



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 7.12.2006
KOM(2006) 779 endgültig

MITTEILUNG ZU AUSLEGUNGSFRAGEN

**bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrags zur Gründung der
Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern**

(von der Kommission vorgelegt)

{SEK(2006) 1554}
{SEK(2006) 1555}

MITTEILUNG ZU AUSLEGUNGSFRAGEN

bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern

(Text von Bedeutung für den EWR)

Einleitung

Auf Verteidigungsgüter entfällt ein großer Teil der öffentlichen Beschaffungsausgaben in der Europäischen Union. Die Mitgliedstaaten geben zusammen ca. € 170 Milliarden für ihre Verteidigung aus, davon mehr als € 80 Milliarden für Beschaffung.

Der Großteil dieser Ausgaben verteilt sich auf relative kleine und abgeschottete nationale Märkte. Der europäische Rüstungssektor bleibt einzelstaatlich zersplittert, mit 25 unterschiedlichen Kunden und 25 unterschiedlichen Regelwerken. Diese Fragmentierung stellt ein wesentliches Hindernis sowohl für die Zusammenarbeit wie auch für den Wettbewerb innerhalb der Union dar. Sie verursacht zusätzliche Kosten und Ineffizienzen und beeinträchtigt dadurch sowohl die Wettbewerbsfähigkeit der rüstungsindustriellen und – technologischen Basis in Europa als auch die Anstrengungen der Mitgliedstaaten, ihre Streitkräfte angemessen auszurüsten.

Das Vergaberecht im Bereich der Rüstungsbeschaffung ist ein wichtiger Faktor dieser Fragmentierung. Die Mehrzahl der Beschaffungsaufträge im Verteidigungsbereich wird von den Binnenmarktvorschriften ausgenommen und auf der Grundlage einzelstaatlicher Vorschriften vergeben, die von Land zu Land sehr unterschiedliche Auswahlkriterien, Bekanntmachungsverfahren, usw. vorsehen. Gleichzeitig schwankt die Ausschreibungsrate der Verteidigungsministerien erheblich zwischen den Mitgliedstaaten. All dies kann den Marktzugang für ausländische Anbieter einschränken und damit den innereuropäischen Wettbewerb behindern.

In ihrer Mitteilung vom März 2003¹ hat die Kommission daher das Vergaberecht als einen der Handlungsbereiche für die Schaffung eines europäischen Marktes für Verteidigungsgüter herausgestellt. Dies führte im September 2004 zur Veröffentlichung eines Grünbuchs zur Beschaffung von Verteidigungsgütern². Darin wurden die interessierten Parteien aufgefordert Stellung zu nehmen, wie die Rüstungsmärkte zwischen den Mitgliedstaaten transparenter und offener gestaltet werden können. Bei der öffentlichen Konsultation hat sich bestätigt, dass der gegenwärtige Rechtsrahmen für die Beschaffung von Verteidigungsgütern nicht zufrieden stellend funktioniert:

- Unsicherheiten bestehen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Artikels 296 EGV, der es den Mitgliedstaaten erlaubt, die Binnenmarktvorschriften nicht anzuwenden, wenn ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen auf dem Spiel stehen. Weil die Trennlinie zwischen militärischen Beschaffungen, die wesentliche Sicherheitsinteressen berühren, und solchen,

¹ KOM(2003) 113 vom 11. März 2003.

² KOM(2004) 608 vom 23. September 2004.

bei denen dies nicht der Fall ist, vage bleibt, ist nicht immer klar, welche Vergabevorschriften auf welche Aufträge anzuwenden sind. Folglich bleibt die Anwendung des Artikels 296 EGV problematisch und wird in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich gehandhabt.

- Die geltende Vergaberichtlinie wird selbst in der revidierten Fassung (2004/18/EG) als untauglich für viele Verteidigungsaufträge angesehen, weil sie einige Besonderheiten derartiger Aufträge nicht berücksichtigt. Viele Mitgliedstaaten zögern daher, die Vergaberichtlinie bei militärischen Beschaffungen anzuwenden, selbst wenn die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Artikels 296 EGV nicht erfüllt sind.

