Schriften zum Vergaberecht 56

Maximilian Voll

Sicherheit als Argument im Vergaberecht

Eine Analyse des Rechts der Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter öffentlicher Aufträge unter Einbeziehung des Primärrechtsschutzes

Nomos

Schriften zum Vergaberecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi,
Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa),
Bucerius Law School Hamburg

Band 56

Maximilian Voll

Sicherheit als Argument im Vergaberecht

Eine Analyse des Rechts der Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter öffentlicher Aufträge unter Einbeziehung des Primärrechtsschutzes

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Göttingen, Georg-August-Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6743-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0815-9 (ePDF)

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie befand sich ursprünglich auf dem Stand Frühjahr 2015 und wurde im Herbst 2017 aktualisiert. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung konnte jedoch noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Mein besonderer und herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater *Prof. Dr. Thomas Mann* für die Betreuung meines Promotionsvorhabens, für die stete und unbedingte Unterstützung bei vielen wichtigen Stationen meines akademischen Werdegangs und nicht zuletzt für die wertvollen und prägenden Jahre als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl, die ich stets in allerbester Erinnerung behalten werde.

Bedanken möchte ich mich zudem bei Herrn *Prof. Dr. Hans Michael Heinig* für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei Herrn *Prof. Dr. Martin Burgi* und Herrn *Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa)* für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der „Schriften zum Vergaberecht".

Zum Gelingen dieses Vorhabens haben eine ganze Reihe weiterer Personen beigetragen, die mir lieb und wichtig sind. Bedanken möchte ich mich bei *Kristina Wiehen*, *José Antonio Ordóñez*, *Balint Simon*, *Miriam Cheref*, *Victoria Louise Steinwachs*, *Dr. Max Wilhelm Oehm*, *Dr. Stephan Götze*; sowie nicht zuletzt bei *Julie Anne Kofler* für Rückhalt und Unterstützung aber auch Ablenkung und viel Verständnis. Bedanken möchte ich mich auch bei *Dr. Marc Gabriel*, der den Anstoß für das Thema dieser Untersuchung gegeben hat und mir als Mentor zur Seite stand.

Mein größter Dank gilt schließlich meiner Familie und insbesondere meinen Eltern, *Norbert Voll* und *Isolde Barkhoff-Voll*, die immer hinter mir stehen und für mich da sind. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im März 2020 Maximilian Voll

Inhaltsverzeichnis

Gesetzes- und Abkürzungsverzeichnis 17

25

Einleitung 27

A. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand 27

B. Stand der Wissenschaft 28

C. Gang der Untersuchung 30

Kapitel 1 Dogmatische Grundlagen und Rahmenbedingungen der Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge 33

A. Sicherheit als Rechtsbegriff im EU/GWB-Vergaberecht 34

I. Sicherheit als Staatsaufgabe 36

II. Sicherheitsgewährleistung im Kompetenzgefüge der Europäischen Union 40

III. Fazit 43

B. Grundlagen und Grundsätze des EU/GWB-Vergaberechts 43

I. Konzeption und europarechtliche Determination des GWB-Vergaberechts 43

II. Wirtschaftlichkeit 48

1. Ursprung im haushaltsrechtlichen Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit 49

2. Wirtschaftlichkeit durch Vergaberecht 51

a) Wettbewerbliche Sonderstellung des Staates 51

b) Kompensation durch vergaberechtliche Verfahrensvorschriften 53

III. Wettbewerb 55

1. Verhältnis von Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit 56

2. Binnenmarktziel 57

IV. Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung 59

V. Transparenz des Vergabeverfahrens 61

1. Dogmatische Verortung und inhaltliche Bedeutung des Transparenzgrundsatzes 62

2. Konkretisierung im EU/GWB-Vergaberecht 64
a) Auftragsbekanntmachung 65
aa) Formale Anforderungen 66
bb) Materiell-inhaltliche Anforderungen 68
aaa) Eignungsnachweise 68
bbb) Auftragsgegenstand 71
cc) Hierarchie der Vergabeverfahrensarten 73
b) Vorinformation 74
c) Vergabeunterlagen 75
aa) Auftragsgegenstand/Leistungsbeschreibung 76
bb) Zuschlags- und Wertungskriterien 78
cc) Zugang (Publizität) 79
VI. Vergaberechtsschutz 81
1. Funktion des Primärrechtsschutzes im EU/GWB-Vergaberecht 81
2. Vergabeverfahrensvorgaben als subjektive Bieterrechte im GWB-Vergaberecht 84
3. Nachprüfbarkeit des Vergabeverfahrens – Ex-Post Transparenz 89
a) Vergabeverfahren und Dokumentation 92
b) Vergabeentscheidung 93
aa) Spezifika des GWB-vergaberechtlichen Primärrechtsschutzsystems 94
bb) Vergabeentscheidung und effektiver Vergaberechtsschutz 96
cc) Informationspflicht und Warte-/Stillhaltefrist im GWB-Vergaberecht 99

C. Geheim- und Sabotageschutz bei öffentlichen Aufträgen 101
I. Sinn und Zweck des Geheimschutz- und Sicherheitsüberprüfungsrechts 104
1. Geheimschutz 104
2. Sabotageschutz 105
II. Grundzüge des Geheim- und Sabotageschutzes 106
1. Sicherheitsüberprüfung 106
a) Zuständigkeit 107
b) Verfahren 108
2. Sicherheitsempfindliche Tätigkeit 110
a) Sicherheitsempfindliche Tätigkeit aus Gründen des Geheimschutzes 110
aa) Verschlusssache 111

bb) Geheimhaltungsgrade 112
b) Sicherheitsempfindliche Tätigkeit aus Gründen des Sabotageschutzes 114
III. Geheim- und Sabotageschutz in der Wirtschaft 116
1. Geheimschutz 117
a) Rechtlicher Rahmen (Geheimschutzhandbuch des BMWi) 118
b) Geheimschutzverfahren des BMWi (Sicherheitsbescheid) 119
aa) Voraussetzungen für die Durchführung eines Geheimschutzverfahrens 119
bb) Gegenstand des Geheimschutzverfahrens und Erlass eines Sicherheitsbescheides 120
c) Verschlusssachen-Ermächtigung (VS-Ermächtigung) 123
2. Sabotageschutz 125
3. Behandlung von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Staaten 126

D. Ergebnis 127

Kapitel 2 Vergaberechtsrelevante Besonderheiten verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge 131

