

**Die öffentliche Beschaffung der Bundeswehr:
Rechtsrahmen und Gestaltungsmöglichkeiten im
Aufgabenwandel**

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
an der Fakultät Rechtswissenschaft der Universität Hamburg

vorgelegt von
Greta Böckmann
Hamburg

2018

Erstgutachterin: Frau Prof. Dr. Schuler-Harms
Zweitgutachter: Herr Prof. Dr. Appel
Datum der Disputation: 24.06.2020

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschafts- und Umweltrecht an der Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr, und wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Sommersemester 2020 als Dissertationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind grundsätzlich bis April 2018 berücksichtigt. Wichtige Neuerungen und aktuelle Gesetzesänderungen bis August 2020 wurden nachträglich ergänzt.

Mein besonderer Dank gilt meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Schuler-Harms, für ihre engagierte Förderung und Unterstützung dieser Arbeit. Ihre konstruktiven Anregungen und stete Gesprächsbereitschaft haben wesentlich zur Fertigstellung beigetragen. Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Appel für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei Frau Prof. Dr. Dagmar Felix für ihr Mitwirken in der Prüfungskommission.

Ich danke all denen, die mich während dieser Zeit begleitet und so auf die eine oder andere Weise zur Fertigstellung meiner Arbeit beigetragen haben.

Meinen Eltern danke ich von Herzen, dass sie meine Ausbildung ermöglicht und mich auf meinem gesamten bisherigen Lebensweg vorbehaltlos unterstützt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im August 2021

Greta Böckmann

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	VIII
-----------------------------------	-------------

1.TEIL EINLEITUNG	1
--------------------------------	----------

A. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit	1
--	----------

B. Gang der Untersuchung.....	5
--------------------------------------	----------

I. Ausgangssituation und Untersuchungsgegenstand	5
--	---

II. Beschaffungsoptionen des Staates.....	7
---	---

III. Fazit.....	8
-----------------	---

2.TEIL AUSGANGSSITUATION UND UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND	9
---	----------

A. Die Bedarfssituation	9
--------------------------------------	----------

B. Spezifische Anforderungen an die Beschaffung.....	11
---	-----------

I. Kurzfristiger Leistungsabruf	11
---------------------------------------	----

II. Verlässlichkeit und hohe Qualität der Leistung in Bezug auf den Bedarf	11
---	----

III. Langfristigkeit der Qualitätssicherung	12
---	----

IV. Übersichtliche Vorhaltekosten	12
---	----

V. Flexibilität	13
-----------------------	----

VI. Rechtssicherheit.....	13
---------------------------	----

C. Die Bundeswehr und der Bevölkerungsschutz	14
---	-----------

I. Die Bundeswehr	14
-------------------------	----

1. Auftrag und Aufgaben der Bundeswehr.....	14
---	----

a) Der verfassungsrechtliche Auftrag	14
--	----

aa) Allgemeines.....	14
----------------------	----

bb) Ursprünglicher Anwendungsbereich.....	16
---	----

cc) Erweiterung des verfassungsrechtlichen Auftrags	19
---	----

b) Aufgaben und Aufgabenverlagerung der Bundeswehr	21
--	----

aa) Allgemeine Aufgaben.....	21
------------------------------	----

bb) Einsätze der Bundeswehr im Inneren.....	22
---	----

(1) Terroristische Bedrohungen.....	23
-------------------------------------	----

(2) Streitkräfte und Katastrophenschutz.....	23
--	----

cc) Internationale Vereinbarungen	25
---	----

2.	Organisation der Bundeswehr	27
a)	Allgemeines.....	27
b)	Wandlungen in der Organisation.....	28
aa)	Reform.....	29
bb)	Aktuelle Lage	33
c)	Organisation des Beschaffungswesens der Bundeswehr.....	34
aa)	Zentrale Beschaffung	34
(1)	Customer Product Management (CPM)	35
(2)	Betriebsbedingter Einkauf der Bundeswehr	40
(3)	Komplexe Dienstleistungen und Öffentlich-Private-Partnerschaft (ÖPP).....	40
bb)	Dezentrale Beschaffung	50
cc)	Zusammenfassung	50
II.	Der Bevölkerungsschutz.....	52
1.	Die Krisensituation im Bevölkerungsschutz	52
2.	Zivilschutz.....	55
a)	Aufgaben und Zuständigkeiten	55
b)	Organisation	57
3.	Katastrophenschutz (im engeren Sinne).....	58
a)	Aufgaben und Zuständigkeiten	58
b)	Organisation	59
D.	Rechtlicher Rahmen des Beschaffungswesens.....	60
I.	Ziele und Anforderungen in der Beschaffung.....	60
1.	Die vergaberechtlichen Ziele.....	61
2.	Mittelbare Beschaffungsziele („Sekundärziele“)	63
3.	Weitere Anforderungen innerhalb des rechtlichen Rahmens..	64
a)	Effektivität.....	64
b)	Effizienz	65
II.	Vergaberecht	66
1.	Die Vergaberechtsmodernisierung	69
a)	Strukturelle Änderungen	70
b)	Inhaltliche Änderungen	74
2.	Konzessionen.....	75
3.	Internationale vergaberechtliche Organisationen	77
a)	Die World Trade Organisation (WTO) und das GPA	77
b)	Andere internationale Organisationen/Vereinbarungen	79
c)	Aktuelle EU-Gesetzgebungsprozesse.....	79
4.	Besonderheiten für den Bereich der Bundeswehr	81

a)	Art. 346 AEUV.....	82
b)	RL 2009/81/EG	83
c)	Nationale Umsetzung	85
aa)	Regelungen im GWB	85
bb)	Regelungen in der VSVgV	89
d)	Preisrecht	91
e)	Internationale Organisationen	92
aa)	Die Europäische Verteidigungsagentur (EDA)	92
bb)	OCCAR	93
5.	Besonderheiten für den Bevölkerungsschutz	94
a)	Europarecht	95
b)	Internationale Organisationen	100

3.TEIL BESCHAFFUNGSOPTIONEN DES STAATES 103

A. Potentiale innerhalb des vergaberechtlichen Rahmens 103

I.	Die Leistungsbeschreibung	103
1.	Allgemeines.....	103
a)	Die Erstellung der Leistungsbeschreibung.....	104
b)	Arten der Leistungsbeschreibung	105
c)	Änderungen der Leistungsbeschreibung	107
d)	Produktneutralität bei der Ausschreibung	108
2.	Standardisierung bei der Leistungsbeschreibung	111
a)	Die Standardisierung der Leistungsbeschreibung selbst ...	112
b)	CPV – Das allgemeine Beschaffungsverzeichnis	113
3.	Vollständigkeitsklauseln	114
a)	Arten von Vollständigkeitsklauseln	114
b)	Anwendungsmöglichkeiten und Beschränkungen	116
4.	Ergänzungen durch Bedarfs- und Alternativpositionen	118
II.	Die Gewährleistung der Bieterleistung	121
1.	Allgemeines.....	121
2.	Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)	123
3.	Präqualifikationssysteme.....	125
4.	„Mehr an Eignung“	127
III.	Die Elektronische Beschaffung	128
1.	Rechtliche Entwicklungen.....	130
2.	Besondere Regelungsinstrumente	132
3.	Bewertung	135

IV.	Die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium.....	138
V.	Auftragsänderungen während der Laufzeit	141
VI.	Flexibilitätpotentiale bei Dringlichkeit.....	147
1.	Verfahrenserleichterungen	148
a)	Die Regelungen der VgV	148
aa)	Fristverkürzungen.....	148
bb)	Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb	150
b)	Besonderheiten innerhalb des Anwendungsbereichs der VSVgV	151
c)	Aktuelle Besonderheiten bei der Versorgung und Unterbringung von Flüchtlingen	154
2.	Interimsvergabe	156
a)	Allgemeines.....	156
b)	Abzugrenzende Rechtsinstitute	158
c)	Direktvergaben ohne Dringlichkeitserfordernis	161
aa)	Katastrophenschutz	161
bb)	Eisenbahnverkehrsdienste	164
3.	Bewertung	166
B.	Vertragliche Beschaffungsinstrumente	168
I.	Die Rahmenvereinbarung als langfristige Vertragsbeziehung ..	168
1.	Allgemeines.....	170
2.	Anforderungen.....	171
a)	Inhalt und Ausgestaltung der Rahmenvereinbarung	171
b)	Der Abschluss der Einzelverträge	175
c)	Besonderheiten der VSVgV	178
d)	Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung	178
3.	Einsatzbereiche.....	179
II.	Bedarfsbündelung.....	182
1.	Allgemeines.....	182
2.	Verteidigungskooperation	184
a)	EU-Projekt Pooling und Sharing.....	185
b)	NATO Projekt Smart Defence	188
c)	Rahmennationen-Konzept.....	190
d)	Weitere Kooperationen.....	193
3.	Kooperationen im Bevölkerungsschutz.....	195
4.	Bewertung	197
III.	Just-in-time-Verträge.....	201

IV.	Bieteranreize.....	204
1.	Beschleunigungs- oder Bonuszahlungen.....	205
2.	Nebenangebote	205
3.	Innovationspartnerschaft bei technischen Neuheiten	209
4.	Festlegung von Vertragsstrafen.....	214
4.TEIL	FAZIT.....	217
	LITERATURVERZEICHNIS	231
	MATERIALIEN.....	248
	ANHANG.....	251

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Vertragsbedingungen
AIN	Abteilung Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung
Anm.	Anmerkung
AnwZert BauR	AnwaltsZertifikat Online Baurecht
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWE	Auswahlentscheidung
Az.	Aktenzeichen
BAAINBw	Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr
BAIADBw	Bundesamt für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen der Bundeswehr
BAPersBw	Bundesamt für Personal der Bundeswehr
BBK	Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe
Bd.	Band
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BfS	Bundesamt für Strahlenschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundshaushaltsordnung

BKA	Bundeskriminalamt
BKartA	Bundeskartellamt
BLG	Bundesleistungsgesetz
BMI	Bundesministerium für Inneres
BMVg	Bundesministerium der Verteidigung
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (bis 2005)
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BRH	Bundesrechnungshof
Bspw.	Beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Bw	Bundeswehr
BWB	Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung
BwBM	Bw Bekleidungsmanagement GmbH
BwFPS	BundeswehrFuhrparkService
BWI IT	BWI Informationstechnik GmbH
bzw.	beziehungsweise
CDP	Capability Development Plan
CDU	Christlich Demokratische Union
Co.	Compagnie
CPM	Customer Product Management
CPV	Common Procurement Vocabulary
CR	Computer und Recht
CSU	Christlich Soziale Union
deNIS	Deutsches Notfallvorsorge- Informationssystem
DStR	Deutsches Steuerrecht
DWD	Deutscher Wetterdienst
EADRCC	Euro-Atlantic Disaster Response Coordination Centre (Euro-

	Atlantische Koordinierungszentrale für Katastrophenhilfe)
EAPC	Euro-Atlantic Partnership Council (Euro-Atlantischer Partnerschaftstrat)
EDA	Europäische Verteidigungsagentur
ECHO	Generaldirektion Humanitäre Hilfe und Katastrophenschutz der Europäischen Kommission
EEE	Einheitliche Europäische Eigenerklärung
EG	Europäische Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
ERCC	Emergency Response Coordination Centre
ES & T	Europäische Sicherheit und Technik
ESB	Einsatzbedingter Sofortbedarf
et al.	et alii / et alia/ et alia
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EUFOR CROC	European Union Force Crisis Response Operation Core
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e-Vergabe	elektronische Vergabe
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FFF	Fähigkeitslücke und funktionale Forderung
Fn.	Fußnote

g. e. b. b.	Gesellschaft für Entwicklung, Beschaffung und Betrieb mit beschränkter Haftung
GG	Grundgesetz
GGSS	Gesicherte Gewerbliche Strategische Seetransport
GIZ	Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit
GmbH Haftung	Gesellschaft mit beschränkter
GMLZ	Gemeinsamen Melde- und Lagezentrums des Bundes und der Länder
GPA	Government Procurement Agreement (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen)
GSVP	Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik
GTK	Gepanzerte Transport-Flugzeuge
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HBKG	Hessisches Brand- und Katastrophenschutzgesetz
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
HIL	Heeresinstandsetzungslogistik
HmbKatSchG	Hamburgisches Katastrophenschutzgesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
IKT	Informations- und Kommunikationstechnologie
IPT	Integriertes Projektteam
IP	Internationale Politik

IRF	Immediate Response Force
ISAF Force	International Security Assistance Force
IT	Informationstechnik
IUD	Abteilung Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen
IUK	Informations- und Kommunikationstechnik
i. V. m.	in Verbindung mit
KdB	Konzeption der Bundeswehr
KMU	Kleine und mittelständische Unternehmen
KommJur lit.	Kommunaljurist (Zeitschrift) litera
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
LHBw	Bundeswehr Bekleidungsgesellschaft mit beschränkter Haftung
LHD	LH Group GmbH
MALE	Medium Altitude Long Endurance
MEADS	Medium Extended Air Defense System
MERCOSUR	Mercado Común del Sur (Gemeinsamer Markt des Südens)
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum BGB
NAFTA	Nordamerikanisches Freihandelsabkommen
NAMSA	NATO Maintenance and Supply Agency
NATO	North Atlantic Treaty Organization (Nordatlantikpakt)
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKatSG	Niedersächsisches Katastrophenschutzgesetz
NORDEFECO	Nordic Defence Cooperation

nov.	novelliert
Nr.	Nummer
NSPA	NATO Support and Procurement Agency
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OCCAR	Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement (Gemeinsame Organisation für Rüstungskoooperation)
OCHA	United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (Amt für die Koordinierung humanitärer Angelegenheiten)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	Öffentlich-Private-Partnerschaft
OSZE	Organisation for Security and Co-operation in Europe (Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa)
PEI	Paul-Ehrlich-Institut
PESCO	Permanent Structured Cooperation (Ständige Strukturierte Zusammenarbeit)
PPLR	Public Procurement Law Review
PPP	Public Private Partnership
PreisVO	Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen
RIK	Robert-Koch-Institut

RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Seite
SAATEG	System zur abbildenden Aufklärung der Tiefe des Einsatzgebietes
SALCC	Strategic Air Lift Coordination Cell
SALIS	Strategic Airlift Interim/International Solution
Sächs. VBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SektVO	Sektorenverordnung
SGB	Sozialgesetzbuch
SIMAP	Système d'information pour les marchés publics (Informationssystem für die öffentliche Auftragsvergabe)
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SÜG	Sicherheitsüberprüfungsgesetz
SWP-Aktuell	Stiftung Wissenschaft und Politik (Zeitschrift)
TED	Tenders Electronic Daily
THW	Technisches Hilfswerk
TK	Teilkonzept
u. a.	unter anderem
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht)
UNDAC	United Nations Disaster Assessment and Coordination teams