Auf der Grundlage dieser Ergebnisse hat die Kommission im Dezember 2005 zwei Initiativen angekündigt, um die Situation zu verbessern:³

- (1) Vorlage einer „Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 EGV auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern“. Diese Mitteilung wird den bestehenden Rechtsrahmen nicht ändern, sondern erläutern;
- (2) Vorbereitung einer möglichen neuen Richtlinie für die Beschaffung von Verteidigungsgütern, auf die die Ausnahmeregelung des Artikels 296 EGV nicht zutrifft. Diese Richtlinie könnte neuere, flexiblere Vorschriften beinhalten, die auf die Besonderheiten des Verteidigungssektors abgestimmt sind.

Das Ziel der vorliegenden Mitteilung ist es, mögliche Fehlinterpretationen und den Missbrauch des Artikels 296 EGV bei der Beschaffung von Verteidigungsgütern zu verhindern. Um dieses Ziel zu erreichen, wird die Kommission ihre Sicht der Grundsätze darlegen, nach denen Artikel 296 EGV anzuwenden ist, und erläutern, wie sie im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung versteht. Maßgebend für die Auslegung des Artikel 296 EGV bleibt letztlich der EuGH.

Diese Mitteilung kann weder eine Interpretation der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten geben, noch im Voraus bestimmen, auf welche Beschaffungsaufträge die Ausnahmeregelung des Artikels 296 EGV anwendbar ist und auf welche nicht. Sie soll vielmehr den öffentlichen Auftraggebern Leitlinien zur Bewertung geben, ob die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung gerechtfertigt ist.

Die Verdeutlichung des bestehenden Rechtsrahmens ist ein notwendiger erster Schritt hin zu mehr Transparenz und Offenheit der europäischen Rüstungsmärkte. Gleichzeitig prüft die Kommission auch die Folgen einer möglichen neuen spezifischen Richtlinie für den Verteidigungssektor. Die Kombination aus der vorliegenden Mitteilung und einer solchen Richtlinie könnte das geeignetste Mittel sein, den Schwierigkeiten bei der Anwendung des Artikels 296 EGV auf der Gemeinschaftsebene zu begegnen. Diese Initiativen sind komplementär zu den Bemühungen der Mitgliedstaaten, über den Verhaltenskodex der Europäischen Verteidigungsagentur den innereuropäischen Wettbewerb für jene Verteidigungsgüter zu stärken, auf die der Artikel 296 EGV anwendbar ist.

³ KOM(2005) 626 vom 6. Dezember 2005.

Diese Mitteilung betrifft nur die Beschaffung von Verteidigungsgütern durch nationale Auftraggeber innerhalb des EU-Binnenmarktes. Sie befasst sich nicht mit dem Handel von Rüstungsgütern mit Drittstaaten, der weiterhin den WTO-Regeln, und insbesondere dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA)⁴, unterliegt.

1. RECHTSGRUNDLAGE

Nach geltendem EU-Recht unterliegt auch die Beschaffung von Verteidigungsgütern den Regeln des Binnenmarktes. So gilt die Richtlinie 2004/18/EG⁵ über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, „vorbehaltlich des Artikels 296 des Vertrags, für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber im Verteidigungsbereich“ (Artikel 10 der Richtlinie).

Artikel 296 EGV lautet:

- (1) *Die Vorschriften dieses Vertrages stehen folgenden Bestimmungen nicht entgegen:*
 - a) *Ein Mitgliedstaat ist nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht;*
 - b) *jeder Mitgliedstaat kann die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem Gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.*
- (2) *Der Rat kann die von ihm am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Absatz 1 Buchstabe b Anwendung findet, einstimmig auf Vorschlag der Kommission ändern.*

Die Nichtanwendung der Binnenmarktvorschriften auf militärische Beschaffungen ist eine Maßnahme, die den Handel mit Waffen, Munition und Kriegsmaterial betrifft. Dementsprechend ist ihre Rechtsgrundlage Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV. Die Mitgliedstaaten können diese Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen, vorausgesetzt die im Vertrag festgelegten Bedingungen dafür sind so erfüllt wie vom EuGH ausgelegt. Gleichzeitig wird der Anwendungsbereich von Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV durch das Konzept der „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ und der im Absatz 2 erwähnten Warenliste begrenzt.

