



75 Jahre
Demokratie
lebendig



Deutscher Bundestag
Wissenschaftliche Dienste

Sachstand

Grundzüge der Auftragsvergaben im Bereich der Cybersicherheit

Grundzüge der Auftragsvergaben im Bereich der Cybersicherheit

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 021/24
Abschluss der Arbeit: 22.03.2024
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Medienrecht, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1. | Einleitung | 4 |
| 2. | Allgemeine vergaberechtliche Grundlagen | 4 |
| 3. | Sicherheitsspezifische Auftragsvergaben im Cyberbereich | 6 |
| 4. | Ausnahmen für den Sicherheitsbereich | 8 |
| 4.1. | Allgemeiner Ausnahmetatbestand zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen | 8 |
| 4.2. | Besondere Ausnahmen für die Vergabe von sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen | 11 |
| 4.3. | Besondere Ausnahmetatbestände, die Sicherheitsaspekte umfassen | 11 |
| 4.4. | Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes | 12 |
| 5. | Fazit | 13 |

1. Einleitung

Cybersicherheit spielt heutzutage aufgrund vielfältiger und fortwährend neuer Bedrohungsszenarien eine immer größere Rolle. Daher haben die Themen Sicherheit, Vertraulichkeit und der Schutz vor Informationsabflüssen an unbefugte Dritte naturgemäß auch vergaberechtlich eine hohe Relevanz. Jeder Beschaffungsvorgang der öffentlichen Hand ist indes einzelfallabhängig zu bewerten und entzieht sich einer pauschalen Bewertung. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden ein summarischer Überblick über die wesentlichen bundesgesetzlichen Vorgaben des ober-schwelligen Vergabeverfahrens solcher Beschaffungsvorgänge gegeben werden, die sicherheitspezifische Relevanz aufweisen.

2. Allgemeine vergaberechtliche Grundlagen

Das deutsche Vergaberecht¹ ist kein einheitliches Rechtssystem, sondern weist eine **Zweiteilung**² auf: Auf Basis von Vorgaben des Rechts der Europäischen Union (EU) – insbesondere der EU-Richtlinie über allgemeine öffentliche Auftragsvergaben, RL 2014/24/EU³ – richten sich Verfahren mit höheren Nettoauftragsvolumina nach dem vierten Teil (§§ 97 bis 184) des **Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**⁴, dem „**Kartellvergaberecht**“. Ansonsten gilt das weniger strenge Haushaltsrecht des Bundes und der Bundesländer („**Haushaltsvergaberecht**“).⁵ Die Abgrenzung nach Nettoauftragsvolumen ergibt sich unmittelbar aus den europarechtlich determinierten „**Schwellenwerten**“.⁶ Diese werden alle zwei Jahre durch die EU-Kommission überprüft und gegebenenfalls neu festgesetzt.⁷ Danach gelten derzeit etwa folgende Schwellenwerte: 143.000 EUR für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden, 221.000 EUR für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für alle anderen Auftraggeber

1 Zu den Grundlagen des deutschen Vergaberechts ausführlich Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Grundzüge des Vergaberechts, Infobrief vom 6. Dezember 2021, WD 7 - 3000 - 107/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/870486/297a8185a47e1f1b909834015e45baf8/Grundzuege-des-Vergaberechts-data.pdf> (Stand dieser und nachfolgender Internetquellen: 21.03.2024).

2 Die Zweiteilung wurde formal begründet durch das Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl. 1998 I S. 2512).

3 Richtlinie 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. 2014 L 94 S. 65), aktuelle Fassung in deutscher Sprache abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20220101>.

4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>.

5 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, Einleitung Rn. 27.

6 Vgl. § 106 GWB, in dessen Absatz 2 auf mehrere, die öffentliche Auftragsvergabe regulierende EU-Richtlinien in deren jeweils geltender Fassung verwiesen wird.