	(Katastrophenerkundungs- und Koordinierungsteams der Vereinten Nationen)
Urt.	Urteil
UVgO	Unterswellenvergabeordnung
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
v.	vom/von/vor
Verg	Vergabe
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VergModG	Vergabemodernisierungsgesetz
VergRModVO	Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts
VergStatVO	Vergabestatistikverordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VMBI.	Ministerialblatt des Bundesministeriums der Verteidigung
VO	Verordnung
VOB	Vergabeordnung für Bauleistungen
VOL	Vergabeordnung für Leistungen
VSA	Verschlusssachenanweisung
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
Vorl. VV- BHO	Vorläufige Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung
WTO	World Trade Organization
z. a.	zuletzt abgerufen

z. B.
ZfBR

zum Beispiel
Zeitschrift für deutsches und
internationales Bau- und
Vergaberecht

ZSGÄndG
ZSKG

Zivilschutzgesetzänderungsgesetz
Gesetz über den Zivilschutz und die
Katastrophenhilfe des Bundes

1. Teil Einleitung

A. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit

Die Hauptaufgabe der Bundeswehr charakterisiert sich seit Beginn ihres Bestehens grundsätzlich durch die Landesverteidigung. Seit den 1990er Jahren lässt sich jedoch beobachten, dass ein anderes Einsatzgebiet in den Vordergrund tritt. Der verfassungsrechtliche Auftrag der Verteidigung (Art. 87a Abs. 1 GG) erfordert gegenwärtig nicht mehr ausschließlich oder primär die Befähigung der Bundeswehr zur Landesverteidigung an den Grenzen Deutschlands.¹ Den Großteil der Einsätze der Bundeswehr stellen nunmehr Kriseninterventionen im Ausland dar. Die Entwicklung der Bundeswehr ist heutzutage in zunehmendem Maß von Einsätzen mit dem Ziel der internationalen Konfliktverhütung und Krisenbewältigung geprägt.² Diese Verlagerung des Aufgabenbereiches führt konsequenterweise zu anderen Bedürfnissen im Rahmen der Einsatzplanung und -organisation. Die Kalkulation und Ermittlung der benötigten Güter sind um einiges komplizierter als im Rahmen des allgemeinen Bedarfs. Die Streitkräfte sind gerade hier auf eine zeitnahe und flexible Mobilisierung angewiesen. Zur Sicherstellung der Einsatzbereitschaft in diesen Fällen muss eine schnelle und organisierte Bereitstellung von Personal und Gerät gewährleistet werden. Dies führt insbesondere im Beschaffungswesen zu Umstrukturierungen. Langfristige Verträge und feste Liefervereinbarungen müssen der kurzfristigen Verfügbarkeit von Gütern weichen und das Erfordernis, mit privatwirtschaftlichen Unternehmen verstärkt und gezielter zusammenzuarbeiten, wächst.

Dabei sind die bestehenden rechtlichen Anforderungen zu berücksichtigen. Neben grundlegenden verfassungsrechtlichen Vorgaben sind dies Festsetzungen hinsichtlich der Handlungsoptionen der Akteure sowie der allgemeinen Organisation. Dazu gehören vor allem die Bundeshaushaltsordnung (BHO)³ und die Regelungen des Vergaberechts. Letzteres hat auf europäischer Ebene bereits einige Entwicklungen

¹ von Harling, Bereitstellung und Bevorratung von Versorgungsgütern, ES & T 2004, S. 54 (54).

² BMVg, Bericht des BMVg zu Rüstungsangelegenheiten, April 2016, S. 40.

³ Bundeshaushaltsordnung (BHO), BGBl. I S. 1284, zuletzt geändert durch Art. 11 Abs. 10 des Gesetzes v. 14.08.2017, BGBl. I S. 3122.

erfahren: 2014 wurde ein neues Richtlinienpaket verabschiedet, das eine erneute Modernisierung des Vergaberechts anstrebte.⁴ Die Strategien, die der Umsetzung der genannten Ziele dienen, setzten dem Handlungsspielraum dabei Grenzen. 2015 wurde daraufhin das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts beschlossen. Die mit den Richtlinien verfolgten Ziele werden dabei insbesondere durch die Umstrukturierung und Erweiterung des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵ umgesetzt.

Ein Blick auf die aktuelle Berichterstattung verdeutlicht ebenfalls, dass im Bereich der Materialbeschaffung der Bundeswehr ein starkes Bedürfnis nach Veränderungen besteht⁶: Vielfach werden Aufträge zur Beschaffung im Rüstungsbereich ergänzt durch zusätzliche Verträge mit weiteren Dienstleistern, um den veränderten Anforderungen gerecht zu werden. Außerdem gibt es auf nationaler wie auch internationaler Ebene mehrere Vereinbarungen und Projekte, die bereits versuchen, genau an dieser Stelle anzusetzen. Genannt werden kann hier etwa die Smart Defence Initiative der NATO oder das Pooling und Sharing Projekt der EU.⁷ Diese Projekte und Initiativen koppeln an einer gemeinsamen Nutzung militärischer Kapazitäten und sollten von der ehemaligen Bundesregierung auch vorangetrieben werden, wie dem Koalitionsvertrag aus 2013 zu entnehmen ist.⁸ Doch der Bundeswehr werden weiterhin ein fehlendes effektives Beschaffungswesen und Ausstattungslücken attestiert, die umfassende

⁴ RL 2014/23/EU, ABl. Nr. L 94/1 v. 28.03.2014; RL 2014/24/EU, ABl. Nr. L 94/65 v. 28.03.2014; RL 2014/25/EU, ABl. Nr. L 94/243 v. 28.03.2014.

⁵ BGBl I Nr. 32 v. 29.06.2013, S. 1750.

⁶ S. etwa <http://www.sueddeutsche.de/politik/expertenbericht-zur-bundeswehr-ueberforderte-mitarbeiter-ungenau-vertraege-wirrwarr-an-zustaendigkeiten-1.2157404> v. 03.10.14 (z. a. am 02.07.2017); <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/spd-greift-von-der-leyen-an-13179392.html> v. 29.09.14 (z. a. am 02.07.2017); F.A.Z., Der Bundeswehr fehlen auch Schutzwesten und Zelte, v. 19.02.2018, unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/mangelnde-ausruestung-bundeswehr-fehlen-schutzwesten-und-zelte-fuer-nato-einsatz-15456447.html> (z. a. am 23.02.2018); F.A.Z., Nur bedingt einsatzbereit, v. 21.02.2018, unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/politik-reagiert-zu-langsam-auf-geldnot-bei-bundeswehr-15461438.html> (z. a. am 23.02.2018).

⁷ S. dazu: NATO, Smart Defence, unter: http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_84268.htm? (z. a. am 05.03.2018); Gallhöfer, Effizienz und Effektivität durch Verteidigungskooperation. Auswirkungen innerhalb der Europäischen Union, 2014, S. 126 ff., S. 138 ff.

⁸ Bundesregierung, Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode (Berlin, 28.11./16.12.2013), S. 177.

Neustrukturierungen erfordern. Auch das Bundesverteidigungsministerium selbst hält die Einsatzbereitschaft der Bundeswehr momentan nicht für ausreichend, da auf die Veränderungen des sicherheitspolitischen Umfelds zwar reagiert worden sei, dies bislang jedoch noch nicht die gewünschten Auswirkungen gezeigt habe.⁹ Vielmehr fehle es an Ersatzteilen in allen Bereichen und die benötigten Materialien seien oftmals nicht einsatzbereit.¹⁰ Dem soll die im November 2017 anberaumte „Agenda Nutzung“ abhelfen, die sich zum Ziel gesetzt hat, u. a. die Einkaufssituation wie auch die Sicherstellung der Ersatzteilversorgung der Bundeswehr zu verbessern, um so die Einsatzbereitschaft zu steigern.¹¹

Im Koalitionsvertrag von 2013 sind ebenfalls Maßnahmen vorgesehen, um die Rahmenbedingungen im Rüstungswesen zu verbessern. Geplant sind im Zuge dessen eine Untersuchung, inwieweit die Beschaffungsorganisation der Bundeswehr an ihren Standorten anpassungsbedürftig ist bis hin zu einer Optimierung der vergaberechtlichen Regelungen.¹²

Grundsätzliches Bestreben in der Beschaffung sollte es sein, Verfügbarkeit und Auslastung in einer ausgewogenen Balance zu halten, um jegliche auch kurzfristig auftretende Bedürfnisse bedienen zu können, dabei jedoch so wenige Ressourcen wie möglich ungenutzt zu lassen. Um beide Aspekte optimal miteinander in Einklang zu bringen, sind bestmögliche Prognosen hinsichtlich des Bedarfs und ein Höchstmaß an Flexibilität bei der Ausgestaltung der Beschaffung erforderlich. Zentrale Aspekte sind dabei die Organisation von Wissen sowie die Zuordnung von Risiken und Lasten, da beide Faktoren entscheidenden Einfluss auf die Kostenverteilung innerhalb des Vertragsverhältnisses nehmen. Dies gilt

⁹ Zeit online, Für Nato-Einsatz fehlen auch Zelte und Schutzwesten, v. 19.02.2018, unter: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-02/bundeswehr-nato-deutschland-einsatzbereitschaft> (z. a. am 23.02.2018); F.A.Z., Wehrbeauftragter: Lücken bei Bundeswehr noch größer geworden, v. 20.02.2018, unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/hans-peter-bartels-luecken-bei-bundeswehr-noch-groesser-geworden-15458844.html> (z. a. am 23.02.2018).

¹⁰ Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch den Wehrbeauftragten, Jahresbericht 2017 (59. Bericht), Drs. 19/700 v. 20.02.2018, S. 8.

¹¹ BMVg, Bericht des BMVg über Rüstungsangelegenheiten, Dezember 2017, S. 6, 44 f.

¹² Bundesregierung, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU, SPD, 19. Legislaturperiode (Berlin, 12.03.2018). S. 158 f.

auch im Bereich der Forschung und Entwicklung, d. h. bei der Beschaffung größerer Projekte oder Produkte¹³, wie des unbemannten Luftfahrzeugs „Euro Hawk“ oder auch aktuell des Militärtransporters A400M, welcher beispielsweise nicht kontinuierlich einsatzbereit zur Verfügung stand.¹⁴

Diese besonderen Erfordernisse an die Beschaffung offenbaren sich auch in anderen, nicht militärischen staatlichen Bereichen, etwa dem zivilen Katastrophenschutz.

Der Katastrophenschutz umfasst den Schutz der Bevölkerung bei Naturkatastrophen oder Unglücksfällen, bei denen ebenfalls die Notwendigkeit besteht, kurzfristig und schnellstmöglich an benötigte Ressourcen oder Hilfsmittel zu gelangen. Hier lässt sich ein Optimierungsbedarf in Hinblick auf das Ressourcenmanagement und die Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen feststellen. Das ist dem vierten Gefahrenbericht der Schutzkommission des BMI von 2011 entnehmend, der eine Beurteilung der drohenden Gefahren und der sich daraus ergebenden Erfordernisse vornimmt.¹⁵ Wegen des Handlungs- und Forschungsbedarfs im gesundheitlichen Bevölkerungsschutz wurde etwa im Rahmen eines Pilotprojekts ein Lager für Sanitätsmaterialien eingerichtet, nach dessen Vorbild ein Konzept für den Regelbetrieb in diesem Bereich erarbeitet werden sollte. 2009 wurde sodann in das Gesetz über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes (ZSKG)¹⁶ eine Rechtsgrundlage für diese Bevorratung eingefügt (§ 23 ZSKG).

¹³ Hier ergibt sich bereits eine erste Weichenstellung: Alltägliche Beschaffung wie beispielsweise die eines Kühlschranks erfordern eine andere Herangehensweise als die eines langfristigen, möglicherweise erst zu entwickelnden Geräts: Letzteres bedarf vor allem der Vernetzung von Wissen und der Berücksichtigung von innovativen Forschungs- und Entwicklungsmodellen.

¹⁴ Deutscher Bundestag (Fn. 10), 2018, S. 8; vgl. auch aktuelle Berichterstattung, etwa Zeit online v. 16.02.2018, „Airbus-Lieferung an Bundeswehr verzögert sich um Jahre“, unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2018-02/a400m-airbus-atlas-bundeswehr-lieferungen> (z. a. am 23.02.2018); vgl. auch BMVg, Berichts des BMVg zu Rüstungsangelegenheiten, Teil 1, März 2018, S. 67, 120, in dem die finanziellen und zeitlichen Abweichungen des Projekts dokumentiert werden. Im Februar 2018 wurde eine Erklärung zur Neuausrichtung mit der OCCAR unterzeichnet, wonach 2026 der letzte A400M an Deutschland geliefert werden soll.

¹⁵ Schutzkommission des BMI, unter: http://www.schutzkommission.de/SharedDocs/Downloads/SK/DE/Publikationen/4-Gefahrenbericht.pdf?__blob=publicationFile (z. a. am 25.03.2018).

¹⁶ BGBl. I S. 726, zuletzt geändert durch Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2350.

Die internationale Kooperation ist auch hier ein zunehmend wichtiger Aspekt. Das Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK) unterhält zu diesem Zweck ein Referat für Internationales und Auslandsunterstützung. Ein erfolgreiches Beispiel einer solchen Zusammenarbeit bildet die Bekämpfung der Ebola-Seuche. Nach einem Verdachtsfall in Brasilien im Oktober 2014 konnten aufgrund guter Kooperation und der Bereitstellung von Materialien seitens des BBK die geeigneten Maßnahmen getroffen werden.¹⁷

Dieses Erfordernis einer kurzfristigen Einsatzfähigkeit verdeutlicht, dass an dieser Stelle eine Beschaffungsgestaltung erforderlich ist, die zum einen langfristig und beständig, zum anderen aber auch flexibel und situationsgebunden sein muss, um die Bereitstellung und Beschaffung der benötigten Güter zu ermöglichen.

Die Bearbeitung verfolgt das Ziel, den vergaberechtlichen Rahmen sowie die zur Verfügung stehenden rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten daraufhin zu untersuchen, wie sie diese speziellen Bedürfnisse erfüllen und unterstützen können, die sich -insbesondere auch - aus der oben bezeichneten Aufgabenverlagerung ergeben. Dafür sollen die Spielräume des Vergabeverfahrens analysiert und Vertragsmittel aufgezeigt werden, die eine solche realisieren und gewährleisten können und somit bestmöglich staatliche Interessen umsetzen können.

B. Gang der Untersuchung

I. Ausgangssituation und Untersuchungsgegenstand

Untersuchungsgegenstand ist schwerpunktmäßig die Beurteilung des rechtlichen Rahmens der Beschaffung der Bundeswehr und deren Entwicklung aufgrund des oben genannten partiell veränderten Aufgabenbereichs. Dafür bedarf es der Feststellung, welche zusätzlichen Anforderungen an die Beschaffung sich daraus konkret ergeben, um zu beurteilen, inwieweit die bestehenden Regelungen diesen genügen bzw. ob und inwieweit sie einer Anpassung bedürfen (**2. Teil**).

¹⁷ BBK, unter:

http://www.bbk.bund.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/BBK/DE/2014/Zusammenarbeit_mit_Brasilien.html (z. a. am 25.03.2018).

Die Bearbeitung konzentriert sich zwar auf diejenigen Einsatzfälle der Bundeswehr, in denen diese zusätzlichen Anforderungen aufgrund ihres ungewissen Eintritts und Ablaufs von Bedeutung sind. Bestimmte Maßnahmen der Katastrophenschutzeinrichtungen weisen kongruente Anforderungen auf und sollen die Untersuchung ergänzen.