⁴ Artikel XXIII Absatz 1 des GPA lautet: "nothing shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information which it considers necessary for the protection of its essential security interests related to the procurement of arms, ammunition or war material or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes". In Übereinstimmung mit diesen Vorschriften enthält Anhang 1 Teil 3 in Appendix 1 des GPA eine Liste von Gütern und Ausrüstungen, die von Verteidigungsministerien erworben werden und unter das Abkommen fallen. Diese Liste beinhaltet nur nicht-militärisches Material.

⁵ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.

Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe a EGV geht über die Verteidigung hinaus und zielt allgemein auf den Schutz von Informationen, die Mitgliedstaaten nicht preisgeben können, ohne ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen zu unterminieren. Dies kann auch die Beschaffung von sensiblen Ausrüstungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich betreffen. Im Allgemeinen aber fallen Erfordernisse der Vertraulichkeit im Zusammenhang mit der Beschaffung militärischer Güter unter Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV.

2. SICHERHEITSINTERESSEN UND VERTRAGSVERPFLICHTUNGEN

Es liegt in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, ihre Sicherheitsinteressen zu definieren und zu schützen. Artikel 296 EGV erkennt dieses Vorrecht an und sieht eine Ausnahmeregel für den Fall vor, dass die Einhaltung europäischen Rechts die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Einzelstaaten unterminieren würde.

Allerdings führt die Inanspruchnahme des Artikels 296 EGV bei der öffentlichen Vergabe von Verteidigungsaufträgen zur Nichtanwendung der Vergaberichtlinie 2004/18/EG. Diese Richtlinie ist das juristische Instrument zur Gewährleistung der Vertragsbestimmungen zum freien Waren- und Dienstleistungsverkehr und zum Niederlassungsrecht im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe (Artikel 28, 43, 49 EGV). Die Vorschriften der Richtlinie sind somit Ausdruck der grundlegenden Prinzipien und Ziele des Binnenmarktes. Die Inanspruchnahme der Ausnahmeregel des Artikels 296 EGV berührt deshalb den Kernbereich der Europäischen Gemeinschaft und ist folglich von Natur aus ein juristisch wie politisch schwerwiegender Akt.

Um einen Ausgleich zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten in den Bereichen Sicherheit und Verteidigung und den grundlegenden Prinzipien und Zielen der Gemeinschaft herzustellen, knüpft der Vertrag die Inanspruchnahme der Ausnahmegenehmigung an strenge Bedingungen. Ziel dieser Bedingungen ist es, möglichen Missbrauch zu verhindern und sicherzustellen, dass die Regelung tatsächlich nur ausnahmsweise in Anspruch genommen wird und sich auf Fälle beschränkt, in denen die Mitgliedstaaten keine andere Wahl haben, als ihre Sicherheitsinteressen über einzelstaatliche Maßnahmen zu gewährleisten.

Der EuGH hat wiederholt klargestellt, dass jede Abweichung von Bestimmungen, welche die Wirksamkeit der vom Vertrag übertragenen Rechte sicherstellen, streng ausgelegt werden muss.⁶ Er hat zudem bestätigt, dass dies auch für jene Ausnahmen gilt, die für den Fall einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit vorgesehen sind. So hat der Gerichtshof in der Rechtssache Kommission/Spanien geurteilt, dass jene Artikel, in denen der Vertrag derartige Vorschriften enthält (einschließlich Artikel 296 EGV), „begrenzte außergewöhnliche Tatbestände“ regeln und sich „wegen dieses begrenzten Charakters nicht für eine extensive Auslegung [eignen]“.⁷

Demzufolge müssen sowohl der Anwendungsbereich als auch die Bedingungen für die Inanspruchnahme des Artikels 296 EGV restriktiv ausgelegt werden.

