

Österreichischer Städtebund
z.H. Herrn OSR Mag. Dr. Thomas Weninger, MLS
Rathaus
1082 Wien

per E-Mail: post@staedtebund.gv.at
cc an: stephanie.schwer@staedtebund.gv.at

16. November 2022
145/133/BJ/ÖSB-1/22/221116_eF2

Betreff: Rechtliche Stellungnahme zum Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz (SFBG)

Sehr geehrter Herr OSR Mag. Dr. Weninger, MLS!


In oben bezeichneter Angelegenheit beziehen wir uns auf die Beauftragung vom 5.5.2022 zur Ausarbeitung einer gutachterlichen Stellungnahme im Hinblick auf das Bundesgesetz über die Beschaffung und den Einsatz sauberer Straßenfahrzeuge, BGBl I Nr 163/25021 idgF (in der Folge „**SFBG**“).

Wie in der gemeinsamen Kick-off-Besprechung am 9.5.2022 festgelegt, werden wir zunächst den Sachverhalt und die zu untersuchenden rechtlichen Themenkreise kurz skizzieren (**Punkt 1**) und sodann die rechtliche Prüfung vornehmen und unsere Ergebnisse ausführlich darlegen (**Punkt 2**).

1. Ausgangslage

1.1. Sachverhalt und Rechtsfragen

Der Österreichische Städtebund (in der Folge „**Städtebund**“) als kommunale Interessenvertretung von insgesamt 259 Städten und größeren Gemeinden in Österreich und die Mobilitätsplattform Österreich (in der Folge „**MPO**“) befassen sich mit der konkreten Umsetzung des mit 28.7.2021 in Kraft getretenen SFBG. Im Zuge dieses Vorhabens sind jedoch von Seiten des Städtebundes und der MPO zahlreiche Rechtsfragen – insbesondere betreffend die rechtskonforme Auslegung einiger Bestimmungen des SFBG – aufgetreten.



Die Rechtsfragen sind hierbei vielfältig und reichen von grundsätzlichen Anwendungsfragen über Finanzierungsfragen bis hin zu Haftungs- und Bußgeldfragen. Für einen leichteren Überblick werden daher in der gegenständlichen Stellungnahme die einzelnen Fragen folgenden **rechtliche Themenkreisen** zugeordnet und entsprechend beantwortet bzw erörtert werden:

- **Allgemeine Ausführungen und Anwendungsbereich** des SFBG (siehe **Punkte 2.1 bis 2.5**);
- Einordnung einer „**rollierenden Erneuerung**“ des Fuhrparks in das SFBG (siehe **Punkt 2.6**);
- Anforderungen und Rechtsfolgen einer **Erfassungsgemeinschaft** (siehe **Punkte 2.7 bis 2.8** sowie **Beilage ./1**);
- **EBIN-Förderung** (siehe **Punkt 2.9**) und
- **Bußgeld** bei Nichteinhaltung einer der im SFBG festgelegten Mindestanteile (siehe **Punkt 2.10**).

1.2. Zur Verfügung gestellte Unterlagen und Arbeitshypothese

Die vorliegende Stellungnahme wurde auf Basis des wiedergegebenen Sachverhalts sowie folgender an uns übermittelter Dokumente verfasst:

- **E-Mail des Städtebundes vom 8.4.2022** und des damit übermittelten **Fragenkataloges vom 7.4.2022**.

Die Stellungnahme geht von der Richtigkeit dieser Angaben bzw Unterlagen aus. Änderungen des Sachverhalts sowie der Angaben des Städtebundes und der MPO können daher auch die rechtliche Beurteilung ändern.

2. Rechtliche Stellungnahme

2.1. Allgemeine Ausführungen zum SFBG

Das SFBG trat am 28.7.2021 in Kraft und verpflichtet alle **öffentlichen Auftraggeber** und **Sektorenauftraggeber** im Sinne des Bundesvergabegesetzes 2018, BGBl I Nr 65/2018 idgF (in der Folge „**BVergG 2018**“) bei der Beschaffung bzw dem Einsatz von

Straßenfahrzeugen einen **Mindestanteil an „sauberen“ Straßenfahrzeugen** sicherzustellen.¹ Das SFBG beruht auf der europäischen Richtlinie 2019/1161/EU über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge (in der Folge **„Clean Vehicles Direktive“** oder **„CVD“**), deren Ziel die Reduktion der negativen Umweltauswirkungen durch die Absenkung der Luftschadstoffemissionen von Straßenfahrzeugen sowie die Förderung des Marktes für saubere Straßenfahrzeuge ist.² Systematisch setzt das SFBG bei der Durchführung von Vergabeverfahren nach dem **BVergG 2018** bzw dem Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzession 2018), BGBl I Nr 65/2018 (in der Folge **„BVergGKonz 2018“**) an und ist somit **eng mit diesen Gesetzen verknüpft**.³

2.2. Anwendungsbereich des SFBG

2.2.1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Das SFBG erfasst gemäß § 12 SFBG **alle Aufträge** und Konzessionsverträge gemäß § 3 Z 1 bis 3 SFBG, bei denen die **Bekanntmachung** gemäß den §§ 56, 57 Abs 2, 225 oder 226 Abs 2 BVergG 2018 oder gemäß den §§ 31 oder 36 BVergGKonz 2018 (Art 3 CVD spricht in diesem Zusammenhang vom „Aufruf zum Wettbewerb“) **nach dem 2.8.2021** erfolgt ist.


Da § 12 SFBG im Zusammenhang mit dessen zeitlichen Geltungsbereich von **„Aufträgen“** spricht, ist weiters festzuhalten, dass – der Systematik des BVergG 2018 folgend – hier der **Zeitpunkt der Zuschlagserteilung** ausschlaggebend ist, da mit dieser vergaberechtlich der jeweilige **Auftrag begründet** wird.

Mit **„Bekanntmachung“** bzw **„Aufruf zum Wettbewerb“** ist die **Einleitung des Vergabeverfahrens** mittels Bekanntmachung zu verstehen, wobei der **Tag der Absendung der Bekanntmachung** maßgeblich ist. Bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (etwa beim Nicht offenen Verfahren ohne vorherige

¹ *Heid/Hofbauer*, Die Pflicht zum nachhaltigen öffentlichen Fuhrpark: Einstieg in das neue Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, RPA 2021, 255.

² RL (EU) 2019/1161 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABI 2019/188, 116.

³ *Schröder*, Das saubere Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2021, 499.



Bekanntmachung) ist die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes maßgeblich.⁴ Für Dienstleistungsaufträge zur „Nachrüstung von Straßenfahrzeugen zu sauberen Straßenfahrzeugen“ gemäß § 3 Z 4 SFBG und zu „sonstigen Nachrüstungen“ gemäß § 3 Z 5 SFBG gilt das SFBG, wenn deren Zuschlagserteilung nach Ablauf des 2.8.2021 erfolgte bzw deren Nachrüstung nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurde. Das bedeutet, dass auch nicht saubere Straßenfahrzeuge, die vor Ablauf des 2.8.2021 beschafft wurden, allerdings nach Ablauf des 2.8.2021 zu „sauberen Fahrzeugen“ nachgerüstet werden, bei der Berechnung der Mindestanteile zu berücksichtigen sind.

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass der zeitliche Anwendungsbereich des SFBG (grundsätzlich) dann eröffnet ist, wenn

- (1) das dem Auftrag zugrundeliegende **Vergabeverfahren nach dem 2.8.2021 bekanntgemacht** wurde und
- (2) die **Zuschlagserteilung in diesem Verfahren nach dem 2.8.2021** erfolgt ist.

Liegen diese Voraussetzungen kumulativ vor, sind die beschafften bzw eingesetzten Straßenfahrzeuge für die Berechnung der Gesamtanzahl der Straßenfahrzeuge sowie der Mindestanteile in einem Bezugszeitraum zu berücksichtigen.⁵


2.2.1.1. Sonderfall: Rahmenvereinbarungen und dynamische Beschaffungssysteme

Die soeben dargestellten Voraussetzungen für die Eröffnung des zeitlichen Anwendungsbereichs des SFBG (Bekanntmachung und Zuschlagserteilung nach dem 2.8.2021) sind grundsätzlich auch für Rahmenvereinbarungen und dynamische Beschaffungssysteme heranzuziehen. Es ist somit nicht auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung bzw der Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems abzustellen, sondern **ebenfalls** auf den **Zeitpunkt der Auftragserteilung**.

Die Auftragserteilung erfolgt bei der Rahmenvereinbarung und dem dynamischen Beschaffungssystemen jedoch nicht bereits mit dem formalen Abschluss des

⁴ Schröder, Das saubere Straßenfahrzeug-Beschaffungs-Gesetz im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2021, 499.

⁵ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 15.



zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, sondern erst infolge eines späteren **Leistungsabrufs aus der Rahmenvereinbarung** gemäß §§ 155 oder 316 BVergG 2018 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen aufgrund von Rahmenvereinbarungen) bzw erst infolge der späteren Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß §§ 162 oder 323 BVergG 2018 (Vergabe von Aufträgen aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems). Wird daher beispielweise eine Rahmenvereinbarung während des ersten Bezugszeitraumes (3.8.2021 bis 31.12.2025) abgeschlossen und werden in der Folge die Abrufe aus der Rahmenvereinbarung erst im zweiten Beschaffungszeitraum durchgeführt (1.1.2026 bis 31.12.2030), so sind die derart beschafften bzw eingesetzten Fahrzeuge erst dem zweiten Beschaffungszeitraum zuzurechnen (= Zeitpunkt der Zuschlagserteilung und somit Zeitpunkt der Beauftragung).⁶

Im Hinblick auf die Berichtspflichten des Auftraggebers gemäß § 7 SFBG ist im Zusammenhang mit Rahmenvereinbarungen und dynamischen Beschaffungssystemen daher stets zu berücksichtigen, dass sich die Berichterstattung nach dem SFBG nur auf „**vergebene Aufträge**“ bezieht. Im Hinblick auf Rahmenvereinbarungen bedeutet dies, dass erst eine Auftragserteilung aufgrund eines **Abrufs aus einer Rahmenvereinbarungen** vom Auftraggeber im Rahmen seiner Meldung bekanntzugeben ist.⁷

2.2.1.2. Abrufe aus bestehenden (Alt-)Rahmenvereinbarungen

Da nach dem soeben dargestellten System des BVergG 2018 der Abschluss einer Rahmenvereinbarung und die im SFBG geforderte Zuschlagserteilung zeitlich auseinanderfallen, gilt es vor allem im Hinblick auf Rahmenvereinbarungen die vor dem 2.8.2021 abgeschlossen wurden (in der Folge „**Alt-Rahmenvereinbarung**“) zu klären, ob ein nach dem 2.8.2021 durchgeführter Abruf aus einer solchen Alt-Rahmenvereinbarung dem Regelungsregime des SFBG unterliegt.

§ 12 Abs 4 SFBG stellt in diesem Zusammenhang ausdrücklich klar, dass ein Zuschlag für einen Auftrag, der an sich in einen Bezugszeitraum des SFBG fällt (siehe dazu im

⁶ Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2,3,4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität, ABI L 2020/C 352/01.

⁷ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 17.

Detail Punkt 2.4), aber aufgrund einer Rahmenvereinbarung erfolgt, bei der das „*jeweilige Vergabeverfahren*“ vor Ablauf des 2.8.2021 bekannt gemacht oder eingeleitet wurde, **nicht in den Geltungsbereich des SFBG fällt**. Analoges gilt für Auftragsvergaben aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems, nicht aber für die Einrichtung eines Prüfsystems (da bei letzterem nach Bekanntmachung des Prüfsystems im Endeffekt ein gesamtes Vergabeverfahren durchgeführt wird). Da die **Laufzeit von Rahmenvereinbarungen** nach den Bestimmungen des BVergG 2018 grundsätzlich mit vier Jahren beschränkt ist (eine längere Laufzeit der Rahmenvereinbarungen ist zwar vergaberechtlich möglich, muss jedoch sachlich gerechtfertigt sein), ist das Zurückgreifen auf bestehende (Alt-)Rahmenvereinbarungen – aufgrund dieser eingeschränkten Laufzeit – jedenfalls zeitlich befristet. Sollte eine (Alt-)Rahmenvereinbarung mit einer längeren Vertragslaufzeit als die vorgesehenen 4 Jahre bestehen, kann grundsätzlich auch auf diese zurückgegriffen werden. Dies in der Regel auch dann, wenn die (Alt-)Rahmenvereinbarung vergaberechtswidrig abgeschlossen wurde und mangels rechtzeitiger Anfechtung des zugrundeliegenden Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung sowohl für den Auftraggeber als auch für die Bieter respektive die Rahmenvereinbarungspartner unanfechtbar bzw. bestandfest geworden ist (sogenannte „**Präklusionswirkung**“).

Zwischenergebnis

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass ein **Abruf aus einer Rahmenvereinbarung nach dem 2.8.2021**, der auf Grundlage einer (Alt-)Rahmenvereinbarungen durchgeführt wurde, deren **zugrundliegendes Vergabeverfahren vor dem 2.8.2021** bekannt gemacht oder – ohne vorherige Bekanntmachung – eingeleitet wurde (nach dem Wortlaut der CVD „*der Aufruf zum Wettbewerb nach dem 2.8.2021 ergangen ist*“), **nicht dem Anwendungsbereich des SFBG unterliegt**.⁸

⁸ Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2,3,4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität, ABI L 2020/C 352/01.

Praxisbeispiel:

Ein öffentlicher Auftraggeber führt zum Zwecke der Beschaffung bzw dem Abschluss eines Dienstleistungsvertrages für den Einsatz von Straßenfahrzeugen einen Abruf aus einer **bestehenden (Alt-)Rahmenvereinbarung** durch (Einleitung oder Bekanntmachung des der Rahmenvereinbarung zugrundeliegenden Vergabeverfahrens vor Ablauf des 2.8.2021). Die auf diesem Weg beschafften bzw eingesetzten Fahrzeuge sind **nicht vom Geltungsbereich des SFBG erfasst** und sind daher – unabhängig ihrer tatsächlichen Auspuffemissionswerte – **weder bei der Berechnung der Gesamtzahl noch bei der Berechnung des Mindestanteils zu berücksichtigen**.

Praxisbeispiel:

Ein öffentlicher Auftraggeber führte zur Beschaffung von Straßenfahrzeugen ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch, dessen Einleitung bzw Bekanntmachung vor dem 2.8.2021 erfolgte. Die Rahmenvereinbarung wurde dabei für eine Laufzeit von 8 Jahren abgeschlossen.

Da die Einleitung bzw Bekanntmachung des der Rahmenvereinbarung zugrundeliegenden Vergabeverfahrens vor dem 2.8.2021 erfolgte, handelt es sich um eine **(Alt-)Rahmenvereinbarung**, deren Leistungsabrufe nicht vom Geltungsbereich des SFBG erfasst. Hinsichtlich der unter Umständen vergaberechtswidrigen langen Laufzeit der Rahmenvereinbarung von 8 Jahren ist festzuhalten, dass diese mangels rechtzeitiger Anfechtung zwischen dem Auftraggeber und den Rahmenvereinbarungspartnern bestandfest (und grundsätzlich unanfechtbar) geworden ist.

Es ist aber darauf hinzuweisen, dass diese Ausnahmeregelung des § 12 Abs 4 SFBG auch auf „saubere Straßenfahrzeuge“ iSd SFBG anzuwenden ist. Sollte daher ein öffentlicher Auftraggeber aus einer bestehenden (Alt-)Rahmenvereinbarung bereits „saubere Straßenfahrzeuge“ iSd SFBG beschafft bzw eingesetzt haben, so kann er sich diese ebenso wenig (im positiven Sinn) zurechnen lassen.

2.2.2. Persönlicher Anwendungsbereich

Neben dem zeitlichen Anwendungsbereich muss auch der **persönliche Anwendungsbereich** des SFBG eröffnet sein, damit ein Auftraggeber den

Verpflichtungen des SFBG unterworfen ist. Vom persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes sind gemäß § 1 iVm § 2 Z 1 SFBG **öffentliche Auftraggeber** gemäß § 4 Abs 1 BVergG 2018, **Sektorenauftraggeber**⁹ gemäß den §§ 167 bis 169 BVergG 2018 (somit „öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber“, „öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber“ und „private Sektorenauftraggeber“ [zB Rechtsträger die eine Sektorentätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben) und **Auftraggeber gemäß § 4 BVergGKonz 2018** umfasst.

Als „**Auftraggeber**“ (öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber) ist daher zunächst nach den Begriffsbestimmungen des BVergG 2018 jeder Rechtsträger anzusehen, „*der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt*“.¹⁰ Nach **§ 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018** sind – neben dem **Bund**, den **Ländern**, den **Gemeinden** und den **Gemeindeverbänden** – auch **Einrichtungen** als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren, wenn diese¹¹

- (1) zu dem **besonderen Zweck** gegründet wurden, im **Allgemeininteresse liegende Aufgaben** zu erfüllen, die **nicht gewerblicher Art** sind (lit a) und
- (2) zumindest **teilrechtsfähig** sind (lit b) und
- (3) von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern **beherrscht** werden (lit c).

Eine **Beherrschung** iSd § 4 Abs 1 Z 2 lit c BVergG 2018 liegt vor, wenn

- a) die Einrichtung überwiegend von anderen öffentlichen Auftraggebern **finanziert** wird oder
- b) die Einrichtung hinsichtlich ihrer **Leitung der Aufsicht** durch andere öffentliche Auftraggeber unterliegt oder

⁹ Sektorenauftraggeber sind im Wesentlichen (öffentliche und private) Einrichtungen, die eine Sektorentätigkeit ausüben. Sektorentätigkeit iSd BVergG 2018 sind Tätigkeiten im Bereich Verkehrsleistungen, Gas, Wärme, Elektrizität, Wasser, Postdienste, Häfen und Flughäfen.

¹⁰ § 2 Z 5 BVergG 2018.

¹¹ EuGH 5.10.2017, Rs C-567/15, *LitSpecMet*, R 29.

- c) das **Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan** der Einrichtung mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von anderen öffentlichen Auftraggebern ernannt worden sind.

Öffentliche Auftraggeber, die eine Einrichtung iSd § 4 Abs 1 Z 2 lit c BVergG 2018 **beherrschen**, sind alle öffentlichen Auftraggeber gemäß § 4 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG 2018 (somit einerseits der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände oder öffentliche Einrichtungen, die selbst den Kriterien des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 entsprechen).

Alle drei genannten **Voraussetzungen** des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 müssen **kumulativ** erfüllt sein, um von einem öffentlichen Auftraggeber sprechen zu können.¹² Sollte eines der drei oben dargestellten Elemente bei einer Einrichtung somit nicht vorliegen, ist diese auch nicht als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren und somit nicht zur Anwendung des BVergG 2018¹³ – und folglich nicht zur Anwendung des SFBG – verpflichtet.

In der Folge wird nun das Vorliegen der einzelnen Tatbestandselemente des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 im Hinblick auf die mit den Städten und Gemeinden verbundenen Einrichtungen bzw Unternehmen kurz analysiert:

2.2.3. (Teil-) Rechtsfähigkeit

Nach § 4 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018 muss eine Einrichtung zumindest **teilrechtsfähig** sein. Das trifft jedenfalls für vollrechtsfähige juristische Personen öffentlichen Rechts wie Körperschaften, Fonds oder Anstalten und privatrechtliche Einrichtungen wie Kapitalgesellschaften, Vereine, Privatstiftungen oder Genossenschaften zu.¹⁴

Bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (in der Folge „**GmbH**“) bzw einer Aktiengesellschaft (in der Folge „**AG**“) handelt es sich um Kapitalgesellschaften. Wird das Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH oder in einer AG betrieben bzw handelt es sich um einen Verein, eine Privatstiftung oder Genossenschaft bzw um

¹² EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria*, RN 21; VwGH 16.12.2015, Ro 2014/04/0065.

¹³ EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*.

¹⁴ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 303; *Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann*, Kommentar zum BVergG (2012) § 3 Rz 31, mwN; *Pünder in Pünder/Schellenberg*, Handkommentar Vergaberecht² (2015), § 98 GWB, Rz 21.

Körperschaft, Fonds oder Anstalt ist somit die (Teil-)Rechtsfähigkeit der Einrichtung / des Unternehmens unzweifelhaft gegeben.

2.2.4. Überwiegende staatliche Finanzierung, Aufsicht über die Leitung oder mehrheitliche Bestellung der Aufsichtsorgane

Die Leitung der betreffenden Einrichtung bzw des Unternehmens muss der **Aufsicht durch einen öffentlichen Auftraggeber** unterliegen. Dafür ist wesentlich, dass der öffentliche Auftraggeber einen Einfluss auf die Entscheidungen der Einrichtungen nehmen kann.¹⁵

2.2.5. Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art

Es handelt sich beim „Allgemeininteresse“ im vergaberechtlichen Sinn *„um gewisse Kernbereiche von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge), die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger der Interessen der Gesamtheit“* durchgeführt werden.¹⁶ Regelmäßig kann man davon ausgehen, dass ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform einer öffentlichen Zwecksetzung und damit der Verwirklichung eines Allgemeininteresses dient. Während eine öffentlich-rechtliche Rechtsform der Einrichtung eine öffentliche Zwecksetzung und damit die Verwirklichung eines Allgemeininteresses zumindest vermuten lässt, ist das Tätigwerden einer Einrichtung in privatrechtlichen Rechtsformen durch eine *„spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare originäre staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann“*.¹⁷ Aufgaben im Allgemeininteresse können zB im Betrieb von Spitälern, Altersheimen, Kindergärten, Museen, Sportanlagen, Bildungseinrichtungen und dem Friedhofs- und Bestattungswesen bestehen.

