



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Der vergaberechtliche Beitrag im Bereich der
europäischen Verteidigungsindustrie
Die spezifische Zielrichtung der RL 2009/81/EG und ihre Unterschiede
zur allgemeinen Vergaberichtlinie 2014/24/EU“

verfasst von / submitted by

Bernard E. STEFAN, BA

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2021 / Vienna, 2021

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht /
European and International Business Law

Betreut von / Supervisor:

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Zusammenfassung / Abstract

Auf langer Sicht ist es das Ziel des europäischen Vergaberechts im Verteidigungs- und Sicherheitssektor eine Verteidigungsindustrie in dem gemeinsamen Binnenmarkt der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu schaffen. Bislang wurde die öffentliche Vergabe von Rüstungsgütern im verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Markt aufgrund wesentlicher nationaler Sicherheitsinteressen vom unionalen Primär- und Sekundärrecht abgegrenzt, sodass eine Fragmentierung der Beschaffungsmärkte die Folge davon war. Die Europäische Union büßt dadurch ihre Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Wettbewerb für Verteidigungsgüter ein. Internationale Wirtschaftsteilnehmer versuchen hingegen dieses Defizit vorteilhaft zu nutzen, um am europäischen Markt politischen und ökonomischen Einfluss zu erlangen. Um den wirtschaftlichen Integrationsstrang mit den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich zu verbinden setzte der europäische Gesetzgeber ein Legislativinstrument in Kraft, welches die rüstungstechnologische und industrielle Basis stärken und Kooperationsprogramme zwischen den Mitgliedstaaten implementieren soll. In dieser rechtswissenschaftlichen Masterarbeit wird daher die erlassene verteidigungs- und sicherheitsspezifische Vergaberichtlinie 2009/81/EG mit der allgemeinen Vergaberichtlinie 2014/24/EU zum Anlass hergenommen, um den vergaberechtlichen Beitrag zur Schaffung einer europäischen Verteidigungsindustrie anhand der unterschiedlichen Zielbestimmungen, dieser Legislativinstrumente auf die spezifischen Ausnahmeregelungen zu untersuchen. Um die Forschungsfrage beantworten zu können, wird auf die juristische Methodenlehre zurückgegriffen und eine vergleichende Analyse durchgeführt, die Auskunft über die Zweckmäßigkeit der lexikalischen, historischen und teleologischen Inhalte des Untersuchungsgegenstandes geben soll.

In the long term, the aim of European public procurement law in the defence and security sector is to create a defence industry in the common internal market of the Member States of the European Union. So far, the public procurement of arms at the defence and security market has been delimited by union primary and secondary legislation due to national protection of essential security interests, resulting in fragmentation of procurement markets. As a result, the European Union is losing its competitiveness in the international competition for defence equipment. Besides, International economic operators are trying to take advantage of this deficit to gain political and economic influence on the European market. The European legislator adopted a legislative instrument, which should strengthen the technological and industrial basis and implement cooperation programmes between the Member States, to link the economic integration policy with the defence and security area. In this Master's thesis, the adopted Defence and Security Procurement Directive 2009/81/EC with the General Procurement Directive 2014/24/EU, therefore, is an opportunity to examine the public procurement contribution to the creation of a European defence industry based on the different objectives of these legislative instruments for the specific derogations. In order to answer the research question, a comparative analysis will be carried out, which will provide information on the purpose of the lexical, historic and teleological contents of the research subject.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung (vorläufig)	10
2	Bemühungen um eine europäische Verteidigungsindustrie	17
3	Die Harmonisierung des Binnenmarktes im Sicherheits- und Verteidigungssektor	20
3.1	Abschottung der Beschaffungsmärkte.....	20
3.2	Internationaler Wettbewerb im Verteidigungsbereich	22
3.3	Binnenmarktrelevanz des Vergaberechts	23
4	Das Vergaberecht als Integrationsinstrument.....	26
4.1	Zweck des Vergaberechts im Verteidigungs- und Sicherheitssektor	26
4.2	Vergabeprimärrecht	27
4.2.1	Definition.....	27
4.2.2	Grundfreiheiten des AEUV	27
4.3	Vergabesekundärrecht	30
4.3.1	Die alten Richtlinien.....	30
4.3.2	Die neuen Richtlinien	32
4.3.3	Umsetzung der Richtlinien	34
5	Schwellenwerte.....	36
5.1	Grundlagen der Schwellenwerte.....	36
5.2	Schwellenwertverordnungen	37
6	Anwendungsbereich im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich	39
6.1	Öffentlicher Auftraggeber	39
6.2	Öffentlicher Auftrag	41
6.3	Auftrag im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich.....	42
6.3.1	Lieferung von Militärausrüstung.....	45
6.3.2	Dual-use-Güter	46
6.3.3	Lieferung von sensibler Ausrüstung.....	47
6.3.4	Schutz von Verschlusssachen.....	48
6.3.5	Informationssicherheit.....	48
6.3.6	Versorgungssicherheit	49

6.3.7	Gemischte Aufträge.....	50
6.4	Rechtfertigungsgründe zur Anwendung des Art 346 AEUV	51
6.4.1	Öffentlichen Sicherheit und wesentlichen Sicherheitsinteressen	51
6.4.2	Binnenmarktabgrenzung zu Rüstungsgütern.....	52
6.4.3	Rs. C-157/06 (Kommission/Italien) Urteil vom 2. Oktober 2008.....	53
7	Ausnahmen vom Anwendungsbereich	56
7.1	Bedeutung für den Binnenmarkt	56
7.2	Kooperative Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitssektor	57
7.3	Ausnahmen nach Art 2 RL 2009/81/EG	60
7.4	Ausnahmen auf der Grundlage internationaler Verfahrensvorschriften	61
7.4.1	Ausnahmen nach Art 12 RL 2009/81/EG	61
7.4.2	Ausnahmen nach Art 9 RL 2014/24/EU	63
7.4.3	Primärrechtliche Grundsätze und internationale Vorschriften	65
7.5	Ausnahmen nach Art 13 RL 2009/81/EG	65
7.5.1	Besondere Ausnahmen zur Preisgabe von Auskünften.....	65
7.5.2	Besondere Ausnahmen für nachrichtendienstliche Tätigkeiten	66
7.5.3	Besondere Ausnahmen im Rahmen eines Kooperationsprogramms.....	66
7.5.4	Besondere Ausnahmen für Auftragsvergaben in Staaten außerhalb der EU.....	69
7.5.5	Besondere Ausnahmen bei Aufträgen zwischen Regierungen.....	71
7.6	Besondere Ausnahmen nach Art 10 und 14 RL 2014/24/EU.....	73
7.6.1	Besondere Ausnahmen für den Erwerb oder Miete von Grundstücken	73
7.6.2	Besondere Ausnahmen für Finanzdienstleistungen.....	75
7.6.3	Besondere Ausnahmen bei Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen	76
8	Conclusio.....	78
	Literatur	81

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Wien, 5. Jänner 2021

Bernard E. STEFAN

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'B. Stefan', with a long horizontal stroke extending to the right.

Vorwort

Die vorliegende Masterarbeit soll den Höhepunkt meiner bisherigen akademischen Laufbahn darstellen und einen juristischen Beitrag zum besseren Verständnis des europäischen Vergaberechts im Besonderen Verteidigungs- und Sicherheitsbereich leisten. Die Zulassung dieser Arbeit erfolgte im Sommersemester 2020 durch das Prograduate Center der Universität Wien.

In erster Linie möchte ich meinem Betreuer, Herrn *o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher*, für die Annahme des Themas und seine fachmännische Unterstützung bei der Entwicklung und Fertigstellung dieser Arbeit ganz besonders danken. Insbesondere sei erwähnt, dass es sein spannender Unterricht war, der mein Interesse am europäischen Vergaberecht geweckt hat und mir ermöglichte die europäische Verteidigungspolitik mit der öffentlichen Auftragsbeschaffung anhand dieses vorliegenden vergaberechtlichen Beitrags zu verbinden.

Des Weiteren möchte ich meinen Dank an Frau *Dr. Maria Sturm, LL.M.* für ihre hilfreichen Ratschläge und Hilfestellungen zur Gestaltung der Masterarbeit und allen sonstigen administrativen Tätigkeiten, die diese Arbeit betreffen aussprechen.

Mein allergrößter Dank gebührt jedoch meiner Familie, die mich während der ganzen Studienzeit mit allen Mitteln unterstützt hat. In diesem Sinne bedanke ich mich bei meiner Mutter, die in meinem Leben eine tragende Rolle und Stütze spielt. Meinem Bruder muss ich danken, denn auf ihn kann man sich immer verlassen. Ein besonderer Dank gebührt meinen Großeltern, die stets an meinen Weg geglaubt haben und mich immer finanziell unterstützten.

Wien, Jänner 2021

Bernard E. Stefan

Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art	Artikel
BIP	Bruttoinlandsprodukt
EDTIB	European Defence Technological and Industrial Base (Europäische rüstungstechnologische und -industrielle Basis)
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
G2G	Government to Government (Auftrag zwischen Regierungen)
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GSVP	Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik
KMU	Kleine und Mittlere Unternehmen
lit	Litera (Buchstabe)
NATO	North Atlantic Treaty Organization (Nordatlantikpakt-Organisation)
OSB	Oberer Schwellenwert
OCCAR	Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement (Gemeinsame Organisation für Rüstungskoooperation)
USB	Unterer Schwellenwert
PESCO	Permanent Structured Cooperation (Ständige Strukturierte Zusammenarbeit)

RL	Richtlinie
Rn	Rangnummer
Rz	Rangzeichen
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
WEU	Westeuropäische Union

„Ein Binnenmarkt für Verteidigungsgüter würde neben der Forschung in kritischen Bereichen auch die Gründung von Start-up-Unternehmen erleichtern und damit die Entwicklung der Schlüsseltechnologien fördern, die Europa zur Bewältigung der Sicherheits Herausforderungen benötigt, mit denen es konfrontiert ist.“

Reflexionspapier über die Zukunft der Europäischen Verteidigung¹

1 Einleitung (vorläufig)

Die Europäische Union (EU) befindet sich in einem globalen Wettbewerb, und zwar nicht nur in einer ökonomischen Hinsicht, sondern auch in der Sicherheits- und Verteidigungspolitik sowie im Bereich neuer technologischer Errungenschaften. Seit dem Jahrzehnt der multiplen Krisen des 21. Jahrhunderts gepaart mit neuen hybriden Bedrohungsformen und einem neuartigen „Coronavirus“, wird die Effizienz der EU in Frage gestellt. Um den wachsenden Sicherheits Herausforderungen gerecht zu werden, hat der europäische Gesetzgeber zum Ziel eine wettbewerbsfähige, innovative und effiziente Verteidigungsindustrie zu errichten.²

Hierbei wird die Investitionstätigkeit als entscheidendes Mittel gesehen, um den europäischen Binnenmarkt zu stärken und somit einen Markt für Verteidigungsgüter zu fördern.³

2018 lagen die Investitionen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich der EU bei 223 Milliarden Euro was 1,4 Prozent vom Bruttoinlandsprodukt (BIP) entspricht.⁴ Europa leidet aufgrund von Doppelstrukturen in der Beschaffung, mangelnder Interoperabilität, Technologielücken und unzureichender Größenvorteile für Industrie und Produktion an einer fehlenden Ausgabeneffizienz.⁵ Die Schaffung einer europäischen Verteidigungsindustrie ist daher von staatlichen Programmen und in weiterer Folge von der öffentlichen Auftragsvergabe abhängig. Das dazu gehörige Vergaberecht hat zur Aufgabe die Marktfreiheit in der EU zu garantieren, indem es eine transparente, nichtdiskriminierende, Leistungsvergabe ermöglicht, die an-

¹ Europäische Kommission, Reflexionspapier über die Zukunft der europäischen Verteidigung, in: Europäische Kommission, Weißbuch über die Zukunft Europas COM(2017) 315 11.

² Vgl. VO (EU) 2018/1092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juli 2018 zur Einrichtung des Europäischen Programms zur industriellen Entwicklung im Verteidigungsbereich zwecks Förderung der Wettbewerbsfähigkeit und der Innovation in der Verteidigungsindustrie der Union, ABl L 200/30, 1.

³ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa COM(2017) 572 final 1, 10.

⁴ Vgl. Europäische Verteidigungsagentur, Defence Data 2017-2018 (2019), <https://www.eda.europa.eu/info-hub/publications/publication-details/pub/defence-data-2017-2018>, 2 (Stand 23.4.2020).

⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Europäischer Verteidigungs-Aktionsplan COM(2016) 950 final 4.

hand europaweiter Ausschreibungen den Wettbewerb stimulieren soll.⁶ Darüber hinaus will das öffentliche Beschaffungswesen die politische Intervention und Bestechlichkeit vermeiden, damit die nationalen Champions im Vergabeprozess nicht bevorzugt werden, sondern auch ausländische Bieter zum Zug kommen. Daher wird das Prinzip des „komparativen Kostenvorteils“ verfolgt, welches anhand optimaler Ressourcen-Allokation nicht nur den EU-weiten Wettbewerb fördern, sondern auch zu einem nachhaltigen Wachstum am Binnenmarkt führen soll.⁷ Ein besonderer Bereich umfasst hierbei den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, dessen Auftragsvergabe vor allem am nationalen Markt erfolgt, weil die öffentliche Hand eine Monopolstellung innehat. Diese Besonderheit betrifft einerseits ökonomisch-technologische Interessen und andererseits die Verteidigungs- und Sicherheitspolitik der einzelnen Unionsmitglieder, die nicht gewillt sind, ihr Know-How für Kostenvorteile mit den umliegenden Partnern auszutauschen.⁸ Verteidigungs- und Sicherheitsausrüstungen sind häufig sensibel, da sie zur Sicherheit und Souveränität der EU beitragen.⁹

Der europäische Gesetzgeber erkannte daher, dass es besondere Maßnahmen erfordert, um die staatliche Willkür seiner Mitglieder, welche als alleinstehende Kunden auftreten und Produktnachfrage sowie Größe der Beschaffung selbst bestimmen können.¹⁰ Daher wurde ein neues Legislativinstrument ausgearbeitet. Dieses nimmt im Besonderen Rücksicht auf die Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten. Am 13. Juli 2009 entstand die Sonderrichtlinie 2009/81/EG als „lex specialis“, dessen Ziel es ist den schrittweisen Aufbau eines europäischen Marktes für Verteidigungsgüter sowie die europäische rüstungstechnologische und -industrielle Basis (EDTIB) zu unterstützen.¹¹ Mit dem 26. Februar 2014 wurde ein Reformpaket erlassen und die allgemeine Vergaberichtlinie 2014/24/EU verabschiedet, um als marktwirtschaftliches Instrument eine Schlüsselrolle zur effizienten Ausgabe öffentlicher Gelder beizusteuern sowie die im „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) niedergeschriebenen Grundsätze Geltung zu tragen.¹² Die Vergaberichtlinien sind daher als

⁶ Vgl. *Kahl/Rosenkranz*, Vergaberecht (2012) 1 (2).

⁷ Vgl. *Weiss*, Internationales öffentliches Beschaffungswesen, in: *Tietje (Hrsg)*, Internationales Wirtschaftsrecht² (2015).

⁸ *Ruff*, Auftragsvergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, in *Müller-Wrede (Hrsg)*, Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013) Rz 2.

⁹ Vgl. RL 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl L 216/76, 1.

¹⁰ Vgl. *Ruff* in *Müller-Wrede* Rz 2.

¹¹ Vgl. RL 2009/81/EG ABl L 216/76, 1.

¹² Vgl. RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl L 94/65, 1.

wirksame „Ausprägung der Grundfreiheiten“ zu verstehen, aus denen sie primärrechtlich entstammen. Des Weiteren gewähren diese wirtschaftsrechtlichen Instrumente allen Bietern ausschließende Rechtsschutzmöglichkeiten. Beide Richtlinien weisen jedoch erhebliche Unterschiede in ihrer Aufgabenwahrnehmung auf. „Während im allgemeinen Vergaberecht wirtschaftspolitische Erwägungen überwiegen, besteht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich ein Spannungsfeld zwischen wirtschafts- und sicherheitspolitischen Belangen.“¹³ Daher bekannte sich die Europäische Kommission zu Leitlinien für die kooperative Beschaffung von Verteidigungsgütern zwischen den beiden Richtlinien.¹⁴ Folgend soll die öffentliche Auftragsvergabe in ihrer Komplexität abnehmen und administrative Hürden beseitigt werden.¹⁵ In dieser Arbeit wird daher die spezifische Zielrichtung der RL 2009/81/EG vorangestellt, welche zum Anlass genommen wird jene wesentlichen Unterschiede zur allgemeinen VergabeRL 2014/24/EU herauszuarbeiten. Daraus bildet sich folgende Forschungsfrage, die beantwortet werden soll:

„Welchen Beitrag erzielt die spezifische Zielrichtung der RL 2009/81/EG aus den materiellrechtlichen herausgearbeiteten Unterschieden des allgemeinen Vergaberechts?“

In diesem Kontext ist auf eine Reihe von Ausnahmetatbeständen hinzuweisen, die eine besondere Stellung einnehmen und somit vom Vergabeprozess unberührt bleiben. Darüber hinaus werden die unterschiedlichen vergaberechtlichen Bestimmungen auf ihre divergierende Art beleuchtet, um nach Möglichkeit ihren sinnhaften Zweck zu veranschaulichen. Um die Forschungsfrage beantworten zu können wird auf mehrere juristische Interpretationsmethoden zurückgegriffen, welche die Auslegung untersuchen sollen. Das Ziel hierbei ist auf den objektiven Sinn des europäischen Gesetzgebers zurückschließen zu können. Aus den beiden Richtlinien soll somit der Sinn und Zweck dargestellt werden.¹⁶ In dieser Arbeit wird daher eine Triangulation aus der Wortinterpretation, der historischen Interpretation und der objektiv-teleologischen Interpretation angewandt. „Die Teilergebnisse der Auslegungen haben anschließend bewertet zu werden, um infolgedessen zu einem einheitlichen Auslegungsergebnis

¹³ Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich der Europäischen Union, EuDÖR 2017, 24.

¹⁴ Vgl. Bekanntmachung der Kommission zu Leitlinien für die kooperative Beschaffung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (Richtlinie 2009/81/EG über die Vergabeverfahren im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich), ABl C 157/1, 2.

¹⁵ Mitteilung COM(2017) 572 final 7.

¹⁶ Vgl. Gschiegl, Politik und Recht² (2015) 80.

zusammengefasst zu werden.“¹⁷ Die wörtliche grammatische Auslegung oder „lexikalische Auslegung“ bildet das Rückgrat dieses juristischen Beitrags zum europäischen Vergaberecht. Sie soll den Wortsinn aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ermitteln. Dies erfolgt durch das Heranziehen von Textzusammenhängen. Hierzu wird auf die schlichte Subsumtion zurückgegriffen, welche die Tatbestandsmerkmale der Rechtstexte als rechtlich relevante Elemente beurteilt. Ergänzend, wird die systematisch-logische Auslegung als Instrument eingesetzt, da aufgrund der sich ähnelnden Beschaffenheit der zu untersuchenden Richtlinien ein systematischer Zusammenhang besteht. Hierbei wird auf die Komplexität der Rechtstexte Rücksicht genommen, die womöglich teilweise oder denselben Sachverhalt behandeln.¹⁸

„Zur jetzt besprochenen systematischen Auslegung gehören auch die bekannten Regeln zur Lösung von vermeintlichen Normkollisionen, nämlich die Regeln vom Vorrang der spezielleren Vorschrift (lex specialis) gegenüber der allgemeineren (lex generalis) sowie vom Vorrang der späteren (lex posterior) vor der früheren (lex prior).“¹⁹

Somit wird der RL 2009/81/EG aufgrund ihrer speziellen Bestimmungen Vorrang verschafft. Der RL 2014/24/EU kommt insofern Bedeutung zu, da sie die lex posterior darstellt, welche die neueste und somit „aktuellere“ allgemeine Vergaberichtlinie ist, deren unterschiedliche Zielbestimmungen der Sonderrichtlinie hintangestellt wird. Jedoch besitzt die Wortinterpretation eine einschränkende bzw. ausdehnende Wirkung. Das geht aus der Legaldefinition des zu untersuchenden Gesetzestextes heraus, denn der europäische Gesetzgeber kann seine Begriffe eigenständig definieren und somit eine für sich besondere juristische Bedeutung bestimmen.²⁰ Aufgrund der Grenzen, welche sich durch die Wortinterpretation abbilden lassen, wird ergänzend auf die historische Auslegung zurückgegriffen. Bei dieser Methode wird anhand historischer Gesetzestexte versucht den Willen des Gesetzgebers auszuforschen. „Allerdings gilt zu berücksichtigen, dass sich das Gesetz mit dem Akt der Gesetzeserlassung objektiviert hat und dadurch auch die rechtspolitischen Zwecke der Normerlassung in den Hintergrund treten.“²¹ Hierfür wird bei der Analyse auf Rechtssachen des „Europäischen Gerichtshofs“ (EuGH) zurückgegriffen, die den besonderen Charakter der RL 2009/81/EG berühren. Erst durch die

¹⁷ Gschiegl, Politik und Recht 80.

¹⁸ Vgl. F. Bydlinski/P. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre³ (2018) 33.

¹⁹ F. Bydlinski/P. Bydlinski, Methodenlehre 34.

²⁰ Vgl. Gschiegl, Politik und Recht 81.

²¹ Gschiegl, Politik und Recht 82.

Auslegung des Rechtstextes wird die inhaltliche Bedeutung und Konsequenz auf praktischer Weise veranschaulicht. Mit der historischen Auslegung kommt sogleich ein Streit zwischen der „subjektiven“ (problemrelevanten) Absicht des historischen Gesetzgebers und dem „objektiven“ Gehalt des Gesetzes. Letzteres bezieht sich auf die Beurteilung der kundgemachten Richtlinien und seinem gegenwärtigen Verhältnis zum Status quo. Beide juristischen Auslegungen müssen abwechselnd und je nach Effizienz angewandt werden, um das bestmögliche Ergebnis des Untersuchungsgegenstandes zu erzielen.²² Kurzum, wird die historische Interpretationsmethode angewandt damit der Wille sowie Absicht des historischen Gesetzgebers auf den untersuchten Gegenstand näher beleuchtet wird. Bezogen auf die Forschungsfrage dieser Arbeit werden die Ausnahmetatbestände der Gesetzestexte auf ihr historisches Verhältnis mit den darin festgelegten Zielbestimmungen herangezogen. Da beide vergaberechtlichen Instrumente in ihrer Normbeschaffenheit Ähnlichkeiten in Bezug auf die Auftragsvergabe beinhalten, werden in dieser Arbeit jene herausgearbeiteten Unterschiede der SonderRL mit der neueren allgemeinen VergabeRL gegenübergestellt. Dadurch sollen der gesetzgeberische Wille und Absicht des auf die Zielbestimmungen der RL 2009/81/EG abgestellt werden.

Damit ein historisch aufschlussreicher Vergleich des bestehenden Gesetzes vorgenommen werden kann, wird in dieser Arbeit neben der bereits erwähnten Vergaberichtlinien weitere Gesetzesmaterialien (Mitteilungen, Vorschläge, Entwürfe sowie diverse Berichte der Gesetzgebungsinstanzen), rechtswissenschaftliche Sekundärliteratur und europäische Rechtssachen herangezogen. Hierbei soll vor allem die juristische Expertise für die rechtsvergleichende Analyse betrachtet werden, um z.B. den politischen Willen des europäischen Gesetzgebers sowie der zu untersuchenden Normen auszulegen.²³ Ein wichtiger Anhaltspunkt für die historisch (subjektive) Auslegung stellt sich bereits in den Erwägungen der Rechtstexte. Darin werden die Absicht, Gründe und das Ziel des darauffolgenden Gesetzesinhalts erläutert.

Somit bekommt der zunächst einfach erscheinende Gesetzestext einen Kontext in Bezug auf in die darin enthaltenen Rechtsbegriffe und -sätze.²⁴ Würde diesen Legislativinstrumenten keine solche Aufwertung zugute, dann würde nur ein lebloser Textkörper (Torso) bestehen, der zwar die Normen darstellt, ansonsten keinen höheren Sinn beinhalten würde. Zur Beantwortung der Forschungsfrage würde den beiden Richtlinien demnach ihr Zweck (Telos) ab-

²² F. Bydlinski/P. Bydlinski, Methodenlehre 35.

²³ Vgl. F. Bydlinski/P. Bydlinski, Methodenlehre 36 (37).

²⁴ Vgl. F. Bydlinski/P. Bydlinski, Methodenlehre 42.

handenkommen, sodass der erlassene Gesetzesinhalt kein geeignetes Mittel zur Realisierung des „Idealzustandes“ darstellen könnte.

Um die Forschungsfrage abrundend zu lösen, wird auf die objektiv-teleologische Auslegungsmethode zurückgegriffen. Diese Interpretationsmethode sucht nach dem objektiven Sinn und Zweck der zur untersuchenden Norm.²⁵ Es kann passieren, dass die beiden vorherigen Methoden unzureichend Aufschluss über die Zwecke wiedergeben, weil sich im historischen Material keine finden lassen, oder diese miteinander kollidieren bzw. im Widerspruch stehen. Mit der objektiv-teleologischen Interpretationsmethode soll der entstandenen Erschöpfung der anderen beiden Methoden Einhalt geboten werden. Hierbei wird das Auslegungsmaterial auf die Zwecke nach der gesamten verfügbaren Erfahrung im Zusammenhang gebracht. Diese Überprüfung soll im objektiven Sinn die sogenannte Zweckhypothese herausfinden, welches durch den Zwang zur umfassenden Argumentation rational ermöglicht wird. Im Vordergrund steht die sogenannte Mittel-Zweck-Relation, welche alle Informationen über die Gesetzeszwecke des Untersuchungsgegenstandes zur Beurteilung der auszulegenden Norm als Mittel und dem erst gesuchten Zweck ermittelt.²⁶

Kurzum gesagt wird beim Auslegungsmaterial des Untersuchungsgegenstandes viel Wert auf den inhaltlichen Sinn und Zweck gelegt. Als Zusatzkriterium zur Ermittlung der Zweckhypothese geht man nach dem Grundsatz der Gerechtigkeit zum einen, und dem Grundsatz des Gleichmaßes zum anderen aus. Somit wird auf das Prinzip zurückgegriffen, wonach Gleiches gleich sowie Ungleiches ungleich behandelt wird.²⁷

Der besondere Fokus in dieser juristischen Arbeit, liegt einerseits auf der Lösung von vermeintlichen Normkollisionen sowie auf den Gesamtzusammenhang beider Rechtstexte und andererseits auf den ursprünglichen Absichten und Willen des historischen Gesetzgebers. Ein besonderes Augenmerk richtet sich auf die Ausnahmeregelung unter Art 346 AEUV, weil dessen Bestimmung dem Anwender erlaubt öffentliche Aufträge vom Anwendungsbereich beider Legislativinstrumente zu befreien. Der Artikel ist aufgrund seiner Beschaffenheit von Bedeutung, da er auf die nationalen Sicherheitsinteressen abzielt, die es zu schützen gilt. In diesem Kontext wird die Sonderstellung der sogenannten „Dual-Use-Güter“ (sind für den militärischen Zweck angepasste zivile Waren) klar beleuchtet. Des Weiteren soll in dieser Arbeit auf die allgemeinen Grundfreiheiten Bezug genommen werden, die in beiden Richtli-

²⁵ Vgl. *Gschiegl*, Politik und Recht 83.

²⁶ Vgl. *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Methodenlehre 44.