⁶ Urteil vom 4. Oktober 1991, Rechtssache C-367/89, Richardt/Les Accessoires Scientifiques, Randnr. 20; für das öffentliche Auftragswesen insbesondere: Urteil vom 3. Mai 1994, Rechtssache C-328/92, Kommission/Spanien, Randnr. 15; Urteil vom 28. März 1995, Rechtssache C-324/93, Evans Medical/Macfarlan Smith, Randnr. 48.

⁷ Urteil vom 16. September 1999, Rechtssache C-414/97, Kommission/Spanien, Randnr. 21; Urteil vom 15. Mai 1986, Rechtssache C-222/84, Johnston, Randnr. 26.

3. ANWENDUNGSBEREICH

Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV erlaubt Maßnahmen, welche „die Erzeugung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen“, hinsichtlich der in der in Absatz 2 erwähnten Liste aufgeführten Waren. Diese Liste wurde am 15. April 1958 als Ratsentscheidung 255/58 angenommen. Nach Auffassung des EuGH ist klar, dass Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV „keine Anwendung auf Tätigkeiten finden soll, die andere Waren als die militärischen Waren betreffen, die in [dieser] Liste [...] genannt sind.“⁸

Gleichzeitig muss die Interpretation von Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV und die Definition seines Anwendungsbereichs auch Entwicklungen der Technologie und der Beschaffungspolitik berücksichtigen. Mit Blick auf die Technologie scheint die Liste allgemein genug gehalten, um aktuelle und zukünftige Entwicklungen abzudecken. Ähnlich kann Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV auch neue, an Fähigkeiten orientierte Beschaffungsmethoden sowie die Beschaffung von Dienstleistungen und Bauarbeiten einschließen, die in direktem Zusammenhang mit den in der Liste aufgeführten Waren stehen, falls die anderen Bedingungen für die Inanspruchnahme des Artikels 296 EGV erfüllt sind.

Auf der anderen Seite enthält die Liste von 1958 ausschließlich Ausrüstungen, die rein militärischer Natur und Bestimmung sind. Es stimmt zwar, dass Sicherheit immer komplexer geworden ist und neue Bedrohungen die traditionelle Trennlinie zwischen militärischer und nichtmilitärischer sowie äußerer und innerer Sicherheit verwischen. Dennoch haben militärische und nichtmilitärische Sicherheitskräfte nach wie vor unterschiedliche Aufgaben, so dass es normalerweise auch möglich ist, militärische und nichtmilitärische Beschaffungen voneinander zu unterscheiden.

Die Natur der in der Liste von 1958 aufgeführten Waren sowie der ausdrückliche Hinweis in Artikel 296 EGV auf „eigens für militärische Zwecke“ bestätigen, dass Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV die Nichtanwendung der Gemeinschaftsregeln lediglich für die Beschaffung von Ausrüstungsgütern gestattet, die speziell zu militärischen Zwecken konzipiert, entwickelt und hergestellt werden.⁹

Öffentliche Beschaffungen zu nichtmilitärischen Sicherheitszwecken sind dagegen vom Anwendungsbereich des Artikels 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV ausgeschlossen. Für diese Beschaffungen können Sicherheitsinteressen die Nichtanwendung von Gemeinschaftsregeln gemäß Artikel 14 der Vergaberichtlinie rechtfertigen, falls die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieser Ausnahmeregel erfüllt sind.¹⁰

Im Gegensatz zu Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b kann Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe a EGV auch für die Beschaffung von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck („Dual-use-Güter“) zu militärischen wie nichtmilitärischen Sicherheitszwecken in Anspruch genommen werden, falls die Anwendung der Gemeinschaftsregeln einen Mitgliedstaat zwingen würde, Informationen preiszugeben, die dessen wesentlichen Sicherheitsinteressen schaden.

⁸ Urteil vom 30. September 2003, Rechtssache T-26/01, *Fiocchi Munizioni/Kommission*, Randnr. 61; siehe auch den Standpunkt des Generalanwalts Jacobs vom 8. Mai 1991, Rechtssache C-367/89, *Richardt/Les Accessoires Scientifiques*, Randnr. 30.