A. Privilegierung im allgemeinen Vergaberecht 138
I. Ausnahmetatbestände im allgemeinen EU-Vergaberecht 139
1. Anwendung durch den EuGH 142
a) C-324/93 – „*Evans Medical*“ 143
b) C-252/01 – „*Kommission/Belgien – Küstenbeobachtung*“ 144
c) C-337/05 und C-157/06 – „*Kommission/Italien – Agusta Hubschrauber I und II*“ 147
d) Analyse 150
2. Rechtsfolgen von Ausnahmetatbeständen der Vergaberichtlinien 151
II. Umsetzung im GWB-Vergaberecht 156
1. Historische Entwicklung 156
2. Bedeutung und rechtliche Qualität 160
III. Die ausgenommenen Auftragsarten 162
1. Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips 163
2. Für geheim erklärte Aufträge 168
a) Rechtsgrundlagen der Geheimerklärung 169

b) Gegenstand und notwendige Reichweite der Geheimhaltung 170
c) Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers 174
d) Rückgriff auf eine nicht offene Verfahrensart als milderes Mittel? 175
aa) Konstellation 1: Die Vergabeunterlagen wären geheimhaltungsbedürftig 176
aaa) Sicherheitsbescheid als Mindestanforderung an die Eignung unzulässig 177
bbb) Nichtdiskriminierende Gestaltungsoption widerspricht dem Willen des Gesetzgebers 179
bb) Konstellation 2: Die Auftragsbekanntmachung wäre geheimhaltungsbedürftig 181
cc) Zwischenergebnis 183
3. Aufträge, deren Ausführung besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert 183
4. Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen 187

B. Die Ausnahmevorschrift des Art. 346 AEUV im Vergaberecht 190
I. Regelungsqualität 193
II. Wesentliche Sicherheitsinteressen 197
III. Auskunftverweigerung nach lit. a) 200
IV. Maßnahmen nach lit. b) 201
V. Verhältnismäßigkeit und Nachweisanforderungen 205
VI. Übernahme im GWB-Vergaberecht 207

C. Keine subsidiäre Anwendbarkeit des Haushaltsvergaberechts 207

D. Ergebnis 209

Kapitel 3 Das Sondervergaberecht für verteidigungs- und sicherheitsrelevante öffentliche Aufträge 211

A. Genese 212

B. Wesensmerkmale des Sondervergaberechts 216

I. Flexibilität 218

1. Berücksichtigung in der VSVKR 220

a) Hierarchie und Anwendungsvoraussetzungen der Vergabeverfahrensarten 220

b) Rahmenvereinbarungen 222

c) Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers mangels Vertrauenswürdigkeit 223

2. Zusammenfassende Bewertung 225

II. Versorgungssicherheit 231

1. Berücksichtigung in der VSVKR 231

2. Bewertung 233

III. Schutz von Verschlusssachen (Informationssicherheit) 234

1. Berücksichtigung in der VSVKR 235

a) Vergabeverfahrensarten 236

b) Geheimschutzauflagen und Eignungsanforderungen 236

c) Verfahrensausschluss 238

2. Anforderungen an den Schutz von Verschlusssachen durch Unternehmen im GWB-Vergaberecht 239

a) Mindestanforderung an die persönliche Eignung 240

b) Gewährung zusätzlicher Zeit zur Erfüllung von Geheimschutzanforderungen 241

c) Nachweisanforderungen 242

aa) Erklärungen über das Bestehen eines Sicherheitsbescheides 242

bb) Verpflichtungserklärung über die Geheimhaltung und den Schutz von Verschlusssachen 243

d) Voraussetzungen für einen Verschlusssachenzugang während des Vergabeverfahrens 244

aa) Zugang für einzelne Mitarbeiter i.S.v. § 7 Abs. 3 S. 2 VSVgV 245

bb) Gewährung zusätzlicher Zeit 247

cc) Parameter der Ermessensausübung 248

dd) Lösungsvorschlag zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen 251

e) Keine Geltung von § 7 VSVgV für Dritte 252
f) Teilnahmemöglichkeiten für Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten 254
IV. Vergabe von Unteraufträgen und Eignungsleihe 255
1. Sinn und Zweck der obligatorischen/wettbewerblichen Unterauftragsvergabe 256
2. Verpflichtung zur Unterauftragsvergabe 260
3. Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens zur Auswahl eines Unterauftragnehmers 262
a) Anwendungsbereich 262
b) Verfahrensvorgaben 263
4. Zeitpunkt der obligatorischen Unterauftragsvergabe und der Unterauftragsvergabe im wettbewerblichen Verfahren 264
5. Eignungsleihe 266

C. Ergebnis 269

Kapitel 4 Sachliche Rechtfertigung für die Anwendung des Sondervergaberechts (Anwendungsbereich) 273

A. Vorgaben für den sachlichen Anwendungsbereich durch die VSVKR 274
I. Militärausrüstung, Bau- und Dienstleistungsaufträge für militärische Zwecke 274
II. Sensible Ausrüstung, sensible Bauleistungen und sensible Dienstleistungen 276
III. Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Lieferung militärischer und sensibler Ausrüstung 279

B. Anwendungsbereich im nationalen Recht (insbesondere Verschlusssachenaufträge) 280
I. Zusammenhang von Geheimschutz und Auftragsvergabe 281
1. Verwendung von Verschlusssachen 282
2. Erforderlichkeit von Verschlusssachen 285
3. Beinhalten von Verschlusssachen 285
II. Einbeziehung von VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH 287
III. Vergleichbarkeit mit militärischen Aufträgen 289
IV. Teilweise verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge 292

C. Personeller Anwendungsbereich 297

D. Schwellenwerte 298

E. Ausnahmen für verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge 299

I. Ausnahmetatbestände des Sondervergaberechts 300

1. Finanzdienstleistungen 300

2. Nachrichtendienstliche Tätigkeiten 301

3. Auftragsvergaben im Rahmen von Kooperationsprogrammen 302

4. Aufträge zwischen Regierungen 304

5. Aufträge im Rahmen von Auslandseinsätzen 308

II. Anwendung von Art. 346 AEUV nach Umsetzung der VSVKR 308

F. Ergebnis 312

Kapitel 5 Sicherheitsrelevante Aufträge außerhalb des Sondervergaberechts 315

A. Verbleibender Anwendungsbereich der Geheim- und Sicherheitsausnahmen des allgemeinen GWB-Vergaberechts 315

B. Sicherheitsgewährleistende Maßnahmen in Vergabeverfahren 317

Kapitel 6 Rechtsschutz bei der Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge 323

A. Besonderheiten des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes im Zusammenhang mit verteidigungs- und sicherheitsrelevanten öffentlichen Aufträgen 324

I. Geheimhaltung von Verschlusssachen 325

1. Vorgaben der VSVKR 326

2. GWB-Vergaberecht 326

a) Gewährleistung der Vertraulichkeit durch die Vergabenachprüfungsinstanzen 327

aa) Keine Sonderzuständigkeit eines speziellen Spruchkörpers 328

bb) Ausnahmsweise besondere Besetzung 330

cc) Pflicht zur Geheimhaltung 331

b) Vereinbarkeit von Akteneinsichtsrechten und Geheimhaltungsinteressen 332

aa) Akteneinsichtsrecht im Vergabenachprüfungsverfahren 333

bb) Versagung der Akteneinsicht aus Gründen des Geheimschutzes 339
cc) Voraussetzungen für die Einsicht in geheimhaltungsbedürftige Vergabeakten 343
c) Akteneinsichtsmöglichkeiten von Verfahrensbevollmächtigten 344
aa) Während des Vergabenachprüfungsverfahrens 344
bb) Im Vorfeld eines Vergabenachprüfungsverfahrens 347
II. Aufrechterhaltung vergaberechtswidrig geschlossener Verträge 349
III. Sicherheitsaspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz 350
1. Vorgaben der VSVKR 350
2. GWB-Vergaberecht 351
a) Zuschlagsverbot 351
b) Eilrechtsschutzverfahren 352
c) Entfall des Zuschlagsverbotes nach § 169 Abs. 4 GWB 354