²⁷ Vgl. *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Methodenlehre 46.

nien zu Wort kommen, jedoch im Einzelfall auf unterschiedliche Art auszulegen sind. Im Besonderen wollen beide Richtlinien die „Kleinen und Mittleren Unternehmen“ (KMU) darin unterstützen einen verbesserten Zugang zur „Vergabe öffentlicher Aufträge“ zu bekommen. Dies stellt sich aufgrund der differenzierten Beschaffenheit der Märkte als relevant dar. Besonders im Sicherheits- und Verteidigungsbereich sollen die KMUs eine wichtige Rolle im Sinne der vertikalen Integrationslinie innehaben, da sie als Unterauftragnehmer und Lieferanten unverzichtbar sind.²⁸

Mit der Art des Geltungsbereichs stellt sich sodann die Frage nach dem Schwellenwert, der sich im „Oberschwellenwertbereich“ (OSB) und „Unterschwellenwertbereich“ (USB) aufteilt. Für jeden dieser Bereiche gibt es unterschiedliche Grenzwerte deren Unterschiede erklären, wie sich die Auftragsvergabe im Verteidigungs- und Sicherheitssektors vom allgemeinen Vergaberecht unterscheidet.

Des Weiteren sind die Differenzen, welche sich aus der Untersuchung des Anwendungsbereichs ergeben, Gegenstand dieser Arbeit. Hierzu wird bereits am Anfang auf den unterschiedlichen Regelungsgegenstand der beiden Richtlinien verwiesen, die insgesamt einen harmonisierten Binnenmarkt bezwecken wollen, aber unterschiedliche Bereiche behandeln. Es gibt Vergabeverfahren, die unterschiedlichen Regelungen unterliegen, wie z.B. Mischaufträge, wonach geklärt werden muss welchem Vergaberegime der Gesamtauftrag unterliegt. Darüber hinaus werden die vergaberechtlichen Grundsätze beider wirtschaftsrechtlichen Instrumente miteinander verglichen, da die RL 2009/81/EG aufgrund ihrer spezifischen Beschaffenheit den „Informationssicherheit“, „Versorgungssicherheit“ sowie „Verschlussachen“ als zusätzliche Prinzipien normativ beinhaltet. Ebenso gehören zur Hauptuntersuchung die Kooperationsbestrebungen zwischen den beiden Richtlinien sowie ihre Ausnahmen innerhalb der EU und im Rahmen internationaler Übereinkommen mit Drittstaaten und Organisationen. Die Richtlinien weisen ähnliche Bestimmungen der Bereiche auf, jedoch gibt es Ausnahmen für den Sicherheits- und Verteidigungsbereich. Aus diesem Grund ist ein Vergleich zwischen den Untersuchungsgegenständen zielführend. Bei der Art der Vergabe internationaler Aufträge gelten teilweise andere Bestimmungen, sodass eine Gegenüberstellung die Besonderheit im Sicherheits- und Verteidigungsbereich hervorhebt.

²⁸ Vgl. RL 2009/81/EG ABl L 216/76, 1.

2 Bemühungen um eine europäische Verteidigungsindustrie

Die Idee zur Schaffung einer europäischen Verteidigungsindustrie fand sich erstmals im Vorschlag auf der Grundlage des Schuman-Plans (Montanunion) über einen Vertrag zur Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft (EVG) des französischen Ministerpräsidenten René Pleven am 24. Oktober 1950.²⁹ Die EVG hätte auf Grundlage des sogenannten Pleven-Plans ein wichtiger Integrationszweig für die Weiterentwicklung einer „europäischen Föderation“ werden sollen, indem eine europäische Armee aus den nationalen Streitkräften der damaligen Montanunion gebildet worden wäre.³⁰

In diesem Sinne sollte eine supranationale Organisation mit Rechtspersönlichkeit geschaffen werden, welche die nationale Rüstungswirtschaft reguliert und Forschungsprogramme zur Entwicklung militärischer Technologien verwaltet hätte.³¹

Laut Art 101 EVG-Vertrag wurde ein einheitliches Vergaberegime vorgesehen, welches auf gemeinsame Programme mit den Mitgliedstaaten abzielten, um die Bewaffnung, Ausrüstung, laufende Versorgung und Wehrbauten der Europäischen Verteidigungsstreitkräfte auszuführen.³² Der EVG-Vertrag scheiterte jedoch am 30. August 1954 bei der Ratifizierung im französischen Parlament, da die Angst vor einer Remilitarisierung Deutschlands und einen damit einhergehenden nationalen Souveränitätsverlust zu groß war.³³ Neben sicherheitspolitischen Aspekten sah sich Frankreich als aufstrebende Atomstreitmacht nicht bereit seine militärische Überlegenheit mit dem Rest der Union zu teilen.

Aufgrund des Widerstands mancher Montanunionstaaten gegenüber den europäischen Integrationsbemühungen im Verteidigungssektor wurde der Fokus auf polit-ökonomische und damit pragmatisch-funktionale Ansätze gesetzt, da man sich einig war, dass die wirtschaftliche Entwicklung im allgemeinen Interesse lag. Daher wurden bereits während der EVG-Verhandlungen Stimmen zur Schaffung eines „Gemeinsamen Marktes“ (heute: Binnenmarkt) laut, die darüber hinaus eine schrittweise Harmonisierung der Sozialpolitik forderten.³⁴ So kam es 1957 zur Unterzeichnung der Römischen Verträge und in weiterer Folge zur Gründung der „Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“ (EWG), die zum Ziel hatte den praktischen

²⁹ Vgl. Röper/Issel, Das Wiedererstehen der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft, ZRP 2003, 398.

³⁰ Vgl. Rösler, Ökonomische und politische Integrationskonzeptionen im Wettstreit - Zum Scheitern der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft vor fünfzig Jahren, EuR 2005, 371f.

³¹ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 12f.

³² Vertrag über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft vom 27. Mai 1952, 30.

³³ Vgl. Röper/Issel, Verteidigungsgemeinschaft 399.

³⁴ Vgl. Rösler, Integrationskonzeptionen im Wettstreit 373f.

Erfolg des Freiverkehrs von Kohle und Stahl der Montanunion auf die anderen Wirtschaftsbe-
reiche, welche die heutigen Grundfreiheiten der EU bilden (Warenverkehr, Dienstleistungen,
Personen, Unternehmen und Kapital) zu erweitern.³⁵

Somit scheiterte der erste Versuch eine gemeinsame Verteidigungspolitik mit einem gemein-
samen Markt für Rüstungsgüter zu schaffen. Als Notlösung für die EVG wurde 1955 die
Westeuropäische Union (WEU) ins Leben gerufen. Diese Organisation diene vielmehr als
Plattform für die Mitgliedstaaten und stellte einen losen Bund der sich über die Zeit zu einer
Verteidigungskomponente der damaligen EWG entwickeln sollte.³⁶ Im Zentrum des WEU-
Vertrags stand vor allem die Integration des westlichen Sicherheitssystems, worin ein nach
Artikel V „militärischer Beistandspakt“ im Falle eines „bewaffneten Angriffs“ sowie eine
umfassende gegenseitige Unterstützung gewährleistet wurde.³⁷

Um eine Verbindung zwischen der Wirtschafts- und Sicherheitspolitik herzustellen, wurde
1973 die „Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa“ (heute: Organisation
für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa) als supranationales Gesprächsforum gegrün-
det. Es wurde beabsichtigt Kooperationsbestrebungen im Bereich der Abrüstung und Rüs-
tungskontrolle, Rüstungstechnologietransfer und der Waffenexporte zwischen den Montan-
unionstaaten einzurichten.³⁸

Um die Rüstungszusammenarbeit zwischen den Vertragsländern zu intensivieren, wurde 1976
die „Independent European Programme Group“ gegründet, welche im Jahr 1992 als „Western
European Armaments Group“ in die WEU eingegliedert wurde. Das Ziel bestand darin die
Rüstungsmärkte schrittweise zu öffnen und sie somit in den Binnenmarkt zu integrieren, um
nach Möglichkeit eine EDTIB zu schaffen. In den 1990er-Jahren wurde jedoch erkannt, dass
die WEU für die Rüstungskoooperation keine geeignete Plattform darstellte und daher neue
organisationsrechtliche Mittel gesucht wurden, um einen gemeinsamen Rüstungsmarkt herzu-
stellen. So wurde am 12. November 1996 die „Organisation Conjointe de Coopération en ma-
tière d’Armement“ (OCCAR) anhand eines internationalen Vertrages der Mitgliedstaaten der
Europäischen Gemeinschaft (EG) gegründet, der man nach dem Freiwilligkeitsprinzip beitre-
ten konnte. Der Vertrag hatte für eine funktionierende Verteidigungsindustrie nur mäßigen

³⁵ Vgl. *Jaeger*, Einführung in das Europarecht. Grundlagen, Institutionen, Durchsetzung, Grundlagen² (2018) 27.

³⁶ Vgl. *Bundeskanzleramt*, Das Buch II. Europa – Chancen und Risiken (1994) 224.

³⁷ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 13.

³⁸ Vgl. *Bundeskanzleramt*, Das Buch II 81, 210.

Erfolg, da nach Art 5 OCCAR-Vertrag auf einen „juste-retour“-Prinzip verzichtet wurde. Doch dieser Begriff fand je nach Bedarf weite oder enge Verwendung.³⁹

Erst mit dem „Vertrag von Lissabon“ (2007) wurde die bereits bestehende Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik zur „Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik“ (GSVP) aufgewertet und die „Ständige Strukturierte Zusammenarbeit“ (PESCO) ins Leben gerufen, die Mindeststandards zur Festlegung einer Sicherheits- und Verteidigungspolitik gesetzt hat, um die Integration der Mitgliedstaaten in Verteidigungs- und Sicherheitsfragen sowie Synergieeffekte zu fördern.⁴⁰

Die PESCO sollte ferner einen politischen Rahmen für alle Mitgliedstaaten bieten, um ihre jeweiligen militärischen Mittel und Verteidigungsfähigkeiten durch abgestimmte Initiativen und konkrete Projekte zu verbessern.⁴¹ Obwohl die GSVP seit langer Zeit besteht kamen die darin installierten Instrumente nicht zum Einsatz. Erst der Europäische Rat stellte 2013 einen Wendepunkt dar, und man bekannte sich zu einer Erhöhung der Wirksamkeit, öffentlichen Wahrnehmung und Wirkung der GSVP, sowie zur Entwicklung ihrer Fähigkeiten und zur Stärkung der europäischen Verteidigungsindustrie.⁴²

Das Scheitern der EVG kann sicherheits- und verteidigungspolitisch als ein Rückschlag betrachtet werden, doch ist es oft ein Versagen in der europäischen Geschichte gewesen, die den Weg für neue sich „ergänzende europapolitische Initiativen“ ebnete.⁴³ Der wirtschaftliche Integrationsweg ist bisher aufgegangen. So entwickelten sich die Römischen Verträge im Laufe der Zeit zur heutigen EU mit einem harmonisierten Binnenmarkt. Hierbei sind auch andere rechtliche Dimension signifikant, beispielsweise Grundfreiheiten, allumfassende europäische Verträge, ein komplementäres Sekundärrecht, und eine Grundrechtecharta, die allesamt weit über das reine polit-ökonomische Konzept hinausgehen. Daher ist ein harmonisierender Rüstungsmarkt nur eine logische Konsequenz für die Weiterentwicklung der Sicherheitspolitik und der Erfüllung eines vollharmonisierten Binnenmarktes.

³⁹ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 13ff.

⁴⁰ Vgl. Europäisches Parlament, Auf dem Weg zu einer Europäischen Verteidigungsunion. Ein Weißbuch als erster Schritt (2016) 8ff.

⁴¹ Vgl. Beschluss (GASP) 2017/2315 Des Rates vom 11. Dezember 2017 über die Begründung der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit (PESCO) und über die Liste der daran teilnehmenden Mitgliedstaaten, ABl L 331/57, 70.

⁴² Vgl. Europäischer Rat Schlussfolgerungen vom 19./20.12.2013 für die Delegation EUCO 217/13, 3.

⁴³ Vgl. Rösler, Integrationskonzeptionen im Wettstreit 378.

3 Die Harmonisierung des Binnenmarktes im Sicherheits- und Verteidigungssektor

3.1 Abschottung der Beschaffungsmärkte

Innerhalb der EU fällt ein beträchtlicher Teil der öffentlichen Ausgaben in den Verteidigungs- und Sicherheitssektor. Im Jahr 2018 betrug das Verteidigungsvolumen aller 27 EU-Mitgliedstaaten 223,4 Milliarden Euro was 1,4 Prozent BIP des gesamten EU-Haushalts ausmachte. Obwohl der BIP-Anteil im Verteidigungsbereich auf ein noch nie dagewesenes Hoch von knapp 11 Prozent im Verhältnis zu den realen Verteidigungsausgaben lag, schrumpften die Verteidigungsbudgets zwischen 2017-2018, um fast ein Prozent.⁴⁴ Im Vergleich machte die öffentliche Auftragsvergabe in etwa 14 Prozent des EU-BIP aus, was darauf schließen lässt, dass das beträchtliche Potenzial der Auftragsvergabe nicht genutzt wird, und somit zu weniger Effizienz am Beschaffungsmarkt führt.⁴⁵

Angesichts der Erkenntnis, dass die Finanzkrise 2007/08 für einen Einsturz aller Verteidigungsausgaben gesorgt hatte, die im Jahr 2013 mit einem Minus von elf Prozent einen absoluten Tiefstand erreicht hatten, sorgen diese Zahlen für einen schleichenden Optimismus, wenn man bedenkt, dass es in den letzten zehn Jahren einen realen Rückgang der Verteidigungsbudgets um zwei Milliarden Euro jährlich gab.⁴⁶

Die öffentliche Rüstungsbeschaffung erfolgt zunehmend auf den nationalen Märkten, obwohl sie ein riesiges Finanzvolumen aufweisen. Dies hat beträchtliche Folgen für die Weiterentwicklung von Schlüsseltechnologien im Verteidigungsbereich.⁴⁷ „Die Besonderheiten der Verteidigungsmärkte ergeben sich bereits aus der besonderen Natur von Militärgütern und der dazugehörigen Dienstleistungen.“⁴⁸ Diese Alleinstellungsmerkmale der Rüstungsgüter umfassen nicht nur wirtschaftliche und technologische Eigenschaften, sondern hängen auch von der Verteidigungs- und Sicherheitspolitik der Mitgliedstaaten ab. Nach Erwägungsgrund 8 RL 2009/81/EG besitzen die Rüstungsindustrien einen strategischen Charakter für die Mitglied-

⁴⁴ Vgl. *Europäische Verteidigungsagentur*, Defence Data 2f (vom Verfasser aus dem Englischen übersetzt).

⁴⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa COM(2017) 572 final 3.

⁴⁶ Vgl. Mitteilung COM(2016) 950 final 4.

⁴⁷ Vgl. *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch. Beschaffung von Verteidigungsgütern KOM(2004)608 endg. 4.

⁴⁸ Grünbuch KOM(2004) 608 endg. 5.

staaten, welche die wesentlichen Sicherheitsinteressen berühren, und daher sind die öffentlichen Beschaffungsaufträge häufig sensibel. Darüber ist die Verteidigungsindustrie ein riesiger Arbeitgeber, der EU-weit 1,4 Millionen Menschen beschäftigt, von denen 430 000 direkt im Verteidigungsbereich arbeiten.⁴⁹

Die Kommission hatte bereits in der Vergangenheit für eine Öffnung des Verteidigungs- und Sicherheitssektors plädiert, weil die Abschottung der Verteidigungsmärkte die Zielbestimmung des Binnenmarktes beeinträchtigte. Eine andere Vorgehensweise in der Verteidigungspolitik hätte eine Fragmentierung der einzelnen Märkte zur Folge.⁵⁰

Die Erkenntnis für einen Strukturwandel in der europäischen Verteidigungsindustrie zog der europäische Gesetzgeber aus der ernüchternden Marktsituation heraus, die vom internationalen Wettbewerb bestimmt wird.⁵¹ Die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Verteidigungsgüter war seit 1987 rückläufig, was zu hohen Kürzungen im Verteidigungsetat der EU-Länder führte, sodass die Beschäftigungszahlen von 1984 bis 1996 von 1,6 auf 1 Million um 37 Prozent zurück gingen. Die innereuropäische Beschaffung von Rüstungsgütern machte indes nur drei bis vier Prozent aus.⁵² In dieser Zeitspanne stiegen die US-Importe für Verteidigungsgüter nach Europa um das sechsfache. Dies lässt sich auch aus den Verkaufserlösen zur damaligen Zeit herauslesen. Während die drei größten US-Verteidigungsunternehmen 90 Milliarden US-Dollar erzielten, schafften es die acht größten EU-Unternehmen auf gerade einmal 60 Milliarden US-Dollar.⁵³ Seit den 1990er mussten die europäischen Rüstungsunternehmen neue Märkte erschließen, die sie im zivilen Bereich gefunden haben, um ihre Verluste ausgleichen zu können. Daher bieten die Rüstungskonzerne oft Dual-Use-Güter an. Ein bekanntes Beispiel ist Airbus, welches 2015 einen Gesamtumsatz von 64 Milliarden Euro sowohl im Militär- und Zivilbereich erwirtschaftet hat. Daraus lässt sich erschließen, dass das Leistungsspektrum der europäischen Rüstungsindustrie ein weites Gebiet umfasst, welches sich von der Land- See und Luftverteidigung über die Zivilmärkte wie Flugzeuge, Helikopter und Satellitensysteme erstreckt.⁵⁴ Das ökonomische Ziel eine Liberalisierung des Rüstungsmarktes

⁴⁹ Vgl. Mitteilung COM(2016) 950 4; Commission Staff Working Document Ex-ante Evaluation Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the European Defence Industrial Development Programme aiming at supporting the competitiveness and innovative capacity of the EU defence industry SWD(2017) 228 final 6 (vom Verfasser aus dem Englischen übersetzt).

⁵⁰ Vgl. *Ruff in Müller-Wrede* Rz 5.

⁵¹ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Umsetzung der Unionsstrategie im Bereich der Verteidigungsindustrie KOM(97) 583 endg. Anhang II 1.

⁵² Vgl. Mitteilung KOM(97) 583 endg. Anhang I 5.

⁵³ Vgl. Mitteilung KOM(97) 583 endg. 4.

⁵⁴ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 10.

durch eine Intensivierung des Wettbewerbs, Erleichterung von Arbeitsteilung und Spezialisierung sowie die effiziente Nutzung knapper Ressourcen zu schaffen, wird durch nationale Sicherheitsinteressen erschwert. Man schätzt, dass Einsparpotenziale in einem funktionierenden Verteidigungsgütermarkt bei 10 bis 17 Prozent liegen, dennoch werden im Durchschnitt 85 Prozent aller Mittel im Inland vergeben.⁵⁵

3.2 Internationaler Wettbewerb im Verteidigungsbereich

In einer globalisierten Welt kommen neue Bedrohungsformen zustande, die den Wettbewerb und die Stabilität der EU gefährden. So kommt es aktuell zu einem Aufrüsten internationaler und regionaler Mächte, einem grenzübergreifenden Terrorismus und zu neuen hybriden Bedrohungen, sowie neue Krankheitserreger wie das neuartige Coronavirus (Sars-Cov-2) gegen die sich die einzelnen Mitgliedstaaten schützen müssen.⁵⁶

Europa hat nach den Vereinigten Staaten (USA) weltweit die zweithöchsten Militärausgaben. Das große Dilemma bei den europäischen Verteidigungsbemühungen ist, dass sie unzureichend und ineffizient sind, weil der Verteidigungsmarkt an Doppelstrukturen, mangelnde Interoperabilität und technologische Lücken leidet, die mit einer Fragmentierung des Binnenmarktes einhergehen.⁵⁷ Im Jahr 2012 erbrachten die USA mit 682 Milliarden US-Dollar weltweit den größten Verteidigungshaushalt, an zweiter und dritter Stelle kommen China (251 Milliarden US-Dollar) und Indien (117 Milliarden US-Dollar). Der Top Investor innerhalb der EU ist (noch) das Vereinigte Königreich (58 Milliarden US-Dollar) gefolgt von Frankreich (51 Milliarden US-Dollar) und Deutschland (46 Milliarden US-Dollar).⁵⁸ Laut der Prognose sollen sich die Verteidigungsausgaben bis 2045 bei den USA und den anderen Ländern mehr als verdoppeln. Unter diesen Umständen gerät die Union unter einen hohen Sicherheits- und Wettbewerbsdruck.

Laut der Prognose sollen sich die Verteidigungsausgaben bis 2045 bei den USA und den anderen Ländern mehr als verdoppeln. Unter diesen Umständen gerät die Union unter einen hohen Sicherheits- und Wettbewerbsdruck. China hat zum Beispiel über eine Laufzeit

⁵⁵ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 7.

⁵⁶ Vgl. Stefan, Mögliche rechtliche Rahmenbedingungen zur Schaffung einer europäischen Verteidigungsunion 8 (Stand 21. 9. 2020, researchgate.net).

⁵⁷ Vgl. Mitteilung COM(2016) 950 3.

⁵⁸ Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch zur Zukunft Europas. Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien COM(2017) 2025 9.

von zehn Jahren seine Verteidigungsausgaben um 150% erhöht und Russland hat sie verdoppelt. Ein entscheidender Punkt der Ineffizienz der EU im Gegensatz zu jener der USA ist die ineffiziente Ressourcenallokation, welche die Kommission in ihrem „Reflexionspapier über die Zukunft der Europäischen Verteidigung“ veranschaulicht hatte. So investierten die USA im Jahr 2016 knapp 550 Milliarden Euro für insgesamt 30 verschiedene Waffensysteme, während das europäische Budget bei etwa 230 Milliarden Euro für 178 Systeme lag. Diese Situation wird noch einmal durch die Aufteilung der Gelder erschwert, wenn man bedenkt, dass die EU etwa 50 Prozent ihres Verteidigungshaushaltes für Personalkosten aufwendet, während die Vereinigten Staaten weniger als 40 Prozent ausgeben und somit mehr in die Rüstungsbeschaffung sowie die Forschung und Entwicklung neuer Schlüsseltechnologien investieren können.⁵⁹ Dieser Trend zeigt sich auch in den direkten Verteidigungsinvestitionen, die man seit 2014 versucht zu erhöhen. Trotz der Bemühungen blieb das Ergebnis nur mittelmäßig. So haben die Mitgliedstaaten im Jahr 2018 44,5 Milliarden Euro (19,9 Prozent) in Direktinvestitionen getätigt, was deutlich unter dem Wert von 2010 mit 46,9 Milliarden (21,9 Prozent) liegt. Im internationalen Vergleich stellt China 41 Prozent und die USA 30 Prozent ihres Budgets bereit. Das ist ein Vierfaches an Investitionen, welche die EU für ihre Verteidigung ausgibt.⁶⁰ Der Trend zeigt dennoch, dass die Mitgliedstaaten ihre Verteidigung ernst nehmen und bereit sind auch mehr für ihre Sicherheit zu tun, das bedeutet jedoch nicht, dass die Diskrepanz zwischen den wesentlichen nationalen Sicherheitsinteressen im Geiste der Zielbestimmungen der SonderRL 2009/81/EG zur Schaffung eines europäischen Verteidigungs- und Sicherheitsmarktes steht, denn nur diese Grenze hält die Rüstungsindustrie davon ab, einen signifikanten Unterschied für die Erfüllung des Binnenmarktes zu leisten.

3.3 Binnenmarktrelevanz des Vergaberechts

Das europäische Vergaberecht spielt bei der Erfüllung der Funktion des unter Art 3 Abs 3 im Vertrag über die Europäische Union (EUV) beschriebenen freien Binnenmarktes eine wesentliche Rolle. „So helfen effektive Vergabevorschriften mit einklagbaren Rechten dabei, die ökonomischen Probleme des Nachfragemonopols der Staaten zu lösen und schützen die wirt-

⁵⁹ Vgl. Reflexionspapier COM(2017) 315 9f.

⁶⁰ Vgl. *Europäische Verteidigungsagentur*, Defence Data 4 (vom Verfasser aus dem Englischen übersetzt).

schaftlich oft schwächeren Bieter.“⁶¹ Somit unterstützt das Vergaberecht die öffentliche Hand dabei im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens alle Einkäufe bzw. jeder Form der vertraglichen und entgeltlichen Beschaffung von Sach- oder Dienstleistungen eine genormte Vorgehensweise vorzuschreiben.⁶² Laut Erwägungsgrund 2 RL 2014/24/EU spielt die öffentliche Auftragsvergabe eine marktwirtschaftliche Schlüsselrolle, die zur Erzielung eines intelligenten, nachhaltigen, und integrativen Wachstum anhand einer effizienten Ressourcenallokation. Neben dieser volkswirtschaftlichen Bedeutung kommt dem Vergaberecht eine Katalysatorwirkung zur Verwirklichung der Unternehmerfreiheiten zugrunde. Somit entfalten sich die unternehmerischen Grundfreiheiten anhand der erlassenen Vergaberichtlinien, indem sie eine Garantie für den unionsweiten freien Wettbewerb darstellen.⁶³

Ohne das Vergaberecht könnte der gemeinsame Binnenmarkt nicht verwirklicht werden, weil die öffentliche Auftragsvergabe den allgemeinen Grundsätzen des AEUV nicht gerecht werden könnte. In diesem Sinne kommt der EU eine besondere Einrichtungsaufgabe zu, um erforderliche Maßnahmen unter Beachtung der Verträge den Binnenmarkt zu verwirklichen und dessen Funktionieren zu gewährleisten.⁶⁴

Ein besonderer Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens bildet der europäische Sicherheits- und Verteidigungssektor. Einerseits, weil dieser „sensible“ Markt unter der GSVP historisch eine andere Integrationslinie durchläuft als der Rest des Binnenmarktes, und andererseits, weil die nationale Sicherheit eine nicht auf die EU übertragbare Kompetenz ist, sondern weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten fällt.⁶⁵

Mit der Schaffung dieses Politikfelds wurde der EU eine „Operationsfähigkeit“ zugesprochen, um in zivilen und militärischen Angelegenheiten aktiv zu werden, Militärfähigkeiten auszubauen und Missionen, die mit der UN-Charta vereinbar sind ausführen zu können, darüber hinaus wirkt sie als integraler Bestandteil der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP).⁶⁶ Somit besteht eine unterschiedliche Zielrichtung beider Politiken mit einer sich ergänzenden Funktion ihrer Komponenten.

⁶¹ Frenz, Vergaberecht Rz 4.

⁶² Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 1.

⁶³ Vgl. RL 2014/24/EU ABl L 94/65, 1.

⁶⁴ Vgl. Art 26 Abs 1 AEUV

⁶⁵ Vgl. Art 4 Abs 2 EUV

⁶⁶ Vgl. Art 42 Abs 1 AEUV

„Zum einen gibt es einen außen- und zum anderen einen sicherheitspolitischen Bereich, die nicht Teil des EU-Binnenmarkts sind, der als Ausgangspunkt in der europäischen Integration galt, sondern in der Theorie eine geeinte diplomatische Linie der Mitgliedstaaten in der europäischen Außenpolitik verfolgt.“⁶⁷

Demgegenüber fördert die GSVP unter Art 42 Abs 3 Z 6 EUV die EDTIB und hat zum Ziel diese in den Binnenmarkt zu integrieren. Inwieweit eine Harmonisierung des Binnenmarktes auf Basis der erlassenen Normen des europäischen Gesetzgebers unter Beachtung des im Art 173 Abs 1 Z 3 AEUV erwähnten Systems offener und wettbewerbsorientierter Märkte erfolgt, kann aus dem einfachen Wortlaut nicht entnommen werden.

Erst mit der Einbeziehung des Erwägungsgrundes 2 der RL 2009/81/EG wird ein Bezug zum Vergaberecht im Sekundärrecht verdeutlicht, welche eine Verbesserung der europäischen rüstungstechnologischen und -industriellen Basis anstrebt.