⁹ Rechtssache T-26/01, *Fiocchi Munizioni/Kommission*, Randnr. 59 und 61.

¹⁰ Artikel 14 der Richtlinie 2004/18/EG lautet: „Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Aufträge, die für geheim erklärt werden oder deren Ausführung nach den in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, oder wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen dieses Mitgliedstaats es gebietet.“

4. BEDINGUNGEN FÜR DIE ANWENDUNG

Die in der Liste von 1958 aufgeführten militärischen Güter sind nicht automatisch von den Regeln des Binnenmarktes ausgenommen. Die Ratsentscheidung 255/58 selbst besagt, dass die Liste Güter enthält, für die Mitgliedstaaten ein legitimes Interesse haben, die im Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV vorgesehenen Maßnahmen ergreifen zu können. Mit anderen Worten sieht die Entscheidung des Rates selbst keine automatische Anwendung der Ausnahmeregel vor. Der Gerichtshof hat ebenfalls mehrfach bestätigt, dass Artikel 296 EGV keine automatische Ausnahme für den Verteidigungsbereich einführt.¹¹ Im Gegenteil: Da die Ausnahme juristisch auf Artikel 296 EGV fußt, können die in der Liste aufgeführten Güter dann - und nur dann - ausgenommen werden, wenn die Bedingungen für die Inanspruchnahme von Artikel 296 EGV erfüllt sind.¹²

Laut Artikel 296 EGV können Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, die ihres Erachtens zur Wahrung ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind. Diese Bestimmung räumt den Mitgliedstaaten anerkanntermaßen einen weiten Ermessensspielraum bei der Entscheidung ein, wie sie ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen schützen¹³. Der Text („...zur Wahrung ... notwendig sind“) zeigt allerdings auch, dass diese Ermessensfreiheit nicht grenzenlos ist. Die bloße Existenz von Artikel 298 EGV, der ein spezielles Verfahren für den Fall eines möglichen Missbrauchs von Artikel 296 EGV vorsieht, belegt, dass die Mitgliedstaaten nicht uneingeschränkt sind in ihrer Entscheidung, einen bestimmten Beschaffungsauftrag von den Regeln des Binnenmarktes auszunehmen. Im Gegenteil, „der Mitgliedstaat, der [Artikel 296 EGV] in Anspruch nehmen möchte, [muss] nachweisen, dass die betreffenden Befreiungen nicht die Grenzen der genannten Tatbestände überschreiten“, und demonstrieren, „dass die [...] Befreiungen für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind“.¹⁴

Die Rechtfertigung für die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung ist die Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen eines Mitgliedstaates. Andere, insbesondere industrielle und wirtschaftliche Interessen können für sich allein betrachtet, auch wenn sie mit der Erzeugung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial in Zusammenhang stehen, die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung des Artikels 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV nicht rechtfertigen. Indirekte, nichtmilitärische Kompensationsgeschäfte zum Beispiel, die nicht speziellen Sicherheitsinteressen sondern allgemeinen wirtschaftlichen Interessen dienen, fallen nicht unter Artikel 296 EGV, auch wenn sie im Zusammenhang mit einem Beschaffungsauftrag getätigt werden, der selbst auf Grundlage eben jenes Artikels von Gemeinschaftsregeln ausgenommen ist.¹⁵

¹¹ Urteil vom 26. Oktober 1999, Rechtssache C-273/97, Sirdard, Randnr. 15-16; Urteil vom 11. Januar 2000, Rechtssache C-285/98, Kreil, Randnr. 16; Urteil vom 11. März 2003, Rechtssache C-186/01, Dory, Randnr. 30-31.

¹² Siehe auch die Antwort des Rates an Frau Van Hemeldonck (MdEP) vom 3.10.1985 (1985) 0574/F; in Analogie dazu: Urteil vom 13. Juli 2000, Rechtssache C-423/98, Albore, Randnr. 22-23.

¹³ Rechtssache T-26/01, Fiocchi Munizioni/Kommission, Randnr. 58.

¹⁴ Rechtssache C-414/97, Kommission/Spanien, Randnr. 22.