Neben den „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben“ bedarf es für das Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers zwingend noch der Erfüllung von Aufgaben „nicht gewerblicher Art“. Dabei ist etwa auf die vom EuGH entwickelten Tatbestandsmerkmalen abzustellen. Zu nennen sind vor allem die Forderung nach einem „besonderen Gründungszweck“, das Fehlen einer grundsätzlichen

¹⁵ *Heid* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer*, *BVergG* 2018 § 4 Rz 26.

¹⁶ *Heid* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer*, *BVergG* 2018 § 4 Rz 8.

¹⁷ EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 22.

Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen von Wettbewerb am relevanten Markt sowie die wirtschaftliche Risikotragung durch andere.¹⁸

Zwischenergebnis:

Neben dem **Bund**, den **Ländern**, den **Gemeinden** und den **Gemeindeverbänden** sind auch Einrichtungen bzw Unternehmen, die


- (1) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind und
- (2) zumindest (teil-)rechtsfähig sind und
- (3) einer Beherrschung gemäß § 4 Abs 1 Z 2 lit c BVergG 2018 unterliegen,

im Sinne des BVergG 2018 als **öffentlicher Auftraggeber** zu qualifizieren. Der persönliche Anwendungsbereich des SFBG ist daher auch für solche Einrichtungen bzw Unternehmen eröffnet. Ob etwa Verkehrsverbundorganisationsgesellschaften, Verkehrsbetriebe bzw sonstige Versorgungsbetriebe des Bundes / der Länder / der Städte / der Gemeinden / der Gemeindeverbände die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des BVergG 2018 zukommt, bedarf stets eine Prüfung im Einzelfall. In der Regel werden diese Einheiten jedoch als öffentliche Auftraggeber im Sinne des BVergG 2018 zu qualifizieren sein. Die Gemeinden oder die Städte als öffentliche Auftraggeber treffen - unabhängig davon, ob diese über einen „eigenen“ Verkehrsbetrieb verfügen - jedenfalls die Verpflichtungen aus dem SFBG.

2.2.6. Sachlicher Anwendungsbereich des SFBG

In einem letzten Schritt muss neben dem zeitlichen und persönlichen Anwendungsbereich auch der sachliche Anwendungsbereich vorliegen, damit da SFBG zur Anwendung gelangt. In den sachlichen Geltungsbereich des SFBG fallen gemäß § 3 leg cit SFBG ausschließlich die Vergabe von

¹⁸ Heid in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018 § 4 Rz 13.

- 
- (1) **Lieferaufträgen** über den **Kauf**, das **Leasing**, die **Miete** oder den **Ratenkauf** von **Straßenfahrzeugen**, welche im **Oberschwellenbereich** vergeben wurden (Z 1 leg cit),
 - (2) Dienstleistungskonzessionsverträgen gemäß § 6 BVergGKonz 2018 und **Dienstleistungsaufträgen** gemäß § 7 BVergG 2018, die jeweils die Erbringung von **öffentlichen Personenverkehrsdienstleistungen auf der Straße** zum Gegenstand haben und deren geschätzter **Jahresdurchschnittswert mindestens EUR 1 Mio** (exkl USt) beträgt oder **eine jährliche Personenverkehrsleistung von mindestens 300.000 km** aufweisen (Z 2 leg cit) sowie
 - (3) bestimmten in **Anhang II des SFBG** taxativ genannten **Dienstleistungsaufträgen** gemäß § 7 BVergG 2018 im **Oberschwellenbereich** (zB Abholung von **Siedlungsabfällen**¹⁹ [umfasst etwa das Einsammeln von Hausmüll sowie die Altpapiersammlung], **Paketbeförderung, Post- und Paketzustellung, Personensonderbeförderung** [Straße], Öffentlicher Verkehr [Straße]) (§ 3 Z 3 leg cit).

Im Zusammenhang mit § 3 Z 2 SFBG ist der Vollständig halber auf die Verordnung (EG) Nr 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr 1191/69 und (EWG) Nr 1107/70 des Rates (in der Folge „**PSO-VO**“) hinzuweisen. Diese hat unter anderem öffentliche Personenverkehrsdienste **auf der Schiene** zum Regelungsinhalt. Nachdem das SFBG in § 3 Z 2 SFBG jedoch ausdrücklich auf Personenverkehrsdienste **auf der Straße** abstellt, sind Dienstleistungskonzessionsverträge und Dienstleistungsaufträge, welche die Erbringung von Personenverkehrsdienstleistungen auf der Schiene zum Gegenstand haben, jedenfalls insoweit vom Anwendungsbereich des SFBG ausgeschlossen. Im Übrigen gelten Straßenbahnen als Teil des Eisenbahnsystems nicht als Straßenfahrzeuge im Sinne des SFBG und fallen damit ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich des SFBG.²⁰ Weitere Ausführungen zur PSO-VO (konkret welche

¹⁹ Siehe CPV-Code 90511000-2.

²⁰ Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2,3,4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und

Dienstleistungsaufträge im Sinne der PSO-VO in den Anwendungsbereich der CVD fallen) sind Punkt 2.2.6.2 zu entnehmen.

Der EU-Schwellenwert für öffentliche Ausschreibungen (sogenannter „**Oberschwellenbereich**“) liegt seit dem 1.1.2022 bei **Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bei EUR 215.000,--** (exkl USt).²¹ Bei den Sektorenauftraggebern liegt der EU-Schwellenwert bei EUR 431.000,-- (exkl USt). Aufträge unterhalb dieser Wertgrenzen fallen somit in den „weniger streng“ reglementierten **sogenannten „Unterschwellenbereich“** und **unterliegen nicht dem Anwendungsbereich des SFBG**.²² Als **zentrale Voraussetzung** für die Öffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des SFBG ist somit, dass das vom Auftraggeber durchgeführte **Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich** erfolgt (ist). Liegt der geschätzte Auftragswert hingegen im Unterschwellenbereich, ist der Anwendungsbereich des SFBG **nicht eröffnet**. Die Grenze für Direktvergaben liegt in Österreich derzeit bei EUR 100.000,-- (exkl USt) gemäß § 46 Abs 2 BVergG 2018 iVm SchwellenwerteVO 2018 BGBl II Nr 211/2018 idGF. Damit sind auch Aufträge, die im Wege der Direktvergabe vergeben werden, nicht vom Anwendungsbereich des SFBG umfasst.

Zur Bestimmung, ob eine Vergabe im **Oberschwellenbereich** vorliegt (also die Feststellung, ob der Auftragswert eines Liefer- oder Dienstleistungsauftrags den Schwellenwert von EUR 215.000,-- [exkl USt] überschreitet), hat der öffentliche Auftraggeber zwingend auf die einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2018 bzw des BVergGKonz 2018 zur Berechnung des Auftragswerts zurückzugreifen.²³

energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität, ABI L 2020/C 352/01.

²¹ Mitteilung der EU-Kommission: Gegenwerte der Schwellenwerte der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, 2021/C 457/01 vom 11.11.2021.

²² *Fruhmann/Zinzel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberer Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

²³ §§ 13 ff BVergG 2018; ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 7.

Praxisbeispiel

Auftraggeber A beabsichtigt Straßenfahrzeuge anzumieten. Ist die Vergabe von Lieferaufträgen über die Miete von Straßenfahrzeugen vom sachlichen Anwendungsbereich SFBG umfasst?


Vom sachlichen Anwendungsbereich des SFBG ist gemäß § 3 Z 2 SFBG die Vergabe von **Lieferaufträgen** über den **Kauf**, das **Leasing**, die **Miete** oder den **Ratenkauf** von **Straßenfahrzeugen** im **Oberschwellenbereich** umfasst (bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen beträgt der EU-Schwellenwert aktuell EUR 215.000,-- [exkl USt]).

2.2.6.1. Sonderfall: In-House-Vergabe gemäß § 10 Abs 1 und Z 3 BVergG 2018

Im Zusammenhang mit dem sachlichen Anwendungsbereich des SFBG ist ergänzend festzuhalten, dass dieser nur dann eröffnet ist, sofern die Regelungen des BVergG 2018 auch tatsächlich zur Anwendung gelangen. So verweisen auch die erläuternden Bemerkungen zum SFBG ausdrücklich darauf, dass *"der Geltungsbereich des Gesetzes nur dann eröffnet ist, wenn die in den [§ 3] Z 1 bis 4 [SFBG] zitierten gesetzlichen Bestimmungen [des BVergG 2018] zur Anwendung kommen (hier ist auf einschlägige Ausnahmeregelungen zum BVergG 2018 und BVergGKonz 2018 aufmerksam zu machen; dies schließt Freistellungen gemäß § 184 BVergG 2018 mit ein [vgl. in diesem Zusammenhang auch § 178 Abs. 1 Z 27 bis 29 BVergG 2018])"*.

Demzufolge findet das SFBG dann keine Anwendung, wenn bei der „Beschaffung“ der Straßenfahrzeuge bzw der Leistungen auch der Anwendungsbereich des BVergG 2018 nicht eröffnet ist. Dies ist etwa bei den einschlägigen Ausnahmebestimmungen der §§ 9 und 10 BVergG 2018 der Fall. So kommt etwa das BVergG 2018 bei Vorliegen der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands gemäß § 10 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 („In-House-Vergabe“) nicht zur Anwendung. Einer „In-House-Vergabe“ liegt dabei folgender **Regelungsgedanke zugrunde**: Decken öffentliche (Sektoren-)Auftraggeber ihre Nachfrage nicht am Markt, sondern mit eigenen Mitteln, soll das Vergaberecht keine Anwendung finden. Andererseits dürfen ausschreibungsfreie Beauftragungen nicht zu ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteilen führen.²⁴

²⁴ Heid in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018 § 10 Rz 3.



In diesem Zusammenhang ist jedoch auf Folgendes hinzuweisen: Da es sich bei der an den öffentlichen Auftraggeber leistenden „In-House-Tochter“ in der Regel selbst um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des BVergG 2018 handelt (bzw handeln muss), hat diese bei der eigenen Beschaffung der Leistung (zB Einkauf an sauberen Straßenfahrzeugen) selbst das BVergG 2018 und daher in der Folge auch das SFBG anzuwenden. Die In-House-Tochter hat daher iSd SFBG selbst den Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen sicherzustellen.

Zu beachten ist der vergaberechtliche Grundsatz, wonach **Sondertatbestände stets restriktiv auszulegen** sind. Auftraggeber sind daher bei der Beurteilung der Zulässigkeitsvoraussetzungen zu einem **hohen Sorgfaltsmaßstab** verpflichtet.²⁵ Darüber hinaus muss das Vorliegen der (Sonder-)Voraussetzungen auch bereits im Vorfeld dokumentiert und geprüft werden²⁶ und darf **insbesondere keine Umgehungs konstruktion darstellen**. Schädliche Umgehungs konstruktionen liegen in der Regel dann vor, wenn der einzige Grund für die Wahl des Sondertatbestandes nur jener ist, dass das BVergG 2018 nicht zur Anwendung gelangen soll bzw keine darüberhinausgehenden Gründe vorliegen. Die entsprechende Beweislast für das Vorliegen entsprechender sachlicher, technischer, wirtschaftlicher, und/oder rechtlicher Gründe, liegt beim jeweiligen Auftraggeber, der sich auf den Ausnahmetatbestand beruft.

Festzuhalten ist insbesondere im Zusammenhang mit der „*In-house-Vergabe*“, dass die gegenständlich rechtliche Einschätzung von einer richtlinienkonformen Umsetzung der CVD durch den österreichischen Gesetzgeber ausgeht bzw streng auf den Wortlaut des SFBG sowie die entsprechenden erläuternden Bemerkungen abstellt. Änderungen dieser Annahme (zB aufgrund einer vom EuGH erkannten Vertragsverletzung von Österreich) können – wie stets bei der Auslegungsfragen sogenannter harmonisierter EU-Rechtsbereiche – auch zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen.

²⁵ VwGH 9.9.2015, Ro 2015/04/0013; BVwG 20.2.2015, W 123 2008288-1/28E.

²⁶ BVA 17.3.2009, N/0078-BVA/08/2008-347 mwN.

Praxisbeispiel

Auftraggeber A vergibt an Auftraggeber B im Rahmen einer In-House-Vergabe Personenverkehrsdienstleistungen auf der Straße im Sinne der PSO-VO. Die Personenverkehrsdienstleistung übersteigt die in § 3 Z 2 SFBG genannten Schwellenwerte. Fällt die Vergabe der Personenverkehrsdienstleistung in den Anwendungsbereich des SFBG?

Bei dem einschlägigen Ausnahmetatbestand der „In-House-Vergabe“ gelangt das BVergG 2018 nicht zur Anwendung. Ist der Anwendungsbereich des BVergG 2018 bei einem Beschaffungsvorgang (rechtskonform) nicht eröffnet, findet auch das SFBG grundsätzlich keine Anwendung. Gegenständlich wird die Personenverkehrsdienstleistung auf der Straße im Sinne der PSO-VO im Rahmen einer In-House-Vergabe vergeben. Aufgrund des einschlägigen Ausnahmetatbestandes der In-House-Vergabe findet das SFBG bei der Vergabe der Personenverkehrsdienstleistung auf der Straße im Sinne der PSO-VO keine Anwendung. Allerdings unterliegt der **Auftraggeber B als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2018 und hier als „In-House-Tochter“ bei der Beschaffung der Straßefahrzeuge** (welche er mitunter bei der Erbringung der Personenverkehrsdienstleistung einsetzen wird) **dem Anwendungsbereich des SFBG.**

2.2.6.2. EXKURS: Richtlinienkonforme Umsetzung des Anwendungsbereiches?

Zunächst ist wichtig, die rechtliche Lage auf Ebene der Europäischen Union (in der Folge auch „EU“) darzustellen, die über allen nationalen Rechtsgrundlagen und Praktiken steht und das nationale Recht der Mitgliedstaaten – somit auch das Recht Österreichs – durchdringt. Gerade in der Umweltpolitik der Union zeigt sich eine Tendenz, die auch von nationalen Entscheidungsträgern zu berücksichtigen ist (zB öffentlichen Auftraggebern), wenn Entscheidungen langfristig haltbar sein sollen. Die EU verfolgt nämlich auf unterschiedlichen Ebenen und über ein breites Maßnahmenpaket – nicht zuletzt über den „Green Deal“²⁷, das „Fit for 55“-Paket²⁸ und

²⁷ Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über Der europäische Grüne Deal, COM(2019) 640 final.

²⁸ Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über „Fit für 55“: auf dem Weg zur Klimaneutralität – Umsetzung des EU- Klimaziels für 2030, COM(2021) 550 final.

das Europäische Klimagesetz²⁹ – das Ziel eines klimaneutralen Europas bis zum Jahr 2050. So ruft die Kommission im Rahmen des „Green Deal“ unter anderem dazu auf, die Verschmutzung von Luft, Wasser, Böden und Produkten besser zu kontrollieren, darüber zu berichten, diese zu verhindern und zu beseitigen.³⁰ Die nachhaltige Transformation der Wirtschaft, der Energie- und weiteren Infrastrukturversorgung soll dem Klimawandel dauerhaft entgegenwirken. Dies alles basiert auch auf der völkerrechtlichen Verpflichtung des Pariser Klimaschutzübereinkommens.

Insbesondere in harmonisierten Rechtsbereichen wie dem Vergaberecht, bildet das Recht der EU somit einen unabdingbaren Rahmen, den es in der Interpretation und Anwendung nationalen Rechts stets mitzudenken gilt. Dies ergibt sich vor allem aus der unmittelbaren³¹ und vorrangigen³² Anwendung des Unionsrechts, wird aber ebenso aus der Loyalitätsverpflichtung des Art 4 Abs 3 EUV sowie aus Art 288 Abs 3 AEUV abgeleitet.³³ Dies führt dazu, dass **innerstaatliches Recht** stets **unionsrechtskonform auszulegen** ist, wiederum insbesondere dort, wo es sich um eine harmonisierte Rechtsnorm handelt. Wo dem nationalen Recht eine Richtlinie zugrunde liegt, ist dieses ebenfalls richtlinienkonform auszulegen.³⁴ Dabei ist freilich auch die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen.³⁵ Da diese Verpflichtungen an die Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit gerichtet sind, betrifft sie grundsätzlich auch alle drei Gewalten: Legislative, Exekutive und Judikative.

²⁹ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999 (Europäisches Klimagesetz) vom 5.5.2021. Siehe ausführlich *Stangl*, Zur Genese des Europäischen Klimagesetzes, NR 21, 14.

³⁰ Europäische Kommission, „Pathway to a Healthy Planet for All. EU Action Plan: 'Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil'“ (12.5.2021) COM(2021) 400 final, 1.

³¹ EuGH 5.2.1963, Rs C-26/62 (Van Gend en Loos).

³² EuGH 15.7.1964, Rs C-6/64 (Costa/E.N.E.L.).

³³ So schon EuGH Rs C-14/83, von Colson, ECLI:EU:C:1984:153, Rn 26. Siehe auch *Fetzer/Fischer*, Europarecht¹²2019, 48 Rn 181; *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht 2012, 78 und 84–85; *Roth*, Richtlinienkonforme Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 2010, 393 (395-396 Rn 3-4).

³⁴ EuGH Rs C-14/83, von Colson, ECLI:EU:C:1984:153, Rn 26 und 28. Siehe auch *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung 2003, 104; *Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121 (123); *Schütze*, European Union Law²2018, 103.

³⁵ Siehe *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung 2003, 113–114; *Roth*, Richtlinienkonforme Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 2010, 393 (396 Rn 5). Vgl auch OGH RS0110582 und RS0109951.

Vor diesem Hintergrund ist Folgendes festzuhalten:

Wie bereits unter Punkt 2.1 näher ausgeführt, beruht das SFBG auf der europäischen Richtlinie 2019/1161/EU über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge („CVD“).³⁶ Bei Betrachtung des genauen Wortlautes des **Art 3 Abs 1 lit b der CVD** („Anwendungsbereich“) und des **§ 3 Z 2 SFBG** („Geltungsbereich“) fällt auf, dass zwischen der Bestimmung in der CVD und der (umgesetzten) Bestimmung im SFBG eine **Diskrepanz** vorliegt (siehe nachstehende Tabelle).

Gegenüberstellung CVD - SFBG	
Art 3 Abs 1 lit b CVD	§ 3 Z 2 SFBG
<p>Diese Richtlinie gilt für die Beschaffung im Wege von:</p> <p>[...]</p> <p>b) öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Verordnung (EG) Nr 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates, die die Erbringung von Personenverkehrsdienstleistungen auf der Straße über einen von den Mitgliedstaaten festzulegenden Schwellenwert hinaus zum Gegenstand haben, der den in Artikel 5 Absatz 4 jener Verordnung festgelegten Schwellenwert nicht übersteigt;</p> <p>[...]</p>	<p>Dieses Bundesgesetz gilt für die Beschaffung bzw den Einsatz von Straßenfahrzeugen im Wege</p> <p>[...]</p> <p>2. der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen gemäß § 6 BVergGKonz 2018 und Dienstleistungsaufträgen gemäß § 7 BVergG 2018, die jeweils die Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdienstleistungen auf der Straße zum Gegenstand haben und deren geschätzter Jahresdurchschnittswert mindestens 1 000 000 Euro beträgt oder die eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von mindestens 300 000 km aufweisen,</p> <p>[...]</p>

Während gemäß Art 3 Abs 1 lit b der CVD **öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der PSO-VO** in den Anwendungsbereich der CVD fallen, gelangt das SFBG gemäß § 3 Z 2 SFBG bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen gemäß § 7 **BVergG 2018** bzw bei Dienstleistungsleistungskonzessionsverträge gemäß § 6 **BVergGKonz 2018** zur Anwendung.

³⁶ RL (EU) 2019/1161 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABI 2019/188, 116.

Auf den ersten Blick könnte der Verweis im SFBG auf das BVergGKonz 2018 bzw auf das BVergG 2018 im Hinblick auf den Geltungsbereich des SFBG einen Anhaltspunkt darstellen, dass die CVD (bezogen auf den Geltungsbereich) keine richtlinienkonforme – zumindest keine 1:1 – Umsetzung in das SFBG erfahren hat; fehlt doch der Verweis auf den weiten Auftragsbegriff der PSO-VO. Denn nach Art 2 lit i PSO-VO sind „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ grundsätzlich alle *„rechtsverbindlichen Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen“*.

Die nicht wortidante Umsetzung wird allerdings in den erläuternden Bemerkungen erklärt, wonach *„der Verweis in Z 2 auf das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 bzw auf das Bundesvergabegesetz 2018 keine inhaltliche Abweichung von der CVD vorsieht, sondern allein die Vorgabe des Art 3 Abs 1 lit b der CVD hinsichtlich der zu erfassenden Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienstleistungen im Sinne der Verordnung (EG) Nr 1370/2007 umsetzt.“*³⁷ (Hervorhebungen durch den Verfasser) Insbesondere wird klargestellt, dass Dienstleistungsaufträge im Sinne der PSO-VO im Anwendungsbereich der CVD nicht alle Dienstleistungsaufträge gemäß Art 2 lit i der PSO-VO sind, sondern eben **nur jene, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens vergeben werden.**³⁸ Diese Auslegung stützt sich darauf, dass Art 3 Abs 1 der CVD explizit darauf verweist, dass die Richtlinie nur *„für Beschaffung im Wege von“* den nachfolgenden in lit a bis c angeführten Aufträgen gilt. Weiters nimmt Art 3 Abs 1 der CVD im Schlussteil nur auf jene Aufträge Bezug, bei denen der Aufruf zum Wettbewerb nach dem 2. August 2021 ergangen ist oder – falls ein Aufruf zum Wettbewerb nicht vorgesehen ist – bei denen der öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber das Vergabeverfahren nach diesem Datum eingeleitet hat. Diese Formulierung ist Art 5 Abs 4 der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl Nr L 94 vom 28.3.2014, S 65 (in der Folge **„Vergaberichtlinie“**) entlehnt, die wiederum im BVergG 2018 umgesetzt wurde. Die Beschränkung der Anwendbarkeit einerseits auf die *„Beschaffung“* sowie andererseits auf *„Verfahren mit einem Aufruf zum Wettbewerb“*, wobei dieser in Anlehnung an die Vergaberichtlinie formuliert ist, zeigen

³⁷ EBRV 69 BlgNR XXVI GP 22.

