

Lieferkettenmanagement im Vergaberecht

# Corporate Sustainability Due Diligence Directive und Vergaberecht

Anwendungsbereich und Auswirkungen auf die öffentliche Vergabepaxis

Martin Schiefer\* / Oliver Quinz\*\*

Am 25. 7. 2024 ist die viel diskutierte *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD) in finaler Fassung in Kraft getreten. Ziel der CSDDD ist es, ökologisches und soziales Handeln in der Geschäftstätigkeit von Unternehmen entlang ihrer Aktivitätskette zu fördern. Die innerstaatliche Umsetzung in Österreich steht zwar noch aus, doch ergeben sich bereits jetzt praxisrelevante Fragen zu den Auswirkungen der EU-Regulative auf die öffentliche Beschaffungspraxis.



## 1. Ausgangslage

Den öffentlichen Auftraggebern obliegt im Rahmen der Sicherstellung einer konformen Lieferkette eine besondere Verantwortung. Wenn der Staat bei der Auftragsvergabe seiner Verantwortung für die Umwelt und in sozialen Belangen gerecht wird, übt er eine wichtige Vorbildfunktion aus und sendet ein positives Signal an die Marktteilnehmer des Privatsektors aus.

In diesem Zusammenhang nimmt die Einbindung von Umwelt-, Sozial- und Governance-Aspekten (ESG) eine besondere Rolle ein. Die Integration der CSDDD in öffentliche Beschaffungen fördert die Etablierung von Nachhaltigkeitsanforderungen als festen Bestandteil von öffentlichen Ausschreibungen.

Im Gegensatz zu anderen Mitgliedstaaten finden sich in Österreich noch keine nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Lieferkettensorgfaltspflichten. Der Unionsgesetzgeber weist in der Richtlinie jedoch darauf hin, dass die Einhaltung der Verpflichtungen aus der Richtlinie und die Berücksichtigung von sozio-ökologischen Aspekten auch im Rahmen öffentlicher Vergaben sichergestellt werden sollte.

## 2. Auswirkungen auf die Vergabepaxis

In den kommenden Abschnitten werden nun die Auswirkungen der Verpflichtungen aus der CSDDD und deren Implikationen auf das Vergaberecht näher beleuchtet.

### 2.1. Öffentliche Auftraggeber als „Unternehmen“ gemäß CSDDD?

Da die CSDDD als eine EU-weite „Lieferkettenrichtlinie“ konzipiert ist, die von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden muss, stellt sich die Frage, inwiefern öffentliche Auftraggeber grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sind.

Die CSDDD gilt für Unternehmen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats oder Drittstaats gegründet wurden und die entsprechenden Bedingungen in Art 2 CSDDD erfüllen. In Art 3 CSDDD ist der Begriff „Unternehmen“ legaldefiniert. Nach der Bestimmung handelt es sich dabei grundsätzlich um eine juristische Person, die in einer der in Anhang I und Anhang II der

\* Mag. Martin Schiefer ist Rechtsanwalt im Vergaberecht mit über 25 Jahren Erfahrung und Gründer und Partner bei Schiefer Rechtsanwälte in Wien.

\*\* Mag. Oliver Quinz ist Rechtsanwaltsanwärter im Vergaberecht bei Schiefer Rechtsanwälte in Graz.

Richtlinie 2013/34/EU<sup>1</sup> aufgeführten Rechtsformen gegründet wurde. Die entsprechenden Anhänge der Richtlinie 2013/34/EU stellen für Österreich hier auf konkrete Rechtsformen der Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung) und Personengesellschaften (Offene Gesellschaft und Kommanditgesellschaft) ab. Unternehmen aus Drittstaaten müssen mit den in Anhang I und II der Richtlinie 2013/34/EU bezeichneten Rechtsformen vergleichbar sein.

Zumal juristische Personen des öffentlichen Rechts im Wortlaut der CSDDD nicht genannt sind und auch die Richtlinie 2013/34/EU lediglich Rechtsformen des Privatrechts benennt, ist davon auszugehen, dass klassische öffentliche Auftraggeber gemäß § 4 Abs 1 Z 1 BVergG (Gebietskörperschaften) grundsätzlich vom Anwendungsbereich der CSDDD ausgenommen sind. Diese Annahme wird auch von der Begründung des Unionsgesetzgebers bestärkt. Gemäß den Erwägungen erfordert die Zielerreichung eine „*Mitwirkung nicht nur der Behörden, sondern auch der privaten Akteure, insbesondere der Unternehmen*“.