B. Geheimschutz- und Sicherheitsüberprüfungsrecht als Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens 358
I. Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens 358
II. Einzelne Verfahrensgegenstände 361
1. Verschlusssachenklassifikation 361
2. Versagung und Entzug von VS-Ermächtigungen 362
3. Versagung eines Sicherheitsbescheides 364
III. Prüfungsumfang der Vergabenachprüfungsinstanzen 364

C. Ergebnis 365

Kapitel 7 Thesenförmige Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 369

Literaturverzeichnis 377

Gesetzes- und Abkürzungsverzeichnis

Gesetze und Verordnungen

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.2008 (ABl.EG v. 09.05.2008, C 115/47), zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndBeschl. 2012/419/EU vom 11.07.2012 (ABl.EU v. 11.07.2012, L 204/131)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2911) geändert worden ist
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007 (ABl.EG 2007 C 306/1, ber. ABl.EG 2008 C 111/56, ABl.EU 2009 C 290/1, ABl.EU 2011 C 378/3), zuletzt geändert durch Art. 13, 14 Abs. 1 EU-Beitrittsakte 2013 vom 09.12.2011 (ABl.EU 2012 L 112/21)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15.11.2019 (BGBl. 2019 I S. 1546)
GO EP	Geschäftsordnung Europäisches Parlament, v. 01.03.2011, ABl.EU 2011, L 116/1, zuletzt geändert durch ÄndB 2013/C 264 E/18 v. 22.05.2012 (ABl.EU 2013, C 264/98)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122) geändert worden ist
Richtlinie 2009/43/EG	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.05.2009 zur Vereinfachung der Bedingungen für die innergemeinschaftliche Verbringung von Verteidigungsgütern (ABl.EG v. 06.05.2009 Nr. L 146, S. 1.)
Richtlinie 89/665/EWG	Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der

	Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl.EG v. 30.12.1989, L 395/33)
Richtlinie 2007/66/EG	Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge 8ABl.EG v. 20.12.2007, L 335/31)
SektVO	Sektorenverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 657), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117) geändert worden ist
SKR	Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABL.EG v. 30.04.2004, L 134, S. 1)
SÜFV	"Sicherheitsüberprüfungsfeststellungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 2007 (BGBl. I S. 2294), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1822) geändert worden ist
SÜG	Sicherheitsüberprüfungsgesetz vom 20. April 1994 (BGBl. I S. 867), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1626) geändert worden ist
VgRÄG	Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512)
VgV	Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 12. Juli 2019 (BGBl. I S. 1081) geändert worden ist
VKR	Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (ABl.EG v. 30.04.2004, L 134, S. 114)
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, Ausgabe 2019 (BAnz AT 19.02.2019 B2, 3
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) vom 18. November 2009 (BAnz. Nr. 185a)
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) – Teil A – Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A) vom 20. November 2009 (BAnz. Nr. 196a, ber.

	2010 S. 755), zuletzt geändert durch Unterschwellenvergabeordnung vom 2.2.2017 (BAnz AT 07.02.2017 B1)
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1509), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 12. Juli 2019 (BGBl. I S. 1081) geändert worden ist
VSVKR	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 Dienstleistungsaufträgen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (ABl.EU v. 20.08.2009, L 216, S. 76)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 56 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2652) geändert worden ist
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 25 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (BGBl. I S. 846) geändert worden ist

Sonstige Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
ACPP	Advisory Committee on Public Procurement
AöR	Archiv öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAAINBw	Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr
BauR	Baurecht
BB	Betriebsberater
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMI	Bundesministerium des Innern
BMVg	Bundesministerium der Verteidigung
BMWi	Bundesministerium der Wirtschaft und Energie
BOS	Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben
BReg	Bundesregierung
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
Ders.	Derselbe

Dies	Dieselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E.L.Rev	European Law Review
EG	Europäische Gemeinschaften
ESVP	Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik
etc.	und so weiter
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschafts
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende Seite(n)
FMS	Foreign Military Sales
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin beim EuGH
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GewArch	Gewerbearchiv
GHB	Geheimschutzhandbuch
GMBl.	Gemeinsames Ministerialblatt
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
Hdb.	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IBR	Immobilien- und Baurecht
inkl.	inklusive
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
KommJur	Der Kommunaljurist
LHO	Landeshaushaltsordnung
lit.	littera (Buchstabe)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MEP	Mitglied des Europäischen Parlaments
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OVG	Oberverwaltungsgericht
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
RFSR	Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
Slg.	Sammlung (der Rechtsprechung des EuGH)
sog.	so genannte(r)
SÜR	Sicherheitsüberprüfungsrecht
u.	und
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
Verf.	Verfasser
VergabeR	Vergaberecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung

VPR	Vergabepraxis und -recht
VSA	Verschlusssachenanweisung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für internationales Bau- und Vergaberecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

„Nach unserer Überzeugung ist kein menschliches Kollektiv so unfehlbar oder so allwissend, daß seine Tätigkeit nicht ständiger Nachprüfung und Kritik ausgesetzt zu sein brauchte. [...] Wir wissen, daß jede Art der Geheimhaltung Korruption im Gefolge hat. Und wir wissen auch, daß in einer Geheimatmosphäre ein unberechtigter Irrtum weiterwuchert und -schwelt.“[1]

1 *Julius Robert Oppenheimer*, Atomkraft und menschliche Freiheit, Hamburg 1957, S. 74.

Einleitung

A. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe ist in den Mitgliedstaaten der EU weitgehend durch europäische Vergabekoordinierungsrichtlinien (EU-Vergaberecht) determiniert.[2] Die Vergabe öffentlicher Aufträge hat nach Maßgabe des europäischen Unionsrechts im Wege wettbewerblicher, transparenter und nichtdiskriminierender Verfahren zu erfolgen, die jedem Wirtschaftsteilnehmer mit einem Interesse am Auftrag eine faire Chance auf den Zuschlag gewähren und eine gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe erlauben sollen. Derartige Vorgaben können mit mitgliedstaatlichen Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen in Konflikt geraten. Vor allem die Pflicht eines öffentlichen Auftraggebers zur Geheimhaltung sicherheitssensibler Informationen, die sich aus mitgliedstaatlichem Recht ergibt, kann der Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens im Einzelfall entgegenstehen.

