

Bundesministerium
für Justiz
Museumstraße 9
1070 Wien
Per E-Mail an: team.pr@bmj.gv.at

| | | | | |
|-------------------------------|-----|------------------|--------------------|------------|
| Kontakt | DW | Unser Zeichen | Ihr Zeichen | Datum |
| Mag. Alexandra Herrmann-Weihs | 212 | Her/Ha – 09/2021 | GZ: 2021-0.314.597 | 12.05.2021 |

Entwurf eines Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Entwurf des Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetzes.

Das Ziel des vorliegenden Entwurfs, in Umsetzung der RL (EU) 2019/1161 Mindestziele für die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge für Auftraggeber vorzugeben, ist im Hinblick auf die Erreichung der umfangreichen EU-Klimaziele grundsätzlich zu begrüßen.

Gleichzeitig ist in der konkreten Umsetzung auf die Machbarkeit in der Praxis, insbesondere hinsichtlich der Sicherstellung der Vermeidung von Engpässen in der Zurverfügungstellung von Fahrzeugen für Störungseinsätze, als auch die Gewährleistung des Ausbaus der kritischen Infrastruktur für Strom, Gas und Wärme zu achten. Unbedingt zu vermeiden sind mittelfristig unlösbare Probleme in der Beschaffung und im Betrieb der Fuhrparke von Energieunternehmen, insbesondere vor dem Hintergrund der Anforderungen an die Fahrzeuge durch die österreichische, gebirgige Topographie.

In den folgenden Punkten sind daher Änderungen und Ergänzungen erforderlich:

1. Sicherstellung der Berücksichtigung der kritischen Infrastruktur und Versorgungssicherheit:

Es ist unbestritten, dass die österreichischen Energieunternehmen zur kritischen Infrastruktur gehören. Dies ergeht schon allein aus der Aufrechterhaltung der Netzinfrastruktur sowie aus der Gewährleistung der Versorgungssicherheit für die Allgemeinheit. Die Aspekte der Versorgungssicherheit finden im vorliegenden Gesetzesentwurf jedoch keinesfalls ausreichend Berücksichtigung. Kernpunkt dieser Kritik betrifft insbesondere auch die Frage, ob Beschaffungen von Fahrzeugen, die von Energieunternehmen zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit beschafft werden, einem Ausnahmetatbestand gem. § 4 SFBG unterliegen.

Aufgrund der Topografie des Versorgungsgebietes der österreichischen Energieunternehmen müssen spezielle Fahrzeuge beschafft werden, die – neben zahlreichen anderen Anforderungen und technischen Spezifikationen (wie z.B. Anhängerbetrieb für Transporte von Notstromaggregaten und Kabeltrommeln) – jedenfalls zumindest über einen Vierradantrieb („Allradantrieb“) verfügen müssen. Es sei an dieser Stelle auch angemerkt, dass der aktuelle Markt für alternative Antriebe bei Straßenfahrzeugen sowie vor allem bei Nutzfahrzeugen (vgl. z.B. Klasse N₁ LKW mit einer zulässigen Gesamtmasse bis zu 3,5 t) generell verschwindend gering bis nicht vorhanden ist, sodass **kein einziges den Maßstäben des SFBG genügendes Fahrzeug am Markt verfügbar ist, das sämtlichen Anforderungen eines Energieunternehmens gerecht wird.** Insbesondere gibt es kein einziges leichtes, alternativ betriebenes Nutzfahrzeug mit Allradantrieb. Ein solcher ist jedoch zwingend erforderlich, um im unwegsamen Gelände Störungsfälle (etwa bei Leitungsgebrechen) beheben zu können. **Eine Einhaltung der in § 5 des Begutachtungsentwurfs normierten Mindestanteile und Bezugszeiträume ist dahingehend de facto nicht möglich.** Vor diesem Hintergrund ist auch zu hinterfragen, inwiefern man bei der Beschaffung der geschilderten Nutzfahrzeuge den vergaberechtlichen Grundsätzen (dies insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung des freien Wettbewerbs, aber auch des Gebots der Nichtdiskriminierung) überhaupt noch nachkommen kann, was nicht zuletzt dem fehlenden bzw. nicht hinreichend gegebenen Wettbewerb am Markt geschuldet ist.

