



simanovski  
*Kanzlei*  
*für faires*  
*Wirtschaften*

Rechtsanwalt Simon Simanovski, Dunckerstr. 21, 10437 Berlin

---

Rechtsanwalt  
Simon Simanovski

Gesellschaftsrecht  
Kapitalmarktrecht  
Öff. Wirtschaftsrecht

Dunckerstr. 21  
D-10437 Berlin  
T: 030 51577280  
M: 0176 233 29 39 2

Berlin, 15.08.2024

## // Gutachten

### **BAFA-Handreichung zur Anwendung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG) auf die Kredit- und Versicherungswirtschaft**

Erstellt im Auftrag von FIAN Deutschland e.V. und Germanwatch e.V.

Rechtsanwalt  
Simon Simanovski  
Dunckerstr. 21, 10437 Berlin

kanzlei@simanovski.org  
www.simanovski.org  
+ 49 176 233 2939 2

IBAN: DE86110101002987918706  
BIC: SOBKDE33XXX  
USt-ID: DE361677436



## Inhalt

|                                                                                              |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>A: Sachverhalt &amp; Gutachtenauftrag .....</b>                                           | <b>3</b>  |
| <b>B: Handreichungen des BAFA .....</b>                                                      | <b>3</b>  |
| <b>C: Rechtliche Würdigung der Handreichung.....</b>                                         | <b>4</b>  |
| <i>I. Geltungsbereich des Gesetzes .....</i>                                                 | <i>4</i>  |
| 1. Ausführungen des BAFA in der Handreichung zur Kredit- und<br>Versicherungswirtschaft..... | 4         |
| 2. Gesetzeskonforme Auslegung des LkSG .....                                                 | 5         |
| <i>II. Sachlich zutreffende und schlüssige Darlegung.....</i>                                | <i>11</i> |
| 1. Refinanzierungsgeschäfte .....                                                            | 11        |
| 2. Forderungsverkauf & derivative Geschäfte.....                                             | 12        |
| 3. Aktionäre & Zeichner von Bankanleihen als Zulieferer .....                                | 13        |
| 4. Leistung von Geld keine Zulieferung .....                                                 | 13        |
| <b>D: Ergebnis.....</b>                                                                      | <b>14</b> |
| <i>I. Rechtswidrigkeit der Handreichung.....</i>                                             | <i>14</i> |
| <i>II. Rechtsaufsicht durch das BMWK.....</i>                                                | <i>14</i> |



## **A: Sachverhalt & Gutachtauftrag**

Das LkSG begründet seit seinem Inkrafttreten am 01.01.2023 Sorgfaltspflichten für große inländische Unternehmen, um der Verletzung von Menschenrechten und Umweltbelangen in ihren Lieferketten entgegenzuwirken. Zur behördlichen Kontrolle und Durchsetzung des Gesetzes ist das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) berufen worden, § 19 S. 1 LkSG. Es unterliegt dabei der Recht- und Fachaufsicht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK), die im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) ausgeübt wird, § 19 S. 2 LkSG. Gemäß § 20 LkSG veröffentlicht das BAFA „*branchenübergreifende oder branchenspezifische Informationen, Hilfestellungen und Empfehlungen zur Einhaltung dieses Gesetzes*“. Auf Grundlage dieser Vorschrift hat das BAFA im August 2023 eine „Handreichung“ zur Anwendung des LkSG auf die Kredit- und Versicherungswirtschaft veröffentlicht. In dieser Handreichung vertritt das BAFA die Position, dass Kredit- und Versicherungsinstitute die Sorgfaltspflichten nach dem LkSG nicht auf die von ihnen finanzierten Geschäfte erstrecken müssten. Damit steht die Handreichung im Widerspruch zur Regierungsbegründung und weiten Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur. Vor dem Hintergrund dieser Diskrepanz untersucht das vorliegende Gutachten die Recht- und Zweckmäßigkeit der Handreichung und beleuchtet sich daraus ableitende Konsequenzen.