³⁸ EBRV 69 BlgNR XXVI GP 22.

aus Sicht des Gesetzgebers, dass unter Dienstleistungsaufträgen im Sinne der CVD - zur Abgrenzung des Geltungsbereiches der PSO-VO - nur jene zu verstehen sind, welche im Rahmen eines (wettbewerblichen) Vergabeverfahrens (etwa nach den Vergaberichtlinien³⁹) erfolgen. Gestützt wird diese Auslegung auch dadurch, dass Art 3 Abs 1 lit a bis c der CVD ausdrücklich auf die Vergaberichtlinien (RL 2014/24/EU bzw RL 2014/25/EU) Bezug nimmt.⁴⁰

Auch wenn eine endgültige Würdigung (wie in jedem Fall) nur vom EuGH vorgenommen werden kann, geht der österreichische Gesetzgeber – wie dargelegt – aus mehreren Gründen **von einer richtlinienkonformen Umsetzung des SFBG aus**. Öffentliche Auftraggeber, die dieser Ansicht folgen, können somit auch auf eine rechtliche Herleitung im Begründungsfall verweisen.

2.2.6.3. Sonderfall: Unmittelbare Wirkung von EU-Richtlinien

Vor dem Hintergrund der in Punkt 2.2.6.2 getroffenen Überlegungen ist der Vollständigkeit halber auch auf die möglichen Konsequenzen einer nicht (fristgerechten bzw fehlerhaften) Umsetzung einer EU-Richtlinie einzugehen. Gegenständlich von Bedeutung sind insbesondere zwei mögliche Konsequenzen: Die **Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation** und die **unmittelbare Anwendbarkeit** von EU-Richtlinien.

Ad „Richtlinienkonforme Interpretation“

Wenn eine unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmung nicht fristgerecht umgesetzt wird bzw das nationale Recht mit einer unmittelbar anwendbaren Richtlinienbestimmung im Widerspruch steht, sind die Behörden verpflichtet, das nationale Recht bis zum äußerst möglichen Wortsinn auszulegen, um das Richtlinienziel zu erreichen.⁴¹

Die gegenständliche Formulierung in § 3 Z 2 SFBG ist allerdings sehr klar bzw kann eine verbale Interpretation nicht derart vorgenommen werden, dass entgegen dem

³⁹ Neben der Richtlinie 2014/24/EU, ist auch die Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABI Nr L 94 vom 28.3.2014 gemeint.

⁴⁰ EBRV 69 BlgNR XXVI GP 22.

⁴¹ EuGH 10.4.1984, Rs C-14/83, Von Colson und Kamann Slg. 1984, 1891; EuGH 13.11.1990, Rs C-106/89, Marleasing Slg. 1990, I-04135.

ausdrücklichen Wortlaut der Bestimmung und den klaren Gesetzesverweisen auf § 7 BVergG 2018 sowie auf § 6 BVergGKonz 2018, gegenständlich „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ nach Art 2 lit i PSO-VO umfasst sein sollen. Eine derartige Auslegung würde den äußerst möglichen Wortsinn wohl überschreiten (und daher die Bestimmung in unzulässiger Weise inhaltlich ändern). Eine richtlinienkonforme Interpretation ist gegenständlich somit nicht möglich.

Ad „Unmittelbare Anwendbarkeit der EU-Richtlinie“

Da eine richtlinienkonforme Interpretation nicht möglich ist, stellt sich in weiterer Folge die Frage nach einer allfälligen unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 3 Abs 1 lit b CVD. Konkret können nämlich unter gewissen Voraussetzungen einzelne Bestimmungen einer (nicht rechtzeitig bzw fehlerhaft umgesetzten) EU-Richtlinie unmittelbar anwendbar werden (**unmittelbare Wirkung**). Diese unmittelbare Wirkung erlaubt es Angehörigen eines Mitgliedstaates Rechte direkt aus der EU-Richtlinie in Anspruch zu nehmen. Es dürfen sich dabei allerdings nur **Private gegenüber dem Staat** (und allen Rechtssubjekten, die dem Staat zuzurechnen sind) auf die unmittelbare Wirkung der Richtlinie berufen (sogenannte „**vertikale Wirkung**“). Die EU-Richtlinien dürfen somit nicht im Verhältnis Privater untereinander unmittelbar angewendet werden (keine sogenannte „horizontale Wirkung“). Dem Staat sind dabei alle Einrichtungen zuzurechnen, die unabhängig von ihrer Rechtsform kraft staatlichen Rechtsaktes unter staatlicher Aufsicht stehen, Dienstleistungen im öffentlichen Interesse erbringen und hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über das hinausgehen, was für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gilt.⁴² Hinzu kommt, dass der EuGH in Anwendung dieser Grundsätze den sogenannten Anwendungsvorrang⁴³ von EU-Richtlinien erkannt hat (**Direktwirkung**). Wenn daher eine unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmung nicht fristgerecht umgesetzt wird bzw das nationale Recht mit einer unmittelbar anwendbaren Richtlinienbestimmung im Widerspruch steht, haben die Behörden das nationale Recht unangewendet zu lassen und an dessen Stelle die Richtlinienbestimmung anzuwenden.⁴⁴ In diesem Zusammenhang hat der EuGH klargestellt, dass sich nicht nur der einzelne Bieter auf die (nicht umgesetzte) Richtlinienbestimmung berufen kann, sondern auch der **öffentliche Auftraggeber aktiv verpflichtet** ist, die (nicht umgesetzte) **Richtlinienbestimmung** anzuwenden

⁴² BVA 20.4.2001, N-43/01-20.

⁴³ EuGH 22.6.1989 Rs C-103/88, Costanzo Slg 1989, 1839; EuGH 24.9.1998 Rs C-76/97, Tögel Slg. 1998, I-05357.

⁴⁴ EuGH 15.7.1964, Rs 6/64, Costa gegen E.N.E.L., Slg 1964, Rz 125.

und im Zuge dessen das nationale Recht unangewendet zu lassen.⁴⁵ Zusammengefasst gibt es folgende Voraussetzungen, die **kumulativ** vorliegen müssen, damit eine EU-Richtlinie unmittelbare Wirkung bzw Direktwirkung entfaltet:⁴⁶ Die RL-Bestimmung muss

- **hinreichend konkret** sein (im Sinne von derart genau, dass diese ohne weitere Konkretisierung angewendet werden kann),
- **inhaltlich unbedingt** sein (im Sinne, dass der Mitgliedstaat nicht zu einer weiteren Ausführungsmaßnahme ermächtigt ist) und
- dem Einzelnen Rechtspositionen einräumen⁴⁷ bzw für den Einzelnen **begünstigende (subjektive) Rechte** gegenüber dem Staat enthalten.

Bereits auf den ersten Blick fällt auf, dass die gegenständliche Bestimmung (Art 3 Abs 1 lit b CVD) keine für den Einzelnen begünstigende (subjektive) Rechte enthält, sondern lediglich den sachlichen Anwendungsbereich der CVD für öffentliche Auftraggeber festlegt. Anders ausgedrückt: Gegenständlich ist keine (einklagbare) vertikale Wirkung zwischen „Privaten und Staat“ ersichtlich. Die unmittelbare Anwendbarkeit ist somit bereits aus diesem Aspekt heraus wohl eher zu verneinen. Darüber hinaus ist die Bestimmung inhaltlich nicht unbedingt bzw hält ausdrücklich fest, dass der Mitgliedstaat einen konkreten Schwellenwert für die von der CVD umfassten öffentlichen Dienstleistungsaufträge festzulegen hat. Der Mitgliedstaat ist somit zu weiteren Ausführungsmaßnahmen ermächtigt. Somit liegt auch diese Voraussetzung nicht vor. Die erste Voraussetzung („hinreichend konkrete“ Bestimmung der Richtlinie) könnte jedoch unter Umständen vorliegen, da in Art 3 Abs 1 lit b CVD zumindest eine Höchstgrenze für die vom Mitgliedstaat festzusetzenden Schwellenwerte festgelegt ist (nämlich jene nach Art 5 Abs 4 PSO-VO) und somit eine Anwendung wohl ohne weitere Konkretisierung möglich wäre. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinienbestimmung des Art 3 Abs 1 lit b der CVD mit guten Gründen bzw mit hoher Wahrscheinlichkeit zu verneinen ist.

⁴⁵ EuGH 22.6.1989, Rs C -103/88, Fratelli Constanzo SpA gegen Comune di Milano, Slg 1989, 01839.

⁴⁶ *Öhlinger/Potacts*, EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich⁴ (2011) Rz 69 ff. Siehe auch EuGH 14.12.1974, Rs C-41/74, Van Duyn Slg. 1974, 1337.

2.2.7. Auftragswertberechnung nach dem BVergG 2018

Die Regelungen zur **Auftragswertberechnung** nach dem BVergG 2018 sind – wie bereits dargelegt - für **die Öffnung des Anwendungsbereichs des SFBG** von hoher Bedeutung bzw haben maßgeblichen Einfluss auf die Ermittlung der im SFBG festgelegten Mindestanteile. Vor diesem Hintergrund werden in der Folge die zentralen Regelungen zur vergaberechtskonformen Auftragswertberechnung nach dem BVergG 2018 dargestellt:

Gemäß § 13 Abs 3 BVergG 2018 ist der **Auftragswert vom Auftraggeber „sachkundig“ zu ermitteln**. Der Gesetzgeber versteht darunter jenen Wert, *„den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber (unter Umständen) nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistungen veranschlagen würde“*.⁴⁸ Ist es für den Auftraggeber nicht möglich den Auftragswert durch eigene Sachkunde zu ermitteln, so hat er sich eines externen sachkundigen Dritten zu bedienen.⁴⁹

Bei der Berechnung des Auftragswertes ist immer von **Nettopreisen** auszugehen.⁵⁰ Dabei sind auch (markt-)übliche Preisnachlässe zu berücksichtigen (Skonti, Rabatte etc). **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Berechnung des Auftragswertes ist der Zeitpunkt der **„Einleitung“** des Vergabeverfahrens (dh der Zeitpunkt der Bekanntmachung des Verfahrens bzw bei einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung der Zeitpunkt der ersten nach außen in Erscheinung tretenden Festlegung des Auftraggebers [zB Einladung der Bieter zur Angebotslegung]).⁵¹

Als zentrale Bestimmung zur Auftragswertberechnung legt § 13 Abs 1 BVergG 2018 weiters fest, dass bei der Berechnung des Auftragswertes *„der geschätzte Gesamtwert **aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen, die in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen werden sollen, zu berücksichtigen“** sind.*

⁴⁸ EBRV 69 BlgNR XXVI GP 47.

⁴⁹ Siehe EBRV 69 BlgNR XXVI GP 48; BVA 26.9.2013, N/0087-BVA/09/2013-29.

⁵⁰ *Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*⁴ (2015) Rz 436.

⁵¹ EBRV 69 BlgNR XXVI GP 48.

Das Vorhaben steht somit im Mittelpunkt der vergaberechtlichen Auftragswertberechnung. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein **einheitliches (Vergabe-)Vorhaben** iSd § 13 Abs 1 BVergG 2018 vorliegt, ist nach der gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (in der Folge „**EuGH**“) auf eine „**funktionale**“ **Betrachtungsweise** und die damit verbundene Berücksichtigung der organisatorischen, inhaltlichen, wirtschaftlichen und technischen Zusammenhänge („*innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität*“) zurückzugreifen (sogenannter „**Funktionaler Vorhabensbegriff**“).⁵²

Für die konkrete **Abgrenzung der Zusammengehörigkeit von Aufträgen zu einem (einheitlichen) Vorhaben** können Auftraggeber auf nachstehende **Parameter**⁵³ zurückgreifen, welche sich im Laufe der Zeit durch die vergaberechtliche Rechtsprechung gebildet haben:

- technische und wirtschaftliche Einheitlichkeit der betreffenden Leistungen;
- einheitlicher Zweck der Beschaffung;
- gemeinsame Planung;
- zeitlicher Konnex betreffend die entsprechende Leistung;
- sachlicher Zusammenhang;
- örtlicher Zusammenhang;
- gleichartige Fachgebiete („Berufszweig“) sowie
- vergabeverfahrensbezogene Kriterien.⁵⁴

Die dargestellten Bestimmungen sowie die für die konkrete Berechnung heranzuziehenden Parameter sollen insbesondere verhindern, dass zusammengehörige Aufträge vom Auftraggeber unzulässigerweise gesplittet werden, um beispielweise die EU-Schwellenwerte zu unterschreiten („**Splitting-Verbot**“).

Dieses strikte Umgehungsverbot führt in der Praxis dazu, dass eine dennoch durchgeführte Aufteilung eines Auftrags einer konkreten objektiven **sachlichen Rechtfertigung** bedarf.⁵⁵ Eine getrennte Auftragswertberechnung ist somit nur aus

⁵² EuGH 15.3.2012, C-574/10, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2012:145.

⁵³ VwGH 20.4.2016, Ro 2014/04/007; BVA 11.4.2012, N/0028-BVA/10/2012-25.

⁵⁴ *Ullreich/Reisinger* in *Schramm, Aicher, Fruhmann* (Hrsg), BVergG³ (2020) § 13 Rz 35.

⁵⁵ EuGH 15.7.2010, C-271/08, *Kommission gegen Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:426.

sachlichen, objektiven Gründen und unter Berücksichtigung des europäischen höchstgerichtlichen **funktionalen Vorhabensbegriffs** möglich.⁵⁶

2.3. Erfasste Straßenfahrzeuge

Das SFBG gilt nur für Straßenfahrzeuge der **Klassen M** (vorwiegend für Personenbeförderung) und der **Klasse N** (vorwiegend für Güterbeförderung) gemäß § Art 4 Abs 1 lit a und b VO (EU) 2018/858.⁵⁷ Konkret ist gemäß § 2 Z 4 SFBG zwischen **drei Kategorien an Straßenfahrzeugen** zu differenzieren, wobei an die unterschiedlichen Kategorien jeweils die Erfüllung unterschiedlicher Mindestanteile geknüpft sind:

- (1) Leichte Straßenfahrzeuge der Klassen M₁, M₂ und N₁ („**Pkw**“)
- (2) Schwere Straßenfahrzeuge der Klassen N₂ und N₃ („**Lkw**“)
- (3) Schwere Straßenfahrzeuge der Klasse M₃ („**Busse**“).

Leichte Straßenfahrzeuge gelten gemäß § 2 Z 4 lit a SFBG dann als „**sauber**“ iSd SFBG, wenn bestimmte maximale Auspuffemissionen (hinsichtlich CO₂ und Luftschadstoffe) eingehalten werden. Die maximalen Auspuffemissionen ergeben sich wiederum aus den in Anhang I des SFBG angeführten Grenzwerten. So gilt ein leichtes Straßenfahrzeug der Klassen M₁, M₂ oder N₁ dann als „sauber“, wenn dieses **bis zum 31.12.2025** eine Auspuffemission von maximal **50g CO₂ / km** bzw **ab 1.1.2026 0g CO₂ / km** (Nullemissionsfahrzeuge) aufweist. Dies bedeutet, dass ein leichtes Straßenfahrzeug ab dem 1.1.2026 (zweiter Bezugszeitraum gemäß § 5 Abs 4 SFBG [siehe dazu im Detail Punkt 2.4]) keine CO₂-Emissionen-mehr ausstoßen darf, um als „sauber“ iSd SFBG zu gelten.⁵⁸

Als „**saubere**“ **schwere Straßenfahrzeuge** gelten hingegen nur **alternativ** betriebene Fahrzeuge.⁵⁹ Im Sinne des § 2 Z 1 Bundesgesetz zur Festlegung einheitlicher

⁵⁶ Ullreich/Reisinger in Schramm, Aicher, Fruhmann (Hrsg), BVergG³ (2020) § 13 Rz 82.

⁵⁷ VO (EU) 2018/858 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, ABI L 2018/151, 1

⁵⁸ Vgl § 2 Z 4 lit a SFBG iVm Art 4 Z 4 lit a Clean Vehicles Directive.

⁵⁹ Vgl § 2 Z 4 lit a SFBG iVm Art 4 Z 4 lit b Clean Vehicles Directive.

Standards beim Infrastrukturaufbau für alternative Kraftstoffe, BGBl I Nr 38/2018 idgF (in der Folge „*Bundesgesetz für alternative Kraftstoffe*“) gelten als „*alternative Kraftstoffe*“ insbesondere: **Elektrizität, Wasserstoff, Biokraftstoffe** (flüssige oder gasförmige Kraftstoffe, welche aus Biomasse hergestellt werden), **synthetische und paraffinhaltige Kraftstoffe, Erdgas** (gasförmig oder flüssig sowie einschließlich Biomethan) und **Flüssiggas**. Der Definition des § 2 Z 1 des Bundesgesetzes für alternative Kraftstoffe zufolge handelt es sich bei **Diesel B7** (= Dieseltreibstoff, bei dem bis zu 7% Biodiesel beigemischt wird) um **keinen „alternativen Kraftstoff“**. Als Biokraftstoffe im Sinne des Bundesgesetzes für alternative Kraftstoffe gelten Kraftstoffe, die zu 100 % aus Biomasse hergestellt werden. Auf Diesel B7 trifft dies allerdings nicht zu. Bei Diesel B7 beträgt der Anteil an Biodiesel maximal 7 %. Bei sauberen schweren Straßenfahrzeugen kommt es nicht auf das Straßenfahrzeug selbst bzw dessen Emissionen an, sondern auf die für den Betrieb desselben zu nutzenden Kraftstoffe. Es ist somit zu berücksichtigen, dass ein schweres Straßenfahrzeug nur dann der Definition des sauberen schweren Straßenfahrzeuges gemäß dem SFBG gerecht wird, wenn dieses mit **alternativen Kraftstoffen betrieben wird oder ein Elektrofahrzeug**⁶⁰ ist.⁶¹ Auch **aufladbare schwere Hybrid-Nutzfahrzeuge (Plug-in-Hybridfahrzeuge) gelten als saubere Straßenfahrzeuge**, anders als nicht aufladbare schwere Hybrid-Nutzfahrzeuge, welche nicht als sauber gelten.⁶² „**Emissionsfreie schwere Straßenfahrzeuge**“ dürfen über keinen Verbrennungsmotor verfügen oder nur über einen, der weniger als 1 g CO₂/kWh ausstößt.

⁶⁰ Im Sinne des § 2 Z 1 Bundesgesetz zur Festlegung einheitlicher Standards beim Infrastrukturaufbau für alternative Kraftstoffe, BGBl I Nr 38/2018 idgF gilt als „*Elektrofahrzeug*“ ein Kraftfahrzeug mit einem Antriebsstrang, der mindestens einen nichtperipheren elektrischen Motor als Energiewandler mit einem elektrisch aufladbaren Energiespeichersystem, das extern aufgeladen werden kann, enthält.

⁶¹ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 5.

⁶² Plug-in-Hybridfahrzeuge müssen nicht mit alternativen Kraftstoffen (zB Biokraftstoffe) betankt werden, um als sauber zu gelten; eine Betankung ist auch mit konventionellen Kraftstoffen möglich. Siehe Frage 8 und 9 der Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2,3,4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität, ABI L 2020/C 352/01.

Praxisbeispiel:

Der Auftraggeber möchte „saubere“ Busse iSd SFBG beschaffen. Welche Busse sind als „sauber“ iSd SFBG zu qualifizieren? Was ist unter Nullemissions-Bussen zu verstehen?

Neben leichten Straßenfahrzeugen der Klassen M₁, M₂ und N₁ („Pkw“) und schweren Straßenfahrzeugen der Klassen N₂ und N₃ („Lkw“) gilt das SFBG auch für schwere Straßenfahrzeuge der Klasse M₃ („Busse“).

Als „sauber“ im Sinne des SFBG gilt ein Bus der Klasse M₃ dann, wenn er **alternativ** betrieben wird (somit über einen Elektro-, Wasserstoff- oder Biogasantrieb etc verfügt). Als „emissionsfrei“ im Sinne des SFBG gilt ein Bus hingegen dann, wenn er über **keinen Verbrennungsmotor** verfügt oder über einen Verbrennungsmotor, der **weniger als 1 g CO₂/kWh ausstößt**.

2.3.1. Ausgenommene Straßenfahrzeuge

Das SFBG sieht aber auch ausdrücklich Ausnahmen vor bzw legt fest, dass bestimmte Arten von Straßenfahrzeugen **vom Geltungsbereich ausgenommen** sind, um „*eine unverhältnismäßige Belastung der öffentlichen Behörden und Betreiber zu vermeiden*.“⁶³ Die vom Geltungsbereich **ausgenommenen Straßenfahrzeuge** sind daher – unabhängig vom Anschaffungszeitpunkt und unabhängig davon, ob es sich um saubere oder nicht saubere Straßenfahrzeuge handelt – **nicht bei der Berechnung** der Gesamtanzahl noch bei der Berechnung des Mindestanteils zu berücksichtigen.⁶⁴ Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die „**Beschaffung**“ von Straßenfahrzeuge gemäß § 3 Z 1 SFBG, sondern auch für die vom Geltungsbereich erfassten **Dienstleistungsaufträge** gemäß § 3 Z 2 und 3 SFBG, soweit bei deren Erbringung vom Geltungsbereich ausgenommene Straßenfahrzeuge zum „**Einsatz**“ gelangen (zB Personenbeförderung in beschussgeschützten Fahrzeugen).⁶⁵

Konkret sieht das SFBG vor, dass bestimmte Fahrzeuge „*mit besonderen Merkmalen im Zusammenhang mit ihren betrieblichen Anforderungen*“ vom

⁶³ Erwägungsgrund 17 der Clean Vehicles Directive.