7 Vollständige Zusammenstellung der aktuellen Schwellenwerte mit Nachweisen zu den jeweiligen Rechtsgrundlagen beim Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK), Internetauftritt, Artikel: „Öffentliche Aufträge – Übersicht und Rechtsgrundlagen auf Bundesebene“, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabe-uebersicht-und-rechtsgrundlagen.html>.

sowie 443.000 EUR für Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Soweit das geschätzte Volumen der jeweiligen Auftragsart den betreffenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet, wird auch vom sogenannten „**Oberschwellenbereich**“ gesprochen, bei dessen Unterschreiten vom „**Unterschwellenbereich**“.⁸

Für das Kartell- und das Haushaltsvergaberecht gelten jeweils unterschiedliche Normgefüge. Das **Kartellvergaberecht** regeln neben den §§ 97 ff. GWB im Detail zahlreiche untergesetzliche Rechtsverordnungen: Grundsätzlich, insbesondere für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge, gilt die **Vergabeverordnung (VgV)**⁹ und für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit die **Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)**¹⁰. Im **Haushaltsvergaberecht** gilt für Vergaben des Bundes die **Bundshaushaltsordnung (BHO)**¹¹. Bei der Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge regeln Näheres die **Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**¹². Beide Regelwerke orientieren sich inhaltlich und strukturell an den Bestimmungen des Kartellvergaberichts.¹³

Öffentliche Aufträge im Sinne des Kartellvergaberichts werden von öffentlichen Auftraggebern regelmäßig durch einzelne Aufträge vergeben, in denen die konkreten Leistungspflichten genau bestimmt sind.¹⁴ Maßgeblich für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB ist das objektive Vorliegen eines öffentlichen Auftrags.¹⁵ § 103 Absatz 1 GWB definiert diesen als entgeltlichen Vertrag zwischen (öffentlichen) Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

-
- 8 Eichler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), 30. Edition (Stand: 31.01.2023), § 106 GWB Rn. 5.
- 9 Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 7. Februar 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 39) geändert worden ist, abrufbar unter: https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/.
- 10 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1509), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 7. Februar 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 39) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/vsvgv/>.
- 11 Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 412) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/bho/>.
- 12 Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO), Ausgabe 2017, BANz AT 7. Februar 2017 B1, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.html>.
- 13 BMWi, UVgO, Bekanntmachung, BANz AT 7. Februar 2017 B1, S. 1, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.pdf?__blob=publicationFile&v=1.
- 14 Dörr, in: Beck'scher Vergaberichtscommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 103 GWB Rn. 5.
- 15 Vgl. Stein, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), 30. Edition (Stand: 31.01.2023), § 103 GWB Rn. 1.

3. Sicherheitsspezifische Auftragsvergaben im Cyberbereich

Der Begriff der Cybersicherheit ist weder klar umrissen noch legaldefiniert. Die Bezeichnung Cyber bezieht sich jedoch gemeinhin auf den Schutz von Computersystemen, Netzwerken und Daten vor Cyberangriffen, Hackerangriffen, Datendiebstahl und anderen Bedrohungen aus dem Internet. Dies umfasst etwa Maßnahmen wie Firewalls, Verschlüsselung, Zugriffskontrollen, Sicherheitsrichtlinien und Schulungen für Mitarbeiter, um die Vertraulichkeit, Integrität und Verfügbarkeit von Informationen zu gewährleisten. Sofern die öffentliche Hand Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen im vorstehend beschriebenen Bereich beschaffen möchte, stehen ihr einzelfallabhängig mitunter sogar verschiedene Handlungsoptionen offen.

Entscheidend ist zunächst, ob die jeweilige Vergabe zum Bereich der Verteidigungs- und Sicherheitsvergaben nach § 104 GWB zu zählen ist. Hierbei handelt es sich um **Aufträge**, deren Auftragsgegenstand mindestens eine der in den § 104 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GWB genannten Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen umfasst, namentlich:

1. die Lieferung von Militärausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile oder Bausätze,
2. die Lieferung von Ausrüstung, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags vergeben wird, einschließlich der dazugehörigen Teile, Bauteile oder Bausätze,
3. Liefer-, Bau- und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der in den Nummern 1 und 2 genannten Ausrüstung in allen Phasen des Lebenszyklus der Ausrüstung oder
4. Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines **Verschlusssachenauftrags** vergeben werden.