## **B: Handreichungen des BAFA**

Bei den Handreichungen des BAFA handelt es sich nach einhelliger Ansicht um nichtverbindliche Informationen.<sup>1</sup> Unternehmen sind an ihre Einhaltung nicht gebunden. Soweit das BAFA Anforderungen des Gesetzes konkretisiert oder erweitert, hat dies also keine rechtliche Relevanz. Anders stellt sich dies bei der Einschränkung von Anforderungen des Gesetzes dar. Erklärt eine Handreichung – fälschlicher-

---

<sup>1</sup> Johann/Sangi/LkSG § 20 Rn. 1 m.W.N.



weise – bestimmte Maßnahmen würden ausreichen, um den Anforderungen zu genügen, so dürfte hierdurch ein Vertrauenstatbestand auf Seiten der betroffenen Unternehmen entstehen. In Folge wäre es der Behörde verwehrt, das LkSG abweichend seiner eigenen Handreichungen zu vollziehen und hierdurch den von ihr geschaffenen Vertrauenstatbestand zu verletzen.<sup>2</sup> Damit haben Handreichungen des BAFA faktische Selbstbindungswirkung, soweit sie hinter den Anforderungen des Gesetzes zurückbleiben.<sup>3</sup> Eine solche Praxis würde mithin zu einer Einschränkung des parlamentarisch festgelegten Geltungsbereich des Gesetzes durch eine Behörde führen und somit zu einer Verletzung objektiven Rechts.<sup>4</sup>

Vor diesem Hintergrund wird im Fortgang des Gutachtens die Übereinstimmung der BAFA-Handreichung zur Kredit- und Versicherungswirtschaft mit den Bestimmungen des LkSG geprüft-

## **C: Rechtliche Würdigung der Handreichung**

### **I. Geltungsbereich des Gesetzes**

#### **1. Ausführungen des BAFA in der Handreichung zur Kredit- und Versicherungswirtschaft**

Im Mittelpunkt der BAFA-Handreichung steht die Frage, ob Kreditinstitute<sup>5</sup> ihre Sorgfaltsmaßnahmen auf die von ihnen finanzierten Geschäfte zu erstrecken haben. Das BAFA verneint dies<sup>6</sup> und stützt seine Begründung auf den Begriff der Lieferkette. Gemäß § 2 Abs. 5 LkSG

---

<sup>2</sup> Der Grundsatz von Treu und Glauben, der das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) umfasst, gilt uneingeschränkt auch im öffentlichen Recht; vgl. OVG NRW, Beschl. v. 02.08.2011, 12 A 2087/10, Rn. 9 ff. m.W.N.

<sup>3</sup> So auch Johann/Sangi/LkSG § 20 Rn. 1.

<sup>4</sup> Selbstverständlich ist auch das BAFA an Recht und Gesetz gebunden, Art. 20 Abs. 3 Alt. 2 GG.

<sup>5</sup> Dieser Begriff wird hier und in der Handreichung untechnisch verwendet und meint Kredit- sowie Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne des § 1 KWG.

<sup>6</sup> BAFA-Handreichung zur Anwendung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG) auf die Kredit- und Versicherungswirtschaft, S. 2.



bezieht sich die Lieferkette 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 des Unternehmens *erforderlich* sind, angefangen bei der Gewinnung der Rohstoffe bis hin zur Lieferung an den Kunden. Die Lieferkette erfasst hierbei das Handeln eines Unternehmens im eigenen Geschäftsbereich, das Handeln eines unmittelbaren Zulieferers und das Handeln eines mittelbaren Zulieferers. Die Erforderlichkeit sieht das BAFA hinsichtlich der Kund:innen von Kreditinstituten nicht gegeben. Sie seien für den Herstellungsprozess nicht notwendig und damit kein Teil der Lieferkette.

