

Auswirkungen des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes auf die Beschaffung von Kommunen und kommunalen Unternehmen - Neue Impulse für die Beschaffung der öffentlichen Hand

Vergaberechtliches Gutachten

Auftraggeber	Engagement Global gGmbH Frau Dr. Schade Friedrich-Ebert-Allee 40 53113 Bonn
Auftragnehmer	Rechtsanwalt André Siedenber Konkordiastraße 105 40219 Düsseldorf
Version/Datum	1.3/13.11.2022

Inhalt	
A.	Zusammenfassung ..... 3
B.	Hintergrund und Ausgangsfrage ..... 4
C.	Anwendungsbereich des LkSG ..... 5
I.	Unmittelbare Verpflichtung..... 5
II.	Mittelbare Verpflichtung ..... 6
D.	Spezifische Regelungen des LkSG, die sich auf den Beschaffungsprozess der öffentlichen Hand auswirken ..... 7
I.	Allgemeine Pflichten des Gesetzes ..... 7
II.	Spezifischer vergaberechtlicher Ausschlussgrund des § 22 LkSG..... 8
III.	Erfüllen weiterer Ausschlussgründe bei Verstoß gegen das LkSG ..... 9
E.	Nachweis- & Kontrollmöglichkeiten..... 9
F.	Praxisbeispiel: Nutzfahrzeugbeschaffung ..... 11
G.	Literaturverzeichnis ..... 14

## A. Zusammenfassung

Nach dem derzeitigen Stand ist nicht davon auszugehen, dass Kommunen durch das LkSG unmittelbar verpflichtet werden. Kommunale Unternehmen werden hingegen sehr wahrscheinlich durch das LkSG verpflichtet werden, aber in vielen Fällen die erforderliche Unternehmensgröße von 3.000 Mitarbeitern (ab Jan. 2023) bzw. von 1.000 Mitarbeitern (ab Jan. 2024) nicht erreichen. Größere kommunale bzw. Bundes- oder Landesunternehmen, die darüber hinaus auch wirtschaftlich am Markt tätig sind, werden hingegen mit sehr großer Wahrscheinlichkeit durch das LkSG unmittelbar verpflichtet, zumal dies auch wettbewerbsrechtlich geboten erscheint. Kommunale Unternehmen die nicht durch das LkSG unmittelbar verpflichtet werden, können jedoch als Teil der Lieferkette eines durch das Gesetz verpflichteten Unternehmens mittelbar betroffen sein.

Die durch das LkSG verpflichteten Unternehmen haben dieses Gesetz zunächst unabhängig davon einzuhalten, ob sie in einem öffentlichen oder privaten Auftrag tätig sind. Für die Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber ergeben sich daher zunächst keine besonderen Pflichten aus dem LkSG. Dadurch, dass öffentliche Auftraggeber aber dem Vergaberecht unterliegen, wirken sich diese allgemeinen Pflichten auch auf den Beschaffungsprozess aus. So werden durch das Gesetz verpflichtete kommunale Unternehmen auf dem Wege der Leistungsbeschreibung oder besonderer Ausführungsbedingungen ihre Lieferanten auf die Einhaltung des Gesetzes verpflichten müssen.

Unabhängig hiervon trifft § 22 LkSG eine Vorgabe, dass ein Unternehmen welches in gravierendem Maß gegen das LkSG verstoßen und mit einem Bußgeld in einer bestimmten Höhe belegt wurde, von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden soll. In welchem Umfang diese „Soll“-Vorgabe eingeschränkt werden kann, ist bisher ungeklärt. Weitere bereits bestehende vergaberechtliche zum Angebotsausschluss führende Tatbestände nach § 123 und § 124 GWB werden hingegen in aller Regel durch einen Verstoß gegen das LkSG nicht erfüllt.

Die Nachweisführung im Vergabeverfahren, dass die Bietenden die Vorgaben des LkSG einhalten, gestaltet sich mit dem zur Verfügung stehenden vergaberechtlichen Instrumentarium indes schwierig. Regelmäßig werden sich öffentliche Auftraggeber auf (qualifizierte) Eigenerklärungen verlassen müssen. In geeigneten Fällen kommt auch eine Nachweisführung über Gütezeichen oder auch andere Nachweise wie beispielsweise eines Lieferkettenmanagement oder Lieferkettenüberwachungssystem in Betracht. Aufgrund des eingeschränkten persönlichen Anwendungsbereichs des LkSG kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen unmittelbar durch das Gesetz verpflichtet werden. Daher wird es in aller Regel unzulässig sein, sich z.B. das aus dem LkSG resultierende Risikomanagement im Vergabeverfahren vorlegen zu lassen.

Eine reine Anknüpfung an Herstellungsländer wäre indes nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf<sup>1</sup> wohl vergaberechtswidrig.