Aus vergaberechtlicher Sicht bedeutet das im Ergebnis jedoch noch nicht, dass (öffentliche) Auftraggeber nach dem BVergG generell aus dem Anwendungsbereich der CSDDD fallen. Insbesondere im Anwendungsbereich der „*Einrichtungen des öffentlichen Rechts*“ (§ 4 Abs 1 Z 2 BVergG) oder der „*Öffentlichen Unternehmen als Sektorenauftraggeber*“ (§ 168 BVergG) ist es in der öffentlichen Beschaffungspraxis keine Seltenheit, dass auch privatrechtlich eingerichtete Rechtsträger als Auftraggeber nach dem nationalen Beschaffungsregime auftreten.

Dem nationalen Gesetzgeber steht es bei der Implementierung der Vorschriften der CSDDD auch frei, strengere Regelungen („*gold plating*“) als jene in der Richtlinie zu erlassen. So greift das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) etwa auf einen rechtsformneutralen Unternehmensbegriff zurück (§ 1 dLkSG).<sup>2</sup> Nach deutscher Rechtslage können daher juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst sein. Der deutsche Gesetzgeber führt hier den Normzweck als Begründung an, wo es heißt, „*dass das Bestehen von menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiken nicht von der gewählten Rechtsform des Unternehmens abhängt*“. Juristische Personen des öffentlichen Rechts fallen nach den Materialien jedoch dann nicht in den Anwendungsbereich, wenn sie Verwaltungsaufgaben einer Gebietskörperschaft wahrnehmen und nicht am Markt unternehmerisch tätig sind.<sup>3</sup>

## 2.2. Verpflichtungen

Durch die CSDDD werden den Unternehmen insbesondere sogenannte „*Sorgfaltspflichten*“ auferlegt. Die Regelungen sollen sicherstellen, dass die betroffenen Unternehmen die nachteiligen Auswirkungen ihrer Aktivitäten auf die Menschenrechte und die Umwelt innerhalb ihrer Lieferkette identifizieren und ihnen entgegensteuern. Diese Sorgfaltspflichten betreffen nicht nur das Unternehmen selbst, sondern auch die Geschäftstätigkeiten der Tochterunternehmen sowie sämtliche Aktivitäten entlang der gesamten Wertschöpfungskette.<sup>4</sup> Abhängig von der konkreten Ausgangslage sind bei Beschaffungsvorgängen insbesondere folgende Szenarien hervorzuheben:

- **Auftragsvergabe durch (öffentlichen) Auftraggeber:** Stellt ein (öffentlicher) Auftraggeber gemäß BVergG ein „*Unternehmen*“ gemäß der CSDDD dar und erfüllt er die weiteren Anforderungen nach Art 2, hat er die aus der Richtlinie resultierenden Pflichten einzuhalten. In diesem

<sup>1</sup> Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl L 182 vom 29. 6. 2013, S 19.

<sup>2</sup> Schäffer/Kuhl, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz und dessen Besonderheiten im Vergabewesen, VergabeFokus 2024, 11.

<sup>3</sup> BT-Drs 19/28649, 33.

<sup>4</sup> Sanjath, Zwischen Prinzipien und Praxis: Der Weg zum EU-Lieferkettengesetz und seine Auswirkungen auf die Wirtschaft, ÖZW 2023, 163.

Fall ist vom Auftraggeber sicherzustellen, dass seine Auftragnehmer die gesetzlich vorgegebenen menschenrechts- und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten in ihren Aktivitätsketten beachten. Hier sind auch öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Beschaffungsvorganges dazu verpflichtet, die Nachhaltigkeitsaspekte zu berücksichtigen und die Einhaltung von Sorgfaltspflichten zu gewährleisten.