Somit wird eine Binnenmarktrelevanz im Verteidigungssektor hergestellt. Das hat zur Folge, dass sich dieser Bereich innerhalb eines Spannungsfeldes zwischen Ökonomisierung und Politisierung entwickelt.

„Denn die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen betrifft nicht nur rein ökonomische, sondern auch wirtschafts- und sicherheitspolitische Zielvorstellungen sowie der nationalen Souveränität.“⁶⁸ Zwar sind das Kartell- und Beihilfenrecht wichtige Instrumente, um ein Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten, doch aufgrund der Monopolstellung der Mitgliedstaaten im Sicherheits- und Verteidigungsbereich ist das öffentliche Beschaffungswesen unerlässlich.

Der öffentliche Auftraggeber besitzt im Verteidigungsbereich eine Alleinstellungsfunktion, die es ihm erlaubt über die Einfuhren von Rüstungsgegenständen zu entscheiden.⁶⁹ Aufgrund der besonderen Beschaffenheit des Marktes für Militärgüter werden in der EU die Käufer, Verkäufer und Regulierer als die drei wichtigsten Akteure genannt. Diese gehören üblicherweise der offenen Hand an, welche als einziger Nachfrager auftritt, um ihre ökonomischen und politischen Ziele zu verfolgen.⁷⁰

⁶⁷ Stefan, Verteidigungsunion 6.

⁶⁸ Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 2.

⁶⁹ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 8.

⁷⁰ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 9.

4 Das Vergaberecht als Integrationsinstrument

4.1 Zweck des Vergaberechts im Verteidigungs- und Sicherheitssektor

Die Entwicklung des europäischen Vergaberechts verlief anders als der Rüstungsmarkt über den wirtschaftlichen Integrationsstrang der EU und wurde über die Jahrzehnte immer weiter als Sekundärrecht in Form von Richtlinien ausgebaut, sodass mehrere Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens auf Gemeinschaftsebene erhoben wurden. Das Vergaberecht als solches wird materiellrechtlich im EU-Sekundärrecht behandelt. Die vertraglich normierte Zielbestimmung dieses Rechtsgebiets ist die Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art 3 Abs 3 EUV, Art 26 AEUV sowie Art 114 Abs 1 AEUV, die als Rechtsgrundlage für das Vergabesekundärrecht dient. Insofern stellt der Art 346 AEUV keine Ermächtigungsgrundlage für das Vergaberecht dar, jedoch eine Rechtfertigungsmöglichkeit zum Schutz der „öffentlichen Sicherheit“ und den „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ der Mitgliedstaaten.⁷¹ Des Weiteren wird im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich unter den Erwägungsgründen 3 und 5 RL 2009/81/EG besonders die Auftragsvergabe an KMUs durch die Unterauftragsvergabe und die Förderung des Umweltschutzes betont. Diese Zwecke zeigen vielmehr den politischen Willen des europäischen Gesetzgebers auf, als dass sie tatsächlich den Vergabegrundsätzen für die Öffnung der Beschaffungsmärkte dienen. „Das Primärrecht nimmt drei grundlegende Funktionen ein, um dieses Ziel zu fördern: 1. Rechtsgrundlage, 2. Auslegungsdirektive und 3. Ergänzungsfunktion.“⁷² Das dazugehörige Vergabesekundärrecht hat in Form von Legislativinstrumenten die konkretisierende Funktion des Vergabeprimärrechts zur Erreichung der vergaberechtlichen Zielbestimmungen.

⁷¹ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 26.

⁷² Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 25.

4.2 Vergabeprimärrecht

4.2.1 Definition

Das „Vergabeprimärrecht“ findet als Begriff seinen Ursprung in der ständigen Rechtsprechung des EuGHs. Charakteristisch im Primärrecht sind die unmittelbare Wirkung, das Vorrangprinzip (Anwendungsvorrang und unionsrechtskonforme Auslegung) sowie die gleichwertige und effektive Durchführung des EU-Rechts, die als „Wirkungsmechanismen“ durch die Aufsichts- und Kontrollbefugnisse der Kommission sowie des Gerichtshofs ergänzt werden.⁷³ Daher unterliegt das Vergabeprimärrecht der Aufsichtstätigkeit der Kommission unter Art 258 AEUV, falls ein Mitgliedstaat gegen seiner Verpflichtung aus den Verträgen zur Harmonisierung des öffentlichen Auftragswesens durch das Vergaberecht verstößt.

4.2.2 Grundfreiheiten des AEUV

In den Verträgen wird das öffentliche Beschaffungswesen bis auf Art 346 AEUV und Art 199 AEUV „Zwecke der Assoziierung“ nicht näher behandelt.⁷⁴ So muss die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die öffentliche Hand im Einklang mit den vertragsrechtlichen Grundsätzen erfolgen.⁷⁵ Nach dem Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU und Erwägungsgrund 15 RL 2009/81/EG sind das die EU-Grundfreiheiten unter Art 28ff AEUV „Warenverkehrsfreiheit“, Art 49ff AEUV „Niederlassungsfreiheit“, Art 56ff AEUV „Dienstleistungsfreiheit“, Art 18 AEUV „Diskriminierungsverbot“ sowie dem daraus folgenden „Gleichheitsgrundsatz“.

In der Rechtssache „Dundalk“ stellte der EuGH fest, dass Maßnahmen jeglicher Art, die den freien Warenverkehr direkt oder indirekt behindern zu unterlassen sind. Des Weiteren betonte der Gerichtshof, dass ein Verstoß gegen die Grundfreiheit bereits durch die Behinderung einer Tätigkeit vorliegen kann. So wurde in einer öffentlichen Ausschreibung der irischen Regierung eine spezielle Norm für die Einfuhr von Rohre verlangt, welches nur inländische Unternehmen liefern konnten, sodass ausländische Bieter vom Vergabeverfahren abgehalten wurden.⁷⁶ Folglich verstoßen selbst nationale Regelungen die staatliche Zusicherungen für öffent-

⁷³ Vgl. Dörr, Vergabeprimärrecht, in Müller-Wrede (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013) Rz 5f.

⁷⁴ Vgl. Weiss in Tietje 277.

⁷⁵ Vgl. RL 2014/24/EU ABl L 94/65, 1; RL 2009/81/EG ABl L 216/76, 2.

⁷⁶ EuGH C-45/87, Dundalk, ECLI:EU:C:1988:435, Rn 17, 18, 27.

liche Lieferaufträge an ausgewählte Unternehmen gegen die Warenverkehrsfreiheit.⁷⁷ Gleiches gilt für Bedingungen die den Bieter dazu auffordern bestimmte inländische Baustoffe, Verbrauchsgüter, Arbeitskräfte und Geräte zu verwenden.⁷⁸

Die Niederlassungsfreiheit bildet eine besondere Ausprägung des Diskriminierungsverbots. So ist nicht nur die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gemeint, sondern auch alle versteckten Diskriminierungen, die zum selben Ergebnis führen.⁷⁹ Diese seien zum Beispiel nationale Regelungen die Unternehmen mit Hauptsitz im Vergabeland gegenüber den Mitbewerbern aus dem Ausland begünstigen.⁸⁰ Die Berufung auf wesentliche Sicherheitsinteressen im Sinne der öffentlichen Ordnung reicht nicht aus, um eine Diskriminierung vorzunehmen, wenn der Auftraggeber diese nicht ausreichend argumentieren kann, oder versucht sekundärrechtliche Bestimmungen, wie eine Geheimhaltungspflicht im Sinne der Vertraulichkeit unter Art 21 RL 2014/24/EU und Art 6 RL 2009/81/EG anzuwenden.

Die Dienstleistungsfreiheit regelt den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr. Ohne diesem Grundprinzip wäre das öffentliche Beschaffungswesen im Oberschwellenbereich gar nicht möglich. „Dienstleistungen im Sinne der Verträge sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.“⁸¹

So sind diskriminierende Maßnahmen, die einen Bieter aufgrund seiner Niederlassung im Ausland von der öffentlichen Ausschreibung abhält, verboten, da ein solches Kriterium mit dem Vergabeprimärrecht unvereinbar ist und in weiterer Folge eine Grundfreiheit beschränkt, die essenziell für das Funktionieren des Binnenmarktes ist.⁸²

Das Diskriminierungsverbot unter Art 18 AEUV hat eine normübergreifende Gültigkeit, denn sie ist das Herzstück aller Grundfreiheiten, und stellt somit eine signifikante Verbindung des EU-Rechts dar. Der Grundsatz stellt lexikalisch auf die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ab, diese wird jedoch aufgrund der Parallelität von Struktur und Gewährleistungsgehalt der Grundfreiheiten herausgebildet. Folglich umfasst ein Verbot nach ständiger Rechtsprechung die Ausübung der wirtschaftlichen Freiheit zu unterbinden, zu behindern, oder weniger attraktiv zu machen.⁸³

⁷⁷ EuGH C-351/88, *Laboratori Bruneau*, ECLI:EU:C:1991:304, Rn 3, 7.

⁷⁸ EuGH C-243/89, *Storebaelt*, ECLI:EU:C:1993:257, Rn 1, 23.

⁷⁹ EuGH C-3/88, *Datenverarbeitungssysteme*, ECLI:EU:C:1989:606, Rn 8.

⁸⁰ EuGH C-3/88, Rn 15.

⁸¹ Art 57 AEUV

⁸² EuGH C-76/81, *Transporoute*, ECLI:EU:C:1982:49, Rn 14, 15.

⁸³ Vgl. Dörr in Müller-Wrede Rz 28.

Im Vergabesekundärrecht werden die Grundsätze Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz, auch als abgeleitete Grundprinzipien angesehen, die einerseits, einen allumfassenden Bieterschutz gewährleisten, andererseits dem Auftraggeber einen rechtsverbindlichen Rahmen geben, um die besten geeigneten Regelungen für das öffentliche Auftragswesen zu treffen. „Im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sind beispielsweise die Tätigkeiten der Rüstungsgütervermittlung oder der Technologieberatung vom Begriff der Dienstleistung erfasst.“⁸⁴

Folglich leitet sich das Prinzip der „öffentlichen Sicherheit“ aus den betreffenden Rechtfertigungsgründen in Art 36, 45 Abs 3, 52 Abs 1, 65 Abs 1 lit b AEUV ab und sind gemeinsam mit den Art 107ff AEUV „Beihilferegulungen“ sowie der Art 101f AEUV „Wettbewerbsrecht“ für den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich anwendbar.⁸⁵ Aus diesen Bestimmungen erfolgt ein umfangreiches Transparenzgebot, das Gebot der Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung.⁸⁶ Aus dem Gebot der Transparenz resultiert die Verpflichtung zu einem angemessenen Grad an Öffentlichkeit für die Bekanntmachung der Vergabe. Dies gilt auch für Ausschreibungen, die von den Vergaberichtlinien befreit sind.⁸⁷

Mit dem Vorrang der unionsrechtlichen Grundsätze entsteht eine „ungeschriebene“ Kollisionsnorm gegenüber jeglichem nationalen Recht, welches die Mitgliedstaaten zu unionsrechtskonformer Auslegung der Bestimmungen unterwirft.⁸⁸ Der europäische Gesetzgeber erkannte jedoch, dass das Vergabeprimärrecht für das öffentliche Beschaffungswesen und damit zur Erfüllung eines funktionierenden Binnenmarkts nicht ausreichend war. Daher dachte man über die Anwendung möglicher Legislativinstrumente nach. Diese sollten eine Unterstützung für die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung sowie Einhaltung des geltenden Unionsrechts darstellen.

⁸⁴ Hölzer Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 31.

⁸⁵ Vgl. Hölzer Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 29.

⁸⁶ Vgl. Dörr in Müller-Wrede Rz 7; Frenz Vergaberecht Rz 27.

⁸⁷ Vgl. Kahl/Rosenkranz Vergaberecht 6.

⁸⁸ Vgl. Dörr in Müller-Wrede Rz 8.

4.3 Vergabesekundärrecht

4.3.1 Die alten Richtlinien

Die historischen Vergaberichtlinien haben ihren Ursprung in den 1970er.⁸⁹ In der ersten Harmonisierungsphase wurden die erste Baukoordinierungs- und Lieferauftragsrichtlinie erlassen.⁹⁰ Diese Legislativinstrumente waren jedoch nicht ausreichend, um ein europäisches Beschaffungswesen zu schaffen, da die Mitgliedstaaten die Richtlinien nach eigenem Ermessen umsetzten, oder gar nicht erst dazu gewillt waren. Somit wurde auch der Grundsatz des „Acquis communautaire“ bedroht, wonach die europäischen Rechtsakte von den Mitgliedstaaten völlig übernommen werden müssen. Die zweite Harmonisierungswelle erfolgte in den 1990er, wo die bestehenden Vergaberichtlinien durch neue Versionen (BaukoordinierungsRL 93/37/EWG, LieferkoordinierungsRL 93/36/EWG) abgelöst sowie um die Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie (RL 92/50/EWG) und Sektorenkoordinierungsrichtlinie (RL 93/38/EWG) erweitert wurden.⁹¹

Die Kommission veröffentlichte 1996 ein Grünbuch, um die bestehenden Mängel sowohl bei der Umsetzung der Richtlinien als auch rechtliche Lücken im damaligen Vergaberecht zu bekämpfen, sowie unberührte Bereiche des Beschaffungswesens zu inkludieren.⁹² Der europäische Gesetzgeber erkannte bereits seit jener Zeit die Wichtigkeit einer wettbewerbsfähigen europäischen Rüstungsindustrie, dessen Öffnung zu enormen Einsparungen von Doppelstrukturen sowie einer erhöhten Produktivität für den Markt führen würde.⁹³

Im Jahr 1997 folgte eine Mitteilung, die sich mit der Frage einer „Umsetzung der Unionsstrategie im Bereich der Verteidigungsindustrie“ befasst. Darin wurde der Aktionsplan für die Verteidigungsindustrie beschrieben, dessen Ziele taxativ aufgelistet wurden, um einen europäischen Verteidigungsgütermarkt zu schaffen. Ein besonderer Punkt ist hierbei die verteidigungstechnische und industrielle Basis, die es als strategisches Kapital für Europa zu erhalten galt. Hierbei setzte der europäische Gesetzgeber auf das öffentliche Auftragswesen als pas-

⁸⁹ Vgl. Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 235.

⁹⁰ RL 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl L 185, 1; RL 77/62/EWG vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl L 13, 1.

⁹¹ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 236-240.

⁹² Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union. Überlegungen für die Zukunft KOM(1996) 583 endg., Rz 3.3.

⁹³ Vgl. Grünbuch KOM(1996) 583 endg. Rz 5.54.

sendes Mittel.⁹⁴ Zu der Zeit hielt sich die Kommission jedoch offen inwiefern neue Rechtsakte oder die vorhandenen Instrumente nutzbar gemacht werden konnten.⁹⁵

Neben den Bemühungen einen wettbewerbsfähigen Verteidigungsmarkt zu schaffen und ins Vergaberecht einzubeziehen, gab es den Willen das volle Potenzial des Beschaffungsmarktes auszuschöpfen. Dies sollte der damalige Rechtsrahmen gewährleisten, indem er notwendigerweise an die europäischen Marktverhältnisse angepasst wurde. Vor allem galt es die Mitgliedstaaten dazu zu bringen die historischen Richtlinien ins nationale Gesetz umzusetzen.⁹⁶ Die Kommission bekannte sich im Zusammenhang mit den anderen Bereichen des Vergaberechts verbindliche Maßnahmen zum Beschaffungswesen im Verteidigungssektor festlegen zu wollen.⁹⁷ Was man aus den Mitteilungen entnehmen konnte war der politische Wille des europäischen Gesetzgebers das öffentliche Beschaffungswesen in allen Punkten zu verbessern und den Verteidigungssektor nach bester Möglichkeit für den Binnenmarkt zu öffnen. Zu der Zeit war jedoch noch nicht bekannt, wie man dies genau anstellen sollte. Daher veröffentlichte die Kommission im Jahr 2003 eine weitere Mitteilung, mit dem Ziel eine koordinierte EU-Politik für Verteidigungsgüter auf vertikaler Ebene zu errichten.⁹⁸ Anhand des Dilemmas der EU im Verteidigungssektor wird veranschaulicht wie gespalten die nationale politische Ebene der Mitgliedstaaten in Bezug auf die unionsweite Politik war, während die Unternehmen nach einem offeneren und effizienteren Markt verlangten, damit die technologischen und industriellen Grundlagen der Verteidigungsindustrie in Europa wettbewerbsfähiger werden konnten.⁹⁹ Ein Jahr später kam es zu einer dritten Harmonisierungsphase des Vergaberechts, in der die BaukoordinierungsRL 2004/18/EG mit Verbesserungen und Erweiterungen für Aufträge im Verteidigungsbereich.¹⁰⁰

Ergänzend zur Mitteilung veröffentlichte die Kommission ein dazu passendes Grünbuch, das einen schrittweisen Aufbau eines transparenten und offeneren europäischen Verteidigungsmarktes vor Augen hatte.¹⁰¹ Darin wird abermals betont, dass der gemeinschaftliche Rechts-

⁹⁴ Mitteilung KOM(97) 583 endg. Anhang II 2f.

⁹⁵ Mitteilung KOM(97) 583 endg. 6.

⁹⁶ Mitteilung der Kommission, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union KOM(98) 143, 6f.

⁹⁷ Vgl. Mitteilung KOM(98) 143, 30.

⁹⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Europäische Verteidigung – Industrie- und Marktaspekte. Auf dem Weg zu einer Verteidigungsgüterpolitik der Europäischen Union KOM(2003) 113 endg. 6.

⁹⁹ Vgl. Mitteilung KOM(2003) 113 endg. 5 (7).

¹⁰⁰ Vgl. RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134/114, 18.

¹⁰¹ Vgl. Grünbuch KOM(2004) 608 endg. 3.

rahmen für Verteidigungsfragen besser erläutert gehört. Die Kommission erwähnte konkret eine Ergänzung des Vergaberechts durch ein neues Legislativinstrument in Form einer Richtlinie die speziell für Verteidigungsaufgaben eine sogenannte „lex specialis“ anzuwenden wäre. Unter dem Aspekt des „rationae materiae“ sollte dieses neue Instrument speziell auf die Ausnahmeregelung unter Art 10 der historischen Richtlinie mit Bezug auf den Art 346 AEUV (ex-Artikel 296 EGV) angewandt werden, um einen Missbrauch der Sonderregelung zu vermeiden, oder als Richtschnur dienen, falls ein Mitgliedstaat nicht vom Artikel Gebrauch machen will, obwohl man theoretisch die Befugnis dazu gehabt hätte.¹⁰² Die Schaffung eines geeigneten Rechtsinstruments blieb jedoch aus. Stattdessen wurde der Versuch unternommen die öffentlichen Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit über die alte Richtlinie 2004/18/EG abzuwickeln, jedoch wurde diese nur selten von den Mitgliedstaaten angewandt, da man sich stets auf die Ausnahmeregelungen berief. Der Grund für die Umgehung des geltenden Rechts waren die lückenhaften Bestimmungen bei der Anschaffung von Rüstungsgütern, welche die Richtlinie nicht angemessen abgedeckt hatte. Um diesem Problem entgegenzuwirken unterbreitete die Kommission 2007 einen Vorschlag für eine Richtlinie die speziell den Bereichen Verteidigung und Sicherheit Geltung tragen sollte.¹⁰³ Dieses neue Legislativinstrument sollte dazu verhelfen eine Kohärenz zwischen der Binnenmarktpolitik und der europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik einzurichten.¹⁰⁴ Darüber hinaus waren der explizite Anwendungsbereich der neuen Vorschrift, die Versorgungssicherheit, Informationssicherheit und das Zuschlagsverfahren von hohem Interesse, um den Wettbewerb unter Beachtung der nationalen Sicherheitsinteressen zu garantieren.¹⁰⁵

4.3.2 Die neuen Richtlinien

Da die bisherigen Maßnahmen zur Integrierung des Verteidigungs- und Sicherheitssektors in den Binnenmarkt nicht ausreichend waren, jedoch das Sicherheitsbedürfnis der einzelnen Mitgliedstaaten gepaart mit den rechtlichen Problemen im Beschaffungswesen bestand hatte, erließ der europäische Gesetzgeber nach dem Vorschlag für eine Richtlinie „KOM(2007)

¹⁰² Vgl. Grünbuch KOM(2004) 608 endg. 10f.

¹⁰³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit KOM(2007) 766 endg. 2f.

¹⁰⁴ Vorschlag für eine Richtlinie KOM(2007) 766 endg. 5.

¹⁰⁵ Vorschlag für eine Richtlinie KOM(2007) 766 endg. 6.

766“ das sogenannte „Defence Package“ (2009) bestehend aus der SonderRL 2009/81/EG über die Koordinierung zur Besorgung von Verteidigungs- und Sicherheitsgütern und der VerbringungsRL 2009/43/EG zur Vereinfachung des innergemeinschaftlichen Handelns von Rüstungsgütern. „Damit sollte prinzipiell eine unionsrechtskonforme, mittelstandsfreundliche und transparentere Gestaltung des Regimes für Auftragsvergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich vorgenommen werden.“¹⁰⁶ Das spezielle an der Richtlinie 2009/81/EG sind ihre besonderen Vorgaben für verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge. Die Vergaben müssen nach den Grundsätzen des AEUV erfolgen, weil die Richtlinie auf diese beruht und somit zu ihrer Ausgestaltung beitragen muss.¹⁰⁷ Die Berufung auf die besonderen Ausnahmeregeln betreffend dem Art 346 Abs 1 lit b AEUV bleibt weiterhin bestehen, jedoch liefern die Richtlinienbestimmungen einen deutlichen Rechtsrahmen für den Auftraggeber, damit die Anwendung der Ausnahme auf „wesentliche Sicherheitsinteressen“ die öffentliche Vergabe nicht beeinträchtigt.¹⁰⁸

Es ist das Ziel der RL 2009/81/EG die Inanspruchnahme des Art 346 AEUV einzudämmen, gleichzeitig soll sie eine Stärkung des Binnenmarktes auf dem Gebiet der Verteidigungsindustrie ermöglichen, indem die vergaberechtlichen Grundsätze respektiert werden. Des Weiteren soll die Richtlinie dazu verhelfen ein EU-weites System der Informationssicherheit, den Schutz von strategisch wichtigen Lieferanten von Investoren aus Drittstaaten und die Regelungen von Gegengeschäften aufzubauen und zu schützen.¹⁰⁹

In einer vierten Harmonisierungsphase wurde ein Richtlinienpaket bestehend aus drei EU-Vergaberichtlinien in Kraft gesetzt. Die aktuelle allgemeine VergabeRL 2014/24/EU stellt hierbei eine wesentliche Überarbeitung der Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG dar. Sie hat vor allem den Zweck der Vereinfachung und Flexibilisierung der alten Vorschriften und behandelt in Zusammenhang mit der Konzessionsrichtlinie (RL 2014/23/EU) und der Sektorenrichtlinie (2014/25/EU) die Bau- und Dienstleistungskonzessionen, die Kodifizierung der In-house-Problematik, die elektronische Auftragsvergabe, die Förderung von KMUs und neue Regelungen für die Eignungs- und Zuschlagskriterien.¹¹⁰ Die Sonderrichtlinie berücksichtigt im Gegensatz zum übrigen Vergaberecht die bereichsspezifischen Anforderungen des Auftraggebers an die Informations- und Versorgungssicherheit im Vergabeverfahren.

¹⁰⁶ Frenz, Vergaberecht Rz 268.

¹⁰⁷ Vgl. Reisner, Die Beschaffungsrichtlinie Verteidigung und Sicherheit der Europäischen Union – Teil 1, RPA 2010, 248.

¹⁰⁸ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 18.

¹⁰⁹ Vgl. Reisner, RPA 2010, 247.

¹¹⁰ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 252.

„Das Inkrafttreten der RL 2009/81/EG basiert auf der Erwägung, dass der schrittweise Aufbau eines europäischen Marktes für Verteidigungsgüter unerlässlich ist, um die rüstungstechnologische und- industrielle Basis Europas und den Ausbau der [...] notwendigen militärischen Kapazitäten zu verbessern.“¹¹¹

So gibt es zwischen der RL 2014/24/EG sowie Art 70, 71 RL 2009/81/EG Bezugspunkte zur Abgrenzung des jeweiligen Anwendungsbereichs. So findet die allgemeine Vergaberichtlinie auch bei öffentlichen Aufträgen und für die Durchführung von Wettbewerben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit Anwendung, außer in den Gebieten unter Art 8, 12 und 13 RL 2009/81/EG sowie bei der Gewährleistung wesentlicher Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten.¹¹²

4.3.3 Umsetzung der Richtlinien

Es zeigt sich, dass die Entwicklung eines europäischen Verteidigungs- und Sicherheitsgütermarktes maßgeblich von der Umsetzung der verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Richtlinie 2009/81/EG abhängig ist. „Neben rechtsverbindlichen sekundärrechtlichen Harmonisierungsvorschriften tritt der Erlass von Auslegungsmitteilungen durch die Europäische Kommission.“¹¹³ Nach Art 288 AEUV ist die Richtlinie hinsichtlich des zu erreichenden Zieles für jeden Mitgliedstaat verbindlich, überlässt jedoch den einzelnen Mitgliedstaaten die Möglichkeiten zur Umsetzung.

Hierbei wird eine Deckungsgleichheit vorausgesetzt wonach der Aufbau und der Inhalt der nationalen Rechtsetzung mit dem der Richtlinie korrespondieren muss.¹¹⁴ So gilt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, dass die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht nicht notwendig eine förmliche und wörtliche Übernahme ihrer Bestimmungen in eine eigene oder eigens dafür geschaffene Gesetzesvorschrift vorsieht. Es könnte auch ein allgemein gehaltener rechtlicher Kontext genügen, dieser muss aber die Klarheit und Genauigkeit des Gesetzestextes wieder geben, damit der Begünstigte in die Lage versetzt wird, von allen Rechten

¹¹¹ Ruff in Müller-Wrede Rz 9.

¹¹² Vgl. RL 2014/24/EU ABI L 94/65, 104.

¹¹³ Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 55.

¹¹⁴ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 241.

Kenntnis zu erlangen und diese auch geltend zu machen.¹¹⁵ Jedoch ist das Vergaberecht als solches stark von den EU-Richtlinien geprägt, hierbei hilft auch das vertragliche Vergabeprimärrecht, welches kaum mehr Spielraum zulässt.¹¹⁶ Besonders im Verteidigungs- und Sicherheitssektor führt die begrenzte Reichweite der Harmonisierung durch die sekundärrechtlichen Regelungen zu einer Zweiteilung des in den Mitgliedstaaten geltenden Vergaberechts, nämlich die unionsrechtlich harmonisierte und das nicht-harmonisierte Vergaberecht.¹¹⁷ Neben dem Anwendungsbereich der RL 2009/81/EG gilt das Vergabeprimärrecht mit seinen europäischen Grundfreiheiten und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts, die vom EuGH herangezogen werden, um die Mitgliedstaaten an die unionsrechtlichen Grundanforderungen zu binden.¹¹⁸ In seiner ständigen Rechtsprechung musste der EuGH das Öfteren den Geltungsbereich der Richtlinie für die umsetzungsverpflichteten Mitgliedstaaten auslegen, sodass dieser auf den funktionellen Sinn der verwendeten Begriffe verwiesen hat. Folglich kann man sich nicht auf ein eigenes Auslegungsverständnis beziehen.¹¹⁹ Daneben ist der „effet utile“ Grundsatz zu berücksichtigen, der eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs der RL 2009/81/EG und gleichzeitig eine enge Begriffsbestimmung der Ausnahmebestimmungen durch den europäischen Gesetzgeber und dem EuGH zulässt.¹²⁰

Man kann daher von einer Wechselwirkung zwischen dem Vergabeprimärrecht und der SonderRL sprechen. Einerseits besteht das Ziel darin die vertragsrechtliche Verwirklichung des Binnenmarktes unter Beachtung der wesentlichen nationalen Sicherheitsinteressen zu erfüllen, und andererseits werden primärrechtliche Auslegungsdirektiven an die Richtlinie für dessen Anwendung zurückgegeben. Es gilt dennoch festzuhalten, dass das Primärrecht eine Vorrangwirkung gegenüber dem Sekundärrecht besitzt.