## **2. Gesetzeskonforme Auslegung des LkSG**

Das BAFA stellt bei dieser Einschätzung (Seite 2, Unterpunkt 3.2) auf die Erforderlichkeit der „Kundinnen und Kunden“ für den „Herstellungsprozess“ ab. Die Tatbestandsvoraussetzung der Erforderlichkeit bezieht sich aber nicht auf die Kundinnen und Kunden selbst, sondern auf deren etwaige Zulieferung, die für die Leistungserbringung der Kreditinstitute notwendig sein muss. Zudem steht bei Kreditinstituten nicht die Herstellung eines Produkts, sondern die Erbringung einer Dienstleistung in Frage.

Zur weiteren Betrachtung bietet es sich an, den Begriff der Lieferkette nach einem objektiven und einem subjektiven Tatbestand zu unterteilen. In objektiver Hinsicht erfordert das Gesetz in § 2 Abs. 5 LkSG, dass der gegenständliche Abschnitt der Lieferkette zur Erbringung der Dienstleistung erforderlich ist und zwischen Gewinnung der Rohstoffe und Leistungserbringung an den Kunden liegt. In subjektiver Hinsicht erfasst das LkSG die Handlungen im eigenen Geschäftsbereich und solche von unmittelbaren oder mittelbaren Zulieferern.

### **a) Objektiver Tatbestand: Begriff der Lieferkette**



Die Gesetzesbegründung stellt fest, dass die Reichweite des Begriffs der Lieferkette nach Art der jeweiligen Leistung variiert.<sup>7</sup> Der Gesetzgeber hat sich damit für eine flexible und branchengerechte Handhabung des LkSG und gegen Pauschalierungen entschieden. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus<sup>8</sup>:

*„Bei der Anbietung einer Finanzdienstleistung, zum Beispiel durch Kreditinstitute, findet ein wesentlicher Teil der Produktion zeitgleich mit der Erbringung der Dienstleistung gegenüber dem Kunden statt und setzt, zum Beispiel durch Investition oder Kreditvergabe, weitere Produktionsprozesse frei. **Deshalb werden für solche Dienstleistungen auch die Beziehung zum Endkunden und die nachgelagerten Stufen der Lieferkette erfasst.**“* (eigene Hervorhebung)

Diese Passage bringt den eindeutigen Regulierungswillen des Gesetzgebers zum Ausdruck, bei Finanzdienstleistungen auch die finanzierten Aktivitäten und hierdurch ausgelösten Produktionsprozesse zum Gegenstand der Sorgfaltspflichten von Kreditinstituten zu machen.

Vereinzelt ist vorgetragen worden, der Gesetzesbegründung lasse sich ein eindeutiger Regulierungswille nicht entnehmen<sup>9</sup>, sodass angesichts der Sanktionsbewährtheit des LkSG eine Lesart zugunsten von Kreditinstituten und zulasten weitergehender Sorgfaltspflichten geboten sei. Dem ist nicht zuzustimmen. Die aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Wortlautgrenze bestimmt sich nach dem Wortlaut des Gesetzes und nicht nach dem Wortlaut der Gesetzesbegründung. Soweit auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe (hier insbesondere der Begriff der Zulieferung in § 2 Abs. 5 LkSG) unter Beachtung anerkannter methodischer Grundsätze auf die ein oder andere Weise gelesen werden können, ist ihre Interpretation eine Frage der überzeugenderen Argumente und nicht verfassungsrechtlicher Grenzen.

---

<sup>7</sup> „Dabei können die Bestandteile einer Lieferkette je nach Art des Produktes oder der Leistung variieren.“, vgl. BT-Drs. 19/28649, S. 50.

<sup>8</sup> Ebd.

<sup>9</sup> Bettermann/Hoes, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Besondere Pflichten für Kreditinstitute?, BKR 2022, 23.