Seit jeher war die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter öffentlicher Aufträge daher durch spezifische sekundärrechtliche Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts und dessen nationaler Umsetzung im Vierten Teil des GWB (GWB-Vergaberecht) ausgenommen. Binnenmarktinteressen wurden von vornherein gegenüber Sicherheitsinteressen zurückgestellt. Soweit wesentliche Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten einer Auftragsvergabe im Verfahrenswettbewerb entgegenstehen, befreit zudem die Ausnahmevorschrift des Art. 346 AEUV von den Bindungen des EU-Vergaberechts. Von dieser Legitimation gedeckt, konnte die Auftragsvergabe im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich größtenteils nach Gutdünken erfolgen, ohne einer wirksamen Rechtmäßigkeitskontrolle zu unterliegen.

Erst die veränderten wirtschaftlichen Bedingungen auf den Rüstungsmärkten nach Ende des Kalten Krieges veranlassten den europäischen Richtliniengeber nach einem bis dato schon mehr als anderthalb Jahrzehn-

---

2 Die dafür maßgeblichen Richtlinien sind insbesondere: Richtlinie 2014/24/EU (im Folgenden: VRL); Richtlinie 2014/25/EU (im Folgenden: SRL); Richtlinie 2014/23/EU (im Folgenden: KZR); Richtlinie 89/665/EWG; Richtlinie 2007/66/EG; Richtlinie 2014/24/EU; Richtlinie 2014/25/EU; Richtlinie 2014/23/EU.

te andauernden Evaluierungsprozess zu einem Umdenken. Der Erlass der Richtlinie 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (VSVKR) führte zu einem Paradigmenwechsel im EU-Vergaberecht. Zur Förderung der grenzüberschreitenden europäischen Binnennachfrage von Verteidigungsgütern konstituierte diese wirtschaftspolitische Legislativmaßnahme ein Sondervergaberechtsregime für verteidigungs- und sicherheitsrelevante öffentliche Aufträge. Mitgliedstaatlichen Sicherheitsinteressen soll durch die Flexibilität der verfahrensrechtlichen Vorgaben und spezielle Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Versorgungssicherheit und Geheimschutz im Vergabeverfahren entsprochen werden. Beabsichtigt wurde damit, der Anwendung der primärrechtlichen Sicherheitsausnahme des Art. 346 AEUV die Grundlage zu entziehen und einen grenzüberschreitenden Vergabewettbewerb zu begründen. Zudem wurden Auftragsvergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich erstmals der inhaltlichen Nachprüfung durch die Vergabekammern und die Vergabesenate an den Oberlandesgerichten geöffnet.

Staatliche Sicherheitsinteressen können *de lege lata* die Ausnahme eines öffentlichen Beschaffungsvorgangs vom allgemeinen EU/GWB-Vergaberecht[3] rechtfertigen und die Anwendung des Sondervergaberechts für verteidigungs- und sicherheitsrelevante öffentliche Aufträge begründen sowie ausnahmsweise auch ein Abweichen von diesem Sondervergaberecht legitimieren. Als Ausdruck des Paradigmas vom Widerspruch zwischen vergaberechtlichen Verfahrensvorgaben und mitgliedstaatlichen Sicherheits- und Geheimhaltungsinteressen ist Sicherheit ein vergaberechtliches Argument. Dieses ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

B. Stand der Wissenschaft

Obwohl das EU/GWB-Vergaberecht im Allgemeinen schon vor mehr als einem Jahrzehnt in den besonderen Fokus von Wissenschaft und Praxis gerückt ist und seitdem kontinuierlicher Gegenstand eines intensiven Dis-

3 Für die Zwecke dieser Untersuchung bezeichnet der Begriff des allgemeinen EU/GWB-Vergaberechts in Abgrenzung zum Verteidigungs- und Sicherheitssondervergaberecht alle vergabeverfahrensrechtlichen Vorschriften, die sich nicht spezifisch auf verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge beziehen.

kurses ist,[4] steht die rechtswissenschaftliche Durchdringung der hier in Rede stehenden Thematik größtenteils noch in den Anfängen. Lediglich die sicherheitsspezifischen Ausnahmetatbestände des europäischen Vergabesekundärrechts und des Primärrechts wurden bereits umfassend im Rahmen von Monographien, Zeitschriftenbeiträgen und innerhalb der Kommentarliteratur behandelt.

Die Bestimmungen des Sondervergaberechts für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge haben bislang einige wenige Erstkommentierungen erfahren, die größtenteils darauf abzielen, einen Überblick für die Praxis zu vermitteln.[5] Beiträge in Zeitschriften und Sammelwerken haben schwerpunktmäßig zum einen die Richtlinienbestimmungen[6] und zum anderen deren Umsetzung im GWB-Vergaberecht[7] überblicksartig zusammengefasst. Einen umfassenden Überblick über das Vergaberecht im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich bietet die im Jahr 2017 erschienene Monographie von *Hölzer*.[8] Die Behandlung ausgewählter Problemkreise ist vereinzelt geblieben.[9] Eine umfassende monographische Aufarbeitung des für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter öffentlicher Aufträge geltenden Rechts anhand des Spannungsverhältnisses zwischen vergaberechtlichen Verfahrensvorgaben und mitgliedstaatlichen Sicherheits-

---

4 Allein in der von *Burgi* und *Pünder* herausgegebene Schriftenreihe zum Vergaberecht sind seit dem Jahr 2004 insgesamt 55 Monographien erschienen.

5 So etwa durch *Leinemann/Kirch* (Hrsg.), Kommentar zur Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit mit VOB/A-VS; *Dippel/Sterner/Zeiss* (Hrsg.), VSVgV Kommentar, 2. Aufl; *v. Wietersheim* (Hrsg.), Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit; *Mösinger/Thomas*, Verteidigungs- und Sicherheitsvergaben.

6 Siehe dazu die Beiträge von *Gabriel*, VergabeR 2009, 380; *Wagner/Bauer*, VergabeR 2009, 856; *Hertel/Schöning*, NZBau 2009, 684; *Briggs*, P.P.L.R. 2009, NA129; *Gabriel/Weiner*, Procurement Lawyer 2010, 22; *Heuninckx*, P.P.L.R. 2011, 9; *Höfler/Petersen*, EuZW 2011, 336; *Roth*, IBR 2011, 1215; *Yukins*, The Government Contractor 2009, 383.

7 Siehe dazu *Byok*, NVwZ 2012, 70; *Rosenkötter*, VergabeR 2012, 267; *Hölzl*, VergabeR 2012, 141; *Roth/Lamm*, NZBau 2012, 609; *Otting*, in: FS Marx, S. 527.