Für nicht ordnungsmäßige oder rechtzeitig umgesetzte Richtlinienvorgaben stellt sich die Frage nach der unmittelbaren Anwendung der neuen Vergaberichtlinie. Es gilt zu beachten, ob die Richtlinienbestimmungen ausreichend bestimmt sind und inwieweit die Bestimmungen im Ermessensspielraum des Mitgliedstaates liegen. Zum Beispiel ist der Rückgriff auf zentrale Beschaffungsstellen unter Art 37 RL 2014/24/EU optional bei den Mitgliedstaaten, daher entfaltet die Richtlinie keine unmittelbare Wirkung. Anders sieht es bei den elektronischen Be-

¹¹⁵ EuGH C-71/92, *Kommission/Spanien*, ECLI:EU:C:1993:890, Rn 23.

¹¹⁶ Vgl. *Frenz*, Vergaberecht Rz 242 (243).

¹¹⁷ Vgl. *Dörr in Müller-Wrede* Rz 1.

¹¹⁸ Vgl. *Dörr in Müller-Wrede* Rz 5.

¹¹⁹ EuGH C-31/87, *Bentjes*, ECLI:EU:C:1988:422, Rn 11, in: *Michel*, Das öffentliche Auftragswesen in der europäischen Rechtsprechung (1995) Rz 388, 394.

¹²⁰ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 56f.

schaffungssystemen aus, die nach der alten Richtlinie 2004/18/EG freiwilliger Natur waren, während Art 34 RL 2014/24/EU diese fest vorsehen.¹²¹

Die Kommission hat daher einen Bericht (2012) über die Umsetzung der RL 2009/81/EG veröffentlicht.¹²² Sie betont darin die Wichtigkeit des Verteidigungsbereiches, um die wachsenden Sicherheitsherausforderungen, sowie die steigenden Stückkosten der Verteidigungssysteme, der niedrigen Verteidigungsbudgets und der Fragmentierung des Marktes für Rüstungsgüter zu bekämpfen. Die Richtlinie spielt als Integrationsinstrument des Verteidigungs- und Sicherheitsbereichs für den Binnenmarkt sowie zur Schaffung einer geeigneten Wettbewerbspolitik in der öffentlichen Beschaffung von Rüstungsgütern eine entscheidende Rolle. Unter Art 73 RL 2009/81/EG überprüft die Kommission die Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie, insbesondere der Artikel 21 und 50 bis 54. Das Ergebnis war sehr ernüchternd, da die Kommission gegen 23 Mitgliedstaaten Vertragsverletzungsverfahren einleiten musste.¹²³ Man kam jedoch zum Schluss, dass mit der Richtlinie die öffentliche Auftragsvergabe im Verteidigungsbereich nunmehr den Binnenmarktvorschriften unterworfen wurde, wobei es Befreiungsmöglichkeiten durch die Ausnahmetatbestände gäbe. Was als eine quasi Errungenschaft angesehen wurde, war die Tatsache, dass nun EU-weit Geschäftsmöglichkeiten veröffentlicht werden können, harmonisierte Verfahren anzuwenden und Kompensationsregelungen auslaufen zu lassen sind.¹²⁴

5 Schwellenwerte

5.1 Grundlagen der Schwellenwerte

Die Vergabebestimmungen richten sich vornehmlich an die Geldsumme des Auftrags, um ihre Wirkung je nach Auftragslage entsprechend entfalten zu können. Daher muss der Geldwert des Beschaffungsauftrags einen gewissen Schwellenwert erreichen, außer diese fallen unter den Ausnahmevorschriften der Richtlinien und sind somit vom Vergabeverfahren grundsätzlich befreit. Hierbei ist auch das grenzüberschreitende Interesse relevant. Grundsätz-

¹²¹ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 247-249.

¹²² Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG zur Auftragsvergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit COM(2012) 565 1.

¹²³ Vgl. Bericht COM(2012) 565 3f.

¹²⁴ Vgl. Bericht COM(2012) 565 11.

lich ist es Sache des öffentlichen Auftraggebers einen solchen Bezug festzustellen, welches nach der ständigen Rechtsprechung des EuGHs an gewisse Anhaltspunkte geknüpft sein muss.¹²⁵ Somit gibt es eine Rückkoppelung des Vergaberechts an die vergaberechtlichen Grundsätze und insbesondere mit dem Gleichbehandlungsgebot.¹²⁶ Dennoch entscheidet die öffentliche Hand darüber, welche Aufträge für Bieter aus anderen Mitgliedstaaten interessant sein könnten, die sie anhand taxativer Kriterien entscheiden. „Das sind etwa der Auftragsgegenstand und -wert, die Struktur und Größe des betreffenden Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten etc., mithin die Besonderheiten des jeweiligen Wirtschaftssektors sowie der Ort, an dem die Leistung erbracht werden soll.“¹²⁷ Man spricht auch von einer Zweiteilung des Vergaberechts in zwei Klassen. Da Aufträge oberhalb der Schwellenwerte die detaillierten Richtlinienbestimmungen zu beachten haben und ein sicherer Primärrechtsschutz gewährleistet wird. Unterhalb der Schwellenwerte sind das Vergabeprimärrecht mit den europäischen Grundsätzen und die nationalen Bestimmungen zu beachten.¹²⁸ Somit besteht nur bei Erreichen im OSB auch die Möglichkeit ein Vergabenachprüfungsverfahren einzuleiten. Im USB hingegen sind die Handlungsmöglichkeiten eines Wirtschaftsteilnehmers gegen die Vergabeentscheidung auf die europäischen Grundrechte reduziert.¹²⁹

5.2 Schwellenwertverordnungen

Die Schwellenwerte stellen Mindestwerte dar, daher steht es jedem Mitgliedstaat frei ihre Schwellengrenzen selbst zu bestimmen, wobei beachtet werden muss, dass es verboten ist die nationalen Schwellen höher zu setzen als die Richtlinienswellenwerte.¹³⁰

In der allgemeinen VergabeRL sind die Schwellenwerte in Art 4 bis 6 der RL 2014/24/EU geregelt. Insofern gilt es zu beachten, dass die Aufträge und deren geschätzter Wert ohne die Mehrwertsteuer mit den gültigen Schwellen verglichen werden und je nach Summe im Rahmen des OSB oder USB fallen.¹³¹ Der Grund für das Auslassen der Mehrwertsteuer ist, dass

¹²⁵ EuGH C-147/06 und C-148/06, *SECAP und Santorso*, ECLI:EU:C:2008:277 Rn 30, 31

¹²⁶ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 2140.

¹²⁷ Frenz, Vergaberecht Rz 2141.

¹²⁸ Vgl. Frenz, Vergaberecht, Rz 602.

¹²⁹ Vgl. Müller-Wrede, Schwellenwerte, in Müller-Wrede (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013) Rz 7.

¹³⁰ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 605.

¹³¹ RL 2014/24/EU ABl L 94/65, Art 4 Abs 1.

die Mitgliedstaaten ihre bereichsspezifischen Steuersätze selber regeln, sodass sie sich unionsweit unterscheiden. Würden diese hinzugerechnet werden, dann hätte das die Folge, dass man den Bietern aus den verschiedenen Mitgliedstaaten die Möglichkeit nimmt, zu gleichen Bedingungen Angebote zu unterbreiten. Folglich würden das Gleichbehandlungsgebot und das Wettbewerbsprinzip verletzt werden.¹³²

Die Schwellenwerte werden grundsätzlich in eigenen delegierten Verordnungen veröffentlicht und durch die Kommission alle zwei Jahre auf ihre Übereinstimmung mit dem „Government Procurement Agreement“ der Welthandelsorganisation geprüft. Diese werden entsprechend der Richtlinienbestimmungen angepasst. Die Anbindung an internationale Übereinkommen soll verhindern, dass eine Vielzahl von einzelstaatlichen Schwellenwerten bestehen.¹³³ Derzeit ist für die allgemeine VergabeRL die delegierte Verordnung (VO) 2019/1828 in Kraft und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.¹³⁴ In Art 4 RL 2014/24/EU werden die Schwellenwerte zu jedem Bereich taxativ aufgeführt. Das Neufestsetzungsverfahren wird in Art 6 der Richtlinie geregelt. Nach Art 5 RL 2014/24/EU ist der Auftraggeber dazu verpflichtet eine Schätzung des Auftragswertes durchzuführen, um klarzustellen, ob der zu vergebene Vergabeauftrag unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, oder nicht.

Im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich gilt ein systematischer Zusammenhang zwischen dem Anwendungsbereich des Art 2 RL 2009/81/EG und den im Art 8 der Richtlinie geregelten Schwellenwerten. Falls der Auftrag die Schwellenwerte nicht erreicht und es sich bei den zu erbringenden Leistungen um sensible Dienstleistungsaufträge im Sinne des Art 1 Nr 7 RL 2009/81/EG handelt, dann findet das europäische Primärrecht und die daraus abgeleiteten Vergabegrundsätze Anwendung.¹³⁵ Für die anderen juristischen Personen gelten die vergaberechtlichen Prinzipien sofern sie unter einer staatlichen Kontrolle oder einer anderen öffentlichen Stelle stehen und nicht dem markttypischen Wettbewerb ausgesetzt sind.

Somit sind diese Aufträge im USB angesiedelt. Im Vergaberecht für Verteidigungs- und Sicherheitsaufträge gibt es wie im klassischen Bereich eine eigene Schwellenwertverordnung, diese ist die delegierte VO (EU) 2019/1830 und wird ebenfalls von der Kommission nach

¹³² Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 113.

¹³³ Vgl. Müller-Wrede in Müller-Wrede Rz 10.

¹³⁴ Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl L 279/25.

¹³⁵ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 113.

einer einschlägigen Prüfung angepasst.¹³⁶ Dennoch ist eine öffentliche Ausschreibung verpflichtend, um dem Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz Geltung zu verschaffen. Für einen vollfunktionsfähigen Rüstungsmarkt bietet sich besonders der USB an, weil die wesentlichen Sicherheitsinteressen nur in Ausnahmefällen berührt werden. Eine vermehrte Auftragsvergabe unterhalb des Schwellenwertes hätte eine Aufhebung der Marktabstottung zur Folge.¹³⁷ Eine laufende Auftragsvergabe im USB könnte vor allem den KMUs helfen, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu erhöhen. Daher wäre es vorteilhaft den Anwendungsbereich der geltenden Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung auf den USB zu erweitern. Die Schwellenwerte haben eine starke Auswirkung auf den Verteidigungs- und Sicherheitssektor und damit auf die Einrichtung der Verteidigungsindustrie, denn je höher der Schwellenwert, desto weniger wird das Funktionieren eines Rüstungsmarktes gefördert.

Die Schätzung des Auftragswertes erfolgt nach Art 9 RL 2009/81/EG, die der Auftraggeber sachgerecht für die jeweilige Auftragsvergabe anzuwenden hat. Unter Art 37 Abs 1 RL 2009/81/EG ist der Auftraggeber dazu verpflichtet das Ergebnis der Schätzung im Vergabebericht zu dokumentieren.

6 Anwendungsbereich im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich

6.1 Öffentlicher Auftraggeber

Die RL 2009/81/EG ist grundsätzlich für Beschaffungsvorgänge im Verteidigungs- und Sicherheitssektor zuständig. Daher fallen Aufträge die taxativ unter den Bestimmungen des Art 2 der Richtlinie aufgelistet sind unter dessen Anwendungsbereich und bilden gemeinsam mit den Schwellenwerten in Art 8 ein Auswahlverfahren. Nach dieser Konstellation wird gemessen, ob die geplante Vergabe die Rahmenbedingungen erfüllt, um Gegenstand der SonderRL 2009/81/EG zu sein, oder ob sie von der Richtlinie befreit ist. Ein weiterer wesentlicher Entscheidungspunkt der Beachtung finden muss, ist der Auftraggeber, welcher unter Art 1 Nr 17 RL 2009/81/EG ein „öffentlicher Auftraggeber“ im Sinne von Art 1 Abs 1 Nr 1 bis 4 RL 2014/24/EU sein muss.

¹³⁶ Delegierte Verordnung (EU) 2019/1830 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge, ABl L 279/29.

¹³⁷ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 114.

Der öffentliche Auftraggeber ist an die vergaberechtlichen Vorschriften gebunden, die es ihm verbieten willkürliche Vergaben an seine Bieter zu tätigen, ohne die Richtlinienbestimmungen zu beachten.¹³⁸ Somit müssen sowohl für den richtliniengeregelten und den ausgenommenen Bereich die Binnenmarktrelevanz, das Diskriminierungsverbot sowie die vergaberechtlichen Grundfreiheiten beachtet werden.¹³⁹ Institutionelle Auftraggeber besitzen im sachlichen Geltungsbereich der Richtlinien keinen vergaberechtlichen Spielraum, sodass sie auch dem Vergaberecht bei marktwirtschaftlichen Vergaben unterliegen. Es gilt dasselbe Prinzip für Einrichtungen des öffentlichen Rechts.¹⁴⁰ „Insbesondere im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich besteht die Gefahr einer Bevorzugung von inländischen Auftragsbewerbern.“¹⁴¹ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff des öffentlichen Auftraggebers weit auszulegen.¹⁴² Dies liegt am funktionalen Begriffsverständnis, das sich aus den Ausdrücken „öffentliche Auftraggeber“, „zentrale Regierungsbehörden“, „subzentrale öffentliche Auftraggeber“ und „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ ergibt.¹⁴³

Der funktionelle Auftraggeber muss nach dem Zweck der Vergaberichtlinien die Erfüllung der europäischen Grundfreiheiten gewährleisten und jegliche Art der Diskriminierung vermeiden. Darüber hinaus muss dieser verhindern, dass eine von der öffentlichen Hand unterstützten Stelle andere wirtschaftliche Interessen hegt.¹⁴⁴ Durch das praktische Verbot einer Beschränkung des Auftraggeberbegriffs auf öffentliche Rechtsträger, werden „subzentrale öffentliche Auftraggeber und „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“, wie sie in Art 1 Abs 1 Nr 3, 4 RL 2014/24/EU beschrieben sind, dem öffentlichen Auftraggeber hinzugerechnet. Diese müssen jedoch drei Tatbestandsmerkmale aufweisen, um ihrer Bezeichnung gerecht zu werden. Erstens ist es nötig, dass sie zum besonderen Zweck gegründet wurden, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Zweitens müssen sie Rechtspersönlichkeit besitzen (oder teilrechtskräftig sein). Drittens muss eine besondere „Staatsgebundenheit“ durch eine überwiegende Finanzierung oder anhand einer Bestellung der Mehrheit der Mitglieder von Leitungs- oder Aufsichtsorganen oder Kontrolle durch einen öffentlichen Auftraggeber vorliegen.¹⁴⁵ Selbst wenn die betroffene Einrichtung formell kein

¹³⁸ EuGH C-92/00, *HI*, ECLI:EU:C:2002:379 Rn 43, 44.

¹³⁹ *Aicher*, Anwendungsbereich, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013) Rz 3.

¹⁴⁰ Vgl. *Aicher*, Anwendungsbereich in *Müller-Wrede* Rz 5.

¹⁴¹ *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 93.

¹⁴² EuGH C-373/00, *Adolf Truley*, ECLI:EU:C: 2003:110 Rn 43.

¹⁴³ Vgl. RL 2014/24/EU ABl L 94/65, Art 1 Abs 1 Nr 1 bis 4.

¹⁴⁴ Vgl. *Aicher*, Anwendungsbereich in *Müller-Wrede* Rz 9.

¹⁴⁵ Vgl. *Aicher*, Anwendungsbereich in *Müller-Wrede* Rz 11f.

Bestandteil des Staates ist, kann diese als ein „öffentlicher Auftraggeber“ qualifiziert werden, falls sie von der öffentlichen Hand abhängig ist, Aufgaben im Allgemeininteresse und nicht gewerblicher Art verfolgt.¹⁴⁶ Es ist unbedeutend, ob Gründe der Zweckmäßigkeit vorliegen. Deshalb sind Gesellschaftsformen im Sinne des Art 1 Nr 17 RL 2009/81/EG auch als Auftraggeber zu bezeichnen.¹⁴⁷

Grundsätzlich unterscheidet man zwischen „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ und „im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art“. Eine nähere Definition des Wortes „Allgemeininteresse“ wird in den Vergaberichtlinien nicht aufgeführt, daher leitet sich dessen Sinngehalt aus der Auslegung des EuGHs ab. Insofern werden Tätigkeiten die in einem Zusammenhang mit „genuin“ öffentlichen staatlichen gemeinwohlorientierten Interessen stehen, im Allgemeininteresse ausgeübt.¹⁴⁸ Dieser hat im Kontext zum Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitssektor die Verwirklichung eines Verteidigungsmarktes vor Augen. Durch die weite Auslegung des EuGHs werden auch staatliche Interessen wie wirtschafts- und sozialpolitische Ziele dazu gezählt.¹⁴⁹ Daher sollten nur Auftraggeber zur Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen verpflichtet werden, die nicht dem Wettbewerb ausgeliefert sind, sondern im Einflussbereich von politischen Zielsetzungen stehen.

6.2 Öffentlicher Auftrag

Nach Art 2 Abs 1 Nr 5 RL 2014/24/EU sind öffentliche Aufträge schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern über die Ausführung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich werden die Aufträge unter Art 2 RL 2009/81/EG aufgeführt. Im klassischen Vergaberecht werden die Bereiche Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsaufträge aufgeführt. Der wesentliche Unterschied, besteht in den Wortbegriffen der Militärausrüstung und der sensiblen Ausrüstung der SonderRL zur allgemeinen VergabeRL. Nach der Auslegung des EuGHs ist der öffentliche Auftrag ein funktionaler Begriff. Insofern überprüft der Gerichtshof den Beschaffungsauftrag auf den schriftlichen entgeltlichen Vertrag zwischen den Parteien.¹⁵⁰ Somit zielt

¹⁴⁶ Vgl. Aicher, Anwendungsbereich in Müller-Wrede Rz 13f; EuGH C-31/87 Rz 12.

¹⁴⁷ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 93f.

¹⁴⁸ Vgl. Aicher, Anwendungsbereich in Müller-Wrede Rz 15.

¹⁴⁹ Vgl. Aicher, Anwendungsbereich in Müller-Wrede Rz 16.

¹⁵⁰ EuGH C-107/98, Teckal, ECLI:EU:C:1999:562 Rn 46ff.

das Vergaberecht auf den wirtschaftlichen Zweck ab und nicht auf die rechtliche Grundlage des Beschaffungsvorgangs. „Dieses funktionale Verständnis öffnet die einzelnen Tatbestandsmerkmale für ein europarechtskonformes, autonom vergaberechtliches Begriffsverständnis.“¹⁵¹ Ebenso erfolgt die Abgrenzung zwischen den Auftragskategorien nach dem Vergabeprimär- und Vergabesekundärrecht sowie dessen Rechtsprechung. Daher werden die Auftragsarten im Verteidigungs- und Sicherheitssektor anhand der Grundfreiheiten, der SonderRL 2009/81/EG und der gerichtlichen Auslegung des EuGHs bestimmt.¹⁵² Es kann jedoch zu Abgrenzungsschwierigkeiten vom Warenbegriff kommen. So gibt es in den Richtlinien keine nähere Definition des Begriffs. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGHs ist eine Ware ein Erzeugnis, das einen Geldwert hat und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein kann.¹⁵³ Jedoch braucht eine Ware keine feste Erscheinungsform, um als eine solche bezeichnet zu werden. So können auch Datensysteme als Ware bezeichnet werden.¹⁵⁴ Insofern besteht ein kategorischer Bezug zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit einem Warenbezug. Unter Art 1 Nr 4 RL 2009/81/EG gelten Waren, die für einen Lieferauftrag als „Nebenarbeit“ erfasst werden, als Lieferauftrag. So gilt ähnliches für Dienstleistungsaufträge nach Nr 5 der Richtlinie, wenn die Dienstleistung den Warenwert übersteigt. Man spricht daher von einem „funktionsbedingten Zusammenhang“. So kann eine Ware, die zum Einbau für ein Bauwerk bestimmt ist, als Bauauftrag gelten.¹⁵⁵

6.3 Auftrag im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich

Neben den drei klassischen Auftragskategorien (Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge) ist durch die SonderRL 2009/81/EG eine vierte hinzugekommen. Es handelt sich dabei um verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge, die im Art 2 der Richtlinie definiert sind. Im Gegensatz zur RL 2014/24/EU sind die drei Kategorien miteinander verbunden. Diese verstehen sich aus der „Sensibilität“ und aufgrund des eigenständigen Marktes der Auftragsbereiche. Die Auftragskategorien umfassen vier Teilbereiche, nämlich die Lieferung von Militärausrüstung (Art 2 lit a), die Lieferung von sensibler Ausrüstung (lit b), Bauleistungen, Liefere-

¹⁵¹ Frenz, Vergaberecht Rz 361.

¹⁵² Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 94.

¹⁵³ EuGH C-7/68, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:1968:51 642.

¹⁵⁴ EuGH C-3/88 Rn 18f.

¹⁵⁵ Vgl. Aicher, Anwendungsbereich in *Müller-Wrede* Rz 73f.

rungen und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit militärischen und sensiblen Rüstungsgütern (lit c) sowie Bau- und Dienstleistungen die speziell für militärische oder sensible Bauleistungen und sensible Dienstleistungen (lit d). Das Begriffspaar „unmittelbarer Zusammenhang“ ist eng auszulegen, was bedeutet, dass eine enge Verbindung zwischen der fraglichen Leistung und der Militärausrüstung oder der sensiblen Ausrüstung bestehen muss. Dies kann beispielsweise aufgrund des Zwecks der Leistung oder aufgrund der Nutzungsbedingungen bestehen. Insofern kann die zu beschaffende Ausrüstung ohne die zutreffenden Leistungen nicht ihrem entsprechenden Gebrauch eingesetzt werden.¹⁵⁶

Der Bestimmungskatalog unter Art 2 RL 2009/81/EG stellt spezifische Kategorien mit einzelnen Tatbeständen dar, die für den Verteidigungsmarkt definiert wurden. Die ersten zwei Kategorien (Militärausrüstung und sensible Ausrüstung) sind für die Beschaffung von Rüstungsgütern einschlägig, während der dritte Typus Aufträge betrifft, die in einem unmittelbaren Zusammenhang zu Militär- oder Sicherheitsausrüstungen stehen. Darunter fallen Bauleistungen, die beispielsweise militärische Landebahnen, Militärgebäude oder Hangars, für die Aufbewahrung von militärischen Fahrzeugen. Dienstleistungen werden ebenfalls erfasst, wie zum Beispiel Transportflüge von militärischem Material oder Truppen. Die vierte Kategorie zielt auf spezielle Leistungen für militärische Zwecke oder sensible Bauleistungen und sensible Dienstleistungen. Beispielsweise sind damit medizinische Tauglichkeitsbestimmungen oder Forschungseinrichtungen gemeint.¹⁵⁷ Die Kategorisierung der öffentlichen Aufträge mit einem verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Charakter ist deshalb bedeutend, um die passende Verfahrensvorschrift anzuwenden. Aufgrund der unterschiedlichen Schwellenwerte die es für Verteidigungsaufträge gibt, versucht der Auftraggeber die unionsrechtlichen Vergabebestimmungen zu umgehen, indem er die Aufträge einer möglichst höheren Schwelle unterordnet, sodass, die günstigeren nationalen Vergabebestimmungen sowie die primärrechtlichen Grundfreiheiten für die Vergabe anzuwenden sind. Daher ist eine Typisierung der Auftragsarten entscheidend, um einen unverfälschten Wettbewerb gewährleisten zu können und der quasi Abschottung des Binnenmarkts für Rüstungsgüter zu verhindern.¹⁵⁸

Im Fall, dass der Auftraggeber die allgemeinen Vergabebestimmungen anstatt die verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Richtlinienbestimmungen anwendet, liegt ein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz vor. Daher muss man überprüfen, ob eine grundlegende Ab-

¹⁵⁶ Erläuterungen zum BG, mit dem das BVergG 2006 geändert wird, 1513 BlgNR 24. GP 13.

¹⁵⁷ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 96.

¹⁵⁸ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 96f.

weichung der allgemeinen Vorschriften unter der Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU und den besonderen Vorschriften zu RL 2009/81/EG vorliegt und dementsprechend das prozessuale Resultat der Vergabe eine Veränderung wiederfährt. Die verteidigungs- und sicherheitsspezifische Richtlinie wurde eigens zu dem Zweck geschaffen, um einer Ungleichbehandlung der Bieter bei der Rüstungsbeschaffung zu unterbinden.¹⁵⁹ Anhand wesentlicher Vertragsänderungen kann der Tatbestand eines öffentlichen Auftrags erfüllt werden, wenn sonst ein Verstoß gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens (Wettbewerbs-, Transparenz-, und Gleichbehandlungsgebot) vorliegen würde.¹⁶⁰ „Durch nachträgliche Veränderungen des Vertragsinhalts wird der konkrete Ausschreibungsgegenstand nicht veröffentlicht und es bestünde ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz.“¹⁶¹ Die Verfahrensgrundsätze bilden die Grundlage für die gemeinschaftsrechtskonforme Ausgestaltung des Vergaberechts. Insofern sind die Transparenz und die Gleichbehandlung als Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern und den öffentlichen Auftraggeber zu betrachten. Dahingehend kann ein organisierter Wettbewerb nur dann bestehen, wenn die wettbewerblichen Funktionsvoraussetzungen erfüllt sind. Bei einer fehlenden Wirtschaftlichkeitskontrolle über den Markt sorgt der geordnete Wettbewerb für eine wirtschaftliche, sparsame und zweckmäßige Beschaffung, um faire Verhältnisse für den Bieter und Vorgaben für den Auftraggeber zu schaffen.¹⁶² Als tragendes Ordnungsprinzip des europäischen Vergaberechts verlangt das Wettbewerbsprinzip ein möglichst wettbewerbsoffenes Vergabeverfahren auf der Auftraggeberseite und gleichzeitig Maßnahmen die wettbewerbsverzerrend wirken zu unterbinden, damit die Öffnung des Beschaffungsmarktes sichergestellt ist.¹⁶³ Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip wäre gegeben, falls eine Erweiterung des Vergabeauftrags vorliegen würde. Zum Beispiel könnte der erfolgreiche Bieter durch die Zulassung anderer Wirtschaftsteilnehmer verdrängt werden, wenn diese ebenfalls zu einer Angebotsabgabe aufgerufen werden. Durch die angehende Verletzung des Gleichbehandlungsgebots müsste der öffentliche Auftraggeber den Vergabeauftrag neu ausschreiben lassen.

¹⁵⁹ Vgl. *Jaeger*, Rahmenbedingungen für Rüstungsbeschaffungen, ZVB 2008/32, 111f.

¹⁶⁰ EuGH C-91/08, *Wall AG*, ECLI:EU:C:2010:182 Rn 37ff.

¹⁶¹ *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 97.

¹⁶² Vgl. *Aicher*, Vergabeverfahren, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013) Rz 14.

¹⁶³ Vgl. *Aicher*, Vergabeverfahren in *Müller-Wrede* Rz 20.