- *(Öffentlicher) Auftraggeber als Auftragnehmer:* In der Praxis kommt es auch vor, dass Unternehmen der öffentlichen Hand selbst als Auftragnehmer auftreten. Unterliegt das öffentliche Unternehmen (etwa als Bieter oder In-House-Rechtsträger) selbst dem Anwendungsbereich der CSDDD (bzw der nationalen Umsetzungsbestimmungen), sind die entsprechenden Verpflichtungen zu wahren. Doch auch, wenn das öffentliche Unternehmen nicht unmittelbar von den Vorschriften der CSDDD betroffen ist, kann es bei der Teilnahme an einem Vergabeverfahren als Subunternehmer und somit wohl „Geschäftspartner“ in der Aktivitätskette eines „Unternehmens“ gemäß CSDDD zur Einhaltung und Umsetzung der Richtlinienvorgaben verpflichtet werden.
- *Verwaltungskooperation:* Schwieriger gestalten sich die Anwendungs- und Umsetzungsfragen im Rahmen von öffentlich-öffentlichen Kooperationen. In dieser Ausgangssituation ist es denkbar, dass sich ein öffentliches Unternehmen und eine Gebietskörperschaft zur Leistungserbringung und gemeinsamen Zielerreichung zusammenschließen. Mag vor dem Hintergrund der vorigen Annahmen allenfalls die öffentliche Unternehmen zur Einhaltung der CSDDD verpflichtet sein, ist diese lediglich einseitige Berücksichtigung der Sorgfaltspflichten im Zuge der kooperativen Leistungserbringung jedoch zu hinterfragen.

### Praxishinweis

Öffentliche Auftraggeber können das Vergaberecht nutzen, um die CSDDD zu implementieren und die Einhaltung von Sorgfaltspflichten zu überprüfen. Öffentliche Auftraggeber sollten im Sinne des ESG-Gedankens daher – unabhängig von der Ausgangslage im Einzelfall und der unmittelbaren Betroffenheit der Richtlinienbestimmungen – eine freiwillige Selbstverpflichtung zur Einhaltung und Umsetzung der Vorgaben der CSDDD in Betracht ziehen.

### 2.3. Rechtsfolgen bei Verstößen

Im Rahmen der behördlichen Aufsicht sollen bei Verstößen von Unternehmen gegen die Bestimmungen der Richtlinie Sanktionen verhängt werden. Die Mitgliedstaaten müssen in der nationalen Umsetzung Bestimmungen vorsehen, die die Verhängung von Sanktionen ermöglichen. Die nationalen Aufsichtsbehörden sollen von den nationalen Gesetzgebern dabei ermächtigt werden, Zwangsgelder zu verhängen, deren Höchstbetrag mindestens 5 % des jährlichen Nettoumsatzes des betroffenen Unternehmens betragen soll.<sup>5</sup> Alle Entscheidungen der Aufsichtsbehörden sollen zudem veröffentlicht werden und fünf Jahre lang öffentlich zugänglich bleiben.

Neben den Bußgeldstrafen der Aufsichtsbehörden ist auch eine zivilrechtliche Haftung von „Unternehmen“ gemäß CSDDD vorgesehen. Natürlichen oder juristischen Personen können ein Unternehmen für Schaden haftbar machen, sofern es das betroffene Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig versäumt hat, potenzielle negative Auswirkungen zu verhindern oder zu mindern oder tatsächliche Auswirkungen abzustellen oder ihr Ausmaß zu minimieren. Die Haftung der Unternehmen soll nach jeweiliger nationaler Rechtslage beurteilt werden.<sup>6</sup>

Aus vergaberechtlicher Sicht ermöglicht es die CSDDD, dass Wirtschaftsteilnehmer bei Verstößen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden können.

<sup>5</sup> *Urbas*, Es ist vollbracht: Die EU-Lieferkettenrichtlinie ist in Kraft getreten (Stand 7. 8. 2024), abrufbar unter <https://www.report.at/plus/23986-es-ist-vollbracht-die-eu-lieferkettenrichtlinie-ist-in-kraft-getreten> (Zugriff am 14. 8. 2024).

<sup>6</sup> *Bell/Fitzka*, Die Europäische Lieferkettenrichtlinie (CSDDD), RdW 2024, 374.