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

9 Hervorzuheben ist vor allem der Beitrag von *Trybus*, E.L.Rev. 2012, 3. Zu den Auswirkungen der VSVKR auf die Zulässigkeit von Offset-Geschäften siehe *Weiner*, EWS 2011, 401; zu der Kategorie des verteidigungs- und sicherheitsrelevanten öffentlichen Auftrags siehe *Scherer-Leydecker*, NZBau 2012, 533 und zum Schicksal der sicherheitsspezifischen Ausnahmetatbestände in § 100 Abs. 8 Nr. 1 bis 3 GWB sowie des automatischen Entfalls des Zuschlagsverbotes im Nachprüfungsverfahren nach Umsetzung der VSVKR siehe *Voll*, NVwZ 2013, 120. Die sicherheitsspezifischen Ausnahmetatbestände behandeln auch *Haak/Koch*, NZBau 2016, 204.

und Geheimhaltungsinteressen fehlt bislang. Diese Lücke sucht die vorliegende Untersuchung zu schließen.

C. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit ist in sieben Kapitel gegliedert. Das erste Kapitel behandelt die dogmatischen Grundlagen und Rahmenbedingungen der öffentlichen Auftragsvergabe im verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Bereich. Es setzt einen Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung und dient ebenso der Illustration wie der Konkretisierung des Spannungsverhältnisses zwischen vergaberechtlichen Transparenzpflichten und staatlichen Geheimhaltungsbedürfnissen.

Daran anknüpfend setzt sich das zweite Kapitel anhand von Ausnahmetatbeständen des europäischen Richtlinienvergaberechts und des europäischen Primärrechts mit den vergaberechtlich bedeutsamen Besonderheiten verteidigungs- und sicherheitsrelevanter öffentlicher Aufträge auseinander. Es zeigt auf, unter welchen Voraussetzungen mitgliedstaatliche Sicherheitsinteressen die Ausnahme eines öffentlichen Auftrags von der Anwendung des EU/GWB-Vergaberechts rechtfertigen.

Das dritte Kapitel unterzieht das Sondervergaberecht für verteidigungs- und sichereitsrelevante Aufträge einer detaillierten Analyse und legt dessen Wesensmerkamle im Unterschied zum allgemeinen EU/GWB-Vergaberecht offen.

In Abgrenzung zum allgemeinen EU/GWB-Vergaberecht beinhaltet das vierte Kapitel eine exakte Bestimmung der Anwendungsvoraussetzungen des Sondervergaberechts. Diese müssen mit der Reichweite der sicherheitsspezifischen Ausnahmetatbestände des allgemeinen EU/GWB-Vergaberechts harmonieren. Soweit der Anwendungsbereich des Verteidigungs- und Sicherheitsvergaberechts über diese hinausreichen würde, käme es zu einer nicht erforderlichen Beschränkung des Vergabewettbewerbs; öffentliche Auftraggeber unterlägen dann lediglich den Vorgaben des weniger strengen Sondervergaberechts, ohne, dass die Sicherheitsrelevanz des Auftrags dies verlangt. Sollte der Anwendungsbereich des Sondervergaberechts zu kurz greifen, und nicht all jene Aufträge erfassen, die im allgemeinen EU/GWB-Vergaberecht einem Ausnahmetatbestand unterfallen, entstünden Regelungslücken.

Mit der vergaberechtlichen Behandlung sicherheitsrelevanter Aufträge, die nicht dem Verteidigungs- und Sicherheitsvergaberecht unterfallen, setzt sich das fünfte Kapitel auseinander. Es bietet zunächst eine abschlie-

ßende Untersuchung der verbleibenden Anwendungsmöglichkeiten der sicherheitsspezifischen Ausnahmetatbesände des allgemeinen EU/GWB-Vergaberechts und befasst sich sodann am Beispiel des sog. „*no-spy-Erlasses*“[10] des Bundesinnenministeriums mit sicherheitsgewährleistenden Maßnahmen in Vergabeverfahren außerhalb des Sondervergaberechts.

Das sechste Kapitel behandelt schließlich die Besonderheiten des Primärrechtsschutzes im Zusammenhang mit verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen. Im Fokus steht hier die Frage danach, wie staatliche Sicherheits- und Geheimschutzinteressen gewahrt, gleichzeitig aber auch der Anspruch der am Auftrag interessierten Wirtschaftsteilnehmer auf effektiven Vergaberechtsschutz gewährleistet werden kann.

Das siebte Kapitel fasst endlich die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit thesenförmig zusammen.

10 Erlass gegenüber dem Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern, Betreff: „*Verwendung einer Eigenerklärung und einer Vertragsklausel in Vergabeverfahren im Hinblick auf Risiken durch nicht offengelegte Informationsabflüsse an ausländische Sicherheitsbehörden*“ v. 30.04.2014, Az.: O4–11032/23#14.

Kapitel 1 Dogmatische Grundlagen und Rahmenbedingungen der Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge

Anknüpfungspunkt für eine besondere rechtliche Behandlung der in dieser Untersuchung gegenständlichen öffentlichen Aufträge ist deren Releanz für staatliche Sicherheitsinteressen. Der Begriff „*Sicherheit*" findet in diversen Vorschriften, die über die Art und Weise bestimmen, wie die Auftragsvergabe durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelfall durchzuführen ist, tabestandliche Verwendung. Als Grundlage für die weitere Untersuchung soll daher zunächst eine Auseinandersezung mit dem vergaberechtlichen Sicherheitsbegriff erfolgen. Dessen nähere Konkretisierung erfordert eine Analyse des mit diesem verbundenen Zweck und dessen rechtlichen Ursprungs (*nachfolgend A.*).

Der Einsatz privater Wirtschaftsteilnehmer zur Erfüllung sicherheitssensibler Aufgaben, namentlich durch die Erbringung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen, ist von einem Konflikt zwischen Wettbewerbs- und Sicherheitsinteressen geprägt. Das Vergaberecht dient der Gewährleistung einer wettbewerblichen Auswahl eines Auftragnehmers anhand vornehmlich wirtschaftlicher Kriterien. Dazu bedarf es der Durchführung eines transparenten Verfahrens, das diskriminierungsfreie Teilnahmemöglichkeiten für alle am Aufrag interessierten Wirtschaftsteilnehmer gewährleistet. Erforderlich sind insbesondere gleiche Zugangsmöglichkeiten zu sämtlichen auftrags- und vergabeverfahrensbezogenen Informationen (*nachfolgend B.*).

Bestitzt ein öffentlicher Auftrag Relevanz für staatliche Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen, ist gleichzeitig sicherzustellen, dass weder durch den Einsatz eines privaten Wirtschaftsteilnehmers zur Auftragsausführung, noch durch den Vergabevorgang an sich, ein Sicherheitsrisiko geschaffen wird. Die Voraussetzungen, unter denen ein öffentlicher Auftraggeber natürliche Personen mit einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit betrauen und geheimhaltungsbedürftige Verschlusssachen an private Wirtschaftsteilnehmer weitergeben darf, regelt das Geheimschutz- und Sicherheitsüberprüfungsrecht (*nachfolgend C.*).

