



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation/Title of the Doctoral Thesis

**“Rüstung –
Interdisziplinäre Grundsatzfragen und Zusammenhänge
des militärischen Beschaffungswesens mit Staat, Krieg
und Militär“**

verfasst von / submitted by

Mag. Marcus BERLOSNIG

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doctor of Philosophy (PhD)

Wien, Oktober 2016 / Vienna, October 2016

Studienkennzahl lt. Studienblatt/ degree programme code as it appears on the student record sheet: A 794 242

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt/field of study as it appears on the student record sheet: Interdisciplinary Legal Studies

Betreuer/Supervisor: o.Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

*„Man vergisst vielleicht wo man die Friedenspfeife vergraben hat.
Aber man vergisst niemals, wo das Beil liegt.“*

Mark Twain

„Je stärker wir sind, desto unwahrscheinlicher ist der Krieg“

Otto von Bismarck

„Es gibt nichts Stilleres als eine geladene Kanone“

Heinrich Heine

EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Dissertation selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw. die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die vorliegende Dissertation ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

Wien, Oktober 2016

Unterschrift

Inhaltsverzeichnis	
Abkürzungsverzeichnis	7
Literaturverzeichnis	9
A. Einführung in das Thema	13
1. Rahmen der vorliegenden Arbeit	13
a. Allgemeines zu den Motivatoren des Rüstungsmarktes	13
b. Krieg und Militär	14
c. Verpflichtungen des Staates hinsichtlich seiner Rüstungserfordernisse	16
d. Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik	18
e. Interpretation und Definition von Rüstung und den Rüstungsbegriffen	19
f. Beschaffung von Rüstungsgütern	20
2. Methodenoffenlegung	22
a. Rechtswissenschaftlicher Ansatz	23
b. Erweiterung der rechtswissenschaftlichen Methodik	24
3. Interdisziplinarität	25
B. Krieg	27
1. Krieg als Ursprung aller militärischer Begriffe	27
a. Historisch philosophische und staatsrechtliche Betrachtung	27
b. Interdisziplinäre Fallstudie	36
i. Totaler Krieg	36
ii. Untergang Österreichs	40
iii. Wiederentstehung eines Staates	42
iv. Aufarbeitung der Vergangenheit	44
c. Krieg heute	54
C. Militär	55
1. Allgemeines	55
2. Volk und Militär, von der Pflicht zum Widerstand	57
3. Internationaler Referenzrahmen	63
4. Europäischer Referenzrahmen	66
5. Nationaler Referenzrahmen	67
a. Normierung des Militärs	67
b. Das Österreichische Bundesheer	68
i. Geschichte des ÖBH	69
ii. Kompetenzen des ÖBH	80
iii. Der Auftrag des ÖBH	82
D. Rüstung – Eine interdisziplinäre Betrachtung	85
a. Ableitung und Definition	85
b. Historische Dimension und Konnex zur EU	90
c. Ökonomische Dimension	99
d. Rüstung als Teil der Privatwirtschaftsverwaltung	102
e. Geschichte der Privatwirtschaftsverwaltung	104
f. Verfassungsrechtliche Einordnung und Konnex zu Art 17 B-VG	109

E. Privatwirtschaftsverwaltung im Spannungsfeld zum determinierten Staatshandeln des Artikels 18 B-VG	113
1. Das Legalitätsprinzip	113
a. Vorbemerkungen	113
b. Rechtmäßigkeit vs. Gesetzmäßigkeit	117
c. Beginn des Meinungsstreits	119
d. Freies Ermessen	122
e. Weitere Entwicklung des Meinungsstreits	124
f. Diskursanalyse	126
g. Der rechtsdogmatische Lösungsansatz	147
h. Der interdisziplinäre Lösungsansatz der Decision	149
2. Staatliche Leistungsverweigerung	151
a. Staatliche Untätigkeit vs. Säumnis	151
b. Leistungsverweigerung im Bereich der nicht normativen Hoheitsverwaltung	151
c. Leistungsverweigerung in der Privatwirtschaftsverwaltung	154
F. Rüstungsbeschaffung in der Rechtsordnung	158
1. Internationales Recht	158
a. Völkerrechtliche Verträge	158
b. Agreement on Government Procurement (GPA)	159
2. Europäisches Unionsrecht	161
a. Das Vergaberecht der Europäischen Union	161
b. Vergabe-Primärrecht	162
c. EU Vergaberecht	163
d. Entwicklung der Verteidigungsrichtlinie	166
3. Nationales Recht	167
a. Der Begriff des Vergaberechts	167
b. Historische Entwicklung zur Rüstungsbeschaffung	168
i. Römisches Recht	168
ii. Österreichische Entwicklung	169
iii. Erste gesetzliche Regelung der öffentlichen Auftragsvergaben	171
c. Das aktuelle Vergaberecht	173
4. Der Gleichheitssatz	174
a. Grundlagen	174
b. Auslegung und Judikatur	175
c. Zwingendes Resümee aus dem Gleichheitssatz	180
d. Exkurs zur Inländerdiskriminierung	183
5. Grundsatz der Wirkungsorientiertheit und Effizienz	184
6. Interne Bestimmungen/Regelungen der Auftraggeber/ÖNORMEN	186
G. Rüstungsbeschaffung außerhalb des Vergaberechts	187
1. Exkurs: Sensible Ausrüstung	187
2. Militärausrüstung	189
3. Die häufigsten Ausnahmetatbestände	197
a. Besondere Sicherheitsmaßnahmen	199
b. Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen	200
c. Geheime Verfahren	217

d.	Nachrichtendienstliche Tätigkeiten	220
e.	Weitere Primärrechtliche Ausnahmen	221
f.	Besondere Verfahrensregeln IO/Drittstaaten/ Truppenaufenthalte	228
g.	Forschung und Entwicklung	232
h.	Zentrale Beschaffungsstellen	234
i.	Sur-Place Beschaffungen	238
j.	Government to government Geschäfte	239
H.	Rüstungsbeschaffung in einem verdünnten Rechtsregime	242
4.	Das verdünnte Vergaberechtsregime	242
a.	Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe	242
b.	Verfahren im verdünnten Vergaberechtsregime	245
c.	Kritik am verdünnten Vergaberechtsregime	252
I.	Rechtsschutz	257
1.	Allgemeines zum Rechtsschutz	257
2.	Aktueller Befund zum Rechtsschutz	258
3.	Sekundärrechtsschutz	261
4.	Volksanwaltschaft	262
5.	Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit	262
J.	Conclusio	264
K.	Zusammenfassung / Abstract	285
L.	Über den Verfasser	288

Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Anm	Anmerkung
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art	Artikel
BIEGE	Bietergemeinschaft
BGBI	Bundesgesetzblatt
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BlgNR	Beilagen des Nationalrates
BVergG 2006	Bundesvergabegesetz 2006
BVergGVS 2012	Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	Beziehungsweise
ca	Circa
dh	das heißt
EU	Europäische Union
etc	Et cetera
Erk	Erkenntnis
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
f	Folgende
GP	Gesetzgebungsperiode
GPA	Agreement on Government Procurement
Hrsg	Herausgeber
hL	Herrschende Lehre
idR	In der Regel
idS	In diesem Sinn
idF	In der Fassung
ieS	Im engeren Sinn
iHv	In Höhe von
Insb	insbesondere
iSd	Im Sinne der/des

iSv	Im Sinne von
iVm	In Verbindung mit
iZm	In Zusammenhang mit
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖNORM	Österreichische Norm
OSB	Oberschwellenbereich
RIS	Rechtsinformationssystem
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rz	Randziffer
RV	Regierungsvorlage
Slg	Sammlung
ua	unter anderem
USB	Unterschwellenbereich
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Verfassungssammlung
Vgl	Vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WTO	World Trade Organization, Welthandelsorganisation

Literaturverzeichnis

- Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶, (1971)
- Adamovich (sen.)*, Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts⁴, (1947)
- Arnold*, Rechtsstaat, demokratische Legitimation und Effizienz: Funktion und Garanten eines sachgerecht flexiblen Legalitätsprinzips in FS Wimmer (2008)
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996)
- Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954)
- Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten (1980)
- Binder*, Öffentliches Recht I² (2003)
- Bydlinski*, Das Verhältnis von öffentlicher und privater Wirtschaft in privatrechtlicher Sicht
- Benedict*, Sekundärzweck im Vergabeverfahren (2000)
- Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie² (2006)
- Breitenfeld/Endlich/Pock*, BVergG 2006⁵ (2012)
- Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte¹¹ (2009)
- Beestermöller/Justenhoven*, Friedensethik im Spätmittelalter 1999
- Borch*, Obrigkeit und Widerstand (1954).
- Clausewitz*, Vom Kriege
- Derrida*, Die Schrift und die Differenz (1976)
- Döhring*, Das Widerstandsrecht und das überpositive Recht (1969)
- Ermacora*, Österreichische Verfassungslehre (1970)
- Eilmansberger*, Europarecht II⁵, (2010)
- Elsner*, BVergG³, (2010)
- Etzersdorfer/Janik*, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016)
- Foucault*, Die Ordnung des Diskurses (1991)
- Fröhler/Oberndorfer*, Wirtschaftsrecht
- Fischer/Köck/Karollus*, Europa Recht⁴
- Floßmann/Kalb*, Geschichte des öffentlichen Rechts Teil 2³ (2004)
- Fruhmann/Liebmann*, BVergGVS 2012
- Fröhler*, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik (1969)
- Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht²
- G. Winkler*, Gesetzgebung und Verwaltung im Wirtschaftsrecht (1970)
- Gast*, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz 2002
- Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht² (2014)

Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus (1973)
Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht³
Holoubek, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht II⁷ (2012)
Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht³ (2013)
Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011)
Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010)
Hausmanninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, (2001)
Kerschner, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen⁶ (2014)
Haensel, Kants Lehre vom Widerstandsrecht (1926).
Höhlhubmer, Gustav Radbruch und die Radbruch'sche Formel „gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ (2015).
Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ (2006)
Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtfförmiger Subventionsverwaltung
Korinek/Holoubek, Privatwirtschaftsverwaltung – der gebändigte Leviathan? in Festschrift für Josef Aicher (2012)
Klecatsky, Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht. Eine Buch und Lagebesprechung (1954)
Klecatsky, Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung (1957)
Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993)
Klecatsky, Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht
Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925)
Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993)
Koch, Rechtsbegriff und Widerstandsrecht (1985).
Krings, Über den Widerstand gegen die Staatsgewalt (1986).
Lukas, Interdisziplinäre Rechtswissenschaft – Schutzansprüche und Schutzaufgaben im Recht, Festschrift für Ferdinand Kerschner zum 60. Geburtstag, (2013)
Machiavelli, *Gesammelte Werke*
Melichar, Zur Problematik der Privatwirtschaftsverwaltung
Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927)
Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht (1969)
Mock/Steiner/Khol, Neue Fakten zu Staatsvertrag und Neutralität
Neidert, Die Rechtsphilosophie Schopenhauers und ihr Schweigen zum Widerstandsrecht (1966)
Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006)
Öhlinger, Verfassungsrecht⁶, (2005)
Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014)

Pernthaler, Der Begriff und Standort der Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung

Pernthaler, Raumordnung und Verfassung I

Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verwaltungslehre, (1986)

Pöcher, Rüstung in Europa

Portisch/Riff, Österreich II Die Wiedergeburt unseres Staates⁸ (1985)

Rill, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung in FS Wenger (1983)

Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2001)

Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013)

Raschauer, Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts³ (2010)

B.Raschauer, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht

B.Raschauer, Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Wirtschaftsrecht in FS Rill (1995)

B. Raschauer, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), Beihilfenrecht (2004)

Rozenits, Wehrpolitik (1997)

Rühe, Widerstand gegen die Staatsgewalt (1958).

Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009)

Schambeck, Vom Sinneswandel des Rechtsstaates (1970)

Schäffer, Die sogenannte Privatwirtschaftsverwaltung und das Gesetz in FS Antonioli (1979)

Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979)

Schleiermacher, Hermeneutik und Kritik⁸ (1999)

Schoppenhauer, Die Kunst Recht zu behalten (1991)

Stadler, Krieg (2009)

Stadlmeier, Völkerrecht I⁵, (2009)

Stupka, Militärwissenschaften (2014)

Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007)

Senk, Gendersensibles Vergabeverfahren (2011)

Scheidle, Das Widerstandsrecht (1969)

Schneider, Widerstand im Rechtsstaat (1969)

Schmidt-Lilienberg, Die Lehre vom Tyrannenmord (1964)

Schönfeld, Zur Frage des Widerstandsrechts (1955)

Van der Eikel, Zulässige Implementierung „vergabefremder“ Kriterien im europäischen Vergaberecht (2006)

Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000)

Wenger, Zur Problematik der österreichischen Selbstbindungsgesetze in FS F. Korinek (1972)

Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht³, (2012)

Weinkauff, Über das Widerstandsrecht (1956)

A. Einführung in das Thema

1. Rahmen der vorliegenden Arbeit

a. Allgemeines zu den Motivatoren des Rüstungsmarktes

Weltweit betrugen 2015 die Militärausgaben ca. 1.760 Milliarden US-Dollar.¹ Dies entsprach einem Umfang von in etwa 2,4 % des Weltbruttoinlandsprodukts.² Herunter gebrochen auf die Weltbevölkerung ergibt dies ca. 238 US-Dollar für jeden einzelnen Menschen auf dieser Erde.³ Das Auftragsvolumen der 100 wichtigsten Rüstungsunternehmen belief sich 2011 auf 410 Milliarden US-Dollar. In der Europäischen Union waren es 2012 ca. 96 Mrd. €, es wurden in etwa 400.000 Personen in diesem Industriezweig beschäftigt der wiederum rund 960.000 weitere Arbeitsplätze indirekt schuf.⁴ Die kumulierten Verteidigungsbudgets der EU lagen 2013 bei ca. 400 Mrd. \$, im Vergleich dazu lag der Etat in den USA bei 640 Mrd. \$. Das weltweite Kriegsgeschehen ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts erreichte 1993 seinen Höchststand mit 63 bewaffneten Konflikten und Kriegen.⁵ Danach war zwar ein stetiger Rückgang zu verzeichnen, und pendelte sich die Zahl bei ca. 30 ein. Aktuell kann jedoch wieder ein Anstieg verzeichnet werden, was vor allem auf die Bereiche Afrika, Asien, dem vorderen und mittleren Orient sowie Lateinamerika, zutrifft. In ca. 16 Konflikten agiert die UNO im Rahmen von „Peacekeeping Operations“. Der Rüstungsmarkt lebt von diesen Konflikten und ist aufgrund der besonderen Natur seines Gegenstandes ein sich gegenüber anderen Märkten abgrenzender. Die Besonderheit des Marktes ergibt sich aus den Spezifika von Militärgütern sowie militärischen Dienstleistungen und ist eng mit der Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Staaten verbunden. Es sind somit einerseits wirtschaftlich-, technologische und andererseits sicherheits- und verteidigungspolitische Besonderheiten, die diesen eingeschränkten Markt bestimmen. Der Verteidigungsmarkt besteht im Wesentlichen aus der Rüstungsindustrie, welcher strategischer Bedeutung zugemessen werden muss und der jeweils besonderen Beziehung dieser Konzerne zu den Staaten.⁶ Diese Konzerne haben ein wesentliches Interesse an der Fortführung bestehender und am Aufflammen neuer Konflikte.

¹ SIPRI Military Expenditure Database.

² Bei einem herangezogenen Weltbruttoinlandsprodukts von 74,5 Billionen USD.

³ Weltbevölkerung gemäß Stiftung Weltbevölkerung Jahreswechsel 2015/2016 7.391.068.000.

⁴ Commission Staff Working Document on Defense Accompanying the document Communication Towards a more competitive and efficient defense and security sector 52013SC0279.

⁵ Universität Hamburg, Analyse der Arbeitsgemeinschaft Kriegsursachenforschung vom Dezember 2012.

⁶ KOM (2004) 608 vom 23.09.2004.

Das Rüstungsgeschehen unterliegt gewissen lagebedingten Schwankungen und orientiert sich im Wesentlichen nach der Bedrohungs- bzw Interessenslage der jeweiligen Regionen. Derzeit kann beobachtet werden, dass die Welt gerade nicht abrüstet, das Gegenteil ist der Fall, es erfolgt eine tendenzielle Aufrüstung in allen Teilen der Welt.⁷ Dies trifft nicht bloß auf das EU Exterritorialgebiet zu, auch innerhalb der Europäischen Union ist eine Tendenz zur Aufrüstung erkennbar. Global betrachtet, führt sowohl im Bereich der Einzelstaaten als auch bei Staatengemeinschaften, bereits aus reinen Vorsichts- und Misstrauensgründen kein Weg daran vorbei, eine derart bewaffnete Streitmacht zu besitzen, um aktuellen oder zukünftigen Bedrohungen wirksam zu begegnen. Auch wenn es Verteidigungsbündnisse mit Beistandsklauseln gibt, jedes Mitglied, sofern einmal politischer Konsens zum Beitritt gefunden wurde, muss in diesem Fall seinen hochtechnisierten Beitrag leisten. Der Bedarf an derartigen Maßnahmen kann anhand der Aufstellung des weltweiten Rüstungsgeschehens besonders illustriert werden. Dabei werden die jeweiligen Hintergrundmotive für eine derartige massive Aufrüstung klar. Einerseits bestehen extern veranlasste Verpflichtungen wie zB internationale Abkommen und Beistandsverpflichtungen, andererseits interne Selbstverpflichtungen.⁸ Darüber hinaus gibt es aber auch andere Motivatoren für militärische Interventionen, wie zB den Ressourcen hunger und Expansionsbestrebungen oder rein ideologische Motive. Was nicht außer Acht gelassen werden darf ist, dass zumindest vor dem geschichtlichen Hintergrund der Menschheit nicht davon auszugehen ist, dass zukunfts nah mit einem Verebben an Konflikten gerechnet werden kann. Konfliktualität liegt in der Natur des Menschen, somit wird die weitere Entwicklung der Menschheit von dieser Konfliktualität begleitet sein. Es werden daher weiterhin Bedrohungen entstehen, die die unbedingte Erforderlichkeit einer bewaffneten Streitmacht erfordern. Um den Ursprung der Konfliktualität und seine Auswüchse zu beschreiben, wird der Themenbereich der unterschiedlichen Zugänge zum Thema Krieg erläutert und ein geschichtlicher Exkurs vorgenommen.

b. Krieg und Militär

Die Natur des Krieges unterliegt einer Reflexion im Laufe der Geschichte. Daraus ergeben sich Alleinstellungsmerkmale des Militärs, seiner Soldatinnen und Soldaten und ein Bezug zur Rüstung. In Vergangenheit konnte beobachtet werden, dass Konfliktparteien inner- und zwischenstaatliche Konflikte eher nicht als völkerrechtliche

⁷ SIPRI Military Expenditure Database.

⁸ Wie zB in Österreich das Neutralitätsgesetz.

Kriege oder bewaffnete Konflikte zu qualifizieren bereit waren. Kriege waren daher rein statistisch gesehen in der Vergangenheit eher selten, obwohl offensichtlich und nachweisbar ist, dass seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges zu keiner Zeit Friede auf der Welt geherrscht hat. Seit geraumer Zeit kehrt sich diese Tendenz jedoch in eine andere Richtung, Staaten drängen geradezu auf den Anspruch, in einem Krieg verwickelt zu sein. Woran dies begründet sein mag, ist im differenzierten Rechtsbezugssystem der Konflikte zu orten. Es herrscht eine wesentliche Divergenz zwischen den Handlungsoptionen und Verpflichtungen zwischen den beiden Systemen des nationalen Rechts und des internationalen humanitären Rechts. In einem Krieg verleiht das Internationale Humanitäre Völkerrecht (IHL) für bestimmte Personengruppen weitreichende Rechte. Zu diesen gehören auf der einen Seite die Kombattanten und auf der anderen Seite die Zivilbevölkerung. Kombattanten sind Personen, die zu Kriegshandlungen berechtigt sind und das sind in der Regel nur Soldaten des Militärs. Sofern sie sich nicht ergeben und so den Status von Kriegsgefangenen erlangen, können auch sie jederzeit als Gegenstand von Kriegshandlungen angesehen und auch bekämpft, sprich getötet werden. Polizisten sind grundsätzlich keine Kombattanten, wenngleich dies je nach nationaler Rechtslage unterschiedlich sein kann. In jedem Fall aber, können auch Polizisten gemäß Artikel 43 Abs 3 Zusatzprotokoll I der Genfer Konvention, zu solchen erklärt werden. Erst dann steht ihnen das Recht der Kombattanten zum aktiven Kampf, aber auch das passive Recht von anderen Kombattanten bekämpft zu werden, zu. Ein Kombattant darf einen anderen Kombattanten unter denselben Bedingungen töten, in denen er selbst als legitimes Ziel anerkannt werden darf. In Friedenszeiten gelten ausschließlich die nationalen Gesetze und Verordnungen. Der Waffengebrauch ist im Friedensfall stark reglementiert und im Wesentlichen auf das Notwehrrecht beschränkt. Herrscht Kriegszustand, ist die Situation diametral entgegengesetzt, die Beteiligten erhalten plötzlich umfassende Rechte zum bewaffneten Kampf. Dass kann den beteiligten Staaten erhebliche Vorteile bringen, um ihre Ziele zu verwirklichen. Als Beispiel kann hier der von den USA ausgerufene Krieg gegen den Terror genannt werden. Folgen dieses rein rechtlich nicht existenten Krieges waren unmittelbar legislative Maßnahmen im sogenannten „Patriot Act“⁹, eine kriegerische Invasion im Irak und die Inhaftierung

⁹ „Der USA PATRIOT Act soll die Ermittlungen der Bundesbehörden im Fall einer terroristischen Bedrohung vereinfachen. Hierzu werden bestimmte, auch die Grundrechte betreffende, Gesetze eingeschränkt und durch folgende Regelungen ergänzt oder ersetzt: Das Erfordernis, Richter bei Telefon- oder Internetüberwachung als Kontrollinstanz einzusetzen, wurde weitgehend aufgehoben, dadurch werden die Abhörrechte des FBI deutlich erweitert. Der zuständige Richter muss zwar von einer Überwachung informiert werden, dieser ist jedoch verpflichtet, die entsprechende Abhöraktion zu genehmigen. Telefongesellschaften und Internetprovider müssen ihre Daten offenlegen. Hausdurchsuchungen dürfen ohne Wissen der betreffenden Person durchgeführt werden. Die Entscheidung, ob eine Vereinigung als terroristisch eingestuft wird, geht an das Justiz- und Außenministerium über. Ausländer dürfen wegen der Mitgliedschaft in einer der vom Justiz- und

von Terrorverdächtigen unter dem Titel der Kriegsgefangenschaft. Ein Krieg kann dem Staat aber auch Schwierigkeiten bereiten, da hier mitunter das rechtsstaatliche System an seine Grenzen stößt.

c. Verpflichtungen des Staates hinsichtlich seiner Rüstungserfordernisse

Schon Thomas Hobbes beschrieb den Staat als „Schutzinstitution der Bürger vor Gewalt und Fremdbestimmung, worin der Grundstein der Ableitung einer Schutzverantwortung des Staates gegenüber seiner Bürger erblickt werden kann. Kommt der Staat dieser Schutzverantwortung nach, findet sich darin die Legitimation der Staatsmacht. Der Staat hat jene Bedingungen zu schaffen, dass sich darin die Rahmenbedingungen für ein friedliches Zusammenleben widerspiegeln. Dem schutzlos ausgelieferten Individuum soll durch den Staat Sicherheit geboten werden. Als Staatszweck führt John Locke die Schaffung eines individuellen Freiraums, in dem sich der Einzelne frei bewegen kann, an. Aus diesen Vorüberlegungen müssen sich staatliche Pflichten ableiten lassen, die sich darauf fokussieren, auf jegliche Arten von Konflikten also auch Kriege oder andere Konfliktarten zu reagieren. Es sind also korrespondierende Pflichten insbesondere dort anzunehmen, wo der Staat dem Staatsbürger bestimmte Pflichten auferlegt. Dies lässt sich insbesondere dann argumentieren, wenn es sich um Staatsbürger in Organfunktion handelt. In Österreich ist die bereits oben angeführte Frage nach der Verpflichtung und Verantwortung auch in Zusammenschau mit der allgemeinen Wehrpflicht zu betrachten. Wenn der Staat seine Bürger zur Leistung von Kriegsdienst verpflichtet, dann trifft den Staat umgekehrt die Verpflichtung, sie mit jenen angemessenen Mitteln auszustatten, um dieser Pflicht nachzukommen. Darüber hinaus ergibt sich aus Art 2 EMRK eine positive Schutzpflicht des Lebens. Der Staat muss in diesem Sinne aktiv Maßnahmen setzen, dass seine Bürger nicht in deren Leben gefährdet werden. Einerseits schützt der Staat den Großteil seiner Bürger dadurch, dass er einen kleineren Teil zur Ergreifung der erforderlichen Schutzmaßnahmen verpflichtet. Allerdings ist der Staat auch zum Schutz der Beschützer verpflichtet. Hier erweitert sich der gespannte Bogen über die Wehrpflichtigen hinaus auf andere staatliche Organwalter mit einer „Beschützerfunktion“. Der Staat bedient sich Sanktionsmechanismen, die dann

Außenministerium definierten terroristischen Vereinigung abgeschoben werden. Das FBI hat das Recht, Einsicht in die finanziellen Daten von Bankkunden zu nehmen, ohne dass Beweise für ein Verbrechen vorliegen. Der Auslandsgeheimdienst (CIA), der im Gegensatz zum FBI keiner weitreichenden öffentlichen Kontrolle unterliegt, erhält das Recht, auch im Inland zu ermitteln.“ Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/USA_PATRIOT_Act_vom_3._Oktober_2016.

wirksam werden, wenn die Beschützer ihre Pflicht nicht ausreichend erfüllen. Auch daraus resultiert eine korrespondierende Verpflichtung, die Beschützer derart auszurüsten, dass sie ihren Verpflichtungen nachkommen können. Zu den Beschützern zählen vor allem das Militär, die Polizei und die Justiz. Diese Verpflichtung des Staates darf aber auch nicht ausufernd ausgelegt werden, dies würde das System vermutlich ins Wanken bringen, frühzeitige Pflichtverweigerung begünstigen und Anarchie fördern. Die Motivatoren der Qualifikation eines Konfliktes als Krieg oder Nichtkrieg erscheinen hierbei ebenso von Bedeutung wie jene Pflichten, die der Staat zur Vorbereitung auf oder Vorbeugung gegen einen wie auch immer gearteten Konflikt in Zusammenhang mit der Rüstungstätigkeit hat. Der Staat muss sich bei den zwei Varianten der oben ausgeführten Konfliktualitäten stets auf die schlimmere Variante vorbereiten, den Krieg. Der Krieg ist die massivste Bedrohung der staatlichen Souveränität und gegen die Folgen eines Krieges muss die Staatsführung seine Schutzbefohlenen bewahren. Tut sie das nicht, könnte radikal argumentiert werden, verliert sie die Berechtigung zur Ausübung des Gewaltmonopols. Wie die Verpflichtung sich genau darstellt und eventuell messen lässt, erscheint meines Erachtens sehr sensibel, umstritten und sehr schwer. Es ist zu fragen, welche Verantwortung und Verpflichtung der Staat in Zusammenhang mit der Rüstung und Ausrüstung seiner Streitkräfte hat und wie weit diese reichen kann. Dazu müssen die Aufgaben des Militärs aufgezeigt und vor dem historischen Hintergrund und der aktuellen rechtlichen und politischen Lage dargestellt werden. Schaden kann auch ein Wechselblick in die Vergangenheit nicht, um zu sehen, wie oft und in welcher Form es bisher einen Bedarf gegeben hat, Streitkräfte einzusetzen. Gemäß Artikel 79 Abs 1 B-VG obliegt dem Österreichischen Bundesheer als originäre Kernaufgabe die militärische Landesverteidigung. Es ist nach den Grundsätzen eines Milizsystems einzurichten. Sofern die gesetzmäßige zivile Gewalt die Mitwirkung des ÖBH in Anspruch nimmt, ist es auch für den Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie der demokratischen Freiheiten der Einwohner, der Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt sowie der Hilfeleistung bei Elementarereignissen und Unglücksfällen außergewöhnlichen Umfanges zuständig. Der Unterschied zwischen der originären Kernaufgabe und den weiteren Aufgaben liegt darin, dass die weiteren Aufgaben nicht primär mit militärischen Mitteln vollzogen werden. Ein Anhaltspunkt für diese These liegt im differenzierten Rechtsbezugssystem begründet. Einerseits die mögliche Anwendung des humanitären Völkerrechts, welches massive militärische Eingriffe rechtfertigt, andererseits die Bindung an polizeiliche Normen mit einer wesentlich

differenzierter aussehenden Verhaltensanordnung, bis zum strengsten Regime der rein zivilen Katastrophenhilfe.

d. Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik

Der genaue Umfang der Bindung an das Legalitätsprinzip ist ein sehr umstrittener Bereich in der Rechtswissenschaft. In der Politik flammt dieses Thema eher selten auf, das System läuft ja ganz gut. Blickt man auf einzelne Teilbereiche der staatlichen Betätigung, erkennt man dann aber doch eine schleichende sich verstärkende Bindung einzelner staatlicher Bereiche an strengere Vorgaben. Warum dies so ist erklärt sich durch einen Blick in die Zeitungen der letzten Jahre oder Jahrzehnte. Die Staatsorgane müssen auch in ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit und der angesichts immer wiederkehrender prominenter Finanz- und Korruptionsskandale gezwungen werden, in eine bestimmte Richtung zu handeln. Nimmt man das Vergaberecht, könnte man argumentieren es wäre darauf zurückzuführen, dass offensichtlich ein Bedarf erkannt wurde, den Bereich des staatlichen Handelns und des öffentlichen Auftragswesens, stärker zu reglementieren. Dieser Bedarf wurde jedoch primär von der EU erkannt um seine Grundfreiheiten sowie das Wettbewerbsprinzip zu schützen. Historisch betrachtet, erfolgte diese rechtliche Normierung des Vergabewesens und Bindung der Verwaltung schrittweise. Es gab eine Zeit, in der die öffentliche Auftragsvergabe im Wesentlichen unbeschränkt erfolgte. In weiterer Folge entwickelte sich Normierungsgrad bis zum heutigen Tag zu einem rechtlich stark geregelten und normierten Bereich. Konkrete politische Einflussnahmen in Bezug auf das konkrete Problem zum Legalitätsprinzip sind schon etwas älter. Man erinnere sich an den damaligen Justizminister und Rechtsprofessor Klecatsky in den sechziger Jahren. Diese Entwicklung spielte sich in einem Zeitraum ab, in dem das B-VG bereits in Geltung war, ebenso wie das darin normierte Gebot der Gesetzmäßigkeit iSd Legalitätsprinzips. In Zusammenschau mit dieser Tatsache, erscheint es doch interessant, dass es Bereiche des staatlichen Handelns gibt, welche im Wesentlichen ungeregelt sind. Dies obwohl bereits bei Inkrafttreten des B-VG, gerade der Gedanke der strengen Regelung, Normierung und Determinierung des staatlichen Handelns oberste Priorität hatte. In Bezug auf das Militär kann vielleicht zum Schluss gekommen werden, dass hier möglicherweise eine Differenzierung zwischen den Kernaufgaben des Militärs als hoheitliche Tätigkeit und der Rüstung, als andere Form des Handelns vorgenommen werden muss oder auch nicht. Rüstung ist ein zwingendes Erfordernis um hoheitliche militärische Handlungen setzen zu können. Obwohl offenbar unbestritten ist, dass sich die Einordnung der staatlichen Verwaltungsform nach dem

konkreten Produkt orientiert das am Ende der Handlung steht, ist dieser Bereich kritisch zu hinterfragen. Es handelt sich hier um einen besonderen staatlichen Verwaltungsbereich, womit die Frage verbunden ist, ob die Grundannahmen der allgemeinen staatlichen Verwaltung auch auf dem militärischen Bereich ohne weiteres anwendbar sind. Eine rechtlich einwandfreie Lösung existiert nicht, nur die Politik erscheint imstande, klare Grundlage zu schaffen.

e. Interpretation und Definition von Rüstung und den Rüstungsbegriffen

Was eigentlich hinter Begriffen wie Rüstungsunternehmen, Rüstungsmarkt oder Rüstungsindustrie steckt erscheint ebenso interessant wie die Fragen wie sich Militärausgaben oder Verteidigungsbudgets zusammensetzen oder wie und ob sich bewaffnete Konflikte von Kriegen unterscheiden. Wenn wir zB von Rüstung sprechen, dann wissen vermeintlich alle worum es geht und das erscheint deshalb als beachtlich, da es keine einheitliche Definition, geschweige denn eine Legaldefinition dafür gibt. Bei Rüstung handelt sich um ein deutsches Wort, dem rein intuitiv sobald ein Bezug zum Militär gegeben ist, der Bedeutungsgehalt von „mit Waffen versorgen“ beigemessen wird. Das ist nicht unangemessen, entspringt doch der Rüstungsbegriff tatsächlich dem Deutschen, es finden sich keine Ableitungen aus anderen aktuellen Sprachen. Da im allgemeinen Sprachgebrauch Rüstung aber auch in anderem Kontext verstanden werden kann, soll in vorliegender Arbeit vor allem der Vorgang der Bewaffnung von staatlichen Streitkräften im Fokus der Begriffsdeutung stehen. Im weiteren Sinn könnte Rüstung nämlich auch als Überbegriff für jegliche Maßnahmen verstanden werden, die dem Militär die Erfüllung seiner Aufgaben ermöglicht. Dies könnte unter Umständen ein zu weiter Rahmen sein, daher auch die Einschränkung. Will man Rüstung in Englisch oder Französisch mit diesem Bedeutungsinhalt übersetzen, muss man sich Ableitungen aus dem Lateinischen iSv „armare“ bedienen, was eher der Bedeutung von Bewaffnen gleichkommt. Zur Verdeutlichung ein kleines Wortspiel. Betrachtet man Rüstung im engeren Sinn, als das Bewaffnen von Streitkräften, dann erzeugen Rüstungsfabriken und die Rüstungsindustrie ausschließlich Waffen. Versteht man Rüstung im weiteren Sinn, als umfassende Maßnahme der Deckung des Bedarfs der Streitkräfte, damit diese ihren Auftrag zu erfüllen imstande gesetzt werden, dann könnten Rüstungsfabriken und die Rüstungsindustrie unter Umständen auch Schuhe und Toiletpapier erzeugen. Aus diesen Perspektiven ist intendiert, einen klaren Referenzrahmen zu schaffen, der den Bedeutungsgehalt des Begriffs, vor allem in Bezug zum militärischen Beschaffungswesen klarstellt.

f. Beschaffung von Rüstungsgütern

Da das Österreichische Bundesheer keine eigenen Rüstungsfabriken unterhält, müssen die Rüstungsgüter auf dem Markt beschafft werden. Diese Tätigkeit der Beschaffung von Rüstungsgütern ist auf den ersten Blick ein rechtlich stark reglementierter Bereich. Sie erfolgt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes mit Anknüpfungspunkten zu unterschiedlichen Rechtsgebieten. Hier spielen vor allem das Unionsrecht, Verfassungsrecht, Vergaberecht und Zivilrecht eine Rolle. Es werden daher zunächst die angeführten rechtlichen Rahmenbedingungen der öffentlichen Auftragsvergabe hinsichtlich der Beschaffung von Rüstungsgütern dargestellt. Es wird beleuchtet, ob die vorliegenden Normen ausreichend und adäquat sind, um eine Rüstungsbeschaffung im erforderlichen Ausmaß und der erforderlichen Zeit zu gewährleisten. Bis zum Jahr 2012 war die Rüstungsbeschaffung ein weitgehend unregelter Bereich der Verwaltung. Es existierte zwar ein Vergaberecht, dieses galt jedoch primär für den klassischen (zivilen) Bereich. Obwohl durch das Vergaberecht intendiert und es auch möglich gewesen wäre, wurde das Vergaberecht selten auf die Beschaffung von Rüstungsgütern angewendet. Begründet wurde dies überwiegend unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Art 346 AEUV (ex Artikel 296 EG), der eine Nichtanwendung des Unionsrechts rechtfertigt und eine relativ einfache Möglichkeit darstellte, dem Vergaberecht zu entfliehen. Der Grund dafür lag in der zügellosen Weite der möglichen Auslegung des Ausnahmetatbestandes. Durch die Richtlinie 2009/81/EG wurde es erforderlich, den Bereich der Rüstungsbeschaffung auch in Österreich gesetzlich zu regeln. Die „Rüstungsbeschaffung“ ist seither klar ein Teilbereich des öffentlichen Auftragswesens, wenngleich diverse Unterschiede zu erkennen sind. In Österreich erfolgte die Umsetzung des Unionsrechts durch das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012. Grundsätzlich ähnelt das Gesetz dem Teil des Vergaberechts für zivile Güter, der die Auftragsvergabe durch Sektorenauftraggeber regelt. Ergänzt werden diese Bestimmungen jedoch durch militärspezifische Tatbestände und Begrifflichkeiten. Hier muss meines Erachtens von einer Unbestimmtheit im Normenkomplex ausgegangen werden. Eingangs wurde bereits dem Begriff der Rüstung eine gewisse Unbestimmtheit unterstellt. Das ist nicht so schlimm, handelt es sich doch beim Begriff der Rüstung um einen umgangssprachlichen. Problematischer stellt sich die Lage jedoch hinsichtlich der Unbestimmtheit von Begriffen die das Gesetz verwendet dar, von denen es einige zu identifizieren gilt. Dies wird unter anderem bei der Befassung mit dem Ausnahmetatbestand des Artikels 346 AEUV

deutlich. Wie die Erörterung der aktuellen Rechtslage zur Rüstungsbeschaffung ergeben wird, tauchen aber auch noch weitere Begriffe auf, die nicht ganz klar sind und zieht sich dieses Unbestimmtheitsmerkmal quer durch alle diesbezüglichen Rechtsnormen. Auffällig ist, dass der Gesetzgeber viele militärische Tatbestände umschreibt und sich dabei Begrifflichkeiten bedient, deren klare Legaldefinition er schuldig bleibt. Ob hier von einem ausreichenden Determinierungsgrad ausgegangen werden kann, erscheint meines Erachtens fraglich. So ist der Anwendungsbereich des Art 346 AEUV (ex Art 296 EGV) und die Bedeutung von „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ meines Erachtens unklar. Als sich der Verwaltungsgerichtshof mit der Frage auseinanderzusetzen hatte, wann der Ausnahmetatbestand des Artikels 346 AEUV erfüllt ist, kam er zum Schluss, dass aufgrund des Umstandes dass das Österreichische Bundesheer (ÖBH) seine Lagerbestände nicht immer entsprechend kalkulieren könnte, es im wesentlichen Sicherheitsinteresse der Republik Österreich sei, dass die Beschaffung von Kettengliedern für Panzerfahrzeuge durchgehend gewährleistet ist.¹⁰ Das für sich allein erscheint nicht dramatisch, jedoch war nach Ansicht des VwGH allein der Umstand, dass das ÖBH seine Lagerbestände nicht im Auge hat ausreichend, sich bei der Beschaffung von Rüstungsgütern aus dem Vergaberecht und dem gesamten EU Primärrecht zu dispensieren. Meines Erachtens handelt es sich hier um das eindeutige Resultat aus der Unklarheit der Reichweite, was unter wesentlichen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich verstanden werden darf. Die Begründung des VwGH erscheint aus meiner Sicht und vor dem Hintergrund der allgemeinen Judikatur des EuGH zur restriktiven Auslegung der Ausnahmetatbestände jedenfalls problematisch wenn nicht gar inhaltlich falsch. Hier zeigt sich auch, dass aus dem Gesetz der wahre Norminhalt nicht entnommen werden kann. Die Problematik, dass eine Auslegung des Artikels 346 AEUV nicht stringent erfolgt, erkannte offensichtlich auch die Europäische Kommission, was sie zur Veröffentlichung einer diesbezüglichen Mitteilung zu Auslegungsfragen veranlasste.¹¹ Trotz dieser Auslegungshilfe blieben Teilaspekte ungeklärt.¹² Wie im Fall der „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ gibt es auch andere Gesetzesstellen, die auf spezielle militärische Szenarien reflektieren und/oder Begriffe verwenden, die eindeutig militärischen Charakters sind. Das Gesetz lässt eine Begriffsdefinition weitgehend offen. So wird zB in der Definition zum Begriff der Militärausrüstung, der überhaupt erst den Anwendungsbereich des BVergGVS 2012 eröffnet, von „militärischem Zweck“ gesprochen, was darunter zu verstehen ist, bleibt jedoch offen. Ebenso sind die

¹⁰ VwGH 2003/04/0126 vom 21.05.2005.

¹¹ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

¹² ZB wesentliche Sicherheitsinteressen, militärisches Interesse, militärische Warengruppen, militärische Natur, etc.

Begriffe und Waren der Militärgüterlisten nicht eindeutig im Gesetz dargestellt. Eine ausschließlich juristische Interpretation und Zusammenschau mit anderen Rechtsbereichen und Normen ist hier nicht ausreichend, es bedarf einer interdisziplinären Auseinandersetzung. Was im Interesse des Militärs ist, kann ausschließlich durch eine militärische und auch methodenübergreifende Betrachtung beurteilt werden. Die Lebenswirklichkeit, dass jeder diese Begriffe beliebig verwendet und ihnen unterschiedliche Bedeutung zumisst, ist kein befriedigender Zustand. Die Entscheidung des EuGH vom 7. Juni 2012 erscheint signifikant für den Versuch der Verdrängung einer näheren Definition oder stellt klar, dass eine solche bewusst vermieden werden soll. Demnach ist Voraussetzung für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes iSd Artikel 346 AEUV, dass die Waren um die es sich handelt, einen objektiv spezifisch militärischen Charakter aufweisen müssen, sie aufgrund ihrer Eigenschaften oder auch infolge substanzieller Veränderungen, als speziell für militärische Zwecke konzipiert und entwickelt angesehen werden können und die Ausnahmebestimmung dann nicht geltend gemacht werden kann, wenn der Auftragsgegenstand für zivile Zwecke gedacht ist, aber bloß militärischen Zwecken dienen soll.¹³ Was das nun auch immer bedeuten soll, erscheint mE unklar, gleichzeitig aber auch nicht eindeutig beantwortbar. Eine klare Definition ist daher nicht das primäre Endziel, jedoch eine Lösungsformel zur Identifikation jener Situation, in der dem Vergaberecht rechtmäßig dispensiert werden kann.

2. Methodenoffenlegung

Die vorliegende Arbeit erfordert aufgrund der interdisziplinären Ausrichtung nicht unbedingt eine Anwendung unterschiedlicher wissenschaftlicher Arbeitsmethoden, jedoch die Kombination zumindest zweier universitärer Fachbereiche. Dieser Umstand wurde erst relativ spät im Rahmen dieses Studiums publiziert, weshalb eine Nachschärfung in Bezug auf das Exposé erforderlich wurde. Die Forschungsfragen werden daher versucht multidimensional im Lichte einer rechtswissenschaftlichen, polemologischen, militärwissenschaftlichen und zum Teil ökonomisch/politischen Perspektive zu beleuchten. Als Fachbereich verbleiben mE wohl die Kernbereiche der Rechts- sowie der Politikwissenschaft.

¹³ Vgl Rs C-615/10

a. Rechtswissenschaftlicher Ansatz

Die Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht erfolgt mit rechtswissenschaftlichen Methoden unter rechtsdogmatischer Betrachtung und zu Beginn nach den Regeln der reinen Rechtslehre. Dadurch werden die positiven Normen näher konkretisiert und präzisiert. Bei der Interpretation kommen in weiterer Folge und in Abweichung der strengen Rechtslehre der Wiener Schule, die klassischen Auslegungsmethoden zur Anwendung. Primär wird dabei der Wortlaut der vorhandenen Normen interpretiert, hier werden vor allem der allgemeine und juristische Sprachgebrauch sowie jener des historischen Gesetzgebers ausschlaggebend sein. Zum jeweiligen Normtext werden die zugehörigen Materialien hinzugezogen. Mit diesen in Zusammenschau, folgt eine logisch systematische Betrachtung, bei welcher vor allem die Regeln der Logik, die Stellung der konkreten Norm im Gesamtsystem sowie deren Kontext eine Rolle spielen. In dieser Ebene werden auch derogatorische Fragen einfließen. Durch die logisch systematische Interpretation sollen auch Fehlschlüsse und Normwidersprüche vermieden werden. Im Rahmen einer historischen Interpretation wird bei Bedarf in einem weiteren Schritt der Regelungszweck, den der historische Gesetzgeber vor Augen hatte, historisch erforscht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die herkömmlichen und anerkannten rein rechtswissenschaftlichen Interpretationsmethoden bei der Beantwortung einzelner aufgeworfenen Fragen, an ihre Grenzen stoßen. Dies könnte zwar dort vermutet werden, wo sich das Gesetz unbestimmter Begriffe wie „militärische Zwecke“, „wesentliche Sicherheitsinteressen“ etc. bedient, deren Bedeutung und Umfang es jedoch offen lässt.

Bei genauerer Betrachtung jedoch muss klargestellt werden, dass die juristischen Interpretationsmethoden äußerst umfassend sind und über jenen Bereich der sogenannten „klassischen juristischen Auslegung“ weit hinausreichen. Es gibt eben in der Rechtswissenschaft nicht bloß Wort, Historie, Zweck und Logik, es darf auch in anderen Gewässern gefischt werden und die Methoden reichen daher viel weiter als oft angenommen. Beim Versuch der näheren Konkretisierung soll das Repertoire der juristischen Auslegungsmethoden erweitert werden. Möglicherweise lassen sich dadurch neue Perspektiven gewinnen. Die offenen Fragen werden daher zuerst unter Verwendung der klassischen rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethoden bis zu jener Grenze bearbeitet, bis die Methode ausgereizt erscheint. Sind keine befriedigenden Antworten mehr zu erwarten, wird eine schrittweise Hinzuziehung auch interdisziplinärer Methoden forciert.

b. Erweiterung der rechtswissenschaftlichen Methodik

Die klassische Hermeneutik gilt als Überbegriff der Auslegungsmethoden und stellt sich nach Schleiermacher als „Kunst dar, die Rede eines anderen richtig zu verstehen“. Es handelt sich um die Interpretation von Texten bei der eine Parallele zu den klassischen juristischen Methoden auffällt, diese jedoch erweitert. So versteht Schleiermacher darunter die grammatikalische Interpretation, in der es um den Sprachgebrauch geht oder die psychologische Interpretation, bei der die Intention des Verfassers zählt. Es wird eine Gesamtbetrachtung angestellt und so eine Wechselwirkung zwischen dem Verstehen eines Teils und dem Verstehen des Ganzen erzeugt.¹⁴ Eines geht ohne das andere nicht und umgekehrt. Eine Erweiterung erfährt dieser Vorgang durch die Einbeziehung des gesamten Kontextes hinsichtlich des historischen Gesamthintergrunds, der jeweiligen Lebensumstände des konkreten Verfassers bzw des Urhebers der Information, der Gattungszugehörigkeit der Informationsquelle bzw des Textes. Weiters muss das gesamte zur Verfügung stehende Hintergrundwissen in die Interpretation einfließen.¹⁵ Ein weiterer Vorgang bei dieser Methode ist, dass der Blick auch auf jene Menschen gerichtet wird, die die jeweilige Information weiterverbreitet haben. Hierbei ist zu beachten, dass Urheber und Rezipient unter Umständen nicht auf derselben Welle waren, also möglicherweise einen unterschiedlichen kulturellen oder historischen Hintergrund haben und somit einen differenzierenden Referenzrahmen zugrunde legen. Nach dieser Erweiterung durch Gadamer muss davon ausgegangen werden, dass die Bedeutung einer Information einer zeitlichen, örtlichen, soziologischen und kulturellen Bandbreite unterworfen ist und sich dadurch auch ändert.¹⁶

Gerät auch die klassische Hermeneutik an ihre Grenzen, dann kommt für vorliegende Arbeit unter anderem der Ansatz der Dekonstruktion nach Derrida in Frage. Dabei wird das dialogische Verhältnis zwischen Information und Interpret nicht wie in der Hermeneutik vorausgesetzt, sondern in Frage gestellt. Die Information wird kritisch hinterfragt und Unklarheiten sowie Widersprüche wenn möglich aufgelöst.¹⁷ Ein Sinnzusammenhang zwischen der textlichen Information und dem Interpretieren wird dabei in Frage gestellt, um nach Hinterfragen einer vermuteten textlichen Inhärenz, den wahren Sinninhalt der Information zu schöpfen. Da nach Popper eine Verifikation auch nach noch so vielen Untersuchungen unmöglich erscheint, werden auch in

¹⁴ Vgl Hermeneutik nach Schleiermacher.

¹⁵ Vgl Hermeneutik nach Dilthey.

¹⁶ Vgl Hermeneutik nach Gadamer.

¹⁷ Vgl Dekonstruktion nach Derrida.

vorliegender Arbeit vorerst alle Hypothesen als vorläufig wahr betrachtet und einer permanenten kritischen Würdigung unterzogen. Besondere Bedeutung erlangt seine Theorie der Unmöglichkeit der Verifikation von Gesetzestexten durch Induktion, da demnach allein die Eliminierung von Falschannahmen im Sinne einer Falsifizierung eine endgültig richtige Aussage zulässt.¹⁸ Insbesondere zum Thema des Legalitätsprinzips erscheint auch eine Diskursanalyse nach Foucault heranziehbar, in der alle vorliegenden Diskurse analysiert werden. Dabei spielen Ort der Aussage, Wiederholungsmerkmale der Aussage sowie interdiskursive Grenzmerkmale in Zusammenschau, das wesentliche Element der Analyse.

3. Interdisziplinarität

Die Interdisziplinarität ergibt sich aus einer wechselnden Zusammenschau von Perspektiven, die zusammen auf einen Bereich reflektieren. Auf einer Seite des Spielfeldes befindet sich dabei die Rechtswissenschaft, auf der anderen Seite die historisch politikwissenschaftliche Perspektive. Einfließen werden politik-/rechtsphilosophische, polemologische, militärwissenschaftliche und wirtschaftliche Aspekte. Die Interdisziplinarität reflektiert sich zu allererst in der Erweiterung der in den Rechtswissenschaften üblichen methodologischen Ansätzen um die Kategorien der philosophischen Hermeneutik, des Diskurses und der empirischen Analyse. Dadurch soll über die Grenzen der Rechtswissenschaft hinaus eine Möglichkeit lokalisiert werden, in Bezug auf den rechtswissenschaftlichen Ansatz der vorliegenden Arbeit, die behauptete Rechtsunsicherheit aufzuweichen. Rüstung ist ein zu allgemeiner Begriff, als dass er rein aus der Perspektive der Rechtswissenschaft heraus einer umfassenden Betrachtung zugeführt werden kann. So erscheinen zum Beispiel die Motivatoren des Rüstungsmarktes eher einer kritisch analysierenden Methode zugänglich, als einer interpretierenden Methode der Rechtswissenschaft oder der Philosophie. Die Erläuterung des Rüstungsbegriffs ist auch keineswegs eine rechtswissenschaftliche Notwendigkeit, da der Begriff zumindest in Österreich, keiner normativen Ausgestaltung unterworfen ist. Die Rechtswissenschaft hat aus diesem Grund auch keine Methodik, um einen Rüstungsbegriff zu erfassen. In gegenständlicher Arbeit wird der Begriff Rüstung jedoch als Leitbegriff verwendet, um vielerlei Anknüpfungspunkte zu beschreiben. Die Definition des Begriffs erfolgt natürlich in erster Linie sprachwissenschaftlich historisch aber dann jedoch dahingehend multidimensional, als dass versucht wird einen Konnex zur Rechtswissenschaft, der Wirtschaftswissenschaft, der Politik, der Philosophie und ganz

¹⁸ Vgl. *Popper*, Logik der Forschung (1930).

allgemein zur Geschichte zu finden. Die Hypothese des unbestimmten Normenkomplexes lässt sich mit der Rechtswissenschaft allein nicht lösen. Solange keine unmissverständliche gesetzliche Regelung existiert, aus der sich entnehmen lässt was die militärischen Begriffe des Vergaberechts bedeuten, kann nur über den Umweg einer militärwissenschaftlichen Expertise festgestellt werden, was beispielsweise militärische Zwecke sein können oder wann eine Militärausrüstung vorliegt. Ob wesentliche Sicherheitsinteressen berührt sind vermag ebenfalls die Rechtswissenschaft nicht zu beantworten, hier kommen militärische, polemologische und politische Einflüsse zum Tragen. Die Rechtswissenschaft wird in der vorliegenden Arbeit beantworten, wie das humanitäre Völkerrecht zum Krieg steht und welche Befugnisse und Verantwortlichkeiten in Zusammenhang mit Rüstung verbunden sind. Auch wird die Rechtswissenschaft die Verpflichtungen des Staates iZm Rüstung beantworten. Jedoch wird die (militär-)historische und (politik-)historische Dimension es sein, die zur Antwort darauf führt, wie der Staat seine Verpflichtung konkret erfüllen kann. Das Recht führt hier mitunter zu einer Lösung X, das militärische Erfordernis führt jedoch zur Maßnahme Y. Daraus ergibt sich eine Divergenz, die ausschließlich durch die Politik gelöst werden kann. Es gibt einen prominenten Bereich, in dem die Rechtswissenschaft hilflos erscheint und mit ihren Mitteln und Möglichkeiten höchst öffentlich versagt hat. Dabei geht es um die wissenschaftliche Beantwortung der Frage, in welchen Bereichen das Legalitätsprinzip in welchem Ausformungsgrad gilt. Die gegenständliche Arbeit wird hier die Ausreizung der Methodik illustrieren und den einzig verbleibenden Schluss zur Lösung dieser Rechtsanomalie ziehen. Pointiert soll damit behauptet werden, dass militärische oder sicherheitspolitische Tatbestände oder Begrifflichkeiten durch die Rechtswissenschaft nicht beantwortbar erscheinen und daher die Bearbeitung im Gegenstand durch die Militärwissenschaft, die Politikwissenschaft und die Philosophie erweitert und vervollständigt wird. Eine wesentliche Perspektive ist dabei die historische, die zu jedem Zeitpunkt mitbetrachtet werden muss. Es werden daher immer wieder historische Exkurse und Fallstudien angestellt. Das dieser interdisziplinäre Ansatz zusammen mit der Rechtswissenschaft keine Besonderheit darstellt ist auch offensichtlich, man schwenke seinen Blick doch bloß in Richtung der Technik, Wirtschaft oder Medizin. Genauso wie diese Bereiche besondere Spezifika aufweisen, die nur in deren Fachbereich beantwortet werden können, existieren zB die für die gegenständliche Arbeit relevanten Disziplinen der Militärwissenschaft/Polemologie und der Politikwissenschaft. Fragen zur Militär- und der Konfliktforschung, müssen aus diesen Fachbereichen heraus beantwortet werden. Nur hier können die Antworten auf die obigen Fragen abgeleitet werden. Nur die Politik und das Militär können einschätzen, welche Interessen befriedigt werden müssen, um

den Staat vor Gefahren zu schützen und vor Angriffen zu verteidigen. Darin reflektieren sich schließlich auch zum Beispiel militärische Interessen, militärische Zwecke und Sicherheitsinteressen. Das Militär hat in dieser Konstellation die Funktion des Sachverständigen in militärischen Angelegenheiten. Die rechtswissenschaftliche Dimension der gegenständlichen Arbeit benötigt daher die militärische Dimension um die aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Die Geschichte lehrt hingegen welche langfristigen Zusammenhänge bestehen und Folgen aus bestimmten Ableitungen resultieren können. Die historische Dimension erfolgt kritisch analysierend und auch hier ebenfalls durch Interpretation historischer Quellen. Hier findet sich auch der gemeinsame Nenner der angesprochenen Disziplinen, die Interpretation ist von den Disziplinen unabhängig und passt in abgewandelter Form in jeden Bereich.

B. Krieg

1. Krieg als Ursprung aller militärischer Begriffe

a. Historisch philosophische und staatstheoretische Betrachtung

Die Entwicklung des Begriffs „Krieg“ bzw. die Entwicklung der Perspektive hinsichtlich des Begriffs „Krieg“ ließe sich aus historischer, politischer und philosophischer Sicht umfangreich darstellen. Krieg kann auch eine enge Verknüpfung zum Staat haben. Was aus heutiger Sicht naheliegend erscheint war allerdings nicht immer so. Für Heraklit, einem vorsokratischen Philosophen aus der Zeit um 520 – 480 v.Chr, war Krieg gar „Vater aller Dinge, aller Dinge König, die einen erweist er als Götter die anderen als Menschen, die einen lässt er zu Sklaven werden, die anderen Freie“.¹⁹ Das Zitat kann wohl als für diese Zeit revolutionär eingestuft werden. Bis zu einem gewissen Grad kann hier eine Parallele zu einem viel späteren Zitat hergestellt werden, "Stell dir vor es ist Krieg und keiner geht hin, (dann kommt der Krieg zu dir)"²⁰. Krieg ist Realität, von hochgradigem Einfluss auf das einzelne Individuum und den Staat und darüber hinaus unausweichlich. Aus diesem Grund muss man sich dem Krieg stellen und das beste Ergebnis für sich und die Gemeinschaft erzielen, wenn nicht dann droht der sichere Untergang. Genau wie dieses reflektiert es auf die Natur des Krieges, als etwas Dynamisches, Zerstörerisches aber auch Schaffendes und keinesfalls als etwas Statisches dass man einfach ignorieren kann. Der tiefere Sinn in dieser Aussage meint, dass derjenige der aus einem Konflikt erfolgreich hervorgeht bestimmt, wie das Leben

¹⁹ Vgl. Fragment 55.

²⁰ de.wikipedia.org/wiki/Carl_Sandburg vom 30. Juni 2014.

in Zukunft aussieht, welche Götter angebetet werden dürfen, wer frei ist und wer Gefangener. Der Überlegene bestimmt die zukünftigen Regeln, er diktiert was wie zu geschehen hat, durch den Krieg werden ganze Kulturen verändert, ausgelöscht und neu geordnet und geschaffen. Die Konfliktualität ist immer anwesend, auch in hochzivilisierten Gesellschaften. Die Frage die man sich stellen muss ist, ab wann tritt die Konfliktualität in seiner härtesten Erscheinungsform dem Krieg auf und ab wann liegt tatsächlich ein Krieg vor. Da immer Konfliktualität herrscht, besteht auch immer eine gewisse Spannung, und wo Spannung herrscht kann es auch leicht dazu kommen, dass der Funke überspringt und sich die Spannung in einem Krieg entlädt. Sun Tsu ist etwa um 500 v.Chr. einzuordnen und war ein chinesischer Philosoph und Soldat im obersten Generalsrang. Er verfasste mit der Kunst des Krieges die erste bekannte militärstrategische Abhandlung. Sowohl in der Sowjetarmee als auch in der chinesischen roten Armee gehört sein Werk zur Standardliteratur in der militärischen Offiziersausbildung. Auch für Sun Tsu ist der Krieg für den Staat von entscheidender Bedeutung. Er kann in den sicheren Tod oder in das Leben führen, in die Sicherheit oder in den Untergang. Der Krieg darf demnach niemals vernachlässigt werden.²¹ Gemeint war wohl mit Sicherheit, dass sich der Staat niemals in Sicherheit wiegen darf und achtsam sein muss. Bedingung für einen Erfolg im Krieg sind nach Sun Tsu jeweils fünf Konstanten, das Gesetz der Moral, Himmel, Erde, Befehlshaber und Disziplin. Auch hier finden sich Parallelen in die heutige Zeit. Cicero behandelt und verschränkt die Begriffe Krieg und Frieden. Für Cicero ist nicht nur der Angriff unrecht sondern auch das Unterlassen der gebotenen Verteidigung. Eine entscheidende Aussage meines Erachtens, zumindest was den Staat betrifft. Der Einzelne darf wie Mahatma Gandhi passiv bleiben, dem Staat steht dies nicht zu er ist verpflichtet mit allen Mitteln zu verteidigen. Von Cicero stammen die Begriffe „*ius ad bellum*“, das Recht zur Kriegsführung, sowie das „*ius in bello*“, das Recht im Krieg bzw. die gerechte Kriegsführung. Nur der Soldat ist durch den Eid, das „*Sakramentum*“, das einzig legitimierte Organ zur Kriegsführung. Nach Cicero sind Kriege ungerecht wenn sie ohne Grund unternommen werden. Als Gründe führt er in seinem Werk „*de res publica*“ das Rächen oder den Schadenersatz an. Kein Krieg ist gerecht, wenn nicht vorher Schadenersatz gefordert wird, er angedroht oder erklärt wird. Für Augustinus kommt alle Gewalt auf Erden von Gott, so kann auch ein ungerechter Befehl eines unglaublichen Königs vom Soldaten ausgeführt werden ohne ungerecht zu handeln, solange der Befehl nicht dem Gesetz Gottes (oder heute den Menschenrechten) widerspricht. Das hat es zum Beispiel den Mauerschützen unmöglich gemacht, sich aus der Verantwortung zu ziehen. Keiner führt Krieg um des Krieges Willen, jeder

²¹ Clavel, Sun Tsu Die Kunst des Krieges.

Mensch strebt nach Frieden, die Frage ist nur ob nach einem gerechten Frieden. Grotius gilt als Vater des modernen Völkerrechts und Mitbegründer der Naturrechtslehre. Er kam aufgrund seiner ablehnenden Haltung der Prädestinationslehre von Calvin mit dem Gesetz in Konflikt. Er vertrat die Lehre von der Willensfreiheit des Menschen. Als Naturrechtler trat er in Gegenposition zum positiven Recht. Seine Werke waren bis etwa 1900 von der Kirche gebannt. Zu der Aussage „Inter armes silent leges“, also „während des Krieges schweigt das Recht“ äußerte er sich folgendermaßen. „Dieser Satz ist so weit von der Wahrheit entfernt, als dass ein Krieg nur der Rechtsverfolgung halber angefangen und geführt werden darf.“ Dass die Gesetze schweigen, ist derart auszulegen, dass die Gesetze des Zivillebens, sofern mit dem Zustand des Krieges unvereinbar, wohl eingeschränkt sind, jedoch das Naturrecht immer noch vorhanden ist und gilt. Der gerechte Friede ist die einzige Rechtfertigung für einen Krieg. Der augustinische Ansatz, dass der Krieg dem Frieden dient, wurde auch von Grotius wiederholt. Das Gesetz der Schöpfung ist Naturrecht, auch das Recht auf Leben und das Recht im Recht zu sein. Nach Grotius ist im Gegensatz zu Spinoza kein Recht zur Präventivkriegsführung ableitbar. Nach der Schule von Salamanca kann den gerechten Krieg nur eine Supermacht führen, da dieser der teuerste Krieg ist. Wer diese Kapazitäten nicht hat, muss sich des ungerechten Krieges bedienen. Das Recht ist daher direkt proportional zu den Kosten die es verursacht. Für Spinoza ist das Leben eine endlose Kette von Kausalzusammenhängen, dh alles hat irgendwo eine Ursache. In seiner Anthropologie wird der Mensch wie bei Platon als Mängelwesen gesehen, durch den Zusammenschluss von Menschen entsteht eine Gesellschaft, eine versammelte Anzahl von einzelnen Machtkonzentrationen und darin liegt die Wurzel der Staatsmacht. Für den Krieg reicht der Wille eines Einzelnen zum Krieg, für den Frieden bedarf es immer einer zweiten Partei, die diesen Frieden akzeptiert. Frieden ist höher zu bewerten als Krieg. Krieg ist nicht die bloße Abwesenheit von Krieg, nach Spinoza gibt es daher drei Kategorien, Krieg, kein Krieg oder Frieden. Schlimmer als Ungerechtigkeit ist Gerechtigkeit ohne Macht zu deren Durchsetzung. In diesem Sinne braucht die Gerechtigkeit als Wertvorstellung auch Macht um sich zum Durchbruch zu verhelfen. Demgegenüber braucht aber auch die Macht Werte, um seine Interessen durchsetzbar zu machen.²² Ein Staat ist nur soweit selbständig als er sich selbst erhalten kann. Die Selbsterhaltungsfähigkeit einer Gesellschaft ist daher der Maßstab seiner Souveränität. Der Versuch einer völkerrechtlichen Domestizierung des Krieges ist zum Scheitern verurteilt, wenn nicht auch die Mittel zur Verfügung stehen, die Regeln nötigenfalls mit Macht zum Durchbruch zu verhelfen. Kants Ziel war,

²² Oskar Wilde, Der Kritiker als Künstler.

Idealismus und Realismus und deren Gegensätzlichkeit und deren Widersprüche auflösen. „Nur die vernunfterschließende Idee ist wahr!“ vs. „Nur mit den Sinnen wahrnehmbare Dinge sind wirklich!“ Kant erkannte, dass keine dieser Aussagen für sich allein richtig sein kann, dass die eine ohne die andere keinen Sinn ergibt. Völkerrecht ist für Kant die Regelung der Beziehungen von Staaten zueinander, wobei es einen Naturzustand der Staaten gibt. Um diesen Naturzustand wird andauernd gestritten, der Naturzustand ist also in Wirklichkeit immer ein Konfliktzustand, ein dauernder Krieg. Nach Kant ist ein Völkerbund zur Verhinderung eines ungerechten Krieges erforderlich. Er spricht von Recht zum Krieg, Recht im Krieg und Recht nach dem Krieg. Heimtücke ist jedenfalls verboten, da bei deren Anwendung ein Friede nach dem Krieg unmöglich gemacht werde. Das Recht nach dem Krieg verlangt zB, dass Friedensverträge nach einem Krieg keine Partei diskriminieren soll, da dadurch der Keim für erneute Konflikte gelegt wird. Clausewitz schrieb, wenn jemand Verantwortung übernehmen soll, dann muss er dazu entsprechend ausgebildet werden. Ausbildung befähigt zur Handlung, Bildung und zur Entscheidung. Clausewitz schreibt weiters „...der Willen des Gegners muss gebrochen werden, er darf aber nicht gedemütigt werden.“ Fichte schrieb, dass der eigentliche Krieg dann ist, wenn die Freiheit eines Volkes angegriffen wird. Ein Volk wird erst zum Volk, wenn es durch Krieg und den Folgen zusammengewachsen ist. "Aber auch im Kriege und durch gemeinschaftliches Durchkämpfen desselben wird ein Volk zu Volke". Nietzsche sagte, "Der Krieg ist für den Staat genauso wichtig wie für die Gesellschaft der Sklave. Krieg ist das Heilmittel für matt und erbärmlich werdende Völker. Aus der Kriegsschule des Lebens lernen wir, „was mich nicht umbringt macht mich stärker.“²³

Doch welche Verbindung besteht nun zwischen Krieg und Staat? Der Staat erscheint aus heutigem Selbstverständnis primär verantwortlich für die Daseinsvorsorge seiner Bürgerinnen und Bürger, andererseits lehrt uns die Geschichte dass derselbe Staat es zustande bringt, die schrecklichsten Kriege unter Hinnahme unglaublicher Verluste an Menschenleben innerhalb seines eigenen Volkes durchzuführen und in Extremfällen gar unmittelbar gegen das eigene Volk auftritt und es vernichtet und quält. Von einer zivilisatorischen Errungenschaft zu sprechen, weil der Staat bei konventionellen Kriegen nach außen, sein Volk dadurch verschont, weil er sich Soldaten bedient und damit die Zivilbevölkerung aus dem Kriegsgeschehen ausnimmt, erscheint wohl nicht wirklich als Erfolg einzuleuchten. Meist traf der Krieg auch das eigene Volk irgendwann wie ein Bumerang, und dann doppelt hart. Wenn wir vom Krieg sprechen, ist der Staatsbegriff ein wesentliches Element, ohne Staat gibt es keinen Krieg im normativen

²³ Stadler, Krieg (2009).

Sinn. Begrifflich ist Staat nicht gleich Staat, vor allem in historischer Hinsicht. Der antike griechische Staat war ein jeweils kleinräumiges Gebilde, er war durch eine gemeinsame Kultur mit anderen verbunden. Es gab zwei Staatsformen, die nach unterschiedlichen Prinzipien organisiert waren, Ethnos und Polis. Ethnos war ein Stammesstaat im ländlichen Bereich, mit eher wenig Siedlungskernen und dörflichen Strukturen mit verminderten Möglichkeiten und Kompetenzen. Polis ist hingegen die gewöhnliche Bezeichnung des typischen Staatsverbandes im antiken Griechenland. Es handelte sich dabei im Wesentlichen um eine Stadt inklusive des dazugehörigen Umlandes. Die Polis ist nach heutigem Verständnis weniger als Staat, sondern eher als Kollektiv seiner Bürger zu sehen. Wenn man in diesem Gemeinwesen Bürger war, hatte man auch die Möglichkeit sich zu verwirklichen, vergleichbar mit einer Dorfgemeinschaft. Es gab viele Poleis, jedoch entwickelte sich nur im antiken Athen eine besondere Form eines Regierungssystems, die Demokratie. In dieser Demokratie gab es eine einzigartige Besonderheit in Bezug auf den jeweiligen sozialen Status seiner Bewohner, in Bezug auf das politische Geschehen hatte er eine abgeschwächte Bedeutung. Das heißt, obwohl im privaten Familienverbund und in den privatrechtlichen Beziehungen sehr wohl eine Hierarchie in Bezug auf den sozialen Status herrschte, im politischen Leben aber jede Stimme (eines freien und gleichen männlichen Bürgers) gleiches Gewicht hatte.²⁴ Einer der wesentlichen Ziele der Poleis war die Befähigung des Gemeinwesens zum Krieg gegen äußere Feinde. Feinde gab es aufgrund von kulturellen und religiösen Differenzen immer wieder zu lokalisieren.²⁵ Feinde in diesem Sinne waren Fremde, die keinen Bezug zu einer gemeinsamen Politik ähnlich wie in der Poleis hatten, keine Poleisnormen kannten und somit keine Tugendhaftigkeit aufwiesen. Der Bürgerkrieg, also der Kampf auf innerhalb der Polis gerichtet, wurde als „Krankheit der Polis wider der Natur“ qualifiziert und im Wesentlichen auf ein Versagen der politischen Polisgemeinschaft wahrgenommen. In diesen platonischen Grundansichten finden sich die wesentlichen Ansatzpunkte für die Grundlagen und den Kernelementen des Krieges nach außen gegen Fremde und den nach innen gerichteten Bürgerkrieg. „Der Krieg wird von einem Kollektiv beschlossen, der Bürgersoldat zieht mit seinen eigenen Waffen für die Ideale seiner Polis in den Krieg.“ Dadurch entsteht eine enge Verbindung zwischen dem Staat, dem Bürger und dem Krieg nach außen. Ein Krieg nach innen ist, sofern überhaupt denkmöglich, eine Erkrankung des Gemeinwesens, die zwar auftreten kann, jedoch so weit als möglich zu vermeiden ist und vor allem auch in Bezug auf den Einsatz seiner Mittel, einer starken Beschränkung unterliegt. Der Krieg nach außen hingegen darf weitaus robuster geführt werden. Auch hier bereits eine Parallele zur Divergenz in Bezug auf das heutige auf

²⁴ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016).

²⁵ Stadler, Krieg (2009).

seine Bürger gerichtete Staatsrecht im Vergleich zum humanitären Völkerrecht (HVR), gerichtet auf Fremde. Das Staatsrecht beinhaltet eine Vielzahl an Möglichkeiten, wie sich der Bürger gegen den Staat zur Wehr setzen kann, das HVR hingegen kennt bei weitem kein derart breites Spektrum.²⁶

Im römischen Staat stand weniger die Fortentwicklung eines philosophischen Staatskonstruktes im Vordergrund, sondern vielmehr die Verrechtlichung des Staates. Folge davon war, dass Staat, Krieg und Recht eine Einheit bildeten. Als Regierungsformen wurde die aristotelische Regimelehre übernommen, mit den gemeinwohlorientierten Staatsformen der Monarchie, Aristokratie und Politie sowie deren entartete Varianten, Tyrannis, Oligarchie und Demokratie. Marcus Tullius Cicero übernahm und adaptierte die platonischen Grundzüge einer Staatsidee, die zuvor von Polybios bereits einmal bearbeitet wurden. In Ciceros Werk über den Staat statuierte er die Gleichheit aller Menschen und sprach auch bereits von den Grundzügen staatlicher Daseinsvorsorge. „Legalität schöpft sich aus dem Recht, nicht aus der Staatsmacht und findet seine Grenze in der Verletzung des Naturrechts“.²⁷ Der Staat ist eine Gemeinschaft, die ein gemeinsames Recht hat und die dieses Recht auch anerkennt. Der Staat hat dadurch eine gewisse Macht über die Bürger, jedoch wandelt sich der Staat in einen Unrechtsstaat, verliert er seine sittliche Autorität. Die Gehorsamspflicht seiner Bürger erlischt hierbei nicht bloß, es entsteht sogar ein aktives Widerstandsrecht. Die Römer führten erst gar keine Angriffskriege nach deren Verständnis, aus ihrer Sicht handelte es sich immer um Verteidigungskriege gegen äußere Bedrohungen. Der Krieg wurde durch die Römer rechtlich institutionalisiert, er bedurfte der Zustimmung der Götter und musste auch formell erklärt werden. Den Besiegten stand es offen, vernichtet oder versklavt zu werden oder eben ein Bündnis mit Rom einzugehen. Diese Möglichkeit bestand bei den antiken Griechen noch nicht. Schwache oder gescheiterte Staaten waren daran zu identifizieren, ob funktionierende staatliche Institutionen mit strukturierten Organen existieren und darin die Grundprinzipien der Gerechtigkeit vorhanden sind. Ein Volk kann aus dieser Perspektive überhaupt nur dort entstehen, wo innerhalb der Bevölkerung ein Grundkonsens besteht, eine grundsätzliche Akzeptanz sich an gewisse Verhaltensregeln zu orientieren, ein Consensus iuri. „Der Staat ist Sache des Volkes, ein Zusammenschluss einer Menge, die durch staatliche Übereinkunft und Orientierung am Gemeinwohl vergesellschaftet ist.“²⁸

²⁶ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016).

²⁷ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016).

²⁸ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016).

Die mittelalterlichen Menschen im westlichen Teil des ehemaligen Imperium Romanum befanden sich entsprechend ihrem christlichen Glauben nur auf einer spirituellen Zwischenstation, um eine Heranführung an die göttliche Ordnung zu erleben und die Ankunft des Herrn abzuwarten. Aber auch das Christentum schaffte den Sprung von einer Offenbarungsreligion in Richtung wissenschaftlicher Theorie. Der Christ ist Bürger zweier Welten, einerseits im geistigen Sinn dem himmlischen Vaterland andererseits der sündhaften irdischen Welt. In letzterer herrscht ein andauernder und aussichtsloser Kampf gegen das Böse. Es gab einen tief verwurzelten, wenngleich auch teilweise einseitigen, Gerechtigkeitsgedanken. Dieser war keineswegs festgeschrieben, sondern entsprang und war von der Natur gegeben und weiter überliefert. Es ging überwiegend um den Kampf Gut gegen Böse, des oder der Gerechten gegen die Ungerechten. Im Laufe der Zeit erfolgte ein gewisser Wandel hin von der rein subjektiv empfundenen verantwortenden Ethik des einzelnen Individuums gegenüber anderen hin zu einer universalen Menschheitsidee, und weiter zum Gedanken dass alle Menschen der christlichen Nächstenliebe unterliegen und zugänglich sind. Auch dieser Aspekt hatte einen gewissen Einfluss auf die Art und Weise der Kriegsführung, wenn auch bloß marginal überliefert. Beginnend mit Karl dem Großen und der Wiederentstehung des Kaisertums, begann langsam das Entstehen großer Nationen im westlichen Europa. Es entstanden einzelne Königreiche mit partikularen Strukturen getragen von Grundherrentum, Vasallen, Bürgertum, freie Städte. Fehden bildeten ein bekanntes Streitumfeld. Eine Fehde war allerdings nicht auf wenige Einzelpersonen beschränkt, sondern konnte gesamte Städte und Ritterkoalitionen umfassen und kriegsähnliche Zustände zur Folge haben. Reiche Handelsstädte führten Söldnerkriege und mussten bereits damals die Erfahrung machen, dass der Söldner keineswegs loyal war oder sich besonders motiviert in den Kampf warf. Die Kriege des Mittelalters waren in ihrer Struktur und Zielsetzung etwas anders ausgerichtet als heute.²⁹ Nach Clausewitz führten die mittelalterlichen Königtümer die Kriege mit Lehnshereen und jeweils nur beschränkt auf einen sehr kurzen Zeitraum. Die Lehnshereen basierten und strukturierten sich auf der Basis des Vasallentums. Die Kampfführung war aus jener des Faustrechts abgeleitet, somit fokussiert auf einen Kampf Mann gegen Mann. Die Kriege wurden sehr schnell geführt, ein langwieriger Stellungskrieg daher nicht üblich. Das Ziel des Krieges lag in der Abstrafung des Gegners, um ihn zu lehren. Die Condottieri kamen aus dem Reichtum der Handelsstädte zum Vorschein, es handelte sich dabei um Söldnerheere, die sich auch von außerhalb Italiens rekrutierten.³⁰ Machiavelli trieb eine tiefe Abneigung gegenüber den Condottieri, sie ruiniere seiner Meinung nach die politische Herrschaft.

²⁹ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016).

³⁰ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016) mit Verweis auf Clausewitz.

Er schrieb, „denn Söldner sind uneins, machtgierig, ohne Disziplin und treulos, überheblich gegenüber den Freunden, feig vor dem Feind, ohne Furcht vor Gott, ohne Redlichkeit gegen die Menschen. Man schiebt seinen Untergang nur so lange hinaus, als man den Angriff hinausschiebt. Im Frieden wird das Land von ihnen geplündert, im Krieg vom Feind. Der Grund hierfür ist, dass sie sich durch nichts gebunden fühlen und kein anderes Motiv sie im Feld hält, als das bisschen Sold, der nicht ausreicht, um sie gerne für dich sterben zu lassen. Sie wollen wohl deine Soldaten sein, solange du keinen Krieg führst. Doch wenn wirklich Krieg kommt, so werden sie fahnenflüchtig oder ziehen ab“.³¹ Mit Wiederaufnahme der Aristoteles-Rezeption war die Zeit des intellektuellen Ausbruchs aus dem Mittelalter eingeläutet. Es wurde erkannt, dass der Mensch ein zur Staatsbildung neigendes Wesen ist. Zuvor wurde davon ausgegangen, dass die weltliche Herrschaft dadurch legitimiert ist, weil die menschliche Sündhaftigkeit in Zaum gehalten werden muss. Politik und Staat wurden allmählich versucht mit Vernunft zu begründen. Der Mensch ist ein Wesen, das auf Vernunft basieren kann und dadurch und aufgrund seiner sozialen Veranlagung befähigt ist zu erkennen, dass er auf andere erkennende Menschen angewiesen ist und dass mit ihnen eine Überlebensgemeinschaft zu bilden, vernünftig ist. Thomas von Aquin erkannte noch im 13. Jhdt., dass der Staat in der Schöpfungsordnung irgendwie verankert sein muss, ging aber ab vom Erlösungsgedanken. Das menschliche Dasein war somit nicht mehr bloß eine Warteschleife auf Erden bis endlich die Erlösung eintritt. Marsilius von Padua sprach im 14. Jhdt. von einer Art Volkssouveränität, deren autonome politische Ordnung rein aus der Repräsentation seiner Bürger ausging. Erst im 16. Jhdt. kehrte der Staat endgültig auf die Erde zurück, Niccolò Machiavelli erkannte den säkulären Staatszweck in seinem Selbsterhaltungstrieb. Jean Bodin ersetzte den Reichsgedanken durch einen souveränen Nationalstaat mit einer zentralen Regierungsmacht, jedoch frei von menschlicher Kontrolle. Das mittelalterliche auf Treue und Loyalität basierende System des Feudalismus und der Herrschaftsgeflechte wurde dadurch aufgebrochen. Er sprach von einer autonomen staatlichen Kompetenz, die es dem Staat ermöglicht seine Dinge selbst zu regeln.

Die moderne Staatstheorie geht von der Vorstellung eines auf Vertrag basierenden Staates als Gemeinwesen aus. Als wesentlich dabei ist die Ansicht, dass sich die Herrschaft ausschließlich von den Herrschaftsunterworfenen ableiten können muss und dadurch legitimiert wird. Thomas Hobbes beschreibt den Staat als „Schutzinstitution der Bürger vor Gewalt und Fremdbestimmung.“³² Hier findet sich

³¹ *Etzersdorfer/Janik*, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016) mit Verweis auf Niccolò Machiavelli, *Der Fürst*.

³² *Etzersdorfer/Janik*, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016) 30.

bereits der Grundstein der Schutzverantwortung des Staates, dessen Nachkommen die Legitimation der Staatsmacht bildet. „Als künstlich geschaffene Dauerform der politischen Gemeinschaft, verantwortet der Staat nicht primär das gute Leben, sondern schafft bestenfalls die Bedingungen dafür, wohl aber hat er die Rahmenbedingungen für ein friedliches Zusammenleben zu garantieren.“³³ Der vorpolitische Zustand ist ein Zustand des Misstrauens, der Ruhmsucht und des Krieges aller gegen alle. Dem schutzlos ausgelieferten Individuum soll durch den Staat Sicherheit geboten werden. Als Gegenleistung verzichtet das Individuum weitgehend auf seine Rechte bzw. passt sich dem Recht des Staates an. John Locke geht nicht von einer derartigen hundertprozentigen Unterwerfung des Individuums vor dem Staate aus. Der Einzelne muss nur so viel an Unterwerfung erdulden bzw. an Macht abtreten, wie notwendig ist, um den Schutz seines Eigentums und der Sicherheit zu gewährleisten. Als Staatszweck führt Locke die Schaffung eines individuellen Freiraums an, in dem sich der Einzelne frei bewegen kann. Er weist dem Staat einen bestimmten Aufgabenbereich zu, diese Aufgaben zu erfüllen ist des Staates Pflicht und unterliegt auch der Kontrolle der Bürger. Ungerechter Krieg ist bei Locke verpönt, da er in die Rechte anderer Menschen eingreift. „Selbst ein rechtmäßiger Eroberer gewinnt keine Macht über ein Volk, das ihm kein Unrecht getan hat, es bleibt frei.“³⁴ Nach Kant ist der Krieg grundsätzlich erlaubt, dies bereits zur präventiven Abwehr von Bedrohungen. „Wenn ein Staat hochrüstet, dann gefährdet dies den zwischenstaatlichen Naturzustand.“³⁵ Obwohl Krieg immer das Ultimo Ratio darstellt, wenn keine anderen Mittel mehr zur Verfügung stehen, muss der Krieg und seine Methoden begrenzt werden. Kant geht von einer Pflicht der Staaten aus danach zu trachten, sich den Weg in eine gemeinsame friedliche Zukunft nicht zu versperren. Er spricht daher von einem Verbot von „heimtückischen Methoden, Verrat, Meuchelmord, Gift, Scharfschützen, Spionage, die die zukünftigen Beziehungen belasten würden.“³⁶ Als Überleitung in eine interdisziplinäre Fallstudie, soll noch die Ansicht Kants zum Recht nach dem Krieg kurz dargestellt werden, welche auch als zutreffende Kerntheorie zu den grundlegenden Motiven und Auslösern von Konfliktualitäten gesehen werden kann. Das Rechtsverhältnis nach einem Krieg ist der Frieden, im Zuge der Überleitung zu diesem Rechtszustand sollte kein neues Unrecht entstehen. „Hier sollte kein neues Unrecht in Form von knebelnden oder erniedrigenden Friedensbedingungen geschaffen werden.“³⁷ Nach Ende des Ersten Weltkrieges dürften viele Menschen genau diese

³³ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016) 31 mit Verweis auf John Locke, Über die Regierung (1974) 16.

³⁴ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016) 35 mit Verweis auf John Locke, Über die Regierung (1974) 138 f.

³⁵ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016) 42.

³⁶ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016) 43.

³⁷ Etzersdorfer/Janik, Staat, Krieg und Schutzverantwortung (2016) 43.

Situation erfahren haben, indem sie sich durch die Friedensverträge geknebelt und erniedrigt fühlten. Dieser Zustand war kein stabiles Fundament für einen andauernden Frieden jedoch ein fruchtbarer Nährboden für weitere Konfliktualität, das zu einem der dunkelsten Kapitel in der Menschheitsgeschichte führte.

b. Interdisziplinäre Fallstudie

Krieg rechtlich zu beschreiben ist ein objektiver Prozess der die reine Rechtslage wiedergeben, als rechtsrichtig oder rechtswidrig qualifizieren kann jedoch darüber hinaus keine Werturteile erlaubt und auch keine Eigendynamiken zu erkennen vermag. Der Philosoph hat mehr Mittel zur Verfügung und kann oft von oben herab blicken und größere Zusammenhänge verknüpfen und werten. Die Realität in Form der Geschichte beschreibt aber die „wahre Wahrheit“ über den und die Natur des Menschen vollkommen trocken und unvoreingenommen. Ich widme mich daher im Folgenden dem dunkelsten Kapitel der jüngeren Kriegsgeschichte und aber auch über die daraus resultierenden unglaublichen Chancen die sich trotz solchen Ereignissen auftun können.

i. Totaler Krieg

Der Zweite Weltkrieg und damit Adolf Hitlers Krieg ist deshalb am Ende ein totaler Krieg, weil er sich gegen alle richtete, sowohl die eigene Bevölkerung als auch den Rest der Menschheit und er bereit gewesen wäre, alle Mittel einzusetzen um die Menschheit auch auszulöschen. Wir wollen Anfangs die Geschehnisse der Zeit vor dem März 1945 revuepassieren lassen. Adolf Hitler ist ein Synonym für Nationalsozialismus (Nazismus) und Faschismus und somit auch Synonym für Systeme, welche sich von der Ideologie der Antidemokratie, des Chauvinismus, vom Rassenwahn und des Antisemitismus nähren und darüber hinaus antiliberal, diktatorisch und führerstaatverherrlichend sind. Hitler gelang es, sich von einem unbedeutenden kleinen Nichts zum Eroberer des fast gesamten europäischen Raumes und zum Herrscher über Leben und Tod zu erheben. Er kontrollierte durch seine Standarten den gesamten Mittelmeerraum mit Westgrenze Tunesien und Ostgrenze El Alamein (Ägypten) sowie den gesamten europäischen Kontinent, mit Ausnahme Großbritannien, Spanien und Teile der Sowjetunion. Mitbegünstigend für den Aufstieg Hitlers und der Nationalsozialisten war unter anderem die extrem schlechte Wirtschaftslage zu dieser Zeit sowie erhebliche politische Dysbalancen gepaart mit

einer hochgradigen Unzufriedenheit mit der Knebelbandage der Friedensverträge des Ersten Weltkriegs. Hitler wurde am 30. Jänner 1933 von Reichspräsident Paul von Hindenburg zum Reichskanzler ernannt. Als am 27. Februar 1933 der Reichstag in Flammen stand, wurde die Kommunistische Partei Deutschlands (KPD) verboten und alle Abgeordneten verhaftet. Die folgende Verordnung zum Schutz von Volk und Staat war einer der ersten legislativen Schritte für das Ende der durch die Weimarer Verfassung von 1919 eingerichteten deutschen Republik. Schrittweise wurden die tragenden Verfassungsprinzipien wie Demokratie, Republik, Bundesstaat, Rechtsstaat, Liberalismus und die Gewaltenteilung demontiert. Aus meiner Sicht läge bereits hier, auch in Reflektion auf heute, der legitime Ansatz jedes einzelnen Staatsbürgers zum aktiven Widerstand gegen die Staatsführung als berechtigt. Es folgte jedenfalls das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich³⁸, das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat³⁹ und das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches⁴⁰. In diesem immer morbider werdenden System war letztendlich nicht einmal mehr der Begriff des Gesetzes fassbar. Die Rechtsprechung uferte in eine derart willkürliche, nicht mehr vorhersehbare und bedrohliche Form aus, dass sogar Willensäußerungen des Führers Gesetzescharakter bekamen. Mit der Rassengesetzgebung⁴¹ wollte Hitler seine kranken Vorstellungen von einer reinen „arischen Rasse“ verwirklichen. Die NS-Sondergerichtsbarkeit ermöglichte es innerhalb von 24 Stunden eine Hauptverhandlung zu eröffnen, damit eine effektive Vorbereitung der Verteidigung zu verhindern und in einem verkürzten Verfahren erst und letztinstanzlich zu verurteilen. Die Richter waren angehalten sich bei der Beurteilung des Strafrahmens an der Obergrenze, meist Todesstrafe, zu orientieren. Die Richter waren zwar ex lege frei in ihrer Entscheidung, doch konnten sie von Hitler, der auch oberster Gerichtsherr war, persönlich für ihr Verhalten verantwortlich gemacht werden, wenn dieses nicht der Durchsetzung der NS Weltanschauung diene. Die Mitglieder der Widerstandsgruppe „Weiße Rose“, Sophie und Hans Scholl, fielen dem Volksgerichtshof zum Opfer. Der Volksgerichtshof bestand aus Richtern und Funktionären der NSDAP, er fällte 5234 Todesurteile die oft unmittelbar nach Urteilspruch vollstreckt wurden. Ein Beispiel

³⁸ RGBl. 1933 I, 141.

³⁹ RGBl. 1933 I, 1016.

⁴⁰ RGBl. 1934 I, 75.

⁴¹ „Mit den Nürnberger Gesetzen – auch als Nürnberger Rassengesetze oder Ariengesetze bezeichnet – institutionalisierten die Nationalsozialisten ihre antisemitische Ideologie auf juristischer Grundlage. Sie wurden anlässlich des 7. Reichsparteitags der NSDAP, des sogenannten „Reichsparteitags der Freiheit“, am Abend des 15. Septembers 1935 einstimmig vom Reichstag angenommen, der eigens zu diesem Zweck telegrafisch nach Nürnberg einberufen worden war. Sie umfassten das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre (RGBl. I S. 1146) – das sogenannte Blutschutzgesetz – und das Reichsbürgergesetz (RGBl. I S. 1146). Neben diesen beiden „Rassengesetzen“ wird heute oft auch das Reichsflaggengesetz (RGBl. I S. 1145) unter dem Sammelbegriff „Nürnberger Gesetze“ gefasst, obwohl es zeitgenössisch nicht zu ihnen gezählt wurde. Alle drei Gesetze wurden im Reichsgesetzblatt Teil I Nr. 100 am 16. September 1935 mit dem Zusatz „am Reichsparteitag der Freiheit“ verkündet. Sie wurden durch das alliierte Kontrollratsgesetz Nr. 1 vom 20. September 1945 aufgehoben.“ Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/N%C3%BCrnberger_Gesetze vom 3. Oktober 2016.

verdeutlicht die direkte Einflussnahme des Führers auf die Vollziehung. Die Umstände ereigneten sich an den nachfolgenden Tagen des 20. Juli 1944, der Tag des missglückten Attentats auf den Führer. Mit den Mitarbeitern von Oberst Graf Stauffenberg sollte auf persönliche Weisung des Führers, besonders verfahren werden. Die Weisung lautete: "Sie sollen gehängt werden wie Schlachtvieh." Das Urteil wurde an Fleischerhaken vollstreckt. Oberste Priorität genoss die Aufrüstung der Wehrmacht, daher wurde zu dieser Zeit ein Rüstungsapparat in Gang gesetzt, der seines Gleichen zu finden vergebens versucht. Alle mussten mit anpacken, egal ob Mann, Frau, jung oder alt, gesund oder krank.

Der Rassenwahn und die menschenverachtende Vorgehensweise der Nazis gegenüber ihrer Ansicht „Minderwertigen“ wurden mit Hilfe der Nürnberger Gesetze gerechtfertigt. Die Nürnberger Gesetze, wie das Reichsbürgergesetz und das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes, das Blutschutzgesetzes und die Ermächtigungsschreiben des Führers zur Vernichtung „unwerten Lebens“, eröffnete den Nazis die Möglichkeit ihre Schreckensherrschaft in einer Art und Weise zu führen, wie es in der Geschichte einmalig war. Die folgenden Schlagworte sollen die Ereignisse dieser Zeit in Erinnerung rufen. Eliminatorischer Antisemitismus, Endlösung der Judenfrage (6 Millionen Tote), Holocaust, Vernichtungslager, Zyklon-B-Gas, industrielle Massenvernichtung, Gaskammern und Krematorien, Nichtarier, Euthanasieprogramm zur methodischen Tötung rassistisch unwerten Lebens, Reinigung der Volksgemeinschaft von Erbkrankheiten sowie Missbildungen und verbrecherischen Anlagen (120.000 Tote), Tötung alter Menschen und Frauen, Kinderexekutionen durch die Giftspritze, Kranke und Behinderte auf gleicher Stufe wie Verbrecher, Maßnahmen wie Berufsverbote für Nichtarier, Deportation, Geschäftsboykotte, Sexualbeziehungsverbote zwischen Arier und Nichtarier, Zwangssterilisation und sogar angeordneter Schwangerschaftsabbruch bis in das 6. Monat. Orte der Vernichtung waren zB Auschwitz, Sobibor, Treblinka, Mauthausen, Hartheim bei Linz, Belec und Chelmno, etc.

Ob diese Vorkommnisse tatsächlich noch mit dem simplen Begriff des Krieges oder des Konfliktes abgedeckt werden können, erscheint auf den ersten Blick fraglich, jedoch sind leider deutliche Parallelen in anderen Konfliktszenarien der Menschheit zu erkennen. Der Zweite Weltkrieg genießt deshalb ein gewisses Alleinstellungsmerkmal, als dass er historisch ausgezeichnet aufgearbeitet wurde und vor allem weil der Krieg ein Ausmaß annahm, welches bis zu diesem Zeitpunkt nicht vorstellbar war. Die Art

und Weise der Kriegsführung war etwas komplett anderes, als es die Menschen bis zu diesem Zeitpunkt kannten.

Aber warum waren es vor allem die Juden, die Hitler derart als Feindbilder identifizierte, dass er sie mit allen Mitteln auslöschen wollte? Der Antisemitismus, ein anderes Wort für Judenhass, ist zunächst einmal keine Erfindung Hitlers. Es hat ihn schon lange vorher gegeben und es gibt ihn auch heute noch. Um zu erklären, wie ein friedfertiges Volk den Hass vieler Menschen auf sich lud, müssen wir weit in die Geschichte des Judentums zurückgehen, die auch in enger Verbindung mit unserem Christentum steht. In Reflektion auf die Kreuzigung Christi wurden die Juden schlechthin als Christusmörder oder Söhne der Kreuziger verfolgt, dies lässt sich bereits auf den Zeitraum der Kreuzzüge im Zeitraum zwischen dem elften und dreizehnten Jahrhundert nachweisen. Eine Ähnlichkeit zum heutigen IS/Taliban Vorgehen gegenüber den Christen erscheint darin gesehen werden zu können, als dass der Übertritt in das jeweils andere Religionslager ein Todesurteil abwenden konnte. Das gilt natürlich nicht für den Zeitraum der NS Herrschaft. Im fünften Jahrhundert erfolgte die Diaspora, bei der sich die Juden in alle vier Himmelsrichtungen und Länder zerstreuten. Nirgends heimisch, wurden sie als Fremde wahrgenommen und auch aus diesem Grund entstand ein gewisses Misstrauen gegenüber ihnen. Juden hatten aus Glaubensgründen andere Rituale und Angewohnheiten und dadurch standen sie unter einem gewissen Generalverdacht. Im Zuge des 4. Laterankonzils wurden seitens der Kirche massiv judenfeindliche Bestimmungen beschlossen, die vom Jahr 1215 bis ins 19. Jhd. Geltung hatten. Es kam zu einem Ausschluss aller Juden aus dem handwerklichen Bereich und so mussten sie sich anderweitig beschäftigen um ihren Lebensunterhalt bedienen zu können. Ehrlose Berufe wie Pfandleiher, Geldwechsler oder Zinsnehmer waren die Folge und der Ursprung für den weiteren Antisemitismus. Vom Volk als Wucherer gesehen, von der Kirche als Ketzer verdammt wurde der Jude mit dem biblischen Judas auf eine Stufe gestellt. Es kam immer wieder zu Judenverfolgungen, unter anderem 1348, als die Pest ausbrach derer 25 Mio. Menschen zum Opfer fielen. Diese Entwicklung zog sich durch bis zur NS-Zeit in der Hitler die Geschichte der Juden nützte um sie als Sündenbock für die schlechte Wirtschaftslage herzurichten. Der Schriftsteller und Philosoph Chamberlain (1855-1927) bezog sich in seinem Hauptwerk „Die Grundlagen des 19. Jh.“ auf die Evolutionstheorie Darwins, die von der Auslese bei der Entwicklung der Tierarten handelt. Er übertrug die Theorie auf die Juden und entwickelte damit die Lehre vom Sozialdarwinismus. Hitler war ein glühender Anhänger dieser Lehre.⁴²

⁴² http://www.contraplus.at/2006_1/judenverf/judenverfolgung.doc vom 1. Februar 2016.

ii. Untergang Österreichs

Die deutschen Truppen marschierten am 12. März 1938 in Österreich ein. Mit der Volksabstimmung vom 10. April 1938, galt der Anschluss am 13. März 1938 als de iure vollzogen. Wir schreiben das Jahr 1938, Österreich ist zerschlagen, die Austrofaschistische Ära ist zu Ende, das Bundesheer der ersten Republik wird in die Wehrmacht eingegliedert, sämtliche Rüstungsfabriken dienen ab sofort dem Deutschen Reich und von Österreich bleibt einzig und allein die „Ostmark“. Es folgte die Entjudung und Arisierung Österreichs. Eine Welle der Gewalt, die sich gegen Juden und gegen die der jüdischen Herkunft als verdächtig geltenden Menschen richtete, fegte über Österreich. Es waren viele Österreicher die sich von Neid angetrieben auf den Kriegspfad machten, um gegen die Untermenschen vorzugehen. Ihnen wurde alles Verwertbare genommen und sie wurden, wenn nötig auch mit Gewalt, vertrieben. Die Zustände eskalierten derart, dass sich sogar die NS-Führung dazu veranlasst fühlte, gewisse Vorgehensweisen ohne Zustimmung des Gauleiters zu untersagen. Grund dafür war allerdings, dass durch die ausufernde Willkür der Selbstjustiz, eine Destabilisierung des NS-Staates drohte und darüber hinaus das Ausland die Wirtschaft boykottierte. Die NS-Führung reagierte einfach mit der Systematisierung und Legalisierung der Übergriffe, was die Diskriminierung noch effizienter machte. Nachdem die jüdische Bevölkerung nun aus dem sozialen Leben durch verschiedenste Gesetze, wie der Verordnung zur Anmeldung des Vermögens von Juden ausgegrenzt waren, folgte der nächste Schritt, die physische Vernichtung der jüdischen Bevölkerung auch auf österreichischem Boden. Infolge eines Attentatversuchs eines polnischen Juden auf den deutschen Botschafter in Paris am 7. November 1938, kam es in der Nacht vom 9. auf den 10. November 1938 zu schweren Übergriffen auf die jüdische Bevölkerung. Diese Ereignisse, die allesamt als Novemberpogrom 1938 in Erinnerung sind, verstärkten den kollektiven Rassenhass. Darauf folgend wurden jetzt auch in Österreich die ersten Konzentrationslager errichtet. Nach der Devise „Tod durch Arbeit“ fanden viele im österreichischen Konzentrationslager Mauthausen den Tod. Auch das Vernichtungslager Schloss Hartheim lag auf österreichischem Boden. Während sich im Großdeutschen Reich die Bemühungen der Arisierung intensivierten, wurde das Reich durch die Blitzkriegsstrategie immer größer. Gekämpft wurde meist nur an einer Front was die Deutschen vor allzu großen Verlusten bewahrte. Ab 1941 fing sich jedoch das Blatt allmählich an zu wenden. Der vergebliche Versuch Großbritanniens durch fortgesetzte Bombardements Invasionsreif zu machen sowie der Angriff auf die Sowjetunion im Juni

1941 brachten die Wende im Kriegsgeschehen. Die deutschen Truppen wurden erstmals im Winter 1942/43 von der Roten Armee in die Defensive gedrängt. Die Alliierten in Afrika und die Rote Armee an der Ostfront besiegelten nun den Kriegsausgang schon vorzeitig. Der so lange hinausgezögerte, unerwünschte „2-Fronten-Krieg“ hatte begonnen. Propagandaminister Goebbels proklamierte am 18. Februar 1943 den totalen Krieg und verlangte von der Bevölkerung mit unverminderter Härte gegen innere und äußere Feinde vorzugehen. Der große Endsieg sollte bis zum bitteren Ende der Leitgedanke sein. Ein anderer Kriegsausgang war mit der Ideologie des Regimes unvereinbar. An der Heimatfront, wie der Kampf innerhalb des Reiches gegen Juden, Oppositionelle und andere Staatsfeinde sowie die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln und Arbeit genannt wurde, gelang es noch einige Zeit, durch geschickte Zuckerbrot und Peitsche Politik, die Bevölkerung an der Stange gehalten. Arbeit und Nahrungsmittel standen Bespitzelung und KZ gegenüber. Als sich die Schlüsselfigur dieses Wahnsinns am 30. April 1945 die Pistole an die Schläfe setzte, war es schließlich endgültig vorbei mit dem Albtraum vom Großdeutschen Reich mit einem Psychopathen an der Spitze. „....am 29. März 1945 überschreiten sowjetische Truppen die österreichische Grenze bei Klostermarienberg (Bgld).....“ wie es später im Kriegstagebuch der Heeresgruppe Süd der deutschen Wehrmacht heißen sollte. Dieser Tag war der Anfang einer Kette von Ereignissen, welche die Zukunft Österreichs nachträglich prägen sollten.⁴³

Mein kurzer Rückblick hat die Ereignisse des Jahrzehnts vor der Gründung der II Republik unscharf aber meines Erachtens ausführlich genug skizziert und somit überlasse ich die Einleitung und somit den Übergang zu den Anfängen der II Republik Robert H. Jackson, dem amerikanischen Hauptankläger in Nürnberg. „Die verflossenen vierzig Jahre des 20. Jahrhunderts werden in den Büchern der Geschichte zu den blutigsten aller Zeiten gerechnet werden. Kein halbes Jahrhundert hat je ein Hinschlachten in solchem Ausmaß, solche Grausamkeiten und Unmenschlichkeiten, solche Massendeportationen von Völkern in die Sklaverei, solche Ausrottungen von Minderheiten gesehen. Der Schrecken des Torquemada verblasst gegenüber der Nazi-Inquisition. Diese Taten sind düstere historische Tatsachen, welche zukünftige Generationen an dieses Jahrhundert erinnern werden. Wenn wir nicht in der Lage sind, die Ursachen dieser barbarischen Geschehnisse auszuschalten und ihre Wiederholung zu verhindern, dann ist es wohl keine verantwortungslose Prophezeiung, wenn man

⁴³ Portisch/Riff, Österreich II Die Wiedergeburt unseres Staates⁸ (1985)

sagt, dass es diesem 20. Jahrhundert vielleicht noch gelingen wird, das Verhängnis für die Zivilisation herbeizuführen.“⁴⁴

iii. Wiederentstehung eines Staates

Vorher gilt es einmal festzulegen, um welchen Zeitraum es sich handelt, wenn man über die Zweite Republik sprechen will. Primär ist von Interesse, welche Ereignisse den Beginn der Zweiten Republik einleiteten und vor allem wann jene stattfanden. Es gibt mehrere Schlüsselereignisse, die es wert wären als Ausgangspunkt für einen Neubeginn herangezogen zu werden. Da wäre zB die Befreiung und Besetzung Österreichs durch die alliierten Truppen oder die Betrauung Dr. Karl Renners mit dem Amt des Staatskanzlers durch die Sowjets. Aber auch die Unabhängigkeitserklärung durch die provisorische Staatsregierung am 27. April 1945 oder der 29. April 1945, als Dr. Karl Renner im ehemaligen Reichsratssaal des Parlaments, das neue Österreich als die Zweite Republik proklamierte. Oder der 29. März 1945, an dem der erste Alliierte der Sowjetunion, die Grenze zum früheren Österreich bei Klostermarienberg überschritt. Aufgrund des Übereinkommens der Besatzungsmächte vom Juli 1945 wurde Österreich zunächst aufgeteilt. Die sowjetische Zone umfasste Niederösterreich, Burgenland und das Mühlviertel, die amerikanische Zone Salzburg und Oberösterreich südlich der Donau, die britische Zone Steiermark, Kärnten, Osttirol und die französische Zone Vorarlberg und Nordtirol. Wien wurde auf die vier Alliierten aufgeteilt, der erste Bezirk von allen vier verwaltet. Als zukunftsrelevante Frage stellte sich damals, ob Österreich mit dem Anschluss an das Deutsche Reich als Staat untergegangen ist oder nicht. Hierzu sind die völkerrechtlichen Begriffe der Annexion und der Okkupation zu differenzieren. Eine Okkupation bewirkt beispielsweise eine vorübergehende Handlungsunfähigkeit eines militärisch besetzten Staates, der jedoch als Völkerrechtssubjekt bestehen bleibt. Die Okkupationstheorie vertritt den Standpunkt, dass der Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich im Jahre 1938 eine Okkupation darstellte und daher das handlungsunfähige Österreich, in der Zeit von 1938 bis 1945, als Staat und damit als Völkerrechtssubjekt weiter bestand. Eine Annexion jedoch ist die Einverleibung eines Staates durch einen anderen Staat, wobei der einverleibte Staat untergeht und seine Eigenschaft als Völkerrechtssubjekt verliert. Die Annexionstheorie vertritt den Standpunkt, dass durch den Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich im Jahre 1938, Österreich als Staat und damit als Völkerrechtssubjekt untergegangen ist. Nach heute herrschender Lehre galt der damalige Anschluss als Okkupation (Okkupationstheorie) und somit ging Österreich

⁴⁴ Riss, Prozesse die unsere Welt bewegten.

damals als Völkerrechtssubjekt nicht unter, sondern war nur ruhend in einer Art Ohnmacht. Österreich wurde durch einen erpresserischen Akt Hitlerdeutschlands völkerrechtlich handlungsunfähig und kriegerrisch besetzt. Indizien dafür sind einerseits die fragwürdigen Umstände rund um die Volksabstimmung und andererseits der Ablauf der Volksabstimmung zur Wiedervereinigung. Man kennt nur zu gut die Bilder und Berichte aus den Medien dieser Zeit, von der überschwänglichen Euphorie der Österreicher und den Massen die sich zur Begrüßung des Führers versammelten. Sicherlich stand nicht hinter jedem ein SS-Mann mit Pistole. Die Ausnützung der politischen Lage und der katastrophalen wirtschaftlichen Situation Österreichs, resultierend aus den Nachwirkungen des ersten Weltkriegs und der Weltwirtschaftskrise, waren für Hitlers Pläne sehr zuträglich. Schließlich war es die Hilfe seiner Propagandamaschinerie gepaart mit seinen demagogischen Fähigkeiten und den im Untergrund agierenden Nazi-Agenten, die schon seit Februar 1938 mit der Einsetzung Seyß Inquarts als Sicherheitsminister öffentlich tätig waren, die diese Volksabstimmung in Richtung Anschluss lenkten. Die Maßnahmen um eine möglichst hohe Zustimmung zu erreichen waren z.B. das Erscheinungsbild der Stimmzettel, welches nach heutigen Maßstäben als verfassungswidrige Wahlmanipulation zu werten wäre, nicht zu vergessen, der Anschlusswille der katholischen Kirche, dem die damalige Bevölkerung einen extrem hohen Stellenwert zumaß. Das Ergebnis der Wahl war mit 99,3% aller abgegebenen Stimmen für den Anschluss eindeutig. Ob dieses Ergebnis mit Angst, Denunziantentum, Wahlbeeinflussung und dem Willen der Kirche zu rechtfertigen ist, bleibt meines Erachtens aber weiterhin mehr als fraglich. Ich würde eher die Hoffnung auf ein besseres Leben, den Nationalismus, der nicht überundenen Niederlage im ersten Weltkrieg und der daraus resultierenden Folgen, den Hauptauslöser nennen. Eines erscheint meines Erachtens jedoch gewiss, als Staat hat Österreich damals versagt, denn die oberste Pflicht wäre es gewesen, für seine Souveränität nach den Maßstäben der Bundesverfassung und deren Prinzipien zu kämpfen.

