

Lieferkettengesetz und öffentliche Auftragsvergabe

Kurzgutachten erstellt von

Rechtsanwalt André Siedenberg

im Auftrag der Christlichen Initiative Romero (CIR)

Dezember 2021

1. Hintergrund und Fragestellung

Am 01.01.2023 wird das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) in Kraft treten. Dieses wird (zunächst nur für größere Unternehmen) erstmals Pflichten zur Kontrolle und Einhaltung umwelt- und menschenrechtlicher Standards entlang der Lieferkette festschreiben.

Die öffentliche Hand ist mit einem geschätzten Jahresauftragsvolumen von 360 Milliarden Euro nicht nur wichtige Nachfragerin auf dem nationalen und internationalen Markt, sondern auch mit verschiedenen staatlichen Unternehmen direkt am Markt tätig. Angesichts dieser beträchtlichen Marktmacht bleibt das LkSG für die öffentliche Hand nicht folgenlos.

Nachfolgend sollen daher einzelne besondere Fragestellungen behandelt werden, um eine bessere Bewertung der Auswirkungen des LkSG auf die öffentliche Auftragsvergabe vorzunehmen.

2. Inwiefern bezieht sich das Lieferkettengesetz auf die öffentliche Beschaffung?

Das LkSG ist zunächst hinsichtlich der darin geregelten Pflichten für bestimmte Unternehmen nicht festgelegt. Es differenziert nicht zwischen öffentlichen Unternehmen und Unternehmen der Privatwirtschaft. Auch die Frage, ob die betroffenen Waren im Rahmen eines Vergabeverfahrens beschafft werden sollen, spielt unmittelbar keine Rolle. Das Gesetz bezieht sich allein auf den Herstellungsprozess von Produkten entlang der Lieferkette.

Mittelbar sind aber dennoch Auswirkungen des LkSG festzustellen. Dies trifft zunächst die (Groß-)Unternehmen der öffentlichen Hand: Diese sind, soweit sie dem Anwendungsbereich des LkSG unterfallen, natürlich an dieses gebunden und müssen dementsprechend die Sorgfaltspflichten des § 3 LkSG erfüllen.

Daneben ergibt sich noch eine weitere Auswirkung des LkSG auf die öffentliche Beschaffung: § 128 Abs.1 GWB bestimmt, dass Unternehmen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden gesetzlichen Vorschriften einzuhalten haben. Diese zunächst wenig überraschende Vorschrift bringt mit sich, dass das LkSG nicht nur bei der Ausführung öffentlicher Aufträge gilt, sondern dass öffentliche Auftraggeber*innen auch berechtigt sind, sich über die Einhaltung dieses Gesetzes zu informieren. Dabei ist aber zu beachten, dass Ausführungsbestimmungen wie die des § 128 Abs.1 GWB in aller Regel erst

kontrolliert werden können, wenn der Auftrag auch ausgeführt wird. Eine präventive Kontrolle im Rahmen des Vergabeverfahrens ist eher die Ausnahme¹.

Zuletzt ergibt sich noch eine unmittelbare Auswirkung des LkSG auf Vergabeverfahren: Nach § 22 LkSG sollen Unternehmen, gegen die aufgrund eines Verstoßes gegen das LkSG ein Bußgeld von mindestens 175.000 € verhängt wurde, für die Dauer von drei Jahren von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden. Für einzelne Pflichten des LkSG liegt die Grenze des Bußgeldes für einen Ausschluss aus Vergabeverfahren noch höher und beträgt 1.500.000 oder 2.000.000 € (siehe Tabelle am Ende des Dokuments).