A. Sicherheit als Rechtsbegriff im EU/GWB-Vergaberecht

Bei dem Begriff Sicherheit handelt es sich um einen in besonderem Maße unbestimmten Terminus.[11] Etymologisch stammt der Begriff vom lateinischen „*securitas*", welcher auf den Ausdruck „*secūrūs*" zurückgeht, was so viel wie „*sorglos*" bedeutet.[12] Mit Sicherheit wird dementsprechend oftmals ein Zustand bezeichnet, der durch die Abwesenheit von Risiken[13] oder von Gefahren[14] gekennzeichnet ist. Dabei wird der Sicherheitsbegriff auch in juristischen Zusammenhängen multifunktional gebraucht, wie die in der Rechtsanwendungspraxis geläufigen Begriffe „*öffentliche Sicherheit*", „*Raum der Sicherheit*", „*Verkehrssicherheit*", „*Anlagensicherheit*", „*Produktsicherheit*", „*Arbeits- und Unternehmenssicherheit*" verdeutlichen.[15] Vor allem der Begriff der öffentlichen Sicherheit ist nicht bloß die Bezeichnung eines Zustandes des Geschütztseins und noch weniger ein bloß psychologischer Tatbestand, sondern eine komplexe Vorstellung.[16] Der Sicherheitsbegriff zählt, sofern er in einer Norm tatbestandliche Verwendung findet, zu einem Kanon von Rechtsbegriffen, die aus sich heraus nicht abschließend definierbar, sondern vielmehr offen sind für das Einströmen sich wandelnder Vorstellungen und damit auch für verschiedenartige Konkretisierungen, ohne sich dabei inhaltlich völlig zu verändern.[17] Eine Konkretisierung des Sicherheitsbegriffs muss deshalb notwendigerweise im Kontext seiner jeweiligen Verwendung erfolgen.

Im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe dient der Sicherheitsbegriff dazu, Ausnahmen von Verpflichtungen des EU/GWB-Vergaberechts zur legitimieren. Er findet auf nahezu sämtlichen für die öffentliche Auftragsvergabe relevanten Ebenen der Normenhierarchie Verwendung: Ein Mitgliedstaat wird durch Art. 346 AEUV im Einzelfall von den Vorgaben des EU-Vergaberechts entbunden, wenn deren Beachtung im Widerspruch zu dessen wesentlichen „*Sicherheitsinteressen*" stehen würde.

---

11 *Preuß*, in: *Grimm*, Staatsaufgaben, S. 523 (526); *Bull*, Staatsaufgaben, 348; *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302); *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 22: „*Sicherheit ist ein Blankettbegriff, offen für unterschiedliche Schutzobjekte*".

12 *Kaufmann*, Sicherheit, S. 63.

13 *Kaufmann*, Sicherheit, S. 10 ff. und 49 ff. (55 ff.).

14 *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 26.

15 *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302).

16 *Kaufmann*, Sicherheit, S. 67.

17 *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, S. 144, mit Verweis auf die Begriffe „*Rechtsstaat*", die „*Freiheits- und Eigentumsklausel*", die „*öffentliche Sicherheit und Ordnung*" sowie die „*freiheitlich-demokratische Grundordnung*".

Die europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinien stellen in Art. 1 Abs. 3 VRL, Art. 1 Abs. 3 SRL, Art. 1 Abs. 3 KRL, Art. 2 VSVKR ausdrücklich klar, dass sie der Anwendung dieser Ausnahmeregelung unterliegen, bzw. nur vorbehaltlich dieser Regelung Anwendung finden.

Öffentliche Aufträge sind gemäß Art. 15 Abs. 2 UAbs. 1 VRL, Art. 24 Abs. 2 UAbs. 1 SRL vom Anwendungsbereich des europäischen Vergabesekundärrechts ausgenommen, soweit der „*Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen*" eines Mitgliedstaats nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewährleistet werden kann. Darüber hinaus finden die EU-Vergaberichtlinien nach Art. 15 Abs. 3 VRL, Art. 24 Abs. 3 SRL auch keine Anwendung, wenn die Auftragsvergabe und die Ausführung des öffentlichen Auftrags oder Wettbewerbs für geheim erklärt werden oder sie nach den in einem Mitgliedstaat geltenden Rechts- oder Verwaltungsvorschriften „*besondere Sicherheitsmaßnahmen*" erfordern, sofern der Mitgliedstaat festgestellt hat, dass die betreffenden wesentlichen Interessen nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewährleistet werden können.

Der sachliche Anwendungsbereich der VSVKR bezieht sich neben der Vergabe von Aufträgen zur Lieferung von Militärausrüstung sowie Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke nach Art. 2 lit. b) und d) VSVKR auch auf die Lieferung von sog. „*sensibler Ausrüstung*" sowie auf die Erbringung von „*sensiblen Bauleistungenn*" und „*sensiblen Dienstleistungen*". Gemäß der Definition in Art. 1 Nr. 7 VSVKR sind darunter Ausrüstung, Bauleistungen und Dienstleistungen „*für Sicherheitszwecke*" zu verstehen, bei denen Verschlusssachen verwendet werden oder die solche Verschlusssachen erfordern und/oder beinhalten. Im GWB-Vergaberecht ist die Anwendung des Sondervergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit davon abhängig, dass ein Auftrag i.S.v. § 104 Abs. 1 GWB als „*verteidigungs- und sicherheitsspezifischer öffentliche Auftrag*" zu qualifizieren ist.

Zur Begründung einer privilegierten Behandlung verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge im EU/GWB-Vergaberecht wird gemeinhein darauf verwiesen, dass diese in einem besonderen Näheverhältnis zum Kernbereich mitgliedstaatlicher Souveränität stünden.[18] Die vergaberechtliche Privilegierung sei Ausdruck eines im europäischen Primärrecht wurzelnden Souveränitätsvorbehaltes zu Gunsten der Mitgliedstaaten im Be-

18 *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 536; *Renner/Rubach-Larsen/Sterner*, NZBau 2007, 407; *Höfler/Petersen*, EuZW 2011, 336; *Masing*, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 100 GWB Rn. 20 und 33.

reich der staatlichen Sicherheit und des Geheimschutzes.[19] Das gibt Anlass, diesen Souveränitätsvorbehalt zur weiteren Konkretisierung des vergaberechtlichen Sicherheitsberiffs näher zu beleuchten.

I. Sicherheit als Staatsaufgabe

Sicherheit ist eine der ältesten und vorrangigen Aufgaben eines Gemeinwesens.[20] Seit den Anfängen der neuzeitlichen Staatslehre wird es zu den erstrangigen Aufgaben des Staates gezählt, die innere und äußere Sicherheit seiner Bürger zu gewährleisten, um ihnen die effektive Ausübung ihrer Freiheitsrechte zu ermöglichen.[21] Schon *Hobbes*[22] und *Locke*[23] haben die Funktion des Staates herausgestellt, den Schutz des Lebens, der Freiheit und des Eigentums seiner Bürger vor äußeren Feinden und die Erhaltung des inneren Friedens zu gewährleisten. Der Staat in diesem Sinne wird verstanden als die Grundbedingung für Frieden und Sicherheit.[24]

Während der neuzeitliche Staat zunächst durch die ihm übertragen Aufgaben definiert wurde, wird der moderne Staat eher durch seine Mittel konstituiert als durch seine Ziele.[25] Dem liegt die Einsicht zu Grunde, dass eine abstrakte, von der konkreten staatlichen Konstitution losgelöste Bestimmung von Staatszwecken weder sinnvoll noch möglich ist,[26] da der Staat als Organisationstypus genuin eine virtuelle Allzuständigkeit besitzt, aus der seine Berechtigung folgt, seinen eigenen Wirkungskreis selbst zu definieren und seine Aufgaben selbst zu wählen.[27] Vom Staat wahrzuneh-

---

19 *Ziekow*, VergabeR 2007, 711 (715); *Herrmann/Polster*, NVwZ 2010, 341 (343).