Dennoch lässt der Entwurf eine entsprechende **Ausnahmeregelung** in § 4 für Fahrzeuge, die zu Zwecken der Versorgungssicherheit und der Erhaltung der kritischen Infrastruktur eingesetzt werden müssen, vermissen. Die Regelung des § 4 Z 1 SFBG i.V.m. Art 2 Abs. 3 lit. b der Verordnung (EU) 2018/858 bezieht sich u.a. auf Fahrzeuge des Katastrophenschutzes sowie auch auf jene, die eigens für die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zuständigen Kräfte konstruiert wurden („*Fahrzeuge, die für den Einsatz durch den Katastrophenschutz, die Feuerwehr und die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zuständigen Kräfte konstruiert und gebaut wurden oder dafür angepasst wurden*“). Zum anderen stellt sich die Frage, ob diese Fahrzeuge unter den Ausnahmetatbestand des § 4 Z 1 SFBG i.V.m. Art 2 Abs. 3 lit. a oder lit. c der Verordnung (EU) 2018/858 („*Fahrzeuge, die hauptsächlich für den Einsatz auf Baustellen, in Steinbrüchen, in Häfen oder auf Flughäfen konstruiert und gebaut wurden*“ bzw. „*Fahrzeuge mit eigenem Antrieb, die speziell für die Verrichtung von Arbeiten konstruiert und gebaut wurden und bauartbedingt nicht zur Beförderung von Personen oder Gütern geeignet sind und die keine auf einem Kraftfahrzeug-fahrgestell montierte Maschinen sind*“) fallen.

Bei der Erhaltung der Netzinfrastruktur von Energieunternehmen handelt es sich aber jedenfalls nicht um Fahrzeuge, die eigens für den Einsatz bei Energieunternehmen konstruiert oder gebaut werden müssen. Vielmehr werden i.d.Z. Fahrzeuge beschafft, die insbesondere einen Allradantrieb, aber auch zahlreiche weitere technische Spezifikationen aufweisen, die durchaus bei einschlägigen handelsüblichen Fahrzeugen zu finden sind. Somit bleibt unseres Erachtens offen, ob auch derlei Fahrzeuge von der Ausnahme umfasst sind. Sofern die in Rede stehenden Fahrzeuge doch von einem der Ausnahmetatbestände nach dem derzeitigen Gesetzesentwurf umfasst sein sollten, würde zumindest ein **Hinweis in den Erläuternden Bemerkungen** diesbezügliche Rechtssicherheit gewähren.

Wir schlagen daher in Bezug auf die Erläuterungen zu § 4 Z 1 SFBG folgende Ergänzung vor:

Erläuterungen:

Zu § 4 (Ausnahmen vom Geltungsbereich):

[...; Seite 11, erster Absatz]