Kommunale Unternehmen sind daher gut beraten, schon jetzt ihre Einkaufsprozesse so umzustellen, dass eine Einhaltung des LkSG bestmöglich sichergestellt ist. Dies kann insbesondere über die Integration belastbarer Gütezeichen erfolgen, welche die Einhaltung von Sozial- und Umweltstandards für das konkret zu beschaffende Produkt und nicht für das Unternehmen als solches nachweisen.

## B. Hintergrund und Ausgangsfrage

Nachhaltigkeit ist in der öffentlichen Beschaffung längst von einem „vergabefremden Aspekt“ zu einem anerkannten und mittlerweile vielen Beschaffungsvorgängen gelebten strategischen Ziel avanciert<sup>2</sup>. Dies folgt nicht zuletzt aus dem immer stärker werdenden Bewusstsein der Zivilgesellschaft und der Politik für die Bedeutung sozialer und ökologischer Nachhaltigkeitsaspekte. Dieses gesamtgesellschaftliche Bewusstsein hat in den vergangenen Jahren zu ganz verschiedenen Gesetzesinitiativen geführt, die sich in unterschiedlichen Umfang auch auf die Beschaffung der öffentlichen Hand ausgewirkt haben. Hierunter fallen beispielsweise die verschiedenen Landestariftreuegesetze oder auch das SaubereFahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz.

Aus diesen verschiedenen Gesetzen sticht indes das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) besonders hervor, da es nicht etwa spezifisch die öffentliche Hand verpflichtet, sondern auch den Unternehmen (und damit potentiellen Bieter\*innen) direkte Handlungspflichten auferlegt und Verstöße gegen diese Pflichten auch sanktioniert. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, dass das LkSG gezielt die Liefer- und damit die Wertschöpfungskette in den Blick nimmt. Dabei ergeben sich (wie bei allen neuen Gesetzesvorhaben) zahlreiche Fragen, die (auch) die Beschaffung der öffentlichen Hand betreffen.

Dabei ist zunächst zu unterscheiden, ob (und ggf. wie weit) die öffentliche Hand bzw. ihre Unternehmen mittelbar oder unmittelbar durch das LkSG verpflichtet werden (unter C). Im weiteren Verlauf ist zu prüfen, ob das LkSG spezifische Vorgaben für den Beschaffungsprozess macht, welche die öffentliche Hand bei Ihren Beschaffungsvorhaben zu berücksichtigen hat bzw. welche im Rahmen eines Vergabeverfahrens genutzt werden können (unter D) und zuletzt, welche Nachweispflichten und Kontrollmöglichkeiten aus dem LkSG erwachsen (unter E.). Dies wird im Anschluss anhand eines praktischen Beispiels (Nutzfahrzeugbeschaffung) dargestellt.

Bei der Beantwortung aller vorstehenden Fragen ist jedoch zu bedenken, dass das Gesetz noch gar nicht in Kraft getreten ist. Folglich gibt es noch keine Rechtsprechung zu den einzelnen gesetzlichen Vorschriften. Die nachfolgende Untersuchung muss sich daher auf

---

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf Beschl. v. 1.12.2021 – VII-Verg 54/20

<sup>2</sup> *Freund/Krüger*: Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, in NVwZ 2022, 665.

den Gesetzestext, von den Behörden herausgegebene Auslegungshinweise und die allgemeine Fachliteratur zum LkSG stützen.

### C. Anwendungsbereich des LKSG

#### I. Unmittelbare Verpflichtung

Der persönliche Anwendungsbereich des LkSG wird durch § 1 LkSG festgelegt. Danach unterfallen Unternehmen (ungeachtet ihrer Rechtsform), mit in der Regel 3.000 Mitarbeiter\*innen<sup>3</sup> die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz im Inland haben, dem Gesetz. Das Gesetz trifft dann weitere Festlegungen zur Ermittlung der Mitarbeiterzahlen und für ausländische Unternehmen, die in Deutschland eine Zweigniederlassung unterhalten, was aber für die hier zu betrachtenden kommunalen Unternehmen nicht weiter von Bedeutung ist: Diese haben in aller Regel (nur) im Inland einen Sitz.

Fraglich ist indes, ob unter den Begriff des „Unternehmens“ auch Kommunen, kommunale Unternehmen und andere öffentliche Auftraggeber (z.B. Universitäten) fallen sollen. Das Gesetz definiert zunächst den Begriff des Unternehmens nicht, so dass dieser auslegungsbedürftig ist. Aus dem Wortlaut „Unternehmen“ lässt sich indes keine eindeutige Begriffsdefinition ableiten. Zwar ist denkbar, dass der Begriff Unternehmen häufig mit einer gewissen wirtschaftlichen Tätigkeit assoziiert wird. Dies hilft bei der Abgrenzung zwischen öffentlichen und privatwirtschaftlichen Organisationen nur wenig: Auch Kommunen und kommunale Unternehmen werden vielfältig (markt-) wirtschaftlich tätig. Auch eine mit Unternehmen häufig verbundene „Gewinnerzielungsabsicht“ vermag hier keine Klärung zu bringen. Denn es erschließt sich nicht, warum ein Unternehmen, welches nur aus Liebhaberei betrieben wird, nicht dem Gesetz unterfallen sollte.