Zu Beginn werden die vorliegende Bedarfssituation sowie die spezifischen Anforderungen benannt, bevor der verfassungsrechtliche Rahmen des Auftrags und Aufgabenbezug der Bundeswehr erläutert wird. Im Anschluss werden die interne Organisationsstruktur und ihr Aufgabenbereich herausgearbeitet, wobei insbesondere der historische Aufgabenwandel der Bundeswehr Berücksichtigung findet. Zudem erfolgt eine Untersuchung des Einsatzspektrums der Bundeswehr im In- und Ausland, da die Einsatzgebiete auf unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen gründen und damit jeweils eine andere Behandlung nach sich ziehen.

In einem nächsten Schritt sollen die Beschaffungspraxis und -vorgänge darlegt werden. Relevantes Regelwerk bildet im Allgemeinen das Vergaberecht. Zu beachten sind aber ebenso internationale Verpflichtungen infolge der Mitgliedschaft im Nordatlantikpakt (engl. North Atlantic Treaty Organization, kurz NATO) und in dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (engl. Government Procurement Agreement, kurz GPA). Da die Mehrzahl der Beschaffungsvorgänge - nicht nur im Rahmen von Krisensituationen - über diesen rechtlichen Apparat geregelt werden, ist auch eine eingehende Auseinandersetzung mit den internationalen Vorschriften und Vereinbarungen erforderlich.

Der Bevölkerungsschutz wird ebenso anhand dieses Gliederungsschemas behandelt. Zunächst erfolgt eine Darstellung von Aufbau, Organisation und Aufgaben dieser Einrichtung, bevor auf die Beschaffungspraxis eingegangen wird. Hier ist insbesondere das grenzüberschreitende Auftreten von Naturkatastrophen und anderen Notsituationen zu berücksichtigen, welches eine zügige (internationale) Vernetzung der Hilfs- und Versorgungsmaßnahmen erfordert. Deswegen sind auch hier europarechtliche oder andere internationale Regelungen und Zuständigkeiten zu beachten.

Dem schließt sich ein Überblick über den Rechtsrahmen des Beschaffungswesens an, sodass sich in diesem ersten Teil ein vollständiges Bild hinsichtlich des zu untersuchenden Aufgabenbereichs und seiner speziellen Beschaffungsanforderungen ergibt.

II. Beschaffungsoptionen des Staates

Im Kern werden sodann der gegebene vergaberechtliche Rahmen sowie strategische Beschaffungsmethoden daraufhin untersucht, ob diese die zuvor aufgestellten Anforderungen erfüllen können (**3. Teil**). Dabei wird zwischen dem vergaberechtlichen Regelungsrahmen und vertragsgestaltenden Elementen unterschieden. Es werden die Anwendungsvoraussetzungen, mögliche momentane Einsatzbereiche und das Erfordernis weiterer Entwicklungen in den jeweiligen Bereichen betrachtet und analysiert, ob dadurch eine bedarfsgerechte Beschaffung zu gewährleisten bzw. umzusetzen ist.

Nähere Betrachtung erfährt zunächst die Leistungsbeschreibung als Kernstück des Vergabeverfahrens und ihre Ausgestaltung sowie Möglichkeiten einer Standardisierung durch die vergaberechtlichen Regelungen. Behandelt werden zudem die Gewährleistung der Bietereignung, die elektronische Beschaffung, Auftragsänderungen während der Laufzeit und das Zuschlagskriterium der Lebenszykluskosten.

Relevant ist an dieser Stelle auch, inwieweit die Dringlichkeits- und Interimsvergabe Flexibilitätspotentiale bietet und ob ihre momentane rechtliche Ausgestaltung den Anforderungen genügt.

Als vertragliche Beschaffungsinstrumente werden die Rahmenvereinbarung als langfristige Vertragsbeziehung sowie die Bedarfsbündelung, speziell in einem internationalen Kontext, beurteilt. Dabei ist zu prüfen, wie die Beschaffung anhand multinationaler Verträge ausgestaltet werden kann und welche rechtlichen Anforderungen dabei zu berücksichtigen sind. Zudem sind auch hier die Gestaltungsansätze anhand der im Vorhinein aufgestellten Anforderungen zu bewerten.

Abschließend werden mit dem gezielten Einsatz von Bieteranreizen sowie Just-in-time-Verträgen weitere vertragsgestaltende Elemente bezüglich ihrer Wirksamkeit für eine effektive Beschaffung untersucht.

III. Fazit

Im Fazit (**4. Teil**) werden die Potentiale der untersuchten Beschaffungsoptionen zusammengefasst und bewertet. Dabei werden künftige wünschenswerte Rechtsentwicklungen und Handlungsempfehlungen ausgesprochen, die zu einer effektiven und anforderungsgerechten Beschaffung beitragen können.

2. Teil Ausgangssituation und Untersuchungsgegenstand

A. Die Bedarfssituation

Ein akuter Einsatzfall der Bundeswehr bedarf flexibler und unverzüglicher Handlungsmöglichkeiten. Diese Tatsache wirkt sich auf die gesamte Beschaffungsstruktur aus. Erforderlich ist eine Organisation, die die Reaktionsmöglichkeiten auf diese Ereignisse optimiert.

Der in dieser Bearbeitung verfolgte Untersuchungsgegenstand ist somit konzeptionell in Abgrenzung zu einer sicheren Vergabe zu sehen. Die sichere Vergabe stellt dabei den Regelfall einer Beschaffung dar, bei der diese ihrem regulären Ablauf folgt. Eine Beschaffung wird dabei langfristig geplant und vorbereitet, sodass die Bedarfssituation analysiert und entsprechend beschafft werden kann. Diese Möglichkeit steht aber bei kurzfristigem Bedarf nicht zur Verfügung. Die normalerweise in Anspruch genommene Zeit für vorbereitungs- und planungsrechtliche Belange ist nicht vorhanden oder muss stark verkürzt werden. Dies führt zu dem Erfordernis, dass diese Schritte der Vergabe vorverlagert werden müssen oder auf gewisse (i. d. R. verpflichtende) Elemente des Beschaffungsvorgangs sogar komplett verzichtet werden muss. Während der Faktor Zeit bei einer sicheren Vergabe daher eines von vielen Elementen einer erfolgreichen Beschaffung darstellt, fungiert er hier gezwungenermaßen als der zentrale Aspekt, an dem sich das Handeln der öffentlichen Auftraggeber orientiert.

Das Defizit, welches sich durch die bestehende Unkenntnis von derartigen Einsatzfällen einerseits und die jederzeit erforderliche Einsatzbereitschaft andererseits ergibt, kann durch verschiedenste Instrumente zu einem gewissen Maß ausgeglichen werden. Dazu zählen beispielsweise das Treffen vorläufiger Entscheidungen oder Prognoseentscheidungen.¹⁸ Ersteres trifft beispielsweise auf die Interimsvergabe zu, die ein taugliches Mittel darstellt benötigte Güter schnell verfügbar zu machen.¹⁹

¹⁸ von Lewinski, Resilienz der Verwaltung in Unsicherheits- und Risikosituationen, in Hill/Schliesky (Hrsg.), Management von Unsicherheit und Nichtwissen, 2016, S. 239 (248); Jaeckel, Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung, in Pünder/Klafki (Hrsg.), Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung, 2016, S. 11 (13).

¹⁹ s. S. 157.

Entscheidendes Kriterium ist stets die Leistungssicherheit, finanzielle Aspekte treten bei diesem Bedarf ad hoc in den Hintergrund.²⁰ Zwar weist das Thema einer effektiven Beschaffung auch in diesen Fällen einen wirtschaftsrechtlichen Schwerpunkt auf, da insbesondere die Logistik und Beziehungen, aber auch Beschaffungsstrategien und das Management von diesen Handlungserfordernissen betroffen sind.²¹ Anders als in der Wirtschaft, in der es vor allem um die Gewinnerzielung eines Unternehmens geht, besteht hier vor allem die Gefahr einer Handlungsunfähigkeit, die es verhindert, angemessen auf bestehende Krisensituation zu reagieren. Entscheidend sind daher die angemessene Reaktion und Vorbereitung auf den Eintritt des Bedarfsfalls.

In Abgrenzung zur Grundhaltung der Juristischen Methode als klassisches dogmatisches Verwaltungsrechtsverständnis²² wird vorliegend anhand einer Orientierung am steuerwissenschaftlichen Ansatz²³ analysiert, wie und mithilfe welcher rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Vergaberechts auf veränderte Bedarfe innerhalb der Beschaffung reagiert werden kann. Die Spielräume des Vergaberechts sollen dadurch besser

²⁰ Vgl. *Brüning*, Risikoverteilung in Modernisierungsprojekten der Bundeswehr, in: Scholz, Risikomanagement der öffentlichen Hand, 2009, S. 280.

²¹ Vgl. bspw. *Eßig/Glas* (Hrsg.), Performance Based Logistics. Innovatives Beschaffungsmanagement für die Streitkräfte, 2014; *Eßig/Witt* (Hrsg.), Öffentliche Logistik. Supply Chain Management für den öffentlichen Sektor, 2009.

²² Vgl. zum Begriff und den Einzelheiten der Juristischen Methode z.B. Krebs, Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 209 (213 ff.); *Appel*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 67, Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, 2008, S. 226 (235 ff.).

²³ Vgl. zum steuerwissenschaftlichen Ansatz: *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 17 ff.; *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerwissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.): Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 65 ff.; *Appel*, VVDStRL 67 (Fn. 22), 2008, S. 226 (244); *Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 67, Die Leistungsfähigkeit des Öffentlichen Rechts, 2008, S. 286 (293 ff.); *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S. 18 ff.; *Franzius*, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerparadigma der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 39, 2006, S. 335 (340), *Franzius*, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: GVwR Bd. I, § 4; als Anwendungsbeispiel siehe etwa *Große*, Qualität des öffentlichen Schulwesens als Verfassungsgebot? Zugleich zum Institut der schulischen Eigenverantwortung.

genutzt und bei Bedarf erweitert werden können, sodass sie optimale Wirkung entfalten. Dafür werden bisherige Erkenntnisse und Erfahrungen fruchtbringend integriert, sodass das Vergaberecht den zur Verfügung stehenden begrenzenden und ermöglichenden Rahmen für die Beschaffung darstellt. Den beschriebenen Einsatzfällen der Bundeswehr kommt diesbezüglich eine unmittelbare Aktualität zu. Ähnlich gelagerte Fälle im Rahmen des Bevölkerungsschutzes werden mit aufgenommen, um auf die generelle Bedeutung der Thematik nicht nur im Bereich der Bundeswehr hinzuweisen.

B. Spezifische Anforderungen an die Beschaffung

Aufgrund der Merkmale dieser Einsätze ergeben sich besondere Anforderungen an die Beschaffung:

I. Kurzfristiger Leistungsabruf

Die Unvorhersehbarkeit erfordert im Bedarfsfall die schnelle Mobilisierung und Zugriffsmöglichkeit auf die Leistung. Zwar wird nicht erst mit dem Eintritt des Ereignisses die Beschaffung in Gang gesetzt, vielmehr ist die Leistung i. d. R. bereits im Vorhinein vorzuhalten. Allerdings muss dieser Prozess des Abrufens der Leistung kurzfristig erfolgen können und zieht unter Umständen auch Nachbestellungen nach sich. Dies hat zur Konsequenz, dass der Beschaffungsvorgang an sich, d. h. Leistungsbeschreibung, Angebotsabgabe, Zuschlagserteilung, schnellstmöglich vonstatten gehen muss.

Jegliche Möglichkeiten, diesen Prozess zu verkürzen oder zu vereinfachen, z.B. Fristverkürzungen, Verfahrenserleichterungen oder die Verwendung von Vorlagen oder Standardisierungen, kommen der Beschaffung daher entgegen.

II. Verlässlichkeit und hohe Qualität der Leistung in Bezug auf den Bedarf

Die Verlässlichkeit ist in jeder Vertragssituation von Vorteil, unabhängig von ihren weiteren äußeren und inneren Bedingungen in der konkreten Situation. Gleichwohl ist sie hier ein besonders wichtiges Kriterium,

verspricht eine hohe Qualität doch eine längere Lebensdauer des Produktes und gleichzeitig geringere Unterhaltungs- und Wartungskosten.²⁴

Hier wird die Leistung mehr oder weniger sofort benötigt, im Falle des Abrufs muss die Leistung ohne Verzögerungen erbracht werden. Der Auftraggeber ist in hohem Maße von seinen Vertragspartnern abhängig. Das führt in der Folge auch dazu, dass keine bzw. kaum Möglichkeit besteht, bei Mängeln der beschafften Gegenstände etwa Gewährleistungsrechte geltend zu machen. Der Auftraggeber hat in der Regel keine zeitlichen Spielräume. An dieser Stelle sind daher u.a. langfristige Vertragsbeziehungen wie Rahmenvereinbarungen sinnvoll. Durch die langfristige Zusammenarbeit kann und muss eine bessere Vertrauensbasis geschaffen und erhalten werden. Dies bietet zusätzlich die Möglichkeit, auf Erfahrungen zu reagieren und dementsprechend den Bedarf oder einzelne vertragliche Elemente anzupassen oder zu optimieren.

III. Langfristigkeit der Qualitätssicherung

Eine langfristige Qualitätssicherung erfordert die regelmäßige Kontrolle der Leistungen und des Beschaffungsweges. Es handelt sich schwerpunktmäßig um eine betriebswirtschaftliche Maßnahme. Sinnvoll für die Beschaffung ist dabei eine Strategie, welche eine möglichst genaue Ressourcenplanung zulässt. Durch diese bessere Planbarkeit können Entscheidungen über Einkäufe frühzeitiger getroffen werden. Eine Langlebigkeit der Güter und Produkte kann zudem die Einsatzfähigkeit über einen längeren Zeitraum garantieren und die Planung erleichtern.

Zur langfristigen Qualitätssicherung kann es aber ebenfalls beitragen, auf langfristige Vertragsbeziehungen zu setzen, die Spielräume für Reaktionen auf sich verändernde äußere oder innere Umstände oder neue Erkenntnisse ermöglichen.

IV. Übersichtliche Vorhaltekosten

Das Bedürfnis des Vorhaltens von Leistungen und Waren stellt ebenso einen nicht zu vernachlässigenden Kostenfaktor dar. Deswegen ist es von Bedeutung, diese Kosten so gering wie möglich zu halten. Hier fallen vor allem Ausgaben für die aufrechtzuerhaltende Einsatzbereitschaft an, also

²⁴ Kenigstein, Vergabeverfahren: Sicherung von Qualitätsvorgaben bei der Beschaffung, AnwZert BauR 22/2012, Anm. 1.

die ständige Verfügbarkeit im Ernstfall bzw. bei (erhöhtem) Bedarf. Realisieren lässt sich eine Kostenreduktion wohl vor allem mit Sharing-Optionen, bei denen die Kapazitäten mit anderen Bedarfsträgern geteilt werden. Dies ermöglicht eine flächendeckende Versorgung. Gleichzeitig kann dadurch eine größere Auswahl an Gütern und/oder Leistungen zur Verfügung gestellt werden.