Ein Blick in die Entstehungsgeschichte des LkSG zeigt eindeutig den Regulierungswillen, Finanzakteuren Sorgfaltspflichten für ihre Kunden aufzuerlegen. Das Gesetz ist dem Nationalen Aktionsplan „Wirtschaft und Menschenrechte“ von 2016 entsprungen, welcher seinerseits auf den Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte beruht. Die Regierungsbegründung nimmt auf die VN-Leitprinzipien ausdrücklich Bezug und gibt an, dass sich das LkSG hieran orientiere<sup>10</sup>. Aus diesem Grund können die Leitprinzipien als maßgeblicher Auslegungskontext zur Klärung mehrdeutiger Passagen des Gesetzes und seiner Begründung herangezogen werden. Die VN-Arbeitsgruppe für Wirtschaft und Menschenrechte hat bereits im Jahr 2017 festgehalten, dass sich die aus den Leitprinzipien ergebenden Sorgfaltspflichten bei Kreditinstituten nicht nur auf ihren eigenen Geschäftsbereich erstrecken, sondern auch auf Geschäftsbeziehungen mit anderen Unternehmen. Eine solche Geschäftsbeziehung, so die Arbeitsgruppe, könne auch darin bestehen, dass eine Bank einen Kredit an ein Unternehmen ver gebe. Sie schreibt:

*[...] the Working Group notes that insufficient due diligence by a bank could potentially contribute to human rights impacts. For example, this could arise where a bank provides a loan for an infrastructure project that leads to widespread displacement of local communities, but for which no safeguards or mitigations were in place. If a bank proceeds with financing, absent rigorous due diligence and safeguards, then its decision to lend may contribute to adverse human rights impacts, since it could have mitigated or prevented harm through its due diligence processes and the terms of its loan.<sup>11</sup>*

---

<sup>10</sup> BT-Drs. 19/28649, S. 23.

<sup>11</sup> Mandate of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations as well as other business enterprises, Letter to the Thun Group of Banks, Februar 2017, S. 2.



Diese Auslegung entspricht der international herrschenden Ansicht, sowohl in Bezug auf die VN-Leitprinzipien als auch die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen.<sup>12</sup> Im Bezug auf die OECD-Leitsätze haben etwa die Niederländische und die Norwegische Kontaktstelle bereits 2013 festgestellt, dass die Geschäftsbeziehung zwischen einem Finanzinstitut und einem kreditnehmenden Unternehmen unter den Anwendungsbereich der Leitsätze fällt.<sup>13</sup>

Diesen international herrschenden Konsens greift das LkSG auf und orientiert sich daher im sachlichen Anwendungsbereich an den Vorgaben der Leitprinzipien. Dies wird in der Gesetzesbegründung, wie oben abgebildet, ausdrücklich gemacht.

Die oben zitierte Passage der Gesetzesbegründung und den internationalen *soft-law*-Kontext übergeht die Handreichung. Obwohl in Fn. 5 der Handreichung ein Verweis auf die relevante Seite der Gesetzesbegründung erfolgt, wird diese Passage ignoriert. Auch in dieser Hinsicht geht die Handreichung daher methodisch fehlerhaft vor. Die Auslegung des Gesetzes gelingt der Handreichung weder mit Blick auf den Wortlaut (siehe oben) noch mit Blick auf den gesetzgeberischen Willen.

Ungeachtet solcher methodischer Schwächen kann die in der Handreichung vertretene Position zum Anwendungsbereich des Gesetzes auch in der Sache keinen Bestand haben.

Die im objektiven Tatbestand zu prüfende Erforderlichkeit einer Zulieferung für die nachfolgend zu erbringende Leistung des verpflichteten Unternehmens liegt bei Kreditinstituten in Bezug zu ihren Kunden in mehreren Konstellationen vor.

---

<sup>12</sup> OECD, Expert letters and statements on the application of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the financial sector, Juni 2024.