Nach allgemeinem Völkerrecht überlagert die Staatsgewalt eines Okkupanten jene des okkupierten Staates. Der Okkupant ist dabei an die Rechte und Pflichten der Haager Landkriegsordnung gebunden. Die Tätigkeit der neu entstandenen Staatsorgane wurde von den Alliierten kontrolliert. Somit war Österreich von 1945 bis zum 15. Mai 1955 nur beschränkt souverän. Die Befugnisse der Besatzer waren durch so genannte Kontrollabkommen festgelegt. Vertragspartner dieser Kontrollabkommen waren nur die Alliierten nicht aber Österreich, welches bestimmte Auflagen zu erfüllen und auch die Besatzungskosten zu tragen hatte. In Österreich waren Postverkehr, Rundfunk, Film

und Presse zensuriert. Im ersten Kontrollabkommen wurde die Alliierte Kommission für Österreich eingerichtet. Sie setzte sich aus dem Alliierten Rat, einem Exekutiv-Komitee, und den durch die vier Regierungen der Alliierten ernannten Stäben zusammen. Der Alliierte Rat übte ab 11. September 1945 die oberste Gewalt aus und daher stand auch die österreichische Staatsregierung unter seiner Kontrolle. Die Beschlüsse des Alliierten Rates mussten einstimmig erfolgen. Ähnlich wie heute die Gesetze im Rechtsinformationssystem und im Amtsblatt kundgemacht werden, gab es damals die „Gazette of the Allied Commission for Austria“, das Amtsblatt der Besatzungsmächte. Neben der österreichischen Zivil- und Strafgerichtsbarkeit gab es eine eigene Alliierten Militärgerichtsbarkeit. Im Memorandum des Alliierten Rates anerkannten die Alliierten am 20. Oktober 1945 die provisorische Staatsregierung für das gesamte Bundesgebiet. Dies machten sie nicht ohne bestimmte Auflagen, die Österreich zu erfüllen hatte. Die Führung und Kontrolle oblag dem Alliierten Rat und bis 31. Dezember 1945 mussten freie Wahlen durchgeführt werden. Die durch die Staatsregierung beschlossenen Gesetze bedurften zu deren Kundmachung der Zustimmung des Alliierten Rates. Die Militärgerichtsbarkeit der Alliierten blieb aufrecht. Nach den Wahlen und der Wiedereinsetzung der Verfassung 1920 idF 1929 kam es zum zweiten Kontrollabkommen. Durch das zweite Kontrollabkommen wurde die Alliiertenkontrolle gelockert. Die Anordnungen der Alliierten Kommission mussten weiterhin befolgt werden, doch bedienten sich die Alliierten bei der Vollziehung inländischer Organe. Davon ausgenommen waren die Bereiche der Entmilitarisierung und Entwaffnung, der Schutz und die Sicherheit der alliierten Streitkräfte in Österreich, die Behandlung des Eigentums der Vereinten Nationen, „deutsches Eigentum“, die Behandlung von Kriegsgefangenen und Kriegsverbrechern sowie die Kontrolle des Ein- und Ausreiseverkehrs in Österreich. Verfassungsgesetze bedurften der Zustimmung des Alliierten Rates, bei einfachen Gesetzen und Staatsverträgen galt seine Zustimmung als erteilt, wenn nicht innerhalb von 31 Tagen Einspruch erhoben wurde. Gesetzesbeschlüsse und Verwaltungsmaßnahmen konnten weiters jederzeit vom Alliierten Rat aufgehoben oder abgeändert werden. Die Beschränkungen des Personen- und Güterverkehrs sollten aufgehoben werden. Die Souveränitätsbeschränkungen waren von Österreich rechtlich nicht anerkannt, sie wurden nur hingenommen.

iv. Aufarbeitung der Vergangenheit

Österreich war unter alliierter Kontrolle und trotzdem gelang es zukunftsweisende Rechtmaterien zu regeln. Darunter wären zu erwähnen die Außerkraftsetzung des

Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes (KWEG 1917) und die Behebung der Unübersichtlichkeit der Rechtsordnung durch das Wiederverlautbarungsgesetz 1947. Das Finanz-Verfassungsgesetz 1948 trat an die Stelle des aufgehobenen F-VG 1934, es regelte die im Artikel 13 B-VG vorgesehene Kompetenz in Abgabensachen neu. Die Geschäftsordnung des Nationalrats wurde 1948 geändert, die Vertretung des Bundespräsidenten wurde neu geregelt und der „Alterspräsident“, der die Wahl der drei Parlamentspräsidenten zu leiten hatte, wurde eingeführt. Es wurde das Amtshaftungsgesetz 1949 erlassen, die Kompetenz des Rechnungshofs wurde bezüglich der Rechnungskontrolle ausgedehnt. Weiters folgten das NSDAP-Verbotsgesetz vom 8. Mai 1945, das Kriegsverbrechergesetz und schließlich das Bunde-Verfassungsgesetz über die immerwährende Neutralität Österreichs vom 26. Oktober 1955 sowie der Staatsvertrag vom 15. Mai 1955. Um Österreich von der Nazi-Seuche zu säubern bedurfte es einiger rechtlicher Maßnahmen. Dabei unterscheidet man zwischen administrativ-bürokratischen Maßnahmen, die sich mit der Ideologie auseinandersetzen und justizielle Methoden zur Würdigung individueller Schuld einzelner NSDAP Mitglieder. Die Bewältigung des nationalsozialistischen Erbes Österreichs fand vornehmlich auf bürokratischer Ebene statt. In Deutschland wurden die Maßnahmen von den Alliierten durchgeführt, in Österreich gemeinsam mit dem Staat. Durch verschiedene Gesetze wurden den Nationalsozialisten die Grundlagen ihrer Existenz entzogen und ihre Teilorganisationen verboten. Das Verfassungsgesetz vom 8. Mai 1945 über das Verbot der NSDAP (Verbotsgesetz) hatte als Grundgedanken die Auflösung der NSDAP und aller nationalsozialistischen Organisationen, das Verbot der Neugründung dieser Partei und ein Verbot sich für die Ziele der NSDAP einzusetzen (Wiederbetätigungsverbot). Es folgte eine Einteilung in belastete und minderbelastete sowie die Registrierung ehemaliger NSDAP Mitglieder, die bei Androhung von Strafe freiwillig erfolgen musste. Personen welche der NSDAP beträchtliche Zuwendungen zum Zweck ihrer Unterstützung zukommen hatten lassen (sogenannte Förderer) sowie sämtliche (auch einfache) Parteimitglieder, die in einem öffentlich rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund, Länder oder Gemeinden oder sonstigen öffentlich rechtlichen Körperschaften standen, wurden, ferner sie nach ihrer bisherigen Betätigung keine Gewähr dafür bieten konnten, dass sie jederzeit rückhaltlos für die unabhängige Republik Österreich eintreten würden, ihres Dienstes entlassen. Das Verfassungsgesetz vom 26. Juni 1945 über Kriegsverbrechen und andere nationalsozialistische Untaten (Kriegsverbrechergesetz) war die strafrechtliche Grundlage der österreichischen Volksgerichte. Die Volksgerichte haben nichts mit dem Volksgerichtshof der NS-Zeit gemein. Sie bestanden von 1945 bis 1955 und wurden dann von den ordentlichen Gerichten (Bezirks- Landes- Oberlandesgericht und OGH)

abgelöst. Für Kriegsverbrechen, Denunziantentum und Hochverrat am österreichischen Volk drohten die Todesstrafe oder Kerker. Die Entscheidung über Schuld und Strafe wurde damals wie heute von den Berufsrichtern zusammen mit den Schöffen (Laienrichter) gefällt. Die Bestrafung richtete sich nach der Funktion des Angeklagten die er während der NS-Zeit innehatte. Unter anderem fielen folgende Funktionen unter den Begriff des Kriegsverbrechers: "Mitglieder der Reichsregierung, Hoheitsträger der NSDAP, Gauleiter oder Reichsleiter und Gleichgestellte aufwärts, Reichsstatthalter, Reichsverteidigungskommissare, Führer der SS oder Waffen-SS vom Standartenführer aufwärts". Die Volksgerichte leiteten gegen 136.829 Personen Volksgerichtsverfahren ein, davon wurde gegen 28.148 Personen Anklage erhoben und 23.477 wurden verurteilt. Ob diese Zahlen befriedigend sind liegt in der individuellen Betrachtungsweise und versorgt uns bis in die heutige Zeit mit Diskussionsstoff. Einige Überlegungen sollen uns bei der Betrachtung der Kriegsverbrecher-Prozesse, besonders in Bezug auf das Verhältnis zwischen den Zahlen der Verfahren und der Verurteilungen, unterstützen. In der Minderheit waren die Verfahren, bei denen Einzeltaten, wie z.B. A tötet B, abgeurteilt wurden. Eher anzutreffen waren Verfahren bei denen die Taten komplexer Natur waren. Es handelte sich hierbei um Verbrechen die im Zuge von Kommandounternehmen verschiedenster Einheiten, wie SS oder diverser Polizeiabteilungen, in Ghettos, Konzentrationslagern und Zwangsarbeiterlagern verübt wurden. Um die wahren Täter zu entlarven und der Verjährung vorzubeugen, wurden oft ganze Kompanien und Dienststellen überprüft und ein großer Verdächtigenkreis formell beschuldigt. Dort wo die Beschuldigten unauffindbar waren, wurde das Verfahren nach großen Anstrengungen eingestellt. Viele der Opfer hatten die NS Gräueltaten nicht überlebt oder waren nach Ende des Krieges ausgewandert. Selbst wenn es gelang die Zeugen ausfindig zu machen, konnten sich viele nicht an die Einzelheiten der Umstände erinnern oder kannten den Sachverhalt nur vom Hörensagen. Einen Verdächtigen mit stichhaltigen Beweisen zu überführen war sichtlich sehr schwer und um jemanden mit dem Tode oder lebenslangem schwerem Kerker zu bestrafen, sollten wohl die Beweise hochgradig dafür sprechen. Im § 1 Abs 3 Kriegsverbrechergesetz wird der Befehlsnotstand kategorisch ausgeschlossen, somit konnte sich niemand als Ausrede für das Töten oder Misshandeln von anderen Menschen auf die Ausnahmesituation oder einen Befehl berufen. Ergänzend dazu kann man den §§ 3 u. 4 entnehmen, dass bei Tatbeständen der Quälerei und Misshandlung sowie bei Verletzung der Menschenwürde, der Befehlende strenger zu bestrafen sei als der Ausführende. Bei den Verfahren an den Volksgerichten wurden die Bestimmungen über die Rechtsmittel (Einspruch gegen die Anklageschrift, Berufung, Nichtigkeitsbeschwerde und

Beschwerde gegen Beschlüsse des Gerichts) außer Kraft gesetzt. Nur bei erheblichen Bedenken des Präsidenten des OGH konnte dieser die Sache vor einen Senat des OGH bringen. Jedenfalls wurden schon vor den Kriegsverbrecherprozessen in Nürnberg im August 1946 die ersten Kriegsverbrecher in Österreich verurteilt. In Nürnberg wurde der Internationale Militärgerichtshof eingerichtet und gegen 23 Repräsentanten des NS-Regimes verhandelt (Nürnberger Prozess). Zwischen 14. November 1945 und 1. Oktober 1946 wurden zwölfmal Todesstrafe, dreimal Lebenslänglich, viermal Gefängnisstrafen unterschiedlichen Ausmaßes und drei Freisprüche gefällt. Zusätzlich konnten die Alliierten auch eigene Gerichte zur Aburteilung von Kriegsverbrechern bilden. Auf der Anklagebank waren Hermann Göring, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Walther Funk, Hjalmar Schacht, Karl Dönitz, Erich Raeder, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Franz von Papen, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin von Neurath, Hans Fritzsche.

Jeder funktionierende Staat westlicher Orientierung hat eine politische Parteienlandschaft. 1945 formierten sich vom sowjetisch kontrollierten Teil Österreichs ausgehend die politischen Parteien. Aus der „Sozialdemokratischen Partei“ und den „Revolutionären Sozialisten“ entstand die am 14. April 1945 gegründete „Sozialistische Partei Österreichs“ (SPÖ), die „Christlich Soziale Partei“ wurde am 17. April 1945 als die „Österreichische Volkspartei“ (ÖVP) gegründet, die sich jetzt nicht mehr als primär konfessionell gebunden betrachtete. Die von der „Kommunistischen Partei Österreichs“ (KPÖ) angestrebte Verbindung mit den anderen Parteien wurde von der SPÖ bereits 1945 abgelehnt. Die national liberale Gruppierung konnte sich erst 1949 im „Verband der Unabhängigen“ (VdU) organisieren. Schließlich ging daraus 1956 die „Freiheitliche Partei Österreichs“ heraus. Am 27. April 1945 bildete sich unter der Leitung von Dr. Karl Renner eine „Provisorische Staatsregierung“, die sich aus den Parteien in unterschiedlichem Verhältnis zusammensetzte. Am gleichen Tag verkündete diese provisorische Staatsregierung eine Proklamation, in der sie die Unabhängigkeit Österreichs ausrief. Mit dieser Proklamation sollte die Republik Österreich wieder im Geiste der Verfassung von 1920 eingerichtet werden. Was die wenigsten bewusst wahrnehmen ist, dass Österreich zu dieser Zeit kurz vor einer Revolution stand, was heute unter dem Titel Unabhängigkeitserklärung bekannt ist. Um dies zu verstehen ist wieder ein Schwenk in die Rechtswissenschaft erforderlich, wo man sich die Frage stellen muss, was eine Revolution im Rechtssinne ist. Herkömmlich denkt man bei dem Wort Revolution an einen lynchenden Mob, Menschenmassen, die staatliche Gebäude

in ihre Gewalt bringen, Chaos und Zerstörung. Die Begleiterscheinungen mögen auch durchaus so ausfallen, aber die Definition lautet, „Verfassungen sehen üblicherweise ein Verfahren zu ihrer Abänderung vor. Wird eine geltende Verfassung nach ihren eigenen Regeln (z.B. Volksabstimmung, Zweidrittelbeschluss) abgeändert und durch eine neue Verfassung ersetzt, so spricht man von „Kontinuität“ der Verfassungsordnung. Entsteht eine neue Verfassung unter Missachtung der alten Verfassung, so spricht man von „Diskontinuität“ der Verfassungsordnung, von „Revolution“ im Rechtssinn“. Wenn man nun mit diesem Wissen konfrontiert die Ereignisse die zur Bildung der provisorischen Staatsregierung geführt haben näher betrachtet, dann wird man zu dem Ergebnis gelangen, dass die Bildung der Parteien und der provisorischen Staatsregierung ohne rechtliche Grundlage stattfand. Vor dem Tag der bedingungslosen Gesamtkapitulation des Deutschen Reiches und auch danach war geltendes Recht jenes der Nationalsozialisten und es ist wohl ausgeschlossen, dass sich auf dessen Grundlage Österreich sezessionieren hätte können. Aus Sicht der heutigen Verfassungsordnung erfolgte die Proklamation revolutionär und gilt somit als historisch erste Verfassung. In der Proklamation wollte die provisorische Staatsregierung besonders auf die Opferrolle Österreichs hinweisen. Aus rechtlicher Sicht ist der 27. April 1945 der Tag, an dem die Zweite Republik entstand. Langsam konnte die Neuorganisation Österreichs beginnen. Vorerst als dezentralisierter und gewaltverbindender Einheitsstaat. Die provisorische Staatsregierung übte die gesamte Gesetzgebung und Verwaltung, mit Ausnahme der Zuständigkeiten des politischen Kabinettsrats aus. Jeder Gesetzesbeschluss bedurfte der Genehmigung des Alliierten Rates. Die untersten Verwaltungsinstanzen, Bezirkshauptmannschaften und Städte mit eigenem Statut wurden wiedererrichtet. Die persönliche Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit der Richter wurde garantiert. Die Verfassung bezog sich zwar auf das gesamte Staatsgebiet, war aber aufgrund der Alliiertenkontrolle vorerst nur in der sowjetischen Zone und in der Steiermark wirksam. Nachdem die Staatsregierung auch von den westlichen Alliierten anerkannt wurde war nach dem Herbst 1945 auch dieses Problem bewältigt.

Die wirtschaftliche Lage Österreichs war katastrophal und noch schlechter als nach dem Ersten Weltkrieg. Viele Häuser waren zerstört und es gab ca. 450.000 Tote, vornehmlich Männer, zu beklagen. Ein Großteil der Industrie lag in Schutt und Asche bzw. wurde den Sowjets als sog „deutsches Eigentum“ bei der Potsdamer Konferenz zugesprochen. Das Fehlen von Verkehrsmitteln und die Rohstoff- und Energieknappheit waren da nicht sehr hilfreich. Die drohende Hungersnot konnte nur durch Lebensmittellieferungen der Alliierten, insbesondere der Amerikaner, bekämpft

werden. Der Schwarzmarkt blühte und die Preise stiegen zum Jahreswechsel 1947/48 auf 5000% der Normalpreise. Ein wesentlicher Bestandteil der Wirtschaftshilfe kam aus Amerika. Der amerikanische Außenminister George C. Marshall stellte seinen Plan zum Aufbau Europas vor. Dieses Konzept wurde in weiterer Folge Marshall Plan genannt. Geld aus dem European-Recovery-Programm-Fonds wurde in verschiedenste Aufbauprojekte investiert. Der öffentliche Sektor wurde stark durch finanzielle Mittel gefördert. Einzelne Bewirtschaftungsmaßnahmen aus der NS-Zeit wurden fortgeführt und ausgebaut. Ab August 1945 wurde versucht durch insgesamt 5 Lohn-Preis-Abkommen die Inflation einzudämmen. Durch die zwei Verstaatlichungsgesetze vom 26. Juli 1946 und vom 26. März 1947 gelang es große Industrieanlagen die als deutsches Eigentum galten (zB Hermann Göring Werke in Linz) vor dem Zugriff der Alliierten zu sichern. Der staatliche Einfluss auf die Wirtschaft wurde ab 1953 schrittweise gelockert und trat in weiterer Folge in Form von Privatisierungsbestrebungen seitens der Bundesregierung zu Tage. Die Frauen hatten durch die Abwesenheit ihrer Männer während des Krieges alleine und eigenverantwortlich für ihre Kinder zu sorgen. Alles unter normalen Umständen von den Männern zu erledigende, mussten die Frauen übernehmen. Ohne ihren Fleiß und ihre Ausdauer wäre es um einiges schwerer gewesen diese harte Zeit zu überstehen. Diese so genannten „Trümmerfrauen“ trugen einen wesentlichen Bestandteil bei um Österreich wieder aufzubauen. Die heimkehrenden Männer erwarteten von den Frauen Fürsorge und Bemitleidung wegen des verlorenen Krieges, die Frauen von den Männern Hilfe bei der Lösung der anstehenden Probleme. Die selbstbewusste Haltung der Frauen erweckte in vielen Männern Unsicherheit, was unter anderem zum Ansteigen der Scheidungsrate beitrug. Aufgrund des kriegsbedingten Frauenüberschusses dürften die Männer theoretisch kein Problem gehabt haben neue Bekanntschaften zu machen und somit war auch keine Notwendigkeit die geänderte Geschlechterbeziehung zu überdenken. Es bedurfte weitere Jahrzehnte um eine de facto Gleichstellung von Frau und Mann zu erreichen und der Prozess hält bis zum heutigen Tag an. Einige Schritte im Gender-Mainstream Prozess seien als Fristenlösung § 97 StGB (Abtreibung), Gesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe (§§ 89 und 91 ABGB), Ehe Güterrecht, Eltern Kindschaftsrecht, Scheidungsrecht, Große Familienrechtsreform, UN Konvention zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), Bundesgleichbehandlungsgesetz 1993 (Quotenregelung), die Novellierung des Artikel 7 B-VG („Bund Länder und Gemeinden bekennen sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen

Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlicher bestehender Ungleichheiten sind zulässig“).

Der Zweite Weltkrieg hatte die Rechtskontinuität Österreichs gebrochen, es war daher eine Rechtsüberleitung dringend erforderlich. Unter Rechtsüberleitung versteht man die nach einem Bruch der Rechtskontinuität vorgenommene Inkraftsetzung von, für ein bestimmtes Gebiet in Geltung gewesenen, Rechtsvorschriften einer früheren Rechtsordnung, die ihre Geltung verloren hat, in die neue Rechtsordnung. Zuerst war das Verfassungs-Überleitungsgesetz (V-ÜG 1945) vom 1. Mai 1945 über das neuerliche Wirksamwerden des Bundes Verfassungsgesetzes 1920 in der Fassung von 1929 notwendig. Es setzt in seinen Artikeln 1 und 2 das B-VG 1929, alle anderen Bundesverfassungsgesetze (BVG) und die in einfachen Bundesgesetzen enthaltenen Verfassungsbestimmungen nach dem Stand vom 5. März 1933 in Kraft, sowie alle nach diesem Datum erlassenen BVG, Verfassungsbestimmungen und von der Deutschen Reichsregierung erlassenen Gesetze, Verordnungen und sonstigen Anordnungen verfassungsrechtlichen Inhalts außer Kraft. Somit wurden viele im Verfassungsrang stehende Gesetze aus der Zeit vor der Austrofaschistischen Ära wieder in Geltung gesetzt. Damit sollte eine Verfassung frei von faschistischem Gedankengut entstehen. Keines, nach dem 5. März 1933 erlassene Verfassungsrecht, wurde übergeleitet. Artikel 4 ergänzt dazu, dass alle, durch die gewaltsame Annexion Österreichs oder infolge der kriegesischen Ereignisse tatsächlich undurchführbar gewordenen Bestimmungen des B-VG 1929, durch die Bestimmungen des B-VG über die vorläufige Einrichtung der Republik Österreich (vorläufige Verfassung) ersetzt werden sollen. Diese vorläufige Verfassung tritt sechs Monate nach dem Zusammentritt der ersten, aufgrund des allgemeinen, gleichen, unmittelbaren und geheimen Verhältniswahlrechts gewählten, Volksvertretung außer Kraft. Das Rechts-Überleitungsgesetz (R-ÜG 1945) erfasste alle einfachgesetzlichen Normen. Durch dieses Verfassungsgesetz wurden alle nach dem 13. März 1938 für die Republik Österreich oder für einen Teil davon erlassenen Gesetze und Verordnungen übergeleitet, ausgenommen diejenigen Normen, die mit dem Bestand eines unabhängigen Staates Österreich oder mit den Grundsätzen einer echten Demokratie unvereinbar waren und dem Rechtsempfinden des österreichischen Volkes widersprechen oder Gedankengut des Nationalsozialismus enthalten (§ 1). Alle übrigen Gesetze und Verordnungen die nach dem 13. März 1938 erlassen wurden, sollten bis zur Neugestaltung der einzelnen Rechtgebiete vorläufig gelten. Mit dem Behörden-Überleitungsgesetz wurde die Wiedererrichtung der österreichischen Verwaltungs- und Justizbehörden geregelt. Nach den Nationalratswahlen am 25. November 1945 wurde

das zweite Verfassungs-Überleitungsgesetz 1945 beschlossen. Die Gesetzgebung und die Regierungsgewalt wurden auf das Parlament bzw. auf die zu bestellende Regierung übertragen. Der Länder- und Ständerat wurde auf Dauer durch den Bundesrat ersetzt. Der Bundespräsident wurde das erste Mal ausnahmsweise nicht durch das Bundesvolk, sondern durch die Bundesversammlung gewählt. Nach Zusammentreten des Nationalrats am 19. Dezember 1945 und der Wahl des Bundespräsidenten am 20. Dezember 1945 trat die vorläufige Verfassung außer Kraft. Seit diesem Zeitpunkt gilt die Verfassung von 1920 idF von 1929 mit einigen Veränderungen bis heute.

Die ersten Nationalratswahlen der Zweiten Republik fanden am 25. November 1945 statt. Im Wahlkampf 1945 kommen die politischen Gegensätze aus der Zeit der Ersten Republik aber noch voll zum Ausdruck. Wenn man zu dieser Zeit als „Unbeteiligter“ an den Plakatwänden vorbeigegangen ist, muss man den Eindruck gehabt haben, der Wahlkampf werde nicht 1945, nach einem schrecklichen Krieg, in einer Zeit des Hungers, des Elends und der vierfachen Besatzung geführt, sondern setze nahtlos dort fort, wo man 1933/34 aufgehört hatte. Am 25. November 1945 war Wahltag. In Österreich finden die ersten freien Parlamentswahlen seit fünfzehn Jahren statt. Nachdem das Ergebnis feststand und Dr. Karl Renner seinen Rücktritt erklärt hatte, wäre es laut Verfassung die Aufgabe des Bundespräsidenten gewesen, die stärkste Partei aufzufordern einen Kanzlerkandidaten vorzuschlagen. Da es keinen Bundespräsidenten gab, forderte der Kabinettsrat der scheidenden Renner-Regierung die ÖVP auf, einen Kandidaten für das Amt des Bundeskanzlers zu nominieren. Das ÖVP Präsidium schlug Leopold Figl vor. Der Kabinettsrat beauftragt Figl mit der Bildung der Bundesregierung. Leopold Figl war 43 Jahre alt, Agraringenieur und Bauer aus Rust im Tullnerfeld. Vor dem Krieg war er Direktor des Bauernbundes und Landesführer der „ostmärkischen Sturmscharren“ in Niederösterreich. Von den Nationalsozialisten mit den ersten Prominententransporten nach Dachau geschickt, verbrachte Figl über fünf Jahre in diesem Konzentrationslager, wurde für kurze Zeit freigelassen, im Oktober 1944 wieder verhaftet, nach Mauthausen gebracht und später in den Todestrakt des Grauen Hauses nach Wien verlegt. Nach Figls Ernennung zum Bundeskanzler wusste nicht nur ein Großteil außerhalb Niederösterreichs nicht wer Figl war, aber Washington interessierte sich für ihn. Nach verschiedenen Unterredungen zwischen den Alliierten einigte man sich schließlich darauf, den Österreichern ihren Willen zu lassen und die Regierungsbildung nicht maßgeblich zu beeinflussen. Eines war man sich aber einig, dass Subjekte mit faschistischen oder nazistischen Tendenzen an der neu zu formenden österreichischen Regierung nicht beteiligt sein

sollen. Ein Ministerkandidat fiel aus anderen Gründen durch das Sieb der Alliierten, Julius Raab. Er wurde von den Russen strikt abgelehnt. Ironischerweise hätten die Russen zwei Jahre später Raab gerne als Kanzler begrüßt und in den 50er Jahren ist es dann auch schließlich derselbe dem die Sowjets mit besonderem Vertrauen entgegenkommen und unter dessen Kanzlerschaft sie den Staatsvertrag aushandeln und abschließen. Die andauernde Suggestion sowie der Glaube an die Nichtschuld Österreichs am Zweiten Weltkrieg stärkte die Hoffnung auf einen Staatsvertrag, der Österreich de facto und de iure unabhängig machen sollte. Der Staatsvertrag konnte aufgrund der Opfertheorie kein Friedensvertrag sondern nur ein zwischenstaatlicher Vertrag über eine von den Alliierten anerkannte Souveränität Österreichs sein. Die Tatsache dass der Staatsvertrag kein Friedensvertrag war, brachte zum Ausdruck, dass Österreich nicht mit anderen Staaten im Krieg stand. Dieser Umstand schlägt sich auch in der Präambel des Staatsvertrags nieder. Der Staatsvertrag war und ist die Grundlage der Freiheit Österreichs. Er wurde am 15. Mai 1955 im Schloss Belvedere in Wien unterzeichnet. Mit dem Abzug der alliierten Truppen im Herbst 1955 (Räumungsfrist endete am 25. Oktober 1955) war die Phase der Unselbstständigkeit für Österreich zu ende. Der Staatsvertrag trat mit 27. Juli 1955 in Kraft. Hemmnisse für einen früheren Abschluss des Staatsvertrages waren einerseits die Gebietsforderungen Jugoslawiens, die von der UdSSR unterstützt wurden, das Problem der „displaced persons“ und die Frage des deutschen Eigentums. Noch problematischer war der Ausbruch des Kalten Krieges. Die Gefahr einer Teilung des Landes war groß. In diesem Falle wäre ein Teil des (dann ehemaligen) Österreichs zur unabhängigen Sowjetrepublik oder Teil einer solchen geworden, der Rest möglicherweise zu einer Kronkolonie Großbritanniens oder Enklave Amerikas bzw. Frankreichs. Die wirklichen Folgen wären auf jeden Fall nicht abzusehen gewesen. Der Tod Stalins 1953 rettete uns vermutlich unser Land. Begleitend mit dem Führungswechsel im Kreml waren noch die Gründung des Warschauer Paktes, der NATO und insbesondere die Anerkennung des Demokratie- und Unabhängigkeitswunsches Österreichs auslösende Faktoren für die wieder aufgenommenen Vertragsverhandlungen. Der Grundstein für die Wiedervereinigung eines selbstständigen Staates Österreich wurde bereits am 30. Oktober 1943 bei einer Konferenz der Außenminister der alliierten Mächte in Moskau gelegt, in der folgende Erklärung, die sich auch in der Proklamation über die Unabhängigkeit Österreichs wieder findet, gefasst wurde (Moskauer Deklaration). "Die Regierungen Großbritanniens, der Sowjetunion und der Vereinigten Staaten von Amerika kamen überein, dass Österreich, das erste freie Land, das der Hitlerschen Aggression zum Opfer gefallen ist, von der deutschen Herrschaft befreit werden muss. Sie betrachten

den Anschluss, der Österreich am 15. März 1938 von Deutschland aufgezwungen worden ist, als null und nichtig. Sie geben ihrem Wunsche Ausdruck, ein freies und wiederhergestelltes Österreich zu sehen und dadurch dem österreichischen Volke selbst, ebenso wie anderen benachbarten Staaten, vor denen ähnliche Probleme stehen werden, die Möglichkeit zu geben, diejenige politische und wirtschaftliche Sicherheit zu finden, die die einzige Grundlage eines dauerhaften Friedens ist."⁴⁵ 1946 begannen Außenministerkonferenzen der Besatzungsmächte, die folgenden Verhandlungen erstreckten sich über 260 Sitzungen. Erst am 8. Februar 1953 wurde die letzte Sitzung der Stellvertreter der Außenminister ergebnislos abgebrochen. Der österreichische Außenminister, Dr. Gruber, bat im Rahmen der Berliner Außenministerkonferenz 1954 die indische Regierung, ihre guten Beziehungen zu der Sowjetunion zur Lösung der festgefahrenen Situation in der Österreichfrage zu verwenden. Im überreichten Papier war expressis verbis von: „...der möglichen Neutralisierung Österreichs als mögliches Element der Gesamtlösung.....“ zu lesen. Besonders im Zeitraum von Februar 1954 bis April 1955 wurden von der Sowjetunion immer wieder Garantien von Österreich verlangt. Insbesondere der Teufel der Wiedervereinigung wurde damals an die Wand gemalt. Auch Bundeskanzler Raab versicherte, dass eine derartige Gefahr keineswegs aktuell sei und außerdem ein Wiederanschluß-Verbotsartikel im Entwurf zum Staatsvertrag enthalten sei. Die Sowjets haben von Österreich verlangt, konkrete Vorschläge zu machen um das Vertrauen der Sowjets zu stärken. Österreich reagierte zweierlei. Einerseits mit der Wiederholung der von Außenminister Figl auf der Außenministerkonferenz 1954 in Berlin bereits angebotenen Erklärung einer Bündnisfreiheit und einem Verbot von militärischen Stützpunkten, sowie einem Vorschlag Österreichs über den relativ selten gesprochen wurde, die sogenannte territoriale Garantie der österreichischen Unabhängigkeit nach dem Vorbild der Schweiz, der Neutralität. Im Moskauer Memorandum vom 15. April 1955 erklärte Österreich, keinen militärischen Bündnissen beizutreten und militärische Stützpunkte auf seinem Gebiet nicht zuzulassen sowie sich zu verpflichten, immerwährend eine Neutralität der Art auszuüben, wie sie von der Schweiz gehandhabt wird. Der Beschluss über das Bundesverfassungsgesetz über die Neutralität Österreichs fasste der Nationalrat in Erfüllung des Versprechens des Moskauer Memorandums am 26. Oktober 1955. „Zum Zwecke der dauernden Behauptung seiner Unabhängigkeit nach außen und zum Zwecke der Unverletzlichkeit seines Gebietes erklärt Österreich aus freien Stücken seine immerwährende Neutralität. Österreich wird zur Sicherung dieser Zwecke in aller Zukunft keinen

⁴⁵ <http://www.entnazifizierung.at/die-jahre-1945-bis-1955-vom-3.-Oktober-2016>

militärischen Bündnissen beitreten und die Errichtung militärischer Stützpunkte fremder Staaten auf seinem Gebiet nicht zulassen.“⁴⁶

c. Krieg heute

Österreich hat seither keinen Krieg aktiv miterlebt. Der Kriegsbegriff lässt sich heute vor allem aus dem internationalen Recht entlehnen. Das Humanitäre Völkerrecht (HV) oder Kriegsvölkerrecht definiert den Begriff sowie normiert das Verhalten der Beteiligten in einem Krieg. Heute wird das Vorliegen eines Krieges idR verneint, stattdessen spricht man von bewaffneten Konflikten. Das weltweite Kriegs-/Konfliktgeschehen ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts erreichte 1993 seinen Höchststand mit 63 bewaffneten Konflikten und Kriegen.⁴⁷ Seither ist ein stetiger Rückgang zu verzeichnen und ist aktuell von einer Zahl um die 30, vor allem in Afrika, Asien, dem vorderen und mittleren Orient sowie Lateinamerika, auszugehen. In 16 Konflikten agiert die UNO im Rahmen von „peacekeeping operations“. Der Rückgang dieser hohen Zahlen schien auf eine verminderte Beteiligung der Großmächte an sogenannten Stellvertreterkriegen rückführbar zu sein, wie aktuell aus der Lage im Nahen Osten abzulesen ist, war dies nur eine Momentaufnahme. Wie auch die aktuellen Entwicklungen zeigen, besteht eine jederzeitige Bereitschaft von Staaten, militärisch zu intervenieren, falls dies erforderlich sein sollte. Betrachtet man die unterschiedlichen Vorgehensweisen und Methoden der kriegführenden Nationen, führt dies zu erheblichen Unterschieden. Die Vorgehensweise der Europäischen Union aber zB auch Chinas, scheint der wirtschaftlichen Intervention im Sinne eines gewaltlosen Konfliktes den Vorzug einzuräumen. Im Gegenzug dazu werden die Konflikte Afrikas fast ausschließlich mit Waffengewalt ausgetragen und gelten als besonders blutig und brutal. Verfolgt man das heutige Tagesgeschehen, kommt man schnell zum Schluss, dass es verschiedenen Arten der Kriegs-/Konfliktführung geben muss. Einerseits werden zur Schädigung des Gegners „harte Waffen“ wie Bomben und Granaten verwendet, welche idR Menschenleben kosten, andererseits gibt es heute vermehrt Auseinandersetzungen, bei denen „weiche Waffen“ zur Anwendung kommen und idR keine Menschenleben kosten, weil diese auf die Schädigung der wirtschaftlichen oder technologischen Struktur des Gegners abzielt. Hier wären zB als aktuellste Beispiele Wirtschaftssanktionen oder Cyberattacken zu nennen.

⁴⁶ Portisch/Riff, Österreich II Die Wiedergeburt unseres Staates⁸ (1985).

⁴⁷ Universität Hamburg, Analyse der Arbeitsgemeinschaft Kriegsursachenforschung vom Dezember 2012.

C. Militär

1. Allgemeines

Der Begriff Militär ist dem Lateinischen „militaris“⁴⁸ entlehnt und bedeutet in seiner allgemeinen Übersetzung, soldatisch, militärisch, kriegerisch, Kriegswesen, Kriegskunst. Der Begriff wird aber auch für alles was als „den Kriegsdienst betreffend“ angesehen wird verstanden und umfasst jene mit Kriegswaffen ausgestatteten Kräfte der staatlichen Gewalt, deren hoheitliche Aufgabe es ist, den Staat von Angriffen von außen zu schützen und bei Bedarf auch einen Beitrag zur inneren Sicherheit leisten.⁴⁹ Der Begriff Militär bzw. Militärs kann aber auch für die Bezeichnung von Soldaten, iSv „die Militärs“, verwendet werden, dies ergibt sich auch aus dem französischen „miles“ - Soldat. Militär steht für jegliche Betätigungsformen betreffend einer Betätigung in Bezug zu einem Krieg. Es ist eine Gesamtheit von Personen, Organen und Organisationseinheiten die planvoll und organisiert eine bewaffnete Streitmacht ausmachen. Heute üblich ist eine Mischung aus stehenden Heeren sowie bereitstehenden Soldaten der Miliz aus den Reihen der Bevölkerung. Es existieren Wehrpflichtsysteme und Berufsheersysteme, je nach politischer Vorstellung. Im Zuge der Französischen Revolution wurde erstmals eine Wehrpflicht eingeführt, was den Grundstein der Massenarmeen des 19. und 20. Jhdt. darstellte. Die Wehrpflichtigen Männer wurden militärisch indoktriniert und durch die Implementierung von militärischen Wertvorstellungen kam es zur schleichenden Militarisierung der Zivilbevölkerung. Charakteristisch für das Militär ist zweifelsfrei seine Bewaffnung, die Ausrüstung, Organisationsmerkmale einer hierarchisch streng gegliederten Verbindung von Soldaten, die differenziert werden in Offiziere, Unteroffiziere und der Mannschaft. Verwalten tut sich das Militär mit einer eigenen Militärverwaltung, die sich in Teilbereichen stark an die sonstige staatliche Verwaltung orientiert. Befehl und Gehorsam sind oberste Anforderungen am Funktionieren eines militärischen Systems. Daneben existieren zwingende Elemente wie Disziplin, Drill, Uniformierung, Kasernierung sowie ritualisierte Elemente, die die Trennung vom zivilen Leben herausheben. Aus dem sich ergebenden Umstand, dass Soldaten bei der Erfüllung ihrer Pflichten bei der Verteidigung des Vaterlandes, womöglich nicht überleben, sind Eigenschaften wie Kameradschaft, Pflichtgefühl, Tapferkeit, Opferbereitschaft und Leidenschaft ein ebenso großes Erfordernis. Im Gesamtkontext und in Zusammenschau mit den nachfolgenden Ausführungen und zahlreichen Bezugnahmen der Rechtsordnung zum Begriff „Militär“, lassen sich folgende Qualifikations-

⁴⁸ Stowasser/Petschenig/Skusch, Stowasser Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, (1998) 317.

⁴⁹ www.de.wikipedia.org/wiki/Militär vom 15. Juli 2014.

/Alleinstellungsmerkmale herausarbeiten, welche ein Militär ausmachen und von anderen staatlichen Organisationsgliederungen hervorheben. Militär ist ein Teilbereich der staatlich hoheitlichen Vollziehung, besteht aus uniformierten staatlichen Exekutivorganen, den Soldaten, ist streng hierarchisch organisiert und wird ausschließlich von einer Zentralregierung kontrolliert. Das Militär beherrscht Techniken die es ermöglichen, einen bewaffneten Krieg oder Konflikt gegen andere Länder bzw. bewaffnete Streitkräfte auszutragen. Es ist mit Waffen ausgestattet, die es ermöglichen, bewaffnete Kriege oder Konflikte gegen andere Länder bzw. deren bewaffnete Streitkräfte zu führen. Hauptaufgabe des Militärs ist üblicherweise die Verteidigung des Staates vor Angriffen von außen und der Souveränität des Staates. Es hat sowohl die Kapazitäten als auch die Fähigkeiten, einen Beitrag zur inneren Sicherheit zu leisten. Es ist unter jeglichen Bedingungen einsatzfähig und bedarf idR jedoch einer längeren Vorbereitungszeit für seinen Einsatz. Die Handlungen des Militärs unterliegen in den überwiegenden Fällen seiner originären Kernaufgaben dem Humanitären Völkerrecht. Das Militär hat weitgehende Handlungsautarkie hinsichtlich seiner Eigenversorgung mit Nahrung, Treibstoff und Elektrizität, etc. Das Militär ist in jedem Fall die einzige und primäre strategische Handlungsreserve des Staates. Innerhalb des Militärs ist die Miliz die ultimative Handlungsreserve des Militärs. Die Miliz ist ein Querschnitt der gesamten Bevölkerung Österreichs, es besteht daher ein ganz enges Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen dem Militär und dem Volk. Ein weiteres Alleinstellungsmerkmal des Militärs ist dessen Fähigkeit, theoretisch die Macht über den Staat übernehmen zu können. Diese Fähigkeit ist die aus dem besonderen Vertrauens- und Treueverhältnis resultierende ultimo ratio des Militärs für den Fall, in dem der Rechtsstaat zu einem Unrechtsstaat mutiert und das Vertrauen seines Volkes nicht mehr verdient. Das besondere Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen Volk und Militär unterliegt einer mehrfachen militärinternen Absicherung, es handelt sich dabei um einen hohen Ausbildungsstand und den bedingungslosen Gehorsam und Disziplin. Nur diese Attribute ergeben ein einwandfreies Funktionieren des Gesamtsystems. Militärextern sichert sich das System mit der verfassungsrechtlich angeordneten Pflicht und Möglichkeit für jeden einzelnen Soldaten, rechtswidrige Befehle und solche von unzuständigen Stellen zu verweigern. Art 20 B-VG kann idS als Schlüsselbestimmung angesehen werden. Es stellt sich allerdings die Frage, warum man sich einem derartigen System freiwillig unterwerfen sollte.

2. Volk und Militär, von der Pflicht zum Widerstand⁵⁰

Das Militär verfolgt nur einen Zweck, es vertritt den Staat bei militärischen Kampfhandlungen, bei denen in Kauf genommen wird, dass Soldatinnen und Soldaten dabei ums Leben kommen. Der Staat lässt das Militär als seinen verlängerten Arm kämpfen und so stellt sich die Frage, warum ein österreichischer Staatsbürger oder eine Staatsbürgerin an einer derartigen Unternehmung teilnehmen sollte. Geld spielt hier mit Gewissheit keine Rolle, denn wäre es diese Motivation, dann könnte weit mehr im Rahmen eines privaten Sicherheitsunternehmens lukriert werden. Es würde sich dann zwar nicht mehr um einen Soldaten oder eine Soldatin handeln, sondern um Söldner, dies erscheint aber vorerst unerheblich. Die Österreicher und die Österreicherinnen haben in den letzten siebenzig Jahren keinen Krieg aktiv miterlebt bzw. waren unmittelbar von einem betroffen. Es gab zwar immer die Gefahr einer Eskalation des kalten Krieges mit einem Atomschlag gegen das Land, jedoch war die Rolle für Österreich eine passiv abwartende. Auf einen Staat gegen Staat Konflikt wurde sich zwar immer halbherzig vorbereitet, dass ein derartiger Anlassfall jedoch höchst unwahrscheinlich sein wird, war offensichtlich. So entwickelte sich die Gesellschaft wie es kommen musste und das Militär wurde immer weniger als Beschützer des Staates wahrgenommen, sondern eher als marodierender Haufen von Zivilversagern. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei dieser Degeneration an der Freund-Feind-Kennung innerhalb der Gesellschaft, um ein Resultat der Verwöhntheit und Dekadenz handelte. Die Gesellschaft schaffte einen unbeschadeten Wandel von der damaligen Moderne in die Postmoderne einfach nicht mehr, hatte keinen Bedarf an Autoritäten und das Militär stellt schließlich den Innbegriff an Autorität dar. Hinzu kam ein noch aus den Zeiten der Ausbildungsmethoden der B-Gendarmerie übertriebenes Disziplinierungsverhalten, welches auf ein laufendes Kriegsszenario ausgerichtet war und gepaart mit der Wehrpflicht für alle männlichen Staatsbürger, ein unattraktives System darstellte. „Nicht Entscheidung, sondern Erlebnis heißt das Schlüsselwort dieses Jahrhunderts. Die große Chance liegt darin, sich grundlos selbst zu verbrauchen. Die Welt ist eine Speisekarte, das heißt Bestellen und nicht verzweifeln. Dies ist der Grund der postmodernen Kondition. Du hast nur dieses eine Leben, also friss dich selber auf, lass nichts von dir übrig, die Reste kommen in den schwarzen Plastiksack. In seiner Eigenschaft als Verbraucher nimmt der Europäer seine Stellung

⁵⁰ Vgl. Borch, Obrigkeit und Widerstand (1954), Döhring, Das Widerstandsrecht und das überpositive Recht (1969), Haensel, Kants Lehre vom Widerstandsrecht (1926), Höhlhubner, Gustav Radbruch und die Radbruch'sche Formel „gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ (2015), Krings, Über den Widerstand gegen die Staatsgewalt (1986), Neidert, Die Rechtsphilosophie Schopenhauers und ihr Schweigen zum Widerstandsrecht (1966), Rühle, Widerstand gegen die Staatsgewalt (1958), Scheidle, Das Widerstandsrecht (1969), Schneider, Widerstand im Rechtsstaat (1969), Schmidt-Lilienberg, Die Lehre vom Tyrannenmord (1964), Schönfeld, Zur Frage des Widerstandsrechts (1955), Weinkauff, Über das Widerstandsrecht (1956).

im Vakuum ein. Nicht mehr zur Freiheit ist er verdammt, sondern zur Frivolität. Frivol ist, wer ohne ernsten Grund in der Natur der Dinge sich für dies oder das entscheiden muss. Alles geschieht in dem Bewusstsein, dass es ebenso gut anders ginge. Entscheidungsfähigkeit könnte als regulatives Prinzip des Willens zum Spaß verstanden werden. Freilich ist hier Wille zum Spaß kein Ausdruck eines Willens im herkömmlichen Sinn. In der Spaßkultur ist das Bild des Menschen der Wollen kann, obsolet geworden. Der Spaß ist und hat kein Prinzip, dass sich selber ernst nähme. In seiner Mitte gibt es nichts, dass wie Grundsätzliches beharrt. Durch diese neue Metaphysik verdunstet der alte ernste Mensch.⁵¹ Nachdem sich der Westen der früheren Sowjetunion selbst befreit hatte, war endgültig jeglicher Feind abhandengekommen und das Militär beteiligte sich nun vermehrt an Friedensmissionen. Ob sich das Volk etwas Gutes dabei tut, seine eigenen Beschützer in Frage zu stellen ist zu bezweifeln. Es würde wohl zu weit greifen das Zitat über den wohlstandsbesoffenen Friedensschmarotzer ins Treffen zu führen, jedoch erscheint meines Erachtens in diesem Punkt der Mensch sich tatsächlich selbst mehr der böse Wolf als irgendetwas anderes zu sein. Der oft strapazierte Vergleich trifft zu und sollte auch jedem bewusst sein, kein klar denkender Mensch käme auf die Idee die Feuerversicherung für sein Heim in einem Zeitpunkt zu kündigen, indem der Wald rundherum abwechselnd brennt oder lodert. Und aufgrund der Konfliktualität des Menschen passiert genau nichts anderes auf dieser Welt, ein Konflikt löst den nächsten ab. Bloß die Tatsache, dass die Konflikte manchmal näher sind und manchmal ferner, ändert nichts an der potentiellen Gefahr für das Eigenheim.

An dieser Stelle befindet sich das Volk und sein Verhältnis zum Militär noch heute, jedoch ist das Gesamtsystem einem gewissen Umbruch unterworfen. Das Volk sprach sich zuerst einmal für die Beibehaltung der allgemeinen Wehrpflicht aus. Schon davor gab es neue Bedrohungsformen, wie sich anhand der Ereignisse des 9. Septembers leicht illustrieren lässt. Damals gab es einen eindeutig identifizierten Feind des islamischen Terrorismus, die Vereinigten Staaten von Amerika. Mit Beginn der Kampfhandlungen durch den IS (Islamischer Staat), Al-Qaida, etc. herrscht jedoch nun eine vollkommen neue Qualität des Terrors, mit einem Feindbild der gesamten nichtislamischen Welt, wozu auch Österreich zählt. Hinzu kommen staatsstrukturgefährdende Bedrohungen wie illegale Migration, Flüchtlingsansturm auf Einzelsaaten, Proliferation, Umweltkriege, Wirtschaftskriege, Ressourcenknappheit, Wirtschaftskrisen, etc. Jetzt wo der Terror die Mitte vieler Gesellschaften erreicht hat

⁵¹ Stupka, Militärwissenschaften 72.

und es offensichtlich wurde, dass eine derartige Gefahrenquelle allein durch die Polizei nicht mehr bewältigbar sein wird, gewinnt das Militär langsam wieder das Vertrauen der Bevölkerung. Es wird wieder als hochqualifizierter Beschützer wahrgenommen und auch der staatlichen Verpflichtung nachgekommen, es dementsprechend auszurüsten. Genau hier liegt auch die Motivation eines Soldaten oder einer Soldatin. Er oder sie will vom Volk als Bewahrer des Friedens und Beschützer in Krisenzeiten wahrgenommen werden. Als Gegenleistung gebührt ihm oder ihr ein den Lebensunterhalt sicherndes Salär. Dieses ist keinesfalls derart hoch, dass man sich dafür freudig ins Gefecht werfen würde, daher muss es auch noch eine weitere Gegenleistung für das Risiko das eigene Leben zu verlieren geben. Hierbei handelt es sich um einen Anspruch gegenüber den Staat. Als Gegenleistung dafür, dass sich die Soldatinnen und Soldaten einer Lebensgefahr für den Staat aussetzen, besteht eine korrespondierende Pflicht des Staates alles möglich zu tun, um die Lebensgefahr zu minimieren. Dies kann einerseits durch hochqualifizierte Ausbildung, andererseits durch dem jeweiligen Einsatz angemessene Ausrüstung und Bewaffnung sichergestellt werden. Durch Sicherstellung dieser Gegenleistungen darf der Staat seine Soldaten und Soldatinnen bei Verweigerung derer Pflichten zur Pflichterfüllung zwingen.

Das Recht zum Ungehorsam, der Pflichtverletzung oder des Widerstandes soll hier als Teil des Abwehrrechtes des Volkes oder des einzelnen Bürgers gesehen werden. Es richtet sich gegen rechtswidrig bzw. in Wahrheit ungerechter Ausübung der Staatsgewalt. Fraglich erscheint bloß der angelegte Referenzpunkt der Ungerechtigkeit. Ziel erscheint darin zu liegen, einen gewissen Ordnungszustand wieder herzustellen. Der Widerstand kann in diesem Sinne sowohl passiv aber auch aktiv, gewaltlos aber auch gewaltsam erfolgen. Das Attentat auf Hitler erfolgte aktiv, ebenso wie der von Martin Luther King der amerikanischen Bürgerrechtsbewegung geleistete Widerstand aktiv war. Der Unterschied ist bloß, dass Letzterer gewaltlos geführt wurde. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein gewalttätiger Widerstand innerhalb eines Rechtsstaates, wenn überhaupt zulässig, ausschließlich die Ultima Ratio darstellen kann. Im Gegenstand erscheint der Begriff Ungehorsam oder Pflichtvernachlässigung eher einer gewaltlosen Intervention nahezukommen. Aber um dies näher abzuleiten, muss die eskalierte Form des Widerstandsrechtes zum Aspekt erhoben werden. Das Widerstandsrecht im klassisch historischen Sinn richtet sich gegen den sogenannten „Unrechtsstaat“. Es richtete sich gegen die Tyrannei einzelner Herrschergruppen und den daraus erfolgten revolutionären Umbruch, also gegen den alten Begriff der Tyrannis. Der Tyrannenmord begleitet dieses Thema von Anbeginn, sei es in der Antike oder im Mittelalter. Platon und Aristoteles enthielten sich zwar

grundsätzlich einer weiteren Qualifikation, gingen jedoch davon aus, dass eine Gewaltherrschaft, die Motivation zum Tyrannenmord schüre. Cicero und Seneca hielten den Tyrannenmord hingegen für gerechtfertigt. Thomas von Aquin ging davon aus, dass die Tötung eines potentiellen Tyrannen im Zeitpunkt vor dessen Machtergreifung präventiv zulässig sei, da dies zum Schutz der zu diesem Zeitpunkt noch bestehenden Staatsautorität diene. Den herrschenden Tyrannen zu töten erschien jedoch im Sinne des Erhalts einer gewissen Kontinuität unzulässig. Als Fundament der Lehre vom mittelalterlichen Widerstandsrecht ist das christliche Naturrecht zu erkennen, das eng mit der Ethik und der Theologie zusammenhängt und den Widerstand durch moralische Grundsätze rechtfertigt. Luther, Melanchthon und sogar Zwingli erachteten als Prämisse vorerst nur ein Recht zum passiven oder moralischen Widerstand, gegenüber den sogenannten apokalyptischen Tyrannen erachteten sie jedoch ebenfalls den Tyrannenmord als Ultimo Ratio für gerechtfertigt. Hingegen wollte Calvin sogar in der massivsten Tyrannis nicht davon abgehen, das auch dort noch von einer gewissen Gerechtigkeit ausgegangen werden müsse und lehnte daher ein Widerstandsrecht ab. Grotius, Pufendorf, Spinoza, Wolff, Milton und Locke erkennen einen Herrschaftsvertrag zwischen dem Fürsten und dem Volk im weitesten Sinne, der eine gegenseitige Treuepflicht statuiert. Pflichtverletzungen konnten so auch gegenüber dem Herrscher geltend gemacht werden. Bodin entwickelte eine neue Staatsauffassung, nach der der Herrscher nicht mehr Kraft Vertrags, sondern als Souverän herrscht. Nur wenn der Souverän gegen göttliches Recht verstößt, konnte ein Widerstandsrecht angenommen werden. Kant lehnte ein Widerstandsrecht ab, Fichte hingegen war wiederum dafür. Durch den Umstand, dass immer mehr Garantien der Menschenrechte, umfassenden Rechtsschutzes und einer Kontrolle der staatlichen Macht durch die Verfassung innewohnende Checks and Balances entstanden, verstummte die Rechtfertigung eines Widerstandsrechtes. Erst nach Hitler wurde erkannt, dass es auch eine Art Recht über dem gesetzten Recht gibt, das ein Widerstandsrecht rechtfertigt. Gustav Radbruch entwickelte schon 1946 die Radbruch'sche Formel, der nach sich ein Richter bei einem Konflikt zwischen positiven Recht und der naturrechtlichen Gerechtigkeit, entgegen dem Gesetz entscheiden kann, wenn das in Frage stehende Gesetz unerträglich ungerecht oder das Gesetz „die im Begriff des Rechts grundsätzlich angelegte Frage der Gleichheit aller Menschen aus Sicht des Interpreten bewusst verleugnet“.⁵²

In Deutschland besteht ein gesetztes Widerstandsrecht in Artikel 20 Abs 4 des Grundgesetzes. Es überträgt jedem deutschen Staatsbürger das Recht auf Widerstand

⁵² Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht.

gegenüber denjenigen die versuchen, die verfassungsrechtliche Ordnung des Grundgesetzes zu beseitigen. „Dazu gehören die Grundelemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung wie insbesondere der Katalog der Menschen- und Grundrechte (vor allem der Menschenwürde und damit eng verbunden die persönlichen Freiheitsrechte sowie das Gleichheitsprinzip), das Rechtsstaatsprinzip, das Demokratieprinzip, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verfassungs- und Gesetzesbindung von Legislative, Exekutive und Judikative, das Bundesstaatsprinzip, das Republikprinzip und das Sozialstaatsprinzip.“⁵³ Das Bundesverfassungsgericht knüpfte Voraussetzungen an das Widerstandsrecht. „Wenn es angesichts des grundgesetzlichen Systems der gegenseitigen Hemmung und des Gleichgewichts staatlicher Gewalten und des wirksamen Rechtsschutzes gegen Verfassungsverstöße und -verfälschungen von Staatsorganen ein dem Grundgesetz immanentes Widerstandsrecht gegen einzelne Rechtswidrigkeiten gibt, so sind an seine Ausübung jedenfalls folgende Anforderungen zu stellen: Das Widerstandsrecht kann nur im konservierenden Sinne benutzt werden, d.h. als Notrecht zur Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung. Das mit dem Widerstand bekämpfte Unrecht muss offenkundig sein. Alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe müssen so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, dass die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts ist.“⁵⁴ Was das in Bezug auf die österreichische Verfassungsrechtsordnung bedeutet erscheint auf der Hand zu liegen. Widerstand ist spätestens dann geboten, rechtmäßig iSv gerecht und auch erforderlich, sobald eine Regierung die obersten Grundprinzipien der österreichischen Verfassungsordnung versucht auszuhebeln, maßgeblich abzuändern oder außer Kraft zu setzen und dabei entgegen der verfassungsrechtlich gebotenen Vorgehensweise handelt. Diese obersten Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung spiegeln sich in den Baugesetzen wieder. Die als Baugesetze titulierten Grundprinzipien der Verfassung sind das demokratische, republikanische, bundesstaatliche, rechtsstaatliche, liberale sowie das Prinzip der Gewaltenteilung. Daneben wären noch die grundrechtlichen Garantien als Teil der obersten Grundprinzipien hinzuzuzählen. Wenngleich Eingriffe in diese Grundprinzipien im Rahmen einer Gesamtänderung der Bundesverfassung einem rechtsstaatlichen Mechanismus zugänglich und erlaubt sind, so ist eine Grenze im wesensimmanenten Kern dieser Grundprinzipien erkennbar. Diese Grenze bedarf jedoch einer ausgiebig genauen Betrachtung im Einzelfall und ist daher keiner Pauschalbetrachtung zugänglich.

⁵³ Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht.

⁵⁴ Urteil des Ersten Senats vom 17. August 1956, 1 BvB 2/51, in dem Verfahren über den Antrag der Bundesregierung auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Kommunistischen Partei Deutschlands.

Eine Verweigerung der auferlegten Pflichten kann nur existieren, sofern die auferlegte Pflicht tatsächlich eine Pflicht darstellt. Sobald die vermeintliche Pflicht nicht gerechtfertigt ist, wird sie zu Unrecht. Die Verweigerung hat auch immer den Beigeschmack des Ungehorsams, der allerdings dem Menschen aufgrund des eigenen Intellekts innewohnt. Man muss nicht religiös ambitioniert sein um die Geschichte von Adam und Eva schon einmal gehört zu haben. Entgegen dem Verbot vom Baum der Erkenntnis zu essen, bedienten sie sich eines Apfels. Als Konsequenz mussten sie den Garten Eden verlassen, was womöglich weithin als strenge strafende Konsequenz angesehen wird. Es gibt aber noch einen anderen Zugang hierzu, nämlich dass durch die Entlassung aus dem Paradies die Möglichkeit für Adam und Eva geschaffen wurde, über die bisherigen Fähigkeiten des gewohnten Umfeldes heraus zu lernen und durch den Verlass auf ihre eigenen Kräfte, ganz Mensch zu werden. Es handelt sich somit um einen Erkenntnisgewinn, der daraus resultiert, über den Tellerrand oder heraus aus dem Hamsterrad zu blicken. Ebenso begeht Prometheus eine Pflichtverletzung, indem er den Menschen das von Zeus entzogene Feuer den Menschen zurückbringt. In diesen Fabeln liegt der Grundstein des Gedankens, dass das Individuum durch einen Akt der Pflichtverletzung gegenüber einer bestehenden Macht dazulernen und frei werden kann. Fraglich erscheint überhaupt, ob Freiheit denkbar ist ohne die Fähigkeit der Pflichtverletzung. Die Fähigkeit zum Ungehorsam hat aus dem Menschen das gemacht, was er heute ist und der offensichtliche Drang zum Ungehorsam reflektiert die Konfliktualität des Menschen. Antipode des Ungehorsams ist die Autorität.⁵⁵ Gerechtfertigter Ungehorsam und Pflichtverletzung finden ihren Stamm im Widerstandsrecht, welches aus dem Naturrecht oder dem positiven Recht abgeleitet werden kann. Verständlicherweise tun sich Länder unseres römischen Rechtskreises schwer, ein Widerstandsrecht ohne zugehörigem gesetzten Recht abzuleiten, wenngleich es dem Menschen immanent gegeben ist und unabdingbar mit der kulturellen Entwicklung der Menschheit verbunden ist. Unter bestimmten Bedingungen stellt es ein Recht, wenn nicht sogar eine Pflicht dar, Bedingungen, Maßnahmen und Gesetze des Staates abzulehnen bzw sich dagegen aufzulehnen.

⁵⁵ Altnöder, Ziviler Ungehorsam 2012 mit Verweis auf Fromm, Der Ungehorsam als ein psychologisches und ethisches Problem.

3. Internationaler Referenzrahmen

Internationale Regelungen das Militär betreffend, lassen sich vor allem dem Humanitären Völkerrecht entnehmen. Das auch unter dem früheren Namen „Kriegsvölkerrecht“ bekannte Humanitäre Völkerrecht normiert vor allem jenes Recht, dass im Fall eines Krieges oder internationalen bewaffneten Konfliktes zur Anwendung gelangt. Sein Schutzbereich umfasst vor allem die betroffenen Menschen, Gebäude, Infrastruktur und Umwelt. In diesem Sinne wird bei Kampfhandlungen stets eine Unterscheidung verlangt, ob ein legitimes oder ein illegitimes Angriffsziel vorliegt, das heißt ob die beteiligte Person oder das Objekt bekämpft werden darf. Aufgrund der vielfältigen Beteiligten, wird daher nicht ausschließlich von Militär oder militärischen Zielen gesprochen, sondern von Personen und Objekten die legitime Angriffsziele darstellen und somit einer (kriegerischen) Schädigungshandlung unterworfen werden dürfen.⁵⁶ Beteiligte, die in einem Konflikt bekämpft werden dürfen, bezeichnet das Humanitäre Völkerrecht als Kombattanten. Darunter fallen „alle Angehörigen der uniformierten bewaffneten Kräfte einer Konfliktpartei, die sich unter einem dieser Partei verantwortlichen Kommando befinden.“⁵⁷ Unter diesen Bereich fallen idR auch die militärischen Streitkräfte von Staaten. Weitere Kombattanten sind „Milizen, Freiwilligenkorps und Widerstandsbewegungen, die unter einem verantwortlichen Kommando stehen, ein festes Erkennungszeichen tragen, ihre Waffen offen führen und ihre Kampfhandlungen im Einklang mit dem Humanitären Völkerrecht führen“⁵⁸. Zu den Kombattanten gehören auch „Bewohner eines nicht besetzten Gebietes, die beim Herannahen feindlicher Kräfte spontan zu den Waffen greifen, ohne die Zeit zu haben, sich zu organisieren (sogenannte Volkserhebung oder „levée en masse“)⁵⁹. Objekte die in einem Krieg bekämpft werden dürfen, sind militärische Objekte. Dies sind Objekte, „die auf Grund ihrer Natur, ihrer geographische Lage, ihres Zweckes oder ihrer tatsächlicher Verwendung einen effektiven Beitrag zur Kampfführung leisten und deren Zerstörung, Einnahme oder Neutralisierung zum Zeitpunkt der jeweiligen Beurteilung einen klaren militärischen Vorteil verspricht“.⁶⁰ In diesen vorgegebenen internationalen Rechtsrahmen findet sich auch das Österreichische Bundesheer. Die Soldaten und Soldatinnen des ÖBH sind alle Angehörige der uniformierten bewaffneten Kräfte des Staates Österreich, die sich unter einem verantwortlichen Kommando befinden. Der Staat ist aus Sicht des Humanitären Völkerrechts eine

⁵⁶ Stadlmeier, Völkerrecht II⁵, (2009) 45.

⁵⁷ Art 43 ZPI)

⁵⁸ Art 4 GK III.

⁵⁹ Art 4 GK III.

⁶⁰ Art 52 ZP I.

mögliche Konfliktpartei. Weitere Bestimmungen hinsichtlich militärischer Aktivitäten finden sich im Bereich der UN-Charta. Diese setzt als Ziel unter anderem die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit, Verhütung und Beseitigung von Bedrohungen für den Frieden, Unterdrückung von Angriffshandlungen sowie anderen Friedensbrüchen, internationale Streitigkeiten und friedensgefährdende Situationen beizulegen, etc.⁶¹ Während die UNO im Anwendungsbereich des Kapitels VI der UN-Charta noch die Rolle eines neutralen Vermittlers einnimmt, wechselt das System in Kapitel VII schlagartig. Die neutrale Vermittlerrolle wird aufgegeben und einzelne oder mehrere Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft werden als Rechtsbrecher identifiziert. Durch kollektive Sanktionsmaßnahmen wird das Völkerrecht zwangsweise durchgesetzt. Dies stellt eine Abkehr vom gewohnten System dar, in dem die einzelnen Staaten durch deren Souveränität die obersten Autoritäten des Völkerrechts darstellen. Nun gibt es eine Völkergemeinschaft, die bei groben Verstößen gegen das Völkerrecht, Zwangsmaßnahmen setzen kann. Als sanktionierbare Verstöße gegen das Völkerrecht nennt Kapitel VII die Bedrohung des Friedens, Friedensbruch und Angriffshandlungen. Ist der Frieden bedroht, zeichnet sich in den meisten Fällen eine bevorstehende Eskalation zu Gewaltmaßnahmen bereits im Vorhinein ab. Den Frieden in diesem Sinne bedrohen, können ausschließlich militärische Operationen. Ein Spezifikum an militärischen Operationen ist, dass solche nicht ohne ein erhebliches Maß an Vorbereitungstätigkeiten durchgeführt werden können. Durch diese Vorbereitungstätigkeiten, welche idR nicht vollkommen im Verborgenen stattfinden können, zeichnet sich eine Bedrohung des Friedens im Vorhinein ab, kann dadurch erkannt und bereits sanktioniert werden. Friedensbruch bedeutet, dass ein bewaffneter Konflikt ausgebrochen ist. Der Begriff „bewaffneter Konflikt“ hat im Laufe der Zeit den Kriegsbegriff verdrängt, da als Voraussetzung für einen Krieg eine formelle Kriegserklärung erforderlich wäre. Zu einer solchen kommt es allerdings in der Praxis kaum noch, da damit dem Anschein nach eine Völkerrechtsverletzung verbunden wäre, die allerdings gerne von den Staaten vermieden wird. Anstelle von Kriegen treten daher heute eher bewaffnete Konflikte auf, wofür sich eine annäherungsweise Definition herausgearbeitet hat. Ein bewaffneter Konflikt ist anzunehmen, wenn zumindest auf einer Seite der Konfliktparteien reguläre Streitkräfte zum Einsatz kommen und beide Seiten einen gewissen Organisationsgrad aufweisen. Der Organisationsgrad ergibt sich aus dem Vorliegen einer einheitlichen Führung und Kontrolle der Formierung. Darüber hinaus muss zwischen den Kampfhandlungen ein im militärischen Sinn „operativer Zusammenhang“ bestehen. Auch an dieser Definition ist rasch ersichtlich, dass als Voraussetzung für das Vorliegen eines bewaffneten

⁶¹ Artikel 1 Charta der Vereinten Nationen.

Konfliktes zwingend militärische Kräfte tätig werden müssen und auch nur militärische Kräfte einen bewaffneten Konflikt führen können. „Aggression ist die Anwendung von Waffengewalt durch einen Staat, die gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines anderen Staates gerichtet oder sonst mit der UN-Charta unvereinbar ist.“⁶² „Als Angriffshandlung gilt, die Invasion oder der Angriff der Streitkräfte eines Staates auf das Hoheitsgebiet eines anderen Staates oder jede, wenn auch vorübergehende, militärische Besetzung, die sich aus einer solchen Invasion oder einem solchen Angriff ergibt, oder jede gewaltsame Annexion des Hoheitsgebiets eines anderen Staates oder eines Teiles desselben; die Beschießung oder Bombardierung des Hoheitsgebietes eines Staates durch die Streitkräfte eines anderen Staates oder der Einsatz von Waffen jeder Art durch einen Staat gegen das Hoheitsgebiet eines anderen Staates; die Blockade der Häfen oder Küsten eines Staates durch die Streitkräfte eines anderen Staates; der Angriff der Streitkräfte eines Staates auf die Land-, See- oder Luftstreitkräfte oder auf die See- und Luftflotte eines anderen Staates; der Einsatz von Streitkräften eines Staates, die sich mit Zustimmung eines anderen Staates auf dessen Hoheitsgebiet befinden, unter Verstoß gegen die in dem entsprechenden Abkommen vorgesehenen Bedingungen oder jede Verlängerung ihrer Anwesenheit in diesem Gebiet über den Ablauf des Abkommens hinaus; die Tatsache, dass ein Staat, der sein Hoheitsgebiet einem anderen Staat zur Verfügung gestellt hat zulässt, dass dieses Hoheitsgebiet von dem anderen Staat dazu benutzt wird, eine Angriffshandlung gegen einen dritten Staat zu begehen; das Entsenden bewaffneter Banden, Gruppen, Freischärler oder Söldner durch einen Staat oder in seinem Namen, wenn diese mit Waffengewalt Handlungen gegen einen anderen Staat ausführen, die auf Grund ihrer Schwere den oben aufgeführten Handlungen gleichkommen, oder die wesentliche Beteiligung daran.“⁶³ Als Maßnahmen zur Abhilfe stehen dem Sicherheitsrat entweder militärische oder nichtmilitärische Mittel zur Verfügung. Militärische Maßnahmen sind idS jene zur Wahrung oder Wiederherstellung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen, unter Einsatz von Luft-, See- oder Landstreitkräften. Sie können Demonstrationen, Blockaden und sonstige Einsätze der Luft-, See oder Landstreitkräfte von Mitgliedern der Vereinten Nationen einschließen.⁶⁴

⁶² Artikel 1 A/RES/3314 (XXIX) vom 14. Dezember 1974.

⁶³ Artikel 3 A/RES/3314 (XXIX) vom 14. Dezember 1974.

⁶⁴ Art 42 UN-Charta.

4. Europäischer Referenzrahmen

Auf Ebene des Unionsrechts finden sich Bezugnahmen auf das Militär primär im Artikel 42 EUV, der eine Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik festlegt und bereits die Möglichkeit einer zukünftigen gemeinsamen Verteidigung anspricht. Zur Umsetzung der Sicherheits- und Verteidigungspolitik stellen die Mitgliedsstaaten zivile und militärische Fähigkeiten zur Verfügung. Die primär wirtschaftliche Ausrichtung der EU führt dazu, dass der militärische Bereich durch Unionsrecht bisher weitgehend ungeregelt ist. Dies findet sich vor allem in nationalstaatlichen Interessen begründet, dh es bestand niemals ein wesentliches Interesse den militärischen Bereich durch Unionsrecht zu reglementieren. Dies ist auch aus Artikel 346 AEUV ersichtlich. Gemäß Artikel 346 AEUV ist ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, wenn dies seines Erachtens wesentlichen Sicherheitsinteressen widersprechen würde.⁶⁵ Beurteilt ein Mitgliedsstaat, dass die Beachtung des Unionsrechts sie zur Preisgabe von Informationen zwingen und dies ihren wesentlichen Sicherheitsinteressen widersprechen würde, kann er sich auf den Ausnahmetatbestand berufen. Das Unionsrecht darf in diesem Fall hinsichtlich jener Vorschrift unangewendet bleiben, die zur Preisgabe solcher Informationen zwingen würde. Darüber hinaus ist das Unionsrecht jedoch in vollem Umfang zu beachten. Einziger Anknüpfungspunkt ist der Umstand, dass bei Beachtung des Unionsrechts, Auskünfte erteilt werden müssten, deren Preisgabe wesentlichen Sicherheitsinteressen widersprechen würde.⁶⁶ Der Ausnahmetatbestand hat idS keinen militärischen Anknüpfungspunkt und kann jegliche staatliche Bereiche betreffen. Artikel 346 AEUV normiert auch, dass jeder „Mitgliedstaat jene Maßnahmen ergreifen kann, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen.“⁶⁷ Der sachliche Anwendungsbereich des Artikel 346 Abs 1 lit b AEUV bezieht sich daher ausschließlich auf Waren, die „speziell zu militärischen Zwecken konzipiert, entwickelt und hergestellt wurden“.⁶⁸ Beschaffungen zu nichtmilitärischen Zwecken, sind nicht von Abs 1 lit b par cit erfasst und können daher nur entweder unter den Voraussetzungen des Abs 1 lit a par cit oder Artikel 14 der Vergaberichtlinie, eine Ausnahme

⁶⁵ Vgl. Art 346 Abs 1 lit a AEUV

⁶⁶ KOM(2006) 779, S. 6 letzter Absatz.

⁶⁷ Vgl. Art 346 Abs 2 AEUV.

⁶⁸ KOM(2006) 779 mit Verweis auf Rechtssache T-26/01, *Fiocchi Munizioni/Kommission*, Randnr. 59 und 61.

rechtfertigen.⁶⁹ Dieser Ausnahmetatbestand bezieht sich im Gegensatz zur vorhergehenden speziell auf den militärischen Bereich.

5. Nationaler Referenzrahmen

a. Normierung des Militärs

Jener Bereich der nationalen Rechtsordnung, der die Stellung des Militärs bzw. der bewaffneten Streitkräfte innerhalb des Verfassungssystems normiert, wird als Wehrverfassung bezeichnet. Die österreichische Wehrverfassung legt vor allem die Einrichtung, dessen Aufgaben und die Leitungsbefugnisse fest.⁷⁰

Rechtsquellen:

- Bundes-Verfassungsgesetz⁷¹
- Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder⁷²
- Bundesverfassungsgesetz vom 26. Oktober 1955 über die Neutralität Österreichs⁷³
- Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten⁷⁴
- Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind⁷⁵
- Protokoll Nr. 3 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe⁷⁶
- Bundesverfassungsgesetz vom 27. November 1984 über den umfassenden Umweltschutz⁷⁷

⁶⁹ KOM(2006) 779 mit Verweis auf Artikel 14 der Richtlinie 2004/18/EG lautet: „Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Aufträge, die für geheim erklärt werden oder deren Ausführung nach den in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, oder wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen dieses Mitgliedstaats es gebietet.“

⁷⁰ Walter/Mayer, Bundes-Verfassungsrecht⁹, Rz 731.

⁷¹ Artikel 7, 9, 9a, 10, 20, 23j, 38, 40, 51, 52a, 65, 77, 79, 80, 81, 84, 102, 146 B-VG, BGBl Nr 1/1930.

⁷² Art 4 StGG 1867, RGBl Nr 142/1867..

⁷³ Art I, II Neutralitätsgesetz, BGBl Nr 211/1955.

⁷⁴ Art 1-15, 53 MRK, BGBl Nr 210/1958..

⁷⁵ Art 2 4. Zusatzprotokoll zur MRK, BGBl Nr 434/1969.

⁷⁶ Art 1-3 13. Zusatzprotokoll zur MRK, BGBl III Nr 22/2005.

⁷⁷ BGBl Nr 491/1984.

- Bundesverfassungsgesetz vom 29. Oktober 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit⁷⁸
- Zivildienstgesetz 1986⁷⁹
- Bundesgesetz über die Einrichtung eines Nationalen Sicherheitsrates⁸⁰
- Verordnung der Bundesregierung, mit der die Geschäftsordnung des Nationalen Sicherheitsrates erlassen wird⁸¹
- Bundesgesetz über die Einsatzzulagen für Bedienstete des Bundesministeriums für Landesverteidigung⁸²
- Militärberufsförderungsgesetz 2004⁸³
- Bundesgesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien⁸⁴

Gemäß Artikel 9a Abs. 1 B-VG „bekennt sich Österreich zur umfassenden Landesverteidigung. Aufgabe der umfassenden Landesverteidigung ist es, die Unabhängigkeit nach außen sowie die Unverletzlichkeit und Einheit des Bundesgebietes zu bewahren, insbesondere zur Aufrechterhaltung und Verteidigung der immerwährenden Neutralität. Hierbei sind auch die verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihre Handlungsfähigkeit sowie die demokratischen Freiheiten der Einwohner vor gewaltsamen Angriffen von außen zu schützen und zu verteidigen. Zur umfassenden Landesverteidigung gehören die militärische, die geistige, die zivile und die wirtschaftliche Landesverteidigung. Ein Teilbereich der umfassenden Landesverteidigung ist also die militärische Landesverteidigung. Wer für die militärische Landesverteidigung zuständig ist, verrät ebenfalls das B-VG, es bündelt diese Kompetenz beim Österreichischen Bundesheer.

b. Das Österreichische Bundesheer

Im Unterschied zu anderen Systemen, bei denen beispielsweise eine strikte Trennung zwischen Militär und dem übrigen staatlichen Apparat vorgesehen ist, tendierte man in Österreich zu einer Eingliederung des Militärs in die Staatsorganisation. In diesem Sinne handelt es sich beim Österreichischen Bundesheer um einen Organkomplex innerhalb der Bundesverwaltung. Dies ist vor allem darin erkennbar, dass es keinen

⁷⁸ Artikel 1 – 8, BGBl Nr 684/1988.

⁷⁹ Artikel 1, 5, 5a, 6, 6a, 6b, 12a, 12b, 12c, 34, 41, 76b, 76c Zivildienstgesetz 1986, BGBl Nr 679.

⁸⁰ BGBl I Nr 122/2001.

⁸¹ BGBl II Nr 98/2002.

⁸² Einsatzzulagengesetz, BGBl Nr 423/1992.

⁸³ BGBl I Nr 130/2003.

⁸⁴ Bundesministeriengesetz 1986 – BMG.

militärischen Oberbefehlshaber⁸⁵ und auch keine eigene Militärgerichtsbarkeit, außer in Kriegszeiten⁸⁶, vorsieht. In diesem Sinne und iVm Art 7 B-VG, steht den Angehörigen des ÖBH auch die ungeschmälerte Ausübung deren staatsbürgerlicher Rechte zu.⁸⁷ Auch gelten die Bestimmungen des allgemeinen Verwaltungsrechts in weiten Teilen für das ÖBH.⁸⁸

i. Geschichte des ÖBH

Als Ausgangspunkt meiner Betrachtung der Geschichte des Österreichischen Bundesheeres erlaube ich mir das Jahr 1867 zu wählen. Der gewählte Ansatz erscheint unter Umständen etwa 50 Jahre zu früh gewählt, jedoch ist es mir wichtig eine kleine Vorgeschichte als Hintergrundinformation einzubringen. Welches Jahr wäre hier geeigneter als jenes, in dem die Dezemberverfassung von 1867 erlassen wurde. Das darin enthaltene Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger ist bis in die heutige Zeit von Relevanz, da es bei der Gründung der Republik Österreich im Jahr 1918, in den Rechtsbestand der Bundesverfassung übernommen wurde. Und zwei Jahre nach dieser Rechtsüberleitung, befinden wir uns nun in jener Zeit, in der tatsächlich vom Anfang der Geschichte des Österreichischen Bundesheeres gesprochen werden kann. Zu dieser Zeit noch als Volkswehr rechtlich determiniert, entstand unter dem Einfluss des Friedensvertrages von St Germain durch das Wehrgesetz vom 18. März 1920, das Bundesheer der ersten Republik. Der Friedensvertrag steckte die zulässigen Grenzen der österreichischen Streitkräfte restriktiv ab. Es handelte sich aus diesem Grund um ein Berufsheer mit einer Maximalstärke von 30.000 Mann, mit maximal 1500 Offizieren und 2000 Unteroffizieren und ohne eigenen Generalstab. Schwere Waffen waren ebenso verboten wie Luftstreitkräfte. Die Einführung einer Wehrpflicht war verboten. Das Wehrgesetz von 1920 bestimmte, dass das Heer durch Anwerbung und aus Offizieren, Unteroffizieren und Wehrmännern gebildet wird. Seine Aufgaben waren der Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen der Republik, sowie überhaupt zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren, die Hilfeleistung bei Elementarereignissen und Unglücksfällen außergewöhnlichen Umfanges und der Schutz der Grenzen der Republik.⁸⁹ Das Bundesheer der ersten Republik bestand von 1920 bis zur Übernahme der österreichischen Truppen durch das Deutsche Reich 1938. Den Zeitraum der deutschen Besetzung möchte ich hier nicht noch einmal näher

⁸⁵ In Österreich stehen oberste Organe der Verwaltung an der Spitze des Heeres, vgl. Art 80 B-VG.

⁸⁶ Vgl Art 84 B-VG.

⁸⁷ Walter/Mayer, Bundes-Verfassungsrecht⁹, Rz 732.

⁸⁸ Walter/Mayer, Bundes-Verfassungsrecht⁹, Rz 733.

⁸⁹ Vgl Wehrgesetz vom 18. März 1920.

erläutern, wurde diesem doch bereits in der Fallstudie zum Krieg ausreichend Raum gewidmet.

Aus heutiger Sicht fällt es nicht ganz leicht, den tatsächlichen Ausgangspunkt des heutigen Bundesheeres der zweiten Republik (ÖBH) anzusprechen. Wir beginnen zuerst mit einem Blick auf die sogenannte Vorgängerversion des ÖBH, der B-Gendarmerie, welche am 1. August 1952 gegründet wurde.⁹⁰ Österreich war in vier Besatzungszonen geteilt und in den Nachbarländern herrschte zum Teil Chaos. Waren die Besatzungsmächte anfangs noch vehement gegen jegliche Bildung österreichischer Streitkräfte aufgetreten, wiesen die faktischen Gegebenheiten innerhalb Europas in eine andere notwendige Richtung. Sollte Österreich jemals als souveräner und stabiler Staat bestehen können, musste die Gefahr ausgeschaltet werden, dass Österreich nach Abzug der alliierten Truppen, sofort wieder durch andere Mächte gestürzt wird. Eines war sich hinsichtlich dieses Grundkonsenses allerdings auch Österreich bewusst, ein derartiger Prozess dürfte nicht zu abrupt erfolgen und musste behutsam angegangen werden. Es bestanden ja auch immer noch alliierte Beschlüsse, wie der vom 10. Dezember 1945, durch die Österreich jegliche Art von militärischen Streitkräften oder paramilitärischer Formationen verboten wurde. Es wurden daher vorerst Sondereinheiten zu drei Mal je 500 Mann aufgestellt die als Alarmformationen von den Amerikanern ausgerüstet wurden. Das Ausbildungsschwergewicht lag auf dem Gendarmeriesektor, maximal zweimal pro Woche erfolgte militärische Ausbildung. Infolge gab es immer wieder Schwierigkeiten mit diesem System. Einerseits mischten sich immer wieder die Alliierten mit Änderungswünschen ein, andererseits gab es gewerkschaftliche Interventionen durch die Gendarmen. Die Fähigkeiten der Alarmabteilungen waren zugegebenermaßen überschaubar und es war auch nicht ganz klar, wie es weitergehen sollte. Bis schließlich der amerikanische Oberbefehlshaber in Österreich eine Reorganisation anordnete, die auf eine ausschließliche militärische Ausbildung abzielte. Aufgrund von Auffassungsdivergenzen zwischen den Alliierten und der österreichischen Seite, dauerte es bis Februar 1952, bis sich schließlich ein Konzept abzeichnete. Die österreichische Katastrophenplanung sollte sich auf zwei Standbeine stützen, einerseits Gendarmerieeinheiten als Präsenztruppen und andererseits einem Aufgebot, was in heutigem Jargon etwa der Reserve, als Gesamtheit aller Kriegstauglichen, darstellt. Es wurden sechs Gendarmerie-(Sonder-)Schulen mit einer Gesamtstärke von 5000 Mann aufgestellt, die sich als B-Gendarmerie bezeichneten und sich von der herkömmlichen A-Gendarmerie durch abgrenzten, als dass bei ihr Offiziere der

⁹⁰ *Rauchensteiner*, in Truppendienst 4/2002 mit Verweis auf Erlass vom 27. November 1975 Zl. 14.188-WPol/75.

damaligen Wehrmacht dienst versahen. Freiwillige wurde als Vertragsbedienstete in den (B-) Gendarmeriedienst übernommen und waren jederzeit kündbar. Drei Aspekte waren daher nun als Alleinstellungsmerkmale für die B-Gendarmerie geboren, militärische Aufgabe, militärische Führung und Freiwilligkeit. Zumindest bis Oktober 1952 war es dann schließlich gelungen, ein funktionsfähiges System nicht nur anzuwerfen sondern auch am Laufen zu halten. In Bezug auf die Rüstungsgeschehnisse ist anzumerken, dass die Amerikaner ausdrücklich darauf hinwiesen, dass „alle durch die amerikanischen Streitkräfte in Österreich an die österreichische Gendarmerie ausgegebenen Lieferungen und Ausrüstungsgegenstände im Eigentum der Regierung der Vereinigten Staaten blieben und auf Verlangen im jeweiligen Ist-Zustand zurückzugeben sind“.⁹¹ Da die Staatsvertragsverhandlungen mit Russland noch in vollem Gange waren, lehnte Bundeskanzler Raab einen Vorschlag des amerikanischen Oberbefehlshabers in Österreich ab. Dieser sah vor, über die Gendarmerieschulen auf dem Bereich der westlichen Besatzungszone Regimentskommanden zu stützen und im Bereich Salzburg eine Art Divisionskommando zu installieren. Einem anderen Vorschlag, die Verwaltungen der A- und B-Gendarmerie zu trennen, wurde jedoch näher getreten und so in weiterer Folge eine eigene Abteilung 5/Sch (Schulen) im BMI geschaffen. Ein weiteres Bindeglied in das heutige ÖBH war der Beginn einer Offiziersausbildung. Es wurden 28 Vertragsbedienstete zu Offizieren ausgebildet, bis dahin wurden kriegserfahrene Offiziere der Wehrmacht übernommen. Es folgte eine Erhöhung der Mannstärke auf 8.500, begleitet durch vermehrte Spezialisierung zusammen mit der Schaffung von Feldschulen, Gebirgsschulen, Pionierschule und Telegrafeneinheiten. In einer Zeit wo es noch keinen Staatsvertrag und somit noch kein Österreich im (Völker-)Rechtssinne gab blieb es nicht aus, dass die Sowjets noch am 26. November 1954 formell die Einhaltung des Verbots der militärischen Tätigkeit und damit die Auflösung der B-Gendarmerie verlangten. In wie fern hier nicht ein bloß verdeckter Hinweis darauf zu sehen ist, dass die Sowjets klarmachen wollten, dass ihnen die Entwicklungen nicht entgangen sind, kann aus heutiger Sicht nicht restlos geklärt werden. Fest steht, dass die Sowjets es waren, die zwei Monate später die Abschlussrunde zu den Verhandlungen zum Staatsvertrag einläuteten, ohne dass die B-Gendarmerie aufgelöst werden musste. Kurz wurde von der österreichischen Politik überlegt, die B-Gendarmerie auch weiterhin als jenes Element im Staate zu belassen, welches für den militärischen Schutz zuständig sein sollte. Die Schweiz als neutrales Vorbild Österreichs war jedoch dann vermutlich der Grund dafür, dass diesem Gedanken nicht weiter gefolgt wurde. Mit der Einrichtung der B-Gendarmerie konnte

⁹¹ *Rauchensteiner*, in Truppendienst 4/2002.

der wesentliche Grundstein für das zukünftige ÖBH gelegt werden. Aber auch in Bezug auf die Erlangung der Souveränität war die B-Gendarmerie nicht unbeteiligt, garantierte sie doch den Alliierten Mächten ihre Grundforderung, dass nach einem möglichen Abzug keinesfalls ein Machtvakuum entstehen dürfe.⁹²

Im April 1955 wurde das Moskauer Memorandum unterzeichnet und schließlich am 15. Mai 1955 der Österreichische Staatsvertrag. In seinen Artikeln 12-17 und im Anhang befanden sich Bestimmungen mit militärischem Bezug, wobei militärische Aktivitäten durch die Alliierten grundsätzlich verboten waren. Am 8. Juli 1955 wurde der Beschluss vom Alliierten Rat wieder aufgehoben und so konnte der erste militärische Festakt stattfinden. Erste Einrichtung wurde das Amt für Landesverteidigung, welches zuerst noch als Sektion IV im Bundeskanzleramt eingerichtet wurde. Die Geschichte der B-Gendarmerie endete nach überwiegender Meinung am 27. Juli 1955, mit Umbenennung der Gendarmerie Schulen. Ab diesem Zeitpunkt gab es nur mehr provisorische Grenzschutzabteilungen. Im ersten Wehrgesetz vom 7. September 1955 wurde festgelegt, dass das Bundesheer aufgrund der allgemeinen Wehrpflicht gebildet und ergänzt wird. Damals betrug der Präsenzdienst noch neun Monate, was auch lange so bleiben sollte. Am 26. Oktober 1955 wurde das Bundesverfassungsgesetz über die Neutralität Österreichs erlassen. Zuerst wurde der 26. Oktober jedes Jahr als Tag der Fahne gefeiert, in weiterer Folge als Nationalfeiertag. Bereits am 12. Dezember 1955 trat Österreich den Vereinten Nationen (UN) bei und schon 1956 musterten die ersten Offiziere in der Fasangarten-Kaserne in Wien aus. Aus den provisorischen Grenzschutzabteilungen wurden sogleich Bataillone sowie Gruppen- und Brigadekommanden gebildet. Aus dem Amt für Landesverteidigung wurde nun schließlich ein eigenes Ressort, das Bundesministerium für Landesverteidigung. Erster Bundesminister für Landesverteidigung war Ferdinand Graf, als oberster Soldat wurde Generaltruppeninspektor Oberst Erwin Fussenegger eingesetzt. Die ersten 13.000 Wehrpflichtigen traten ihren Dienst im Oktober 1956 an. Die Ost-West Trennung und deren Folgen waren sehr stark spürbar und von erheblichen Spannungen getragen, so kam es bereits 1956 zu einem Volksaufstand in Ungarn, das ÖBH stand vor seiner ersten Bewährungsprobe. Es brachen Kampfhandlungen aus und der revolutionäre Umbruchversuch begann am 23. Oktober 1956. Studenten der Universitäten in Budapest forderten im Rahmen einer friedlichen Großdemonstration, eine demokratische Veränderungen. Das kommunistische Regime eröffnete das Feuer in die Menge, offene Kampfhandlungen waren die Folge. Nur kurzfristig und scheinbar konnte die Macht über den Staat übernommen werden. Eine realistische Chance den

⁹² Rauchensteiner, in Truppendienst 4/2002.

Ausstieg aus dem Warschauer Pakt zu erwirken und die Sowjetarmee zum Abzug zu bewegen bestand nicht. Nach wenigen Wochen harten Durchgreifens durch die Sowjetarmee wurde der Aufstand niedergedrückt. Aktive Unterstützung der Aufständischen seitens dem Westen und insbesondere der NATO war nicht zu erwarten, zu groß war die Angst vor einer militärischen Ost-West Eskalation. Österreich hatte sowieso weder die Intention noch die Mittel in den Konflikt einzugreifen, jedoch bestand das Problem der Westflucht hunderttausender Ungarn. Rein geographisch führten die Fluchtrouten klarerweise über Österreich, weshalb das ÖBH die Grenzsicherung hochfahren musste. Aufgrund der Größe des Ansturms war das zuständige Innenressort allein nicht in der Lage, eine derartige Aufgabe zu bewältigen, so kam es zum ersten Grenzsicherungseinsatz in der Geschichte des ÖBH nach dem Zweiten Weltkrieg. 1957 wurde das Kommando Luftstreitkräfte aufgestellt und der erste Kurs für den höheren militärischen Dienst, der in weiterer Folge als Generalstabsdienst bezeichnet wurde, initiiert. Im Juli kam es zu ersten Luftraumverletzungen des österreichischen Staatsgebietes seit dem Zweiten Weltkrieg durch die USA aufgrund der Libanonkrise. Die Heeres-Unteroffiziersschule in Enns an der Donau wurde gegründet und in Wiener Neustadt die Militärakademie wiedereröffnet. 1960 erfolgte die erste Umgliederung im ÖBH, wie wir heute wissen sollte es bloß eine von sehr vielen Organisationsänderungen werden. Erste Großübungen mit Infanterie und Panzern waren möglich und im Mai fand die erste Militärparade aus Anlass der fünfjährigen Wiederkehr der Staatsvertragsunterzeichnung statt. Bei der ersten Umgliederung wurden zwei neue Panzerbrigaden aufgestellt und die Stärke des Bundesheeres betrug ca. 48.000 Mann, gegliedert in 48 Bataillone. Ein UN-Sanitätskontingent wurde in den Kongo entsandt und Österreich war ein wesentlicher Truppenbeisteller. Im Jahr darauf folgte Karl Schleinzer als neuer Bundesminister anstelle von Ferdinand Graf. Mit einem Ministerwechsel sind seither immer Änderungen und Reformen verbunden, so wurde bei diesem der Aufbau einer umfassenden Landesverteidigung beschlossen. Seither wird von einer militärischen, wirtschaftlichen, zivilen und geistigen Landesverteidigung gesprochen. Was im Detail darunter zu verstehen ist und wer konkret für welche Bereiche zuständig ist, erscheint sogar noch heute eher schleierhaft, zumindest ist die Umsetzung nur begrenzt spürbar. Die Reform des neuen Ministers umfasste die Aufstellung von Grenzschutztruppen aus Reservisten des Bundesheeres in einer Stärke von 120 Grenzschutzkompanien. Gleich darauf folgte die Schleinzer-Habermann-Reform. Dabei wurden die Gruppenbereiche des Kommando Wien, Graz und Salzburg geschaffen, die aus drei Panzerbrigaden und sechs Jägerbrigaden bestanden. Das ÖBH bestand fortan aus neun Brigaden. Damals wurden Ausbildungs- und

Einsatzverbände getrennt, sodass die Grundausbildung zuerst in den Ausbildungsverbänden begann und in weiterer Folge die Einsatzausbildung bei den Einsatzverbänden fortgesetzt werden sollte. Hier lässt sich eine Parallele zur aktuellen Reform des Jahres 2016 erkennen, hier erfolgt ebenfalls wieder eine Zusammenführung. Wie in der aktuellen Änderung wechselten die Wehrpflichtigen in die Einsatzverbände und lernen ihre Einsatzverwendung erst dann, wenn sie ihre Grundausbildung in den Ausbildungsverbänden absolviert hatten. 1963 kam es in Skopje im heutigen Ex-Jugoslawien (heute Mazedonien) zu einem schweren Erdbeben, das ÖBH leistete einen Katastrophen-Hilfeinsatz. Im Jahr darauf wurde Georg Prader dritter Verteidigungsminister und es folgte die nächste Umgliederung. Dabei wurde eine Brigade zu einer reinen Panzergrenadierbrigade umgeformt. 1964 wird auch ein weiteres UN-Sanitätskontingent entsandt, diesmal nach Zypern. Zu diesem Zeitpunkt war der Einsatz im Kongo bereits beendet, ein Austrian Field Hospital wurde noch bis 1973 betrieben. 1965 kam es zu einer Gesetzesänderung, um die Entsendung von Zivilbediensteten in das Ausland, ohne sie karenzieren zu müssen, zu ermöglichen. Somit wurde ein Bundesverfassungsgesetz über die Entsendung österreichischer Einheiten zur Hilfeleistung in das Ausland beschlossen. 1965 wurden schließlich Fälle definiert, in denen unterschiedliche Bedrohungsszenarien denkbar sind. Im Rahmen der umfassenden Landesverteidigung ist seither mit den Bedrohungsszenarien des Krisenfalles, des Neutralitätsfalles oder des Kriegsfalles zu rechnen. Katastropheneinsätze wurden für das ÖBH regelmäßige Ereignisse, insbesondere wegen Naturereignissen oder schwereren Unfällen. Die bis 1967 genannte Stabsakademie, war die höchste Bildungseinrichtung des ÖBH. Es erfolgte eine Umbenennung in Landesverteidigungsakademie, die ihren Namen heute noch innehat. Die Truppenstärke des ÖBH wurde damals von 50.000 auf 44.000 verkleinert. Aufgrund terroristischer Anschläge in Südtirol und dem Grenzgebiet zu Österreich, wurde das ÖBH in den sicherheitspolizeilichen Assistenzeinsatz gestellt. 1968 begann der Prager Frühling, darunter wurden Souveränitätsbemühungen der Kommunistischen Partei der Tschechoslowakei verstanden. Deren Führer Alexander Dubček setzte einen Liberalisierungs- und Demokratisierungsprozess in Gang, was allerdings ganz zum Missfallen der Sowjetunion erfolgte. In der Nacht zum 21. August 1968 marschierten etwa eine halbe Million Soldaten der Sowjetunion, Polens, Ungarns und Bulgariens in die Tschechoslowakei ein und besetzten innerhalb von wenigen Stunden alle strategisch wichtigen Positionen des Landes. Dieser operative Ansatz stellt aus heutiger Sicht die größte Militäroperation Europas seit dem Zweiten Weltkrieg dar. Die Nationale Volksarmee der DDR beteiligte sich zwar nicht unmittelbar am Einmarsch in die Tschechoslowakei, bezog jedoch mit zwei Divisionen Stellung an der Grenze und

fungierte als Reserve und Bereitschaftskraft für eine eventuelle direkte Beteiligung. Prag beschloss schließlich keinen militärischen Widerstand mehr zu leisten und so kam es zu überschaubaren menschlichen Verlusten auf beiden Seiten. Auf Seite Österreichs erfolgte eine Teilalarmierung des ÖBH. 1969 übernahm Johann Freishler von Prader die Agenden des Verteidigungsministers bis 1971, es folgte Karl Lütgendorf. Der Grundwehrdienst wurde auf sechs Monate heruntergesetzt und verpflichtende Truppenübungen im Ausmaß von 60 Tagen angeordnet. 1972 verlegten weitere Kräfte nach Zypern, diesmal ein österreichisches UN-Bataillon mit einer Stärke von 283 Mann. Die Mission dauerte bis zum Juni 2001. 1973 kam es zur Gründung eines eigenen Armeekommandos und durch das Bundesministeriengesetz 1973 wurden die Kompetenzen des Bundesministeriums für Landesverteidigung neu festgelegt. Teile des österreichischen Zypern-Bataillons verlegten an den Suezkanal und wurden in weiterer Folge von 1974 bis 2013 Teil der UNDOF Mission in Syrien auf den Golanhöhen. 1974 kamen drei Angehörige des österreichischen UN-Bataillons auf Zypern bei einem türkischen Luftangriff ums Leben. Im selben Jahr wurde das erste Zivildienstgesetz beschlossen. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte der Wehrdienst bloß verweigert werden. 1975 kam es zu einer weiteren verfassungsrelevanten Änderung nach dem KSE-BVG, die die umfassende Landesverteidigung und die Allgemeine Wehrpflicht als Artikel 9a B-VG in die Bundesverfassung aufnahm. Der Kampfanzug 75 wurde eingeführt und seither ersetzt die Farbe Grün das bekannte Flecktarnmuster. 1976 stürzte die Reichsbrücke ein und Pioniere des ÖBH leisteten Assistenz. Minister Lütgendorf trat zurück, als sein Nachfolger fungierte Otto Rösch. Generaltruppeninspektor Leeb trat in den Ruhestand, sein Nachfolger wurde General der Infanterie Hubert Wingelbauer. 1978 erfolgte wie eine weitere Umgliederung des Heeres. Das Armeekommando wurde als Sektion III in das BMLV eingegliedert, Leiter wurde General Emil Spannocchi. 1980 beteiligte sich das ÖBH an Hilfsmaßnahmen nach einem Erdbeben in Süditalien. Die Abfangjäger Saab-J 29 waren bereits mehrere Jahre ausgeschieden und so erfolgte nach einstimmiger Empfehlung des Landesverteidigungsrates die Beschaffung von 24 Abfangjägern der Type Mirage 50. General Heinz Scharff folgte auf General Wingelbauer und wurde nächster Generaltruppeninspektor, General Spannocchi als Armeekommandant durch General Ernest Bernadiner abgelöst. 1983 löste Friedhelm Frischenschlager Otto Rösch als Verteidigungsminister ab, 1986 folgte Helmut Krünes. General Tauschitz wurde neuer Generaltruppeninspektor. Es gab einige Beschaffungsentscheidungen, die Truppe bekam sechs schweizer Militärflugzeuge PL 7 und die Firma Steyr erhielt vom BMLV den Auftrag zur Lieferung von 100 Stk. Geländegängigen LKW 12M18. Korpskommandant Mag. Dr. Corrieri wurde in weiterer Folge Leiter der Sektion IV des

BMLV. Am 26. April 1986 ereignete sich die Nuklearkatastrophe von Tschernobyl, nahe der ukrainischen Stadt Prypjat. In Block 4 des Kernkraftwerks kam es erstmalig in der Geschichte zu einem Ereignis, dass gemäß der siebenstufigen internationalen Bewertungsskala für nukleare Ereignisse, der Kategorie katastrophaler Unfall zuzuordnen war. Bei einer Simulation eines vollständigen Stromausfalls kam es zur Katastrophe. Wegen schwerwiegender Verstöße gegen die geltenden Sicherheitsvorschriften sowie der bauartbedingten Eigenschaften des mit Graphit moderierten Kernreaktors kam es zu einem unkontrollierten Leistungsanstieg. Dieser endete in einer Explosion des Reaktors. 16 Spürtrupps des ÖBH waren bei insgesamt 34.182 Einsätzen beteiligt. Es folgte die offizielle Inbetriebnahme des Luftraumüberwachungs-Systems Goldhaube und der erste Abfangjäger vom Typ Draken wurde übernommen. Im Jänner 1987 wurde Robert Lichal Verteidigungsminister, und wie zu erwarten umgehend eine neue Heeresgliederung beschlossen. In Armenien kam es im selben Jahr zu einem schweren Erdbeben, daraufhin das ÖBH Assistenz leistete. Den UNO-Truppen wurde noch im selben Jahr der Friedensnobelpreis verliehen. 1989 wurde entschieden, erstmals Lenkwaffen für das ÖBH zu beschaffen, es handelte sich um die Panzerabwehrlenkwaffe 2000 mit dem klingenden Spitznamen BILL.