## 2.4. Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren

Öffentliche Auftraggeber haben – unabhängig davon, ob sie „Unternehmen“ gemäß CSDDD bzw. vom Anwendungsbereich des nationalen Umsetzungsgesetzes erfasst sind – die berufliche Zuverlässigkeit der Bieter zu überprüfen und gegebenenfalls aus dem Vergabeverfahren auszuschließen.

Das BVergG wird den genannten vergaberechtlichen Anforderungen der CSDDD bereits in der derzeitigen Fassung gerecht. Der öffentliche Auftraggeber hat nach § 78 Abs 1 Z 5 BVergG – unbeschadet der Abs 3 bis Abs 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechtes, begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber auf geeignete Weise nachgewiesen wurde.

Ob ein Verstoß gegen die CSDDD eine „schwere Verfehlung“ nach § 78 Abs 1 Z 5 BVergG begründen kann und dieser „auf geeignete Weise nachgewiesen wurde“, ist im Einzelfall zu überprüfen. Es ist anzunehmen, dass zumindest ein gewichtiger Verstoß gegen die Lieferkettenrichtlinie (bzw. gegen das jeweilige nationale Umsetzungsgesetz) den Ausschlussstatbestand erfüllen kann. Der Nachweispflicht wird insbesondere dann hinreichend nachgekommen sein, wenn staatlichen Aufsichtsbehörden über einen Verstoß entschieden haben oder gar eine zivilrechtliche Haftung des betroffenen Bieters aufgrund der Verletzung der Pflichten aus der Richtlinie vorliegt.<sup>7</sup>

Darüber hinaus laufen potenzielle Auftragnehmer im Falle einer gewichtigen Verletzung der Sorgfaltspflichten der CSDDD bzw. nationaler Lieferkettenbestimmungen während der vertraglichen Leistungserbringung Gefahr, dass sie vergaberechtlich als sogenanntes „schwarzes Schaf“ beurteilt werden und den Ausschlussstatbestand gemäß § 78 Abs 1 Z 8 BVergG erfüllen. In diesem Fall darf das Unternehmen – wie auch bei § 78 Abs 1 Z 5 BVergG – bis zu drei Jahren von der Teilnahme an zukünftigen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden („Vergabesperre“). Um vom Ausschlussgrund § 78 Abs 1 Z 8 BVergG erfasst zu sein, müsste die Einhaltung der Lieferkettenpflichten im Einzelfall jedoch eine „erhebliche oder dauerhafte Mangelhaftigkeit im Zusammenhang mit einer wesentlichen Anforderung“ sein. Bei der Beurteilung gilt es das Verhältnismäßigkeitsgebot zu wahren.<sup>8</sup>

### Praxishinweis

Zur Feststellung des Vorliegens allfälliger Ausschlussgründe sollten öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren künftig Eigenerklärungen der Unternehmen zu Verstößen gegen Lieferkettenpflichten einholen. Das Vorliegen der bezeichneten Tatbestände bedeutet aber nicht zwingend den Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren. Die vom Ausschlussgrund betroffenen Unternehmen haben nach § 83 BVergG die Möglichkeit, mittels geeigneter „Selbstreinigungsmaßnahmen“ nachzuweisen, dass sie trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes beruflich zuverlässig sind.

## Auf den Punkt gebracht

Mag die finale Fassung der CSDDD auch ausdrücklich Bezug auf die öffentliche Beschaffung nehmen, wird die konkrete Anwendung im Vergabeverfahren schließlich auch von der legislativen Umsetzung in Österreich abhängen. Unabhängig davon, ob öffentliche Auftraggeber selbst gänzlich vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst sind, wird die Einhaltung und Umsetzung der Richtlinienvorgaben vermehrt in den Fokus der öffentlichen Beschaffung rücken. Nachhaltigkeit wird somit in der Vergabepaxis weiter relevant. Eine frühzeitige Auseinandersetzung mit den bevorstehenden Anforderungen ist sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch Bieter ratsam.

<sup>7</sup> Sticker/Aigner, Lieferketten im Vergabeverfahren, in *Ruhmannseder*, Compliance in der Lieferkette (Stand 1. 1. 2024, rdb.at).

<sup>8</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 78 Rz 41 (Stand 1. 10. 2019, rdb.at); ErlRV 69 BlgNR 26. GP, 99.