6.3.1 Lieferung von Militärausrüstung

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die allgemeine VergabeRL für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Wettbewerben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit gilt, außer für Aufträge die in den „Anwendungsbereich“ unter Art 2 lit a RL 2009/81/EG fallen.¹⁶⁴ Somit unterliegen Aufträge die unter den Begriff der „Militärausrüstung“ in Übereinstimmung mit Art 1 Nr 6 der Richtlinie fallen nicht der RL 2014/24/EU. Solche Ausrüstungsgegenstände sind eigens zu militärischen Zwecken konzipierte oder für militärische Zwecke angepasste und zum Einsatz als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial bestimmte Produkte. Hierbei weisen die Begriffe „Konzeption“ und „Anpassung“ eine objektive und subjektive Komponente auf. Es gilt zu bestimmen welche konkrete Verwendungsabsicht der Ausrüstungsgegenstand hat. Deshalb ist es nötig, dass der öffentliche Auftraggeber eine umfassende Dokumentation im Verteidigungsverfahren durchführt. Insofern werden Beschaffungen, wo der Aufgabenbereich der allumfassenden Sicherheit innerhalb der EU betrifft als militärische Zwecke angesehen.¹⁶⁵ Damit sind „harte Rüstungsgüter“ gemeint, also jene für die es keinen parallelen zivilen Markt gibt. Somit stellt die subjektive Komponente einzig auf die Verwendungsabsicht ab.¹⁶⁶ Die objektive Komponente stellt andererseits auf den eigens für militärische Zwecke konzipierten oder angepassten Gegenstand ab.¹⁶⁷ Nach Erwägungsgrund 10 RL 2009/81/EG wird unter der Militärausrüstung jene Arten von Produkten verstanden, die in der vom Rat in der Entscheidung 255/58 vom 15. April 1958 angenommene Liste von Waffen, Munition und Kriegsmaterial aufgeführt sind.¹⁶⁸ „Diese Liste enthält ausschließlich Produkte, die speziell zu militärischen Zwecken konzipiert, entwickelt und hergestellt werden.“¹⁶⁹ Nach der Militärgüterliste 1958 folgte im Rahmen der GASP eine vom Rat erweiterte Version, die sich zusätzlich mit der Ausfuhrkontrolle von Militärgüter befasst.¹⁷⁰ Diese neue Liste (Teil B) hat den gleichen Aufbau wie die ursprüngliche Liste (Teil A), ist aber aktueller und genauer. Es handelt sich

¹⁶⁴ Vgl. RL 2014/24/EU ABl L 94/65, Art 15 Abs 1 lit a.

¹⁶⁵ Vgl. Hölzer, Vergabeverfahren im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 98f.

¹⁶⁶ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 684.

¹⁶⁷ EuGH C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi*, ECLI:EU:C:2012:324, Rn 40f.

¹⁶⁸ Entscheidung zur Festlegung der Produkte (Waffen, Munition und Kriegsmaterial), für die Artikel 223 Absatz 1 Buchstabe b (aktuell Art 346 Abs 2 lit b) des Vertrags gilt (Dok. 255/58). Protokoll vom 15. April 1958: Dok. 368/58.

¹⁶⁹ RL 2009/81/EG ABl L 216/76, 2.

¹⁷⁰ Gemeinsame Militärgüterliste der Europäischen Union vom Rat am 14. März 2016 angenommen (vom Gemeinsamen Standpunkt 2008/944/GASP des Rates betreffend gemeinsame Regeln für die Kontrolle der Ausfuhr von Militärtechnologie und Militärgütern erfasste Ausrüstung) (GASP) 2016/C 122/01.

bei den Militärgüterlisten um generische Listen, die aufgrund ihres sich stets weiterentwickelnden technologischen Fortschritts weit auszulegen ist.¹⁷¹

Der Begriff „Militärausrüstung“ kann aus diesem Grund auch Produkte miteinschließen, die ursprünglich für zivile Zwecke konzipiert wurden, jedoch an die militärischen Bedürfnisse angepasst wurden und somit unter dem Anwendungsbereich des Art 2 RL 2009/81/EG fallen. Der Grund für die Erweiterung der ursprünglichen Liste, liegt an ihrem natürlichen Charakter. Es lag auch an die Notwendigkeit dem Zeitgeist zu folgen, und damit den Mitgliedstaaten eine breite Palette an Produktkategorien zu bieten, um die Entwicklungen am Rüstungsmarkt besser darstellen zu können und die Interoperabilität beispielsweise in der PESCO aufgrund einer breiten Normierung zu fördern.

6.3.2 Dual-use-Güter

Die Unterscheidung von Gütern zu militärischen oder zivilen Zwecken stellt einen kritischen Punkt bei der Auftragsvergabe im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich. Denn diese Kategorie kann je nach Klassifizierung in den Anwendungsbereich der RL 2009/81/EG fallen, oder der Ausnahmebestimmung nach Art 346 Abs 1 lit b AEUV.¹⁷² Dual-use-Güter sind ursprünglich für zivile Zwecke konzipierte Gegenstände, die für den militärischen Gebrauch angepasst wurden, um somit als „Militärgüter“ gelten zu können. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGHs haben die nationalen Gerichte Einzelfallbeurteilungen durchzuführen, um zu prüfen, ob ein Gegenstand ein sogenannter Dual-use-Gegenstand für die militärischen Zwecke als konzipiert und entwickelt angesehen werden kann.¹⁷³ Nur unter einer solchen Prüfung kann man zweifelsfrei bestimmen, ob der besagte Auftragsgegenstand von der Vergaberichtlinie befreit werden kann. Der EuGH hat in seiner ständigen Rechtsprechung stets Gegenstände von der RL 2009/81/EG ausgenommen, die einen ursprünglich militärischen Nutzen hatten, aber für den zivilen Bedarf verwendet wurden. Diese Handhabung mit Dual-use-Gütern erfolgte auch in gegenteiliger Richtung mit zivilem Zweck konzipierte und für den späteren militärischen Gebrauch angepasste Güter.¹⁷⁴ Das heißt, sollte sich während des Vergabeverfahrens herausstellen, dass sich die subjektive Komponente des Ausrüstungsgegenstands von

¹⁷¹ Vgl. *Páleníková*, Ausschreibungen im Rüstungssektor – von der Ausnahme zum Regelfall? Die neue verteidigungsspezifische RL 2009/81/EG, ZVB 2010/4, 11.

¹⁷² Vgl. *Frenz*, Vergaberecht Rz 2390.

¹⁷³ EuGH C-615/10, Rn 37ff.

¹⁷⁴ EuGH C-615/10, Rn 42.

einem militärischen zu einem zivilen Einsatzzweck umändert, dann würde keine Militärausrüstung im Verständnis des Art 1 Nr 6 RL 2009/81/EG vorliegen und somit würde das Vergabeverfahren aufgehoben werden müssen, sofern der Auftrag nicht unter die Kategorien des Art 2 lit b bis d der Richtlinie fällt.¹⁷⁵

Somit wird bei Dual-use-Gütern grundsätzlich auf die objektive militärische Verwendung während des Prüfungsverfahrens geachtet, um eine präzise Abgrenzung zwischen dem verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Vergaberecht unter der SonderRL 2009/81/EG und der allgemeinen VergabeRL 2014/24/EU vorzunehmen. Sonst bestünde die Gefahr einer Umgehung des Wettbewerbsgrundsatz, welches die Öffnung des Beschaffungsmarktes im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sicherstellen soll.¹⁷⁶

6.3.3 Lieferung von sensibler Ausrüstung

Nach Art 2 lit b RL 2009/81/EG fällt ein Lieferauftrag im Anwendungsbereich der Richtlinie, sofern eine sensible Ausrüstung beschafft werden soll. Unter dem Begriff „sensible Ausrüstung“ sind im Sinne des Art 1 Nr 7 der Richtlinie Ausrüstungsgegenstände zu verstehen, die Sicherheitszwecken dienen und bei denen Verschlusssachen verwendet werden, solche erfordern oder bereits welche beinhalten. Der Begriff Ausrüstung wird weder in der SonderRL noch in der allgemeinen VergabeRL legal definiert, somit sind militärische und zivile Gegenstände gleichermaßen davon erfasst.¹⁷⁷ In der Praxis fallen darunter sensible Bauleistungen, wie die Errichtung von Militäranlagen, oder Lieferaufträge von Kraftfahrzeugen, Flugkörper, Marineausstattung, Waffen, Munition, Verpflegung und Bekleidung von Personal unter der Ausrüstungsdefinition. Im Bereich der Dienstleistungsaufträge sind Leistungen wie Reinigung, Instandhaltung oder Reparaturleistungen sowie der Forschung und Entwicklungsdienstleistung der sensiblen Ausrüstung zuzuordnen.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 99.

¹⁷⁶ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 100.

¹⁷⁷ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 101f.

¹⁷⁸ Vgl. Páleníkov, ZVB 2010/4, 12.

6.3.4 Schutz von Verschlussachen

Nach Art 7 RL 2009/81/EG können Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmern Auflagen zum Schutz von Verschlussachen machen, um zu verhindern, dass sensible Informationen während des Vergabeverfahrens an Dritte gelangen. „Verschlussachen“ sind nach Art 1 Nr 8 RL 2009/81/EG Informationen oder Material, denen unabhängig von der Darstellungsform ein Geheimhaltungsgrad zugewiesen und aufgrund der nationalen Sicherheit eine Schutzbedürftigkeit zugesprochen wird. In diesem Sinne stellen verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge jene Auftragsgegenstände die Lieferung von Ausrüstung beinhalten, die im Rahmen eines Verschlussachenauftrags vergeben wird, mitsamt aller zusätzlichen Bauteile und -sätze, die sie umfasst.¹⁷⁹ Ein Verschlussachenauftrag ist ein Auftrag für Sicherheitszwecke. Der Begriff „Ausrüstung für Sicherheitszwecke“ betrifft den Schutz der EU im Bereich der nicht-militärischen Sicherheit vor äußeren und inneren Bedrohungen. Dies betrifft auch Bereiche wo militärische mit nicht-militärische Einheiten zusammenarbeiten, wie Beispielsweise der Grenzschutz oder Katastrophenschutz, um die EU oder die Sicherheit in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Ebenso sind Ausrüstungsgegenstände, die für den Schutz kritischer Infrastrukturen benötigt werden davon erfasst.¹⁸⁰

6.3.5 Informationssicherheit

Innerhalb eines Vergabeverfahrens bieten sich für den öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter diverse Möglichkeiten an Informationen miteinander auszutauschen. Grundlegend sind Aufträge von der Informationssicherheit erfasst die Verschlussachen verwenden, oder die solche erfordern. Folgend muss der Auftraggeber bereits in den Auftragsunterlagen alle nötigen Maßnahmen und Forderungen benennen, um den Schutz der Verschlussache auf der vorgeschriebenen Sicherheitsstufe zu garantieren.¹⁸¹ Aus diesem Grund muss der Bieter bereits wissen, welche nötigen Maßnahmen er ergreifen muss, um den Anforderungen des Auftraggebers gerecht zu werden. Diese Verpflichtung wirkt über den Beschaffungsvertrag hinaus und gilt auch für sämtliche Subunternehmer, egal ob sie bereits ernannt wurden oder erst

¹⁷⁹ Vgl. Ruff in Müller-Wrede 24.

¹⁸⁰ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 102.

¹⁸¹ Vgl. RL 2009/81/EG ABl 216/76, Art 22.

später benannt werden.¹⁸² Insoweit liegt es im Ermessen des Auftraggebers inwieweit die Sicherheitsmaßnahmen gehen sollen, solange diese mit den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen vereinbar sind. Als Beispiele sind Vertraulichkeitszusagen im Umgang mit „sensiblen“ Informationen durch die Bieter zu nennen.¹⁸³

Sowohl für die Informationssicherheit als auch die Versorgungssicherheit gilt, dass alle Anforderungen in den Beschaffungsunterlagen angegeben sein müssen. Eine nachträgliche Änderung ist unzulässig und würde dahingehend wettbewerbsverzerrend wirken.¹⁸⁴

Es gilt festzuhalten, dass die Sicherheitsprüfungen auf Gemeinschaftsebene nicht harmonisiert sind und deswegen ist es den einzelnen Mitgliedstaaten erlaubt ihre nationalen Bestimmungen für die individuell verlangten Sicherheitsbedürfnisse heranziehen. Der europäische Gesetzgeber versucht auf vertikaler Integrationsebene eine gegenseitige Anerkennung für die diversen Sicherheitsbemühungen zu erzielen. In diesem Sinne steht bereits im Art 22 UAbs 3 RL 2009/81/EG geschrieben, dass die Mitgliedstaaten die gegenseitigen Sicherheitsüberprüfungen anerkennen und diese als „gleichwertig“ anzusehen sind, wobei sie jedoch weitere Untersuchungen durchführen können, wenn sie das für nötig halten. Die Sicherheitsprüfung ist vom öffentlichen Auftraggeber je nach seinen nationalen Bestimmungen anzuordnen und kann vom Bewerber nicht eingeleitet werden.¹⁸⁵

6.3.6 Versorgungssicherheit

In Art 23 RL 2009/81/EG wird die Versorgungssicherheit geregelt. Bei dem Begriff geht es um den kurzfristigen und effektiven Zugriff auf industrielle Fertigungskompetenzen und -kapazitäten bezüglich Wartung, Produktinnovationen und Bedarfssteigerung.¹⁸⁶ Gemäß der Richtlinie muss der Auftraggeber seine Anforderungen an die Versorgungssicherheit in den Auftragsunterlagen festlegen, damit der Bewerber seine Angebote an die speziellen Bedürfnisse des Vergabeauftrags anpassen kann. Falls der Teilnehmer sich nicht an die benannten Anforderungen hält, könnte das zu seinem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.¹⁸⁷ Genau wie bei der „Informationssicherheit“ hat der Auftraggeber einen Ermessensspielraum um

¹⁸² Vgl. *Reisner*, Die Beschaffungsrichtlinie Verteidigung und Sicherheit der Europäischen Union – Teil 2, RPA 2010, 307, 308f.

¹⁸³ Vgl. *Jaeger*, ZVB 2008/32, 112.

¹⁸⁴ Vgl. *Jaeger*, ZVB 2008/32, 112.

¹⁸⁵ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 108.

¹⁸⁶ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 109.

¹⁸⁷ Vgl. *Ruff* in *Müller-Wrede* Rz 62.

seine Anforderungen unter Beachtung der Grundfreiheiten geltend zu machen. Unter Art 23 lit a bis h RL 2009/81/EG ist ein Anforderungskatalog mit versorgungssicherheitsrelevanten Angaben enthalten, die der Auftraggeber von den Bietern bei der Angebotsunterbreitung verlangen kann. Die Liste ist jedoch ein exemplarischer Katalog, um sowohl dem Auftraggeber als auch dem Bieter zu veranschaulichen welche Sicherheitsanforderungen gestellt werden können. Nach Erwägungsgrund 44 der Richtlinie können die Anforderungen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit ganz unterschiedlich ausfallen. So könnte man nach internen Grundsätzen zwischen Tochter- und Muttergesellschaft in Bezug auf gewerbliche Schutzrechte verfahren, oder auf das Vorhandensein kritischer Wartungs-, Instandhaltungs-, und Überholungskapazitäten geprüft werden. „Die zu erfüllenden Anforderungen an die Versorgungssicherheit dürfen nur die Ausführung des Auftrags selbst betreffen.“¹⁸⁸ Es ist jedoch verboten Kriterien zu setzen, welche an die Staatsangehörigkeit, etwaige Ausfuhrgenehmigungen oder den Unternehmenssitz knüpfen.¹⁸⁹

6.3.7 Gemischte Aufträge

Grundlegend ist festzuhalten, dass die europäischen Vergaberichtlinien nicht vorgeben, dass Aufträge einer der vier Vergabekategorien zugehörig sein müssen. Es kommt gerade zu oft vor, dass Teile der Vergabeaufträge unterschiedlichen Bereichen zuzuordnen sind, daher versucht man eine Zuordnung der verschiedenen Vertragselemente zu erzielen. In Betracht kommen einerseits die Form eines „einzigen“ Auftragsstyps und die „getrennte“ Einteilung der einzelnen Elemente zum zuständigen Vergaberechtsregime.¹⁹⁰ Unter Art 3 RL 2009/81/EG und Art 16 RL 2014/24/EU wird die Vergabe von gemischten Aufträgen, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte beinhalten behandelt. Nach Art 16 Abs 2 RL 2014/24/EU stellt eine Überprüfung auf die Trennbarkeit des Auftrags ab. Demnach kann ein nach objektiven Kriterien trennbarer öffentlicher Auftrag als Ganzes oder in Teilaufträgen vergeben werden.

Der Art 3 Abs 1 RL 2009/81/EG gibt ungefähr den Inhalt der allgemeinen VergabeRL wieder, es wird jedoch betont, dass der Auftrag gemäß der SonderRL vergeben werden kann, sofern die Vergabe aufgrund von objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Insofern kann der öffentliche

¹⁸⁸ Vgl. Ruff in Müller-Wrede Rz 63.

¹⁸⁹ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 110.

¹⁹⁰ Vgl. Pünder, Öffentlicher Auftrag, in Müller-Wrede (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013) Rz 85.

Auftraggeber seine Sicherheitsinteressen bewahren und auf die Vorteile des verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Vergaberecht zurückgreifen, solange ein unbestimmter Teil des öffentlichen Auftrags unter der RL 2009/81/EG und der Rest einer anderen Vergaberichtlinie fällt.¹⁹¹ Demnach soll der Auftragsgegenstand einer objektiven Prüfung unterzogen werden, wonach auf die wesentlichen vorrangigen Verpflichtungen geachtet wird.¹⁹²

Der Begriff „objektiver Grund“ findet sich in den Richtlinienbestimmungen des Vergaberechts nicht wieder. Zur rechtswirkenden Betrachtung im Einzelfall werden die allgemeinen Vergabegrundsätze herangezogen, sodass eine Abschätzung zwischen den objektiven Vorteilen der Vergabe und den Nachteilen auf die Wirkung der Grundfreiheiten zustande kommt. Falls ein Teil der Vergabe eines Auftrags unter den Anwendungsbereich der RL 2009/81/EG fällt, aber der andere Auftragsteil weder Gegenstand dieser noch der RL 2014/24/EU ist, so wird sie von der Richtlinie befreit, sofern es keine objektiven Gründe für eine einzige Auftragsvergabe gibt.¹⁹³ Das betrifft oft Aufträge, wo der Art 346 AEUV eine Rolle spielt und daher, die Vergabe von der Richtlinie ausnimmt.

6.4 Rechtfertigungsgründe zur Anwendung des Art 346 AEUV

6.4.1 Öffentlichen Sicherheit und wesentlichen Sicherheitsinteressen

Im EU-Recht wird das Begriffspaar „öffentliche Sicherheit“ nicht definiert. Jedoch findet sich unter Art 4 Abs 2 EUV die „nationale Sicherheit“ die in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleibt, und somit nicht auf Unionsebene harmonisiert wird. Unter diesem Begriff kann sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit gemeint sein.¹⁹⁴ Es ist dahingehend Sache der Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zur Wahrung ihrer aller Sicherheitsbedürfnisse zu ergreifen.¹⁹⁵ Jedoch betont der EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung, dass die öffentliche Sicherheit nicht als Gegenstand willkürlicher Maßnahmen zur Aushöhlung des EU-Rechts fungieren darf.¹⁹⁶ In diesem Sinne umfasst der Begriff „Sicherheitsinteressen“ genau wie die

¹⁹¹ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 111.

¹⁹² Vgl. *Frenz*, Vergaberecht Rz 582.

¹⁹³ Vgl. RL 2009/81/EG ABl L 216/76, Art 3 Abs 2.

¹⁹⁴ EuGH C-273/97, *Sirdar*, ECLI:EU:C:1999:523, Rn 17.

¹⁹⁵ EuGH C-273/97, Rn 15.

¹⁹⁶ EuGH C-273/97, Rn 16.

„öffentliche Sicherheit“, sowohl die äußere als auch die innere Sicherheit.¹⁹⁷ Die Sicherheitsbedürfnisse der Mitgliedstaaten sind Veränderungen unterworfen, welche den Wandlungen der internationalen Politik zugrunde liegen. Daher befindet sich der Verteidigungs- und Sicherheitsbereich in ständiger Bewegung. Nach dem Erwägungsgrund 16 RL 2009/81/EG sehen die Artikel 36, 51, 52, 62 und 346 AEUV besondere Ausnahmen von der Anwendung der europarechtlichen Grundsätze und des dazugehörigen EU-Rechts. Daher ist es möglich Auftragsvergaben aus Gründen der öffentlichen Sicherheit vom Anwendungsbereich der SonderRL herauszunehmen. Nach Art 1 Abs 3 RL 2014/24/EU unterliegt die Richtlinie dem Artikel 346 und daher sind Auftragsvergaben, welche die Ausnahmetatbestandsmerkmale erfüllen von den Vergaberichtlinien befreit.

6.4.2 Binnenmarktabgrenzung zu Rüstungsgütern

Besonders genießt die Ausnahmeregelung unter Art 346 AEUV „Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten“ bei der quasi Abschottung der Beschaffungsmärkte der Mitgliedstaaten einen wesentlichen Kompetenzvorbehalt.¹⁹⁸ Somit gelten die klassische VergabeRL 2014/24/EU und die SonderRL 2009/81/EG nicht für Vergabeverfahren, die in den Anwendungsbereich dieses Artikels fallen. „Art 346 AEUV regelt zwei unterschiedliche Problemkreise, die einzig durch den Bezug auf die nationale Sicherheit verbunden sind. Die Bestimmung bildet mit Art 347 und 348 AEUV eine systematische Einheit.“¹⁹⁹

Das Primärrecht des AEUV schließt diese Verfahren vom Vergaberecht bereits aus und wurde daher nur aus Gründen der Transparenz ins sekundärrechtliche Vergaberecht aufgenommen, um den nationalen Sicherheitsinteressen eine höhere Bedeutung zu geben. „Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn Aufträge so sensibel sind, dass sogar deren Existenz geheim gehalten werden muss.“²⁰⁰ Es sei angemerkt, dass der Artikel nicht zum Ziel hat die Kompetenzen der EU einzuschränken, sondern den Mitgliedstaaten die Möglichkeit verschafft unter bestimmten Voraussetzungen dem Unionsrecht eigentlich widersprechende Maßnahmen zu ergreifen. Die gesetzten Maßnahmen können sowohl vom Primär- und Sekundärrecht, der GASP/GSVP einschließlich der Grundrechtecharta im Sinne der „Durchführung des Rechts

¹⁹⁷ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 35.

¹⁹⁸ Vgl. Ruff in Müller-Wrede Rz 3.

¹⁹⁹ Stöger in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 346 AEUV Rz 3 (Stand 1.12.2012, rdb.at).

²⁰⁰ RL 2009/81/EG ABl L 216/76, 4.

der Union“ unter Art 51 GRC abweichen.²⁰¹ So ist kein Mitgliedstaat dazu verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen entgegenstehen.²⁰² Folglich kann jeder EU-Staat Maßnahmen ergreifen, die zur Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen dienen, solange sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel betreffen. Die gewählten Maßnahmen dürfen den Binnenmarkt sowie den Wettbewerb für nicht-militärische Zwecke bestimmte Waren nicht beeinträchtigen.²⁰³ In Bezug auf die dem Unionsrecht widersprechende Maßnahmen muss auf die Beschränkung des Art 346 AEUV verwiesen werden. Dieser erlaubt nur den Mitgliedstaaten von unionsrechtlichen Vorgaben abzuweichen. Daher dürfen sich die öffentlichen Auftraggeber nicht auf diesen Ausnahmetatbestand im Sinne des Art 346 Abs 1 lit b AEUV berufen. Dies wäre nur dann möglich, wenn der Mitgliedstaat eine unionsrechtliche abweichende Maßnahme beschlossen oder unterstützt hat.²⁰⁴ Eine Berufung unter Art 346 Abs 2 AEUV wird auf die vom Rat veröffentlichte Militärgüterliste (Teil A) genommen. „Diese Liste enthält ausschließlich Produkte, die speziell zu militärischen Zwecken konzipiert, entwickelt und hergestellt werden.“²⁰⁵ Gemeinsam mit der Militärgüterliste (Teil B) findet der Art 346 AEUV eine Erweiterung seiner Ausnahmebestimmungen, da die Liste aktueller ist und eine genauere Typisierung der Produktpalette vorgenommen wurde. Hierbei sei erwähnt, dass Art 346 Abs 1 lit b und Abs 2 AEUV nur Regelungen für den militärischen Bereich trifft, jene im Sicherheitsbereich werden nicht erwähnt. Nach der Militärgüterliste 1958 folgte im Rahmen der GASP eine vom Rat erweiterte Version, die sich zusätzlich mit der Ausfuhrkontrolle von Militärgütern befasst.²⁰⁶

6.4.3 Rs. C-157/06 (Kommission/Italien) Urteil vom 2. Oktober 2008

In der Rechtssache C-157/06 *Kommission/Italien* wurde gegen die Italienische Republik ein Vertragsverletzungsverfahren unter Art 258 AEUV (ex-Artikel 226 EGV) eingeleitet, da das EU-Mitglied gegen die Bestimmungen der alten Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14.

²⁰¹ Vgl. Stöger in Mayer/Stöger, Art 346 AEUV Rz 4.

²⁰² Vgl. Art 346 Abs 1 lit a AEUV

²⁰³ Vgl. Art 346 Abs 1 lit b AEUV

²⁰⁴ Vgl. Stöger in Mayer/Stöger, Art 346 AEUV Rz 5.

²⁰⁵ RL 2009/81/EG ABl L 216/76, 2.

²⁰⁶ Gemeinsame Militärgüterliste der Europäischen Union vom Rat am 14. März 2016 angenommen (vom Gemeinsamen Standpunkt 2008/944/GASP des Rates betreffend gemeinsame Regeln für die Kontrolle der Ausfuhr von Militärtechnologie und Militärgütern erfasste Ausrüstung) (GASP) 2016/C 122/01.

Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge verstoßen hatte. Die Sachlage betraf die öffentliche Beschaffung von Hubschraubern des leichten Typs für die Polizeikräfte und des nationalen Feuerwehrkorps.²⁰⁷

Der Grund war, dass Italien aufgrund eines Ministerialdekrets die anzuschaffenden Güter dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie und somit einem öffentlichen Vergabeverfahren entzogen hatte. Die Hubschrauber sind ursprünglich für Zivildienste bestimmt gewesen und durften daher an keinen militärischen Aktionen beteiligt sein.²⁰⁸

Im Sinne der Richtlinie hätte Italien jedoch nachweisen müssen, dass ein Ausnahmetatbestand für die zu beschaffenden Güter vorliegt, ansonsten unterliegen militärische Lieferungen ebenfalls der Vergaberichtlinie.²⁰⁹ Daher stützte sich die Italienische Republik auf Art 346 AEUV (ex-Artikel 296 EGV), da Hubschrauber als militärisches Material eingestuft werden können. Ihr ursprünglicher Verwendungszweck liegt im Militärbereich und somit muss die größtmögliche Vertraulichkeit im Sinne der wesentlichen Sicherheitsinteressen gewahrt bleiben. Daher ist es möglich den Auftrag dem öffentlichen Vergabeverfahren zu verweigern.²¹⁰

Der EuGH verwies im vorliegenden Fall auf mehrere Kriterien hin, welche die Hubschrauber erfüllen mussten, um Gegenstand der Vergaberichtlinie zu sein. Zuerst ist der überstiegenen Schwellenwert des Gesamtauftrags zu beachten, somit wäre ein Anknüpfungspunkt zum Geltungsbereich der Richtlinie geschaffen. Des Weiteren betonte der EuGH, dass die Ausnahmen vom Vergaberecht eng auszulegen sind, da die Güter sowohl zivilen als auch militärischen Zwecken dienen könnten, also einen doppelten Verwendungszweck hätten.²¹¹ Da die militärische Verwendung nur eine Möglichkeit darstellte, verwies der EuGH auf die zwingende Beachtung der Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge.²¹²

Laut der Rechtsprechung konnte sich Italien nicht auf die Ausnahme der wesentlichen Sicherheitsinteressen unter Art 346 Abs 1 lit b AEUV berufen.²¹³ Der Mitgliedstaat muss nämlich darlegen, worin eine Gefährdungslage besteht und wo die grundlegenden Sicherheitsbelange des Staates berührt werden, um die Ausnahmenorm anwenden zu können.²¹⁴ Aus diesem Urteil geht hervor, dass sich der EuGH für eine strenge Auslegung des Begriffes „Waffe, Muni-

²⁰⁷ EuGH C-157/06, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2008:530, Rn 1.