1990 war das Jahr des Beginns der vorerst letzten großen geopolitischen Umbrüche des auslaufenden Jahrtausends. Die Lage erforderte einen sicherheitspolizeilichen Assistenzeinsatz an der Grenze zu Ungarn. Moskau kündigte an, seine Truppen aus den ehemaligen Warschauer Pakt Staaten abziehen. Am 2. August 1990 marschierten irakische Truppenverbände unter Präsident/Diktator Saddam Hussein in Kuwait ein. Daraufhin beschloss der UN-Sicherheitsrat eine Resolution zur gewaltsamen Befreiung des Irak durch eine multinationale Streitmacht. Die österreichische Bundesregierung genehmigte entgegen den Bestimmungen des Neutralitätsgesetzes, militärische Überflüge für amerikanische und englische Flugzeuge. In Österreich wurde zu dieser Zeit die Austrian Armed Forces Disaster Relief Unit (AAFD RU) aufgestellt. Alois Mock wurde mit der Fortführung der Geschäfte des Verteidigungsministeriums betraut und die österreichische Bundesregierung erklärte die Artikel 12 bis 16 und den Punkt 13 des Artikels 22 des Staatsvertrages von 1955 als überholt. Es handelte sich dabei im Wesentlichen um überholte Bestimmungen zum Verbot der Dienstleistung im ÖBH für Nazis und andere Personen, das Verbot von Spezialwaffen, Verhinderung der deutschen Wiederaufrüstung und dem Verbot von Flugzeugen deutscher und japanischer Bauart. 1990 wurde Österreich unter Verteidigungsminister Werner Fasslabend Mitglied des UN-Sicherheitsrates.

1991 brachten sich Panzer der jugoslawischen Volksarmee an der Grenze zu Österreich in Stellung, das ÖBH wurde in den Einsatz gestellt. Die Besorgnis der Bevölkerung wuchs, gleichzeitig wie in solchen Zeiten üblich, auch der Zuspruch zum ÖBH. Die multinationale Streitmacht zur Befreiung Kuwaits nahm fast zeitgleich die Kampfhandlungen gegen die irakische Armee auf. Im Juni 1991 eskalierte schließlich die Lage im Jugoslawienkonflikt, im Oktober 1991 landet gar eine jugoslawische MIG 21 in Klagenfurt. Im Burgenland erfolgte eine Erweiterung des Assistenzeinsatzes auf den Süden, 2.000 Soldaten überwachten zu dieser Zeit 400 km Grenze. 1992 kam es erneut zu einer Verwaltungsreform im BMLV, es wurden 212 Planstellen eingespart. Die Zahl der aufgegriffenen illegalen Grenzgänger an der Grenze zu Ungarn betrug bereits nach zwei Jahren 15.000. Um dem internationalen Bedarf an angemessenen, professionellen und vorbereiteten Kräften gerecht zu werden, wurden 1993 Vorbereitete Einheiten (VOREIN) aufgestellt, es handelte sich dabei um 2500 Soldaten für UN-Beteiligungen. 1995 wurden die Rahmendokumente für die NATO-Partnerschaft für den Frieden (PfP) durch Außenminister Alois Mock unterzeichnet. Im selben Jahr erhielt Österreich aufgrund des EU-Beitrittes den Beobachterstatus in der WEU. Die Bundesregierung beschloss die Entsendung einer verstärkten Transporteinheit sowie Pionieren in einer Stärke von 300 Mann im Rahmen der Implementation Force (IFOR) für den Fall, dass eine nachträgliche Autorisierung durch den UN-Sicherheitsrat vorliegen würde. Im Februar 1996 war dies schließlich soweit, das Austrian Logistic Contingent nahm seine Aufgaben innerhalb der Austrian Logistic/Implementation Force (AUSLOG/IFOR) in Bosnien auf. 1997 gab der Fachhochschulrat dem Antrag des BMLV statt, einen Fachhochschulstudiengang an der Theresianischen Militärakademie für militärische Führung zu implementieren, ab 1998 fand im Zuge dessen die erste Ausbildung zum Berufsoffizier mit integriertem Fachhochschul-Studiengang statt. Im November beschloss die Bundesregierung die Teilnahme an der vertieften Partnerschaft für den Frieden - Enhanced Partnership for Peace (ePfP). Die ePfP sah unter anderem die verstärkte regionale Kooperation und verstärkte politische Konsultationsmöglichkeiten zwischen der NATO und den Partnern vor. Im Februar 1999 passiert eine Lawinenkatastrophe in Galtür, das ÖBH agierte im Rahmen der größten Luftbrücke mit internationaler Beteiligung in der Geschichte Österreichs. Die Luftbeweglichkeit des ÖBH war extrem mangelhaft, danach kam es unter massiven öffentlichen Druck zum Beschaffungsentschluss für den Black Hawk-Hubschrauber. Ein Infanteriekontingent, ausgestattet mit Mannschaftstransportpanzern Pandur und einer Stärke von bis zu 500 Soldaten Austrian Contingent/Kosovo Force (AUCON/KFOR) wurden im Rahmen der deutschen Brigade in den Kosovo entsendet. Ab 1. Jänner 2000 war die Ära des letzten Generaltruppeninspektors angebrochen,

General Horst Pleiner übernahm diese Aufgabe. Herbert Scheibner wurde Verteidigungsminister, und setzte eine Expertenkommission über Beratungen zu einem Berufsheer ein. Am 1. Juli 2000 trat ein Militärbefugnisgesetz in Kraft, es regelt seither die Aufgaben des militärischen Wachdienstes, die Aufgaben und Befugnisse der militärischen Nachrichtendienste, die Aufgaben und Befugnisse der militärischen Luftraumüberwachung sowie das Leistungsrecht. Zum Nationalfeiertag wurden 2000 die letzten B-Gendarmen in den Ruhestand verabschiedet. Am 13. November 2000 trat Österreich der Westeuropäischen Rüstungsgruppe bei und schließlich wurde das ÖBH 2001 endlich für Frauen geöffnet. Jegliche militärische Funktionen stehen seither auch Frauen offen. Am 9. Jänner 2001 wurde eine neue Sicherheits- und Verteidigungsdoktrin beschlossen, es folgte eine neue Spitzengliederung des BMLV im Zuge einer Reorganisation. Neu darin war die Funktion eines Generalstabschefs in der Zentralstelle des BMLV, die Truppenführung wurde auf zwei nachgeordnete Kommanden aufgeteilt. 2002 wurden ÖBH Kräfte im Rahmen des Austrian Contingent/International Security Assistance Force (AUCON/ISAF) nach Afghanistan entsandt. In weiterer Folge wurden drei C-130 Hercules Transportflugzeuge beschafft. Horst Pleiner war der letzte Generaltruppeninspektor, ihm folgte General Roland Ertl, der als erster die Funktion eines Chefs des Generalstabes einnahm. 2003 wurde Günther Platter neuer Verteidigungsminister und die Beschaffung von 18 Eurofighter beschlossen. Zur Reform des ÖBH wurde eine Bundesheer- Reformkommission eingesetzt, deren Ergebnisse jedoch niemals umgesetzt werden sollten. Minister Platter befahl die Aussetzung der Truppenübungen. Im November 2005 übernahm mit Brigadier Pronhagl erstmals ein Offizier des ÖBH ein Kommando über multinationale Einsatzkräfte, der Multinational Task Force North der EU in Bosnien. 2006 wurde dem Streitkräfteführungskommando die operative Führung über das ÖBH übertragen. 2007 wurde Norbert Darabos Verteidigungsminister und Generalmajor Wolfgang Jilke übernahm als "Head of Mission & Force Commander" das Kommando über die UNDOF-Friedenstruppe auf den Golanhöhen. Edmund Entacher wurde neuer Generalstabschef und in der Wiener Maria-Theresien-Kaserne ein neues Kommando Militärstreife & Militärpolizei aufgestellt. 2008 gab es ein Vorauskommando für einen Einsatz im Tschad. 2009 erfolgte eine Novellierung des Bundesministerien Gesetzes, die Sportagenden werden vom Bundeskanzleramt zum nunmehrigen Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport (BMLVS) verschoben.

2010 sicherte das ÖBH den Luftraum erstmals über Westösterreich für das Weltwirtschaftsforum im schweizerischen Davos. Das Transportflugzeug C-130 Hercules wurde mit einem Sanitätsmodul ausgestattet, ab sofort konnten die

Luftstreitkräfte die Sanitätsversorgung von österreichischen Soldatinnen und Soldaten im Auslandseinsatz sicherstellen. Das Österreichische Bundesheer war mittlerweile 55 Jahre alt geworden, am 7. September 1955 wurde im Wehrgesetz beschlossen, das Bundesheer auf Basis der Allgemeinen Wehrpflicht einzurichten. 2011 beteiligte sich das ÖBH mit rund 180 Soldatinnen und Soldaten an der EU-"Battle Group". Verteidigungsminister Norbert Darabos sprach sich für eine Umstellung zu einem Berufsheer aus. Durch den arabischen Frühling brachen Kämpfe in Nordafrika aus, das ÖBH evakuierte mit einer C-130 Hercules EU-Bürger aus Ägypten nach Europa und auch von Libyen/Tripolis nach Malta. Zu dieser Zeit bereits war Österreich mit über 1.500 Soldatinnen und Soldaten im Auslandseinsatz, einer der größten Truppensteller in der EU. 2011 endete schließlich der sicherheitspolizeiliche Assistenzeinsatz an der Grenze zu Ungarn und der Slowakei, der 1991 begonnen hatte und eigentlich nur für kurze Zeit angelegt war. Verteidigungsminister Norbert Darabos gab schließlich seine Absicht bekannt, zwei Drittel der Panzerflotte des ÖBH einzusparen und in den kommenden Jahren auch weiteres schweres Gerät um rund zwei Drittel zu reduzieren. 2012 wurde ein österreichischer UN-Konvoi auf der Fahrt zum Flughafen in der Nähe von Damaskus von Unbekannten beschossen, dabei kam es zu Schussverletzungen zweier Soldaten. Nicht lange danach begannen sich Tendenzen für einen Abzug der Truppen aus den Golanhöhen aufzuschaukeln. Generalleutnant Franz Reißner wurde neuer Kommandant des Streitkräfteführungskommandos und damit auch Kommandant der österreichischen Streitkräfte. Am 25. Jänner 2013 entschied sich das österreichische Volk in einem historischen Entscheid für die Beibehaltung der Wehrpflicht. Gerald Klug wurde in weiterer Folge als neuer Verteidigungs- und Sportminister angelobt, Generalleutnant Othmar Commenda folgte Edmund Entacher als Generalstabschef. Das Paket Wehrdienst NEU wurde präsentiert, es handelte im Wesentlichen von der Attraktivierung des Wehrdienstes. Eckpunkte waren mehr Spezialisierung, straffere Organisation und verstärktes Augenmerk auf militärische Ausbildung. Der Rückzug des österreichischen UNDOF-Kontingents von den Golanhöhen wurde abgeschlossen, 39 Jahre lang stand das Bundesheer dort im Friedenseinsatz. 2014 schaffte es die erste Frau in den Generalsrang, Andrea Leitgeb wurde zur Kommandantin der Sanitätsschule bestellt. Verteidigungsminister Klug präsentierte das "Strukturpaket 2018". Eckpunkte waren eine budgetbedingte Strukturanpassung und Schwergewichtsbildung in den Bereichen Infanterie, Spezialeinsatzkräfte, Pioniere und ABC-Abwehr. Die Streitkräfte sollten sich ab nun auf die militärisch einsatzwahrscheinlichsten Aufgaben konzentrieren. Dabei sollten in allen Waffengattungen Fähigkeiten erhalten werden, um im Bedarfsfall rasch neue Kapazitäten aufbauen zu können. Diese Fähigkeits-Rekonstruktionskerne waren

jedoch seit Beginn an mit Skepsis betrachtet. 2015 begann die Flüchtlingskrise, in der Salzburger Schwarzenberg-Kaserne errichteten Pioniere eine Zeltstadt für 250 Flüchtlinge. Der Aufbau des Lagers war Teil der bundesweiten Unterstützung für das Innenministerium. Großraumbusse des Heeres waren im Dauereinsatz und transportieren Flüchtlinge in und durch Österreich. Infolge der Flüchtlingskrise trat das ÖBH in einen Assistenzeinsatz am Grenzübergang Spielfeld in der Steiermark. Ziel dieses Einsatzes unter Führung des Innenministeriums war und ist es, einen kontrollierten und geordneten Ablauf der Flüchtlingsbewegungen in und durch Österreich sicherzustellen. Unter dem innenpolitischen Druck in Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise, konnte der Reformkurs des Verteidigungsministers jedoch nicht mehr gehalten werden, er wurde deshalb infolge von Hans Peter Doskozil als siebzehnter Verteidigungsminister der Zweiten Republik abgelöst.⁹³

ii. Kompetenzen des ÖBH

Gemäß Artikel 79 Abs 1 B-VG obliegt dem Österreichischen Bundesheer als originäre Kernaufgabe, die militärische Landesverteidigung. Es ist nach den Grundsätzen eines Milizsystems einzurichten. Sofern die gesetzmäßige zivile Gewalt die Mitwirkung des ÖBH in Anspruch nimmt, können sich weitere Zuständigkeiten für das ÖBH ergeben. Es ist in diesen Fällen auch für den Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie der demokratischen Freiheiten der Einwohner zuständig. Bei Inanspruchnahme der Mitwirkungspflicht ist das ÖBH darüber hinaus zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt sowie zur Hilfeleistung bei Elementarereignissen und Unglücksfällen außergewöhnlichen Umfanges berufen. Eine Zuweisung darüber hinausgehender Aufgaben, bedarf eines Verfassungsgesetzes. Derartige darüber hinausgehende Kompetenzen sind zB in Artikel 23j B-VG iVm dem Bundesverfassungsgesetz über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland (KSE-BVG)⁹⁴ zu erblicken. Demnach können Einheiten und Einzelpersonen zur solidarischen Teilnahme an Maßnahmen der Friedenssicherung, der humanitären Hilfe und der Katastrophenhilfe oder der Such- und Rettungsdienste bzw. zur Teilnahme an Übungen entsandt werden. Eine weitere derartige Kompetenz erscheint in Artikel 146 Abs 2 B-VG, wonach dem Bundesheer neben anderen Organen des Bundes und der Länder, die Exekution von Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes auf Weisung des Bundespräsidenten zukommt.

⁹³ Quelle: www.bundesheer.at am 3. Oktober 2016.

⁹⁴ BGBl. I Nr. 38/1997

Gemäß Artikel 79 B-VG, ist die primäre und originäre Kernaufgabe des ÖBH, die militärische Landesverteidigung. Die militärische Landesverteidigung ist gemäß Artikel 9a B-VG auch ein Teil der umfassenden Landesverteidigung. Die umfassende Landesverteidigung besteht aus der militärischen, der geistigen, der zivilen und der wirtschaftlichen Landesverteidigung und hat folgende gemeinsamen Ziele. Es sind dies die Bewahrung der Unabhängigkeit nach außen und der Unverletzlichkeit und Einheit des Bundesgebietes, die Aufrechterhaltung und Verteidigung der immerwährenden Neutralität, der Schutz und die Verteidigung der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihre Handlungsfähigkeit vor gewaltsamen Angriffen von außen und schließlich der Schutz und die Verteidigung der demokratischen Freiheiten der Einwohner vor gewaltsamen Angriffen von außen. Der Begriff Landesverteidigung kommt im B-VG ausschließlich in Zusammenhang mit dem ÖBH zum Vorschein. Es lässt somit offen, wer für die geistige, zivile und wirtschaftliche Landesverteidigung zuständig ist. In der Literatur finden sich nur marginale Hinweise, so wird unter militärischer Landesverteidigung, die Verwirklichung der oa. Ziele mit militärischen Mitteln verstanden.⁹⁵ Zur geistigen Landesverteidigung gehören „Maßnahmen zur Förderung und Hebung der inneren Verteidigungsbereitschaft der Bevölkerung“, zur zivilen Landesverteidigung zB der Bau von Schutzräumen in Gebäuden, und zur wirtschaftlichen LV zB das Anlegen von Notstandsreserven.⁹⁶

Nähere Ausführungen zu den Aufgaben des ÖBH finden sich im Wehrgesetz. So bestimmt dieses zB welche Behörden und Organe die Mitwirkung des Bundesheeres zu den in Artikel 79 Abs 2 B-VG genannten Zwecken unmittelbar in Anspruch nehmen können. „Selbständiges militärisches Einschreiten ist nur zulässig, wenn entweder die zuständigen Behörden durch höhere Gewalt außerstande gesetzt sind, das militärische Einschreiten herbeizuführen, und bei weiterem Zuwarten ein nicht wieder gutzumachender Schaden für die Allgemeinheit eintreten würde oder wenn es sich um die Zurückweisung eines tätlichen Angriffes oder um die Beseitigung eines gewalttätigen Widerstandes handelt, die gegen eine Abteilung des Bundesheeres gerichtet sind.“⁹⁷ Entsprechend dem Wehrgesetz ist das Österreichische Bundesheer die bewaffnete Macht der Republik Österreich und hat seiner Organisation nach, den militärischen Erfordernissen zur Erfüllung seiner Einsatzaufgaben zu entsprechen.⁹⁸ Worum es sich nun aber konkret bei der militärischen Landesverteidigung handelt, auf diese Frage nimmt das Wehrgesetz Bezug. Die militärische Landesverteidigung „dient der unmittelbaren Bewahrung der Unabhängigkeit nach außen sowie der

⁹⁵ *Walter/Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht⁹, Rz 750.

⁹⁶ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁶, Rz 99.

⁹⁷ Artikel 79 Abs 5 B-VG.

⁹⁸ Vgl § 1 WG 2001.

Unverletzlichkeit und Einheit des Bundesgebietes mit militärischen Mitteln. Im Falle eines solchen Einsatzes ist der Einsatzraum entsprechend den jeweiligen militärischen Erfordernissen im erforderlichen Umfang als jener Raum festzulegen, in dem die eingesetzten Truppen Einsatzaufgaben zu erfüllen haben. Diese Festlegung oder die Änderung oder Aufhebung eines Einsatzraumes obliegt dem Bundesminister für Landesverteidigung und Sport innerhalb der ihm von der Bundesregierung erteilten Ermächtigung. Im Falle eines militärischen Angriffs auf das Bundesgebiet gilt jedenfalls jenes Gebiet als Einsatzraum, das von Kampfhandlungen betroffen ist“.⁹⁹ Bei der militärischen Landesverteidigung erfüllen also Truppen des ÖBH mit militärischen Mitteln in einem bestimmten Raum bestimmte Einsatzaufgaben.

iii. Der Auftrag des ÖBH

In den oa. Gesetzesstellen sind die Kompetenzen des ÖBH dargestellt. Es handelt sich dabei um eine verfassungsrechtliche Grenze des zulässigen Handlungsspielraumes des ÖBH. Das Legalitätsprinzip besagt, dass der hoheitlich handelnde Staat nur dann tätig werden darf, wenn dies gesetzlich determiniert ist. Bei den Kompetenzen des ÖBH handelt es sich somit um die verfassungsrechtliche Erlaubnis/Zulässigkeit, dass das ÖBH die Republik Österreich mit militärischen Mitteln gegen eine Bedrohung verteidigen darf und bei Bedarf auch andere Aufgaben zulässig sind. In Österreich erhält das ÖBH aufgrund dessen Stellung in der staatlichen Verwaltung indirekt seine Aufträge von der Politik über den zuständigen Minister als Mitglied der Bundesregierung. Der Nationalrat beschließt eine österreichische Sicherheitsstrategie und ersucht die Bundesregierung, die österreichische Sicherheitspolitik “nach den in der Entschließung festgelegten allgemeinen Empfehlungen sowie den Empfehlungen zur inneren Sicherheit, zu außenpolitischen Aspekten der Sicherheitspolitik und Verteidigungspolitik, zu gestalten”.¹⁰⁰ Es handelt sich also um überwiegend politische Entscheidungen, die das ÖBH verteidigungspolitisch steuern. “Die österreichische Verteidigungspolitik umfasst alle militärischen Maßnahmen zur Wahrung der Sicherheit Österreichs. Sie stellt die verteidigungspolitische Umsetzung der Österreichischen Sicherheitsstrategie dar”.¹⁰¹ Die Bundesregierung setzt die parlamentarisch beschlossene Verteidigungspolitik um. “Die Verteidigungspolitik ist im Rahmen einer gesamtstaatlich organisierten Risikoanalyse laufend an sich ändernde Rahmenbedingungen und Herausforderungen anzupassen. Basierend auf der Erhaltung einer lageangepassten Verteidigungsfähigkeit und unter Nutzung der Miliz

⁹⁹ § 2 Abs 4a Wehrgesetz 2001.

¹⁰⁰ Vgl Österreichische Sicherheitsstrategie.

¹⁰¹ Vgl Teilstrategie Verteidigungspolitik.

soll das Österreichische Bundesheer ein möglichst multifunktionales Aufgabenspektrum abdecken können und auf dieser Basis im Rahmen der zur Verfügung gestellten Ressourcen Prioritäten setzen”.¹⁰² Die Österreichische Sicherheitsstrategie und die daraus abgeleitete Teilstrategie Verteidigungspolitik gibt nun vor, auf welche Bedrohungen sich das ÖBH vorbereiten muss. Die Vorgabe erfolgt im Rahmen eines relativ allgemein gehaltenen verteidigungspolitischen Auftrags an das ÖBH.

Gemäß diesem Auftrag garantiert das Österreichische Bundesheer “als bewaffnete Macht der Republik die militärische Sicherheit Österreichs und trägt zum Schutz und zur Verteidigung Europas bei. Das Österreichische Bundesheer verteidigt Österreich, seine Menschen und ihre Lebensgrundlagen, ist die strategische Handlungsreserve der Republik, trägt zur gemeinsamen Sicherheit Europas bei, und leistet einen sichtbaren und profilierten Beitrag zu internationalem Frieden und internationaler Sicherheit”.¹⁰³ Um diesen Auftrag zu erfüllen wurde von der Politik eine Gesamtstärke von 55.000 Soldatinnen und Soldaten vorgegeben. Als Vorgabe sind neben 12.500 präsenten Soldaten und Soldatinnen für Katastrophenhilfeeinsätze im Inland und mindestens 1.100 Soldatinnen und Soldaten für Auslandseinsätze vorzusehen. Die Wahrnehmung von verteidigungspolitischen Aufgaben hat in den Bereichen der Antizipation und Krisenfrüherkennung, der Landesverteidigung und Assistenz, des Internationalen Krisenmanagements und der militärischen Sicherheitskooperation zu erfolgen. In der Antizipation und Krisenfrüherkennung ist „aufgrund der hohen Komplexität, Dynamik und Interdependenz im Bereich der sicherheitsrelevanten Entwicklungen, eine umfassend angelegte und systematische Erfassung und Bewertung von Trends und Entwicklungen im militärischen, politischen, wirtschaftlichen, technologischen und gesellschaftlichen Bereich vorzusehen. Die diesbezüglichen Fähigkeiten des ÖBH sind qualitativ zu verbessern, eine Umfeld- und Risikoanalyse ist durchzuführen und anschließend ist die Landesverteidigung auf mögliche konventionelle und neue nicht-konventionelle Bedrohungen auszurichten. Es ist auch von einem „militärischen Restrisiko eines konventionellen Angriffes“ die Rede, dem durch eine lageangepasste Aufwuchsfähigkeit unter Berücksichtigung der strategischen Vorwarnzeit entgegengetreten werden soll. Um die Fähigkeiten des ÖBH entsprechend zu erhalten, ist ein sogenannter „robuster Rekonstruktionskern mit mechanisierten Elementen zu erhalten“. Das mögliche Erfordernis eines Solidarbeitrags im Rahmen des Wirksamwerdens der EU-Beistandsklausel (Irische Klausel) ist entsprechend zu berücksichtigen. Die Überwachung und Sicherung des

¹⁰² Vgl Teilstrategie Verteidigungspolitik.

¹⁰³ Vgl Teilstrategie Verteidigungspolitik.

österreichischen Luftraumes ist sicherzustellen, wobei die gesamteuropäischen Entwicklungen ebenfalls zu berücksichtigen sind. Die Assistenzfähigkeit ist zu erhalten und weiterzuentwickeln, dafür sind mindestens 12 500 Soldatinnen und Soldaten im Präsenzstand zu bewahren. Das ÖBH hat weiter einen Beitrag zur strategischen Handlungsreserve der Republik Österreich zu leisten und vor allem die gesamtstaatliche Führungsfähigkeit im Krisenfall zu gewährleisten. Das ÖBH hat sich auch darauf vorzubereiten, einen Beitrag zum Schutz kritischer Infrastruktur, vor Einzelereignissen, der Cybersicherheit, zur Grenzüberwachung bei illegaler Migration sowie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Inneren zu leisten. Darüber hinaus hat es den militärischen Eigenschutz im Cyber-Raum und die Abwehr von Cyber Angriffen auf die Souveränität Österreichs sicherzustellen. Hierzu ist ein Cyber Defence-Zentrum einzurichten und zu betreiben. Das ÖBH muss auch im Bereich der ressortübergreifenden Krisenunterstützung und der Evakuierung von österreichischen und EU-Staatsbürgern aus Krisenregionen einen Beitrag leisten können. Das ÖBH soll die Fähigkeit haben, im gesamten Spektrum der unter VN- und EU-Mandat geführten internationalen Krisenmanagement-Einsätze operieren zu können und dabei ein spezifisches Profil entwickeln. Qualitativ sind wesentliche Teile einer infanteristischen Bataillionskampfgruppe, wesentlicher Logistikelemente, die Führung eines Sektors bei laufenden Operationen sowie Beiträge zur internationalen Humanitären und Katastrophenhilfe sowie Such- und Rettungseinsätzen und Evakuierungsoperationen. Des Weiteren sollen militärische Sicherheitskooperationen forciert werden.

Wie bereits ausgeführt gibt es eine Österreichische Sicherheitsstrategie und eine hieraus abgeleitete Teilstrategie Verteidigungspolitik. Diese Strategien geben vor, auf welche Bedrohungen sich das ÖBH vorbereiten muss. Es handelt sich dabei um eine Vorgabe an das oberste Exekutivorgan der Landesverteidigung, den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport. Diese Vorgabe muss nun als verteidigungspolitischer Auftrag umgesetzt werden. Hierbei sollte gelten, das Ziel ist vorgezeichnet, wie es erreicht wird obliegt den ressortverantwortlichen Zuständigen.

D. Rüstung – Eine interdisziplinäre Betrachtung

a. Ableitung und Definition

Die Wortherkunft des Begriffs „Rüstung“ lässt sich zeitlich in etwa auf das 16. Jahrhundert zurückführen. Das Wort entstammt dem althochdeutschen Wort „rustunga“, welches primär einmal so viel wie „Werkzeug“ bedeutete.¹⁰⁴ Der Begriff Rüstung lässt sich nach seiner Herkunft nach auch vom Althochdeutschen und Altmittelhochdeutschen mit Ausstaffieren oder Bereitmachen herleiten. In der Literatur findet sich der Begriff Rüstung vor allem in Zusammenhang mit einer historischen Schutzbekleidung, die dessen Träger vor allem vor feindlicher Waffeneinwirkung und Verwundung schützen sollte. Nach heutigem Verständnis lassen sich mehrere Bedeutungen identifizieren. Unter Rüstung kann es sich um eine Schutzkleidung für den Körper zum Beispiel von Kämpfern handeln, es kann aber auch die Bewaffnung einer Armee gemeint sein. Unter Rüsten versteht man aber auch die Vorbereitung auf ein bestimmtes Vorhaben, oder die allgemeine Tätigkeit des Schützens vor Bedrohungen. Das Wort „rüsten“ findet sich aber auch in anderem Zusammenhang. Aus der Technik bzw der Industrie meint man damit das Bestücken von Maschinen mit Werkzeugen oder die Tätigkeit ein Gerüst aufzustellen. Unzweifelhaft erscheint auch ein Naheverhältnis mit dem Wort „Ausrüsten“ vorzuliegen, der ebenfalls eine Vorbereitungshandlung für ein bestimmtes Vorhaben beschreibt, wodurch ein bestimmtes Ziel erreichbar werden soll. Im Mittelalter wurde mit Rüstung noch vermehrt ein den Körperformen des Kriegers angepasster Schutz gegen Verwundungen, der ähnlich wie eine Uniform getragen wird, gemeint. Hiervon leitet sich wohl auch der Begriff der Ritterrüstung ab. Die verwendeten Materialien waren sehr unterschiedlich und reichten von Leder bis zum Metall. Seit Jahrtausenden bereits waren Rüstungen gebräuchlich und konnten aus den verschiedensten Materialien und nach verschiedenen Methoden hergestellt werden. Im Mittelalter kamen primär Rüstungen mit Metallplatten oder aus Ringen (Plattenharnisch bzw. Kettenrüstung) vor. Die Rüstung diente dem Schutz des Kriegers im Brust- (Harnisch), Hals- (Halsberge), Arm- (Armschienen, Panzerhandschuhe) oder Beinbereich (Beinschienen, Eisenschuh). Nicht zur Rüstung gehörte üblicherweise Helm und Schild. Rüstungen waren nicht ausschließlich für die Krieger vorgesehen, auch zum Kampf eingesetzte Tiere, wie Kampfhunde, Schlachtrösser oder Kriegselefanten wurden durch Rüstungen geschützt. Des Ritters Pferd erhielt zu seinem Schutz Rüststücke wie Roßstirnen, Vordergebüge, Lendenpanzer und dergleichen. Synonyme für diese Art

¹⁰⁴ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Ruestung> am 3. Oktober 2016.

der Rüstungen sind Harnisch, Kettenhemd, Panzer oder die Ritterrüstung. Mit Aufkommen modernerer Waffen, gegen die herkömmliche Rüstungen keinen wirksamen Schutz mehr bieten konnten, verschwanden sie vom Gefechtsfeld. Die Rüstungen wurden nun von massiven Panzerungen, bis schließlich zur Entwicklung der Panzer Schritt für Schritt ersetzt.

Versucht man eine Ableitung des Begriffs der Rüstung, dann sucht man vergeblich nach einem vergleichbaren Begriff. Weder aus dem englischen, dem französischen Sprachraum noch aus dem Lateinischen ist der Begriff der Rüstung bekannt, es gibt auch keine Begriffsverwandschaften. Was im deutschsprachigen Raum unter Rüstung verstanden wird, fällt in den anderen Sprachen unter die Bezeichnung "Armament". Armament bedeutet im Englischen "the process of preparing for war by producing and obtaining weapons"¹⁰⁵, oder, "military weapons that are used to fight a war".¹⁰⁶ Im Französischen bedeutet dies übersetzt in Englisch soviel wie "French armement, from Latin armamenta (plural) "utensils, military or naval equipment" from armare, (First Known Use: 1632).¹⁰⁷ Gemeint sind hier jene militärischen Maßnahmen und Mittel, um eine kriegsische Handlung, ob Angriff oder Verteidigung vorzubereiten. In diesem Sinne werden unter den Begriffen Aufrüstung und Abrüstung jene Tätigkeiten verstanden die dazu führen, den vorhandenen Grad an Rüstung zu erweitern oder zu vermindern.

Der Begriff Rüstung und davon abgeleitete Begriffe finden in der österreichischen Rechtsordnung nur marginal eine spezifische Verwendung. Bloß das Außenwirtschaftsgesetz 2011 verwendet den Begriff am Rande, wenn es die Genehmigungspflicht für die Aus- und Durchfuhr sowie die Vermittlung zwischen Drittstaaten von Verteidigungsgütern regelt. Der Rüstungsbegriff findet zwar sowohl im Recht und im täglichen Sprachgebrauch seine Verwendung, eine Legaldefinition gibt es jedoch nicht. Es finden sich noch weitere Begriffe mit einem engen Konnex zum Rüstungsbegriff, wie Kriegsmaterial, Militärausrüstung, Verteidigungsgüter oder Dual-Use Güter. Das österreichische Außenwirtschaftsgesetz 2011¹⁰⁸ bezieht sich zB ausdrücklich auf Verteidigungsgüter und definiert sie dort als jene Güter, die in die Militärgüterliste der Europäischen Union aufgenommen und in der Außenwirtschaftsverordnung bestimmt wurden. In Deutschland ist das Pendant zur österreichischen Außenwirtschaftsverordnung die Durchführungsverordnung zum deutschen Außenwirtschaftsgesetz. Es gibt eine Ausfuhrliste, die als Anlage zur

¹⁰⁵ <http://www.merriam-webster.com/dictionary/armament> am 3. Oktober 2016.

¹⁰⁶ <http://www.merriam-webster.com/dictionary/armament> am 3. Oktober 2016.

¹⁰⁷ <http://www.merriam-webster.com/dictionary/armament> am 3. Oktober 2016.

¹⁰⁸ BGBl. I Nr. 26/2011 idgF.

deutschen Außenwirtschaftsverordnung den Umfang der genehmigungspflichtigen „Rüstungsgüter“ und Dual-Use Güter regelt. In der Ausfuhrliste sind jene Güter genannt, deren Export in Verbindung mit den Vorschriften der deutschen Außenwirtschaftsverordnung einer Erlaubnis bedürfen. Die deutsche Ausfuhrliste bezieht sich an dieser Stelle ausdrücklich auf „Rüstungsgüter“ und definiert sie dort als jene Güter, die in deren Teil I Abschnitt A angeführt sind. Vergleicht man diesen Teil der Ausfuhrliste mit der Militärgüterliste der Europäischen Union, kommt man zum Schluss, dass beide ident sind. In Zusammenschau dieser geographischen Rechtssphären kann geschlossen werden, dass die deutsche Regelung bereits einen Teil jener Güter beschreibt, die unter Rüstungsgüter verstanden werden können. Was in Deutschland ein Rüstungsgut ist, bezeichnen wir in Österreich als Verteidigungsgut. Eine Genehmigung ist demnach nur dann zu erteilen, wenn „kein begründeter Verdacht besteht, dass der Vorgang zu einer ernsthaften Beeinträchtigung der dauerhaften Entwicklung des Bestimmungslandes führt, wobei bei dieser Beurteilung insbesondere „der Umstand, dass ein Staat bei Erfüllung seiner legitimen Sicherheits- und Verteidigungsbedürfnisse möglichst wenige Arbeitskräfte und wirtschaftliche Ressourcen für die Rüstung einsetzen sollte, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bestimmungslandes, der jeweilige Anteil der Rüstungs- und Sozialausgaben des Bestimmungslandes unter Berücksichtigung jedweder Hilfe der Europäischen Union oder auf bilateraler Ebene“ zu berücksichtigen ist.“¹⁰⁹ In Artikel 42 EUV, der die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik behandelt, wird der Begriff Rüstung ebenfalls verwendet. „Die Mitgliedstaaten verpflichten sich, ihre militärischen Fähigkeiten schrittweise zu verbessern. Die Agentur für die Bereiche Entwicklung der Verteidigungsfähigkeiten, Forschung, Beschaffung und Rüstung (im Folgenden „Europäische Verteidigungsagentur“) ermittelt den operativen Bedarf und fördert Maßnahmen zur Bedarfsdeckung, trägt zur Ermittlung von Maßnahmen zur Stärkung der industriellen und technologischen Basis des Verteidigungssektors bei und führt diese Maßnahmen gegebenenfalls durch, beteiligt sich an der Festlegung einer europäischen Politik im Bereich der Fähigkeiten und der Rüstung und unterstützt den Rat bei der Beurteilung der Verbesserung der militärischen Fähigkeiten.“¹¹⁰ Als Legalbegriff findet sich der Rüstungsbegriff somit zwar im deutschen Recht, jedoch nur in Bezug auf das Außenhandelsrecht. An der systematisch identischen Stelle des österreichischen Außenhandelsrechts findet man den Begriff des Verteidigungsgutes. Aus diesem Grund dürfte es sich im deutschen Recht auch um eine synonyme Verwendung des österreichischen Begriffs der Verteidigungsgüter (vice versa) handeln.

¹⁰⁹ BGBl. I Nr. 26/2011

¹¹⁰ Vgl. Art 42 Abs 3 EUV.

Rüstung ist in Österreich, wohl auch durch die mangelnde gesetzliche Normierung, vielmehr ein politischer und ökonomischer Begriff. Der politische und ökonomische Bedeutungsgehalt von Rüstung umfasst dabei ein weiteres Feld an Tätigkeiten. Der erste Gedanke in Zusammenhang mit Rüstungsgut geht in Richtung Waffen, der Begriff reicht jedoch vermutlich weiter. Rüstungsgüter könnten all jene Güter sein, die vorrangig oder ausschließlich einer militärischen Verwendung dienen. Damit würden viel mehr Güter zu den Rüstungsgütern zählen, als nur Waffen. Es würden unter Umständen beispielsweise auch Uniformen, Lastkraftwagen mit Tarnanstrich oder Kommunikationsmittel wie Funkgeräte darunter fallen. Es kann sich unter Umständen um alles handeln, das einen Bezug zu einem Bedarf des Militärs hat, und der Bedarf des Militärs reicht von der Zierpflanze bis zum Abfangjäger. Zusammengefasst können darunter alle Bau- Liefer- und Dienstleistungen erfasst werden, die militärischen Zwecken dienen bzw die von militärischen Auftraggebern nachgefragt werden. Um welche Arten von Bau- Liefer- und Dienstleistungen es sich dabei handelt erscheint in dieser Perspektive unerheblich. Für gegenständliche Arbeit liegt der Fokus jedenfalls nicht auf den Ritterrüstungen. Es soll sich vielmehr um ein Begriffsverständnis hinsichtlich bestimmter Maßnahmen im militärischen Bereich handeln. Es geht um das Rüsten im Sinne von Ausrüsten und Vorbereiten des Militärs, sodass es seine Aufgaben erfüllen kann. Die Aufgaben des Militärs sind jedoch vielfältig, so kann Rüstung als Gesamtheit aller Maßnahmen und Mittel zur Verteidigung eines Landes oder zur Vorbereitung eines kriegesischen Angriffs gesehen werden. Als Synonyme hierfür stehen die Aufrüstung, die Bewaffnung, die Bewehrung, das Hochrüstung, die Mobilisierung, die Mobilmachung und die Armierung. Alle diese Maßnahmen und Mittel dienen der militärischen Landesverteidigung im Sinne des B-VG. Nun hat das Militär aber auch andere Aufgaben, die nicht unter militärische Landesverteidigung fallen. Die Vorbereitung auf diese Aufgaben erscheint außerhalb des Kerns des Rüstungsbegriffs.

Aus österreichischer Sicht stellt der Begriff Rüstungsgut einen Oberbegriff für alle anderen vorher genannten Begriffe dar. Die Begriffe Kriegsmaterial, Militärausrüstung, Verteidigungsgüter oder Dual-Use Güter sind idS Unterbegriffe zum Oberbegriff Rüstungsgut. Rüstung kann in diesem Sinne also als Überbegriff für all jene Maßnahmen verstanden werden, die dem Militär die Erfüllung seiner Aufgaben ermöglicht. Aufgrund der Weite dieser Definition, wird in gegenständlicher Arbeit eine Eingrenzung dahingehend vorgenommen, dass primär von einem Begriffsverständnis der Rüstung im engeren Sinn ausgegangen wird. In diesem Sinne geht es vor allem um die Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen zu jeweils militärischen

Zwecken auf dem freien Markt. Dieses Betätigungsfeld wird in weiterer Folge auch als Rüstungsbeschaffung, somit die Beschaffung von Verteidigungsgütern durch den Staat, bezeichnet.

Die Herstellung von Rüstungsgütern obliegt der Rüstungsindustrie zusammen mit ihren Rüstungsbetrieben. Die Rüstungskontrolle befasst sich mit der Kontrolle des Rüstungsstandes von Ländern und Staaten.¹¹¹

In diesem Zusammenhang kann auch die Frage des Zusammenhangs der Forschung für die Rüstung mit der Ethik gestellt werden. Jährlich werden Milliarden ausgegeben, um für das Militär-, die Rüstungs- und Spionageforschung zu forschen. Konkret geforscht hierzu wird zumeist an zivilen Hochschulen. Dass dadurch erzeugte Wissen an den Universitäten bringt nicht nur positives an die Oberfläche. Man braucht sich bloß an die Vergangenheit zu erinnern und an Robert Oppenheimer oder die Göttinger 18. Das Grundproblem darin reflektierte auch bereits Goethe im „Der Zauberlehrling“. Seine Skepsis gegenüber dem Autonomiestreben, bestimmte seine Sturm-und-Drang-Zeit.¹¹² Der Versuch, gegen die Herrschaft des Meisters aufzubegehren und selbstständig zu handeln, führt aufgrund massiver Kompetenzdefizite des Lehrlings ins Chaos. Erst die Besinnung auf die alte Autorität und die ursprüngliche Ordnung rettet die Situation. So gesehen ist der Zauberlehrling das Gegenstück zu Prometheus. Das Gedicht spiegelt das Gedankengut der Weimarer Klassik. Die Handlung der Ballade bleibt in sich geschlossen, lässt sich aber auf zahlreiche Bereiche übertragen. Besonders die Übertragung auf die Erkenntnisse der Wissenschaft und die nicht immer abschätzbaren Folgen liegt nahe. Der Satz „Die ich rief, die Geister, werd’ ich nun nicht los“ beschreibt sehr anschaulich die Dilemmata einer Wissenschaft, die für die Folgen ihrer Forschung verantwortlich gemacht wird. Goethe¹¹³ befasst sich mit der Überheblichkeit und Wichtigtuerei, der Umsetzung des Vorhabens, dem Machtrausch, die Angst und Verzweiflung, hilfloses Schimpfen, Verzweiflungstat, Hilferuf schließlich die Rettung durch den Zaubermeister. In diesem Sinne können selbst gesetzliche Regelungen oder ethische Absichtserklärungen im Namen oder unter dem Deckmantel einer Forschung für eine friedliche Welt, keine Sicherheit bieten. Dies liegt auch darin begründet, dass vor allem in der westlichen Welt die Freiheit der Forschung im Mittelpunkt steht und diese darf nun einmal nicht beschränkt werden. Schon gar nicht, nur weil die Gefahr besteht, dass sie missbraucht

¹¹¹ http://de.wikipedia.org/wiki/R%C3%BCstung_%28Milit%C3%A4r%29 am 3. Oktober 2016.

¹¹² http://de.wikipedia.org/wiki/Der_Zauberlehrling am 3. Oktober 2016.

¹¹³ Johann Wolfgang von Goethe (* 28. August 1749 in Frankfurt am Main als Johann Wolfgang Goethe; † 22. März 1832 in Weimar, geadelt 1782) gilt als einer der bedeutendsten Repräsentanten deutschsprachiger Dichtung.

werden könnte. Aus ethischer Sicht erscheint es fraglich, ob es korrekt ist, militärische Forschung zu betreiben, da diese Art der Forschung meistens das Ziel verfolgt, andere Individuen auszulöschen. Aber neben den nachteiligen Folgen der Forschung zu Rüstungszwecken seien auch die positiven Folgen herausgestrichen, denn wesentliche Entwicklungen im militärischen Bereich bildeten die Grundlage für zivile Meilensteine. So sind das Strahltriebwerk, Hubschrauber, Radar oder die friedliche Nutzung der Kernkraft auf militärische Forschung und Entwicklung zurückzuführen. Aber natürlich, wo Licht ist, findet sich meistens auch irgendwo Schatten.

b. Historische Dimension und Konnex zur EU

Als Ausgangspunkt der historischen Betrachtung erscheinen das Altertum und die Antike geeignet. Zeitlich lässt sich dies in etwa auf den Bereich von 3000 v. Chr. bis ca. 500 n.Chr. eingrenzen, in dem die frühen Hochkulturen in Ägypten, Mesopotamien, Kleinasien, Griechenland, Italien, China, Indien, Mittel- und Südamerika aufkamen, wirkten und schließlich untergingen. Zuletzt von seinem Untergang betroffen war wohl das Imperium Romanum im fünften Jahrhundert nach Christus. Die Antike und das Altertum können ohne weiteres als höchst konfliktualer Zeitraum qualifiziert werden. Die Grenzen in den Großreichen veränderten sich ständig durch Eroberungszüge, es gab viele Schlachten und Herrscher und auch viele Entwicklungen im Bereich der militärischen Rüstung. Vor zweitausend Jahren lebten rund 230 Millionen Menschen auf der Erde.¹¹⁴ Die Menschen lebten im Wesentlichen in Asien (175 Mio.) und Europa (30 Mio.). Die Größe der Streitmächte aus diesen Epochen klingen teilweise beeindruckend, wenngleich auch die vorliegenden Zahlen nicht abschließend verifizierbar erscheinen. Aus der Akkad Zeit um 2250 v.Chr. gibt es Aufzeichnungen, die von einem stehenden Heer in der Größe von 5000 – 10.000 Kriegeren zeugen. Die Krieger mussten natürlich mit Waffen und Gerät versorgt und mit Essen versorgt werden. Hierzu war es erforderlich allein zu diesem Zweck eigene Feldzüge durchzuführen, um den Bedarf zu decken. Eine derartige Tätigkeit würde heute wohl tendenziell eher unter den Begriff der „Plünderung“ fallen als unter Rüstung, wenngleich der Zweck derselbe ist. Ab einer gewissen Zeit war auch in Ägypten der Bedarf gegeben, ein stehendes Heer zu betreiben. Um etwa 1300 v.Chr. kam es zwischen den Hethitern und Ägypten zur Schlacht von Kadesch. Die Hethiter verfügten dabei über 3700 Streitwagen und 40.000 Fußsoldaten, demgegenüber standen die Ägypter mit 2000 Streitwagen und 20.000 Fußsoldaten. Ramses II. musste sich im

¹¹⁴ Pöcher, Rüstung in Europa, 26 mit Verweis auf Angus Madison: The World Economy – A millennial Perspective, OECD 2001.

Zuge der Schlacht mit seiner Armee zurückziehen. Von Xerxes wird berichtet, dass er 481 v. Chr. ein Heer von 800.000 Krieger zu Fuß, 80.000 Reitern und 1200 Schiffen aufstellte um Griechenland zu unterwerfen. Zahlenmäßige Aufwendungen im Rüstungsbereich sind vor allem aus der Zeit des Römischen Reichs bekannt. Da die personelle Stärke der römischen Truppen im Vergleich zur Bevölkerungszahl relativ gering war, spielte auch die Rüstung gesamtwirtschaftlich gesehen eine eher untergeordnete Rolle. Im Vergleich hatten die Grenzschutztruppen eine Stärke von 140.000 Soldaten, die Zahl der Wohlfahrtsempfänger in Rom betrug hingegen ca. 300.000. Die Gesamtbelastung für den Staatshaushalt betrug in etwa 25 Mio. Denaren, das entspricht 200 Denaren pro Kopf. Kaiser Augustus spendete dagegen allein an die Bevölkerung Roms pro Jahr das Zehnfache. Auch die Aufwendungen für das römische Heer waren im Vergleich zur heutigen Zeit sehr gering. Umgerechnet auf heutige Verhältnisse betrugen die Kosten für das römische Heer aufgeteilt auf die Gesamtbevölkerung des Römischen Reichs nur wenige Cent pro Kopf und Jahr. Im Vergleich zu heutigen Militärausgaben erscheint dies geradezu lächerlich. Es ist aber auch hinlänglich bekannt, dass die Erfolge der Römer nicht auf das Rüstungsbudget zurückzuführen war, sondern vielmehr auf Attribute wie Taktik, Einsatztechnik und Disziplin. Außerdem richteten sich die Einheiten selbst eigene Betriebe ein, um ihren Bedarf an Rüstungsgütern zu decken. Neben Eigenbetrieben, den „armatoriae“ gab es aber auch zivile Unternehmer, die Rüstungsgeschäfte mit der Armee unterhielten, die „fabricae armorum“. Schon damals waren die Rüstungsschmieden dadurch qualifiziert, dass nur angesehene und besonders qualitätsvolle Betriebe fähig waren, Rüstungsgüter in ausreichender Qualität zu liefern. Das Herstellen von Rüstungsgütern war somit seit jeher eine anspruchsvolle, zeitintensive und hochqualitative Tätigkeit. Bereits im Altertum und in der Antike spielten Forschung und Entwicklung im Rüstungsbereich eine entscheidende Rolle. Ein erster Meilenstein auch im Rüstungsgeschehen war die Entdeckung des Kupfers in etwa 3500 v.Chr. und in weiterer Folge das Wissen um die Möglichkeit der Herstellung von Bronze 1500 Jahre später. Weiter ging es mit dem Bau von Streitwagen um 200 v.Chr. und die Weiterentwicklung derselben durch Speichenräder anstatt der bis dahin üblichen Holzscheibenräder. Um die Zeit von 1400 bis 1300 v.Chr. wurde dann die Eisengewinnung entdeckt. Es handelte sich um ein billiges Produkt, welches relativ leicht herzustellen war. Dieser Umstand förderte die Ausrüstung mit Eisenwaffen und Rüstungen nicht nur im militärischen Bereich massiv sondern auch in Bezug auf die Zivilbevölkerung. In der Entwicklung der Rüstungsgüter folgte nun ein weiterer Schritt, es wurden erstmals komplexere Rüstungsgüter und Waffensysteme erfunden und hergestellt. Neben der Erfindung von fahrbaren Geräten und sogar Türmen ist ein

wesentliches Element der Entwicklung, das Aufkommen berittener Kämpfer. Bögen sind kein eigener Teil der damaligen Entwicklung, denn Funde weisen darauf hin, dass diese Bereits in der ausgehenden Altsteinzeit, also 30.000-10.000 Jahre v.Chr. erfunden wurden. Armbrüste hingegen finden ihre ersten historischen Spuren im Bereich des fünften Jahrhunderts vor Christus und durchlebten im Laufe der Zeit erhebliche technische Ausformungen.¹¹⁵

Vom Ende des Altertums bis hin zur Neuzeit reicht die Epoche des Mittelalters. Beginn und Ende des Mittelalters werden höchst unterschiedlich angesetzt, daher ordnen wir hier diese Epoche zeitlich gesehen in den Zeitraum von in etwa dem 4. bis 5. Jahrhundert bis ins 15. Jahrhundert n.Chr. reichend ein. Die Epoche war besonders konfliktual und geradezu geprägt durch eine Vielzahl kleinerer und größerer Kriege. Die kleineren Konflikte entsprangen meist aus Stammesfeden, die größeren Konflikte waren länderübergreifend und formten den Aufstieg oder den Niedergang ganzer Nationen. In diese Zeit fallen beispielsweise auch die Eroberungsfeldzüge der Araber zur Islamisierung Europas sowie die Gegenbewegung der Kreuzzüge zur Wiedereroberung des Heiligen Landes. Die Kriege verschlangen Unmengen an personellen und materiellen Ressourcen und brachten wie in konfliktualen Zeiten nicht unüblich, die Wirtschaft temporär zum Erliegen. Zur ungefähren Vorstellung der Dimension eines Kreuzzuges, der Erste von sieben Kreuzzügen umfasste bis zu 60.000 Kreuzritter, ebenso viele Pferde, 6000 Reiter und 20.000 Mann Fußvolk. Die wichtigsten Waffen waren das Schwert, die Lanze, der Bogen und in weiterer Folge die Armbrust, welche alle von Handwerkern hergestellt wurden. Jede Waffenart hatte ihre Spezialisten, so erfolgte bereits im Mittelalter die Herstellung von Damaszenerklingen an heute noch für die Klingenherstellung prominenten Orten wie zum Beispiel Solingen. Zu Beginn des Mittelalters stagnierte vor allem wegen des Untergangs des Weströmischen Reichs vorerst einmal der Bereich der Rüstungsentwicklung. Erkennbar ist dies vor allem an den Schutzausrüstungen der Krieger. Sämtliche Rüstungen die verwendet wurden, gehen auf Modelle der Antike und des Altertums zurück. Erst im Spätmittelalter kamen zunehmend Plattenrüstungen auf, die dann auch gegen Pfeile und Armbrustbolzen schützten. Auch hier bildete sich eine Spezialisierung im Rüstungsbereich heraus, die Hersteller der Plattenrüstungen waren Meister einer Zunft und fertigten ihre Rüstungen maßgeschneidert an. Zwischen dem 12. und 15. Jahrhundert kann man den Übergang von der Fertigung in Manufakturen zu größeren Produktionsstätten verzeichnen, die Herstellung von Rüstungsgütern begann ab diesem Zeitpunkt im großen Stil. Dies läutete die industrielle Fertigung von

¹¹⁵ Pöcher, Rüstung in Europa.

Rüstungsgütern ein und kann daher als Beginn der Rüstungsindustrie angesehen werden.¹¹⁶

Eine grundlegende Weichenstellung im Bereich der Rüstungsgüter erfolgte mit Erfindung von Explosivstoffen, allen voran des Schwarzpulvers. Wie, wann und durch wen es genau erfunden wurde ist umstritten. Nach einer These handelt es sich nicht um eine zufällige Entdeckung durch die Chinesen, sondern um eine bewusste Weiterentwicklung des Griechischen Feuers. Dies erscheint deshalb interessant, da das Griechische Feuer bereits ab dem 7. Jahrhundert eingesetzt wurde, jedoch der erste Einsatz von Schießpulver erst um 1346 (Hundertjähriger Krieg) bzw 1354 nachgewiesen ist. Weiteres Detail am Rande ist, dass Schießpulver und Feuerwaffen nicht zwingend in einem Konnex gesehen werden müssen. Bei der Belagerung Trients 1278 wurden Vorrichtungen verwendet, mit denen es möglich war Feuer zu werfen. Gleichauf mit dem Griechischen Feuer handelte es sich bereits um Feuerwaffen. Trotz Aufkommen der ersten Feldkanonen waren es nicht diese, die die damaligen Schlachten entschieden, es waren die Langbogenschützen die kriegsentscheidend waren. Es dauerte noch ein paar Jahrhunderte, bis schließlich der Bogen und die Armbrust aber auch das Schwert von den Handfeuerwaffen abgelöst wurden und damit gleichzeitig das Ende der Ritterzeit einläutete. Als älteste Handfeuerwaffe gilt heute eine Handbüchse aus dem Jahr 1399. Erst Ende des 15. Jahrhunderts waren gezogene Gewehre herstellbar und eröffnete ein neues Rüstungssegment.¹¹⁷

Zu Beginn der Neuzeit entstanden Massenproduktionsstätten für Handfeuerwaffen vor allem in Deutschland und Schweden. Die anhaltende und sich verstärkende Konfliktualität dieser Zeit führte zu einer prosperierenden Rüstungswirtschaft. Der vorläufige Höhepunkt dieser Entwicklung ist im Dreißigjährigen Krieg zu erblicken, der eine bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht dagewesene Rüstungsmaschinerie in Gang setzte und betrieb. Die industrielle Revolution zusammen mit den Konfliktszenarien dieser Zeit kurbelten auch die Rüstungsindustrie in ungeahnte Höhen. Napoleons Vormarsch Richtung Moskau im Jahre 1812 wurde mit 600.000 bewaffneten Männern geführt. Bei derartigen Feldzügen waren enorme Mengen an Waffen, Munition, Bekleidung, Verpflegung, etc. notwendig und schufen eine entsprechende Nachfrage. Waffen wurden immer schneller und präziser gefertigt und aufgrund der Nachfrage waren die entsprechenden Umsätze in den Rüstungsunternehmen gesichert. Die staatliche Finanzierung geriet jedoch irgendwann unter Druck, da das Kriegführen eine kostspielige Angelegenheit ist und im Gegenzug tendenziell wenig Einnahmen bringt.

¹¹⁶ Pöcher, Rüstung in Europa.

¹¹⁷ Pöcher, Rüstung in Europa.

Es mussten daher Wege gefunden werden, um Geld zu lukrieren und das geschah durch zunehmende Besteuerung der Bevölkerung. So führte Großbritannien beispielsweise die Mehrwertsteuer zu dieser Zeit ein um die eigenen Konflikte zu finanzieren. Aufgrund der immer weiter gehenden Entwicklungen auf dem Rüstungssektor entstanden laufend neue Industriezweige und Geschäftsfelder. Die lässt sich anhand der Entwicklung der Metallpatrone illustrieren, wodurch eigene spezialisierte Produktionsstätten zur Produktion von Patronenhülsen entstanden. In weiterer Folge wurden dann schließlich ab dem Jahr 1900, die endgefertigten Patronen an die Streitkräfte geliefert. Etwa zur gleichen Zeit erfolgte ein quasi geoökonomischer Aufschwung bei zumindest den bis dahin entwickelten oder angehenden Industrienationen. Der technische Fortschritt gepaart mit zunehmender Industrialisierung, der Kolonialisierung der Welt und die Wachstumstendenzen der Waren- und Finanzmärkte, waren die wesentlichen Auslöser hierfür. Um diese Attribute abzusichern war es erforderlich auch aus militärischer Sicht eine gewisse Überlegenheit zu haben. Die Entwicklungen auf dem Rüstungssektor fingen ein wenig an zu galoppieren, es folgten laufende Verbesserungen im Waffensektor, neue Technologien entstanden und so wurden bald Flugzeuge, Panzerfahrzeuge, Automobile sowie Kampfschiffe und U-Boote als Rüstungsgüter in Serie gefertigt. Um mit dem rasanten Tempo Schritt halten zu können, war es unbedingt notwendig, dass die Staaten eine eigenständige Rüstungsindustrie besitzen und intensiv an der Weiterentwicklung der Rüstungstechnologien arbeiteten.¹¹⁸

Die wahren Wechselwirkungen zwischen kriegerischen Auseinandersetzungen und der Leistungsfähigkeit einer Gesamtwirtschaft können wohl am besten an den Konfliktsituationen des letzten Jahrhunderts gesehen werden, hier vor allem die großen Kriege des 20. Jahrhunderts. Was Kriegswirtschaft bedeutet und mit welchen Problemstellungen sie verbunden sein kann, lässt sich mit wenigen Worten zusammenfassen. Ein anhaltender Krieg verlangt eine anhaltende Versorgung mit nicht nur Rüstungsgütern sondern auch mit allen anderen Gütern des täglichen Bedarfs. Der Krieg verlangt insbesondere für seine Soldaten die umfassende Versorgung mit allen diesen Gütern, es bedarf aber auch einer Versorgung jener, die nicht als Soldaten eingesetzt sind. Zum einen müssen die Angestellten der Rüstungsindustrie mit Rohstoffen für die Produktion von Rüstungsgütern beliefert werden. Erfolgt dies nicht, dann kommt die Rüstungsproduktion zum Stehen, die Soldaten erhalten keinen Nachschub an Rüstungsgütern mehr und es besteht die Gefahr, den Krieg zu verlieren. Das wird durch die kriegführenden Staaten klarerweise

¹¹⁸ Pöcher, Rüstung in Europa.

als worst case angesehen, da ein Staat dadurch von seiner Auslöschung und Untergang bedroht würde. Oberste Priorität wird daher der Versorgung der Soldaten mit Rüstungsgütern beigemessen, denn nur dadurch kann der Kampf fortgesetzt werden. Um einen Krieg zu führen, benötigt der Staat Kämpfer. Es sind Soldaten, die mit Rüstungsgütern ausgestattet, den Kampf führen. Aber auch die Rüstungsproduktion benötigt Personal, um Rüstungsgüter zu produzieren und die Soldaten damit zu versorgen. Nun stehen keine unbegrenzten Ressourcen an Menschen zur Verfügung um beide immer intensiver Personal verschlingenden Bereiche abzudecken. Im frühen 20. Jahrhundert und vor allem zur Zeit des Ersten Weltkriegs war der Gedanke vorherrschend, dass für den Kriegsdienst ausschließlich Männer in Frage kommen. Entsprechend dieser unkritisch angenommenen Regel, wurden auch fast ausschließlich Männer im Ersten Weltkrieg dafür vorgesehen. Dies gilt für alle daran beteiligten Nationen wie im Deutschen Reich, Frankreich, Italien, Japan, Österreich-Ungarn, Großbritannien, Russland und die Vereinigten Staaten.

Im Bereich der Rüstungsproduktion stellte sich aus der Notwendigkeit eine andere Vorgehensweise als erforderlich heraus. Der Krieg erforderte immer mehr Soldaten und Arbeiter in der Rüstungsindustrie. Neben der Rüstungsindustrie gibt es auch noch die zivile Industrie und die Landwirtschaft. Von diesen Zweigen wurden immer mehr Männer zur Rüstungsindustrie und an die Front abgezogen und so kam es zu einem langsamen Verebben an männlichen Arbeitskräften. Aus diesem Grund ist in dieser Zeit auch ein Anstieg an weiblichen Beschäftigten in allen Bereichen der zivilgesellschaftlichen Erwerbstätigkeit zu verzeichnen. Die Angst vor dem Untergang und der Bedarf an Männern in anderen Bereichen führte erstmals zu einer, wenn auch nur vorübergehenden Verschiebung der Beschäftigungsverhältnisse in der Produktionswirtschaft. Die allgemeine Verschiebung von Ressourcen des zivilen Bedarfs hin in Richtung des vermehrt militärischen Bedarfs, hatte trotzdem einschneidende Konsequenzen. Außer in den USA, die relativ spät und mit einem gewissen geographischen Abstand in den Krieg eingetreten waren, litt die Zivilbevölkerung massiv unter den Kriegsfolgen. Hier ist nicht bloß der unmittelbare Einfluss der Zerstörung gemeint, sondern die durch die Ressourcenverschiebung ausgelöste Mangelversorgung des zivilen Bereichs. Es wurden zwar Maßnahmen unternommen um diese Abwärtsspirale aufzufangen, mehr als eine Verlangsamung konnte jedoch nicht erreicht werden. Analog zur Kriegsdauer verschlechterte sich die Situation auf dem zivilen Sektor und auch der Rüstungsindustrie war, mit Ausnahme jener der USA gewiss, dass die Ressourcen früher oder später ausgehen werden und sie zum Erliegen kommen müsse. Kriegswirtschaft ist der gesamtwirtschaftliche

Mechanismus während konfliktualer Zeiten, daher der zivile und der militärische Teil der Gesamtwirtschaft. Um diese Bereiche am Laufen zu halten kommt es auf die Steuerung der Rohstoffzuteilung, den Arbeitskräfteeinsatz, die Logistik, die Beherrschung der sozialen Lage im eigenen Land und damit zusammenhängend die Lebensmittelbewirtschaftung an. Die am Ersten Weltkrieg beteiligten Staaten haben diese Herausforderungen unterschiedlich gemeistert, was bei allen am Ende des Krieges jedoch weitgehend und massiv vorhanden war, sind Rüstungsproduktionsstätten unterschiedlicher Natur. Nach dem Ersten Weltkrieg erfolgte eine gewisse nach unter Nivellierung des Ausmaßes, da die Friedensverträge einige Rüstungsbeschränkungsaufgaben enthielten. Viele Rüstungsbetriebe verlagerten ihre Produktionsstätten daher in nicht von den Verträgen erfassten Länder, wie zB die Niederlande. Andere Rüstungsbetriebe schafften die erforderliche Umstellung von Rüstungs- auf Zivilproduktion mangels Kapital nicht und verschwanden vom Markt. Die verbleibende Rüstungsindustrie produzierte bis zum Zweiten Weltkrieg kontinuierlich und eigentlich weit über den Bedarf seiner Sitzländer hinaus Rüstungsgüter und verkaufte in alle Teile der Welt. Während des langsamen Anschwellens der Gefahr hin zu einem weiteren Krieg, wurden dann vermehrt Rüstungsgüter eingelagert, was in weiterer Folge den Grundstein für die schnelle Ausrüstung vor allem der Deutschen Wehrmacht legte und ermöglichte. Nach der Machtübernahme durch die NSDAP erfolgte eine Reorganisation und Rekonstruktion der deutschen Rüstungsindustrie. Die mangelnden Rohstoffressourcen führten zu den ersten Gebietsbesetzungen, ähnlich wie zu Beginn des Kapitels bereits zum Thema Antike erläutert. Der Rohstoffbedarf konnte durch den Anschluss Österreichs und der Besetzung Polens vorerst befriedigt werden. Eine weitere Knappheit erfolgte aufgrund der bereits dargestellten Mechanismen des Ersten Weltkriegs im Bereich der Arbeitskräfte. Um diese zu lösen wurde vermehrt auf Frauen, Kinder und schließlich auch auf Zwangsarbeitskräfte aus den besetzten Gebieten zurückgegriffen. Entgegen einer tendenziellen und begleitenden Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Menschen in der Rüstungsindustrie im Rahmen des Ersten Weltkriegs, durch Schaffung von Gewerkschaften und Einräumung von Arbeitsrechten, führte der Weg im Zweiten Weltkrieg, zumindest im Deutschen Reich, in die gegenteilige Richtung. In anderen Ländern erfolgte zumindest eine ähnliche Entwicklung wie im Ersten Weltkrieg. Männer wurden vermehrt als Soldaten gebraucht, Frauen daher vermehrt in der Industrie. Die USA waren Ende der dreißiger Jahre weit entfernt vom rüstungsindustriellen Ausbau ähnlich dem Europas. Es herrschte zu 99% Friedenswirtschaft und dies änderte sich erst im Laufe des Krieges. Als jedoch dann befürchtet werden musste, dass Großbritannien eingenommen werden könnte und sich der Krieg weiter nach Westen

ausweitet, wurden Maßnahmen gesetzt. Der Export wurde um 33% gesteigert, was in einem Land ohne Rohstoffengpässe und einer ausreichenden Anzahl von Arbeitskräften schnell realisierbar war. Die USA waren zu Beginn noch vom Gedanken der Neutralität eingenommen, der aus dem Neutralitätsgesetz aus 1937 rührte und den Export von Waffen verbot. Dieses Verbot wurde jedoch in den nächsten Jahren stark aufgeweicht und so konnten alliierte Kriegsteilnehmer in großem Umfang mit Rüstungsgütern versorgt werden. Den USA gelang es darüber hinaus während des gesamten Zweiten Weltkrieges, sowohl die Zivilbevölkerung als auch seine Soldaten ausreichend zu versorgen.

Nach dem Zweiten Weltkrieg war vor allem in Europa eine starke Tendenz erkennbar, jegliche Art von militärischer Konfliktualität grundsätzlich abzulehnen. Man hatte die Nase voll vom Krieg und wollte dessen Schrecken vergessen und in die Zukunft blicken. Die damaligen Großmächte USA und UdSSR verfielen zwar in den Kalten Krieg, dieser manifestierte sich jedoch vor allem in einer massiven Aufrüstungspolitik und Gesprächsverweigerung, es kam zu keinen militärischen Kampfhandlungen. Die Länder Europas rüsteten erst wieder in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts vermehrt auf, dies aber vor allem mit dem Hintergrund der Verteidigung des eigenen Staatsgebietes, nicht dem Gedanken der Eroberung. Am stärksten engagiert in der Aufrüstung waren von den europäischen Ländern wohl Frankreich und Großbritannien, bei denen es unter anderem um den Erhalt deren Kolonialstellung ging. Die Aufrüstung zu dieser Zeit muss als massiv qualifiziert werden, obwohl eigentlich eine Periode des Friedens begonnen hat. Dieser Prozess der weltweiten Wettrüstung und einhergehender prosperierenden Rüstungsindustrie dauerte bis zum Fall des Eisernen Vorhangs 1989. Haben die Rüstungsunternehmen bis zu diesem Zeitpunkt noch satte Gewinne eingefahren, begann nun eine Zeit des langsamen Rückgangs und der Neustrukturierung. Die erste Idee einen Völkerverbund von geeinigten europäischen Staaten zu schaffen und ein politisch und wirtschaftlich geeintes, demokratisches und vor allem friedliches Europa auf Grundlage einer christlich-abendländischen Wertevorstellung zu schaffen, war die Gründung der Paneuropa Union 1922. Wie wir heute wissen, funktionierte die Idee nicht wirklich. Erst nach Ende des Zweiten Weltkriegs gab es eine erneute Chance für einen derartigen Ansatz. Die Überlegung war, dass man vor allem die militärisch relevanten Wirtschaftsbereiche der europäischen Staaten derart miteinander verflechtet, dass eine militärische Auseinandersetzung zwischen diesen Ländern früher oder später unmöglich gemacht wird. Durch die wirtschaftliche Verknüpfung sollte in weiterer Folge eine politische Annäherung resultieren, die schließlich eine endgültige Aussöhnung der involvierten

Staaten mit sich bringt. Neben dem gegenseitigen Misstrauen der europäischen Staaten wurde der beginnende Kalte Krieg zwischen den Großmächten richtigerweise als potentielle Bedrohung des Friedens in Europa erkannt und daher war ein weiterer Aspekt der für eine Zusammenarbeit sprach eine sicherheitspolitische Erwägung. Ein erster Schritt war der Schuman-Plan¹¹⁹, der in die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) im Jahr 1951 mündete.¹²⁰ Die Gründungsmitglieder dieser EGKS waren Belgien, BRD, Frankreich, Italien, Luxemburg und die Niederlande. In dieser auch als Montanunion bezeichneten EGKS findet sich der Vorläufer der Europäischen Union und deren Organen, einer hohen Behörde mit supranationalen Kompetenzen (heute Europäische Kommission), einem Ministerrat (heute Rat der EU) sowie einer beratenden Versammlung (heute Europäisches Parlament). In einem Folgeschritt schlossen die Gründungsmitglieder 1957 die Römischen Verträge.¹²¹ Ein Vertrag davon war der EWG Vertrag, mit dem schließlich eine Europäische Wirtschaftsgemeinschaft gegründet wurde und das Ziel hatte einen gemeinsamen Markt zu schaffen und eine Art Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Arbeitskräftefreizügigkeit vorzubereiten. Ein weiterer Vertrag zielte auf eine gemeinsame und friedliche Nutzung der Atomenergie ab. Die Idee einer Europäischen Verteidigungsgemeinschaft scheiterte 1952. Ab 1967 konnte man schließlich nach der Zusammenlegung der Organe von Europäischen Gemeinschaften sprechen. Was heute unter Britenrabatt in den Boulevardmedien herumgeistert ist ebenfalls keine Neuheit, bereits 1980 stagnierte eine weitere Integration durch die britische Forderung nach einer Verringerung der Beitragszahlungen. Damals bezeichnete man diese Gesamtsituation als Eurosclerose.¹²² Schließlich wurden 1987 die Vorbereitungen für eine tiefgreifende Änderung der Wirtschaftsverhältnisse

¹¹⁹ Nach dem französischen Außenminister Robert Schuman.

¹²⁰ „Die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, kurz offiziell EGKS, oft auch Montanunion genannt, war ein europäischer Wirtschaftsverband und ein Vorläufer der EG. Er gab allen Mitgliedstaaten Zugang zu Kohle und Stahl, ohne Zoll zahlen zu müssen. Eine besondere Neuheit war die Gründung einer Hohen Behörde, die im Bereich der Montanindustrie, also der Kohle- und Stahlproduktion, gemeinsame Regelungen für alle Mitgliedstaaten treffen konnte. Die EGKS war damit die erste supranationale Organisation überhaupt; anfangs wurde ihr supranationaler Charakter (dt. Fassung: „überstaatlicher“ Charakter) ausdrücklich in Artikel 9 des EGKS-Vertrages vom 18. April 1951 erwähnt.“ Abfrage Wikipedia am 3. Oktober 2016.

¹²¹ „Die Römischen Verträge wurden am 25. März 1957 von Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und den Niederlanden in Rom (Kapitol, Senatorenpalast) unterzeichnet. Die Verträge traten am 1. Januar 1958 in Kraft. Sie bestehen aus dem EWG-Vertrag und dem EURATOM Vertrag. Der EWG Vertrag wurde die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) errichtet. Mit dem EURATOM-Vertrag wurde die Europäische Atomgemeinschaft (EURATOM) gegründet. Weiters enthielten die Römischen Verträge ein Abkommen über gemeinsame Organe für die Europäischen Gemeinschaften, das festlegte, dass EWG, EURATOM und EGKS eine gemeinsame parlamentarische Versammlung (jetzt Europäisches Parlament), einen gemeinsamen Gerichtshof und einen gemeinsamen Wirtschafts- und Sozialausschuss haben sollen. Dieses Abkommen über gemeinsame Organe für die Europäischen Gemeinschaften erfüllte sich jedoch erst endgültig im Zuge des Fusionsvertrages 1967“ Abfrage Wikipedia am 3. Oktober 2016.

¹²² „Der Begriff Eurosclerose wird für die Krisenphase der europäischen Integration zwischen 1973 und 1984 verwendet, in der die Staaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) ihre Bestrebungen bei der Öffnung der europäischen Märkte verringerten und teilweise zu einer nationalen Wirtschaftspolitik zurückkehrten.“ Abfrage Wikipedia am 3. Oktober 2016.

eingeleitet. Mit der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) gelangte ein Europäischer Binnenmarkt in Planung, dessen Umsetzung nur durch eine massive Angleichung des Wirtschaftsrechts aller Mitgliedsstaaten ermöglicht werden konnte. Bis zum Jahr 1993 sollten damit jegliche Hemmnisse im innereuropäischen Handel ausgeräumt werden. Der Vertrag von Maastricht 1992 sowie der Vertrag von Lissabon 2007 führten schließlich zum heutigen Wirtschaftsgefüge mit einer strengen gesetzlichen Durchnormierung des Rüstungsbereichs.

c. Ökonomische Dimension

Um die Mechanismen im Rüstungsgeschehen zu verstehen, erscheint die enge Konnexität und Wechselwirkung zur staatlichen Wirtschaft herausgehoben werden zu müssen. Dabei lassen sich jedoch unterschiedliche Ansichten und Positionen lokalisieren. Bereits Habermas¹²³ ortete eine Legitimationskrise im Spätkapitalismus¹²⁴, was aus der Entartung der Natur von ganz allgemein wirtschaftlichen Mechanismen resultiert. Die Verregulierung und Übersteuerung der vom Kapitalismus geprägten Wirtschaft untergräbt in diesem Sinne jene Sachzwänge, die der marktwirtschaftlichen Ideologie immanent sind. Die Wirtschaft hat immer weniger natürliche Antriebsmomente und regelt sich nicht mehr selbst, sondern wird vermehrt durch die Politik gelenkt. Eine objektiv unüberschreitbare Schranke der Weiterentwicklung des Kapitalismus aufgrund der Abnahme der legitimierenden Motivationszufuhr für das System wurde idS lanciert. „Eine Legitimationskrise des spätkapitalistischen Systems müsse dann eintreten, wenn die materiellen Bedürfnisse stärker steigen als die durch Produktionserhöhung und Wirtschaftswachstum disponible Wertmasse, wenn die kulturellen Motivationen für Fügsamkeit und Leistung mit der krisenhaften Systementwicklung zersetzt würden und sich autonome Eigenentwicklungen im soziokulturellen Subsystem durchsetzen.“¹²⁵ Wenngleich Löwenthal dieses Transformationsmodell Habermas deshalb kritisierte, weil die gesellschaftsverändernde Rolle der Demokratie nicht einberechnet wurde, erscheint der Einwand Habermas nicht unbeachtlich. Sehen wir uns die wirtschaftliche Entwicklung nach dem ersten Weltkrieg in Zusammenschau mit der Rüstungswirtschaft

¹²³ Jürgen Habermas (* 18. Juni 1929 in Düsseldorf) ist ein deutscher emeritierter Professor, der zu den weltweit meistrezipierten Philosophen und Soziologen der Gegenwart zählt. In der philosophischen Fachwelt wurde er bekannt durch Arbeiten zur Sozialphilosophie mit diskurs-, handlungs- und rationalitätstheoretischen Beiträgen, mit denen er die Kritische Theorie auf einer neuen Basis weiterführte. Für Habermas bilden kommunikative Interaktionen, in denen rationale Geltungsgründe erhoben und anerkannt werden, die Grundlage der Gesellschaft. (Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/J%C3%BCrgen_Habermas am 250416)

¹²⁴ Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus (1973).

¹²⁵ Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus (1973).

an. Großbritannien erlebte bereits 1921 eine schwere wirtschaftliche Depression, die in weiterer Folge in der Weltwirtschaftskrise 1929 gipfelte. Sogar in den USA sank das Durchschnittseinkommen der Bevölkerung um 60%, ein Großteil der Bevölkerung in den westlichen Industrienationen war arbeitslos. Es handelte sich um eine Krise in den kapitalistischen Wirtschaftsländern, die vom Westen isolierte Sowjetunion war in keinem vergleichbaren Ausmaß betroffen. Sämtliche hochgelobte Selbstheilungskräfte der Wirtschaftssysteme versagten umfassend. Die getroffenen „zivilen“ Maßnahmen der Regierungen konnten den Abschwung zwar bremsen, jedoch keinesfalls stoppen. Erst als auf „militärische“ Maßnahmen fokussiert wurde, erlangte der Wirtschaftsmotor jenes Momentum das ausreichte, einen nachhaltigen Effekt zu reproduzieren. Erst die Vorbereitungen auf einen Krieg vermochten die Krise vorübergehend zu kalmieren. Treffend zu diesem Zeitpunkt auch rückblickend die Aussage J.K. Galbraiths¹²⁶, nach dem einzig und alleine der Krieg, und nicht etwa ökonomische Weisheit die Depression beendet hätten. Das Heilmittel der Kriegsvorbereitung erscheint zwar nicht sehr schön und schmückend, jedoch hatte es ohne Zweifel eine ähnliche Wunderwirkung für die Gesundheit der westlichen Welt, wie der Imperialismus die Jahrhunderte davor. Durch die Kriegsvorbereitungen wurde ein Absatzmarkt garantiert. Rüstungsgüter unterliegen im Vergleich zu zivilen Gütern nicht den üblichen Konjunkturschwankungen. Der Markt unterliegt immer den einfachen Regeln des Verhältnisses zwischen Angebot und Nachfrage. Konsumgüter wie zum Beispiel Essen werden dann und in jenem Ausmaß nachgefragt, wie die Bevölkerung Geld zur Verfügung hat. Entsprechend schwankt die Nachfrage nach Mitteln zur Produktion, Vermarktung und Logistik dieser Konsumgüter. Bei Rüstungsgütern manifestieren sich die Motivatoren einer Nachfrage einzig und allein an einer politischen Entscheidung einen gewissen Konfliktzustand aufrechtzuerhalten und zu nähren. Da auch aus heutiger Sicht angenommen werden kann, dass die finanziellen Mittel eines Staates als unbegrenzt anzusehen sind, ist das mögliche Potenzial unendlich. Natürlich sind die Ansichten zu den Vorzügen oder Nachteilen in der Wissenschaft umstritten. Einerseits kann in der Konfliktualität selbst ein Potential gesehen werden, weil allein durch die Androhung eines Konfliktes die Möglichkeit bestehen kann, eigene wirtschaftliche Interessen durchzusetzen. Rüstungswirtschaft qualifiziert sich daher nicht bloß durch die Gewinne, die Rüstungsunternehmen lukrieren können, sondern es verbirgt sich dahinter ein wirtschaftsstrategisches Machtinstrument. Andererseits kann man auch jener Ansicht etwas abgewinnen, der nach Rüstungsgüter rein ökonomisch als wertloses Totkapital

¹²⁶ John Kenneth Galbraith (* 15. Oktober 1908 in Iona Station, Ontario, Kanada; † 29. April 2006 in Cambridge, Massachusetts, Vereinigte Staaten) war ein kanadisch-US-amerikanischer Ökonom, Sozialkritiker, Präsidentenberater, Romancier und Diplomat. Galbraith war einer der einflussreichsten Ökonomen des 20. Jahrhunderts, als Keynesianer und Linksliberaler setzte er sich zeitlebens für eine Stärkung der staatlichen Institutionen und für eine Förderung der Nachfrage ein. (Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/John_Kenneth_Galbraith am 250416)

angesehen werden kann. Es mangelt ihnen an reproduktiven Eigenschaften für Investitionen und erscheinen keinesfalls als geeignete Grundlage für eine sichere Welt.¹²⁷ Welcher Meinung sich man auch immer näher fühlt, die reine Macht des Faktischen führt unweigerlich zu folgendem Ergebnis. Es ist nicht absehbar, dass sich die globale Gesellschaft derart weiterentwickelt, um vom Lichtblick einer konfliktlosen Zukunftssituation ausgehen zu können. „Erst eine Veränderung der Gesellschaft durch eine gezielte Entspannungspolitik, die zu einer Politik der Gewaltlosigkeit führt, kann eine Umverteilung der knappen Ressourcen von der Rüstung hin zur zivilen Produktion bewirken“.¹²⁸ Solange dies nicht der Fall ist, sind die Staaten gezwungen, Streitkräfte zu unterhalten und diese mit Rüstungsgütern auszustatten. Innerhalb dieser Notwendigkeit gibt es natürlich unterschiedliche Ansätze dies zu realisieren. Einerseits kann eine autonome Rüstungsbewirtschaftung stattfinden oder es kann ein Schwergewicht auf kooperative Rüstungsbewirtschaftung gelegt werden. Vom Umfang des Geschäfts mit Rüstungsgütern muss man sagen, dass dessen Anteil gemessen am Weltwirtschaftsaufkommen weitab von der Unerheblichkeitsschwelle liegt. Wie bereits eingangs illustriert betrugen 2015 die weltweiten Militärausgaben ca. 1.760 Milliarden US-Dollar.¹²⁹ Dies entsprach einem Umfang von in etwa 2,4 % des Weltbruttoinlandsprodukts.¹³⁰ Herunter gebrochen auf die Weltbevölkerung ergibt dies ca. 238 US-Dollar für jeden einzelnen Menschen auf dieser Erde.¹³¹ Das Auftragsvolumen der 100 wichtigsten Rüstungsunternehmen belief sich 2011 auf 410 Milliarden US-Dollar. In der Europäischen Union waren es 2012 ca. 96 Mrd. €, es wurden in etwa 400.000 Personen in diesem Industriezweig beschäftigt der wiederum rund 960.000 weitere Arbeitsplätze indirekt schuf.¹³² Die kumulierten Verteidigungsbudgets der EU lagen 2013 bei ca. 400 Mrd. \$, im Vergleich dazu lag der Etat in den USA bei 640 Mrd. \$. Das weltweite Kriegsgeschehen zeigt den wahren Motor dieses Systems. Ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts erreichte die Konfliktualität einen Höchststand von 63 bewaffneten Konflikten und Kriegen.¹³³ Wenn auch gewissen Schwankungen erkennbar sind und immer wieder Rückgänge verzeichnet werden, eine Zahl von durchschnittlich 30 Konflikten wird selten unterschritten. Hier sprechen wir aber noch lange nicht von als „potentielle Bedrohungen“ anzusehende Lagen, also Situationen wo es noch keine Konflikte gibt, jedoch jederzeit ein Ausbruch möglich ist. Die Rüstungsindustrie lebt von Konflikten

¹²⁷ Pöcher, Rüstung in Europa.

¹²⁸ Pöcher, Rüstung in Europa.

¹²⁹ SIPRI Military Expenditure Database.

¹³⁰ Bei einem herangezogenen Weltbruttoinlandsprodukts von 74,5 Billionen USD.

¹³¹ Weltbevölkerung gemäß Stiftung Weltbevölkerung Jahreswechsel 2015/2016 7.391.068.000.

¹³² Commission Staff Working Document on Defense Accompanying the document Communication Towards a more competitive and efficient defense and security sector 52013SC0279.

¹³³ Universität Hamburg, Analyse der Arbeitsgemeinschaft Kriegsursachenforschung vom Dezember 2012.

und Bedrohungslagen. Die Rüstungskonzerne haben ein wesentliches Interesse am Bestand von Bedrohungslagen, an der Fortführung bestehender und am Aufflammen neuer Konflikte. Das Rüstungsgeschehen unterliegt gewissen lagebedingten Schwankungen und orientiert sich im Wesentlichen nach der Bedrohungs- bzw Interessenslage der jeweiligen Regionen. Aus diesem Grund rüstet die gesamte Welt auch keinesfalls ab, im Gegenteil, die Welt rüstet auf.¹³⁴

d. Rüstung als Teil der Privatwirtschaftsverwaltung

Rüstung soll in vorliegender Arbeit dahingehend verstanden werden, als dass der Staat durch die Tätigkeit der Rüstung seiner Verpflichtung nachkommt, seine Streitkräfte mit jenen erforderlichen Mitteln auszustatten, dass diese ihren Auftrag zu erfüllen befähigt werden. Eine weitere Beurteilung, ob dabei um eine in Bezug auf die konkreten Mittel bezogene weitere Differenzierung angestellt werden muss, bleibt vorerst offen. Wenn man nun auch diesen breiten Ansatz anlegt, dann findet sich am zentralen Angelpunkt der Rüstung die Tätigkeit der Beschaffung von Rüstungsgütern. Diese Beschaffungstätigkeit ist zweifelsfrei Bestandteil des in der Rechtsordnung abgebildeten öffentlichen Auftragswesens. Dort findet es seine Regelung im Wesentlichen durch das Vergaberecht. Das Vergaberecht hat seine Quellen sowohl im internationalen Recht, im Recht der Europäischen Union als auch im nationalen Recht. Es regelt unter anderem, wie sich öffentliche Auftraggeber, also die staatliche Verwaltung, bei der Vergabe von Aufträgen verhalten müssen. Um einen Anknüpfungspunkt zum Thema der vorliegenden Arbeit zu finden, bedarf es einer Einordnung der Rüstungstätigkeit in die Handlungsformen der staatlichen Verwaltung.

Dem Bund und den Ländern werden im B-VG hoheitliche Kompetenzen zur Gesetzgebung und Vollziehung zugewiesen.¹³⁵ Diese staatliche Hoheitsverwaltung setzt ihre Handlungen nach außen mit Imperium, dh durch einseitige Gestaltung von Rechtsverhältnissen. Dies erfolgt vor allem durch individuelle Akte in Form von Bescheiden, Weisungen oder der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. Für jegliches hoheitliches Handeln ist aufgrund des Legalitätsprinzips¹³⁶ eine gesetzliche Grundlage zwingend erforderlich.¹³⁷ Die Hoheitsverwaltung darf idS keine Handlungen setzen ohne dass diese nicht durch

¹³⁴ SIPRI Military Expenditure Database.

¹³⁵ Art 10-15 B-VG.

¹³⁶ Art 18 B-VG.

¹³⁷ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 580 f.

Gesetz erlaubt sind. Rechtsschutz gegen den hoheitlich handelnden Staat wird durch den Verwaltungsrechtsweg und durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts garantiert. Dem Staat stehen aber auch noch weitere Handlungsformen zur Verfügung. So gibt es neben hoheitlichen Akten, die wie der Bescheid normative Wirkung zeitigen, auch hoheitliche Akte ohne eine derartige normative Wirkung. Die Rede ist von nicht normativen hoheitlichen Handlungen der staatlichen Verwaltung. Dieser Bereich der Hoheitsverwaltung wird auch gerne mit dem Begriff der schlicht hoheitlichen Verwaltung umschrieben. Gemeint sind Handlungsformen wie Realakte oder die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ). Neben diesen hoheitlichen Handlungsformen gibt es noch die Handlungsform der nicht hoheitlichen staatlichen Verwaltung, also eine dritte Kategorie an möglichen Handlungsformen des administrativen Verwaltungsapparates. In dieser Form handelt der Staat mit privatrechtlichen Instrumenten. Heute wird das Handeln der staatlichen Verwaltung als Träger von Privatrechten und in weiterer Folge in den Handlungsformen des Privatrechts entweder als „Privatwirtschaftsverwaltung“ oder auch als „nicht hoheitliche Verwaltung“ bezeichnet. Die Bezeichnung „Privatwirtschaftsverwaltung“ entstammt übrigens der Lehre und wurde bereits 1927 durch Adamovich (sen.)¹³⁸ in die juristische Terminologie aufgenommen.¹³⁹ Der Begriff wurde im Laufe der Zeit von der Lehre übernommen, im B-VG findet er sich allerdings an keiner Stelle. Die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden sind rechts- und vermögensfähig und können nicht nur ausschließlich im Rahmen der Hoheitsverwaltung tätig werden, sondern auch Träger von Privatrechten sein.¹⁴⁰ Sie sind eigene Rechtspersönlichkeiten und verfügen über eigenes Vermögen. Wird der Staat als Träger von Privatrechten tätig, handelt er nicht hoheitlich, er bedient sich privatrechtlichen Handlungsformen. Der Staat verzichtet daher im Bereich dieser Privatwirtschaftsverwaltung auf die Setzung von Hoheitsakten und tritt gegenüber den anderen Privatrechtssubjekten auf vermeintlich gleicher Augenhöhe auf. Dies führt dazu, dass der Staat dieselben Rechte aber auch Pflichten hat wie ein Privater. Er muss sich daher bei seinen Handlungen auch an jene Rechtsvorschriften halten, an die sich andere Private halten müssen. Im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handelt der Staat nicht behördlich, deshalb ist das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz auch nicht anwendbar.¹⁴¹ Dieser Umstand ist von wesentlicher Bedeutung, wie sich in weiterer Folge noch zeigen wird. „Gemeinden sind selbständige Wirtschaftskörper und haben das Recht, innerhalb der

¹³⁸ Ludwig Adamovich senior (* 30. April 1890 in Osijek, Kroatien; † 23. September 1955 in Wien) war österreichischer Rechtswissenschaftler, Richter und Politiker.

Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Ludwig_Adamovich_senior Abfrage vom 9. Jänner 2015.

¹³⁹ Rill zu Art 18 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2001) Rz 34, mit Verweis auf Adamovic (sen.), Österreichisches Staatsrecht1 (1927) 278 f.

¹⁴⁰ Art 77 B-VG.

¹⁴¹ Bezemek in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit1 (2011) 284.

Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen“.¹⁴² Daraus ergibt sich auch für die Gemeinden die verfassungsrechtlich abgeleitete Zulässigkeit zum privatwirtschaftlichen Handeln. Die Gemeinden werden dadurch als Privatrechtssubjekte qualifiziert und ihnen das Recht auf Privatwirtschaftsverwaltung zugestanden. Strittig ist in diesem Zusammenhang ob und inwieweit eine gesetzliche Einschränkung des Betriebs oder der Beteiligung von Gemeinden an Unternehmen zulässig ist oder in welchem Ausmaß eine gesetzliche Verpflichtung von Gemeinden zu privatrechtlichem Handeln zulässig ist. Letzterer Fall ist zumindest in Bezug auf die nicht hoheitliche Besorgung von öffentlichen Aufgaben zu bejahen. Die nicht hoheitlich handelnde Verwaltung setzt ihre Handlungen nach außen mit den Mitteln des Privatrechts, zum Beispiel durch Abschluss eines Vertrages oder der Führung eines Unternehmens. Bei derartigen Tätigkeiten unterliegt sie jedoch ebenso wie jede andere Privatperson, den jeweiligen auf die konkrete Tätigkeit bezogenen Rechtsvorschriften des öffentlichen Rechts.¹⁴³ Für das Vorliegen von Privatwirtschaftsverwaltung kommt es ausschließlich darauf an, dass die Verwaltungsorgane in den Rechtsformen des Privatrechts handeln. Es können sowohl typische privatwirtschaftliche Tätigkeiten aber auch typische Aufgaben des Staates im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung umgesetzt werden. Die Gesetzgebung durch den Bund oder die Länder kann in diesem Zusammenhang sowohl die Hoheitsverwaltung, aber auch die Privatwirtschaftsverwaltung zum Gegenstand haben. Vollziehung ist allerdings ein Begriff, der sich ausschließlich auf die Hoheitsverwaltung erstreckt.

e. Geschichte der Privatwirtschaftsverwaltung

Als Ausgangspunkt für die Betrachtung des Ursprunges sowie der Entwicklung der Privatwirtschaftsverwaltung erscheint ein Blick auf das antike Rom zielgerichtet. Das römische Recht wird deshalb als Quelle herangezogen, da es einen erheblichen Einfluss auf das heutige Zivilrecht hatte. Auch zur damaligen Zeit gab es offensichtlich einen Bedarf, die Finanzverwaltung des Staates auf irgendeine Weise zu regeln. Die Auswirkungen sind bis heute erkennbar.

Um 27 v Chr wurde Octavianus als Caesars Adoptivsohn und Großneffe, vom Senat der Titel „Augustus“ (der Erhabene) verliehen. Augustus begründete daraufhin als neue Regierungsform den „Prinzipat“. In weiterer Folge ließ er sich zum „Prinzeps“, den

¹⁴² Art 116 Abs 2 B-VG.

¹⁴³ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 238.

Senatsältesten ernennen. Die Prinzipatsverfassung wurde vom Gedanken einer Trennung von Amt und Gewalt getragen. Zwar existierten die Magistrate des „*Prokonsuls*“ und des „*Tribuns*“ formell, tatsächlich jedoch hatte Augustus deren Machtbefugnisse inne. Zur offiziellen Verhüllung seiner quasi Alleinherrschaft, gab er sich als Privatperson aus und bestand darauf, dass er ausschließlich durch seine persönliche „*Auctoritas*“ wirkte und nicht durch amtliche „*Potestas*“. Trotz dieser in Wahrheit konzentrierten Macht auf Seiten Augustus, herrschte er aufgeklärt und liberal, indem er sich dem Gesetz unterordnete und Selbstbeschränkungen auferlegte. In der Prinzipatszeit wurde eine beamtete Reichsverwaltung eingerichtet. In der Finanzverwaltung wurde ein Vorläufermodell zur heutigen Privatwirtschaftsverwaltung geschaffen, indem zum bestehenden Vermögen des Senats, dem „*aerarium*“, der kaiserliche „*fiscus*“ hinzutrat. Der „*fiscus*“ war das zweckgebundene Privateigentum des jeweiligen Prinzipats und bestand aus Steuern, Domäneneinkünften und Erträgen aus den Provinzen.¹⁴⁴

Hier findet sich der lokalisierte Grundstein der Privatwirtschaftsverwaltung, in der Zeit des „*Prinzipats*“, durch die Einführung des „*Fiskus*“ als Gegensatz und neben dem „*Aerarium*“. Der Fiskus war im weitesten Sinn als die kaiserliche Privatkasse anzusehen, demgegenüber das „*Aerarium*“ als die Staatskasse stand. Bis heute lassen sich die Spuren des Wortes „*Fiskus*“ zurückverfolgen, wie dies zB einerseits im allgemeinen Sprachgebrauch bis in das heutige ABGB illustriert werden kann.¹⁴⁵

Die Epoche vom Spätmittelalter bis zur Neuzeit kann als jene Zeit identifiziert werden, in der das römische Recht im wahrsten Sinne des Wortes wiederentdeckt wurde. Der Zeitraum zwischen dem 6. und 11. Jahrhundert gilt als die „dunklen Jahrhunderte des römischen Rechts“¹⁴⁶, aus dieser Zeit ist nur sehr wenig bekannt. Erst danach erfolgte die „Wiederentdeckung“ und begann eine systematische Aufarbeitung in der bedeutendsten Rechtsschule des europäischen Mittelalters, der von Bologna. Deren Ergebnisse hatten vor allem auf das Zivilrecht der folgenden Jahrhunderte und bis heute maßgeblichen Einfluss. Obwohl ein direkter Einfluss auf die heutige Privatwirtschaftsverwaltung im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht nachgewiesen werden konnte, liegt es jedoch nahe zu behaupten, dass eine eindeutige Analogie zum römischen Recht vorherrscht. Diese Ähnlichkeit der Systematik der Zweiteilung des Staates in einen hoheitlichen sowie privatrechtlich Agierenden, erscheint eindeutig aus den Wurzeln des römischen Rechts hervorgegangen zu sein. Zwischen 15. und 18.

¹⁴⁴ Hausmanninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, (2001) 11.

¹⁴⁵ Vgl §§ 1174, 1472 ABGB.

¹⁴⁶ Freies Zitat von Prof. Klingenberg (Johannes Kepler Universität Linz) durch den Verfasser.

Jahrhundert kann, aufgrund der Tendenz zur Verbesserung der ländlichen Infrastruktur, ein höherer Bedarf an Geldmitteln für staatliche (zivile) Zwecke nachvollzogen werden. Dieser erhöhte Bedarf wurde einerseits aus Einkünften des landesfürstlichen Kammergutes „*Camerale*“ und durch Steuern „*Contributionale*“ gedeckt.¹⁴⁷

Nach Kant¹⁴⁸ ist der Mensch als Träger der alleine maßgebenden Vernunft, kein fremdbestimmtes, manipulierbares Wesen, sondern kann selbst über seine Lebensweise bestimmen. Die Herrschaftsgewalt legitimiert sich ausschließlich an einer faktischen Übereinkunft der einzelnen Individuen mit dem Herrscher, wodurch diesem die Regierungsbefugnisse übertragen werden. Die Ausübung dieser Befugnisse ist mit der auf der Förderung des Wohles der Untertanen ausgerichteten Zwecks beschränkt. Dies leitete unter anderem die Entwicklung zur Einsicht ein, dass keine Einheit von Staat und Herrscher besteht und daher diese beiden Elemente voneinander getrennt zu betrachtet sind.¹⁴⁹

In der Rechtslehre zur Zeit des Absolutismus kann der Begriff der „*Fiskustheorie*“ identifiziert werden. Die historischen Wurzeln der Privatwirtschaftsverwaltung und somit des heutigen Art 17 B-VG lassen sich vor allem in diesem Zeitraum der absolutistischen Ära aufspüren. Der absolute Herrscher verkörperte den Staat und war in seiner Machausübung im Wesentlichen unbeschränkt. Im Laufe der Zeit keimten, wohl nicht unbeeinflusst durch Kant, Bestrebungen auf, den Herrscher in irgendeiner Form einer gesetzlichen Bindung zu unterwerfen. Dies war aufgrund seiner Stellung als absoluter Herrscher „*legibus solutus*“¹⁵⁰ grundsätzlich nicht möglich.¹⁵¹ Was sich jedoch im Laufe der Zeit als möglich erwies, war eine gedankliche Trennung des Staates in zwei voneinander unabhängige Formen, einer privatrechtlichen Form und einer hoheitlichen Form nach dem römisch rechtlichen Modell. Der Staat wurde in weiterer Folge immer dann wenn er privatrechtlich handelte, als besondere juristische Person

¹⁴⁷ Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte¹¹ (2009) 81.

¹⁴⁸ Immanuel Kant (* 22. April 1724 in Königsberg, Preußen; † 12. Februar 1804 ebenda) war ein deutscher Philosoph der Aufklärung. Kant zählt zu den bedeutendsten Vertretern der abendländischen Philosophie. Sein Werk Kritik der reinen Vernunft kennzeichnet einen Wendepunkt in der Philosophiegeschichte und den Beginn der modernen Philosophie. Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant Abfrage vom 9. Jänner 2015.

¹⁴⁹ Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte¹¹ (2009) S 81.

¹⁵⁰ Übersetzt lat. - Von den Gesetzen entbunden - „Der Satz lautet in der ältesten überlieferten Version „*princeps legibus solutus*“ (Ulpian, Digesten 1,3,31) und beschreibt die Tatsache, dass die römischen Kaiser sich von einzelnen Gesetzen befreien lassen konnte. In der späteren Kaiserzeit wurde er so aufgefasst, dass der Kaiser überhaupt über den Gesetzen steht, und in dieser Intention wurde der Satz zur Maxime der Herrschaft im Absolutismus, eingeschränkt allerdings durch die Klausel, dass der Herrscher nur zum Wohl des Staates handeln darf“. Art. 43 der preußischen Verfassung formulierte diesen Grundsatz später so: „Die Person des Königs ist unverletzlich.“ Aus einer Abfrage vom 07.01.15 bei der Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Liste_#Legibus und <http://www.proverbia-iuris.de/princeps-legibus-solutus/>.

¹⁵¹ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 1.

angesehen und als „*Fiskus*“ bezeichnet. Diese Bezeichnung sollte so viel wie „Bundesschatz“ oder „Staatsschatz“ bedeuten. Gemeint war vor allem jener Teil der staatlichen Verwaltung, der fähig sein sollte, Eigentums- und Vermögensrechte zu erwerben, zu besitzen und zu verbrauchen. Von nun an war somit eine Differenzierung zwischen einerseits dem Staat als Träger von Privatrechten, dem „*Fiskus*“ und andererseits dem Staat als Träger der Hoheitsgewalt dem „*Souverän*“ möglich. Der Staat wurde dadurch als in zwei Hälften geteilt angesehen, wodurch aber auch eine Interaktion dieser beiden Hälften untereinander möglich wurde.¹⁵²

Vor allem in der absolutistischen Rechtslehre vertrat man diese Vorstellung einer Zweiteilung des Monarchen in den *Souverän* einerseits und in den *Fiskus* andererseits. Dieser Teil des Monarchen war nun erstmals antastbar, er konnte als potentieller Schuldner angesehen werden.¹⁵³ Die „*Fiskustheorie*“ war geboren, womit hoheitliche Akte des Staates zugunsten oder zulasten des privatrechtlich handelnden Staates erstmals möglich und nachvollziehbar wurden. Der „*Souverän*“, also jene mit der Hoheitsgewalt ausgestattete Person, konnte auch weiterhin nicht gerichtlich belangt werden. Es musste daher eine juristische Person geschaffen werden, der eine vermögensrechtliche Haftung auferlegt werden konnte. Dies war der „*Fiskus*“, der gleichzeitig die Privatrechtsfähigkeit des Staates repräsentieren und in dieser Form mit den einfachen Bürgern auf gleicher Augenhöhe stehen sollte. Hier sind auch die Wurzeln der vermögensrechtlichen Haftung für staatliches Handeln zu erblicken.¹⁵⁴

Ein weiterer Zweck der „*Fiskustheorie*“ war es, die Theorie eines allmächtigen ungebundenen Staates unberührt zu lassen und künstlich am Leben zu erhalten.¹⁵⁵ Trotzdem wurden die Entwicklungen nicht unkritisch gesehen. Der Kunstgriff der „*Fiskustheorie*“ wurde als „Erfindung heuchlerischer Juristen“, „Zerrbild“, „Fiktion“ bzw. „*Usurpation*“¹⁵⁶ betitelt und als „durch den Zweck geheiligtes Mittel zum Schutze der Untertanen gegenüber der Staatsgewalt“ bezeichnet. Das „Dulden“ der Staatsmacht wurde jedoch zweifelsohne durch die Möglichkeit des „Liquidierens“ beim *Fiskus*

¹⁵² Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verwaltungslehre, (1986) 181.

¹⁵³ Bezemek in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011) S 290 mit Verweis auf zahlreiche Literatur.

¹⁵⁴ Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verwaltungslehre, (1986) 181.

¹⁵⁵ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 1

¹⁵⁶ Als Usurpation (lat. *usurpatio* ‚Gebrauch‘; *usurpare* ‚in Besitz nehmen‘, ‚widerrechtlich die Macht an sich reißen‘) wird im neueren Sprachgebrauch die Anmaßung eines Besitzes, einer Befugnis, besonders aber der öffentlichen Gewalt bezeichnet – also insbesondere die gewaltsame Verdrängung eines legitimen Herrschers, der Umsturz der Verfassung und die Unterdrückung der Selbstständigkeit eines Staates durch einen Usurpator.

Quelle: <http://de.wikipedia.org/wiki/Usurpation> Abfrage vom 9. Jänner 2015.

besser verträglich.¹⁵⁷ Aus dem Fiskusbegriff und der Fiskustheorie leitet sich in weiterer Folge auch die Theorie und der Begriff der „*Fiskalgeltung*“ der Grundrechte ab“.

Wie die vorangegangenen Ausführungen zeigen, handelte es sich bei der Einrichtung des Fiskus in Wahrheit um das Bestreben, eine Art effektiven Rechtsschutz gegen den Staat einzurichten. Dies erfolgte zu einer Zeit, als von einer gesetzlichen Bindung des Staates iSe Legalitätsprinzips wie wir es heute kennen, noch nicht einmal ansatzweise die Rede sein konnte. Im Vergleich zur Stellung des einzelnen Individuums gegenüber dem hoheitlich agierenden Staat, konnte daher die Stellung des Einzelnen gegenüber dem privatrechtlich handelnden Staat für diese Zeitepoche, als mit einem umfangreichen zivilrechtlichen Rechtsschutz ausgestattet, angesehen werden. Dagegen gab es gegenüber dem hoheitlichen Staat keine Abwehrmöglichkeiten. Wie sich weiter zeigen wird, handelte es sich damals um genau umgekehrte Verhältnisse als sie in heutiger Zeit teilweise vorherrschen. Heute ist der Rechtsschutz gegenüber dem hoheitlich handelnden Staat sehr umfangreich, dagegen im Vergleich dazu, gegenüber dem privatrechtlich handelnden Staat eher marginal ausgestaltet.