<sup>13</sup> OECD, Scope and application of 'business relationships' in the financial sector under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Juni 2024, S. 4 m.W.N.





aa) Kreditgeschäft

Bei Kreditgeschäften im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG liegt die von Kreditnehmern erbrachte Zulieferung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, die vom Kreditinstitut am Kapitalmarkt weiterverkauft werden kann. Die Zulieferung einer Forderung ist nicht anders zu bewerten als die Zulieferung einer Sache. Ebenso ist es im objektiven Tatbestand irrelevant, ob die Zulieferung Primärleistungspflicht eines Vertrages ist oder in der Eingehung des Vertrages selbst liegt. Schließlich spielt es keine Rolle, ob das Kreditinstitut die Forderung tatsächlich weiterverkauft (es würde auch nicht danach gefragt werden, ob ein Unternehmen, dem Rohstoffe geliefert werden, diese nur auf Lager hält oder am Ende tatsächlich weiterverarbeitet). Der naheliegenden Einwand,<sup>14</sup> würde jeder Vertragsschluss als Zulieferung angesehen werden, würden sich die Grenzen des Anwendungsbereichs des LkSG auflösen, überzeugt nicht. Das LkSG verfolgt einen flexiblen Ansatz, der eine branchengerechte Handhabung des Gesetzes ermöglichen soll. Im Bereich der Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäfte (§ 1 KWG) spielt der Handel mit Geld und Forderung auf Geld eine zentrale Rolle - er ist geradezu das Wesen dieser Branche. Würden solche Geschäfte aufgrund ihrer Eigenart nicht unter den Begriff der Zulieferung subsumiert, so würde dies faktisch zu einer Bereichsausnahme für den Finanzsektor führen, die der Gesetzgeber mit Blick auf die Gesetzesbegründung offensichtlich nicht gewollt hat.

Eine vom Kreditnehmer erbrachte Zulieferung kann zudem darin gesehen werden, dass er dem Kreditinstitut ein Anlageobjekt bereitstellt, welches dem durch das Bankaufsichtsrecht vorgegebenen Rendite-Risiko-Profil entspricht.<sup>15</sup> Diese Zulieferung ist erforderlich, weil es der Bank andernfalls durch die Kapitaladäquanzverordnung verwehrt wäre, das jeweilige Geschäft einzugehen. Konkret ist das Institut verpflichtet, nur solche Geschäfte abzuschließen, für deren Volumen und Risikogewichtung es ausreichend Einlagenkapital vorhält und die dem

---

<sup>14</sup> Mittwoch/Behrenkamp in Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß, § 2 Rn. 814.

<sup>15</sup> Simanovski, Die Kreditwirtschaft zwischen ESG-Risiko und ESG-Sorgfalt, BKR 2023, 855.



zuvor festgelegten Risikoappetit entsprechen. Hierfür hat es nach den von der BaFin publizierten Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) auch ESG-Risiken über die gesamte Lebensdauer des Geschäfts zu berücksichtigen. Solche Zulieferungen, die erforderlich sind, damit eine Leistung gesetzeskonform erbracht werden kann, sind vom LkSG genauso erfasst, wie andere Dimensionen der Erforderlichkeit (etwa physische oder betriebswirtschaftliche).

#### bb) Emissionsgeschäft

Bei Emissionsgeschäften im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 10 KWG platziert das Kreditinstitut Finanzierungsinstrumente (z.B. Anleihen) für ein Unternehmen am Kapitalmarkt und sichert dem Unternehmen einen bestimmten Preis hierfür zu. Zur Durchführung dieses Geschäfts muss zunächst ein verkehrsfähiges Wertpapier vom Unternehmen geschaffen und ggf. ein korrespondierendes Wertpapierprospekt von der BaFin genehmigt worden sein. Daher vollzieht sich auch hier eine Zulieferung des Kunden des Emissionsgeschäfts an das Kreditinstitut, welches diese Zulieferung erfordert, um das Geschäft durchführen zu können.