²⁰⁸ EuGH C-157/06, Rn 13, 14.

²⁰⁹ EuGH C-157/06, Rn 15.

²¹⁰ EuGH C-157/06, Rn 17, 18.

²¹¹ EuGH C-157/06, Rn 22, 23, 24.

²¹² EuGH C-157/06, Rn 26, 27.

²¹³ EuGH C-157/06, Rn 28.

²¹⁴ Vgl. *Frenz*, Vergaberecht Rz 678.

tion und Kriegsmaterial“ ausspricht. Insofern kann man dem Art 346 AEUV eine relevante Dimension für die Binnenmarktabgrenzung zusprechen.

„Die nationalen Sicherheitsbelange bilden einen Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung der Verpflichtungen aus dem Unionsrecht und dabei vor allem der dem Binnenmarkt entspringenden Rolle.“²¹⁵ Nach Erwägungsgrund 10 der RL 2009/81/EG umfasst der Begriff „Militärausrüstung“ der festgelegten Kriegswaffenliste, auch Produkte mit doppeltem Verwendungszweck (Dual-use-Güter). Das sind ursprünglich für zivile Zwecke verwendete Produkte, die für den militärischen Gebrauch angepasst wurden, um als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt zu werden. Dual-use-Güter sind nicht sofort Kriegsmaterialien wie sie der Art 346 AEUV definiert. Insofern muss ein Mitgliedstaat der die Ausnahmebestimmung geltend machen will nachweisen, dass die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen davon betroffen ist.²¹⁶

Die Kriegswaffenliste ist eine generische Liste und wird anders als die Ausnahme unter Art 346 Abs 1 lit b AEUV weit ausgelegt, da die Weiterentwicklung von Technologie, Beschaffung und militärische Anforderungen berücksichtigt werden muss.

Die RL 2009/81/EG findet ebenso im Bereich der nicht-militärischen Sicherheit Geltung, da dieser Teil der Beschaffung ebenso sensibel ist und dem Verteidigungsbereich ähnelt.²¹⁷ Das können vor allem geteilte Bereiche sein, wo militärische und zivile Einsatzkräfte zusammenarbeiten. Dabei ist es irrelevant, ob die Mission auf nationaler Ebene oder EU-weit erfolgt. Davon können zum Beispiel der Grenzschutz, die polizeilichen Tätigkeiten und Kriseneinsätze betroffen sein. In Bezug auf Art 346 AEUV wird ein Interessenkonflikt erkennbar, der sowohl auf vertikaler Linie zwischen der EU und den Mitgliedstaaten als auch horizontal unter den EU-Staaten erfolgt. Insofern kann man von Art 346 AEUV als Bindeglied zwischen der nationalen Sicherheit (Art 4 Abs 2 EUV) der Mitgliedstaaten, die Gewährleistung eines funktionierenden Binnenmarktes (Art 3 Abs 3 EUV) der EU und die Errichtung einer GSVP (Art 42 EUV) sprechen.²¹⁸

²¹⁵ Frenz, Vergaberecht Rz 679.

²¹⁶ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 2392.

²¹⁷ Vgl. RL 2009/81/EG ABl L 216/77, 2.

²¹⁸ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 3.

7 Ausnahmen vom Anwendungsbereich

7.1 Bedeutung für den Binnenmarkt

Es ist die Aufgabe des europäischen Vergaberechts und näher der Vergaberichtlinien die Verwirklichung des Diskriminierungsverbots (Art 18 AEUV) aufgrund der Staatsangehörigkeit und der Grundfreiheiten zu ermöglichen, indem die abgeleiteten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung sowie der Transparenz auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten zur Anwendung kommen.²¹⁹

Im Unterschied zur allgemeinen VergabeRL hat die SonderRL zur Folge, dass flexiblere Anwendungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich benutzt werden, um die wesentlichen Sicherheitsinteressen des Mitgliedstaates zu sichern. „Dennoch greifen innerhalb dieses Regelungssystems Ausnahmetatbestände, sofern die bestehenden Vorschriften nicht ausreichen, um die Sicherheitsinteressen des öffentlichen Auftraggebers zu schützen.“²²⁰ Die Ausnahmetatbestände führen jedoch Ungleichbehandlungen für die Bieter mit sich. Im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich werden die Rechtswirkungen des Wettbewerbsgrundsatzes durch die Verwendung der Ausnahmebestimmungen nach Art 2, 12 und 13 RL 2009/81/EG stark eingeschränkt, daher ist es aufgrund des Transparenzgrundsatzes verpflichtend die vorliegenden Gründe in einem Vergabevermerk zu dokumentieren.

Die Einschränkungen der Grundfreiheiten für den Verteidigungsbereich finden sich primärrechtlich taxativ im AEUV und unter Art 2 RL 2009/81/EG (Art 36, 51, 52, 62 und 346 AEUV) wieder. Sie müssen für ihre Anwendung aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, geeignet und verhältnismäßig sein.²²¹ Es ist grundsätzlich festzuhalten, dass nach der ständigen Rechtsprechung des EuGHs, die Ausnahmegesetze einer engen Auslegung unterworfen sind.²²² Die Beweislast, welche die außergewöhnlichen Umstände und somit die Verwendung der Ausnahmebestimmung rechtfertigt, hat wirklich vorzuliegen.²²³ Aus diesem Grund sind jegliche Maßnahmen, welche die Grundfreiheiten einschränkten, eng auszulegen. Der Gedanke zur Art der Auslegung ist die Garantie der Wirksamkeit, welche die Vergabe-

²¹⁹ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände, in Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013) Rz 1.

²²⁰ Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 115.

²²¹ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in Müller-Wrede Rz 2.

²²² EuGH C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2007:786, Rn 38, 39, 64.

²²³ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in Müller-Wrede Rz 9.

richtlinien gegenüber den Grundfreiheiten einhalten müssen. Aus diesem Grund hat jener Mitgliedstaat, der sich auf eine Ausnahme beruft, eine Beweislast zu tragen, um eine Rechtfertigung der Einschränkung erklären zu können.²²⁴

Beruft sich ein Auftraggeber auf eine mutmaßliche Ausnahme, liegt es an der Nachprüfungsinstanz durch den vergabespezifischen Rechtsschutz zu klären, ob der Ausnahmetatbestand begründet ist.²²⁵ Besonders im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich fällt das Augenmerk der Kommission auf den Gebrauch der Ausnahmen.²²⁶ Die allgemeine Vergaberichtlinie enthält in Art 9, 10, 15ff RL 2014/24/EU die speziellen Ausnahmetatbestände die vom Vergaberecht ausgenommen sind. Auch der spezielle Art 346 AEUV kann aufgrund der „wesentlichen nationalen Sicherheitsinteressen“ zur Anwendung kommen, wenn die Tatbestandsmerkmale ausreichen. Es kann daher zu sogenannten parallelen Ausnahmeregelungen zwischen den Richtlinien kommen, wenn die klassische Vergaberichtlinie eine Ausnahme vorsieht, diese aber nicht in der SektorenRL 2009/81/EG enthalten ist.²²⁷ Der Anwendungsbereich der RL 2009/81/EG ist für Aufträge, welche unter einer Befreiung fallen nicht eröffnet. Nach der Logik des Unionsrechts kommt es zu einer systematischen Auslegung des Anwendungsbereichs unter Art 2 sowie zwischen den Aufträgen, die nicht unter die Richtlinie fallen nach Art 12 (Internationale Vorschriften) und Art 13 (Besondere Ausnahmen) RL 2009/81/EG.²²⁸

7.2 Kooperative Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitssektor

Der europäische Gesetzgeber wollte mit der Einführung der SonderRL 2009/81/EG die Steigerung der Effizienz und der Innovationskraft der EDTIB und damit das Zusammenspiel der Mitgliedstaaten fördern. Daher bildet die Richtlinie das Herzstück zur Schaffung eines Marktes für Verteidigungs- und Sicherheitsgüter. Kurzum sollten durch gezielte Investitionen im Verteidigungssektor ein Funktionieren des Binnenmarkts garantiert, gemeinsame zwischenstaatliche Projekte vorangetrieben und unnötige Doppelstrukturen abgeschafft werden.²²⁹ Genau wie in den anderen Verteidigungsbereichen zur Nutzung öffentlicher Mittel leidet die zwischenstaatliche Rüstungsgüterbeschaffung unter starken Investitionskürzungen und erholt

²²⁴ Vgl. *Frenz*, Vergaberecht Rz 672.

²²⁵ Vgl. *Aicher*, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 10.

²²⁶ Vgl. Bericht COM(2012) 565 final 7.

²²⁷ Vgl. *Aicher*, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 13.

²²⁸ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 116.

²²⁹ Vgl. Mitteilung COM(2016) 950 final 5.

sich schleppend. Im Jahr 2018 betrug die gemeinsame europäische Verteidigungsgüterbeschaffung lediglich 17,8 von verpflichteten 35 Prozent und liegt somit unter dem Wert vor der Wirtschaftskrise. Der Grund dafür ist, dass die Mitgliedstaaten hauptsächlich ihre Verteidigungsausrüstung von ihren nationalen Champions beziehen und somit die Wirksamkeit des Vergaberechts verhindert wird.²³⁰ Ein ähnliches Bild zeichnet sich im Bereich der Forschung und Entwicklung des Verteidigungssektors ab. Im Jahr 2018 lag das Budget bei 2,1 Milliarden Euro, was deutlich unter den Stand von 2008 (2,6 Milliarden Euro) liegt. Obwohl die Mitgliedstaaten sich dazu verpflichtet haben mindestens zwei Prozent ihrer Verteidigungsausgaben für die Forschung und Entwicklung auszugeben, erreichten die Investitionen nie mehr als 1,3 Prozent (2006). Im Vergleich dazu geben die USA fast sechs Prozent ihres Verteidigungsbudgets für den Forschungsbereich und die Rüstungsgüterentwicklung aus.²³¹ Die gemeinsame Europäische Verteidigungsforschung zeigt denselben Trend auf. Der Unterschied liegt darin, dass die Budgetschwankungen einen stärkeren Rückgang aufweisen. 2018 gaben die Mitgliedstaaten für die gemeinsame europäische Forschung und Entwicklung „nur“ 153 Millionen Euro aus, während 2008 fast dreimal so viel ausgegeben wurde.²³² Die Kommission sah sich aufgrund der ernüchternden Zahlen dazu verleitet, den Mitgliedstaaten zu helfen.²³³ Dem versuchte Sie in zweifacherweise gerecht zu werden. Daher wurde anhand der Mitteilung über den Europäischen Verteidigungs-Aktionsplan die Schaffung des europäischen Verteidigungsfonds bekannt gegeben.²³⁴ Mit diesem Fonds wurde ein Forschungs- und Fähigkeitenfenster eingerichtet. Dadurch sollte die gemeinsame Beschaffung gestärkt, Verteidigungsforschungsprogramme ermöglicht, effiziente Investitionen getätigt, KMU gefördert, sowie unnötige Doppelstrukturen abgeschafft werden.²³⁵ Daraufhin folgte die VO zur Errichtung der EDTIB.²³⁶ Damit soll die VO die Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit in der Verteidigungsindustrie fördern sowie die grenzüberschreitende Zusammenarbeit auf einer vertikalen Integrationslinie verstärken.²³⁷

²³⁰ Vgl. *Europäische Verteidigungsagentur*, Defence Data 8f (Vom Verfasser aus dem Englischen übersetzt).

²³¹ Vgl. *Europäische Verteidigungsagentur*, Defence Data 2018 6f.

²³² Vgl. *Europäische Verteidigungsagentur*, Defence Data 2018 9f.

²³³ Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABI C 157, 1.

²³⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Europäischer Verteidigungs-Aktionsplan COM(2016) 950 final.

²³⁵ Vgl. Mitteilung COM(2016) 950 final 8ff.

²³⁶ VO (EU) 2018/1092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juli 2018 zur Einrichtung des Europäischen Programms zur industriellen Entwicklung im Verteidigungsbereich zwecks Förderung der Wettbewerbsfähigkeit und der Innovation in der Verteidigungsindustrie der Union, ABI L 200/30.

²³⁷ Vgl. EDTIBVO (EU) 2018/1092, Art 3.

Daher kann man von einer vitalen Entwicklung der Legislativinstrumente am Rüstungsmarkt sprechen. Dennoch bleibt das EU-Vergaberechts für das Funktionieren des Binnenmarktes ausschlaggebend. Die kooperative Beschaffung in der allgemeinen VergabeRL 2014/24/EU und der SonderRL 2009/81/EG zeigen viele Gemeinsamkeiten auf. Beide Richtlinien sind grundsätzlich in den Bereichen Militärausrüstung und der sensiblen Ausrüstung anwendbar. Darüber hinaus beziehen sich die Richtlinienbestimmungen auf Situationen, in denen mehrere Mitglied- oder Drittstaaten gemeinsame Rüstungsbeschaffungen tätigen.²³⁸ So gibt es Staaten wie beispielsweise die USA, welche ein hohes ökonomisches und sicherheitspolitisches Interesse am europäischen Verteidigungs- und Sicherheitssektor haben.²³⁹ So bietet sich die NATO als Vergabeplattform an, um Verteidigungs- und Sicherheitspolitische Systeme einzurichten. Ein Beispiel eines öffentlichen Auftrags mit einem Drittstaat ist das „WISŁA Luft und Raketen Verteidigungsprogramm“ zwischen den USA und Polen.²⁴⁰

Dieses Beschaffungsvorhaben findet innerhalb des NATO-Programms „Ballistic Missile Defense“ statt, die zum Ziel hat, das US-Raketenabwehrsystem in der ganzen EU zu implementieren.²⁴¹ Weitere öffentliche Beschaffungen finden unter der Schirmhoheit der NATO statt. So hat beispielweise Rumänien das US-amerikanische Sicherheitssystem „Patriot System“ zur Flugabwehr beschafft, welches im Jahr 2022 einsatzbereit sein soll.²⁴² Vor dem Hintergrund, dass die NATO nach wie vor für die Sicherheit des Westens eine entscheidende Rolle spielt, muss die EU aus ihrem Schattendasein ausbrechen, um ihre strategische Autonomie sicherstellen zu können, ohne sich von den USA abzuwenden.²⁴³

Um einen Verteidigungs- und Sicherheitsmarkt verwirklichen zu können, müssen Synergieeffekte zwischen den europäischen Vergaberichtlinien geschaffen werden, damit die europäi-

²³⁸ Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl C 157, 2.

²³⁹ USA drohen EU mit Vergeltungsmaßnahmen in der Rüstungspolitik, <https://amp2.handelsblatt.com/politik/international/verteidigungsfonds-usa-drohen-eu-mit-vergeltungsmassnahmen-in-der-ruestungspolitik/24342096.html?fbclid=IwAR2haasJKQ19CICHtOjcjCCQ5Xfm-LCJQ81vtRfUkaqTTktzaa-Nqlice2I> (Stand 14.5.2019, handelsblatt.com),

²⁴⁰ Northrop Grumman Awarded \$713 Million for Poland Next-Generation Air and Missile Defense, <https://news.northropgrumman.com/news/releases/northrop-grumman-awarded-713-million-for-poland-next-generation-air-and-missile-defense> (Stand 14.3.2019, northropgrumman.com) (Vom Verfasser aus dem Englischen übersetzt).

²⁴¹ Vgl. Kowalski, Polish air defense system for Aegis Ashore in Redzikowo – the next member of NATO? A way of reducing the cost of the “Wisla” program, pulaski.pl (Stand 22.3.2016) (Vom Verfasser aus dem Englischen übersetzt).

²⁴² Romanian Air Force Receives First Patriot System, <https://ac.nato.int/archive/2020/Romania-PATRIOT?fbclid=IwAR34w0Jo0N6cT5T1xQuhZuPO6F3GVVmCgzHqArZ7NJbH0jMHsVhvHdSetvI> (Stand 18.9.2020, nato.int) (Vom Verfasser aus dem Englischen übersetzt).

²⁴³ Vgl. Kellner, Zum Erfolg verdammt? Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik der EU ein Jahr nach der Globalen Strategie, ZFAS 2018 4f.

sche Rüstungsbeschaffung sowohl im OSB als auch im USB an Attraktivität gewinnt. Mehrere EU-Staaten streben auf lange Sicht eine Reihe von gemeinsamen Beschaffungen von Militärausrüstung an, wie das Kampfjetprogramm zwischen Frankreich, Deutschland und Spanien, welches den Eurofighter ablösen soll.²⁴⁴

7.3 Ausnahmen nach Art 2 RL 2009/81/EG

Es ist klarzustellen, dass Aufträge die unter den Ausnahmevorschriften der Artikel 36, 51, 52, 62 und 346 AEUV fallen weder der allgemeinen VergabeRL 2014/24/EU noch der SonderRL 2009/81/EG im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich unterliegen.²⁴⁵

Unter Art 2 lit a RL 2009/81/EG wird die Lieferung von Militärausrüstung behandelt. Eine solche Ausrüstung muss eigens für militärische Zwecke konzipiert oder für solche angepasst worden sein und zum Einsatz als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial taugen.²⁴⁶ Nach lit b des Artikels werden Lieferungen von sensibler Ausrüstung behandelt. Mit diesem Begriff ist sowohl Ausrüstung für den militärischen als auch nicht-militärischen Bereich gemeint, die für Sicherheitszwecke bestimmt sind und bei denen Verschlusssachen verwendet sowie erfordert werden, oder solche bereits beinhalten.²⁴⁷ Ansonsten fallen die übrigen Aufträge unter die RL 2014/24/EU, welche die öffentliche Beschaffung im zivilen Bereich regelt.²⁴⁸

Die in Art 2 lit c und d RL 2009/81/EG beschriebenen Aufträge werden in den Art 15, 16 und 17 der Richtlinie behandelt, sofern es sich dabei um Dienstleistungsaufträge handelt die sensibel sind. Zum Unterschied der SonderRL 2009/81/EG unterliegt die VergabeRL 2014/24/EU in ihrem Anwendungsbereich dem Art 346 AEUV.²⁴⁹

Die Ausnahmeregelung auf die sich der Auftraggeber berufen kann sind in Art 9, 10, 15ff RL 2014/24/EU enthalten, die speziellen Vergabevorschriften unterworfen oder vom ganzen Vergaberecht befreit sind.²⁵⁰ Somit gilt die allgemeine Vergaberichtlinie im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, außer für Aufträge die im Anwendungsbereich der RL 2009/81/EG

²⁴⁴ Ablöse von Eurofighter. Europäischer Kampfjet als Bewährungsprobe, https://orf.at/stories/3127105/?fbclid=IwAR0kWFN1Ji5XLIU_rCNduCs_2EgYD6kXf2gHIL-T5BmoyvIHwdwZb3ldv8I (Stand 17.6.2019, orf.at).

²⁴⁵ Vgl. RL 2009/81/EG ABI L 216/76, Art 2.

²⁴⁶ Vgl. RL 2009/81/EG ABI L 216/76, Art 1 Nr. 6; EuGH C-615/10, Rn 41.

²⁴⁷ Vgl. RL 2009/81/EG ABI L 216/76, Art 1 Nr 7.

²⁴⁸ Vgl. Bericht COM(2012) 565 final 4.

²⁴⁹ Vgl. RL 2014/24/EU ABI L 94/65, Art 1 Abs 3.

²⁵⁰ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 675.

fallen sowie für jene die unter den Art 8, 12, und 13 derselben Richtlinie nicht anwendbar sind.²⁵¹ Liegt keine der erwähnten Ausnahmen vor, so verwirkt die RL 2014/24/EU ihre Anwendung, sofern der Ausnahmetatbestand der „wesentlichen Sicherheitsinteressen unter Art 346 Abs 1 lit a AEUV zutrifft.“²⁵²

Anhand des Bezuges der Richtlinie auf die primärrechtlichen Ausnahmenvorschriften aus Gründen von „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ und der „öffentlichen Sicherheit“, ist es möglich, dass die Auftraggeber von den primär- und sekundärrechtlichen Bestimmungen abweichen.²⁵³ Falls äußerst hohe Anforderungen an die Versorgungssicherheit gestellt werden, kann der Ausnahmetatbestand dahingehend ausgelegt werden, dass selbst die besonderen Bestimmungen der Richtlinie nicht genügen, um die „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ des Mitgliedstaates zu schützen, und daher unter Beachtung des Art 4 Abs 2 EUV in die Zuständigkeit des EU-Staates fällt.²⁵⁴

7.4 Ausnahmen auf der Grundlage internationaler Verfahrensvorschriften

7.4.1 Ausnahmen nach Art 12 RL 2009/81/EG

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Richtlinie 2009/81/EG nach Art 12 nicht für Aufträge anwendbar ist, wonach besondere Verfahrensregeln im Rahmen internationaler Übereinkünfte zwischen einem oder mehreren Mitglied- oder Drittstaaten gelten.²⁵⁵ Der Zweck für diese Abgrenzung ist der wesentliche Charakter des Verteidigungs- und Sicherheitsbereichs, wonach verschiedene internationale Abkommen existieren, die logischerweise nicht im Konflikt zum europäischen Vergaberecht stehen dürfen. Damit nicht die Gefahr besteht, dass solche Übereinkommen nur die Zielbestimmung haben die vergaberechtlichen Richtlinienvorschriften zu umgehen, müssen die Verfahrensvorschriften genau formuliert sein.²⁵⁶ Gegenstand dieser besonderen Verfahrensregeln sind nicht nur internationale Abkommen, sondern sie

²⁵¹ Vgl. RL 2014/24/EU ABl 94/65, Art 15 Abs 1 lit a und b.

²⁵² Vgl. RL 2014/24/EU ABl 94/65, Art 15 Abs 2.

²⁵³ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 116.

²⁵⁴ Vgl. RL 2009/81/EG ABl 216/76, 3.

²⁵⁵ Vgl. RL 2009/81/EG ABl 216/76, Art 12 lit a.

²⁵⁶ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 117; RL 2009/81/EG ABl 216/76, Art 11.

können sich auch aus einer internationalen Vereinbarung (zwischen den Parteien) ergeben.²⁵⁷ Eine reine Aufteilung des Beschaffungsgegenstandes reicht nicht aus. Des Weiteren sind jene Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen vom Anwendungsbereich ausgenommen.²⁵⁸ Einen bedeutenden Anwendungsbereich dieser Ausnahmegesetz stellen Beschaffungen im Rahmen von Bauaufträgen dar, die auf Grundlage der NATO-Sicherheits-Investitionsprogrammes-RiNATO, des NATO-Truppenstatuts sowie des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut vergeben werden.²⁵⁹ Eine weitere Ausnahme bilden internationale Organisationen, welche Beschaffungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich tätigen, oder an einem Mitgliedstaat vergeben.²⁶⁰ Der Begriff „internationale Organisation“ wird im Vergaberecht nicht näher erklärt. Aufgrund einer Begriffsbestimmung aus dem Jahr 2010 lautet die Bezeichnung:

„[...] eine ständige Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit, die durch einen Vertrag zwischen souveränen Staaten oder zwischenstaatlichen Organisationen mit eigenen Organisationsregeln und Strukturen gegründet wurde.“²⁶¹

Interessanterweise weicht der Wortlaut des Erwägungsgrundes 26 RL 2009/81/EG vom Art 12 lit c RL 2009/81/EG leicht ab, da man sich auf Aufträge bezieht, die von internationalen Organisationen für ihre Zwecke vergeben werden. Da solche Organisationen der Richtlinie nicht unterliegen, weil Art 1 Nr 17 RL 2009/81/EG in Übereinstimmung mit Art 2 Abs 1 Nr 1 RL 2014/24/EU unter dem Begriff „öffentlichen Auftraggeber“ den Staat und seine Subkategorien bezeichnen, gelten die Bestimmungen der SonderRL nicht für derartige Beschaffungen. Daher ist es notwendig den Zusammenhang zwischen dem Zweck und dem Ziel des Vorhabens einer öffentlichen Beschaffung zu veranschaulichen. Des Weiteren gilt die Richtlinie nicht für Aufträge, die von einem Mitgliedstaat nach den spezifischen Regeln einer internationalen Organisation vergeben werden müssen. Zum Beispiel könnte eine internationale Auftragsvergabe an einen EU-Staat stattfinden, welche von der besagten Organisation finanziell gestützt wird, um die Aufgabe zu erfüllen und somit eine Verpflichtung eingeht, die „be-

²⁵⁷ Vgl. Ruff in Müller-Wrede Rz 42.

²⁵⁸ Vgl. RL 2009/81/EG ABl 216/76 Art 12 lit b.

²⁵⁹ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in Müller-Wrede Rz 48; Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 117.

²⁶⁰ Vgl. RL 2009/81/EG ABl 216/76, Art 12 lit c.

²⁶¹ Bekanntmachung der Kommission ABl C 157/1, 7.

sonderen Verfahrensregeln“ des Auftraggebers anzuwenden.²⁶² Diese Ausnahmebestimmungen des Art 12 RL 2009/81/EG orientieren sich nach der allgemeinen VergabeRL 2014/24/EU und wurden am besonderen Charakter des Verteidigungsbereichs angepasst.²⁶³

7.4.2 Ausnahmen nach Art 9 RL 2014/24/EU

Nach Art 9 RL 2014/24/EU werden die öffentlichen Aufträge und Wettbewerbe beschrieben, die nach internationalen Regeln vergeben und durchgeführt werden. Ähnlich wie in Art 12 RL 2009/81/EG findet die Richtlinie 2014/24/EU keine Anwendung bei öffentlichen Beschaffungen und Wettbewerbe die besonderen Verfahrensvorschriften aufgrund internationaler Übereinkünfte unterliegen. Unter Art 9 Abs 1 lit a RL 2014/24/EU sind gemeinsame Projekte zwischen einem Mitgliedstaat und einem oder mehreren Drittstaaten oder Abkommen, die zwischen den staatlichen Untereinheiten getroffen wurden, gemeint. „Damit ist gleichsam eine Kollisionsnorm geschaffen, die den Vorrang der Vergaberegeln des internationalen Projektabkommens sichert.“²⁶⁴ Es müssen kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen, um auf den Ausnahmetatbestand zurück greifen zu können. Erstens ist ein internationaler Vertrag nötig, der mit dem EU-Recht übereinstimmt und zweitens, muss diese Übereinkunft besondere Verfahrensregel für die öffentliche Auftragsvergabe aufweisen, damit besondere Verfahrensregeln geltend gemacht werden können. Die Begründung liegt darin, dass dem Vertragspartner nicht das EU-Vergaberecht aufgezwungen werden soll.²⁶⁵ Demnach ist es nicht möglich sich auf die Ausnahme zu berufen, wenn die Vertragspartei ein staatliches Unternehmen (mit Rechtspersönlichkeit ist).²⁶⁶

Nach Art 9 Abs 1 lit a RL 2014/24/EU handelt es sich bei den „gemeinsamen Projekten“ um einen Mitgliedstaat, welcher gemeinsam mit einem Drittstaat, der weder der EU noch dem Europäischen Wirtschaftsraum angehört, zusammenarbeitet. Daher wird ein „gemeinsames“ Tätigwerden im Vertrag vorausgesetzt, welches die Spezifika des Vorhabens wie die Kostentragung und Beistellung von Fachkräften aufteilt. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass die Verwirklichung des Projektes gemeinsam erfolgt. Hierfür reicht bereits ein öffentlicher Auftraggeber eines Mitgliedstaates. Es ist auch nicht wichtig in welchem Vertragsstaat das

²⁶² Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl C 157/1, 8.