Spätestens im 19. Jahrhundert wurde die Theorie einer Aufspaltung des Staates in unterschiedliche Rechtspersonen grundsätzlich überwunden. Es folgte jedoch eine Einteilung in Verwaltungsvermögen sowie Finanzvermögen. Als Fiskus wurde in weiterer Folge jener Teil der Staatsgewalt bezeichnet, der vermögensrechtliche Beziehungen herstellte. Dieser nichthoheitlich handelnde Staat wurde mit den Privaten gleichgestellt.¹⁵⁸

Die österreichische Verwaltungsrechtslehre schloss sich der Fiskustheorie nie vollinhaltlich an und tendierte auch in weiterer Folge auch eher zu einer grundsätzlichen Bindung des Staates in seiner Funktion als Träger von privaten Rechten, an die strengen öffentlich rechtlichen Normen.¹⁵⁹

Bis ins 19. Jahrhundert wurde unter dem Fiskus jener Teil des Staates verstanden, der als Träger von Privatrechten auftrat und den allgemeingültigen gesetzlichen Schranken der Zivilgerichtsbarkeit unterlag. Dies führte dazu, dass der Staat in diesem Bereich strenger reglementiert war, als im Bereich der Hoheitsverwaltung. Die Hoheitsverwaltung war aufgrund einer damals teilweise fehlenden umfassenden

¹⁵⁷ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 1 mit Verweis auf Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL (1961) 208 (221f).

¹⁵⁸ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 1 mit Verweis auf Zoepfl, Grundsätze des allgemeinen und des constitutionellen monarchischem Staatsrechts⁵ (1863) 695 und Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL (1961).

¹⁵⁹ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 1.

Gesetzesbindung nur sehr eingeschränkt gesetzlichen Bindungen unterworfen. Erst aufgrund der in weiterer Folge immer strenger werdenden verfassungsrechtlichen Bindung der Hoheitsverwaltung an die Gesetze, kehrte sich dieses Verhältnis um. Plötzlich unterlag der privatrechtlich handelnde Staat weitaus geringeren rechtlichen Einschränkungen als im Bereich der Hoheitsverwaltung.¹⁶⁰ Als wesentlich für die Ausgestaltung der staatlichen Verwaltungstätigkeit darf in diesem Zusammenhang auf keinen Fall die Implementierung eines funktionierenden Verwaltungsapparates durch die Schaffung einer Beamtenschaft übersehen werden. Mittels kaiserlicher Verordnungen schuf Joseph II. eine Gruppe von Staatsdienern zur Vollziehung des staatlichen Willens. Ihre Aufgabe war es, unter zentraler Leitung und Aufsicht, den staatlichen Willen anhand objektiver Anforderungen zu vollziehen.¹⁶¹ Im Jahr 1811 gab es den ersten Staatsbankrott. Um die Währung zu stabilisieren und zu sanieren, wurde schließlich die Nationalbank gegründet. Der Staat begann sich zunehmend als Unternehmer zu betätigen, was vorerst monopolistisch erfolgte.

f. Verfassungsrechtliche Einordnung und Konnex zu Art 17 B-VG

In der Literatur wird bei der Einordnung des Vergaberechts meist auf die Anmerkungen des Verfassungsausschusses zu Artikel 14b B-VG vom 15.02.2002 verwiesen.¹⁶² Demnach handelt es sich beim Kompetenztatbestand des öffentlichen Auftragswesens um einen aus dem Gemeinschaftsrecht entlehnten offenen Begriff, der ermächtigt, „staatsspezifische Sonderregelungen über das Verhältnis des privatwirtschaftlich handelnden Staates zu echten Privaten“, zu treffen. Der Verfassungsausschuss qualifizierte daher den Kompetenztatbestand in Artikel 14b B-VG „öffentliches Auftragswesen“ als Sonderzivilrecht.¹⁶³ Das Vergaberecht ist eine solche Sonderregelung über das Verhältnis des privatwirtschaftlich handelnden Staates zu echten Privaten und hat daher seine verfassungsrechtliche Grundlage in Artikel 14b B-VG. Nach dem Adhäsionsprinzip ist mit der Kompetenz zur Regelung des materiellen Vergaberechts, auch die Kompetenz zur Regelung des nicht ausdrücklich genannten formellen Verfahrensrechts verbunden.¹⁶⁴ Diesem Grundsatz wurde beim Kompetenztatbestand des öffentlichen Auftragswesens nicht entsprochen, da die Angelegenheiten des Rechtsschutzes bei der Vergabe von Aufträgen und somit der Bereich des formellen Verfahrensrechts, nicht nach Artikel 14b Abs 1 B-VG Sache des

¹⁶⁰ Korinek/Holoubek, Grundlagen der staatlichen Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 29.

¹⁶¹ Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte¹¹ (2009) 86.

¹⁶² AB 1118 BlgNR 21. GP 9.

¹⁶³ AB 1118 BlgNR 21. GP 9.

¹⁶⁴ Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000), Rz 259.

Bundes als dem zuständigen Materiengesetzgeber, sondern nach Artikel 14b Abs 3 B-VG als Sache der Länder festgelegt wurde.

Die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden sind rechts- und vermögensfähig und können daher nicht nur ausschließlich im Rahmen der Hoheitsverwaltung tätig werden, sondern auch Träger von Privatrechten sein.¹⁶⁵ Sie sind eigene Rechtspersönlichkeiten und verfügen über eigenes Vermögen. Artikel 17 B-VG normiert, dass durch die Bestimmungen der Artikel 10 bis 15 über die Zuständigkeit in Gesetzgebung und Vollziehung, die Stellung des Bundes und der Länder als Träger von Privatrechten in keiner Weise berührt wird. Die Privatwirtschaftsverwaltung ist daher nicht an die Kompetenzverteilung gebunden.¹⁶⁶ Gemäß Artikel 116 Abs 2 B-VG sind Gemeinden selbständige Wirtschaftskörper und haben das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen. Daraus ergibt sich auch für die Gemeinden die verfassungsrechtlich abgeleitete Zulässigkeit zum privatwirtschaftlichen Handeln.

Die hoheitlich handelnde Verwaltung setzt ihre Handlungen nach außen durch Bescheide, im Rahmen der Materien des Artikel 10 bis 15 B-VG.¹⁶⁷ Für jegliches Handeln ist eine gesetzliche Grundlage aufgrund des Legalitätsprinzips in Artikel 18 B-VG zwingend erforderlich.¹⁶⁸ Rechtsschutz gegen den hoheitlich handelnden Staat besteht über den Verwaltungsrechtsweg bzw durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Die nicht-hoheitlich handelnde Verwaltung setzt ihre Handlungen nach außen mit den Mitteln des Privatrechts (zB Vertrag). Die Kompetenzgrundlage ergibt sich aus Artikel 14b B-VG. Ob Artikel 18 B-VG für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung gilt oder nicht ist umstritten. Die privatwirtschaftlich handelnde Verwaltung ist jedenfalls unbestrittener Weise zumindest an die Schranken der Gesetze gebunden. Unabhängig von der Art des Verwaltungshandelns ergibt sich jedoch aus dem rechtsstaatlichem Grundprinzip des Verfassungsrechts iVm den Grundrechten, dass sehr wohl eine gesetzliche Grundlage durch den Staat geschaffen werden muss, die zumindest das Rechtsschutzbedürfnis der betroffenen Bürger abdeckt und willkürliches Verwaltungshandeln auszuschließen vermag.¹⁶⁹ Rechtsschutz besteht durch die ordentlichen Gerichte. Ist nicht klar ob

¹⁶⁵ Vgl Art 17 B-VG.

¹⁶⁶ Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 235 f.

¹⁶⁷ Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 235 f.

¹⁶⁸ Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 580 f.

¹⁶⁹ Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 594 f.

Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung vorliegt, wird im Zweifel von nicht-hoheitlichem Verwaltungshandeln ausgegangen.

„Hat der Gesetzgeber den Verwaltungsträger nicht mit Zwangsbefugnissen ausgestattet, so liegt nicht Hoheitsverwaltung, sondern Privatwirtschaftsverwaltung vor.“¹⁷⁰

„Im Zweifel gilt, dass die Behörde nicht Trägerin des Imperiums ist, sondern im Bereiche der Privatwirtschaftsverwaltung bleibt.“¹⁷¹

„Die Rechtsgrundlage für die staatliche Subventionierung Privater bildet das Privatrecht, soweit nicht der Gesetzgeber ausdrücklich Verwaltungsbehörden mit der Entscheidung über Subventionsansprüche in einem hoheitlichen Verwaltungsverfahren betraut hat.“¹⁷²

„Im Zweifel ist bei Förderungsmaßnahmen von einer Vollziehung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung auszugehen.“¹⁷³

Durch Artikel 17 B-VG räumte der Verfassungsgesetzgeber 1920 dem Bund und den Ländern eine umfassende Privatrechtsfähigkeit ein.¹⁷⁴ Von zu Beginn an wurde die hoheitliche Verwaltung einer strengen Gesetzesbindung unterworfen. Die Rechtsschutzinstrumente gegen den hoheitlich handelnden Staat wurden ebenfalls entsprechend ausgebaut. Wie bereits angedeutet, verhielt es sich mit den Möglichkeiten gegenüber dem privatrechtlich handelnden Staat vorzugehen und effektiven Rechtsschutz zu erhalten genau umgekehrt. Jenes Individuum, dass nun Adressat eines hoheitlichen Aktes wurde, konnte sich effektiver gegen den Staat wehren, als wenn er dem privatrechtlich handelnden Staat gegenüber stand, der Rechtsschutz war in diesem Bereich nur sehr marginal vorhanden. „Diese Umkehrung der Verhältnisse wurde freilich erst schlagend und breiter wahrgenommen, nachdem die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates auf dem Weg zum Leistungsstaat immer mehr ausgebaut worden war und die im privatrechtlichen Bereich faktisch zweifellos

¹⁷⁰ Vgl. VfSlg 3262/1957.

¹⁷¹ VfSlg 5355/1966.

¹⁷² VfSlg 12.049/1989.

¹⁷³ OGH 7 Ob 187/99x.

¹⁷⁴ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 1.

ebenfalls bestehende staatliche Übermacht unter den geänderten Vorzeichen deutlich hervortrat. Dies war zur Zeit der Verhandlungen über das B-VG noch nicht der Fall.“¹⁷⁵

Die ersten Beratungen erfolgten eigentlich zu Artikel 14 B-VG, unter diesem Artikel wurden die Bestimmungen zur Stellung des Staates als Träger von Privatrechten vorerst geführt.

Art 14 B-VG lautete:

(1) Durch die Bestimmungen der Artikel 10 – 13 über die Zuständigkeit in Gesetzgebung und Vollziehung wird die Stellung des Bundes als Träger von Privatrechten (Eigentümer, Unternehmer, Pächter usw.) in keiner Weise berührt.

(2) Ebenso bleibt es dem Bunde auch unbenommen, zur Förderung des wirtschaftlichen und kulturellen Lebens auf allen Gebieten Unternehmungen und Einrichtungen zu schaffen und zu erhalten, Veranstaltungen zu treffen und finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen.

(3) Der Bund kann in allen diesen Rechtsbeziehungen durch die Landesgesetzgebung niemals ungünstiger gestellt werden als das betreffende Land selbst“.¹⁷⁶

Der Absatz 2 wurde im Unterausschuss zum Verfassungsausschuss gestrichen, da er als selbstverständlich qualifiziert wurde. Ebenso wurde die beispielhafte Darstellung des Bundes als Träger von Privatrechten in Absatz 1 gestrichen. Zur Streichung des Absatzes 2 wurde bloß protokolliert, dass die Auslegung dieser Absatz dem Artikel 14 durch den Ausschuss beigemessen wurde, im Abschlussbericht festgehalten werde. Dies fand wie folgt seinen Niederschlag im Bericht: „Zu Artikel 14 sei bemerkt, dass das Recht des Bundes (wie übrigens auch der Länder) gleich jeder Privatperson zur Förderung des wirtschaftlichen und kulturellen Lebens innerhalb des gesamten Bundesgebietes, unbeschadet der vorerwähnten Kompetenzverteilung, Unternehmungen zu schaffen und zu erhalten, sowie Veranstaltungen zu treffen, als unbestritten gilt“.¹⁷⁷ Schließlich wurde der Absatz 3 des Entwurfs als Absatz 2 des Artikels 17 B-VG 1920 aufgenommen.

Durch die Föderalismus Novelle 1974¹⁷⁸ erhielt Artikel 17 B-VG seine heute maßgebliche Fassung. Hier wurden noch Sonderrechte des Bundes gegenüber den Ländern „in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise klargestellt“.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 1.

¹⁷⁶ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 2 mit Verweis auf Ermacora, Quellen 111.

¹⁷⁷ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 2 mit Verweis auf BgK/AB 991, 553. Kelsen/Froehlich/Merkel 84.

¹⁷⁸ BGBl 444.

¹⁷⁹ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 2.

Artikel 17 B-VG lautet seither:

„Durch die Bestimmungen der Art. 10 bis 15 über die Zuständigkeit in Gesetzgebung und Vollziehung wird die Stellung des Bundes und der Länder als Träger von Privatrechten in keiner Weise berührt.“

E. Privatwirtschaftsverwaltung im Spannungsfeld zum determinierten Staatshandeln des Artikels 18 B-VG

1. Das Legalitätsprinzip

a. Vorbemerkungen

Die Entstehung des Vergaberechts ist darauf zurückzuführen, dass offensichtlich ein Bedarf erkannt wurde, den Bereich des öffentlichen Auftragswesens stärker zu reglementieren. Historisch betrachtet erfolgte diese rechtliche Normierung und Bindung schrittweise. Es gab daher eine Zeit, in der das öffentliche Auftragswesen im Wesentlichen unbeschränkt erfolgte. Das soll nicht heißen, dass der Bereich im vollkommen rechtfreien Raum existierte sondern bloß, dass es eben kein explizites Vergaberecht gab. Die wesentlichen Determinanten des öffentlichen Auftragswesens fanden sich direkt im B-VG und in einzelnen Selbstbindungsnormen. In weiterer Folge entwickelte sich der Normierungsgrad bis zum heutigen Tag zu einem rechtlich stark geregelten und normierten Bereich. Der Beginn dieser Entwicklung spielte sich in einem Zeitraum ab, in dem das B-VG und die darin normierten Grundrechte und Gebote wie dem Gleichheitssatz, den Gebahrungsgrundsätzen oder dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit iSd Legalitätsprinzips, die Vorlage für das staatliche Handeln im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe bildeten. Dieser bestehende Rahmen erscheint gewiss bloß den Mindestanforderungen zu entsprechen, denn darüber hinaus erschien gerade dieser Bereich des staatlichen Handelns, als ein im Wesentlichen ungeregelter. Es ist in gewisser Weise widersprüchlich, dass der Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe relativ indeterminiert belassen wurde, obwohl bereits bei Inkrafttreten des B-VG gerade der Gedanke der strengen Regelung, Normierung und Determinierung des staatlichen Handelns oberste Priorität hatte. Vergleicht man die von Beginn an tendenziell eher ungeregelten Rechtsbereiche in Österreich, dann fällt auf, dass genau diese Bereiche einen starken Zusammenhang mit den privatrechtlichen Handlungsformen aufweisen. Der klare Bereich der staatlichen

Hoheitsverwaltung, der als Ausdruck und Innbegriff der staatlichen Macht angesehen werden kann, war von Beginn an im Fokus dieses strengen Gesetzmäßigkeitsgebotes. Demgegenüber dürfte sich der zweite Bereich der staatlichen Handlungsmöglichkeit nicht so sehr darin gefunden haben. Die Rede ist konkret von jenen Handlungen, die der Staat mit den Formen und Mitteln des Privatrechts tätigt, der Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung. Das B-VG bestimmt in Artikel 18 B-VG das Prinzip der unbedingten Bindung der staatlichen Verwaltung an die Gesetze, also das Gesetzmäßigkeitsgebot oder Legalitätsprinzip. Artikel 18 B-VG normiert, dass „die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf“.¹⁸⁰ Der in diesem Zusammenhang wohl geläufigste Grundsatz besagt, dass der einzelne private Mensch rechtlich alles darf, was ihm nicht ausdrücklich durch das Recht verboten ist. Der Staat jedoch darf nur jenes machen, was ausdrücklich gesetzlich in seine Kompetenz gelegt wird. „Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.“¹⁸¹ Dieses Prinzip der Gesetzmäßigkeit des staatlichen Handelns ergibt sich bereits aus dem rechtsstaatlichen Grundprinzip der Bundesverfassung und normiert eine strenge Bindung der Verwaltung an die Gesetze. In diesem Sinne muss jeder Verwaltungsakt der gesetzt wird, durch ein Gesetz gedeckt sein. Dadurch soll das Handeln der Verwaltung für den Bürger vorhersehbar werden und berechenbar werden. Durch diese strenge Bindung soll Willkür durch die Verwaltungsorgane verhindert werden. Es ergibt sich aus dem rechtsstaatlichen Grundprinzip der Bundesverfassung und normiert eine strenge Bindung der Verwaltung an die Gesetze. Jeder Verwaltungsakt der gesetzt wird, muss durch ein Gesetz gedeckt sein. Dadurch soll das Handeln der Verwaltung für den Bürger vorhersehbar und berechenbar werden. Durch diese strenge Bindung soll auch willkürliches Handeln durch die Verwaltungsorgane verhindert werden. Für den Bereich der Hoheitsverwaltung sind diese Aussagen unbestritten und über Gebühr behandelt sowie ausjudiziert. Die Frage nach den Grenzen der Privatwirtschaftsverwaltung ist jedoch seit langem von einem weitreichenden Diskurs begleitet. Im Vordergrund steht die Frage, ob die Privatwirtschaftsverwaltung ebenso wie die Hoheitsverwaltung dem Legalitätsprinzip des Artikel 18 Abs 1 B-VG unterliegt oder nicht.

Versucht man die Literatur in Zusammenschau zu bringen, finden sich die wesentlichen Schwierigkeiten im vorliegenden Umfang der unzähligen Werke, als auch hinsichtlich derer Verfügbarkeit. Ein Blick allein in die aktuelleren Ausgaben der (auch Standard-) Literatur führt teilweise zu nur unbefriedigenden Ergebnissen. So finden sich teilweise bloß endlose Verweisketten oder es wird nur ganz kurz und ohne

¹⁸⁰ Art 18 B-VG.

¹⁸¹ Art 18 B-VG.

wirkliche Argumentation zu einer Richtung hin tendiert oder auch das Thema nicht wirklich aufgegriffen.

Nach meinem Erachten sehr überzeugender und nachvollziehbarer Argumentationslinie, scheint die Privatwirtschaftsverwaltung¹⁸² zunächst nicht an die Kompetenzverteilung gebunden zu sein. Ob es wie behauptet vertretbar ist, dies als heute herrschende (jedoch lange umstrittener) Lehre und Rechtsprechung zu qualifizieren, konnte im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht verifiziert werden.

Alle Aussagen und Beurteilungen zur Problematik hinsichtlich der Geltung des Legalitätsprinzips, basieren auf dem sogenannten (wahrscheinlichen) Willen des Verfassungsgesetzgebers. Dieser Wille reflektiert sich in dessen Wortlaut leider nur so schemenhaft, dass ihn die damit befassten Vertreter der Lehre argumentatorisch in zumindest zwei oder drei divergierende Richtungen auszulegen vermochten. Als wahrscheinlichste Variante erachte ich persönlich daher die Befürchtung als nicht unbegründet, dass es zu diesem Thema keine eindeutige zweifelsfreie Antwort geben kann. Denn legt man der Meinungsdivergenz die Vermutung zugrunde, dass der Verfassungsgesetzgeber zum Zeitpunkt der Erarbeitung des B-VG keinen Gedanken daran verschwendete, ob der (zum damaligen Zeitpunkt noch) marginale Anteil der Privatwirtschaftsverwaltung am Gesamtumfang des Staatshandelns, dem Artikel 18 B-VG unterliegen soll oder nicht, dann gibt es diesbezüglich einfach keinen grundlegenden historischen Telos zu entdecken. Dies führt gezwungenermaßen zum unbefriedigenden Ergebnis, dass die Staatspraxis den Ton angibt und die Gelehrten auf eine Festlegung eben durch den aktuellen Verfassungsgesetzgeber warten müssen. Bis dahin erscheinen jegliche, wenn auch noch so ausgereifte Argumentationslinien in der Theorie plausibel, für die Praxis jedoch von fraglicher Bedeutung.

Auch erscheint es weiterhin umstritten, ob dies auch bedeutet, dass Handlungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung keiner gesetzlichen Grundlage bedürfen. Entfernt man sich von der rechtsdogmatischen Betrachtung hin zu der faktischen Praxis des täglichen staatlichen Handelns, erscheint ein privatrechtliches Tätigwerden auf von der Kompetenzverteilung abweichenden Bereichen, als im Wesentlichen unbeschränkt zulässig angesehen zu werden.¹⁸³

¹⁸² Auch privatrechtliche Verwaltung oder nicht-hoheitliche Verwaltung.

¹⁸³ Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 235.

Meines Erachtens muss aufgrund der divergierenden Ansichten in der Lehre, der jedoch eindeutigen Realität der Staatspraxis davon ausgegangen werden, dass die Privatwirtschaftsverwaltung zum Teil vom Staat als ein im Wesentlichen unbeschränkter Bereich angesehen wird. Eines ist von allen Seiten unbestritten, es existieren Schranken dieses Freiraums im Bereich der staatlichen Verwaltung und diese sind auch sichtbar. Sie finden sich in den obersten Rechtsvorschriften und Grundprinzipien unseres Rechtsstaates. Aus dem rechtsstaatlichen Grundprinzip der Verfassung und den Gesetzesvorbehalten zu den Grundrechten ist zweifelsfrei ableitbar, dass „das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage überhaupt sowie das Ausmaß ihrer hinreichenden Bestimmtheit, unabhängig von der Wahl der Rechtsform des Verwaltungshandelns, nach dem Rechtsschutzbedürfnis der Bürger zu bestimmen ist“.¹⁸⁴ Ein staatliches privatrechtliches Handeln hat daher zumindest eine solche gesetzliche Grundlage aufzuweisen, die willkürliches Handeln auszuschließen und einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten vermag.¹⁸⁵ Wenn also gegen die konkrete staatliche Handlung ein effektiver Rechtsschutzbehelf gleich welcher Art und Weise zur Verfügung steht, dann bedarf diese Handlung im Umkehrschluss keiner gesetzlichen Grundlage iSd herkömmlichen Verständnisses des Artikels 18 B-VG und dürfte tatsächlich unbeschränkt sein.

Aus dem Grundsatz der doppelten Bedingtheit des Verwaltungshandelns ergibt sich weiter, dass für den hoheitlichen Bereich zum einen eine gesetzliche Ermächtigung iSd Artikels 18 B-VG und zum anderen bei ausgabenwirksamen Tätigkeiten, eine entsprechende budgetäre Ermächtigung im Bundesfinanzgesetz vorliegen muss.¹⁸⁶ Für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung bleibt zumindest letztere Bindung bestehen. Dies allerdings mit Abstrichen, je nachdem wie man zur Geltung des Legalitätsprinzips steht. Für den Bereich des öffentlichen Auftragswesens wurde eine relativ restriktive Bindung der Privatwirtschaftsverwaltung gewählt, welche wie sich in weiterer Folge zeigen wird, als strenge Verfahrensordnung qualifiziert werden kann. Eine gesetzliche Ermächtigung ist darin jedenfalls nicht zu erblicken. Für öffentliche Auftragsvergaben, die nicht dem Vergaberecht unterliegen stellt sich die Frage, ob die privatwirtschaftlich handelnde Verwaltung nun weitgehend frei ist in ihren Handlungen oder ob sie nur dann handeln kann, wenn dies kompetenzrechtlich und aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung iSd Artikels 18 B-VG determiniert ist. Es erscheint daher auch für die Beantwortung der Frage, was gilt wenn Vergaberecht nicht gilt wesentlich, wie man sich gegenüber dem Legalitätsprinzip positioniert.

¹⁸⁴ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 612.

¹⁸⁵ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 612 mit Verweis auf VfSlg 13.699/1994 sowie B. Raschauer, FS Rill (1995), 515.

¹⁸⁶ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2014), Rz 765.

b. Rechtmäßigkeit vs. Gesetzmäßigkeit

Über den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hinaus, lässt sich noch die Forderung nach dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit in der Literatur aufspüren. Nach Merkl¹⁸⁷ erfolgt die Kompetenzzuweisung durch das Verwaltungsrecht. Die Endpunkte dieser Kompetenzzurechnung liegen beim handelnden Verwaltungsorgan, in diesem Sinne also wiederum beim Staat. Hier zeigt sich, dass das Recht mit der Verwaltung einen Wesenszusammenhang aufweist, was wiederum den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung bestätigt. Merkl differenziert streng zwischen der Rechtmäßigkeit und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung besagt demnach, dass nicht bloß die Verwaltung durch das Vorhandensein eines Verwaltungsrechts bedingt ist, sondern jeder einzelne Verwaltungsakt nur dann zulässig ist, wenn dieser durch einen Verwaltungsrechtssatz determiniert ist. Darüber hinaus müsse jede vermutete Verwaltungshandlung auf ihre Beziehung zur Rechtsordnung untersucht werden um herauszufinden, ob sie tatsächlich eine Verwaltungshandlung in diesem Sinne darstellt. Wird eine Handlung identifiziert die nicht durch einen Rechtssatz legitimiert ist, der eine derartige Handlung vorsieht, liegt kein zulässiges staatliches Handeln vor. Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung sagt nichts über die Art und das Ausmaß der verwaltungsrechtlichen Bindung. Historisch und regional betrachtet gab es sehr unterschiedliche Schwergewichtsverteilungen zwischen Vorhandensein sowie Umfang des Verwaltungsrechts und Vorhandensein und Größe des Verwaltungsapparates. So stand etwa in der Zeit des Absolutismus sehr viel Verwaltung einem Mindestmaß an Verwaltungsrecht gegenüber, hingegen zur Hochzeit des Liberalismus die Verhältnisse umgekehrt waren. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unterscheidet sich vom Grundsatz der Rechtmäßigkeit dahingehend, als dass er in Wahrheit einen speziellen Anwendungsfall des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit der Verwaltung darstellt. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung setzt den Grundsatz der Rechtmäßigkeit voraus, nicht jedoch umgekehrt.¹⁸⁸ Antonioli lokalisiert in der Forderung nach der Rechtmäßigkeit der Verwaltung die Forderung einer Überwindung

¹⁸⁷ Adolf Julius Merkl (* 23. März 1890 in Wien; † 22. August 1970 ebenda) war ein österreichischer Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaftler. Er war als Schüler von Hans Kelsen und mit diesem einer der wichtigsten Vertreter der Wiener Rechtstheoretischen Schule. Merkl war von 1932 bis 1938 und wieder ab 1950 Universitätsprofessor an der Universität Wien. Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Adolf_Julius_Merkl vom 28. Mai 2015.

¹⁸⁸ Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1969), 160.

des positiven Rechts durch das Naturrecht.¹⁸⁹ Er nahm diesbezüglich auch in seinen Ausführungen zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in der Praxis, auf naturrechtlich philosophischen Anschauungen Bezug. So stellte er mit Reflexion auf gerechtes Verwaltungshandeln einen Satz des antiken Philosophen Cicero in den Raum. „Summum ius Summa iniuria“ bedeutet so viel wie das die buchstäbliche Auslegung eines Gesetzes im Einzelfall zu größter Ungerechtigkeit führen kann. Er stellte zwar außer Zweifel, dass die Verwaltung an die Gesetze gebunden ist, merkte allerdings deutliche Zweifel daran an, dass sich die Verwaltungsorgane immer streng an den „Befehl“ des Artikels 18 B-VG halten werden.¹⁹⁰ Den Grund darin ortete er jedoch primär darin, dass eher durch das Nichtvorliegen vollendeter juristischer Rechtsanwendungsfähigkeiten, der Ausweg im Naturrecht gesucht wird. „Die Flucht in das Naturrecht ist nur allzu oft das Zeichen mangelhafter Kenntnis des Gesetzes oder ungenügender Beherrschung dessen Handhabung“. ¹⁹¹ Kelsen reduzierte die Begriffe Rechtsstaat und Rechtmäßigkeit auf die Begriffe Gesetzesstaat und Gesetzmäßigkeit.¹⁹² Ermacora beschreibt Rechtmäßigkeit als Zustand der Freiheit von der Willkür zusammen mit Gerechtigkeit. Gesetzmäßigkeit bedeutet idS, dass das Verwaltungshandeln formal dem Gesetz entspricht.¹⁹³

Dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit kann ein unterschiedlicher Bedeutungsgehalt eingeräumt werden. Zum einen, dass sich die Verwaltung im Rahmen bzw innerhalb der Schranken der bestehenden Gesetze bewegen muss, also nicht gegen bestehende Gesetze verstoßen darf. Zum anderen, dass bestimmte Verwaltungshandlungen, welche Eingriffe in die Freiheit und das Vermögen darstellen, einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen. Als dritte Variante kann schließlich die im B-VG verwirklichte aufgezählt werden, wonach jede Verwaltungshandlung eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage aufweisen muss.¹⁹⁴ Merkl kritisierte die geläufige Formel des Legalitätsprinzips, wonach sich die Verwaltung nur innerhalb der Schranken der bestehenden Gesetze bewegen darf zu recht damit, dass sich jede menschliche Handlung innerhalb der bestehenden Gesetze bewegen muss und daher eine

¹⁸⁹ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 105 sowie Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1969), 108.

¹⁹⁰ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 105 sowie Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1969), 107.

¹⁹¹ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 105 sowie Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1969), 109.

¹⁹² *Ermacora*, Österreichische Verfassungslehre (1970), 354 mit Bezug auf Kelsen, Hauptproblem der Staatsrechtslehre² (1923) sowie Staatsunrecht, in Grünhuts Zeitschrift (1913), 1.

¹⁹³ *Ermacora*, Österreichische Verfassungslehre (1970), 354.

¹⁹⁴ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 105 sowie Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1969), 160.

Abgrenzung zu staatlichen Handeln nicht mehr möglich ist. Damit würde die Zurechnungsmöglichkeit staatlichen Handelns ebenfalls wegfallen.¹⁹⁵

c. Beginn des Meinungsstreits

Um sich ein eigenes Bild von der Problematik machen zu können, erscheint es unentbehrlich, einen Einblick in die Entwicklung der gegenständlichen Meinungsdivergenz vorzunehmen. Repräsentativ für die eine Seite in der folgenden Auseinandersetzung, kann diese Aussage Antoniollis¹⁹⁶ identifiziert werden. „Immer aber bleibt die Privatwirtschaftsverwaltung an die Rechtsordnung gebunden. Eine gesetzesfreie Verwaltung ist auch in diesem Bereich nicht zu finden. Denn der Grundsatz des Artikels 18 B-VG gilt allgemein: Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden“.¹⁹⁷ Im Wesentlichen dürfte infolge Klecatsky¹⁹⁸ im Jahr 1954, den Jahrzehnte dauernden Meinungsstreit losgetreten haben.¹⁹⁹ Wie bereits zu Artikel 17 B-VG ausgeführt, entstammt die Bezeichnung „*Privatwirtschaftsverwaltung*“ der Lehre und wurde bereits 1927 durch Adamovich (sen.)²⁰⁰ in die juristische Terminologie aufgenommen.²⁰¹ Artikel 18 B-VG erscheint an vielen Stellen als wichtigsten Grundsatz der Verwaltung. Ein Verwaltungsakt darf ausschließlich dann erlassen werden, wenn die jeweilige Verwaltungsbehörde hierzu auch durch Gesetz ermächtigt ist.²⁰² Diese Forderung nach der Unterwerfung der Verwaltung unter das Gesetz, ist eine der Hauptforderungen an den Rechtsstaat.²⁰³ „Ein Rechtsstaat ist ein Staat, der seinen Bürgern niemals unrecht tut.“²⁰⁴ Unrecht kann jedoch nur dadurch identifiziert werden, indem es einen Referenzrahmen zur konkreten

¹⁹⁵ Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1969), 160.

¹⁹⁶ Walter Antoniulli (* 30. Dezember 1907 in Mistelbach, Niederösterreich; † 23. Mai 2006 in Wien) war österreichischer Verfassungsjurist und Präsident des österreichischen Verfassungsgerichtshofes von 1958 bis 1977. Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Walter_Antoniulli Abfrage vom 9. Jänner 2015.

¹⁹⁷ Antoniulli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 12; Siehe auch Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 4 mit Verweis auf Antoniulli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954).

¹⁹⁸ Hans Klecatsky (eigentlich Hans Richard Klecatsky, * 6. November 1920 in Wien) ist Professor am Lehrstuhl für öffentliches Recht der Universität Innsbruck und war von 1966 bis 1970 parteiloser Bundesminister für Justiz der Republik Österreich. Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Hans_Klecatsky Abfrage vom 9. Jänner 2015.

¹⁹⁹ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 4.

²⁰⁰ Ludwig Adamovich senior (* 30. April 1890 in Osijek, Kroatien; † 23. September 1955 in Wien) war österreichischer Rechtswissenschaftler, Richter und Politiker.

Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Ludwig_Adamovich_senior Abfrage vom 9. Jänner 2015.

²⁰¹ Rill zu Art 18 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2001) Rz 34, mit Verweis auf Adamovic (sen.), Österreichisches Staatsrecht¹ (1927) 278f.

²⁰² Adamovich (sen.), Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts⁴ (1947), 252 sowie Adamovich (sen.), Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts⁵ (1947), 319.

²⁰³ Antoniulli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 102.

²⁰⁴ Antoniulli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 50 mit Verweis auf W. Jellinek, Verwaltungsrecht³ (1931), 88.

Handlung gibt, die eine Beurteilung darüber zulässt, dass Unrecht vorliegt.²⁰⁵ Bereits Montesquieu überlegte, dass eine Verfassung derart ausgestaltet sein kann, dass niemand zu etwas gezwungen werden darf, wozu es keine gesetzliche Verpflichtung gibt. Wesentliches Element des Rechtsstaates ist in diesem Sinn die Bindung des Staates an das Gesetz. Ein Rechtsstaat liegt demgemäß dann vor, wenn seine Verwaltung an die Gesetze gebunden ist.²⁰⁶ In diesem Sinne kann auch nur jener Staat als Rechtsstaat bezeichnet werden, der diese Forderung erfüllt.²⁰⁷ Den historischen Ursprung hat das Legalitätsprinzip in der Forderung nach dem Rechtsstaat und dem Wunsch die Allmacht der vollziehenden Gewalt zu minimieren. Im Laufe des 19. Jahrhunderts hatte das Volk zwar gewinnenden Einfluss auf die Gesetzgebung, Herrscher, Regierung und Verwaltung waren jedoch dem Einflussbereich des Volkes weitgehend entzogen. Da aber jegliche Willkür aus diesen Bereichen ausgeschaltet werden sollte, wuchs das Bestreben, einen demokratischen Rechtsstaat zu errichten, in welchem keine Staatshandlung existiert, die nicht auf den Willen des Volkes, welcher sich im Gesetz abbilden soll, basiert.²⁰⁸

Das Legalitätsprinzip oder Gesetzmäßigkeitsprinzip trat positivrechtlich zuerst in den Artikeln 9 und 15 des Staatsgrundgesetzes von 1867 in den Abschnitten über die Regierungs- und Vollzugsgewalt sowie über die richterliche Gewalt zum Vorschein.²⁰⁹ Vor allem dem k.k. VwGH ist es zuzurechnen, dass bereits in der Zeit der Monarchie den Verwaltungsorganen das Gesetzmäßigkeitsgebot vor Augen geführt wurde. In das B-VG fand es unter der Redaktion Kelsens im Artikel 18 Abs 1 und 2 B-VG Einzug und blieb bis heute unverändert. Das Legalitätsprinzip ist eng mit dem Gleichheitssatz verbunden. Jeder und jede Einzelne soll sicher gehen können, dass die Verwaltung ausschließlich aufgrund der Gesetze handelt und daher in jeglichen Belangen des öffentlichen Lebens Privatpersonen gleich behandelt. Die Gesetzmäßigkeit garantiert somit in diesem Sinne den Gleichheitssatz.

Die Frage ob das Legalitätsprinzip nun in der Privatwirtschaftsverwaltung gilt, war immer noch nicht ohne Widerspruch aus der Lehre beantwortet. Klecatsky eröffnete die Debatte um die Geltung des Legalitätsprinzips in einer Aufsatzrezension zu Antonioli

²⁰⁵ Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 50 mit Verweis auf W. Jellinek, Verwaltungsrecht³ (1931), 88.

²⁰⁶ Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 50 mit Verweis auf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927), 68.

²⁰⁷ Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 102.

²⁰⁸ Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 50 mit Verweis auf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927), 103.

²⁰⁹ Vgl RGBI Nr. 145/1867 und 144/1867.

im Jahr 1954.²¹⁰ Er umriss die Kerntätigkeiten des Staates in der Privatwirtschaftsverwaltung der Subventionierung, Auftragsvergabe, Leistungserbringung und der Führung öffentlicher Unternehmen, als Monopolmacht des Staates. Es wäre bloß eine Fiktion, dass sich der Staat seiner (zwar durch tausende Rechtsvorschriften gehemmten) Macht in der Hoheitsverwaltung bedient, jedoch in der Privatwirtschaftsverwaltung darauf verzichtet. Klecatsky trat damit vehement für die Geltung aller Anforderungen des Legalitätsprinzips auch für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung ein. In diesem Sinne übe der Staat auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung spezifische Staatsmacht aus.²¹¹ Infolge musste sich fast zwingend ergeben, dass die Privatwirtschaftsverwaltung des Staates in der praktischen Ausführung als an sich verfassungswidrig anzusehen war, und dies nicht nur hinsichtlich der Problematik des Ausweichens des Staates in das Privatrecht iSe Rechtsformenaustausches. An die Hoheitsverwaltung werden hohe Anforderungen gestellt und es entwickelten sich über Jahre hinweg strenge Maßstäbe. In Zusammenschau erscheint der Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung weitgehend ungeregelt. Klecatsky erachtete diesen Eindruck als Anschein einer „gigantischen formalgesetzlichen Delegation“, mit logischer Konsequenz der Verfassungswidrigkeit.²¹² Seine These vertrat er in weiterer Folge konsequent.

Melichar trat diesem Standpunkt mit rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Überlegungen entgegen.²¹³ Eine Differenzierung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung erscheint deshalb angezeigt, da die Rechtsordnung mit ihren Rechtsschutzeinrichtungen darauf ausgerichtet ist, daran anknüpft und sie daher auch erfordert. Er erkannte natürlich das Spannungsverhältnis das sich aus dem strengen Bindungsprinzip der Hoheitsverwaltung und der Freiheit in der Privatwirtschaftsverwaltung ergibt, bezeichnete jedoch die Freiheit der Privatwirtschaftsverwaltung sogleich als privatrechtliche Dispositionsfreiheit und setzte sie mit dem Verwaltungsermessen auf dieselbe Stufe. Welche Art der rechtlichen Gestaltungsfreiheit nun vorliegt, hängt ausschließlich vom Blickwinkel ab, macht im Ergebnis jedoch keinen Unterschied. Auch qualifizierte er die

²¹⁰ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 256 mit Verweis auf Klecatsky, Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht. Eine Buch und Lagebesprechung, JBI 1954, 473, 503.

²¹¹ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 257 mit Verweis auf Klecatsky, Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht. Eine Buch und Lagebesprechung, JBI 1954, 473, 503 sowie Ermacora, Die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes in der Verwaltung und die Effektivität des Rechtsstaates, JBI 1956, 142.

²¹² Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 257 mit Verweis auf Klecatsky, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, JBI 1957, 333 und Klecatsky, Die verfassungsrechtliche Problematik des modernen Wirtschaftsstaates, Grazer Universitätsreden 7 (1968), und letztlich Klecatsky, Überwältigung des Einzelnen durch den wirtschaftlichen Staat, Stb 1976, FN 1, 3, 20, 21.

²¹³ Erwin Melichar (* 26. September 1913 in Wien; † 16. Februar 2000 in Wien) war ein österreichischer Jurist und Präsident des Verfassungsgerichtshofs der Republik Österreich von 1977 bis 1983.

Privatwirtschaftsverwaltung aufgrund der bestehenden Bestimmungen über die Zuständigkeit von Verwaltungsorganen für Akte der Privatwirtschaftsverwaltung sowie die in diesem Fall anwendbare Privatrechtsordnung, als rechtlich geregelt und keinesfalls als Handeln im rechtsleeren Raum. Die Frage nach der ausreichenden gesetzlichen Determinierung der Privatwirtschaftsverwaltung sei ein bloßes Ermessensproblem.²¹⁴ Mit Ermessenproblem meinte Melichar jedoch ein politisches Ermessen des Gesetzgebers. Er lehnte sich daher nicht an den Ermessensbegriff des Artikel 130 Abs 2 B-VG, welcher auf hoheitliche Verwaltungsakte anzuwenden ist. Er teilte nämlich die Auffassung Klecatskys dahingehend, dass dort wo der Staat als wesentlicher Leistungsträger auftritt bzw. zu einem solchen geworden ist, und in dieser Rolle Gemeinschaftsaufgaben mit privatrechtlichen Mitteln umsetzt, eine strengere Determinierung angezeigt sei. Die Erfüllung von Gemeinschaftsaufgaben sollte daher durch den „in Gesetzesform ausgedrückten Gemeinschaftswillen gelenkt werden“, wobei jedoch die Intensität des Determinierungsgrades im „wohlerwogenem Ermessen des Gesetzgebers“ (politisches Ermessen) liegt.²¹⁵

d. Freies Ermessen

Es gibt bzw gab aber auch immer schon Bereiche, in denen das Legalitätsprinzip durchbrochen wird, und zwar in den Bereichen wo beispielsweise freies Ermessen eingeräumt wird, in Bezug auf besondere Gewaltverhältnisse sowie im Bereich von Maßnahmen der Wirtschaftslenkung und Förderung. Diese Bereiche sind anfällig für Willkür, und daher besonders sensibel. Ermacora führte 1970 sogar aus, dass staatliche Maßnahmen der Wirtschaftslenkung und Förderung möglicherweise zwar vom demokratischen Prinzip gedeckt sind, jedoch es fraglich erscheint ob dies auch auf das rechtsstaatliche Prinzip umzulegen ist.²¹⁶

Das freie Ermessen findet seinen Ursprung in divergierenden Interessen von Machthabern und dem Herrscher und seiner Verwaltung. Das Bestreben der Machthaber des auslaufenden 19. Jahrhunderts zielte darauf ab, den Herrscher und seine Verwaltung an die Gesetze zu binden. Das Bestreben des Herrschers war demgegenüber diametral, er wollte sich und seinem verlängerten Arm der Verwaltung einen gewissen Entscheidungsspielraum einräumen.²¹⁷ Erst im Laufe der Zeit erfolgte

²¹⁴ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 257 mit Verweis auf Melichar, JBl 1956, 429 und eine Gegenansicht von Kobzina, Die Ermessensnorm im Licht des Legalitätsprinzips, JBl 1956, 492.

²¹⁵ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 259.

²¹⁶ Ermacora, Österreichische Verfassungslehre (1970), 355.

²¹⁷ Ermacora, Österreichische Verfassungslehre (1970), 356.

eine Einengung des Ermessenprinzips durch die Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Bereits aus 1970 stammte der entsprechende Grundsatz, dass Verwaltungsbehörden nicht gesetzlich zu einem Handeln ermächtigt werden dürfen, dessen Inhalt nicht ausreichend vorausbestimmt ist und sich dadurch einer Überprüfung seiner Gesetzmäßigkeit durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts entzieht.²¹⁸

Das Gesetzmäßigkeitsgebot gilt für alle Verwaltungsakte, daher sowohl für Bescheide als auch für Verordnungen, individuelle als auch generelle Verwaltungsakte. Dem Artikel 18 B-VG ist erst dann entsprochen, wenn mehrere Voraussetzungen erfüllt sind. Zum einen muss jene Behörde, die die Entscheidung in der jeweiligen Angelegenheit treffen darf, durch Gesetz festgelegt sein. Es muss daher die Zuständigkeit gesetzlich geregelt sein. Weiters muss gesetzlich angeordnet sein, auf welche Art und Weise die zuständige Behörde vorgehen darf, es muss daher das Verfahren geregelt sein. Zuletzt muss das inhaltliche Handeln der zuständigen Behörde iSe Regelung des materiellen Rechts, ausreichend bestimmt vorgegeben sein. Zum letzten Punkt wird ausgeführt, dass der Determinierungsgrad der materiell rechtlichen Verwaltungsvorschriften, hinsichtlich deren Intensität sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann. In diesem Sinne ergibt sich in weiterer Folge auch die Differenzierung der einerseits gebundenen Verwaltung von der mit freiem Ermessen ausgestatteten Verwaltung. Gebundene Verwaltung liegt dann vor, wenn das Verwaltungshandeln im Gesetz so eindeutig vorbestimmt ist, dass bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, ein eindeutig vorgegebener Akt durch die Behörde zu setzen ist. Freies Ermessen werde dadurch eingeräumt, dass das Gesetz die Verwaltungsbehörde ermächtigt, bei Vorliegen der gesetzlich angeordneten Voraussetzungen jene Entscheidung zu treffen, die aus Sicht der Verwaltungsbehörde in der konkreten Situation am zweckmäßigsten dem öffentlichen Interesse entspricht. Die Differenzierungsmöglichkeit ist jedoch eine relative, da es eigentlich keine Verwaltungsakte gibt, in denen nicht in irgendeine Richtung ein Ermessen der Verwaltungsbehörde erkennbar wäre und nicht gleichzeitig eine gewisse Gebundenheit vorherrscht.²¹⁹ Auch noch im Jahr 1971 weist Adamovich explizit darauf hin, dass Artikel 18 Abs 1 B-VG auch für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung gilt.²²⁰

²¹⁸ Ermacora, Österreichische Verfassungslehre (1970), 356 mit Verweis auf VwGH Slg N.F. 2411 A, N.F. 587 F, 3317/1958 und Erkenntnis vom 24. Mai 1962, ZI 509/57.

²¹⁹ Adamovich (sen.), Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts⁴, (1947), 253 sowie Adamovich (sen.), Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts⁴, (1947), 320.

²²⁰ Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶, (1971), 358.

Bei der Frage ob sich der Staat nun hoheitlicher Mittel bedient oder auf die Privatwirtschaftsverwaltung zurückgreift, gibt es einen größeren Spielraum. „In der Regel steht es dem Staat frei, ob er sich zur Erreichung seiner Ziele hoheitlicher oder privatwirtschaftlicher Mittel bedient.“²²¹

e. Weitere Entwicklung des Meinungsstreits

Die Privatwirtschaftsverwaltung kann unter anderem als ein Mittel zur Gestaltung der Sozialordnung angesehen werden, die neben der zu reinen Ordnungszwecken dienenden hoheitlichen Verwaltung existiert. Die Ziele der Privatwirtschaftsverwaltung sind in diesem Sinne zB mit der Verwaltung des Staatsvermögens zur Einnahmenlukrierung, Bedarfsgütererzeugung und Verteilung, Gestaltung einer Sozialordnung, wie zB von Arbeitsbedingungen, durch Einflussnahme auf Schlüsselunternehmen.²²² Trotzdem qualifizierte Antonioli die Privatwirtschaftsverwaltung als Akt des Verwaltungs- und Verfassungsrechts, bei dem nicht bloß Organisationsrecht und Zivilrecht maßgeblich ist, sondern auch zB die Finanzgesetze und darüber hinaus jene besonderen Normen, die sich als Dienstvorschriften an die einzelnen Verwaltungsorgane richten und zur Führung der Privatwirtschaftsverwaltung dienen.²²³ Antonioli vertrat vorerst streng die Auffassung, dass der Staat immer, und daher auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, an das Gesetzmäßigkeitsgebot gebunden bleibe. Somit sei auch in der Privatwirtschaftsverwaltung eine gesetzesfreie Verwaltung nicht denkbar. „Der Grundsatz des Artikels 18 B-VG ist allgemein, die gesamte staatliche Verwaltung darf nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden.“²²⁴ Antonioli änderte seine Position zwar später, seine Auseinandersetzung mit der Problemstellung enthält jedoch wichtige Ansatzpunkte zur Gesamtdiskussion.²²⁵

Man kann vorerst einmal den Standpunkt der älteren Lehre identifizieren, in der sich die Fiskustheorie mit den dort bekannten zwei Rechtspersönlichkeiten des Staates, nie eindeutig durchgesetzt hat.²²⁶ Der Staat tritt in diesem Sinne immer als Staat auf, auch

²²¹ Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 12.

²²² Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 13.

²²³ Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 12.

²²⁴ Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 12; Siehe auch Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 4 sowie Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 254, mit Verweis auf Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954).

²²⁵ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 254.

²²⁶ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 254 mit Verweis auf Tezner, Die Privatrechtstitel im öffentlichem Recht und Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechtes (1921), 47.

wenn er mit den Mitteln des Privatrechts handelt, er tritt dabei wie ein Privater auf, bleibt aber immer Staat.²²⁷ Nach dieser Auffassung hat die privatrechtliche Verwaltungstätigkeit immer einen öffentlichen Zweck, daher diese eng mit dem öffentlichem Recht verbunden ist. Reflektierend auf die Staatsfunktionslehre wurde eine herrschaftliche und eine freie staatliche Tätigkeit identifiziert. Der Bereich der staatswirtschaftlichen Tätigkeit wurde zwar dem freien Bereich zugeordnet, jedoch gleichzeitig erkannt, dass obwohl sich der Staat in diesem Bereich weitgehend seiner staatlichen Zwangsmacht entkleidet und in den Privatrechtsverkehr eintritt, am Ende doch nicht von einer gänzlichen Abgehen von der staatlichen Zwangsmacht auszugehen ist. Die Tätigkeit zielt zwar nicht primär auf Herrschaftsverwaltung ab, jedoch hat der Staat auch diesen Bereich im Vorfeld einseitig nach den eigenen Bedürfnissen gestaltet. Aus heutiger Sicht erscheint diese Auffassung rechtsdogmatisch vertretbar, jedoch ohne die rechtsstaatliche Dimension miteinzubeziehen.²²⁸ Die Rechtstheorie der Wiener Schule stellte sich diametral gegen die aus der Fiskustheorie gefolgerte Auffassung, dass es in der staatlichen Verwaltung eine Privatautonomie geben könnte. Kelsen meinte hierzu, „die Fiskustheorie ist Naturrecht, für die es an positivrechtlicher Basis fehle“.²²⁹ „Die Rechtsstellung des Menschen und jene von Organen, Organkomplexen und letztlich dem Staat eine prinzipiell verschiedene ist, der Mensch daher von Rechts wegen alles darf, was ihm nicht verboten ist, der Staat aber nur kann, was in seine Kompetenz gestellt ist“.²³⁰ Zumindest letzte Aussage erscheint auch heute unbestreitbar, wenngleich sich daraus noch keine rechtsdogmatische Aussage ableiten lässt, welchen Standpunkt das positive Recht hierzu einnimmt. Bei genauerer Betrachtung des Rechts, erscheint dieses nämlich den genau gegenteiligen Standpunkt einzunehmen, indem es den Gebietskörperschaften eine umfassende Privatrechtsfähigkeit einräumt, die von der Kompetenzverteilung unberührt ist.²³¹ Dies ergibt sich nach Schäffer daraus, dass Artikel 17 Abs 1 B-VG auch bereits in seiner Urfassung historisch, systematisch sowie teleologisch sinnvoll nur dahingehend interpretiert werden kann, dass er die ultra vires Doktrin aufhob. Die ultra vires Doktrin kann dahingehend beschrieben werden, dass durch sie eine quasi bloße Teilrechtsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts normiert wurde, somit eine Einschränkung des Funktionsbereichs

²²⁷ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 254 mit Verweis auf Tezner, Die Rechtsbildende Funktion der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, III Teil: Die Ordnung der Zuständigkeiten der österreichischen Verwaltungsbehörden (1925) 124 sowie Ulbrich, Fiskus, ÖStWB2 II 112.

²²⁸ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 255.

²²⁹ Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925), 38.

²³⁰ Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925) 38 und Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1910), 496, sowie Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927), 160.

²³¹ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 256 mit Verweis auf Ermacora, Quellen 157, 303, 477, 511 und G. Plöchl, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und seine Stellung zur Wirtschaft, ÖJT (1973) I/3/A, 13.

auf die zugewiesene Kompetenz. Die Privatwirtschaftsverwaltung konnte somit zum damaligen Zeitpunkt nur unzureichend erklärt werden. Auch war die Gegenposition nicht sehr hilfreich, bei der eine Gleichordnung des privatrechtlich handelnden Staates mit Privaten angestellt wurde. Aufgrund dieser diametralen Ansichten wurde die Lehre von der Privatwirtschaftsverwaltung aus dem Blickfeld der Verwaltungsrechtslehre weitgehend ausgeblendet.²³² Adamovich und Antonioli revidierten diesen Schritt und setzten die Privatwirtschaftsverwaltung erneut in den Blickpunkt der Verwaltungsrechtslehre. Dabei erachteten sie den privatrechtlich handelnden Staat als gegenüber dem echten Privaten als gleichwertig in traditionell formaler Hinsicht.²³³

f. Diskursanalyse

Die Frage der Geltung des Legalitätsprinzips im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung konnte daher vorerst mit rechtsdogmatischen Mitteln nicht einhellig beantwortet werden. Es wurde daher untersucht, wie sich die Umsetzung für den Fall darstellen würde, indem man die Annahme teilt, das Legalitätsprinzip gelte auch für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung. Ein Problem, das sich für jene Vertreter der Lehre, die für die Geltung des Legalitätsprinzips eintraten, unter anderem ergab, war, dass es keine Kompetenzgrundlage zur Erlassung einfachgesetzlicher Determinierungen des nichthoheitlichen Handelns gab, bzw. nicht lokalisiert werden konnten. Das Budgetrecht oder das Zivilrecht waren dafür per se nicht geeignet. Ein weiterer Ansatz zog den Artikel 17 B-VG selbst als Kompetenzgrundlage heran. Dessen Wortlaut legt jedoch eigentlich eine Entkoppelung aus der Kompetenzverteilung nahe, anstatt eine Bindung für die nichthoheitliche Verwaltung zu normieren.²³⁴ Weiters spricht gegen eine umfassende Bindung, dass Art 10 – 15 B-VG die Gesetzgebungskompetenz exklusiv dem hoheitlichen Bereich zuteilt. Eine mögliche Lösung wurde daher in der Erlassung von Selbstbindungsgesetzen bzw. Statutargesetzen vermutet, welche als Handlungsgrundlage der Privatwirtschaftsverwaltung dienen sollten. Aus der Rechtsprechung ergab sich jedoch, dass dies Normen sind, die einerseits keine Außenwirkung entfalten dürfen und andererseits nur Organe von gesetzserlassenden Gebietskörperschaften binden. Die damalige Intention beispielsweise, im Bereich des Förderungsrechts ein Zweistufenmodell einzuführen und die Entscheidung über einen Anspruch hoheitlich zu

²³² Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 256 mit Verweis auf Raschauer, ÖZW (1977), 9, mit kritischer Anmerkung über Kelsens unbewältigtes Verhältnis zur Privatwirtschaftsverwaltung.

²³³ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 257.

²³⁴ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 5 mit Verweis auf Loebenstein, Das Förderwesen unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips, „ ÖJT, Bd II/3 (1964) 7 (31).

treffen, dagegen die Durchführung der Förderung privatrechtlich zu gestalten, war somit nicht mehr umsetzbar.²³⁵ Eine Einräumung subjektiver Rechte durch Selbstbindungsgesetze würde einen unzulässigen Eingriff in die Kompetenzverteilung der Artikel 10 bis 15 B-VG gleichkommen und wäre daher unzulässig. Obwohl nun Selbstbindungsgesetze keine subjektiven Rechte beinhalten und obwohl Selbstbindungsgesetze eigentlich „in Gesetzesform gekleidete generelle Anweisungen an die entsprechenden Organe“ sind, wurde in weiterer Folge judiziert, dass in bestimmten Fällen doch Ansprüche für den Einzelnen ableitbar sein können. Dies kann dann der Fall sein, in dem trotz explizitem Ausschluss von subjektiven Ansprüchen, jedoch in Zusammenschau mit den Grundrechten dann eine Leistungspflicht des Staates entsteht, wenn er sich in einem Selbstbindungsgesetz hierzu verpflichtet hat, bereits in vergleichbaren Sachverhalten eine Leistung zugesprochen hatte und im konkreten Sachverhalt die Voraussetzungen die das Gesetz verlangt hat vorliegen.²³⁶ In der Praxis des staatlichen Handelns wurde dieser verpflichtenden Selbstauflegung von Selbstbindungsgesetzen nicht gefolgt, somit sie zwar als zulässig anerkannt sind, jedoch keine Determinante für nichthoheitliches staatliches Handeln ähnlich dem Gesetzmäßigkeitsgebotes sein müssen. „Auf dem Boden der historischen Genese, des systematischen und teleologischen Zusammenhangs sowie seines Wortlauts ist es [daher im Sinne der obigen Ausführungen] nicht möglich, Art 17 B-VG als Kompetenznorm zu deuten“.²³⁷ Schäffer lokalisierte hier eine gewisse Divergenz zwischen der „Staatspraxis“ und der Lehre. Selbstbindungsgesetze werden in der Staatspraxis zur näheren Determinierung der Privatwirtschaftsverwaltung ohne weiteres verwendet. In dem Fall, dass es einer derartigen Regelung mangelt, erscheint es hingegen ebenfalls unproblematisch, da in Selbstbindungsgesetzen kein „verfassungsrechtlich unabdingbares Erfordernis“ erkannt wird, um die Privatwirtschaftsverwaltung rechtmäßig führen zu können. Darüber hinaus herrschte bereits 1979 ein „merkwürdig beziehungsloses Gegenüber von pauschaler Behauptung und pauschaler Ignorierung“ der Behauptung zur Frage der Geltung des Legalitätsprinzips für die Privatwirtschaftsverwaltung. Die damalige Lehrbuchliteratur (wie meines Erachtens auch noch heute der Fall) behauptete eine uneingeschränkte Geltung ohne näherer Begründung dieser These. In weiterer Folge dürfte sich diese Ansicht als herrschende Lehre durchgesetzt haben, wurde nicht weiter hinterfragt und teilweise vorbehaltlos übernommen.²³⁸ Hingegen lehnt der VfGH ab, dieser Lehre

²³⁵ *Kahl* zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013), Rz 5 mit Verweis auf zahlreiche Judikatur des VfGH, VwGH und OGH.

²³⁶ *Kahl* zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013), Rz 5 mit Verweis auf zahlreiche Judikatur des OGH sowie Literatur.

²³⁷ *Kahl* zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013), Rz 5.

²³⁸ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 260 mit Verweis auf Adamovic, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971), 101, 358 sowie Walter, Österreichisches

vorbehaltlos zu folgen, obwohl er nur sehr eingeschränkt die Möglichkeit dazu hat, diesbezüglich Stellung zu beziehen. In diesem Sinne judizierte der VfGH, dass das Gesetz im Rahmen der Privatautonomie nicht Voraussetzung, sondern bloße Schranke ist.²³⁹

Jene, die dafür eintraten, dass das Legalitätsprinzip auch in der Privatwirtschaftsverwaltung Geltung haben muss, führten ins Treffen, dass durch den Ausschluss eines öffentlich rechtlichen Rechtsschutzes, eine Verstärkung des Über- und Unterordnungsverhältnisses zwischen Staat und Privatem erfolgen würde. Ebenso die Gefahr des Unterlaufens der Kompetenzverteilung durch Bund oder Länder im transkompetenten Bereich. Aber auch die Möglichkeit der Umgehung von an sich zwingenden hoheitlichen Handlungsformen wurde aufgezeigt. Diese rechtsstaatlichen Bedenken stellten unter anderem auch den Hintergrund zum beschriebenen Meinungsstreit dar.²⁴⁰ Zu möglichen Mängeln im Bereich des Rechtsschutzes im privatwirtschaftlichen Handeln des Staates wird im Kapitel Rechtsschutz näher eingegangen.

1974 änderte Antonioli seine 1954 statuierte Auffassung. „Heute neige ich auch zu der Meinung, dass sich der Artikel 18 B-VG nur auf die Hoheitsverwaltung bezieht und dass das Legalitätsprinzip für die Privatwirtschaftsverwaltung nicht gilt, sondern dass der Staat in der Privatwirtschaftsverwaltung nur der allgemeinen Bindung von Rechtssubjekten an das Gesetz unterliegt. Zu Bekämpfung des Missbrauchs müssen andere Wege gesucht werden.“²⁴¹ „Wenn ich auch der Meinung bin, dass das Legalitätsprinzip für die Privatwirtschaftsverwaltung überhaupt nicht gilt, so bleibt das dornige Problem ihrer rechtlichen Bewältigung eine noch lange nicht gelöste Aufgabe des Rechtsstaates unserer Zeit. Dabei ist die Aufgabe besonders dringlich. Wir können uns zwar gegen eine geringe Geldstrafe wehren, können dagegen den Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof anrufen. Aber gegen existenzbedrohende Verfügungen des Staates im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung gibt es im Großen und Ganzen auch heute keine rechtliche Abhilfe.“²⁴²

Bundesverfassungsrecht. System (1972), 390 sowie Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts² (1978), 151, 153 und eine Entscheidung des VfGH vom 15. Dezember 1976, 596/76, ZfVB 1977/3/936, (nach Bemerkung von Schäfer „wohl ein obiter dictum!“).

²³⁹ Vgl VfSlg 7716, 7717/1975.

²⁴⁰ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013), Rz 4.

²⁴¹ Antonioli, Probleme um das Legalitätsprinzip, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft (1974), 15.

²⁴² Antonioli, Probleme um das Legalitätsprinzip, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft (1974), 19.

Antoniolli selbst erkannte also im Laufe der Debatte um das Legalitätsprinzip, dass es unmöglich ist, die Privatwirtschaftsverwaltung einer abschließenden Determinierung zuzuführen.²⁴³ Zu dieser Zeit setzte sich jedoch bereits als quasi Vormeinung durch, dass für den Fall, dass man das Legalitätsprinzip in der Privatwirtschaftsverwaltung anerkenne, eine sinnvolle Reduzierung der Gesetzesbindung unausweichlich erscheint. Dies insbesondere, da zB die Führung eines Unternehmens es wirtschaftlich erforderlich mache, eine ausreichende Flexibilität innezuhaben.²⁴⁴ Plöchl differenziert hierbei zwischen öffentlichen Unternehmen mit Bestandsfunktion sowie solchen mit Betriebsfunktion und hält es bloß für letztere für möglich und auch sinnvoll, deren Handlungen einer vollen gesetzlichen Determinierung zu unterziehen.²⁴⁵ Rechtsdogmatisch konnte die Theorie von der differenzierten gesetzlichen Determinierung dadurch vertreten werden, dass man das Legalitätsprinzip nicht bloß aus Artikel 18 B-VG ableitete, sondern sich dafür einer Zusammenschau aus mehreren Verfassungsbestimmungen bediente. Durch die Unterschiedlichkeit der Materien wurde das Erfordernis erkannt, das Ausmaß der gesetzlichen Bindung für Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung einer verfassungsrechtlich differenzierten Betrachtungsweise zu unterziehen. Das Legalitätsprinzip verlangt daher „eine auf den Sachbezug hin orientierte Auslegung“, woraus sich eine graduell unterschiedliche Bindung ergibt. Die Privatwirtschaftsverwaltung bedarf in diesem Sinne einer differenzierten rechtsstaatlichen Erfassung.²⁴⁶

So finden sich öffentlich rechtliche Bindungen zB im Weisungsprinzip, der Gebahrungskontrolle, der Rechnungshofkontrolle, der Bindung an die Grundrechte, der parlamentarischen Kontrolle, der Kontrolle durch die Volksanwaltschaft, etc. „Die Grenzen der in Artikel 17 B-VG enthaltenen Ermächtigung müssen [in diesem Sinne] im Einzelfall durch Interpretation ermittelt werden“.²⁴⁷ Dies ergibt sich allein daraus, dass es auch bereits im Jahre 1920 Bereiche des nichthoheitlichen Handelns gab, welche öffentlich rechtlichen Einschränkungen unterlagen. Was zu diesem Zeitpunkt jedoch nicht vorhersehbar erschien war, dass von der Privatwirtschaftsverwaltung derart massiv Gebrauch gemacht wird, wie wir es heute sehen. Ein Teil der Lehre

²⁴³ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 261 mit Verweis auf Antoniolli, Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit 1945 bis 1969, AöR 94, 576 (595).

²⁴⁴ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 261 mit Verweis auf Bydliniski, Das Verhältnis von öffentlicher und privater Wirtschaft in privatrechtlicher Sicht, WipolBI 1966/1 Beilage, 3 Bedenken gegen eine Gleichbehandlung von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung; Wenger, Die öffentliche Unternehmung (1969) 541 (548); Kastner, Rechtsfragen der Verstaatlichung in Österreich, JBI 1968, 1 FN 12; Kastner, Bemerkungen zur Verstaatlichung in Österreich, JBI 1976, 225 (227); Fröhler/Oberndorfer, Wirtschaftsrecht 89.

²⁴⁵ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 261 mit Verweis auf G. Plöchl, 5. ÖJT (1973) I/3/A 27.

²⁴⁶ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 261 mit Verweis auf Winkler, Gesetzgebung, 81; Fröhler/Oberndorfer, Wirtschaftsrecht 43, 86; Schambeck, Vom Sinneswandel des Rechtsstaates (1970) 29, 33.

²⁴⁷ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 3.

tendierte daher auch hier zu einer differenzierten Betrachtungsweise. Artikel 17 B-VG enthält eine Befreiung aus der Kompetenzverteilung, wie weit diese reicht bleibt offen. Daher wurde vertreten, dass diese Befreiung nur für jenen Teil der Privatwirtschaftsverwaltung gelten soll, der erwerbswirtschaftlich auf klassisch fiskalische Aufgaben abzielt. Für jenen Teil der Privatwirtschaftsverwaltung, der den leistenden und lenkenden Staat repräsentiert, jedoch nicht. Damit sollte das Ausmaß des gesetzlichen Determinierungserfordernisses anhand dem materiellen Kriterium der öffentlichen Aufgabenerfüllung gemessen werden.²⁴⁸ Aufgrund dieser Entwicklungen, vor allem in Hinsicht auf die immer mehr steigende Inanspruchnahme der Möglichkeit der Verwaltung zum privatwirtschaftlichen Handeln, mehrten sich Stimmen mit dem Ruf nach dem Erfordernis der Heranbildung eines Verwaltungsprivatrechts.²⁴⁹

Ein weiterer Ansatz für eine differenzierte Betrachtungsweise kam von Seiten der Zivilrechtsdogmatik. Bydlinski erkannte, dass die Frage der Geltung des Legalitätsprinzips nur anhand der Differenzierung der Begriffe des rechtlichen Dürfens und des rechtlichen Könnens des privatrechtlich handelnden Staates beantwortet werden kann. Dieser Aspekt wurde auch bereits von Antonioli angesprochen, und hebt den Aspekt der Willensbildung in der Privatwirtschaftsverwaltung hervor. Das führte zu einer klaren Abgrenzung zwischen der rechtlichen Beschränkung im Innenverhältnis einer Verwaltungseinheit von der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis. Die Geltung des Legalitätsprinzips wurde zwar auch von Bydlinski befürwortet, jedoch sollte es ausschließlich auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Rechtsträger und dem Verwaltungsorgan wirken, also auf die konkrete Willensbildung des Trägers der Privatwirtschaftsverwaltung. Auf das Rechtsverhältnis des Staates zum Privaten, könne sich das Legalitätsprinzip jedoch nicht beziehen. Das Verbot formalgesetzlicher Delegation und daher das Gebot zur inhaltlichen Determination würden sich demnach nur auf das Innenverhältnis des Staates beziehen. Nach Bydlinski erscheint der Umstand nicht zufällig, dass sich der Staat vermehrt bzw. in erheblichem Umfang Privatrechtsnormen bedient. Da der vorhandene Normenbestand des öffentlichen Rechts hinsichtlich der privatrechtlichen Leistungsbeziehungen zwischen Staat und Privaten nicht ausgebildet ist, erscheint dies auch erforderlich zur Erfüllung der Staatsaufgaben. Solange auf einschlägige Privatrechtsnormen zurückgegriffen werden kann, erachtete Bydlinski es auch nicht für erforderlich, diesen

²⁴⁸ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 261 mit Verweis auf Weiler, WipolBl 1959, 128; Pernthaler, Über Begriff und Standort der leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, JBl 1965, 57; Fröhler/Oberndorfer, Wirtschaftsrecht 73.

²⁴⁹ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 261 mit Verweis auf Fröhler/Oberndorfer, Wirtschaftsrecht 73.

Bereich öffentlich rechtlich zu regeln.²⁵⁰ Angesichts dieser Positionen zur differenzierten Betrachtungsweise vertrat Pernthaler die Auffassung, dass eine Tendenz zu einer limitierten Auslegung zu erkennen ist, welche eine auf rechtlichen Argumenten basierende Abgrenzung schwer argumentierbar macht.²⁵¹

Die Geltung des Legalitätsprinzips in der Privatwirtschaftsverwaltung erscheint solange als herrschende Lehre kritiklos akzeptiert worden zu sein, bis die Frage von Ermacora andeutungsweise problematisiert jedoch nicht untersucht wurde. Er fragte, ob Artikel 18 B-VG seinem Sinn und Wortlaut nach, sich überhaupt auf die Privatwirtschaftsverwaltung beziehen kann.²⁵² Auch Merkl erkannte, dass das Erfordernis einer gesetzlichen Determinierung des Verwaltungshandelns in Artikel 18 B-VG nach historischer und logischer Interpretation, ausschließlich für Handlungen obrigkeitlichen Handelns gelten kann. Hierbei handelt es sich um Befehl oder Zwang ausübende staatliche Verwaltung, welche durch Gesetze vorhersehbar und berechenbar gemacht werden müssen. Natürlich ist auch für die nicht hoheitliche Verwaltung Voraussetzung, dass formelle Gesetze vorhanden sind. Hier wird zB das Bundesfinanzgesetz genannt.²⁵³ Ab den 70er Jahren wurde von einigen Vertretern der Lehre die Geltung des Legalitätsprinzips aus historischen, systematischen und teleologischen Überlegungen heraus in Abrede gestellt.²⁵⁴ „Für diese Auffassung spricht allein schon die bei der Schaffung des Artikels 17 B-VG herrschende Vorstellung, Bund und Länder können gleich jeder Privatperson, also ohne besondere, über die Privatrechtsordnung hinausgehende Normen, wirtschaftlich und kulturell fördernd tätig werden können.“²⁵⁵ Artikel 18 B-VG beziehe sich aufgrund dessen systematischen Zusammenhangs und dessen Standort im B-VG ausschließlich auf das Außenverhältnis zwischen Staat und dem Privaten. Im Entstehungszeitpunkt des B-VG sei es nicht im Interesse des Gesetzgebers gewesen, die Privatwirtschaftsverwaltung besonders gesetzlich zu binden. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zur Überprüfung hoheitlicher Akte berufen, Privatrechtsakte fallen jedoch nicht darunter. Die privatrechtliche Handlungsfreiheit darf also auch nicht als hoheitliche Ermessensfreiheit umgedeutet werden und unterliegt auch nicht dem Maßstab des Artikels 18 iVm 130

²⁵⁰ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 262 mit Verweis auf Bydlinski, JBl 1968, 9.

²⁵¹ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 261 mit Verweis auf Pernthaler, Raumordnung und Verfassung I (1975) 89 f.

²⁵² Ermacora, JBl 1956, 143.

²⁵³ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 262 mit Verweis auf eine Rezension Merkls zu Antoniollis Allgemeines Verwaltungsrecht, ZÖR NF 6, 436.

²⁵⁴ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 263 mit Verweis auf Novak, ÖVA 1970, 4ff, H. Walter, Die Privatwirtschaftsverwaltung und das Legalitätsprinzip, GdZ 1970, 206; Schäffer, Verfassungsinterpretation 149 ff; Rill, Gliedstaatsverträge 291 ff; Lora, Die Gebietskörperschaften als Träger von Privatrechten, GdZ 1973, 5 ff; Ringhofer, Die Österreichische Bundesverfassung (1977) 78; Hengstschläger, Das Budgetrecht des Bundes (1977), 258.

²⁵⁵ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 263 mit Verweis auf Kelsen/Froehlich/Merkl sowie Bydlinski, Winkler und Lora.

Abs 2 B-VG. Da über Selbstbindungsgesetze keine subjektiven Rechte eingeräumt werden können, lassen sich hinsichtlich des Rechtsschutzbedürfnisses keine Vorteile erkennen, da die Selbstbindungsgesetze zwar aufgrund des Gesetzescharakters publik sein müssen, jedoch weiterhin reine verwaltungsinterne Bindungswirkung haben. Um daher gesetzlich durchsetzbare individuelle Leistungsansprüche iSv subjektiven Ansprüchen zu erhalten, bedürfte es hoheitsrechtlicher Vollzugsformen, welche sich an den formstrengen Verwaltungsaktbegriff orientieren müssen.²⁵⁶

Vertritt man die Ansicht, das Legalitätsprinzip gelte nicht für die Privatwirtschaftsverwaltung, dann bedeutet dies jedoch ausschließlich, dass kein solcher Determinierungs- und Durchnormungsgrad für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung verfassungsrechtlich zwingend erforderlich ist als dies für die Hoheitsverwaltung gilt. Es bedeutet jedoch nicht, dass eine an die Sache orientierte Determinierung der Privatwirtschaftsverwaltung nicht zulässig oder geschweige denn wünschenswert wäre. Ohne weiteres lässt sich behaupten, dass dies am ehesten auch der heutigen Staatspraxis entspricht. Warum es zu einer solchen Entwicklung kam, erscheint für Schäffer 1979 auf der Hand zu liegen. Die strengen Verfechter des Rechtsstaatsprinzips forderten im Bestehen auf der Zählung der Privatwirtschaftsverwaltung des Staates durch identische Mittel, wie eben hinsichtlich der Hoheitsverwaltung, einen weder rechtsdogmatisch noch politisch gangbaren Weg.²⁵⁷ Zumindest die Staatspraxis von 1979 „betrachtet daher nähere gesetzliche Determinierungen der Privatwirtschaftsverwaltung für zulässig, aber nicht als eine verfassungsrechtliche „condicio sine qua non“ für eine rechtmäßige Führung der Privatwirtschaftsverwaltung.“²⁵⁸ Eine avisierte Möglichkeit bestand darin, die nähere Determinierung über den Weg des Bundesfinanzgesetzes zu erreichen, jedoch erschien dessen Einjährigkeit und der bloße Ermächtigungscharakter unzureichend um eine ausreichende Determinierung zu erreichen. Zunehmend von Bedeutung wurden daher Selbstbindungsgesetze. Ermacora ging davon aus, dass nach dem Kompetenzkatalog der Bundesverfassung, die Gesetzgebung ausschließlich der hoheitlichen Staatstätigkeit dienen könne, und daher Gesetze im bloß formellen Sinn auch ausschließlich dort zulässig sind, wo sie ausdrücklich verfassungsrechtlich gemäß dem Abschnitt E des zweiten Hauptstücks des B-VG, für zulässig erklärt werden.²⁵⁹ Wenger sah entgegen dieser Auffassung, Selbstbindungsgesetze für zulässig. Er versuchte die Selbstbindungsgesetze, da sie nicht aus die

²⁵⁶ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 263.

²⁵⁷ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 264 mit Verweis auf Horner, Die sozialen Grundrechte (1974) 172, 405.

²⁵⁸ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 264.

²⁵⁹ Ermacora, Österreichische Verfassungslehre (1971), 279.

Kompetenzverteilung ableitbar waren, aus dem § 290 ABGB abzuleiten, da solche auch bereits vor 1920 existierten.²⁶⁰ Schäffer bezweifelte, dass sich § 290 ABGB auf derartige Gesetze bezieht und merkte an, dass sich die Gesetzgebungskompetenz der Artikel 10-15 B-VG keinesfalls auf Gesetze beziehen kann, die den Zweck haben eine Selbstbindung von Gebietskörperschaften in diesem Bereich herbeizuführen. Er argumentierte treffend, dass Artikel 17 B-VG, „weder seinem Wortlaut nach, noch nach seiner systematischen Stellung nach, noch nach der erweislichen Absicht des historischen Gesetzgebers nach, als Kompetenznorm gedeutet werden könne.“ Bei einer Kompetenznorm handelt es sich um die Ermächtigung zur Erlassung von Gesetzen, was Artikel 17 B-VG nicht tut. Es ist jedoch eine weitere Dimension einzubringen, das Gewaltentrennungskonzept. Würde das Prinzip der Gewaltentrennung, die Privatwirtschaftsverwaltung der Verwaltung vorbehalten und weiters Gesetze im formellen Sinn nur dort zulassen, wo dies verfassungsrechtlich ausdrücklich normiert ist, dann wäre für Selbstbindungsgesetze kein zulässiger Raum. Der Bundesverfassung könne jedoch keine eindeutige Normierung entnommen werden, in der die Privatwirtschaftsverwaltung einer gesetzlichen Steuerung entzogen würde. Weder erscheint eine Begründung greifbar, warum dies der Fall sein sollte und darüber hinaus ein Argument, warum der Verwaltung den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zu erlauben, jedoch zu verbieten diesen Verwaltungsbereich gesetzlich zu steuern. Darüber hinaus erscheint es in diesem Zusammenhang nicht nachvollziehbar, dass in den Kompetenzbereichen des Bundes und der Länder, in denen sie zur Gesetzgebung und Vollziehung ermächtigt sind, niemals an der Zulässigkeit von Selbstbindungsgesetzen gezweifelt wurde.²⁶¹

Doch falls Selbstbindungsgesetze zulässig sind, erscheint fraglich, welche Wirkung und welchen Inhalt derartige Bestimmungen haben dürfen. Da nicht umfassend geregelt, erscheint es zulässig, dass die Privatwirtschaftsverwaltung durch Selbstbindungsnormen detailliert hinsichtlich Gegenstand, Zeit-, und Finanzierungsrahmen beschränkt wird. Es erscheint aber auch zulässig, dass sie bloß hinsichtlich der Ziele der privatrechtlichen Staatstätigkeit und durch diesbezügliche Aufträge oder durch Ermächtigungen geregelt wird. Weiters könnten Standards vorgegeben werden, welche für Leistungen der öffentlichen Hand Voraussetzung sind, oder Richtlinien zur Steuerung der durch den Staat erforderlichen Investitionen und Förderungen. Der vergrößerte Dispositionsspielraum der Verwaltung kann dabei durch die Vorgabe von Verfahrensvorschriften, zur Sicherstellung der sachlichen

²⁶⁰ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 264 mit Verweis auf Wenger.

²⁶¹ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 266 mit Verweis auf BundesforsteG, BundesbahnG und BundesstraßenG.

Aufgabenwahrnehmung rationalisiert werden. Am Ende steht es dem Gesetzgeber jedoch frei, die Privatwirtschaftsverwaltung in Teilbereichen auch vollkommen ungeregelt zu lassen und der Verwaltung einen maximalen Dispositionsspielraum zu lassen.²⁶² Was aber nach Ansicht von Schäffer eher für eine gesetzliche Steuerung der Privatwirtschaftsverwaltung ohne Pflicht zu einer solchen spricht, geht in eine rationalistische, transparente und demokratiepolitische Richtung. Der Gesetzwerdungsprozess hat strenge Vorkehrungen zur Sicherstellung, dass rationale Entscheidungsprozesse dahinterstehen. Gesetze können von jedem einzelnen Staatsbürger demokratisch abgeleitet werden und repräsentieren damit theoretisch den Willen des Volkes. Ergeht eine politische Entscheidung in Gesetzesform, dann erscheint eine solche wesentlich bestandsfester als andere Maßnahmen. Determinierung bedeutet Rechtssicherheit, was den derzeitigen Zustand beseitigen würde. Die Kehrseite hinsichtlich der angesprochenen Selbstbindungsgesetze ist jedoch, dass es sich um Gesetze im formellen Sinn handelt, daher subjektive Rechte ausgeschlossen sind. Ebenso ist eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle ausgeschlossen ist, wobei die Statuierung einer Entscheidungspflicht der Verwaltungsorgane nicht ausgeschlossen erscheint. Wie die konkrete Ausgestaltung nun aussehen soll, dafür gibt es angesichts der unterschiedlichen Sachgebiete, keine Paradelösung.²⁶³ In Bezug auf administrative Hilfsgeschäft könnten zB das allgemeine Privatrecht iVm den Budgetansätzen ausreichend sein.²⁶⁴ Im Förderungssektor erscheint es im Sinne einer sinnvollen Subventionspolitik als wesensimmanent, dass nicht jedem Subventionsbegehren nachgegeben werden kann.²⁶⁵ Auch im Bereich der Führung von öffentlichen Unternehmen gäbe es sinnvolle Determinierungsmöglichkeiten.²⁶⁶ Bei der öffentlichen Auftragsvergabe erscheint eine sachgerechte Regelung des staatlichen Innenverhältnisses erforderlich, wobei im Außenverhältnis überlegt werden müsste, den Privaten vor dem übermächtigen privatrechtlich handelnden Staat zu schützen. Ebengleiches gilt für konjunktur- sowie raumordnungspolitisch bedeutsame Investitionen des Staates.

Als Probleme der Privatwirtschaftsverwaltung galten seit jeher, dass keine eindeutige Kompetenzzuweisung durch die Bundesverfassung erfolgt, es dadurch ein Organisationsproblem gibt und letztlich daraus ein Rechtswege- sowie Rechtsschutzproblem resultiert. Die historische verfassungsrechtliche

²⁶² Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 267.

²⁶³ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 267.

²⁶⁴ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 266 mit Verweis auf Bydlinski, JBl 1968, 9 und Winkler, Gesetzgebung 81.

²⁶⁵ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 267 mit Verweis auf Wenger, in Korinek-FS 208.

²⁶⁶ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 267 mit Verweis auf G. Plöchl, 5. ÖJT (1973) I/3/A, 27 ff.

Entwicklungsprognose reichte niemals über einen Ordnungsstaat hin zu einem Leistungsstaat, weshalb diese Entwicklung auch bis 1979 keinen verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Nur der Verfassungsgesetzgeber hätte es in der Hand, diese Probleme zu lösen.²⁶⁷ Aus dem Kompetenzproblem ergibt sich, dass die Gebietskörperschaften in den jeweils fremden Kompetenzsachgebieten mit den Mitteln des Privatrechts tätig werden können. In diesem Sinne ist es nicht auszuschließen, dass hoheitliche Entscheidungen der Kompetenzträger der Artikel 10-15 B-VG, vom jeweiligen Nichtkompetenzträger mit den Mitteln der Privatwirtschaftsverwaltung unterlaufen werden könnte. Es ist zwar nicht anzunehmen, dass der Verfassungsgesetzgeber die hoheitliche Kompetenzverteilung durch die Ermöglichung der davon entkoppelten Privatwirtschaftsverwaltung in Frage stellen wollte.²⁶⁸ Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass er unter Umständen gar nicht daran gedacht hat. Falls ein derartiges Unterlaufen unzulässig ist, stellt sich immer noch die Frage der Koordinierung der beiden Verwaltungen, um zB Doppelsubventionen, etc hintanzuhalten. Dieser Koordinierungsbedarf kann wiederum nur durch die Gebietskörperschaften gelöst und deren Willen werden. Kann der Staat frei wählen zwischen hoheitlichem oder privatrechtlichem Handeln, und bedient sich der Staat anstatt der hoheitlichen der privaten Handlungsform, so versagt die grundrechtliche Schutzwirkung, welche auf den hoheitlichen verwaltungsbehördlichen Eingriff hin konzipiert wurde. Verwaltungsrechtszüge, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit sind jedoch stark handlungsformgebunden. Zivilrechtssachen sind hingegen gemäß § 1 JN an die ordentlichen Gerichte verwiesen. Konsequenz daraus ist, dass der Private wenn er dem privatrechtlich handelnden Staat gegenübersteht, keinen Anspruch auf rechtliches Gehör, Begründung der Ablehnung seines Angebotes, keinen Erledigungsanspruch innerhalb bestimmter Zeit, keine materiellen Rechtsansprüche auf zB Förderung hat. Ausschließlich der Gleichheitsgrundsatz entfaltet hier aufgrund seines umfassenden Anwendungsbereichs eine mittelbare Drittwirkung auch auf den privatrechtlich handelnden Staat. Ausschließlich hieraus kann ein Kontrahierungszwang für den Staat und öffentliche Unternehmen abgeleitet werden. Ein weiteres Problem erscheint, wenn man die Organisation der öffentlichen Verwaltung betrachtet. Was für die hoheitliche Verwaltung klar ist, erscheint auch hinsichtlich der Organisation und Zuständigkeit im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung erforderlich zu sein. Nämlich eine gesetzliche Zuweisung von Zuständigkeiten und Organisation. Nun ist dies aber in weiten Teilen nicht der Fall.

²⁶⁷ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 268.

²⁶⁸ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 269 mit Verweis auf Rill/Schäffer, Planungs koordinierung 45.

Privatrechtliche Organzuständigkeiten wie Vertretungsbefugnisse etc können in den meisten Fällen nur aus der allgemeinen Organisationszuständigkeit abgeleitet werden.

Funk²⁶⁹ ordnet die Forderung an eine enge gesetzliche Bindung der staatlichen Verwaltung als Produkt der liberal rechtsstaatlichen Ideenwelt. Sie entwickelte sich als Gegenposition zur monarchisch absolutistischen und idS weitgehend gesetzessfreien staatlichen Verwaltung. Das Gesetz gilt in parlamentarischen Demokratien als Ausdruck des Willens des Volkes. „Gesetzesfreies Verwaltungshandeln würde nicht nur dem rechtsstaatlichen, sondern auch dem demokratischen Prinzip widersprechen.“ Funk nennt als Schwergewicht der Probleme, die Reichweite und die Intensität des Legalitätsprinzips. Bei der Reichweite geht es um die Frage, ob das Legalitätsprinzip auch für den Bereich der nichthoheitlichen Verwaltung gilt. Diese Frage erscheint jedoch gemäß Funk unpräzise, da kein Zweifel daran bestünde, dass die nichthoheitliche Verwaltung ebenso wie die hoheitliche Verwaltung an das Legalitätsprinzip gebunden ist. Aus seiner Sicht müsse gefragt werden, ob das Legalitätsprinzip vom Gesetzgeber auch für die nicht hoheitliche Verwaltungstätigkeit eine ähnlich strenge Bindung, wie für den Bereich der Hoheitsverwaltung verlangt. Davon hänge auch ab, ob die Privatwirtschaftsverwaltung durch besondere Privatrechtsvorschriften, dem sogenannten Verwaltungsprivatrecht, gebunden werden muss oder die Regeln des allgemeinen Privatrechts ausreichen. Die geführte Kontroverse um diese Frage in der Lehre, könne nur durch den Verfassungsgesetzgeber gelöst werden. Funk erkennt jedoch ganz zutreffend eine Verdichtung des Bereichs der verwaltungsprivatrechtlichen Einengung der nicht hoheitlichen Verwaltung, wodurch die freien Handlungsspielräume dergleichen zunehmend verschwinden. Hinsichtlich der erforderlichen Intensität des Legalitätsprinzips erscheint die Wendung der „differenzierten Sicht des Legalitätsprinzips“. War der VfGH in Bezug auf das Legalitätsprinzip vorerst von einer sehr strengen Determinierungspflicht im Bereich der Hoheitsverwaltung hinsichtlich Inhalt, Verfahren und Organisation des Bereichs der Hoheitsverwaltung ausgegangen, sieht er es nun differenzierter. So würde die Bindungsstrenge nicht in jedem Bereich dieselbe sein. In diesen Bereichen würden bloß konkrete Ziele vorgegeben werden. Um Rechtsrichtigkeit der Verwaltungsentscheidungen zu garantieren, wären strenge

²⁶⁹ *Bernd-Christian Funk* (* 14. September 1943 in Trofaiach) ist ein österreichischer Rechtswissenschaftler. 1974 habilitierte sich Funk mit der Arbeit *Der verfahrensfreie Verwaltungsakt*. Danach war er bis 1978 als wissenschaftlicher Referent bei der Wirtschaftskammer Österreich tätig; und von 1978 bis 1999 hatte er eine ordentliche Professur am Institut für Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre der Universität Graz inne. Im August 1999 wechselte er dann an das Institut für Universitätsrecht und Universitätsmanagement der Universität Linz. Seit Oktober 1999 lehrt Funk am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien. Abfrage Wikipedia am 3. Oktober 2016.

Verfahrensvorschriften erforderlich (Legitimation durch Verfahren). Als weitere Form der Aufweichung des Legalitätsprinzips wird das Ermessen der Verwaltung genannt, jedoch besonders darauf hingewiesen, dass Ermessen keine Ermächtigung zur Willkür darstellt. „Eine Verwirklichung des Prinzips der Herrschaft des Gesetzes in der Verwaltung wird niemals vollkommen erreicht werden.“²⁷⁰ Auch in seiner zehnten Auflage zur Einführung in das österreichische Verfassungsrecht hatte Funk denselben Zugang zur Legalitätsdebatte. Anders als viele andere, warf er eher einen pragmatischen Blick auf das Problem. Die Frage ob das Legalitätsprinzip für die Verwaltung gelte, bezeichnete er als im Wesentlichen falsch formuliert. Es stehe außer Frage, dass auch die nichthoheitliche Verwaltung ebenso wie die hoheitliche Verwaltung an die Gesetze gebunden sei. Als wahre Frage stehe im Raum, ob Artikel 18 B-VG für die Privatwirtschaftsverwaltung eine ebenso strenge Determinierungspflicht vorsieht, wie dies für die Hoheitsverwaltung gilt. Obwohl eine Tendenz zur Einengung der Privatwirtschaftsverwaltung erkennbar ist, erscheint die Frage ungelöst und möglicherweise nur durch die authentische Interpretation iSe Klarstellung des Verfassungsgesetzgebers gelöst werden zu können.²⁷¹

1986 erschien die von Koja²⁷² überarbeitete zweite Auflage Antoniollis Allgemeines Verwaltungsrecht. Koja spricht von einem Wandel der Auffassungen hinsichtlich der Geltung des Legalitätsprinzips für die Privatwirtschaftsverwaltung.²⁷³ Seines Erachtens haben die Befürworter der Geltung des Legalitätsprinzips ausschließlich die Wortinterpretation hinter sich.²⁷⁴ Die Wortinterpretation liefert auch ein eindeutiges Ergebnis, denn Artikel 18 B-VG bindet ausdrücklich die gesamte staatliche Verwaltung an die Gesetze. Das B-VG verwendet den Begriff Verwaltung in vielen Fällen in einem Sinne, der die Hoheitsverwaltung wie auch die Privatwirtschaftsverwaltung umfasst. Das zeige etwa Artikel 20 Abs 1 B-VG, der so etwas wie eine Legaldefinition der

²⁷⁰ Funk, Einführung in das österreichische Verfassungs und Verwaltungsrecht (1985), 126.

²⁷¹ Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht¹⁰ (2000), 237.

²⁷² Univ.-Prof. DDr. Friedrich Koja, „Professor am Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Universität Salzburg wurde am 29. Jänner 1933 in Leoben geboren, maturierte in Lienz und studierte anschließend an der Universität Innsbruck Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. 1955 promovierte er zum Dr. iur. und ein Jahr später zum Dr. rer. oec. Seine Berufslaufbahn begann er als Sekretär beim Österreichischen Verfassungsgerichtshof, wo so prominente Rechtswissenschaftler wie Walter Antonioli und Hans Kelsen zu seinen Lehrern zählten. Nach der Habilitation an der Universität Wien führte ihn sein weiterer Lebensweg nach Salzburg. Hier wurde er mit 19. März 1968 zum Ordentlichen Universitätsprofessor ernannt. Koja wurde damit der erste Ordinarius für das Fach Öffentliches Recht der damals im Aufbau befindlichen Salzburger Juridischen Fakultät. In den Jahren als Rektor der Universität Salzburg (1971/72 sowie 1983/85) hat Koja auch entscheidende Impulse für den Ausbau der neu gegründeten Naturwissenschaftlichen Fakultät geleistet. Seit 1980 gehört er dem Verfassungsgerichtshof als Ersatzmitglied an und ist in verschiedenen weiteren angesehenen wissenschaftlichen Institutionen und Vereinigungen engagiert tätig. Als Experte ist Univ.-Prof. DDr. Friedrich Koja auch immer wieder für die Landesregierung und den Salzburger Landtag tätig.“ Abfrage Wikipedia am 3. Oktober 2016.

²⁷³ Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986).

²⁷⁴ Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986) mit Verweis auf Adamovich, Verfassungsrecht 101; Binder, ÖZW 1977, 78; Fröhler, Wirtschaftsrecht 86; Klecatsky, JBl 1957, 333; Kobzina, ÖJZ 1961, 421; Oberndorfer, Eichler-FS 436; Schambeck, DÖV 1969, 173; Walter, BVR 392; Walter/Mayer, BVR 163.

Verwaltung und keinen Anhaltspunkt dafür enthält, dass er nur von der Hoheitsverwaltung handle. Auch Artikel 17 und Artikel 104 B-VG deuten auf einen Verwaltungsbegriff hin, der Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung umschließt. „Andernfalls wären auch die Feststellung, dass sich die Bestimmungen über die Kompetenzverteilung der Artikel 10 – 15 B-VG und die Regeln betreffend die mittelbare Bundesverwaltung gemäß Artikel 102 B-VG nicht auf die Privatwirtschaftsverwaltung beziehen, entbehrlich.“²⁷⁵ Eine Zusammenschau der Artikel 18 und 129 B-VG bringt einen ersten Anhaltspunkt, an diesem eindeutigen Ergebnis der Wortinterpretation zu zweifeln. Artikel 18 B-VG normiert die Gesetzmäßigkeit der staatlichen Verwaltung, Artikel 129 B-VG normiert die Kontrolle der gesamten öffentlichen Verwaltung durch den VwGH. Das B-VG verwendet an beiden Stellen den Begriff der Verwaltung, und es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass dieser Begriff in einem der beiden Artikel enger oder weiter zu verstehen ist. Was jedoch ins Auge sticht ist jener Umstand, dass unter Verwaltung in Artikel 129 B-VG, keinesfalls die Privatwirtschaftsverwaltung umfasst sein kann. Der VwGH (heute BVwG und VwGH) erkennt nämlich ausschließlich über hoheitliche Individualakte. Dieser Umstand bezüglich der Wortwahl, bringt die oa Interpretation etwas in Bedrängnis. Noch stärker erscheinen jedoch die Argumente hinsichtlich des Zusammenhangs der Stellung des Artikels 18 im System des B-VG und dessen Beziehung zu Artikel 17 B-VG. Wenn das Legalitätsprinzip des Artikels 18 B-VG auch für die Privatwirtschaftsverwaltung gilt, bedürfte es einer zwingenden und speziellen bundes- und landesgesetzlichen Kompetenzgrundlage. Die budgetrechtlichen Bestimmungen oder das allgemeine Privatrecht erscheinen hierfür keineswegs den strengen Determinierungsmaßstab der Hoheitsverwaltung zu genügen.²⁷⁶ Auf den ersten Blick wurde der naheliegende Artikel 17 B-VG als Kompetenzgrundlage in Betracht gezogen. „Auf den ersten Blick ist diese Vorschrift keine Kompetenznorm. Sie hat lediglich rechtlich zur Folge, dass Bund und Länder als Privatrechtssubjekte auch auf Gebieten tätig werden dürfen, für die sie weder Gesetzgebungszuständigkeit noch Kompetenz zur hoheitlichen Vollziehung haben. Artikel 17 B-VG ist also eher eine Entbindung von Kompetenzgrenzen als eine Kompetenzgrundlage für die gesetzliche Determinierung der Privatwirtschaftsverwaltung.“²⁷⁷ Für all jene die darin dennoch eine Kompetenzgrundlage sehen, fällt der Fokus auf den Bereich der Kompetenz für die Erlassung von Selbstbindungsgesetzen. Für solche bestehen jedoch Grenzen. Einerseits dürfen Selbstbindungsgesetze keine Bindungswirkung für Dritte auferlegen, daraus ergibt sich aber gleichzeitig, dass keine subjektiven Rechte daraus resultieren,

²⁷⁵ Kojá, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 227.

²⁷⁶ Kojá, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 227.

²⁷⁷ Kojá, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 228.

welche verwaltungsgerichtlich geltend gemacht werden könnten. Selbstbindungsgesetze dürfen auch keine Legitimation für die Setzung genereller Akte der Vollziehung beinhalten. Es ist jedoch zulässig, dass darin Kriterien aufgestellt werden, unter welchen Bedingungen Leistungen durch Bund oder Länder gewährt werden.²⁷⁸ „Selbstbindungsgesetze sind daher nichts anderes als in Gesetzesform gekleidete generelle Anweisungen an die mit der Ausübung der Privatwirtschaftsverwaltung betrauten Organe.“²⁷⁹ Das rechtsstaatliche Prinzip erscheint dadurch nicht vollinhaltlich verwirklicht, sollte doch garantiert sein, dass der Staat bei der Vollziehung gebunden wird, seine Handlungen vorhersehbar sind und die Rechtsstellung des Einzelnen gegenüber dem Staat durch ein rechtlich geregeltes Verfahren gesichert wird.²⁸⁰ Die Verletzung von Selbstbindungsgesetzen „begründet nur eine zivil-, disziplinar- und allenfalls strafrechtliche Haftung der Organwalter, subjektive Rechte, die notfalls vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden durchgesetzt werden können, werden hingegen nicht eingeräumt. Die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ist von der Einhaltung derartiger gesetzlicher Vorschriften unabhängig.“²⁸¹ Es kann also als Argument gegen die Geltung des Artikels 18 B-VG in der Privatwirtschaftsverwaltung angesehen werden, dass es an einer Kompetenz mangelt, Gesetze zu erlassen, welche die Privatwirtschaftsverwaltung in einem Maß determiniert, dass die Rechtsposition des einzelnen gegenüber dem Staat in einer prozessual durchsetzbaren Weise möglich wäre. „Offenbar bezieht sich Artikel 18 B-VG nur auf das Verhältnis zwischen dem Staat und dem Bürger in der Hoheitsverwaltung.“²⁸² Auch hätten die Kommentatoren des B-VG dies offensichtlich im Sinn, da sie als Beispiele nur hoheitliche Akte anführten. „Artikel 18 Abs 1 bringe zum Ausdruck, dass einerseits jede generelle rechtsverbindliche Norm grundsätzlich der Gesetzesform bedarf und dass andererseits jede individuelle Norm (Urteil, Verwaltungsakt) durch Gesetz gedeckt sein muss.“²⁸³ Der Umstand dass der Staat das Recht hat, gleich wie eine Privatperson Unternehmen zu gründen und zu erhalten sowie Veranstaltungen auszurichten, erschien zum Entstehungszeitpunkt des Artikel 17 B-VG gemäß den parlamentarischen Materialien selbstverständlich, weshalb sogar ein diesbezüglicher weiterer Absatz zu Artikel 17 gestrichen wurde.²⁸⁴ Man ging daher davon aus, dass Bund und Länder im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung den Privaten gleichgestellt sind. Dies negiert eigentlich die Möglichkeit der Geltung des

²⁷⁸ *Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 228 mit Verweis auf Loebenstein, 2. ÖJT II/3, 33.

²⁷⁹ *Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 228.

²⁸⁰ *Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 228, zuvor bereits Merkl, Verwaltungsrecht 77.

²⁸¹ *Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 228 sowie 9ObA134/87; 9ObA518/88; 9ObA122/90; 1Ob272/02k; 9Ob71/03m; 10Ob23/03k; 10Ob28/12h; 3Ob36/14m

²⁸² *Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 229.

²⁸³ *Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 229, mit Verweis auf Kelsen/Froehlich/Merkl 85.

²⁸⁴ *Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 229, mit Verweis auf Kelsen/Froehlich/Merkl 84 (Bericht des Verfassungsausschusses), Rill, Gliedstaatsverträge 298 und Winkler, Wirtschaftsrecht 34.

Legalitätsprinzips in diesem Bereich. „Denn wenn es ein Charakteristikum der der Bundesverfassung zugrundeliegenden Unterscheidung von Staat und Gesellschaft ist, dass der Staat nur darf, wozu er durch Gesetz ermächtigt ist, während die Gesellschaft alles darf, was nicht durch Gesetz verboten ist²⁸⁵, dann ist für den privatwirtschaftlich handelnden Staat eine spezielle gesetzliche Ermächtigung und Determinierung solange nicht gefordert, als dies nicht in der Bundesverfassung klar zum Ausdruck kommt.“²⁸⁶ Nun sind zwar in dieser Rechtslage auch erhebliche Gefahren für die Gesellschaft verbunden, am Verfassungsauftrag im Zeitpunkt seiner Entstehung könne jedoch dies nichts ändern und ist eine Angelegenheit, die nur durch den Verfassungsgesetzgeber geändert werden kann.²⁸⁷ Nach Koja zwingen alle diese Überlegungen, „die durch lange Zeit in der österreichischen Literatur herrschende Meinung von der Geltung des Artikels 18 B-VG auch für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung aufzugeben. Widersprochen hat dieser Auffassung auch bereits Merkl, der betonte, dass das Erfordernis einer bestimmten und inhaltserfüllten gesetzlichen Regelung des Verwaltungshandelns nach Artikel 18 B-VG nur für Handlungen gelte, die selbst obrigkeitlichen Charakter haben. In diesem Sinne sprach auch der VfGH aus, dass Artikel 18 B-VG für privatwirtschaftliche Akte nicht anwendbar sei. Für ein Handeln im Rahmen der Privatautonomie bedarf es inhaltlich keiner gesetzlichen Ermächtigung. Wohl sind aber die vom Gesetz abgesteckten Grenzen zu beachten. Das Gesetz ist im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung nicht Voraussetzung, sondern Schranke des Organhandelns.“²⁸⁸ Die Staatspraxis zeigt, dass es aus Sicht des Staates selbst offenbar sowohl der Verfassungsrechtslage als auch den rechtspolitischen Bedürfnissen entspricht, einen Mittelweg zu beschreiten. Einerseits werden Teile der Privatwirtschaftsverwaltung durch Selbstbindungsgesetze geregelt und damit eine staatliche Selbstbeschränkung herbeigeführt. In anderen Bereichen wiederum erachtet es der Staat als verfassungsrechtlich nicht erforderlich, sich selbst zu beschränken. Bei der immer noch bestehenden Meinungsdivergenz ist darüber hinaus eines nicht zu vergessen, der Unterschied zwischen rechtsdogmatischer Gebotenheit und rechtspolitischer Forderung. In diesem Sinne kann man sagen, dass es rechtsdogmatisch nicht geboten sein muss, dass die Privatwirtschaftsverwaltung inhaltlich streng determiniert wird, es jedoch rechtspolitisch

²⁸⁵ Merkl, Verwaltungsrecht 160.

²⁸⁶ Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 229.

²⁸⁷ Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 229, mit Verweis auf Rill, Gliedstaatsverträge 299.