⁶⁴ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 15.

⁶⁵ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 10.

Anwendungsbereich ausdrücklich ausgenommen sind. Zu diesen Fahrzeugen gehören unter anderem gepanzerte Fahrzeuge, Krankenwägen, Leichenwägen sowie mobile Kräne.⁶⁶ Weiters sieht das SFBG folgende **drei Ausnahmetatbestände** vor:

(1) Ausnahmetatbestand 1:

Fahrzeuge, die für den Einsatz durch den **Katastrophenschutz**, die **Feuerwehr** (einschließlich der freiwilligen Feuerwehr⁶⁷) und die für die **Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung**⁶⁸ konstruiert und gebaut oder dafür angepasst wurden.⁶⁹

Diese Ausnahme erfasst sowohl speziell konstruierte und gebaute Straßenfahrzeuge (zB Löschfahrzeuge⁷⁰) als auch Straßenfahrzeuge, die für diese Zwecke (für die Verwendung im Katastrophenschutz oder durch die Feuerwehr, die Polizei oder für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung) eigens adaptiert wurden.

Entscheidend ist, dass diese Fahrzeuge in dieser Form beschafft werden.

Dieser Ausnahmetatbestand kommt somit nicht zur Anwendung, wenn zunächst handelsübliche Straßenfahrzeuge beschafft werden und diese dann (unverändert) für die angeführten speziellen Zwecke eingesetzt werden bzw diese Fahrzeuge erst im Nachhinein für diese speziellen Zwecke adaptiert werden (zB Umbau in einer eigenen Werkstätte). Wird hingegen ein bereits entsprechend – vom Hersteller / vom Verkäufer – adaptiertes Straßenfahrzeug für einen solchen speziellen Zweck beschafft, ist der Ausnahmetatbestand wieder eröffnet und das SFBG nicht anwendbar (zB Einbau einer Blaulichtanlage durch den Verkäufer des Fahrzeugs).⁷¹

⁶⁶ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 12.

⁶⁷ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 12.

⁶⁸ Dies kann beispielsweise auf die Justizwache ebenso zutreffen wie auf Einsatzfahrzeuge von Betreibern kritischer Infrastruktur. Vgl EBRV 941 BlgNR XXVII GP 12.

⁶⁹ § 4 Z 1 SFBG.

⁷⁰ Siehe EBRV 941 BlgNR XXVII GP 13.

⁷¹ Siehe EBRV 941 BlgNR XXVII GP 13.

(2) Ausnahmetatbestand 2:

Alle 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 Kraftfahrzeugfahrgestell montierte Maschinen sind).⁷² Von dieser Ausnahme erfasste Straßenfahrzeuge sind etwa **Straßeninstandhaltungsfahrzeuge (wie etwa Schneepflüge, Kehr- oder Streufahrzeuge)**.

Fahrzeuge zur Abholung von Siedlungsabfällen („**Müllsammelfahrzeuge**“) sind jedoch **explizit nicht vom Anwendungsbereich des SFBG ausgenommen**.⁷³

(3) Ausnahmetatbestand 3:

Weiters sind **Überland-(Reise)Busse** (im Sinne von Reisebussen [M3, Klasse III] und Überlandbussen [M3, Klasse II], die gemäß ECE-R 107 und VO EG Nr 661/2009 zugelassen werden) vom SFBG ausgenommen.⁷⁴ Das SFBG ist somit nur für Busse anwendbar, die derart konstruiert sind, dass bestimmte Bereiche für Stehplätze vorgesehen sind, um ein häufiges Ein- und Aussteigen der Fahrgäste zu ermöglichen oder um stehende Fahrgäste befördern zu können. Mit dieser Regelung sollen daher insbesondere **Nahverkehrsbusse** vom Anwendungsbereich des SFBG erfasst werden, die vor allem in Städten und größeren Gemeinden zum Einsatz gelangen. Hintergrund der Ausnahmebestimmung für Überland-(Reise-)Busse ist hingegen deren mangelnde Marktreife bei der Verwendung alternativer Antriebsmethoden.⁷⁵

Bei der Definition der „**Überland-(Reise)Busse**“ kommt zudem der Regelung Nr 107 der Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen (UNECE) – Einheitliche Bestimmung für die Genehmigung von Fahrzeugen der Klassen M₂

⁷² § 4 Z 1 SFBG.

⁷³ Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2,3,4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität, ABI L 2020/C 352/01.

⁷⁴ § 4 Z 2 SFBG.

⁷⁵ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 13.

oder M₃ hinsichtlich ihrer **allgemeinen Konstruktionsmerkmale** [2018/237]⁷⁶ zentrale Bedeutung zu.⁷⁷ Ausgenommen sind Fahrzeuge der Klasse M₃, welche gemäß der zuvor genannten Bestimmung unter die *Fahrzeugklasse II* zu subsumieren sind. Gemäß dieser Bestimmung werden Fahrzeuge der Klasse II als „Fahrzeuge, die hauptsächlich zur Beförderung sitzender Fahrgäste gebaut und so ausgelegt sind, dass die Beförderung stehender Fahrgäste im Gang und/oder in einem Bereich, der nicht größer ist als der Raum von zwei Sitzbänken, möglich ist“⁷⁸ definiert. Im ersten Teil der Definition wird somit darauf abgestellt, dass das Fahrzeug „hauptsächlich“ zur Beförderung sitzender Fahrgäste gebaut ist und weiters, dass die Anzahl der im Sitzen zu befördernden Personen den überwiegenden Teil der insgesamt im Bus zu befördernden Personen ausmachen muss.⁷⁹ Bei der Definition eines „Überland-(Reise)Busses“ ist damit die Zulassung als Klasse II gemäß VO EG Nr 661/2009 (Verordnung über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen, Kraftfahrzeuganhängern und von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge hinsichtlich ihrer allgemeinen Sicherheit) und ECE-R 107 (Regelung Nr 107 der Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen (UNECE) – Einheitliche Bestimmung für die Genehmigung von Fahrzeugen der Klassen M₂ oder M₃ hinsichtlich ihrer allgemeinen Konstruktionsmerkmale [2018/237]) maßgeblich. Die Definition der Klasse II impliziert, dass bei „Überland-(Reise)Busse“ insbesondere auf „ein Mehr“ an typisierten Sitzplätzen als Stehplätzen abzustellen ist.

Es ist abschließend festzuhalten, dass die Beschaffung und der Einsatz von Bussen, die in der Regel im innerstädtischen Bereich eingesetzt werden, dem SFBG unterliegt (davon sind beispielsweise auch Doppeldeckerbusse umfasst). Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Bauweise der Busse (Bus mit Stufen, Niederflurfahrzeuge, Gelenkfahrzeuge etc) in diesem Zusammenhang irrelevant ist.

⁷⁶ Vgl ABI Nr L 52 vom 23.2.2018.

⁷⁷ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 13.

⁷⁸ Art 2 der Regelung Nr 107 der Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen (UNECE) – Einheitliche Bestimmung für die Genehmigung von Fahrzeugen der Klassen M₂ oder M₃ hinsichtlich ihrer allgemeinen Konstruktionsmerkmale [2018/237].

⁷⁹ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 14.

2.4. Bezugszeiträume und Mindestanteile

Öffentliche Auftraggeber müssen gemäß der in § 5 Abs 3 und 4 SFBG festgesetzten **fünfjährigen Bezugszeiträume** jeweils unterschiedliche gesetzlich festgesetzte Mindestanteile⁸⁰ an „sauberen“ Straßenfahrzeugen bei der Beschaffung bzw beim Einsatz von Straßenfahrzeugen erreichen.⁸¹ Die im SFBG geregelten Bezugszeiträume stellen sich wie folgt dar:

- 1. Bezugszeitraum: **3.8.2021 bis 31.12.2025 (Abs 3)**;
- 2. Bezugszeitraum: **1.1.2026 bis 31.12.2030 (Abs 4)**;
- Fortlaufende Bezugszeiträume: Weiters stellt § 5 Abs 5 SFBG klar, dass jeder weitere Bezugszeitraum ebenfalls eine Zeitspanne von fünf Jahren (beginnend mit 1.1.2031) umfasst. Für die hier zu erreichenden Mindestanteile sind jene des 2. Bezugszeitraums heranzuziehen (§ 5 Abs 4 SFBG).

Unter Berücksichtigung der in Punkt 2.3.1 genannten Kategorien der Straßenfahrzeuge sowie der beiden ersten gesetzlich vorgegebenen Bezugszeiträume sind von öffentlichen Auftraggebern gemäß § 5 Abs 3 und 4 SFBG folgende **Mindestanteile**⁸² an „sauberen“ Fahrzeugen bei Beschaffungen gemäß § 3 SFBG einzuhalten:

- Straßenfahrzeuge der Klassen M₁, M₂ und N₁ (leichte Straßenfahrzeuge, „Pkw“) **in jedem Bezugszeitraum 38,5 %**. Der Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen ist dabei ab dem **2. Bezugszeitraum** gemäß § 2 Z 4 lit a (sohin ab 1.1.2026) **durch Nullemissionsfahrzeuge** sicherzustellen.⁸³
- Straßenfahrzeuge der Klassen N₂ und N₃ (schwere Straßenfahrzeuge, „Lkw“) **im 1. Bezugszeitraum 10 % und in jedem weiteren 15 %**.

⁸⁰ Dabei handelt es sich um einen Mindestprozentsatz an „sauberen“ Straßenfahrzeugen gemessen an der Gesamtzahl der Straßenfahrzeuge, die in den jeweiligen Bezugszeiträumen angeschafft werden.

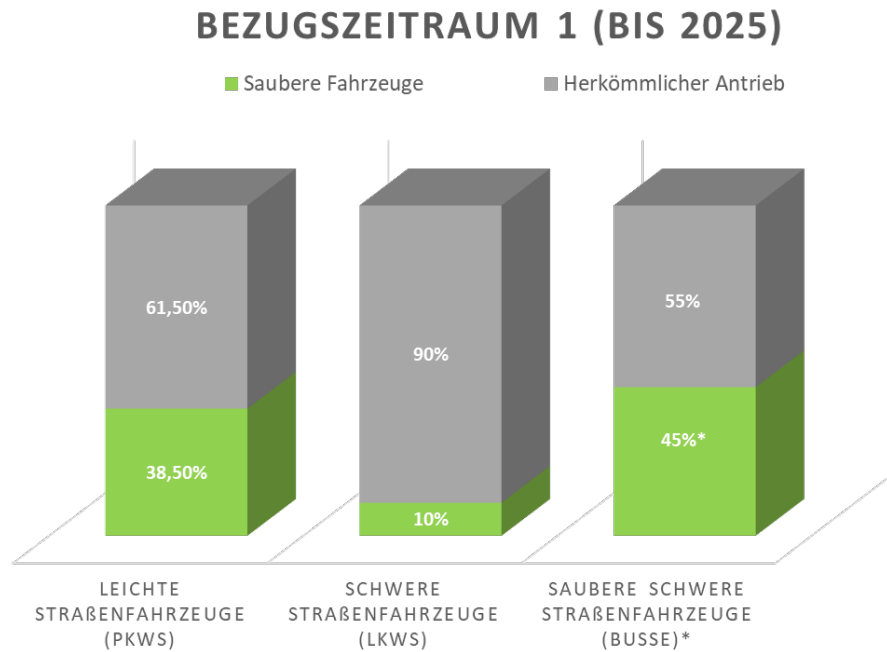
⁸¹ *Wendt* in Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV – UvgO³ (2022).

⁸² *Schröder*, Das saubere Straßenfahrzeug-Beschaffungs-Gesetz im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2021, 499.

⁸³ § 5 Abs 4 iVm Anhang I SFBG. Bei Nullemissionsfahrzeuge dürfen die Auspuffemissionen höchstens 0 g CO₂ pro km betragen und keine Luftschadstoffe ausstoßen.

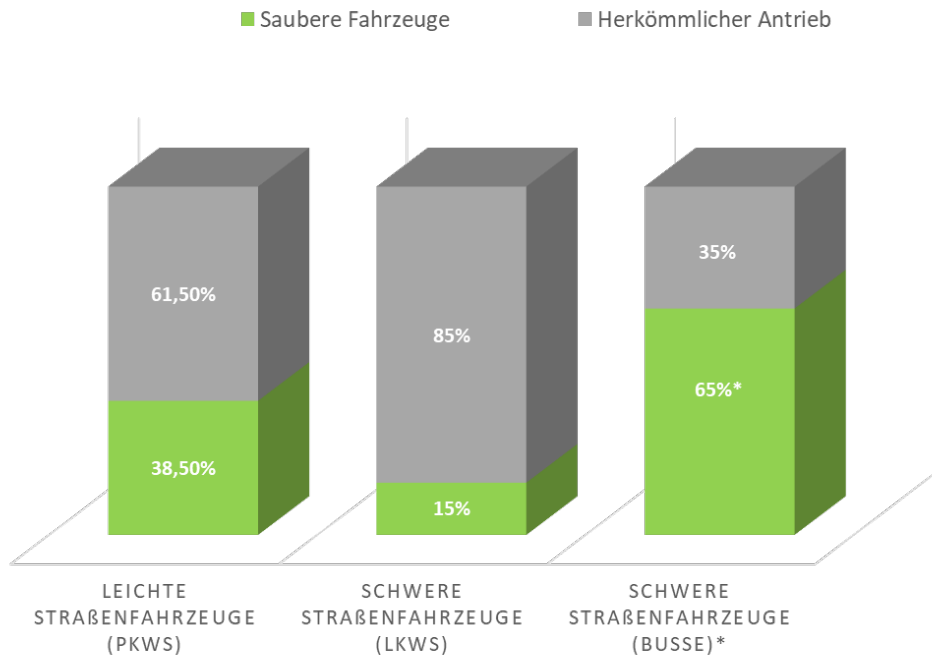
- Straßenfahrzeuge der Klasse M₃ (schwere Straßenfahrzeuge, „**Busse**“) im **1. Bezugszeitraum 45 % und in jedem weiteren 65 %**. Dabei ist jeweils die **Hälfte des Mindestanteils mit Nullemissionsfahrzeugen**⁸⁴ zu erreichen.

Zusammengefasst stellen sich die Mindestanteile der beiden ersten im SFBG vorgegebenen Bezugszeiträume somit wie folgt dar:



⁸⁴ Als emissionsfreie Busse gelten etwa Oberleitungsbusse, sofern sie nur mit Strom betrieben werden oder, wenn sie nicht an das Netz angeschlossen sind, nur einen emissionsfreien Antriebsstrang verwenden; andernfalls gelten sie dennoch als saubere Fahrzeuge. Vgl EBRV 941 BlgNR XXVII GP 14.

BEZUGSZEITRAUM 2 (BIS 2030)



* Die Hälfte des Mindestanteils ist durch emissionsfreie schwere Straßenfahrzeuge zu erfüllen.

2.4.1. Erfüllung der Mindestanteile und ihre Berechnung

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die vom öffentlichen Auftraggeber zu erreichende Mindestquote an sauberen Straßenfahrzeugen iSd SFBG nur von jener Gesamtanzahl an Fahrzeugen berechnet wird, die in den **zeitlichen, persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des SFBG** fallen. Unterliegt eine Beschaffung bzw der Einsatz von Fahrzeugen nicht dem vollen Anwendungsbereich des SFBG, so sind diese Fahrzeuge weder bei der Berechnung der Gesamtanzahl noch bei der daraus abgeleiteten Mindestquote zu berücksichtigen.

Unterliegt eine Beschaffung bzw ein Einsatz von Straßenfahrzeugen hingegen dem Anwendungsbereich des SFBG, müssen in der Folge die Mindestanteile an sauberen Straßenfahrzeugen am Ende des jeweiligen **Bezugszeitraumes** erfüllt sein.⁸⁵ Die Einhaltung der Mindestanteile wird dabei auf Grundlage aller beschafften bzw eingesetzten Fahrzeuge innerhalb eines gesamten Bezugszeitraumes (=Gesamtanzahl) bewertet, ohne dass danach differenziert wird, wann (innerhalb des

⁸⁵ *Heid/Hofbauer*, Die Pflicht zum nachhaltigen öffentlichen Fuhrpark, RPA 2021, 255.

Bezugszeitraumes) die einzelnen Auftragsvergaben erfolgen.⁸⁶ Wann genau im jeweiligen Bezugsraum der Auftraggeber die Mindestanteile schlussendlich erreicht, ist ihm daher stets selbst überlassen und hat keine Auswirkung auf die jeweilige Berechnung. **Es besteht somit keine Pflicht, bei jedem einzelnen Auftrag, bei dem Straßenfahrzeuge beschafft werden, den „sauberen“ Mindestanteil zu erreichen.** Es können daher saubere und nicht saubere Straßenfahrzeuge in getrennten Vergabeverfahren beschafft werden.⁸⁷

Der **Mindestanteil** gemäß § 5 Abs 1 SFBG ist als Anteil von allen beschafften bzw eingesetzten Straßenfahrzeuge im jeweiligen Bezugszeitraum **pro Fahrzeugklasse** („Pkw“, „Lkw“, „Busse“; siehe Punkt 2.3) zu berechnen.⁸⁸ Es ist dabei weder nach den Auftragsarten (Lieferaufträge gemäß § 3 Z 1 SFBG [„**Beschaffung**“] oder Dienstleistungs-/Dienstleistungskonzessionsaufträge gemäß § 3 Z 2 und Z 3 SFBG [„**Einsatz**“]) noch nach den zugrundeliegenden Vertragstypen (zB Kauf, Miete, Ratenkauf, Dienstleistungsvertrag) zu differenzieren.⁸⁹ Das SFBG stellt bei der Berechnung ausdrücklich auf die beschafften bzw eingesetzten Straßenfahrzeuge ab. Eine allfällige Veräußerung der beschafften bzw eingesetzten Straßenfahrzeuge ist bei der Berechnung der Mindestanteile außer Betrachtung zu lassen.

Für die Berechnung des Mindestanteils ist daher ausschließlich auf die **Stückzahl** der sauberen Straßenfahrzeuge **im Verhältnis zur Gesamtanzahl** aller beschafften bzw eingesetzten Straßenfahrzeuge im Rahmen **eines Bezugszeitraumes** abzustellen, da weder dem Wortlaut des SFBG noch der CVD Gegenteiliges zu entnehmen ist (zB Berechnung anhand gefahrener Kilometer oder anhand der Dauer des Einsatzes oder des Vertragszeitraums). Sollte daher im Rahmen von zwei unabhängigen Beschaffungsvorgängen jeweils der im SFBG festgelegte Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen erfüllt sein, die Fahrzeuge aber mit unterschiedlichen Vertragslaufzeiten beschafft bzw eingesetzt worden sein, so ist dennoch die Stückzahl aller beschafften bzw eingesetzten sauberen Fahrzeuge zur Gänze in die Berechnung der jeweiligen (Gesamt-)Mindestquote einzubeziehen. Eine **anteilmäßige**

⁸⁶ CVD-Bekanntmachung der Europäischen Kommission vom 22.10.2020.

⁸⁷ *Fruhmann/Ziniel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberer Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

⁸⁸ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 15.

⁸⁹ *Fruhmann/Ziniel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberer Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

Berechnung (bzw Reduzierung) der Mindestquote (im Sinne einer aliquoten Betrachtung des tatsächlichen Einsatzzeitraums bzw der tatsächlich gefahrenen Kilometer) ist dem SFBG nicht zu entnehmen.

Im Rahmen der Berechnung des Mindestanteils, sind allerdings **auch nachgerüstete Straßenfahrzeuge** gemäß § 3 Z 4 und 5 SFBG zu berücksichtigen. Im Unterschied zu den Beschaffungsvorgängen gemäß § 3 Z 1 bis Z 3 SFBG, welche erst bei einer Überschreitung der vergaberechtlichen Oberschwellengrenze (EUR 215.000,-- bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen) vom SFBG erfasst sind, sind nachgerüstete Straßenfahrzeuge **unabhängig vom Auftragswert der Nachrüstung (!)** bei der Berechnung des Mindestanteils zu berücksichtigen. Diese umfassende Erleichterung für öffentliche Auftraggeber lässt sich insbesondere darauf zurückführen, dass der Gesetzgeber hier nicht nur die „Neu-Beschaffungen“, sondern – insbesondere im Hinblick auf die Grundsätze der Kreislaufwirtschaft und der Verlängerung der Lebensdauer von Produkten – auch die Erneuerung bestehender Verkehrsflotten forcieren will. Das **Nachrüsten von Straßenfahrzeugen wirkt sich somit immer „positiv“ auf den Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen aus**, weshalb davon auszugehen ist, dass diese Option im SFBG in Zukunft ein oft gewähltes Mittel zur Erreichung der Mindestanteile sein wird.

Der Vollständigkeit halber ist zudem darauf hinzuweisen, dass der **Mindestanteil** an sauberen Straßenfahrzeugen im Ergebnis zu einer **natürlichen ganzen Zahl** führen muss. Bei der Berechnung des Mindestanteils sind daher **mathematische Abrundungen jedenfalls unzulässig**.

Weiters sind gemäß § 6 Abs 3 SFBG in die Berechnung der Mindestanteile für einen Bezugszeitraum **nachträgliche Änderungen der Gesamtanzahl** von bereits beschafften, eingesetzten oder nachgerüsteten Straßenfahrzeugen zu berücksichtigen, die entweder durch eine **Vertragsänderung** oder durch eine **gerichtliche Entscheidung** herbeigeführt wurden. Unter einer Vertragsänderung sind hier (vergaberechtlich zulässige) Vertragserweiterungen oder -reduktionen iSd § 365 BVergG 2018 bzw § 108 BVergGKonz 2018 sowie die Auflösung oder Rückabwicklung eines bestehenden Vertrages zu verstehen. Die hier angesprochene Änderung der Gesamtzahl kann **sowohl „saubere“ als auch „nicht saubere“ Straßenfahrzeuge** betreffen, wohingegen die „Nachrüstung“ nur saubere Straßenfahrzeuge betreffen

kann.⁹⁰ Eine **gerichtliche Entscheidung** kann sich auf die **Gesamtanzahl** der Fahrzeuge auswirken (beispielsweise wenn ein bestehender Vertrag über die Beschaffung von Straßenfahrzeugen für nichtig erklärt wird) oder auf den **Mindestanteil** (beispielweise wenn ein Dienstleistungsauftrag zur Nachrüstung auf emissionsfreie Straßenfahrzeuge für nichtig erklärt wird).⁹¹

Abschließend ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das SFBG nur auf die **Erfüllung von Mindestanteile** abzielt und öffentliche Auftraggeber daher diese Quoten auch jederzeit freiwillig übertreffen können. Dadurch könnten in der Folge eine höhere Anzahl an „sauberen“ Fahrzeugen beschafft bzw eingesetzt werden, um so die CO₂-Emissionen noch weiter zu reduzieren. Darüber hinaus könnte ein beschaffter „Überschuss“ an „sauberen“ Fahrzeugen im Rahmen einer Erfassungsgemeinschaft an andere öffentliche Auftraggeber weitergegeben werden (siehe dazu Punkt 2.7). Dies deckt sich mit dem erklärten Ziel der Europäischen Union, die CO₂-Emissionen zu verringern.⁹² Öffentlichen Auftraggebern stand es daher schon vor Inkrafttreten des SFBG frei, saubere Straßenfahrzeuge zu beschaffen bzw einzusetzen. Allerdings können jene Straßenfahrzeuge, welche vor dem zeitlichen Geltungsbereich des SFBG beschafft bzw eingesetzt wurden, nicht (mehr) für die Erfüllung der Mindestquote nach dem SFBG herangezogen werden.

Praxisbeispiel:

Ein öffentlicher Auftraggeber plant im ersten Bezugszeitraum (3.8.2021 bis 31.12.2025) 19 PKW im Geltungsbereich des SFBG zu beschaffen. Der hier anzusetzende **Mindestanteil** beträgt gemäß § 5 Abs 3 SFBG **38,5 %** der Fahrzeuge. Rein mathematisch müssten daher 7,31 Fahrzeuge „sauber“ beschafft werden. Da jedoch nur ganze Fahrzeuge beschafft werden können und ein „**Abrundungsverbot**“ besteht, sind folglich von den insgesamt 19 Pkw **zumindest 8 „saubere“ Pkw** zu beschaffen.

2.4.2. Zurechnung zu einem Bezugszeitraum

Wird ein Straßenfahrzeug im Rahmen eines Lieferauftrages **beschafft**, gelangt ein Straßenfahrzeug für die Erbringung eines Dienstleistungsauftrages zum **Einsatz** oder

⁹⁰ Siehe EBRV 941 BlgNR XXVII GP 16.

⁹¹ Siehe EBRV 941 BlgNR XXVII GP 15.

⁹² Erwägungsgrund 3 der CVD.

wird ein Straßenfahrzeug gemäß § 3 Z 4 SFBG **nachgerüstet**, ist als maßgeblicher Zeitpunkt für die Zurechnung zu einem bestimmten Bezugszeitraum der **Zeitpunkt der Zuschlagserteilung** des jeweiligen Auftrags (somit der Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages) heranzuziehen.⁹³ Der Zeitpunkt einer vereinbarten Lieferung bei einem Lieferauftrag (Beschaffung) bzw der Zeitpunkt eines angedachten Einsatzes bei einem Dienstleistungsvertrag (Einsatz), ist für die Zurechnung zu einem Bezugszeitraum hingegen nicht ausschlaggebend.

Bei Auftragsvergaben, die aufgrund einer **Rahmenvereinbarung** erfolgen, ist für die Zurechnung zu einem bestimmten Bezugszeitraum ebenso auf den **Zeitpunkt der Zuschlagserteilung** abzustellen, welche jedoch erst aufgrund eines Abrufs aus der Rahmenvereinbarung erfolgt. Bei Rahmenvereinbarungen ist daher stets zu beachten, dass die Zuschlagserteilung nicht mit dem Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung gleichzusetzen ist⁹⁴.

Im Falle einer **nachträglichen Vertragsänderung** (§ 365 BVergG 2018) bzw einer **gerichtlichen Entscheidung**, ist hingegen gemäß § 6 Abs 3 SFBG für die Zurechnung zu einem bestimmten Bezugszeitraum auf den **Zeitpunkt der Gültigkeit der Vertragsänderung** bzw auf den Zeitpunkt der **Rechtskraft der Entscheidung** abzielen.

Praxisbeispiele:

1. Es wird ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach dem 2.8.2021 bekanntgemacht. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolgt während des ersten Bezugszeitraumes (3.8.2021 bis 31.12.2025) und Abrufe daraus erfolgen während des zweiten Bezugszeitraumes (1.1.2026 bis 31.12.2030). Die Auftragsvergabe (= Zeitpunkt der Zuschlagserteilung) fällt hier in den zweiten Bezugszeitraum, da in diesem der Abruf aus der Rahmenvereinbarung getätigt wurde. Die beschafften, eingesetzten bzw nachgerüsteten Fahrzeuge sind daher vom Auftraggeber bei der Berechnung der Gesamtanzahl und der Mindestquote für den zweiten Beschaffungszeitraum zu berücksichtigen. Dass die Rahmenvereinbarung

⁹³ *Fruhmann/Zinzel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberen Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

⁹⁴ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 16.

während des ersten Bezugszeitraumes abgeschlossen wurde, ist für die Berechnung irrelevant.


2. Ein öffentlicher Auftraggeber erteilt am 1.4.2022 im Rahmen eines Vergabeverfahrens, welches nach dem 2.8.2021 bekanntgemacht wurde, den Auftrag zur Lieferung von 10 Elektroautos (Netto-Auftragswert > EUR 215.000,--). Aufgrund von Lieferengpässen ist es dem Unternehmen jedoch nicht möglich, die Fahrzeuge vor dem 1.1.2026 anzuliefern. Die Auftragsvergabe (= Zeitpunkt der Zuschlagserteilung) fällt in diesem Beispiel in den ersten Bezugszeitraum. Die beschafften Elektroautos können daher vom Auftraggeber bei der Berechnung der Gesamtanzahl und der Mindestquote für den ersten Beschaffungszeitraum berücksichtigt werden. Dass die beauftragten Fahrzeuge aufgrund von Lieferengpässen erst viel später geliefert werden können, ist hingegen für die Be- und Zurechnung belanglos.

2.4.3. Exkurs: Nachträgliche Vertragsänderung gemäß § 365 BVergG 2018

Wie bereits dargelegt, eröffnen nicht nur die „Beschaffung“, der „Einsatz“ oder die „Nachrüstung“ von Straßenfahrzeugen nach dem 2.8.2021 (Zeitpunkt der Bekanntmachung des Verfahrens) den Anwendungsbereich des SFBG, sondern gemäß § 6 Abs 3 SFBG **auch** eine **Vertragsänderung** oder eine **Gerichtsentscheidung**, wenn diese zu einer **nachträglichen Änderung der Gesamtzahl** der beschafften, eingesetzten oder nachgerüsteten Straßenfahrzeuge führt.

Unter dem Begriff „*Vertragsänderung*“ gemäß § 6 Abs 3 sind **vergaberechtlich zulässige Vertragserweiterungen oder -reduktionen iSd § 365 BVergG 2018** und § 108 BVergGKonz zu subsumieren.⁹⁵ § 365 BVergG legt in diesem Zusammenhang fest, wann eine nachträglich – und somit nach Abschluss des Vergabeverfahrens – durchgeführte Vertragsänderung **vergaberechtlich zulässig** ist. Neben einigen Spezialanwendungsfällen kann § 365 Abs 3 Z 1 BVergG 2018 entnommen werden, dass vor allem **„geringfügige Änderungen“** als **„unwesentlich“** bzw **vergaberechtlich zulässig** betrachtet werden können, wenn diese folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllen:

⁹⁵ Siehe EBRV 941 BlgNR XXVII GP 16.

- 
- (1) Die durchgeführte Änderung darf bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen **betragsmäßig** weder
- a) den EU-Schwellenwert gemäß § 12 Abs 1 bzw § 185 Abs 1 BVergG 2018 noch
 - b) **10% der ursprünglichen Auftragssumme** übersteigen und
- (2) den „*Gesamtcharakter*“ des Vertrags nicht ändern.

Vor dem Hintergrund des Regelungsinhalts des SFBG ist vom Auftraggeber bei einer durchzuführenden Vertragsänderung – neben den oben angeführten Wertgrenzen – verstärkt darauf zu achten, dass allfällig durchzuführende Vertragsänderungen (zB Austausch alter Fahrzeuge durch neue „saubere“ Fahrzeuge, oder Aufstockung / Reduktion der eingesetzten „sauberen“ Fahrzeuge) den Gesamtcharakter des Vertrages nicht ändern bzw den Wettbewerb nicht nachträglich derart verzerren, dass das dem Vertrag zugrundeliegende Vergabeverfahren ein anderes Ergebnis hervorgebracht hätte (zB nachträglicher Bietersturz oder ein durch die Änderung nachträglich veränderter Bieterkreis). Bejahendenfalls wäre die Änderung vergaberechtswidrig und anfechtbar. Würde demnach eine nachträgliche Vertragsänderung zB vorsehen, dass bei einem Dienstleistungsauftrag alle 10 eingesetzten alten Fahrzeuge durch neue „saubere“ Fahrzeuge ersetzt werden, so wäre hier insbesondere zu prüfen, ob dies im ursprünglichen Vergabeverfahren, wenn diese Anforderung dort schon zur Anwendung gekommen wäre, nicht zu einem völlig anderen Bieterkreis geführt hätte (zB stärkere Teilnahme von Elektrofahrzeuganbieter) bzw ob diese Änderung nicht ohnedies nicht mehr als 10% des ursprünglichen Auftragswert ausmachen würde.

Darüber hinaus eröffnet auch noch § 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018 eine vergaberechtlich zulässige nachträgliche Vertragsänderung, wenn die durchgeführten Änderungen aufgrund einer **klar, präzisen und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklausel**, welche bereits in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen vorgesehen war, vorgenommen wurde. Diesfalls stellt diese Änderung gemäß § 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018 - **unabhängig von ihrem Wert** – eine zulässige Änderung iSd BVergG 2018 dar. Eine derartige Klausel muss aber bereits hinreichende Angaben zu Umfang und Art der möglichen Änderungen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen kann. Zudem

darf eine solche Vertragsänderungen auch in diesem Fall nicht zu einer Änderung des Gesamtcharakters des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung führen.⁹⁶

2.5. Der Einsatz von sauberen Straßenfahrzeugen im Rahmen von Dienstleistungsaufträgen

Gemäß § 3 Z 3 gilt das SFBG nicht nur bei Lieferungen von Straßenfahrzeugen („Beschaffung“), sondern auch beim **Einsatz** derartiger Fahrzeuge. Hiervon umfasst sind nach dem SFBG alle Beauftragungen im **Oberschwellenbereich** von im Anhang II taxativ aufgelisteten Dienstleistungen (zB Abholung von Siedlungsabfällen, Paketbeförderung, Post- und Paketzustellung, Bedarfspersonenbeförderung), bei denen **typischerweise Straßenfahrzeuge** durch den Auftragnehmer **zum Einsatz gelangen**.⁹⁷ Der Begriff „Einsatz“ meint in diesem Zusammenhang, dass Straßenfahrzeuge bei der Erbringung der erfassten und von einem Auftraggeber beauftragten Dienstleistung durch den Auftragnehmer eingesetzt werden.⁹⁸ Für einen solchen „Einsatz“ nach dem SFBG kommen somit vor allem Dienstleistungen für den **öffentlichen Personennahverkehr** oder **Sonderverkehrsdienste** (zB für die Bedarfspersonenabholung, Abholung von Siedlungsabfällen, Paketbeförderung, Postzustellung), bei dem der **Dienstleister** zur Erfüllung des Auftrages die eingesetzten Fahrzeuge selbst aus seinem **eigenem Fuhrpark** zur Verfügung stellt und diese auch verwendet, in Betracht.⁹⁹ Ob es sich bei den „eingesetzten“ sauberen Fahrzeugen des Dienstleisters um geleaste, gemietete oder im eigenen Eigentum des Dienstleisters stehende Fahrzeuge handelt, ist dabei irrelevant.

Der **Grund für die taxative Einbeziehung** der in Anhang II des SFBG aufgezählten Dienstleistungsaufträge liegt nach den Erläuternden Bemerkungen zum SFBG insbesondere darin, dass der Einsatz von Straßenfahrzeugen bei der Ausführung dieser Dienstleistungsaufträge in den Anwendungsbereich des Gesetzes ausdrücklich vom Gesetzgeber einbezogen werden soll. Eine nähere Begründung dieser Aufzählung lässt sich weiters dem Erwägungsgrund 12 der Richtlinie (EU) 2019/1161 entnehmen, welcher festlegt, dass „*die zu erfassenden Dienstleistungen, die in den*

⁹⁶ Kurz in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer*, BVergG 2018 § 365 Rz 6 und 7.

⁹⁷ *Heid/Hofbauer*, Die Pflicht zum nachhaltigen öffentlichen Fuhrpark: Einstieg in das neue Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, RPA 2021, 255.

⁹⁸ *Fruhmann/Ziniel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberen Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

⁹⁹ *Beham/Hofbauer*, Das Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz: Unberücksichtigte Kritik und alternativer Sanktionsmechanismus, RdU 2021, 126.

Anwendungsbereich der vorliegenden Richtlinie fallen, beispielsweise öffentlicher Verkehr (Straße), die Personensonderbeförderung (Straße), die Bedarfspersonenbeförderung sowie bestimmte Post- und Paketdienste und Abholung von Siedlungsabfällen, [...] jene Dienstleistungen sein [sollten], bei denen die für die Erbringung dieser Dienstleistungen **eingesetzten Fahrzeuge** zu den Fahrzeugklassen gehören, die unter diese Richtlinie fallen, und **ein wesentliches Element des Vertrags** darstellen. Diese Dienstleistungen sollten durch die entsprechenden Codes des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge, die im Anhang aufgeführt sind, identifiziert werden. Bestehende Verträge sollten von dieser Richtlinie jedoch nicht rückwirkend erfasst werden.“¹⁰⁰ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Bei der Auftragswertberechnung für die in Anhang II SFBG gelisteten Dienstleistungen ist auf den bereits unter Punkt 2.2.7 angeführten „**funktionellen**“ **Vorhabensbegriff gemäß § 13 Abs 1 BVergG 2018 abzustellen**. Demnach sind alle zu einem (Dienstleistungs-)Vorhaben gehörigen Leistungen für die Auftragswertberechnung zusammenzurechnen. Zur Abgrenzung eines einheitlichen (Dienstleistungs-)Vorhabens ist auf die in Punkt 2.2.7 angeführten Parameter zurückzugreifen. Unter Berücksichtigung dieser Parameter sind beispielsweise die Leistungen „*Fuhrparkausstattung*“ und „*Postdienstleistungen*“ grundsätzlich als **jeweils gesondertes, einheitliches (Beschaffungs-)Vorhaben** zu qualifizieren. Die Höhe des Auftragswertes des einzelnen Vorhabens ist in der Folge ausschlaggebend dafür, ob es sich um ein Beschaffungsvorhaben im Unter- oder Oberschwellenbereich handelt und damit in den Anwendungsbereich des SFBG fällt oder eben nicht.¹⁰¹

2.5.1. Dienstleistungserbringung durch andere Auftraggeber

Ist nun ein Auftragnehmer eines solchen Dienstleistungsauftrages selbst als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren¹⁰² (zB weil es sich um einen Sektorenauftraggeber handelt), sind – im Falle der Anwendbarkeit des SFBG – die

¹⁰⁰ Erwägungsgrund 12 der Richtlinie (EU) 2019/1161 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge.

¹⁰¹ EBRV 941 BlgNR XXVII. GP, 10, in diesem Zusammenhang wörtlich: „[...] ebenso ist der vergaberechtliche Vorhabensbegriff (vgl etwa § 13 Abs 1 BVergG 2018) zu beachten, [...]“

¹⁰² EuGH 18.11.2004, C-126/03, *EK gegen Deutschland*.

Mindestanteile sowohl vom Auftraggeber als auch vom jeweiligen Auftragnehmer zu erfüllen.¹⁰³

Solch eine Konstellation (Auftreten eines Auftraggebers als Auftragnehmer) ändert jedoch nichts an den Verpflichtungen nach dem SFBG für beide beteiligten Auftraggeber. Beide haben auch weiterhin – unabhängig allfälliger vertraglichen Pflichten aus dem Dienstleistungsauftrag – die Verpflichtungen nach dem SFBG zu erfüllen.¹⁰⁴ In den Erläuterungen zum SFBG wird in diesem Zusammenhang näher ausgeführt: *„Es kann zwar sein, dass der als Auftragnehmer auftretende Auftraggeber für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten aus dem Dienstleistungsauftrag saubere Straßenfahrzeuge gemäß Z 1 erstmals beschaffen muss, dies ist jedoch nicht zwingend notwendig. Es ist ebenso denkbar, dass der Auftragnehmer bereits über saubere Straßenfahrzeuge verfügt, zB da er solche für die Erfüllung eines früheren Dienstleistungsauftrages beschafft hat. Überdies ist es möglich, dass saubere Straßenfahrzeuge parallel für die Erbringung mehrerer Dienstleistungsaufträge zum Einsatz gelangen.“*¹⁰⁵

Aufgrund dieser Sonderkonstellation können daher grundsätzlich ein und dieselben Fahrzeuge – etwa bei einer Vergabe von Verkehrsdienstleistungen an einen öffentlichen Auftraggeber und einer anschließenden Beschaffung der (sauberen) Straßenfahrzeuge durch eben diesen öffentlichen Auftraggeber selbst – auch zweimal in den Anwendungsbereich des SFBG fallen.¹⁰⁶

Die Verpflichtung des Auftraggebers eines Dienstleistungsauftrages sowie jene des als Auftragnehmer auftretenden Auftraggebers unterscheiden sich aber inhaltlich voneinander und sind daher getrennt voneinander zu betrachten (weshalb man nach dem Willen des Gesetzgebers auch nicht von einer „**Doppelzählung**“ ausgehen kann).¹⁰⁷

¹⁰³ Beham/Hofbauer, Das Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz: Unberücksichtigte Kritik und alternativer Sanktionsmechanismus, RdU 2021, 126.

¹⁰⁴ ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 7.

¹⁰⁵ ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 7.

¹⁰⁶ Beham/Hofbauer, Das Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz: Unberücksichtigte Kritik und alternativer Sanktionsmechanismus, RdU 2021, 126.

¹⁰⁷ ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 7.

Praxisbeispiel:

Ein öffentlicher Auftraggeber nimmt in Aussicht, bestimmte in Anhang II des SFBG angeführte Verkehrsdienstleistungen an einen anderen öffentlichen Auftraggeber zu vergeben (zB an die Österreichische Postbus AG).

Bei der vorliegenden Fallkonstellation ist zunächst zu beachten, dass nach den Bestimmungen des SFBG einerseits die Österreichische Postbus AG im Hinblick auf ihren eigenen Fuhrpark verpflichtet ist, die entsprechenden Mindestanteile beim Einkauf ihrer Fahrzeuge einzuhalten („**Beschaffung**“ im Rahmen der „**Eigenpflicht**“), andererseits wäre sie im Auftragsfall für einen anderen öffentlichen Auftraggeber auf vertraglicher Basis verpflichtet, die saubere Quote beim Einsatz dieser Fahrzeuge einzuhalten („**Vertragspflicht**“), um wiederum ihrem Vertragspartner (= öffentlicher Auftraggeber) die Erfüllung seiner „Eigenpflicht“ (Einhaltung des Mindestanteils beim Einsatz der Fahrzeuge) zu ermöglichen.

2.5.2. Vertragliche Ausgestaltung der Pflichten des Auftragnehmers

Anders als bei der „Beschaffung“, bei welcher der Standard als „sauberes Straßenfahrzeug“ schon im Rahmen der Leistungsbeschreibung vorgegeben wird, kann dies beim „Einsatz“ von sauberen Straßenfahrzeugen vor allem in einer entsprechenden **vertraglichen Bestimmung** vorgesehen werden.¹⁰⁸ Es ist darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei lediglich um eine Option und **keine gesetzlich normierte Verpflichtung für den Auftraggeber** handelt. Für den Fall, dass keine vertragliche Überbindung vorgesehen wird, können öffentliche (Sektoren-)Auftraggeber den Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen auch anderweitig sicherstellen (etwa im Rahmen einer eigenen „Beschaffung“).

Bei der (vertraglichen) Überbindung ist zu beachten, dass nur die bei der Erbringung der Dienstleistung **tatsächlich eingesetzten Straßenfahrzeuge**, nicht aber der gesamte Fuhrpark des Auftragnehmers, für die Berechnung der Gesamtanzahl und der Mindestquote nach dem SFBG relevant ist.¹⁰⁹

¹⁰⁸ ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 7.

¹⁰⁹ ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 7.

Beim „**Einsatz**“ von **Straßenfahrzeugen** im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages sind daher die Pflichten des Dienstleisters (insbesondere die Bereitstellung einer bestimmten Anzahl an „sauberen“ Fahrzeuge im Rahmen der Leistungserbringung) **vertraglich** derart genau zu regeln, dass der beauftragende Auftraggeber seinen Dokumentations- und Berichtspflichten nach dem SFBG ausreichend nachkommen kann.¹¹⁰ Die für die Erbringung der Dienstleistung eingesetzten Straßenfahrzeuge des Auftragnehmers, können diesfalls vom Auftraggeber bei der Berechnung der Gesamtanzahl und der daraus abgeleiteten gesetzlichen Mindestquote berücksichtigt werden.¹¹¹

Den **Auftragnehmer** trifft somit hinsichtlich der Anzahl der eingesetzten sauberen Straßenfahrzeuge zur Erfüllung des Dienstleistungsauftrages eine **vertraglich zugesicherte Nachweispflicht** gegenüber dem beauftragenden Auftraggeber. Öffentliche Auftraggeber sollten sich daher unbedingt **vertragliche Kontroll- und Sanktionsrechte** einräumen (zB empfindliche Vertragsstrafen bei Nichteinhaltung der „grünen“ Mindestquote) um die Durchsetzbarkeit dieser Pflichten jedenfalls sicherzustellen.

Ergebnis:

Um die Anrechnung von Straßenfahrzeugen eines Auftragnehmers auf die Mindestanteile des Auftraggebers wirksam und nachvollziehbar im Sinne der Meldepflicht gemäß § 7 SFBG sicherzustellen, muss der Auftragnehmer vom Auftraggeber **vertraglich zum Einsatz einer bestimmten Quote an sauberen Straßenfahrzeugen und zu einer entsprechenden Nachweisführung verpflichtet** werden. Ein öffentlicher Auftraggeber sollte daher den Auftragnehmer im **Dienstleistungsvertrag** dazu verpflichten, bei der Auftragsausführung

- (1) eine bestimmte Anzahl an sauberen Straßenfahrzeugen tatsächlich einzusetzen und
- (2) diese im Rahmen einer zwingenden vertraglichen Berichts- bzw Nachweispflicht dem Auftraggeber offenzulegen und derart zu belegen, dass

¹¹⁰ *Heid/Hofbauer*, Die Pflicht zum nachhaltigen öffentlichen Fuhrpark, RPA 2021, 255.

¹¹¹ Siehe *Fruhmann /Ziniel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberer Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

dieser wiederum seiner Meldepflicht gemäß § 7 SFBG nachkommen kann (zB durch Einsatz angepasster Fahrtenbücher).

- (3) Zudem sollte der öffentliche Auftraggeber ausreichend vertragliche Sanktionsmöglichkeiten - für den Fall der Nichteinhaltung der zugesicherten Quote - in den Vertrag mitaufnehmen.

Werden diese Pflichten vertraglich auf den Auftragnehmer überbunden, kann sich der Auftraggeber die vom Auftragnehmer eingesetzten sauberen Straßenfahrzeuge für seine zu erreichenden Mindestanteile nach dem SFBG anrechnen lassen.

2.6. Sonderfall: Rollierende Erneuerung des Fuhrparks

Bei der „**rollierenden Erneuerung**“ eines bestehenden Fuhrparks (= periodischer Austausch der Fahrzeuge) eröffnen sich zumeist folgende Problemfelder:

- (1) Wie ist in solchen Fällen mit bestehenden Verträgen umzugehen?
- (2) Welchem Bezugszeitraum ist die jeweilige Erneuerung zuzurechnen?

2.6.1. Bestehende (Alt-)Verträge

Wie bereits dargelegt, gilt grundsätzlich, dass der Anwendungsbereich des SFBG anhand des Zeitpunkts, der den Aufträgen zugrundeliegenden **Zuschlagserteilung** zu beurteilen ist. Sollte daher die **Zuschlagserteilung** für einen bereits bestehenden Dienstleistungsvertrag, samt einer darin befindlichen vertraglichen Regelung für eine allfällige rollierende Erneuerung, **vor Ablauf des 2.8.2021** bzw die Zuschlagserteilung aufgrund eines **Abrufs aus einer Alt-Rahmenvereinbarung** ergangen sein, so ist der Anwendungsbereich des SFBG nicht eröffnet und eine dort bereits geregelte (unveränderte) rollierende Erneuerung in der Folge für die Berechnung der Gesamtanzahl und der Mindestanteile nach dem SFBG nicht von Relevanz.¹¹² Dies gilt unabhängig davon, ob die tatsächliche Erneuerung der Straßenfahrzeuge nach dem 2.8.2021 erfolgt, da nicht der Zeitpunkt der Erneuerung, sondern der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung und somit das Zustandekommen des Vertrages (= Zeitpunkt des Auftrags) ausschlaggebend ist.


¹¹² Bekanntmachung der KOM, 2020/C 352/01, 7, Fallbeispiel 2 zu den Fragen 15 bis 18. Siehe auch: *Fruhmann/Zinief*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberen Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

Dies gilt zudem auch für jenen Fall, dass der Dienstleister selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2018 ist. Handelt es sich aber bei dem Dienstleister um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des BVergG 2018 und beschafft dieser in einem unabhängigen Vergabeverfahren, welches nach dem 2.8.2021 bekanntgemacht wurde, ein oder mehrere neue Straßenfahrzeuge für eine bereits vor dem 3.8.2021 (unverändert) geregelte „rollierende Erneuerung“ (zB Beschaffung eines neuen „sauberen“ Busses, um einen im Rahmen des (Alt-)Vertrages eingesetzten „nicht sauberen“ Bus zu ersetzen), werden diese neu beschafften Fahrzeuge zumindest für die Berechnung der Gesamtanzahl und der Mindestanteilen des beschaffenden Auftraggebers (Auftraggeber der die Dienstleistung erbringt) berücksichtigt. Eine unterjährige Beschaffung (die Beschaffung bzw der Einsatz erfolgt nicht mit 1.1. eines Jahres) führt daher zu **keiner anteilmäßigen Berechnung** der Mindestquoten. Eine **anteilmäßige Berechnung** (bzw Reduzierung) der Mindestquote (im Sinne einer aliquoten Betrachtung des tatsächlichen Einsatzzeitraums bzw der tatsächlich gefahrenen Kilometer) ist dem SFBG nicht zu entnehmen. Siehe auch die entsprechende Klarstellung der Europäischen Kommission zu dieser Frage in der Bekanntmachung über die Anwendung der CVD¹¹³: *„Die Anzahl der Fahrzeuge, die für die Erbringung der unter den Vertrag fallenden Dienstleistungen eingesetzt werden sollen, wird zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe registriert.“*

2.6.2. Rollierender Fahrzeugwechsel

Vergibt ein öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag zur Personenbeförderung mit Bussen und soll hierfür die einzusetzende Fahrzeugflotte rollierend gewechselt werden (im Sinne eines sukzessiven Ersatzes der herkömmlich betriebenen Fahrzeuge durch saubere Fahrzeuge), stellt sich die Frage, wie diesfalls die Quotenerfüllung im Sinne des SFBG ermittelt wird. In solch einer Konstellation wird der Fuhrpark des Dienstleisters zu Beginn einen hohen Anteil an herkömmlich betriebenen Straßenfahrzeugen haben, welcher im Laufe der Zeit (durch den sukzessiven Ersatz durch saubere Straßenfahrzeuge) abnimmt. Wie sind nun die vertraglichen Vorgaben zu den einzusetzenden sauberen Fahrzeugen zu bewerten? Wie stellt sich die Situation dar, wenn beispielsweise über eine Vertragslaufzeit von 10

¹¹³ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2, 3, 4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität (2020/C 352/01), 22.10.2020, C 352/6.



Jahren vorgegeben wird, wie viel saubere Fahrzeuge in jedem Betriebsjahr ein herkömmlich betriebenes Fahrzeug ersetzen müssen?

Wie bereits unter Punkt 2.6.1 ausgeführt kennt das SFBG zwar keine zeitanteilige Berücksichtigung von sauberen Straßenfahrzeugen und auch keine Berechnung der Mindestquote nach Einsatzzeit, bietet aber auch keine ausdrückliche Lösung für die gegenständliche Konstellation. Mangels klarer gesetzlicher Antwort sprechen gute Gründe dafür (zumindest) eine sachgerechte Lösung vorzunehmen. Diese könnte darin liegen, dass bei entsprechend zeitlich klarer Vorgabe im Vertrag, die Fahrzeuge, bei denen sich der „Status“ ändert („herkömmlicher Antrieb“ wird „sauberer Antrieb“), zeitanteilig berücksichtigt werden. Für diese Auslegung spricht, dass bereits eine Nachrüstung von Fahrzeugen zu berücksichtigen ist (auch im Unterschwellenbereich) und dies wohl erst recht für Neubeschaffungen gelten muss (*argumentum a minore ad maius*). Alternativ – und wohl näher am Gesetzeswortlaut – wären zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses alle geplanten eingesetzten Fahrzeuge zusammenzuzählen und die Quote der sauberen Fahrzeuge daraus zu berechnen. Diese Berechnung führt jedoch zu einer höheren ermittelten Gesamtfahrzeuganzahl als *in realiter* eingesetzt (da eben ein Austausch der Fahrzeuge und nicht eine Hinzufügung von Fahrzeugen erfolgt, bleibt die eingesetzte Fahrzeuganzahl in jedem Betriebsjahr gleich). Dies könnte zu einer unsachlichen Verzerrung der Quote führen.

2.6.3. Vertragsänderungen gemäß § 365 BVergG 2018

Sollte im Rahmen einer bestehenden Vereinbarung eine (ursprünglich nicht vorgesehene) rollierende Erneuerung erst **nach Ablauf des 2.8.2021** mit einem Dienstleister **neu vereinbart** werden, oder wurde eine bereits bestehende vertragliche Vereinbarung einer rollierenden Erneuerung erst nachträglich derart angepasst, dass beispielsweise nunmehr die alten Fahrzeuge durch neue „saubere Fahrzeuge“ iSd SFBG ersetzt werden, so wäre zunächst zu prüfen, ob es sich hierbei um eine Vertragsänderung gemäß § 6 Abs 3 SFBG - und somit um eine vergaberechtlich zulässige Vertragsänderung gemäß § 365 BVergG 2018 bzw § 108 BVergGKonz 2018 - handelt (siehe dazu im Detail Punkt 2.4.3). Sollte eine solche Vertragsänderung in der Folge zu einer Änderung der Anzahl der eingesetzten Fahrzeuge führen und als vergaberechtlich zulässig iSd § 365 BVergG 2018 bzw § 108 BVergGKonz 2018 zu qualifizieren sein, so wäre der Anwendungsbereich des SFBG vorliegend gemäß § 6 Abs 3 SFBG eröffnet und die neu eingesetzten sauberen Fahrzeuge könnten vom

Auftraggeber bei der Berechnung der Gesamtanzahl und der Mindestanteile berücksichtigt werden.

2.6.4. Verträge im Anwendungsbereich des SFBG

Handelt es sich hingegen um eine rollierende Erneuerung, die in einem Vertrag geregelt wurde, der aufgrund eines Vergabeverfahrens abgeschlossen wurde, welches im Anwendungsbereich des SFBG lag (insbesondere Bekanntmachung und Zuschlagserteilung nach dem 2.8.2021), so kann der Auftraggeber die neu eingesetzten „sauberen“ Fahrzeuge sowohl bei der Berechnung der Gesamtanzahl als auch bei der Berechnung der Mindestquote heranziehen.

Im Hinblick auf die Zurechnung zu einem bestimmten Bezugszeitraum, ist weiters auf Punkt 2.4.2 der Stellungnahme zu verweisen, wo bereits festgehalten wurde, dass als maßgeblicher Zeitpunkt der **Zeitpunkt der Zuschlagserteilung** - und somit der Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages – heranzuziehen ist¹¹⁴. Der Zeitpunkt des tatsächlichen oder des angedachten Austausches im Zuge einer rollierenden Erneuerung, ist für die Zurechnung zu einem Bezugszeitraum hingegen nicht von Relevanz.

2.7. Erfassungsgemeinschaften

Gemäß § 2 Z 3 SFBG handelt es sich bei **Erfassungsgemeinschaften** um einen **Zusammenschluss** von mindestens zwei Auftraggebern, die zumindest für einen Bezugszeitraum die **gemeinsame Erreichung der Mindestanteile** gemäß § 5 vereinbaren.

Der Hintergrund dieser normativen Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber Erfassungsgemeinschaften bilden zu können, liegt in der von Österreich gewählten Umsetzung der CVD. Gemäß der CVD müssen die in der Richtlinie festgelegten Mindestziele bei der Beschaffung und dem Einsatz von sauberen Straßenfahrzeugen gesamthaft auf nationaler Ebene erfüllt werden.¹¹⁵ Die Lastenverteilung für die Erfüllung der Mindestziele obliegt somit den Mitgliedsstaaten selbst und könnte daher gemäß der CVD zwischen den einzelnen öffentlichen Auftraggebern auch

¹¹⁴ *Fruhmann/Ziniel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberen Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

¹¹⁵ Vgl Art 5 Abs 1 CVD.

unterschiedlich ausgestaltet werden, solange dabei nur sichergestellt wird, dass der jeweilige Mitgliedstaat das gesamte Mindestziel erfüllt.¹¹⁶

Gemäß der in **Österreich gewählten Umsetzung** der CVD im Zuge des SFBG muss jeder Auftraggeber für sich allein (innerhalb eines Bezugszeitraumes) die im § 5 SFBG festgesetzten Mindestanteile von „sauberen“ Straßenfahrzeugen erfüllen. Die Verpflichtung zur Erfüllung der Mindestanteile trifft somit alle öffentlichen Auftraggeber in Österreich **im gleichen Ausmaß** (siehe dazu im Detail Punkt 2.2.2).

Um öffentlichen Auftraggebern dennoch eine **unionsrechtskonforme Flexibilisierung** zu ermöglichen, erlaubt § 5 Abs 2 SFBG, dass jeder Auftraggeber die Erfüllung seiner Verpflichtung gemäß § 5 Abs 1 SFBG auch als Partei einer Erfassungsgemeinschaft nachweisen kann. Eine Erfassungsgemeinschaft ermöglicht somit öffentlichen Auftraggebern den **gemeinschaftlichen Nachweis** der Erfüllung der im SFBG vorgegebenen Mindestanteile.¹¹⁷ In diesem Zusammenhang ist daher insbesondere darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber hier keine Beschränkungen – etwa hinsichtlich der Vollziehungsbereiche – vorgesehen hat. Damit ist es insbesondere möglich, dass Gemeinden, die zB die Müllentsorgung oder den öffentlichen Verkehr gemeinsam besorgen (zB in Form einer öffentlich-öffentlichen Kooperation gemäß § 10 Abs 3 BVergG 2018), sich hinsichtlich der Erfüllung der Mindestanteile zu einer Erfassungsgemeinschaft zusammenschließen. Die hier zugrundeliegenden Verträge (Aufträge) müssen nach dem SFBG aber nicht gemeinsam vergeben werden. Anders ausgedrückt: Eine Erfassungsgemeinschaft ist keine „Beschaffungsgemeinschaft“.¹¹⁸

Ziel einer Erfassungsgemeinschaft ist somit – unabhängig vom jeweils konkret beschafften bzw eingesetzten Anteil der „sauberen“ Straßenfahrzeuge der einzelnen Gemeinschaftsmitglieder – nur die tatsächlich beschafften, eingesetzten bzw nachgerüsteten Straßenfahrzeuge kooperativ als Gemeinschaft zu erfassen, um so die Mindestanteile gemäß § 5 SFBG zusammen nachweisen zu können.¹¹⁹ Eine Erfassungsgemeinschaft kann zudem aber auch das Ziel haben, nur einen konkreten

¹¹⁶ Siehe Frage 12 der Bekanntmachung der KOM, 2020/C 352/01, 4.

¹¹⁷ Vgl ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 15.

¹¹⁸ ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 7.

¹¹⁹ ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 6.

Mindestanteil innerhalb eines Bezugszeitraums gemeinsam zu erreichen (zB nur schwere Straßenfahrzeuge der Klasse M₃).

Der Vorteil einer Erfassungsgemeinschaft liegt somit darin, dass alle Parteien einer Erfassungsgemeinschaft die Erfüllung der Mindestquoten gemeinsam nachweisen können, auch wenn eine einzelne Partei - gesondert für sich betrachtet - den Mindestanteil nicht erreicht.

Praxisbeispiel:

Im ersten Bezugszeitraum plant Auftraggeber X 10 Busse zu beschaffen, Auftraggeber Y plant 25 Busse zu beschaffen. Auftraggeber X muss dabei 5 saubere Busse beschaffen (Mindestanteil von 45 % unter Berücksichtigung des Verbots von Abrundungen), Auftraggeber Y muss 12 saubere Busse beschaffen. Die Hälfte der sauberen Busse müssen jeweils Nullemissionsfahrzeuge sein.

Bilden die beiden Auftraggeber eine Erfassungsgemeinschaft, müssen sie somit zusammen nur 16 saubere Busse (davon 8 emissionsfreie Busse) beschaffen.

2.8. Gründung und Rechtsnatur der Erfassungsgemeinschaften

Bei der Gründung einer Erfassungsgemeinschaft ist darauf zu achten, dass zwar mehrere Auftraggeber **Partei einer Erfassungsgemeinschaft** sein können, aber ein einzelner Auftraggeber für die Erreichung eines bestimmten Mindestanteils - innerhalb eines Bezugszeitraums - nur Partei einer einzigen Erfassungsgemeinschaft sein darf. Auf diesem Weg soll vor allem eine „Mehrfachverwertung“ von sauberen Straßenfahrzeugen verhindert werden.¹²⁰

Eine weitere zwingende Anforderung ist, dass die Erfassungsgemeinschaft **vor dem Ende des betreffenden Bezugszeitraums vereinbart** wird und **zumindest einen gesamten Bezugszeitraum** umfassen muss (§ 5 Abs 2 SFBG). Eine Erfassungsgemeinschaft kann daher nicht für einzelne Jahre, sondern nur für einzelne Bezugszeiträume gegründet werden, da sich die Erreichung der Mindestanteile auf die festgelegten Bezugszeiträume bezieht.¹²¹

¹²⁰ ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 6.

¹²¹ ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 6.

Die Erfassungsgemeinschaft ist dabei als eine **zivilrechtliche Vereinbarung** zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern zu qualifizieren, um ein gemeinsames Ziel (kollektive Erfüllung der Mindestanteile) zu verfolgen.¹²² Regelmäßig kann daher davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** gemäß § 1175 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr 946/1811 idGF handelt.¹²³ Der gemeinsame Zweck der Gesellschaft dient daher (nur) **dem Nachweis** der Erfüllung der im SFBG vorgesehenen und im Rahmen der Erfassungsgemeinschaft vereinbarten Mindestquoten für einen bestimmten Bezugszeitraum.¹²⁴ Im Rahmen dieser zivilrechtlichen Vereinbarung können die Parteien darüber hinaus aber auch festlegen, welche Partei wie viele saubere Straßenfahrzeuge beschafft, in welcher Höhe ein allfälliger **Kostenausgleich** besteht und wie die Sanktionen bei Nichterfüllung der Pflichten innerhalb der Gesellschaft ausgestaltet sind und wie diese vollzogen werden.¹²⁵

Eine solche interne Regelung von Sanktionen betrifft jedoch nur das **Innenverhältnis der Gemeinschaft**. Sollte ein kollektiver Nachweis der Mindestanteile für einen Bezugszeitraum im Rahmen der Erfassungsgemeinschaft nicht gelingen, so hat die Bezirksverwaltungsbehörde gemäß § 9 SFBG über jeden öffentlichen Auftraggeber der Erfassungsgemeinschaft einzeln, der einen der in § 5 SFBG genannten Mindestanteile in einem Bezugszeitraum nicht erreicht, ein Bußgeld zu verhängen. In einem solchen Fall wird daher weder über die Erfassungsgemeinschaft, noch über jene Partei, welche für sich gesondert betrachtet die Mindestquote erfüllt, eine Geldbuße verhängt.¹²⁶ Mit anderen Worten: Über Erfassungsgemeinschaften kann keine Geldbuße gemäß § 9 SFBG verhängt werden. Eine Geldbuße wird ausschließlich über jene Parteien einer Erfassungsgemeinschaft verhängt, welche individuell betrachtet die Erfüllung der Mindestanteile gemäß § 5 SFBG nicht sicherstellen konnten. Eine Erfassungsgemeinschaft entbindet den Auftraggeber damit nicht von seiner

¹²² ErläutRV 941 BlgNR XXVII. GP, 6.

¹²³ *Fruhmann/Zinzel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberer Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

¹²⁴ § 5 Abs 2 SFBG.

¹²⁵ *Fruhmann/Zinzel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberer Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

¹²⁶ *Fruhmann/Zinzel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum sauberer Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

individuellen Verpflichtung zur Erfüllung des Mindestanteils (siehe dazu im Detail Punkt 2.7).¹²⁷

Es ist daher bei der Bildung einer Erfassungsgemeinschaft darauf zu achten, dass im Rahmen der ihr zugrundeliegenden zivilrechtlichen Vereinbarung alle im Zusammenhang mit der gemeinsamen Erreichung der Mindestanteile notwendigen Aspekte detailliert geregelt sind, um so – im Falle der Nichterfüllung der Mindestanteile – allfällige Sanktions- und Regressmöglichkeiten jedenfalls sicherzustellen (zB allfällige Finanztransfers zwischen den Parteien, interne Haftungsregelungen, Vertretungsregelungen, Regressregelungen).

Praxisbeispiel:

Auftraggeber A möchte mit Auftraggeber B eine Erfassungsgemeinschaft bilden. Was ist hinsichtlich der Anzahl der Mitglieder, der (Rechts-)Form und der Haftung zu beachten?

Erfassungsgemeinschaften können - zur kollektiven Erreichung der Mindestanteile gemäß § 5 SFBG - von **öffentlichen Auftraggebern** gebildet werden. Es ist dabei auch nicht erforderlich, dass sich die Parteien einer Erfassungsgemeinschaft im selben Vollziehungsbereich befinden (Vollziehungsbereich des Bundes, Vollziehungsbereich der Länder ec). Für das Bilden einer Erfassungsgemeinschaft benötigt es **zumindest zwei** öffentliche Auftraggeber. Eine Beschränkung hinsichtlich einer (Höchst-)Anzahl an Mitgliedern einer Erfassungsgemeinschaft sieht das SFBG nicht vor. Eine Erfassungsgemeinschaft kann aber nur für einen bestimmten Bezugszeitraum (oder bestimmte Bezugszeiträume) gebildet werden und kann zur Nachweisführung **von einem oder mehreren** Mindestanteilen dienen. Da die Parteien einer Erfassungsgemeinschaft das gemeinsame vertraglich vereinbarte Ziel verfolgen, kollektiv die im SFBG festgelegten Mindestanteile an sauberen Straßenfahrzeugen zu erreichen, wird dabei zumeist von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auszugehen sein (vertraglicher Zusammenschluss zur gemeinsamen Zweckverfolgung).

¹²⁷ Vgl EBRV 941 BlgNR XXVII GP 18.

Bei einer Nichterfüllung der Mindestanteile durch das Kollektiv wird aber in der Folge nicht der Erfassungsgemeinschaft, sondern den einzelnen Mitgliedern eine allfällige Geldbuße auferlegt, sofern das Mitglied nicht nachweisen kann, dass es individuell betrachtet den Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen erreicht. Die Parteien einer Erfassungsgemeinschaft können die Ausgestaltung der Pflichten im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung grundsätzlich frei regeln und innerhalb der Gemeinschaft verteilen (welches Mitglied beschafft wie viele saubere Fahrzeuge; die Höhe allfälliger Ausgleichszahlungen an andere Mitglieder für die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge; die interne Haftung / interner Regress, wenn ein Mitglied seinen Verpflichtungen nicht nachkommt oder eine Geldbuße wegen Nichterfüllung der Mindestanteile verhängt wird).

2.9. EBIN – Ein Überblick

2.9.1 Zielsetzung und gesetzliche Grundlage

Der Bund, konkret durch den Klima- und Energiefonds des BMK und abgewickelt durch die Kommunal Kredit Public Consulting,¹²⁸ fördert in unterschiedlicher Weise auch die **Anschaffung von E-Mobilität** durch Gebietskörperschaften. Dies umfasst Förderungen sowohl von Fahrzeugen unterschiedlicher Klassen wie auch der zugehörigen Infrastruktur. Ab 2022 kommen zudem sogenannte Flottenumstellungsprogramme hinzu, die direkt über die FFG abgewickelt werden.

Mit dem Förderprogramm „*Emissionsfreie Busse und Infrastruktur*“ (EBIN) soll die Flottenumstellung und die Angebotserweiterung auf **emissionsfreie Busse** in Österreich deutlich beschleunigt werden.¹²⁹ Rechtsgrundlage dieses Förderprogramms ist die *Sonderrichtlinie zur Förderung der Umstellung auf emissionsfreie Busflotten im öffentlichen Personenverkehr* des Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (in der Folge „**Sonderrichtlinie**“).¹³⁰ Die Sonderrichtlinie basiert wiederum auf Grundlage der

¹²⁸ Siehe <https://www.kpc-consulting.at/> und <https://www.umweltfoerderung.at/>.

¹²⁹ Sonderrichtlinie zur Förderung der Umstellung auf emissionsfreie Busflotten im öffentlichen Personenverkehr des Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie mit Geltung bis zum 31.12.2026, GZ 2022-0.026.066 (BMK/Elektromobilität).

¹³⁰ Sonderrichtlinie zur Förderung der Umstellung auf emissionsfreie Busflotten im öffentlichen Personenverkehr des Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie mit Geltung bis zum 31.12.2026, GZ 2022-0.026.066 (BMK/Elektromobilität).

Verordnung des Bundesministers für Finanzen über Allgemeine Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln, BGBl II Nr 208/2014 idgF.

Auf europarechtlicher Ebene fußt das Förderprogramm EBIN auf der Verordnung der europäischen Union zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität¹³¹. Die Aufbau- und Resilienzfazilität dient der Finanzierung von Reformen und Investitionen in den Mitgliedstaaten und ist Teil des umfassenden Europäischen Aufbauplans „**NextGenerationEU**“, welcher insbesondere zum **Ziel** hat, die **wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen der Corona-Pandemie abzufedern**.¹³²

Mitgliedsstaaten, die einen finanziellen Beitrag aus dem Beitrag aufgrund der Verordnung der europäischen Union zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität erhalten wollten, legten der Kommission einen Aufbau- und Resilienzplan vor. Das Gesamtvolumen des österreichischen genehmigten Aufbau- und Resilienzplans¹³³ beträgt EUR 3,5 Mrd.¹³⁴ Davon sind EUR 848,6 Mio für Investitionen in die umweltfreundliche Mobilität vorgesehen, wobei hiervon wiederum EUR 256 Mio auf die Förderung emissionsfreier Busse und Infrastruktur entfallen.¹³⁵

Gefördert wird im Rahmen der EBIN, wer die Kosten trägt (z.B. Busunternehmen, Verkehrsbetreiber, Energieversorger usw). Im Rahmen einer ersten Ausschreibung von 16. Februar 2022 bis 27. April 2022 wurden 16 Projekte mit insgesamt 396 Bussen und der zugehörigen Infrastruktur mit einer beantragten Fördersumme von EUR 156.655.620 eingereicht.¹³⁶

¹³¹ EU-Verordnung (EU) 2021/241 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Februar 2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität, Abl 2021 L 57/17.

¹³² Siehe Mitteilung der Kommission, Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan, COM(2020) 442 final, 27.5.2020; arto Pressemitteilung der Europäischen Union vom 17.12.2020, *EU-Haushalt: Europäische Kommission begrüßt Annahme des langfristigen EU-Haushalts für den Zeitraum 2021 – 2027*.

¹³³ Österreichischer Aufbau- und Resilienzplan 2020 – 2026 des Bundesministeriums für Finanzen vom 30.4.2021.

¹³⁴ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 28.9.2021, *„NextGenerationEU: Europäische Kommission zahlt 450 Millionen EUR als Vorfinanzierung an Österreich*.

¹³⁵ Österreichischer Aufbau- und Resilienzplan 2020 – 2026 des Bundesministeriums für Finanzen vom 30.4.2021, 19.

¹³⁶ Siehe <https://www.ffg.at/content/ebin-ausschreibungsarchiv>.

2.9.2 Allgemeine Fördervoraussetzung

Eine Förderung aus dem Förderprogramm EBIN wird nur dann gewährt, wenn das **Vorhaben ohne Förderung aus Bundesmitteln nicht oder nicht im notwendigen Umfang durchgeführt werden kann**. Voraussetzung ist weiters, dass die Förderung einen **Anreizeffekt** aufweisen muss. Anders ausgedrückt: Die Förderung soll dazu führen, dass die Förderungsempfänger ihr Verhalten ändern und zusätzliche Tätigkeiten aufnehmen, die sie ohne die Förderung nicht, nur in geringerem Umfang, auf andere Weise oder an einem anderen Standort ausüben würden.¹³⁷

2.9.3 Fördergewährung

Die Gewährung der Förderung aus dem Förderprogramm EBIN erfolgt in einem wettbewerblichen Verfahren gemäß Punkt 7 der Sonderrichtlinie. Als quantitative **Bewertungskriterien** werden

- die **Anzahl** der beschafften **emissionsfreien Busse** nach Größenklassen;
- die voraussichtlich **jährliche Fahrleistung** (in Nutzwagenkilometer – NWkm) der emissionsfreien Busse;
- die aus den jährlich geleisteten Nutzwagenkilometer resultierende **Reduktion der CO₂-Emissionen** (Emissionseinsparung) sowie
- die aus den jährlich geleisteten Nutzwagenkilometern resultierende wirtschaftliche Nachhaltigkeit (**Life Cycle Costs pro Nutzwagenkilometer**)

herangezogen. Für die Bewertung der Fördergewährung im Auswahl- und Entscheidungsverfahren wird etwa auf den Nutzen und die Verwertung (qualitative Bewertung der Wirtschaftlichkeit und Kundenorientierung) sowie auf die Relevanz des Förderansuchens (Anzahl der Busse, Fördereffizienz der Fahrleistung, Fördereffizienz der Treibhausgasreduzierung) abgestellt.

¹³⁷ Sonderrichtlinie zur Förderung der Umstellung auf emissionsfreie Busflotten im öffentlichen Personenverkehr des Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie mit Geltung bis zum 31.12.2026, GZ 2022-0.026.066 (BMK/Elektromobilität), Pkt 5.

2.9.4 Fördergegenstand

Mit den Fördermitteln werden – wie in der Folge dargelegt – die **(1) Anschaffung von emissionsfreien Bussen** und die **(2) Errichtung der notwendigen Infrastruktur** für emissionsfreie Busflotten im Personenverkehr gefördert.

2.9.4.1 Anschaffung von emissionsfreien Bussen

Konkret wird die Anschaffung von

- Batterieelektrischen Bussen (**Batteriebusse**), die ohne zusätzliche Energieerzeugung im Fahrzeug rein elektrisch angetrieben werden;
- Oberleitungsbussen (**O-Busse**), die ihren Fahrstrom mittels Stromabnehmern aus einer über der Fahrbahn gespannten Oberleitung beziehen, auch wenn sie zur Überbrückung oberleitungsfreier Strecken ebenfalls ausschließlich emissionsfrei angetrieben werden (batterieelektrisch) sowie
- Bussen mit Wasserstoff-Brennstoffzellenantrieb (**H2-Busse**) die ohne zusätzliche Energieerzeugung im Fahrzeug angetrieben werden

gefördert. **Voraussetzung** für die Förderung ist weiters, dass die angeschafften emissionsfreien Busse im **innerösterreichischen öffentlichen Personenverkehr** eingesetzt werden, die Leistung zum Hauptteil in Österreich erfolgt (wobei bei Staatsgrenzen überschreitenden Verkehren die Start- oder Zieldestination in Österreich liegen müssen) **und die ausschließliche Nutzung erneuerbarer Energiequellen** für den Antrieb sichergestellt wird.

2.9.4.2 Schaffung der notwendigen Infrastruktur

Die Fördermittel dienen zur Förderung der **Lade-, Oberleistungs- und Wasserstoffbetankungsinfrastruktur**, welche im unmittelbaren räumlichen und technischen Zusammenhang mit der Anschaffung von Batteriebussen, O-Bussen, H2-Bussen stehen sowie **dazugehörige Drittleistungen**.

2.9.4.3 Förderungsfähige Vorhaben

Förderfähig sind Vorhaben, sofern

- sie in unmittelbarem (räumlichen und technischen) Zusammenhang mit der Ladung bzw. Betankung von angeschafften emissionsfreien Bussen stehen (konkret wird gefördert die Planung und Errichtung von Ladestellen bzw. Tankstellen, die Errichtung von Oberleitungen ausschließlich in Zusammenhang mit entsprechenden Fahrzeuganschaffungen und betrieblich erforderliche Investitionsmaßnahmen im Umfeld der Ladestelle bzw. Tankstelle)
- sie für Servicierung, Wartung und Garagierung der emissionsfreien Busse erforderlich sind (zB Errichtung, Aus- bzw. Umbau von Garagen, Depots oder Werkstätten);
- sie für Schulungen des entsprechenden Personals erforderlich sind (zB Fahrer, Wartungs- und Servicepersonal).

Nicht förderfähig sind Infrastrukturerrichtungen, ohne die zugehörige Beschaffung von Fahrzeugen.

2.9.5 Förderbare Kosten

Die Förderung ist als **Investitionszuschuss** ausgestaltet. Bei der **Anschaffung von emissionsfreien Bussen** gelten als **förderbare Kosten**:

- **Mehrkosten** bei der Anschaffung von emissionsfreien Bussen. Diese sind definiert als die Differenz zwischen dem Nettokaufpreis des emissionsfreien Fahrzeuges (rechtsgültiger Kaufvertrag) und des durchschnittlichen Nettokaufpreises eines konventionellen Referenzfahrzeuges gleicher Größenkategorie und Ausstattung der Klasse Euro VI sowie
- Einmalige **Drittkosten für Schulungen** des erforderlichen Personals (Fahrer, Wartungs- und Servicepersonal)

Als **förderbare Kosten** bei der **Errichtung der Infrastruktur** gelten:

- **Investitionskosten** für die notwendige Lade-, Oberleitungs- und Wasserstoffbetankungsinfrastruktur;

- Kosten für die **physische Herstellung der Ladestelle- bzw Tankstelle** (Hardware-Investitionskosten des benötigten Anschlusses an die jeweilige Netzebene);
- **Planungskosten** der Ladestelle- bzw Tankstelle;
- Einmalige Drittkosten für Schulungen des erforderlichen Personals (Fahrer, Wartungs- und Servicepersonal).

Der Fördernehmer erhält in der Folge **maximal 80%** der beihilfefähigen Mehrkosten bzw -ausgaben für die Anschaffung von **emissionsfreien Bussen** und **maximal 40%** der beihilfefähige Investitionskosten bzw -ausgaben für die Errichtung der **Infrastruktur**.

2.9.6 Rückzahlungspflicht der Fördergelder

Die Sonderrichtlinie normiert in Punkt 8.1.3, dass bei Vorliegen **demonstrativ – somit nicht abschließend¹³⁸ – aufgezählter Umstände** eine **Verpflichtung zur Rückerstattung** der erhaltenen Fördermittel besteht. Bei den dort aufgelisteten Gründen, welche eine Rückzahlung auslösen können, handelt es sich zB um den Verstoß von Meldepflichten, die widmungswidrige Verwendung der Fördergelder sowie die nicht rechtzeitige Durchführung der Leistung.

Die Sonderrichtlinie sieht allerdings vor, dass auch nur eine **teilweise Rückzahlung** der Fördergelder vorgesehen werden kann (insbesondere wenn den Fördernehmer gar **kein Verschulden** am Rückforderungsgrund trifft).

2.9.7 Unionsrechtliche Einordnung

Bei der EBIN-Förderung handelt es sich um eine genehmigte **Beihilfe** im Sinne von Art 107 Abs 1 AEUV.¹³⁹ Ziel des EU-Beihilfenrechts ist (1) Wettbewerbsverfälschungen innerhalb der Europäischen Union zu vermeiden und (2) Handelsbeeinträchtigungen zwischen den Mitgliedstaaten zu unterbinden.¹⁴⁰ Beihilferechtliche Grundlage ist die

¹³⁸ Sonderrichtlinie, Punkt 8.1.3, „*insbesondere*“.

¹³⁹ Mitteilung der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, ABI C 135/2 vom 25.3.2022.

¹⁴⁰ Opperl, Vergabe und Beihilfen, ZVB 2015/88.

Entscheidung der EU-Kommission auf Basis der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–20203 (UEBL). Die Richtlinie wurde zudem gemäß Art 108 Abs 3 AEUV notifiziert.

Weitere **unionsrechtliche Grundlagen** sind die Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020 (UEBL),¹⁴¹ verlängert und geändert durch Mitteilung der Kommission (2020/C 224/02),¹⁴² der Beschluss der Europäischen Kommission C (2021) 9345 vom 13.12.2021 über die Vereinbarkeit der Beihilfe „SA. 63278 (2021/N)“ mit dem Binnenmarkt gem. Art. 107 und 108 AEUV sowie die Verordnung (EU) 2021/241 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Februar 2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität.¹⁴³

2.9.8 Abschließende Überlegungen

Vor dem aufgezeigten Hintergrund ist auch kritisch zu hinterfragen, ob solche Finanzausweisungen hinsichtlich des SFBG in Form der bestehenden EBIN-Förderung bereits in ausreichendem Maß erfolgt sind, um das SFBG faktisch bzw flächendeckend umsetzen zu können. Dies zumal derzeit **weder ein Rechtsanspruch auf die Zuweisung von Mitteln existiert, noch die Förderung den gesamten Bezugszeitraum umfasst** und im – nicht umfassten – **zweiten Bezugszeitraum** aufgrund des „phase out“ von bestehenden „Altverträgen“ sowie vorgeschriebener höherer Quoten sauberer Fahrzeuge sogar mit **wirtschaftlich höheren Belastungen** zu rechnen sein dürfte.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob eine allfällige faktische „Überspannung“ der Leistungsfähigkeit der Städte und Gemeinden dem in Art 4 Abs 3 EUV Satz 2 und 3 verankerten unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip („effet utile“) zuwiderläuft. Anders ausgedrückt: Wenn EU-Richtlinien derart in nationales Recht transformiert werden, dass deren Ziele rein faktisch gar nicht erreicht werden können (zB mangels ausreichender Liquidität kleinerer Städte oder sogenannter „Sanierungsgemeinden“), besteht ein gewisses Spannungsverhältnis zur Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten. Als vorrangiges und unmittelbar anwendbares

¹⁴¹ ABI 2014 C 200/1.

¹⁴² ABI 2020 C 224/2.

¹⁴³ ABI 2021 L 57/17.

Unionsrecht muss dies auch vom Bundesgesetzgeber neben den verfassungsrechtlichen Vorgaben stets berücksichtigt werden.

2.10 Verankertes Bußgeld bei Nichteinhaltung des SFBG

2.10.1 Allgemeine Ausführungen zum Bußgeld

Hat ein öffentlicher Auftraggeber **einen oder mehrere Mindestanteile** gemäß § 5 SFBG nicht erfüllt, ist gemäß § 9 SFBG von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde (in der Folge „BVB“) über den öffentlichen Auftraggeber eine **Geldbuße** zu verhängen.

Das SFBG sieht somit bereits bei **Nichterfüllung von nur einem Mindestanteil** gemäß § 5 SFBG die Verhängung einer Geldbuße über den öffentlichen Auftraggeber vor (etwa, wenn dieser „nur“ die Mindestquote für schwere Straßenfahrzeuge der Klasse M₃ [„**Busse**“] nicht erfüllt). Diese strenge Auslegung des § 9 Abs 1 SFBG geht unmittelbar aus dem Wortlaut der Bestimmung hervor, der von „*zumindest einen der in § 5 genannten Mindestanteile*“ spricht.¹⁴⁴ Mit anderen Worten: Jeder Auftraggeber muss für jede Fahrzeugkategorie (leichte Straßenfahrzeuge der Klassen M₁, M₂ und N₁ [„**Pkw**“], schwere Straßenfahrzeuge der Klassen N₂ und N₃ [„**Lkw**“] und schwere Straßenfahrzeuge der Klasse M₃ [„**Busse**“]) den jeweiligen Mindestanteil an „sauberen“ Straßenfahrzeugen innerhalb der vorgegebenen Bezugszeiträume erfüllen, um nicht in Gefahr zu laufen, ein bzw mehrere Bußgelder bezahlen zu müssen. Eine allfällige „Übererfüllung“ eines Mindestanteils für eine der Fahrzeugkategorien kann jedenfalls nicht zur Kompensation eines nicht erfüllten Mindestanteils einer anderen Fahrzeugkategorie herangezogen werden.

2.10.2 Bemessung der Geldbuße

Bei der zu verhängenden Geldbuße gemäß § 9 SFBG handelt es sich um **keine Verwaltungsstrafe** im eigentlichen Sinn, weshalb das Verfahren auch **kein Verwaltungsstrafverfahren** darstellt.¹⁴⁵ Vielmehr soll die Geldbuße – in Anlehnung an § 29 Kartellgesetz 2005, BGBl I Nr 61/2055 idgF sowie gemäß § 356 BVergG 2018 –

¹⁴⁴ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 18.

¹⁴⁵ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 18.

„**ein neues Sanktionssystem** [darstellen], *das zu bestehenden Strafrechtssystemen hinzutritt.*“¹⁴⁶

Die Geldbuße ist **verschuldensunabhängig**¹⁴⁷ und soll im Wesentlichen den **wirtschaftlichen Vorteil**, den ein Auftraggeber durch die Nichtbeachtung der Mindestanteile an sauberen Straßenfahrzeugen erzielt, ausgleichen. Schließlich übersteigen die Anschaffungskosten „sauberer“ Straßenfahrzeuge die Anschaffungskosten von nicht sauberen Straßenfahrzeugen derzeit (noch) erheblich.¹⁴⁸ Der Differenz der Kosten zwischen sauberen und nicht sauberen Straßenfahrzeugen kommt daher bei der Bemessung der Geldbuße eine maßgebliche Rolle zu.¹⁴⁹ Dies muss aber – vice versa – auch **mildernd** für jene (zukünftige) Situation gelten, dass die Anschaffungskosten von sauberen Straßenfahrzeugen gesunken sind.

Da aber zudem eine von der BVB verhängte Geldbuße nicht nur die vom Auftraggeber erzielten wirtschaftlichen Vorteile ausgleichen soll, sondern auch einen Ausgleich für die Emissionsdifferenzen widerspiegeln soll (**externe Umweltkosten**)¹⁵⁰, sind – dem System des SFBG folgend – von der BVB zukünftig auch die Emissionswerte des (anstelle des sauberen Fahrzeuges) beschafften Fahrzeuges bei der Festlegung der Höhe der Bußgeldhöhe zu berücksichtigen. Sollte daher ein Auftraggeber anstelle eines sauberen Fahrzeuges (zumindest) ein Fahrzeug mit klassischem Verbrennungsmotor beschaffen, das vergleichsweise effizient ist bzw geringe Emissionswerte aufweist, ist dieser Umstand ebenso mildernd von der BVB bei der Bemessung der Geldbuße zu berücksichtigen.