Klar wird aufgrund der Formulierung des Gesetzes lediglich, dass dieses nicht an eine bestimmte Rechtsform (z.B. AG, GmbH) anknüpft. Danach ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass kommunale Unternehmen, die regelmäßig als GmbH oder auch AöR verfasst sind, auch durch das Gesetz unmittelbar verpflichtet werden. Auch der Bezug der Pflichten des Gesetzes auf „alle Waren und Dienstleistungen“ in § 2 Abs.5 LkSG kann nicht herangezogen werden um den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes zu umgrenzen.

Die Systematik des Gesetzes lässt hingegen den Schluss zu, dass der Gesetzgeber bei der Erarbeitung des Gesetzes bestimmte Unternehmensformen besonders im Auge hatte: Nach § 24 Abs.3 LkSG gelten bei bestimmten Großunternehmen verschärfte Bußgeldregelungen. Insbesondere kann ein Bußgeld festgesetzt werden, welches sich am durchschnittlichen Jahresumsatz orientiert. Danach lässt sich schließen, dass vor allem solche Unternehmen dem Gesetz unterfallen sollen, welche über einen Umsatz im betriebswirtschaftli-

---

<sup>3</sup> Ab dem 01.01.2024 dann 1.000 Mitarbeiter\*innen. Ferner ist eine Evaluation bis spätestens 30. Juni 2024 vorgesehen, ob dieser Schwellenwert weiter gesenkt werden sollte

chen Sinne verfügen. Dies korrespondiert auch mit der Begründung des Regierungsentwurfes welcher festlegt, dass Juristische Personen des öffentlichen Rechts, die Verwaltungsaufgaben einer Gebietskörperschaft wahrnehmen“ nicht unter § 1 LkSG fallen, „soweit sie nicht am Markt unternehmerisch tätig sind“<sup>4</sup>. Hiervon wird man bei Kommunen nicht und bei Universitäten auch nur eingeschränkt ausgehen können. Auf öffentliche Unternehmen und Konzerne im Bundes- oder Landeseigentum trifft dies indes voll zu. Eine Literaturmeinung<sup>5</sup> geht hingegen von einem noch weiteren Anwendungsbereich des Gesetzes aus, welche sich darauf gründet, dass die vorgenannte Einschränkung aus der Gesetzesbegründung keinen Eingang in den Gesetzestext gefunden hat.

Zuletzt ist auch deshalb von einer Einbeziehung öffentlicher Unternehmen in den Anwendungsbereich des Gesetzes auszugehen, da diese häufig in einer Konkurrenzsituation zu Unternehmen der Privatwirtschaft stehen. Diese privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen dem LkSG zu unterwerfen und zugleich die Unternehmen der öffentlichen Hand von dessen Anwendung zu befreien stellt eine Ungleichbehandlung dar, welche nicht zu rechtfertigen ist.

Danach unterfallen öffentliche Unternehmen mit Sitz im Inland dem persönlichen Anwendungsbereich des LkSG, sofern Sie auch die erforderliche Mitarbeiterzahl erreichen.

## II. Mittelbare Verpflichtung

Unabhängig von der Frage einer unmittelbaren Verpflichtung werden öffentliche Unternehmen selbstverständlich in einer Vielzahl von Konstellationen für privatwirtschaftliche Unternehmen tätig. Wenn diese Unternehmen unmittelbar durch das LkSG verpflichtet werden, erfolgt hierdurch auch eine mittelbare Bindung für die Unternehmen in der Lieferkette. Dabei ist der Begriff der Lieferkette durch das Gesetz bewusst weit gehalten: Erfasst werden hiervon „alle Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens“ und „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“ (vgl. § 2 Abs.5 S.1 und 2 LkSG). Diese sehr weite Definition trägt in sich das Risiko, dass auch allgemeine Wertschöpfungsfaktoren ohne spezifischen Bezug zur Lieferkette Gegenstand des Gesetzes werden. Aus der Gesetzesbegründung lässt sich indes ableiten, dass es eine Unterscheidung geben muss zwischen dem, was bei Produktion/Dienstleistung nicht hinweggedacht werden kann und dem, was nicht notwendiger Bestandteil unternehmerischer Wertschöpfung ist<sup>6</sup>. Dies nimmt Bereiche wie z.B. die durch die öffentliche Hand zur Verfügung gestellten Logistikstrukturen wie Straßen aus. Spezifische Logistikleistungen (z.B. durch die Deutsche Bahn AG) oder auch die Strom-

---

<sup>4</sup> Begr. RegE BT-Drs. 19/28649, 33.