²⁸⁸ Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986), 229, mit Verweis auf Antonioli, Legalitätsprinzip 15; Ermacora, Verfassungslehre 224; Hengstschläger, Budgetrecht ²⁵⁸: Lora, ÖGZ 1973, 6; Novak, ÖVA 1970, 4; Rill, Gliedstaatsverträge 291; Ringhofer, BV 78; Schäfer, Verfassungsinterpretation 149; Schäffer, Antonioli-FS 262 ff; Merkl, ÖZÖR VI (1955) 436; VfSlg 7717/1975; VfSlg 7716/1975; Funk, ÖJZ 1977, 593;; Knitel, ZVR 1976, 357 ff; Schäffer, Antonioli-FS 260.

wünschenswert wäre um das rechtsstaatliche Prinzip zu festigen. Dieser Ansicht Koja's änderte sich auch in der folgenden Auflage nichts.²⁸⁹

Rill setzt sich 2001 ebenfalls mit den Aussagen Antoniollis und Klecatskys aus 1954 auseinander und argumentiert, warum eine gesetzliche Determinierung der Privatwirtschaftsverwaltung ähnlich der Hoheitsverwaltung nicht möglich und nicht vorgesehen ist.²⁹⁰ Der Staat war schon vor 1920 privatwirtschaftlich tätig und der Bürger hatte eine erheblich bessere Rechtsposition ihm gegenüber, als im Bereich der Hoheitsverwaltung. Durch das B-VG wurde der Staat dann in seinem hoheitlichen Handeln stark eingeschränkt, was dazu führte, dass nun die Rechtsstellung des Einzelnen gegenüber dem hoheitlich agierenden Staat eine bessere war. Der Staat wurde im privatrechtlichen Handeln nicht an ein vergleichbares Determinierungsgebot gebunden, da ansonsten jegliche einzelne privatrechtliche Handlung vorhergesehen und per Gesetz legitimiert hätte werden müssen. Aus rechtsstaatlicher Sicht kann man von einem Defizit sprechen, da allerdings das Maß der privatrechtlichen Entfaltung des Staates zum Entstehungszeitpunkt ein geringes war, fiel dieser Mangel vorerst nicht so sehr auf. Nach dem Zweiten Weltkrieg stieg die Betätigung des Staates als Privatrechtssubjekt stark an, gleichzeitig begann die Frage der gesetzlichen Bindung in den Fokus der Lehre zu gelangen. Es wurde jedoch nicht die Fiskalgeltung der Grundrechte oder dessen innewohnende Schutzpflicht thematisiert, sondern die Geltung des Artikels 18. Ein Einwand gegen die Befürworter ist, dass sich die Privatwirtschaftsverwaltung einer sinnvollen und gleichzeitig strengen Determinierung entziehe, da sie ein hohes Maß an Vielseitigkeit und Flexibilität erfordere. Das Gegenargument bezieht auf die Möglichkeit des abgestuften und differenzierten Determinierungsgrades je nach Sachbereich. Andererseits gibt es jedoch Bereiche in der Hoheitsverwaltung, in denen der Determinierungsgrad ein geringerer sein kann und ebenso Bereiche der Privatwirtschaftsverwaltung, die hoheitlich ausgestaltet werden können und bei denen statt eines Vertrages am Ende ein Bescheid steht. Es werden jedoch immer Bereiche der Privatwirtschaftsverwaltung übrig bleiben, die einer gesetzlichen Determinierung nicht zugänglich sind, um die zu setzenden rechtsgeschäftlichen Akte gesetzlich so vorzubestimmen, wie dies bei Bescheiden oder Maßnahmen materiell rechtlich verwirklicht ist.²⁹¹ Unterwirft man die Privatwirtschaftsverwaltung dem Artikel 18, dann hätte das zur Konsequenz, dass nicht hinreichend determinierte Verträge verboten wären, was in weiterer Folge zu deren Nichtigkeit gemäß § 879 ABGB führen würde. Eine nicht hinreichend determinierte

²⁸⁹ Koja, Allgemeines Verwaltungsrechts³ (1996).

²⁹⁰ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001).

²⁹¹ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001) Rz 36.

gesetzliche Ermächtigung würde die Zurechnungskette zwischen dem Staat und dem Organ unterbrechen, was einem Kontrahieren ohne Vertretungsmacht gleichkäme und durch § 1016 ABGB mit Unwirksamkeit behaftet wäre. Dies ist im Bereich der Hoheitsverwaltung eine komplett andere Situation, da die Rechtssicherheit anders als oben dargestellt, hier durch den Eintritt der Rechtskraft der Verwaltungsakte innerhalb angemessener Fristen garantiert ist.²⁹² Das Vergaberecht hat zumindest im Bereich des öffentlichen Auftragswesens wesentlich dazu beigetragen, auch in diesem Bereich Rechtssicherheit zu garantieren. Als weiteres Argument reflektiert auch Rill auf die mangelnde Kompetenzbestimmung für die Privatwirtschaftsverwaltung, denn in Artikel 17 ist eine solche nicht erkennbar.

Gemäß Pernthaler nimmt die Bundesverfassung Bund und Länder in der Privatwirtschaftsverwaltung aus der Kompetenzverteilung aus.²⁹³ Historisch ist das dadurch belegbar, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bundesverfassung der Staat gemäß der Fiskustheorie eine doppelte Rechtspersönlichkeit aufwies, eine hoheitliche sowie eine privatrechtliche. Die Bundesverfassung nahm den Staat für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung aus der Kompetenzverteilung aus und erkannte damit einen umfassenden Wirkungsbereich in der Privatwirtschaftsverwaltung an. Dabei handelt es sich um ein bundesstaatliches Spezifikum, das etwa hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedsstaaten nicht zutrifft. Der Staat hat darüber hinaus noch die Gesetzgebungskompetenz, er kann sich für seine Betätigung auf dem Gebiet des Privatrechts, jegliche Arten von Sonderprivatrecht, dem öffentlichen Unternehmensrechts bzw. des Gesellschaftsrechts schaffen. Ein weiteres, von Lehre und Rechtsprechung akzeptiertes Spezifikum erscheint der Bereich der transkompetenten Gesetzgebung. Die eindeutige Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der Länder im Bereich der Hoheitsverwaltung, wird durch die Entkoppelung der Privatwirtschaftsverwaltung von der Kompetenzverteilung quasi unterlaufen. Bund und Länder können nämlich im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung auch im jeweiligen anderen hoheitlichen Kompetenzbereich Gesetze erlassen. Dies ist jedoch dahingehend eingeschränkt, dass solche Gesetze keine Außenwirkung entfalten, daher reine Selbstbindungsgesetze oder Statutargesetze vorliegen. Auswirkungen dieses Umstandes können anhand der Förderpolitik (Subventionen) des Bundes und der Länder illustriert werden, die am Ende in einen undurchsichtigen Förderwettbewerb eskaliert ist und erst durch strenge

²⁹² Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001) Rz 39 mit Verweis auf F. Bydliniski, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBl 1968, 9 (13).

²⁹³ P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004), 316.

EU Richtlinien eingedämmt werden konnte.²⁹⁴ Auch Rill widmet sich der Frage, ob das Legalitätsprinzip für die Privatwirtschaftsverwaltung gemäß Artikel 17 B-VG für den Staat und Artikel 116 Abs 2 B-VG für die Gemeinden gilt. Befürworter argumentieren, dass auch die Privatwirtschaftsverwaltung bloß eine Äußerung der Staatsmacht darstelle und eine Gesetzesbindung daher aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen erforderlich ist.²⁹⁵ Die Gegner argumentierten damit, dass aus historischen Überlegungen zu den Artikeln 17 und 18 B-VG in Zusammenschau mit der Struktur des Privatrechts und die möglichen Staatsaufgaben im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, eine Gesetzesbindung analog der Hoheitsverwaltung, auszuschließen ist.²⁹⁶ Der VfGH so Pernthaler judizierte zuerst strikt gegen eine Geltung des Legalitätsprinzips in der Privatwirtschaftsverwaltung²⁹⁷, ging in weiterer Folge jedoch zu einer differenzierten Betrachtungsweise über.²⁹⁸ Auch Pernthaler tendierte dazu, von einem differenzierten Legalitätsprinzip auszugehen. Zum einen ist die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des privatrechtlich handelnden Staates zB im Rahmen von Unternehmensführung aber auch der Beschaffung, von der privatrechtlich leistenden öffentlichen Verwaltung zB im Rahmen der Gewährung von Sozialhilfe oder Subventionen zu unterscheiden. Letztere wird in einem stärkeren Maß zu einer Abhängigkeit des Privaten führen, was durchaus eine Ähnlichkeit zu jener in der Hoheitsverwaltung aufweist.²⁹⁹ Darüber hinaus ist nach den Rechtsfolgen der Privatwirtschaftsverwaltung zu differenzieren, denn wenn ein aufgrund möglicher Grundrechtseingriffe oder aus rechtsstaatlichen Erwägungen, ein erhöhtes Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers immanent ist, muss eine ausreichende Determinierung vorliegen, um diesem Rechtsschutzbedürfnis eine richterlichen Kontrolle auch zum Durchbruch zu verhelfen, egal in welcher Rechtsform der Staat handelt. „Diese gesetzliche Determinierungspflicht hat etwa zur gesetzlichen Regelung des Vergaberechts geführt und wurde auch beim Verfassungsgerichtshof in den oben angeführten Ansätzen zur neuen Leitlinie seiner Judikatur³⁰⁰, die sich in zunehmender Übereinstimmung mit der umfassenden materiellen Rechtsschutzkonzeption des

²⁹⁴ P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004), 316.

²⁹⁵ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 595 mit Verweis auf Klecatsky, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1957, 333; Kobzina, Der Staat als Privatrechtssubjekt, ÖJZ 1961, 421; Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000), 253.

²⁹⁶ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 595 mit Verweis auf Rill, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, FS Wenger (1983) 57 ff; Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993), 59.

²⁹⁷ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 595 mit Verweis auf VfSlg 7717/1975; 11.873/1988, ua.

²⁹⁸ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 595 mit Verweis auf VfSlg 13.699/1994; 14.059/1995; 15.059/1997.

²⁹⁹ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 596 mit Verweis auf Forsthoff/Pernthaler, Über den Begriff und Standort der leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, JBl 1965, 57.

³⁰⁰ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 596 mit Verweis auf VfSlg 14.059/1995.

EGMR und des EuGH befindet.³⁰¹ Pernthaler schneidet auch die Frage an, ob Bund und Länder neben ihrer durch Artikel 17 B-VG zulässigen transkompetenten Privatwirtschaftsverwaltung, überhaupt Gesetze auf dem Gebiet der Privatwirtschaftsverwaltung erlassen dürfen, da ja eigentlich Gesetze keine Akte des Privatrechts sind. Beantwortet wird die Frage mit ja, aufgrund der herrschenden Lehre und Verfassungsrechtsprechung zu den Selbstbindungsgesetzen/Statutargesetzen. Dabei handelt es sich keine Gesetze im materiellen Sinn, sondern ausschließlich um Gesetze betreffend der Organe der jeweiligen Gebietskörperschaft. Es handelt sich dabei um keine Gesetze iSd Artikel 18 B-VG, da dieser gerichtlich durchsetzbare subjektive Rechte voraussetzen würde um dem Rechtsschutzbedürfnis zum Durchbruch zu verhelfen. Aber auch solche Gesetze haben ihren Sinn, sind sie doch publiziert und haben eine gewisse Rechtsschutzfunktion, dass in bestimmten Fällen eine zivilrechtliche Durchsetzung möglich ist.³⁰² „Vollen Rechtsschutz gewähren allerdings nur außenwirksame Regelungen der Privatwirtschaftsverwaltung durch Gesetze im materiellen Sinn, die im Rahmen der Kompetenzen der Gebietskörperschaften erlassen werden können. Die dabei bestehende Wahlfreiheit zwischen Privatwirtschafts- und Hoheitsverwaltung darf keineswegs dazu führen, den strengen Anforderungen des Legalitätsprinzips, durch eine Flucht in das Privatrecht zu entkommen.“³⁰³ Vergessen werden darf ebenfalls nicht, dass es auch weitere Ausnahmen zum Legalitätsprinzip gibt, welche nicht klar aus dem Wortlaut ableitbar sind. So ist auch die Regierung zweifelsfrei Teil der staatlichen Verwaltung, aber kann die Regierung an das Legalitätsprinzip überhaupt gebunden sein? Die Regierung hat zweifelsohne eine Sonderstellung, ihre Aufgabe ist es, den Staat politisch zu leiten und die Staatsfunktionen zu planen. Viele Funktionen und Aufgaben sind einer gesetzlichen Determinierung nicht zugänglich. Hier sei zB an verfassungsunmittelbare Regierungsakte, wie zB die Ernennung von Bundesbeamten gedacht, Erstellung eines Regierungsprogrammes, Wahlen, Bestellungen, etc. Hingegen sind Regierungsakte, die sich auf die hoheitliche Verwaltung beziehen zumindest der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen und können nachträglich aufgehoben werden. Wie man sieht ist auch hier eine differenzierte Betrachtungsweise orientiert an den Rechtsfolgen anzulegen.³⁰⁴ Aber ebenso spricht der Artikel 18 kein Wort davon, dass die Gerichtsbarkeit dem Legalitätsprinzip unterliegen würde. Gibt es jedoch Stimmen, die daran zweifeln würden? Nein, denn hier wurde die Interpretationsmethode des beredeten Schweigens entwickelt.³⁰⁵

³⁰¹ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 596.

³⁰² Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 595.

³⁰³ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 597.

³⁰⁴ Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar (2001), 599.

³⁰⁵ Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht I (1997), 41.

„Aus dem rechtsstaatlichem Grundprinzip der Verfassung sowie aus den Gesetzesvorbehalten zu den Grundrechten folgt, dass das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage überhaupt sowie das Ausmaß ihrer hinreichenden Bestimmtheit, unabhängig von der Rechtsform des Verwaltungshandelns, nach dem Rechtsschutzbedürfnis der betroffenen Bürger zu bestimmen ist. Auch staatliche Leistungen, die privatrechtsförmig erbracht werden (zB Subventionen), bedürfen daher einer gesetzlichen Regelung, die Willkür ausschließt und einen adäquaten Rechtsschutz gewährleistet. Das EU Recht tendiert in diese Richtung und hat Österreich zu einer gesetzlichen Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge mit entsprechenden Rechtsschutzeinrichtungen gezwungen.“³⁰⁶ In der Literatur erscheint meines Erachtens eine mehrheitliche Tendenz für die Verneinung der Geltung des Artikels 18 B-VG für die Privatwirtschaftsverwaltung vorzuliegen. Für wieder andere Vertreter der Lehre erscheinen hingegen keine ausreichend überzeugenden Argumente vorzuliegen, dem zu folgen.³⁰⁷ Eine Begründung wird durch diesen Teil jedoch in keiner befriedigenden Weise vorgebracht. Aus heutiger Sicht kann zumindest behauptet werden, dass die Frage als jedenfalls äußerst umfangreich, möglicherweise ausreichend und abschließend, diskutiert wurde. Unter „staatliche Verwaltung“ iSd Artikel 18 Abs 1 B-VG ist ausschließlich die hoheitliche Verwaltung gemeint. Die Privatwirtschaftsverwaltung ist nach heute zumindest überwiegender jedoch lange umstrittener Lehre und Rechtsprechung nicht an die Kompetenzverteilung gebunden. Ein privatrechtliches Tätigwerden auf von der Kompetenzverteilung abweichenden Bereichen, dem transkompetenten Bereich, ist daher beinahe unbeschränkt zulässig.³⁰⁸ Ob dies nun gleichzeitig bedeutet, dass Handlungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung grundsätzlich auch keiner gesetzlichen Grundlage bedürfen, und vollkommen frei von einem gesetzlichen Determinierungsgebot sind, erscheint auch heutzutage nicht unumstritten oder abschließend beantwortbar. Klar spürbar erscheint, dass die Privatwirtschaftsverwaltung Schritt für Schritt strenger reglementiert wird. Trotzdem ist nach heutiger, nicht sehr umfangreich thematisierter Lehre, zwar davon auszugehen, dass die Privatwirtschaftsverwaltung im Wesentlichen unbeschränkt ist, ein von allen Vertretern anerkannter Konsens erscheint jedoch weiterhin nicht erkennbar. Die klaren Schranken dieses Freiraums im Bereich der staatlichen Verwaltung sind dagegen eindeutig erkennbar und existent, sie finden sich in den obersten Rechtsvorschriften und Grundprinzipien unseres Rechtsstaates. Unbestritten erscheint, dass die Aussage, „der Staat hätte im Rahmen der

³⁰⁶ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰, (2014) Rz 612.

³⁰⁷ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007), 283.

³⁰⁸ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 238, sowie gleichlautend in Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 238.

Privatwirtschaftsverwaltung dieselben Rechte aber auch Pflichten wie ein Privater und würde deshalb auf gleicher Augenhöhe auftreten“, relativiert werden muss. Allein aus seiner finanziellen und faktischen Übermacht befindet sich der Staat niemals auf gleicher Augenhöhe wie der Private. An dieser Stelle muss aber auch angemerkt werden, dass sich dieses Verhältnis auch zwischen dem einzelnen Bürger und großen Unternehmen reflektiert und daher kein Spezifikum des Verhältnisses Staat-Bürger darstellt. Hierzu kann aus heutiger Sicht weiters ausgeführt werden, dass gerade wegen der obigen Argumente, die Bundesverfassung dem Staat zwar prima vista eine „umfassende Privatrechtsfähigkeit iSe Privatautonomie“ einräumt, bei genauerem Hinsehen und in Gesamtzusammenschau jedoch eher in Richtung einer „gebundenen staatlichen Tätigkeit“ ausgestaltet ist.³⁰⁹ Das Handeln des Staates ist idS daher nicht in gleicher Weise unbeschränkt wie jenes des Privaten.

Nach Kahl „gehen sowohl die herrschende Meinung als auch die höchstgerichtliche Judikatur und Staatspraxis von der Nichtgeltung des Legalitätsprinzips im Bereich der nichthoheitlichen Verwaltung aus.“³¹⁰ Ein Teil der Lehre tendiert allerdings für eine nach „Sachgebieten differenzierte Strenge des Legalitätsprinzips im Bereich der nichthoheitlichen Verwaltung.“³¹¹ Ein anderer Teil wiederum spricht sich weiter eher für die Geltung des Legalitätsprinzips im Bereich der nichthoheitlichen Verwaltung aus.³¹²

³⁰⁹ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 3.

³¹⁰ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 4 mit Verweis auf die hL in R. Novak, Grenzen und Möglichkeiten des Legalitätsprinzips, ÖVA 1970, 1 (6 ff); H. Walter, Die Privatwirtschaftsverwaltung und das Legalitätsprinzip, ÖGZ 1970, 206 (208 ff); Rill, Gliedstaatsverträge (1972) 291 ff; Rill, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung in FS Wenger (1983) 57 (82); Rill zu Art 18 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2001) Rz 34 ff; Ringhofer, ÖBV 79; Lora, Die Gebietskörperschaften als Träger von Privatrechten, ÖGZ 1973, 6 ff; Schäffer, Die sogenannte Privatwirtschaftsverwaltung und das Gesetz in FS Antonioli (1979) 262; Korinek, Staatsrechtliche Ansätze für eine Deregulierung im Wirtschaftsrecht, JBl 1991, 409 (411); Hengstschläger, Zur Zulässigkeit einfachgesetzlicher Determinierung der Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinden in FS Adamovich (1992) 143 (144); Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 68 ff; Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, ÖZW 1995, Teil I, 1 (4); Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 246; Poier, Förderungsrecht in Poier/Wieser (Hg), Steiermärkisches Landesrecht, Bd 3 (2010) 541 (552). Mit Verweis auf die Judikatur beispielhaft VfGH 11.873/1988, 11.924/1988; OGH 26.04.1983, 5 Ob 543/82, 24.11.1988, 6 Ob 694/88, 19.12.1989, 4 Ob 50, 51/89, 28.06.1995, 1 Ob 32/95, 02.06.2009, 9 Ob 5/08p (unter Verweis auf die noch entgegengesetzte Auffassung in OGH 18.03.1992, 1 Ob 526,92). Der VfGH hat sich bisher soweit ersichtlich nicht explizit gegen die Geltung des Legalitätsprinzips ausgesprochen. In diese Richtung allerdings VfGH 26.06.2012, 2011/11/0005.

³¹¹ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 4 mit Verweis auf Melichar, Zur Problematik der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1956, Teil I, 429, Teil II, 463; Pernthaler, Der Begriff und Standort der Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, JBl 1965, 64 f, „doppelter Maßstab“; G. Winkler, Gesetzgebung und Verwaltung im Wirtschaftsrecht (1970) 81; Fröhler, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik (1969) 86, 94; Schambeck, Vom Sinneswandel des Rechtsstaates (1970) 723; Wenger, Zur Problematik der österreichischen Selbstbindungsgesetze in FS F. Korinek (1972) 189 (205); Pernthaler, Raumordnung und Verfassung I (erweiterter Nachdruck 1995) 89; Arnold, Rechtsstaat, demokratische Legitimation und Effizienz: Funktion und Garanten eines sachgerecht flexiblen Legalitätsprinzips in FS Wimmer (2008), 1; B. Raschauer, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1; B. Raschauer, Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Wirtschaftsrecht in FS Rill (1995) 538; B. Raschauer,

g. Der rechtsdogmatische Lösungsansatz

Das Problem, dass keine Kompetenzgrundlage zur Erlassung einfachgesetzlicher Determinierungen des nichthoheitlichen Handelns erblickt werden konnte, wurde im Rahmen der Neueinfügung des Artikels 14b B-VG gelöst. Dass weder das Budgetrecht noch das Zivilrecht hierfür jemals in Frage kommen konnte erscheint unbestritten, da es hierfür per se ungeeignet war. Den Artikel 17 B-VG als Kompetenzgrundlage heranzuziehen ist nicht möglich, denn in Zusammenschau mit den Kompetenzartikeln 10-15 B-VG kann bereits aus dem Wortlaut abgeleitet werden, dass hier in Wahrheit eine Entkoppelung aus der Kompetenzverteilung naheliegt, anstatt eine Bindung für die nichthoheitliche Verwaltung zu normieren. Darüber hinaus weisen die Artikel 10-15 B-VG die Gesetzgebungskompetenz exklusiv dem hoheitlichen Bereich zu, eine Bindung für den privaten Bereich daher nicht erblickbar erscheint.

Die Lösung in der Erlassung von Selbstbindungsgesetzen zu finden erscheint als Handlungsgrundlage der Privatwirtschaftsverwaltung in die falsche Richtung zu deuten. Aus der Rechtsprechung ist zweifelsfrei abzuleiten, dass Selbstbindungsgesetze keine Außenwirkung entfalten dürfen und nur Organe von gesetzserlassenden Gebietskörperschaften binden. Eine Einräumung subjektiver Rechte durch Selbstbindungsgesetze würde einen unzulässigen Eingriff in die Kompetenzverteilung der Artikel 10 bis 15 B-VG gleichkommen und wäre daher unzulässig. Das Gesetz ist im Rahmen der Privatautonomie nicht Voraussetzung, sondern bloße Schranke. Zweifelsfrei führt der Ausschluss eines öffentlich rechtlichen Rechtsschutzes im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zu einer Verstärkung des Über- und Unterordnungsverhältnisses zwischen Staat und den Privaten. Allerdings kann dieses Phänomen auch im Verhältnis des durchschnittlichen Privaten zu einem großen Unternehmen gesehen werden, oder einem internationalen Big Player zum einem kleinen Land. Derartige wirtschaftliche Unterschiede und Machtverhältnisse sind dem Privatrechtsverkehr nun einmal wesensimmanent. Entscheidend hingegen erscheint, dass auch die unterlegene Vertragspartei einen wirksamen Rechtsschutz geltend

Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), Beihilfenrecht (2004), 21 (29; Kritik an der systematischen sowie historischen Argumentation).

³¹² Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 4 mit Verweis auf Klecatsky, Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht. Eine Buch und Lagebesprechung, JBl 1954, Teil I 473 (479), „es sei Zeit, die Feldzeichen der subjektiven öffentlichen Rechte aufzunehmen und in das Gebiet der Privatwirtschaftsverwaltung vorzutragen“, Teil II, 503; Klecatsky, Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1957, 333; Gutachten von Kolb (Bd I/73, 69 ff) und Referate von Loebenstein (Bd II/3, 33) und Plöchl (Bd II/3, 75) am 2. ÖJT 1964 über das Förderungswesen unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips; Binder, Der Staat als Träger von Privatrechten (1980) 256; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, ÖBVfR10 Rz 565, 570.

machen kann, der den verfassungsrechtlichen Individualgarantien zum Durchbruch verhilft. Die Privatwirtschaftsverwaltung einer abschließenden Determinierung zuzuführen erscheint unmöglich. Würde dies doch bedeuten, dass jegliche Schritte des beschaffenden Organkomplexes im Vorhinein abschließend determiniert und somit in Gesetzesform gegossen werden müssten. Eine sinnvolle Reduzierung der angenommenen Gesetzesbindung erscheint daher bereits rein faktisch unausweichlich, da die privatrechtliche Interaktion zwischen Staat und Privatunternehmen eine ausreichende Flexibilität erfordert, um wirtschaftlich agieren zu können. Anderenfalls hätte dies erheblich nachteilige Folgen für den Staat, was infolge zu unwirtschaftlichen Ergebnissen führen würde und somit auch entgegen den Interessen des Steuerzahlers wäre. Freilich ist dies kein rechtlicher Anhaltspunkt. Argumentierbar erscheint eine Differenzierung in der Bindungsintensität zwischen öffentlichen Unternehmen mit Bestandsfunktion sowie solchen mit Betriebsfunktion, wobei es bloß für letztere sinnvoll erscheint, deren Handlungen einer vollen gesetzlichen Determinierung zu unterziehen. Als naheliegende Beispiele für eine sinnvolle strengere Bindung erscheinen die Bereiche der militärischen Landesverteidigung sowie der inneren Sicherheit, da es sich hierbei um besondere Verwaltungsbereiche handelt. Eine differenzierte gesetzliche Determinierung kann dadurch vertreten werden, dass man das Legalitätsprinzip nicht bloß aus Artikel 18 B-VG ableitet, sondern sich dafür einer Zusammenschau aus mehreren Verfassungsbestimmungen bedient. Am Beispiel der militärischen Landesverteidigung wären hier mitunter die Artikel 9a und 79 B-VG einschlägig. Das Legalitätsprinzip würde in diesem Sinne eine auf den Sachbezug hin orientierte Auslegung verlangen, woraus sich eine graduell unterschiedliche Bindung ergibt. Die Privatwirtschaftsverwaltung bedarf in diesem Sinne einer differenzierten rechtsstaatlichen Erfassung, eine Befreiung aus der strengen Bindung gilt nur für jenen Teil der Privatwirtschaftsverwaltung, der erwerbswirtschaftlich auf klassisch fiskalische Aufgaben abzielt. Für jenen Teil der Privatwirtschaftsverwaltung, der den leistenden und lenkenden Staat repräsentiert jedoch nicht. Die militärische Landesverteidigung nähme hierbei den klassischen Bereich der leistenden Verwaltung ein. Dieser Gedanke lässt sich auch auf einen weiteren Ansatz übertragen und eine klare Abgrenzung zwischen der rechtlichen Beschränkung im Innenverhältnis einer Verwaltungseinheit von der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis, treffen. Die Geltung des Legalitätsprinzips bezieht sich in diesem Sinne ausschließlich auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Rechtsträger und dem Verwaltungsorgan und ist somit auf die Willensbildung fokussiert. Im Beispiel der militärischen Landesverteidigung läge idS eine Einschränkung der möglichen Dispositionsfreiheit

(=Willensbildung) auf die in der Verfassung vorgegebenen Sachgebiete und Aufgaben vor. Dies entspricht freilich bei weitem nicht den Anforderungen des Artikel 18 B-VG hinsichtlich der Einschränkungen in der Hoheitsverwaltung, denn in meinem Beispiel spiegeln die Verfassungsschranken bloß den maximalen Bewegungsfreiraum nicht die erforderliche Vorgabe wider. Das Verbot formalgesetzlicher Delegation bezieht sich somit nur auf das Innenverhältnis des Staates, was so viel bedeutet wie, dass die Aufgaben und Zuständigkeit des Militärs nicht offen gelassen werden dürfen. Dieser Aspekt erscheint jedoch ohnehin nicht gegeben, da die Aufgaben und Kompetenzen des Militärs im B-VG abschließend determiniert sind. Historisch betrachtet reichte der Leistungsumfang lange nicht vom Ordnungsstaat hin zu einem Leistungsstaat, dies hat sich jedoch geändert, weshalb eine intrasystematische Weiterentwicklung in der Verfassungsauslegung angebracht erscheint. Deshalb kommt es auch zu einer vermehrten Regulierung der nicht hoheitlichen Verwaltung, wodurch die freien Handlungsspielräume zunehmend verschwinden. Vergessen werden darf auch nicht, dass es immer schon interpretatorische Ausnahmen aus dem Legalitätsprinzip gab (zB Bundesregierung). Aus dem rechtsstaatlichem Grundprinzip der Verfassung sowie aus den Gesetzesvorbehalten zu den Grundrechten folgt, dass das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage überhaupt sowie das Ausmaß ihrer hinreichenden Bestimmtheit, unabhängig von der Rechtsform des Verwaltungshandelns, nach dem Rechtsschutzbedürfnis der betroffenen Bürger zu bestimmen ist. Staatliche Leistungen die privatrechtsförmig erbracht werden bedürfen daher einer gesetzlichen Regelung, die Willkür ausschließt und einen adäquaten Rechtsschutz gewährleistet.

h. Der interdisziplinäre Lösungsansatz der Decision

Kelsens Hauptprobleme in der Staatsrechtslehre aus dem Jahr 1910 und in Allgemeine Staatslehre aus 1925 lassen in Verbindung mit Merkels Allgemeines Verwaltungsrecht aus 1927 keinen Zweifel offen, dass die Rechtstheorie der Wiener Schule sich diametral gegen die aus der Fiskustheorie gefolgerte Auffassung, dass es in der staatlichen Verwaltung eine Privatautonomie geben könnte, stellte. „Die Fiskustheorie ist Naturrecht, für die es an positivrechtlicher Basis fehle“.³¹³ „Die Rechtsstellung des Menschen und jene von Organen, Organkomplexen und letztlich dem Staat eine prinzipiell verschiedene ist, der Mensch daher von Rechts wegen alles darf, was ihm

³¹³ Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925), 38.

nicht verboten ist, der Staat aber nur kann, was in seine Kompetenz gestellt ist“.³¹⁴ Antonioli beharrte 1954 darauf, dass die Privatwirtschaftsverwaltung immer an die Rechtsordnung gebunden bleibt, was aus heutiger Sicht überflüssig war, denn wenn eines immer klar war, dann ist es diese Tatsache, dass eine gesetzesfreie Verwaltung auch in diesem Bereich nicht zu finden ist. Allerdings sein Beharren darauf, dass der Grundsatz bezogen auf Artikel 18 B-VG ident für die Privatwirtschaftsverwaltung gelte, war offenbar zu dieser Zeit nicht alltäglich. Möglicherweise könnte jedoch dieser Vorstoß dazu geführt haben, dass schließlich auch Klecatsky seine bereits schwelende Meinung nach Außen trug und mit wenigen Aussagen unerwartete Folgen auslöste. Es war 1954, als Klecatsky das Gesamtsystem des privatwirtschaftlichen Staatsverwaltungssystems, als mit dem Anschein einer „gigantischen formalgesetzlichen Delegation“ behaftet, deren einziger logischer Rechtsschluss in die Verfassungswidrigkeit münde, qualifizierte.³¹⁵ Diese Strömung findet sich ab diesem Zeitpunkt als Lehre Klecatsky und Kobzina. Dass diese These mitunter und in weiterer Folge konsequent vertreten wurde und es nicht schwer war Anhänger zu finden bzw von vornherein bereits vorhanden waren, erklärt möglicherweise überhaupt das Aufkommen dieser Diskussion bzw deren plötzliche Intensität. Gut, eines muss natürlich miteinbezogen werden, Klecatsky war nicht „bloß“ Rechtsprofessor. Ab 1966 war er Justizminister und hatte dadurch wohl auch ein adäquates Publikationsmedium und die notwendige Breitenwirkung. Hier erscheint auch der Ansatzpunkt gefunden, wonach sich die Lösung des Problems, sofern man es als ein solches betrachtet, erkennen lässt. Es können eine Vielzahl von Rechtsmeinungen hier wiedergegeben werden, eine Lösung erscheint sich daraus nicht zu manifestieren. Es gibt also nur eine Möglichkeit eine Auflösung herbeizuführen, dies ist die politische Entscheidung. Betrachtet man die Staatspraxis, dann ist dies ja bereits die Aussage darüber, wie sich die Politik entschieden hat, sie hat sich entschieden nicht zu entscheiden. Daraus kann abgeleitet werden, dass es im Sinne der Politik ist, derzeit keine allgemeine Entscheidungen über dieses Thema zu treffen, sondern den Dingen ihren Lauf zu lassen. Eine schrittweise Verrechtlichung in der Privatwirtschaftsverwaltung ist ohnehin spürbar und wird sich auch weiterhin verdichten.

³¹⁴ Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925) 38 und Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1910), 496, sowie Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927), 160.

³¹⁵ Schäffer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 257 mit Verweis auf Klecatsky, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1957, 333 und Klecatsky, Die verfassungsrechtliche Problematik des modernen Wirtschaftsstaates, Grazer Universitätsreden 7 (1968), und letztlich Klecatsky, Überwältigung des Einzelnen durch den wirtschaftlichen Staat, Stb 1976, FN 1, 3, 20, 21.

2. Staatliche Leistungsverweigerung

a. Staatliche Untätigkeit vs. Säumnis

In diesem Abschnitt sollen vor allem jene Konstellationen erörtert werden, in denen der Staat in den Bereichen des nicht normativen hoheitlichen Handelns und in der Privatwirtschaftsverwaltung untätig bleibt und damit eine Leistung verweigert. Um säumiges Verhalten in seinem geläufigen Begriffsverständnis zu erfassen, müssen mehrere Elemente zusammentreffen. Einerseits muss eine Verpflichtung eines Verwaltungsorgans (idR einer Behörde) zur Vornahme einer Handlung bestehen, dem von der Untätigkeit Betroffenen muss ein Recht auf pflichtgemäßes Verhalten dieses Verwaltungsorgans (Behörde) zukommen, es muss eine Frist feststehen nach deren Ablauf sich die Säumnigkeit manifestiert und schließlich muss eine Organisationseinheit oder Stelle festgelegt sein, bei der die Untätigkeit geltend gemacht werden kann.³¹⁶

b. Leistungsverweigerung im Bereich der nicht normativen Hoheitsverwaltung

Im hoheitlichen Bereich erscheint dies meist unproblematisch, wenn beispielsweise von einer Partei ein Bescheid beantragt wird und dabei das AVG Anwendung findet. In diesem Fall liegt normatives hoheitliches Handeln einer Behörde im Sinne von Artikel I EGVG („behördliches Handeln“) vor und finden § 73 AVG sowie Artikel 130 Abs 1 B-VG Anwendung. Dies sind jene Bestimmungen die sich auf säumiges Verhalten der Verwaltung beziehen. Nicht normatives hoheitliches Handeln ist vor allem unter den Begriffen der staatlichen Realakte oder des schlicht hoheitlichen Handelns geläufig. Es handelt sich zwar mitunter um hoheitliches Handeln, erfüllt aber nicht die Voraussetzungen eines behördlichen Handelns iSd Artikels I EGVG. Das AVG ist nicht anwendbar, darüber hinausgehende Säumnisvorschriften existieren jedoch nicht. Unter nicht normativer Hoheitsverwaltung lassen sich zB der Flug eines Abfangjägers über Österreich, ein verirrter Panzer auf einem Privatgrundstück während einer Übung oder das Aufnehmen von Videos durch die Polizei bei Demos aus der Rechtsprechung zitieren. Bei diesen Akten erscheint es zweckmäßig, eine Differenzierung vorzunehmen. Einerseits gibt es solche Realakte, die abgewehrt werden sollen wie zB der Panzer im eigenen Garten, die Veröffentlichung des eigenen

³¹⁶ B. Raschauer in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 265.

Namens auf einer Warnmeldung der FMA oder die polizeiliche Fahndungsmeldung der eigenen Person im Fernsehen. Andererseits sind aber auch erwünschte Realakte denkbar, deren Vornahme durchgesetzt werden sollen, wie zB die Ausstellung einer Geburtsurkunde oder das Erteilen einer Auskunft.³¹⁷

Das Zivilrecht hilft in vielen Fällen nicht weiter, da es um Hoheitsakte geht und Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung keine bürgerlichen Rechtssachen sind. Materiellrechtlich erscheinen zwei Konstellationen erkennbar, in denen eine gesetzliche Grundlage zur Durchsetzung eines Realaktes erblickt werden kann. Einerseits könnte ein Anspruch bestehen, dass ein bestimmter Akt gesetzt wird, andererseits kann ein rechtswidriger Zustand vorliegen, der einen rechtswidrigen Eingriff in die Rechtssphäre einer Person darstellt. Der zweite Fall drängt gezwungenermaßen die Frage auf, ob es einen nicht normativen Hoheitsakt gibt, mit dem der rechtswidrige Eingriff in die individuelle Rechtssphäre abgestellt werden kann.

Zum ersten Fall kann gesagt werden, dass es eine erhebliche Anzahl von Ansprüchen auf die Durchführung von nicht normativen Hoheitsakten gibt. Zu denken ist bloß an den Anspruch auf Ausstellung von diversen öffentlichen Urkunden, wie zB Geburtsurkunde, Reisepass, einer Meldebestätigung etc. Weiters fallen in diesen Bereich das Auskunftsrecht oder die Akteneinsicht im verwaltungsbehördlichen Verfahren. Ob und inwieweit nun ein subjektives öffentliches Recht zur Vornahme einer bestimmten Handlung einer Behörde besteht, ergibt sich spätestens aus dem Gesetzestext. Es ist jeweils zu erforschen, ob es sich um ein bloßes öffentlich rechtliches Interesse handelt oder ob eine Amtspflicht zur Vornahme einer bestimmten Handlung vorliegt. Kann eine Amtspflicht abgeleitet werden, ist unstrittigerweise jedenfalls von einem Anspruch iSe subjektiven öffentlichen Interesses auszugehen.³¹⁸

Bei AVG Verfahren steht am Ende des Verfahrens in der Regel eine Entscheidung durch Bescheid. Verfahrensrechtliche Bescheide, sogenannte Verfahrensanordnungen kommen zwar auch vor, ihnen fehlt jedoch die selbstständige Normativität. Nun gibt es aber auch im AVG Verfahren Situationen, in denen es nicht ohne weiteres möglich ist einen Bescheid über sein Anliegen zu erhalten, da gewisse Begehren nicht durch Bescheid zu entscheiden sind. Man denke nur an die Situation einen Antrag bei einer Behörde einbringen zu wollen, der Antrag aber von niemandem entgegengenommen wird. Es wird um Akteneinsicht ersucht, eine Kopie einer Niederschrift der mündlichen Verhandlung oder um Möglichkeit zur Abgabe einer Erklärung zu einem Verfahren,

³¹⁷ B. Raschauer in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 265.

³¹⁸ B. Raschauer in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 271.

man erhält sie aber nicht. Da derartige Begehren auf nicht normatives, faktisches, hoheitliches Handeln abzielen, ist darüber nicht bescheidmäßig zu reagieren und deshalb helfen den Betroffenen weder Devolutionsantrag noch Säumnisbeschwerde. Verfahrensmängel können in derartigen Situationen nur im Rahmen der Bekämpfung des verfahrensbeendenden Bescheides geltend gemacht werden, also zu einem weit späteren Zeitpunkt. Spielt die Situation in einem Verfahren, das kein Bescheidverfahren ist, gibt es nicht einmal diese Möglichkeit.³¹⁹ Bei der Ausstellung von öffentlichen Urkunden ist zum Teil vorgesehen, dass im Falle der Ablehnung, eine bescheidmäßige Erledigung zu erfolgen hat. Ist dies nicht ausdrücklich gesetzlich angeordnet, so vertreten der überwiegende Teil der Lehre und Rechtsprechung die Auffassung, dass dies auch in diesen Fällen gilt. Geht man davon aus, dass die Verfahren zur Erlangung eines Realaktes und das Bescheidverfahren identisch sind, könnte man aus gutem Grund auch davon ausgehen, dass im Fall der Beantragung eines hoheitlichen Realakts, entweder durch Vornahme des Realaktes zu entsprechen oder mittels negativem Bescheid zu versagen wäre. Dies kann allerdings nur unter der Voraussetzung angenommen werden, dass jene Stelle bei der der Realakt beantragt wird, überhaupt für eine Bescheidausstellung in Frage kommt, also grundsätzlich bescheidbefugt ist. In diesem Fall ist eine derartige Annahme gerechtfertigt. Wird also ein Realakt beantragt, ist dem Nichtentsprechen grundsätzlich mit negativem Bescheid zu entgegnen. Davon abweichende gesetzliche Spezialregelungen wie zB in § 3 Auskunftspflichtgesetz sind jedoch zu beachten.³²⁰ Ist die Stelle an die man sich wendet nicht bescheidbefugt, lässt sich oa. Annahme nicht übertragen.

In weiterer Folge stellt sich die Frage der Behebung eines rechtswidrigen Zustandes durch einen Realakt. Als Beispiel könnte hier angeführt werden, wie lange eine Enteignung rechtmäßig sein kann und ab wann und durch welches Mittel eine solche rückgängig gemacht werden kann. In einem Anlassfall hat der VfGH dazu entschieden, dass eine Enteignung aufgrund eines Bauwerks dann nicht mehr rechtmäßig sein kann, wenn das diesbezüglich im Interesse der Öffentlichkeit stehende avisierte Bauwerk endgültig nicht mehr gebaut werden soll. Im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips des grundrechtlich geschützten Eigentumsrechts, ist eine Enteignung spätestens mit Wegfall des öffentlichen Interesses nicht mehr gerechtfertigt und hat zu einer Rücküberweisung zu führen. Da es sich hier in der Regel um Bescheidverfahren handelt, ist der Bezug zu Realakten nicht gegeben, jedoch lässt sich die Frage darauf ausweiten, ob ein Anspruch auf Herstellung eines grundrechtskonformen Zustandes im Fall einer rechtswidrigen Grundrechtsverletzung

³¹⁹ B. Raschauer in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 272.

³²⁰ B. Raschauer in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 274.

besteht oder nicht. Um ein plastisches Beispiel darzustellen darf an dieser Stelle jener Fall genannt werden, in dem eine Person unabsichtlich und unrechtmäßig von der Polizei in einer Zelle vergessen wurde. Unzweifelhaft erscheint, dass in einem solchen Fall ein Anspruch auf Freilassung besteht. Hier im Unterschied zu obigem Fall handelt es sich jedoch um kein Bescheidverfahren, die faktische Freilassung stellt weder einen Bescheid noch eine Verordnung und auch keine verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt dar. Es bleibt somit bloß ein Anspruch auf die Durchführung des hoheitlichen Realakts der Freilassung. Der Grundrechtsträger hat in diesem Sinne ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, den rechtswidrigen Eingriff in seine Rechtssphäre abzustellen. Der Umstand dass die Grundrechtverletzung nicht durch einen hoheitlich normativen Rechtsakt erfolgte, müsste irrelevant sein. Genau auf diese Grundansicht stützen sich auch die Urteile des EGMR und des EuGH, denn diese Gerichte verurteilen aufgrund einer Rechtsverletzung unabhängig von der Form des rechtsverletzenden Aktes. Als Resümee ergibt diese Darstellung, dass es rechtswidrige Zustände gibt, die in Wahrheit nur durch Realakte behebbar sind und dass es in jenen ausgewählten Fällen in denen ein Grundrecht verletzt ist, einen Grundrechtsschutz gibt, der in diesen Fällen ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf Vorname des diesbezüglichen Aktes verleiht. Wenn nun auch festgestellt wurde, dass aus rechtstheoretischer Sicht den Grundrechten ein Anspruch innewohnt, die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung in einem solchen Fall ist jedoch eine andere Frage. In vielen Fällen wird der Herstellung des rechtmäßigen Zustandes und somit dem Durchbruch des jeweiligen Grundrechtes durch einfachgesetzliche Bestimmungen der Durchbruch verholten. In anderen Fällen ist das nicht so und man muss sich die Frage stellen, wie außerhalb eines Bescheidverfahrens der Anspruch durchgesetzt werden kann. Aus der Zusammenschau der EMRK sowie des Unionsrechts ergibt sich, dass die dort garantierten Rechte auch mit einem wirksamen und effektiven Rechtsschutz auf nationaler Ebene ausgestattet werden müssen, unabhängig ob es sich dabei um Bescheidverfahren handelt oder nicht.³²¹

c. Leistungsverweigerung in der Privatwirtschaftsverwaltung³²²

Grundsätzlich ist bei der Auseinandersetzung mit dieser Materie festzustellen, dass ein klassischer Säumnisschutz, wie er im Bereich des Bescheidverfahrens üblich ist, im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung in Lehre und Rechtsprechung unstrittig

³²¹ B. Raschauer in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 278 mit Verweis auf Artikel 13 EMRK, Artikel 47 EUV und EuGH 13.3.2007, C-432/05.

³²² Bezemek in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 283.

abgelehnt wurde.³²³ Säumnis ist qualifizierte behördliche Untätigkeit. Da der Staat im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung aber nicht behördlich agiert, gibt es keine behördliche Entscheidungspflicht wie im Bereich der Hoheitsverwaltung, auf welche ein Anspruch bestehen könnte. Wichtig erscheint, dass sich die mangelnde Entscheidungspflicht nur auf den privatwirtschaftlich handelnden Staat gegenüber Privatpersonen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung manifestiert. In diesem Fall gibt es keinen klassischen Säumnisschutz. Das heißt aber nicht, dass immer wenn der Staat in privatrechtlichen Handlungsformen beteiligt ist, es per se keinen Säumnisschutz gibt. Handelt nämlich der Staat im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung und begehrt er als quasi Privater etwas vom hoheitlich handelnden Staat, hat er ebenso Säumnisschutz wie alle anderen Privaten. Um einen noch breitere Perspektive zu erlangen muss der Begriff des Säumnisschutzes unabhängig von verwaltungsbehördlichen Verfahren betrachtet und damit ein funktionaler Sinn beigemessen werden. Hierzu ist auf die Intention des Säumnisschutzes abzustellen, nämlich das rechtliche Interesse von echten Privaten vor der Untätigkeit des Staates zu schützen.³²⁴

Bei der Beurteilung ob es andere Formen des Säumnisschutzes gibt, sind auch zivilrechtliche Grundmodelle anzudenken. In weiterer Folge ist das besondere Verwaltungsrecht, dem hinsichtlich des Staatshandelns ein gewisser Schutzmechanismus innewohnt, näher zu beleuchten. Das Vergaberecht zum Beispiel normiert Rechtsfolgen, wenn der Staat verspätet auf ein Angebot eines Bieters reagiert oder untätig bleibt. Hier ist besonders die Möglichkeit der Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Verspätungshandlung hervorzuheben, welche unmittelbar zu einer Möglichkeit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen führt. In anderen Bereichen gibt es zB eine gesetzliche Regelung, welche eine verspätete privatrechtliche Vertragsausfertigung durch einen späteren hoheitlichen Akt substituiert. An den zu erlassenden Bescheid knüpfen sich wiederum die bekannten Säumnisschutzmechanismen. Gegen Säumnis in der Privatwirtschaftsverwaltung gibt es zudem die Möglichkeit der Anrufung der Volksanwaltschaft oder der Aufsicht der Länder über die Gemeinden im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeiten gemäß Artikel 119a B-VG.³²⁵

Diese Beispiele haben gezeigt, dass es im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Instrumente gibt, die eine Untätigkeit des Staates sanktionieren. Man darf sich nun

³²³ *Bezemek* in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 278 mit Verweis auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung.

³²⁴ *Bezemek* in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 285.

³²⁵ *Bezemek* in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 285.

jedoch die Frage stellen, ob es nicht eigentlich aus rechtsstaatlicher Sicht ein „funktionales Äquivalent“ zum Schutz vor Säumigkeit, gleich wie in der Hoheitsverwaltung geben müsste. Diese Überlegung resultiert aus einem Vergleich und den Anforderungen der möglichen Ausübenden der privatrechtlichen Handlungen. In diesem Sinne und aus dieser Perspektive erscheint es nämlich dann eventuell doch nicht mehr angebracht, von einer absoluten Gleichheit der Beteiligten zu sprechen. Denn eines muss wohl erlaubt sein festzustellen, die „echte Privatperson“ der es in ganz engen Ausnahmegrenzen unbeschadet erlaubt ist, seine Rechte vollkommen frei zu gestalten und dabei nach freiem Ermessen auch Willkür zu üben, erscheint nicht als Maßstab für staatliche Aufgabenbesorgung geeignet zu sein. Einfach zu sagen, die Privatperson darf alles, somit darf der Staat wenn er wie eine Privatperson handelt ebenfalls alles, scheint eine zu oberflächliche Betrachtungsweise zu sein. So ist es auch in Lehre und Rechtsprechung akzeptiert, dass der Staat auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung an die Grundrechte gebunden ist. Eine Flucht aus dieser Grundrechtsbindung in das Privatrecht ist daher nicht zulässig, da eine derartige staatliche Leistungsverweigerung in qualitativer Hinsicht, sich wie ein Negativbescheid im Bereich der Hoheitsverwaltung auswirken würde.³²⁶ „Diese Grundrechtsbindung auch des privatwirtschaftlich tätigen Staates wird in Anlehnung an die absolutistische Rechtslehre vertreten. Aus der Vorstellung einer Zweiteilung des Monarchen in den Souverän einerseits und in den potentiellen Schuldner, also den Fiskus andererseits, leitet sich der Begriff der Fiskalgeltung der Grundrechte ab.“³²⁷ „Von besonderer Wichtigkeit im Hinblick auf diese Fiskalgeltung der Grundrechte ist dabei die Wirkung, die dem Gleichheitssatz zukommt, was vereinfacht betrachtet ein umfassendes Willkürverbot für den privatwirtschaftlich handelnden Staat bedeutet.“ Dem Staat ein Recht zur Willkür einzuräumen würde einer „Negation des Gleichheitssatzes“ gleichkommen.³²⁸ Der Umstand dass ein solches Willkürverbot anerkanntermaßen auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gilt, führt oftmals zu einem vertraglichen Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand, denn eine Entscheidung der faktisch übermächtigen staatlichen Verwaltung darf niemals in vollkommen freiem Ermessen bzw beliebig erfolgen. Diese in Lehre und Rechtsprechung unbestritten anerkannten Grundlagen, manifestieren sich vor allem in der staatlichen Leistungs- und Subventionsverwaltung. In diesem Bereich kann am besten erkannt werden, wie der Rechtsschutz durch die Anerkennung der Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes in der Privatwirtschaftsverwaltung funktioniert. Der OGH geht davon aus, dass bereits in dem Zeitpunkt, in dem sich Private um Leistungen des Staates bewerben, ein dem

³²⁶ *Bezemek* in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 290 mit Verweis auf Peter Oberndorfer, Zur Leistungspflicht des daseinsvorsorgenden Staates, in FS Eichler (1977), 433 (439).

³²⁷ *Bezemek* in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 290.

³²⁸ *Bezemek* in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 290.

vorvertraglichen Schuldverhältnis nachgebildetes gesetzliche Schuldverhältnis entsteht, welches sich nach der Herkunft der Mittel sowie an der Zielsetzung des konkreten Gemeinschaftsinteresses orientiert. Nach Maßgabe dieser Kriterien bestimmt sich in weiterer Folge der Umfang des Diskriminierungsverbotes. Der Staat ist nach diesem Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet, jene Voraussetzungen bekannt zu geben, welche zu einer staatlichen Leistung führen können. Ebenso besteht eine damit verbundene Verpflichtung, diese Voraussetzungen objektiv sachlich zu prüfen und auf die Leistungsbewerber anzuwenden. Verletzt der Staat seine aus dem Gleichheitssatz resultierende Pflicht zur Sachlichkeit, erwächst daraus zumindest ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens auf Grundlage der „culpa in contrahendo“. Sofern jedoch die Höhe der konkret zustehenden Leistung sich derart standardisiert darstellt, dass diese gerichtlich bestimmbar ist, würde dem unsachlich benachteiligten Privaten ein unmittelbarer Leistungsanspruch erwachsen.³²⁹ Die Fiskalgeltung der Grundrechte ist also bei Untätigkeit des Staates ein wesentlicher Faktor. Dass hier nicht ausschließlich der Gleichheitssatz in Betracht kommt, ergibt sich illustrativ aus einer Judikaturlinie des VfGH.³³⁰ Zu Beginn dieser Rechtsprechung wurde in Bezug auf eine privatrechtlich handelnde Straßenverwaltung erkannt, dass nach grundrechtskonformer Interpretation einer näher genannten Bestimmung der Straßenverkehrsordnung, welche eine Bewilligungspflicht niederschrieb, eben keine Bewilligung zu bewirken ist, sondern eine bloße Anzeigepflicht besteht.³³¹ Eine Präzisierung erfolgte durch den VfGH in weiterer Folge dahingehend, dass ein ausdrücklich normiertes Zustimmungserfordernis grundrechtskonform als eine Zustimmungspflicht bei Vorliegen der Voraussetzungen auslegte.³³² Im zugrundeliegenden Anlassfall wurde eine beantragte Zustimmung nicht erteilt, die Behörde argumentierte mit zu kurzfristiger Antragstellung und Zeitmangel. Ein darauf ergangenes Straferkenntnis wurde im Instanzenzug vom UVS dem Grunde nach bestätigt, da die Antragsteller die „Zustimmung des Straßenerhalters, mit den ihm eingeräumten rechtlichen Instrumenten erwirken hätte müssen“. Gemeint hat der UVS damit offenbar die Erhebung einer zivilrechtlichen Klage. Der VfGH ging jedoch abweichend davon aus, dass eine Inanspruchnahme zivilgerichtlichen Rechtsschutzes gegen eine nichterteilte Zustimmung unzumutbar wäre, da eine Zivilklage ungeeignet ist, der Ausübung eines grundrechtlich geschützten Rechtes, im Anlassfall der

³²⁹ *Bezemek* in Holoubek/Lang, *Rechtschutz gegen staatliche Untätigkeit*¹ (2011), 292.

³³⁰ *Bezemek* in Holoubek/Lang, *Rechtschutz gegen staatliche Untätigkeit*¹ (2011), 293 mit Verweis auf VfSlg 11.651/1988, VfSlg 18.560/2008, VfSlg 17.600/2005.

³³¹ *Bezemek* in Holoubek/Lang, *Rechtschutz gegen staatliche Untätigkeit*¹ (2011), 293 mit Verweis auf VfSlg 11.651/1988.

³³² *Bezemek* in Holoubek/Lang, *Rechtschutz gegen staatliche Untätigkeit*¹ (2011), 293 mit Verweis auf VfSlg 17.600/2005.

Versammlungsfreiheit, den Durchbruch zu verhelfen.³³³ Die in weiterer Folge Strafbehörden hätten dementsprechend grundrechtskonform vorgehen und prüfen müssen, ob eine Zustimmungspflicht bestanden hätte. In diesem Sinne wäre daher vorweg zu prüfen gewesen, ob öffentliche oder private Interessen einer Zustimmung nicht entgegengestanden wären. In diesem Fall wäre die rechtswidrige konsenslose Ausübung des betreffenden Grundrechts mit einem Rechtfertigungsgrund behaftet. Ob zu wenig Zeit für eine Zustimmung vorlag wurde vom VfGH nicht gewürdigt, denn spätestens die Berufungsbehörde hatte ausreichend Zeit, sich ein entsprechendes Bild von der Sachlage zu machen. Die entscheidende Frage die also in diesem Fall zu beurteilen war, drehte sich darum ob die Ausübung des Grundrechts ohne Zustimmung überhaupt rechtswidrig war. Daraus lassen sich folgende Ableitungen treffen. Der Staat ist angehalten seine Entscheidungen grundrechtskonform in sachlicher Art und Weise sowie innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu treffen. Weiters ist der Rechtsweg über die ordentlichen Gerichte zur Durchsetzung der Grundrechte nicht erforderlich. Im Gegenteil, reagiert der Staat nicht innerhalb angemessenen Zeitrahmens, muss er sich zumindest jene auf Grundrechten gestützte Rechtsausübung gegen sich gefallen lassen. In diesem Sinne erübrigt eine qualifizierte Untätigkeit auch in Form einer Pauschalverweigerung eine Zustimmung des privatrechtlich handelnden Staates.³³⁴

F. Rüstungsbeschaffung in der Rechtsordnung

1. Internationales Recht

a. Völkerrechtliche Verträge

Für das Verhältnis von nationalem zu internationalem Recht gelten, sofern durch abweichende Vereinbarungen keine andere Regelung getroffen werden, folgende kurz gefasste Ausführungen. Aus einer Theoriendivergenz der verschiedenen Anhänger des Monismus contra Dualismus, setzte sich in der Völkerrechtspraxis der meisten Staaten und so auch in Österreich die Theorie des gemäßigten Monismus als herrschend durch. Dies führt dazu, dass Völkerrecht in Österreich Geltung hat und grundsätzlich auch Vorrang gegenüber innerstaatlichem Recht genießt. Den Staat trifft eine

³³³ *Bezemek* in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 293 mit Verweis auf VfGH B 2355/07, II.4.3. sowie auf Binder, Untätigkeit der Verwaltung, in Oberndorfer (Hrsg), Bürger der Verwaltung (1981), 67 (109).

³³⁴ *Bezemek* in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011) 295.

völkerrechtliche Verpflichtung, sein nationales Recht außer Widerspruch zum Völkerrecht zu stellen und daher entsprechend anzupassen. Passt er sein innerstaatliches Recht nicht an seine völkerrechtlichen Verpflichtungen an, verletzt er zwar das Völkerrecht, der völkerrechtswidrige innerstaatliche Rechtsakt bleibt aber bis zu seiner Korrektur gegenüber Einzelpersonen anwendbar.³³⁵

Völkerrechtliche Verträge sind nach dem Subsidiaritätsprinzip die wichtigsten Quellen des Völkerrechts. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist eine Übereinkunft zwischen Völkerrechtssubjekten. Als Geltungsgrund dient der allgemeine Rechtsgrundsatz "pacta sunt servanda". Wenn daher das Völkerrechtssubjekt "Staat" einen völkerrechtlichen Vertrag mit einem anderen Völkerrechtssubjekt schließen will, muss er den Vertrag annehmen (ratifizieren).³³⁶ Als Mitglied der EU besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass die EU für seine Mitgliedsstaaten Verträge mit anderen Völkerrechtssubjekten schließt, die in weiterer Folge für die EU-Mitglieder verbindliche Wirkung erzielen. Die Abschlusskompetenz zum Beitritt der EU zu völkerrechtlichen Verträgen findet sich als generelle Bestimmung in Artikel 218 AEUV und als spezielle Regelung auch in den Artikeln 207 und 219 AEUV. Die Bindungswirkung für die Mitgliedsstaaten der EU für Verträge die die EU schließt, ergibt sich aus Artikel 216 Abs 2 AEUV. Demgemäß sind Verträge die durch die Organe der EU geschlossen werden, für die Mitgliedsstaaten verbindlich. Daraus ergibt sich, dass völkerrechtliche Vertragsbestimmungen dieselbe unmittelbare Wirkung entfalten können wie zB das Primärrecht. Dies führt dazu, dass sich natürliche und juristische Personen darauf vor den nationalen Verwaltungsbehörden berufen können.³³⁷

b. Agreement on Government Procurement (GPA)

Am 1. Jänner 1948 trat das Internationale Zoll- und Handelsabkommen (GATT³³⁸) in Kraft. Es handelt sich um eine internationale Vereinbarung über den Welthandel und war der Grundstein für die Schaffung der Welthandelsorganisation (WTO³³⁹). Das öffentliche Beschaffungswesen war von dessen Anwendungsbereich noch ausdrücklich ausgenommen. Erst als Ergebnis von Verhandlungen in der sogenannten „Tokyo Runde“, wurde 1979 das First Agreement on Government Procurement (GPA) unterzeichnet, welches 1981 in Kraft trat. Es handelte sich um einen völkerrechtlichen

³³⁵ Stadlmeier, Völkerrecht I⁵, (2009) 14.

³³⁶ Stadlmeier, Völkerrecht I⁵, (2009) 15 f.

³³⁷ Holoubek, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht II⁷ (2012) 53 f.

³³⁸ General Agreement on Tariffs and Trade.

³³⁹ World Trade Organisation.

Vertrag, der die Beschaffung von Waren durch öffentliche Auftraggeber, vor allem zentralen Regierungsstellen regelte und Nichtdiskriminierungs- (Transparenz-) sowie Gleichbehandlungsbestimmungen enthielt. Im Rahmen der „Uruguay Runde“ wurde das GPA 1994 ausverhandelt, dass 1996 in Kraft trat. Es deckte nun auch Dienstleistungen und Bauaufträge ab.³⁴⁰ Ein aktuell überarbeitetes GPA trat am 6. April 2014 in Kraft.³⁴¹ Das überarbeitete GPA soll schlanker und moderner sein als seine Vorgänger und den Vertragsparteien des Übereinkommens einen besseren Marktzugang gewähren. Das GPA ist somit das einzige WTO-Übereinkommen, dass den Bereich der Beschaffung regelt.³⁴²

Die Kernbestimmungen des GPA sind die Prinzipien der Nichtdiskriminierung, Transparenz und der Gleichbehandlung. Es dürfen weder Produkte, noch Dienstleistungen oder Interessenten anderer Vertragsparteien, ungünstiger behandelt werden als jene aus dem Inland. Produkte, Dienstleistungen oder Interessenten anderer Vertragsparteien dürfen auch untereinander nicht ungünstiger behandelt werden³⁴³. Aus dem Gleichbehandlungsgebot entwickelte sich das Prinzip der Meistbegünstigung, demnach allen Mitgliedern des Abkommens jene günstigste Behandlung zukommen muss, welche auch einem anderen Vertragsstaat gewährt wurde.

Das GPA normiert vier Verfahrensarten:

- Offenes Verfahren
- Beschränktes Verfahren
- Freihändige Vergabe
- Verhandlungsverfahren

Beim GPA handelt sich um einen völkerrechtlichen Vertrag der regelt, wie sich die Mitglieder des GPA bei der Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen untereinander verhalten müssen. Es ist ein plurilaterales Abkommen, dh es können nur WTO-Mitgliedsstaaten beitreten. Es bedarf eines ausdrücklichen Beitritts und einer innerstaatlichen Ratifikation, die WTO-Mitglieder sind daher nicht automatisch Mitglieder des GPA.³⁴⁴

³⁴⁰ http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm

³⁴¹ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/gpa-wto/index_de.htm.

³⁴² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-381_de.htm?locale=en

³⁴³ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht³, 32.

³⁴⁴ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht³, 31.

Neben der EU wurde das GPA von Armenien, Kanada, Hong Kong, China, Island, Israel, Japan, Korea, Liechtenstein, Niederlande, Norwegen, Singapur, Schweiz, Taipeh und den Vereinigten Staaten von Amerika ratifiziert. Eine wesentliche Ausnahme von den obigen Ausführungen zur unmittelbaren Geltung völkerrechtlicher Verträge, die durch die EU für deren Mitgliedsstaaten geschlossen wurden, betrifft das öffentliche Beschaffungswesen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist das gesamte WTO Recht von diesem Grundsatz der unmittelbaren Geltung ausgenommen. Es bedarf daher für eine innerstaatliche Wirkung einer unionsinternen Umsetzung.³⁴⁵ Eine weitere Besonderheit ist, dass der Beitritt der EU zum GPA nach hM nur für den Bereich des Warenverkehrs und nur insoweit gilt, als die EU die Bestimmungen des GPA entsprechend in das Unionsrecht implementiert.³⁴⁶ Diese Umsetzung von Bestimmungen des GPA in das Unionsrecht, erfolgte im Rahmen der Vergaberichtlinien. Für Dienst- und Bauleistungen sind die EU-Mitgliedstaaten selbst zuständig, dieser Bereich des GPA ist daher nur für jene verbindlich, die das GPA ratifiziert und in ihre nationalen Rechtsordnungen implementiert haben.

2. Europäisches Unionsrecht

Die Rechtsquellen der Europäischen Union lassen sich grundsätzlich in das primäre Unionsrecht, das sekundäre Unionsrecht sowie Völkerrechtliche Verträge einteilen.³⁴⁷ Das Primärrecht besteht aus den Gründungsverträgen EGV und AEUV. Das Sekundärrecht besteht aus Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen.

a. Das Vergaberecht der Europäischen Union

Jener Bereich, der konkrete Bestimmungen über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen enthält, also das Vergaberecht der Europäischen Union (EU-Vergaberecht), findet sich im Wesentlichen im sekundären Unionsrecht. Vergaberechtsrelevant sind darüber hinaus jedoch auch das Primärrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze, die der EuGH in seiner Rechtsprechung vom Primärrecht abgeleitet hat.³⁴⁸

³⁴⁵ Holoubek, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht II⁷ (2012) 53 f.

³⁴⁶ Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz 56 f.

³⁴⁷ Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006) 5 f.

³⁴⁸ Vgl. die umfangreiche Rsp des EuGH in C-324/98, Rn. 62; C-59/00, Rz 20 ff; C-234/03; C-92/00; C-458/03.

b. Vergabe-Primärrecht

Primärrechtliche Bestimmungen die eine Relevanz zum öffentlichen Beschaffungswesen aufweisen finden sich im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Es sind dies vor allem die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot,³⁴⁹ das Äquivalenz- und Effektivitätsgebot³⁵⁰, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit³⁵¹ sowie die Grundrechte. Diese Bestimmungen bilden den sogenannten „materiellen Kern des europäischen Vergabeprimärrechts“, gelten neben und unabhängig von den Vergaberichtlinien und fungieren als Auslegungsmaßstab derselben.³⁵² Darüber hinaus können aber auch speziellere Diskriminierungsverbote, wie das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit³⁵³ aber auch das EU-Wettbewerbsrecht, wie zB das Kartellverbot³⁵⁴, das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung³⁵⁵ und das Verbot staatlicher Beihilfen³⁵⁶ eine Rolle spielen. Das Primärrecht verbietet durch diese Bestimmungen ua die Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Dies wäre zB denkbar durch Ausschreibungsvorgaben die zu einem wettbewerbswidrigen Zusammenwirken von Bietern führen würden, eine Begünstigung von Kartellen durch Vergabemaßnahmen oder ein Verstärken der Wirkungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens.³⁵⁷

Die Grundfreiheiten garantieren Warenverkehrsfreiheit³⁵⁸, Arbeitnehmerfreizügigkeit³⁵⁹, Niederlassungsfreiheit³⁶⁰ sowie Dienstleistungsfreiheit³⁶¹. Das allgemeine Diskriminierungsverbot³⁶² verbietet, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich und dass nicht vergleichbare Sachverhalte gleich behandelt werden.³⁶³ Es umfasst sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierung und ist die generelle Norm zu den spezielleren Diskriminierungsverboten in den Grundfreiheiten. Es ist dann eine selbstständige Anspruchsgrundlage für Marktbürger, wenn keine spezielle

³⁴⁹ *Eilmansberger*, Europarecht II⁵, (2010) 89.

³⁵⁰ Vgl. Art 4 EUV.

³⁵¹ EuGH 23. 12. 2009, RsC-376/08, Serrantoni, RdN 33 und 38.

³⁵² *Müller*, Europ. und internat. Vergaberecht, Rz 10 in Schramm/Aicher/Fruhmnn, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

³⁵³ Art 18 AEUV.

³⁵⁴ Art 101 AEUV.

³⁵⁵ Art 102 AEUV.

³⁵⁶ Art 107 ff AEUV.

³⁵⁷ *Egger*, Exkurs: Vergaberechtliche Grundprinzipien des EGV, Rz 19 in Schramm/Aicher/Fruhmnn, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006.

³⁵⁸ Art 34 AEUV

³⁵⁹ Art 45 AEUV

³⁶⁰ Art 49 AEUV

³⁶¹ Art 56 AEUV

³⁶² Art 18 AEUV

³⁶³ Vgl. EuGH in Rs 13/63, Italien v Kommission.

Binnenmarktfreiheit berührt ist.³⁶⁴ Aus dem Diskriminierungsverbot wurde das Transparenzgebot abgeleitet.³⁶⁵ Es besagt, dass eine richterliche Nachprüfung der unparteiischen Vergabe nur dadurch ermöglicht werden kann, wenn ein angemessener Grad an Publizität vorherrscht.

Das Primärrecht nimmt im unionsrechtlichen Stufenbau der Rechtsordnung den höchsten Rang ein. Für das Sekundärrecht ist daher das Primärrecht die maßgebliche Determinante für dessen Rechtmäßigkeit.³⁶⁶ Der EuGH erkennt in ständiger Rechtsprechung einigen grundsätzlichen Bestimmungen des Primärrechts unmittelbare Anwendbarkeit zu, die als „materieller Kern des EU-Vergabeprimärrechts“ die Grundsätze des EU-Vergaberechts repräsentieren.³⁶⁷ Diese Grundsätze des Primärrechts gelten daher für alle Auftragsvergaben, dh nicht wie die Vergaberichtlinien bloß für den Oberschwellenbereich, sondern sowohl für den Unterschwellenbereich als auch für den Oberschwellenbereich.³⁶⁸ Einschränkung auf diese unmittelbare Anwendbarkeit wirkt sich wohl aber aus, dass als Voraussetzung ein grenzüberschreitender Bezug mit Binnenmarktrelevanz vorliegen muss. Wann dies der Fall ist, bedarf einer Einzelfallprüfung.³⁶⁹ Im Oberschwellenbereich wirkt das Primärrecht aufgrund seiner Eigenschaft als generelle Norm vorerst indirekt über die spezielleren Vergaberichtlinien und kommt erst in jenen Fällen zur unmittelbaren Anwendung, wenn die Vergaberichtlinien oder das nationale Vergaberecht die Garantien des Primärrechts nicht ausreichend gewährleisten.³⁷⁰ Im Unterschwellenbereich haben die Vergaberichtlinien keinen Einfluss auf das nationale Vergaberecht, das Primärrecht wirkt hier unmittelbar.³⁷¹

c. EU Vergaberecht

Die wesentlichen sekundärrechtlichen Bestimmungen des Vergaberechts der EU (EU-Vergaberecht) sind die Vergaberichtlinien und diverse Verordnungen. Daneben existiert eine Vielzahl von Entscheidungen. Wesentlicher Unterschied zu den vergaberechtsrelevanten Bestimmungen des Primärrechts ist, dass ausschließlich jene

³⁶⁴ Fischer/Köck/Karollus, Europa Recht⁴ Rz 1494 f.

³⁶⁵ Vgl. EuGH Rs C243/89, Storebaelt; EuGH Rs C-231/03, Coname; EuGH Rs 31/87, Beentjes; EuGH Rs C-324/98, Telaustria.

³⁶⁶ Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³, (2006) 9.

³⁶⁷ Müller, Europ. und internat. Vergaberecht, Rz 10 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009) Rz 30.

³⁶⁸ Eilmansberger, Europarecht II⁵, (2010) 89; Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht³ 64 f.

³⁶⁹ Müller, Europ. und internat. Vergaberecht, Rz 10 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009) Rz 10 f.

³⁷⁰ Eilmansberger, Europarecht II⁵, (2010) 89.

³⁷¹ Müller, Europ. und internat. Vergaberecht, Rz 10 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009) Rz 30.

Auftragsvergaben in den Geltungsbereich des EU-Vergaberechts fallen, deren geschätzter Auftragswert eine gewisse Schwelle überschreitet. Die Höhe dieser Schwellen ergibt sich aus der jeweiligen Schwellenwertverordnung der EU.

Beim EU-Vergaberecht handelt es sich im Wesentlichen um folgende Rechtsakte:

- Klassische Vergabe-Richtlinie, auch horizontale RL bezeichnet³⁷²
- Sektoren-Richtlinie³⁷³
- Verteidigung und Sicherheit³⁷⁴
- Rechtsmittel Richtlinie³⁷⁵
- Konzessions Richtlinie³⁷⁶
- Sektoren Rechtsmittel Richtlinie
- Schwellenwert Verordnung³⁷⁷

Verordnungen gelten in den Mitgliedsstaaten unmittelbar. Richtlinien sind grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar, es ist eine Umsetzung im nationalen Recht erforderlich.³⁷⁸ Werden die Richtlinien im nationalen Gesetz nicht, nicht rechtzeitig oder mangelhaft umgesetzt, stellt sich die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der primärrechtlichen Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot. Wie bereits oben ausgeführt, erkennt der EuGH hierzu in ständiger Rechtsprechung einer Reihe von Bestimmungen des Primärrechts unmittelbare Anwendbarkeit zu. Diese primärrechtlichen vergabespezifischen Grundsätze werden als „materieller Kern des EU-Vergabeprimärrechts“ bezeichnet.³⁷⁹ Werden die Richtlinien im nationalen Gesetz nicht, nicht rechtzeitig oder mangelhaft umgesetzt, sind unabhängig von der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinien, die Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot zu beachten.

Das EU-Vergaberecht bezweckt die Harmonisierung der nationalen Vergaberechtsordnungen und präzisiert die Grundfreiheiten im Bereich des Vergaberechts. Die Vergaberichtlinien sind grundsätzlich gleichzeitig mit den oben genannten Bestimmungen des Primärrechts anzuwenden³⁸⁰, im derogatorischen

³⁷² RL 2004/18/EG bis 18.04.2016 danach RL 2014/24/EU.

³⁷³ RL 2004/17/EG bis 18.04.2016 danach RL 2014/25/EU.

³⁷⁴ RL 2009/81/EG.

³⁷⁵ RL 1989/665/EWG.

³⁷⁶ RL 2014/23/EU.

³⁷⁷ VO 2013/1336/EU.

³⁷⁸ Art 288 AEUV.

³⁷⁹ Eilmansberger, Europarecht II⁵, (2010) 89; Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht³ 64 f.

³⁸⁰ Fischer/Köck/Karollus, Europa Recht⁴ Rz 1997; Eilmansberger, Europarecht II⁵, (2010) 89.

Verständnis sind jedoch die sekundärrechtlichen Bestimmungen *leges specialis* zum Primärrecht.³⁸¹

Die Vergaberichtlinien sind nur dann anzuwenden, wenn der geschätzte Auftragswert bestimmte Schwellenwerte überschreitet. Den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot kommt daher insbesondere im Bereich unterhalb dieser Schwellenwerte sowie im Falle einer mitgliedstaatlichen Nicht- oder Minderumsetzung der Vergaberichtlinien, besondere Bedeutung zu.³⁸² Die Grundsätze des Primärrechts gelten somit, wie bereits oben ausgeführt für alle Auftragsvergaben, dh sowohl für den Unterschwellenbereich als auch für den Oberschwellenbereich. Im Oberschwellenbereich wirkt das Primärrecht vorerst indirekt über die Vergaberichtlinien und kommt erst in jenen Fällen zur unmittelbaren Anwendung, wenn die Vergaberichtlinien oder das nationale Vergaberecht die Garantien des Primärrechts nicht ausreichend gewährleisten. Im Unterschwellenbereich haben die Vergaberichtlinien keinen Einfluss auf das nationale Vergaberecht, das Primärrecht wirkt hier unmittelbar.

Nicht übersehen werden darf der jeweilige Geltungsbereich von Primärrecht und dem EU-Vergaberecht, denn es sind durchaus Fälle denkbar, in denen diese nicht deckungsgleich sind. In Fällen, in denen der persönliche Geltungsbereich des Primärrechts grösser ist als jener des EU-Vergaberechts, vergrößert sich der Kreis jener, die vom Auftraggeberbegriff des EU-Vergaberechts umfasst sind. Darüber hinaus gibt es den Bereich der vom sachlichen Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts nicht erfassten Beschaffungsvorhaben, zB Dienstleistungskonzessionen oder Vergaben im Unterschwellenbereich. Hier sind die jeweiligen Bestimmungen des Primärrechts heranzuziehen. Findet ein Ausnahmetatbestand der VergabeRL keine korrespondierende Ausnahme im Primärrecht, ist dieses zu beachten. Findet ein Ausnahmetatbestand der Vergaberichtlinien jedoch auch eine korrespondierende Ausnahme im Primärrecht, muss vor Nichtanwendung des gesamten EU-Rechts jedenfalls geprüft werden, ob der konkrete Ausnahmetatbestand der Vergaberichtlinien nicht weiter reicht als die Ausnahme aus dem Primärrecht. Reicht daher der Ausnahmetatbestand der Vergaberichtlinien weiter als die Ausnahme aus dem Primärrecht, so gelten die Grundsätze des Primärrechts auch für jenen Bereich, der nicht explizit vom Primärrecht abgedeckt ist. Hinsichtlich der In-house Ausnahmebestimmung stellte der EuGH zB klar, dass das Vorliegen einer (Quasi)In-

³⁸¹ *Eilmansberger*, Europarecht II⁵, (2010) 89.

³⁸² *Fischer/Köck/Karollus*, Europa Recht⁴ Rz 1997.

House-Situation einen Ausnahmetatbestand darstellt, der sowohl die Vergaberichtlinien als auch das Primärrecht betrifft, somit das Primärrecht nicht beachtet werden muss.³⁸³

d. Entwicklung der Verteidigungsrichtlinie

Um das Ziel eines funktionierenden unionsweiten öffentlichen Beschaffungsmarkts zu etablieren erwies sich ein Verlass ausschließlich auf die Grundfreiheiten als unzureichend. Die nationalen öffentlichen Auftraggeber wurden daher durch die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge³⁸⁴ verpflichtet, möglichen Diskriminierungen vorzubeugen. Dieser Richtlinie folgten weitere Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge³⁸⁵, öffentlicher Dienstleistungsaufträge³⁸⁶ und betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie dem Telekommunikationssektor³⁸⁷. Für Rechtsmittel im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe wurden die Rechtsmittelrichtlinie sowie die Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie vorgesehen.³⁸⁸ Mitte 1990 veröffentlichte die Europäische Kommission ein Grünbuch zum öffentlichen Beschaffungswesen³⁸⁹, worin eine Reform des EU-Vergaberechts angeregt wurde. Durch das sogenannte Legislativpaket wurden in weiterer Folge zwei Vergaberichtlinien verabschiedet, die das Vergaberecht vereinfachen und an die aktuelle Rechtsprechung angleichen, sowie die Flexibilität der Auftraggeber steigern sollten. Dies erfolgte am 30. April 2004 durch die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, wodurch die bisherigen Richtlinien zusammengefasst und abgelöst wurden. In Österreich erfolgte die Umsetzung dieser Richtlinien im Rahmen des BVergG 2006. Militärische Beschaffungen waren von diesem Vergaberecht weitgehend ausgenommen. Im BMLVS erfolgten derartige Beschaffungen daher nicht nach dem Vergaberecht, sondern nach der ÖNORM 2050. Eine weitere Richtlinie machte dann jedoch eine weitere innerstaatliche Umsetzung erforderlich. Es handelte sich um die Verteidigungsrichtlinie RL 2009/81/EG, die in weiterer Folge zur Erlassung des Bundesvergabegesetzes für die Beschaffung von Leistungen im Bereich Sicherheit und Verteidigung (BVergGVS 2012) führte.

³⁸³ Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009) Rz16.

³⁸⁴ RL 77/62/EWG ABI 1971 L185/5.

³⁸⁵ RL 1977/62/EWG, ABI 1977 L 13/1.

³⁸⁶ RL 92/50/EWG, ABI 1992 L 209/1.

³⁸⁷ RL 90/531/EWG, ABI 1990 L 297/1.

³⁸⁸ RL 89/665/EWG sowie RL 92/13/EWG.

³⁸⁹ KOM (1996) 583.

Das BVergGVS 2012 regelt alle Vergabeverfahren zur Beschaffung von bestimmten Leistungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich. Regelungsumfang des Gesetzes ist daher die Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen hinsichtlich folgender Leistungskategorien.

- Lieferung von Militärausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile und/oder Bausätzen.
- Lieferung von sensibler Ausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile und/oder Bausätzen.
- Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen die in unmittelbarem Zusammenhang mit diesen Leistungen stehen in allen Phasen ihres Lebenszyklus.
- Bau- und Dienstleistungen, speziell für militärische Zwecke.
- Sensible Bauleistungen
- Sensible Dienstleistungen.

Es handelt sich um Militärausrüstung, wenn sie „eigens zu militärischen Zweck konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird und zum Einsatz als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial bestimmt ist. Sie umfasst insbesondere die in Anhang I genannten Waren.“³⁹⁰ Anhang I des BVergGVS 2012 besteht aus der Militärgüterliste aus 1958 sowie die Militärgüterliste der Europäischen Union.

Unter sensibler Ausrüstung, sensiblen Bau- oder Dienstleistungen versteht man „Ausrüstung, Bau- oder Dienstleistungen für Sicherheitszwecke, bei denen Verschlussachen verwendet werden oder die Verschlussachen erfordern und/oder beinhalten.“³⁹¹

3. Nationales Recht

a. Der Begriff des Vergaberechts

Wie Eingangs bereits erwähnt, besteht das österreichische Recht aus einer Vielzahl von Rechtsvorschriften. Es muss daher genau lokalisiert werden, welche davon für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe von Bedeutung sind. Doch zuerst soll geklärt

³⁹⁰ § 3 Z 25 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

³⁹¹ § 3 Z 30 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

werden, was der Begriff „Vergaberecht“ beinhaltet und wo das Vergaberecht zu finden ist.

Das Vergaberecht besteht aus Sonderregelungen über das Verhältnis des privatwirtschaftlich handelnden Staates zu echten Privaten. In Österreich können darunter all jene Rechtsvorschriften verstanden, die die öffentliche Auftragsvergabe durch öffentliche und teils private Auftraggeber regeln. Dies ergibt sich aus der Kompetenzverteilung des B-VG, wie in Folge noch darzustellen ist.³⁹² Das Vergaberecht umfasst im Wesentlichen folgende Rechtsvorschriften.³⁹³

- BVergG 2006³⁹⁴
- BVergGVS 2012³⁹⁵
- BVwG-Pauschalgebührenverordnung³⁹⁶
- BVwG-elektronischer-Verkehr-Verordnung³⁹⁷
- Schwellenwertverordnung 2012³⁹⁸
- Publikationsmedienverordnung 2006³⁹⁹
- Vergabespezifische Regeln der Länder⁴⁰⁰

Das Vergaberecht besteht ebenfalls wie man sieht, aus einer Mehrzahl von Rechtsvorschriften mit teilweise unterschiedlichem Normadressatenkreis. Einerseits richten sie sich an verschiedene öffentliche oder private Auftraggebertypen, andererseits an hoheitliche Stellen, wie zB das Bundesverwaltungsgericht, die Zivilgerichte oder an die EU-Kommission.⁴⁰¹

b. Historische Entwicklung zur Rüstungsbeschaffung

i. Römisches Recht

Als ältester Vorläufer des heutigen Vergaberechts können die Bestimmungen der römischen „*licitatio*“ genannt werden. Diese Regelungen fanden beim Bau von

³⁹² Vgl. AB 1118 BlgNR 21. GP 9.

³⁹³ <http://www.bka.gv.at/site/5100/default.aspx>

³⁹⁴ BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

³⁹⁵ BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

³⁹⁶ BGBl. II Nr. 491/2013 idgF.

³⁹⁷ BGBl. II Nr. 515/2013 idgF.

³⁹⁸ BGBl. II Nr. 95/2012 idgF.

³⁹⁹ BGBl. II Nr. 300/2006 idgF.

⁴⁰⁰ Genaue Auflistung unter: <http://www.bka.gv.at/site/5100/default.aspx>

⁴⁰¹ Vgl §§ 302 ff BVergG 2006.

Wasserleitungen, Tempeln und anderer öffentlichen Projekten ihre Anwendung. Dabei wurde ein vorgegebener Preis herangezogen, welcher in weiterer Folge nach unten „lizitiert“ wurde.⁴⁰²

ii. Österreichische Entwicklung

In der österreichischen Rechtsgeschichte können Rechtsvorschriften mit Bezug zum Vergabe- und Verdingungswesen bis in das 18. Jhdt. zurückverfolgt werden. In einem kaiserlichen Erlass aus 1815 wurden diese Vorschriften wiederverlautbart.⁴⁰³ Knapp hundert Jahre später erließ das k.u.k. Gesamtministerium eine Submissionsverordnung, die am 1. Jänner 1910 in Kraft trat.⁴⁰⁴ Mit Beschluss der provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918, wurde diese Verordnung in den Rechtsbestand der Ersten Republik übergeleitet.⁴⁰⁵ Im Jahr 1924 erfolgte der Entwurf von „Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabung von Bauleistungen“. Deren Umsetzung erfolgte schließlich 1930 unter der Bezeichnung ÖNORM B 2001, was die Vorläufernorm der späteren ÖNORM A 2050 darstellte.⁴⁰⁶ Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde zunächst davon ausgegangen, dass die Submissionsverordnung immer noch Teil des Rechtsbestandes ist.⁴⁰⁷ Die ÖNORM A 2001 wurde evaluiert und 1948 als Neufassung mit der Bezeichnung ÖNORM B 2060 erlassen. 1953 erschien die „Vornorm“⁴⁰⁸ A 2050 Vergabung von Leistungen“. Schließlich wurde am 30. März 1957 die „ÖNORM A 2050 Vergabung von Leistungen“ ausgegeben, welche auch als „Magna Charta“⁴⁰⁹ des österreichischen Vergabewesens in der Tradition der Submissionsverordnung“ angesehen wurde.⁴¹⁰

⁴⁰² Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 3 mit Verweis auf Langer in Österreichische Gesellschaft für Baurecht, Die Situation des Vergabewesens in Österreich.

⁴⁰³ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 3 mit Verweis auf „Bey Öffentlichen Versteigerungen dürfen keine Nachgebothe angenommen werden, Gubernial-Circulare vom 18. May 1815, Nro 572. Publ.“

⁴⁰⁴ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 3 mit Hinweis auf „Auch Submissionsregulativ bzw Vergabeordnung genannt; RGBI 1909/61“

⁴⁰⁵ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 3 mit Verweis auf StGBI 1918/1.

⁴⁰⁶ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 4.

⁴⁰⁷ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 3 mit Verweis auf Wenger, Das Recht der öffentlichen Aufträge, 64.

⁴⁰⁸ „Vornorm (früher „Blaudruck“) Eine Vornorm ist das Ergebnis einer Normungsarbeit, das wegen bestimmter Vorbehalte zum Inhalt oder wegen des gegenüber einer Norm abweichenden Aufstellungsverfahrens von DIN noch nicht als Norm herausgegeben wird. (DIN V ..., DIN V ENV ...). Durch die Anwendung einer Vornorm sollen auch die notwendigen Erfahrungen gesammelt werden, die dann die Grundlage zur Erstellung einer regulären Norm bilden können.“

Quelle: <http://de.wikipedia.org/wiki/DIN-Norm> Abfrage vom 21. November 2014.

⁴⁰⁹ Dies soll wohl die große Bedeutung dieser Norm hervorheben und als Superlativ wurde der Vergleich mit der Magna Charta hergestellt, die als wichtigste Quelle des englischen Verfassungsrechts bekannt ist. Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta Abfrage vom 21. November 2014.

⁴¹⁰ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 4 mit Verweis auf Huber, die „unendliche Geschichte“ in Gölles (Hrsg), Bundesvergabegesetz³, 13.

ÖNORMEN sind grundsätzlich nicht rechtverbindlich⁴¹¹, es sei denn, sie werden für rechtsverbindlich erklärt. Dies ist in Zusammenhang mit der ÖNORM A 2050 passiert, indem der Ministerrat am 18. Juni 1963 deren Anwendung für verbindlich erklärt hat. Der Ministerratsbeschluss wurde infolge mehrmals verlängert, so am 26. September 1978, am 3. März 1981, am 15. Dezember 1981, am 1. Juli 1986 und am 16. Oktober 1990.⁴¹² Durch einen Ministerratsbeschluss im Jahr 1963 wurde den Ressorts die Anwendung der ÖNORM A 2050 empfohlen, ab diesem Zeitpunkt war fraglich ob noch von einem Weiterbestand der Submissionsverordnung ausgegangen werden konnte. Erst durch die formelle Außerkraftsetzung im zukünftigen Bundesvergabegesetz war gesichert, das die Submissionsverordnung nicht mehr galt.⁴¹³

Ende der 1960er Jahre erkannte der damalige Justizminister Hans Klecatsky⁴¹⁴, dass der Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung des Staates und darin vor allem der Bereich des öffentlichen Auftragswesens, ein weitgehend ungeregelter war. Dieser Umstand war seines Erachtens mit dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit unvereinbar, daher ließ er einen Entwurf für ein Vergabegesetz ausarbeiten.⁴¹⁵ Parallel ereignete sich 1966 ein Bauskandal, der ein erhebliches mediales Interesse auslöste und ebenfalls einen gewissen Druck zur gesetzlichen Einschränkung des Spielraumes der öffentlichen Verwaltung in der Privatwirtschaftsverwaltung vorübergehend ausübte. Dieser Druck war aber offenbar nicht ausreichend, denn nach dem Regierungswechsel von 1970/71 wurde der Entwurf für ein Vergabegesetz nicht umgesetzt.⁴¹⁶ Ende der 1970er Jahre ereignete sich der AKH Skandal und infolge wurde unter Bundeskanzler Kreisky ein weiterer Gesetzesentwurf für ein Bundesgesetz über die Vergabe von Leistungen erarbeitet.⁴¹⁷ Obwohl der Entwurf im Februar 1982 vorgelegt wurde,

⁴¹¹ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 4 mit Verweis auf Adamovic/Funk, Verwaltungsrecht³, 194.

⁴¹² Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 4 mit Verweis auf Huber, die „unendliche Geschichte“ in Gölles (Hrsg), Bundesvergabegesetz³, 13.

⁴¹³ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 3 mit Verweis auf § 106 BVergG idFv 1. Jänner 1994 „...RGBI Nr 61/1909 tritt – soweit sie noch dem Rechtsstand angehört – außer Kraft“ sowie divergierende Meinung von Wenger, Öffentliche Aufträge, 122 f.

⁴¹⁴ „Hans Klecatsky (eigentlich Hans Richard Klecatsky, * 6. November 1920 in Wien) ist Professor am Lehrstuhl für öffentliches Recht der Universität Innsbruck und war von 1966 bis 1970 parteiloser Bundesminister für Justiz der Republik Österreich. Als Klecatskys bedeutendste wissenschaftliche Leistung gilt seine rechtstheoretische Durchdringung des Problems der sogenannten Privatwirtschaftsverwaltung des Staates.“

Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Hans_Klecatsky Abfrage vom 21. November 2014.

⁴¹⁵ 1246 BlgNR 11. GP vom 22. April 1969.

⁴¹⁶ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz, (2002) 4 mit Verweis auf Langer, Vergaberecht, 18.

⁴¹⁷ 996 BlgNR 15. GP vom 17. Februar 1982.

verhinderten die folgenden Nationalratswahlen die gesetzliche Regelung des öffentlichen Auftragswesens in Form eines Vergaberechts.

Obwohl keine gesetzliche Regelung existierte, wurden die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen zum Teil innerhalb der zuständigen Ressorts weiterentwickelt.⁴¹⁸ Grund für eine solche Entwicklung kann unter anderem in den kritischen Stellungnahmen des Rechnungshofes und in den Bemühungen der Bauwirtschaft lokalisiert werden. Eine dieser Entwicklungen mündete in der Vergabeordnung für öffentliche Bauaufträge (VOöB) durch die 1989 auch eine Vergabekontrollkommission des Bauenministeriums zur Erstellung von Gutachten in Zweifelsfragen gegründet wurde.⁴¹⁹ Das war allerdings nicht die erste derartige Kommission, denn bereits im Jahr 1972 wurde in Salzburg eine Kommission mit ähnlichen Aufgaben eingesetzt. Eine solche Kommission war auch im Gesetzesentwurf aus 1982 vorgesehen. Die Vergabekontrollkommission waren berufen, Gutachten über die Einhaltung der Bestimmungen gemäß VOöB, jedoch erst nach Abschluss der jeweiligen Verfahren, zu erstellen. Bei behaupteten Verstößen gegen die Bestimmungen der VOöB, konnte sie Empfehlungen abgeben. Nicht in ihrer Kompetenz lag allerdings die Beurteilung von Zweifelsfragen, wie zB der Vorgehensweise bei Rechenfehlern, Variantenangeboten, Unterangeboten, etc.

iii. Erste gesetzliche Regelung der öffentlichen Auftragsvergaben

Am 1. Jänner 1948 trat das Internationale Zoll- und Handelsabkommen (GATT⁴²⁰) in Kraft. Es handelt sich um eine internationale Vereinbarung über den Welthandel und war der Grundstein für die Schaffung der Welthandelsorganisation (WTO⁴²¹). Das öffentliche Beschaffungswesen war von dessen Anwendungsbereich noch ausdrücklich ausgenommen. Erst als Ergebnis von Verhandlungen in der sogenannten „Tokyo Runde“, wurde 1979 das „First Agreement on Government Procurement (GPA) (= GATT-Kodex)“ unterzeichnet, welches 1981 in Kraft trat. Als erste gesetzliche Regelung eines Vergaberechts muss der Beitritt Österreichs zu diesem GATT-Kodex qualifiziert werden.⁴²² Es handelte sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, der die

⁴¹⁸ Gast, Das österreichische Vergaberecht, europarechtliche Vorgaben, Verfahren, Rechtsschutz 2002 S4 mit Verweis auf die Richtlinien für die Vergabe von Leistungen des Bundesministeriums für Bauen und Technik vom 28. März 1979 für den staatlichen Hochbau und vom 29. März 1979 für den Bundesstraßenbau, den Rechenfehlererlass von 1986, den Bauethik-Katalog des BMWA von 1989 und die Vergabeordnung für öffentliche Bauaufträge (VOöB) von 1989.

⁴¹⁹ Vgl Statut der Vergabekontrollkommission, Erlass des BMWA 15.760/84-XI/8/89 und Erlass vom 27. September 1990 15.760/51-XI/8/90.

⁴²⁰ General Agreement on Tariffs and Trade.

⁴²¹ World Trade Organization.

⁴²² GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Abl 1980 L71, 44.

Beschaffung von Waren durch öffentliche Auftraggeber, vor allem zentralen Regierungsstellen regelte und Nichtdiskriminierungs- (Transparenz-) sowie Gleichbehandlungsbestimmungen enthielt. Im Rahmen der „Uruguay Runde“ wurde das GPA 1994 ausverhandelt, dass 1996 in Kraft trat. Es deckte nun auch Dienstleistungen und Bauaufträge ab.⁴²³ Ein aktuell überarbeitetes GPA trat am 6. April 2014 in Kraft.⁴²⁴ Das überarbeitete GPA soll schlanker und moderner sein als seine Vorgänger und den Vertragsparteien des Übereinkommens einen besseren Marktzugang gewähren. Das GPA ist somit das einzige WTO-Übereinkommen, dass den Bereich der Beschaffung regelt.⁴²⁵

Es erfolgte eine Transformation der völkerrechtlichen Vereinbarung in österreichisches Recht mittels Bundesgesetz.⁴²⁶ Der Anwendungsbereich des ersten Übereinkommens beschränkte sich allerdings im Wesentlichen auf Lieferaufträge. 1987 erfolgte noch eine geringfügige Änderung. Wie aus den Materialien zu entnehmen ist, beabsichtigte die Europäische Gemeinschaft, die ebenfalls Mitglied des GATT-Kodex war, sich in weiterer Folge mit 1. Jänner 1997 aus dem Übereinkommen zurückzuziehen. Die Europäische Kommission empfahl daher Österreich ebenfalls, das Übereinkommen zu kündigen, was schließlich auch erfolgte.⁴²⁷ Am 1. Jänner 1996 trat die EU allerdings dem neu verhandelten Übereinkommen, dem Agreement on Government Procurement GPA, bei.

Das erste österreichische Gesetz zur Regelung öffentlicher Aufträge war das Bundesvergabegesetz, das am 14. Juli 1993 in Kraft trat.⁴²⁸ Das Gesetz galt nur für Aufträge oberhalb eines gewissen Auftragswertes. Am 7. Jänner 1994 wurde die Allgemeine Bundesvergabeverordnung (ABVV) erlassen, mit der bestimmte Teile der ONÖRM A 2050 im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes bindend erklärt wurden. Zu dieser Zeit verwies das Bundesvergabegesetz explizit auf jene Fälle, in denen die ÖNORM A 2050 zur Anwendung gelangen sollte. Als Bedingung wurde im BVergG gestellt, dass die ÖNORM A 2050 nur insoweit gelten sollte, soweit ihr „Inhalt nicht gemeinschaftsrechtlichen Regelungen widerspricht oder die Ausnahmen bestimmter Dienstleistungsaufträge vorliegen.“⁴²⁹ So wurden zB Vergaben im

⁴²³ http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm

⁴²⁴ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/gpa-wto/index_de.htm.

⁴²⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-381_de.htm?locale=en

⁴²⁶ BGBl 1981/452 sowie BGBl 1988/38 idF BGBl 1990/46.

⁴²⁷ Vgl GP XX RV 615 AB 763 S. 78 und BGBl III Nr. 5/1998.

⁴²⁸ BGBl Nr 462/1993.

⁴²⁹ Vgl § 13 BVergG idF BGBl Nr 56/1997.

Unterschwellenbereich den Bestimmungen der ÖNORM A 2050 unterstellt.⁴³⁰ Am 27. Mai 1997 wurde das BVergG erstmals geändert wiederverlautbart.⁴³¹

Die weitere Entwicklung erfolgte 11 ½ Jahre nach dem ersten Bundesvergabegesetz, durch Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes 2002.⁴³² Trotz seines sehr komplexen Regelungsumfanges konnte darin ein Meilenstein der Vergaberechtsentwicklung gesehen werden, da es den bekannten Rechtsrahmen massiv vereinheitlichte und modernisierte. Danach folgten das Bundesvergabegesetz 2006 sowie das Bundesvergabegesetz für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit 2012 sowie zahlreiche diesbezügliche Verordnungen.

c. Das aktuelle Vergaberecht

Das Vergaberecht unterscheidet drei Arten von Auftraggebern, welche von dessen persönlichem Geltungsbereich erfasst sind:

- Öffentliche Auftraggeber⁴³³
- Sektorenauftraggeber⁴³⁴
- Sonstige Auftraggeber⁴³⁵

Das Vergaberecht regelt insbesondere:

- Vergabeverfahren im öffentlichen Bereich, im Sektorenbereich sowie im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich.⁴³⁶
- Den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich und damit verbunden den Auftraggeberbegriff sowie die Auftragsarten auf die es anzuwenden ist.⁴³⁷
- Schwellenwerte.
- Publikationsmedien.
- Einen abschließenden Katalog von Vergabeverfahren, die Voraussetzungen wann welches anzuwenden ist sowie deren genauen Ablauf.

⁴³⁰ Vgl § 13 BVergG idF BGBl Nr 56/1997.

⁴³¹ BGBl Nr 56/1997.

⁴³² BGBl I 2002/99.

⁴³³ Vgl § 3 Abs 1 BVergG 2006 und § 4 Abs 1 BVergGVS 2012.

⁴³⁴ Vgl §§ 163 ff BVergG 2006.

⁴³⁵ Vgl § 3 Abs 2 bis 6 BVergG 2006.

⁴³⁶ Vgl §§ 1 BVergG 2006 und BVergGVS 2012.

⁴³⁷ Vgl §§ 3 und 163 bis 166 BVergG 2006 bzw § 4 BVergGVS 2012.

- Die Voraussetzungen, die teilnehmende Unternehmen nachweisen müssen, dass ihnen ein Zuschlag erteilt werden darf.⁴³⁸
- Anforderungen an elektronische Übermittlungen von Dokumenten sowie der Zeitpunkt des Zugangs von Schriftstücken.⁴³⁹
- Die Fristenberechnung.⁴⁴⁰
- Ausschlussgründe, bei deren Vorliegen Unternehmen durch die Auftraggeber von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen werden müssen.⁴⁴¹
- Vertragsbestimmungen.⁴⁴²
- Bestimmungen über den Zahlungsverkehr.⁴⁴³
- Formen des Vertragsschlusses.⁴⁴⁴
- Den Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Vergabeverfahren.⁴⁴⁵
- Die außerstaatliche Kontrolle von Vergabeverfahren.⁴⁴⁶
- Bestimmte zivilrechtliche Konsequenzen.⁴⁴⁷

Das Vergaberecht regelt die öffentliche Auftragsvergabe umfassend durch die Vergabegesetze sowie die dazu ergangenen Verordnungen. Es regelt vor allem die oa. Bereiche und stellt solange es gilt, eine lex specialis zu allen anderen Bestimmungen dar, die im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe von Relevanz sein könnten.

4. Der Gleichheitssatz

a. Grundlagen

Artikel 7 B-VG lautet:

„Absatz 1 - Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Die Republik (Bund, Länder und Gemeinden) bekennt sich dazu, die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten.

Absatz 2 - Bund, Länder und Gemeinden bekennen sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten sind zulässig.

⁴³⁸ Vgl §§ 69 f BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF und §§ 58 f. BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁴³⁹ Vgl § 43 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF und § 35 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁴⁴⁰ Vgl § 46 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF und § 48 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁴⁴¹ Vgl § 68 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF und § 57 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁴⁴² Vgl § 99 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF und § 48 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁴⁴³ Vgl § 99a BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁴⁴⁴ Vgl § 134 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF und § 110 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁴⁴⁵ Vgl §§ 1 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF und BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁴⁴⁶ Vgl §§ 1 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF und BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁴⁴⁷ Vgl §§ 1 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF und BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

Absatz 3 - Amtsbezeichnungen können in der Form verwendet werden, die das Geschlecht des Amtsinhabers oder der Amtsinhaberin zum Ausdruck bringt. Gleiches gilt für Titel, akademische Grade und Berufsbezeichnungen.

Absatz 4 - Den öffentlichen Bediensteten, einschließlich der Angehörigen des Bundesheeres, ist die ungeschmälerte Ausübung ihrer politischen Rechte gewährleistet.“

Artikel 2 StGG lautet: „Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich.“

Im nationalen Recht finden sich weitere spezifische Normen

- Gleichheitsgrundsatz Art 7 B-VG (Staatszielbestimmung)
- CEDAW
- Gender Budgeting gemäß Art 13 Abs 3 B-VG
- Gleichstellung der Geschlechter als Teil des wirkungsorientierten Bundeshaushalts gem. Art 51 Abs 8 und 9 B-VG (Staatszielbestimmung)
- BVG Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung durch Umsetzung in Art III Abs 1 Z 3 EGVG oder § 59 GewO
- Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) in der Privatwirtschaft
- Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG) im Bundesbereich
- Landes-Gleichbehandlungsgesetze (L-GIBG) im Landes und Kommunalbereich
- Bundes-Berhindertengleichstellungsgesetz (BGStG)
- Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG)

b. Auslegung und Judikatur

Der Gleichheitssatz findet sich in der österreichischen Rechtsordnung explizit in Artikel 7 B-VG und Artikel 2 StGG. Er enthält ein allgemeines Willkürverbot für die Verwaltung sowie ein Diskriminierungsverbot und ein Gleichbehandlungsgebot. Grundrechtsträger des Gleichheitssatzes sind ausschließlich Staatsbürger sowie inländische juristische Personen.⁴⁴⁸ Umfang und Reichweite der Bindung an den Gleichheitssatz war und ist teilweise umstritten.⁴⁴⁹ Es stellte sich lange die Frage, ob Verwaltungsorgane auch im Bereich ihrer nicht-hoheitlichen Handlungen sachlich vorgehen müssen und nicht willkürlich handeln dürfen, man spricht von Fiskalgeltung der Grundrechte. Teilweise wurde auf eine Bindung des Staates im funktionellen Sinn abgestellt, daher ob staatliche bzw öffentliche Aufgaben besorgt werden.⁴⁵⁰ Demnach

⁴⁴⁸ Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹, (2000) Rz 1341 f.

⁴⁴⁹ Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 146; Raschauer, Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts³ (2010) Rz 205.

⁴⁵⁰ Raschauer in Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts³ (2010) Rz 205.

wären juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich an den Gleichheitssatz gebunden.⁴⁵¹ In der Privatwirtschaftsverwaltung wurde hingegen eine Fiskalgeltung von einem Teil der Lehre abgelehnt.⁴⁵² Einige Vertreter stellten im Hinblick auf ausgegliederte Rechtsträger darauf ab, ob diesen Rechtsträgern Privatautonomie zukommt. Ist dies der Fall, so bleibt es für sie wie grundsätzlich bei juristischen Personen des Privatrechts bei der allgemeinen Drittwirkung.⁴⁵³ Die Intensität der Bindung an den Gleichheitssatz, wird laut OGH immer geringer, je ähnlicher die Tätigkeit der Tätigkeit eines privaten Rechtsträgers wird.⁴⁵⁴ Für die nicht hoheitlich handelnde Verwaltung selbst bestand aber kein Grund, Teile davon aus der grundsätzlichen Fiskalgeltung auszunehmen.⁴⁵⁵ Der OGH ging in seiner Rechtsprechung schrittweise dazu über, die Fiskalgeltung der Grundrechte zu bejahen. So wurde judiziert, dass die öffentliche Hand bei nichthoheitlichen Subventionsvergaben, weitgehend den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes unterliegt.⁴⁵⁶ Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind die Bewerber gleich zu behandeln und dürfen nicht diskriminiert werden. Ein Verstoß dagegen zB durch Zuschlagserteilung nicht an den besten Bieter, führt zu Schadenersatzansprüchen des Bieters in der Höhe des entgangenen Gewinns aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (culpa in contrahendo).

Nach heutige herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des OGH, dürfen Gebietskörperschaften nur im öffentlichen Interesse handeln und sind auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung an die Grundrechte gebunden.⁴⁵⁷ Verwaltungsorgane müssen daher auch in ihren privatrechtsförmigen Handlungen sachlich vorgehen und dürfen nicht willkürlich handeln, man spricht von „Fiskalgeltung der Grundrechte“.