Die maximalen Bußgelder ergeben sich aus § 24 Abs.2 des Sorgfaltspflichtengesetzes. Dieser legt fest, dass für die Fälle des § 24 Abs.1 Nr.9-12 (Dokumentations- und Berichts-, sowie Veröffentlichungs- und Aufbewahrungsfristen) das maximale Bußgeld 100.000 € beträgt. Zugleich legt § 22 Abs.1 fest, dass ein Ausschluss erst bei Erreichen einer Bußgeldhöhe in Höhe von 175.000 € erfolgen soll. Das bedeutet, dass hier dieser Wert bei den Pflichten des § 24 Abs.1 Nr.9-12 eigentlich nie erreicht werden kann. Für die anderen Pflichten des Sorgfaltspflichtengesetzes gilt das aber nicht: Hier kann auch ein höheres Bußgeld erreicht werden und damit auch die Schwelle zur Soll-Vorschrift des Ausschlusses überschritten werden. Allerdings sind die Hürden dafür sehr hoch. Es gibt zwei Möglichkeiten, wie die Schwelle erreicht werden kann. Erstens können die Bußgelder bis zu zwei Prozent des Jahresumsatzes betragen, wenn ein Unternehmen mangelhafte Abhilfemaßnahmen ergreift oder unzureichende Abhilfepläne erstellt oder nicht rechtzeitig umsetzt. Allerdings gilt das nur für Unternehmen mit einem Jahresumsatz von mehr als 400 Millionen €. Zweitens verweist das LkSG auf § 30 OWiG: Danach kann die Geldbuße bis zu verzehnfacht werden, wenn die Pflichtverletzung durch eine Führungskraft des Unternehmens begangen wurde. Beide Möglichkeiten können aber nur in Sonderfällen angewendet werden. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die Pflichten des Sorgfaltspflichtengesetzes und die hieraus resultierenden Bußgelder bzw. die Voraussetzungen eines Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen besser aufeinander abgestimmt werden sollten.

Es muss sich zeigen, ob der Ausschlussgrund des § 22 LkSG praktische Bedeutung entfalten wird. Dies wiederum hängt stark vom Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) ab, welches für die Umsetzung des LkSG zuständig ist. Denn es liegt in der Verantwortung des BAFA, Verstöße gegen das LkSG festzustellen und diese mit entsprechenden Bußgeldern zu sanktionieren. Erst dann haben öffentliche Auftraggeber*innen die Möglichkeit, vom Ausschlussgrund des § 22 LkSG Gebrauch zu machen.

¹ EuGH, Urt. v. 08.07.2021 – C-295/20 – Sanresa

3. Was leistet das Gesetz für die nachhaltige öffentliche Beschaffung, was nicht?

Das Gesetz hat zunächst keinen Anspruch, etwas für die nachhaltige öffentliche Beschaffung zu leisten. Aber natürlich werden die Entwicklungen, die sich aus dem LkSG ergeben, auch Auswirkungen auf die nachhaltige öffentliche Beschaffung haben. Es ist zu erwarten, dass die Anforderungen des LkSG Unternehmen stärker dazu bewegen, bei ihren Lieferketten genauer hinzusehen und belastbare Kontrollsysteme zu etablieren. Das wird nicht allein unternehmensintern zu leisten sein, weswegen hierfür Dienstleister*innen (z.B. Auditor*innen) eingekauft werden müssen. Diese gesteigerte Nachfrage wird voraussichtlich dazu führen, dass es mehr Dienstleister*innen in diesem Bereich gibt, welche ihre Leistung auch kostengünstiger anbieten können. Hierdurch wird die Dienstleistung „Kontrolle“ breiter verfügbar und kann dann besser durch öffentliche Auftraggeber*innen im Wege eines Vergabeverfahrens eingefordert werden. Dies kann z. B. über die Forderung nach der Vorlage eines „Lieferkettenmanagements“ gem. § 46 Abs.3 Nr.4 VgV geschehen.

4. Ist das Instrument des Ausschlusses ein geeignetes Mittel zur Durchsetzung des Lieferkettengesetzes?

Allein der Ausschlussgrund des §§ 22 LkSG wird die Umsetzung des Gesetzes in der Praxis nicht verbessern. Auch wenn die öffentliche Hand eine bedeutende Nachfrage an den Markt stellt, so sind doch nur wenige Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, von öffentlichen Aufträgen abhängig. Das Bußgeld und ggf. der Reputationsschaden werden in aller Regel schmerzhafter sein.