*Anders als bei Fahrzeugen für die Streitkräfte ist bei Fahrzeugen, die für den Einsatz durch den Katastrophenschutz, die Feuerwehr und die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zuständigen Kräfte konstruiert und gebaut oder dafür angepasst wurden, ein „ausschließlicher“ Nutzungszweck nicht erforderlich. Die Ausnahme erfasst sowohl speziell konstruierte und gebaute Straßenfahrzeuge (z.B. Löschfahrzeuge, Rüstfahrzeuge, Mannschaftstransporter, Kommandofahrzeuge, Wechsellader, Drehleitern, Schadstofffahrzeuge) als auch Straßenfahrzeuge, die für Verwendung im Rahmen des Katastrophenschutzes oder für die Verwendung durch die Feuerwehr oder die Polizei adaptiert wurden (aber auch in anderen Bereichen einsetzbar sein können). Auch hier gilt: Wird ein handelsübliches Straßenfahrzeug beschafft und nachfolgend (z.B. in einer eigenen Werkstätte) für die Zwecke der Feuerwehr oder der Polizei adaptiert, fällt die Beschaffung in den Geltungsbereich des Gesetzes. Wird hingegen ein bereits entsprechend adaptiertes Straßenfahrzeug für die Verwendung der Feuerwehr oder der Polizei beschafft (z.B. Einbau der Blaulichtanlage, Adaption des Armaturenbrettes für bzw. Einbau eines Funkgerätes; vgl. dazu auch Erwägungsgrund 17 der Richtlinie [EU] 2019/1161), greift die Ausnahmeregelung der Z 1. Zur Beurteilung der Relevanz von Adaptionen wird auf das oben zu Fahrzeugen für den Einsatz durch Streitkräfte Gesagte verwiesen. Klargestellt wird, dass unter den unionsrechtlich auszulegenden Begriff „Feuerwehr“ (vgl. zu diesem Interpretationsansatz EuGH 4. Juni 2020, Rs C-429/19, Remondis II, Rz 24) nicht nur Berufsfeuerwehren gemäß den entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen fallen, sondern alle Arten von Feuerwehren, wie etwa Freiwillige Feuerwehren, Betriebsfeuerwehren, Feuerwehren auf Flughäfen usw. **Darüber hinaus wird klargestellt, dass Fahrzeuge, die für den Einsatz durch den Katastrophenschutz und die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zuständigen Kräfte konstruiert und gebaut oder dafür angepasst wurden, Fahrzeuge öffentlicher Hilfsdienste umfassen, welche für die Wiederherstellung einer durch Katastrophen gefährdeten oder ununterbrochenen Aufrechterhaltung der Versorgung der Volkswirtschaft mit Energie und Wasser einschließlich Heizwärme und Kälteversorgung bestimmt sind.***

Aus den folgenden Gründen ist die Ergänzung der Erläuterungen erforderlich:

§ 4 Z 1 SFBG sieht eine Ausnahme vom Geltungsbereich für Fahrzeuge vor, welche gem. Art 2 Abs. 3 lit. b der Verordnung (EU) 2018/858 für den Einsatz durch den Katastrophenschutz, die Feuerwehr und die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zuständigen Kräfte konstruiert und gebaut oder dafür angepasst wurden.

Betreiber kritischer Infrastruktur (vgl. § 74 Abs. 1 Z 11 StGB; § 22 Abs. 1 Z 6 SPG; Österreichisches Programm zum Schutz kritischer Infrastrukturen (APCIP)) zur Versorgung der Volkswirtschaft mit Energie und Wasser einschließlich Heizwärme und Kälteversorgung erbringen mit ihren Tätigkeiten und den dafür erforderlichen Fahrzeugen öffentliche Hilfsdienste. Als öffentlicher Hilfsdienst ist ein Hilfsdienst anzusehen, dessen hilfsdienstlicher Einsatz von wesentlicher Bedeutung für die Allgemeinheit ist, wie etwa die Wiederherstellung

einer durch Katastrophen gefährdeten oder unterbrochenen Versorgung der Volkswirtschaft mit für diese lebenswichtigen Gütern, wie elektrischem Strom, Wasser, Lebensmittel usw. (vgl. *Grundtner* in *Grundtner* (Hrsg.), KFG Kraftfahrzeuggesetz (2. Lfg. 2017) § 20 Rz ADE). Die Bedeutung und Tragweite solcher Tätigkeiten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung kommt nicht zuletzt durch §§ 20 Abs. 5 lit. b und 22 Abs. 4 KFG zur Geltung, wonach die Verwendung eines Fahrzeugs für solche Zwecke im öffentlichen Interesse liegt und gar zur Anbringung von Scheinwerfern und Warnleuchten mit blauem Licht sowie von Vorrichtungen zum Abgeben von Warnzeichen mit aufeinanderfolgenden, verschieden hohen Tönen berechtigt.