Für den Cybersicherheitsbereich ist insoweit insbesondere § 104 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 GWB maßgeblich. Ein Verschlusssachenauftrag ist nach der Legaldefinition des § 104 Abs.3 GWB demnach

„ein Auftrag im **speziellen Bereich der nicht-militärischen Sicherheit**, der ähnliche Merkmale aufweist und ebenso schutzbedürftig ist wie ein Auftrag über die Lieferung von Militärausrüstung im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 oder wie Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke im Sinne des Absatzes 1 Nummer 4, und

1. bei dessen Erfüllung oder Erbringung Verschlusssachen nach § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes oder nach den entsprechenden Bestimmungen der Länder verwendet werden oder
2. der Verschlusssachen im Sinne der Nummer 1 erfordert oder beinhaltet.“¹⁶

16 Vgl. auch Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 08.10.2015, BT-Drucksache 18/6281, S. 75, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>; [Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes und den Schutz von Verschlusssachen (Sicherheitsüberprüfungsgesetz – (SÜG)) vom 20. April 1994 (BGBl. I S. 867), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 413) geändert worden ist, abrufbar unter: https://www.gesetze-im-internet.de/s_g/BJNR086700994.html].

Von *Wietersheim* führt dazu aus:

„Die Definition, was eine Verschlussache ist, erfolgt unter Verweis auf § 4 SÜG und die entsprechenden Vorschriften der Länder. Nach § 4 Abs. 1 SÜG sind Verschlussachen im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, unabhängig von ihrer Darstellungsform. Sie werden entsprechend ihrer Schutzbedürftigkeit von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung eingestuft in vier Stufen, die in § 4 Abs. 2 SÜG näher dargestellt sind [STRENG GEHEIM, GEHEIM, VS-VERTRAULICH, VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH].“¹⁷

Die **Einstufung** erfolgt dabei nicht nur rein theoretisch, sondern hat auch im Vergabeverfahren praktische Konsequenzen (vgl. § 7 VSVgV). Zudem können Vergabekammern und Gerichte diese Einstufung überprüfen, da sonst der Auftraggeber nach eigenem Ermessen einen Auftrag als Verschlussache einstufen und in den Anwendungsbereich des vergaberechtlichen Sonderregimes für Verteidigung und Sicherheit bringen könnte.¹⁸ So hatte etwa das OLG Düsseldorf entschieden, dass die **Beschaffung einer Virenschutzsoftware** für die Bundestagsverwaltung einen Verschlussachenauftrag im Sinne des § 104 Abs. 3 GWB darstellt.¹⁹

Hindelang und *Eisenhut* ergänzen:

„Die Einstufung von Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen als Verschlussache ist gerichtlich nur **eingeschränkt überprüfbar**, weil den verantwortlichen Stellen insoweit ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist. Denn die vollständige Überprüfung der von der verantwortlichen Stelle nach § 4 Abs. 2 SÜG zu berücksichtigenden Umstände erfordert eine außen- und sicherheitspolitische Analyse, die über die Kompetenz der Gerichte hinausgeht. Die gerichtliche Prüfung – etwa im Nachprüfungsverfahren – beschränkt sich darauf, ob die Einstufung als Verschlussache auf einer vertretbaren Bewertung der Umstände beruht. In der Praxis wird von einer Einstufung zumindest als „VS-NfD“ teilweise sehr weitgehend Gebrauch gemacht.“²⁰

Über seine Definition von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen eröffnet § 104 GWB so den Anwendungsbereich für den Unterabschnitt 2 des Kartellvergaberechts (§§ 144–147 GWB), der – maßgeblich über einen Verweis auf die VSVgV – die in diesem Bereich anzuwendenden Vergabeverfahren bestimmt (vgl. § 1 VSVgV).²¹ Dem Auftraggeber stehen gemäß § 11 Abs. 1 VSVgV das **nicht offene Verfahren** (mit Teilnahmewettbewerb), das **Verhandlungsverfahren** (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) und der **wettbewerbliche Dialog** (mit Teilnahmewettbewerb) als Verfahrensarten zur Auswahl. Die VSVgV trägt zudem den

17 von Wietersheim, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 104 GWB Rn. 54,56; [Ergänzungen in eckigen Klammern diesseits].

18 Rosenkötter, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 1 VSVgV Rn. 17.

19 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015 – Verg 28/14, ZfBR 2016, 83.