Träger dieses Grundrechts sind ausschließlich österreichische Staatsbürger, sowie inländische juristische Personen.⁴⁵⁸ Als Ausnahme davon ist etwa denkbar, dass durch einen beliebigen Staatsbürger, gegen einen Bescheid zur Feststellung der Nicht-Staatsbürgerschaft, Beschwerde aufgrund Artikel 7 B-VG erhoben würde.⁴⁵⁹ Bei juristischen Personen müssen Merkmale betroffen sein, die für eine Verletzung des

⁴⁵¹ Raschauer in Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts³ (2010) Rz 205.

⁴⁵² Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) FN 572.

⁴⁵³ Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993), 164.

⁴⁵⁴ Vgl. OGH 16Ok12/03.

⁴⁵⁵ Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993), 165.

⁴⁵⁶ Vgl RS0038110

⁴⁵⁷ Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹, (2000) Rz 1341.

⁴⁵⁸ Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹, (2000) Rz 1341 sowie Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 755.

⁴⁵⁹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 755 mit Verweis auf VfSlg 8006/1977.

Gleichheitssatzes auch in Frage kommen.⁴⁶⁰ Da es Unterschiede zwischen natürlichen und juristischen Personen gibt, ist es auch erlaubt, zwischen diesen zu differenzieren.⁴⁶¹ Vergleicht man den Gleichheitssatz des B-VG mit jenem der EMRK ist zu erkennen dass Artikel 14 EMRK sich ausschließlich auf jene in der EMRK selbst normierten Rechte bezieht, man spricht von einem „akzessorischem Diskriminierungsverbot“. Voraussetzung für eine Verletzung des Artikels 14 EMRK ist daher eine diskriminierende Verletzung der Ausübung eines in der EMRK verankerten Rechts. Diskriminierung iSd EMRK liegt vor, wenn die unterschiedliche Behandlung weder durch ein legitimes Ziel im Sinne eines öffentlichen Interesses legitimiert ist, noch ein vernünftiges Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel besteht.⁴⁶² Das sind auch jene Maßstäbe, nach denen sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Grundrechte des B-VG orientiert. Der Gleichheitssatz gilt nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre auch für den Gesetzgeber und die Vollziehung. Die meisten Gesetzesaufhebungen durch den VfGH resultieren aus einer Gleichheitswidrigkeit iSd Artikels 7 B-VG. Es handelt sich dabei somit um die wirksamste verfassungsrechtliche Schranke der Gesetzgebung. Der VfGH bildete den Gleichheitssatz derart dynamisch fort, dass dies aus dem Wortlaut keinesfalls mehr abgeleitet werden kann.⁴⁶³ Der Gleichheitssatz enthält ein allgemeines Willkürverbot für die Verwaltung sowie ein Diskriminierungsverbot und ein Gleichbehandlungsgebot. Das Verbot der unsachlichen Differenzierung bedeutet mit den Worten des VfGH, dass es verboten ist, „andere als sachlich begründbare Differenzierungen zwischen den Normadressaten zu schaffen.“⁴⁶⁴ Ein differenzierendes Gesetz entspricht nur dann dem Gleichheitssatz, wenn sich die darin getroffene Unterscheidung auf Unterschiede bezieht, die im Tatsächlichen ableitbar sind.⁴⁶⁵

Für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe sind im Besonderen zwei Bereiche zu differenzieren. Die Wirkung des Gleichheitssatzes auf die Vollziehung und die Wirkung des Gleichheitssatzes auf den privatrechtlich handelnden Staat.

Als anerkannter Grundsatz gilt, dass Gebietskörperschaften einem Kontrahierungszwang unterliegen, sofern diese Leistungen anbieten. Im Unterschied zum Analogmodell im Verhältnis zwischen echten Privaten, muss es sich bei Gebietskörperschaften nicht um lebensnotwendige Güter oder Leistungen handeln, die

⁴⁶⁰ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 755 mit Verweis auf VfSlg 13208/1992.

⁴⁶¹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 755 mit Verweis auf VfSlg 19522/2011.

⁴⁶² Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 755 mit Verweis auf Hoffmann, EGMR, JBI 1994; Petrovic, ÖJZ 1998, 516 und ÖJZ 2002, 696; Stummer, ÖJZ 2012, 138.

⁴⁶³ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 760.

⁴⁶⁴ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 755 mit Verweis auf VfSlg 8169/1977.

⁴⁶⁵ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 755 mit Verweis auf VfSlg 4392/1963.

quasi einzig und allein dieser monopolistische Anbieter erbringen kann. Gebietskörperschaften trifft dieser Kontrahierungszwang generell, daher bei jeglichen angebotenen Leistungen im Sinne des Zivilrechts. Die öffentlichen Auftraggeber sind in der Regel Gebietskörperschaften, die im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig sind. Leistung im zivilrechtlichen Sinn liegt zB immer dann vor, wenn eine bewusste Vermögenszuwendung erfolgt oder in Aussicht gestellt wird, um einen bestimmten Zweck zu erfüllen. Die Absicht der Vergabe eines Auftrages über eine Bau-, Liefer- oder Dienstleistung erfüllt den Tatbestand des Anbietens von Gütern oder Leistungen. Da bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Bewerber gleich zu behandeln sind und nicht diskriminiert werden dürfen, bedarf es meiner Meinung nach wirksamer Mechanismen innerhalb der Gebietskörperschaften, eine Diskriminierung zu verhindern.

Direktvergaben beispielsweise dürfen ex lege ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt werden. Für Vergaben außerhalb des Vergaberechts trifft dies offenbar ebenfalls zu. Nach der Judikatur des OGH führt jedoch ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz, zB durch Zuschlagserteilung nicht an den besten Bieter, zu Schadenersatzansprüchen des Bieters in der Höhe des entgangenen Gewinns aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (culpa in contrahendo). Das gleichheitswidrige Verhalten kann in diesem Sinne auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden. Die Beantwortung der Frage ob dem besten Bieter der Zuschlag erteilt wurde, erscheint jedoch in den Systemen Direktvergabe und Vergabe außerhalb des Vergaberechts mE schwierig, da Vergaben ohne Bekanntmachung nur durch Zufall bekannt und daher dem nicht gerecht werden können.

Mit der grundsätzlichen Frage, ob der Rechtsschutz im Zivilrechtsweg überhaupt geeignet erscheint, um eine ausreichende Effektivität sicherzustellen, damit befasste sich bereits der VfGH⁴⁶⁶. Zu dieser Zeit war die Systematik im Vergaberechtsschutz aber auch eine divergierende. Unterhalb der Schwellenwerte, also im Unterschwellenbereich, existierte kein Vergaberechtsschutz über die damaligen Vergaberechtsschutzeinrichtungen. Dieser war exklusiv dem Oberschwellenbereich zugeordnet und für den Unterschwellenbereich ausschließlich der zivile Rechtsweg offen. Anfechtungen über Vergaben unterhalb des Schwellenwertes wurden durch die Rechtsschutzeinrichtungen mangels Zuständigkeit zurückgewiesen. Derartige Grenzwertregelungen waren nach Ansicht des VfGH nicht a priori unsachlich. Bestimmten Bereichen der Auftragsvergaben nur dort rudimentäre Garantien eines durchnormten Vergabeverfahrens zu gewähren, wo messbare Auswirkungen auf die

⁴⁶⁶ VfGH vom 30. November 2000, G110/99.

Volkswirtschaft vorliegen, liegen innerhalb eines begrenzten rechtspolitischen Gestaltungsspielraums der Bundesregierung. Nicht sachlich zu rechtfertigen war nach Ansicht des VfGH jedoch, den potentiellen Unternehmen nicht einmal ein Minimum an Verfahrensgarantien zu gewährleisten. „Der Verzicht auf jedwede außenwirksame Regelung des Vergabeverfahrens in bestimmten Bereichen, und die damit verbundene Konsequenz für potentielle Unternehmen, erweist sich daher als gleichheitswidrig.“⁴⁶⁷ Hinsichtlich des Arguments der zivilgerichtlichen Kontrolle, sah der VfGH darin keinen ausreichend effektiven Rechtsschutz, da es zu dieser Zeit an geeigneten zivilverfahrensrechtlichen Vorschriften mangelte, die den besonderen Bedürfnissen einer raschen, vielfach keinen Aufschub duldenden, vergaberechtlichen Rechtsschutzkontrolle, Rechnung tragen würde. Auch in der Literatur gab es übrigens Anhaltspunkte dafür, dass Unternehmen außerhalb des Systems des Vergaberechtsschutzes, dem Rechtsschutz eher beraubt würden.⁴⁶⁸

Die Besorgung öffentlicher Aufgaben ist auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung an die Grundrechte gebunden, wie dies für die Hoheitsverwaltung gilt.⁴⁶⁹ Für das Diskriminierungsverbot der EMRK spielt es übrigens keine Rolle ob hoheitliche oder privatrechtliche Handlungen von Gebietskörperschaften vorliegen.⁴⁷⁰ Zu beachten ist, dass bei der Bekämpfung von Grundrechtsverletzungen im Vergabewesen die Zivilgerichte zuständig sind. Eine Verfassungsbeschwerde gegen Urteile dieser Gerichte an den VfGH ist unzulässig.⁴⁷¹ In Zusammenhang mit der anerkannten Fiskalgeltung der Grundrechte erscheint von besonderer Bedeutung, dass sich daraus ein Kontrahierungszwang für Gebietskörperschaften ergibt. Dies betrifft allerdings nicht wie dies bei der ausnahmsweisen Drittwirkung bei Privaten der Fall ist, dass nur wenn lebensnotwendige Güter sittenwidrig verweigert werden, sondern für alle Leistungen von Gebietskörperschaften.⁴⁷² Eine wie so oft Berufung auf eine entsprechende Kann-Bestimmung in Selbstbindungsgesetzen, dass kein Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung bestehe, greift nicht. Ein Leistungsanspruch ergibt sich unmittelbar aus dem Gleichheitssatz, es darf daher nicht etwas verweigert werden, was einem anderen unter den gleichen Voraussetzungen gewährt wird. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind die an einem Verfahren interessierten Bewerber ebenfalls gleich zu behandeln. „Ein dem Gleichheitssatz

⁴⁶⁷ VfGH vom 30. November 2000, G110/99.

⁴⁶⁸ Thienel, Das Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG, Wbl. 1993, 374 f; Schlosser, Reformbedarf im Vergaberechtsschutz aus der Sicht eines Senatsvorsitzenden des BVA, JRP 1999, 242 f; Aicher, Aspekte des Vergaberechtsschutzes vor den Zivilgerichten, JRP 1999, 253 f.

⁴⁶⁹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 737.

⁴⁷⁰ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 738.

⁴⁷¹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 738.

⁴⁷² Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 738.

widersprechendes vertragliches Verwaltungshandeln ist nichtig iSd § 879 ABGB“.⁴⁷³ Anders stellt sich die Situation hinsichtlich der Drittwirkung der Grundrechte gegenüber echten Privaten dar. Eine derartige unmittelbare oder horizontale Drittwirkung würde dann vorliegen, wenn eine Privatperson gegenüber einer anderen Privatperson einen Anspruch aus einem Grundrecht ableiten könnte. Während eine solche unmittelbare Drittwirkung im Allgemeinen verneint wird, erscheint die Möglichkeit der mittelbaren Drittwirkung Zustimmung zu finden. Unter mittelbarer Drittwirkung versteht man eine durch einfaches Gesetz vermittelte Wirkung eines Grundrechts auf Privatpersonen. Als Beispiel kann hier das DSG genannt werden, dieses normiert, „dass gegen Privatpersonen das Grundrecht auf Datenschutz auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden kann.“⁴⁷⁴

Nach dem Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation ist es stets erforderlich, jegliche Regelung des nationalen Rechts, somit auch Verfassungsrechts, möglichst im Lichte von Wortlaut und Zweck des Gemeinschaftsrechts auszulegen.⁴⁷⁵ Das Unionsrecht enthält selbstständige Diskriminierungsverbote, so unter anderem das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Artikel 18 AEUV. Dieses enthält eine Verpflichtung für eine weitreichende Gleichstellung von Unionsbürgern und Staatsbürgern und beschränkt aber seinen Anwendungsbereich auf jenen des Unionsrechts.

Im Gegensatz zu den obigen Ausführungen zeitigt die Wirkung des Gleichheitssatzes auf die Vollziehung eine Möglichkeit direkt gegen das gleichheitswidrige Gesetz vorzugehen. Hier muss man nicht den Zivilrechtsweg beschreiten, sondern kann versuchen direkt zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts zu gelangen. Die Argumentation wäre hier, dass sich ein individueller behördlicher Akt (zB Bescheid des BVwG) auf eine verfassungswidrige Bestimmung des Vergaberechts beruft.

c. Zwingendes Resümee aus dem Gleichheitssatz

Der Gleichheitssatz ist die zentrale Norm bei der Beurteilung der Frage, welche Mindestanforderungen für öffentliche Auftraggeber bei Vergaben in- und außerhalb des Vergaberechts gelten.

⁴⁷³ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 738 mit Verweis auf VfSlg 13.975/1994.

⁴⁷⁴ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 742.

⁴⁷⁵ Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005), Rz 755.

Das Unionsrecht verlangt die Prüfung der Binnenmarktrelevanz. Es stehen der Main-Value-Test oder der Main-Object-Test zur Verfügung. Liegt trotz Unterschreitung der Schwellenwerte eine vermutete Binnenmarktrelevanz vor, gelangen auch mitunter sehr viel kleinere Aufträge in den Anwendungsbereich des EU Vergaberechts. In Österreich erscheint aufgrund seiner Größe und der Infrastruktur in den meisten Fällen eine Verneinung der Binnenmarktrelevanz nicht argumentierbar. Bei sehr kleinen Beschaffungsvorhaben im Bau- oder Dienstleistungsbereich wäre dies zwar denkbar, im Bereich der Lieferaufträge jedoch meines Erachtens nicht.

Ein öffentlicher Auftraggeber ist im Rahmen der doppelten Bindung, auch immer an die Grundrechte, vor allem den Gleichheitssatz, gebunden und hat seine Handlungen derart zu gestalten, dass den privaten Wirtschaftsteilnehmern aus der Sicht des ihnen zustehenden Rechtsschutzes, auch die Möglichkeit gewahrt bleibt, diesem Rechtsschutzbedürfnis zum Durchbruch zu verhelfen. Transparenz garantiert hier die Einhaltung des Antidiskriminierungsgrundsatzes. Dem Rechtsschutzbedürfnis erscheint ausschließlich dann entsprochen werden zu können, wenn der private Wirtschaftsteilnehmer auch eine Möglichkeit der Kenntnisnahme jener Handlungen des Staates zukommt, die es ihm erlaubt zu erkennen, ob er gegenüber anderen Wirtschaftsteilnehmern diskriminiert wurde. Dies wird nur dann erreichbar sein, wenn bekannt ist, dass der Staat beabsichtigt, einen öffentlichen Auftrag zu vergeben. Ob diese Transparenz nun ex ante oder ex post sichergestellt wird, erscheint meines Erachtens nicht von unbedingt primärer Bedeutung.

Es besteht daher ein Bedarf an Regeln, nach denen sich öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen auch außerhalb des Vergaberechts richten müssen.

Nach der Judikatur des OGH kommen trotz der Nichtanwendbarkeit der Vergabegesetze, deren Grundsätze mittelbar zur Anwendung. Hierbei gelten nach herrschender Auffassung insbesondere Ö-Normen als Maßstab für einzuhaltende Sorgfaltspflichten. Diese binden den Ausschreibenden im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflichten. Der OGH kommt daher zum Schluss, dass Bund, Länder und Gemeinden auch in Vergabeverfahren in denen das Vergaberecht keine Anwendung findet, zwingend den Gleichheitsgrundsatz beachten müssen. Dies ergebe sich aus verfassungsrechtlichen Erwägungen. Es müssen jene verfügbaren Normen eingehalten werden, die dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot die Durchsetzung gewährleisten. Diese Normen, die das „Gleichbehandlungsgebot im vordefinierten Sinne zur Durchsetzung bringen und dessen Einhaltung gewährleisten

sollen“, können sowohl interne Dienstanweisungen sein, aber zB auch eine ÖNORM (zB ÖNORM 2050).⁴⁷⁶ Mit diesem Urteil hat der OGH klargestellt, dass Auftraggeber, egal bei welchen Auftragsvergaben, an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden sind. Soweit keine internen Vorschriften bestehen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Durchsetzung verhelfen, ist zumindest auf ÖNormen oä zurückzugreifen. Eine Ausnahme würde lediglich bei Bagatellaufträgen bestehen, nur in diesen gäbe es keine Bindung an besondere Verfahren. Es bestünde daher auch lediglich in diesem kleinen Bereich der Bagatellaufträge Spielraum für die Erlassung von internen Richtlinien zur Auftragsvergabe. Eine Bindung an die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit besteht hingegen immer.⁴⁷⁷ Was als Bagatellaufträge anzusehen ist, darauf wurde nicht eingegangen. Öffentliche Auftraggeber sind auch ohne spezieller Verpflichtungen aus zB vergaberechtlichen Bestimmungen, jedenfalls an das Gleichbehandlungs- sowie Sachlichkeitsgebot gebunden.⁴⁷⁸ Der Grundsatz der Gleichbehandlung kann auch aus dem Verbotsbereich des UWG abgeleitet werden.⁴⁷⁹ Nach der diesbezüglichen Rechtsprechung des OGH handelt ein öffentlicher Auftraggeber im Falle einer ungerechtfertigten Bevorzugung von Unternehmen zu Lasten anderer, zu Wettbewerbszwecken.⁴⁸⁰ Der OGH leitet ein Gleichbehandlungsgebot auch aus vorvertraglichen Pflichten der culpa in contrahendo (cic) des Auftraggebers ab. Demnach kann aus einer Diskriminierung im Rahmen von Ausschreibungen durch die öffentliche Hand, sowohl ein Anspruch aus dieser Diskriminierung resultierender Vertrauensschaden als auch das Erfüllungsinteresse in Frage kommen. „Interessenten an öffentlichen Ausschreibungen haben den vorvertraglichen Anspruch auf Gleichbehandlung und genießen daher den Schutz vor willkürlicher Diskriminierung.....Die Verletzung des Anspruches auf Beteiligungkönne daher einen Anspruch auf künftige Leistung rechtfertigen“.⁴⁸¹ „Ein dem Gleichheitssatz widersprechendes vertragliches Verwaltungshandeln ist darüber hinaus nichtig iSd § 879 ABGB“⁴⁸² Aus dieser Judikaturlinie des Obersten Gerichtshofs ergibt sich daher, dass öffentliche Auftraggeber in jedem Fall und zwingend an das Gleichbehandlungs- sowie Sachlichkeitsgebot gebunden sind. Es müssen darüber hinaus „Vorgaben“ eingehalten werden, die dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot die Durchsetzung gewährleisten. Dies können sowohl interne Dienstanweisungen sein

⁴⁷⁶ Vgl. 10 Ob 212/98.

⁴⁷⁷ NÖ Gemeindeverwaltungsschule und Kommunalakademie (Hrsg), Kommentar zur NÖ Gemeindeordnung, § 35.

⁴⁷⁸ *Fruhmann* zu § 10 BVergG 2006 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009) Rz 16.

⁴⁷⁹ Vgl. EB 1171 BlgNR 22. GP.

⁴⁸⁰ Vgl. OGH 4 Ob 10/96.

⁴⁸¹ Vgl. OGH 4 Ob 573/94.

⁴⁸² Vgl. VfSlg 13.975/1994.

aber auch ÖNORMEN (wie zB die ÖNORM 2050). Maßgeblich ist, dass die herangezogene Vorgabe, dem verfassungsrechtlichem Gleichbehandlungsgebot die Durchsetzung gewährleistet und die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit eingehalten werden. Dieses Gleichbehandlungsgebot bezieht sich auch in diesem Fall auf die Gleichbehandlung der teilnehmenden Unternehmen.

Eingriffe in diese Grundrechte verlangen das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen. Hierzu wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranke des einfachen Gesetzgebers entwickelt. Zuerst muss geprüft werden, ob das konkrete Ziel der avisierten einfachgesetzlichen Regelung im öffentlichen Interesse liegt. Hierbei hat der Gesetzgeber einen gewissen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum, welchem jedoch durch das B-VG Schranken gesetzt sind. Die Grenzen dieses Gestaltungsspielraums lassen sich am Prüfungsmaßstab des VfGH ablesen. Zum Beispiel erscheinen sie dort als erreicht, wo eingewendet werden kann oder zumindest naheliegt, dass die verfolgten Ziele nicht im öffentlichen Interesse liegen können. Als zweiter Anhaltspunkt lässt sich fragen, ob die avisierte Regelung zur Erreichung des Ziels überhaupt geeignet ist, um dieses im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen. Diese Prognose obliegt zwar in der Regel dem Gesetzgeber, jedoch erscheinen Konstellationen denkbar, in denen dies von vornherein ausgeschlossen werden kann. Weiters ist zu prüfen, ob die konkrete Regelung überhaupt erforderlich ist, um mit dem geringsten Mittel das avisierte Ziel zu erreichen, sodass dadurch das geringste Maß an Eingriff in die Grundrechtsposition des Einzelnen erfolgt. In diesem Sinne wäre auch zu prüfen, welche Alternativen bestehen würden. Im letzten Schritt ist eine Güterabwägung vorzunehmen und muss geprüft werden, ob das öffentliche Interesse im Hinblick auf die Schwere des Grundrechtseingriffes zueinander in einer angemessenen Relation stehen, somit der Eingriff adäquat ist.⁴⁸³

d. Exkurs zur Inländerdiskriminierung

Eine Inländerdiskriminierung würde dann vorliegen, wenn österreichische Staatsbürger im Vergleich zu Ausländern benachteiligt werden. Aus unionsrechtlicher Sicht wäre dies zulässig, aus verfassungsrechtlicher Perspektive jedoch vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes nicht.⁴⁸⁴ „Eine Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber anderen Unionsbürgern widerspricht im

⁴⁸³ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 715.

⁴⁸⁴ VfGH 17. 6. 1997, B 592/96; VfGH 7. 10. 1997, V 76/97, V 92/97, VfSlg 14.963/1997; VfGH 1.3.2004, G 110/03; VfGH 15.12.2004, G 79/04.

Regelfall dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz.⁴⁸⁵ Dies hat vor allem in Zusammenhang mit jener Frage Relevanz, bei der es darum geht welche Verpflichtung zu Gleichbehandlung es im Ober- oder Unterschwellenbereich gibt. Im OSB gilt das EU Vergaberecht, Angehörige anderer Staaten dürfen nicht diskriminiert werden. Das EU Vergaberecht verbietet jedoch nicht, Inländer gegenüber Angehörigen von Drittstaaten zu diskriminieren. Der Gleichheitssatz jedoch schon.

Die Europäische Menschenrechtskonvention

Die EMRK steht in Verfassungsrang und verbietet Diskriminierung und Benachteiligung, wenn diese nicht durch ein legitimes Ziel rechtfertigen ist und unverhältnismäßig wäre. Das Diskriminierungsverbot der EMRK bezieht sich nur auf jene in der EMRK selbst geregelten Rechte, unzulässig ist daher nur ein Eingriff in ein Recht, dass die EMRK gewährleistet.⁴⁸⁶

BVG betreffend das Verbot der rassistischen Diskriminierung

Das Verbot entstammt der UN-Rassendiskriminierungskonvention und verbietet jede Form der Diskriminierung aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung oder aus nationalen oder ethnischen Herkunftsgründen. Nach der Rechtsprechung des VfGH ist es der Gesetzgebung und der Vollziehung verboten, unsachliche Differenzierungen zwischen Fremden vorzunehmen oder diese willkürlich zu behandeln. Damit erfolgte eine Ausdehnung des Umfangs des Gleichheitssatzes nicht nur auf die Behandlung von Fremden untereinander, sondern auch dahingehend, dass jegliche unsachliche Differenzierung iSd Jedermannsrechts verboten ist. Gesetzlich darf jedoch weiterhin zwischen Staatsbürgern und Fremden differenziert werden.⁴⁸⁷ Es ist zulässig österreichischen Staatsbürgern besondere Rechte einzuräumen und besondere Pflichten aufzuerlegen.

5. Grundsatz der Wirkungsorientiertheit und Effizienz

Der Grundsatz der Wirkungsorientiertheit und der Effizienz ist den meisten wohl eher unter dem Titel des Grundsatzes der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und

⁴⁸⁵ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 755 mit Verweis auf VfSlg 14.963/1997, 18.027/2006, 18.226/2007 und 18.656/2008.

⁴⁸⁶ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁶, (2005) Rz 739 f.

⁴⁸⁷ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁶ Rz 757.

Zweckmäßigkeit geläufig. Dabei handelt es sich um Leitlinien für die gesamte Verwaltung. Es sind besondere Verhaltensregeln die auch im Bereich der nicht-hoheitlichen Verwaltung gelten. Gemäß Artikel 126b Abs 5 B-VG erstreckt sich die Überprüfung des Rechnungshofes auf die „ziffernmäßige Richtigkeit, die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften, ferner auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“. Es handelt sich zwar um Kontroll- und Aufsichtskriterien des (Bundes-)Rechnungshofs, im Kontext entfalten diese Kriterien jedoch eine Bindungswirkung als Handlungsvorgaben für das gesamte Verwaltungshandeln.⁴⁸⁸ Der (Bundes-) Rechnungshofkontrolle unterliegen der Bund, die Länder sowie Gemeinden mit mindestens 10.000 Einwohnern.⁴⁸⁹ Darüber hinaus gibt es auch Landesrechnungshöfe. Bis zur BVG-Novelle BGBl I 2008/1 waren diese Kriterien ausdrücklich in Artikel 51a Abs 1 B-VG festgelegt, diese Bestimmung ist jedoch 2008 außer Kraft getreten. In Artikel 51 Abs 8 B-VG wurde jedoch gleichzeitig festgelegt, dass bei der Haushaltsführung des Bundes, die Grundsätze der Wirkungsorientierung unter Berücksichtigung des Ziels der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern, der Transparenz, der Effizienz und der möglichst getreuen Darstellung der finanziellen Lage des Bundes zu beachten sind.⁴⁹⁰ Wirkungsorientiertheit und Effizienz ersetzen seither die bekannten Begriffe der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit. Das Bundeshaushaltsgesetz richtet sich mitunter direkt an die handelnden Verwaltungsorgane und enthält auf unmittelbarer Grundlage von Artikel 51 Abs 9 Z 11 B-VG, diverse Anreiz- sowie Sanktionsmechanismen um die Haushaltsziele durchzusetzen. Als Anreize kommen dabei Zuwendungen direkt an die Dienststellen in Frage, welche in weiterer Folge auch an die Bediensteten ausgeschüttet werden können. Als Sanktionsmechanismen kommen dienstrechtliche Maßnahmen in Frage. § 83 BHG enthält darüber hinaus eine haushaltsrechtliche Grundlage für die Gewährung von Prämien an Bundesbedienstete.⁴⁹¹ Gemäß Artikel 119a Abs 2 B-VG haben die Länder im Rahmen der Gemeindeaufsicht das Recht, die Gebarung der Gemeinden auf Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Es handelt sich auch hier um bloße Kontroll- und Aufsichtskriterien. Wie jedoch bereits oben zu den gleichlautenden Befugnissen des (Bundes-)Rechnungshofs angeführt, entfalten diese Kriterien im Kontext eine Bindungswirkung als Handlungsvorgaben für das gesamte Verwaltungshandeln auf Gemeindeebene.⁴⁹²

⁴⁸⁸ Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtförmiger Subventionsverwaltung, ÖZW 1995, 1, 8.

⁴⁸⁹ Vgl Artikel 126b Abs 1, 127 Abs 1 und 127a Abs 1 B-VG.

⁴⁹⁰ Vgl RV 203 BlgNR 23. GP 1, 5, 8.

⁴⁹¹ Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht³ (2013), 355.

⁴⁹² Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtförmiger Subventionsverwaltung, ÖZW 1995, 1, 8.

6. Interne Bestimmungen/Regelungen der Auftraggeber/ÖNORMEN

Interne Bestimmungen mit einem Zusammenhang zur öffentlichen Auftragsvergabe gibt es zwar, sie aufzufinden stellt sich jedoch als schwierig heraus. Die internen Regelungen liegen weder in Gesetzesform noch in Verordnungsform vor. Neben der Möglichkeit, dass interne Erlässe geltendes Vergaberecht näher ausformulieren, können sie auch Maßnahmen vorschreiben wie vorzugehen ist, wenn zB das Vergaberecht nicht gilt. In diesem Fall können interne Erlässe ebenfalls im Wesentlichen nur bestehende Rechtsvorschriften näher ausgestalten. So bliebe es zB bei Nichtgeltung des Vergaberechts den auftragvergebenden Stellen vollkommen ihrer Eigenverantwortung überlassen, wie sie zB den Gebahrungsgrundsätzen oder dem Gleichheitssatz bei ihren öffentlichen Auftragsvergaben zum Durchbruch verhelfen. Mangels konkreter Vorgaben regeln die Gebietskörperschaften ihre Auftragsvergaben außerhalb des Vergaberechts unterschiedlich. So gibt es Gebietskörperschaften bei denen nach geschätztem Auftragswert gestaffelt, eine unterschiedliche Anzahl von Vergleichsangeboten eingeholt werden muss. Andere wiederum verweisen im Fall der Nichtgeltung des Vergaberechts auf die ÖNORM 2050. Die einen haben bestehende Regelwerke, die anderen bloß grobe Vorgaben. Aus einer Anfrage an Bund, Länder und Gemeinden konnte keine einzige Stelle ausgemacht werden, die ihre internen Regelungen ohne weiteres zur Verfügung zu stellen bereit waren. Ob es nun Regelwerke gibt oder nicht, die wesentliche Aussage bleibt unverändert, auch wenn das Vergaberecht nicht gilt, haben die Gebietskörperschaften zumindest die in gegenständlicher Arbeit aufgezeigten Grundsätze zu beachten. Nach der bereits zitierten Rechtsprechung des OGH kommen die Grundsätze der ÖNORM 2050 auf Vergaben im Nichtanwendungsbereich Vergabegesetze, zumindest mittelbar zur Anwendung. Nach herrschender Auffassung gelten insbesondere Ö-Normen als Maßstab für einzuhaltende Sorgfaltspflichten. Diese binden den Ausschreibenden im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflichten. Der OGH kommt zum Schluss, dass Bund, Länder und Gemeinden auch in Vergabeverfahren in denen das Vergaberecht keine Anwendung findet, zwingend den Gleichheitsgrundsatz beachten müssen. Dies ergäbe sich aus verfassungsrechtlichen Erwägungen. Es müssen jene verfügbaren Normen eingehalten werden, die dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot die Durchsetzung gewährleisten. Diese Normen, die das „Gleichbehandlungsgebot im vordefinierten Sinne zur

Durchsetzung bringen und dessen Einhaltung gewährleisten sollen“, können sowohl interne Dienstanweisungen sein, aber zB auch wie im entscheidungsgegenständlichen Fall die ÖNORM 2050.⁴⁹³ Mit diesem Urteil hat der OGH klargestellt, dass jeder Auftraggeber in Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden ist. Soweit keine internen Vorschriften bestehen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Durchsetzung verhelfen, ist zumindest die ÖNORM 2050 anzuwenden. Eine Ausnahme würde lediglich bei Bagatellaufträgen bestehen, nur in diesen gäbe es keine Bindung an besondere Verfahren. Es bestünde daher auch lediglich in diesem kleinen Bereich der Bagatellaufträge Spielraum für die Erlassung von internen Richtlinien zur Auftragsvergabe. Eine Bindung an die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit besteht immer.⁴⁹⁴

G.Rüstungsbeschaffung außerhalb des Vergaberechts

1. Exkurs: Sensible Ausrüstung

Sensible Ausrüstung, sensible Bau- oder Dienstleistungen sind „Ausrüstung, Bau- oder Dienstleistungen für Sicherheitszwecke, bei denen Verschlussachen verwendet werden oder die Verschlussachen erfordern und/oder beinhalten.“⁴⁹⁵ Da sich die vorliegende Arbeit auf den militärischen Bereich fokussiert, wird die sensible Ausrüstung nur allgemein behandelt. Aus den Materialien kann entnommen werden, dass dem Gesetz im Sicherheitsbereich ein ebenso breiter Ansatz zugrunde liegt wie bei der Militärausrüstung. „Da eine unionsweite einheitliche Definition des Sicherheitsbereichs, nicht zuletzt auch aufgrund der sich ständig ändernden politischen Weltlage, nicht möglich war und ist, werden unter diesem Konzept eine Vielzahl von Bereichen und Akteuren erfasst. Auch ist die Grenzziehung zwischen dem Verteidigungs- und Sicherheitsbereich oft nicht eindeutig zu ziehen.“ So erscheint es beispielsweise fraglich, ab wann bzw bis zu welchem Szenario die Terrorabwehr zum Bereich der äußeren oder der inneren Sicherheit einzureihen ist. Jedenfalls war es die Intention des Gesetzgebers, dass jegliche Graubereiche in diesem Spannungsfeld der Zuordnung zum Verteidigungs- oder Sicherheitsbereich dem BVergGVS 2012

⁴⁹³ Vgl. 10 Ob 212/98.

⁴⁹⁴ NÖ Gemeindeverwaltungsschule und Kommunalakademie (Hrsg), Kommentar zur NÖ Gemeindeordnung, § 35.

⁴⁹⁵ § 3 Z 30 BVergGVS 2012.

zuordenbar sein und daher dem BVergGVS 2012 unterliegen sollte. Dies soll auch für den Bereich der nichtmilitärischen Sicherheit der Fall sein, der ähnliche Merkmale wie der militärische aufweist bzw ähnlich sensibel ist. Beispielhaft werden Konstellationen ins Treffen geführt, in denen militärische und nicht militärische Einsatzkräfte gemeinsame Missionen erfüllen bzw die jeweilige Beschaffung den Zweck verfolgt, die Sicherheit im Unionsgebiet bzw in den Mitgliedsstaaten vor ernststen Bedrohungen entweder durch militärische oder nichtmilitärische Bedrohungen zu schützen. Mögliche Auftraggeber könnten daher solche aus dem Bereich der Polizei, aus dem Zivil- oder Katastrophenschutz, dem Verteidigungsbereich sowie zB Energieversorgungsunternehmen, Flughafenbetreiber, Betreiber kritischer Infrastruktur etc sein. Um vom Anwendungsbereich des BVergGVS 2012 erfasst zu sein, muss eine Beschaffung für Sicherheitszwecke vorliegen. Eine solche liegt idR dann vor, wenn sie für eine militärische oder auch nichtmilitärische Sicherheitsverwendung dient.⁴⁹⁶ Was darunter zu verstehen ist, darauf wird in den Materialien nicht weiter eingegangen. Es erfolgt bloß eine Klarstellung, dass es hier nicht erforderlich ist, dass die Ausrüstung eigens für Sicherheitszwecke konzipiert oder angepasst wurde, wie dies bei der Militärausrüstung der Fall ist. Als ausschlaggebendes Element für eine sensible Beschaffung und somit der Zuordnung in den Bereich der Beschaffung für Sicherheitszwecke wird jedenfalls ein Inhalt oder eine Verwendung von „klassifizierten Informationen“ identifiziert. Nach der Legaldefinition des BVergGVS 2012 sind Verschlusssachen klassifizierte Informationen. Dabei handelt es sich um Informationen bzw Material, dem „unabhängig von Form, Beschaffenheit oder Art der Übermittlung ein Geheimhaltungsgrad zugewiesen ist oder für das eine Schutzbedürftigkeit anerkannt wurde und im Interesse der nationalen Sicherheit und nach den geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften gegen Missbrauch, Zerstörung, Entfernung, Bekanntgabe, Verlust oder Zugriff durch Unbefugte oder jede andere Art der Preisgabe an Unbefugte geschützt werden muss“.⁴⁹⁷ Es handelt sich also um Informationen, die aus Sicherheitsgründen und auf Basis von nationalen Bestimmungen, vor einem nicht autorisierten Zugriff geschützt werden müssen und der Nutzerkreis dadurch im Interesse der nationalen Sicherheit eingeschränkt ist. In Österreich existieren als derartige nationale Bestimmungen das Informationssicherheitsgesetz, die Informationssicherheitsverordnung und die Geheimschutzordnung des Bundes. Der Tatbestand umfasst zwei Fallkonstellationen. Einerseits kann es sich um Informationen handeln, denen im Interesse der nationalen Sicherheit durch Verwaltungsakt ein Geheimhaltungsgrund zugewiesen wurde. Zum anderen kann es sich um Informationen handeln, denen eine Schutzbedürftigkeit zuerkannt wurde, wobei diese

⁴⁹⁶ *Fruhmman/Liebmann*, BVergGVS 2012.

⁴⁹⁷ § 3 Z 39 BVergGVS 2012.

Anerkennung im Interesse der nationalen Sicherheit erforderlich sein muss. Unterschied zwischen erstem und letzterem Fall ist, dass für die Anerkennung der Schutzbedürftigkeit kein Verwaltungsakt erforderlich ist. Dies wird vor allem für Betreiber kritischer Infrastruktur in Frage kommen, da für diese die oa. Rechtsvorschriften keine Anwendung finden. Beiden Fallkonstellationen gemein ist, dass beide im Interesse der nationalen Sicherheit, dh zum Schutz des Staates vor inneren und äußeren Bedrohungen militärischer oder nichtmilitärischer Natur und aufgrund geltender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geschützt werden müssen.

2. Militärausrüstung

§ 3 Z 25 lautet: „Militärausrüstung ist die Ausrüstung, die eigens zu militärischen Zweck konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird und zum Einsatz als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial bestimmt ist. Sie umfasst insbesondere die in Anhang I genannten Waren.“

Zunächst einmal handelt es sich bei einer Ausrüstung um Gegenstände, die gewährleisten sollen, für oder gegen etwas gerüstet zu sein. Es soll gewährleistet sein, mithilfe dieser Gegenstände einen bestimmten Zweck zu erfüllen oder ein Ziel zu erreichen, gegen eine Bedrohung gerüstet zu sein oder eine eigene Zielvorstellung umzusetzen. Grundsätzlich umfasst der Begriff Militärausrüstung daher vorerst, zumindest abgeleitet aus seinem Begriffsursprung, ausschließlich Gegenstände.

Wie bereits ausgeführt, ist der Begriff Militär dem Lateinischen „militaris“⁴⁹⁸ entlehnt und bedeutet in seiner allgemeinen Übersetzung, soldatisch, militärisch, kriegerisch, Kriegswesen, Kriegskunst. Der Begriff ist also eng mit Krieg verbunden und umfasst alle mit Kriegswaffen ausgestatteten Kräfte der staatlichen Gewalt, deren hoheitliche Aufgabe es ist, den Staat von Angriffen von außen zu schützen und bei Bedarf auch einen Beitrag zur inneren Sicherheit leisten.⁴⁹⁹ Dabei handelt sich um die einzige originäre Kernaufgabe des österreichischen Bundesheers (ÖBH). Das ÖBH ist ein Teilbereich der staatlich hoheitlichen Vollziehung, besteht aus uniformierten staatlichen Exekutivorganen, den Soldaten, ist streng hierarchisch organisiert und wird ausschließlich von einer Zentralregierung kontrolliert. Nur das ÖBH beherrscht Techniken die es ermöglichen, einen bewaffneten Krieg oder Konflikt gegen andere Länder bzw. bewaffnete Streitkräfte auszutragen. Es ist mit Waffen ausgestattet, die es ermöglichen, bewaffnete Kriege oder Konflikte gegen andere Länder bzw deren

⁴⁹⁸ Stowasser/Petschenig/Skusch, Stowasser Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, (1998) 317.

⁴⁹⁹ www.de.wikipedia.org/wiki/Militär vom 15. Juli 2014

bewaffnete Streitkräfte zu führen. Hauptaufgabe des ÖBH ist die Verteidigung des Staates vor Angriffen von außen und der Souveränität des Staates. Es hat sowohl die Kapazitäten als auch die Fähigkeiten, einen Beitrag zur inneren Sicherheit zu leisten, dies erfolgt allerdings nicht mit militärischen Mitteln, sondern als verlängerter Arm der Sicherheitspolizei und mit den Mitteln der Sicherheitspolizei. Umgekehrt gibt es diese Modalität nicht, nur das ÖBH handelt militärisch, kein anderes Exekutivorgan in Österreich tut dies oder hätte die Mittel dafür. Andere Organisationen können eventuell nach militärischen Gesichtspunkten gegliedert sein, vielleicht sogar militärische Einsatztechniken anwenden, das Alleinstellungsmerkmal des Militärischen liegt allerdings in der Befähigung unter extremen Bedingungen eine derartige Leistung zu erbringen, die keine andere Organisation zu erbringen fähig ist. Das ÖBH ist idS unter jeglichen Bedingungen einsatzfähig, bedarf aber idR einer längeren Vorbereitungszeit für seinen Einsatz als dies für andere Exekutivorgane zutrifft. Die Handlungen des ÖBH unterliegen in den überwiegenden Fällen seiner originären Kernaufgaben, dem Humanitären Völkerrecht. Das ÖBH hat weitgehende Handlungsautarkie hinsichtlich seiner Eigenversorgung mit Nahrung, Treibstoff und Elektrizität, etc. Das ÖBH ist in jedem Fall die einzige und primäre Handlungsreserve Österreichs im Falle einer größeren Bedrohung gleichgültig welcher Natur. Innerhalb des Militärs ist die Miliz die ultimative Handlungsreserve des ÖBH. Die Miliz ist ein Querschnitt der gesamten Bevölkerung Österreichs, es besteht daher ein ganz enges Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen dem ÖBH und dem Volk. Alle Gegenstände, die es dem ÖBH ermöglichen, diesen militärischen Handlungsverpflichtungen nachzukommen, sind daher in Bezug auf den Begriffskern als Militärausrüstung anzusehen. Der Zusatz in der Legaldefinition, dass Ausrüstung, die eigens zu militärischen Zweck konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird Militärausrüstung darstellt, würde sich aus meiner Sicht nach dem oben angelegten Maßstab erübrigen.

Nach den Materialien zum BVergGVS 2012⁵⁰⁰ dient die Definition von Militärausrüstung in § 3 Z 25 BVergGVS 2012 der Umsetzung von Artikel 1 Z 6 der RL 2009/81/EG. „Für die Zwecke des BVergGVS sollen unter Militärausrüstung insbesondere jene Güter verstanden werden, die in der vom Rat in der Entscheidung 255/58 vom 15. April 1958 (Entscheidung zur Festlegung der Produkte [Waffen, Munition und Kriegsmaterial], für die Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV, gilt) angenommenen Liste von Waffen, Munition und Kriegsmaterial aufgeführt sind. Diese Liste enthält ausschließlich Produkte, die speziell zu militärischen Zwecken konzipiert, entwickelt und hergestellt werden. Nach Erwägungsgrund 10 der RL 2009/81/EG handelt sich hierbei um eine generische Liste,

⁵⁰⁰ EBRV BlgNR 1513 24. GP.

die unter Berücksichtigung der sich weiter entwickelnden Technologie, Beschaffungspolitik und militärischen Anforderungen, die die Entwicklung neuer Arten von Produkten nach sich ziehen, beispielsweise auf der Grundlage der gemeinsamen Militärgüterliste der Union, weit auszulegen ist. Der Hinweis auf Arten von Produkte (product types) und nicht bloß auf Produkte belegt den breiten Ansatz der RL und des Gesetzes. Die Definition der Z 25 verweist demonstrativ (arg. insbesondere) auf die in Anhang I angeführten Waren. Anhang I selbst besteht aus zwei Teilen: der erste Teil beinhaltet die Liste aus 1958, der zweite Teil beinhaltet einen Verweis auf die aktuelle Liste der Militärgüter gemäß der Militärgüterliste der EU. Entscheidend für die Anwendung des BVergGVS ist, dass die fragliche Ausrüstung eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst ist und zum militärischen Einsatz bestimmt ist (bei den in Anhang I demonstrativ genannten Gütern spricht die Vermutung für die Erfüllung der vorgenannten Kriterien; trotzdem ist eine Prüfung im Einzelfall stets erforderlich). Für die Zwecke des BVergGVS umfasst der Begriff Militärausrüstung auch Produkte, die zwar ursprünglich für zivile Zwecke konzipiert wurden, später aber für militärische Zwecke angepasst werden, um als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt zu werden (so auch Erwägungsgrund 10). Als Beispiele dafür könnten genannt werden: für militärische Zwecke adaptiertes Fluggerät oder Waffen (Scharfschützengewehr). Um in diesen Fällen als Militärausrüstung zu gelten, müssen die betroffenen Ausrüstungen besondere militärische Ausstattungsmerkmale haben, die sie zur Durchführung militärischer Einsätze befähigen (zB besondere Elektronik für Nachtlugeinsätze, Freund-Feind Kennung, Zielerfassungs- und Aufklärungssysteme). Die Definition der Z 25 iVm der Regelung des § 1 Abs. 1 Z 1 lit. a verdeutlicht auch die Konzeption des BVergGVS (die jener der RL 2009/81/EG folgt): Aufbauend auf der Liste von 1958 (auf der Basis von Art. 346 AEUV) soll das Gesetz (mit seinem Spezialregime) grundsätzlich die Beschaffung aller Waffen, Munition und Kriegsmaterial erfassen. Nur in jenen Fällen, in denen nicht einmal die spezifischen Regelungen des Gesetzes ausreichend sind (insbes. weil äußerst hohe Anforderungen an die Versorgungssicherheit gestellt werden müssen oder so vertraulich/oder wichtig für die nationale Souveränität bzw. die essentiellen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich sind), um diese Interessen der Republik Österreich zu schützen, kann von der Anwendung des Gesetzes Abstand genommen werden.⁵⁰¹

Bei Militärausrüstung handelt es sich daher um Ausrüstung, die eigens für militärische Zwecke konzipiert oder angepasst und dafür bestimmt ist, als Waffe, Munition oder

⁵⁰¹ EBRV BlgNR 1513 24. GP.

Kriegsmaterial eingesetzt zu werden. Zu Militärausrüstung zählen insbesondere jene in Anhang I zum BVergGVS beispielhaft genannten Waren. Anhang I enthält die Liste der Militärgüter aus 1958 und verweist zusätzlich auf die Gemeinsame Militärgüterliste der EU. Die Militärgüterliste aus 1958 ist nicht sehr umfangreich, sie nennt diverse Kampfmittel sowie Produkte, die eigens für militärische Zwecke entwickelt und hergestellt werden. Die Liste ist jedoch generisch, die laut RL 2009/81/EG im Hinblick auf den technologischen Fortschritt und in Zusammenschau mit der umfangreicheren Militärgüterliste der EU auszulegen ist. Scheint ein Produkt in den Listen auf, spricht die Vermutung für seine Qualifikation als militärische Ausrüstung, jedoch ist im Einzelfall zu prüfen, ob auch sämtliche Kriterien erfüllt sind und das Produkt auch als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt werden soll. Erfasst sind sohin auch Produkte, die ursprünglich für den Zivilbereich gedacht waren, aber dann für militärische Zwecke adaptiert werden. Militärausrüstung muss derartige und besondere Ausstattungsmerkmale aufweisen, um damit militärische Einsätze überhaupt zu ermöglichen. Davon erfasst können auch Dual-use-Güter sein.⁵⁰²

Die Militärgüterliste aus 1958 basiert auf einer Entscheidung des Rates 255/58 vom 15. April 1958 zur Festlegung der Produkte die als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial anzusehen sind und für die Art. 346 Abs. 1 lit. B AEUV gelten soll.⁵⁰³ „Diese Liste enthält ausschließlich Produkte, die speziell zu militärischen Zwecken konzipiert, entwickelt und hergestellt werden.“

„Die Militärgüterliste aus 1958 qualifiziert folgende Ausrüstung als Militärausrüstung iSd BVergGVS 2012, als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial iSd BVergGVS 2012 sowie der Vergaberichtlinie und als Produkte, auf die Art 346 AEUV anwendbar ist.

1. Handfeuerwaffen, auch automatisch, wie Gewehre, Karabiner, Revolver, Pistolen, Maschinenpistolen und Maschinengewehre, mit Ausnahme von Jagdwaffen, Kleinkaliberpistolen und anderen Kleinkaliberwaffen mit einem Kaliber unter 7 mm.
2. Artilleristische Waffen, Nebel-, Gas- und Flammenwerfer, wie Kanonen, Haubitzen, Mörser, Geschütze, Panzerabwehrwaffen, Raketenwerfer, Flammenwerfer, rückstoßfreie Kanonen; Kriegsgeräte wie Nebel- und Gaswerfer.
3. Munition für die unter Z 1 und 2 genannten Waffen.

⁵⁰² Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) sowie Fruhmann/Liebmann, BVergGVS 2012.

⁵⁰³ Dok. 255/58; Protokoll vom 15. April 1958: Dok. 368/58.

4. Bomben, Torpedos, Raketen und ferngesteuertes Kriegsgerät: Bomben, Torpedos, Granaten, einschließlich Nebelgranaten, Rauchtöpfe, Raketen, Minen, ferngesteuertes Kriegsgerät, Wasserbomben, Brandbomben; Apparate und Vorrichtungen für militärische Zwecke, eigens konstruiert für die Handhabung, das Scharfmachen, die Entschärfung, die Detonation und den Nachweis
5. Feuerleitungsmaterial für militärische Zwecke: Flugbahnprüfungsgeräte, Infrarot-Zielgeräte und anderes Nachtzielmaterial; Entfernungsmesser, Ortungsgeräte, Höhenmesser; elektronische, gyroskopische, optische und akustische Beobachtungsvorrichtungen; Visiergeräte für Bombenabwurf und Höhenrichtwerke für Kanonen, Periskope für die in dieser Liste aufgeführten Geräte.
6. Panzerwagen und eigens für militärische Zwecke konstruierte Fahrzeuge: Panzerwagen; Militärfahrzeuge, bewaffnet oder gepanzert, einschließlich Amphibienfahrzeugen; Panzerzüge; Militärfahrzeuge (Halbkettenfahrzeuge); Militärfahrzeuge zur Reparatur von Panzerwagen;
7. Toxische oder radioaktive Wirkstoffe: biologische oder chemische toxische Wirkstoffe und radioaktive Wirkstoffe zur Vernichtung von Menschen, Tieren oder Ernten im Kriegsfall; militärische Geräte zur Verbreitung, Feststellung und Identifizierung der unter oa. aufgeführten Stoffe; Material zum Schutz gegen die unter oa. aufgeführten Stoffe.
8. Pulver, Explosivstoffe und flüssige oder feste Treibmittel.
9. Kriegsschiffe und deren Sonderausrüstungen: Kriegsschiffe aller Art; Sonderausrüstungen zum Minenlegen, Minensuchen und Minenräumen; U-Bootnetze.
10. Luftfahrzeuge und ihre Ausrüstungen zu militärischen Zwecken.
11. Elektronenmaterial für militärische Zwecke.
12. Eigens für militärische Zwecke konzipierte Kameras.
13. Sonstige Ausrüstung: Fallschirme und Fallschirmausrüstung; eigens für militärische Zwecke konzipierte Ausrüstung für das Überqueren von Wasserläufen; elektronisch gesteuerte Scheinwerfer für militärische Zwecke.
14. Sonstige Ausrüstungen und sonstiges Material: Teile und Einzelteile des in dieser Liste aufgeführten Materials, soweit sie einen militärischen Charakter haben.

15. Ausschließlich für die Entwicklung, Herstellung, Prüfung und Kontrolle der in dieser Liste aufgeführten Waffen, Munition und rein militärischen Geräte entwickelte Maschinen, Ausrüstungen und Werkzeuge.“⁵⁰⁴

Für gegenständlichen Abschnitt wollen wir uns weiterhin auf die Legaldefinition der Militärausrüstung iSd BVergGVS 2012 konzentrieren. Ist ein Produkt auf einer der beiden Listen angeführt, spricht die gesetzliche Vermutung dafür, dass es sich um Militärausrüstung handelt. Gesetzlich wird daher vermutet, dass es sich bei den Produkten auf den beiden Listen um Ausrüstung handelt, die eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wurden. Als einzige Referenzebene, ob es sich bei einer Ausrüstung um eine Waffe, um Munition oder um Kriegsmaterial handelt, existiert das EU-Vergaberecht. Darin wurde bereits explizit festgehalten, dass es sich zumindest bei jener Ausrüstung die auf der Liste aus 1958 angeführt ist, um Waffen, Munition oder Kriegsmaterial handelt. Sie basiert nämlich explizit auf der Entscheidung des Rates 255/58 vom 15. April 1958 zur Festlegung jener Produkte, die als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial anzusehen sind. Es steht daher nun fest, dass all jene Ausrüstung, die auf der Liste von 1958 angeführt ist, als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial qualifiziert werden kann. Da die Liste generischer Natur ist, muss auf technologische Entwicklungen Rücksicht genommen werden und ist die Liste dadurch einer teleologischen Erweiterung zugänglich. Der Umstand, dass Ausrüstung auf der Liste aus 1958 angeführt ist, eröffnet jedoch nicht automatisch deswegen den Anwendungsbereich des BVergGVS 2012, weil es sich um Waffen, Munition oder Kriegsmaterial handelt, es bedarf der zusätzlichen Einordnung in Ausrüstung, die eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wurde. Darüber sagt weder die Liste aus 1958, noch die aktuelle Militärgüterliste etwas aus.

Mag in einzelnen Produktgruppen nun klar sein, dass es sich eindeutig um Ausrüstung für militärische Zwecke handelt, erscheint dies in Bezug auf andere nicht zweifelsfrei festzustehen. So ist eine Panzerabwehrlenkwaffe oder ein Kriegsschiff eindeutig der Militärausrüstung zuordenbar, da eine andere als die militärische Zweckbestimmung denkunmöglich erscheint. Bei einer Pistole oder bei Sprengstoff erscheint dies per se als nicht zweifelsfrei. Die Dienstpistole des ÖBH ist beispielsweise auch die Dienstwaffe der Polizei, ebenso verhält es sich mit dem automatischen Dienstgewehr im ÖBH und bei der Polizei, es sind dieselben Produkte. Eine Abgrenzung danach, wer das jeweilige Produkt verwendet erscheint daher nicht zweckmäßig. Ein Anhaltspunkt

⁵⁰⁴ Vgl Anhang I zum BVergGVS 2012.

findet sich in den aus der Militärgüterliste ausgenommenen Produkten der Kleinkaliberwaffen. Diese eignen sich nicht besonders für militärische Zwecke, weshalb sie vermutlich auch ausgenommen wurden. Der Grund dafür liegt in der Wirkungsbandbreite derartiger Waffen. Es kann mit derartigen Waffen weder eine ausreichende Schussweite, noch eine ausreichende Wirkung im Ziel erreicht werden, um militärischen Erfordernissen gerecht zu werden. Ein Gegenargument stellt die Ausnahme für Jagdwaffen dar, denn diese erzielen vermeintlich ähnliche Anforderungen wie diese von militärischen Scharfschützengewehren verlangt werden. Ebenso werden sie auch von polizeilichen Spezialeinheiten verwendet, daher steht eine genaue Abgrenzung wieder in Frage. Wir haben daher Produktgruppen, die sowohl zivil, polizeilich als auch militärisch ihren Anwendungsraum finden, daher liegt die Vermutung nahe, dass eine Abgrenzung unmöglich erscheint. Das ist aber bei genauerer Betrachtung nicht der Fall. Sowohl der zivile, als auch der polizeiliche und ganz besonders der militärische Sektor, haben ganz spezifische Anforderungen, um ihre Bedürfnisse zu erfüllen. Beim ÖBH sind dies rein militärische Bedürfnisse, welche in ihrem Spezialisierungsgrad ein Alleinstellungsmerkmal darstellen. Bleiben wir bei der Jagdwaffe und dem Scharfschützengewehr der Polizei und dem des Militärs. Das Militär hat folgende beispielhafte Leistungsanforderungen. Aufgrund der Bandbreite der denkbaren militärischen Einsatzräume werden für den militärischen Bereich internationale militärische Standards eingesetzt. Wesentlich in diesem Bereich ist STANAG, das Standardization Agreement der NATO-Vertragsstaaten. Auch für nicht NATO Vertragsstaaten ist die Einhaltung dieser Standards zweckmäßig, da ein einheitlicher Standard in Hinsicht auf militärische Zusammenarbeit notwendig sein kann. Da die meiste Militärausrüstung sowohl innerhalb als auch außerhalb Österreichs eingesetzt werden könnte und unter jeglichen Witterungseinflüssen bestehen muss, sind hier klimatische Anforderungen wesentlich. So muss die Ausrüstung des Militärs Umfeldbedingungen zwischen A1 (extreme hot dry) bis zu C4 (extreme cold) widerstehen, das ist eine Bandbreite von einer Temperatur von 32 bis 49 °C und einer Luftfeuchtigkeit von 8 bis 3 % (A1) bis zu einer Temperatur von -57 °C und einer Tendenz der Luftfeuchtigkeit bis zur absoluten Sättigung (C4). Von der US Raumfahrtbehörde NASA wurde ein Bewertungssystem entwickelt, mit dem Technologien bewertbar gemacht werden sollten. Es handelt sich um die Festlegung von Technologie Reifegraden, welche in neun Stufen beschreibbar ist. Von militärischen Systemen wird hier oft ein extrem hoher Reifegrad verlangt, bei dem das System qualifiziert sein und die Einsatzbereitschaft durch den Hersteller erfolgreich nachgewiesen werden muss. Besonders ist auch die geforderte lange Nutzungsdauer. Militärausrüstung muss idR eine Nutzungswahrscheinlichkeit von mindestens 15 bis

weit über 30 Jahre aufweisen und innerhalb dieses Zeitraumes einsatztauglich sein. Dies hat vor allem mit der Eigenschaft des Militärs zu tun, dass lange Vorlaufzeiten mit Beschaffung, Ausbildung vorliegen und die Beschaffungsmengen idR sehr hoch sind, zu tun. Der militärische Einsatz erfordert in Bezug auf die Ausrüstung immer einen sehr hohen Tarnwert, der sowohl den infraroten Emissionsbereich als auch den Bereich des sichtbaren Lichts abdecken muss. Die meisten Oberflächen dürfen keine Reflexionen zulassen. Es gibt exakte militärische Erfordernisse hinsichtlich des Gewichts und der Abmessungen. Dies begründet sich nicht bloß allein auf den Umstand, dass die Ausrüstung am Körper und über lange Zeit transportiert sondern mitunter auch in Kampffahrzeugen untergebracht werden müssen. Dabei sind mitunter alle möglichen Versionen zu berücksichtigen. Die Schussabgabe darf nicht erkennbar sein um den Schützen unerkannt zu lassen, das Mündungsfeuer muss daher minimiert werden sowie spezielle Munition zur Anwendung kommen. Aufgrund der Vielzahl an Schützen und deren unterschiedlichen individuellen Merkmalen, muss die Ausrüstung sowohl einfach zu handhaben als auch für unterschiedliche Schützen anpassbar sein. Es müssen mitunter unterschiedlichste Zusatzmodule anbringbar und mit bereits eingeführter Ausrüstung kompatibel sein. Militärausrüstung muss auch unter den schwierigsten Bedingungen transportiert werden, sie muss daher besonders robust sein. Diese und viele weitere Anforderungen hinsichtlich einer technischen Dokumentation, Wartungshandbücher, Kennzeichnungen etc. sind bei militärischen Ausrüstungen zu berücksichtigen. Alle diese Anforderungen zusammen, bilden das Alleinstellungsmerkmal der Militärausrüstung und somit die Erläuterung für eine Konzeption oder Anpassung für militärische Zwecke. Meines Erachtens erscheint irrelevant ob im Sinne der Henne Ei Philosophie, zuerst die Festlegung der konkreten militärischen Anforderungen durch das Militär (zB ÖBH) steht oder die Konzeption oder die Anpassung einer Ausrüstung an abstrakt militärische Zwecke ohne ein Militär, daher durch den Hersteller alleine erfolgt. Für die Qualifikation als Militärausrüstung müsste einzig und allein dem Wortlaut entsprechend die Tatsache von Bedeutung sein, dass Ausrüstung eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird. Die militärischen Zwecke ergeben sich abstrakt aus den einsatzbedingten Alleinstellungsmerkmalen des Militärischen an sich.

Die Addition im Wortlaut der Legaldefinition spricht allerdings noch weiters von einer zwingenden Bestimmung der Ausrüstung zum Einsatz als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial. Die Frage erscheint vordringlich in welchem Sinne nun diese verlangte Bestimmung der Ausrüstung zum Einsatz als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial zu verstehen ist. Die Begriffe Waffe, Munition, oder Kriegsmaterial kann aus einer Vielzahl

von Normen entnommen werden, einschlägig sind jedoch sicherlich nicht alle. Die oben angeführte Militärgüterliste aus 1958, basiert auf einer Entscheidung des Rates 255/58 vom 15. April 1958. Es handelt sich um eine Entscheidung zur Festlegung der Produkte - Waffen, Munition und Kriegsmaterial, für die Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV gilt.⁵⁰⁵ Hierzu entschied der EuGH, „Ein Gegenstand, der nach den Angaben des öffentlichen Auftraggebers eigens für militärische Zwecke verwendet werden soll, sich aber objektiv nicht wesentlich von gleichartigen, im Zivilsektor verwendeten Gegenständen unterscheidet, kann nicht unter Berufung auf Art. 296 Abs. 1 Buchst. b EG in Verbindung mit Art. 10 der Richtlinie 2004/18 den in jener Richtlinie vorgeschriebenen Vergabeverfahren entzogen werden.“⁵⁰⁶ Diese Rechtsprechung ist entsprechend meiner oben geäußerten Ansicht zu hinterfragen. Ein Gegenstand, der eindeutig und eigens für militärische Zwecke verwendet werden soll, der aber im Zivilsektor ebenfalls verwendet wird, weil er mitunter überragende auch vom Zivilsektor geschätzte Eigenschaften aufweist, soll sich nicht eignen, um wesentliche Sicherheitsinteressen zu tangieren? JA, genauso ist es, die Begründung liegt in der Eigenart des speziellen Ausnahmetatbestand des Artikel 346 AEUV, der nur dann wesentliche Sicherheitsinteressen als gefährdet zulässt, wenn Ausrüstungsgegenstände beschafft werden sollen, von deren Spezifika eben nicht der gesamte Zivilsektor ohnehin Bescheid weiß.

Wenngleich nun die Qualifikation als Waffe, Munition, oder Kriegsmaterial iVm der Militärgüterliste aus 1958 einen engen Kontext zu Artikel 346 AEUV aufweisen, bedeutet dies nicht automatisch, dass die Qualifikation der Militärausrüstung entsprechend der Legaldefinition im BVergGVS 2012 davon tangiert wird. Das heißt konkret, auch wenn eine Ausrüstung nicht der Qualifikation von Waffe, Munition oder Kriegsmaterial iSd Artikels 346 AEUV unterliegt, sehr wohl Militärausrüstung im Sinne des BVergGVS 2012 vorliegen kann. Selbst wenn eine Ausrüstung auf dem zivilen Sektor verwendet wird, diese Ausrüstung jedoch spezifisch militärische Ausstattungsmerkmale hat, es sich um Militärausrüstung handelt und somit den Anwendungsbereich des BVergGVS 2012 eröffnet.

3. Die häufigsten Ausnahmetatbestände

Die Ausnahmetatbestände nehmen bestimmte Vergabeverfahren aus dem Geltungsbereich des Vergaberechts aus. Die Bezugspunkte der jeweiligen Ausnahmen

⁵⁰⁵ Dok. 255/58; Protokoll vom 15. April 1958; Dok. 368/58.

⁵⁰⁶ EuGH am 19.01.2012 Rs C-615/10.

reflektiert entweder auf bestimmte Gegenstände des jeweiligen Vergabeverfahrens oder auf bestimmte Eigenschaften der Auftragnehmer. Die Ausnahmen aus dem Geltungsbereich des Vergaberechts sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unter allen Umständen eng auszulegen. „Die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung rechtfertigen tatsächlich vorliegen obliegt demjenigen, der sich auf die Bestimmung berufen will.“⁵⁰⁷ Dispensiert ein Ausnahmetatbestand auch aus dem Anwendungsbereich des Primärrechts, werden dadurch die Grundfreiheiten eingeschränkt. Ein derartiger Eingriff iSe Abkehr von den gemeinschaftsrechtlichen Pflichten ist daher nur dann zulässig, wenn dies durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden kann, dies auch geeignet erscheint um das Ziel zu erreichen, und zusätzlich das gelindeste Mittel hinsichtlich der Zielerreichung darstellt. Bei Vorliegen mehrerer Optionen zur Zielerreichung, darf ausschließlich jene gewählt werden, die den freien Warenverkehr und die Dienstleistungsfreiheit am wenigsten beeinträchtigt. Darüber hinaus sind die Ausnahmetatbestände abschließend, daher auch nicht erweiterbar und auch einer Analogie nicht zugänglich. Diese Einschränkungen erinnern stark an die strengen Maßstäbe der Normen des öffentlichen Rechts in der Hoheitsverwaltung. Zu beachten ist, dass die ausdrücklich genannten Ausnahmen vom Geltungsbereich des Vergaberechts, nicht die erschöpfende Einschränkung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts darstellt. Neben den angeführten Tatbeständen existieren natürlich auch noch Einschränkungen hinsichtlich des räumlichen, sachlichen und persönlichen Geltungsbereichs. Dies gilt für alle Rechtsbereiche des Vergaberechts, sowohl internationales Vergaberecht, EU-Vergaberecht, nationales Vergaberecht und auch hinsichtlich des jeweiligen Stufenbaus der einzelnen Rechtsordnungen. Es ist also immer zu fragen, im Anwendungsbereich welchen Rechtskreises und welcher konkreten Rechtsnormen, ist das avisierte Beschaffungsvorhaben konkret einzureihen. An dieser Stelle sei auf die Ausführungen zum Geltungsbereich der jeweiligen Rechtskreise int. Recht, EU-Recht und nationales Recht verwiesen.

⁵⁰⁷ EBRV 1171 BlgNR 22. GP 29 sowie EBRV .1513 BlgNR 24. GP mit Verweis auf EuGH Rs C-318/94, Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland und Rs C-337/06, Bayrischer Rundfunk.

a. Besondere Sicherheitsmaßnahmen

§ 10 Z 1 BVergG 2006 lautet weiters: Das BVergG 2006 gilt nicht für „Vergabeverfahren, deren Ausführung auf Grund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert.“⁵⁰⁸

Diese Ausnahme ist eine Variante zu § 10 Z 1 BVergG 2006 (Geheime Verfahren) und mit ihr eng verbunden. Den Materialien ist zu entnehmen, dass es sich bei besonderen Sicherheitsmaßnahmen um „außergewöhnliche und spezifische, für die konkrete Leistungserbringung notwendige Begleitmaßnahmen handeln muss“.⁵⁰⁹ Als Beispiele für derartige besondere Sicherheitsmaßnahmen werden unter anderem Sicherheitsüberprüfungen, Verlässlichkeitsprüfung oder besondere Sicherheitskontrollen angeführt. Zumindest in Bezug auf das Erfordernis von Sicherheitsüberprüfungen oder Verlässlichkeitsprüfung erscheint ein unauflösbarer Zusammenhang zum ersten Ausnahmetatbestand vorzuliegen, denn sobald Tatsachen für geheim erklärt werden, erfordert dies auch einen Konnex zu besonderen Sicherheitsinteressen. Wichtig ist, dass die zwingende Erforderlichkeit der Maßnahmen vorliegt und die Sicherheitsmaßnahmen nicht bloß wünschenswert oder geeignet sind, um das Ziel der Geheimhaltung zu realisieren. Die Systematik der Alternativen des Ausnahmetatbestandes lassen darauf schließen, dass besondere Sicherheitsinteressen nicht jenem hohen Maßstab entsprechen müssen, wie dies bei „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ der Fall ist. Auch in der Beurteilung der Frage, ob besondere Sicherheitsmaßnahmen zwingend erforderlich sind, kommt dem öffentlichen Auftraggeber ein erheblicher Spielraum zu.⁵¹⁰ So beurteilt auch der EuGH, dass „es allein Sache des jeweiligen Staates ist, jene Sicherheitsmaßnahmen zu bestimmen, die zum Schutz der auf dem Gebiet des Mitgliedsstaates gelegenen nationalen und internationalen Infrastruktur erforderlich ist.“⁵¹¹ Um welche Art von Sicherheitsmaßnahmen es sich dabei handeln kann, bleibt im Wesentlichen offen. Bloß aus dem Wortlaut der „besonderen“ Sicherheitsinteressen kann entnommen werden, dass es sich dabei um keine allgemeinen, typischen Maßnahmen handeln kann, die bei derartigen Aufträgen und im Vergleich zu anderen Aufträgen nichts außergewöhnliches sind. Die Besonderheit ergibt sich in diesem Sinne daraus, dass die Maßnahme außergewöhnlich und spezifisch für die konkrete Zielerreichung notwendig ist. Obwohl die Materialien zum BVergG 2006 dies nicht ausdrücklich

⁵⁰⁸ § 10 Z 1 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁵⁰⁹ ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 29 sowie ErläutRV .1513 BlgNR 24. GP.

⁵¹⁰ *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 38 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵¹¹ EuGH 16. Oktober 2003, Rs C-252/01, Küstenbeobachtung Rn 30.

erwähnen ergibt sich aus dem Wortlaut in Zusammenschau mit der ersten Variante als Voraussetzung, dass die besondere Sicherheitsmaßnahme aufgrund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen erforderlich sein muss. Also eine korrespondierende gesetzliche Regelung bestehen muss, die eine spezifische Sicherheitsmaßnahme anordnet.⁵¹² „Beispiele für besondere Sicherheitsmaßnahmen sind besondere Sicherheitskontrollen mit Zutrittsbeschränkungen, Personenkontrollen und besonderen Ausweisen, strafrechtliche Geheimhaltungspflichten, Sicherheits- und Verlässlichkeitsüberprüfungen, Zertifizierungssysteme, besondere Bedingungen, Auflagen oder Schutzvorkehrungen zB beim Transport von sensiblem Material oder Unbedenklichkeitsbescheinigungen. Essentiell in diesem Zusammenhang ist jedoch, dass diese Maßnahmen formell gesetzlich angeordnet sind.⁵¹³ Ein zusätzlicher Hoheitsakt wie bei der Geheimerklärung muss dem jedoch nicht hinzutreten. Auch hier ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Gesetzgeber hinsichtlich der geforderten Maßnahmen verpflichtend. Im Gegensatz zum Gesetzgeber kommt dem öffentlichen Auftraggeber bei der Anwendung des Ausnahmetatbestandes kein zusätzlicher Ermessensspielraum zu oder muss dieser eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unternehmen, da dies bereits auf Ebene des Gesetzgebers erfolgt sein muss.⁵¹⁴

b. Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen⁵¹⁵

§ 10 Z 1 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht für „Vergabeverfahren, wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Republik Österreich es gebietet.“⁵¹⁶

§ 9 Abs 1 Z 5 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Aufträge, bei denen die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes den Bund oder ein Land zwingen würde, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens nach seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht.“⁵¹⁷

⁵¹² *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 41 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵¹³ *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 40 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵¹⁴ *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 42 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵¹⁵ Vgl. auch hierzu die umfangreiche Judikatur des EuGH gemäß den Angaben in den Materialien zu § 1 BVergGVS 2012 in Rs C-414/97, Kommission gegen Spanien, Rs C-284/05, Kommission gegen Finnland, Rs C-294/05, Kommission gegen Schweden, Rs C-337/05, Kommission gegen Italien, Rs C-372/05, Kommission gegen Deutschland, Rs C-387/05, Kommission gegen Italien, Rs C-409/05, Kommission gegen Griechenland, Rs C-461/05, Kommission gegen Dänemark, Rs C-239/06, Kommission gegen Italien, Rs T-26/01, *Fiocchi Munizioni SpA*, etc.

⁵¹⁶ § 10 Z 1 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁵¹⁷ § 9 Abs 1 Z 5 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

Die Materialien zum BVergG 2006 nehmen keinen besonderen Bezug zur Abgrenzung des Begriffs der wesentlichen Sicherheitsinteressen. Einzig die Erwägungen zu § 10 Z 2 BVergG 2006 mit Bezug auf Artikel 346 AEUV beinhalten einen Anknüpfungspunkt zu diesem Begriff. Ebenso verhält es sich mit den Erläuterungen im BVergGVS 2012, die ebenso auf die korrespondierende Bestimmung mit Bezug auf Artikel 346 AEUV reflektieren. Hier findet sich jedoch noch ein weiterer Hinweis, demgemäß der Ausnahmetatbestand beispielsweise dann in Anspruch genommen werden kann, wenn es sich um Projekte handelt, die derart sensibel sind, dass sogar deren bloße Existenz geheim gehalten werden muss. Hier wird von sogenannten „Black Projects“ gesprochen. Die Bestimmung gelte auch für besondere Beschaffungsvorhaben, „die ein besonders hohes Maß an Vertraulichkeit erfordern, wie beispielsweise Beschaffungen für den Grenzschutz, die Terrorismusbekämpfung oder der Bekämpfung der organisierten Kriminalität.“

Der Ausnahmetatbestand soll wesentliche Sicherheitsinteressen der Mitgliedsstaaten schützen. Der Wortlaut „wesentliche Sicherheitsinteressen der Mitgliedsstaaten“ soll signalisieren, dass die hier betroffenen Sicherheitsinteressen sich von anderen Sicherheitsinteressen im Sinne eines gesamtstaatlichen Sicherheitsinteresses abheben. Daraus abgeleitet erscheint es schwer argumentierbar, dass beispielsweise im kommunalen Bereich derartige Sicherheitsinteressen betroffen sein könnten. Daher verbleiben eigentlich nur der Bund und maximal die Länder, die als Auftraggeber für eine Gefährdung derartiger wesentlicher Sicherheitsinteressen in Frage kommen. Anders als bei der Geheimerklärung oder der Berufung auf besondere Sicherheitsmaßnahmen, ist für die Berufung auf den Ausnahmetatbestand wegen der Gefährdung wesentlicher Sicherheitsinteressen, kein zusätzlicher Verwaltungsakt erforderlich, der dies determiniert. Dafür sprechen die jeweiligen Wortlaute in den Vergabegesetzen. Das BVergG 2006 spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Vergaberecht dann nicht anzuwenden ist, wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen „es gebietet“. Gemäß BVergGVS 2012 kann vom Auftraggeber die Ausnahme gezogen werden, wenn „seines Erachtens“, wesentliche Sicherheitsinteressen gefährdet wären. Ob nun eine Gefährdung wesentlicher Sicherheitsinteressen bei Anwendung des Vergaberechts drohen würde, obliegt der alleinigen Beurteilung des Auftraggebers. Jedoch ist dabei immer zu beachten, dass eine restriktive Auslegung unter Heranziehung der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwingend zu erfolgen hat. Obwohl der denkbare Anwendungsraum für die Beurteilung der Gefährdung wesentlicher Sicherheitsinteressen relativ hoch erscheint, muss das Ergebnis einer Plausibilitätsprüfung standhalten und liegt die Beweislast für das

tatsächliche Vorliegen einer potentiellen Gefährdung beim jeweiligen Auftraggeber. In Österreich gibt es einen Nationalen Sicherheitsrat (NSR), der die Bundesregierung und die einzelnen Ministerien in Grundsatzangelegenheiten der Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik berät. Diese Einrichtung könnte beispielsweise festlegen, ob wesentliche Sicherheitsinteressen in Gefahr sind.⁵¹⁸ Dies muss meines Erachtens jedoch keineswegs zwingend durch den NSR erfolgen. Solange es der jeweilige Auftraggeber plausibel argumentieren kann, erscheint keineswegs ein NSR erforderlich um ein wesentliches Sicherheitsinteresse festzulegen.

Nicht nur die Vergabegesetze verwenden den Wortlaut des „wesentlichen Sicherheitsinteresses“, auch der Text des Artikel 346 AEUV, auf den sich übrigens ein weiterer Ausnahmetatbestand bezieht, verwendet in. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass aufgrund der Verwendung dieses Begriffs in mehreren Ausnahmetatbeständen des Vergaberechts und aufgrund der Bezugnahme einzelner Ausnahmetatbestände des Vergaberechts auf Artikel 346 AEUV, ein gemeinsames Verständnis von wesentlichen Sicherheitsinteressen zugrunde gelegt werden kann.

Weder Lehre noch Rechtsprechung geben einen verlässlichen Hinweis darauf, was nun konkret als wesentliches Sicherheitsinteresse anzusehen ist und wann ein solches gefährdet erscheint. Es wird daher nun auf Artikel 346 AEUV näher eingegangen und versucht ein Lösungsschema zu erarbeiten, wie man plausibel nachweist, dass wesentliche Sicherheitsinteressen gefährdet sind.

§ 10 Z 2 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht für „Vergabeverfahren, auf die Art. 346 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Anwendung findet.“⁵¹⁹

§ 9 Abs 1 Z 1 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Aufträge auf die die Ausnahmebestimmungen des Artikels 346 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Anwendung findet“.⁵²⁰

Einige Ausnahmetatbestände sowohl im BVergG 2006 als auch im BVergGVS 2012 rekurren auf besondere Anforderungen hinsichtlich Sicherheitsinteressen und Geheimnisschutz. Bei diesen Ausnahmetatbeständen geht es jeweils um Geheimnisschutz, besondere Sicherheitserfordernisse und den Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen. In Zusammenhang mit Artikel 346 AEUV betreffen sie den

⁵¹⁸ *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 44 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵¹⁹ § 10 Z 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁵²⁰ § 9 Abs 1 Z 1 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

Handel bzw. die Erzeugung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial. Aufträge welche der Ausnahmebestimmung des Artikels 346 AEUV unterliegen, fallen weder unter den Geltungsbereich des BVerG 2006 oder des BVerGVs 2012, noch fielen sie zu irgendeiner Zeit darunter. Ebenso verhält es sich mit Ausnahmebestimmungen hinsichtlich der Artikel 36, 51, 52 oder 62 AEUV.

Artikel 346 AEUV (ex Artikel 296 EGV) lautet:

„Absatz 1 – Die Vorschriften dieses Vertrages stehen folgenden Bestimmungen nicht entgegen:

(Lit a) Ein Mitgliedstaat ist nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht;

(Lit b) jeder Mitgliedstaat kann die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem Gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.

Absatz 2 - Der Rat kann die von ihm am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Absatz 1 Buchstabe b Anwendung findet, einstimmig auf Vorschlag der Kommission ändern.“

Artikel 346 AEUV ist in zwei wesentliche Tatbestände untergliedert. Zum einen können sich die Mitgliedsstaaten dagegen verwehren, bestimmte Auskünfte zu erteilen. Dieser Ausnahmetatbestand kommt nur dann in Betracht, wenn auch eine diesbezügliche Auskunftspflicht besteht. Der gesamte Artikel 346 AEUV kann alle Auftragsarten umfassen, daher sowohl Bau-, Liefer-, als auch Dienstleistungsaufträge.⁵²¹ Zum anderen können die Mitgliedsstaaten Maßnahmen ergreifen, insoweit wesentliche Sicherheitsinteressen dies erfordern und es Waren betrifft, die in einer bestimmten Liste angeführt sind. Dieser in Artikel 346 Abs 1 lit b AEUV genannte Liste aus 1958 kommt abschließender Charakter zu.⁵²² Alle nicht in der Liste genannten Güter kommen daher für eine Anwendung der Ausnahme des Artikel 346 Abs 1 lit b AEUV nicht in Betracht. Die Liste bestimmt somit jene Waren, die vom Ausnahmetatbestand überhaupt betroffen sein können. Die Liste enthält Produkte die nach ihrer Art eigens für militärische Zwecke konzipiert, entwickelt und hergestellt wurden.⁵²³ Was sich darüber hinaus zweifelsfrei feststellen lässt ist der Umstand, dass obwohl die Produkte auf der Liste eigens für militärische Zwecke konzipiert, entwickelt und hergestellt wurden, es sich unbeschadet dieser Feststellung trotzdem um Dual-use Güter handeln kann.⁵²⁴ So stellt der EuGH auch in weiterer Folge fest, dass auch wenn der Auftragsgegenstand den der in Artikel 346 AEUV genannten Liste des Rates von 1958 angeführten Kategorien zuordenbar ist und sofern es weitgehend gleichartige

⁵²¹ *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 57 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵²² *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 58 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵²³ Rs C-337/05, Kommission/Italien Rd 60 mit Hinweis auf EuGH 30. September 2003, Rs T-26/01, *Fiocchi munizioni* Rd 59 und 61.

⁵²⁴ *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 61 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009) mit Verweis auf Rs C-337/05, Kommission/Italien Rd 60 mit Hinweis auf EuGH 30. September 2003, Rs T-26/01, *Fiocchi munizioni* Rd 59 und 61.

technische Nutzenanwendungen für zivile Zwecke gibt, „dem Auftragsgegenstand nur dann eine spezifische militärische Zweckbestimmung zuerkannt werden kann, wenn es sich nicht nur um die vom Auftraggeber für das Produkt vorgesehene Verwendung handelt, sondern auch um die Verwendung, die sich aus den Eigenschaften eines speziell zu solchen Zwecken konzipierten, entwickelten oder substantiell veränderten Ausrüstungsgegenstandes ergibt“. Die Ausnahmebestimmung gilt grundsätzlich für Aufträge, deren Auftragsgegenstand in der Liste angeführt ist. Die Geltendmachung der Ausnahmebestimmung darf jedoch auch die Wettbewerbsbedingungen auf dem gemeinsamen Markt hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen. Folglich kann die Ausnahmebestimmung dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Auftragsgegenstand auf jeden Fall für zivile Zwecke gedacht ist und nur gegebenenfalls militärischen Zwecken dienen kann.⁵²⁵ Sofern der Ausnahmetatbestand des Artikels 346 Abs 1 lit b AEUV geltend gemacht werden soll, wären folgende Prüfungen durchzuführen. Der Auftragsgegenstand muss einen objektiven spezifischen militärischen Charakter aufweisen. Er muss aufgrund seiner Eigenschaften oder auch infolge substantieller Veränderungen, als speziell für militärische Zwecke konzipiert und entwickelt angesehen werden können. Der Auftragsgegenstand muss eine spezifisch militärische Zweckbestimmung aufweisen, welche sich aus den Eigenschaften eines speziell zu solchen Zwecken konzipierten, entwickelten oder substantiell veränderten Ausrüstungsgegenstandes ergibt. Er muss primär für militärische Zwecke bestimmt sein und maximal gegebenenfalls zivilen Zwecken dienen.⁵²⁶ Zusammenfassend steht fest, dass die Liste aus 1958 sowohl rein militärische als auch Dual-use Produkte enthält und die weitere Zuordnung, ob das konkrete Produkt als Auftragsgegenstand geeignet erscheint um vom Ausnahmetatbestand erfasst zu sein, anhand oben angeführter Kriterien zu prüfen ist.

In Zusammenhang mit gegenständlicher Arbeit wird darauf hingewiesen, dass nur der Bereich des Dispenses aus dem Vergaberecht behandelt wird. Denn als Maßnahme iSd Artikels 346 Abs 1 lit b AEUV sind viele darüber hinausgehende Möglichkeiten denkbar. So können Maßnahmen in diesem Sinne auch Ein- und Ausfuhrbeschränkungen gegenüber Mitglieds- als auch Drittstaaten bedeuten, die Gewährung von Beihilfen, Beibehaltung von Monopolen, etc. sein.⁵²⁷

⁵²⁵ Vgl. Rs C-615/10 und C337/05.

⁵²⁶ Vgl. Rs C-615/10 und C337/05.

⁵²⁷ *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 60 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

Nach den Ausführungen der Materialien zum BVergGVS 2012⁵²⁸ können Auftraggeber, die durch die Anwendung des Gesetzes gezwungen würden Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe ihres Erachtens wesentliche Sicherheitsinteressen beeinträchtigen würde, von der Anwendung des BVergGVS 2012 absehen. An dieser Stelle verweisen die Materialien auch auf Artikel 346 Abs 1 lit a AEUV. Gemäß dieser Bestimmung sind Mitgliedstaaten nicht verpflichtet Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe ihres Erachtens wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht. Besonders an dieser Bestimmung des AEUV ist, dass hier ein Recht zur Nicht Preisgabe von solchen Auskünften normiert wird. Im Gegensatz dazu enthält die korrespondierende Bestimmung des BVergGVS 2012 ein Recht zur Nichtanwendung des Gesetzes, was vor allem für den sogenannten Sicherheitsbereich bedeutend sein kann, welcher von der zweiten diesbezüglichen Bestimmung im AEUV nicht erfasst ist.⁵²⁹ Der Ausnahmetatbestand kann sowohl Bund, als auch die Länder berühren, Gemeinden sind jedoch vor allem mangels der Qualifikation als Mitgliedsstaat ausdrücklich nicht erfasst. Nach den Materialien ist der Ausnahmetatbestand der Z5 vor allem dann von Relevanz, wenn es sich um sehr sensible Aufträge handelt, bei denen bereits deren bloße Existenz geheim zu halten ist und verwendet den Begriff „Black Projekts“.⁵³⁰

Gemäß Artikel 346 Abs 1 lit b AEUV kann jeder Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen. Am 15. April 1958 hat der Rat eine Liste von Waren festgelegt, die unter diese Regelung fallen, wenn sie für militärische Zwecke bestimmt sind. Dementsprechend gilt die Ausnahmevorschrift auch für Dienstleistungsaufträge, wenn diese mit in der Liste aufgeführten Waren in Zusammenhang stehen, zB für Planung, Beförderung und Wartung usw dieser Waren. Der Gerichtshof hat auf Grund des „begrenzten Charakters“ des Artikels 346 AEUV eine extensive Auslegung dieser Bestimmung abgelehnt.⁵³¹

Der Anwendungsbereich des Artikels 346 AEUV und beispielsweise die Bedeutung von „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ erschien aber weiterhin unklar. So hatte sich zB

⁵²⁸ Diese verweisen in diesem Zusammenhang auf Art. 13 lit. a der RL.

⁵²⁹ Vgl Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV.

⁵³⁰ Mit Verweis auf auch Erwägungsgrund 27: „Im Bereich der Verteidigung und Sicherheit sind einige Aufträge so sensibel, dass eine Anwendung dieser Richtlinie trotz ihrer Spezifität unangebracht wäre. ... Dies gilt auch für andere besonders sensible Beschaffungen, die ein äußerst hohes Maß an Vertraulichkeit erfordern, wie beispielsweise bestimmte Beschaffungen, die für den Grenzschutz oder die Bekämpfung des Terrorismus oder der organisierten Kriminalität bestimmt sind, die Verschlüsselung betreffen oder speziell für verdeckte Tätigkeiten oder ebenso sensible Tätigkeiten der Polizei und der Sicherheitskräfte bestimmt sind.“

⁵³¹ Vgl. Rs C-414/97.

auch der Verwaltungsgerichtshof damit auseinanderzusetzen, wann der Ausnahmetatbestand des Artikels 346 AEUV erfüllt ist. In seiner Entscheidung aus 2005 kam der VwGH zum Schluss, dass aufgrund des Umstandes dass das ÖBH seine Lagerbestände nicht immer entsprechend kalkulieren könnte, es im wesentlichen Sicherheitsinteresse der Republik Österreich sei, dass die Beschaffung von Kettengliedern für Panzerfahrzeuge durchgehend gewährleistet ist.⁵³² Nach Ansicht des VwGH war der Umstand, dass das ÖBH seine Lagerbestände nicht im Auge hat ausreichend, sich bei der Beschaffung von Rüstungsgütern aus dem EU-Primärrecht zu dispensieren. Meines Erachtens handelt es sich hier um das eindeutige Resultat aus der Unklarheit, was unter wesentlichen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich zu verstehen ist und wann eine Erforderlichkeit zu deren Wahrung vorliegen kann. Die Begründung des VwGH erscheint aus meiner Sicht und vor dem Hintergrund der allgemeinen Judikatur des EuGH zur restriktiven Auslegung der Ausnahmetatbestände jedenfalls problematisch. Hier zeigt sich auch, dass aus dem Gesetz der wahre Norminhalt nicht entnommen werden kann.

Die Problematik, dass eine Auslegung des Artikels 346 AEUV nicht stringent erfolgt, erkannte offensichtlich auch die Europäische Kommission, was sie zur Veröffentlichung einer diesbezüglichen Mitteilung hinsichtlich Auslegungsfragen veranlasste.⁵³³ Im Grünbuch zur Beschaffung von Verteidigungsgütern aus September 2004 wurden die Mitgliedsstaaten zu einer allgemeinen Stellungnahme aufgefordert, ob und wie die Rüstungsmärkte der Europäischen Union transparenter und offener gestaltet werden können. Im Rahmen des Konsultationsverfahrens konnte illustriert werden, dass der bestehende Rechtsrahmen für die Beschaffung von Verteidigungsgütern, auch aus Sicht anderer Mitgliedsstaaten nicht zufrieden stellend war. Vor allem hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Artikels 346 AEUV bestanden Unsicherheiten. Jener Rahmen, der Bereiche der militärischen Beschaffungen mit Konnex zu wesentlichen Sicherheitsinteressen, von denen ohne einen derartigen Zusammenhang abgrenzen sollte, erschien zu vage. „Es war nicht klar welche Vergabevorschriften auf welche Aufträge anzuwenden sind. Darüber hinaus handhabten die Mitgliedsstaaten die Anwendung des Artikels 346 AEUV sehr unterschiedlich. Die Kommission versuchte daher im Rahmen einer Mitteilung, mögliche Fehlinterpretationen und den Missbrauch des Artikels 346 AEUV bei der Beschaffung von Verteidigungsgütern hintanzuhalten und versuchte, Grundsätze für dessen Anwendung vorzugeben. Behandelt wurde ausschließlich der Bereich der Beschaffung von Verteidigungsgütern durch nationale

⁵³² VwGH 2003/04/0126 vom 21.05.2005.

⁵³³ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

Auftraggeber innerhalb des EU-Binnenmarktes. Nicht behandelt wurde der Handel von Rüstungsgütern mit Drittstaaten, der auch weiterhin den WTO-Regeln, und insbesondere dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA), unterliegt und unangetastet bleiben sollte.“⁵³⁴

Nach der Kommission haben die Mitgliedstaaten die Pflicht, ihre Sicherheitsinteressen zu definieren und auch zu schützen. In Artikel 346 AEUV ist daher ein Recht zu sehen, die nationalen und wesentlichen Sicherheitsinteressen zu schützen und dadurch eine Ausnahmeregel zu rechtfertigen. Werden durch die Einhaltung des Unionsrechts wesentliche Sicherheitsinteressen der Einzelstaaten unterlaufen, kann sich dieser der Einhaltung des Unionsrechts dispensieren. Der Ausnahmetatbestand des Artikels 346 AEUV führt zur Nichtanwendbarkeit des Primärrechts sowie des Vergabe-Sekundärrechts. „Die Vorschriften der Richtlinie sind somit Ausdruck der grundlegenden Prinzipien und Ziele des Binnenmarktes. Die Inanspruchnahme der Ausnahmeregel des Artikels 346 AEUV berührt den Kernbereich der Europäischen Union und ist folglich von Natur aus ein juristisch wie politisch schwerwiegender Akt. Aus diesem Grund muss ein Ausgleich zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten in den Bereichen Sicherheit und Verteidigung und den grundlegenden Prinzipien und Zielen der Gemeinschaft hergestellt werden. Der EuGH knüpft daher hinsichtlich der Inanspruchnahme der Ausnahmegenehmigung strenge Bedingungen um einen möglichen Missbrauch zu verhindern. Es soll sichergestellt werden, dass die Regelung tatsächlich nur ausnahmsweise in Anspruch genommen wird. Die Ausnahme soll sich darüber hinaus nur auf jene Fälle beschränken, in denen die Mitgliedstaaten keine andere Wahl haben, als ihre Sicherheitsinteressen über einzelstaatliche Maßnahmen zu gewährleisten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, sind Ausnahmen aus dem Primärrecht streng auszulegen, auch wenn es sich dabei um Bereiche der möglichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit handelt. Jene Bestimmungen des AEUV regeln begrenzte außergewöhnliche Tatbestände und eignen sich demzufolge wegen ihres begrenzten Charakters nicht für eine extensive Auslegung. Sowohl Anwendungsbereich als auch die Bedingungen für die Inanspruchnahme des Artikels 346 AEUV sind daher restriktiv auszulegen.“⁵³⁵

⁵³⁴ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

⁵³⁵ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg. Sowie Urteil vom 4. Oktober 1991, Rechtssache C-367/89, Richardt/Les Accessoires Scientifiques, Rd 20 Urteil vom 3. Mai 1994, Rechtssache C-328/92, Kommission/Spanien, Rn 15; Urteil vom 28. März 1995, Rechtssache C-324/93, Evans Medical/Macfarlan Smith, Rn 48. 7 Urteil vom 16.

Grundsätzlich gilt, dass die unionsrechtlichen Binnenmarktvorschriften auch für militärische Beschaffungen gelten. Werden die unionsrechtlichen Binnenmarktvorschriften auf militärische Beschaffungen nicht angewendet, stellt dies eine Maßnahme dar, die den Handel mit Waffen, Munition und Kriegsmaterial betrifft. Die Mitgliedstaaten können den Ausnahmetatbestand des Artikels 346 AEUV in Anspruch nehmen, vorausgesetzt „die im Vertrag festgelegten Bedingungen dafür sind so erfüllt wie vom EuGH ausgelegt“.⁵³⁶

Der Anwendungsbereich des Artikels 346 Absatz 1 lit b AEUV ist beiderseitig begrenzt durch das Erfordernis einer Beeinträchtigung wesentlicher Sicherheitsinteressen sowie dem Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren der im Absatz 2 erwähnten Warenliste. Auch enthält das GPA im Anhang 1 Teil 3 des Appendix 1 eine Liste von Gütern und Ausrüstungen die seinem Anwendungsbereich unterliegen, sofern sie von Verteidigungsministerien erworben werden, diese Liste beinhaltet jedoch ausschließlich nicht-militärisches Material. Artikel 346 Absatz 1 lit b AEUV erlaubt Maßnahmen, welche die Erzeugung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen, sofern es sich um Waren handelt, die in der in Absatz 2 erwähnten Liste aufgeführt sind. Diese Liste wurde am 15. April 1958 als Ratsentscheidung 255/58 angenommen. Nach der Judikatur des EuGH ist klar, dass Artikel 346 Absatz 1 lit b AEUV keine Anwendung findet, wenn es sich um andere Waren als solche in der Liste angeführten militärischen Charakters handelt. Zu berücksichtigen bei dieser Interpretation des Artikels 346 Absatz 1 lit b AEUV und der Abgrenzung seines Anwendungsbereichs, sind jedoch Entwicklungen im Bereich der Technologie und der Beschaffungspolitik zu berücksichtigen. Hinsichtlich der technologischen Entwicklung geht die Kommission davon aus, dass die Liste allgemein genug gehalten ist, um aktuelle und zukünftige technologische Entwicklungen abzudecken. Artikel 346 Absatz 1 lit b AEUV kann aber auch neue, an Fähigkeiten orientierte Beschaffungsmethoden sowie die Beschaffung von Dienstleistungen und Bauarbeiten miteinschließen, wenn diese in direktem Zusammenhang mit den in der Liste aufgeführten Waren stehen und wenn auch die übrigen Bedingungen für dessen Inanspruchnahme erfüllt sind. Nach Ansicht der Kommission enthält die Liste von 1958

September 1999, Rechtssache C-414/97, Kommission/Spanien, Rn 21; Urteil vom 15. Mai 1986, Rechtssache C-222/84, Johnston, Rn 26.

⁵³⁶ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg. Sowie Urteil vom 4. Oktober 1991, Rechtssache C-367/89, Richardt/Les Accessoires Scientifiques, Rd 20 Urteil vom 3. Mai 1994, Rechtssache C-328/92, Kommission/Spanien, Rn 15; Urteil vom 28. März 1995, Rechtssache C-324/93, Evans Medical/Macfarlan Smith, Rn 48. 7 Urteil vom 16. September 1999, Rechtssache C-414/97, Kommission/Spanien, Rn 21; Urteil vom 15. Mai 1986, Rechtssache C-222/84, Johnston, Rn 26.

ausschließlich Ausrüstungen, die rein militärischer Natur und Bestimmung sind.⁵³⁷ Dies entspricht jedoch nicht der unbestrittenen herrschenden Lehre. Demnach enthält die Liste aus 1958 nicht bloß Ausrüstung für rein militärische Zwecke, sondern sind auch Dual-use Güter in der Liste enthalten.⁵³⁸ Aufgrund der Komplexität und Weite des Begriffs der Sicherheit und in Zusammenschau mit neuen Bedrohungen, erscheint die traditionelle Trennlinie zwischen militärischer und nichtmilitärischer sowie äußerer und innerer Sicherheit verschwommen. Es kann jedoch weiterhin davon ausgegangen werden, dass auch in Zukunft militärische und nichtmilitärische Sicherheitskräfte unterschiedliche Aufgaben haben, sodass es auch möglich ist, militärische und nichtmilitärische Beschaffungen voneinander zu unterscheiden. Aufgrund der Natur der in der Liste von 1958 aufgeführten Waren und der eindeutige Wortlaut des Artikels 346 AEUV „auf eigens für militärische Zwecke“ ist die Nichtanwendung des Unionsrechts lediglich für die Beschaffung von Ausrüstungsgütern gestattet, die speziell zu militärischen Zwecken konzipiert, entwickelt und hergestellt werden. Öffentliche Beschaffungen zu nichtmilitärischen Sicherheitszwecken, sind hingegen vom Anwendungsbereich des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe b AEUV ausgeschlossen. Für derartige Beschaffungen können zum Beispiel andere Sicherheitsinteressen die Nichtanwendung des Unionsrechts, wie etwa Artikel 14 der Vergaberichtlinie vorgibt, rechtfertigen.⁵³⁹

Artikel 346 Absatz 1 lit a AEUV geht aber über den Bereich der Verteidigung hinaus und zielt allgemein auf den Schutz von Informationen ab, die Mitgliedstaaten nicht preisgeben können, ohne ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen zu unterminieren. Dieser Anwendungsfall kann auch die Beschaffung von sensiblen Ausrüstungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich betreffen. Generell fallen jedoch Erfordernisse der Vertraulichkeit im Zusammenhang mit der Beschaffung militärischer Güter unter Artikel 346 Absatz 1 lit b AEUV. Artikel 346 Absatz 1 lit a AEUV kann auch für die Beschaffung von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, sogenannten „Dual-use-Gütern“, zu militärischen wie nichtmilitärischen Sicherheitszwecken in Anspruch genommen werden. Anwendungsvoraussetzung hierfür wäre, dass die Anwendung

⁵³⁷ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

⁵³⁸ Vgl BKA-671.801/0076-V/A/8/2006.

⁵³⁹ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

des Unionsrechts einen Mitgliedstaat dazu zwingen würde Informationen preiszugeben, die dessen wesentlichen Sicherheitsinteressen schaden.⁵⁴⁰

Wie bereits erwähnt, sind die in der Liste von 1958 aufgeführten militärischen Güter nicht automatisch einer Ausnahme der Binnenmarktregeln zugänglich. Es handelt sich jedoch grundsätzlich um Güter, für die „Mitgliedstaaten ein legitimes Interesse haben können, Maßnahmen im Sinne des Artikels 346 AEUV zu ergreifen“.⁵⁴¹ Die ständige Rechtsprechung des EuGH bestätigt dies zweifelsfrei, denn genau das Gegenteil ist der Fall. Grundlage des Ausnahmetatbestandes ist Artikel 346 AEUV, daher können die in der Liste aufgeführten Güter nur dann vom Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Regeln des Binnenmarktes ausgenommen werden, wenn die Bedingungen für die Inanspruchnahme von Artikel 346 AEUV vollinhaltlich erfüllt sind.⁵⁴²

Zuerst einmal normiert Artikel 346 AEUV, „dass Mitgliedstaaten jene Maßnahmen ergreifen können, die ihres Erachtens zur Wahrung ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind“. Hier wird den Mitgliedstaaten vorerst einmal ein weites Ermessen eingeräumt. Die Mitgliedsstaaten sollen selbst beurteilen und festlegen, was ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen sind und diese schützen. Wie sich jedoch eindeutig aus dem Wortlaut ergibt, ist diese Ermessensfreiheit nicht grenzenlos. Aus dem Wortlaut kann entnommen werden, dass nur jene Maßnahmen getroffen werden dürfen, die zur Wahrung der Sicherheitsinteressen auch „notwendig“ sind. Diese Notwendigkeit bedarf jedenfalls einer Begründung und unterliegt zumindest einer Plausibilitätsprüfung. Die Mitgliedsstaaten sollen sich auch nicht uneingeschränkt den Regeln des Binnenmarktes entziehen können, denn dann wäre einerseits fraglich wofür es derartige Regeln in einem Vertragswerk überhaupt gibt. Zumindest erscheint die Tatsache der Existenz des Artikels 346 AEUV einen Hinweis darauf zu geben, dass die Nichteinhaltung der Binnenmarktregeln nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein soll. Der Mitgliedsstaat muss nachweisen, dass der Tatbestand auch erfüllt ist und nicht überschritten wird. Er muss auch nachweisen, dass die Maßnahme für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich ist. Die Rechtfertigung für die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung ist hier einzig und allein die Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen des Mitgliedstaates. Andere

⁵⁴⁰ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

⁵⁴¹ Vgl. Ratsentscheidung 255/88.