#### cc) Verwaltung eines Investitionsvermögens

Auch Verwalter eines Investitionsvermögens im Sinne der §§ 17, 1 KAGB sind in Bezug auf die verwalteten Vermögenswerte zur Einhaltung von Sorgfaltsmaßnahmen nach dem LkSG verpflichtet. Die Wertpapiere und sonstigen Bestandteile des Investitionsvermögens sind erforderlich, um den Investor:innen eine Rendite hieraus zahlen zu können. Denn Verwalter eines Investitionsvermögens können ihre vertraglich zugesicherte Leistung an die Endkunden nur erbringen, wenn ihnen eine korrespondierende Forderung auf Zahlung eines Geldbetrages zusteht. Entsprechend ist jeder Schritt, der zur Schaffung der Vermögenswerte beiträgt, eine Zulieferung im Sinne des § 2 Abs. 5 LkSG. Auch hier sind die Eigenheiten des Kapitalmarkts zu berücksichtigen, dessen Endprodukt die Erbringung einer Geldleistung ist.



## **b) Subjektiver Tatbestand: Begriff des eigenen Geschäftsbereichs & des Zulieferers**

In subjektiver Hinsicht erfasst das LkSG die Handlungen im eigenen Geschäftsbereich und solche von unmittelbaren oder mittelbaren Zulieferern. Im Ergebnis kann es offen bleiben, ob die Kunden von Kreditinstituten aufgrund des eingegangenen Dauerschuldverhältnisses zum eigenen Geschäftsbereich zählen,<sup>16</sup> als unmittelbare-, oder, wie an anderer Stelle argumentiert wurde,<sup>17</sup> jedenfalls als mittelbare Zulieferer gelten müssen. Dies kann den weiteren Überlegungen der staatlichen Stellen vorbehalten bleiben. Verschiedene Vorschläge, wie sich der Regulierungswille dogmatisch sauber im LkSG verorten lässt, haben die genannten Autor:innen gemacht.

## **II. Sachlich zutreffende und schlüssige Darlegung**

Die sachliche Unzutreffendheit der Ausführungen zum Kreditgeschäft wurden soeben dargelegt. Darüber hinaus enthält die Handreichung eine Reihe von Widersprüchlichkeiten und unzutreffenden Vorannahmen. Im Einzelnen:

### **1. Refinanzierungsgeschäfte**

Auf Seite 4 (Absatz 2) der Handreichung wird ausgeführt, die Refinanzierungsgeschäfte eines Kreditinstituts zählten regelmäßig nicht zu seiner Lieferkette, da kein hinreichender Bezug zu einem konkreten Finanzierungsgeschäft bestünde. Dieses Argument ist im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit anzusiedeln. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass die Erforderlichkeit einer Zulieferung für die eigene Leistungserbringung nur dann gegeben sei, wenn ein hinreichend konkreter Bezug zwischen beiden bestehe.<sup>18</sup> Das

---

<sup>16</sup> So etwa Schall, (Berechtigte) Lücken in der Lieferkettensorgfaltspflicht des LkSG?, NZG 2022, 787, 790.

<sup>17</sup> Simanovski, Die Kreditwirtschaft zwischen ESG-Risiko und ESG-Sorgfalt, BKR 2023, 855.

<sup>18</sup> Fleischer/Mankowski/Kolb, LkSG, § 2 Rn. 212.



BAFA vertritt jedoch ausdrücklich eine andere Position. Auf Seite 2 der Handreichung führt es aus, der Begriff der Erforderlichkeit sei weit zu verstehen, sodass auch die Gebäudereinigung oder die Beschaffung von Kommunikationstechnik zur Ausstattung von Geschäftsräumen hierunterfallen würden. Es braucht danach also gerade keinen konkreten Bezug zwischen der Zulieferung und der nachfolgenden Leistungserbringung durch das Unternehmen. Auf Seite 4 weicht das BAFA ohne Grund hiervon ab und vertritt einen engen Erforderlichkeitsbegriff, sodass es zu einem unaufgelösten Widerspruch kommt.