Zur Sicherstellung der ausgeübten Tätigkeiten im öffentlichen Interesse treffen Betreiber kritischer Infrastruktur umfangreiche gesetzliche Verpflichtungen. Zu diesen zählt über weite Strecken an 365 Tagen im Jahr einen 24-Stunden-Notdienst sowie punktuell „Blaulichtfahrzeuge“ vorzuhalten, um sicherzustellen, dass im Störfall unverzüglich Maßnahmen zur Gefahrenabwehr bzw. zur Wiederaufnahme der Versorgung eingeleitet werden können, um die Notversorgung der Bevölkerung sowie die Abwehr und Beseitigung von Gefahren sicherstellen zu können (siehe bspw. § 8 Abs. 3 Gasnetzdienstleistungsqualitätsverordnung; Punkt 4.3 der ÖVGW G B140; Abschnitt VIII. Abs. 6 der Allgemeinen Verteilernetzbedingungen Gas; § 58 Abs. 1 Z 1 und Z 2 GWG; ÖVGW Zertifizierungsvoraussetzungen für Wasserversorgungsunternehmen; § 7 Abs. 4 und 5 NetzdienstleistungsVO Strom; §§ 40 Abs. 1, 45 EIWOG; etc.).

Um Leistungen dieser Art erbringen und den strengen gesetzlichen Anforderungen entsprechen zu können, sind Betreiber kritischer Infrastruktur als Erbringer öffentlicher Hilfsdienste in Bezug auf ihre Fahrzeuge darauf angewiesen, dass diese insbesondere im Falle einer

- Krisensituation (z.B.: Blackout, großflächige Netzausfälle, Totalausfall des Netzleitsystems, Sabotage, Terror, Krieg, Naturkatastrophen etc.) sowie bei
- Gefahr im Verzug (z.B.: Gasaustritt, Gasexplosion, Gasbrand, Versorgungsausfälle oder -unterbrechungen etc.)

in jedem Gelände (auch schweres Gelände bzw. Gebirge) und bei jeder Witterung (Schnee, Starkregen, Eis, Hitze etc.), wofür Allradantrieb unerlässlich ist, über weite Strecken mitsamt der notwendigen Einsatzrüstung, zu welcher mitunter schwere Anhänger mit Notstromaggregaten und einem Gewicht von bis zu 2.500 kg (!) zählen, schnellstmöglich zum Einsatzort gelangen und dort so lange wie möglich im Einsatz bleiben zu können. Zu diesem Zweck müssen Fahrzeuge rund um die Uhr und über lange Zeiträume hinweg einsatzbereit sein, über eine hohe Zuglast und Kapazität für die maximale Zuladung verfügen. Ergänzend sei an dieser Stelle angemerkt, dass klassisch betriebene Fahrzeuge selbst im Falle eines Blackouts händisch (mit Pumpen) betankt werden und dadurch 24/7 einsatzfähig gehalten werden können.

Abschließend sei angemerkt, dass Fahrzeuge für die oben beschriebenen Zwecke in der Regel speziell konfiguriert und geliefert werden. Es wird etwa das Armaturenbrett adaptiert und ein Funkgerät, Steckdosen, Wechselrichter, eine zweite Batterie, eine Standheizung, Arbeitsscheinwerfer etc. verbaut. Bei Einbauten dieser Art handelt es sich um energieintensive Verbraucher, welche die Batterie im Einsatzfall massiv beanspruchen.

Im Ergebnis kann sohin festgehalten werden, dass eine wie oben vorgeschlagene Klarstellung im Rahmen der Ausnahmen des § 4 Z 1 SFBG unerlässlich ist, um die an Betreiber

kritischer Infrastruktur gestellten gesetzlichen Anforderungen, so auch im Rahmen öffentlicher Hilfsdienste, im Notfall erbringen zu können. Deckung findet die begehrte Klarstellung in Erwägungsgrund 17 der Richtlinie (EU) 2019/1161 sowie in Art 2 Abs. 3 lit. b der Verordnung (EU) 2018/858.