⁵⁴² Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

Interessen wie zum Beispiel industrieller und wirtschaftlicher Natur sind nicht zulässig auch wenn sie mit der Erzeugung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial in Zusammenhang stehen, aber keine wesentlichen Sicherheitsinteressen berühren bzw diese nicht in Gefahr einer Beeinträchtigung stehen. „Die Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten sollen auch in einer europäischen Perspektive betrachtet werden. Aus geographischen oder historischen Gründen können diese Sicherheitsinteressen dabei unterschiedlich sein. Wichtig erscheint, dass sich Artikel 346 AEUV nicht auf die Wahrung von Sicherheitsinteressen im Allgemeinen, sondern ausschließlich auf die Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen beschränkt. Diese Präzisierung unterstreicht den Ausnahmecharakter der Bestimmung und stellt klar, dass die besondere militärische Natur der auf der Liste von 1958 enthaltenen Waren allein nicht ausreicht, um die Nichtanwendung europäischer Vergaberegeln zu rechtfertigen.“⁵⁴³

Den Mitgliedsstaaten ist es überlassen, das Vorliegen solcher besonderen Umstände zu prüfen. Das bedeutet insbesondere, dass öffentliche Auftraggeber prüfen müssen, welches wesentliche Sicherheitsinteresse betroffen ist, worin der Zusammenhang zwischen diesem Sicherheitsinteresse und der speziellen Beschaffungsentscheidung besteht und warum die Nichtanwendung der Vergaberichtlinie in diesem speziellen Fall für den Schutz dieses wesentlichen Sicherheitsinteresses notwendig ist.⁵⁴⁴

Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b AEUV erfordert aber auch, „dass Maßnahmen, die unter Berufung auf diesen Artikel getroffen werden, auf dem gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen dürfen“. Bei der Rüstungsbeschaffung kann dies bei Kompensationsgeschäften, sogenannten Offsets und insbesondere bei indirekten, nichtmilitärischen Kompensationsgeschäften der Fall sein. Die Mitgliedstaaten müssen daher die Einhaltung dieser Vorschrift sicherstellen, wenn sie im Zusammenhang mit Beschaffungsaufträgen im Verteidigungsbereich, die unter den Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b AEUV fallen, Kompensationsgeschäfte tätigen.⁵⁴⁵

„Die Rolle der Kommission hierbei ist weder jene, die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten zu beurteilen, noch festzustellen welches

⁵⁴³ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

⁵⁴⁴ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

⁵⁴⁵ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

militärische Gerät sie zu deren Schutz zu beschaffen beabsichtigen. Die Kommission kann allerdings als Hüterin der Verträge überprüfen, ob die Bedingungen für die Inanspruchnahme der Ausnahmeregel des Artikels 346 AEUV für militärische Beschaffungen erfüllt sind. Die Mitgliedsstaaten sind in diesem Fall verpflichtet, auf Verlangen der Kommission die notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen und zu belegen, dass die Ausnahme zum Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen notwendig ist. Ebenso hat der EuGH wiederholt klargestellt, dass Mitgliedstaaten nach Treu und Glauben an den Untersuchungen der Kommission mitwirken und ihr alle zu diesem Zweck angeforderten Auskünfte erteilen müssen. Dem betroffenen Mitgliedstaat obliegt es nachzuweisen, dass die Anwendung der Vergaberichtlinie auf diese spezielle Vertragsvergabe seine wesentlichen Sicherheitsinteressen gefährden würde. Die Kommission kann den EuGH auch unmittelbar anrufen, wenn sie der Auffassung ist, dass ein Mitgliedstaat die in Artikel 346 AEUV vorgesehenen Befugnisse missbraucht hat. In diesem Fall liegt die Beweislast, dass die Inanspruchnahme der Ausnahmeregel gerechtfertigt ist, beim betroffenen Mitgliedstaat. Bei der Prüfung möglicher Regelverstöße muss die Kommission die Sensibilität des Verteidigungssektors berücksichtigen.“⁵⁴⁶

Gemäß EuGH findet Artikel 346 AEUV nur auf Waffen, Munition und Kriegsmaterial Anwendung, „deren Kategorisierung durch die Liste des Rates von 1958 festgelegt wurde.“ Der sachliche Anwendungsbereich des Artikels 346 AEUV ist iVm der Liste von 1958 abschließend geregelt. „Die Ausnahmeregelung findet keine Anwendung auf Tätigkeiten, die andere Waren als die militärischen Waren betreffen, die in der Liste von 1958 genannt sind.“ Voraussetzung für die Anwendung der Ausnahme des Artikels 346 AEUV ist daher, dass sich eine Ware einer der Kategorien von Gegenständen der Liste aus 1958 zuordnen lässt. „Der bloße Umstand, dass eine Ware einer Kategorie von Gegenständen im Sinne der Liste von 1958 zuordenbar ist, rechtfertigt noch nicht zur Abweichung von den unionsrechtlichen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge.“ „Denn die Erwähnung eines bestimmten Gegenstands auf der Liste von 1958 ist zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für die Berufung auf Art. 10 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit dem ersten Halbsatz von Artikel 346 Abs 1 lit b AEUV. Dieser setzt nämlich voraus, dass der betreffende Gegenstand eigens für militärische Zwecke bestimmt ist. Dies folge im Umkehrschluss aus dem zweiten Halbsatz jener Vorschrift, in dem von "nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren" die Rede ist. „Die Liste von 1958

⁵⁴⁶ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

enthält ebenfalls zahlreiche Formulierungen, aus denen sich ergibt, dass eine Ware im Sinne von Artikel 346 Absatz 1 lit b AEUV nicht nur gattungsmäßig einer bestimmten Kategorie von Gegenständen zuzuordnen sein muss, sondern darüber hinaus eigens für militärische Zwecke bestimmt sein muss.“ Ob eine Ware eigens für militärische Zwecke bestimmt ist, lässt sich nicht allein daraus ableiten, dass als Käufer die Streitkräfte eines Mitgliedstaats auftreten oder dass eine sonstige öffentliche Stelle die Ware für die Streitkräfte erwirbt. Ansonsten könnte jeder Bleistift zur militärischen Ware werden, nur weil er für das Militär angeschafft wird. Dies würde dem Gebot der engen Auslegung von Artikel 346 Abs 1 lit b AEUV zuwiderlaufen und das Binnenmarktprinzip über Gebühr beeinträchtigen. Es erscheint aber auch nicht ausreichend, dass es sich um eine Ware handelt, die für eine militärische Verwendung lediglich geeignet ist. Auch nicht wenn sie aufgrund dessen theoretisch militärisch eingesetzt werden könnte. Es reicht auch nicht, wenn die Ware für zivile Zwecke gedacht war und gegebenenfalls militärischen Zwecken dienen könnte. Voraussetzung ist eine über ihre bloße Eignung für eine etwaige militärische Verwendung hinausgehende spezifisch militärische Zweckbestimmung, in sowohl subjektiver als auch in objektiver Hinsicht. Die Ware muss nur nach seiner konkreten, vom öffentlichen Auftraggeber definierten Verwendung (also subjektiv), sondern auch nach seiner Konzeption und seinen Eigenschaften (objektiv) für spezifisch militärische Zwecke bestimmt sein. Eine spezifisch militärische Zweckbestimmung muss in jedem Einzelfall konkret dargetan werden. Auch wenn zweifelsfrei feststeht, dass eine Ware in subjektiver Hinsicht einen spezifisch militärischen Verwendungszweck hat, muss dies auch objektiv geprüft werden. Die Fragestellung könnte hier lauten, ob bei einer späteren Veräußerung durch das Militär, auf dem zivilen Markt noch einen Käufer gefunden werden könnte. Gibt es auf dem zivilen Markt weitgehend gleichartige technische Nutzungsanwendungen, erscheint der Ausnahmetatbestand nicht erfüllt. Gegenstände, die zwar ursprünglich für zivile Zwecke konzipiert, später aber für militärische Zwecke angepasst wurden, sollen nach dem Willen des Unionsgesetzgebers, keinen Ausnahmetatbestand begründen. Wird die Ware im Hinblick auf seine militärische Verwendung in derart wesentlichen Punkten verändert, dass aus ihm ein gänzlich anderes Produkt geworden ist als das im Zivilsektor gebräuchliche, könnte die Ausnahme wieder gerechtfertigt sein. Unterscheidet sich die zu beschaffende Ware nicht wesentlich von Waren, die gewöhnlich im Zivilsektor verwendet werden, so würde es ihr in objektiver Hinsicht an einer spezifisch militärischen Zweckbestimmung fehlen.“⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 endg.

„Ein Gegenstand, der nach den Angaben des öffentlichen Auftraggebers eigens für militärische Zwecke verwendet werden soll, sich aber objektiv nicht wesentlich von gleichartigen, im Zivilsektor verwendeten Gegenständen unterscheidet, kann nicht unter Berufung auf Artikel 346 Abs 1 lit b AEUV in Verbindung mit Art. 10 der Richtlinie 2004/18 den in jener Richtlinie vorgeschriebenen Vergabeverfahren entzogen werden.“⁵⁴⁸

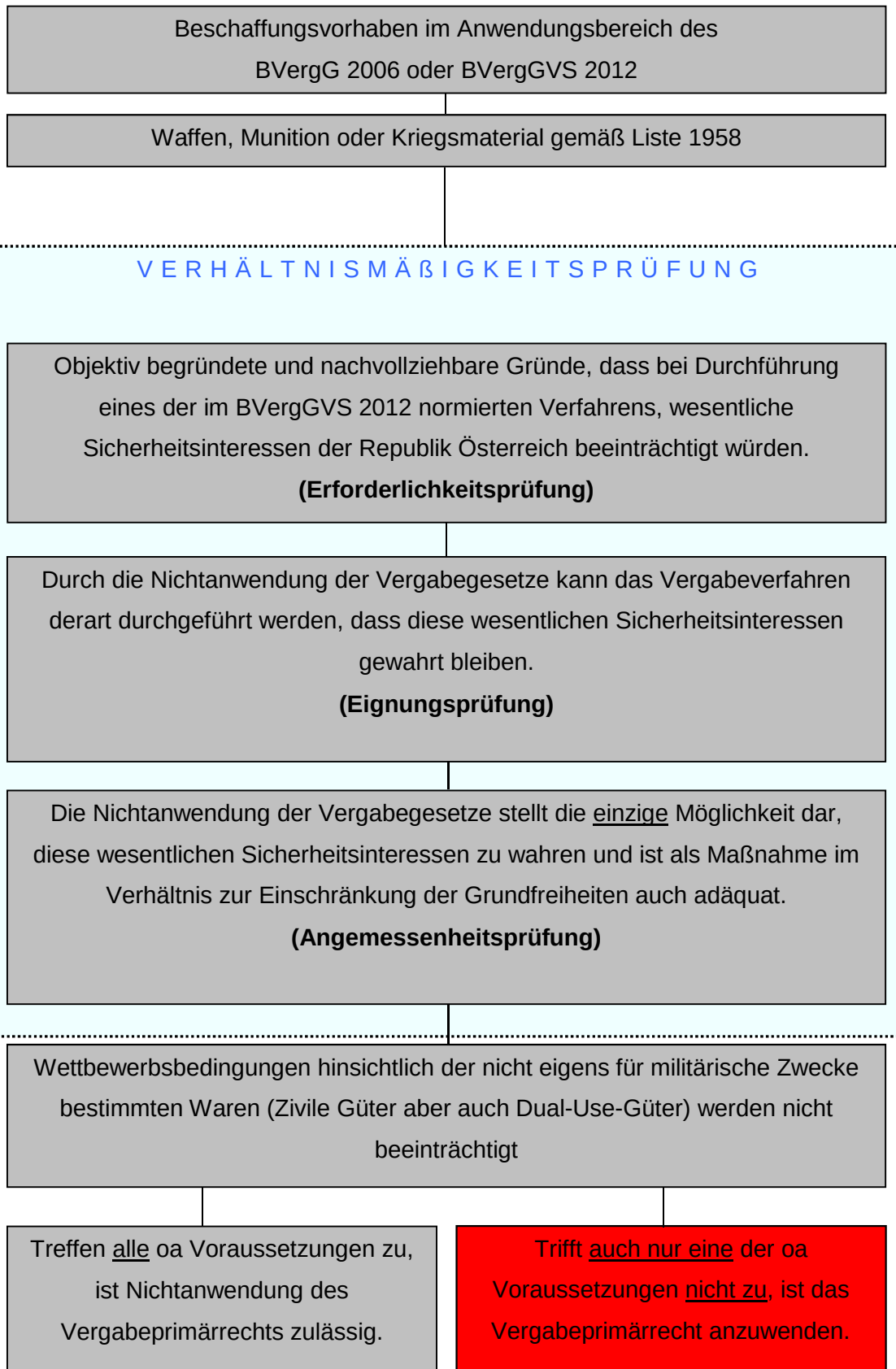
Aus den oben angeführten Ausführungen in Zusammenschau ergibt sich meines Erachtens folgendes Prüfungsschema.

Sofern ein Mitgliedsstaat objektiv nachvollziehbare Gründe hat, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial iSd Liste aus 1958, seine wesentlichen Sicherheitsinteressen beeinträchtigen würde, kann er als Maßnahme dagegen von der Anwendung der unionsrechtlichen Binnenmarktregeln und dem Vergaberecht absehen, sofern diese Nichtanwendung als Maßnahme auch geeignet ist, die wesentlichen Sicherheitsinteressen zu wahren und hinsichtlich der Schwere des Eingriffs in den Binnenmarkt, dieser Eingriff auch verhältnismäßig erscheint. Falls durch das Ergreifen dieser Maßnahme eine im Ergebnis gleichwertige Beeinträchtigung der Sicherheitsinteressen erfolgen würde, liegen die Voraussetzungen des Artikels 346 Abs 1 lit b AEUV nicht vor. Ebenso darf die Nichtanwendung der Vergabegesetze die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen. Sofern der Ausnahmetatbestand des Artikels 346 Abs 1 lit b AEUV geltend gemacht werden soll, wären folgende Prüfungen zum Auftragsgegenstand durchzuführen. Der Auftragsgegenstand muss einen objektiven spezifischen militärischen Charakter aufweisen. Er muss aufgrund seiner Eigenschaften oder auch infolge substantieller Veränderungen, als speziell für militärische Zwecke konzipiert und entwickelt angesehen werden können. Der Auftragsgegenstand muss eine spezifisch militärische Zweckbestimmung aufweisen, welche sich aus den Eigenschaften eines speziell zu solchen Zwecken konzipierten, entwickelten oder substantiell veränderten Ausrüstungsgegenstandes ergibt. Er muss primär für militärische Zwecke bestimmt sein und maximal gegebenenfalls zivilen Zwecken dienen.

⁵⁴⁸ EuGH am 19.01.2012 Rs C-615/10.

1. Das Beschaffungsvorhaben muss im Anwendungsbereich eines der Vergabegesetze liegen.
2. Es muss sich um Waffen, Munition oder Kriegsmaterial gemäß der Liste aus 1958 handeln.
3. Der Auftragsgegenstand muss einen objektiv spezifischen militärischen Charakter aufweisen.
4. Er muss aufgrund seiner Eigenschaften oder auch infolge substantieller Veränderungen, als speziell für militärische Zwecke konzipiert und entwickelt angesehen werden können.
5. Der Auftragsgegenstand muss eine spezifisch militärische Zweckbestimmung aufweisen, welche sich aus den Eigenschaften eines speziell zu solchen Zwecken konzipierten, entwickelten oder substantiell veränderten Ausrüstungsgegenstandes ergibt.
6. Er muss primär für militärische Zwecke bestimmt sein und maximal gegebenenfalls zivilen Zwecken dienen.
7. Es müssen objektiv begründbare und auch nachvollziehbare Gründe vorliegen, dass bei Durchführung eines im Vergaberecht normierten Verfahrens, wesentliche Sicherheitsinteressen der Republik beeinträchtigt würden.
8. Durch die Nichtanwendung des Vergaberechts kann die Beschaffung derart durchgeführt werden, dass die wesentlichen Sicherheitsinteressen gewahrt bleiben.
9. Die Nichtanwendung des Vergaberechts stellt die einzige Möglichkeit dar und ist das gelindeste Mittel, diese wesentlichen Sicherheitsinteressen zu wahren und ist als Maßnahme im Verhältnis zur Einschränkung der Grundfreiheiten auch adäquat.
10. Die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren (Zivile Güter aber auch Dual-Use-Güter) werden nicht beeinträchtigt

Prüfungsschema Ausnahmetatbestand Art 346 AEUV



c. Geheime Verfahren

§ 10 Z 1 BVergG 2006 lautet in seinem ersten Teil: Das BVergG 2006 gilt nicht „für Vergabeverfahren, die auf Grund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen für geheim erklärt werden.“⁵⁴⁹

Sowohl die klassische Vergaberichtlinie 2004 als auch jene aus 2014 nehmen Aufträge aus seinem Geltungsbereich, die der Geheimhaltung unterliegen oder bestimmte Sicherheitsmaßnahmen erfordern. „Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Aufträge, die für geheim erklärt werden oder deren Ausführung nach den in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, oder wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen dieses Mitgliedstaats es gebietet.“⁵⁵⁰ „Werden die Auftragsvergabe und die Ausführung des öffentlichen Auftrags oder Wettbewerbs für geheim erklärt, so findet diese Richtlinie keine Anwendung, sofern der Mitgliedstaat festgestellt hat, dass die betreffenden wesentlichen Interessen nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen, wie zum Beispiel durch Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen abzielen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens im Sinne dieser Richtlinie zur Verfügung stellt, gewährleistet werden kann.“⁵⁵¹

Als Hintergrund dieses Ausnahmetatbestandes identifizieren die Materialien jenen Umstand, dass es nicht ausgeschlossen werden kann, dass in bestimmten besonders sensiblen Fällen, bereits eine Bekanntmachung des Beschaffungsvorhabens geheime Informationen preisgeben würde. Um das Tatbestandsmerkmal des geheimen Verfahrens zur verwirklichen, muss das avisierte Vergabeverfahren ausdrücklich für geheim erklärt worden sein. Um dies einzuschränken wird wohl davon ausgegangen werden müssen, dass es sich in der Regel um eine Geheimerklärung von Tatsachen in Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren handeln kann. Die Geheimerklärung darf nur aufgrund von Bundes- oder Landesrechtsnormen erfolgen, aus denen sich ergibt, unter welchen Voraussetzungen ein Vergabeverfahren für geheim erklärt werden darf. Die Erklärung eines Vergabeverfahrens für geheim kann auf zwei Arten erfolgen, zum einen kann das Gesetz selbst das Verfahren für geheim erklären oder dies passiert durch einen auf das Gesetz gestützten Bescheid. Aus dem Gesetz muss sich ebenfalls ergeben, wer für den Vollzug desselben zuständig ist und wie das Verfahren zur

⁵⁴⁹ § 10 Z 1 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁵⁵⁰ Artikel 14 RL 2004/18/EG.

⁵⁵¹ Artikel 15 RL 2014/24/EU.

Geheimerklärung auszusehen hat.⁵⁵² Der Umstand dass ein Vergabevorhaben für geheim erklärt wurde steht nicht mit der Möglichkeit in Widerspruch, dass das Vorhaben an sich auch allgemein bekannt ist. Daher kann auch ein Vergabevorhaben, dessen Existenz auch allgemein bekannt ist, unter die Ausnahme fallen.⁵⁵³

Als Begründung könnte in solchen Fällen dienen, dass nicht die Existenz des Vorhabens an sich der Geheimhaltung unterliegt, jedoch im Rahmen eines Vergabeverfahrens oder der darauf folgenden Vertragsabwicklung nicht ausgeschlossen werden kann, dass geheimhaltungsbedürftige Tatsachen geheim gehalten werden können. Nicht uninteressant erscheint, dass sich der Ausnahmetatbestand ausschließlich im BVergG 2006 abbildet. Das BVergGVS 2012 nimmt im Wortlaut seiner Ausnahmetatbestände keinen Bezug auf geheime Verfahren. Da bereits vor Inkrafttretens des BVergGVS 2012 aufgrund der Entstehungsgeschichte der Ausnahme, wegen der systematischen Stellung der diesbezüglichen Richtlinienbestimmung und vor allem auch aufgrund des Wortlautes, nicht von einer Einschränkung auf den verteidigungsspezifischen oder sicherheitsrelevanten Bereich ausgegangen werden musste, erscheint sich dies aus heutiger Perspektive zu bestätigen. Geheime Verfahren sind sowohl vom nationalen Vergaberecht, als auch dem EU Vergaberecht ausgenommen, unbeschadet ob es sich um Beschaffungen im handelsüblichen Bereich oder im verteidigungsspezifischen oder sicherheitsrelevanten Bereich handelt. Wenngleich es im verteidigungsspezifischen oder sicherheitsrelevanten Bereich keine dem Wortlaut korrespondierende Bestimmung gibt, wird sich zeigen, dass ähnliche Ausnahmen bestehen.

Gemäß § 2 Informationssicherheitsgesetz ist der Zugang zu klassifizierten Informationen zu beschränken. Als Maßstab für eine derartige Zugangsbeschränkung werden die Bestimmungen über die Amtsverschwiegenheit gemäß Artikel 20 Abs 3 B-VG vorgegeben. Demgemäß sind alle Tatsachen „deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien sind“, iSd Verschwiegenheit schutzwürdig.⁵⁵⁴ Der Klassifizierungsstufe „Geheim“ ist zuzuordnen, „wenn die Informationen vertraulich sind und ihre Preisgabe zudem die Gefahr einer erheblichen Schädigung der in Art. 20 Abs. 3 B-VG genannten Interessen schaffen

⁵⁵² EBRV 1171 BlgNR 22. GP 29 sowie EBRV .1513 BlgNR 24. GP.

⁵⁵³ *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 30 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵⁵⁴ Vgl Artikel 20 Abs 3 B-VG.

würde“. Der Klassifizierungsstufe „Streng Geheim“ ist zuzuordnen, wenn die Informationen geheim und überdies ihr Bekanntwerden eine schwere Schädigung der in Art. 20 Abs. 3 B-VG genannten Interessen wahrscheinlich machen würde.“⁵⁵⁵ Zugang zu derartigen Informationen darf nur jenen Bediensteten des Bundes gewährt werden, die „eine Sicherheitsüberprüfung gemäß §§ 55 bis 55b SPG⁵⁵⁶ oder sofern gesetzlich vorgesehen, eine Verlässlichkeitsprüfung gemäß §§ 23 und 24 MBG⁵⁵⁷ durchgeführt wurde.“ Nun erfüllt das InfoSiG mE nicht die Voraussetzungen eines Bundesgesetzes, das Tatsachen geheim erklärt oder auf Basis dessen ein Bescheid erlassen werden könnte, um bestimmte Tatsachen für geheim zu erklären. Auch finden sich weder eine Vollzugszuständigkeit, geschweige denn ein Verfahren zur Geheimerklärung von Tatsachen. In der Literatur wird teilweise auf die Büroordnung, der Verschlussachenordnung der Behörden und Ämter des Bundes sowie auf die einzelnen Verschlussachenordnungen der Ministerien, welche auf Erlassweg in Geltung gesetzt werden, verwiesen. Meines Erachtens erfüllen diese Akte jedoch nicht die oben beschriebenen Voraussetzungen. Welche aktuelle Rechtsvorschrift nun auch in Frage kommt, sei es ein eigenes Gesetz, mit dem Tatsachen für geheim erklärt werden, es ist dabei jedenfalls der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Es muss daher eine Abwägung getroffen werden, welche Interessen einerseits in Bezug auf den Grad und die Gewichtung des Geheimhaltungsinteresses erforderlich erscheint und andererseits ob dies in Bezug auf die Interessen der potenziellen Teilnehmer an einem Vergabeverfahren auch verhältnismäßig ist.

Vor dem beschriebenen Hintergrund dieses Ausnahmetatbestandes, dass nicht ausgeschlossen werden könnte, dass in bestimmten besonders sensiblen Fällen, bereits eine Bekanntmachung des Beschaffungsvorhabens geheime Informationen preisgeben würde, erscheint eine Flucht aus dem Vergaberecht ohne vorangehende Verhältnismäßigkeitsprüfung etwas zu einfach. Aus dem Wortlaut ist jedoch kein anderer Schluss ableitbar, als dass bereits alleine die Geheimerklärung dafür ausreicht, jedoch erscheint die Geheimerklärung selbst dem oben angeführten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu unterliegen. Wie stellt sich nun der Vorgang dar, den der öffentliche Auftraggeber beschreibt, das Erfordernis eines geheimen Vergabeverfahrens zu erkennen. Der Auftraggeber muss sein Vergabevorhaben planen und vorbereiten. Hierbei sind jegliche relevanten Fakten und Erwägungen zusammenzuführen und einer Beurteilung zu unterziehen. In einer Gesamtbetrachtung muss eine adäquate Beurteilung jeglicher vergaberelevanter Möglichkeiten und

⁵⁵⁵ Vgl § 2 InfoSiG.

⁵⁵⁶ BGBl. Nr. 566/1991.

⁵⁵⁷ BGBl. I Nr. 86/2000.

Gefahren durchgeführt werden. Die Frage ist, was in jeder einzelnen Phase des Beschaffungsvorganges vor Einleitung bis nach Vertragsschluss für Geschehnisse zu erwarten sind. Daraus ergibt sich ein Bild, ob in irgendeiner Phase ein Risiko für schützenswerte Tatsachen bestehen kann, und welche Tatsachen dies sind. Daraus ergibt sich, ob das gesamte Verfahren geheim erklärt werden muss oder nur einzelne Tatsachen. Die Risikoanalyse ist die Grundlage der folgenden Verhältnismäßigkeitsprüfung, darauf folgt eine Interessensabwägung. Ergibt sich aus welchen Gründen auch immer, erst im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens gemäß dem Vergaberecht, dass Tatsachen für geheim erklärt werden müssen und die Weiterführung des Verfahrens, diese in Gefahr bringen würden, erscheint auch eine Geheimerklärung während des Verfahrens bis hin zum zwingenden Widerruf des Verfahrens zulässig. Wie auch bei vielen der folgenden Ausnahmen zu sehen sein wird, besteht teilweise ein erheblicher interpretatorischer Spielraum in deren Anwendung. Es empfiehlt sich daher immer darauf zu achten, dass jeder Schritt des Vergabeverfahrens sowie die dahinterliegende Begründung und Beurteilung ausreichend dokumentiert wird.

d. Nachrichtendienstliche Tätigkeiten

Das BVergGVS 2012 nimmt im Wortlaut seiner Ausnahmetatbestände keinen Bezug auf geheime Verfahren. Es findet sich jedoch ein Konnex zu nachrichtendienstlichen Tätigkeiten.

§ 9 Abs 1 Z 6 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht für „Aufträge für die Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeiten.“⁵⁵⁸

Nachrichtendienste sind staatliche Organisationsformen, die sich mit dem Sammeln und Auswerten von Informationen auseinandersetzen, ihre übliche Bezeichnung im deutschsprachigen Raum ist der des Geheimdienstes. Die Sammlung und Auswertung bezieht sich meist auf sogenannte potentielle Gegner oder Feinde des eigenen Staates sowohl im In- als auch im Ausland. Im Fokus stehen vor allem geheime politische oder militärische Absichten der anderen Seite sowie die Abwehr von politischen, militärischen oder wirtschaftlichen Spionageangriffen. Nachrichtendienste stehen zumindest in westlich orientierten parlamentarischen Demokratien unter der Kontrolle des nationalen Parlaments.

⁵⁵⁸ Vgl. § 9 Abs 1 Z 6 BVergGVS 2012.

Gemäß § 20 MBG dient die „nachrichtendienstliche Aufklärung der Beschaffung, Bearbeitung, Auswertung und Darstellung von Informationen über das Ausland oder über internationale Organisationen oder sonstige zwischenstaatliche Einrichtungen betreffend militärische und damit im Zusammenhang stehende sonstige Tatsachen, Vorgänge und Vorhaben. Die nachrichtendienstliche Abwehr dient dem militärischen Eigenschutz durch die Beschaffung, Bearbeitung, Auswertung und Darstellung von Informationen über Bestrebungen und Tätigkeiten, die vorsätzliche Angriffe gegen militärische Rechtsgüter zur Beeinträchtigung der militärischen Sicherheit erwarten lassen. Die nachrichtendienstliche Aufklärung und Abwehr sind von den nach der jeweiligen Heeresorganisation zur Erfüllung dieser Aufgaben eingerichteten militärischen Dienststellen sowie von den diesen Dienststellen angehörenden oder ihnen fachlich unterstellten militärischen Organen wahrzunehmen.“ Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2009/81/EG führt dazu aus, dass im Bereich der Verteidigung und Sicherheit einige Aufträge derart sensibel sein können, dass eine Anwendung der Richtlinie, trotz deren Spezifität unangebracht wäre. Geltung entfaltet diese Ausnahmebestimmung für alle Arten nachrichtendienstlicher Tätigkeit und allen Maßnahmen zur Abwehr nachrichtendienstlicher Tätigkeiten. Es sind daher sowohl Auftragsvergaben an als auch Auftragsvergaben durch Nachrichten- und Geheimdienste umfasst. Als Definition des Begriffs der nachrichtendienstlichen Tätigkeit ist auf die mitgliedsstaatliche Definition, in Österreich jener des Militärbefugnisgesetzes (MBG) zurückzugreifen. Da die Organisation der Nachrichten- und Geheimdienste eine allein innerstaatliche Angelegenheit darstellt, ist es unerheblich ob der konkrete Dienst dem Militär oder anderen staatlichen Stellen nahe steht. Es kommt rein darauf an, dass die Auftragsvergabe durch oder an Nachrichten- oder Geheimdienste nach den Bestimmungen des Vergaberechts ein nicht unerhebliches Sicherheitsrisiko darstellen würde.

e. Weitere Primärrechtliche Ausnahmen

§ 9 Abs 1 Z 1 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt „nicht für Aufträge auf die die Ausnahmebestimmungen der Art. 36, 51, 52, 62 [oder 346] des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Anwendung finden.“

Mit Bezug auf diese Artikel des AEUV wird eine Referenz auf verschiedene Ausnahmetatbestände des Primärrechts hergestellt. Hinsichtlich dem Bezug auf Artikel 36 AEUV wird auf die Warenverkehrsfreiheit referenziert. Dies erscheint

wohlgemerkt erst dann erkennbar, wenn er zusammen mit den Artikeln 34 und 35 AEUV zusammen gelesen wird.

Artikel 34 AEUV lautet: „Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.“

Artikel 35 AEUV lautet: „Mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.“

Artikel 36 AEUV lautet: „Die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.“

Gemäß Artikel 34 und 35 AEUV sind mengenmäßige Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Artikel 36 AEUV normiert nun, dass diese Bestimmungen in bestimmten Fällen, Maßnahmen der Mitgliedsstaaten zum Verbot oder einer Beschränkung der Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhr nicht entgegenstehen. Angeführt sind hierbei „Gründe der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind.“⁵⁵⁹ „Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.“⁵⁶⁰

Die Warenverkehrsfreiheit iSd Artikels 34 ff AEUV verbietet zwischen den Mitgliedsstaaten mengenmäßige Einfuhr- sowie Ausfuhrbeschränkungen und jegliche Maßnahmen mit gleicher Wirkung. Als mengenmäßige Beschränkung ist dabei eine Beschränkung der Ein-, Aus-, oder Durchfuhr von Waren in Bezug auf deren Menge oder des Wertes zu sehen. Maßnahmen gleicher Wirkung sind am Maßstab der „*Dassonville-Formel*“ zu beurteilen. Demnach ist eine Maßnahme gleicher Wirkung „jede Handelsbeschränkung der Mitgliedsstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.⁵⁶¹ Die Warenverkehrsfreiheit normiert damit ein Diskriminierungsverbot

⁵⁵⁹ Vgl Art 36 AEUV.

⁵⁶⁰ Vgl Art 36 AEUV.

⁵⁶¹ EuGH 11. Juli 1974, 8-74, Dassonville, Slg 1974, 837.

isSe Verbots der Ungleichbehandlung von Waren aus Gründen der Herkunft. Weiters normiert es ein Beschränkungsverbot isSe Verbots der Beschränkung des Warenverkehrs an sich. Das bedeutet, dass auch wenn eine Maßnahme Waren aller Mitgliedsstaaten gleichbehandelt, sie dennoch verboten ist, sofern sie dem Warenverkehr in seiner Gesamtheit Beschränkungen auferlegt. Staatliche Regelungen die den Warenverkehr in irgendeiner Weise einschränken oder behindern sind somit grundsätzlich nicht zulässig. Unter Zugrundelegung von ausschließlich der *Dassonville* Rechtsprechung, wäre der Handel jedoch überhaupt nicht mehr regelbar, denn jegliche gesetzliche Maßnahme den Handel betreffend, könnte als Beschränkung angesehen werden. Durch die *Keck*-Rechtsprechung erfuhr sie daher eine notwendige Einschränkung und so wurden sogenannte Verkaufsmodalitäten vom Beschränkungsverbot ausgenommen.⁵⁶² Unter Verkaufsmodalitäten sind grundsätzlich alle Regelungen zu verstehen, die auf den Betrieb bezogen sind und daher regeln, welche Person etwas verkauft, wann sie das tun darf, wo sie dies tun darf und wie sie dies tun darf. Betriebsbezogene Regelungen müssen von produktbezogenen Regeln abgegrenzt werden, während die betriebsbezogenen Regeln aus dem Anwendungsbereich des Artikels 34 f AEUV ausgenommen sind, bleiben die produktbezogenen Regeln innerhalb dessen Anwendungsbereich. Über *Dassonville* und *Keck* hinaus wurden Teilaspekte zur Warenverkehrsfreiheit fortgebildet. In der *Cassis de Dijon* Entscheidung, sind im Binnenhandel Hemmnisse dann hinzunehmen, wenn dies um zwingenden Erfordernissen der Allgemeinheit gerecht zu werden, notwendig ist.⁵⁶³ Die Maßnahmen um diesen Erfordernissen gerecht zu werden müssen stets ein angemessenes Verhältnis zum avisierten Ziel aufweisen und die gelindesten unter allen den zur Verfügung stehenden geeigneten Maßnahmen sein. Zwingende Erfordernisse können sein, finanzielles Gleichgewicht von Systemen der sozialen Sicherheit, Lauterkeitserfordernisse des Handelsverkehrs oder des Verbraucherschutzes, Steuerkontrolle, Schutzmaßnahmen zur öffentlichen Gesundheit, ordnungsgemäßer Betrieb von öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder die Medienvielfalt, etc.⁵⁶⁴ Als direkter Anknüpfungspunkt zum Vergaberecht ist hier Artikel 36 AEUV herauszuheben. Dieser regelt Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr sowie von diesbezüglichen Verboten. „Die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von

⁵⁶² EuGH 24. November 1993, C-267, 268/91, *Keck*, Slg 1993, I-6097.

⁵⁶³ EuGH 2. Februar 1979, 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg 1979, 649.

⁵⁶⁴ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rz 1402.

künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.“⁵⁶⁵ Durch diese Rechtfertigungsgründe soll die Aufrechterhaltung zentraler Aspekte der nationalen „ordre public“, nichtwirtschaftlicher Natur gewährleistet werden.

Hinsichtlich der Lieferung von Waren, ist dies zum Beispiel die Warenverkehrsfreiheit.⁵⁶⁶ Mitunter verbietet die Warenverkehrsfreiheit dass bei der Beschaffung eines bestimmten Produkts, an dessen Herkunft angeknüpft wird. Dies würde eine unmittelbare Diskriminierung ausländischer Waren darstellen und daher unzulässig sein. Von potentiellen Unternehmen darf nicht verlangt werden, dass sie ein Produkt aus einem bestimmten Mitgliedsstaat verwenden.⁵⁶⁷ Auch sind sogenannte Lokalpräferenzen verboten. Darunter ist die unzulässige Vorgabe, dass sich der Auftragnehmer gewisser lokaler Produkte aber auch lokaler Personengruppen bedienen muss, zu verstehen.⁵⁶⁸

Aber auch eine mittelbare Diskriminierung von Waren, ist aufgrund der Warenverkehrsfreiheit unzulässig. Eine solche liegt vor, wenn eine an sich neutrale Regelung, im Ergebnis inländische Waren besser stellen würde. So wäre es zB unzulässig von Bietern bestimmte Produkte zu verlangen, die speziellen nationalen Normen entsprechen müssen, und dadurch de facto ausschließlich nationale Bieter zum Zug kommen könnten.⁵⁶⁹

Sobald gemeinschaftsrechtliche Standards vorliegen, kann von einer unterschiedslosen Wirkung ausgegangen werden, die die beteiligten Bieter in gleichem Maße treffen. Ein Export von Sozialstandards ist dadurch ausgeschlossen.⁵⁷⁰ Aus dem Verbot der handelsbeschränkenden Wirkung ergibt sich auch die Unzulässigkeit von unterschiedslos anwendbaren, nichtdiskriminierender Maßnahmen, falls aus diesen Maßnahmen eine handelsbeschränkende Wirkung resultiert. Dies wäre zB dann der Fall, wenn in der Ausschreibung ein namentlich genanntes Produkt verlangt würde, ohne die Möglichkeit einzuräumen, ein diesem Produkt vergleichbares anderes

⁵⁶⁵ Vgl Artikel 36 AEUV.

⁵⁶⁶ Senk, Gendersensibles Vergabeverfahren (2011), 60.

⁵⁶⁷ EuGH 22. März 1993, C-243/89, Storebaelt, Slg 1993, I-3353; EuGH 28. Oktober 1999, C-82/98, Alcatel Austria, Slg 1999, I-7671.

⁵⁶⁸ EuGH 20. März 1990, 21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA/Unita Sanitaria Locale, Slg 1990, I-889.

⁵⁶⁹ EuGH 22. September 1988, 45/87, Kommission/Irland, Slg 1988, 4929.

⁵⁷⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts und die Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 566 endg. 19.

Produkt anzubieten. Im Anlassfall wurden in Wahrheit zwar keine Unternehmer aus bestimmten MS bevorzugt, jedoch war der Umstand dass ein namentlich genanntes Produkt angeführt wurde, für vergleichbare Produkte anderer MS diskriminierend.⁵⁷¹ Umgelegt auf die Implementierung vergabefremder Zwecke zur Erreichung sozialer Ziele wäre daher ratsam auch Maßnahmen zuzulassen, die gleichwertig sind und dadurch zum selben Ergebnis führen.⁵⁷²

Als nächstes wird auf Artikel 62 AEUV referenziert, dieser betrifft die Dienstleistungsfreiheit.

Artikel 62 AEUV lautet: „Die Bestimmungen der Artikel 51 bis 54 finden auf das in diesem Kapitel geregelte Sachgebiet Anwendung.“

Das Kapitel auf das Artikel 62 AEUV Bezug nimmt, betrifft die Freizügigkeit, und den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr.

Artikel 51 AEUV lautet: „Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung. Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschließen, dass dieses Kapitel auf bestimmte Tätigkeiten keine Anwendung findet.“

Artikel 52 AEUV lautet: „Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Richtlinien für die Koordinierung der genannten Vorschriften.“

Artikel 53 AEUV lautet: „(1) Um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern, erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten. (2) Die schrittweise Aufhebung der Beschränkungen für die ärztlichen, arzttähnlichen und pharmazeutischen Berufe setzt die Koordinierung der Bedingungen für die Ausübung dieser Berufe in den einzelnen Mitgliedstaaten voraus.“

Artikel 54 AEUV lautet: „Für die Anwendung dieses Kapitels stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind. Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen

⁵⁷¹ EuGH 24. Jänner 1995, Rs C 359/93, UNIX, Slg 1995, I-157.

⁵⁷² Senk, Gendersensibles Vergabeverfahren (2011), 64.

Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.“

Handelt es sich um Bau oder Dienstleistungen wird unter Umständen die Dienstleistungsfreiheit berührt sein. Die Systematik ist hierbei dieselbe wie bei der Prüfung der Verletzung der Warenverkehrsfreiheit.

Die Dienstleistungsfreiheit⁵⁷³ soll EU Bürgern die Ausübung deren selbstständiger Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat ermöglichen.

Drei Fallkonstellationen sind dabei zu differenzieren. Einerseits sind jene Unternehmen geschützt, die ihre Dienstleistung grenzüberschreitend entweder persönlich erbringen oder ihre Dienstleistung auf sonstige Art übermittelt. Andererseits ist aber auch der Kunde geschützt, der sich eine Dienstleistung außerhalb seines Heimatstaates erbringen lässt. Der persönliche Anwendungsbereich erstreckt sich daher auf all jene natürlichen Personen, die Staatsangehörige eines MS sind und auf alle juristischen Personen, die nach dem Recht eines MS gegründet wurden und darüber hinaus auch tatsächlich und dauerhaft mit der Wirtschaft des MS in Verbindung stehen. Auch die Dienstleistungsfreiheit umfasst ein Diskriminierungsverbot sowie ein Beschränkungsverbot. Maßnahmen die zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung von Dienstleistungen aus anderen MS führen, sind demnach verboten. Ebenso sind auch nicht-diskriminierende unterschiedslos wirkende Maßnahmen dann verboten, wenn sie eine Beschränkung, Behinderung oder Unattraktivierung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen zur Folge haben.⁵⁷⁴ Kriterien die dazu führen, dass der Dienstleister zusätzliche administrative oder wirtschaftliche Aufwendungen hat, könnten in diesem Sinne dazu führen, dass die Dienstleistung aus einem anderen Mitgliedsstaat beschränkt, behindert oder unattraktiv werden.⁵⁷⁵ Auch die Verletzung der Dienstleistungsfreiheit kann unter Umständen gerechtfertigt sein, falls dies im Interesse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit geboten ist. Sofern eine Beschränkung verhältnismäßig, geeignet und erforderlich ist, lässt sich nach umstrittener Auffassung, eine Rechtfertigung auch unter Berufung auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses stützen.⁵⁷⁶ Die Systematik folgt jener der Warenverkehrsfreiheit, so wäre verboten, von einem Bieter oder einer Bieterin im Vergabeverfahren zu fordern, dass ein gewisser Teil des Auftrages von lokalen

⁵⁷³ Artikel 56 AEUV.

⁵⁷⁴ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rz 1512 ff.

⁵⁷⁵ EuGH 24. Jänner 2002, C-164/99, *Portugaia Construcoes Lda*, Slg 2002, I-787, Rz 18.

⁵⁷⁶ *Senk*, *Gendersensibles Vergabeverfahren* (2011), 67.

Unternehmen auszuführen sind.⁵⁷⁷ Ebenso sind sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Diskriminierung untersagt.

Artikel 51 und 52 AEUV betreffen die Niederlassungsfreiheit

Artikel 51 AEUV lautet: „Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung. Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschließen, dass dieses Kapitel auf bestimmte Tätigkeiten keine Anwendung findet.“

Artikel 52 AEUV lautet: „Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Richtlinien für die Koordinierung der genannten Vorschriften.“

Durch die Niederlassungsfreiheit wird allen Angehörigen der Mitgliedsstaaten das Recht gewährleistet, eine wirtschaftliche Tätigkeit durch Niederlassung auf jedem Gebiet der Europäischen Union auszuüben. Jeder EU Bürger und jede EU Bürgerin kann daher eine dauerhafte oder vorübergehende selbstständige Erwerbstätigkeit in einem Mitgliedsstaat ausüben und hierzu auch Unternehmen im anderen Staat gründen. Abzugrenzen ist die Niederlassungsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit dadurch, dass bei ersterer das Schwergewicht der Wirtschaftstätigkeit im aufnehmenden Staat liegt. Die Niederlassungsfreiheit umfasst ein Diskriminierungsverbot sowie ein Beschränkungsverbot. In diesem Sinne sind unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit bei der Niederlassung verboten. Das Beschränkungsverbot bezieht sich auf ein Verbot von unterschiedslos wirkenden Maßnahmen hinsichtlich der Aufnahme oder Ausübung von selbstständigen Erwerbstätigkeiten, sofern sie diese tatsächlich behindern. Gerechtfertigt kann eine solche Maßnahme nur dann sein, wenn zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses diese Maßnahmen erfordern und dazu noch verhältnismäßig sein.⁵⁷⁸

Auch diese Grundfreiheit ist in Bezug auf ihre Bedeutung im Vergaberecht als gering einzustufen.

⁵⁷⁷ Vgl. Ausführungen zu den Lokalpräferenzen zur Warenverkehrsfreiheit sowie EuGH 3. Juli 1992, 360/89, Kommission gegen Italien, Slg 1992, I-3401.

⁵⁷⁸ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rz 1478.

f. Besondere Verfahrensregeln IO/Drittstaaten/ Truppenaufenthalte

§ 10 Z 3 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht „für Vergabeverfahren, die anderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund des besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation durchgeführt werden“

§ 10 Z 4 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht „für Vergabeverfahren, die anderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund einer gemäß dem AEUV zwischen der Republik Österreich und einem oder mehreren Drittstaaten abgeschlossenen Übereinkunft über Lieferungen, Bauleistungen oder Dienstleistungen für ein von den Vertragsparteien gemeinsam zu verwirklichendes oder zu nutzendes Projekt durchgeführt werden, wobei der Europäischen Kommission (Kommission) der Abschluss jeder Übereinkunft mitzuteilen ist.“

§ 10 Z 5 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht „für Vergabeverfahren, die anderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund einer internationalen Übereinkunft im Zusammenhang mit dem Aufenthalt von Truppen, die Unternehmen eines Mitgliedstaates der EU oder eines Drittstaates betrifft, durchgeführt werden“

§ 9 Abs 1 Z 2 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Vergabeverfahren, die besonderen Verfahrensregeln einer internationalen Organisation unterliegen oder für Aufträge die auf Grund des besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation vergeben werden“

§ 9 Abs 1 Z 3 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Aufträge, die besonderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund einer zwischen der Republik Österreich und einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und einem oder mehreren Drittstaaten abgeschlossenen (internationalen) Übereinkunft oder Vereinbarung oder auf Grund einer zwischen der Republik Österreich und einem oder mehreren Drittstaaten abgeschlossenen (internationalen) Übereinkunft oder Vereinbarung vergeben werden,.“

§ 9 Abs 1 Z 4 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Aufträge, die besonderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund einer internationalen Übereinkunft oder Vereinbarung im Zusammenhang mit dem Aufenthalt von Truppen, die Unternehmen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Drittstaates betrifft, vergeben werden“

Das BVergG 2006 gilt daher nicht „für Vergabeverfahren, die anderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund des besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation durchgeführt werden. Es gilt auch nicht für Vergabeverfahren, die anderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund einer gemäß dem AEUV zwischen der Republik Österreich und einem oder mehreren Drittstaaten abgeschlossenen Übereinkunft über Lieferungen, Bauleistungen oder Dienstleistungen für ein von den Vertragsparteien gemeinsam zu verwirklichendes oder zu nutzendes Projekt durchgeführt werden, wobei der Europäischen Kommission

(Kommission) der Abschluss jeder Übereinkunft mitzuteilen ist. Weiters gilt das BVergG 2006 nicht für Vergabeverfahren, die anderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund einer internationalen Übereinkunft im Zusammenhang mit dem Aufenthalt von Truppen, die Unternehmen eines Mitgliedstaates der EU oder eines Drittstaates betrifft, durchgeführt werden.“⁵⁷⁹ Der Ausnahmetatbestand gliedert sich somit in drei Unterfälle.

Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Aufträge, die besonderen Verfahrensregeln einer internationalen Organisation unterliegen, oder für Aufträge, die auf Grund des besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation vergeben werden. Es gilt nicht für Aufträge, die besonderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund einer zwischen der Republik Österreich und einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union und einer oder mehreren Drittstaaten abgeschlossenen (internationalen) Übereinkunft oder Vereinbarung vergeben werden. Weiters gilt das BVergGVS 2012 nicht für Aufträge, die besonderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund einer internationalen Übereinkunft oder Vereinbarung im Zusammenhang mit dem Aufenthalt von Truppen, die Unternehmen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Drittstaates betrifft, vergeben werden.“⁵⁸⁰

Es musste davon ausgegangen werden, dass die Mitgliedsstaaten zum Zeitpunkt des EU Beitritts bereits bestehende internationale Verpflichtungen eingegangen waren und an diese gebunden sind. Hintergrund dieser Ausnahmebestimmung war daher zu vermeiden, dass die einzelnen Mitgliedsstaaten bei der Vergabe von Aufträgen in einen Konflikt hinsichtlich der Vorgaben der Vergaberichtlinien und der bestehenden internationalen Verpflichtungen geraten. Im ersten Anwendungsfall geht es um andere Verfahrensregeln bei denen besondere Verfahren internationaler Organisationen zu beachten sind. Das konkrete Vergabeverfahren muss in den Anwendungsbereich solcher anderer Verfahrensregeln fallen bzw. muss aufgrund einer internationalen Verpflichtung in Übereinstimmung mit diesen Regeln erfolgen. Der Begriff der internationalen Organisation ist im Lichte des Völkerrechts auszulegen. „Unter internationaler Organisation versteht man eine auf Dauer angelegte, mitgliedsstaatlich geprägte, dem Völkerrecht unterworfenene Verbindung von Völkerrechtssubjekten aufgrund einer völkerrechtlichen Willenseinigung, die gemeinsame Aufgaben hoheitlicher, nicht fiskalischer Natur mit eigenen Organen verfolgt. Das sind Organisationen mit Völkerrechtssubjektivität, bei denen nur Staaten oder andere

⁵⁷⁹ § 10 Z 3 bis 5 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁵⁸⁰ § 9 Abs 1 Z 2 bis 4 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

internationale Organisationen Mitglieder sein können.⁵⁸¹ Als Beispiele können hier die UNO mit all ihren Unterorganisationen angesehen werden oder die NATO, die EDA und OCCAR. Die internationale Organisation muss weder einen Sitz im EU Raum haben, noch ist es erforderlich, dass die Mitglieder dieser Organisation internationale besetzt sind. Somit sind auch internationale Organisationen denkbar, welche ausschließlich aus EU Mitgliedsstaaten bestehen. Zu beachten ist jedoch, dass ein Abschluss eines Neuvertrages oder der Beitritt zu einer internationalen Organisation nur dann zulässig ist, wenn dadurch keine mit dem Unionsrecht unvereinbaren Verpflichtungen eingegangen werden. Führt der Wortlaut „andere Verfahrensregelungen“ an, dann ist damit gemeint, dass die Verfahrensregeln der internationalen Organisation zwar vom Sekundärrecht abweichen dürfen, mit dem Primärrecht müssen die Neuregeln jedoch zwingend vereinbar sein. Das heißt, dass die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot weiterhin unantastbar sind. Neugründungen von internationalen Organisationen mit dem Ziel das Unionsrecht auszuhebeln, sind selbstredend unzulässig.⁵⁸²

Der zweite Anwendungsfall betrifft andere Verfahrensregeln aufgrund einer Übereinkunft mit Drittstaaten. Als Drittstaat im Sinne der zweiten Ausnahmebestimmung kommen nur solche Staaten in Frage, mit denen die Europäische Union oder einzelne Mitgliedsstaaten kein Abkommen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens abgeschlossen haben. Als Übereinkunft kann jeder Vertrag zwischen einem oder mehreren Mitgliedsstaaten mit einem oder mehreren Drittstaaten, daher alle internationalen Abkommen umfasst sein, unbeschadet des Umstandes welches staatliche Organ den Vertrag geschlossen hat. Die Ausnahme greift nur dann, wenn im Übereinkommen auch von den Vergaberichtlinien oder dem BVergG 2006 abweichende Verfahrensregeln bestehen. Ist dies nicht der Fall, ist das Vergaberecht anzuwenden. Die Formulierung „aufgrund einer gemäß dem AEUV abgeschlossenen Übereinkunft“ gibt einen Hinweis auf die Unzulässigkeit eines Abschlusses einer Übereinkunft, welche mit dem Unionsrecht unvereinbar ist. Für die Anwendung der Ausnahme ist auch unerheblich, wo der öffentliche Auftraggeber das Verfahren durchführt. Sei es im Inland, auf Unionsgebiet oder auf Drittstaatsgebiet, sobald die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind, ist das Vergaberecht heranzuziehen.⁵⁸³

⁵⁸¹ *Fruhmman*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 80 in Schramm/Aicher/Fruhmman, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵⁸² *Fruhmman*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 79 in Schramm/Aicher/Fruhmman, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵⁸³ *Fruhmman*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 85 in Schramm/Aicher/Fruhmman, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

Sobald die Voraussetzungen für die Heranziehung der Ausnahme erfüllt sind, scheidet eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts oder der Landesverwaltungsgerichte automatisch aus. Die Begründung einer Zuständigkeit einer Behörde durch privatrechtliche Vereinbarung ist unzulässig.⁵⁸⁴

Der Dritte Unterfall der Ausnahmebestimmung betrifft Vergabeverfahren die aufgrund einer internationalen Übereinkunft im Zusammenhang mit dem Aufenthalt von Truppen, anderen Verfahrensregeln unterliegen. Die Vergaberichtlinien sprechen zwar von der „Stationierung von Truppen“, nach dem Bundesverfassungsgesetz über die Neutralität Österreichs ist jedoch die Errichtung militärischer Stützpunkte fremder Staaten und die damit zusammenhängende Stationierung unzulässig. Aus diesem Grund erfolgte eine Abweichende Formulierung im BVergG 2006, indem der Wortlaut „Aufenthalt von Truppen“ gewählt wurde.⁵⁸⁵ Ein solcher Aufenthalt von Truppen erscheint heutzutage keinesfalls mehr als bedenklich, was auch darin zu sehen ist, dass ein eigenes Truppenaufenthaltsgesetz existiert. Bereits in den damaligen Erläuterungen aus dem Jahr 200/2001 war zu lesen, dass im Durchschnitt täglich ein Eisenbahntransport mit fremden Truppen durch Österreich fährt, Transporte auf der Straße stattfinden und zusätzlich in etwa 29 Überflüge täglich stattfinden.⁵⁸⁶ Fremde Truppen auf österreichischem Boden können, sofern nicht anders geregelt, dem österreichischen Recht unterliegen. In der Regel gibt es jedoch ein Übereinkommen, in dem der Status der fremden Streitkräfte in Österreich geregelt wird. Zum Beispiel regelt das „Partnership for Peace- Status of Forces Agreement (PfP-SOFA) den Status von NATO Truppen innerhalb Österreichs. Wenn nun fremde Streitkräfte zum Teil österreichischem Recht unterliegen, ist damit keinesfalls die Qualifikation dieser Streitkräfte als öffentliche Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006 verbunden. Im BVergG 2006 findet sich diesbezüglich auch keine Regelung, weshalb die fremden Streitkräfte auf ihre nationalen Vergabegesetze zurückgreifen müssen. Ein Hintergrund der Ausnahmeregelung ist die Aufrechterhaltung der bestehenden Versorgungsketten durch die entsendeten Truppen. In Zusammenschau mit dem Wortlaut, dass Unternehmen eines Mitgliedsstaates oder Drittstaates betroffen sein müssen, erscheint es erforderlich, dass die konkreten Unternehmen, auf die sich das Übereinkommen bezieht, auch explizit genannt werden müssen.

⁵⁸⁴ VwGH 12. Dezember 2007, 2006/04/0179 sowie BVA 28. April 1997, N-8/97.

⁵⁸⁵ *Fruhmann*, Ausnahmen vom Geltungsbereich, Rz 96 in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, (2009).

⁵⁸⁶ EBRV 428 BlgNR 21. GP 8.

Im Wesentlichen sind für alle drei Unterfälle zwei Voraussetzungen für die Inanspruchnahme relevant. Zum einen das Vorliegen einer internationalen Übereinkunft und zum zweiten andere Verfahrensregeln.

Zu den Ausnahmetatbeständen des oa BVergGVS 2012 als auch für die Ausnahmen aus dem BVergG 2006 ist auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gemäß Artikel 4 Abs 3 EUV hinzuweisen. „Die Mitgliedsstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner und besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben.“ Sie „unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.“ Daraus folgt gemäß der Rechtsprechung des EuGH zwingend, dass die Mitgliedsstaaten keine völkerrechtlichen Verpflichtungen eingehen dürfen, die Unionsrecht in irgendeiner Weise berühren oder gar gegen Unionsrecht verstoßen würden.⁵⁸⁷

g. Forschung und Entwicklung

10 Z 13 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht „für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, außer deren Ergebnisse sind ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit und die Dienstleistungen werden vollständig durch den Auftraggeber vergütet.“⁵⁸⁸

§ 9 Abs 1 Z 15 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, außer deren Ergebnisse sind ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit und die Dienstleistungen werden vollständig durch den Auftraggeber vergütet.“⁵⁸⁹

Forschung und Entwicklung sind wesentliche Grundlagen für die technische Weiterentwicklung der Industrie innerhalb der EU. Um dies zu unterstützen sollen die öffentlichen Dienstleistungsmärkte geöffnet werden. Die Begriffe finden sich nicht in den Begriffsbestimmungen zum BVergG 2006. Im allgemeinen Sprachgebrauch versteht man unter F&E einen Prozess, der darauf gerichtet ist Erkenntnisse zu gewinnen, Entdeckungen und Erfindungen zu machen. Es kann aber auch als Arbeiten an wissenschaftlichen Erkenntnissen angesehen werden, wobei unter „wissenschaftlich“ ein ernsthafter planmäßiger Versuch, die Wahrheit hinter einem Problem aufzudecken, gesehen werden kann. Forschung und Entwicklung dient aber

⁵⁸⁷ EBRV BlgNR 1513 24. GP.

⁵⁸⁸ § 10 Z 13 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁵⁸⁹ § 9 Abs 1 Z 15 BVergGVS 2012.

auch als Oberbegriff für Grundlagenforschung, industrielle Forschung, experimentelle Forschung und Entwicklung, etc. Da dem Begriff der F&E offenbar ein weites Begriffsverständnis innewohnt, reicht es aus festzulegen, dass als F&E Dienstleistung jede Dienstleistung gesehen werden kann, die darauf gerichtet sind neue Erkenntnisse zu gewinnen. Um welche Art der Forschung es sich dabei konkret handelt erscheint zweitrangig. Die F&E Dienstleistung sollte jedenfalls darauf ausgelegt sein, Prototypen oder Pilotprojekte zu entwickeln. F&E Leistungen im Zusammenhang mit Bau- oder Lieferleistungen sind nicht vom Ausnahmetatbestand erfasst, für diese Kategorien besteht die Möglichkeit, ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne Bekanntmachung durchzuführen. Der Begriff Forschung und Entwicklung findet jedoch weiters eine Definition in Art. 1 Z 27 der RL 2009/81/EG. Wie Erwägungsgrund 13 festhält, „umfasst die Grundlagenforschung experimentelle oder theoretische Arbeiten, die hauptsächlich dem Erwerb von neuem Grundlagenwissen über Phänomene oder beobachtbare Tatsachen ohne erkennbare direkte praktische Anwendungsmöglichkeiten dienen. Angewandte Forschung umfasst auch Originalarbeiten zur Erlangung neuer Erkenntnisse. Sie ist jedoch in erster Linie auf ein spezifisches praktisches Ziel oder einen spezifischen praktischen Zweck ausgerichtet. Experimentelle Entwicklung umfasst Arbeiten auf der Grundlage von vorhandenen, aus Forschung und/oder praktischer Erfahrung gewonnenen Kenntnissen zur Initiierung der Herstellung neuer Materialien, Produkte oder Geräte, zur Entwicklung neuer Verfahren, Systeme und Dienstleistungen oder zur erheblichen Verbesserung des bereits Vorhandenen.“ Der Begriff der Forschung und Entwicklung schließt die Herstellung und Qualifizierung von der Produktion vorausgehenden Prototypen, Werkzeug und Fertigungstechnik, Industriedesign oder Herstellung nicht ein (so der Erwägungsgrund).⁵⁹⁰

Folgende Voraussetzungen müssen nun zwingend und kumulativ vorliegen, um garantiert nicht unter diese Ausnahmebestimmung zu fallen. Zum einen müssen die Ergebnisse der F&E-DL in das ausschließliche Eigentum des Auftraggebers übergehen, der Auftraggeber die F&E-DL für seine ihm obliegenden Aufgaben benötigen und schließlich der Auftraggeber die F&E-DL vollständig vergüten. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist das Vergaberecht anzuwenden.

Sinn und Zweck der Ausnahmebestimmung ist es, den Geltungsbereich des BVergG auf die sogenannte „Auftragsforschung“ zu begrenzen.⁵⁹¹ Das heißt, für die Auftragsforschung gilt das Vergaberecht grundsätzlich uneingeschränkt. Nach den Materialien ist unter „Auftragsforschung“ die Vergabe von F&E-Dienstleistungen durch

⁵⁹⁰ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 32.

⁵⁹¹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 32.

einen öffentlichen Auftraggeber zu verstehen, die er „zur Erfüllung seiner ihm (zB gesetzlich) obliegenden Aufgaben benötigt oder benötigen kann“.⁵⁹² Dies wird bei Aufträgen durch das BMLVS der Fall sein müssen, da andere Tätigkeiten außerhalb dieser Bandbreite aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zulässig wären. Das Vergaberecht soll weiters nur solche F&E-Aufträge erfassen, die durch den Auftraggeber vollständig bezahlt und deren Ergebnisse ausschließliches (geistiges) Eigentum des Auftraggebers werden. Nicht vom BVergG erfasst werden sollen demgegenüber F&E-Aufträge, die aus „allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen erfolgen und daher nicht konkret auftragsbezogen sind“, wie die Grundlagenforschung und die Forschungsförderung.⁵⁹³ Die Ausnahme ist daher auch dann nicht anwendbar, wenn die Ergebnisse der F&E-DL in das ausschließliche Eigentum des BMLVS übergehen sollen und die F&E-DL vollständig durch BMLVS vergütet wird. Diese Elemente werden aus ho. Sicht in den meisten Fällen für das BMLVS obligatorisch sein, müssen allerdings kumulativ vorliegen, um den Ausnahmetatbestand nicht heranziehen zu können.

h. Zentrale Beschaffungsstellen

10 Z 14 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht „für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Liefer- oder Dienstleistungen“ die Bestimmungen des BVergG 2006 betreffend die klassische öffentliche Auftragsvergabe einhält.“⁵⁹⁴

10 Z 15 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht „für die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle durch Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen“ die Bestimmungen des BVergG 2006 betreffend die klassische öffentliche Auftragsvergabe einhält.“⁵⁹⁵

10 Z 19 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht „für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle eines anderen Mitgliedstaates der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Liefer- oder Dienstleistungen Verfahrensregeln eingehalten hat, die mit allen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG, in der Fassung der Richtlinie 2009/81/EG, im Einklang stehen und sofern gegen die Auftragsvergaben wirksame Rechtsbehelfe eingelegt werden können, die mit den Bestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG, in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG, im Einklang stehen.“⁵⁹⁶

10 Z 20 BVergG 2006 lautet: Das BVergG 2006 gilt nicht „für die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle eines anderen Mitgliedstaates der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR-

⁵⁹² EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 32.

⁵⁹³ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 32.

⁵⁹⁴ § 10 Z 14 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁵⁹⁵ § 10 Z 15 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁵⁹⁶ § 10 Z 19 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

Abkommens durch Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen Verfahrensregeln einhält, die mit allen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG, in der Fassung der Richtlinie 2009/81/EG, im Einklang stehen.“⁵⁹⁷

§ 9 Abs 1 Z 16 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen“ des BVergGVS 2012 befolgt hat.“⁵⁹⁸

§ 9 Abs 1 Z 17 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle eines anderen Mitgliedstaates der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Liefer- oder Dienstleistungen Verfahrensregeln eingehalten hat, die mit allen Bestimmungen der Richtlinie 2009/81/EG im Einklang stehen und sofern gegen die Auftragsvergaben wirksame Rechtsbehelfe eingelegt werden können, die mit den Bestimmungen der Richtlinie 2009/81/EG im Einklang stehen.“⁵⁹⁹

§ 9 Abs 1 Z 18 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle durch Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen“ des BVergGVS 2012 befolgt.“⁶⁰⁰

§ 9 Abs 1 Z 19 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle eines anderen Mitgliedstaates der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens durch Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen Verfahrensregeln einhält, die mit allen Bestimmungen der Richtlinie 2009/81/EG im Einklang stehen.“⁶⁰¹

§ 9 Abs 1 Z 20 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für die Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer europäischen öffentlichen Einrichtung als zentraler Beschaffungsstelle, sofern die europäische öffentliche Einrichtung bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen Verfahrensregeln befolgt hat, die mit allen Bestimmungen der Richtlinie 2009/81/EG im Einklang stehen und sofern gegen die Auftragsvergaben wirksame Rechtsbehelfe eingelegt werden können, die den in Titel IV der Richtlinie 2009/81/EG vorgesehenen Rechtsbehelfen vergleichbar sind.“⁶⁰²

§ 9 Abs 1 Z 21 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für die Beauftragung einer europäischen öffentlichen Einrichtung durch Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber, sofern die europäische öffentliche Einrichtung bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen Verfahrensregeln befolgt, die mit allen Bestimmungen der Richtlinie 2009/81/EG im Einklang stehen.“⁶⁰³

⁵⁹⁷ § 10 Z 20 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁵⁹⁸ § 9 Abs 1 Z 16 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁵⁹⁹ § 9 Abs 1 Z 17 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁶⁰⁰ § 9 Abs 1 Z 18 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁶⁰¹ § 9 Abs 1 Z 19 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁶⁰² § 9 Abs 1 Z 20 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁶⁰³ § 9 Abs 1 Z 21 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

Ziel der Regelungen ist im Wesentlichen jenes, dass Beschaffungen durch öffentliche Auftraggeber nur einmal dem wirtschaftlichen Wettbewerb ausgesetzt werden sollen, dem mit der einmaligen Durchführung eines Vergabeverfahrens ausreichend Rechnung getragen wird. Eine doppelte Ausschreibung eines einzigen Beschaffungsprojektes soll dadurch verhindert werden.

Zentrale Beschaffungsstelle ist gemäß § 2 Z 48 BVergG 2006 und dem gleichlautenden § 3 Z 44 BVergGVS 2012 ein öffentlicher Auftraggeber oder ein öffentlicher Auftraggeber eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens, der die Anforderungen des BVergG 2006 erfüllt und für andere öffentliche Auftraggeber bestimmte Waren oder Dienstleistungen erwirbt oder Aufträge vergibt oder Rahmenvereinbarungen über Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen abschließt. Allgemein ist zu diesen Ausnahmetatbeständen anzumerken, dass zwei grundlegende Modelle in Zusammenhang mit zentralen Beschaffungsstellen in Frage kommen. Das „Großhändlermodell“ ist auf Liefer- und Dienstleistungsaufträge beschränkt. Dabei beschafft die zentrale Beschaffungsstelle im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und verkauft die Waren bzw. Dienstleistungen anschließend an einen anderen öffentlichen Auftraggeber weiter. Das „Vollmachtsmodell“ umfasst Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen. Dabei vergibt die zentrale Beschaffungsstelle als „Vermittlerin“ bzw als vergebende Stelle Aufträge im fremden Namen und auf fremde Rechnung für einen anderen öffentlichen Auftraggeber. Die zentrale Beschaffungsstelle erbringt bei dieser Tätigkeit eine nicht auszuschreibende prioritäre Dienstleistung der „Durchführung eines Beschaffungsvorgangs“. Grundsätzlich kann jeder öffentliche Auftraggeber für jeden anderen öffentlichen Auftraggeber die Funktion einer zentralen Beschaffungsstelle übernehmen und dies auch in Konkurrenz zu anderen öffentlichen Auftraggebern und das auch wenn diese selbst als zentrale Beschaffungsstelle auftreten. In Österreich wurde die Bundesbeschaffung GmbH (BBG) als zentrale Beschaffungsstelle vor allem für den Bund geschaffen. Daneben gibt es auch noch das Bundesrechenzentrum, welches zentrale Beschaffungsagenden wahrnimmt. Voraussetzung dafür ist, dass die Tätigkeit als zentrale Beschaffungsstelle nachhaltig wahrgenommen wird. Eine einmalige Beschaffungstätigkeit macht einen öffentlichen Auftraggeber nicht automatisch zu einer zentralen Beschaffungsstelle. Eine vertragliche Verpflichtung, „die zentrale Beschaffungsfunktion auf Dauer und nicht bloß einmalig oder auf sehr kurze Zeit wahrzunehmen, genügt allerdings“ in der Regel.⁶⁰⁴ Bei der Ausübung der Tätigkeit als zentrale Beschaffungsstelle für andere

⁶⁰⁴ *Fruhmman* in Schramm/Aicher/Fruhmman, BVergG 2006 Kommentar².

öffentliche Auftraggeber muss die zentrale Beschaffungsstelle ihrerseits die Bestimmungen der Vergabegesetze einhalten. Über die Tätigkeiten der zentralen Beschaffung hinausgehende Leistungen sind grundsätzlich ausschreibungspflichtig. Das heißt, der Zukauf und die Weiterveräußerung iSd Großhändlermodells oder die Durchführung des Beschaffungsvorgangs im Rahmen des Vollmachtsmodells, sind ohne Ausschreibung zulässig, da sie dem Ausnahmetatbestand unterliegen. Darüber hinausgehende Leistungen seitens der zentralen Beschaffungsstelle für den öffentlichen Auftraggeber, wie zB ein Vertragscontrolling, wären aber grundsätzlich ausschreibungspflichtig.

Nach dem Wortlaut können neben Auftraggebern im Sinne der österreichischen Vergabegesetze, auch Auftraggeber entsprechend den Rechtsvorschriften eines anderen EU Mitgliedstaates oder einer sonstigen Vertragsparteien des EWR Abkommens und eben auch europäische öffentliche Einrichtungen zentrale Beschaffungsstellen im Sinne der Bundesvergabegesetze und demzufolge der Zugriff auf diese durch österreichische öffentliche Auftraggeber möglich sein. Als „europäische öffentliche Einrichtung“ kommt nicht nur die Europäische Verteidigungsagentur (EVA, EDA) in Betracht. „Europäische öffentliche Einrichtungen müssen von europäischen Institutionen oder dazu befugten Organen eingerichtet worden sein; internationale Organisationen fallen nicht unter diesen Begriff. Deshalb können die Gemeinsame Organisation für Rüstungskooperation (OCCAR – Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement) oder NATO Agenturen (wie insbes. die NATO Maintenance and Supply Agency - NAMSA) nicht als zentrale Beschaffungsstellen im Sinne des BVergGVS und der RL angesehen werden.“⁶⁰⁵

Zu beachten bei den beiden Modellen ist das jeweils anzuwendende Recht. Beim Großhändlermodell muss die zentrale Beschaffungsstelle, unerheblich ob in- oder ausländische zentrale Beschaffungsstelle, jenes Vergaberechts- und Rechtsschutzsystem anwenden, das in ihrem Staat Geltung hat und wodurch die Vergaberichtlinien umgesetzt wurden. Beim Vollmachtsmodell handelt die zentrale Beschaffungsstelle im Namen und auf Rechnung des öffentlichen Auftraggebers. Handelt es sich nun um eine ausländische zentrale Beschaffungsstelle oder sonstige öffentliche Einrichtung, hätte dies zu Folge, dass die zentrale Beschaffungsstelle oder ausländische Einrichtung das nationale Vergaberecht des öffentlichen Auftraggebers anwenden müsste. Dies erscheint weder zweckmäßig noch umsetzbar. Daher kann die zentrale Beschaffungsstelle eines Mitgliedsstaates ihr eigens nationales Vergaberecht

⁶⁰⁵ EBRV BlgNR 1513 24. GP

anwenden. Der Rechtsschutz muss allerdings in jenem Land gewährt werden, in dessen Namen die zentrale Beschaffungsstelle handelt, es gilt daher das österreichische Rechtsschutzsystem.

i. Sur-Place Beschaffungen

§ 9 Abs 1 Z 8 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Aufträge, die in einem Drittland vergeben werden, einschließlich ziviler Beschaffungen im Rahmen des Einsatzes von Streit- oder Sicherheitskräften außerhalb des Gebiets der Europäischen Union, wenn der Einsatz es erfordert, dass sie mit im Einsatzgebiet ansässigen Wirtschaftsteilnehmern geschlossen werden.“⁶⁰⁶

Der Ausnahmetatbestand ist für jene Fälle gedacht, in denen das ÖBH außerhalb der Grenzen der EU Operationen durchführt. In diesen Fällen soll es zulässig sein, falls dies der Einsatz erfordert, den Ausnahmetatbestand in Anspruch zu nehmen und Aufträge direkt ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens an ansässige Marktteilnehmer zu vergeben. Dies gilt nicht bloß für militärische Güter, sondern auch für zivile. Die Beschaffung muss in unmittelbarem Zusammenhang mit der Durchführung des Einsatzes stehen. Es handelt sich daher um Vorort-Beschaffungen (frz. „sur-place“ – „an Ort und Stelle“). Die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich ist zeitlich begrenzt auf die Dauer der Operation außerhalb des Gebietes der EU. Gäbe es diese Ausnahme nicht, müsste jeder Auftrag von Truppen die fernab operieren, in Österreich ausgeschrieben werden. Beschaffungen wie der „Ankauf von Wasser und Nahrungsmitteln, Bauleistungen zur Errichtung eines Camps, Leistungen für den Betrieb (Erhaltung, Reparatur) eines Camps, Bewachungsdienstleistungen durch ortsansässiges Personal Lagerung, Transport, Verteilung, Service und Entsorgung von Gütern, Personentransport, Gesundheitsdienstleistungen etc. können dadurch einfacher durchgeführt werden. Drittländer sind Staaten, die keine Mitgliedstaaten der Union bzw. sonstige Vertragsparteien des EWR sind. Der Einsatz der Streitkräfte muss daher zwingend außerhalb des Gebietes der EU liegen. Da keine näheren Erläuterungen bezüglich der Anforderungen an die im Einsatzgebiet ansässigen Wirtschaftsteilnehmer bestehen, können dies auch sowohl Unternehmen mit lokalen Eigentümerstrukturen aber auch Zweige oder Niederlassungen von (internationalen oder nationalen) Konzernen bzw. Unternehmen aus der EU sein. Die Beschaffung vor Ort muss einsatzbedingt, aus operationellen Gründen erforderlich sein. Hier ist jeder Einzelfall gesondert zu prüfen und ein strenger Maßstab anzulegen.

⁶⁰⁶ § 9 Abs 1 Z 8 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

j. Government to government Geschäfte

§ 9 Abs 1 Z 7 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Aufträge, die im Rahmen eines Kooperationsprogramms vergeben werden, das auf Forschung und Entwicklung beruht und von mindestens zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union für die Entwicklung eines neuen Produkts und gegebenenfalls die späteren Phasen des gesamten oder eines Teils des Lebenszyklus dieses Produkts durchgeführt wird. Beim Abschluss eines solchen Kooperationsprogramms allein zwischen Mitgliedstaaten teilen die Mitgliedstaaten der Europäischen Kommission (Kommission) den Anteil der Forschungs- und Entwicklungsausgaben an den Gesamtkosten des Programms, die Vereinbarung über die Kostenteilung und gegebenenfalls den geplanten Anteil der Beschaffungen je Mitgliedstaat mit.“⁶⁰⁷

Zum Begriff Forschung und Entwicklung entspricht die Regelung der Definition des Artikel 1 Z 27 der RL 2009/81/EG. Wie Erwägungsgrund 13 festhält, „umfasst die „Grundlagenforschung ... experimentelle oder theoretische Arbeiten, die hauptsächlich dem Erwerb von neuem Grundlagenwissen über Phänomene oder beobachtbare Tatsachen ohne erkennbare direkte praktische Anwendungsmöglichkeiten dienen. Angewandte Forschung umfasst auch Originalarbeiten zur Erlangung neuer Erkenntnisse. Sie ist jedoch in erster Linie auf ein spezifisches praktisches Ziel oder einen spezifischen praktischen Zweck ausgerichtet. Experimentelle Entwicklung umfasst Arbeiten auf der Grundlage von vorhandenen, aus Forschung und/oder praktischer Erfahrung gewonnenen Kenntnissen zur Initiierung der Herstellung neuer Materialien, Produkte oder Geräte, zur Entwicklung neuer Verfahren, Systeme und Dienstleistungen oder zur erheblichen Verbesserung des bereits Vorhandenen.“ Der Begriff der Forschung und Entwicklung schließt die Herstellung und Qualifizierung von der Produktion vorausgehenden Prototypen, Werkzeug und Fertigungstechnik, Industriedesign oder Herstellung nicht ein (so der Erwägungsgrund).“⁶⁰⁸

Zum Begriff des Lebenszyklusses kann auf die Erwägungen zur Verteidigungsrichtlinie RL 2009/81/EG zurückgegriffen werden. „Wie Erwägungsgrund 12 der RL festhält, schließen die in der Definition genannten Stadien (F&E, Reparatur, Modernisierung usw.) beispielsweise Studien, Bewertung, Lagerung, Transport, Integration, Wartung, Demontage, Zerstörung und alle weiteren Dienstleistungen nach der ursprünglichen Konzipierung ein. Einige Verträge können die Lieferung von Teilen, Bauteilen und/oder Bausätzen, die zum Einbau in die Produkte oder zur Befestigung an diesen bestimmt sind, und/oder die Lieferung von Spezialwerkzeug, Prüfvorrichtungen oder Hilfsmitteln umfassen.“⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ § 9 Abs 1 Z 7 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

⁶⁰⁸ EBRV BlgNR 1513 24. GP

⁶⁰⁹ EBRV BlgNR 1513 24. GP

Erwägungsgrund 28 führt zu dieser Regelung aus: „Die Mitgliedstaaten führen häufig Kooperationsprogramme durch, um neue Verteidigungsausrüstung gemeinsam zu entwickeln. Diesen Programmen kommt besondere Bedeutung zu, da sie die Entwicklung neuer Technologien und die Übernahme der hohen Forschungs- und Entwicklungskosten komplexer Waffensysteme erleichtern. Einige dieser Programme werden von internationalen Organisationen, insbesondere von OCCAR und von der NATO (über spezielle Agenturen) oder von Agenturen der Union wie der Europäischen Verteidigungsagentur verwaltet, die die Aufträge im Namen der Mitgliedstaaten vergeben. Derartige Aufträge sollten nicht unter diese Richtlinie fallen. Bei anderen derartigen Kooperationsprogrammen werden die Aufträge von den Auftraggebern eines Mitgliedstaats auch im Namen eines anderen Mitgliedstaat oder weiterer Mitgliedstaaten vergeben. Auch in diesen Fällen sollte diese Richtlinie nicht zur Anwendung kommen.“⁶¹⁰ Z 7 kommt im Kontext der Entwicklung einer wettbewerbsfähigen Europäischen Rüstungsindustrie (European Defence Technological and Industrial Base – EDTIB) große Bedeutung zu, da diese Ausnahme helfen soll Rüstungskooperationsprogramme zu fördern. Entscheidend und ausschlaggebend für die Anwendung der Z 7 ist, dass es sich um eine Kooperation zur Entwicklung eines „neuen“ Produktes handelt. Aus diesem Grund können daher Standardbeschaffungen (off-the-shelf) - selbst wenn nachfolgend Adaptionen zum anwenderspezifischen Gebrauch stattfinden - nie unter diese Ausnahmeregelung fallen. Aus dieser Voraussetzung folgt, dass das in Frage stehende Kooperationsprogramm jedenfalls eine F&E – Phase inkludieren muss (anderenfalls das daraus hervorgehende Produkt nicht „neu“ sein könnte), der unter Umständen („gegebenenfalls“) weitere Teile des Lebenszyklus des Produktes (wie etwa Produktion und Service) folgen können. Sind diese nachfolgenden Teile des Lebenszyklus im Kooperationsprogramm inkludiert, dann fallen sich darauf beziehende Beschaffungen ebenfalls unter die Ausnahme der Z 7. Daraus folgt jedoch, dass falls ein Auftraggeber zwar an der F&E – Phase teilnimmt, die nachfolgenden Beschaffungen aber getrennt und außerhalb des Kooperationsprogrammes durchführt, das BVergGVS auf diese getrennt durchgeführten Beschaffungen anwendbar ist. Wie Erwägungsgrund 28 hervorhebt, werden vielfach derartige Kooperationsprogramme durch spezialisierte Agenturen oder Organisationen wie OCCAR, NATO Agenturen oder die EDA organisiert und verwaltet. Bei Kooperationen zwischen Staaten ist auch oft das sog. „lead nation“ Modell anzutreffen (ein Staat tritt für mehrere Staaten als deren Vertreter auf). Z 7 beschränkt die Teilnahme an Kooperationsprogrammen nicht auf

⁶¹⁰ EBRV BlgNR 1513 24. GP

Mitgliedstaaten der EU, es kann somit Kooperationsprogramme mit und ohne Beteiligung von Nichtmitgliedstaaten geben. Aufgrund des Wortlautes der Z 7 ist jedoch Voraussetzung, dass es sich um eine echte Kooperation zwischen verschiedenen Staaten handeln muss (vgl. dazu auch den diesbezüglich klareren Wortlaut der englischen Fassung von Art. 13 lit. c der RL: „cooperative programme ... conducted jointly“). Dieses kooperative Konzept erfordert, dass die am Programm beteiligten Staaten nicht nur bloß gemeinsam Ausrüstung entwickeln und beschaffen, sondern eine Risikoaufteilung zwischen den Partnern ebenso stattfindet (insbesondere Aufteilung der technischen und finanziellen Risiken) wie eine gemeinschaftliche (partnerschaftliche) Leitung und Führung des Programmes. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass diese partnerschaftliche Beteiligung bestimmte Prozentsätze (bei der finanziellen Beteiligung) udglm. erreicht. Die EK hat angekündigt, bei der Beurteilung großes Gewicht auf die qualitative Ausgestaltung der Partnerschaft zu legen. Nur eine bloß symbolische (finanzielle oder sonstige) Beteiligung an einem nationalen Programm z.B. zur Entwicklung neuer Waffensysteme erfüllt die Voraussetzungen der Z 7 nicht. Ein Auftraggeber, der einem Kooperationsprogramm zu einer späteren Phase beitrifft (z.B. nach Abschluss der F&E – Phase) kann ebenfalls die Ausnahmeregelung der Z 7 für die weiteren Phasen des Lebenszyklus des neuen Produktes in Anspruch nehmen. Voraussetzung ist auch hier, dass er ein „echter“ Partner (siehe dazu oben) des Programmes wird. Dieser Beitritt wird entweder durch eine Übereinkunft oder eine Vereinbarung zwischen den bisherigen Mitgliedern des Programmes und dem neuen Partner fixiert, in dem bzw. der die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Mitglieder des Programmes festgelegt werden. Z 7 enthält weiters einen Notifikationsmechanismus (an die EK), der jedoch nur dann greift, wenn an diesem Kooperationsprogramm ausschließlich Mitgliedstaaten der EU beteiligt sind. Diese Mitteilung hat unmittelbar nach Abschluss des Kooperationsprogrammes oder nach Abschluss der Beitrittsvereinbarung zu einem Kooperationsprogramm zu erfolgen. Obwohl Z 7 keine Anforderungen an die Detailliertheit der an die EK zu übermittelnden Informationen enthält, folgt aus dem Zweck der Regel, dass der EK zumindest jene bzw. so genaue Informationen zu übermitteln sind, dass diese beurteilen kann, ob die Anwendungsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung vorliegen.“⁶¹¹

§ 9 Abs 1 Z 9 BVergGVS 2012 lautet: Das BVergGVS 2012 gilt nicht „für Aufträge, die der Bund, ein Land oder eine Gemeinde an die Regierung eines anderen Mitgliedstaates der EU, einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder eines Drittlandes vergibt, und die die Lieferung von Militärausrüstung oder sensibler Ausrüstung, in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausrüstung gemäß

⁶¹¹ EBRV BlgNR 1513 24. GP

lit a stehende Bau- und Dienstleistungen, oder Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder sensible Bauleistungen und sensible Dienstleistungen.“⁶¹²

Als Regierung iSd Richtlinie sind Organe zu verstehen, die eine Regierungsfunktion ausüben. Das entspricht der Tätigkeit und dem Befugnisumfang der obersten Leitung einer Gebietskörperschaft. Drittländer sind jene Länder, die keine Mitgliedstaaten der EU oder Vertragsparteien des EWR sind. Militärische Beschaffung erfolgt in Österreich ausschließlich durch das BMLVS, also durch den Bund. Einzige Anwendungsvoraussetzung für die Ausnahme ist, dass eine Beschaffung durch eine Gebietskörperschaft bei einer Regierung eines anderen Landes stattfindet. Es kann sich aber auch um eine gemeinsame Beschaffung von Gebietskörperschaften bei einer Regierung eines anderen Landes handeln. Es müssen jene vom Anwendungsbereich des BVergGVS 2012 erfassten Gütern beschafft werden. Als Beispiele wäre der Kauf von gebrauchten oder neuen Panzern, der Kauf von gebrauchten oder neuen Ersatzteilen für Militärausrüstung, die Nutzung von Flugsimulatoren für Kampfflugzeuge von ausländischen Streitkräften, Trainingsdienstleistungen für Truppenkörper etc. anzuführen.

H. Rüstungsbeschaffung in einem verdünnten Rechtsregime

4. Das verdünnte Vergaberechtsregime

a. Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

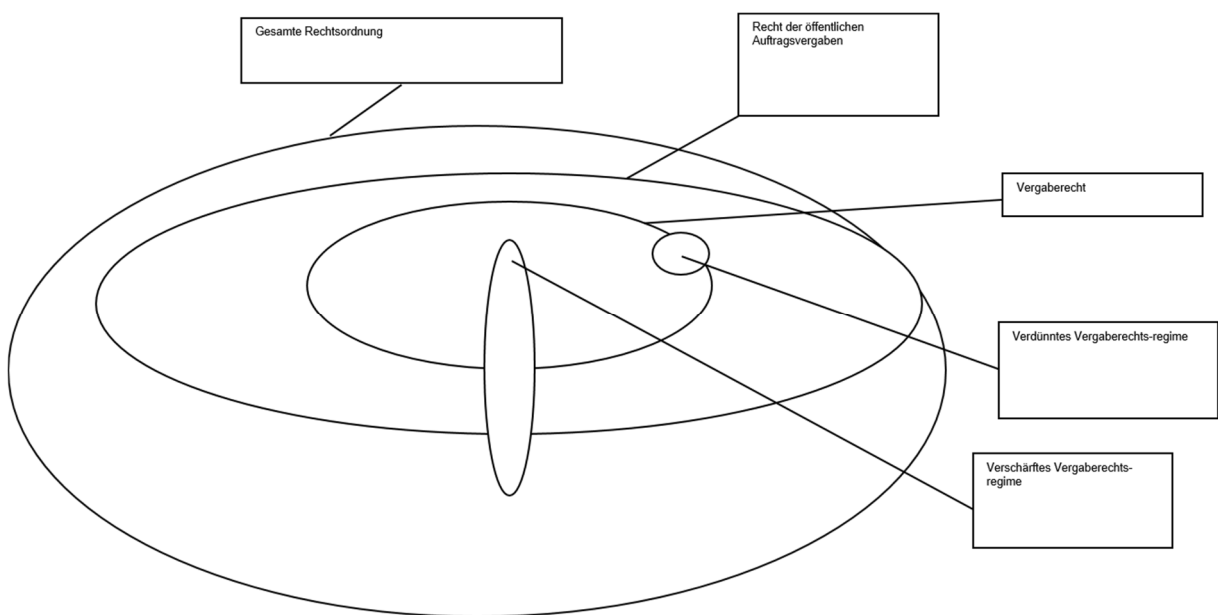
Das Vergaberecht unterlag einer erheblichen rechtshistorischen Entwicklung. Eingeflossen in den heutigen Vergaberechtsbestand sind dabei sowohl juristische aber auch wirtschafts- und sicherheitspolitische Überlegungen, beeinflusst durch die Entwicklung der Rechtslandschaft Europas und der Judikatur der nationalen und europäischen Höchstgerichte. Diese Einflüsse ergeben das Gesamttelos des Vergaberechts und ermöglichen Zweckbestimmungen einzelner Normen oder auch Rechtfertigungsgründe bestimmter legislatischer Maßnahmen zu erkennen. Aus dem gesicherten Normbestand im Vergaberecht heraus, kann schließlich die Idealfigur eines Rechts oder Regelwerks für die gesamte öffentliche Auftragsvergabe abgeleitet werden. Versucht man sich über den Normenbestand des Vergaberechts hinaus

⁶¹² § 9 Abs 1 Z 9 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

jegliche Rechtsnormen und Grundsätze vorzustellen, die einen regelnden Einfluss auf alle öffentlichen Auftragsvergaben haben, dann kann man diesen Rechtsbereich als das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe bezeichnen. Dieser große Bereich ist nicht mit dem Vergaberecht zu verwechseln, dieses ist nur ein Teil von diesem Gesamtsystem. Im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe enthalten ist zum einen das Vergaberecht, aber darüber hinaus auch oberste Rechtsgrundsätze des National- und Unionsrechts sowie andere Rechtsvorschriften, die einen Einfluss auf öffentliche Auftragsvergaben haben können. Manche wirken (zumindest teilweise) als Generalnorm bereits mittelbar über das Vergaberecht, andere haben direkte Wirkung. Betrachtet man nun dieses Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, dann lassen sich vier Ausprägungsformen oder Regelungsintensitäten bzw. Bereiche identifizieren. Innerhalb des Vergaberechts kann man einen Bereich erkennen, der sozusagen die Regeln für die Mehrzahl der im Vergaberecht genannten Verfahren beinhaltet. Es handelt sich dabei um den allgemeingültigen Bereich des Vergaberechts. Dies ist der am umfangreichsten geregelte Bereich, der sozusagen für die überwiegende Zahl der im Vergaberecht genannten Verfahren zur öffentlichen Auftragsvergabe (Offene Verfahren, Verhandlungsverfahren, etc.) die Regelungsinhalte vermittelt. Hier verklausuliert befinden sich auch die Kernelemente, also die Wesenselemente und die wesentlichen Ziele, somit das Telos des unionalen und nationalen Vergaberechts. Dann gibt es jenen Bereich im Recht der öffentlichen Auftragsvergaben, indem das Vergaberecht nicht gilt. In diesem Bereich gibt es jedoch oberste Rechtsgrundsätze des nationalen Rechts und des Unionsrechts, die aufgrund des Wegfalls des speziellen Regelungsbereichs des Vergaberechts, plötzlich wieder an Bedeutung gewinnen. Ebenso verhält es sich mit den anderen Rechtsvorschriften, die die Auftraggeber bei der öffentlichen Auftragsvergabe auch außerhalb des Vergaberechts in ihrem Verhalten beeinflussen bzw. binden (Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, etc.). Der dritte Bereich befindet sich an der Grenze zwischen dem allgemeinen Kernregelbereich des Vergaberechts und dem Bereich in dem das Vergaberecht nicht gilt. Dieser Bereich zeichnet sich dadurch aus, da dort das Vergaberecht in einem nur sehr eingeschränkten Maß Geltung hat und dadurch sozusagen die strengen Regeln des allgemeinen Vergaberechts stark verdünnt sind. Als vierter Bereich verbleibt nun jener, der nicht bloß vom Vergaberecht geregelt ist, sondern durch vergabefremde Faktoren beeinflusst wird. Diese vergabefremden Faktoren kommen nicht aus dem Rechtsbereich des Vergaberechts, sondern sind durch Elemente der vergabefremden Gesamtrechtsordnung beeinflusst und unterliegen dadurch im Vergleich zum restlichen Vergaberecht einem verschärften Regime.

Das Vergaberecht definiert den strengen Bereich der Vergaben unter dem Regime der Richtlinie, und den nahezu gleich strengen Bereich der Vergaben unter dem rein nationalen Regime, das internationale Vergaberecht ist dabei bereits integriert in diese beiden Rechtsregionen (EU und national). Ab gewissen Betragsgrenzen in Verbindung mit weiteren Bedingungen, erfolgen gewisse erleichternde Abstriche von diesen strengen Regelungsregimen. Im Wesentlichen dreht es sich dabei um eine Rechtfertigung hinsichtlich der Binnenmarktrelevanz.

Bereiche des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe



Es gibt somit innerhalb des Vergaberechts Konstellationen, in denen von einem sogenannten „verdünntem Vergaberechtsregime“ Gebrauch gemacht werden kann. In diesem Fall befindet sich das Beschaffungsvorhaben zwar innerhalb des Vergaberechts, jedoch sind die im Grunde sehr restriktiven Regelungen des Vergaberechtskernbereichs, in derart abgeschwächter Form heranzuziehen, dass sie beinahe nicht mehr erkennbar erscheinen. Abhängig von unterschiedlichen Faktoren ist es in diesen Fällen möglich, das Beschaffungsvorhaben mit den erleichterten Instrumentarien der Direktvergabe, dem frei gestaltbaren Verfahren, der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, dem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder dem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung, mitunter mit bloß einem Unternehmen abzuwickeln. Allen diesen Verfahren ist gemein, dass sie zwar im Vergaberecht angeführt werden, jedoch nur sehr beschränkte

Mindestanforderungen erfüllen müssen. Diese Mindestanforderungen sind sehr rudimentär determiniert, und sind in vielen Fällen Kann-Bestimmungen.

b. Verfahren im verdünnten Vergaberechtsregime

Das verdünnte Vergaberechtsregime umfasst eine Reihe von Verfahren innerhalb des Vergaberechts, durch welche eine gegenüber den normalen Verfahren eine in wesentlichen Aspekten erleichterte öffentliche Auftragsvergabe möglich ist. Das verdünnte Vergaberechtsregime umfasst die Direktvergaben, frei gestaltbare Verfahren und Verfahren ohne öffentliche Bekanntmachung. Sowohl der Ausnahmereich des Vergaberechts als auch das verdünnte Vergaberechtsregime benötigen aus unions- und verfassungsrechtlichen Überlegungen stets eine sachliche Rechtfertigung ihrer Anwendung. So wie die Direktvergaben derzeit geregelt sind, kann sehr leicht der Anwendungsbereich des Primärrechts und der Grundfreiheiten eingeschränkt werden. Ein derartiger Eingriff ist die Abkehr von den gemeinschaftsrechtlichen Pflichten ist jedoch nur dann zulässig, wenn dies durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden kann, dies auch geeignet erscheint um das Ziel zu erreichen, und zusätzlich das gelindeste Mittel hinsichtlich der Zielerreichung darstellt. Betrachtet man die Freiräume bei der Direktvergabe, erscheint ein im wesentlichen unregelmäßiger Bereich vorzuliegen. Jegliche Ziele die das Vergaberecht eigentlich verfolgt, die Wesenselemente die dem Vergaberecht innewohnen, erscheinen bei Aufträgen bis zu 100.000 € bzw. 75.000 € grundsätzlich disponibel. Der Normtext erklärt in diesem Sinne zuerst wesentliche Teile des Vergaberechts für nicht anwendbar. In einem weiteren Schritt erfolgt der Hinweis, dass trotz grundsätzlicher Nichtgeltung des Vergaberechts, die Grundsätze des Vergabeverfahrens einzuhalten sind. Das erscheint etwas verwirrend und bedürfte meines Erachtens einer sachlichen Rechtfertigung. Als wesentlich in diesem Zusammenhang erscheint, dass es sich bei der Direktvergabe um ein gewollt formfreies vereinfachtes Verfahren handelt. Dies zeigt auch der eingeschränkte Geltungsbereich der Vergabegesetze für Direktvergaben. Sie sind nur dann zulässig, wenn sich der geschätzte Auftragswert zwischen 0 und 100.000 € befindet, genauer gesagt „wenn der Auftragswert 100.000 € nicht erreicht“. Der gesetzliche Schwellenwert für Direktvergaben lag eigentlich zu Beginn bei 40.000 €. Erst in weiterer Folge erfolgte eine Erhöhung auf 100.000 € durch eine Schwellenwertverordnung. Der Wortlaut der Norm spricht ausdrücklich von Zulässigkeit, es besteht daher keine Verpflichtung eine Direktvergabe durchzuführen, wenn das Beschaffungsvorhaben einen geschätzten Auftragswert innerhalb dieses

Bereichs aufweist. Aus der Judikatur des EuGH ergibt sich für gegenständliches Thema an dieser Stelle bereits ein wertvoller Anhaltspunkt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die Grundsätze des Unionsrechts auch im verdünnten Vergaberechtsregime vor allem dann bindend, wenn ein Beschaffungsvorgang eine Relevanz innerhalb des Binnenmarktes aufweist. Orientiert man sich an der Vergabepaxis, erscheint die Binnenmarktrelevanz hinsichtlich seiner Bedeutung von eher untergeordneter Relevanz. Wie man aus verschiedenen Daten ableiten kann, wird in den meisten Fällen grundsätzlich vom Nichtvorliegen einer Binnenmarktrelevanz ausgegangen. Dies erscheint auch nachvollziehbar, da der Gesetzestext mit keinem Wort die Notwendigkeit der Erhebung einer Binnenmarktrelevanz regelt. Aus dem Normtext ergibt sich keine Verpflichtung zur Prüfung der Binnenmarktrelevanz. Dessen Erfordernis kann jedoch durch eine Gesamtzusammenschau aller unionsrechtlichen Normen mit dem nationalen Vergaberecht abgeleitet werden.

Im dritten Abschnitt des BVergGVS 2012 versteckt sich ein nicht ausdrücklich bezeichnetes weiteres Verfahren.⁶¹³ Es wird aufgrund der freien Gestaltungsmöglichkeit in weiterer Folge als „frei gestaltbares Verfahren“ bezeichnet. Im BVergG 2006 findet dieses Verfahren keine Entsprechung. Liegt der geschätzte Auftragswert unter 400.000 €, dann können sowohl Bau-, Liefer- und prioritäre Dienstleistungsaufträge in diesem speziellen Verfahren vergeben werden. Es kann frei gestaltet werden und muss den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundsätzen entsprechen und es ist das Diskriminierungsverbot zu beachten. Der Gesetzestext normiert, dass „soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, Aufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben sind.“ Wenn aufgrund dieser Beurteilung eine Bekanntmachung erforderlich ist, muss diese im dafür vorgesehenen Publikationsmedium veröffentlicht werden. Die Verfügbarkeit der Unterlagen muss zumindest bis Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist gewährleistet sein. Übersteigt der geschätzte Auftragswert 200 000 Euro, sind einige weiterführende Angaben verpflichtend. Hierbei handelt es sich um die Bezeichnung des Auftrages, die Kategorie der Leistung und deren Gegenstand, einen Hinweis auf eine allfällige behördliche Entscheidung für die Zulässigkeit einer Tätigkeit in Österreich. Von einer Bekanntmachung kann aber auch Abstand genommen werden, sofern im konkreten frei gestaltbaren Verfahren auch die Voraussetzungen für ein Verfahren ohne vorherige

⁶¹³ § 30 BVergGVS 2012.

Bekanntmachung vorliegen würden. Für das frei gestaltbare Verfahren gelten wie bei der Direktvergabe nur Teile des BVergGVS 2012. So gelten die Bestimmungen über den Regelungsgegenstand, die Kollisionsregeln sowie die Begriffsbestimmungen exklusive der Regelung über gesondert anfechtbare sowie nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen. Im frei gestaltbaren Verfahren gilt jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers, als gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Bestimmungen über die Auftraggeber sowie die Auftragsarten im Sinne des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs und die Abgrenzungsregelungen gelten ebenso. Weiters gelten die Ausnahmen vom Geltungsbereich sowie die Bestimmungen über Schwellenwerte und den geschätzten Auftragswert. Aufgrund der zuvor erwähnten Bindung an die unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundsätze gelten auch die Grundsätze des Vergabeverfahrens, die diesen Bereich betreffen. Bei der Direktvergabe sind die Bestimmungen hinsichtlich der Möglichkeit zur Rücksichtnahme auf die Umweltgerechtigkeit oder auf sozialpolitische Ziele von der Anwendung ausgeschlossen. Im frei gestaltbaren Verfahren können derartige Ziele berücksichtigt werden. Es gelten auch die Bestimmungen die Bewerber und Bieter betreffen sowie für geschützte Werkstätten und integrative Betriebe einschlägig sind. Für das frei gestaltbare Verfahren gilt als zulässige Übermittlungsmethode Faxübermittlung oder elektronische Übermittlung, in begründeten Ausnahmefällen brieflich. Minder bedeutsame Informationen können auch telefonisch erfolgen. Die Kommunikationsmittel die ausgewählt werden, dürfen nicht diskriminierend sein. Für die Auftraggeber sind ebenso die Bestimmungen über statistische Verpflichtungen sowie Mitteilungs- und Berichtspflichten an die Kommission bindend. Bei Bekanntmachungen ist der CPV Code zu verwenden. Für das frei gestaltbare Verfahren gelten die Grundsätze von Ausschreibungen bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich sowie die Bestimmungen zu Bekanntgabe von Widerrufsentscheidungen, Stillhaltefristen und der Unwirksamkeit des Widerrufs. In Bezug auf die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters, lautet die Bestimmung im frei gestaltbaren Verfahren so, dass diese spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen muss. Falls deren Leistungsfähigkeit ausreicht, können auch an solche Unternehmen Aufträge vergeben werden, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, das Unternehmen sich in Liquidation befindet oder es seine gewerbliche Tätigkeit einstellt. Den im Verfahren verbliebenen Bietern muss nachweislich mitgeteilt werden, wer den Zuschlag am Ende des Vergabeverfahrens erhalten wird. Gleichzeitig ist das jeweilige Ende der Stillhaltefrist bekannt zu geben, jene Gründe, die zur Ablehnung des Angebotes geführt haben sowie den Gesamtpreis und die Merkmale und Vorteile des

erfolgreichen Angebotes. Von der Bekanntgabe dieser Informationen kann aber auch abgesehen werden, falls öffentliche Interessen oder berechnigte Geschäftsinteressen von Unternehmen dem entgegenstehen würden. Ebenso kann davon abgesehen werden, wenn die Bekanntgabe dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. Jedenfalls keine Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung besteht, wenn der Zuschlag dem einzigen im Verfahren verbliebenen Unternehmen erteilt werden soll oder dringliche bzw zwingende Gründe im Sinne des § 25 Z 3, 4 oder 13 BVergGVS 2012 vorliegen. Vor Ablauf der Stillhaltefrist darf der Zuschlag keinesfalls erteilt werden. Sie beträgt im frei gestaltbaren Verfahren sieben Tage und beginnt ab dem Tag der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Konsequenz einer Zuschlagserteilung innerhalb der Stillhaltefrist ist die absolute Nichtigkeit des Zuschlages. Das Vergabeverfahren kann auch widerrufen werden, sofern hierfür sachliche Gründe bestehen. Der Widerruf kann entweder sofort erklärt werden oder aber auch vorweg eine Widerrufsentscheidung mitgeteilt oder bekannt gemacht werden. Das Gesetz ordnet an, dass sofern „dies möglich ist“, die Widerrufsentscheidung den im Verfahren verbliebenen Unternehmen entweder mitzuteilen ist oder im Internet bekannt zu machen ist. Die Mitteilung hat in jedem Fall nachweislich und unverzüglich zu erfolgen. Auch der Widerruf darf nicht innerhalb der Stillhaltefrist von sieben Tagen ab Mitteilung der Widerrufsentscheidung oder erstmaliger Verfügbarkeit im Internet erklärt werden. Sobald die Stillhaltefrist abgelaufen ist, muss die Widerrufserklärung auf demselben Weg erklärt werden wie die die Widerrufsentscheidung. Ist dies nicht möglich, dann ist die Widerrufserklärung im Internet bekannt zu machen. Der vergebene Auftrag ist spätestens innerhalb von 20 Tagen nach Zuschlagserteilung im dafür vorgesehenen Publikationsmedium bekannt zu machen.

„Bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung wird, nachdem einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages bekannt gemacht wurde, und nach Einholung von einem oder mehreren Angeboten, eine Leistung formfrei von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.“⁶¹⁴ Liegt der geschätzte Auftragswert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unter 130.000 € oder bei Bauaufträgen unter 500.000 €, dann ist eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zulässig. Auch hier ist aufgrund des Wortlautes nicht von einer Verpflichtung auszugehen. Bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung besteht ebenfalls ein eingeschränkter Geltungsbereich der Vergabegesetze. Darüber hinaus gelten die Bestimmungen

⁶¹⁴ Vgl § 25 Abs 11 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF. und § 23 Abs 8 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

betreffend die Übermittlung von Informationen und Unterlagen. Weiter gelten die grundsätzlichen Bestimmungen über die Beendigung eines Vergabeverfahrens sowie eine Bestimmung die festlegt, dass es als Widerrufserklärung gilt, wenn der Auftraggeber das Verfahren nicht durch Zuschlag beendet und auch nicht fortführt und dies von der Kommission festgestellt wird. Wie der Name bereits vermuten lässt, sind Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung, bekannt zu machen. Die Bekanntmachung hat zumindest die Bezeichnung des Auftraggebers, den Leistungsgegenstand und den Erfüllungsort sowie die Leistungsfrist anzuführen. Das Verfahren muss ausdrücklich als Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bezeichnet werden und es ist anzuführen, wo weiterführende Informationen verfügbar sind. Das Verfahren kann ein oder auch mehrstufig durchgeführt werden. Dabei sind durch den Auftraggeber Kriterien festzulegen, anhand eine allfällige Bewerberauswahl durchgeführt werden kann bzw. mit denen das erfolgreiche Angebot ermittelt werden soll. Diese Kriterien müssen objektiv sein, dürfen keinesfalls diskriminierend wirken und müssen auch mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Der Auftraggeber hat allen Teilnehmern sowie allen Bietern mitzuteilen, wer den Zuschlag erhalten hat. In dieser Mitteilung ist der Gesamtpreis anzugeben. In Bezug auf die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters, lautet die Bestimmung für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung so, dass diese spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen muss. Falls deren Leistungsfähigkeit ausreicht, können auch an solche Unternehmen Aufträge vergeben werden, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, das Unternehmen sich in Liquidation befindet oder es seine gewerbliche Tätigkeit einstellt. Ein etwaiger Widerruf ist den Teilnahmewerbern und Bietern unverzüglich bekannt zu geben.