## **2. Forderungsverkauf & derivative Geschäfte**

Auf Seiten 4 (Absatz 2) und 5 (Absatz 1) macht die Behörde Ausführungen zum Forderungsverkauf in Form der Verbriefung und anderen derivativen Geschäften. Sie schreibt, bei derivativen Geschäften handle es sich nicht um relevante Produkte oder Dienstleistungen im Sinne des LkSG, da dabei keine für das Gesetz typische Zulieferer-Hersteller-Beziehung begründet werde. Zunächst ist unklar, aus welchem Grund das BAFA einen neuen Maßstab für die Subsumtion im Sinne des LkSG relevanter Geschäfte nutzt, und bei Kreditinstituten nunmehr auf eine „typische“ Beziehung zwischen den beteiligten Akteuren abstellt. Eine wie auch immer geartete Typizität eines Geschäfts steht im Rahmen des § 2 Abs. 5 LkSG nicht zur Frage. Entscheidend ist allein, ob der objektive und der subjektive Tatbestand des Lieferkettenbegriffs erfüllt sind. Hierzu enthält die Handreichung in Bezug auf derivative Geschäfte<sup>19</sup> keinerlei Ausführungen.

Ungeachtet dessen trifft die Handreichung unzutreffende Vorannahmen hinsichtlich der Natur von Derivatgeschäften, speziell des Verbriefungsgeschäfts. Das Verbriefungsgeschäft besteht vereinfacht gesprochen aus einem Wertpapier und einem Basiswert, auf welches sich das Wertpapier in seiner Entwicklung bezieht (vgl. § 1 Abs. 11 S. 6 KWG). Der Basiswert wird durch den Verkäufer der Wertpapiere oder eine ihm vorgeschaltete Instanz generiert – beispielsweise durch

---

<sup>19</sup> Für einen detaillierten Überblick zur Behandlung des Derivatgeschäfts im Rahmen des LkSG, siehe Simanovski, Die Kreditwirtschaft zwischen ESG-Risiko und ESG-Sorgfalt, BKR 2023, 855, 861.



Kreditvergabe. In einem zweiten Schritt erfolgt sodann der Verkauf der Zinsforderungen aus diesem Basisgeschäft an Teilnehmer des Kapitalmarkts. Die Verbriefung hat damit, möchte man darauf abstellen, eben jene Hersteller-Zulieferer-Abnehmer-Beziehung, die das BAFA zur Voraussetzung der Anwendbarkeit des LkSG macht.

Vor diesem Hintergrund scheint es, als gründe sich die Argumentation des BAFA im Wesentlichen auf einer Unterscheidung zwischen dem Verkauf von Sachen und dem Verkauf von Forderungen. Für diese Differenzierung gibt das LkSG jedoch keinen Anlass. Durch diese Ausführungen wird Unternehmen suggeriert, sie müssten ihre Sorgfaltspflichten nicht auf Geschäfte erstrecken, denen ein Forderungsverkauf zugrundeliegt.

### **3. Aktionäre & Zeichner von Bankanleihen als Zulieferer**

Eine Reihe weiterer Widersprüchlichkeiten findet sich in den Ausführungen zu Aktionären und Zeichnern von Bankanleihen (Seite 4). Hierzu führt das BAFA aus, diese erfüllten nicht den Tatbestand des Zulieferers im Sinne des LkSG, da sie zwar Geldmittel anlegten aber keine Produkte oder Dienstleistungen einbringen würden. Damit setzt die Behörde die „Zulieferung“ mit der „Erbringung eines Produkts oder einer Dienstleistung“ gleich. Das LkSG differenziert jedoch in § 2 Abs. 7, Abs. 8 zwischen beiden. Diese Differenzierung unterschlägt das BAFA an dieser Stelle, greift sie aber kurze Zeit später (Seite 4, letzter Absatz) wieder auf. Im Ergebnis wirkt sich dieser Widerspruch nicht auf den Rest der Handreichung aus, er zeigt jedoch, dass die Handreichung entgegen ihrem Auftrag keine Rechtssicherheit schafft, sondern die betroffenen Unternehmen im Gegenteil mit einer verunklarten Rechtslage zurücklässt.

