



Ausarbeitung

**Vergaberechtliche Fragen zu einer nationalen Vergabe von Schiffen
und Booten für die Deutsche Marine**

Vergaberechtliche Fragen zu einer nationalen Vergabe von Schiffen und Booten für die Deutsche Marine

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 028/22
Abschluss der Arbeit: 12. Mai 2022
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa 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 des Fachbereichs Europa 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 unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Ausnahmen von der Grundregel der Ausschreibungspflicht bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen	4
3.	Freistellung von der Vergabepflicht nach Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV	4
3.1.	Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit	5
3.2.	Absehen von einer europaweiten Ausschreibung zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland	5
3.3.	Erforderlichkeit der Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland	6
3.4.	Angemessenheit der Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland	8
3.5.	Keine Beeinträchtigung der auf dem Binnenmarkt geltenden Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren	9

1. Fragestellung

An den Fachbereich wurden verschiedene Fragen gerichtet zur Möglichkeit einer nationalen Vergabe solcher Schiffe und Boote für die Deutsche Marine, die in der Gemeinsamen Militärgüterliste¹ erfasst sind.

2. Ausnahmen von der Grundregel der Ausschreibungspflicht bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen

Eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht besteht nach der RL 2009/81 EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit.²

Nach Art. 2 dieser Richtlinie findet diese im Grundsatz für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit Anwendung, nach ihrem Art. 2 Ziffer a) insb. für *die Lieferung von Militärausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile und/oder Bausätze*.

Eine Bereichsausnahme sieht Art. 13 Ziff. f) RL 2009/81 EG vor für *Aufträge, die eine Regierung an eine andere Regierung vergibt und die Folgendes betreffen: [...] Ziff. i) ... die Lieferung von Militärausrüstung oder sensibler Ausrüstung [...]*.

Darüber hinaus ist eine Abweichung von der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht nach der RL 2009/81 EG für die in der vorerwähnten Gemeinsamen Militärgüterliste erfassten Militärgüter zulässig, soweit sich diese auf Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV stützen ließe. Die in § 107 Abs. 2 Nr. 2 GWB vorgesehene Bereichsausnahme für öffentliche Aufträge insb. bei sicherheitsindustriellen Schlüsseltechnologien schließt an die europarechtlich bereits vorgesehene Freistellung von der Verpflichtung einer europaweiten Ausschreibung bestimmter Militärgüter an ohne zusätzlichen eigenen Regelungsgehalt.³

3. Freistellung von der Vergabepflicht nach Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV

Eine auf Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV gestützte Nichtanwendung eines die Ausschreibung vorsehenden Vergabeverfahrens setzt voraus, dass dieses die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betrifft (3.1.), das Absehen von einem Ausschreibungsver-

1 Gemeinsame Militärgüterliste des Rates vom 14. April 1958, ABl. EG v. 20.12.2001 C 364/85, letzte konsolidierte Fassung v. 17.2.2020, ABl. C 85/1.

2 Richtlinie 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, letzte konsolidierte Fassung v. 1.1.2022.

3 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 6. Auflage 2021, § 104 GWB Rn. 8; BT-Drucks. 17/7275, 15.

fahren muss der Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland dienen (3.2.), zu dessen Wahrung erforderlich (3.3.) und angemessen (3.4.) sein und darf *auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen* (3.5.).

Die nachfolgenden Ausführungen verdeutlichen, dass sich eine auf Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV gestützte Freistellung von einer europaweiten Ausschreibung der Vergabe von Rüstungsgütern nur im Rahmen eines konkreten Beschaffungsvorhabens nach umfassender Sachverhaltsaufklärung abschließend bewerten lässt.

3.1. Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit

Der Anwendungsbereich des Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV betrifft die in der Militärgüterliste⁴ erfassten Rüstungsgüter, auf die in Art. 346 Abs. 2 AEUV verwiesen wird.

*Die in der Liste des Rates vom 15. April 1958, auf die Art. 296 Abs. 2 EG [Vorgängerregelung zu Art. 346 AEUV] ausdrücklich verweist, aufgeführten Arten von Produkten fallen grundsätzlich unter die in Abs. 1 Buchst. b dieses Artikels vorgesehene Ausnahmemöglichkeit.*⁵

Die in Frage stehenden Kriegsschiffe, sowie Marine-Spezialausrüstung, Zubehör und Bestandteile werden in der Gemeinsamen Militärgüterliste detailliert unter ML 9 erfasst.