20 Hindelang/Eisenhut, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 104 GWB Rn. 27f. [Hervorhebung diesseits].

21 Die VgV ist dann nicht – auch nicht subsidiär – anwendbar (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 VgV).

bereichsspezifischen Besonderheiten der Beschaffung verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Leistungen Rechnung und sieht unter anderem Vorschriften zum Schutz des Auftraggebers, etwa im Hinblick auf den Geheimschutz, auf die allgemeinen Regelungen zur Wahrung der Vertraulichkeit und auf die Versorgungssicherheit vor.²²

So verpflichtet beispielsweise das **Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik** (BSI) Teilnehmer, die im Rahmen des Vergabeverfahrens oder der Leistungserbringung Zugang zu als VS-NfD eingestuften Inhalten erhalten, im Rahmen der Angebotsphase entsprechende Verpflichtungserklärungen gemäß dem Dokument „Verpflichtungen bezüglich des Umgangs mit als VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH eingestuften Informationen“ beim BSI vorzulegen.²³ Demgegenüber dürfen VS-V eingestufte Inhalte in der Regel nur Unternehmen zugänglich gemacht werden, die der Geheimschutzbetreuung unterliegen.²⁴ Des Weiteren werden Besonderheiten des Vergabeverfahrens für Verschlusssachenaufträge insbesondere in Bezug auf die Übermittlung eingestufte Inhalte und die Signierung von Angeboten und Erklärungen geregelt.²⁵

4. Ausnahmen für den Sicherheitsbereich

4.1. Allgemeiner Ausnahmetatbestand zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen

Von den vorstehenden Grundsätzen unberührt²⁶, normiert § 107 GWB allgemeine Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Im Fall von § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB etwa zum **Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen** der Bundesrepublik Deutschland. Diese sind in Anknüpfung an den Begriff der wesentlichen Sicherheitsinteressen des Art. 346 Abs. 1 lit. a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)²⁷ auszulegen. Danach ist ein Mitgliedstaat demnach nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht.²⁸ Der Sinn und Zweck dieser Norm ist es, nationale Schutzmaßnahmen in Abweichung von Vertragspflichten der

22 Zu den Vergabearten und sonstigen Besonderheiten des Verfahrens siehe Conrad, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 58.

23 Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI), Allgemeine Bewerbungsbedingungen, Version 1.8, Stand 10.02.2022, S. 17.

24 Ebenda.

25 Ebenda, S. 18f.

26 Reichling, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, Kapitel 1, § 2 Rn. 89; so auch Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 08.10.2015, BT-Drucksache 18/6281, S. 126; „Die Ausnahmetatbestände des § 107 Abs. 2 GWB sind auch auf verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge anzuwenden.“, Otting, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 117 GWB Rn. 5.

27 Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV – (2016/C 202/01) vom 07.06.2016, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>.

28 Friton/Wolf, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), 31. Edition (Stand: 01.02.2023), § 107 GWB Rn. 51.

Mitgliedsstaaten zu ergreifen und so einen Schutz der nationalen Interessen vor solchen der Union und solchen der jeweils anderen Mitgliedstaaten zu ermöglichen.²⁹ Art. 346 Abs. 1 a AEUV gilt dabei auch für andere **sicherheitsrelevante Bereiche ohne militärischen Bezug**.³⁰

Durch das Gesetz zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik³¹ wurden im Jahr 2020 in § 107 Abs. 2 GWB zudem die Sätze 2 und 3 neu eingefügt:

„²Wesentliche Sicherheitsinteressen im Sinne des Artikels 346 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union können insbesondere berührt sein, wenn der öffentliche Auftrag oder die Konzession **verteidigungsindustrielle Schlüsseltechnologien** betrifft.

³Ferner können im Fall des Satzes 1 Nummer 1 wesentliche Sicherheitsinteressen im Sinne des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union insbesondere berührt sein, wenn der öffentliche Auftrag oder die Konzession

1. sicherheitsindustrielle Schlüsseltechnologien betreffen oder

2. Leistungen betreffen, die

a) für den Grenzschutz, die Bekämpfung des Terrorismus oder der organisierten Kriminalität oder für verdeckte Tätigkeiten der Polizei oder der Sicherheitskräfte bestimmt sind, oder

b) Verschlüsselung betreffen

und soweit ein besonders hohes Maß an Vertraulichkeit erforderlich ist.“³²

Der Gesetzgeber hatte mit der Einfügung der Sätze 2 und 3 in § 107 Abs. 2 GWB das Ziel, die praktische Beschaffung zu vereinfachen und damit zu beschleunigen.³³ § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB erläutert die **Auslegung der wesentlichen Sicherheitsinteressen** im Lichte des Art. 346 Abs. 1 lit. a AEUV genauer. § 107 Abs. 2 Satz 3 GWB dagegen vertieft die Frage der wesentlichen Sicherheitsaspekte nochmals ausschließlich für die Auslegung des § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB. Die Einstufung einer Technologie als verteidigungsindustrielle Schlüsseltechnologie erfolgt dabei durch einen Beschluss des Bundeskabinetts.³⁴

29 Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 346 AEUV Rn. 1.