20 *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 3 ff.; *Link*, VVDStRL 48 (1990), 7 (27); *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 5; zur historischen Entwicklung: *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, S. 13 ff.

21 Vgl. *Tettinger*, in: FS-J.F.Kirchhoff, S. 281 (283); *Brugger*, Freiheit und Sicherheit, S. 21; *Preuß*, in: *Grimm*, Staatsaufgaben, S. 523; *Ehlers*, in: FS Lukes, S. 337 (338 ff.); *Calliess*, in: FS Isensee, S. 755 (764); *Gusy* DÖV 1996, 573 (577).

22 *Hobbes*, Leviathan Teil II, Kap. 17, S. 162, 167; Kap. 18, S. 168; Kap. 30 S. 315.

23 *Locke*, Zweite Abhandlung über die Regierung, §§ 134 ff.

24 *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, S. 106. Zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit siehe *Di Fabio*, NJW 2008, 421 ff.

25 *Isensee*, in: HStR, III, § 57 Rn. 41 ff.

26 Dazu *Kaufmann,* in: *Grimm*, Staatsaufgaben, S. 15 ff.; *Link*, VVDStRL 48 (1990), 7 (15 f.).

27 *Isensee*, in: HStR III, § 57 Rn. 156 ff. Das kann freilich nur für die allgemeine Staatslehre uneingeschränkt gelten und bedarf zur Anwendung im Verfassungsstaat der Modifikation/Einschränkung. Dazu *Bull*, Staatsaufgaben, 90 ff.

mende Aufgaben unterliegen deshalb in Abhängigkeit von den Herausforderungen der jeweiligen Epoche und den Erwartungen der in ihr lebenden Bürger einem stetigen Wandel.[28] Demgegenüber sind die staatlichen Mittel zur Aufgabenwahrnehmung weniger variabel. Der Staat lässt sich deshalb über das ihm vorbehaltene und spezifische Mittel der legitimen physischen Gewaltsamkeit definieren.[29] Das Gewaltmonopol, verstanden als die Fähigkeit, andere auch gegen ihren Willen aufgrund des Rechts zu verpflichten und diese Pflichterfüllung mit eigenen Mitteln durchsetzen zu können, ermöglicht es, die Beachtung der Rechtsordnung sicherzustellen[30] und qualifiziert einen Verbund von Individuen als Staat, der sich dadurch von privaten Machtorganisationen unterscheidet.[31]

Wenn sich der Staat auch nicht über einen bestimmten Zweck definieren lässt, besteht mit der Gewährleistung von Sicherheit – neben der Förderung des Gemeinwohls – dennoch ein ausschließlicher Staatszweck, der sich jedenfalls faktisch aus dem staatsspezifischen Mittel des Gewaltmonopols ableiten lässt.[32] Schließlich wird die Sicherheitsgewährleistung durch den Staat mit dem Gewaltmonopol als Mittel verwirklicht.[33] Die Sicherheitsgewährleistung stellt deshalb einen zeitlosen Staatszweck dar.[34] Schutzpflicht und Schutzanspruch für Leben, körperliche Unversehrtheit, individuelle Freiheit und Eigentum bilden den Kern einer jedenfalls der modernen Staatlichkeit unabdingbaren inneren Friedens- und Sicherheitsgewährleistung.[35]

Während die Zuweisung der Sicherheitsgewährleistung zum Kanon vorrangiger Staatsaufgaben in Verfassungstexten des 18. Jahrhunderts noch

---

28 Vgl. *Gusy* DÖV 1996, 573 (574); dazu auch *Brugger*, Freiheit und Sicherheit, S. 49 ff.

29 *M. Weber*, Politik und Beruf, in: *ders.*, Gesammelte politische Schriften, 1958, S. 494; *Willoweit,* in: *Randelzhofer/Süß*, Konsens und Konflikt, S. 313 (315); *Merten*, in: *Randelzhofer/Süß*, Konsens und Konflikt, S. 324 (325 ff.); *Calliess*, ZRP 2002, 1 (3).

30 *Merten*, in: *Randelzhofer/Süß*, Konsens und Konflikt, S. 324 (329 f.).

31 *Calliess*, ZRP 2002, 1 (3).

32 Vgl. *Isensee*, in: HStR, III, § 57 Rn. 42 (Fn. 59) und Rn. 150 ff.; in diese Sinne wohl auch *Bull*, Staatsaufgaben, 102, 349.

33 Vgl. *Link*, VVDStRL 48 (1990), 7 (27). Die Übertragung des Gewaltmonopols auf den souveränen Staat wurde bereits von *Thomas Hobbes* als Notwendigkeit zur Erreichung eines Staatszwecks Sicherheit erkannt (*Hobbes*, Leviathan Teil II, Kap. 17, S. 166, Kap. 21, S. 205).

34 *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 199 ff.; in diesem Sinne auch *Starck*, FS K.Castens, Bd. 2, S. 867 ff.

35 *Starck*, FS K.Castens, Bd. 2, S. 867 (868).

einen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat,[36] findet sich diese im Grundgesetz nicht als Staatsaufgabe.[37] Zwar war ursprünglich die Festschreibung eines „*Rechts auf Sicherheit*" in Art. 2 Abs. 2 GG vorgesehen, der Redaktionsausschuss des Parlamentarischen Rates lehnte diese Fassung jedoch bewusst ab, da über den Inhalt eines solchen Rechts Unklarheit herrschte, es „*doch nur ein Ausfluss der persönlichen Freiheit*" sein könne.[38] Die Gewährleistung von Sicherheit durch eine funktionierende Staatsgewalt wird vom Grundgesetz jedoch als selbstverständliche Bedingung für die Erreichung und Gewährleistung darüberhinausgehender Staatsziele und Gemeinwohlbelange angesehen.[39] Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind „*die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung [sind] ebenfalls Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.*"[40] Der Schutz der staatlichen Sicherheit stellt einen eigegen Gemeinschaftswert des Grundgesetzes dar.[41] Die Gewährleistung von Sicherheit als Staatsaufgabe wird einer Zusammenschau impliziter

---

36 In der Präambel zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1787 werden die verfolgten Staatsziele zusammengefasst: „*Wir, das Volk der Vereinigten Staaten, von der Absicht geleitet […] die Gerechtigkeit zu verwirklichen, die Ruhe im Innern zu sichern, für die Landesverteidigung zu sorgen, das allgemeine Wohl zu fördern und das Glück der Freiheit uns selbst und unseren Nachkommen zu bewahren, setzen und begründen diese Verfassung für die Vereinigten Staaten von Amerika.*". In Art. 2 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.08.1789 heißt es: „*Der Zweck aller politischen Vereinigung ist die Erhaltung der natürlichen und unwandelbaren Menschenrechte. Diese Rechte sind die Freiheit, das Eigentum, die Sicherheit und der Widerstand gegen Unterdrückung.*" Nach § 76 der Einleitung zum preußischen Allgemeinen Landrecht vom 01.06.1794 ist „*jeder Einwohner des Staats [ist] den Schutz desselben für seine Person und sein Vermögen zu fordern berechtigt*".