<sup>5</sup> *Nietsch/Wiedmann*: Adressatenkreis und sachlicher Anwendungsbereich des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, in NJW 2022, 1, 5.

<sup>6</sup> *Nietsch/Wiedmann*. a.a.O., 1, 4.

versorgung durch im öffentlichen Eigentum stehende Stadtwerke können hingegen durchaus so erheblich für einen Herstellungsprozess sein, dass diese ebenfalls Teil der Lieferkette eines Unternehmens sein können.

Öffentliche Unternehmen sollten daher (sofern Sie Ihre Leistungen auch für Unternehmen der Privatwirtschaft erbringen) davon ausgehen, dass sie zumindest mittelbar durch das LkSG verpflichtet werden.

D. Spezifische Regelungen des LkSG, die sich auf den Beschaffungsprozess der öffentlichen Hand auswirken

I. Allgemeine Pflichten des Gesetzes

Viele Vorgaben des LkSG wirken sich nicht auf den Beschaffungsprozess durch die öffentliche Hand aus. So lässt sich hinsichtlich der Risikoanalyse nach § 5 LkSG oder des Beschwerdemanagements beispielsweise lediglich feststellen, dass diese Leistungen, sollten sie durch einen Dritten erbracht werden, ordnungsgemäß ausgeschrieben werden müssen.

Es gibt aber auch Pflichten, die sich direkt auf den Beschaffungsprozess auswirken: Dies ist z.B. die Pflicht, zur Entwicklung und Implementierung geeigneter Beschaffungsstrategien und Einkaufspraktiken, durch die festgestellte Risiken verhindert oder minimiert werden nach § 6 Abs.3 Nr.2 LkSG. Gleiches gilt für die Pflicht, Präventionsmaßnahmen nach § 6 Abs.4 Nr.1 LkSG zu ergreifen. Diese Vorgaben wirken sich direkt auf den Beschaffungsprozess aus<sup>7</sup>: Da öffentliche Auftraggeber in aller Regel verpflichtet sind, ihre Bedarfe im Rahmen transparenter Vergabeverfahren zu decken, müssen die durch das Gesetz vorgegebenen Präventionsmaßnahmen innerhalb dieses Vergabeverfahrens für unmittelbare Zulieferer auch bereits verankert werden. So sieht es auch § 6 Abs.4 Nr.1 LkSG vor<sup>8</sup>. Eine nachträgliche Einführung in bereits bezuschlagte Verträge ist hingegen ungleich schwieriger und im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte stets am strengen Rahmen des § 134 GWB zu messen. Für mittelbare Zulieferer gelten gem. § 9 LkSG hingegen nur eingeschränkte Vorgaben, namentlich die Einbeziehung in das Beschwerdemanagement nach § 8 LkSG und das Risikomanagement nach § 4, sowie weitere Pflichten die aber nur dann greifen, wenn dem Unternehmen substantiierte Kenntnisse über eine Verletzung des LkSG durch mittelbare Zulieferer vorliegen.

Dies bedeutet, dass durch das LkSG verpflichtete öffentliche Auftraggeber bereits mit der Veröffentlichung des Vergabeverfahrens, spätestens aber mit der Aufforderung zur Abgabe der Endangebote, die Bieter\*innen eines Vergabeverfahrens dessen Gegenstand Teil der Lieferkette ist, zur Einhaltung des LkSG verpflichtet müssen. Dies umfasst mindestens die Bereitstellung der für die Erstellung und Überprüfung des Risikomanagements erforderlichen Informationen durch das Unternehmen und die vertragliche Zusicherung eines

---

<sup>7</sup> Freund/Krüger, Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, in NVwZ 2022, 665, 667.

<sup>8</sup> Stöbener de Mora/Noll, in NZG 2021, 1237, 1243

unmittelbaren Zulieferers, dass dieser die vom Unternehmen verlangten menschenrechtsbezogenen und umweltbezogenen Erwartungen einhält und entlang der Lieferkette angemessen adressiert<sup>9</sup>. Konkrete Formulierungen einer solchen Zusicherung liegen in den Musterformularen des Bundes und der Länder derzeit noch nicht vor. Vergaberechtlich wären sie aber wohl als besondere Ausführungsbedingung i.S.d. § 128 Abs.1 GWB einzuordnen. Denn diese Pflichten werden regelmäßig nicht Teil der Leistungsbeschreibung sein, sondern eine zusätzliche Pflicht, welche „bei der Leistungserbringung“ ebenfalls einzuhalten ist<sup>10</sup>.