Zudem ist offen, wie Vergabestellen mit einem Verstoß gegen das LkSG umgehen werden. Ein rechtskräftiges Bußgeld wird im Gewerbezentralregister eingetragen, so dass öffentliche Auftraggeber*innen dies in der Regel vor dem Zuschlag erfahren werden. Allerdings ist noch offen, wie die „Soll-Vorgabe“ des Ausschlusses umgesetzt wird. Diese Vorgabe verpflichtet öffentliche Auftraggeber*innen dazu, in aller Regel ein Unternehmen, welches den Ausschlussgrund des § 22 LkSG erfüllt, vom Vergabeverfahren auszuschließen. Nur in besonders begründeten Ausnahmefällen kann hiervon abgewichen werden. Eine ursprünglich vorgesehene zwingende Muss-Vorgabe ist hingegen im Gesetzgebungsprozess wieder gestrichen worden.

In der praktischen Umsetzung wird insbesondere interessant sein zu sehen, ob Unternehmen versuchen, gegen mögliche Konkurrent*innen sich hier auf den Ausschlussgrund des § 22 LkSG berufen oder man dieses Thema lieber bewusst meidet.

5. Sind alle potenziellen Bieter*innen vom LkSG betroffen?

Das LkSG gilt zunächst nur für große Unternehmen mit Sitz im Inland, wobei letztere Anforderung vergleichsweise weit gefasst ist. So werden nach § 1 Abs.1 LkSG in Deutschland ansässige Unternehmen mit einer Zweigniederlassung in Deutschland vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst. Zunächst sind nur Unternehmen mit mindestens 3.000 Mitarbeiter*innen durch das Gesetz verpflichtet. Ab dem 01.01.2024 werden auch Unternehmen mit mindestens 1.000 Beschäftigten in den Anwendungsbereich des LkSG fallen.

6. Wie können öffentliche Auftraggeber*innen Anforderungen an Unternehmen stellen, die nicht vom Lieferkettengesetz erfasst werden?

Kleinere Unternehmen oder Unternehmen, die keinen Sitz bzw. eine Zweigniederlassung im Inland unterhalten, unterfallen nicht dem LkSG. Das bedeutet aber nicht, dass öffentliche Auftraggeber*innen daran gehindert sind, auch an diese Unternehmen vergleichbare Anforderungen zu stellen. Dies geschieht dann aber nicht mehr durch den Bundesgesetzgeber, sondern durch die öffentliche Auftraggeber*in direkt in den Vergabeunterlagen. Dabei ist aber zu beachten, dass diese Anforderungen (anders als die des LkSG) nicht mehr abstrakt unternehmensbezogen sein dürfen, sondern stets einen konkreten Bezug zum Leistungsgegenstand aufweisen müssen. So ist z.B. eine geschlossene Lieferkette innerhalb der EU mangels hinreichenden Bezugs zum Auftragsgegenstand kein zulässiges Zuschlagskriterium².

7. Können Vergabestellen besondere Anforderungen an die Sorgfaltspflichten stellen, z. B. in Bezug auf die Berichte der Unternehmen?

Grundsätzlich dürfen öffentliche Auftraggeber*innen in ihren Vergabeverfahren auch über die Inhalte des LkSG hinaus gehen, sofern dies mit dem vergaberechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Allerdings unterliegen sie auch hier der Pflicht, dass diese Anforderungen einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen müssen. Das wird bei den meisten Pflichten aus dem LkSG der Fall sein, sofern diese auf den konkret zu beschaffenden Leistungsgegenstand eingeschränkt werden. Die isolierte Berichtspflicht des LkSG gehört jedoch nicht dazu. Denn diese weist ja nur nach, dass bestimmte Pflichten eingehalten wurden. Sie ist aber keine Voraussetzung dafür, dass Bieter*innen die Sorgfaltspflichten auch einhalten. Ungeachtet dessen können öffentliche

² VK Bund, 02.12.2020 - VK 1 - 92 / 20

Auftraggeber*innen aber die Berichte in geeigneten Fällen als Nachweis bestimmter Anforderungen einfordern.

