

von Rechtsanwalt **Mark Münch**, LL.M.

## Vergaberecht für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit: Der EuGH zu den sog. Dual Use Gütern

**Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 07.06.2012 (Rechtssache C 615/10) sich zu der umstrittenen Abgrenzung von Militärausrüstung und zivilen Gütern geäußert. Viele Gegenstände sind zwar für zivile Zwecke gedacht, können aber auch für militärische Zwecke eingesetzt werden, sog. Dual Use Güter. Neben Fragen des Außenwirtschaftsrechts betrifft diese Abgrenzung auch die vergaberechtliche Beurteilung des Gegenstands. Muss dieser nach den herkömmlichen Vergabevorschriften beschafft werden oder nach dem neuen Vergaberecht für den Bereich Verteidigung und Sicherheit oder ist gar nach den Vorschriften des EU Vertrages ganz dem Vergaberechtsregime entzogen.**

### A) Definition eines militärischen Produkts nach Art. 346, Abs. 1 Buchstabe b) AEUV

Nach Art. 346, Abs.1 Buchstabe b) AEUV (früher Art. 296 EGV) i.V.m. Art. 10 der EU-Richtlinie 2004/18 ist der Staat von den Ausschreibungsregeln der Richtlinie 2004/18 befreit, bzw. muss nach den Regeln des Vergaberechts für den Bereich Verteidigung und Sicherheit ausschreiben, soweit die Ausschreibung die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel betrifft, also Militärausrüstung. Das Urteil C 615/10 beschäftigt sich mit der Frage, wann der Staat sich darauf berufen kann, dass ein Produkt Militärausrüstung ist, die allein zu militärischen Zwecken beschafft werden soll.

Da durch die Beschaffung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial eine Ausnahme von dem Erfordernis der öffentlichen Ausschreibung erlaubt wird, muss Art. 346, Abs. 1, Buchstabe b) AEUV i.V.m. Art. 10 der EU-Richtlinie 2004/18 eng ausgelegt werden.

Behilflich für die Definition eines militärischen Produkts ist die Liste des Europäischen Rates vom 15. April 1958, auf die Art. 346 Abs. 2 AEUV (früher Art. 296 Abs. 2 EGV) ausdrücklich verweist:

*"Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b des EG-Vertrags findet auf die nachstehend aufgeführten Arten von*

*Waffen, Munition und Kriegsmaterial, einschließlich Kernwaffen, Anwendung:*

*1. Handfeuerwaffen, .....*

*2. Artilleristische Waffen, .....*

*5. Feuerleitungsmaterial für militärische Zwecke:*

*.....*

*6. Panzerwagen und eigens für militärische Zwecke konstruierte Fahrzeuge:*

*.....*

*7. Toxische oder radioaktive Wirkstoffe:*

*.....*

*8. Pulver, Explosivstoffe und flüssige oder feste Treibmittel:*

*.....*

*10. Luftfahrzeuge und ihre Ausrüstungen zu militärischen Zwecken.*

*11. Elektronenmaterial für militärische Zwecke.*

*12. Eigens für militärische Zwecke konstruierte Aufnahmeapparate.*

*13. Sonstige Ausrüstungen und sonstiges Material.*

*14. Teile und Einzelteile des in dieser Liste aufgeführten Materials, soweit sie einen militärischen Charakter haben.*

*15. Ausschließlich für die Entwicklung, Herstellung, Prüfung und Kontrolle der in dieser Liste aufgeführten*

*Waffen, Munition und rein militärischen Geräte entwickelte Maschinen, Ausrüstungen und Werkzeuge."*

Der Europäische Gerichtshof weist darauf hin, dass allein die Zweckbestimmung des öffentlich-rechtlichen Auftraggebers nicht genügt, um bei dem Produkt ein militärisches Produkt i.S.v. Art. 346 Abs. 1, Buchstabe b) anzuerkennen. Nein, es bedarf dazu einem **zusätzlichen objektiven militärischen Charakter des Produkts an sich**. Der Europäische Gerichtshof betont hier, dass es sich also nicht allein um die vorgesehene Verwendung des Produkts durch den Auftraggeber handeln darf, sondern, dass es sich zudem auch um die konkrete, objektiv erkennbare Verwendungsmöglichkeit des Produkts handeln muss.