Die Verpflichtung des LkSG betrifft dabei in erster Linie (anders als die geplante Lieferkettenrichtlinie der EU) die „upstream“-Lieferkette, also die der Beschaffung vorgelagerten Prozesse<sup>11</sup>. Die der Beschaffung nachgelagerten Prozesse wie z.B. Entsorgungsprozesse sind hingegen nicht Gegenstand des LkSG.

## II. Spezifischer vergaberechtlicher Ausschlussgrund des § 22 LkSG<sup>12</sup>

Während die allgemeinen Pflichten des Gesetzes für private und öffentliche Unternehmen gleichermaßen gelten, existiert mit § 22 LkSG eine spezifische vergaberechtliche Ausschlussvorschrift, welche nur öffentliche Auftraggeber trifft. Hat ein Unternehmen nachweislich gegen die Vorschriften des LkSG verstoßen und ist mit einem Bußgeld von mindestens 175.000 EUR belegt worden, so „soll“ dieses vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Diese Regelung ist den § 19 MiloG und § 21 SchwarzArbG nachgebildet, wobei die Vergabesperre nur greift, wenn das Bußgeld rechtskräftig festgesetzt wurde<sup>13</sup>. Hat der öffentliche Auftraggeber hingegen nur Hinweise über die Einleitung eines Bußgeldverfahrens, so genügt dies in aller Regel nicht für einen Ausschluss.

---

<sup>9</sup> Freund/Krüger: a.a.O. 665, 667.

<sup>10</sup> Ziekow in Ziekow/Völlink, § 128 Rn.2.

<sup>11</sup> Nietsch/Wiedmann: a.a.O., 1, 4., Bomsdorf/Blatecki-Burgert: Lieferketten-Richtlinie und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in ZRP 2022, 141, 142.

<sup>12</sup> (1) Von der Teilnahme an einem Verfahren über die Vergabe eines Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrags der in den §§ 99 und 100 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber sollen Unternehmen bis zur nachgewiesenen Selbstreinigung nach § 125 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgeschlossen werden, die wegen eines rechtskräftig festgestellten Verstoßes nach § 24 Absatz 1 mit einer Geldbuße nach Maßgabe von Absatz 2 belegt worden sind. Der Ausschluss nach Satz 1 darf nur innerhalb eines angemessenen Zeitraums von bis zu drei Jahren erfolgen.(2) Ein Ausschluss nach Absatz 1 setzt einen rechtskräftig festgestellten Verstoß mit einer Geldbuße von wenigstens einhundertfünfsiebzigttausend Euro voraus. Abweichend von Satz 1 wird

1.in den Fällen des § 24 Absatz 2 Satz 2 in Verbindung mit § 24 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 ein rechtskräftig festgestellter Verstoß mit einer Geldbuße von wenigstens eine Million fünfhunderttausend Euro, 2.in den Fällen des § 24 Absatz 2 Satz 2 in Verbindung mit § 24 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 ein rechtskräftig festgestellter Verstoß mit einer Geldbuße von wenigstens zwei Millionen Euro und 3.in den Fällen des § 24 Absatz 3 ein rechtskräftig festgestellter Verstoß mit einer Geldbuße von wenigstens 0,35 Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes vorausgesetzt.

(3) Vor der Entscheidung über den Ausschluss ist der Bewerber zu hören.

<sup>13</sup> Freund/Krüger: a.a.O. 665, 669.



Für Unternehmen die auf öffentliche Aufträge angewiesen sind und für die keine oder nur geringe Ausweichmärkte bestehen, kann ein solcher Ausschluss wirtschaftlich existenzbedrohlich sein. Dementsprechend hoch sind auch die Voraussetzungen eines solchen Ausschlusses und die Möglichkeiten für Unternehmen einen solchen Ausschluss zu verhindern.

Dabei ist die Soll-Vorgabe eines Ausschlusses vergleichsweise vage: Grundsätzlich gilt für Soll-Vorschriften, dass von der Vorgabe eines Ausschlusses nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden kann. Welche Fälle dies vorliegend sein sollen, wird aber durch die Norm nicht geklärt. Nur geringfügige Verstöße gegen das Lieferkettengesetz können jedenfalls nicht gemeint sein, da diese voraussichtlich schon nicht durch ein ausreichend hohes Bußgeld sanktioniert werden. Dass ein Unternehmen bereits Maßnahmen ergriffen hat, um den Verstoß abzustellen, kann auch nicht einbezogen werden, denn dies ist bereits Gegenstand der Selbstreinigung nach § 125 GWB.

Damit können die Möglichkeiten von der Soll-Vorschrift abzuweichen nicht im eigentlichen Verstoß, sondern nur im jeweiligen Leistungsgegenstand bzw. dem gewählten Vergabeverfahren (z.B. einer Direktbeauftragung bei einer Monopolstellung) liegen. Denkbar wäre z.B., dass eine Beschaffung bei Anwendung des Ausschlussgrundes nach § 22 Lieferkettengesetz komplett unterbleiben müsste, da sonst kein Bieter mehr im Vergabeverfahren verbleibt.