¹⁵ Kompensationsgeschäfte (Offsets) sind Gegenleistungen, die viele Regierungen von ausländischen Anbietern von Verteidigungsgütern als Bedingung für den Kauf militärischer Ausrüstung verlangen. Diese Gegenleistungen können ein weites Feld von Aktivitäten erfassen: Direkte Offsets sind unmittelbar mit dem Auftragsgegenstand der Beschaffungsmaßnahme verbunden, indirekte sind es nicht. Sie können militärischer oder ziviler Natur sein.

Gleichzeitig sollten die Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten auch in einer europäischen Perspektive betrachtet werden. Diese Sicherheitsinteressen können beispielsweise aus geographischen oder historischen Gründen unterschiedlich sein. Andererseits hat die europäische Integration zu einer immer stärkeren Konvergenz der nationalen Interessen der Mitgliedstaaten geführt. Die Entwicklung der GASP und der ESVP zeigt, dass dies in zunehmendem Maße auch für den Bereich der Sicherheit und der Verteidigung gilt. Die Mitgliedstaaten teilen insbesondere das Ziel eines gemeinsamen Marktes für militärische Ausrüstungen und einer wettbewerbsfähigen rüstungsindustriellen und -technologischen Basis. Dies sollten sie bei der Prüfung berücksichtigen, ob die Anwendung gemeinschaftlicher Vergaberegeln, die auf die Förderung des innereuropäischen Wettbewerbs zielen, ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen unterminiert.

Zudem bezieht sich Artikel 296 EGV nicht auf die Wahrung von Sicherheitsinteressen im Allgemeinen, sondern auf die Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen. Diese Präzisierung unterstreicht den Ausnahmecharakter der Bestimmung und stellt klar, dass die besondere militärische Natur der auf der Liste von 1958 enthaltenen Waren allein nicht ausreicht, um die Nichtanwendung europäischer Vergaberegeln zu rechtfertigen. Im Gegenteil, die besonders nachdrückliche Wortwahl („wesentlich“) beschränkt mögliche Ausnahmen auf Beschaffungen, die von höchster Wichtigkeit für die militärischen Fähigkeiten der Mitgliedstaaten sind.

Der Wortlaut von Artikel 298 EGV und die relevante Rechtsprechung, die sich jeweils auf Artikel 296 EGV allgemein beziehen, bestätigen, dass diese Argumentation sowohl für die Inanspruchnahme von Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe a als auch Absatz 1 Buchstabe b EGV gilt.

5. ANWENDUNG DES ARTIKELS 296 EGV

Es ist das Vorrecht der Mitgliedstaaten, ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen zu definieren, und ihre Verpflichtung, diese zu schützen. Der Begriff der wesentlichen Sicherheitsinteressen gibt ihnen Flexibilität in der Wahl der Maßnahmen zum Schutz dieser Interessen, aber auch eine besondere Verantwortung, ihre Vertragspflichten zu respektieren und diese Flexibilität nicht zu missbrauchen. Die Mitgliedstaaten müssen insbesondere beachten, dass die Ausnahmeregelung des Artikels 296 EGV nur auf genau definierte Tatbestände anwendbar ist, und sicherstellen, dass ihre Inanspruchnahme „nicht die Grenzen der genannten Tatbestände überschreite[t]“¹⁶.

Bei militärischen Beschaffungen können Mitgliedstaaten ihre Vorrechte und ihre Vertragsverpflichtungen nur in Einklang bringen, indem sie mit großer Sorgfalt jeden Beschaffungsvorgang einzeln daraufhin prüfen, ob die Nichtanwendung der Gemeinschaftsregeln gerechtfertigt ist oder nicht. In Grenzfällen, bei denen die Inanspruchnahme der Ausnahmeregel des Artikels 296 EGV umstritten sein kann, muss diese Einzelfallprüfung besonders streng sein.

Das bedeutet insbesondere, dass öffentliche Auftraggeber prüfen müssen:

- Welches wesentliche Sicherheitsinteresse ist betroffen?

¹⁶ Rechtssache C-414/97, Kommission/Spanien, Randnr. 22.