### **4. Leistung von Geld keine Zulieferung**

Auf S. 4 führt das BAFA aus, die Leistung von Geld sei keine Zulieferung, da der Schwerpunkt des zugrundeliegenden Vertrages üblicherweise die für die Zahlung erhaltene Gegenleistung sei – etwa beim Darlehensvertrag die zeitlich begrenzte Überlassung von Geld an den



Vertragspartner. Auch hier erschließt sich nicht, wie das Kriterium „Schwerpunkt des Vertrages“ Einzug in eine juristische Betrachtung des LkSG gefunden hat. Das Gesetz bietet hierfür keinen Anlass. Ein solches Kriterium ist auch nicht wünschenswert, da es konturlos ist und die normative Aufwertung des Lieferkettenbegriffs erlaubt. So zeigen etwa die Ausführungen zur Verbriefung, dass die Leistung auf eine Zinsforderung sehr wohl als Schwerpunkt des Vertrags gelten kann, wenn diese Forderungen seitens des Kreditinstituts genutzt werden, um ein weiteres Finanzprodukt zu erschaffen. Es ist damit sowohl im Sinne der verfassungsrechtlichen Wortlautgrenze als auch im Sinne der Rechtssicherheit bei den Begrifflichkeiten des LkSG zu bleiben und diese unter Hinzunahme anerkannter Auslegungsmethoden auf den Finanzsektor anzuwenden.

## **D: Ergebnis**

### **I. Rechtswidrigkeit der Handreichung**

Die Handreichung zur Kredit- und Versicherungswirtschaft stellt in ihrer derzeitigen Form eine Verletzung objektiven Rechts dar. Sie führt einerseits zu einer faktischen Einschränkung des parlamentarisch festgelegten Anwendungsbereichs des LkSG und führt die verpflichteten Unternehmen durch eine unzutreffende Auslegung des Gesetzes gleichsam in den Rechtsbruch. Zudem schaffen widersprüchliche Angaben innerhalb der Handreichung Rechtsunsicherheiten, statt im Sinne des § 20 LkSG für Rechtssicherheit zu sorgen.

### **II. Rechtsaufsicht durch das BMWK**

Das BMWK führt gem. § 19 S. 2 LkSG die Fach- und Rechtsaufsicht über das BAFA aus. Im Rahmen der Rechtsaufsicht überprüft die Aufsichtsbehörde die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns der untergeordneten Behörde. Dies zählt zu den „wesentlichen Elemente“ der unmittelbaren Bundesverwaltung, § 3 Abs. 1 GGO<sup>20</sup>. Hierzu gehört

---

<sup>20</sup> Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Stand 22. Januar 2020.



simanovski  
*Kanzlei*  
*für faires*  
*Wirtschaften*

die Einhaltung sämtlicher öffentlich-rechtlicher Normen und richterrechtlich entwickelter Grundsätze rechtmäßigen Verwaltungshandelns. Die Aufsichtsbehörde ist grundsätzlich frei darin, die Rechtsaufsicht so auszugestalten, wie sie es für richtig hält.<sup>21</sup> Absolute Grenze dieses Ermessensspielraums ist aber das Verfassungsgebot, die Gesetzesmäßigkeit der bundeseigenen Verwaltung sicherzustellen.<sup>22</sup> Bei eindeutigen Rechtsverstößen besteht daher eine Pflicht zum Tätigwerden. So liegt es hier. Das BMWK ist daher verpflichtet, die Rücknahme der Handreichung anzuordnen sowie ihre Überarbeitung nach Maßgabe der hier aufgezeigten Grundsätze zu veranlassen.

Rechtsanwalt  
Simon Simanovski

---

<sup>21</sup> Vgl. für Instrumente der Fachaufsicht in der Bundesverwaltung die [Arbeitshilfe des BMI](#), Stand 2018.

<sup>22</sup> Vgl. für die Kommunalebene: OVG Lüneburg, Urt. v. 25.03.1987, 2 A 126/85, NVwZ 1988, 464, 465.