### III. Erfüllen weiterer Ausschlussgründe bei Verstoß gegen das LkSG

Durch die Unsicherheit die mit der Soll-Vorgabe verknüpft ist und die restriktiven Voraussetzungen eines Ausschlusses besteht die Frage, ob durch einen Verstoß gegen das LkSG ggf. auch andere vergaberechtliche Ausschlussgründe erfüllt sein könnten. Denkbar von den dort genannten Tatbeständen ist dabei vor allem, der Verstoß gegen § 123 Abs. 1 Nr. 10 GWB. Diese Norm setzt (ohne das Verbot ausdrücklich zu nennen) das Verbot von Kinderarbeit nach Art.57 Abs.1 lit.f) der RL 2014/24/EU um. Auch hier ist für den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers die rechtskräftige (strafrechtliche) Verurteilung des betreffenden Bieters oder Bewerbers erforderlich. Das deutsche Unternehmensstrafrecht ist diesbezüglich aber nur schwach ausgestattet. Verurteilungen in diesem Bereich sind nicht bekannt. Da auch das Lieferkettengesetz im Wesentlichen auf Transparenzpflichten und die Haftungsprävention von Unternehmen für die Verletzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten abzielt und keine neuen strafrechtlichen Tatbestände schaffen will, wird mit Blick auf diese zwingenden Ausschlussgründe nicht von Veränderungen in einem großen Anwendungsbereich auszugehen sein.

### E. Nachweis- & Kontrollmöglichkeiten

Es kann als ein Zwischenergebnis festgehalten werden, dass das LkSG mit Ausnahme der Vergabesperre des § 22 LkSG zwar keine direkten Regelungen für die Beschaffungsprozesse der öffentlichen Hand enthält, die Pflichten welche aus dem Gesetz erwachsen aber denklogisch erfordern, dass öffentliche Auftraggeber ihre Einkaufsprozesse umstellen.

Größte Herausforderung dürfte hier sein, eine sichere Nachweisführung im Vergabeverfahren zu gewährleisten um sicher zu stellen, dass der obsiegende Bietende die Anforderungen des LkSG auch tatsächlich erfüllen kann. Hierbei stellt sich das Problem, dass Entscheidungen im Vergabeverfahren stets mit einer prognostischen Unsicherheit belastet sind. Diese wird dadurch erschwert, dass die Möglichkeiten öffentlicher Auftraggeber Nachweispflichten vorzugeben begrenzt sind.

Dies zeigt sich insbesondere bei den besonderen Ausführungsbedingungen i.S.d. § 128 GWB. Da diese erst bei der Ausführung des Auftrags einzuhalten sind, kann eine präventive Kontrolle im Vergabeverfahren nur eingeschränkt erfolgen. Regelmäßig werden öffentliche Auftraggeber in diesem Zusammenhang darauf beschränkt sein, eine Eigenerklärung zu verlangen, dass die Vorgaben des LkSG bei der Auftragsausführung eingehalten werden<sup>14</sup>. Diese Eigenerklärung kann dadurch verstärkt werden, dass sie sich nicht allein auf die allgemeine Zusicherung beschränkt, sondern auch von den Bietenden verlangt wird, dass diese qualifiziert darlegen, wie Sie die Erfüllung des LkSG sicherstellen wollen.

Denkbar ist in diesem Zusammenhang auch die Forderung von Gütezeichen i.S.d. § 34 VgV. Diese Möglichkeit besteht ausdrücklich nicht nur für die Leistungsbeschreibung, sondern auch für Ausführungsbedingungen, § 61 VgV und Zuschlagskriterien. Daneben kommen auch weitere geeignete Nachweise wie z.B. Mitgliedschaften in Multistakeholderinitiativen in Betracht. Die Forderung nach Fremdnachweisen, wie Gütezeichen, muss aber stets im Einzelfall auf ihre Verhältnismäßigkeit geprüft werden. Die Verwendung von Gütezeichen bzw. gleichwertigen Nachweisen bietet sich darüber hinaus auch dann an, wenn eine ausschreibende Stelle über die Anforderungen des LkSG (z.B. durch zusätzliche Sozialstandards oder eine tiefere Kontrolle der Lieferkette) hinaus gehen will. Dies setzt natürlich voraus, dass Gütezeichen existieren, welche eine entsprechende Kontrolle der Lieferkette erlauben.