Anhang: Maximale Bußgelder und Schwellen für einen Ausschluss aus öffentlichen Vergabeverfahren

Bußgeldnorm	Pflichtverletzung	Norm	Maximales Bußgeld	Mindesthöhe des Bußgeldes für die Anwendung der Soll-Vorschrift des § 22
§ 24 Abs.1 Nr.1	Mangelhafte Festlegung der Überwachung des Risikomanagements	§ 4 Abs.3 S.1	500.000 €	1.500.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3 OWiG erreicht werden
§ 24 Abs.1 Nr.2	Mangelhafte Durchführung der Risikoanalyse	§ 5 Abs.1 S.1 oder § 9 Abs.3 Nr.1	500.000 €	1.500.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3 OWiG erreicht werden
§ 24 Abs.1 Nr.3	Mangelhaftes Ergreifen angemessener Präventionsmaßnahmen	§ 6 Abs.1	800.000 €	2.000.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3 OWiG erreicht werden
§ 24 Abs.1 Nr.4	Mangelhafte Durchführung einer Prüfung von Präventionsmaßnahmen, Abhilfemaßnahmen und/oder Beschwerdeverfahren	§ 6 Abs.5 S.1, § 7 Abs.4 S.1 oder § 8	500.000 €	1.500.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3 OWiG erreicht werden

		Abs.5 S.1		
§ 24 Abs.1 Nr.5	Mangelhafte Aktualisierung von Präventionsmaßnahmen, Abhilfemaßnahmen und/oder Beschwerdeverfahren	§ 6 Abs.5 S.3, § 7 Abs.4 S.3 oder § 8 Abs.5 S.2	500.000 €	1.500.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3 OWiG erreicht werden
§ 24 Abs.1 Nr.6	Mangelhaftes Ergreifen einer Abhilfemaßnahme	§ 7 Abs.1 S.1	800.000 € oder bis zu 2% des Jahresumsatze	2.000.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3 OWiG erreicht werden
§ 24 Abs.1 Nr.7 lit. a)	Mangelhafte Erstellung oder nicht rechtzeitige Umsetzung eines Plans für Abhilfemaßnahmen	§ 7 Abs.2 S.1	800.000 € oder bis zu 2% des Jahresumsatze	2.000.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3 OWiG erreicht werden
§ 24 Abs.1 Nr.7 lit. b)	Mangelhafte Erstellung oder Umsetzung eines Konzeptes zur Minimierung und Vermeidung der Verletzung geschützter Rechtspositionen oder umweltbezogener Pflichten	§ 9 Abs.3 Nr.3	800.000 €	2.000.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3 OWiG erreicht werden
§ 24 Abs.1 Nr.8	Mangelhafte Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens	§ 8 Abs.1 S.1	800.000 €	2.000.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3

		i.V.m. § 9 Abs.1		OWiG erreicht werden
§ 24 Abs.1 Nr.9	Verstoß gegen Dokumentationspflichten	§ 10 Abs.1 S.2	100.000 €	175.000 € Schwelle kann nicht erreicht werden.
§ 24 Abs.1 Nr.10	Verstoß gegen Berichtspflichten	§ 10 Abs.2 S.1	100.000 €	175.000 € Schwelle kann nicht erreicht werden.
§ 24 Abs.1 Nr.11	Verstoß gegen die Veröffentlichungspflicht des Berichtes	§ 10 Abs.4 S.1	100.000 €	175.000 € Schwelle kann nicht erreicht werden.
§ 24 Abs.1 Nr.12	Verstoß gegen die Einreichungspflicht des Berichtes	§ 12	100.000 €	175.000 € Schwelle kann nicht erreicht werden.
§ 24 Abs.1 Nr.13	Zuwiderhandeln gegen eine vollziehbare Anordnung	§ 13 Abs.2 oder § 15 S.2 Nr.2	500.000 €	1.500.000 € Schwelle kann über § 30 Abs.2 S.3 OWiG erreicht werden