30 Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 346 AEUV Rn. 5.

31 Gesetz zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020 S. 674), abrufbar unter: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s0674.pdf%27%5D_1710426311350.

32 [Hervorhebungen diesseits.]

33 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik, BT-Drucksache 19/15603, S. 54ff., abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/156/1915603.pdf>.

34 Ebenda, S. 58.

Die Gesetzesbegründung führt zu § 107 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 GWB aus:

„Damit können sowohl bestimmte Beschaffungen erfasst sein, die der Sicherstellung des grenzpolizeilichen Schutzes des Bundesgebietes dienen, als auch solche, die zur präventiven Abwehr oder repressiven Verfolgung von Straftaten mit terroristischem Hintergrund oder im Bereich der organisierten Kriminalität bestimmt sind. Weiterhin können Aufträge dazu führen, dass **wesentliche Sicherheitsinteressen** berührt sind, wenn sie zur Durchführung heimlich erfolgreicher Maßnahmen im Rahmen verdeckter Ermittlungen im Bereich der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung dienen oder für Verschlüsselungsmaßnahmen bestimmt sind.“³⁵

Es handelt sich um **Regelbeispiele**; allerdings machen diese eine Prüfung, ob im konkreten Fall ein derart hohes Maß an Vertraulichkeit erforderlich ist, dass auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens insgesamt verzichtet werden kann, nicht entbehrlich.³⁶

Antweiler führt dazu weiter aus:

„Die Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestandes sind besonders hoch: Erforderlich ist zum einen, dass es um den Schutz „wesentlicher“ staatlicher Sicherheitsinteressen geht; zum anderen müssen die wesentlichen Sicherheitsinteressen die Unanwendbarkeit des Vergaberichts gebieten. Davon kann nur bei einer objektiv gewichtigen Gefährdung oder Beeinträchtigung der Sicherheitslage die Rede sein. In jedem Fall muss der öffentliche Auftraggeber eine **Abwägung** zwischen den öffentlichen Sicherheitsbelangen und den Interessen der Bieter vornehmen; außerdem ist der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu beachten. Nur dann, wenn die Abwägung ergibt, dass es im **Einzelfall** geboten ist, von einem Vergabeverfahren nach Teil 4 des GWB Abstand zu nehmen, greift der Ausnahmetatbestand ein. Die Gründe, die im Interesse staatlicher Sicherheitsbelange eine Einschränkung der Bieterrechte erfordern, muss der öffentliche Auftraggeber im Vergabevermerk dokumentieren. Er trägt die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Umstände, aus denen sich der behauptete Vorrang staatlicher Sicherheitsinteressen ergibt. Der EuGH hat den Mitgliedstaaten bei der Prüfung, ob staatliche Sicherheitsinteressen betroffen sind, zwischenzeitlich einen weiten Beurteilungsspielraum zugebilligt, dann aber zu Recht wieder einen strengen Maßstab angelegt. Im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist die Pflicht zur Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens auch bei Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes nur dann insgesamt ausgeschlossen, wenn dem jeweiligen Sicherheitsinteresse nicht im Rahmen des Vergaberichts Rechnung getragen werden kann.“³⁷

35 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik, BT-Drucksache 19/15603, S. 58 [Hervorhebung diesseits].

36 Ebenda.

37 Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 107 GWB Rn. 46 m.w.N. [Hervorhebungen diesseits]; so auch Friton/Wolf, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), 31. Edition (Stand: 01.02.2023), § 107 GWB Rn. 53f.

4.2. Besondere Ausnahmen für die Vergabe von sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen

Im Anwendungsbereich des § 104 GWB sieht § 145 GWB eine Reihe von Ausnahmetatbeständen vor. Liegen die eng auszulegenden Voraussetzungen eines der in § 145 GWB enumerativ aufgeführten Tatbestände vor, sind der 4. Teil des GWB und die VSVgV daher nicht anwendbar.³⁸ Hervorzuheben sind in diesem Kontext § 145 Nr. 1 und Nr. 4 d) GWB.