- Worin besteht der Zusammenhang zwischen diesem Sicherheitsinteresse und der speziellen Beschaffungsentscheidung?
- Warum ist die Nichtanwendung der Vergaberichtlinie in diesem speziellen Fall für den Schutz dieses wesentlichen Sicherheitsinteresses notwendig?

Gleichzeitig fordert Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV, dass Maßnahmen, die unter Berufung auf diesen Artikel getroffen werden, „auf dem Gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen [dürfen]“. Bei der Beschaffung von Verteidigungsgütern kann dies bei Kompensationsgeschäften (Offsets), und insbesondere bei indirekten, nichtmilitärischen Kompensationsgeschäften der Fall sein. Die Mitgliedstaaten müssen daher die Einhaltung dieser Vorschrift sicherstellen, wenn sie im Zusammenhang mit Beschaffungsaufträgen im Verteidigungsbereich, die unter den Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EGV fallen, Kompensationsgeschäfte tätigen.

6. DIE ROLLE DER KOMMISSION

Es obliegt nicht der Kommission, die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten zu beurteilen, noch welches militärische Gerät sie zu deren Schutz beschaffen. Allerdings kann die Kommission als Hüterin der Verträge überprüfen, ob die Bedingungen für die Inanspruchnahme der Ausnahmeregel des Artikels 296 EGV für militärische Beschaffungen erfüllt sind.

In diesen Fällen obliegt es den Mitgliedstaaten, auf Verlangen der Kommission die notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen und zu belegen, dass die Ausnahme zum Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen notwendig ist. Der EuGH hat wiederholt klargestellt, dass Mitgliedstaaten gemäß Artikel 10 EGV „nach Treu und Glauben an den Untersuchungen der Kommission im Rahmen von Artikel 226 EG mitwirken und ihr alle zu diesem Zweck angeforderten Auskünfte erteilen“ müssen.¹⁷ Dies betrifft alle Untersuchungen, die die Kommission in ihrer Rolle als Hüterin der Verträge durchführt, und schließt auch die Überprüfung der Anwendbarkeit von Artikel 296 EGV auf Beschaffungsaufträge im Verteidigungswesen ein.

Wenn die Kommission im Falle einer militärischen Beschaffung derartige Nachforschungen anstellt, obliegt es dem betroffenen Mitgliedstaat nachzuweisen, dass die Anwendung der Vergaberichtlinie auf diese spezielle Vertragsvergabe seine wesentlichen Sicherheitsinteressen gefährden würde. Allgemeine Hinweise auf geographische und politische Besonderheiten, Geschichte oder Bündnisverpflichtungen sind in diesem Zusammenhang nicht ausreichend.

Durch die Bestimmungen des Artikels 287 EGV ist garantiert, dass die Kommission den Mitgliedstaaten die absolute Vertraulichkeit der übermittelten Informationen gewährleistet.

Falls Maßnahmen aufgrund von Artikel 296 EGV die Wettbewerbsbedingungen auf dem Gemeinsamen Markt verfälschen, so kann die Kommission gemäß Artikel 298 EGV mit dem beteiligten Mitgliedstaat prüfen, wie diese Maßnahmen den Vorschriften des Vertrages angepasst werden können.

¹⁷ Urteil vom 13. Juli 2004, Rechtssache 82/03, Kommission/Italien, Randnr. 15.

Die Kommission kann den EuGH auch unmittelbar anrufen, wenn sie der Auffassung ist, dass ein Mitgliedstaat die in Artikel 296 EGV vorgesehenen Befugnisse missbraucht. In diesem Fall liegt die Beweislast, dass die Inanspruchnahme der Ausnahmeregel gerechtfertigt ist, beim betroffenen Mitgliedstaat.

Bei der Prüfung möglicher Regelverstöße wird die Kommission die Sensibilität des Verteidigungssektors berücksichtigen. Gleichzeitig wird die Kommission eine mögliche Richtlinie für die Beschaffung von militärischen Ausrüstungen, die nicht unter die Ausnahmeregelung des Artikels 296 EGV fallen, weiter vorbereiten.