V. Flexibilität

Die Anforderungen der Flexibilität sind bedingt durch das Erfordernis der kurzfristigen Abrufbarkeit der Leistungen. Neben dieser zeitlichen Komponente ist auch die Flexibilität im Allgemeinen von Bedeutung. Dieses Kriterium bezieht sich auf die Mengenabnahme, den Lieferort und die Lieferumstände sowie alle weiteren Aspekte, die unter Umständen abweichen können. Auch hier stellen Rahmenvereinbarungen eine Möglichkeit dar, ein erhöhtes Maß an Flexibilität zu erlangen. Es ist zwar nahezu unmöglich, alle Eventualitäten in die Vertragsgestaltung mit einzubauen, auf vieles kann aber zumindest konkreter eingegangen werden.

VI. Rechtssicherheit

Die Verlässlichkeit in die bestehende Rechtsordnung stellt eine der zentralen Aufgaben des Rechts dar und leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG ab. Dieser Anspruch auf Rechtssicherheit dient der Verhinderung willkürlichen staatlichen Handelns und untergliedert sich in Klarheit und Bestimmtheit des Rechts sowie Vertrauensschutz.²⁵ Insbesondere die Rechtsklarheit spielt im Vergaberecht bei der Beschaffung eine maßgebliche Rolle. Diese garantiert, dass die Entscheidungsfindung auf einem klaren, sicheren und absehbaren Rechtsrahmen beruht.²⁶ Nur wenn die öffentlichen Auftraggeber ihre Handlungsmöglichkeiten kennen, können sie die damit verbundenen Spielräume im Vergabeverfahren umfassend ausschöpfen. In komplexen oder akuten Bedarfssituationen ist es dafür erforderlich, dass die Voraussetzungen möglicher Beschaffungsinstrumente und

²⁵ *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Bd. VII, Stand 81. EL 2017, Art. 20 Rn. 50 ff.

²⁶ *Sommermann* in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 288, abrufbar unter beck online.

Ausnahmen vom Vergabeverfahren kodifiziert werden. So kann die Rechtslage schnell eingeschätzt und optimal (re)agiert werden.

Die genannten Anforderungen sollen im Folgenden als Maßstäbe dafür dienen, wie diese Beschaffung bestmöglich innerhalb der rechtlich gegebenen Rahmenbedingungen erfolgen kann und welche Gestaltungsmöglichkeiten der Vergabeprozess darüber hinaus bietet, um diesen Rechnung zu tragen.

C. Die Bundeswehr und der Bevölkerungsschutz

I. Die Bundeswehr

1. Auftrag und Aufgaben der Bundeswehr

a) Der verfassungsrechtliche Auftrag

aa) Allgemeines

Das Grundgesetz legt in Art. 87 a Abs. 1 S. 1 GG²⁷ die Aufstellung und den Einsatz von Streitkräften zur Landesverteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung als verfassungsrechtlichen Auftrag der Bundeswehr fest. Mit dieser Konkretisierung wird eine Umgrenzung der Aufgaben der Streitkräfte gesichert.²⁸ Der Begriff der Streitkräfte umfasst in diesem Zusammenhang alle deutschen als Kombattanten uniformierte Verbände innerhalb der Bundeswehr, die militärisch gegliedert, geführt und bewaffnet sind und unter dem Kommando und Befehl entweder des Bundesministeriums der Verteidigung (Art. 65 a GG) oder der Bundeskanzlerin/des Bundeskanzlers (Art. 115 b GG) stehen.²⁹

Die Kompetenz der Gesetzgebung und der Exekutive dafür liegt gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG ausschließlich beim Bund,³⁰ wodurch die

²⁷ Eingefügt durch die Grundgesetzergänzung vom 19.03.1956, BGBl. I, S. 111.

²⁸ *Badura*, Der Verfassungsauftrag der Streitkräfte im Grundgesetz, ZSE 2007, S. 358 (359); *Deppenheuer*, in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Bd. VI, Stand 81. EL 2017, Art. 87a Rn 8.

²⁹ *Hernekamp*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 87a Rn. 5.

³⁰ Diese Kompetenz des Bundes wurde durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26.03.1954, Art. 1, Ziff. 1 (BGBl. I, 45) in das Grundgesetz eingefügt.

Wehrhoheit des Bundes ihre verfassungsrechtliche Grundlage erhält.³¹ Die weiteren Einzelheiten hinsichtlich Größe und Organisation der Streitkräfte lassen sich dem Haushaltsplan entnehmen, Art. 87a Abs. 1 S. 2 GG, welcher jährlich neu zu bestimmen ist. Vorschriften zum Haushaltsplan finden sich in den §§ 13, 14 BHO und fallen in den Kompetenzbereich des Bundestages. Die Norm weist die Streitkräfte damit dem Aufgabenbereich des Parlaments zu. Diese Budgethoheit gibt dem Parlament die indirekte Möglichkeit der Einflussnahme und dient der parlamentarischen Kontrolle der Regierung. Bei Art. 87 a Abs. 1 S. 2 GG handelt es sich damit um eine spezialgesetzliche Regelung gegenüber Art. 110 GG, welcher die zentrale Vorschrift des Haushaltsverfassungsrechts darstellt.³² So beeinflusst das Parlament aber auch die Beschaffungspolitik und die damit einhergehende Planung und Regulierung des gesamten Militärapparats.³³

Das Erfordernis der Festlegung einer Obergrenze der Einsatzkraft durch den Haushaltsplan entspricht der Bedarfsdeckungs- und Ordnungsfunktion, geregelt in § 2 S. 1, 3 HGrG. Die Bedarfsdeckungsfunktion soll dafür Sorge tragen, dass der festgestellte Finanzbedarf und seine Deckungsmöglichkeit miteinander in Einklang stehen. Der Finanzbedarf setzt sich aus den voraussichtlich notwendigen Ausgaben abzüglich der zu erwartenden Einnahmen zusammen. Durch die Bedarfsdeckungsfunktion soll somit die Ausgeglichenheit des Haushalts gewährleistet werden.³⁴ Die Ordnungsfunktion normiert das Erfordernis eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts von Bund und Ländern im Rahmen ihrer Haushaltswirtschaft, beansprucht neben Art. 109 Abs. 2 Var. 2 GG aber keinen zusätzlichen eigenen Regelungsbereich.³⁵ Wenngleich sich aus dem Grundgesetz damit keine konkrete Zahl für die einzusetzenden Soldaten ergibt, hat sich Deutschland völkerrechtlich zu einer maximalen Personalstärke von 370 000 Frauen und Männer

³¹ *Kirchhof*, Der Verteidigungsauftrag der deutschen Streitkräfte, in: Beyerlin u.a. (Hrsg.): Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, 1995, S. 797 (802).

³² *Heintzen*, in: von Münch/Kunig (Fn. 29), Art. 110 GG Rn. 1; *Baldus* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 26), Art. 87a Rn. 20; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 87 a Rn 5.

³³ *Hernekamp*, in: von Münch/Kunig (Fn. 29), Art. 87a Rn. 9.

³⁴ *Von Lewinski/Burbat*, HGrG Kommentar, 1. Aufl. 2013, § 2 Rn. 1 ff.

³⁵ *Von Lewinski/Burbat* (Fn. 34), § 2 Rn. 8.

verpflichtet.³⁶ Der Koalitionsvertrag von 2013 setzt den Personalumfang der Streitkräfte auf 185 000 Soldatinnen und Soldaten fest.³⁷

Neben diesem haushaltsrechtlichen Bewilligungsrecht ergibt sich durch Art. 87 a Abs. 1 S. 2 GG für das Parlament die Pflicht zur Entscheidung über die Organisationsstruktur der Streitkräfte in der Weise, dass diese in Relation zu ihren Aufgaben zweckmäßig erscheint. Dies erfolgt innerhalb der Bundeswehr durch die Gliederung in die Teilstreitkräfte Heer, Marine und Luftwaffe und deren weitere Grobunterteilung (Korps, Divisionen und Brigaden bzw. Flottillen und Geschwader), die Einrichtung von Einsatz- und Unterstützungsverbänden, zentralen militärischen Bundeswehrdienststellen und Sanitätsdienststellen sowie die Aufteilung der Streitkräfte in Landesverteidigungs- und Krisenreaktionskräfte.³⁸

Alle Einsätze der Bundeswehr erfordern neben dem Personal eine Vielzahl an Sachmitteln und Gerät sowie die Erbringung von Dienstleistungen, die mitunter auch durch den Rückgriff auf externe Kräfte erfolgt. Die Beschaffung des Sachbedarfs der Streitkräfte hat ihren Ausgangspunkt ebenfalls in der Verfassung. So bestimmt Art. 87 b Abs. 1 S. 2 GG die Zuständigkeit der Bundeswehrverwaltung für die unmittelbare Deckung desselben. Die Norm ist damit Grundlage für alle Beschaffungstätigkeiten der Bundeswehrverwaltung.³⁹ Das Grundgesetz legt dabei eine grundsätzliche Zweiteilung innerhalb der Bundeswehr zwischen den Streitkräften und der zivilen Wehrverwaltung fest. Beide sind voneinander unabhängig und weisen eine eigene Organisationsstruktur auf.

Die organisatorische Gliederung der Wehrverwaltung hat in den letzten Jahren ebenfalls einige Wandlungen erfahren, die im Folgenden unter dem Punkt „Organisation der Bundeswehr“ näher beschrieben werden sollen.

bb) Ursprünglicher Anwendungsbereich

Der verfassungsrechtliche Begriff der Verteidigung umfasst in seinem Anwendungsbereich des Art. 87a Abs. 1 GG ursprünglich nur die Abwehr eines Angriffs von außen, diente also der individuellen Selbstverteidigung

³⁶ Diese Pflicht zur Reduzierung regelte der Zwei-plus-Vier-Vertrag v. 12.09.1990, BGBl. II, S. 1318.

³⁷ Bundesregierung, 18. Koalitionsvertrag (Fn. 8), S. 176.

³⁸ Baldus in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 26), Art. 87a Rn. 25.

³⁹ Walkiewicz, Dezentrale Beschaffung in der Bundeswehr, 1987, S. 13.

des Landes zum Schutz gegen die militärische Gewalt anderer Staaten.⁴⁰ Konkretisierende Regelungen diesbezüglich trifft das Grundgesetz in Art. 87a Abs. 3 GG, welcher den Verteidigungsfall (Art. 115a ff. GG) und den Spannungsfall (Art. 80a GG) normiert. Ersterer ist dabei nach Art. 115 a Abs. 1 GG „die Feststellung, dass das Bundesgebiet angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht.“

Im Rahmen von Art. 87 Abs. 3 GG ist in jedem Fall das Subsidiaritätsprinzip zu beachten. Ein Eingreifen der Streitkräfte ist nur dann möglich, wenn polizeiliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr aussichtslos sind. Als Rechtsgrundlage für die unterstützende Hilfe dient das „Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes“ (UZwG)⁴¹, sodass auch nur die dort geregelten Tätigkeiten im Zusammenwirken mit der Polizei vorgenommen werden dürfen.⁴²

Ein Einsatz der Streitkräfte aus anderen Gründen als der Verteidigung richtet sich nach Art. 87a Abs. 2 GG, wonach eine ausdrückliche Ermächtigung durch das Grundgesetz gegeben sein muss. Der Verteidigungsauftrag ist damit klar abgegrenzt und eindeutig nicht erweiterbar. Dies ergibt sich auch aus Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG, wonach „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten (...) verfassungswidrig“ sind. Dies verdeutlicht ebenfalls den Defensivcharakter jedes militärischen Handelns nach dem Grundgesetz.⁴³

Eine solche eindeutige Einsatzermächtigung findet sich etwa in Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 1 GG, welcher die Zuständigkeiten im Fall von Naturkatastrophen oder Unglücksfällen festlegt. Dabei handelt es sich um Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr im Inneren, für welche grundsätzlich die Polizei zuständig ist. Hier können aber dann die Streitkräfte „zur Unterstützung“ eingesetzt werden, wenn es zur

⁴⁰ *Kirchhof* (Fn. 31), in: Beyerlin et al., 1995, S. 797 (804); Badura (Fn. 28), ZSE 2007, S. 358 (361).

⁴¹ BGBl III, S. 201, zuletzt geändert durch Art. 28 der VO v. 31.10.2006, BGBl. I, S. 2407.

⁴² *Hernekamp*, in: von Münch/ Kunig (Fn. 29), Art. 87a Rn. 27 ff.

⁴³ *Kirchhof* (Fn. 31), in: Beyerlin et al., 1995, S. 797 (799).

wirksamen Bekämpfung oder Behebung der Gefahr vonnöten ist. Dadurch können Entscheidungskompetenzen zentralisiert und die bundesweiten personellen und sachlichen Ressourcen verfügbar gemacht werden.⁴⁴ Ein Einsatz der Streitkräfte im Sinne dieser Vorschrift definiert sich als die Anwendung von Maßnahmen, welche im Rahmen der Ausübung militärischer Hoheitsgewalt stattfinden.⁴⁵

Bei Art. 87 a Abs. 1 und Abs. 2 GG handelt es sich im Ergebnis um eine funktionale Abgrenzung in Bezug auf den Einsatzbereich der Streitkräfte, nicht um eine Unterscheidung im territorialen Sinne nach Maßnahmen im In- und Ausland.⁴⁶

In Art. 87 a Abs. 4 GG ist schließlich die Kompetenz der Streitkräfte für den Inneneinsatz zu Friedenszeiten geregelt. Die Norm nimmt Bezug auf Art. 91 GG, welcher ihm vorgeht. Zusammen mit Art. 35 Abs. 2 und 3 GG regelt er vor allem die Kompetenz des inneren Notstands, welcher im Gegensatz zum äußeren Notstand nach Art. 115 a GG durch eine Bedrohung innerhalb des eigenen Staatsgebiets ausgelöst wird.⁴⁷ Dabei geht es im Falle des Art. 87 a Abs. 4 GG nach dem Wortlaut der Norm jedoch nur um eine Unterstützungsleistung der Streitkräfte. Die Voraussetzungen bilden eine drohende Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder Landes, das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 91 Abs. 2 GG (das Land selbst ist nicht zur Verteidigung bereit oder in der Lage) sowie ein Nichtausreichen der Polizeikräfte und des Bundesgrenzschutzes (jetzt Bundespolizei).

Auch bei Vorliegen dieser Merkmale besteht für die Bundesregierung weiterhin ein Ermessensspielraum, ob sie den Einsatz anordnet. Außerdem kann sie oder der Bundestag nach Art. 87 a Abs. 4 S. 2 GG jederzeit die Einstellung des Einsatzes verlangen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass unter Umständen eine Überschneidung mit Art. 35 Abs. 2 S. 1 GG möglich ist, sodass beide Vorschriften parallel zur Anwendung kommen.

⁴⁴ *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 28), Stand 81. EL 2017, Art. 87a Rn. 21.

⁴⁵ *Badura* (Fn. 28), ZSE 2007, S. 358 (360).

⁴⁶ *Kirchhof* (Fn. 31), in: Beyerlin et al., 1995, S. 797 (808); BVerfG, Urt. v. 12.07.1994, 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93, Rn. 126.