2. Strafbestimmungen und Geldbußen in § 9 f SFBG

Die CVD sieht keine Grundlage für die Normierung von Geldbußen im Falle der Nichteinhaltung der Bestimmungen vor. Die vorliegende Regelung ist daher im Lichte eines allenfalls vorliegenden **Gold Platings kritisch** zu hinterfragen.

§ 9 des Gesetzesentwurfs enthält Strafbestimmungen bei Nichteinhaltung der normierten Vorgaben und Mindestquoten. Dies schließt auch den Fall ein, dass ein Auftraggeber sich zwar redlich bemüht, eine entsprechende Ausschreibung mit anschließender Vergabe unter Berücksichtigung der Bestimmungen des SFBG durchzuführen, aufgrund der Marktsituation oder aus anderen Gründen jedoch kein Angebot eingeht, welches den Vorgaben entspricht. Nach derzeitigem Wortlaut des § 9 SFBG würde dies dennoch sanktioniert werden.

Dem könnte mit einer **zusätzlichen Bestimmung in § 9 SFBG** entgegengewirkt werden, in welcher bei Zuwiderhandeln gegen Abs. 1 dann keine Sanktion zu verhängen ist, wenn der Auftraggeber darlegen kann, dass er *(a) die anwendbaren vergaberechtlichen Vorschriften eingehalten hat und dennoch kein Angebot gemäß den Anforderungen der Ausschreibung eingegangen ist oder (b) am Markt noch keine sauberen Straßen- oder Nutzfahrzeuge im Sinne dieses Gesetzes mit den für die Erhaltung der kritischen Infrastruktur und Versorgungssicherheit erforderlichen technischen Spezifikationen verfügbar sind*. Ebenso kann der Strafraum **der Geldbußen in § 10 SFBG** als **nicht sachgerecht und angemessen** angesehen werden (bis zu EUR 450.000,- pro Fahrzeug (!), die in keiner Relation stehen.

Überdies ist auch kritisch zu hinterfragen, dass die Erläuterungen zum SFBG festhalten, dass es sich bei den gegenständlichen Strafbestimmungen um keine Verwaltungsstrafen, welche vom Verwaltungsgericht im Falle des Absehens von einer Nichtigerklärung eines mit einem Feststellungsantrag bekämpften Auftrags gemäß § 356 Abs. 9 BVergG zu verhängen sind, sondern um ein **neues Sanktionssystem** handelt, das zu bestehenden Strafrechtssystemen hinzutritt. Die gegenständlichen Geldbußen haben aber weder in der Rechtsmittel-Richtlinie noch im in den Erläuterungen erwähnten § 29 KartG i.Z.m. Art 23 der Verordnung 1/2013 ihre Rechtsgrundlage.

3. Persönlicher Geltungsbereich des SFBG

Nach dem vorliegenden Entwurf werden sowohl öffentliche Auftraggeber als auch Sektorauftraggeber, beide i.S.d. BVergG, vom persönlichen Geltungsbereich des SFBG erfasst. Sektorauftraggeber stehen im Gegensatz zu öffentlichen Auftraggebern jedoch häufig mit privaten Unternehmen in Wettbewerb, weswegen sie im BVergG auch weniger strengen Regelungen als öffentliche Auftraggeber unterliegen. Das SFBG hingegen nimmt in keiner Weise auf diese unterschiedlichen Ausgangspositionen Rücksicht und stellt Sektorauftraggeber zur Gänze öffentlichen Auftraggebern gleich. Vor diesem Hintergrund sollte **zumindest die Höchstgrenze der Geldbuße** bei Nichterreichen der entsprechenden Mindestanteile **für Sektorauftraggeber erheblich reduziert** werden.

4. Kompetenzgrundlage des SFBG:

Zudem ist die Kompetenzgrundlage des öffentlichen Auftragswesens gemäß Art 14b B-VG grundsätzlich zu hinterfragen und ob nicht die **Luftreinhaltung** nach Art 10 Abs. 1 Z 12 B-VG tatsächlich zutreffender wäre.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen Ihnen für Fragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Mag. Dr. Michael Strugl
Präsident



Dr. Barbara Schmidt
Generalsekretärin