Die Eignungsprüfung mit welcher ein Unternehmen im Vergabeverfahren seine wirtschaftliche und technisch-berufliche Leistungsfähigkeit nachweist, lässt im Oberschwellenbereich hingegen wenig Raum für die Forderung nach Nachweisen über die Einhaltung des LkSG: Die Nachweise welche im Rahmen der Eignungsprüfung oberhalb der Schwellenwerte genannt werden, sind in § 46 Abs.3 VgV /§ 6a EU Nr.3 VOB/A abschließend geregelt<sup>15</sup>. Dies entspricht wortgleich dem Anhang XII der Richtlinie 2014/24/EU, womit öffentliche Auftraggeber daran gehindert sind, eigene Eignungsnachweise zur Einhaltung sozialer oder ökologischer Standards zu „erfinden“. Denkbar wäre lediglich die Forderung eines Lieferkettenmanagements bzw. Lieferkettenüberwachungssystems gem. § 46 Abs.3 Nr.4 VgV.

---

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf Beschl. v. 29.1.2014 – Verg 28/13, BeckRS 2014, 4285 = VergabeR 2014, 416 (420); Beschl. v. 25.6.2014 – VII-Verg 39/13, BeckRS 2014, 16549 = VergabeR 2014, 803 (805); Beschl. v. 15.7.2015 – VII-Verg 11/15, NZBau 2016, 55 (58).

<sup>15</sup> Eine solche abschließende Auflistung existiert unterhalb der Schwellenwerte und im Bereich der SektVO nicht. Öffentliche Auftraggeber sind trotzdem gut darin beraten, sich auf die Nachweise aus Anhang XII der Richtlinie zu beschränken.

Dies kann auch Aspekte der sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit umfassen<sup>16</sup>. In diesem Fall ist es dann aber erforderlich, dass auch eine entsprechende Pflicht zur Einhaltung des LkSG im Leistungsverzeichnis verankert wird. Anderenfalls besteht das Risiko, dass die Forderung nach einem Lieferkettenmanagement keinen ausreichenden Bezug zum Auftragsgegenstand aufweist. Im Unterschwellenbereich und für Sektorenbeschaffungen besteht diese abschließende Auflistung hingegen nicht.

Kritisch wäre es indes, wenn die Nachweise, welche durch das LkSG verpflichtete Unternehmen zu erstellen haben (namentlich insbesondere eine Risikoabschätzung) wiederum im Rahmen eines Vergabeverfahrens gefordert würden. Diese haben zunächst keinen Anknüpfungspunkt in den Regelungen des § 46 Abs.3 VgV. Erschwerend kommt auch hinzu, dass nicht alle Unternehmen durch das LkSG verpflichtet werden. Eine pauschale Forderung nach einem Risikomanagement i.S.d. LkSG hätte damit eine diskriminierende Wirkung gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen, die nicht vom LkSG erfasst werden. Die Förderung mittelständischer Interessen ist aber gerade erklärtes gesetzgeberisches Ziel von Vergabeverfahren, § 97 Abs.4 GWB. Öffentliche Auftraggeber welche es zur Mindestvoraussetzung für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren machen würden, dass man dem LkSG unterworfen ist, würden sich zu diesem Ziel des Gesetzes in einen angreifbaren Wertungswiderspruch setzen.

Ausgesprochene Vorsicht ist darüber hinaus bei dem Versuch geboten, eine Einhaltung des LkSG über einen Ausschluss oder eine Honorierung bestimmter Herstellungsländer im Rahmen der Zuschlagskriterien sicher zu stellen. Die Rechtsprechung hat hier jüngst eine Ausschreibung als vergaberechtswidrig eingestuft, bei welcher bestimmte Herstellungsländer positiv bewertet wurden<sup>17</sup>. Hinzu kommt, dass die Einhaltung des Gesetzes eine Pflicht ist und Zuschlagskriterien gerade nicht von allen bietenden Unternehmen gleichermaßen erfüllt werden müssen. Ein solches Vorgehen würde das Risiko in sich tragen, dass die Verpflichtungen des Gesetzes als „optional“ wahrgenommen werden.

#### F. Praxisbeispiel: Nutzfahrzeugbeschaffung

Ein öffentliches Unternehmen, welches beabsichtigt ein Nutzfahrzeug zu beschaffen und dabei aufgrund seiner Mitarbeiterzahlen und seiner wirtschaftlichen Ausrichtung dem LkSG unterfällt, steht vor mehreren Herausforderungen: Zum einen muss es die Anforderungen des LkSG erfüllen und zum anderen ein rechtskonformes Vergabeverfahren sicherstellen. Das Nutzfahrzeug kann schnell über einem Auftragswert von 214.000 € (netto) liegen, weswegen vorliegend von einer unionsweiten Ausschreibung oberhalb des Schwellenwertes auszugehen ist.

---

<sup>16</sup> Zustimmend: *Goldbrunner* in Ziekow/Völlink, § 46 VgV Rn.27 und *Fritz/Klaedtke*: Lieferketten im Vergabeverfahren in NZBau 2022, 131, 134 f.. Die übrige Kommentarliteratur äußert sich zur Frage eines nachhaltigen Lieferkettenmanagements entweder gar nicht, z.B. *Mager* in Beck VergabeR, VgV § 46 Rn. 28, bzw. ignoriert den Eignungsnachweis des Lieferkettenmanagements komplett z.B. *Voppel* in: Osenbrück/Bubert VgV § 46.