⁴⁷ *Epping/Hillgruber*, Beck'scher Online-Kommentar GG, 28. Edition, Stand: 01.03.2016, Art. 91 Rn. 1.

Verfassungsrechtliche Bedeutung kommt weiterhin Art. 25 GG zu, der klarstellt, dass die allgemeinen Regelungen des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts sind. Daraus ergibt sich eine unmittelbare Geltung von Art. 1 der UN-Charta über die Wahrung des Weltfriedens sowie von Kap. VII über Maßnahmen bei Bedrohungen oder Bruch des Friedens und bei Angriffshandlungen, woraus das Verbot eines Angriffskrieges und die Eingrenzung auf den Verteidigungsauftrag resultieren.⁴⁸

cc) Erweiterung des verfassungsrechtlichen Auftrags

Der so festgeschriebene Verteidigungsauftrag hat mittlerweile allerdings Erweiterungen erfahren. Die bedeutendste Erweiterung wird aus der Regelung des Art. 24 Abs. 2 GG abgeleitet, welcher es der Bundesrepublik Deutschland ermöglicht, „sich zur Wahrung des Friedens in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einzuordnen.“ Unter eine solche kollektive Vereinigung fällt zunächst die klassische Bündnisverteidigung. Besonders relevant ist aber der Beitritt zu einem System kollektiver Sicherheit, in welchem die Bündnispartner auf militärische Gewalt untereinander verzichten.⁴⁹ So ist es etwa der Fall bei den Vereinten Nationen (UN) oder der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE). Dies ergibt sich auch aus Art. 51 der UN-Charta, welcher die kollektive Selbstverteidigung festlegt.

Anders sah es bei der Gründung der NATO aus. Diese wurde als klassisches kollektives Verteidigungsbündnis zu Zeiten des Kalten Krieges im Ost-West-Konflikt geschlossen. Das Kernanliegen war die Sicherung der Außengrenzen und die Schaffung einer politisch stabilen Lage.⁵⁰ Mittlerweile hat sich ihr Aufgabenbereich indes so verändert und erweitert, dass sie ebenfalls als ein System kollektiver Sicherheit zu bezeichnen ist. Grund für diese Weiterentwicklung war auch hier die Veränderung der sicherheitspolitischen Bedingungen, durch welche innerhalb der NATO das Bedürfnis nach einem stärkeren internationalen Dialog und einer Zusammenarbeit der Staaten entstand. Dies mündete in verschiedenen Partnerschaftsprogrammen wie etwa dem Euro-Atlantischen Partnerschaftsrat (EAPC) von 1997 und letztlich auch der

⁴⁸ *Scheler*, Der neue Auftrag der Bundeswehr und die Frage seiner demokratischen Legitimation, in: Schönherr (Hrsg.), Die Neuausrichtung der Bundeswehr - Position und Opposition, DSS-Arbeitspapiere, 2013, S. 16 (16).

⁴⁹ *Depenheuer*, in: Maunz/Düring (Fn. 28), Stand 81. EL 2017, Art. 87a Rn. 122.

⁵⁰ *Varwick*, Auf dem Weg zum Weltpolizisten?, APuZ 2009, S. 3 (3).

NATO-Osterweiterung 1999 und 2004.⁵¹ In einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), das sich mit diesem neuen Konzept befasste, wurde festgestellt, dass diese Entwicklung sich mit dem Spielraum des NATO-Vertrags deckt.⁵²

Art. 24 Abs. 2 GG erweitert den verfassungsrechtlichen Auftrag hin zu der Möglichkeit einer allumfassenden internationalen Friedensordnung und somit auch dem Schutz dritter Staaten. Leitend ist in diesem Gebiet das Grundsatzurteil des BVerfG vom 12. Juli 1994.⁵³ Dieses formuliert Voraussetzungen und Grenzen des Verfassungsauftrags der Bundeswehr in Art. 24 Abs. 2 GG und nimmt insofern stückweise eine richterliche Rechtsfortbildung vor. Anlass waren die humanitären und militärischen Hilfseinsätze in Kambodscha, Somalia, im ehemaligen Jugoslawien, im Arabischen Golf und im Irak.⁵⁴

Demnach folgt aus der Teilnahme an einem System der gegenseitigen kollektiven Sicherheit konsequenterweise auch die Verpflichtung des Einsatzes militärischer Mittel, soweit die diesem System zugrunde liegenden rechtlichen Regelwerke es vorsehen. Dies steht allerdings unter der zusätzlichen Voraussetzung eines konstitutiven Parlamentsvorbehalts, wenn es sich dabei um bewaffnete Einsätze und nicht um bloße Hilfsleistungen handelt.⁵⁵ In diesen Fällen entscheidet nach Art. 115b GG die Bundeskanzlerin/der Bundeskanzler im Verteidigungsfall und in anderen Fällen die Bundesministerin/der Bundesminister der Verteidigung nach Art. 65a GG über den Einsatz. Bei der deutschen Bundeswehr handelt es sich somit um ein „Parlamentsheer“, dessen Entsendung in den bewaffneten Einsatz durch den Bundestag nach Art. 42 Abs. 2 GG beschlossen werden muss.⁵⁶ Mit dem im Jahre 2005 verabschiedeten Parlamentsbeteiligungsgesetz hat dies auch seine einfach-

⁵¹ NATO, NATO's Core Security Functions in the New Europe, Pressemitteilung M-1(91) 44 44, 07.06. 1991, unter: http://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_23861.htm?selectedLocale=en (z. a. am 02.06.2015); Giegerich, Die NATO, 2012, S. 35 f., 47 f.

⁵² Vgl. Urt. v. 22.11.2001, BVerfGE 104, 152 (209).

⁵³ BVerfG (Fn. 46), Urt. v. 12.07.1994, 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93.

⁵⁴ *Von Bredow*, Sicherheit, Sicherheitspolitik und Militär. Deutschland seit der Vereinigung, 2015, S. 148.

⁵⁵ BVerfG (Fn. 46), Urt. v. 12.07.1994, 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93, Rn. 221 ff., 238, 319 ff., 343; BVerfG (2. Senat), Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08.

⁵⁶ BVerfG (Fn. 46), Urt. v. 12.07.1994, 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93, Rn. 320, 345; bestätigt in BVerfG (2. Senat), Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08.

gesetzliche Ausgestaltung erfahren.⁵⁷ In seinem § 5 ist eine Ausnahme des Parlamentsvorbehalts festgesetzt, wenn Gefahr im Verzug besteht. Dieser Umstand verzichtet jedoch nicht vollständig auf eine Zustimmung des Bundestages, sondern ermöglicht es lediglich, diese zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholen.

b) Aufgaben und Aufgabenverlagerung der Bundeswehr

aa) Allgemeine Aufgaben

Die Aufgaben der Bundeswehr ergeben sich zwangsläufig aus ihrem verfassungsmäßigen Auftrag (s. o.). Dazu zählt also in erster Linie die Bekämpfung von Angriffen von außen auf die Bundesrepublik. Darüber hinaus bestehen die oben herausgearbeiteten Verpflichtungen aufgrund von internationalen Bündnissen, insbesondere der kollektiven Selbstverteidigung gemäß Art. 51 der UN-Charta.

Momentan stellen sich jedoch verschiedene weitere Herausforderungen an die Verfassung: Seit dem Beginn der 1990er Jahre ist wie erwähnt eine Aufgabenverlagerung der Bundeswehr zu beobachten. Die Einsätze der Streitkräfte bilden zunehmend Interventionen in Krisensituationen aufgrund internationaler Verpflichtungen und umfassen kaum noch Einsätze im klassischen Sinne der Landesverteidigung.

Die Änderungen durch die sicherheitspolitische Lage setzen sich auch in den Aufgaben der Bundeswehr fort. So beschreibt es auch das Weißbuch aus dem Jahr 2006,⁵⁸ welches neben der Erhaltung der nationalen Sicherheit und Verteidigung sowie der Sicherung der außenpolitischen Handlungsfähigkeit Deutschlands die Bedeutung des Schutzes vor terroristischen Gefahren hervorhebt. Der Schwerpunkt des Aufgabenbereichs der Bundeswehr liegt daher in der internationalen Konfliktverhütung und Krisenbewältigung. Dies erfordert die Weiterentwicklung der zivil-militärischen Zusammenarbeit sowohl im In-

⁵⁷ BGBl. I 2005, S. 775.

⁵⁸ BMVg (Hrsg.), Das Weißbuch 2006 zur Sicherheitspolitik Deutschlands und zur Zukunft der Bundeswehr, Berlin 2006, S. 62.

als auch im Ausland, um einen Rückgriff auf regionale Strukturen effizienter zu nutzen.⁵⁹

bb) Einsätze der Bundeswehr im Inneren

Auch im Inneren können sich für die Bundeswehr Einsatzbereiche eröffnen, solange dabei nicht die Zuständigkeiten der Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehr berührt werden.

Die Zusammenhänge und Überschneidungen zwischen innerer und äußerer Sicherheit vernetzen sich dabei immer mehr, was momentan zu Problemen und enormen Abgrenzungsschwierigkeiten führt. Diese beiden staatlichen Einrichtungen - Militär und Polizei - sind nach dem Grundgesetz genau zu trennen.⁶⁰ Anderes gilt nur in dem Fall, dass die Gefahrenabwehr nicht allein mit den Mitteln der Polizei durchgesetzt werden kann. Oftmals ist die Bundeswehr aber in Form von Unterstützungsleistungen berufen, den Ländern bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben Beistand zu gewähren. In gewissem Maße sieht die Verfassung dies vor, allerdings muss beachtet werden, dass dies nach den gesetzlichen Vorgaben die Ausnahme bildet und dieses Regel-Ausnahme-Konstrukt mit dem veränderten Aufgabenbereich nicht faktisch außer Kraft gesetzt werden darf.

Auch hier wird im Weißbuch von 2006 daher auf die Notwendigkeit hingewiesen, den verfassungsrechtlichen Rahmen für den Einsatz der Streitkräfte an diese neuen Gegebenheiten anzupassen, die in vielerlei Hinsicht den Aufgabenbereich der klassischen Gefahrenabwehr überschreiten.⁶¹

Das neue Weißbuch 2016 greift diese Thematik wieder auf, indem darin eine Erweiterung der bestehenden Einsatzmöglichkeiten angedacht wird, um sie den sicherheitspolitischen Bedrohungen unserer Zeit anzupassen.⁶²

⁵⁹ BMVg (Hrsg.) (Fn. 58), Das Weißbuch 2006, S. 63, vgl. dazu auch BMVg, Das Weißbuch 2016 zur Sicherheitspolitik Deutschlands und zur Zukunft der Bundeswehr, S. 88.

⁶⁰ *Gramm*, Die Aufgaben der Bundeswehr und die Grenzen der Verfassung, NZWehrR 2005, S. 133 (133, 140).

⁶¹ BMVg (Hrsg.) (Fn. 58), Das Weißbuch 2006, S. 67.

⁶² Vgl. etwa BMVg (Fn. 59), Das Weißbuch 2016, S. 33, 95 ff.

(1) Terroristische Bedrohungen

Terroristische Bedrohungen stellen eine der derzeitigen Herausforderungen für die (deutsche) Sicherheitspolitik dar.⁶³

Insbesondere bei Bedrohungen durch terroristische Aktivitäten, bei welchen die Gefahr in der Regel von einzelnen Gruppen oder Abspaltungen und nicht von einem Staat als Völkerrechtssubjekt ausgeht, ergeben sich an dieser Stelle allerdings Bedenken. Dies hat nämlich die Konsequenz, dass die Lokalisierung des Gegners geradezu unmöglich ist.⁶⁴ Aktivitäten dieser Art gelten als Gefahren für die öffentliche Sicherheit und fallen damit grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Polizeibehörden der Länder,⁶⁵ wodurch eine Bekämpfung durch die Streitkräfte zunächst ausgeschlossen ist.⁶⁶ Es gibt jedoch seit 2006 auch für den Bund mit Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG eine Gesetzgebungskompetenz zur Gefahrenabwehr im Bereich des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt, wenn die Gefahr über die Landesgrenzen hinaus geht, die Zuständigkeit der Landesbehörde nicht eindeutig ist oder diese eine Übernahme anfragt.

Mit dem Ziel der Vermeidung von Schutzlücken werden oftmals gleichwohl militärische Mittel eingesetzt, um den Bedrohungen wirksam gegenüber treten zu können. Dadurch besteht die Gefahr einer extensiven Ausdehnung des Begriffs der Verteidigung in Form einer Gleichstellung von Verteidigungs- und Sicherheitspolitik, um den Aufgabenbereich der Streitkräfte auf andere Weise zu erweitern. Dies ist allerdings nicht mehr mit den Bestimmungen des Grundgesetzes vereinbar und verdeutlicht das Bedürfnis nach zusätzlichen verfassungsrechtlichen Verankerungen, um sich an die gegenwärtigen Bedrohungen anzupassen.⁶⁷

(2) Streitkräfte und Katastrophenschutz

Zu Abgrenzungsschwierigkeiten kann es auch im Rahmen des Zusammenspiels mit Art. 35 GG kommen.

Der Unterschied zwischen Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 GG liegt hierbei darin, dass ersterer für den regionalen und letzterer für den überregionalen

⁶³ BMVg (Fn. 59), Das Weißbuch 2016, S. 34.

⁶⁴ *Deppenheuer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 28), Stand 81. EL 2017, Art. 87a Rn. 16, 24 ff.

⁶⁵ *Gramm* (Fn. 60), NZWehrR 2005, S. 133 (134).

⁶⁶ BVerfGE 115, 118, 143 f.

⁶⁷ Vgl. *Sauer*, Das Verfassungsrecht der kollektiven Sicherheit, in: Rensen (Hrsg.): *Linien der Rechtsprechung* (Bd. 1), 2009, S. 585 (587).