Nach § 145 Nr. 1 GWB unterliegen verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge, die zum Zweck **nachrichtendienstlicher Tätigkeiten** vergeben werden, nicht dem Kartellvergaberecht. Typische Anwendungsfälle sind die Vergabe von Aufträgen durch die Nachrichtendienste selbst sowie die Vergabe von Aufträgen an Nachrichtendienste über spezifische nachrichtendienstliche Liefer- oder Dienstleistungen (wie beispielsweise Abhöreinrichtungen, Software zur Infiltration von Netzwerken oder die IT-technische Sicherung regierungseigener IT-Netzwerke).³⁹ Die Vorschrift setzt allerdings nicht zwingend voraus, dass die Vergabe durch oder an einen Nachrichtendienst erfolgt.⁴⁰ Vielmehr sind auch Aufträge anderer Behörden erfasst, sofern sie nachrichtendienstlichen Zwecken (einschließlich der Abwehr solcher Tätigkeiten) dienen.⁴¹

Nach § 145 Nr. 4 d) GWB können die Bundesregierung, die Landesregierungen sowie die Gebietskörperschaften verteidigungs- oder sicherheitsspezifische **Aufträge an ausländische Regierungen** oder Gebietskörperschaften vergeben, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags im Sinne des § 104 Absatz 3 GWB vergeben werden, ohne dass auf den Beschaffungsvorgang das Kartellvergaberecht anzuwenden ist. Sinn und Zweck ist es, die Beschaffung von Ausrüstung sowie von Bau- und Dienstleistungen durch eine Regierung bei einer anderen Regierung angesichts der Besonderheit des Verteidigungs- und Sicherheitssektors nicht dem Kartellvergaberecht zu unterwerfen.⁴²

4.3. Besondere Ausnahmetatbestände, die Sicherheitsaspekte umfassen

Für alle Vergaben, die weder Sicherheitsvergaben im Sinne von §§ 104 und 144 ff. GWB sind, noch unter die allgemeine Ausnahme des § 107 Abs. 2 GWB fallen, gilt zunächst das Vergaberechtsregime der §§ 115 ff. GWB sowie die VgV.

38 Hindelang/Eisenhut, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 145 GWB Rn. 1; Otting, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 145 GWB Rn. 4.

39 Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 145 GWB Rn. 1; Otting, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 145 GWB Rn. 6.

40 Otting, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 145 GWB Rn. 6.

41 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 145 GWB Rn. 10; Otting, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 145 GWB Rn. 6; Hindelang/Eisenhut, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 145 GWB Rn. 2.

42 Otting, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 145 GWB Rn. 19.

Jedoch sind auch innerhalb dieses Regimes in § 117 GWB Ausnahmenvorschriften für Sonderkonstellationen mit **sicherheits- oder verteidigungsrelevanten Bezügen** vorgesehen. § 117 GWB regelt dabei, welche besonderen Ausnahmen vom Vergaberecht für solche Aufträge und Wettbewerbe gelten, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte beinhalten, ohne aber verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge nach § 104 GWB zu sein.⁴³ Sind die Voraussetzungen des § 117 GWB erfüllt, kommt eine Anwendung des Kartellvergaberechts nicht in Betracht.⁴⁴

Im Hinblick auf die in § 117 Nr. 1 bis 3 GWB vorgesehenen Ausnahmen müssen Auftraggeber im Einzelfall bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen, prüfen, ob die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind.⁴⁵ Wann dies im Einzelfall gegeben ist, ist zum Teil aufgrund von **Abgrenzungsschwierigkeiten durch sachliche Überschneidungen** der Ausnahmetatbestände umstritten und obliegt letztendlich der Würdigung im Einzelfall.⁴⁶ Jedenfalls müssen Auftraggeber – wie bei § 107 Abs. 2 GWB – eine Abwägung zwischen den öffentlichen Sicherheitsbelangen und den Interessen der Bieter vornehmen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.⁴⁷ Sofern ein gleich geeignetes, aber weniger beeinträchtigendes Mittel zur Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen zur Verfügung steht, ist die Berufung auf § 117 Nr. 1 bis 3 GWB versperrt.⁴⁸ Auftraggeber werden insbesondere darlegen müssen, dass die in §§ 6 ff. VSVgV normierten Maßnahmen zur Wahrung der Vertraulichkeit, zum Schutz von Verschlussachen und zur Versorgungssicherheit keine gleich geeigneten Mittel darstellen.⁴⁹

4.4. Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes

Liegen die Voraussetzungen eines (besonderen) Ausnahmetatbestandes vor, sind die Vergaberichtlinien und Teil 4 des GWB insgesamt unanwendbar.⁵⁰ Der Auftraggeber kann gleichwohl zur

43 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 08.10.2015, BT-Drucksache 18/6281, S. 95.