37 *Götz*, in: HStR, IV, § 85 Rn. 20.

38 *Tettinger*, in: FS-J.F.Kirchhoff, S. 281 (293), mit Verweis auf JöR N.F. Bd. 1 (1951), S. 62. Wiedergegeben auch in BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, 1 BvR 253/56 = BVerfGE 6, 32 (39); dazu auch *Brugger*, Freiheit und Sicherheit, S. 53.

39 *Calliess*, ZRP 2002, 1; *Gusy*, DÖV 1996, 573 (578).

40 BVerwG Urt. v. 7.10.1975, I C 46/69, NJW 1976, 490 (492) darauf bezugnehmend auch BVerfG, Beschl. v. 1.8.1978, 2 BvR 1013/77 u.a., NJW 1978, 2235 (2237) sowie Gesetzesbegründung der BReg zum SÜG, BT-Drs. 97/93, S. 36.

41 BVerfG, Teilurt. v. 05.08.1966, 1 BvR 586/62, 610/63, 512/64 = BVerfGE 20, 162 (177); BVerfG, Beschl. v. 15.03.1967, 1 BvR 161/63 = BVerfGE 21, 239 (242); BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, 2 BvR 215/81 = BVerfGE 57, 250 (268 f.).

Aussagen des Grundgesetzes entnommen.[42] Sie wird sowohl mit den grundlegende Strukturentscheidungen der Rechtsstaatlichkeit[43], der Sozialstaatlichkeit, der (wehrhaften) Demokratie und der Leitformel der freiheitlichen demokratischen Grundordnung[44] begründet, als auch aus den staatlichen Schutzpflichten als unmittelbarem Ausfluss der Grundrechtsgewährleistung[45] hergeleitet.[46] Sicherheit ist dementsprechend nicht Selbstzweck, sondern wird stets für andere, von ihr verscheidene Personen, Sachen oder Interessen gewährleistet.[47]

---

42 Einen Überblick über diese gibt *Tettinger*, in: FS-J.F.Kirchhoff, S. 281; in diesem Sinne auch Stober, NJW 2008, 2301 (2304); kritisch *Gusy*, DÖV 1996, 573 (577 ff.).

43 *Schmidt-Aßmann*, in: HStR IV, § 26 Rn. 10 ff.

44 *Tettinger*, in: FS-J.F.Kirchhoff, S. 281 (285); in diesem Sinne auch *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 203 ff., der die „Grundstaatsziele" der Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit, Kulturstaatlichkeit, Friedensstaatlichkeit und Umweltstaatlichkeit als Ausprägungen des Staatszwecks „Sicherheit" qualifiziert.

45 Dazu *Merten*, in: *Randelzhofer/Süß*, Konsens und Konflikt, S. 324 (332); *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 27 ff.

46 Vgl. *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 33 ff.; *Preuß*, in: *Grimm*, Staatsaufgaben, S. 523 (525); *Götz*, in: HStR IV, § 85 Rn. 22, 24; *Tettinger*, in: FS-J.F.Kirchhoff, S. 281 (286 f.); *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 15 ff.; *Ehlers*, in: FS Lukes, S. 337 (338 ff.). Von einem solchen Verständnis geht auch der Gesetzgeber in der Begründung zum Sicherheitsüberprüfungsgesetz aus, der dem Bestand und der Sicherheit des Staates im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeit einer personellen Sicherheitsüberprüfung vorrangige Bedeutung gegenüber den Freiheitsrechten des Einzelnen einräumen will, da Bestand und Sicherheit des Staates als Garanten für die Individualrechte erhalten bleiben müssten (Gesetzesbegründung der BReg zum SÜG, BT-Drs. 97/93, S. 36).

47 *Gusy* DÖV 1996, 573 (578). In diesem Sinne auch bereits *Hobbes*, Leviathan Teil II, Kap. 30, S. 315: „*Mit ‚Sicherheit' ist hier aber nicht die bloße Erhaltung des Lebens gemeint, sondern auch alle anderen Annehmlichkeiten des Lebens, die sich jedermann durch rechtmäßige Arbeit ohne Gefahr oder Schaden für den Staat erwirbt.*" sowie *Wilhelm von Humboldt* wird das Zitat zugeschrieben: „*Ohne Sicherheit vermag der Mensch weder seine Kräfte auszubilden, noch die Früchte derselben zu genießen; denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit.*".

II. Sicherheitsgewährleistung im Kompetenzgefüge der Europäischen Union

Ausgangspunkt der vertikalen Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten ist die sog. europäische Schrankentrias[48], bestehend aus dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[49] Die Union wird nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung[50] nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Insbesondere dieses Prinzip unterscheidet die EU von einem (Bundes-)Staat, der die sog. Kompetenz-Kompetenz besitzt[51] und deshalb grundsätzlich dazu legitimiert ist, sich aus sich heraus neue Kompetenzfelder zu erschließen. Es besteht gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 EUV und Art. 4 Abs. 1 EUV eine Zuständigkeitsvermutung zu Gunsten der Mitgliedstaaten. Bei diesen verbleiben grundsätzlich alle der Union nicht ausdrücklich in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten. Nach dem Subsidiaritätsprinzip[52] wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, und wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die Voraussetzungen sind kumulativ.[53] Dadurch wird eine Kompetenz für die Union möglich, ohne ihr automatisch zuwachsen.[54] Maßnahmen der Union dürfen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[55] inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen.

Vor diesem Hintergrund sind der EU nur wenige, sachlich umgrenzte Aufgaben im Zusammenhang mit der Sicherheitsgewärleistung zugewiesen. Die Union ist insbesondere gemäß Art. 2 Abs. 4 AEUV dafür zustän-

---

48 *Merten*, in: ders., Die Subsidiarität Europas, 77 (78).
49 Vgl. *Lienbacher*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 5 EUV, Rn. 1.
50 Art. 5 Abs. 2 Satz 1 EUV.
51 *Calliess*, in: *ders./Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 6.
52 Art. 5 Abs. 3 EUV.
53 Vgl. *Papier*, in: FS Isensee, S. 691 (694 f.).
54 *Merten*, in: ders., Die Subsidiarität Europas, 77 (78).
55 Art. 5 Abs. 4 EUV.