Unter bestimmten Voraussetzungen können Beschaffungsvorhaben im Wege eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, also ohne Transparenzverpflichtung vergeben werden: "Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden."⁶¹⁵ Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist im Anwendungsbereich des BVergGVS 2012 zulässig, wenn entweder ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder ein wettbewerblicher Dialog durchgeführt wurden, jedoch kein oder kein geeignetes Angebot bzw. keine Bewerbung abgegeben wurde,

⁶¹⁵ Vgl § 25 Abs 6 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF. und § 23 Abs 4 BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012 idgF.

und die Bedingungen des ursprünglichen Auftrages auch nicht grundlegend geändert werden. Diese Bestimmung findet sich ebenso im BVergG 2006. Anstatt der hier angeführten Verfahren, normiert das BVergG 2006 jedoch, dass ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nur dann zulässig ist, wenn ein offenes oder nicht offenes Verfahren erfolglos blieb. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Verfahrensarten der beiden Vergabegesetze nicht deckungsgleich sind.⁶¹⁶ Gemäß BVergGVS 2012 ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung weiter zulässig, wenn die Angebote nicht ordnungsgemäß sind oder nur unannehmbare Angebote abgegeben werden. Unannehmbare Angebote in diesem Sinn sind Angebote von für unzulässig erklärten Arbeits- oder Bietergemeinschaften, von auszuschließenden oder nicht geeigneten Bietern, unzulässige Alternativangebote oder Angebote bei denen der Subunternehmer abgelehnt wird oder die Subunternehmerleistung abzulehnen ist. In diesem Fall ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden. Zusätzlich darf der Auftraggeber nur jene befugten, zuverlässigen und leistungsfähigen Unternehmer einbeziehen, die oder deren Angebote in den erfolglos gebliebenen Verfahren nicht ausgeschlossen wurden und die Angebote auch den vergaberechtlichen Bestimmungen über Angebote entsprochen haben. Ebenfalls nur gemäß BVergGVS 2012 zulässig sind Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, wenn „dringliche Gründe auf Grund von Krisensituationen es nicht zulassen, die im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vorgeschriebenen Fristen oder die gemäß § 55 verkürzten Fristen einzuhalten.“ Sowohl gemäß BVergGVS 2012 als auch BVergG 2006 ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig, wenn „dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die [im erfolglosen Verfahren] vorgeschriebenen Fristen oder die verkürzten Fristen einzuhalten, oder wenn der Auftrag aus technischen Gründen oder auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann.“ Sowohl gemäß BVergGVS 2012 als auch gemäß BVergG 2006 ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig, wenn der Leistungsgegenstand in Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen liegt oder in einem Lieferauftrag liegt, der ausschließlich zu Forschungs- und Entwicklungszwecken vergeben wird. Sowohl gemäß BVergGVS 2012 als auch gemäß BVergG 2006 ist ein

⁶¹⁶ Vgl § 28 Abs 2 Z 1, 29 Abs 2 Z 1 und 30 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig, wenn zusätzliche Lieferungen von einem Unternehmer bezogen werden sollen, bei dem derartige Lieferungen bereits bezogen wurden. Der Zweck dieser zusätzlichen Lieferungen muss darin liegen, die bereits bezogenen Leistungen zumindest teilweise zu erneuern oder ursprüngliche Leistungen zu erweitern. Diese Vorgehensweise ist nur dann zulässig, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers zur Folge hätte, dass Leistungen mit unterschiedlichen technischen Merkmalen beschafft werden müssten und daraus eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung bedeuten würde. Die Laufzeit solcher Nachbeschaffungen darf gemäß BVergG 2006 in der Regel drei Jahre nicht übersteigen, gemäß BVergGVS 2012 darf die Laufzeit im Ausnahmefall sogar länger als fünf Jahre sein. Ähnliche Bestimmungen gelten für den Bereich der Bau- und Dienstleistungen. Börsennotierte Waren können sowohl gemäß BVergGVS 2012 als auch BVergG 2006 im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung beschafft werden. Sowohl gemäß BVergGVS 2012 als auch gemäß BVergG 2006 können Waren im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung beschafft werden, wenn es sich um solche handelt, die „zu besonders günstigen Bedingungen von einem Unternehmer beschafft werden können, der seine Geschäftstätigkeit endgültig einstellt, oder von einem Verwalter oder Liquidator im Rahmen eines Insolvenzverfahrens oder eines in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der anderen Mitgliedstaaten der EU oder der sonstigen Vertragsparteien des EWR-Abkommens vorgesehenen gleichartigen Verfahrens erworben werden können.“ Sowohl gemäß BVergGVS 2012 als auch BVergG 2006 ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig, wenn es sich um die Wiederholung gleichartiger Bau- oder Dienstleistungen handelt. Dabei muss der Auftrag an denselben Auftragnehmer vergeben werden, der bereits den ursprünglichen Auftrag erhalten hat. Die Bau- oder Dienstleistungen müssen seinem Grundentwurf entsprechend dem ursprünglichen Auftrage sein, wobei dieser ursprüngliche Auftrag in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder im Wege eines wettbewerblichen Dialoges vergeben worden sein muss. Die Möglichkeit der Verwendung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung muss bereits in der ersten Ausschreibung enthalten gewesen sein. Der Zeitraum seit der Letztvergabe darf gemäß BVergG 2006 nicht länger als drei Jahre zurück liegen, gemäß BVergGVS 2012 fünf. Im Erstauftrag muss das Neuvorhaben in Bezug auf den geschätzten Auftragswert Berücksichtigung gefunden haben. Gemäß BVergGVS 2012 ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig, wenn es sich

um Aufträge handelt, die in Verbindung mit der Bereitstellung von „Luft- und Seeverkehrsdienstleistungen für Streit- oder Sicherheitskräfte, die im Ausland eingesetzt werden oder eingesetzt werden sollen, wenn der Auftraggeber diese Dienste bei Unternehmern beschaffen muss, die die Gültigkeit ihrer Angebote nur für so kurze Zeit garantieren, dass die Frist für das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, oder die gemäß § 55 verkürzten Fristen nicht eingehalten werden können.“ Zu beachten ist, dass trotz der ausdrücklichen Benennung eines Verfahrens als Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung, in Wahrheit eine Direktvergabe vorliegt, wenn das Verfahren nur mit einem Unternehmen durchgeführt wird, die Auftraggeber sich keinen entsprechenden Marktüberblick verschafft haben, keine Vergleichsangebote eingeholt wurden, kein Leistungsverzeichnis erstellt wurde und auch keine Verhandlungen geführt wurden.⁶¹⁷

c. Kritik am verdünnten Vergaberechtsregime

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, sind die Grundsätze des Unionsrechts auch außerhalb des Vergaberechts anzuwenden. Für das verdünnte Vergaberechtsregime muss im Umkehrschluss eine stärkere Bindung an diese Grundsätze bestehen. Weist ein Beschaffungsvorgang eine Relevanz innerhalb des Binnenmarktes auf, kommt zusätzlich das Primärrecht zur Anwendung. Entweder geschieht dies über die Vergaberichtlinien, oder ansonsten unmittelbar. Darunter fallen insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot. Aus dem Transparenzgebot ergibt sich in diesem Zusammenhang eine Verpflichtung zu einem angemessenen Grad an Öffentlichkeit, der das Beschaffungsvorhaben dem Wettbewerb zugänglich macht und so auch einen effektiven Rechtsschutz sicherstellt. Es muss möglich sein festzustellen, ob das Vergabeverfahren unparteiisch nach objektiven Kriterien durchgeführt wurde. Besteht daher hinsichtlich eines Beschaffungsvorhabens auch nur die Möglichkeit eines potentiellen grenzüberschreitenden Interesses von Unternehmen, muss dem Transparenzgebot unter Umständen auch bei kleinen Aufträgen nachgekommen werden. Bei jedem Beschaffungsvorhaben ist daher als Vorprüfung festzustellen, ob im konkreten Einzelfall ein potentielles grenzüberschreitendes Interesse vorliegen könnte. Erscheint ein potentielles grenzüberschreitendes Interesse möglich, muss auch eine Direktvergabe im Einzelfall mit vorheriger Transparenz (ex ante

⁶¹⁷ UVS Stmk vom 14. November 2005, 44.15-6/2005.

Transparenz) ausgestattet werden. In diesem Fall wäre eine Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung unzulässig. Bei der Beurteilung ob ein potentielles grenzüberschreitendes Interesse vorhanden sein könnte, sind nach der Rsp des EuGH der geschätzte Auftragswert, Ort der Leistungserbringung, Ort der Leistungsnutzung sowie Besonderheiten in Bezug auf die Leistung in Zusammenschau zu bringen. Demnach ist am wahrscheinlichsten von einem potentiellen grenzüberschreitenden Interesse auszugehen, je höher der geschätzte Auftragswert ist, je näher der Ort der Leistungserbringung oder Leistungsnutzung an der Staatsgrenze liegt und je spezifischer der Leistungsgegenstand ist. Jedenfalls von einem grenzüberschreitenden Interesse ist in dem Fall auszugehen, wenn ausländische Unternehmer Interesse bekunden oder freiwillig EU weit bekannt gemacht wird.

Nach den Materialien geht das Vergabegesetz in Bezug auf die Sachlichkeit der getroffenen Regelung davon aus, dass unterhalb der Betragsgrenzen die Durchführung eines Vergabeverfahrens in Zusammenschau mit dem Wert der Leistung ökonomisch unvertretbar ist, da mit vergleichbar massiven Beschaffungskosten zu rechnen wäre. Bereits zum BVergG (1993) und dem BVergG 1997 wurde seitens der Bundesregierung pauschal argumentiert, dass aus Gründen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit es sachlich geboten erscheint, Aufträge mit geringerem Auftragsvolumen einem dementsprechend geringeren Vergaberegime zu unterwerfen und somit den Aufwand bei der Vergabe zu minimieren. Demnach wäre es objektiv nachvollziehbar, wenn man derartige Aufträge mit geringem Auftragsvolumen, nicht dem aufwendigen, den Vergaberichtlinien entsprechendem Verfahrens- und Rechtsschutzsystem unterwirft. Diesem unterworfen sollen ausschließlich jene Aufträge werden, die eine messbare Auswirkung auf die Volkswirtschaft bzw. potentielle Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb der EU und auf den Binnenmarkt haben. Derartige Auswirkungen werden schließlich erst dort angenommen, wo die unionsrechtlich festgelegten Schwellenwerte überschritten werden. Die Erläuterungen zur Schwellenwertverordnung selbst führen an, dass die Auftragsvergaben im Bereich zwischen 40.000 und 100.000 € im Jahr 2010 allein in Österreich 700 Mio. € ausgemacht haben. Meines Erachtens ist davon auszugehen, dass 700 Mio € eine messbare Auswirkung auf die österreichische Volkswirtschaft haben. Es liegt im freien Ermessen der Auftraggeber, ob sie nun in das verdünnte Vergaberegime optieren oder nicht. Es liegt ebenfalls im freien Ermessen der Auftraggeber, wen sie mit der Leistungserbringung beauftragen. Das Vergaberecht nimmt zumindest hierzu keine Regelung vor. Wohl ist anerkannt, dass das verdünnte Vergaberechtsregime ohne Wettbewerbspflicht in einem Spannungsverhältnis zu den

im Vergaberecht verankerten Grundsätzen der Leistungsvergabe steht. Es mangelt an der Verpflichtung zum Wettbewerb, es gibt keine Chancengleichheit für potentiell interessierte Unternehmen, mangels Dokumentationsverpflichtung und mangels Begründungspflicht auch keine Transparenz und darüber hinaus erscheinen derartige Vergaben auch aus diesen Gründen vollkommen unnachvollziehbar. Innerhalb des Vergaberechts wird dieses Spannungsverhältnis der Einfachheit halber mit der lex Specialis Regelung gelöst. Demnach kommen die allgemeinen Grundsätze der Vergabeverfahren nur dann zum Tragen, wenn die speziellen Regelungen zum verdünnten Regime den Grundsätzen entgegenstehen würden. Die Spezialregelungen würden in diesem Sinne die Grundsätze aushebeln. Dies erscheint meines Erachtens überhaupt keine ausreichende Begründung zu sein, um jene verfassungsrechtlichen Vorgaben aufzugeben, welche dazu geführt haben, dass innerhalb des Vergaberechts allgemeine Grundsätze aufgenommen wurden. Diese allgemeinen Grundsätze ergeben sich unmittelbar aus der Grundrechtsjudikatur zum Gleichheitssatz und den Diskriminierungsverboten. Nach ständiger Rechtsprechung des OGH gilt im Verhältnis zwischen öffentlichen Auftraggebern als Träger von Privatrechten zu den Bietern der Gleichbehandlungsgrundsatz. Bieter dürfen in diesem Sinne nicht ohne sachliche Begründung unterschiedlich behandelt werden. Dies muss mE auch für potentiell interessierte Unternehmen gelten. Ohne Verpflichtung zum Wettbewerb mangelt es an Chancengleichheit für potentiell interessierte Unternehmen und da keine Dokumentationsverpflichtung und Begründungspflicht herrscht, kann auch nicht von einem transparenten Staatshandeln gesprochen werden. Für diese Intransparenz erscheint meines Erachtens keine sachliche Begründung vorzuliegen.

Fest steht in diesem Zusammenhang, dass hinsichtlich der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die Beurteilung der Binnenmarktrelevanz, kein adäquater Determinierungsgrad vorliegt und somit von einer wesentlichen Rechtsunsicherheit auszugehen ist. Grundfreiheiten schützen nicht bloß die tatsächlich am Vergabeverfahren interessierten oder teilnehmenden Unternehmen, sondern vor allem auch bloß potentiell interessierte Unternehmen oder Bieter. Die Frage ist, wann die Binnenmarktrelevanz einer Auftragsvergabe definitiv verneint werden kann. Als Maßstab der Beurteilung wurden durch den EuGH zwar Kriterien wie Auftragswert, geografische Lage des Ortes der Leistungserbringung, die Eigenart der nachgefragten Leistung, etc. entwickelt, aber weder die Kommission noch EuGH konnten bisher klare Vorgaben machen, wie diese Festlegung genau erfolgen soll. Keine Binnenmarktrelevanz dürften jene Aufträge haben, denen eine bloß geringe wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Aber auch hierzu mangelt es an klaren

zahlenmäßigen Vorgaben, wo eine derartige Bagatellgrenze liegen könnte. Folgt man den bisherigen Andeutungen der Kommission bzw. Einzelurteilen des EuGH, dann liegt eine derartige Grenze bei in etwa 10-20% der unionsrechtlichen Schwellenwerte. Das heißt, die überwiegenden Auftragsvergaben des Bundes wären dann aus Sicht der Kommission und des EuGH binnenmarktrelevant, wenn der geschätzte Auftragswert im Baubereich bis ca. 500.000 € im Liefer- und Dienstleistungsbereich je nach Auftraggeber bis 26.000 € oder 40.000 € liegt. Ab dieser zahlenmäßigen Grenze ist vielleicht davon auszugehen, dass die Auftragsvergabe auf dem europäischen Binnenmarkt von wirtschaftlicher Relevanz für europäische Unternehmen sein könnte. Das heißt, für Unternehmen aus dem EU Raum werden Auftragsvergaben außerhalb ihres Sitzlandes, ab dieser Grenze vermutlich von Interesse. Ein weiterer Aspekt, der zusätzlich noch von Bedeutung ist, dürfte jenes Maß sein, ab dem die Kosten und der Aufwand für eine Beschaffung außer Verhältnis zum erlangten Nutzen steht. Hier sind wohl die Beschaffungskosten, also die Kosten der Durchführung eines Verfahrens gemeint. Gerät dieses Verhältnis zu sehr aus den Fugen, könnte darin eine Rechtfertigung liegen, von den Grundsätzen des Vergaberechts Abstand zu nehmen.

Für mich persönlich sind diese Überlegungen, der Gedankengang sowie die daraus gezogenen Folgerungen vor allem aus Sicht der heutigen Zeit, nicht annähernd nachvollziehbar. Wie erwähnt sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, die Grundsätze des Unionsrechts auch für Vergaben außerhalb des Vergaberechts, daraus sich ergebend auch jedenfalls im verdünnten Vergaberechtsregime und vor allem auch dann, wenn ein Beschaffungsvorgang eine Relevanz innerhalb des Binnenmarktes aufweist, von Bedeutung. Diese angesprochenen Grundsätze sind vor allem der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot. Aus dem Transparenzgebot ergibt sich eine Verpflichtung zu einem angemessenen Grad an Öffentlichkeit, der das Beschaffungsvorhaben dem Wettbewerb zugänglich macht und so auch einen effektiven Rechtsschutz sicherstellt. Von diesen Grundsätzen abgewichen werden darf dann, wenn ein potentiell Interesse von Unternehmen anderer EU Mitgliedsstaaten ausgeschlossen werden kann oder wenn das Verhältnis zwischen Aufwand des Vergabeprozesses und erzielter Nutzen nicht rechtfertigbar ist. In den Bereichen der Bau- und Dienstleistungen fällt es nicht schwer, sich ein gedankliches Konstrukt vorzustellen, bei dem es für Bauleister und Dienstleister in irgendeinem entfernten Land vermutlich auch nicht einmal in einem potentiellen Interesse sein wird, sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen, bei dem die Leistungserbringung weit entfernt vom eigenen Sitzort wäre und gleichzeitig ein niedriges Auftragsvolumen mit erwartbar niedriger Gewinnspanne vorliegt. In

Österreich existiert kein Ort, der viel weiter als 200 km von der Staatsgrenze entfernt ist. Bringt man die Maximalentfernungen mit jenen Auftragswerten in Zusammenschau, bei denen gemäß Kommission und EuGH kein potentiell Interesse zu erwarten ist (Baubereich bis ca. 500.000 €, Liefer- und Dienstleistungsbereich je nach Auftraggeber bis 26.000 € oder 40.000 €), erscheint diese Vorwegnahme des Desinteresses nicht nachvollziehbar. Die derzeitige nationale Regelung normiert überhaupt, dass bis 100.000 € eine Direktvergabe zulässig ist. Der Umstand, dass mangels ausreichend klarer gesetzlicher Vorgaben, keine Prüfung der Binnenmarktrelevanz durchgeführt wird, erscheint meines Erachtens als allseits bekannt qualifiziert werden zu müssen. Weiters erscheint es meines Erachtens ebenso fraglich, ob das Verhältnis zwischen Aufwand des Vergabeprozesses und erzieltm Nutzen nicht rechtfertigbar sein kann. Als wesentlicher Eckpfeiler reflektiert sich der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot in seiner vergaberechtlichen Ausformung des Transparenzgebotes. Erst ab dem Zeitpunkt, in dem potentielle Interessenten die Möglichkeit haben, von einer beabsichtigten Auftragsvergabe durch einen öffentlichen Auftraggeber gleich welchen EU Mitgliedsstaates Kenntnis zu erlangen, erst ab dann wird deren Möglichkeit effektiven Rechtsschutz zu erlangen, Rechnung getragen und dadurch deren Rechtsschutzbedürfnis in ausreichendem Maß geschützt. In diesem Zusammenhang darf angemerkt werden, dass meines Erachtens selbst eine EU weite Auftragsbekanntgabe in seinem Aufwand, in keinem denkbaren Fall dazu führen kann, um ein Abweichen von den Grundsätzen des EU Rechts zu rechtfertigen. Hinzu kommt, dass bereits ab einer Wertgrenze von 130.000 € das Regime des strengen Oberschwellenbereichs zur Anwendung kommt. Man kann in diesem Sinne daher nicht mehr Differenzieren zwischen Direktvergabe ohne Wettbewerb und Transparenz, dem stark normierten Bereich des unterschwelligen nationalen Vergaberechts und dem sehr strengen Oberschwellenbereich der Vergaberichtlinien. Dem Unterschwellenbereich ist daher in diesem Sinne der Anwendungsbereich vollkommen entzogen.

Meine These lautet aus diesen Gründen, dass dem verdünnten Vergaberechtsregime eine ausreichende sachliche Rechtfertigung vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes und der Grundsätze des Unionsrechts entbehrt. Dementsprechend gehe ich davon aus, dass sich aus der Gesamtsystematik des derzeitigen Vergaberechts ableiten lässt, dass jegliche Rechtfertigungsgründe die in das verdünnte Vergaberechtsregime führen, unsachliche Scheinargumente (gar Schutzbehauptungen) vorgeben. Kann man dieser These folgen, würde das mE dazu führen, dass generell jegliche unter das verdünnte Regime fallende Sachverhalte eigentlich in das System des strengen Vergaberechtsregimes analog dem

Unterschwellenbereich überzuleiten wären. Viele derzeit nicht dem Vergaberecht unterliegenden Sachverhalte fielen danach mE zwingend zumindest unter das Regime des derzeitigen verdünnten Vergaberechtsregimes. Dies ergibt sich mE daraus, dass das derzeitige verdünnte Regime bereits all jene Mindeststandards vorgibt, die für die Effektivität der grundrechtlichen Bindung der öffentlichen Verwaltung und für einen wirksamen Individualrechtsschutz zwingend erforderlich sind. Meines Erachtens reflektiert sich in der Gesamtsystematik des Vergaberechts, der historischen Entwicklung und der diesbezüglichen Judikatur ein eindeutiges Motivbild. Nämlich jenes von einem Wechselspiel notwendiger rechtlicher Kompromisse in der Wechselwirkung zwischen massiven politischen und wirtschaftlichen Interessenslagen und notwendigen, weil sachlich ansonsten gar nicht mehr argumentierbar, legislativen Maßnahmen. Anders lässt es sich nicht erklären, warum die Pforte in das verdünnte Regime beginnend bei der Festlegung von der offensichtlichen Hausnummer 40.000 € per Verordnung auf 100.000 € angehoben wurde. Die Verordnung wird seither jedes Jahr kurz vor Weihnachten auf ein weiteres Jahr verlängert und explizit darauf hingewiesen, dass erwartet werde, dass dieser Vorgehensweise vermutlich bald durch die EU-Kommission ein Riegel vorgeschoben werde. Dies gilt nur für das BVergG 2006, im BVergGVS 2012 erfolgte die Festlegung gleich im Gesetzestext auf 75.000 €. Von der Verordnung ist diese Schwelle nicht betroffen.

I. Rechtsschutz

1. Allgemeines zum Rechtsschutz

Das Verwaltungshandeln obliegt grundsätzlich der richterlichen Überprüfung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des VfGH. Diese Gerichtsbarkeit erstreckt sich jedoch, von einer teilweisen Flexibilisierung durch die „Verwaltungsgerichtsbarkeit neu“ abgesehen, ausschließlich auf hoheitliches Verwaltungshandeln. Im Gegensatz dazu unterliegt die Privatwirtschaftsverwaltung der Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte. Die Legitimation für eine Klage erfordert einen Anspruch einer Partei auf ein bestimmtes Handeln von Verwaltungsorganen. Da jedoch im Bereich der nicht-hoheitlichen Verwaltung oft kein Rechtsanspruch auf ein bestimmtes privatrechtliches Handeln des Staates besteht, ist in gewissen Bereichen ein Rechtsschutzdefizit lokalisierbar.⁶¹⁸

⁶¹⁸ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 238, FN1.

2. Aktueller Befund zum Rechtsschutz

Die rechtliche Kontrolle über die Hoheitsverwaltung wird in ihrer Gesamtheit im 7. Hauptstück des B-VG unter den Garantien der Verfassung und Verwaltung zusammengefasst. Als Instrumente werden an dieser Stelle die Verwaltungsgerichte bestehend aus dem Bundesverwaltungsgericht, dem Bundesfinanzgericht und den Landesverwaltungsgerichten, sowie VwGH und VfGH angeführt.⁶¹⁹ Es wird daher davon ausgegangen, dass um ein gesetzmäßiges Handeln der öffentlichen Verwaltung zu gewährleisten, es einer effektiven Verwaltungsgerichtsbarkeit bedarf.⁶²⁰ Diese ist in Österreich seit 1.1.2014 zweistufig organisiert, sie besteht aus den Verwaltungsgerichten und dem VwGH. Bereits nach den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) hat jede Person einen Anspruch, dass über seine zivilrechtlichen Ansprüche und betreffend einer strafrechtlichen Anklage, durch ein unabhängiges, unparteiisches, gesetzlich berufenes Organ entschieden wird.⁶²¹ Sowohl gegen Bescheide, als auch Akten der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt bzw bei Verletzung der Entscheidungspflicht steht primär die Beschwerde an das zuständige Verwaltungsgericht offen. Nur im Gemeindebereich ist das System des zweistufigen Instanzenzuges für den eigenen Wirkungsbereich weiter aufrecht, wobei dies aber durch den Materiengesetzgeber auch ausgeschlossen werden kann.⁶²² Die Verfahren der neuen Gerichtsbarkeit sind im Verwaltungsgerichts-Verfahrensgesetz (VwGVG) geregelt. Gemäß Artikel 130 Abs 1 B-VG erkennen die neuen Verwaltungsgerichte gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden, gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (Maßnahmenbeschwerde), bei Säumigkeit von Verwaltungsbehörden sowie gegen Weisungen an Schulbehörden.⁶²³ Als Anknüpfungspunkt für eine mögliche Kontrolle der Hoheitsverwaltung ist das Vorliegen einer bekämpfbaren Rechtssatzform der Verwaltung wie zB einer Verordnung, eines Bescheides, der AuvBZ oder einer Weisung.⁶²⁴ Bescheid idS ist dahingehend auszulegen, dass darin ein „Akt einer Verwaltungsbehörde gegenüber individuell bestimmten Personen zu sehen ist, der konkrete Verwaltungsangelegenheiten in einer der Rechtskraft fähigen Weise normativ regelt, er also für den Einzelfall bindend die Gestaltung oder Feststellung von Rechtsverhältnissen zum Inhalt hat, ob er nun unter Einhaltung der von den

⁶¹⁹ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht².

⁶²⁰ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), 283.

⁶²¹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 645.

⁶²² Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 651.

⁶²³ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), 287.

⁶²⁴ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht², Rz 1056.

Verwaltungsvorschriften für die Bescheiderlassung aufgestellten Voraussetzungen erlassen worden ist oder nicht“.⁶²⁵

Was unter Maßnahme zu verstehen ist, erscheint im Lichte der bisherigen Rechtsprechung des VfGH zu Artikel 130 Abs 1 Z 2 B-VG als jeder „nicht bescheidförmige individuelle Akt der Hoheitsverwaltung, der mit Absicht in subjektive Rechte einer betroffenen Person eingreift“.⁶²⁶ Eine mögliche Problematik in Zusammenhang mit der Frage ob es sich bei einer polizeilichen Maßnahme nicht bloß um schlichtes Verwaltungshandeln handelt wurde im SPG dahingehend entgegnet, indem Beschwerden für zulässig erklärt werden, bei denen eine Rechtsverletzung auf andere Weise als durch die Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt im Bereich der Sicherheitsverwaltung erfolgte. Untätigkeit der Behörde ist aber keine Ausübung von Befehls oder Zwangsgewalt. Hinsichtlich einer Informationsweitergabe ist zB weder eine Untätigkeit noch die unbefugte Weitergabe als Befehls oder Zwangsgewalt zu sehen. Die Säumnisbeschwerde knüpft direkt an eine Entscheidungspflicht, die sich aus einem Bescheidverfahren ergibt. Daher kann nur derjenige ein solches Rechtsmittel erfolgreich geltend machen, der einen Anspruch auf die Erlassung eines Bescheides hätte. Andere Formen der Untätigkeit, zB in Zusammenhang mit Realakten, sind kein zulässiger Gegenstand einer Säumnisbeschwerde und können daher durch eine solche nicht erzwungen werden.⁶²⁷ Auch hier erkennt man diese in den Vorüberlegungen bereits angedeutete „Typengebundenheit“ des österreichischen Beschwerderechts, welches zB im Bereich der EMRK oder des Unionsrechts nicht existiert.

Artikel 130 Abs 2 B-VG normiert allerdings die Möglichkeit eine fakultative Zuständigkeit für zB nicht typgebundenes Verwaltungshandeln. Darunter fallen zumindest Akte der schlichten Hoheitsverwaltung.⁶²⁸ Bei entsprechender bundes- oder landesgesetzlicher Regelung, könnte daher auch sonstiges hoheitliches Handeln der Verwaltung einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich gemacht werden. In diesem Sinne wird das in Österreich herrschende System der Verwaltungskontrolle auch als „System des Typenzwangs mit Öffnungsklausel“ bezeichnet.⁶²⁹ Von dieser Öffnungsklausel wurde bisher soweit bekannt erst zweimal Gebrauch gemacht, in

⁶²⁵ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 655 mit Verweis auf VfSlg 19.622/2012, VfGH 2.10.2013, B 879/2013.

⁶²⁶ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 656 mit Verweis auf VfSlg 18.366/2008 und 19.563/2011.

⁶²⁷ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 657.

⁶²⁸ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 658.

⁶²⁹ *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht², Rz 1056.

§ 88 Abs 2 SPG und in § 54 Abs 2 MBG.⁶³⁰ Denkbare Anwendungsfälle dieser beiden Öffnungen wären zB die Beschwerde beim zuständigen Verwaltungsgericht gegen eine bloße Beschimpfung durch einen Polizisten oder Soldaten.

Der Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung obliegt weiterhin der Kontrolle durch die ordentlichen Zivilgerichte, wobei hier als hervorstechende Ausnahme der Bereich des Vergaberechts zu nennen ist. In diesem Bereich herrscht ein auf bundes- und landesgesetzlicher Grundlage bestehendes Rechtsschutzsystem welches eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet.⁶³¹

Im Bereich der Grundrechtsbindung darf natürlich der VfGH nicht vergessen werden. Eine detaillierte Darstellung würde den Rahmen sprengen, jedoch sind zumindest nicht hoheitliche Begehren kurz zu beleuchten. Denkbare nicht hoheitliche Begehren wären zB vermögensrechtliche Ansprüche gegenüber dem Staat. Hierzu bestimmt Artikel 137 B-VG, dass „der Verfassungsgerichtshof über vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbänden“ erkennt, die „weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind“. Den Rechtsunterworfenen steht in diesem Fall die Klage beim VfGH offen. Diesbezüglich ist die Rechtslage allerdings differenziert zu betrachten. Einerseits gebührt in manchen Fällen eine Geldsumme erst dann, wenn der Anspruch dem Grunde und der Höhe nach mittels Bescheid konstituiert wurde und idS ein Anspruchstitel besteht. Zur Durchsetzung eines solchen Anspruches kommt primär die Bekämpfung der Säumnis des Bescheides in Frage. Wurde ein derartiger Bescheid bereits erlassen und bleibt die Behörde trotz alledem untätig, ist das Verfahren nach der Rsp des VfGH in seine Liquidierungsphase eingetreten und kann der Geldbetrag direkt beim VfGH eingeklagt werden. In anderen Fallkonstellationen entspringt der Anspruch direkt aus dem Gesetz und ist daher ein anspruchsbegründender Bescheid nicht erforderlich. In diesen Fällen reicht ein formfreier Antrag bei der Behörde um den Geldbetrag innerhalb von 14 Tagen fällig zu stellen, um sich in weiterer Folge direkt an den VfGH wenden zu können. Vermögensrechtliche Ansprüche iSd Art 137 B-VG sind extensiv zu verstehen, es kann sich daher um Rückzahlungsbegehren aus Geldstrafen oder auch um einen Anspruch auf Herausgabe einer zu Unrecht beschlagnahmten Sache handeln. Von Säumnisschutz bezüglich nicht normativer Handlungen in der Hoheitsverwaltung kann

⁶³⁰ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht², Rz 1068.

⁶³¹ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht², Rz 1056.

also nur insoweit ausgegangen werden, als im Fall der Nichtvornahme der beantragten Tätigkeit die Behörde mit Bescheid zu entscheiden wäre.⁶³²

3. Sekundärrechtsschutz

Das bisher Gesagte beschreibt das System des Primärrechtsschutzes. Dieser zielt darauf ab, rechtswidriges Verwaltungshandeln zu korrigieren und gegen rechtmäßiges Verwaltungshandeln zu ersetzen. In vielen Fällen erscheint es jedoch nicht nur angebracht, das rechtswidrige Handeln zu beseitigen, sondern auch geboten, jene nachteiligen Folgen auszugleichen, die daraus dem Betroffenen resultieren.⁶³³ Als wirkungsvolle Instrumente seien hier die Amts- und Staatshaftung zu nennen. Fügen Verwaltungsorgane dem Einzelnen in Vollziehung der Gesetze rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden zu, dann haften die Gebietskörperschaften für diese Schädigung im Rahmen der Amtshaftung gemäß Artikel 23 Abs 1 B-VG. Die Ansprüche sind vor den ordentlichen Gerichten im Wege des Amtshaftungsgesetzes geltend zu machen. Haftungsbegründende Verhaltensweisen können in Hoheitsakten wie Bescheiden, VO, AuvBZ sowie in schlicht hoheitlichen Handlungen wie „fehlerhafte Rechtsauskunft“ oder „behördliche Warnmeldung“ liegen. Nicht haftungsbegründend im Regime des Amtshaftungsrechts sind jedoch grundsätzlich Handlungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung.⁶³⁴ Hier ist allerdings anzumerken, dass der OGH bei der Anwendung des AHG von den hier erwähnten Zuordnungskriterien nach Maßgabe des verwendeten Mittels abweicht. Für ihn ist daher zur Einordnung ob hoheitlich oder privatwirtschaftlich nicht entscheidend, welcher Handlungsform sich die staatliche Stelle bedient. Amtshaftung kommt zwar nur in Vollziehung der Gesetze in Betracht, der OGH legt dieses Verständnis allerdings sehr weit aus. IdS zieht er jene Beurteilungskriterien zur Zuordnung heran, die der VfGH für die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und nicht hoheitlicher Verwaltung entwickelt hat, somit grundsätzlich jede „typisch staatliche Aufgabe“, die „im Dienste der Erreichung hoheitlicher Ziele“ vollbracht wird.⁶³⁵

Wichtig ist die Bezugnahme des Amtshaftungsregimes auf Handlungen von Verwaltungsorganen. Legislatives Unrecht ist daher von diesem Anwendungsbereich nicht erfasst. Es hat sich allerdings in der Rechtsprechung des EuGH der Begriff der

⁶³² B. Raschauer in Holoubek/Lang, Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit¹ (2011), 275.

⁶³³ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht², Rz 1057.

⁶³⁴ Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht², Rz 1058.

⁶³⁵ Kahl zu Art 17 B-VG in Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2013), Rz 17.

Staatshaftung als allgemeiner Rechtsgrundsatz durchgesetzt. Demnach haftet der innerstaatliche Gesetzgeber für Schäden am Einzelnen, die durch unionsrechtswidrige legislative Handlungen entstanden sind.

4. Volksanwaltschaft

Zumindest in jenem Bereich, indem keine Rechtsbehelfe erkennbar sind, die staatliche Verwaltung zu einem bestimmten Handeln zu zwingen, erscheinen die Kompetenzen der Missstandskontrolle der Volksanwaltschaft, von entscheidender Bedeutung zu sein. Diese Kontrollbefugnis der VA erstreckt sich nämlich im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit auf beide Bereiche der Verwaltungstätigkeit. Missstände sind in diesem Sinne nicht nur auf rechtswidrige Verhaltensweisen beschränkt, sondern umfassen jegliches „kritikwürdige“ Verhalten von Verwaltungsorganen. Die Volksanwaltschaft ist befugt Empfehlungen auszusprechen, Berichte zu verfassen aber auch Verordnungen vor dem VfGH anzufechten. Empfehlungen werden zB an das oberste zuständige Verwaltungsorgan adressiert und sind mit der Verpflichtung verbunden, entweder dieser zu entsprechen oder deren Nichtentsprechung zu begründen.⁶³⁶

5. Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit

Die Rechtsschutzbestimmungen im Bereich des Vergabe- und Wettbewerbsrechts vermitteln nicht einen Anspruch auf Abschluss eines gewissen Rechtsgeschäfts. Vielmehr geht es um die Vermittlung eines gesetzlichen Anspruchs auf Fairness und Gleichbehandlung, daher um die Vermittlung eines subjektiven Rechts des fairen und diskriminierungsfreien Verhaltens der staatlichen Verwaltung gegenüber dem einzelnen Bürger.⁶³⁷

Wettbewerbs-, Vergabe- und Beihilfenrecht regelt die Handlungsformen des Privatrechts, daher ist üblicherweise der Abschluss von Verträgen umfasst. Eine

⁶³⁶ Vgl. § 6 VolksanwaltschaftsG.

⁶³⁷ Korinek/Holoubek, Privatwirtschaftsverwaltung – der gebändigte Leviathan? in Festschrift für Josef Aicher (2012), 307.

Besonderheit hinsichtlich des Adressatenkreises ist hier, dass sowohl das Handeln von Privatpersonen als auch jenes des Staates geregelt wird.

Wie bereits ausgeführt ist die privatwirtschaftlich handelnde Verwaltung nur an die Schranken der Gesetze gebunden, benötigt jedoch keine explizite gesetzliche Ermächtigung für ihre Handlungen. Unabhängig von der Art des Verwaltungshandelns ergibt sich jedoch aus dem rechtsstaatlichem Grundprinzip des Verfassungsrechts iVm den Grundrechten, dass sehr wohl eine gesetzliche Grundlage durch den Staat geschaffen werden muss, die zumindest das Rechtsschutzbedürfnis der betroffenen Bürger abdeckt und willkürliches Verwaltungshandeln auszuschließen vermag.⁶³⁸

Rechtsschutz im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung bestand sehr lange nur über die Kontrollmechanismen des Rechnungshofs und der Volksanwaltschaft, im Rahmen der politisch parlamentarischen Kontrolle oder der Gemeindeaufsicht. Ein Weg führte über die Fiskalgeltung der Grundrechte, ein weiterer bestand durch die Klagemöglichkeit bei den ordentlichen Gerichten. In letzterer Möglichkeit konnte nicht immer ein adäquates Mittel zur Durchsetzung eines subjektiven öffentlichen Rechts erblickt werden. Dies illustriert obiges Beispiel zur Versammlungsfreiheit. Die Schwachstellen dieses Systems sind vor allem die Beschränkung auf eine ausschließliche ex post Kontrolle sowie der dadurch beschränkten Einflussnahmemöglichkeit der an öffentlichen Aufträgen interessierten Unternehmen auf das Handeln der Verwaltung. Von einem effektiven Rechtsschutz konnte somit keine Rede sein, was vor allem auch das hohe Prozessrisiko im Zivilprozess zeigt.

Im Vergaberecht war vor allem der Beitritt zur EU das ausschlaggebende Moment für diese Entwicklungen. Die Europäische Union hat den Mitgliedsstaaten durch die Rechtsmittelrichtlinien klare Vorgaben zur Implementierung eines effektiven Rechtsschutzes für die öffentlichen Auftragsvergaben in die nationalen Rechtsordnungen auferlegt. In Österreich erfolgte deren Umsetzung im Rahmen des Bundesvergabegesetzes 2006. Darin wurde zuerst eine eigene Behörde zur Überwachung und Exekution des Rechtsschutzes im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geschaffen, das Bundesvergabeamt. Die verfassungsrechtliche Grundlage fand sich in der Möglichkeit, Verwaltungsorgane einfachgesetzlich weisungsfrei zu stellen um eine Kontrolle des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleisten.⁶³⁹ Es handelte sich um eine eigene Rechtsschutzbehörde für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe, deren Aufgaben zuvor noch durch eine

⁶³⁸ Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005), Rz 594.

⁶³⁹ Vgl Art 20 Abs 2 Z 2 B-VG.

Bundes-Vergabekontrollkommission (B-VKK) ausgeübt wurden. In früheren Vergabegesetzen wurden noch ausschließlich binnenmarktrelevante Vergabeverfahren oberhalb eines gewissen Schwellenwertes dem strengen Regelungsregimes der EU-Vergaberichtlinien unterworfen. Dies erkannte der VfGH in seiner Rsp zur „doppelten Bindung“ des innerstaatlichen Rechts als gleichheitswidrig, seither unterliegen jegliche Vergabeverfahren den strengen Verfahrens- und Rechtsschutzbestimmungen des EU-Vergaberechts.⁶⁴⁰ Mit 1.1.2014 gingen die Aufgaben des Bundesvergabeamtes auf das Bundesverwaltungsgericht und die Landesverwaltungsgerichte über. Das Bundesvergabeamt wurde dadurch aufgelöst und ging in die neue Gerichtsstruktur auf.

Die Primärziele des vergaberechtlichen Rechtsschutzes sind eine wirtschaftliche und effiziente Auftragsvergabe, die Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs sowie die Garantie und Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der Durchführung der Vergabeverfahren. Die am Vergabeverfahren interessierten Unternehmen sollen vor willkürlichen und nicht nachvollziehbaren Entscheidungen geschützt werden und damit ein Anreiz zur Beteiligung geschaffen werden. Das Vergaberecht trägt damit wesentlich zur Transparenz des Verwaltungshandelns in seiner privatrechtlichen Form bei. Die Verwaltungsgerichte haben gemäß den verfahrensrechtlichen Vorgaben des Rechtsmittelteils des BVergG 2006 die Möglichkeit,

- Rechtswidrige Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers aufzuheben.
- Einstweilige Verfügungen zu erlassen.
- Eine Entschädigung für Unternehmer zuzusprechen, die einen Nachteil aufgrund eines Vergaberechtsverstoßes erlitten haben.
- Verträge für nichtig zu erklären, wenn bestimmte Vergaberechtsvorschriften nicht eingehalten wurden.⁶⁴¹

J. Conclusio

1. Konfliktualität liegt in der Natur des Menschen, somit wird die weitere Entwicklung der Menschheit von dieser Konfliktualität begleitet sein. Es werden daher weiterhin

⁶⁴⁰ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht³, 168 mit Verweis auf VfSlg 16.027/2000 und VfSlg 16.073/2001.

⁶⁴¹ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht³, 174.

Bedrohungen entstehen, die die unbedingte Erforderlichkeit einer bewaffneten Streitmacht begründen.

2. Die Natur des Krieges unterliegt einer Reflexion im Laufe der Geschichte, daraus ergeben sich Alleinstellungsmerkmale des Militärs, seiner Soldatinnen und Soldaten und ein Bezug zur Rüstung.
3. Die Konfliktualität des Menschen führt immer wieder zu harten Eingriffen in das Leben und die Selbstbestimmung der Menschen. Dies erfolgt bis über die Stufe der vorstellbaren Gewalttätigkeit und Unmenschlichkeit. Wie ein Waldbrand zerstört Kriege den Menschen und seinen Lebensraum aber ebenso wie sich der Wald danach erholt, erholen sich die betroffenen Gesellschaften immer wieder. Rein objektiv erscheinen Kriege entbehrlich, betrachtet man jedoch die bisherige Entwicklung und derzeitige evolutionäre Entwicklungsstufe des Menschen, ist die Menschheit noch weit von diesem Idealbild entfernt. Bis zu jenem Zeitpunkt, in dem Kriege entbehrlich sein werden, ist unabdingbare Verpflichtung des Staates, eine bewaffnete Streitmacht zu unterhalten und zu nähren.
4. Der Staat ist die ultimative Schutzinstitution der Bürger vor Gewalt und Fremdbestimmung, worin der Grundstein der Ableitung einer Schutzverantwortung des Staates gegenüber seinen Bürger erblickt werden kann. Kommt der Staat dieser Schutzverantwortung nach, findet sich darin die Legitimation der Staatsmacht. Kommt der Staat seiner Schutzverantwortung nicht nach, findet sich darin die Legitimation für den Ungehorsam durch das Volk.
5. Das Militär ist eine Gesamtheit von Personen, Organen und Organisationseinheiten die planvoll und organisiert eine bewaffnete Streitmacht ausmachen. Befehl und Gehorsam sind oberste Anforderungen am Funktionieren eines militärischen Systems. Daneben existieren zwingende Elemente wie Disziplin, Drill, Uniformierung, Kasernierung sowie ritualisierte Elemente, die die Trennung vom zivilen Leben herausheben.
6. Aus dem sich ergebenden Umstand, dass Soldaten bei der Erfüllung ihrer Pflichten insbesondere bei der Verteidigung des Vaterlandes womöglich nicht überleben, sind Eigenschaften wie Kameradschaft, Pflichtgefühl, Tapferkeit, Opferbereitschaft und Leidenschaft ein ebenso großes Erfordernis.
7. Militär ist ein Teilbereich der staatlich hoheitlichen Vollziehung, besteht aus uniformierten staatlichen Exekutivorganen den Soldaten, ist streng hierarchisch organisiert und wird ausschließlich von einer Zentralregierung kontrolliert. Das Militär beherrscht Techniken die es ermöglichen, einen bewaffneten Krieg oder Konflikt gegen andere Länder bzw. bewaffnete Streitkräfte auszutragen. Es ist mit Waffen ausgestattet die es ermöglichen, bewaffnete Kriege oder Konflikte gegen

andere Länder bzw. deren bewaffnete Streitkräfte zu führen. Hauptaufgabe des Militärs ist üblicherweise die Verteidigung des Staates vor Angriffen von außen und der Souveränität des Staates. Es hat sowohl die Kapazitäten als auch die Fähigkeiten, einen Beitrag zur inneren Sicherheit zu leisten. Es ist unter jeglichen Bedingungen einsatzfähig und Bedarf idR einer längeren Vorbereitungszeit für seinen Einsatz. Das Militär hat weitgehende Handlungsautarkie hinsichtlich seiner Eigenversorgung mit Nahrung, Treibstoff und Elektrizität, etc.

8. Das Militär ist in jedem Fall die einzige und primäre Handlungsreserve des Staates. Innerhalb des Militärs ist die Miliz die ultimative Handlungsreserve des Militärs. Das eine kann ohne das andere nicht existieren ohne die Bindung zum Volk zu verlieren.
9. Der semikonfliktuale Zustand der letzten 70 Jahre hat zu einer marodisierenden Wertegesellschaft geführt, die die Beziehung zwischen Militär und Volk auf eine Probe gestellt hat. Nur die gemeinsame Feindidentifikation der aktuellen Epoche, die Adjustierung der gemeinsamen Freund-Feind-Kennung konnte das Wertegefüge wieder einfangen. Der Soldat und die Soldatin sind Garanten für den Frieden und fungieren als Beschützer in Friedenszeiten. Dafür sind sie jederzeit bereit, ihr Leben aufs Spiel zu setzen. Als Gegenleistung dafür, dass sich die Soldatinnen und Soldaten einer Lebensgefahr für den Staat aussetzen, gibt es nur eine wesentliche Konstante. Es besteht eine korrespondierende Pflicht des Staates alle Anstrengungen zu unterhalten, die Lebensgefahr zu minimieren. Dies kann einerseits durch hochqualifizierte Ausbildung, andererseits durch eine dem jeweiligen Einsatz angemessene Ausrüstung und Bewaffnung sichergestellt werden. Durch Sicherstellung dieser Gegenleistungen darf der Staat seinen Soldaten und Soldatinnen die Pflichterfüllung abverlangen. Korrespondierend lässt sich aber auch ein Recht zur Pflichtverweigerung lokalisieren.
10. Das Militär ist streng innerhalb eines nationalen, unionsrechtlichen und internationalen Rechtsrahmens eingebettet und streng reglementiert. Das Österreichische Bundesheer ist ein Organkomplex innerhalb der Bundesverwaltung. Österreich bekennt sich in seiner Bundesverfassung zur umfassenden Landesverteidigung. Ein Teilbereich der umfassenden Landesverteidigung ist die militärische Landesverteidigung. Das Österreichische Bundesheer ist für die militärische Landesverteidigung zuständig.
11. Das Österreichische Bundesheer hat eine lange und traditionsreiche Geschichte, getragen von unzähligen Reformen und Umgliederungen.
12. Dem Österreichischen Bundesheer obliegt als originäre Kernaufgabe die militärische Landesverteidigung. Sofern die gesetzmäßige zivile Gewalt die

Mitwirkung des ÖBH in Anspruch nimmt, können sich auch weitere Zuständigkeiten für das ÖBH ergeben. Es ist in diesen Fällen auch für den Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie der demokratischen Freiheiten der Einwohner zuständig. Bei Inanspruchnahme der Mitwirkungspflicht ist das ÖBH darüber hinaus zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt sowie zur Hilfeleistung bei Elementarereignissen und Unglücksfällen außergewöhnlichen Umfanges berufen.

13. Das Österreichische Bundesheer garantiert als bewaffnete Macht der Republik die militärische Sicherheit Österreichs und trägt zum Schutz und zur Verteidigung Europas bei. Das Österreichische Bundesheer verteidigt Österreich, seine Menschen und ihre Lebensgrundlagen, ist die strategische Handlungsreserve der Republik, trägt zur gemeinsamen Sicherheit Europas bei und leistet einen sichtbaren und profilierten Beitrag zu internationalem Frieden und internationaler Sicherheit.
14. Die Gesamtstärke des ÖBH müsste zur Auftragserfüllung eine Stärke von 55.000 Soldatinnen und Soldaten. Tatsächlich sind neben 14.000 präsenten Soldaten und Soldatinnen für Katastrophenhilfeeinsätze im Inland und für Auslandseinsätze 25.000 Milizkräfte verfügbar. Die Wahrnehmung von verteidigungspolitischen Aufgaben hat in den Bereichen der Antizipation und Krisenfrüherkennung, der Landesverteidigung und Assistenz, des Internationalen Krisenmanagements und der militärischen Sicherheitskooperation zu erfolgen. In der Antizipation und Krisenfrüherkennung ist aufgrund der hohen Komplexität, Dynamik und Interdependenz im Bereich der sicherheitsrelevanten Entwicklungen, eine umfassend angelegte und systematische Erfassung und Bewertung von Trends und Entwicklungen im militärischen, politischen, wirtschaftlichen, technologischen und gesellschaftlichen Bereich vorzusehen. Die diesbezüglichen Fähigkeiten des ÖBH sind qualitativ zu verbessern, eine Umfeld- und Risikoanalyse ist durchzuführen und anschließend ist die Landesverteidigung auf mögliche konventionelle und neue nicht-konventionelle Bedrohungen auszurichten. Es ist auch von einem militärischen Restrisiko eines konventionellen Angriffes die Rede, dem durch eine lageangepasste Aufwuchsfähigkeit unter Berücksichtigung der strategischen Vorwarnzeit entgegengetreten werden soll. Um die Fähigkeiten des ÖBH entsprechend zu erhalten, ist ein sogenannter „robuster Rekonstruktionskern mit mechanisierten Elementen zu erhalten“. Das mögliche Erfordernis eines Solidarbeitrags im Rahmen des Wirksamwerdens der EU-Beistandsklausel (Irische Klausel) ist entsprechend zu berücksichtigen. Die Überwachung und Sicherung des österreichischen Luftraumes ist sicherzustellen, wobei die gesamteuropäischen

Entwicklungen ebenfalls zu berücksichtigen sind. Die Assistenzfähigkeit ist zu erhalten und weiterzuentwickeln, dafür sind mindestens 12 500 Soldatinnen und Soldaten im Präsenzstand zu bewahren. Das ÖBH hat weiter einen Beitrag zur strategischen Handlungsreserve der Republik Österreich zu leisten und vor allem die gesamtstaatliche Führungsfähigkeit im Krisenfall zu gewährleisten. Das ÖBH hat sich auch darauf vorzubereiten, einen Beitrag zum Schutz kritischer Infrastruktur, vor Einzelereignissen, der Cybersicherheit, zur Grenzüberwachung bei illegaler Migration sowie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Inneren zu leisten. Darüber hinaus hat es den militärischen Eigenschutz im Cyber-Raum und die Abwehr von Cyber Angriffen auf die Souveränität Österreichs sicherzustellen. Hierzu ist ein Cyber Defence-Zentrum einzurichten und zu betreiben. Das ÖBH muss auch im Bereich der ressortübergreifenden Krisenunterstützung und der Evakuierung von österreichischen und EU-Staatsbürgern aus Krisenregionen einen Beitrag leisten können. Das ÖBH soll die Fähigkeit haben, im gesamten Spektrum der unter VN- und EU-Mandat geführten internationalen Krisenmanagement-Einsätze operieren zu können und dabei ein spezifisches Profil entwickeln. Qualitativ sind wesentliche Teile einer infanteristischen Bataillionskampfgruppe, wesentlicher Logistikelemente, die Führung eines Sektors bei laufenden Operationen sowie Beiträge zur internationalen Humanitären und Katastrophenhilfe sowie Such- und Rettungseinsätzen und Evakuierungsoperationen. Des Weiteren sollen militärische Sicherheitskooperationen forciert werden.

15. Rüstungsgut stellt den Oberbegriff für viele andere Begriffe dar. Die Begriffe Kriegsmaterial, Militärausrüstung, Verteidigungsgüter oder Dual-Use Güter sind idS Unterbegriffe zum Oberbegriff Rüstungsgut. Rüstung kann in diesem Sinne also als Überbegriff für all jene Maßnahmen verstanden werden, die dem Militär die Erfüllung seiner Aufgaben ermöglicht. Es handelt sich vor allem um die Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen zu jeweils militärischen Zwecken auf dem freien Markt. Dieses Betätigungsfeld wird als Rüstungsbeschaffung bezeichnet.
16. Ein anhaltender Krieg verlangt eine anhaltende Versorgung mit nicht nur Rüstungsgütern sondern auch mit allen anderen Gütern des täglichen Bedarfs. Der Krieg verlangt insbesondere für seine Soldaten die umfassende Versorgung mit allen diesen Gütern, es bedarf aber auch einer Versorgung jener, die nicht als Soldaten eingesetzt sind. Zum einen müssen die Angestellten der Rüstungsindustrie mit Rohstoffen für die Produktion von Rüstungsgütern beliefert werden. Erfolgt dies nicht, dann kommt die Rüstungsproduktion zum Stehen, die

Soldaten erhalten keinen Nachschub an Rüstungsgütern mehr und es besteht die Gefahr, den Krieg zu verlieren. Das wird durch die kriegführenden Staaten klarerweise als worst case angesehen, da ein Staat dadurch von seiner Auslöschung und dem Untergang bedroht würde. Oberste Priorität wird daher der Versorgung der Soldaten mit Rüstungsgütern beigemessen, denn nur dadurch kann der Kampf fortgesetzt werden.

17. Um einen Krieg zu führen, benötigt der Staat Kämpfer. Es sind Soldaten und Soldatinnen, die mit Rüstungsgütern ausgestattet, den Kampf führen. Aber auch die Rüstungsproduktion benötigt Personal, um Rüstungsgüter zu produzieren und die Soldaten und Soldatinnen damit zu versorgen. Es stehen keine unbegrenzten Ressourcen an Menschen zur Verfügung um den zivilen und den militärischen Markt abzudecken. Der Krieg erforderte immer mehr Soldaten und Arbeiter in der Rüstungsindustrie. Neben der Rüstungsindustrie gibt es auch noch die zivile Industrie und die Landwirtschaft. Von diesen Zweigen werden im Kriegsfall immer mehr Männer zur Rüstungsindustrie und an die Front abgezogen und so kann es zu einem langsamen Verelben an männlichen Arbeitskräften kommen. Aus diesem Grund ist in Krisenzeiten auch ein Anstieg an weiblichen Beschäftigten in allen Bereichen der Zivilgesellschaftlichen Erwerbstätigkeit zu erwarten.
18. Kriegswirtschaft ist der gesamtwirtschaftliche Mechanismus während konfliktualer Zeiten, daher der zivile und der militärische Teil der Gesamtwirtschaft. Um diese Bereiche am Laufen zu halten kommt es auf die Steuerung der Rohstoffzuteilung, den Arbeitskräfteeinsatz, die Logistik, die Beherrschung der sozialen Lage im eigenen Land und damit zusammenhängend die Lebensmittelbewirtschaftung an. Der Markt unterliegt immer den einfachen Regeln des Verhältnisses zwischen Angebot und Nachfrage. Konsumgüter wie zum Beispiel Essen oder Treibstoff werden in jenem Ausmaß nachgefragt, wie die Bevölkerung Geld zur Verfügung hat. Entsprechend schwankt die Nachfrage nach Mitteln zur Produktion, Vermarktung und Logistik dieser Konsumgüter. Bei Rüstungsgütern manifestieren sich die Motivatoren einer Nachfrage einzig und allein an einer politischen Entscheidung einen gewissen Konfliktzustand aufrechtzuerhalten und zu nähren. Da auch aus heutiger Sicht angenommen werden kann, dass die finanziellen Mittel eines Staates als unbegrenzt anzusehen sind, ist das mögliche Potenzial unendlich. Die traditionellen Marktmechanismen werden ausgehebelt.
19. Es ist nicht absehbar, dass sich die globale Gesellschaft derart weiterentwickelt, um vom Lichtblick einer konfliktlosen Zukunftssituation ausgehen zu können. Erst eine Veränderung der Gesellschaft durch eine gezielte Entspannungspolitik, die zu einer Politik der Gewaltlosigkeit führt, könnte eine Umverteilung der knappen

Ressourcen von der Rüstung hin zivilen Produktion bewirken. Solange dies nicht der Fall ist, sind die Staaten gezwungen, Streitkräfte zu unterhalten und diese mit Rüstungsgütern auszustatten.

20. Rüstung ist trotz enger staatlicher Bindung des Militärs, Teil der Privatwirtschaftsverwaltung. Rüstung ist eine Verpflichtung, der der Staat nachkommt, seine Streitkräfte mit jenen erforderlichen Mitteln auszustatten, sodass diese ihren Auftrag zu erfüllen befähigt werden. Eine weitere Beurteilung, ob dabei um eine in Bezug auf die konkreten Mittel bezogene weitere Differenzierung angestellt werden muss, bleibt vorerst offen. Wenn man nun auch diesen breiten Ansatz anlegt, dann findet sich am zentralen Angelpunkt der Rüstung die Tätigkeit der Beschaffung von Rüstungsgütern. Diese Beschaffungstätigkeit ist zweifelsfrei Bestandteil des in der Rechtsordnung abgebildeten öffentlichen Auftragswesens. Dort findet es seine Regelung im Wesentlichen durch das Vergaberecht.
21. Das Vergaberecht hat seine Quellen sowohl im internationalen Recht, im Recht der Europäischen Union als auch im nationalen Recht. Es regelt unter anderem, wie sich öffentliche Auftraggeber, also die staatliche Verwaltung, bei der Vergabe von Aufträgen verhalten müssen.
22. Vergaberecht unterliegt dem Kompetenztatbestand des öffentlichen Auftragswesens, es handelt sich um einen aus dem Gemeinschaftsrecht entlehnten offenen Begriff der ermächtigt, staatspezifische Sonderregelungen über das Verhältnis des privatwirtschaftlich handelnden Staates zu echten Privaten, zu treffen. Es muss aufgrund der divergierenden Ansichten in der Lehre, der jedoch eindeutigen Realität der Staatspraxis davon ausgegangen werden, dass die Privatwirtschaftsverwaltung zum Teil vom Staat als ein im Wesentlichen unbeschränkter Bereich angesehen wird.
23. Es existieren Schranken dieses Freiraums im Bereich der staatlichen Verwaltung und diese sind auch sichtbar. Sie finden sich in den obersten Rechtsvorschriften und Grundprinzipien unseres Rechtsstaates. Aus dem rechtsstaatlichen Grundprinzip der Verfassung und den Gesetzesvorbehalten zu den Grundrechten ist zweifelsfrei ableitbar, dass das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage überhaupt sowie das Ausmaß ihrer hinreichenden Bestimmtheit, unabhängig von der Wahl der Rechtsform des Verwaltungshandelns, nach dem Rechtsschutzbedürfnis der Bürger zu bestimmen ist.
24. Ein zweifelsfreier Lösungsansatz zur Problematik des Artikels 18 B-VG iZm der Privatwirtschaftsverwaltung ist nicht greifbar. Rechtsdogmatisch kann abgeleitet werden, dass eine differenzierte Betrachtungsweise angebracht und zulässig sein muss. Die Privatwirtschaftsverwaltung einer abschließenden Determinierung

zuzuführen erscheint jedoch schwierig, wenn nicht gar unmöglich. Argumentierbar erscheint eine Differenzierung in der Bindungsintensität zwischen öffentlichen Unternehmen mit Bestandsfunktion sowie solchen mit Betriebsfunktion, wobei es bloß für letztere sinnvoll erscheint, deren Handlungen einer vollen gesetzlichen Determinierung zu unterziehen. Als naheliegende Beispiele für eine sinnvolle strengere Bindung erscheinen die Bereiche der militärischen Landesverteidigung sowie der inneren Sicherheit, da es sich hierbei um besondere Verwaltungsbereiche handelt. Eine differenzierte gesetzliche Determinierung kann dadurch vertreten werden, dass man das Legalitätsprinzip nicht bloß aus Artikel 18 B-VG ableitet, sondern sich dafür einer Zusammenschau aus mehreren Verfassungsbestimmungen bedient. Am Beispiel der militärischen Landesverteidigung wären hier mitunter die Artikel 9a und 79 B-VG einschlägig. Das Legalitätsprinzip würde in diesem Sinne eine auf den Sachbezug hin orientierte Auslegung verlangen, woraus sich eine graduell unterschiedliche Bindung ergibt. Die Privatwirtschaftsverwaltung bedarf in diesem Sinne einer differenzierten rechtsstaatlichen Erfassung, eine Befreiung aus der strengen Bindung gilt nur für jenen Teil der Privatwirtschaftsverwaltung, der erwerbswirtschaftlich auf klassisch fiskalische Aufgaben abzielt. Für jenen Teil der Privatwirtschaftsverwaltung, der den leistenden und lenkenden Staat repräsentiert, jedoch nicht.

25. Aber auch eine andere Zugangsweise erscheint hier im Sinne einer interdisziplinären Betrachtung zulässig. Es könnte auch nur eine einzige Möglichkeit einer Auflösung übrigbleiben, dies ist die politische Entscheidung. Betrachtet man die Staatspraxis, dann ist dies ja bereits die Aussage darüber, wie sich die Politik entschieden hat, sie hat sich entschieden nicht zu entscheiden. Daraus kann abgeleitet werden, dass es im Sinne der Politik ist, derzeit keine allgemeinen Entscheidungen über dieses Thema zu treffen, sondern den Dingen ihren Lauf zu lassen. Eine schrittweise Verrechtlichung in der Privatwirtschaftsverwaltung ist ohnehin spürbar und wird sich auch weiterhin verdichten.
26. Die Rüstungsbeschaffung ist tief im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe eingebettet. Es handelt sich um ein höchst komplexes Zusammenspiel des nationalen, unionalen und internationalen Rechts. Beim GPA handelt sich um einen völkerrechtlichen Vertrag der regelt, wie sich die Mitglieder des GPA bei der Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen untereinander verhalten müssen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, ist das gesamte WTO Recht von diesem Grundsatz der unmittelbaren Geltung ausgenommen. Es bedarf daher

für eine innerstaatliche Wirkung einer unionsinternen Umsetzung. Diese Umsetzung von Bestimmungen des GPA in das Unionsrecht, erfolgte im Rahmen der Vergaberichtlinien. Für Dienst- und Bauleistungen sind die EU-Mitgliedstaaten selbst zuständig, dieser Bereich des GPA ist daher nur für jene verbindlich, die das GPA ratifiziert und in ihre nationalen Rechtsordnungen implementiert haben.

27. Jener Bereich, der konkrete Bestimmungen über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen enthält, also das Vergaberecht der Europäischen Union (EU-Vergaberecht), findet sich im Wesentlichen im sekundären Unionsrecht. Vergaberechtsrelevant sind darüber hinaus jedoch auch das Primärrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze, die der EuGH in seiner Rechtsprechung vom Primärrecht abgeleitet hat.
28. Primärrechtliche Bestimmungen die eine Relevanz zum öffentlichen Beschaffungswesen aufweisen finden sich im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Es sind dies vor allem die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot, das Äquivalenz- und Effektivitätsgebot, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie die Grundrechte. Diese Bestimmungen bilden den sogenannten „materiellen Kern des europäischen Vergabeprimärrechts“, gelten neben und unabhängig von den Vergaberichtlinien und fungieren als Auslegungsmaßstab derselben.
29. Das Primärrecht nimmt im unionsrechtlichen Stufenbau der Rechtsordnung den höchsten Rang ein. Für das Sekundärrecht ist daher das Primärrecht die maßgebliche Determinante für dessen Rechtmäßigkeit. Der EuGH erkennt in ständiger Rechtsprechung einigen grundsätzlichen Bestimmungen des Primärrechts unmittelbare Anwendbarkeit zu, die als materieller Kern des EU-Vergabeprimärrechts, die Grundsätze des EU-Vergaberechts repräsentieren. Diese Grundsätze des Primärrechts gelten daher für alle Auftragsvergaben, dh nicht wie die Vergaberichtlinien bloß für den Oberschwellenbereich, sondern sowohl für den Unterschwellenbereich als auch für den Oberschwellenbereich. Einschränkung auf diese unmittelbare Anwendbarkeit wirkt sich aus, dass als Voraussetzung ein grenzüberschreitender Bezug mit Binnenmarktrelevanz vorliegen muss. Wann dies der Fall ist, bedarf einer Einzelfallprüfung. Im Oberschwellenbereich wirkt das Primärrecht aufgrund seiner Eigenschaft als generelle Norm vorerst indirekt über die spezielleren Vergaberichtlinien und kommt erst in jenen Fällen zur unmittelbaren Anwendung, wenn die Vergaberichtlinien oder das nationale Vergaberecht die Garantien des Primärrechts nicht ausreichend gewährleisten. Werden die Richtlinien im nationalen Gesetz also nicht, nicht rechtzeitig oder mangelhaft umgesetzt, stellt sich die Frage der unmittelbaren

Anwendbarkeit der primärrechtlichen Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot.

30. Im Unterschwellenbereich haben die Vergaberichtlinien keinen Einfluss auf das nationale Vergaberecht, das Primärrecht wirkt hier unmittelbar. Die wesentlichen sekundärrechtlichen Bestimmungen des Vergaberechts der EU (EU-Vergaberecht) sind die Vergaberichtlinien und diverse Verordnungen. Daneben existiert eine Vielzahl von Entscheidungen. Wesentlicher Unterschied zu den vergaberechtsrelevanten Bestimmungen des Primärrechts ist, dass ausschließlich jene Auftragsvergaben in den Geltungsbereich des EU-Vergaberechts fallen, deren geschätzter Auftragswert eine gewisse Schwelle überschreitet. Die Höhe dieser Schwellen ergibt sich aus der jeweiligen Schwellenwertverordnung der EU.
31. Das nationale Vergaberecht besteht aus Sonderregelungen über das Verhältnis des privatwirtschaftlich handelnden Staates zu echten Privaten. In Österreich können darunter all jene Rechtsvorschriften verstanden, die die öffentliche Auftragsvergabe durch öffentliche und teils private Auftraggeber regeln. Dies ergibt sich aus der Kompetenzverteilung des B-VG.
32. Der Gleichheitssatz findet sich in der österreichischen Rechtsordnung explizit in Artikel 7 B-VG und Art 2 StGG. Er enthält ein allgemeines Willkürverbot für die Verwaltung sowie ein Diskriminierungsverbot und ein Gleichbehandlungsgebot. Grundrechtsträger des Gleichheitssatzes sind ausschließlich Staatsbürger sowie inländische juristische Personen.
33. Umfang und Reichweite der Bindung an den Gleichheitssatz war und ist teilweise umstritten. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind die Bewerber gleich zu behandeln und dürfen nicht diskriminiert werden. Ein Verstoß dagegen zB durch Zuschlagserteilung nicht an den besten Bieter, führt zu Schadenersatzansprüchen des Bieters in der Höhe des entgangenen Gewinns aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (culpa in contrahendo). Nach heutige herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des OGH, dürfen Gebietskörperschaften nur im öffentlichen Interesse handeln und sind auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung an die Grundrechte gebunden. Verwaltungsorgane müssen daher auch in ihren privatrechtsförmigen Handlungen sachlich vorgehen und dürfen nicht willkürlich handeln, man spricht von Fiskalgeltung der Grundrechte.
34. Der VfGH bildete den Gleichheitssatz derart dynamisch fort, dass dies aus dem Wortlaut keinesfalls mehr abgeleitet werden kann. Der Gleichheitssatz enthält ein allgemeines Willkürverbot für die Verwaltung sowie ein Diskriminierungsverbot und ein Gleichbehandlungsgebot. Das Verbot der unsachlichen Differenzierung

bedeutet mit den Worten des VfGH, dass es verboten ist, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zwischen den Normadressaten zu schaffen. Ein differenzierendes Gesetz entspricht nur dann dem Gleichheitssatz, wenn sich die darin getroffene Unterscheidung auf Unterschiede bezieht, die im Tatsächlichen ableitbar sind.

35. Als anerkannter Grundsatz gilt, dass Gebietskörperschaften einem Kontrahierungszwang unterliegen, sofern diese Leistungen anbieten. Im Unterschied zum Analogmodell im Verhältnis zwischen echten Privaten, muss es sich bei Gebietskörperschaften nicht um lebensnotwendige Güter oder Leistungen handeln, die quasi einzig und allein dieser monopolistische Anbieter erbringen kann. Gebietskörperschaften trifft dieser Kontrahierungszwang generell, daher bei jeglichen angebotenen Leistungen im Sinne des Zivilrechts. Die öffentlichen Auftraggeber sind in der Regel Gebietskörperschaften, die im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig sind. Leistung im zivilrechtlichen Sinn liegt zB immer dann vor, wenn eine bewusste Vermögenszuwendung erfolgt oder in Aussicht gestellt wird, um einen bestimmten Zweck zu erfüllen. Die Absicht der Vergabe eines Auftrages über eine Bau-, Liefer- oder Dienstleistung erfüllt den Tatbestand des Anbietens von Gütern oder Leistungen. Da bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Bewerber gleich zu behandeln sind und nicht diskriminiert werden dürfen, bedarf es wirksamer Mechanismen innerhalb der Gebietskörperschaften, eine Diskriminierung zu verhindern.
36. Direktvergaben sind formaler Bestandteil des Vergaberechts. Das verdünnte Vergaberechtsregime, zu dem auch die Direktvergaben gezählt werden, umfasst eine Reihe von Verfahren innerhalb des Vergaberechts, durch welche eine gegenüber den normalen Verfahren eine in wesentlichen Aspekten erleichterte öffentliche Auftragsvergabe möglich ist.
37. Das verdünnte Vergaberechtsregime umfasst die Direktvergaben, frei gestaltbare Verfahren und weitere Verfahren ohne öffentliche Bekanntmachung.
38. Sowohl der Ausnahmebereich des Vergaberechts als auch das verdünnte Vergaberechtsregime benötigen aus unions- und verfassungsrechtlichen Überlegungen stets eine sachliche Rechtfertigung ihrer Anwendung. So wie die Direktvergaben derzeit geregelt sind, kann sehr leicht der Anwendungsbereich des Primärrechts und der Grundfreiheiten eingeschränkt werden. Ein derartiger Eingriff iSe Abkehr von den gemeinschaftsrechtlichen Pflichten ist jedoch nur dann zulässig, wenn dies durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden kann, dies auch geeignet erscheint um das Ziel zu erreichen, und zusätzlich das gelindeste Mittel hinsichtlich der Zielerreichung darstellt. Betrachtet man die

Freiräume bei der Direktvergabe, erscheint ein im wesentlichen ungeregelter Bereich vorzuliegen. Jegliche Ziele die das Vergaberecht eigentlich verfolgt, die Wesenselemente die dem Vergaberecht innewohnen, erscheinen bei Aufträgen bis zu 100.000 € bzw. 75.000 € grundsätzlich disponibel. Der Normtext erklärt in diesem Sinne zuerst wesentliche Teile des Vergaberechts für nicht anwendbar. In einem weiteren Schritt erfolgt der Hinweis, dass trotz grundsätzlicher Nichtgeltung des Vergaberechts, die Grundsätze des Vergabeverfahrens einzuhalten sind. Das erscheint etwas verwirrend und bedürfte aber einer sachlichen Rechtfertigung.

39. Bei der Direktvergabe handelt es sich um ein gewollt formfreies und vereinfachtes Verfahren handelt. Dies zeigt auch der eingeschränkte Geltungsbereich der Vergabegesetze für Direktvergaben. Sie sind nur dann zulässig, wenn der Auftragswert 100.000 € nicht erreicht. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, sind jedoch die Grundsätze des Unionsrechts auch im verdünnten Vergaberechtsregime vor allem dann bindend, wenn ein Beschaffungsvorgang eine Relevanz innerhalb des Binnenmarktes aufweist. Orientiert man sich an der Vergabepaxis, erscheint die Binnenmarktrelevanz hinsichtlich seiner Bedeutung von eher untergeordneter Relevanz. Wie aus eigenen Erhebungen bei 120 Gebietskörperschaften ergab, wird in den meisten Fällen grundsätzlich vom Nichtvorliegen einer Binnenmarktrelevanz ausgegangen. Dies erscheint auch nachvollziehbar, da der Gesetzestext mit keinem Wort die Notwendigkeit der Erhebung einer Binnenmarktrelevanz regelt. Aus dem Normtext ergibt sich keine Verpflichtung zur Prüfung der Binnenmarktrelevanz. Dessen Erfordernis kann jedoch durch eine Gesamtzusammenschau aller unionsrechtlichen Normen mit dem nationalen Vergaberecht abgeleitet werden.
40. Direktvergaben dürfen ex lege ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt werden. Für Vergaben außerhalb des Vergaberechts trifft dies offenbar ebenfalls zu. Nach der Judikatur des OGH führt jedoch ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz, zB durch Zuschlagserteilung nicht an den besten Bieter, zu Schadenersatzansprüchen des Bieters in der Höhe des entgangenen Gewinns aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (*culpa in contrahendo*). Das gleichheitswidrige Verhalten kann in diesem Sinne auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden.
41. Interne Regelungen der Gebietskörperschaften sind der Öffentlichkeit nicht zugänglich, daher kann keine Privatperson erahnen oder prüfen, nach welchen Vorgaben eine Beschaffung durch die öffentliche Hand im verdünnten Vergaberechtsregime oder außerhalb des Vergaberechts gründet und ob der Einsatz des Steuergeldes unter der Zugrundelegung der Gebahrungsgrundsätze

auch tatsächlich sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig erfolgt ist. Die Besorgung öffentlicher Aufgaben ist auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung an die Grundrechte gebunden, wie dies für die Hoheitsverwaltung gilt. In Zusammenhang mit der anerkannten Fiskalgeltung der Grundrechte erscheint von besonderer Bedeutung, dass sich daraus ein Kontrahierungszwang für Gebietskörperschaften ergibt. Dies betrifft allerdings nicht nur, wie dies bei der ausnahmsweisen Drittwirkung bei Privaten der Fall ist, wenn lebensnotwendige Güter sittenwidrig verweigert werden, sondern gilt für alle Leistungen von Gebietskörperschaften. Eine wie so oft Berufung auf eine entsprechende Kann-Bestimmung in Selbstbindungsgesetzen, dass kein Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung bestehe, greift nicht.

42. Es ergibt sich ein Leistungsanspruch unmittelbar aus dem Gleichheitssatz, es darf daher nicht etwas verweigert werden, was einem anderen unter den gleichen Voraussetzungen gewährt wird. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind die an einem Verfahren interessierten und Bewerber ebenfalls gleich zu behandeln. Ein dem Gleichheitssatz widersprechendes vertragliches Verwaltungshandeln ist nichtig iSd § 879 ABGB. Der Gleichheitssatz ist die zentrale Norm bei der Beurteilung der Frage, welche Mindestanforderungen für öffentliche Auftraggeber bei Vergaben außerhalb des Vergaberechts gelten.
43. Das Unionsrecht verlangt die Prüfung der Binnenmarktrelevanz. Es stehen der Main-Value-Test oder der Main-Object-Test zur Verfügung. Liegt trotz Unterschreitung der Schwellenwerte eine vermutete Binnenmarktrelevanz vor, gelangen auch mitunter sehr viel kleinere Aufträge in den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts. In Österreich erscheint aufgrund seiner Größe und der Infrastruktur in den meisten Fällen eine Verneinung der Binnenmarktrelevanz nicht argumentierbar. Bei sehr kleinen Beschaffungsvorhaben im Bau- oder Dienstleistungsbereich wäre dies zwar denkbar, im Bereich der Lieferaufträge jedoch nicht.
44. Ein öffentlicher Auftraggeber ist im Rahmen der doppelten Bindung immer an die Grundrechte, vor allem den Gleichheitssatz, gebunden und hat seine Handlungen derart zu gestalten, dass den privaten Wirtschaftsteilnehmern aus der Sicht des ihnen zustehenden Rechtsschutzes auch die Möglichkeit gewahrt bleibt, diesem Rechtsschutzbedürfnis zum Durchbruch zu verhelfen. Transparenz garantiert hier die Einhaltung des Antidiskriminierungsgrundsatzes. Dem Rechtsschutzbedürfnis erscheint ausschließlich dann entsprochen werden zu können, wenn der private Wirtschaftsteilnehmer auch eine Möglichkeit der Kenntnisnahme jener Handlungen des Staates zukommt, die es ihm erlaubt zu erkennen, ob er gegenüber anderen

Wirtschaftsteilnehmern diskriminiert wurde. Dies wird nur dann erreichbar sein, wenn bekannt ist, dass der Staat beabsichtigt, einen öffentlichen Auftrag zu vergeben. Ob diese Transparenz nun ex ante oder ex post sichergestellt wird, erscheint meines Erachtens nicht von unbedingt primärer Bedeutung.

45. Eingriffe in Grundrechte verlangen das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen. Hierzu wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranke des einfachen Gesetzgebers entwickelt. Zuerst muss geprüft werden, ob das konkrete Ziel der avisierten einfachgesetzlichen Regelung im öffentlichen Interesse liegt. Hierbei hat der Gesetzgeber einen gewissen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum, welchem jedoch durch das B-VG Schranken gesetzt sind. Die Grenzen dieses Gestaltungsspielraums lassen sich am Prüfungsmaßstab des VfGH ablesen. Im letzten Schritt ist eine Güterabwägung vorzunehmen und muss geprüft werden, ob das öffentliche Interesse im Hinblick auf die Schwere des Grundrechtseingriffes zueinander in einer angemessenen Relation stehen, somit der Eingriff adäquat ist.
46. Der Begriff Militär ist eng mit Krieg verbunden und umfasst alle mit Kriegswaffen ausgestatteten Kräfte der staatlichen Gewalt, deren hoheitliche Aufgabe es ist, den Staat von Angriffen von außen zu schützen und bei Bedarf auch einen Beitrag zur inneren Sicherheit leisten. Dabei handelt es sich um die einzige originäre Kernaufgabe des österreichischen Bundesheers (ÖBH).
47. Bei Militärausrüstung handelt es sich um Gegenstände die gewährleisten sollen, für oder gegen etwas gerüstet zu sein. Es soll gewährleistet sein, mithilfe dieser Gegenstände einen bestimmten Zweck zu erfüllen oder ein Ziel zu erreichen, gegen eine Bedrohung gerüstet zu sein oder eine eigene Zielvorstellung umzusetzen. Grundsätzlich umfasst der Begriff Militärausrüstung daher vorerst, zumindest abgeleitet aus seinem Begriffsursprung, ausschließlich Gegenstände.
48. Das ÖBH ist ein Teilbereich der staatlich hoheitlichen Vollziehung, besteht aus uniformierten staatlichen Exekutivorganen, den Soldatinnen und Soldaten, ist streng hierarchisch organisiert und wird ausschließlich von einer Zentralregierung kontrolliert. Nur das ÖBH beherrscht Techniken die es ermöglichen, einen bewaffneten Krieg oder Konflikt gegen andere Länder bzw. bewaffnete Streitkräfte auszutragen. Es ist mit Waffen ausgestattet die es ermöglichen, bewaffnete Kriege oder Konflikte gegen andere Länder bzw. deren bewaffnete Streitkräfte zu führen. Hauptaufgabe des ÖBH ist die Verteidigung des Staates vor Angriffen von außen und der Souveränität des Staates. Es hat sowohl die Kapazitäten als auch die Fähigkeiten, einen Beitrag zur inneren Sicherheit zu leisten, dies erfolgt allerdings nicht mit militärischen Mitteln, sondern als verlängerter Arm der Sicherheitspolizei, mit den Mitteln der Sicherheitspolizei. Umgekehrt gibt es diese Modalität nicht, nur

das ÖBH handelt militärisch, kein anderes Exekutivorgan in Österreich tut dies oder hätte die Mittel dafür. Andere Organisationen können eventuell nach militärischen Gesichtspunkten gegliedert sein, vielleicht sogar militärische Einsatztechniken verwenden, das Alleinstellungsmerkmal des Militärischen liegt allerdings in der Befähigung unter extremen Bedingungen eine derartige Leistung zu erbringen, die keine andere Organisation zu erbringen fähig ist. Das ÖBH ist idS unter jeglichen Bedingungen einsatzfähig, bedarf aber idR einer längeren Vorbereitungszeit für seinen Einsatz als dies für andere Exekutivorgane zutrifft.

49. Die Handlungen des ÖBH unterliegen in den überwiegenden Fällen seiner originären Kernaufgaben, dem Humanitären Völkerrecht. Das ÖBH hat weitgehende Handlungsautarkie hinsichtlich seiner Eigenversorgung mit Nahrung, Treibstoff und Elektrizität, etc.
50. Das ÖBH ist in jedem Fall die einzige und primäre Handlungsreserve Österreichs im Falle einer größeren Bedrohung gleichgültig welcher Natur.
51. Innerhalb des Militärs ist die Miliz die ultimative Handlungsreserve des ÖBH.
52. Die Miliz ist ein Querschnitt der gesamten Bevölkerung Österreichs, es besteht daher ein ganz enges Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen dem ÖBH und dem Volk.
53. Ein weiteres Alleinstellungsmerkmal des ÖBH in Österreich ist dessen Fähigkeit, theoretisch die Macht über den Staat übernehmen zu können. Das besondere Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen Volk und ÖBH unterliegt einer mehrfachen ÖBH-internen Absicherung. Es handelt sich dabei erstens um einen hohen Ausbildungsstand, bedingungslosen Gehorsam sowie Disziplin innerhalb der Befehlskette und im Rahmen des Rechts sowie der höheren Gerechtigkeit. Nur diese Attribute ergeben ein einwandfreies Funktionieren des Gesamtsystems. ÖBH-extern sichert sich das System mit der verfassungsrechtlich angeordneten Pflicht zum Befehlsgehorsam sowie der Pflicht als auch der Möglichkeit für jeden einzelnen Soldaten und jede Soldatin, rechtswidrige Befehle und solche von unzuständigen Stellen zu verweigern. Art 20 B-VG kann idS als Schlüsselbestimmung angesehen werden.
54. Alle Gegenstände die es dem ÖBH ermöglichen, diesen militärischen Handlungsverpflichtungen nachzukommen, sind daher in Bezug auf den Begriffskern als Militärausrüstung anzusehen. Der Zusatz in der Legaldefinition, dass Ausrüstung die eigens zu militärischen Zweck konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird Militärausrüstung darstellt, erübrigt sich.
55. Entscheidend für die Anwendung des BVergGVS ist, dass die fragliche Ausrüstung eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst

ist und zum militärischen Einsatz bestimmt ist. Für die Zwecke des BVergGVS umfasst der Begriff Militärausrüstung auch Produkte, die zwar ursprünglich für zivile Zwecke konzipiert wurden, später aber für militärische Zwecke angepasst werden, um als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt zu werden. Um in diesen Fällen als Militärausrüstung zu gelten, müssen die betroffenen Ausrüstungen besondere militärische Ausstattungsmerkmale haben, die sie zur Durchführung militärischer Einsätze befähigen. Nach der Konzeption des BVergGVS soll das Gesetz grundsätzlich die Beschaffung aller Waffen, Munition und Kriegsmaterial erfassen. Nur in jenen Fällen, in denen nicht einmal die spezifischen Regelungen des Gesetzes ausreichend sind um diese Interessen der Republik Österreich zu schützen, kann von der Anwendung des Gesetzes Abstand genommen werden.

56. Was Militärausrüstung darstellt, ist beispielhaft auf zwei Listen der Europäischen Union angeführt. Allein der Wortlaut ist jedoch nicht ausreichend eine abschließende Interpretation durchzuführen.
57. Bei Militärausrüstung handelt es sich um Ausrüstung, die eigens für militärische Zwecke konzipiert oder angepasst und dafür bestimmt ist, als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt zu werden. Der technologische Fortschritt ist bei der Interpretation der Militärgüterliste der EU einzubeziehen. Scheint ein Produkt in den Listen auf, spricht die Vermutung für seine Qualifikation als militärische Ausrüstung, jedoch ist im Einzelfall zu prüfen, ob auch sämtliche Kriterien erfüllt sind und das Produkt auch als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt werden soll. Erfasst sind sohin auch Produkte, die ursprünglich für den Zivilbereich gedacht waren, aber dann für militärische Zwecke adaptiert werden. Militärausrüstung muss derartige und besondere Ausstattungsmerkmale aufweisen, um damit militärische Einsätze überhaupt zu ermöglichen. Davon erfasst können auch Dual-use-Güter sein.
58. Ist ein Produkt auf einer der beiden Listen angeführt, spricht die gesetzliche Vermutung dafür, dass es sich um Militärausrüstung handelt. Gesetzlich wird daher vermutet, dass es sich bei den Produkten auf den beiden Listen um Ausrüstung handelt, die eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wurden. Als einzige Referenzebene, ob es sich bei einer Ausrüstung um eine Waffe, um Munition oder um Kriegsmaterial handelt, existiert das EU-Vergaberecht. Darin wurde bereits explizit festgehalten, dass es sich zumindest bei jener Ausrüstung die auf der Liste aus 1958 angeführt ist, um Waffen, Munition oder Kriegsmaterial handelt. Sie basiert nämlich explizit auf der Entscheidung des Rates 255/58 vom 15. April 1958 zur Festlegung jener Produkte, die als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial anzusehen sind. Es steht daher nun

fest, dass all jene Ausrüstung, die auf der Liste von 1958 angeführt ist, als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial qualifiziert werden kann. Da die Liste generischer Natur ist, muss auf technologische Entwicklungen Rücksicht genommen werden und ist die Liste dadurch einer teleologischen Erweiterung zugänglich. Der Umstand, dass Ausrüstung auf der Liste aus 1958 angeführt ist, eröffnet jedoch nicht automatisch deswegen den Anwendungsbereich des BVergGVS 2012, weil es sich um Waffen, Munition oder Kriegsmaterial handelt, bedarf es der zusätzlichen Einordnung in Ausrüstung, die eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wurde. Darüber sagt weder die Liste aus 1958, noch die aktuelle Militärgüterliste etwas aus.

59. Mag in einzelnen Produktgruppen nun klar sein, dass es sich eindeutig um Ausrüstung für militärische Zwecke handelt, erscheint dies in Bezug auf andere nicht zweifelsfrei festzustehen. So ist eine Panzerabwehrlenkwaffe oder ein Kriegsschiff eindeutig der Militärausrüstung zuordenbar, da eine andere als die militärische Zweckbestimmung denkunmöglich erscheint. Bei einer Pistole oder bei Sprengstoff erscheint dies per se als nicht zweifelsfrei. Die Dienstpistole des ÖBH ist beispielsweise auch die Dienstwaffe der Polizei, ebenso verhält es sich mit dem automatischen Dienstgewehr im ÖBH und bei der Polizei, es sind dieselben Produkte. Eine Abgrenzung danach, wer das jeweilige Produkt verwendet erscheint daher nicht zweckmäßig. Ein Anhaltspunkt findet sich in den aus der Militärgüterliste ausgenommenen Produkten der Kleinkaliberwaffen. Diese eignen sich nicht besonders für militärische Zwecke, weshalb sie vermutlich auch ausgenommen wurden. Der Grund dafür liegt in der Wirkungsbandbreite derartiger Waffen. Es kann mit derartigen Waffen weder eine ausreichende Schussweite, noch eine ausreichende Wirkung im Ziel erreicht werden, um militärischen Erfordernissen gerecht zu werden. Ein Gegenargument stellt die Ausnahme für Jagdwaffen dar, denn diese erzielen vermeintlich ähnliche Anforderungen wie diese von militärischen Scharfschützengewehren verlangt werden. Ebenso werden sie auch von polizeilichen Spezialeinheiten verwendet, daher steht eine genaue Abgrenzung wieder in Frage. Wir haben daher Produktgruppen, die sowohl zivil, polizeilich als auch militärisch ihren Anwendungsraum finden, daher liegt die Vermutung nahe, dass eine Abgrenzung unmöglich erscheint. Das ist aber bei genauerer Betrachtung nicht der Fall. Sowohl der zivile, als auch der polizeiliche und ganz besonders der militärische Sektor, haben ganz spezifische Anforderungen, um ihre Bedürfnisse zu erfüllen.

60. Beim ÖBH sind dies rein militärische Bedürfnisse, welche in ihrem Spezialisierungsgrad ein Alleinstellungsmerkmal darstellen, da die Bandbreite der

denkbaren militärischen Einsatzräume sehr hoch ist. Da die meiste Militärausrüstung sowohl innerhalb als auch außerhalb Österreichs eingesetzt werden könnte und unter jeglichen Witterungseinflüssen bestehen muss, sind hier klimatische Anforderungen wesentlich. So muss die Ausrüstung des Militärs Umfeldbedingungen zwischen A1 (extreme hot dry) bis zu C4 (extreme cold) widerstehen, das ist eine Bandbreite von einer Temperatur von 32 bis 49 °C und einer Luftfeuchtigkeit von 8 bis 3 % (A1) bis zu einer Temperatur von -57 °C und einer Tendenz der Luftfeuchtigkeit bis zur absoluten Sättigung (C4). Von der US Raumfahrtbehörde NASA wurde ein Bewertungssystem entwickelt, mit dem Technologien bewertbar gemacht werden sollten. Es handelt sich um die Festlegung von Technologie Reifegraden, welche in neun Stufen beschreibbar ist. Von militärischen Systemen wird hier oft ein extrem hoher Reifegrad verlangt, bei dem das System qualifiziert sein muss und die Einsatzbereitschaft durch den Hersteller erfolgreich nachgewiesen werden muss. Besonders ist auch die geforderte lange Nutzungsdauer. Militärausrüstung muss idR eine Nutzungswahrscheinlichkeit von mindestens 15 bis weit über 30 Jahre aufweisen und innerhalb dieses Zeitraumes einsatztauglich sein. Dies hat vor allem mit der Eigenschaft des Militärs zu tun, dass lange Vorlaufzeiten mit Beschaffung und Ausbildung vorliegen und die Beschaffungsmengen idR sehr hoch sind, zu tun. Der militärische Einsatz erfordert in Bezug auf die Ausrüstung immer einen sehr hohen Tarnwert, der sowohl den infraroten Emissionsbereich als auch den Bereich des sichtbaren Lichts abdecken muss. Die meisten Oberflächen dürfen keine Reflexionen zulassen. Es gibt exakte militärische Erfordernisse hinsichtlich des Gewichts und der Abmessungen. Dies begründet sich nicht bloß allein auf den Umstand, dass die Ausrüstung am Körper und über lange Zeit transportiert werden sondern mitunter auch in Kampffahrzeugen untergebracht werden müssen, es sind mitunter alle möglichen Versionen zu berücksichtigen. Die Schussabgabe darf nicht erkennbar sein um den Schützen unerkannt zu lassen, das Mündungsfeuer muss daher minimiert werden sowie spezielle Munition zur Anwendung kommen. Aufgrund der Vielzahl an Schützen und deren unterschiedlichen individuellen Merkmalen, muss die Ausrüstung sowohl einfach zu handhaben sein als auch für unterschiedliche Schützen anpassbar sein. Es müssen mitunter unterschiedlichste Zusatzmodule anbringbar sein und mit bereits eingeführter Ausrüstung kompatibel sein. Militärausrüstung muss auch unter den schwierigsten Bedingungen transportiert werden, sie muss daher besonders robust sein. Diese und viele weitere Anforderungen hinsichtlich einer technischen Dokumentation, Wartungshandbücher, Kennzeichnungen etc. sind bei militärischen Ausrüstungen

zu berücksichtigen. Alle diese Anforderungen zusammen, bilden das Alleinstellungsmerkmal der Militärausrüstung und somit die Erläuterung für eine Konzeption oder Anpassung für militärische Zwecke. Meines Erachtens erscheint irrelevant ob im Sinne der Henne Ei Philosophie, zuerst die Festlegung der konkreten militärischen Anforderungen durch das Militär (zB ÖBH) steht oder die Konzeption oder die Anpassung einer Ausrüstung an abstrakt militärische Zwecke ohne ein Militär, daher durch den Hersteller alleine erfolgt. Für die Qualifikation als Militärausrüstung müsste einzig und allein dem Wortlaut entsprechend die Tatsache von Bedeutung sein, dass Ausrüstung eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird. Die militärischen Zwecke ergeben sich abstrakt aus den einsatzbedingten Alleinstellungsmerkmalen des Militärischen an sich.

61. Die Addition im Wortlaut der Legaldefinition spricht allerdings noch weiters von einer zwingenden Bestimmung der Ausrüstung zum Einsatz als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial. Die Frage erscheint vordringlich in welchem Sinne nun diese verlangte Bestimmung der Ausrüstung zum Einsatz als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial zu verstehen ist. Die Begriffe Waffe, Munition, oder Kriegsmaterial kann aus einer Vielzahl von Normen entnommen werden, einschlägig sind jedoch sicherlich nicht alle. Die oben angeführte Militärgüterliste aus 1958 basiert auf einer Entscheidung des Rates 255/58 vom 15. April 1958. Es handelt sich um eine Entscheidung zur Festlegung der Produkte - Waffen, Munition und Kriegsmaterial, für die Artikel 346 Abs 1 lit. b AEUV gilt. Hierzu entschied der EuGH, dass ein Gegenstand, der nach den Angaben des öffentlichen Auftraggebers eigens für militärische Zwecke verwendet werden soll, sich aber objektiv nicht wesentlich von gleichartigen, im Zivilsektor verwendeten Gegenständen unterscheidet, nicht unter Berufung auf Artikel 296 Abs 1 lit b EG in Verbindung mit Artikel 10 der Richtlinie 2004/18 und den in jener Richtlinie vorgeschriebenen Vergabeverfahren entzogen werden kann. Diese Rechtsprechung ist entsprechend meiner oben geäußerten Ansicht zu hinterfragen. Ein Gegenstand, der eindeutig und eigens für militärische Zwecke verwendet werden soll, der aber im Zivilsektor ebenfalls verwendet wird, weil er mitunter überragende auch vom Zivilsektor geschätzte Eigenschaften aufweist, soll sich nicht eignen, um wesentliche Sicherheitsinteressen zu tangieren. Jedoch erscheint dies zutreffend, denn die Begründung liegt in der Eigenart des speziellen Ausnahmetatbestands des Artikels 346 AEUV, der nur dann wesentliche Sicherheitsinteressen als gefährdet zulässt, wenn Ausrüstungsgegenstände beschafft werden sollen, von deren Spezifika eben nicht der gesamte Zivilsektor ohnehin Bescheid weiß.

62. Wenngleich nun die Qualifikation als Waffe, Munition, oder Kriegsmaterial iVm der Militärgüterliste aus 1958 einen engen Kontext zu Artikel 346 AEUV aufweisen, bedeutet dies nicht automatisch, dass die Qualifikation der Militärausrüstung entsprechend der Legaldefinition im BVergGVS 2012 davon tangiert wird. Das heißt konkret, auch wenn eine Ausrüstung nicht der Qualifikation von Waffe, Munition oder Kriegsmaterial iSd Artikels 346 AEUV unterliegt, sehr wohl Militärausrüstung im Sinne des BVergGVS 2012 vorliegen kann. Selbst wenn eine Ausrüstung auf dem zivilen Sektor verwendet wird, diese Ausrüstung jedoch spezifisch militärische Ausstattungsmerkmale hat, es sich um Militärausrüstung handelt und somit dem BVergGVS 2012 unterliegt.
63. Die Ausnahmetatbestände nehmen bestimmte Vergabeverfahren aus dem Geltungsbereich des Vergaberechts aus. Die Bezugspunkte der jeweiligen Ausnahmen reflektiert entweder auf bestimmte Gegenstände des jeweiligen Vergabeverfahrens oder auf bestimmte Eigenschaften der Auftragnehmer. Die Ausnahmen aus dem Geltungsbereich des Vergaberechts sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unter allen Umständen eng auszulegen. Die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung rechtfertigen tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf die Bestimmung berufen will. Dispensiert ein Ausnahmetatbestand auch aus dem Anwendungsbereich des Primärrechts, werden dadurch die Grundfreiheiten eingeschränkt. Ein derartiger Eingriff iSe Abkehr von den gemeinschaftsrechtlichen Pflichten ist daher nur dann zulässig, wenn dies durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden kann, dies auch geeignet erscheint um das Ziel zu erreichen, und zusätzlich das gelindeste Mittel hinsichtlich der Zielerreichung darstellt. Bei Vorliegen mehrerer Optionen zur Zielerreichung, darf ausschließlich jene gewählt werden, die den freien Warenverkehr und die Dienstleistungsfreiheit am wenigsten beeinträchtigt. Darüber hinaus sind die Ausnahmetatbestände abschließend, daher auch nicht erweiterbar und auch einer Analogie nicht zugänglich. Diese Einschränkungen erinnern stark an die strengen Maßstäbe der Normen des öffentlichen Rechts in der Hoheitsverwaltung. Zu beachten ist, dass die ausdrücklich genannten Ausnahmen vom Geltungsbereich des Vergaberechts, nicht die erschöpfende Einschränkung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts darstellt. Neben den angeführten Tatbeständen existieren natürlich auch noch Einschränkungen hinsichtlich des räumlichen, sachlichen und persönlichen Geltungsbereichs. Dies gilt für alle Rechtsbereiche des Vergaberechts, sowohl internationales Vergaberecht, EU Vergaberecht, nationales Vergaberecht und auch hinsichtlich des jeweiligen

Stufenbaus der einzelnen Rechtsordnungen. Es ist also immer zu fragen, im Anwendungsbereich welchen Rechtskreises und welcher konkreten Rechtsnormen, ist das avisierte Beschaffungsvorhaben konkret einzureihen.

K. Zusammenfassung / Abstract

Konfliktualität liegt in der Natur des Menschen, die weitere Entwicklung der Menschheit wird von dieser Konfliktualität begleitet sein. Eine bewaffnete Streitmacht ist daher obligatorisch. Durch die Natur des Krieges ergeben sich Alleinstellungsmerkmale des Militärs und seiner Ausrüstung. Kriege wären entbehrlich, der Mensch ist aber noch nicht so weit. Der Staat ist die ultimative Schutzinstitution der Bürger vor Gewalt und Fremdbestimmung, worin der Grundstein der Ableitung einer Schutzverantwortung des Staates gegenüber seinen Bürgern erblickt werden kann. Staatlicher Schutz ist sogleich Legitimation der Staatsmacht. Staat ohne staatlichen Schutz rechtfertigt Ungehorsam. Das Militär ist eine Gesamtheit von Personen die planvoll und organisiert eine bewaffnete Streitmacht ausmachen. Militärische Tugenden sind oberste Anforderungen innerhalb eines militärischen Systems. Das Militär hat Ausrüstung und beherrscht Techniken die es ermöglichen, einen bewaffneten Krieg auszutragen. Das Militär hat weitgehende Handlungsautarkie. Es ist in jedem Fall die einzige und primäre Handlungsreserve des Staates. Innerhalb des Militärs ist die Miliz die ultimative Handlungsreserve des Militärs. Das eine kann ohne das andere nicht existieren ohne die Bindung zum Volk zu verlieren. Es besteht eine korrespondierende Pflicht des Staates die Lebensgefahr der Soldaten und Soldatinnen zu minimieren. Auch hier besteht ein korrespondierendes Verpflichtungsverhältnis. Militärische Ausrüstung ist Rüstungsgut und stellt den Oberbegriff für viele andere Begriffe dar. Es sind dies alle Maßnahmen, die dem Militär die Erfüllung seiner Aufgaben ermöglicht. Um einen Krieg zu führen, benötigt der Staat Soldaten und Soldatinnen, die mit Rüstungsgütern ausgestattet, den Kampf führen. Es stehen keine unbegrenzten Ressourcen an Menschen zur Verfügung um den zivilen und den militärischen Markt abzudecken. Kriegswirtschaft ist der gesamtwirtschaftliche Mechanismus während konfliktualer Zeiten, daher der zivile und der militärische Teil der Gesamtwirtschaft. Bei Rüstungsgütern manifestieren sich die Motivatoren einer Nachfrage einzig und allein an einer politischen Entscheidung einen gewissen Konfliktzustand aufrechtzuerhalten und zu nähren. Die finanziellen Mittel eines Staates sind unbegrenzt. Rüstung ist trotz enger staatlicher Bindung des Militärs, Teil der Privatwirtschaftsverwaltung. Ein zweifelsfreier Lösungsansatz, ob das Legalitätsprinzip in der Privatwirtschaftsverwaltung gilt, erscheint nicht greifbar. Rechtsdogmatisch kann abgeleitet werden, dass eine differenzierte Betrachtungsweise angebracht und zulässig sein muss. Eine andere Option ergibt sich nur aus einer politischen Entscheidung. Die Beschaffung von Rüstungsgütern ist zweifelsfrei Bestandteil des in der Rechtsordnung

abgebildeten öffentlichen Auftragswesens. Dort findet es seine Regelung im Wesentlichen durch das Vergaberecht. Das Primärrecht nimmt im unionsrechtlichen Stufenbau der Rechtsordnung den höchsten Rang ein. Für das Sekundärrecht ist daher das Primärrecht die maßgebliche Determinante für dessen Rechtmäßigkeit. Es gibt einen unmittelbar geltenden materiellen Kern des EU-Vergabeprimärrechts. Es existieren Schranken des Freiraums der Privatwirtschaftsverwaltung. Sie finden sich in den obersten Rechtsvorschriften und Grundprinzipien unseres Rechtsstaates, an oberster Stelle lässt sich hier der Gleichheitssatz identifizieren. Sowohl der Ausnahmereich des Vergaberechts als auch das verdünnte Vergaberechtsregime benötigen aus unions- und verfassungsrechtlichen Überlegungen stets eine sachliche Rechtfertigung ihrer Anwendung. Das verdünnte Vergaberechtsregime schränkt den Anwendungsbereich des Primärrechts und der Grundfreiheiten ein. Ein derartiger Eingriff ist die Abkehr von den gemeinschaftsrechtlichen Pflichten ist jedoch nur sehr begrenzt zulässig. Betrachtet man die Freiräume im verdünnten Vergaberechtsregime, erscheint ein im Wesentlichen unregelter Bereich vorzuliegen. Öffentliche Auftraggeber sind im Rahmen der doppelten Bindung, immer an die Grundrechte, vor allem den Gleichheitssatz gebunden und haben ihre Handlungen derart zu gestalten, dass den privaten Wirtschaftsteilnehmern aus der Sicht des ihnen zustehenden Rechtsschutzes auch die Möglichkeit gewahrt bleibt, diesem Rechtsschutzbedürfnis zum Durchbruch zu verhelfen. Transparenz garantiert hier die Einhaltung des Antidiskriminierungsgrundsatzes. Der Begriff Militärausrüstung ist eng mit dem Krieg verbunden und umfasst alle mit Kriegswaffen ausgestatteten Kräfte der staatlichen Gewalt, deren hoheitliche Aufgabe es ist, den Staat von Angriffen von außen zu schützen und bei Bedarf auch einen Beitrag zur inneren Sicherheit leisten. Dabei handelt es sich um die einzige originäre Kernaufgabe des österreichischen Bundesheers. Nur das österreichische Bundesheer beherrscht Techniken die es ermöglichen, einen bewaffneten Krieg oder Konflikt gegen andere Länder bzw. bewaffnete Streitkräfte auszutragen. Das österreichische Bundesheer ist die einzige und primäre Handlungsreserve Österreichs im Falle einer größeren Bedrohung. Innerhalb des Militärs ist die Miliz die ultimative Handlungsreserve des österreichischen Bundesheers. Die Miliz ist ein Querschnitt der gesamten Bevölkerung Österreichs, es besteht daher ein ganz enges Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen dem österreichischen Bundesheer und dem Volk. Ein weiteres Alleinstellungsmerkmal des österreichischen Bundesheers ist dessen Fähigkeit, theoretisch die Macht über den Staat übernehmen zu können. Ein hoher Ausbildungsgrad, bedingungsloser Gehorsam sowie Disziplin innerhalb der Befehlskette und im Rahmen des Rechts sowie der höheren Gerechtigkeit und darüber hinaus das verfassungsrechtliche Weisungsprinzip

sind die Garanten des rechtsstaatlichen Gleichgewichts. Was Militärausrüstung darstellt muss durch Interpretation gelöst werden. Militärausrüstung muss derartige und besondere Ausstattungsmerkmale aufweisen, um damit militärische Einsätze überhaupt zu ermöglichen. Davon erfasst können auch Dual-use-Güter sein. In Zusammenschau mit den Fähigkeiten des österreichischen Bundesheers ergeben sich iZm dem Spezialisierungsgrad Alleinstellungsmerkmale, die zur Interpretation dienen.

L. Über den Verfasser



Mag. iur. Marcus BERLOSNIG

Allee g a s s e 16/1/10

2620 NEUNKIRCHEN

Tel.: +43 (0) 664 1057058

Mail: marcus.berlosnig@gmail.com

Aktuelle Dienststelle:

Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport

Kaufmännische Abteilung

Franz-Josefs-Kai 7-9, 1010 WIEN

2011 - dato	Leiter Referat Rüstung und Beschaffung (Ref 1), Kaufmännische Abteilung, Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport
2010 - dato	Rechtsberater für internationales humanitäres Völkerrecht im Militärkommando NÖ
2009 – 2011	BMLVS/Rechtsabteilung – Rechtsreferent
1990 – 1994	Berufsausbildung/Lehre zum Anlagenmonteur
1994 – 1995	Absolvierung der Wehrpflicht
1996	Eintritt in das Österreichische Bundesheer
1997	Dienstprüfung Verwendungsgruppe A4
1997 - 2002	Ausbildung zum Zugskommandanten im ÖBH
2000 – 2004	Berufsbegleitende Reifeprüfung
2002	Dienstprüfung Verwendungsgruppe A3
2002 – 2003	Referent Leistungssport und Wettkämpfe beim Heeressportzentrum
2003 – 2006	Sportlehrausbildung beim Heeressportzentrum
2004 – 2010	Studium der Rechtswissenschaften JKU Linz
2006	Dienstprüfung Verwendungsgruppe A2
2006 – 2009	Referent für Sportförderung im BMLVS
2009	Dienstprüfung höherer Dienst im BMLVS