Notstand einschlägig ist. Die bei einem überregionalen Notstand zu erwartende Gefährdungslage führt dazu, dass die Bundesregierung nach Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG dem jeweiligen betroffenen Bundesland Weisungen erteilen kann. Im Sinne eines „argumentum a maiore ad minus“ muss dies dann erst recht für Art. 35 Abs. 2 GG gelten.⁶⁸ Den Streitkräften stehen dabei in der Regel alle landespolizeilichen Befugnisse zu, sofern nicht ausdrücklich lediglich die Unterstützung in einem konkreten technischen Einsatz gefordert worden ist.⁶⁹ Auch an dieser Stelle ist jedoch das Subsidiaritätsprinzip zu beachten, sodass ein Streitkräfteeinsatz erst dann möglich ist, wenn die eigentlich zuständigen Einsatzkräfte mit der Bewältigung überfordert sind. Bei einem konkreten Einsatz ergeben sich zudem viele weitere Probleme, unter anderem das beim Einsatz geltende Recht für die Streitkräfte, die Frage nach der rechtlichen Einordnung des Einsatzes als Amtshilfetatbestand oder als Organleihe oder die Abgrenzung zwischen Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 35 Abs. 1 GG, welcher den weisungsfreien Einsatz nach Bundesrecht regelt.⁷⁰

Einen weiteren Bereich, in dem der Bund Katastrophenhilfe leisten kann, bildet die subsidiär anwendbare „Spontane Katastrophenhilfe“. Diese umschreibt die Möglichkeit des Bundes, ohne den Weg über Art. 35 GG Maßnahmen zur Katastrophenbekämpfung zu ergreifen. Erforderlich sind dafür erneut das Vorliegen eines Katastrophennotstandes sowie eine Dringlichkeit von Hilfsmaßnahmen, die sofortiges Handeln gebietet. Die rechtliche Einordnung ergibt sich dabei aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens und stellt eine Pflicht des Bundes dar.⁷¹ Hier ist jedoch wiederum Art. 87 Abs. 2 GG zu berücksichtigen, der eine ausdrückliche Festsetzung durch das Grundgesetz fordert, sollten Streitkräfte zu anderen Aufgaben als zur Verteidigung eingesetzt werden. Eine ungeschriebene Kompetenz wie die des bundesfreundlichen Verhaltens kann grundsätzlich nicht darunter subsumiert werden. Die Streitkräfte sind nach dem aktuell geltenden Katastrophenerlass daher lediglich dazu befugt, tatsächliche oder technische Hilfeleistungen auszuführen. Dazu zählen beispielsweise die Überlassung von

⁶⁸ *Böhme*, Innere Einsätze der Streitkräfte beim Katastrophenschutz im Frieden, 2007, S. 57.

⁶⁹ *Böhme* (Fn. 68), S. 79.

⁷⁰ S. dazu detaillierte Ausführungen bei *Böhme* (Fn. 68).

⁷¹ *Böhme* (Fn. 68), S. 156; BVerwG, Urt. v. 10.11.1972, Az.: VII C 53.71, Rn. 13.

Liegenschaften oder Geräten, soweit diese nicht unmittelbar für Kampfhandlungen eingesetzt werden sollen.⁷² Hoheitliche Aufgaben dürfen hingegen mangels einer formellen Grundlage nicht wahrgenommen werden.⁷³ Die spontane Katastrophenhilfe führt also lediglich zu einer schnelleren Einsatzbereitschaft, erweitert aber nicht den Umfang der Befugnisse.

Handelt es sich dabei um Hilfeleistungen im Ausland, ist zu prüfen, ob Abkommen mit den jeweiligen (Nachbar-)Staaten bestehen und diese im konkreten Fall Anwendung finden. Für diese Koordination ist das BMI zuständig. Weiter muss zwischen der Truppenstationierung im In- oder Ausland differenziert werden. Im Inland erfolgt die Vornahme von Hilfestellungen aufgrund von Weisungen durch das BMVg, im Ausland handeln die militärischen Dienststellen und Truppenteile dagegen eigenverantwortlich und sind lediglich zur Berichterstattung verpflichtet.⁷⁴ Gerade diese Konstellation veranschaulicht - neben den verfassungsrechtlichen Bedenken - erneut die Problematik der Organisation sowie Koordination von Personal und Gerät, die in diesem Fall erforderlich ist, um der Katastrophe effektiv entgegenzuwirken und ihren Schaden in Grenzen zu halten.

cc) Internationale Vereinbarungen

Wenngleich bereits einige internationale Abkommen und Vereinbarungen existieren, gelangen auch diese zum Teil an ihre Grenzen. Das trifft speziell auf Aktivitäten zu, die aufgrund eines UN- oder NATO-Mandats erfolgt sind. Dies verdeutlicht unter anderem das Urteil des BVerfG zum Einsatz von „Tornado-Kampfflugzeugen“ innerhalb der ISAF-Operation in Afghanistan 2007.⁷⁵ Hier rügte die Bundestagsfraktion PDS/Die Linke eine Verletzung von Art. 59 Abs. 2 GG, indem das ISAF-Mandat „gegen wesentliche Strukturentscheidungen des Vertrags verstößt und sich dadurch außerhalb des durch das Zustimmungsgesetz abgesteckten Ermächtigungsrahmens stellt“.⁷⁶ Das BVerfG entschied hingegen, dass ein militärischer Einsatz der NATO nicht auf das Gebiet der Mitglieder

⁷² VMBl. 2008, S. 8.

⁷³ VMBl. 2008, S. 2.

⁷⁴ VMBl. 2008, S. 4.

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 03.07.2007, 2 BvE 2/07.

⁷⁶ S. Anträge des Urt. v. 03.07.2007, 2 BvE 2/07 (Fn. 75).

beschränkt sei, sondern davon auch Einsätze auf dem Territorium von angreifenden Staaten gedeckt seien. Dieses Urteil wird indes auch kritisch gesehen, bietet es der NATO doch einen erheblichen Entscheidungsspielraum, Einsätze als friedenssichernd und damit als vom NATO-Vertrag umfasst zu qualifizieren.⁷⁷

Dazu kommt, dass das Verteidigungsobjekt „Staat“ sich mittlerweile nicht mehr auf die territorialen Grenzen eines Landes beschränkt. Vielmehr fallen darunter auch die Verteidigung der Bevölkerung, unabhängig davon wo sich der einzelne Bürger befindet, sowie die staatliche Souveränität, also Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nach Innen und die Abwehr von Erpressung der Staatsgewalt nach Außen.⁷⁸

Als umstritten gilt auch der Kosovo-Einsatz 1998/1999. Die Intervention der NATO in der Bundesrepublik Jugoslawien erfolgte ohne ein UN-Mandat. Wenngleich die NATO die Menschenrechtsverletzungen der jugoslawischen Armee gegenüber der Zivilbevölkerung als Legitimation vorbrachte, wird der Einsatz von vielen Völkerrechtlern als völkerrechtswidrig eingestuft: Nach der UN-Charta darf lediglich der Sicherheitsrat militärische Zwangsmaßnahmen verhängen.⁷⁹ Bei den Maßnahmen der NATO handele es sich daher um einen Angriffskrieg und einen Verstoß gegen das Gewaltverbot aus Art. 2 Abs. 4 UN-Charta.⁸⁰

In einem anderen Urteil erfolgte ebenfalls ein von der PDS-Fraktion initiiertes Organstreitverfahren, in welchem diese einen Verstoß gegen Art. 59 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 24 Abs. 2 GG durch den Erlass des „Neuen Strategischen Konzepts der NATO“ von 1999 sah. Danach sollen Militäreinsätze der NATO auch dann zulässig sein können, wenn sie nicht einen Fall der kollektiven Verteidigung nach Art. 5 des NATO-Vertrags darstellen.⁸¹

Dem Angriff der NATO schloss sich im Juni 1999 der erstmals als „humanitärer Hilfseinsatz“ bezeichnete KFOR (Kosovo Force) NATO-Stabilisierungseinsatz an, der auf der UN-Resolution 1244 basierte und den Aufbau und Erhalt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im

⁷⁷ *Varwick* (Fn. 50), APuZ 2009, S. 3 (6).

⁷⁸ *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 28), Art. 87a Rn. 35 ff.

⁷⁹ Vgl. Kapitel VII Art. 39 ff. UN-Charta.

⁸⁰ So etwa *Simma*, NATO, the UN and the use of force: legal aspects, in: EJIL 1999, S. 1 (2 ff., 7); *Beck*, Auslandseinsätze deutscher Streitkräfte, 2008, S. 383 ff.

⁸¹ BVerfG, Urt. v. 22.11.2001, 2 BvE 6/99.

Kosovo gewährleisten soll.⁸² Dieser Einsatz findet bis heute statt und soll vor allem dem wirtschaftlichen Wiederaufbau und der Stabilisierung der Region dienen.⁸³

2. Organisation der Bundeswehr

a) Allgemeines

An oberster Stelle innerhalb der Struktur der Bundeswehr steht das BMVg als oberste Bundesbehörde. Die Bundesministerin oder der Bundesminister der Verteidigung hat gemäß Art. 65a Abs. 1 GG die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte inne und ist gemäß Art. 65 S. 2 GG die Ressortchefin oder der Ressortchef innerhalb dieses Geschäftsbereichs. Dem BMVg nachgeordnet sind die Streitkräfte, die Wehrverwaltung, die Militärseelsorge und die Rechtspflege der Bundeswehr.

Die Streitkräfte setzen sich aus den Teilstreitkräften Heer, Luftwaffe und Marine, dem Zentralen Sanitätsdienst der Bundeswehr, dem Cyber- und Informationsraum und der Streitkräftebasis als militärische Organisationsbereiche zusammen.⁸⁴

Die Bundeswehrverwaltung besteht aus den Organisationsbereichen Personal, Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung (AIN) sowie Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen (IUD). Hinsichtlich der Organisation der Verteidigungsverwaltung lässt sich dem Grundgesetz keine Vorgabe entnehmen, sodass die Entscheidung für eine Organisationsform beim einfachen Gesetzgeber liegt. Es sind nach Art. 73 Nr. 1 GG somit grundsätzlich alle Organisationsformen der Androhung

⁸² Bundeswehr, unter:

http://www.einsatz.bundeswehr.de/portal/a/einsatzbw!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSzPy8xBz9CP315EyrpHK9pPKU1PjUzLzixJIqIDcxu6Q0NScHKpRaUpWql51fnF-Wr1-Q7agIAE3USpE! (z. a. am 24.08.2015).

⁸³ NATO, unter: <http://www.aco.nato.int/kfor/about-us/natos-role-in-kosovo> (z. a. am 20.01.2016).

⁸⁴ Bundeswehr, unter:

https://www.bundeswehr.de/portal/a/bwde/start/streitkraefte/truppe/organisation!/ut/p/z1/hU5NC4IwGP4tHbzufZl9aLeFFIRQUJDUElPXNJaTtVw_P8NTUPTcnk8e4JABb0XfKOEa0wo98JzPz6soPaY0pjSZbimyJF5vIhoiRiGc_gX4YOMPMIRDJSEfNhY_N3ZzOAAHfhW9eJLOWKell6J8P4S8Fm215d6UbBS2wJU2xXidtUUYKeBWXqSVljzINfOdfdlgAF674kyRmlJKhngt0Zt7g6yjjyB0t8xjONN9yiYvmXai7Q!!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/#Z7_B8LTL2922D4J20AD9FG8230006 (z.a. am 14.03.2018).

und Anwendung militärischer Gewalt zur Verteidigung davon einbegriffen.⁸⁵

Der Bereich der Bundeswehrverwaltung wird hingegen nach Art. 87b Abs. 1 S. 1 GG in bundeseigener Verwaltung ausgeführt. Durch diese verfassungsmäßige Beschreibung kommt der Bundeswehrverwaltung an dieser Stelle ein Wahrnehmungsmonopol zu. Zwar verlangt dies nicht die Rüstungsgesamtplanung, wie sich aus dieser verbindlichen verfassungsrechtlichen Aufgabenbeschreibung ergibt, ist die eigene Bereitstellung von Dienstleistungen und Material jedoch entscheidende Aufgabe. Diese ist somit von der Bundeswehrverwaltung selbst zu übernehmen. Einer Aufgabenprivatisierung ist dieser Bereich daher von vornherein nicht zugänglich.⁸⁶

b) Wandlungen in der Organisation

Die Bundeswehrverwaltung befindet sich in einem Prozess der Entwicklung und Umstrukturierung. Grund dafür sind die sich stetig verändernden Rahmenbedingungen des Handelns und Wirkens der Bundeswehr, die sich mit dem Wandel der sicherheitspolitischen Lage und ihren daraus resultierenden zusätzlichen Anforderungen an die Bundeswehr ergeben.⁸⁷ Dies hat Auswirkungen nicht nur auf den oben beschriebenen Einsatzbereich, sondern damit einhergehend auch auf die internen Organisationsstrukturen.

Mit der Änderung der sicherheitspolitischen Lage Anfang der 1990er Jahre vollzogen sich Wandlungen sowohl im Auftrag als auch in Ausrüstung und Struktur. Die Ressourcen wurden gekürzt, was insbesondere Auswirkungen auf die Organisation der zivilen Verwaltung hatte, aber auch zu einer Reduzierung der Stellen bei den Streitkräften führte.⁸⁸

⁸⁵ *Deppenheuer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 28), Art. 87a Rn. 74; *Hillgruber*, in: Umbach/Clemens, GG: Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2002, Art. 87a Rn. 12.

⁸⁶ *Hernekamp*, in: von Münch/Kunig (Fn. 29), Art. 87b Rn. 8; Zur Differenzierung von formeller bzw. Organisationsprivatisierung, funktionaler Privatisierung und materieller bzw. Aufgabenprivatisierung vgl. *Burgi*, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, S. 312 ff.

⁸⁷ S. dazu oben S. 21 ff.

⁸⁸ *Portugall*, Verwaltungsmodernisierung in der Bundeswehr in den letzten 20 Jahren – eine kurze Entwicklungsgeschichte aus politikwissenschaftlicher Perspektive, in: Kern/Richter, Streitkräftemanagement, 2014, S. 156 f.

aa) Reform

Die jüngste Reform mit dem Ziel der Erhöhung der Einsatzfähigkeit bzw. der Anpassung an die sich ändernden Außenbedingungen ist die Neuausrichtung der Bundeswehr von 2011.⁸⁹ Leitgedanke dabei war die Vereinfachung und Neuzusammenführung der Prozesse und (Organisations)strukturen, um Effektivität und Effizienz trotz dieser oder gerade wegen dieser Veränderungen zu sichern und auszubauen. Ausschlaggebend dafür war der Einsatz einer Kommission unter Leitung von Frank-Jürgen Weise zur Überarbeitung der Organisationsstruktur der Bundeswehr, welche die Regierungsparteien 2009 im Koalitionsvertrag vereinbarten.⁹⁰ Die Kommission stellte daraufhin eine Vielzahl struktureller Mängel insbesondere bei der Beschaffung fest.⁹¹

Die verteidigungspolitischen Richtlinien, in Kraft gesetzt vom damaligen Verteidigungsminister de Maizière, definieren den strategischen Rahmen für Auftrag und Aufgaben der Bundeswehr und damit einhergehend die sicherheitspolitischen Zielsetzungen in diesem Bereich.⁹² Sie bilden die verbindliche Grundlage für die Konzeption der Bundeswehr. Elementar sollen in der Neukonzeption die Zuständigkeiten zentraler gebündelt und Verantwortung und Entscheidungskompetenzen zusammengeführt werden.

Grundnorm für den organisatorischen Aufbau der Bundeswehr bildet unberührt Art. 87b GG, wonach Personal- und Sachbedarf der Bundeswehr durch die Bundeswehrverwaltung eingerichtet werden.

Der Bereich Personal umfasst sowohl das gesamte zivile wie auch das militärische Personalmanagement und wird im Bundesamt für Personal der Bundeswehr organisiert (BAPersBW).⁹³ Dieses ist aus

⁸⁹ Link zur offiziellen Broschüre unter:

http://www.bmvg.de/resource/resource/MzEzNTM4MmUzMzMyMmUzMTM1MzMzYzZTM2MzEzMzMDMwMzAzMDMwMzAzMDY5NjQ2YzY0NmY2Yjc0MzEyMDIwMjAyMDIw/Die%20Neuausrichtung%20der%20Bundeswehr_M%C3%A4rz%202013_final_Internet.pdf (z. a. am 28.01.2015).