## B) Nachträgliche Umwandlung eines Zivilprodukts in ein Militärprodukt und umgekehrt

Der Europäische Gerichtshof verwies im Urteil C 615/10 auf Satz 4, Absatz 10 der EU-Richtlinie 2009/81 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit:

*"Für die Zwecke dieser Richtlinie sollte der Begriff "Militärausrüstung" auch Produkte einschließen, die zwar ursprünglich für zivile Zwecke konzipiert wurden, später aber für militärische Zwecke angepasst werden, um als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt zu werden."*

Dem Leser drängt sich bei diesem Satz die Frage auf, ob eine öffentliche Ausschreibung entfällt, sobald der zivile Verwendungszweck eines Produkts nachträglich in einen militärischen verändert wird.

Diese Frage hat der Europäische Gerichtshof dahingehend beantwortet, dass ein Gegenstand, der womöglich für zivile Zwecke bestimmt sein könnte, auch infolge substantieller Veränderungen, als speziell für militärische Zwecke konzipiert und entwickelt angesehen werden kann:

*"Art. 10 der 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 in Verbindung mit Art. 296 Abs. 1 Buchst. b EG ist dahin auszulegen, dass er einen Mitgliedstaat nur dann ermächtigt, einen öffentlichen Auftrag, den ein öffentlicher Auftraggeber im Verteidigungsbereich für die Beschaffung eines Gegenstands vergibt, der zwar eigens für militärische Zwecke verwendet werden soll, aber auch weitgehend gleichartige zivile Möglichkeiten der Nutzenanwendung bietet, von den in der genannten Richtlinie vorgesehenen Verfahren auszunehmen, wenn dieser Gegenstand aufgrund seiner Eigenschaften - auch infolge substantieller Veränderungen - als speziell für militärische Zwecke konzipiert und entwickelt angesehen werden kann; dies zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts."*

Die Botschaft des Europäischen Gerichts lautet daher:

- Militärausrüstung liegt nicht vor, wenn ein Gegenstands zu beschaffen ist, der auf jeden Fall für zivile Zwecke gedacht ist und gegebenenfalls militärischen Zwecken dienen kann.
- Ein Zivilgut wird nur dadurch zur Militärausrüstung, wenn es erst nach einer substantiellen Veränderung hin zu einer auch objektiv betrachteten militärischen Verwendung hin modifiziert wird.
- Umgekehrt wird aus Militärausrüstung noch kein Zivilgut, sofern es weitgehend gleichartige technische Nutzenanwendungen für zivile Zwecke gibt.

Entscheidend ist die ursprüngliche Zweckbestimmung des Gegenstands.

## C) Fazit

Da der Europäische Gerichtshof nunmehr zusätzlich objektive, sachliche Kriterien für die Bestimmung des Verwendungszwecks fordert, muss der jeweilige Gegenstand stets sichtbar für Außenstehende dem Militär oder dem Zivilleben zugeordnet sein. Das jeweilige Produkt bedarf dabei zwangsläufig weiterer Anpassungen, um den Verwendungszweck des Produkts (militärische Verwendung bzw. zivile Verwendung) objektiv erkennbar zu verändern. Es muss für Dritte sichtbar bzw. erkennbar sein, dass es sich bei dem Gegenstand nun um ein Militärgut bzw. nun nicht mehr um ein Militärgut handelt. Dies bedeutet jedoch auch, dass Produkte, die nicht eindeutig dem Zivilleben bzw. dem Militär zuordenbar sind, stets zur Beschaffung ausgeschlossen werden müssen.

Autor:

**RA Mark Münch, LL.M.**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht