

»Im Gegensatz zu klassischen Bauverträgen, die nach dem Motto »Alles oder nichts« eine Schwarz-Weiß-Aufteilung der Risiken vorsehen, versuchen alternative Vertragsmodelle heikle Phasen des Projektes durch Win-Win- oder Lose-Lose-Regelungen aufzulösen. Das ist auch in anderen Branchen anwendbar«, sagt Stephan Heid.



»Bei großen Umstellungen ist es normal, dass es ordentlich rumpelt im Gebälk«

Im Interview mit *Report(+)*PLUS sprechen Vergaberechtsexperte Stephan Heid, Heid und Partner Rechtsanwälte, und Umweltrechtsexperte Martin Niederhuber, Niederhuber und Partner Rechtsanwälte, über Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung, die Anwendung alternativer Vertragsmodelle aus der Bauwirtschaft in anderen Branchen und ehrgeizige umweltpolitische Ziele, für deren Umsetzung die passenden Instrumente fehlen.

VON BERND AFFENZELLER



»Wenn man im Umweltrecht sagt, dass die Regulierungsschrauben angezogen werden, liegt man nie falsch. Denn darum geht es nun mal im Ordnungsrecht«, sagt Martin Niederhuber.

> (+) PLUS: Mit dem »naBe« gibt es einen Aktionsplan für die nachhaltige öffentliche Beschaffung. Wie nachhaltig agiert die öffentliche Hand tatsächlich bei der Beschaffung?

Stephan Heid: Österreich befindet sich bei der nachhaltigen Beschaffung schon jetzt im europäischen Spitzenfeld, knapp hinter den nordischen Staaten. Mit dem naBe, der von Praktikern für Praktiker entwickelt wurde und ganz konkrete Hilfestellungen enthält, haben wir gute Chancen, zu den Skandinavien aufzuschließen. Es gibt aber auch einen Wermutstropfen, denn verpflichtend ist der naBe nur für den Bundesbereich, nicht für die Länder und Gemeinden. Die dort investierten Volumina wären ein enormer Hebel in Sachen Nachhaltigkeit. Wobei man aber ehrlicherweise auch sagen muss, dass gerade die Gemeinden auch ohne verpflichtenden naBe versuchen, nachhaltig zu beschaffen, Stichwort Regionalität.

(+) PLUS: Gibt es hinsichtlich Nachhaltigkeit bei der Beschaffung der öffentlichen Hand Unterschiede in den einzelnen Branchen. Wo funktioniert es am besten, wo gibt es Aufholbedarf?

Heid: Der naBe umfasst insgesamt 16 Produktgruppen, von der Reinigung über Events bis zur IKT und dem Baubereich. Traditionellerweise liegt der Bau bei der Anwendung grüner Kriterien weit voran. Das hat seine Ursprünge im Projekt Ökokauf Wien, das vor über 20 Jahren ins Leben gerufen wurde, um den Einsatz ökologischer Produkte zu forcieren. Politisch sehr umstritten ist hingegen die Beschaffung von Lebensmitteln für öffentliche Kantinen, Schulen und Ähnliches. Nicht zuletzt aufgrund der Zuständigkeit verschiedener Ministerien. Der Lebensmittelbereich war auch verantwortlich für die Verzögerung des naBe. Hier gab und gibt es Diskussionen über den Anteil von Bioprodukten und der Vorgabe von

Tierschutzkriterien. Bei den konkreten Kriterien für die Beschaffung von Lebensmitteln hatte Österreich sicher Aufholbedarf. Das konnte man mit dem naBe lösen, ähnlich wie bei der Beschaffung von grünem Strom. Auch da gibt es jetzt erstmals verbindliche Kriterien für umweltzertifizierten Strom.

(+) PLUS: Wie hoch ist die Akzeptanz gegenüber dem naBe auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite?

Heid: Die Akzeptanz ist sehr hoch. Viele Beschaffer der öffentlichen Hand sind sich ihrer Verantwortung bewusst und dankbar für dieses Instrument, um die politischen Vorgaben umsetzen zu können. Widerstände gibt es zum Teil im Markt gegen vermeintlich zu hoch gegriffene Ökostandards. Das sind aber Einzelfälle. Die überwiegende Mehrheit der Beschafferszene steht voll hinter dem naBe. ▶



Auch wenn juristische Themen auf den ersten Blick oft trocken wirken, war die Stimmung bei dem als Videokonferenz durchgeführten Doppel-Interview durchaus heiter und gelöst.

(+) PLUS: Welche Auswirkungen hatte und hat die Coronakrise auf die Beschaffung der öffentlichen Hand?

Heid: Mit Corona sind quasi von einem Moment zum anderen neue Geschäftsfelder entstanden. Das betrifft insbesondere den gesamten medizintechnischen Bereich, von Masken über Handdesinfektionsmittel und Schutzmäntel in den Krankenhäusern bis zur Testinfrastruktur. Das ist über Nacht zu einem Milliardengeschäft geworden, das vergaberechtlich hart umkämpft ist. Es gibt kaum eine Ausschreibung, die nicht umstritten ist und beansprucht wird.

(+) PLUS: Wie gut haben sich die öffentlichen Beschaffer dabei geschlagen?

Heid: Die Beschaffer mussten in der Pandemie die Regeln dieser neuen Geschäftsfelder lernen und verstehen. Sie mussten die Preise bei gleichbleibender Qualität deutlich reduzieren. Zu Beginn der Pandemie kostete ein PCR-Test in einem Privatlabor 150 Euro. Heute kostet ein Gurgeltest rund 5 Euro. Das zeigt, dass die Beschaffer, besonders in der Bundesbeschaffung GmbH, Vollprofis sind. Jetzt muss man aber darauf achten, gegenüber den Anbietern nicht unfair zu werden, indem etwa nicht gebrauchte Testsets nicht vergütet werden.

(+) PLUS: Sie haben angesprochen, dass im Baubereich die nachhaltige Beschaffung schon recht gut funktioniert. An welchen Stellschrauben müsste jetzt noch gedreht werden, um zu den skandinavischen Ländern aufzuschließen?

“ »COMPETITION IS FOR LOSERS.« DIESER GEDANKE STECKT AUCH HINTER ALTERNATIVEN VERTRAGSMODELLEN.

STEPHAN HEID ”

Heid: Das Wichtigste wäre aus meiner Sicht, den naBe in ganz Österreich auch für Länder und Gemeinden für verbindlich zu erklären. Zudem müsste die Einhaltung der naBe-Kriterien auch einklagbar sein. Derzeit kann eine nicht-naBe-konforme Ausschreibung dennoch durchgeführt werden, weil es keine Sanktionen gibt, weder Bußgelder noch Klagemöglichkeiten. Dann würde die vergaberechtliche Compliance noch besser funktionieren.

(+) PLUS: In letzter Zeit ist in der Bauwirtschaft viel von »alternativen Vertragsmodellen« die Rede. Was sind die Besonderheiten dieser Vertragsformen?

Heid: Die Besonderheit von alternativen Vertragsmodellen besteht darin, dass man in einem partnerschaftlichen Ansatz und vertraglich abgesicherten Chancen und Risiken eines gemeinsamen Unternehmens auf Zeit teilt. Im Gegensatz zu klassischen Bauverträgen, die nach dem Motto »Alles oder nichts« eine Schwarz-Weiß-Aufteilung der Risiken vorsehen, versuchen alternative Vertragsmodelle heikle Phasen des Projektes durch Win-Win- oder Lose-Lose-Regelungen aufzulösen. Das führt dazu, dass Auftraggeber und Auftragnehmer bei Störun-

gen oder Problemen im selben Boot sitzen. Es wird nicht nach einem Schuldigen gesucht, sondern das gemeinsame Projektverständnis steht auch vertraglich im Vordergrund. Man gewinnt gemeinsam und verliert gemeinsam. Hubert Rhomberg hat es mit einem LinkedIn-Posting, in dem er den Streetart-Künstler Banksy zitiert, auf den Punkt gebracht: »Competition is for losers.« Dieser Gedanke steckt auch hinter alternativen Vertragsmodellen. Durch den kooperativen Ansatz und ein partnerschaftliches Zusammenwirken lässt sich mehr erreichen als durch die strikte Sphärenabgrenzung, die zwangsläufig zu Streit führt.

(+) PLUS: Kann die Bauwirtschaft mit diesen alternativen Vertragsmodellen Vorbild für andere Branchen sein? Sind die Modelle in anderen Branchen anwendbar?

Heid: Überall dort, wo man es mit überraschenden Risiken und unvorhergesehenen Ereignissen zu tun hat, sind diese Modelle gut anwendbar. Auch dort, wo es unterschiedliche Wege der Problemlösung gibt oder sich erst im Laufe der Arbeit der vollständige Umfang eines Projekts zeigt, wie etwa in der IKT-Branche.

Mit der SCRUM-Methode kommt in der IT-Branche dieses prozessuale Vorgehen schon jetzt zum Einsatz. Es werden gemeinsam Pakete definiert, die auf Sicht abgearbeitet werden. Wir ergänzen die SCRUM-Methode mit dem Allianzgedanken. Wir wenden das Vergütungsmodell der Allianzverträge mit gemeinsamen Risikosphären und dem Win-Win- bzw. Lose-Lose-Gedanken

auf IT-Projekte an. Das gab es in der Form bislang noch nicht.

(+) PLUS: Machen wir nun einen thematischen Sprung zur Novelle des Abfallwirtschaftsgesetz, die in den letzten Monaten intensiv diskutiert wurde. Herr Niederhuber, was sind aus Ihrer Sicht die wesentlichen Eckpfeiler dieser Novelle?

Martin Niederhuber: Die Novelle war absolut überfällig. Sie umfasst einige Punkte und Bereiche, die nicht sehr überraschend sind, weil sie klar EU-rechtlich vorgegeben sind. Man wusste schon aus dem Kreislaufwirtschaftspaket und der Abfallrahmenrichtlinie, was hier kommen wird; von der gesteigerten Verwertung von Abfällen, höheren Recyclingquoten oder dem Verbot von Einwegkunststoffen.

Spannender sind die Bereiche, wo es nicht um EU-Recht geht, sondern wo Umweltministerin Leonore Gewessler versucht, eine grüne Handschrift zu hinterlassen.

(+) PLUS: Welche sind das?

Niederhuber: Ein zentrales Thema ist die Verlagerung des Verkehrs von der Straße auf die Schiene. Das wird der Aufreger der nächsten Jahre sein. Schritt für Schritt sollen bis 2026 längere Abfalltransporte auf die Schiene verlagert werden. Das ist aus Sicht der Ministerin völlig nachvollziehbar, stellt für die Wirtschaft aber eine enorme Herausforderung dar.

(+) PLUS: Inwiefern?

Niederhuber: Die Abfallwirtschaft ist eine sehr bewegliche Branche, die stark von Regulativen geprägt ist. Sie ist es gewohnt, sich auf neue Rahmenbedingungen einzustellen. Wir spüren aber schon vor der AWG-Novelle die Auswirkungen des Kreislaufwirtschaftspakets, weil neue Verwertungs- und Aufbereitungsanlagen konzipiert werden. Das hat die Branche sehr früh antizipiert. Anders ist das bei der Frage des Verkehrs. Diese Vorgabe greift erst 2023. In einem ersten Schritt soll jetzt eine digitale Plattform entstehen, die das Bahnangebot abbildet. Da gibt es noch zahlreiche Fragezeichen.

(+) PLUS: Ist aus Ihrer Sicht das österreichische Schienennetz dafür gerüstet?

Niederhuber: Keine Ahnung, ich bin kein Bahnexperte (lacht). Fakt ist, dass Österreich mehrere Bahnbetreiber und auch ein ordentliches Schienennetz hat, aber es stellen sich auch simple Fragen der Transportlogistik. In einen Bahnwaggon passt deutlich mehr als eine LKW-Ladung. Man kann aber auch

„ »WENN DIE MINISTERIN WARTEN WÜRD, BIS DIE HERSTELLER FREIWILLIG AUF DIE PET-FLASCHE VERZICHTEN, DANN MÜSSTE SIE LANGE WARTEN.« ”

MARTIN NIEDERHUBER

nicht die Abfälle unterschiedlicher Lieferanten in einen Waggon geben.

(+) PLUS: Das heißt, aktuell sind vor allem Überschriften am Tisch, die Details fehlen noch?

Niederhuber: Es sind die Ziele und erste grobe Maßnahmen definiert. Aber da wird mit Sicherheit noch viel nachjustiert werden. Das ist ein genereller Trend im Umweltrecht. Es werden Ziele definiert, um dann oft festzustellen, dass man gar nicht die richtigen Instrumente hat, um diese Ziele zu erreichen.

(+) PLUS: Ist die Kritik der WKO, dass mit der Novelle vor allem »die Regulierungsschrauben weiter angezogen werden« berechtigt?

Niederhuber: Die WKO hat einen schweren Stand, weil die Wirtschaft ja nicht geint ist. Es gibt Frontrunner und Bremsen und die WKO steht dazwischen. Wenn man im Umweltrecht sagt, dass die Regulierungsschrauben angezogen werden, liegt man nie falsch. Denn darum geht es nun mal im Ordnungsrecht. Wenn die Ministerin wartet, bis die Hersteller freiwillig auf die Pet-Flasche verzichten, dann wird sie lange warten müssen.

Heid: Die Frage von Transport und Verkehr spielt natürlich auch in der öffentlichen Beschaffung eine wesentliche Rolle, gerade auch im Baubereich. Im Rahmen des Bestbieterprinzips kann die Verringerung der Transportkilometer ein wichtiges Zuschlagskriterium sein. Das führt dazu, dass Auftragnehmer auf regionale Produzenten und Baustoffe setzen.

Das Thema Aufbereitung und Kreislaufwirtschaft ist auch angesichts der Lieferkettenproblematik durch die Coronakrise brandaktuell. Damit bekommt ein grünes Thema neuen Rückenwind. Durch die Verwendung von regionalen Produkten und der Verwendung dessen, was wir schon haben, können wir internationale Lieferausfälle zumindest zum Teil kompensieren.

Niederhuber: Hier greift ein Thema in das andere. Ich bin auch überzeugt, dass wir das alles gut bewältigen werden. Aber bei

großen Umstellungen ist es ganz normal, dass es ordentlich rumpelt im Gebälk.

(+) PLUS: Die Regierung hat sich ein weiteres ehrgeiziges Ziel gesetzt, nämlich bis 2030 100 Prozent des Strombedarfs aus erneuerbaren Energiequellen zu erzeugen. Wie realistisch ist dieses Ziel?

Niederhuber: Auch das folgt derselben Logik. Ein tolles Ziel, gegen das niemand etwas haben wird. Fakt ist aber, dass wir dafür nur noch neun Jahre Zeit haben. Im Gesetz steht auch, dass auf einer Million Dächer PV-Anlagen installiert werden sollen. Davon sind wir meilenweit entfernt. Ich sehe noch nicht einmal, dass man damit bereits begonnen hätte. Ähnliches gilt auch für das Thema Windenergie. Aktuell gibt es in Österreich 1.000 Anlagen, weitere 2.000 sollen hinzukommen. Dazu sollen die Wasserkraft ausgeweitet, die Netze ertüchtigt werden und dann brauchen wir noch die richtigen Speicher. Und wenn man so wie wir in der Genehmigungswelt lebt, dann sind neun Jahre eine verdammt kurze Zeit.

Was wir jetzt brauchen, ist ein effizienterer Werkzeugkasten, den uns der Gesetzgeber in die Hand geben muss.

(+) PLUS: Welche Werkzeuge müssten das sein?

Niederhuber: Den Anfang muss ein moderneres Verfahrensrecht machen, in dem Kundmachungen transparent sind aber auch Debatten früher abgeschlossen werden können. Da muss man nichts neu erfinden, das liegt alles in der Schublade.

Weiters brauchen wir in den Sachverständigenapparaten mehr Personal und natürlich dürfen die inhaltlichen Genehmigungskriterien nicht mehr zwischen Bund und Ländern zersplittert sein. Es braucht eine Art vereinheitlichtes Energieanlagen-gesetz.

Mit den aktuellen Rahmenbedingungen werden wir die Ziele nicht erreichen. Wenn wir diese Rahmenbedingungen aber verbessern, haben wir gute Chancen.

Heid: Ein weiteres Rädchen, um diese 13 Terrawatt an zusätzlicher erneuerbarer Energie bis 2030 zu erreichen, ist die Beschaffung. Der Bund ist jetzt schon verpflichtet, 25 Prozent grünen Strom einzukaufen. Das steigert sich bis 2030 auf 100 Prozent. Dieser grüne Strom muss umwelt-zertifiziert sein. Grün gewaschener Atomstrom ist damit keine Option. Das ist ein ganz wichtiges Signal an die Hersteller, dass ihr grüner Strom auch tatsächlich nachgefragt werden wird. ■