⁹⁰ S. Bericht der Strukturkommission der Bundeswehr: Vom Einsatz her denken. Konzentration, Flexibilität, Effizienz, 2010.

⁹¹ Vgl. *Wenzel*, Das neue Ausrüstungs-, Beschaffungs- und Nutzungsmanagement der Bundeswehr, in: Kern/Richter (Hrsg.), Streitkräftemanagement, 2014, S. 85.

⁹² *de Maizière*, Verteidigungspolitische Richtlinien, BMVg, 27.05.2011, unter: <https://www.bmvg.de/resource/blob/13568/28163bcaed9f30b27f7e3756d812c280/g-03-download-die-verteidigungspolitische-richtlinien-2011-data.pdf> (z. a. am 21.03.2018).

⁹³ Bundeswehr, 2013, unter:

http://www.bundeswehr.de/portal/a/bwde/!ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9

beschaffungsrechtlicher Sicht jedoch nicht relevant. Gleiches gilt für die beiden unabhängigen Abteilungen der Militärseelsorge sowie der Rechtspflege.

Durch die Grobunterscheidung im Rahmen der Organisationsstruktur gliedert sich die Bundeswehrverwaltung in die Bereiche zur Beschaffung von Rüstungsgütern, für welche die Abteilung Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung (AIN) zuständig ist, sowie für die Bedarfsdeckung aller sonstigen Beschaffungen. Dies wird von der Abteilung Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen übernommen (IUD).⁹⁴ Das AIN übernimmt die gesamte Planung und Kontrolle aller Rüstungsaktivitäten und trägt dabei auch die Gesamtverantwortung für den Ausrüstungs- und Nutzungsprozess sowie die Material- und Einsatzreife.⁹⁵

Für beide Bereiche wurde jeweils eine Bundesoberbehörde eingerichtet, die jeweils direkt dem Bundesministerium der Verteidigung untergeordnet sind. Für Wehrmaterial ist dies das Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw). Bislang wurden diese Aufgaben vom 1958 geschaffenen Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB) übernommen, mit Wirkung vom 01.12.2012 aber überführt. Dieses ist nun für die zentralen Beschaffungen verantwortlich und besitzt neuerdings sogar die Materialverantwortung im Einsatzfall. Es erbringt die Ausstattung teils selbst, teils durch Vergabe von Aufträgen an private Unternehmen.⁹⁶

Der gesamte Zyklus der Beschaffung bündelt sich an dieser einen Stelle, wodurch Wissen und Erfahrung während des Prozesses erhalten bleiben

CP3I5EyrpHK9pPKUVL2y1KLyxJyS0rx0vYLUouL4ofTkjJL44tTUOL8ovRU_YJsR0UANsA_oQ!!/ (z. a. am 09.02.2015).

⁹⁴ Auftraggeber Bundeswehr, 2014, S. 8, unter:

<http://www.baainbw.de/resource/resource/MzEzNTM4MmUzMzMyMmUzMtM1MzMzMyZTM2MzIzMdMwMzAzMDMwMzAzMDY5MzUzODMwMzI2NDc4MzIyMDIwMjAyMDIw/Auftraggeber%20Bundeswehr.pdf> (z. a. am 28.01.2016).

⁹⁵ Auftraggeber Bundeswehr (Fn. 94), 2014, S. 11.

⁹⁶ BAAINBw, unter:

http://www.baain.de/portal/a/baain!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP3I5EyrpHK9pMTEzDy90tSk1KLSPL2UxGKwgH5BtqMiAO1YLUk!/;
http://www.baain.de/portal/a/baain!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP3I5EyrpHK9pMTEzDy9stSi9MSkVL30ICT9gmxHRQDDhWk3/; BAIUDBw, unter:
http://www.iud.bundeswehr.de/portal/a/iudbw!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP3I5EyrpHK9zNIUIJfJ6Y11kMltUvyHZUBABSfYI2/ (z. a. jeweils am 22.9.2014).

und Synergieeffekte genutzt und weiterentwickelt werden können.⁹⁷ Das BAAINBw gliedert sich in die Abteilungen Kampf, Landunterstützung, Luft und See und übernimmt das Management für komplexe Vorhaben, Systemtechnik und Integration, Forschung und Technologie sowie technische und wirtschaftliche Aspekte des Nutzungsmanagements und Beschaffung der für sie jeweils notwendigen Ausrüstungsgegenstände. Zentrale Funktion bei der Beschaffung kommt daneben der Abteilung Einkauf zu, die sowohl für die Beschaffung von Gütern als auch Dienstleistungen zuständig ist.⁹⁸

Die Erbringung nicht-rüstungsspezifischer Dienstleistungen erfolgt vom Bundesamt für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen der Bundeswehr (BAIUDBw). Es koordiniert die Beschaffungsvorgänge⁹⁹ sowie alle Steuerungs- und Durchführungsaufgaben in diesem Bereich, soweit sich nicht eine Zuständigkeit der Fachstellen ergibt.¹⁰⁰ Bislang wurden diese Aufgaben von der Territorialen Wehrverwaltung übernommen.

Diese beiden Bereiche sind aus den Streitkräften ausgegliedert und einer zivilen Verwaltung unterstellt.¹⁰¹ Den neuen Bundesoberbehörden wurde auch die bis dahin bei den Streitkräften liegende Verantwortung für Beschaffungen im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen übertragen. Die doppelte Verantwortlichkeit von Streitkräften und Bundeswehrverwaltung (vgl. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG) wurde in der hybriden Struktur der neuen Behörden dadurch aufgefangen, dass zivile Beschäftigte der Bundeswehrverwaltung mit Angehörigen der Streitkräfte zusammenarbeiten.

Weitere Änderungen im Zuge der Neuausrichtung der Bundeswehr bilden die Aufstellung eines Planungsamtes sowie der „Dresdner Erlass“ von 2012, welcher den „Blankeneser Erlass“ von 1970 und den „Berliner Erlass“ von 2005 ablöst und die Kompetenzverteilung und Führungsstrukturen innerhalb und unterhalb des BMVg neu festlegt,

⁹⁷ Wenzel (Fn. 91), in: Kern/Richter (Hrsg.), 2014, S. 89.

⁹⁸ Auftraggeber Bundeswehr (Fn. 94), 2014, S. 12 f.

⁹⁹ Lieck, Die neue Infrastrukturorganisation der Bundeswehr, ES&T 2012, S. 52 (52); BAIUDBw (Fn.96).

¹⁰⁰ Bundeswehr, 2012, unter:
http://www.bundeswehr.de/portal/a/bwde!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP3I5EyrpHK9pPKUUVL2y1KLyxJyS0rx0vcy8tKLE-NLc8tSckviUzNS84hL9gmxHRQDmgqsp/ (z. a. am 09.02.2015).

¹⁰¹ BAIUDBw (Fn. 96).

Lieferverzögerungen oder Mängeln.¹⁰⁶ Selbst im Bereich der konkreten Vertragsgestaltung besteht die Möglichkeit der Verhängung von Vertragsstrafen nur in einem begrenzten Umfang bzw. wird kritisiert, dass hiervon nicht hinreichend Verwendung gemacht wird.¹⁰⁷

bb) Aktuelle Lage

Zum 13. Juli 2016 ist das angesprochene neue vom Bundeskabinett beschlossene „Weißbuch zur Sicherheitspolitik Deutschlands und zur Zukunft der Bundeswehr“¹⁰⁸ erschienen. Im Schwerpunkt geht es dabei um die Bündnispolitik Deutschlands und die Zusammenarbeit mit anderen Staaten bei der gemeinsamen internationalen Krisenbewältigung in Hinblick auf die veränderte sicherheitspolitische Lage.¹⁰⁹ Das Weißbuch dient dabei als Orientierungshilfe für die zukünftige Sicherheitspolitik und zeigt die Rahmenbedingungen auf, denen Deutschland aufgrund seiner internationalen Bündnisse unterworfen ist.¹¹⁰

Der Erhalt und die Verbesserung von Zusammenhalt und Handlungsfähigkeit in NATO und EU sind zwei der strategischen Prioritäten, an denen sich das Handeln Deutschlands nach dem Willen der Bundeswehr zukünftig orientieren soll.¹¹¹ Um dies in verstärktem Maße zu gewährleisten, akzeptiert Deutschland zu Lasten seiner Souveränität auch gewisse auf Gegenseitigkeit beruhende Abhängigkeiten in multinationalen Bündnissen und Vereinbarungen. Multinationalität ist damit eine der entscheidenden Komponenten der Bundeswehr, welche ihr Handeln bestimmt, in deren Rahmen sie ihre Fähigkeiten entwickeln und stärken

¹⁰⁶ *Dyson*, in: Zohlhöfer (Fn. 103), 2015, S. 605 (612); *Heidenkamp*, Deutsche Rüstungspolitik. Ein Politikfeld unter Handlungsdruck, 2015, S. 39 f.

¹⁰⁷ Vgl. BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 24.

¹⁰⁸ S. Fn. 59.

¹⁰⁹ Startschuss für Weißbuch-Arbeit, in: Behörden Spiegel v. 27.02.2015, Nr. 122, Berlin und Bonn, S. 1, unter: <http://www.behoerderspiegel.info/Newsletter/Verteidigung-Streitkraefte-Wehrtechnik/binarywriterservlet?imgUid=6a1144d2-219d-b41c-c9bf-42207b988f2e&uBasVariant=11111111-1111-1111-1111-111111111111> (z. a. am 20.03.2018); BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 15.

¹¹⁰ *Gareis*, Deutschland braucht ein neues Weißbuch, Kommentar in: Behörden Spiegel v. 12.03.2015, Nr. 123, Berlin und Bonn, S. 2, unter: <http://www.behoerderspiegel.info/Newsletter/Verteidigung-Streitkraefte-Wehrtechnik/binarywriterservlet?imgUid=20581586-679c-4146-297d-917b988f2ee2&uBasVariant=11111111-1111-1111-1111-111111111111> (z. a. am 20.03.2018).

¹¹¹ BMVg (Fn. 11), Dezember 2017, S. 25.

muss und die momentan durch das Konzept der Rahmennation realisiert werden soll.¹¹²

Eine weitere Priorität stellen die Früherkennung und vorbeugende Reaktion auf Krisen und Konflikte dar. Auch an dieser Stelle ist daher eine internationale, gleichzeitig aber auch eine enge regionale Zusammenarbeit entscheidend.¹¹³

Damit die Bundeswehr ihre Aufgaben weiterhin dem Einsatz- und Ausbildungsauftrag entsprechend ausführen kann, bedarf es daher der Verfügung über eine optimale Ausrüstung. Konkret bedeutet dies, eine schnellere Verfügbarkeit und Einsatzbereitschaft von Waffensystemen und anderem Gerät gewährleistet sein. Auch die Materialerhaltung soll in diesem Zusammenhang verbessert werden. Dies erfordert ein „transparentes, effektives flexibles und modernes Rüstungswesen“, welches auch durch die Agenda Rüstung des BMVg formuliert und angestrebt wird.¹¹⁴

c) Organisation des Beschaffungswesens der Bundeswehr

Die Organisation der Beschaffung durch die Bundeswehrverwaltung gliedert sich in die zentrale und dezentrale Beschaffung.

aa) Zentrale Beschaffung

Bei der zentralen Beschaffung wird der Leistungsbedarf auf Bundesebene ermittelt und sodann gemeinsam beschafft. Durch die Beschaffung in diesen großen Mengen können Wirtschaftlichkeitsaspekte besser berücksichtigt werden.

Güter, die auf diese Weise beschafft werden, sind etwa der Erst- und Folgebedarf im Verteidigungs- und Versorgungsbereich sowie Forschungs- und Entwicklungsaufträge, bei denen in der Regel ein großer Wettbewerb erforderlich ist.¹¹⁵ Die zentrale Beschaffung erfolgt mittels

¹¹² BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 59, 105; BMVg (Fn. 11), Dezember 2017, S. 25 f., 53; BMVg (Fn. 59), Das Weißbuch 2016, S. 130; s. zum Begriff der Rahmennation 3. Teil: B II 2b).

¹¹³ BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 51 f.

¹¹⁴ BMVg, Bericht des BMVg zur Rüstungsangelegenheiten, September 2016, S. 31; Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2015 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, S. 219.

¹¹⁵ Auftraggeber Bundeswehr (Fn. 94), 2014, S. 21.

des BAAINBw und des BAIUDBw¹¹⁶ oder im Einzelfall auch durch das BMVg selbst.

Essenziell für die Entwicklung dieser neuen Strukturen war ein „neuer, effizienter und einheitlicher Ausrüstungs- und Nutzungsprozess“,¹¹⁷ der sich grundlegend in drei Abschnitte gliedert: das novellierte Customer Product Management (CPM (nov.)), den Einkauf komplexer Dienstleistungen sowie betriebsbedingte Beschaffungen. Alle drei bilden gemeinsam den neuen „Einkauf Bundeswehr“, der sich zunehmend an betriebswirtschaftlichen Aspekten orientieren soll. Diese charakterisieren sich durch eine prozessorientierte Organisation, eine Arbeitsweise mit einer zentralen Steuerung und Führung sowie einem Materialsegmentmanagement, welches sich am bestehenden Beschaffungsmarkt orientiert. Dabei sollen auch durch die Zusammenarbeit und Vernetzung mit Hilfsorganisationen oder verbündeten Streitkräften aus anderen Bereichen Wirtschaftlichkeitspotentiale besser genutzt werden.

Innerhalb dieser Struktur wird jeweils für den Einzelfall entschieden, ob die Beschaffung durch die NATO-Agenturen, durch andere Ressorts mithilfe der Zusammenarbeit mit dem Kaufhaus des Bundes oder durch die eigenen Organe erfolgt.¹¹⁸

(1) Customer Product Management (CPM)

Das CPM ist von entscheidender Bedeutung für Beschaffung von Rüstungsgütern.¹¹⁹ Es handelt sich dabei um eine Rahmenweisung, die keine rechtliche Verbindlichkeit beansprucht und Verfahrensvorschriften zur Bedarfsermittlung und -deckung enthält. Damit sollte ein System geschaffen werden, das die Abläufe und Vorgehensweisen innerhalb der Bedarfsdeckung koordiniert. Die ursprüngliche Fassung trat 2001 in Kraft.

¹¹⁶ S. bereits S. 29 ff.

¹¹⁷ Planungsamt der Bundeswehr, unter:

http://www.planungsamt.bundeswehr.de/portal/a/plgabw!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP3I5EyrpHK9gpz0RCCVXI5a5KTmJ6ap5dckKtfkO2oCADuhOVK/ (z. a. am 25.07.2016).

¹¹⁸ BMWi, Impulse für mehr Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen, Leitfaden, 2014, S. 24.

¹¹⁹ Der CPM (nov.) ist abrufbar unter:

http://www.baainbw.de/portal/a/baain!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP3I5EyrpHK9pMTEzDy9gqL8rNTsEr3kglz9gmxHRQDlu1V7/ (z. a. am 10.04.2015).