3.2. Absehen von einer europaweiten Ausschreibung zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland

Die Abweichung von einem im Vergaberecht vorgeschriebenen Ausschreibungsverfahren ist eine Variante der nach Art. 346 Abs. 1 lit. b) zulässigen Maßnahmen.⁶ Nach Art. 2 RL 2009/81 gilt das nach dieser Richtlinie vorgesehene Vergabeverfahren nur vorbehaltlich dieser primärrechtlichen Regelung.⁷

Die wesentlichen Sicherheitsinteressen betreffen die innere und die äußere Sicherheit.⁸

Ein Maßstab zur Eingrenzung der für diese Ausnahmeregelung maßgebenden Sicherheitsinteressen ließe sich der Bereichsausnahme in Art. 13 Ziff. f) RL 2009/81 entnehmen. Davon erfasst sind *Aufträge, die eine Regierung an eine andere Regierung vergibt und die Folgendes betreffen: [...]* Ziff. i) ... *die Lieferung von Militärausrüstung oder sensibler Ausrüstung [...]*.

4 Vgl. Fn. 1.

5 EuGH, Urt. v. 7.6.2012, Rs. C-615/10 Rn. 36.

6 Wegener, in: Callies/Ruffert, EuV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 346 Rn. 12.

7 Art. 2 RL 2009/81 verweist hierbei u.a. auf *Art. 296 des Vertrags*, der Vorgängerregelung zu Art. 346 AEUV.

8 EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-70/94 Rn. 25; Kokott, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 346 AEUV Rn. 4.

Der Erwägungsgrund 16 dieser Richtlinie stellt diesen Zusammenhang zwischen der hierin vorgesehenen Bereichsausnahmen zu Art. 346 AEUV her:

Die Artikel 30, 45, 46, 55 und 296 [Vorgängerregelung zu Art. 346 AEUV] des Vertrags sehen besondere Ausnahmen von der Anwendung seiner Grundsätze und damit auch von der Anwendung des von diesen abgeleiteten Rechts vor. Dies bedeutet, dass keine Bestimmung dieser Richtlinie dem Erlass oder der Durchsetzung von Maßnahmen entgegenstehen sollte, die sich zur Wahrung von Interessen als notwendig erweisen, die aufgrund dieser Bestimmungen des Vertrags als legitim anerkannt sind. Dies bedeutet insbesondere, dass die Vergabe von Aufträgen, die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, von dieser Richtlinie ausgenommen werden kann, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt ist oder der Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen eines Mitgliedstaats dies gebietet. Dies kann bei Verträgen sowohl im Bereich der Verteidigung als auch der Sicherheit der Fall sein, die äußerst hohe Anforderungen an die Versorgungssicherheit stellen oder so vertraulich und/oder wichtig für die nationale Souveränität sind, dass selbst die besonderen Bestimmungen dieser Richtlinie nicht ausreichen, um wesentliche Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten zu schützen, deren Definition in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.

Mit Blick auf Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV, wo es heißt: *Die Union [...] achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere [...] den Schutz der nationalen Sicherheit [...] anerkennen die Unionsverträge eine der Missbrauchskontrolle nach Art. 348 AEUV unterliegende Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten zu ihren nationalen Sicherheitsinteressen.*⁹

3.3. Erforderlichkeit der Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland

Die Inanspruchnahme der Bereichsausnahme in Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV muss zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sein.

Dazu anerkennt die unionsgerichtliche Rechtsprechung einen Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten.

*Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die zuständigen nationalen Behörden je nach den Umständen über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen, wenn sie Maßnahmen treffen, die sie für erforderlich halten, um die öffentliche Sicherheit eines Mitgliedstaats im oben genannten Sinne zu gewährleisten.*¹⁰

Aus der Formulierung *...die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind...* folgert die europäische Rechtsprechung, dass dies im Einzelfall darzulegen und nachzuweisen ist.

⁹ EuG, Urt. v. 30.9.2003, Rs. T-26/01 Rn. 58; Kokott, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 346 AEUV Rn. 4.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 17.10.1995 Rs. C-83/94 Rn. 35.

Zum anderen spricht Art. 346 Abs. 1 Buchst. b AEUV zwar von Maßnahmen, die ein Mitgliedstaat als für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich ansehen kann, doch kann er nicht als Ermächtigung der Mitgliedstaaten verstanden werden, durch bloße Berufung auf diese Interessen von den Bestimmungen des Vertrags abzuweichen [...]. Ein Mitgliedstaat, der sich auf diese Bestimmung beruft, muss nämlich nachweisen, dass eine Inanspruchnahme der dort vorgesehenen Ausnahme erforderlich ist, um seine wesentlichen Sicherheitsinteressen zu wahren [...].¹¹

Es ist dazuzulegen, dass sich die mit dem Absehen von einem Ausschreibungsverfahren verfolgten Ziele nicht mit weniger den Wettbewerb einschränkenden Maßnahmen erreichen ließen.

Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob der Mitgliedstaat, der sich auf Art. 346 Abs. 1 Buchst. b AEUV beruft, nachzuweisen vermag, dass eine Inanspruchnahme der dort vorgesehenen Ausnahme erforderlich ist, um seine wesentlichen Sicherheitsinteressen zu wahren.¹²

Ein Mitgliedstaat muss darlegen, dass die Wahrung seiner Sicherheitsinteressen sich nicht im Rahmen einer Ausschreibung erreichen ließe.¹³

Es ist darzulegen, dass die Anwendung des im Vergaberecht vorgesehenen Regelverfahrens eine tatsächliche Gefährdung nationaler Sicherheitsinteressen mit sich bringt. Der jeweilige Mitgliedstaat ist insoweit gehalten, sich um die Vereinbarkeit der grundsätzlichen Beachtung des Vergaberechts und der Wahrung seiner Sicherheitsinteressen zu bemühen.¹⁴

Als Grund für ein Abweichen von der Ausschreibungspflicht ließe sich etwa anführen, dass sich nur bei Vermeidung einer europaweiten Ausschreibung der deutsche Marineschiffbau als nationale Schlüsseltechnologie erhalten ließe.

Fernerhin fordert der EuGH, dass die Befreiung von der Ausschreibungspflicht Güter betrifft, die notwendig für militärische Zwecke bestimmt sind, da mit der Inanspruchnahme des Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV der Binnenmarkt nicht für Waren hinsichtlich ziviler Einsatzmöglichkeiten angetastet werden darf.

...ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 296 Abs. 1 Buchst. b EG jeder Mitgliedstaat die Maßnahmen ergreifen kann, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; Voraussetzung ist dabei allerdings, dass

11 EuGH, Urt. v. 4.9.2014, Rs. C-474/12 Rn. 34.

12 EuGH, Urt. v. 4.9.2014, Rs. C-474/12 Rn. 39.

13 EuGH, Urt. v. 8.4.2008, Rs. C-337/05 Rn 53; Urt. v. 20.3.2018, Rs. C-187/16 Rn. 79.

14 Wegener, in: Callies/Ruffert, EuV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 346 Rn. 12.

diese Maßnahmen auf dem Gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.¹⁵

Bei für den Einsatz bei der Deutschen Marine vorgesehenen Schiffen und Booten dürfte im Regelfall davon auszugehen sein, dass diese marinespezifisch entsprechend der von diesen zu erfüllenden militärischen Funktion ausgestattet sind und nicht (auch) im zivilen Bereich einsetzbar bzw. mit zivilen Schiffen vergleichbar sind.¹⁶

3.4. Angemessenheit der Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland

Unter diesem Gesichtspunkt ist eine Abwägung vorzunehmen zwischen den im Rahmen des Vergaberechts verfolgten Grundsätzen und Zielen des Wettbewerbsrechts als wesentlicher Teil des europäischen Binnenmarktes und den für den Verzicht einer europaweiten Ausschreibung von Schiffen und Booten für die Deutsche Marine sprechenden Gründen.

Die zweite Vergabekammer des Bundeskartellamtes führte dazu folgendes aus:

Der Verzicht auf die Durchführung eines den Regeln des EU-Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahrens dient hier der Förderung der von der Ag herangezogenen Vorgaben der nationalen Schlüsseltechnologie des inländischen Marineschiffbaus, soweit er dem Bau von Kriegsschiffen im Sinne des Art. 346 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 AEUV dient. Die Beschaffung leistet durch den zu erteilenden Zuschlag einen Beitrag zur Förderung des Marineschiffbaus in Deutschland, was ausreichend ist, um das Ziel der Sicherheitsinteressen zu wahren.¹⁷

Diese Abwägung erfordert eine einzelfallbezogene Prüfung, was eine Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung in Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV für den generellen Verzicht auf die Durchführung eines den Regeln des EU-Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahrens für bestimmte Waffensysteme ausschließt.

15 EuGH, Urt. v. 8.4.2008, Rs. C-337/05 Rn. 46; Urt. v. 2.10.2008, Rs. C-157/06 Rn. 26 f.; Frenz, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 346 Rn. 25.

16 So auch Bundeskartellamt, 2. Vergabekammer VK 2 – 87/20 Rn. 68.

17 Bundeskartellamt, 2. Vergabekammer VK 2 – 87/20 Rn. 72.

3.5. Keine Beeinträchtigung der auf dem Binnenmarkt geltenden Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren

Bei einem Absehen von der Durchführung eines den Regeln des EU-Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahrens für ausschließlich militärischen Zwecken dienenden Schiffen und Booten ist von vornherein davon auszugehen, dass hierdurch auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigt wird.

- Fachbereich Europa -