst und Online-Modul)!



Mit professioneller Compliance
durch stürmische Zeiten

6-mal jährlich fundiertes Wissen:

- **Compliance:** Spezialisten schreiben Top-Beiträge zu aktuellen Themen
- **Best Practice:** Mit konkreten Lösungswegen zu besonders praxisrelevanten Rechtsproblemen
- **Rechtsprechung:** So entschieden nationale und internationale Gerichte zu aktuellen Haftungsfragen der Unternehmen und Organe. Sorgfältig ausgewählt und redaktionell bearbeitet
- **Nachrichten und Berichte:** So sind Sie über alle Neuigkeiten im Bilde

Jetzt gratis testen