<sup>17</sup> OLG Düsseldorf Beschl. v. 1.12.2021 – VII-Verg 54/20

Die Anforderungen des LkSG sind mannigfaltig, mit Blick auf den Beschaffungsvorgang ist aber vor allem die Pflicht des § 6 Abs.3 Nr.2 und 4 Nr.1 LkSG entscheidend. Diese verpflichten das Unternehmen, zur *„Entwicklung und Implementierung geeigneter Beschaffungsstrategien und Einkaufspraktiken, durch die festgestellte Risiken verhindert oder minimiert werden“* und *„die Berücksichtigung der menschenrechtsbezogenen und umweltbezogenen Erwartungen bei der Auswahl eines unmittelbaren Zulieferers“* durch angemessene Präventionsmaßnahmen sicher zu stellen. Die Auswahl des unmittelbaren Zulieferers erfolgt bei öffentlichen Unternehmen im Wege eines formalisierten Vergabeverfahrens, bei der Fahrzeugbeschaffung zumeist im Wege eines sog. offenen Verfahrens an dem alle interessierten Unternehmen teilnehmen können. Es ist daher in der Regel nicht möglich die Einhaltung des LkSG bereits durch die Auswahl der Bietenden sicherzustellen.

Folglich müssen öffentliche Auftraggeber auf andere Art und Weise gewährleisten, dass die menschenrechtsbezogenen und umweltbezogenen Anforderungen des LkSG eingehalten werden. Hierzu sollten die konkreten Anforderungen (z.B. das Vorhalten eines Beschwerdesystems) entweder unmittelbar in der Leistungsbeschreibung oder den Ausführungsbedingungen verankert werden. So ist sichergestellt, dass der spätere Auftragnehmer die Pflichten des Gesetzes auch einhalten muss. Da das öffentliche Unternehmen darüber hinaus auch Pflichten zur Risikoanalyse und Kontrolle umwelt- und menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten treffen, müssen die hierfür erforderlichen Informationen durch den späteren Auftragnehmer geliefert werden. Auch dies muss folglich in der Leistungsbeschreibung oder den Ausführungsbedingungen verankert werden.

Zudem muss ein Kontrollmechanismus entwickelt werden welcher gewährleistet, dass nur Angebote geeigneter Unternehmen in die Wertung gelangen. Eignung bedeutet in diesem Kontext nicht nur die spezifische Leistungsfähigkeit das zu beschaffende Fahrzeug zu liefern, sondern kann auch die Leistungsfähigkeit umfassen, die Pflichten eines unmittelbaren Zulieferers i.S.d. LkSG zu erfüllen. Dies kann erfolgen indem im Rahmen der Eignungsprüfung von den Bietenden ein Lieferkettenmanagement oder Lieferkettenüberwachungssystem gefordert wird, welches es ermöglicht die Verletzung von umwelt- und menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten schnell zu erkennen und abzustellen.

Daneben ist es denkbar, dass in geeigneten Fällen von den Bietenden für das konkrete Produkt geeignete Nachweise (z.B. Gütezeichen) verlangt werden können, welche die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten nachweisen. Im Bereich der Fahrzeugbeschaffung bestehen aber bisher kaum hinreichend valide Gütezeichen, so dass öffentliche Auftraggeber in diesem Bereich eher auf die Vorlage (qualifizierter) Eigenerklärungen oder geeigneter Fremdnachweise (z.B. Fabrikaudits) zurückgreifen müssen.



André Siedenberg

-Rechtsanwalt-

## G. Literaturverzeichnis

### Kommentare

- Burgi, Martin/Dreher, Meinrad/Opitz Marc* Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019
- Voppel, Reinhard/Osenbrück, Wolf/Burbert, Christoph* Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, 4. Auflage 2018
- Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten* Vergaberecht, Kommentar, 4. Auflage 2020

### Zeitschriften

- Bommsdorf, Tobias/Blatecki-Burgert, Bernhard* Lieferketten-Richtlinie und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, in ZRP 2022, 141
- Freund, Matthias/Krüger, Levin* Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, in NVwZ 2022, 665.
- Fritz, Aline/Klaedtke, Jonathan* Lieferketten im Vergabeverfahren-Sofortige und zukünftige Änderungen durch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, in NZBau 2022, 13
- Nietsch, Michael/Wiedmann, Michael* Adressatenkreis und sachlicher Anwendungsbereich des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, in NJW 2022, 1
- Stöbener de Mora, Patricia/Noll, Paul* Grenzenlose Sorgfalt?-Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in NZG 2021. 1237