²⁶³ Vgl. Bericht COM(2012) 565 final 6.

²⁶⁴ Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 39.

²⁶⁵ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 710.

²⁶⁶ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 40, 41.

Vergabeverfahren durchgeführt wird, da die europäischen vergaberechtlichen Bestimmungen in diesem Fall nicht greifen.²⁶⁷

Nach Art 9 Abs 1 lit b RL 2014/24/EU betrifft die Ausnahme von Vergabeverfahren, die nach besonderen Verfahrensordnungen internationaler Organisationen vergeben werden. Es ist jedoch nicht von Belang wer die Kosten trägt. Die Übereinkunft über die bevorstehende Bau-Liefer- oder Dienstleistung muss in jedem Fall der Kommission mitgeteilt werden, damit diese eine beratende Rolle für den öffentlichen Auftrag einnimmt. Hier greift ebenfalls die Kollisionsnorm, die den besonderen Vergabeverfahrensregeln der Organisation Vorrang verleiht.²⁶⁸ Des Weiteren ist die Richtlinie nach Art 9 Abs 2 RL 2014/24/EU von Aufträgen und Wettbewerben befreit, die aufgrund eines besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation oder einer internationalen Finanzierungseinrichtung bei überwiegender Finanzierung der betreffenden Beschaffungen und Wettbewerben vergeben werden. Falls dies der Fall sein sollte, dann liegt es an den Vertragsparteien festzulegen welche Regeln Anwendung finden.²⁶⁹ Ein wichtiger Punkt betrifft Art 9 Abs 3 RL 2014/24/EU. Darin werden Aufträge und Wettbewerbe behandelt die Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte beinhalten, welche nach internationalen Regeln vergeben werden.²⁷⁰ Hierbei stellt die Richtlinie eine Verbindung zu Art 17 RL 2014/24/EU her. Dieser Artikel zeigt eine ähnliche Struktur auf wie die Art 9 der Richtlinie. Unter Absatz 1 lit b des Artikels wird ein Zusammenhang zum lexikalischen Inhalt des Art 12 lit b RL 2009/81/EG hergestellt. Der Art 17 Abs 1 lit b RL 2014/24/EU beinhaltet internationale Übereinkommen, die Aufträge im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen vergeben und für diese besondere Verfahrensregeln gelten.

Auch hier gilt eine internationale Kollisionsnorm, die dem Stationierungsabkommen den Vorrang gegenüber dem europäischen Vergaberecht sichert.²⁷¹ Genau wie bei den übrigen Ausnahmetatbeständen, muss hier kumulativ ein internationales Abkommen, als Grundlage sowie besondere Verfahrensregeln im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen vorliegen. Die Bestimmungen bezüglich sensibler Aufträge, welche die NATO betreffen, sind dieselben wie in der RL 2009/81/EG.

²⁶⁷ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 42.

²⁶⁸ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 45, 50.

²⁶⁹ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 712.

²⁷⁰ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 708.

²⁷¹ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 46.

7.4.3 Primärrechtliche Grundsätze und internationale Vorschriften

Es gilt, dass die beschriebenen Ausnahmetatbestände zwar von den europäischen Vergaberichtlinien ausgenommen werden können, sie jedoch den Grundsätzen des Primärrechts unterworfen sind. Daher müssen die besonderen internationalen Verfahrensregeln mit den Grundprinzipien des EU-Rechts übereinstimmen.²⁷²

Nach Art 11 RL2009/81/EG und der ständigen Rechtsprechung des EuGHs sind die Ausnahmen eng auszulegen. Daher ist es von höchster Bedeutung, dass die Mitgliedstaaten nach den betreffenden Vorschriften nachweisen, ob die Ausnahmetatbestände begründet sind, um dem vergaberechtlichen Sekundärrecht eine hohe Wirksamkeit zukommen zu lassen.²⁷³

7.5 Ausnahmen nach Art 13 RL 2009/81/EG

7.5.1 Besondere Ausnahmen zur Preisgabe von Auskünften

Neben den Ausnahmen zu den Artikeln 2 und 12 RL 2009/81/EG gibt es noch den Artikel 13 RL 2009/81/EG, der mit seinen besonderen Ausnahmen die Fragmentierung des Binnenmarktes verstärken beziehungsweise das europäische Vergaberecht in seiner Anwendung massiv beeinträchtigen kann. Der Artikel 13 enthält die „besonderen Ausnahmen“, von denen einige mit den Ausnahmen der RL 2014/24/EU identisch sind.

Der Wortlaut des Art 13 lit a RL 2009/81/EG entspricht nach seinem Wesen Art 346 Abs 1 lit a AEUV. Dadurch wird die Wichtigkeit der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten betont, die mit der Preisgabe von Informationen verbunden sind. Daher ist kein Mitgliedstaat im Sinne des Art 346 lit a AEUV dazu verpflichtet ist, Auskünfte zu erteilen sowie die Richtlinie anzuwenden.

²⁷² Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 52.

²⁷³ Vgl. Bericht COM(2012) 565 final 5f.

7.5.2 Besondere Ausnahmen für nachrichtendienstliche Tätigkeiten

Nach Artikel 13 lit b RL 2009/81/EG sind Aufträge für die Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeiten vom Anwendungsbereich befreit. Grundsätzlich sind unter den Begriff die Beschaffungen durch Nachrichtendienste oder die Durchführung von Aufträgen für alle Arten nachrichtendienstlicher Tätigkeiten sowie Abwehrmaßnahmen gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten zu verstehen und vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift erfasst.²⁷⁴ Damit sind auch andere sensible Beschaffungen gemeint, die ein äußerst hohes Maß an Vertraulichkeit erfordern, wie gewisse Beschaffungen im Grenzschutz, die Terrorismusbekämpfung, oder vertrauliche Aufgaben der Polizei und der Sicherheitskräfte.

Im Sinne des Art 2 lit a bis d RL 2009/81/EG muss die Voraussetzung bestehen, dass die öffentliche Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich angesiedelt ist, damit die Ausnahmetatbestimmung greifen kann. Aus diesem Grund, fällt nicht jeder Beschaffungsgegenstand, der in Verbindung mit einer nachrichtendienstlichen Tätigkeit steht unter die Ausnahmegesetzvorschrift, sondern nur jene wo Sicherheitsmaßnahmen durchgeführt werden müssen.

Im europäischen Vergaberecht gibt es keine nähere Definition des Begriffspaares „nachrichtendienstliche Zwecke“, sodass es in der Verantwortung der Mitgliedstaaten liegt ihre Organisationen für diese Betätigungen zu bestimmen.²⁷⁵ Obwohl der Ausnahmetatbestand, die Richtlinie von den Beschaffungen befreit, müssen trotzdem die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze bewahrt bleiben.

7.5.3 Besondere Ausnahmen im Rahmen eines Kooperationsprogramms

Unter Art 13 lit c RL 2009/81/EG fallen Aufträge, die im Rahmen eines Kooperationsprogramms, die auf „Forschung und Entwicklung“ basieren und im Verteidigungs- und Sicherheitssektor vergeben werden aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie. Dem Wortlaut entsprechend, müssen mindestens zwei Mitgliedstaaten an der Zusammenarbeit eines neuen Produkts mitwirken und gegebenenfalls die späteren Phasen des gesamten oder eines Teils des Lebenszyklus dieses Gegenstands durchführen. Entstehen Kooperationsprogramme mit Beteiligung von Drittländern sind diese ebenfalls von der Ausnahme betroffen, sofern auch zumin-

²⁷⁴ Vgl. Reisner, RPA 2010, 251.

²⁷⁵ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 118.

dest zwei Mitgliedstaaten daran teilnehmen. Nach Art 11 RL 2009/81/EG muss die Kooperation tatsächlich auf einem gemeinsamen Konzept beruhen. Daher ist unter dem Begriff „Kooperationsprogramm“ nicht nur die Beschaffung von militärischer Ausrüstung gemeint, sondern die proportionale Verteilung der technischen und finanziellen Chancen und Risiken.²⁷⁶ Unter Erwägungsgrund 13 der Richtlinie steht zum Begriffspaar (Forschung und Entwicklung) geschrieben, dass damit die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und experimentelle Entwicklung gemeint ist. Sinngemäß handelt es sich bei der Vorschrift um ein neues Produkt, falls die bestimmten Produktkategorien Subjekte einer Weiterentwicklung sind. Insofern könnte eine nicht bestehende Produktkategorie den Anwendungsspielraum der Vorschrift einschränken. Sogenannte „off-the-shelf“ Beschaffungen von gebräuchlichen Produkten fallen nicht unter die Ausnahme, selbst wenn kleinere Abänderungen oder Modifikationen am Produkt getätigt wurden.²⁷⁷

Neben dessen Entwicklung, umfasst die besondere Ausnahme auch den Lebenszyklus oder einen Teil davon, wie beispielsweise vorausgehende Entwicklungen von Prototypen, die Produktion oder die Instandhaltung des Gegenstands. Diese späteren Phasen fallen im Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands solange solche Aufträge im Rahmen des Kooperationsprogramms vergeben wurden. Mitgliedstaaten, die sich an der Forschungs- und Entwicklungsphase beteiligen, aber den Lebenszyklus gesondert tätigen wollen müssen die Richtlinie hingegen anwenden.²⁷⁸ Es gibt mehrere Instrumente wie man eine öffentliche Auftragsvergabe im Bereich „Forschung und Entwicklung“ tätigen kann. Dabei gibt es einen Vergabekatalog bestehend aus den Art 1 Abs 27, 13 lit j und 28 Abs 2 RL 2009/81/EG. Dieses System stellt einen Vergaberahmen für die Auftraggeber auf und sortiert zwischen dem Anwendungsbereich der Richtlinie und dessen Ausnahmetatbeständen. Besonders der Art 13 lit j RL 2009/81/EG führt eine besondere Ausnahmeregelung für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen durch, welche diese von der SonderRL befreit. Die Formulierung des Artikels ist mit dem Wortlaut der allgemeinen VergabeRL unter Art 14 RL 2014/24/EU nahezu identisch.²⁷⁹ Im Bereich der Verteidigung und der Sicherheit gilt die Anwendung der Befreiung für Forschungs- und Entwicklungsleistungen (fallen unter Dienstleistungsaufträge), die

²⁷⁶ Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl C157/1, 6.

²⁷⁷ Vgl. *Hopf*, Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit in Kraft (Teil 2), UBWV 2012, 180ff.

²⁷⁸ Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl C 157/1, 6.

²⁷⁹ Vgl. Directive 2009/81/EG on the award of contracts in the fields of defence and security. Guidance Note Research and development. Directorate General Internal Market and Services Ref. Ares(2016)765006, 3 (Vom Verfasser aus dem Englischen übersetzt).

gänzlich vom Auftraggeber finanziert wurden und dem höheren Allgemeinwohl dienen.²⁸⁰ Unter dem Gesichtspunkt des Art 1 Nr 5 RL 2009/81 wird der Art 13 der Richtlinie nur bei sogenannten „Dienstleistungsaufträgen“ angewendet. Das sind Aufträge wo der Wert der betreffenden Dienstleistungen den Wert der einbezogenen Ware übersteigt. Der Wert der Produkte und Dienstleistungen bestimmt somit die Art des Vertrages und die Wahl der anzuwendenden Regeln. Ein Forschungsdienstleistungsauftrag würde im Anwendungsbereich der Ausnahme unter Artikel 13 lit j RL 2009/81/EG fallen. Im Gegensatz dazu würde ein forschungsbezogener Lieferauftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben werden, falls die Bedingungen des Artikels 28 Abs 2 lit b RL 2009/81/EG zutreffen.²⁸¹

Diese Ausnahme unter Artikel 13 lit c RL 2009/81/EG soll die Bedeutung der europäischen Kooperationsprogrammen im Verteidigungssektor erhöhen und in diesem Sinne die EDTIB unterstützen.²⁸² Vor allem betrifft die Ausnahmegvorschrift die Entwicklung von innovativen und komplexen Waffensystemen, die hohe finanzielle Bürden für den Auftraggeber-Staat oder Unternehmen mit sich tragen und allein kaum bewältigbar sind. Manche dieser Rüstungskoperationen werden von internationalen Organisationen wie die OCCAR, die NATO oder von der Europäischen Verteidigungsagentur für Rüstungskoperationen verwaltet, welche die Aufträge im Namen der Mitgliedstaaten vergeben.²⁸³ Ein herausragendes Beispiel für die europäische Beschaffung ist das zweistrahlige Mehrzweckkampfflugzeug „Eurofighter Typhoon“, das im Rahmen eines Konsortiums zwischen Deutschland, Großbritannien, Italien und Spanien entwickelt und unter der Leitung der NATO beschafft wurde.²⁸⁴ Parallel zu diesem Projekt und den enormen Entwicklungskosten für neue Systeme, scheint es nur logisch, dass amerikanische sowie europäische Unternehmen die gegenseitige Nähe suchen, um Partnerschaften für ihre Rüstungsprogramme zu schließen. So haben die USA mit ihrem „Joint Strike Fighter“ Programm europäische Partner gefunden, die gemeinsam das neue F-35 Mehrzweckkampfflugzeug beschafft haben. Solche Kooperationen beinhalten oft Klauseln über Technologietransfers und geistige Eigentumsrechte, von denen die einzelnen Mitgliedstaaten profitieren. Gleichzeitig erleichtern diese Länder den Weg für Drittstaaten zum Binnenmarkt, sodass sich negative Folgen für die europäische Rüstungskoordination ergeben kön-

²⁸⁰ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 121.

²⁸¹ Vgl. Directive 2009/81/EG Ref. Ares(2016)765006, 4 (Vom Verfasser aus dem Englischen übersetzt).

²⁸² Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl C 157/1, 5.

²⁸³ Vgl. Ruff in Müller-Wrede Rz 39.

²⁸⁴ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 119.

nen. Die USA sind indessen bemüht so wenig Zugang zu Konzeptions- und Entwicklungsphasen über die beschaffenen Rüstungsgüter zu geben wie möglich. Die Gefahr besteht vor allem darin, dass die europäische Rüstungsindustrie zu einer Art Unterlieferanten für US-Auftraggeber werden könnte, was weder im Sinne der EDTIB noch im Interesse der GSVP/PESCO ist.²⁸⁵

Die Produktpreise richten sich nach der abgenommenen Stückzahl des anzuschaffenden Waffensystems. Im Verteidigungs- und Sicherheitssektor ist dies entscheidend um Kosten zu senken. Daher ist es wichtig, dass sich so viele Kunden wie möglich finden lassen, um den Stückpreis der Produkte für die Beschaffung „attraktiv“ zu machen sowie die Interoperabilität der nationalen Streitkräfte ganz im Sinne der GSVP zu verbessern. Negative Folgen für die gerade beschriebenen Vorteile sind spezifische Individualwünsche, da nationale Streitkräfte nicht selten spezielle Produktanpassungen wünschen, die ihren wesentlichen Sicherheitsvorstellung entsprechen, dies kann zusätzliche Kosten und Engpässe bei der Forschung und Entwicklung bewirken.²⁸⁶

Der Auftraggeber hat aufgrund der eng auszulegenden Ausnahmen eine Kontrollpflicht, um die vergaberechtlichen Grundsätze zu bewahren.²⁸⁷ Hier wird eine Kollisionsnorm sichtbar, die dadurch ausgelebt wird, dass die Mitgliedstaaten sich der Ausnahmen nicht ohne die in Frage kommenden Tatbestandsmerkmale anwenden dürfen, um dem Unionsrecht Vorrang zu verschaffen. Die Informationspflicht geht nicht aus den Richtlinienbestimmungen hervor, jedoch wurde sie auf den Wunsch des Europäischen Parlaments eingeführt, um den missbräuchlichen Abschluss von Kooperationsprogrammen zu verhindern.

7.5.4 Besondere Ausnahmen für Auftragsvergaben in Staaten außerhalb der EU

Bekräftigt durch den Erwägungsgrund 29 der Richtlinie sieht der Art 13 lit d RL 2009/81/EG vor, dass die Rüstungsbeschaffung sowie die zivile Beschaffung im Rahmen eines Truppeneinsatzes, wenn diese in einem Land außerhalb der EU stattfindet, vom Anwendungsbereich des verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Vergaberechts ausgenommen werden. Es würde logischerweise wenig Sinn machen, falls ein Mitgliedstaat im Krisengebiet Beschaffungsvorhaben (militärische und zivile Güter) im Inland ausschreiben würde, anstatt diese im Ein-

²⁸⁵ Vgl. Mitteilung KOM(2003) 113 endg. 11f.

²⁸⁶ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 120.

²⁸⁷ Vgl. Bericht COM(2012) 565 final, 7.

satzgebiet zu vergeben, ohne die nationalen Vergabebestimmungen und näher das europäische Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich zu befolgen. Daher ist es den Auftraggebern bei speziellen Einsätzen erlaubt, Auftragsvergaben an Ortsansässige Marktteilnehmer zu vergeben, ohne dabei das europäische Vergaberecht anzuwenden.²⁸⁸

Nach Art 1 Nr 28 RL 2009/81/EG sind „zivile Beschaffungen“ Aufträge die nicht dem Artikel 2 der Richtlinie unterliegen wie: nicht-militärische Produkte, Bau- oder Dienstleistungen für logistische Zwecke und je nach Vorgabe von Artikel 17 (der Richtlinie) vergeben werden. Entscheidend ist, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Leistungsbeschaffung und der Einsatzdurchführung besteht.²⁸⁹ Das Legislativinstrument enthält keine nähere Beschreibung wer die „im Einsatzgebiet ansässigen Marktteilnehmer“ laut Erwägungsgrund 29 sind. Im Art 13 lit d der Richtlinie findet sich der Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“. Dieser Begriff ist nach Art 1 Nr 14 RL 2009/81/EG mit dem Unternehmerbegriff ident, sodass der Leistungserbringer sowohl ein Unternehmen mit Hauptsitz in einem Drittland, oder eine Zweigniederlassung einer europäischen Gesellschaft außerhalb der EU sein kann.

Unter Art 11 der Richtlinie wird eine richtlinienkonforme Auslegung des Vergaberechts auf nationaler Ebene verlangt. Eine Umgehung findet dann statt, wenn ein EU-Unternehmen die Durchführung des Auftrags von der Tochtergesellschaft mit Sitz vor Ort übernimmt. Eine Ausnahme bilden Sicherheitserfordernisse, wo aufgrund wesentlicher Sicherheitsinteressen die Beschaffung durch eine EU-Gesellschaft übernommen werden muss. „Für Aufträge, die zwar in einem Drittstaat vergeben werden, die in geographischer Hinsicht jedoch keinen Bezug zum Einsatzort haben, gilt diese Ausnahmegestimmung [...] nicht.“²⁹⁰

Des Weiteren findet sich ein lexikalischer Unterschied nach Erwägungsgrund 29 und des Art 13 lit d der Richtlinie. Unter dem Begriff „Truppen“ sind sinngemäß der Richtlinie sowohl militärische Körper (Streitkräfte) als auch andere uniformierte Körper (Polizeikräfte) zu verstehen. Totum pro parte stehen „Streit- oder Sicherheitskräfte“ für Einzelpersonen und Personengruppen.

²⁸⁸ Vgl. Ruff in Müller-Wrede Rz 41.

²⁸⁹ Vgl. RL 2009/81/EG ABl 216/76, 5.

²⁹⁰ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 121.

7.5.5 Besondere Ausnahmen bei Aufträgen zwischen Regierungen

Die Ausnahme unter Art 13 lit f RL 2009/81/EG in Abstimmung mit Art 2 der Richtlinie betrifft Beschaffungsaufträge von Regierungen an Regierungen, also sogenannte „Government to Government“ (G2G) Vergaben. Unter diesem Verfahren ist es möglich Militärausrüstung, oder sensible Ausrüstung, Bau- und Dienstleistungen sowie solche für militärische und sensible Zwecke zu beschaffen. Die kaufende Regierung verhandelt nicht direkt mit den Anbietern, sondern mit der zuständigen Regierung des Landes. Sehr oft sind die G2G-Leistungen mit der Aufrüstung, Kundendienst sowie Infrastrukturelle Aufgaben verknüpft.²⁹¹

Die Gründe für eine G2G-Vergabe sind unterschiedlich. Oft geht es darum militärische oder sensible Ausrüstung an den Käufer loszuwerden. Die Vorgehensweise erinnert an einen Abverkauf, da bereits benutzte Rüstungsgüter billiger zu erwerben sind als Neuware. Diese Methode ermöglicht den Mitgliedstaaten günstige Beschaffungsmöglichkeiten zu tätigen die ihrer Verteidigungspolitik entsprechen, um ihre operativen Fähigkeiten im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sicherzustellen. Die Ausnahmebestimmung gilt nicht nur zwischen Mitgliedstaaten der EU, sie kann auch in bilateralen Vergabeaufträgen mit Drittstaaten zustande kommen. Das heißt nicht, dass der Vergabeauftrag vollends von den Richtlinienbestimmungen befreit ist, denn die Mitgliedstaaten tun nach wie vor ihre militärischen Güter nach dem europäischen Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitssektor beschaffen, nur der Weiterverkauf von gebrauchten oder überschüssigen Produkten fällt in den Anwendungsbereich dieser Ausnahmebestimmung.²⁹²

Diese Ausnahmeregelung besitzt einen politischen Charakter bezüglich der Verteidigungspolitik der einzelnen EU-Staaten und erlaubt in Hinsicht auf die GSVP, NATO und EDTIB eine konstruktive Zusammenarbeit, obwohl sie außerhalb der Richtlinie geschieht.²⁹³

Ein weiterer Grund für eine G2G-Vergabe ist die nationale Sicherheit, die unter Art 4 Abs 2 EUV und Erwägungsgrund 1 der Richtlinie in die alleinige Verantwortung der Mitgliedstaaten fällt. Aufgrund der besonderen Beschaffenheit des Verteidigungs- und Sicherheitssektors ist die Auftragsvergabe starken Einflüssen durch die wesentlichen Sicherheitsinteressen der

²⁹¹ Vgl. Bekanntmachung der Kommission Leitlinien für die Vergabe von Aufträgen zwischen Regierungen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (Artikel 13 Buchstabe f der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ABl C 450/01, 1.

²⁹² Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 122.

²⁹³ Vgl. Reisner, RPA 2010, 251.

Mitgliedstaaten ausgesetzt. Aus diesem Grund besteht die Notwendigkeit gemeinsame Beschaffungsvorhaben mit Verbündeten einzugehen.²⁹⁴

Unter dem Begriff „Regierung“ versteht man nationale, regionale oder lokale Gebietskörperschaften eines Mitglied- oder Drittstaats.²⁹⁵ Ein Vertrag zwischen Unternehmer oder Wirtschaftsteilnehmer ist somit nicht Gegenstand der Ausnahmeregelung.²⁹⁶

Nach Art 11 RL 2009/81/EG dürfen Ausnahmen nicht zur Umgehung der Richtlinienbestimmungen angewandt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGHs, muss die verwendete Ausnahme mit den unionalen Grundsätzen übereinstimmen. Es wäre gegen den Sinn und Zweck der europäischen Vergabegrundsätze, wenn die zur Umschreibung verwendeten Begriffe in einer Art und Weise ausgelegt werden, dass die Ziele ihre Wirkung nicht entfalten.²⁹⁷

Es reicht nicht nur den Wortlaut der Vorschrift auszulegen, vielmehr ist es nötig den systematischen Zusammenhang zu beleuchten und diese im Kontext mit den Richtlinienbestimmungen zu bringen, wie sie in Erwägungsgrund 2 und 3 RL 2009/81/EG stehen.²⁹⁸ Auf einen eigenen Artikel zu den Zielbestimmungen wurde verzichtet, jedoch finden die nach dem Wortlaut bestimmten Ziele in der SonderRL wiederholende Erwähnung.

Ein wesentliches Problem, welches sich aufgrund der praktischen Natur dieser Bestimmung ergeben kann, ist dessen missbräuchliche Anwendung durch Dumpingpreise und Subventionen für die Inlandsproduktion der zu beschaffenen Waffensysteme an die kaufende Regierung. Jedoch gab es bisher noch keine Rechtsprechung zu einem vergleichenden Fall.²⁹⁹ Allgemein gesagt gibt es bisher keine Rechtsprechung des EuGH welche die vertragsrechtlichen Grundsätze des AEUV in Bezug auf die Ausnahmebestimmung des Art 13 lit f RL 2009/81/EG angewendet werden.³⁰⁰ Um eine richtlinienkonforme Vergabe einer Regierung an eine andere zu gewährleisten, ist es vonnöten eine angemessene Marktanalyse zu beginnen, um herauszufinden, ob die Maßnahme tatsächlich die einzige und beste Option für die Erfüllung der Beschaffungsanforderung ist. Diese Beurteilung zielt darauf ab, ob die Suche auf den Binnenmarkt beschränkt bleiben kann, oder nicht. Demnach kann ein Auftraggeber unter Erwägungsgrund 49 der Richtlinie einen technischen Dialog in die Wege leiten, um bei potenziellen Marktteilnehmern Vorschläge einzuholen. Falls die Untersuchung ergibt, dass kein ge-

²⁹⁴ Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl C 450/1, 2.

²⁹⁵ Vgl. RL 2009/81/EG ABl L 216/76, Art 1 Nr 9.

²⁹⁶ Vgl. RL 2009/81/EG ABl L 216/76, Art 1 Nr 13, 14.

²⁹⁷ EuGH C-19/13, *Fastweb*, ECLI:EU:C:2014:2194, Rn 40.

²⁹⁸ EuGH C-31/87, *Bentjees*, Rn 39.

²⁹⁹ Vgl. *Hölzer*, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 122.

³⁰⁰ Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl C 450/01, 3.

eigneter Wettbewerb herrscht, oder die Auftragsvergabe den Binnenmarkt aufgrund der speziellen Beschaffenheit der Vergabe nicht berührt, dann ist es wahrscheinlich, dass es keine gangbare Alternative zur G2G-Vergabe gibt.³⁰¹ Falls der Auftraggeber aus der Vorvergabephase entnehmen kann, dass eine G2G-Beschaffung die einzige oder beste Option zur Erfüllung der verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Interessen ist, kann die Verhandlung mit der leistungserbringenden Regierung oder den Regierungen aufgenommen werden. Die Auswahl sollte im Sinne der Richtlinie nach objektiven Kriterien erfolgen (Qualität, Preis, technischer Wert, Zweckmäßigkeit, Betriebskosten, Lebenszykluskosten, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Versorgungssicherheit, Interoperabilität und operative Eigenschaften). Kommt der Beschaffer jedoch zum Schluss, dass es mehrere Wirtschaftsteilnehmer innerhalb der EU gibt, welche die geforderte Leistung erbringen können, dann findet der Ausnahmetatbestand nach Art 13 lit f 2009/81/EG keine Anwendung. In diesem Fall wird ein Vergabeverfahren anhand der einschlägigen Richtlinienbestimmungen eingeleitet.³⁰²

7.6 Besondere Ausnahmen nach Art 10 und 14 RL 2014/24/EU

7.6.1 Besondere Ausnahmen für den Erwerb oder Miete von Grundstücken

Der Art 10 lit a RL 2014/24/EU ist seinem Wortlaut entsprechend mit Art 13 lit e RL 2009/81/EG identisch. Beide Bestimmungen sehen vor, dass Aufträge über den Erwerb, die Miete von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden, anderem unbeweglichen Vermögen, Rechte daran zum Gegenstand haben (ungeachtet der Finanzierungsmodalitäten dieser Aufträge) und nimmt sie vom Geltungsbereich dieser Richtlinien aus. Grundsätzlich sind die Ausnahmebestimmungen zwischen Gebäude und Grundstücke unterschiedlicher Natur, daher sind die beiden Begriffe nicht miteinander vergleichbar.³⁰³

So gilt angesichts der Besonderheit des Verteidigungs- und Sicherheitssektors, dass derartige Dienstleistungsaufträge bestimmte Merkmale aufweisen, welche die Anwendung von Vergabevorschriften unangemessen erscheinen lässt.³⁰⁴ Die Nachfrage ist hierbei ortsgebunden,

³⁰¹ Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl C 450/01, 4.