44 Hindelang/Eisenhut, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 117 GWB Rn. 1.

45 Otting, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 117 GWB Rn. 10.

46 Vgl. etwa Hindelang/Eisenhut, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 117 GWB Rn. 4ff.; Otting, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 117 GWB Rn. 5ff. m.w.N.; Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 117 GWB Rn. 15f. m.w.N.

47 Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 117 GWB Rn. 9f., 16.

48 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 08.10.2015, BT-Drucksache 18/6281, S. 96.

49 Otting, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), 4. Auflage 2022, § 117 GWB Rn. 10.

50 Friton/Wolf, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), 31. Edition (Stand: 01.02.2023), § 107 GWB Rn. 5.

Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens verpflichtet sein.⁵¹

5. Fazit

Die Abgrenzung der vergaberechtlichen Anwendungsbereiche bei Beschaffungsvorgängen mit Bezug zur Cybersicherheit erfolgt im Einzelfall. Beschaffungsvorgänge im Cybersicherheitsbereich, die als **Verschlussachen** gemäß § 104 Abs. 3 GWB qualifiziert werden, unterfallen dem Begriff der sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträge und werden in einem **förmlichen Vergabeverfahren** gemäß der §§ 104 und 144ff. GWB und nach den Vorschriften der VSVgV vergeben. Im Rahmen des Vergabeverfahrens werden Maßnahmen und Instrumente genutzt, die insbesondere dem Vertraulichkeitsschutz innerhalb des Vergabeverfahrens dienen. Für Sicherheitsvergaben, die nicht als Verschlussachen eingestuft werden, gilt das Vergaberegime nach §§ 115 ff. GWB sowie die VgV. Die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens ist hier ebenfalls erforderlich.

Bestimmte Aufträge im Sicherheitsbereich bleiben jedoch insgesamt vom Kartellvergaberecht ausgenommen. Der Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand kann demnach in Einzelfällen derart sicherheitskritisch und -sensibel sein, dass ein förmliches Vergabeverfahren schlicht nicht durchgeführt werden kann. So enthält § 107 Abs. 2 GWB eine allgemeine Ausnahme für Vergaben, die Art. 346 AEUV unterfallen. § 145 GWB enthält weitere besondere Ausnahmetatbestände für Auftragsvergaben im Bereich Sicherheit. § 117 GWB enthält daneben weitere Ausnahmen für Aufträge, die nicht unter den Begriff des sicherheitsspezifischen Auftrags fallen, gleichwohl aber Sicherheitsaspekte aufweisen. Aufgrund von sachlichen Überschneidungen der **Ausnahmen**, kommt es teilweise zu **Abgrenzungsschwierigkeiten**. Im Ergebnis zielen alle gesetzlichen Ausnahmetatbestände jedoch darauf ab, den Schutz vertraulicher Daten vor Weitergabe und Offenlegung an unbefugte Dritte möglichst effektiv zu verhindern. Da der Verzicht auf ein Vergabeverfahren im wettbewerbsfokussierten Vergaberecht nur als ultima ratio in Betracht kommt, ist eine restriktive Auslegung aller Ausnahmen geboten.⁵² Folglich bedarf es bei der Berufung auf Ausnahmetatbestände einer **Abwägung im Einzelfall** zwischen den öffentlichen Sicherheitsbelangen und den Interessen der Bieter unter Beachtung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit**.⁵³

51 Friton/Wolf, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), 31. Edition (Stand: 01.02.2023), § 107 GWB Rn. 5; zu der Anwendbarkeit solcher Grundsätze und Vorgaben siehe insgesamt Friton/Wolf, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), 31. Edition (Stand: 01.02.2023), § 107 GWB Rn. 6 m.w.N; zum Rechtsschutz siehe etwa Friton/Wolf, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), 31. Edition (Stand: 01.02.2023), § 107 GWB Rn. 60ff.

52 Ständige Rechtsprechung des EuGH; siehe aus jüngerer Zeit insbesondere EuGH Urteil vom 07.06.2012 – C- 615/10, IBRRS 2012, 2179 Rn. 35; so auch Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 145 GWB Rn. 5.

53 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 145 GWB Rn. 4.