§ 9 Abs 1 SFBG legt in diesem Zusammenhang weiters fest, dass bei Nichterfüllung einer der im SFBG geforderten Mindestanteile dem jeweiligen Auftraggeber eine **wirksame, angemessene und abschreckende Geldbuße** aufzuerlegen ist. Dabei handelt es sich um eine **Ermessensentscheidung der BVB**, bei der neben den

¹⁴⁶ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 18 mit Verweis auf VfGH am 8.10.2015, G 154/2015;

¹⁴⁷ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 19.

¹⁴⁸ *Fruhmann/Zinzel*, Verpflichtung zur Beschaffung und zum Einsatz sauberer Straßenfahrzeuge nach dem Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz, NR 2021, 371.

¹⁴⁹ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 19.

¹⁵⁰ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 19.

gesetzlichen Bemessungsfaktoren auch **Umstände des Einzelfalles** und der Kontext der Zuwiderhandlung zwingend zu berücksichtigen sind.¹⁵¹

Hinsichtlich einer **Höchstgrenze für die Gesamtgeldbuße** gibt es im SFBG allerdings keine konkreten Angaben (zu den Höchstgrenzen für die einzelnen Fahrzeuge einer bestimmten Fahrzeugkategorie siehe sogleich). Hintergrund ist jener, dass die Höhe des erzielten Kostenvorteils schlussendlich von der Gesamtanzahl und Art der beschafften bzw eingesetzten Straßenfahrzeuge abhängt.¹⁵² Die Höhe der **Gesamtgeldbuße** berechnet sich daher nach der Anzahl der zu wenig beschafften bzw eingesetzten Fahrzeuge bzw nach dem Ausmaß der damit einhergehenden Unterschreitung des jeweiligen Mindestanteils.¹⁵³

Als betragsmäßige **Höchstgrenzen für einzelne Fahrzeuge** je Fahrzeugkategorie, legt § 9 SFBG folgende Beträge fest:

- EUR 25.000,-- für ein leichtes Straßenfahrzeug der Klasse M₁, M₂ oder N₁ („**Pkw**“);
- EUR 125.000,-- für ein schweres Straßenfahrzeug der Klasse N₂ oder N₃ („**Lkw**“);
- EUR 125.000,-- für ein schweres Straßenfahrzeug der Klasse M₃ („**Busse**“) und
- EUR 225.000,-- für ein emissionsfreies schweres Straßenfahrzeug der Klasse M₃ („**Busse**“).

Da es sich bei den oben angeführten Wertgrenzen um **Höchstgrenzen** handelt, hat die BVB diese auch nur bei schweren Verfehlungen heranzuziehen. Die BVB hat bei der Festlegung der konkreten Bußgeldhöhe vielmehr im Rahmen einer **Ermessensentscheidung** für jedes von einem Auftraggeber im Beschaffungszeitraum beschaffte bzw eingesetzte nicht saubere Straßenfahrzeuge, an dessen Stelle ein sauberes Straßenfahrzeug beschafft bzw eingesetzt werden hätte müssen, einen

¹⁵¹ VwGH am 18.3.2015, 2012/04/0070.

¹⁵² EBRV 941 BlgNR XXVII GP 18.

¹⁵³ *Beham/Hofbauer*, Das Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz: Unberücksichtigte Kritik und alternativer Sanktionsmechanismus, RdU 2021/126, 245.

einzelfallbezogenen Betrag von sich aus und unter Berücksichtigung aller Umstände **anzusetzen**.¹⁵⁴ Die Gesamtzahl der beschafften bzw eingesetzten Straßenfahrzeuge im Bezugszeitraum bleibt dadurch unverändert.¹⁵⁵

Dem Wortlaut des § 9 SFBG weiter folgend, hat die BVB aber nicht nur auf das Ausmaß der Unterschreitung der jeweiligen Mindestanteile und den dadurch erzielten Vorteil Bedacht zu nehmen, sondern auch auf **alle weiteren Begleitumstände** die zur Nichterfüllung der Mindestanteile geführt haben. Auch die erläuternden Bemerkungen des SFBG führen hierzu ins Treffen, dass die Festlegung der Bußgeldhöhe stets eine **Einzelfallbetrachtung** erfordert und dabei insbesondere „auf die konkreten Umstände, wie etwa auf den erzielten Vorteil beim Auftraggeber oder die Vorgangsweise des Auftraggebers (**verschuldete oder unverschuldete Verzögerungen**), Rücksicht zu nehmen [ist]“.¹⁵⁶ Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf den Umstand, dass die Anschaffungskosten von sauberen Straßenfahrzeugen im Vergleich zu nicht sauberen Straßenfahrzeugen sinken sollten. Das Bußgeld muss sich daher bereits aus diesem Faktum heraus eher degressiv Verhalten.

Dieser Systematik folgend, verweist § 9 Abs 3 SFBG weiters auf die sinngemäße Anwendung der demonstrativen¹⁵⁷ Auflistung der **Erschwerungsgründe- und Milderungsgründe** gemäß § 5 Verbandverantwortlichkeitsgesetz BGBl I Nr 151/2005 idgF (in der Folge „**VbVG**“). Da es sich vorliegend um eine demonstrative Auflistung handelt, kann die BVB sohin im Einzelfall auch andere – erschwerende oder mildernde – Umstände für die Bußgeldbemessung heranziehen (wobei unter Berücksichtigung des Doppelverwertungsverbotes die Erschwerungsgründe- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen sind).

Als **Erschwerungsgründe** werden in § 5 Abs 2 VbVG folgende Punkte aufgezählt:


- Die Schadenshöhe;
- die Gefährdungsintensität;

¹⁵⁴ § 9 Abs 4 SFBG.

¹⁵⁵ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 19.

¹⁵⁶ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 19.

¹⁵⁷ *Lehmkuhl/Zeder in Höpffel/Ratz, WK² VbVG § 5 Rz 1.*

- 
- die Höhe des erlangten Vorteils
 - und „*je mehr gesetzwidriges Verhalten von Mitarbeiter geduldet oder begünstigt wurde*“.

Die Schadenshöhe, die Gefährdungsintensität und die Höhe des erlangten Vorteils beziehen sich dabei auf die Folgen der Tat. Das Verhalten der Mitarbeiter bezieht sich hingegen auf eine generell sorglose bzw kriminelle Organisationskultur. Wobei aber zu berücksichtigen ist, dass gesetzwidriges Verhalten der Mitarbeiter nicht zwingend strafgesetzwidriges Verhalten sein muss. Duldung sowie Begünstigung müssen seitens von der Ebene der Entscheidungsträger der Organisation erfolgen. Die konkrete Anknüpfungstat muss schließlich ermöglicht oder zumindest wesentlich erleichtert worden sein (§ 3 Abs 3 Z 2 VbVG).

Als **Minderungsgründe** werden in § 5 Abs 3 VbVG folgende Punkte genannt:

- **Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten** bzw Anhalten von Mitarbeitern zu rechtstreuem Verhalten;
- Verbandsverantwortlichkeit lediglich für Straftaten von Mitarbeitern;
- Leisten eines erheblichen Beitrages zur Wahrheitsfindung;
- vollständige Schadensgutmachung bzw Wiedergutmachung der Tatfolgen;
- **Setzen wesentliche Schritte zur zukünftigen Verhinderung** ähnlicher Taten
- und die Tat hat „*bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen*“.

Dieser Bestimmung lässt sich somit entnehmen, dass dem Umstand besonderes Gewicht zukommen soll, inwieweit der Auftraggeber **Vorkehrungen zur Verhinderung der Nichterfüllung** der im SFBG festgelegten Mindestanteile getroffen hat und inwieweit er das Verhalten seiner Mitarbeiter in positiver oder negativer Weise

beeinflusst hat.¹⁵⁸ Aufgrund des ausdrücklichen Verweises auch auf die Milderungsgründe des § 5 VbVG ist daher mit guten Gründen davon auszugehen, dass die BVB bei der Bemessung der Höhe der Geldbuße stets auch diese Umstände – im Rahmen der von ihr durchzuführenden Einzelfallbetrachtung – miteinfließen lassen muss.

Das SFBG sieht aber in bestimmten Situationen sogar gänzlich von der Verhängung einer Geldbuße ab. Dies ist *expressis verbis* dann der Fall, wenn gemäß § 9 Abs 4 SFBG der Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen deshalb nicht erreicht wird, weil „*die Beschaffung bzw der Einsatz von sauberen bzw emissionsfreien Straßenfahrzeugen aufgrund der technischen Eigenschaften der am Markt verfügbaren sauberen bzw emissionsfreien Straßenfahrzeuge die Erfüllung [der] Aufgaben [des Auftraggebers] ausgeschlossen hätte.*“¹⁵⁹ Diesfalls hat die BVB „*insoweit*“ von der **Verhängung einer Strafe gänzlich abzusehen**.

Hinsichtlich der hier angeführten „*technischen Eigenschaften*“ ist darauf hinzuweisen, dass öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Erfüllung ihrer Aufgaben ganz **spezifische technische Anforderungen an Straßenfahrzeuge** haben können, die durch am Markt verfügbare saubere bzw emissionsfreie Straßenfahrzeuge noch nicht erfüllt werden. Da der Gesetzgeber allerdings in § 9 Abs 4 SFBG auf die „*Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers*“ abstellt, wird insbesondere klargestellt, dass **zB die Notwendigkeit von Umstellungen betrieblicher Abläufe bedingt durch den Einsatz sauberer bzw emissionsfreier Straßenfahrzeuge für sich alleine noch nicht dazu führt, dass von der BVB keine Geldbuße zu verhängen ist.**¹⁶⁰


Als Umstellung von betrieblichen Abläufen zählt etwa der Umstand, dass alternativ betriebene Fahrzeug eine besondere Ladeinfrastruktur mit längeren Ladezeiten (zB Beladung über Nacht) benötigen.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass dem Begriff „*insoweit*“ gemäß § 9 Abs 4 SFBG eine entscheidende Bedeutung zukommt: Beschafft ein öffentlicher Auftraggeber unter anderem Straßenfahrzeuge, für die saubere bzw emissionsfreie

¹⁵⁸ EBRV 994 BlgNR XXII GP 27.

¹⁵⁹ § 9 Abs 4 SFBG.

¹⁶⁰ EBRV 941 BlgNR XXVII GP 18.



Alternativen die Erfüllung der Aufgaben ermöglichen, sind diese „sauberen“ Alternativen auch - um den Mindestanteil zu erreichen - zu beschaffen. Das SFBG antizipiert bereits den Umstand, dass nach derzeitigem Stand nicht alle Einsatzzwecke mit sauberen Straßenfahrzeugen erfüllt werden können, indem die vorgeschriebenen Mindestquoten an sauberen Fahrzeugen nicht 100 % betragen, sondern deutlich darunter liegen.


2.10.3 Ausgewählte Sonderfragen zum Bußgeld

Auf Basis dieser Überlegungen und Ausführungen werden in der Folge einzelne, ausgewählte Sonderfragen zum Bußgeld komprimiert beantwortet:

- **Welche Bußen treffen Gemeinden, wenn sie ihre Verpflichtungen aus dem SFBG nicht nachkommen?**

Gemäß § 5 SFBG müssen öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung bzw dem Einsatz von Straßenfahrzeugen im jeweils vorgegebenen Bezugszeitraum eine Mindestquote an sauberen Fahrzeugen im Sinne des SFBG beschaffen bzw einsetzen. Wird bei der Beschaffung bzw dem Einsatz von Straßenfahrzeugen die **erforderliche Mindestquote nicht eingehalten**, so liegt ein Verstoß gegen das SFBG vor, der von der zuständigen BVB gemäß § 9 SFBG mit einer **wirksamen, angemessenen und abschreckenden Geldbuße** zu ahnden ist. Eine betragsmäßig fixierte Höchstgrenze ist im SFBG nicht vorgesehen. Vielmehr berechnet sich die Höchstgrenze für Geldbußen nach der konkreten Stückanzahl der Unterschreitung des jeweiligen Mindestanteils. Die BVB hat für die Bemessung der Geldbuße auf folgende Parameter Bedacht zu nehmen:

- Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung der Geldbuße;
- Ausmaß der Unterschreitung der Mindestanteile und den dadurch erzielten Kostenvorteil. Zum wirtschaftlichen Vorteil (Kostenvorteil) ist Folgendes auszuführen: Je geringer der Kostenvorteil durch das Nichtanschaffen sauberer Fahrzeuge ausfällt, desto geringer ist auch die Geldbuße zu bemessen. Der Differenz der Anschaffungskosten zwischen sauberen und nicht sauberen Straßenfahrzeugen kommt daher bei der Bemessung der Höhe der Geldbuße eine maßgebliche Rolle zu. Diese Überlegung hat auch zu beinhalten, dass künftig die



Anschaffungskosten für saubere Straßenfahrzeuge voraussichtlich sinken werden. Bei sinkenden Anschaffungskosten für saubere Straßenfahrzeuge wird auch der wirtschaftliche Vorteil bei einer Anschaffung herkömmlicher Straßenfahrzeuge geschmälert werden. Die Schmälderung des wirtschaftlichen Vorteils hat sich mildernd auf die Höhe des Bußgeldes auszuwirken.


- bisherige Vorgehensweise des Auftraggebers (verschuldete oder unverschuldete Verzögerung) und
- Vorliegen von Erschwerungs- und/oder Milderungsgründen (zB gemäß § 5 VbVG).

Wenn der Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen jedoch deshalb nicht erreicht wird, weil die Beschaffung bzw der Einsatz von „sauberen“ Straßenfahrzeugen aufgrund der technischen Eigenschaften der am Markt verfügbaren „sauberen“ Straßenfahrzeuge die Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers ausgeschlossen hätte, *ist keine* Geldbuße zu verhängen.

- **Ist ein Bußgeld nach dem SFBG zu verhängen, wenn ihm Rahmen eines Vergabeverfahrens eine Verzögerung aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens auftritt?**

Ja, da ein eingeleitetes Nachprüfungsverfahren kein Strafausschließungsgrund gemäß § 9 SFBG ist. Darüber hinaus muss ein **umsichtiger öffentlicher Auftraggeber bei der Planung der Ausschreibung bereits ausreichende Zeitpolster für allfällige Verzögerungen durch Kontrollverfahren einkalkulieren**.¹⁶¹ Die Verzögerung eines Vertragsabschlusses aufgrund eines Nachprüfungsantrags in der Vergabe ist somit nach der ständigen Judikatur der Verantwortungssphäre des Auftraggebers zuzurechnen und daher wohl nicht einmal ein valider Milderungsgrund. Besondere „Härtefälle“ könnten allerdings eine andere Beurteilung erlauben (dies ist im Einzelfall zu prüfen). Die Beurteilung der Erforderlichkeit der Durchführung einer Not- bzw Interimsvergabe und den damit verbundenen Konsequenzen in Bezug auf das im Rahmen der Notvergabe voraussichtliche Nichterfüllen der erforderlichen Quote wird jedenfalls die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung nach sich

¹⁶¹ BVA 21.5.2008, N/0054-BVA/13/2008-9; BVA 11.12.2006, N/0100-BVA/02/2006-10; BVA 29.12.2006, 16N-133/05-9; BVA 27.1.2006, 16N-8/06-6, und BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4



ziehen. Wobei auch in dieser Konstellation bei einem allfälligen Bußgeld sich die Behörde den wirtschaftlichen Vorteil des Auftraggebers insgesamt anzusehen haben wird. Dieser wird gerade in diesem Fall gering bis nicht vorhanden sein, da die sauberen Fahrzeuge ohnehin beschafft wurden und lediglich eine Interimsvergabe durchgeführt wurde. Diese Punkte sprechen für eine Milderung des Bußgeldes.

- **Ist ein Bußgeld nach dem SFBG über einen öffentlichen Auftraggeber bei fehlender Lieferbarkeit von sauberen Straßenfahrzeugen zu verhängen?**

Für die Zurechnung der beschafften, eingesetzten oder nachgerüsteten (sauberen) Straßenfahrzeuge zu einem bestimmten Bezugszeitraum gemäß § 6 Abs 1 SFBG ist der **Zeitpunkt der Zuschlagserteilung**, also des Zustandekommens des Vertrages, maßgebend. Wann hingegen die Straßenfahrzeuge tatsächlich geliefert bzw eingesetzt werden, ist für die Zurechnung zu einem Bezugszeitraum nicht ausschlaggebend. Im Ergebnis bedeutet dies, dass allfällige Lieferschwierigkeiten für die Zurechnung zu einem Bezugszeitraum sowie für die Verhängung einer Geldbuße grundsätzlich nicht ausschlaggebend sind.

- **Ist ein Bußgeld nach dem SFBG über einen öffentlichen Auftraggeber bei unzureichender Förderung durch den Bund zu verhängen?**

Gemäß § 5 SFBG müssen öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung bzw dem Einsatz von Straßenfahrzeugen im jeweils vorgegebenen Bezugszeitraum eine Mindestquote an sauberen Fahrzeugen im Sinne des SFBG beschaffen bzw einsetzen. Wird bei der Beschaffung bzw dem Einsatz von Straßenfahrzeugen die erforderliche Mindestquote nicht eingehalten, so liegt ein Verstoß gegen das SFBG vor. Dass der öffentliche (Sektoren-)Auftraggeber den Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen aufgrund unzureichender finanzieller Mittel (etwa unzureichender Förderung durch den Bund) nicht sicherstellen kann, ist für die Verhängung der Geldbuße daher unerheblich. Auch die nicht rechtzeitig erfolgte Mittelfreigabe (zB qua aufsichtsbehördlichen Gremialbeschluss) stellt grundsätzlich keinen Strafausschließungsgrund dar.

- **Ist ein Bußgeld nach dem SFBG über einen öffentlichen (Sektoren-)Auftraggeber bei fehlender/eingeschränkter Einsetzbarkeit zu verhängen?**

Das SFBG normiert bei der Verhängung der Geldbuße (nur) einen Strafausschließungsgrund. Demnach ist von der Verhängung einer Geldbuße dann abzusehen, wenn der Mindestanteil an sauberen Straßenfahrzeugen deshalb nicht erreicht wird, weil *„die Beschaffung bzw der Einsatz von sauberen bzw emissionsfreien Straßenfahrzeugen aufgrund der technischen Eigenschaften der am Markt verfügbaren sauberen bzw emissionsfreien Straßenfahrzeuge die Erfüllung [der] Aufgaben [des Auftraggebers] ausgeschlossen hätte.*

Stehen sohin technische Gründe einer Beschaffung oder dem Einsatz von sauberen Straßenfahrzeugen entgegen, wird von der Verhängung einer Geldbuße abgesehen. Technische Probleme **nach** der erfolgten Lieferung sind hingegen nicht vom Ausnahmetatbestand umfasst. Da jedoch das SFBG für die Zurechnung der Mindestanteile ohnedies auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (und nicht auf den Zeitpunkt der Vertragserfüllung) abstellt, bleibt in der Folge auch ein (erst) nach Vertragsabschluss aufkommender Mangel für die Zurechnung nach dem SFBG ohne Belang.

- **Wie verhält sich eine allfällige „Wechselwirkung“ zwischen einer Rückforderung aus dem EBIN-Förderprogramm und der Verhängung einer Geldbuße nach dem SFBG? Wie ist es zu beurteilen, wenn ein Auftraggeber zur Zurückzahlung von Fördermittel aus dem EBIN-Förderprogramm verpflichtet wird und über ihn zusätzlich eine Geldbuße verhängt wird?**

Die Verpflichtung zur Rückzahlung von Fördermittel aus dem EBIN-Förderprogramm resultiert aus einer allfälligen **Nichteinhaltung des Fördervertrags** und stellt somit eine vertragliche Verpflichtung dar (etwa bei einem Verstoß gegen Melde- und Berichtspflichten, widmungswidrige Verwendung, Be- bzw Verhinderung von Kontrollmaßnahmen oder unrichtige oder unvollständige Unterrichtung über wesentliche Umstände). Voraussetzung für die Verpflichtung zur Zurückzahlung der erhaltenen Fördermittel ist damit

eine **Vertragsverletzung** (des EBIN-Fördervertrages). Die Verhängung einer Geldbuße nach dem SFBG resultiert hingegen aus einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Erfüllung der dort festgesetzten Mindestquoten an sauberen Straßenfahrzeugen aller dort gelisteten Fahrzeugkategorien (nicht nur für Busse wie gemäß dem EBIN-Förderprogramm!). Die Geldbuße nach dem SFBG wird daher aufgrund der Nichteinhaltung gesetzlicher Vorgaben verhängt.

Da das Bußgeld nach dem SFBG ein gesetzlich vorgeschriebenes (Sonder-)Sanktionssystem darstellt (siehe auch Punkt 2.10.2) und die Rückzahlungsverpflichtung nach der EBIN Förderrichtlinie (lediglich) eine vertraglich vereinbarte Verpflichtung auf Rückzahlung im Falle einer Vertragsverletzung darstellt, ist eine Konkurrenz dieser beiden „Sanktionen“ nicht zu erblicken. Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass ein öffentlicher (Sektoren-)Auftraggeber sowohl zur Zurückzahlung von Fördermittel nach dem EBIN-Förderprogramm verpflichtet werden kann, als auch zu einer Geldbuße nach dem SFBG.

Wir hoffen mit unseren Ausführungen behilflich gewesen zu sein und stehen für allfällige Rückfragen gerne zur Verfügung. Darüber hinaus sind für einen raschen Überblick alle Ergebnisse der vergaberechtlichen Stellungnahme in der **Management Summary (Beilage .I2)** zusammenfassend kurz dargestellt.

Mit freundlichen Grüßen



Berthold Hofbauer

Beilagen:

- Beilage .I1 – Leitfaden Erfassungsgemeinschaft.
- Beilage .I2 – Management Summary.