³⁰² Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl 450/01, 5.

³⁰³ Vgl. *Frenz*, Vergaberecht Rz 715.

³⁰⁴ Vgl. RL 2009/81/EG ABl L 216/76, 5.

deshalb ist ein grenzüberschreitender Vergabewettbewerb mangels Austauschbarkeit des Gegenstands mit anderen Mitgliedstaaten nicht möglich. Des Weiteren finden spezifische Anforderungen an das gesuchte Objekt statt, die für andere Liegenschaften ungeeignet sind.³⁰⁵ Die Ausnahmen betreffen Miet- oder Kaufverträge über bestehende Grundstücke und Bauten. Wird jedoch ein Auftrag über den Bau eines noch nicht bestehenden Verwaltungsgebäudes vergeben, das nach Beendigung des Bauvertrages in Miete gestellt werden soll, unterliegt diese Auftragsvergabe dem Vergaberecht, da der Mietvertrag von einem nicht bestehenden Gebäude handelt und somit im Bereich der vergaberechtlichen Bestimmungen fällt.³⁰⁶

Weitere Kauf- oder Mietverträge unterliegen als öffentliche Bauaufträge unter Art 2 Nr 6 RL 2014/24/EU der Vergaberichtlinie. Der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einem Bauauftrag ist entscheidend, weil die Ausnahme sich auf ersteres bezieht. Die Ausnahmebestimmung greift sodann nur, wenn es sich bei dem Gebäude um eine bereits bestehende Immobilie handelt und keine umfassende Dienstleistung im Sinne einer Finanzierungsdienstleistung erbracht wird. Folgend, muss festgestellt werden, ob der zu vergebene Auftrag nach seinen Eigenschaften ein Bauauftrag wäre, falls auf den Auftragnehmer eine Bauherrenfunktion übertragen wurde, die anhand der Erfordernisse des Auftraggebers durch einen Dritten erbracht werden müssen.

Des Weiteren stellen Mietverträge ein Problem dar, wenn bereits vor und während der Planungsphase ein wesentlicher „informeller“ Einfluss auf die Beschaffenheit des zu errichtenden Gebäudes besteht, ohne dass ein Bauvertrag im Vorhinein abgeschlossen wurde. Nach dem Prinzip des Einzelfalls muss untersucht werden, ob der öffentliche Auftraggeber einen wesentlichen Einfluss auf die Architektur und die Gestaltung des Gebäudes hat. In diesem Fall liegt es nahe, dass ein öffentlicher Bauauftrag nach dem Vergaberecht durchzuführen ist.³⁰⁷ Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGHs kann ein Mietvertrag als Bauauftrag gelten, wenn bei Vertragsabschluss noch nicht mit der Bauleistung des fraglichen Bauwerks begonnen wurde.³⁰⁸ Stellt sich heraus, dass ein Bauwerk nach dem geltenden Vergaberecht zu errichten ist, dann liegt ein öffentlicher Bauauftrag vor, selbst wenn das finale Gebäude vermietet werden soll.³⁰⁹ Ist die Bauauftragsqualität zu verneinen, weil die Tatbestandsmerkmale nicht zutreffen, dann liegt ein Dienstleistungsauftrag vor. Im nächsten Schritt wird zu über-

³⁰⁵ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in Müller-Wrede Rz 29.

³⁰⁶ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 716.

³⁰⁷ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 717.

³⁰⁸ EuGH C-536/07, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2009:664, Rn 56.

³⁰⁹ EuGH C-331/92, *Impresa Pizzarotti*, ECLI:EU:C:2014:2067, Rn 52.

prüfen sein, ob eine Finanzdienstleistung vorliegt, und die Vergaberichtlinie zur Anwendung kommt, oder nicht.³¹⁰ Entgegen der ständigen Rechtsprechung kann der Ausnahmetatbestand entgegen der wortwörtliche Auslegung auf zu „errichtende Gebäude“ angewendet werden.³¹¹ Ein Miet- oder Leasingvertrag kann Gegenstand der Ausnahmeregelung sein, wenn sich die Bedürfnisse des Auftraggebers mehrheitlich auf den Standort beziehen, sodass das ortsgebundene Mietinteresse das vordergründige Interesse darstellt und deswegen ein vergaberechtlicher Wettbewerb an sich im falschen Verhältnis zu den beschaffenden Absichten steht.

7.6.2 Besondere Ausnahmen für Finanzdienstleistungen

Zwischen Art 10 lit e und lit f RL 2014/24/EU gibt es eine systematische Verbindung, welche die Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Ankauf, der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten vom Vergaberecht ausnimmt.³¹² Grundsätzlich ist zu bemerken, dass Finanzdienstleistungen zu den prioritären Dienstleistungen gehören und sie, bis auf die Ausnahmen, dem unionsrechtlichen Vergaberecht unterliegen.³¹³

Des Weiteren erstreckt sich der Ausnahmetatbestand auf Dienstleistungsaufträge die Kredite und Darlehen betreffen.³¹⁴ Über den Kontext hinaus werden auch unabhängig von einem Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Kauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten, die beispielsweise übertragbare Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Optionen, Terminkontrakte, Swaps und Derivatkontrakte, Währungen, Waren, Klimavariablen und Emissionsberechtigungen sein können, vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien ausgeschlossen.³¹⁵ Nach Art 13 lit h RL 2009/81/EG ist die Vergabe von Verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Finanzdienstleistungen mit Ausnahme von Versicherungsdienstleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Am Rüstungsmarkt werden innovative und in hohem Maße Kosten verursachende Waffensysteme durch die Privatwirtschaft getragen. Aufgrund des sich stark wandelnden und fluktuierenden Finanzmarktes sind langwierige Vergabefahren für die Einholung von Angeboten in diesem

³¹⁰ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 30.

³¹¹ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 31.

³¹² Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 727.

³¹³ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 62.

³¹⁴ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 63; RL 2014/24/EU ABl L 94/65, Art 10 lit f.

³¹⁵ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 730f.

Sektor ungeeignet.³¹⁶ Daher sind neben kapitalmarktbezogenen Finanzierungen auch Giro-, Garantie-, Sorten-, und Devisengeschäfte, sowie Factoring- und Inkassodienstleistungen betroffen.³¹⁷

7.6.3 Besondere Ausnahmen bei Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen

Nach Art 179 AEUV hat die EU zum Ziel einen Raum der Forschung einzurichten, der auf wissenschaftliche und technologische Grundlagen basiert, um sowohl die Freizügigkeit der Forscher zu gewährleisten als auch die Wettbewerbsfähigkeit des Binnenmarkts und die Industrie zu fördern.³¹⁸ Dieser wirtschaftliche Bezug greift auf den Sinngehalt der EDTIB zurück, die im Zusammenhang mit Art 173 Abs 1 AEUV die Förderung einer besseren Nutzung des industriellen Potenzials der Politik in den Bereichen Innovation, Forschung und technologische Entwicklung vorsieht. Hierbei geht es um die Nutzung des industriellen Potenzials durch die Politik im Forschungs- und Entwicklungsbereich. Der Sinn hinter dieser zusammenhängenden Bestimmung ist die Implementierung und Bewertung der Forschung an wettbewerbsrechtlichen Elementen.³¹⁹ Jedoch sieht das europäische Vergaberecht besondere Ausnahmen zu Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sowie in der klassischen Auftragsvergabe für die Auftraggeber vor.

Anders als in Art 13 RL 2009/81/EG wird der Art 14 RL 2014/24/EU aus den besonderen Dienstleistungsausnahmen nach Art 10 der Richtlinie gesondert behandelt. Der Artikel ist entsprechend seines Wortlauts mit dem Art 13 lit j RL 2009/81/EG vergleichbar. Beide Richtlinien behandeln dahingehend den Ausnahmetatbestand im Bereich der Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen. Somit gilt die allgemeine VergabeRL im Forschungs- und Entwicklungsbereich soweit die Ergebnisse ausschließlich Eigentum des öffentlichen Auftraggebers sind und für dessen eigennützigen Gebrauch verwendet werden.³²⁰ Außerdem, muss die durchgeführte Dienstleistung vollständig vom Auftraggeber vergütet werden.³²¹ Daher genügt eine Kofinanzierung des Dienstleistungsauftrags nicht, um aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie zu fallen. Die Befreiung kann selbst dann nicht in Anspruch genommen werden,

³¹⁶ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 122.

³¹⁷ Vgl. Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich 123.

³¹⁸ Vgl. Art 179 Abs 1 AEUV

³¹⁹ Vgl. Senn in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 173 AEUV Rz 25f (Stand 1.5.2018, rdb.at).

³²⁰ Vgl. RL 2014/24/EU ABI L 94/65, Art 14 lit a.

³²¹ Vgl. RL 2014/24/EU ABI L 94/65, Art 14 lit b.

wenn es sich um eine rein „symbolische“ Mittragung der Kosten durch den Leistungserbringer oder Dritte handelt, da dies eine Umgehung des europäischen Vergaberechts wäre.³²² „Damit wird deutlich, dass nur gemeinnützige, im Allgemeininteresse liegende Forschungsvorhaben nicht dem Vergaberecht unterfallen sollen.“³²³ Eine sogenannte „Rückausnahme“ ist nach ihrem Zweck vom Anwendungsbereich der Vergabeverfahren zu befreien. Das liegt dann vor, wenn der Forschungsauftrag einen Beitrag zur Finanzierung von Forschungsprogrammen darstellt, die Ergebnisse in erster Linie der Forschungsstelle selbst zur Verfügung stehen oder sich als Finanzierung von allgemein bedeutsamer Forschung zum Nutzen der Gesellschaft zeigt.³²⁴

Es bleibt fraglich, ob der Tatbestand der Eigennutzung bereits vorliegt, wenn der öffentliche Auftraggeber sich gewerbliche Schutzrechte anhand der Forschungsergebnisse eintragen lässt. Diese betreffen nämlich nicht das Eigentum im herkömmlichen sachenrechtlichen Sinn. Unter Art 14 lit a RL 2014/24/EU ist von „ausschließlichem“ Eigentum die Rede. Daher kann der Tatbestand einer vergaberechtsindizierenden Eigennutzung nur dann zugestimmt werden, wenn der Auftraggeber durch das gewerbliche Schutzrecht eine „ausschließliche“ Nutzung erhält.³²⁵ Im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sind Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsleistungen außerhalb der RL 2009/81/EG zu vergeben. Nach Art 13 lit j RL 2009/81/EG ist die Ausnahme mit dem Inhalt des Art 14 der allgemeinen VergabeRL identisch. Demnach fallen nur jene Dienstleistungsaufträge unter der vergaberechtlichen Anwendung deren Ergebnisse vollständig vom öffentlichen Auftraggeber finanziert wurden und ausschließlich von diesem Verwendung finden. „Weder die Richtlinien noch Art 179 AEUV definieren den Begriff Forschung und Entwicklung.“³²⁶ Unter Art 1 Nr 27 RL 2009/81/EG gibt es einen Katalog aller Tätigkeitsfelder in diesem Bereich, um dem Auftraggeber einen vereinfachten Überblick über die Forschungsleistungen zu bieten. Die Ausnahme im Forschungs- und Entwicklungsbereich lässt sich damit begründen, dass es zu keiner Behinderung der wissenschaftlichen Grundlagenforschung kommen soll, die aufgrund der fehlenden wettbewerblichen Eigenschaft von staatlichen Finanzhilfen abhängig ist.

³²² Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 27.

³²³ Vgl. Frenz, Vergaberecht Rz 742.

³²⁴ Vgl. Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 23.

³²⁵ Frenz, Vergaberecht Rz 743.

³²⁶ Aicher, Die Ausnahmetatbestände in *Müller-Wrede* Rz 22.

8 Conclusio

Aus dem vorliegenden Untersuchungsgegenstand lässt sich daher ableiten, dass der europäische Gesetzgeber schon früh harmonisierende Maßnahmen zur Schaffung einer Verteidigungsindustrie verfolgte. Es scheitert am politischen Willen der einzelnen Mitgliedstaaten einen unionsweiten Binnenmarkt für Rüstungsgüter zu errichten, weil man beabsichtigt den eigenen nationalen Verteidigungsgütermarkt vor äußeren polit-ökonomischen Einflüssen zu bewahren. Erst mit in Kraft treten marktwirtschaftlicher Legislativinstrumente, die gemeinsame Beschaffungsvorhaben und Kooperationsprogramme zwischen den Mitgliedstaaten auf Grundlage unionsweiter Standards setzten, konnten einer bevorstehenden Fragmentierung des Binnenmarktes entgegenwirken. Hierbei ist das Herzstück zur Beseitigung der nationalstaatlichen Abschottung der Beschaffungsmärkte im Verteidigungs- und Sicherheitssektor die RL 2009/81/EG. Dieses marktwirtschaftliche Instrument dient zur Stärkung der EDTIB und Verwirklichung einer europaweiten Verteidigungsindustrie durch die Benutzung des europäischen Vergaberechts im Verteidigungs- und Sicherheitssektor. Ein entscheidender Beitrag für einen funktionsfähigen Markt für Rüstungsgüter konnte trotz der Bemühungen des europäischen Gesetzgebers und integrationswilligen Mitgliedstaaten der EU nicht geleistet werden. Insofern stellt der Art 346 AEUV nach wie vor eine entscheidende Hürde für die unionsweite Beschaffung, obwohl sich der EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung mehrmals zur missbräuchlichen Anwendung der Ausnahmebestimmung geäußert hat. Ein weiteres Problem, welches die Wettbewerbsfähigkeit innerhalb der EU beschränkt und die Fragmentierung des Binnenmarkts verstärkt, ist die unausgeglichene Anzahl zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Anbietern auf nationaler Ebene. Meistens findet sich nur ein einziges Unternehmen am heimischen Markt, dass die Beschaffungskriterien des Vergabeauftraggebers erfüllt. Insofern tragen die gesetzten Schwellenwerte im Vergaberecht für Verteidigungs- und Sicherheitsgüter eine entscheidende Rolle für die unionsweite Auftragsvergabe. Die meisten Beschaffungen erfolgen nach wie vor im USB. In diesem Bereich muss lediglich das unionale Primärrecht sowie die nationalen Vergabebestimmungen fernab der Richtlinien angewendet werden. Aufgrund der Tatsache, dass die meisten Beschaffungsaufträge unterhalb des Schwellenwertes vergeben werden, ist es richtig, die vergaberechtlichen Bestimmungen für diesen Bereich auszubauen, um eine europaweite Vergabe zu fördern. Besonders KMUs würden von einer besonderen Regelung im USB profitieren, da diese durch kleinere Aufträge

öfter zum Zug kommen als beispielsweise große Verteidigungskonzerne. Die öffentlichen Aufträge sind mit den wesentlichen Sicherheitsbedürfnissen der einzelnen Mitgliedstaaten verbunden. Daher muss das unionale Vergaberecht speziell im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich eine effiziente Informations- und Versorgungssicherheit sowie die Verwendung von Verschlusssachen verfolgen. Demnach werden die Bieter dazu verleitet die öffentlichen Beschaffungen, je nach Sensibilität, mit ihren sicherheitspolitischen Interessen abzuwägen, sodass die ökonomischen Vorteile in den Hintergrund treten. Daraus folgt eine Abnahme der Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Binnenmarktes. Diese Sicherheiten sind insofern eine Erweiterung der Vergabegrundsätze (Wettbewerbs-, Transparenz-, und Gleichbehandlungsgrundsatz) und sichern deren Einhaltung am Beschaffungsmarkt, sodass keine willkürliche Vergabe durch die öffentlichen Auftraggeber an die nationalen Champions erfolgt. Somit bezieht sich das Vergaberecht auf die primärrechtlichen Grundfreiheiten. Diese werden durch die Vergaberichtlinien (RL 2009/81/EG und RL 2014/24/EU) erfüllt und verdeutlicht. Gleichzeitig ergeben sich aus dem Primärrecht sogenannte Leitlinien für die Anwendung der SonderRL und der allgemeinen VergabeRL im Vergabeverfahren. Diese Reziprozität legt eine unmissverständliche Auslegung zum Wohle des Binnenmarktes und der Verwirklichung einer europäischen Verteidigungsindustrie nahe. Außerhalb des Sekundärvergaberechts kommen die primärrechtlichen Vergabegrundsätze immer zur Anwendung, um ein ordentliches Verfahren im Sinne des Gleichbehandlungsprinzips für alle Bieter zu sichern, jedoch darf das Primärrecht nicht die Anforderungen der Vergaberichtlinien übersteigen. Aufgrund der umfangreichen Ausnahmebestimmungen vom Anwendungsbereich der SonderRL 2009/81/EG findet die Entwicklung eines Verteidigungsmarktes nur in begrenzter Form statt. Zum einen erfährt der Begriff des öffentlichen Auftraggebers eine weite Definition, die alle Einrichtungen der öffentlichen Hand umfassen. Auf staatlicher Ebene ist es in der Regel der Bund (Verteidigungsministerium), welcher die verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Anschaffungen tätigt. Aufgrund der geringen Anzahl an Auftraggebern ist das für die Stimulierung des Wettbewerbs ein Nachteil. Zum anderen beinhaltet die verteidigungs- und sicherheitsspezifische Richtlinie viele Ausnahmen vom Anwendungsbereich, die außerhalb der Richtlinienbestimmungen erfolgen. Obwohl keine Befreiung von Aufträgen zur Umgehung unionsweiter Regelungen angewendet werden darf, erfolgt dies meistens aus Gründen nationaler Interessen. Darüber hinaus erscheinen politische und wirtschaftliche Akteure, die sich das Dilemma der EU zu Nutze machen wollen, indem sie mit internationalen Kooperationen werben, um die einzelnen Mitgliedstaaten für ihre Beschaffungsprojekte zu gewinnen. Dadurch wird der Bin-

nenmarkt für Drittstaaten, die eigene polit-ökonomische Ziele verfolgen, zugänglich gemacht. Daraus folgt eine Abhängigkeit der europäischen Wettbewerbsfähigkeit im Verteidigungsbe-
reich von nicht-unionalen Kräften. Im Sinne des internationalen Wettbewerbs sind gemeinsa-
me Kooperationen mit Drittstaaten wichtig und richtig. Dabei darf es jedoch nicht zu einer
Aufsplitterung des Beschaffungsmarktes in der EU kommen. Das wäre garantiert, wenn inter-
nationale Verträge dafür sorgen, dass Doppelstrukturen und parallele verteidigungspolitische
Integrationsstränge geschaffen oder beibehaltet werden, welche die Leistungsfähigkeit der
einzelnen Mitgliedstaaten im Verteidigungswesen mindern. Aus diesem Grund sind Beschaf-
fungsprogramme, wie die GSVP/PESCO, für die Förderung der gemeinsamen Verteidigungs-
politik essenziell. Daher wären vor allem Kooperationsbestrebungen zwischen der SonderRL
2009/81/EG und der allgemeinen VergabeRL 2014/24/EU von besonderer Wichtigkeit, damit
die grenzüberschreitende Auftragsvergabe im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich an At-
traktivität gewinnt. Im Sinne der europäischen Integration ist die Weiterentwicklung des Bin-
nenmarkts unabdingbar. Aus diesem Grund ist es nötig den verteidigungs- und sicherheitsspe-
zifischen Markt für Rüstungsgüter in den Binnenmarkt vollends zu integrieren, damit eine
wahrhaftige Verteidigungsindustrie bestehen kann. All diese Bestrebungen sollen letztlich zur
Bildung einer europäischen Verteidigungsunion führen, die dem Wohl und den Interessen der
EU und ihren Mitgliedstaaten dient. Aus einer juristischen Dimension heraus gibt es bereits
eine Verteidigungsindustrie, die aufgrund der RL 2009/81/EG gemeinsam mit der GSVP und
der EDTIB besteht. Die Mitgliedstaaten stehen hier in ihrer Verantwortung diese europäi-
schen Instrumente auch verantwortungsvoll anzuwenden.

Literatur

Aicher, Anwendungsbereich, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013).

Aicher, Die Ausnahmetatbestände, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013).

Aicher, Vergabeverfahren, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013).

Bekanntmachung der Kommission zu Leitlinien für die kooperative Beschaffung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (Richtlinie 2009/81/EG über die Vergabeverfahren im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich), ABl C 157/1.

Bekanntmachung der Kommission zu Leitlinien für die Vergabe von Aufträgen zwischen Regierungen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (Artikel 13 Buchstabe f der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates), ABl C 450/1.

Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG zur Auftragsvergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit COM(2012) 565 final.

Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Ein New Deal für die europäische Verteidigung. Fahrplan zur Umsetzung der Mitteilung COM(2013) 542 – Auf dem Weg zu einem wettbewerbsfähigeren und effizienteren Verteidigungs- und Sicherheitssektor COM(2014) 387 final.

Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG zur Vergabe öffentlicher Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit gemäß Artikel 73 Absatz 2 dieser Richtlinie COM(2016) 762 final.

Beschluss (GASP) 2017/2315 Des Rates vom 11. Dezember 2017 über die Begründung der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit (PESCO) und über die Liste der daran teilnehmenden Mitgliedstaaten, ABl L 331/57.

Bundeskanzleramt, Das Buch II. Europa – Chancen und Risiken (1994).

F. Bydlinski/P. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre³ (2018).

Commission Staff Working Document, Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security, to comply with Article 73(2) of that Directive SWD(2016) 407 final.

Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl L 279/25.

Delegierte Verordnung (EU) 2019/1830 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge, ABl L 279/29.

Directive 2009/81/EG on the award of contracts in the fields of defence and security. Guidance Note Research and development. Directorate General Internal Market and Services Ref. Ares(2016)765006.

Dörr, Vergabeprimärrecht, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013) Rz 5f.

Entscheidung zur Festlegung der Produkte (Waffen, Munition und Kriegsmaterial), für die Artikel 223 Absatz 1 Buchstabe b (aktuell Art 346 Abs 2 lit b) des Vertrags gilt (Dok. 255/58). Protokoll vom 15. April 1958: Dok. 368/58.

Erläuterungen zum BG, mit dem das BVergG 2006 geändert wird, 1513 BlgNR 24. GP 13.

Europäische Kommission, Weißbuch zur Zukunft Europas. Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien COM(2017) 2025.

Europäische Kommission, Reflexionspapier über die Zukunft der europäischen Verteidigung, in: Europäische Kommission, Weißbuch über die Zukunft Europas COM(2017) 315.

Europäisches Parlament, Auf dem Weg zu einer Europäischen Verteidigungsunion. Ein Weißbuch als erster Schritt (2016).

Europäischer Rat Schlussfolgerungen vom 19./20.12.2013 für die Delegation EUCO 217/13 3.

Europäische Verteidigungsagentur, Defence Data 2017-2018 (2019), <https://www.eda.europa.eu/info-hub/publications/publication-details/pub/defence-data-2017-2018>, (Stand 23.4.2020).

Frenz, Vergaberecht EU und national (2018).

Gemeinsame Militärgüterliste der Europäischen Union vom Rat am 14. März 2016 angenommen (vom Gemeinsamen Standpunkt 2008/944/GASP des Rates betreffend gemeinsame Regeln für die Kontrolle der Ausfuhr von Militärtechnologie und Militärgütern erfasste Ausrüstung) (GASP) 2016/C 122/01.

Gschiegl, Politik und Recht² (2015).

Hopf, Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit in Kraft (Teil 2), UBWV 2012.

Hölzer, Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich der Europäischen Union, EuDÖR 2017.

Jaeger, Einführung in das Europarecht. Grundlagen, Institutionen, Durchsetzung, Binnenmarkt² (2018).

Jaeger, Rahmenbedingungen für Rüstungsbeschaffungen, ZVB 2008/32.

Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht (2012).

Kellner, Zum Erfolg verdammt? Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik der EU ein Jahr nach der Globalen Strategie, ZFAS 2018.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union. Überlegungen für die Zukunft KOM(1996) 583 endg.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch Beschaffung von Verteidigungsgütern KOM(2004) 608 endg.

Kowalski, Polish air defense system for Aegis Ashore in Redzikowo – the next member of NATO? A way of reducing the cost of the “Wisla” program, pulaski.pl (Stand 22.3.2016).

Michel, Das öffentliche Auftragswesen in der europäischen Rechtsprechung (1995).

Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Umsetzung der Unionsstrategie im Bereich der Verteidigungsindustrie KOM(97) 583 endg.

Mitteilung der Kommission, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union KOM(98) 143.

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

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Die Europäische Sicherheitsagenda COM(2015) 185 final.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Europäischer Verteidigungs-Aktionsplan COM(2016) 950 final.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa COM(2017) 572 final.

Müller-Wrede, Schwellenwerte in Müller-Wrede (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013).

Northrop Grumman Awarded \$713 Million for Poland Next-Generation Air and Missile Defense, <https://news.northropgrumman.com/news/releases/northrop-grumman-awarded-713-million-for-poland-next-generation-air-and-missile-defense> (Stand 14.3.2019, northropgrumman.com).

Páleníková, Ausschreibungen im Rüstungssektor – von der Ausnahme zum Regelfall? Die neue verteidigungs-spezifische RL 2009/81/EG, ZVB 2010/4.

Pünder, Öffentlicher Auftrag in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013).

Reisner, Die Beschaffungsrichtlinie Verteidigung und Sicherheit der Europäischen Union – Teil 1, RPA 2010, 246.

Reisner, Die Beschaffungsrichtlinie Verteidigung und Sicherheit der Europäischen Union – Teil 2, RPA 2010, 307.

RL 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl L 185, 1.

RL 77/62/EWG vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl L 13, 1.

RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134/114, 1.

RL 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl L 216/76.

RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl L 94/65.

Romanian Air Force Receives First Patriot System, <https://ac.nato.int/archive/2020/Romania-PATRIOT?fbclid=IwAR34w0Jo0N6cT5T1xQuhZuPO6F3GVVmCgzHqArZ7NJbH0jMHsVhvHdSetvI> (Stand 18.9.2020, nato.int)

Ruff, Auftragsvergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts² (2013).

Röper/Issel, Das Wiedererstehen der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft, ZRP 2003, 397.

Rösler, Ökonomische und politische Integrationskonzeptionen im Wettstreit - Zum Scheitern der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft vor fünfzig Jahren, EuR 2005.

Senn in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 173 AEUV (Stand 1.5.2018, rdb.at).

Stefan, Mögliche rechtliche Rahmenbedingungen zur Schaffung einer europäischen Verteidigungsunion (Stand 21.9.2020, researchgate.net).

Stöger in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 346 AEUV (Stand 1.12.2012, rdb.at).

USA drohen EU mit Vergeltungsmaßnahmen in der Rüstungspolitik, <https://amp2.handelsblatt.com/politik/international/verteidigungsfonds-usa-drohen-eu-mit-vergeltungsmaßnahmen-in-der-ruestungspolitik/24342096.html?fbclid=IwAR2haasJKQ19CIChtOjcjCCQ5XfM-LCJQ81vtRfUkaqTTktzaa-Nqlice2I> (Stand 14.5.2019, handelsblatt.com)

VO (EU) 2018/1092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juli 2018 zur Einrichtung des Europäischen Programms zur industriellen Entwicklung im Verteidigungsbereich zwecks Förderung der Wettbewerbsfähigkeit und der Innovation in der Verteidigungsindustrie der Union, ABl L 200/30.

Weiss, Internationales öffentliches Beschaffungswesen, in: *Tietje* (Hrsg), Internationales Wirtschaftsrecht² (2015).

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit KOM(2007) 766 endg.