Sie musste jedoch im Laufe der Zeit angepasst und weiterentwickelt werden. 2004 folgte der Neuerlass unter dem Namen CPM 2010. Wenngleich dieser zunächst positiv aufgenommen wurde und zu einer deutlichen Verbesserung der Ausgangslage führte, wurde dennoch an einigen Stellen das Erfordernis einer weiteren Überarbeitung und Anpassung an die Bedarfslage offensichtlich. Nach dem Bericht der Strukturkommission litt die Beschaffung mittels des CPM unter einem fehlenden Fähigkeitsmanagement und auseinanderfallenden, nicht eindeutigen Kompetenzen und Zuständigkeiten. Die Folge waren unnötig komplizierte Kommunikations- und Entscheidungswege und langwierige, intransparente und damit unwirtschaftliche Durchführungsprozesse.¹²⁰

Im Jahr 2012 wurde daher im Rahmen der Neuausrichtung der Bundeswehr der novellierte CPM eingeführt, der diese Probleme durch eine insgesamt wirtschaftlichere Deckung an Rüstungsgütern beheben sollte.¹²¹ Im Vordergrund standen dabei die Schnittstellenreduzierung, die Prozessbeschleunigung sowie die Verteilung klarer Verantwortlichkeiten.¹²²

Der novellierte CPM weist folgende Neuerungen gegenüber seinem Vorgänger auf: Bedeutsam ist zunächst, dass das Amt nun für den gesamten Beschaffungsvorgang bei Wehrmaterial zuständig ist, insbesondere hat es auch die Materialverantwortung für die Einsatzreife. Bislang war dieser Vorgang dezentral auf die Streitkräfte ausgelagert. Durch diese Umstrukturierung soll eine Bündelung der Verantwortlichkeiten erzielt werden, wodurch sich insbesondere ein verbessertes Wissensmanagement verspricht.¹²³ Anderes gilt für die Betriebs- und Versorgungsverantwortung, welche weiterhin bei den Streitkräften verbleiben.

Darüber hinaus gliedert sich der Prozess nun in lediglich drei statt vier Phasen: Dazu zählen Analyse-, Realisierungs- und Nutzungsphase. Die bislang vorgesehene Projektierungsphase geht in der Analysephase auf, die nun deutlich intensiver ausfällt.

Die Analysephase teilt sich in zwei Abschnitte. Zunächst erfolgt im Planungsamt der Bundeswehr die Bedarfsermittlung. In einem Team

¹²⁰ Bericht der Strukturkommission der Bundeswehr (Fn. 90), 2010, S. 86.

¹²¹ Auftraggeber Bundeswehr (Fn. 94), 2014, S. 19.

¹²² Vgl. *Wenzel* (Fn. 91), in: Kern/Richter (Hrsg.) 2014, S. 86.

¹²³ *Wenzel* (Fn. 91), in: Kern/Richter (Hrsg.), 2014, S. 88 f.

(„Integriertes Projektteam“, IPT) bestehend aus Mitarbeitern des BAAINBw, des jeweiligen Bedarfsträgers (i. d. R. die Inspektoren der Teilstreitkräfte) sowie unter Umständen eines Vertreters der Industrie wird unter Leitung des Planungsamtes nach eingehender Bewertung ein Dokument „Fähigkeitslücke und funktionale Forderung“ (FFF) erarbeitet. Nach Billigung dieser Forderung durch den Generalinspekteur der Bundeswehr folgt der Übergang in die zweite Phase. Zuständig ist hier der Bereich AIN, dessen Abteilungsleiter (der gleichzeitig Nationaler Rüstungsdirektor ist) die Verantwortung für den Lebenszyklus allen Wehrmaterials zukommt. Dies stellt eine wichtige Neuerung im Vergleich zum vorherigen CPM dar, bei welchem die Verantwortung für den Bereich der Nutzung jeweils auf einen der jeweiligen Organisationsbereiche Heer, Luftwaffe, Marine, Sanitätsdienst Streitkräfte oder IT-AmtBw übergegangen war. Das IPT entwickelt in der zweiten Phase mehrere Lösungsvorschläge für das konkrete Projekt, die wiederum dem Generalinspekteur zur Abwägung vorgelegt werden. Anders als nach dem alten CPM besteht dabei nun auch die Möglichkeit, statt einer 100%-Lösung die Fähigkeitslücke nur partiell zu schließen. So kann eine Lösung gefunden werden, die ein geringeres technisches und damit finanzielles Risiko bietet und im besten Fall zudem die Realisierung anderer Projekte durch eingesparte Ressourcen zulässt.¹²⁴ Mit seiner Auswahlentscheidung (AWE) entsteht das haushaltsbegründende Dokument für die Realisierung des jeweiligen Projekts. In der Analysephase geht es also vor allem darum, mögliche Störgrößen bei der Beschaffung aufzufinden, die dann in der anschließenden Realisierungsphase durch die notwendigen Maßnahmen zu minimieren sind.¹²⁵

Für die Realisierung ist dann der jeweilige benannte Projektleiter zuständig.¹²⁶ Hier geht es darum, die geforderten Produkte und Dienstleistungen anzubieten. Entscheidend ist das neu eingeführte Element der Zielvereinbarung. Dabei werden wechselseitig der vereinbarte Kosten- und Zeitrahmen vom Präsidenten des BAAINBw und die Ressourcen vom Abteilungsleiter des AIN zugesichert. Eine Änderung

¹²⁴ Heidenkamp (Fn. 106), 2015, S. 26.

¹²⁵ BMWi, Impulse für Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen, 2010, S. 40, unter: http://www.pro-ee.eu/fileadmin/pro_ee/inhalte/dokumente/events_germany_15_innovation_beschaffung.pdf (z. a. am 20.03.2018).

¹²⁶ CPM (nov.), Stand Juni 2016, S. 17.

der dort getroffenen Abmachung ist nur unter strengen Voraussetzungen möglich. Dadurch soll eine Vertrauensgrundlage geschaffen werden, derer sich beide nicht ohne weiteres entziehen können. Zudem dient die Zielvereinbarung der Trennung der Steuerungs- und Durchführungsaufgaben. Mit der Übergabe des ersten Exemplars an Wehrmaterial übernehmen die Inspektoren die Betriebs- und Versorgungsverantwortung für den Erhalt der Einsatzfähigkeit und -bereitschaft.

In der Nutzungsphase geht es um Planung und Steuerung aller Managementaufgaben, welche die Einsatzreife aller Produkte und Dienstleistungen gewährleisten. Diese Aufgabe steht erneut in der Verantwortung des Projektleiters des BAAINBw. Nutzung und Beschaffung werden so miteinander verzahnt. Während dieses Prozesses bleiben gewonnene Erkenntnisse hinsichtlich Beschaffung und Entwicklung sowie möglicher Handlungsbedarfe bei Materialveränderungen oder ähnlichem ohne Wissensverlust erhalten. Eine Herausforderung besteht darin, die Materialverantwortung für die Einsatzreife sowie die Betriebs- und Versorgungsverantwortung voneinander abgrenzen zu können. Hier werden gerade im Schnittstellenbereich klare Zuständigkeiten benötigt.

Eine Neuerung ergibt sich im Zusammenhang mit dem CPM (nov.) im Bereich des Sonderverfahrens für den kurzfristigen Bedarf an bestimmten Gütern im Einsatzfall. Dies wurde bislang als sogenannter „Einsatzbedingter Sonderbedarf (ESB)“ abseits des CPM 2010 geregelt. Nun ist es aber in das reguläre Verfahren als „Sofortinitiative für den Einsatz“ integriert. Dies soll dieser Beschaffungsmethode die Komplexität nehmen und ihre Funktion als Ergänzung zum regulären CPM-Verfahren stärken, um das benötigte Material schnellstmöglich einsatzbereit zur Verfügung zu stellen. Die CPM-Dokumente sind in diesem Fall auf die haushaltsrechtlich zwingenden Erfordernisse begrenzt.¹²⁷

Der CPM (nov.) dient dazu, Fähigkeitslücken in der Bedarfsdeckung zu schließen. Dies erfolgt, indem ein am Markt bestehendes Produkt verwendet wird, ein solches in Bezug auf den entsprechenden Bedarf weiterentwickelt oder ein komplett neues Produkt entwickelt wird. Da im Bereich der Bundeswehr nicht selten eine Dringlichkeit im Bedarf besteht,

¹²⁷ Wenzel (Fn. 91), in: Kern/Richter (Hrsg.) 2014, S. 98 f; BMVg (Fn. 14), März 2018, S. 48.

werden in der Regel marktverfügbare Produkte verwendet.¹²⁸ Diese Entscheidung trifft der Inspekteur, welcher durch seine Auswahlentscheidung das haushaltsbegründende Dokument liefert, aufgrund dessen das BAAlNBw tätig werden kann.

In der Bestandsaufnahme zu den Rüstungsprojekten¹²⁹ wurde allerdings auch der CPM (nov.) als unzureichend qualifiziert. Insbesondere fehlte es danach an einer adäquaten Projektverfolgung, welche es ermöglichte, einen hinreichenden Überblick über den Entwicklungsstand und Schwächen des jeweiligen Projektes zu bekommen und entsprechende Maßnahmen einzuleiten. Des Weiteren war das Prozessmanagement nicht in der Lage, sich selbstständig zu verbessern. Zwar bestand eine Organisationsstruktur, welche die Aufgaben koordiniert und verteilt. Ein Überblick aller Beteiligten über den Gesamtprozess war aber weder gegeben noch beabsichtigt. Gerade dies ist aber notwendig, um eine beständige Überwachung und letztlich eine Leistungssteigerung innerhalb der Prozessabläufe zu erreichen.¹³⁰

Mit der Überarbeitung des CPM (nov.) 2017 wurden die neben dem Basisverfahren bestehenden Sonderverfahren in den Vorschriften verankert: Im Rahmen des CPM (nov.) wird seit 2016 ein sogenanntes vereinfachtes Verfahren etabliert, welches bei der Realisierung von Bedarfen bis zu 500.000 Euro zur Anwendung kommt und zu einer Beschleunigung des Verfahrens beitragen soll. Der CPM (nov.) wird dabei verkürzt, indem insbesondere das interne Abstimmungsverfahren anders konzipiert wird: Bei einer detaillierten Beschreibung der Forderung kann die Analysephase entfallen und das Projekt auf Grundlage der Initiative und der erweiterten Leistungsbeschreibung realisiert werden.¹³¹ Ebenso kann dieses Verfahren bei einem dringenden Einsatzbedarf (Sofortinitiative für den Einsatz) angewendet werden.¹³² Es laufen bereits erste Pilotprojekte nach diesem System, welches in Zukunft das

¹²⁸ Vgl. Praxisgespräch Gramlich.

¹²⁹ *KPMG/P3 Group/Taylor Wessing*, Umfassende Bestandsaufnahme und Risikoanalyse zentraler Rüstungsprojekte -Exzerpt, 2014 (z. a. am 25.07.2016).

¹³⁰ *KPMG/P3 Group/Taylor Wessing* (Fn. 129), 2014, S. 38 f.

¹³¹ BMVg (Fn. 14), März 2018, S. 48.

¹³² BMVg (Fn. 114), September 2016, S. 58, 61.

regelmäßige Vorgehen bei entsprechenden Beschaffungsvorhaben sein soll.¹³³

Daneben bestehen besondere Verfahren für Bedarfe im Bereich der handelsüblichen Informationstechnik sowie bei der Durchführung internationaler Projekte. Letzteres ermöglicht die flexible Anpassung an die Rahmenbedingungen eines multinationalen Projekts.¹³⁴

(2) Betriebsbedingter Einkauf der Bundeswehr

Neben dem CPM bildet der betriebsbedingte Einkauf die zweite Säule des Ausrüstungs- und Nutzungsprozesses, der zentral und auch dezentral im In- und Ausland erfolgt. Zu diesem zählen alle Beschaffungen von Dienstleistungen, welche für den Erhalt des Dienstbetriebs in Grundbetrieb, Übung und auch im Einsatz notwendig sind sowie alle handelsüblichen und bundeswehrspezifischen Verbrauchs- und Nichtverbrauchsgüter. Inbegriffen sind dabei auch die erforderlichen Ersatzteilfolgebeschaffungen in der Nutzungsphase.¹³⁵

(3) Komplexe Dienstleistungen und Öffentlich-Private-Partnerschaft (ÖPP)

Die dritte Säule umfasst die komplexen Dienstleistungen. Darunter fallen alle Dienstleistungen, welche aufgrund ihres Umfangs oder vielschichtigen Leistungsspektrums nicht vollständig von der Einrichtung Bundeswehr selbst erbracht werden können, sondern mithilfe anderer Unternehmen oder Gesellschaften umgesetzt werden müssen. Hier erfolgt oftmals die Privatisierung von Teilbereichen, bei der eine aufgabenteilige Zusammenarbeit zwischen der Bundeswehr und privatrechtlich organisierten Vertragspartnern besteht. Dabei handelt es sich entweder um ÖPP-Modelle oder sogenannte Inhouse-Gesellschaften.¹³⁶ Die Privatisierung bildet damit eine Komponente der Beschaffung der Bundeswehr und führt dazu, dass diese eine hybride Struktur aufweist, bei der sowohl private als auch öffentliche Teilnehmer agieren.

¹³³ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

¹³⁴ BMVg (Fn. 14), März 2018, S. 48.

¹³⁵ BMVg (Fn. 104), Oktober 2015, S. 9.

¹³⁶ BMVg (Fn. 104), Oktober 2015, S. 9.

Das ÖPP-Modell beschreibt zunächst jede Kooperation von öffentlichen und privaten Einrichtungen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.¹³⁷ Es stellt mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private bei gleichzeitig bestehender Aufgabenverantwortung durch die öffentliche Hand eine funktionelle Privatisierung dar.¹³⁸ Die Verwirklichung eines ÖPP-Projekts erfolgt unter anderem durch ein Betreibermodell, welches diese Art der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und errichtet finanziert.¹³⁹ Bei der Vergabe eines ÖPP-Projekts ist in jedem Fall eine öffentliche Ausschreibung erforderlich, da es im Schwerpunkt um Bau- oder Dienstleistungsverträge geht.¹⁴⁰

Private Wirtschaftsteilnehmer verfolgen dabei andere Interessen als die öffentliche Hand, sodass sich das Streben nach Gewinnerzielung und die wirtschaftliche Erfüllung staatlicher Aufgaben gegenüberstehen.

Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz von 2005¹⁴¹ kippte das Privatisierungsverbot des Staates und führte den wettbewerblichen Dialog, mittlerweile geregelt in § 119 Abs. 1, 6 GWB, ein, um ÖPP-Initiativen zu ermöglichen und ihnen den gesetzlichen Rahmen zu bieten, da dieser nach Auffassung der Europäischen Kommission insbesondere für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Rahmen von ÖPP geeignet ist.¹⁴² Der wettbewerbliche Dialog ist dabei jedoch lediglich als zusätzliche Möglichkeit zu verstehen und schließt andere Verfahrensarten wie etwa das Verhandlungsverfahren, soweit dessen Ausnahmetatbestand erfüllt ist, nicht aus.¹⁴³

¹³⁷ Jennert, Öffentlich-Private Partnerschaft, einschließlich Dienstleistungs- und Baukonzession, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts - Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, S. 301 (302).

¹³⁸ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 99 GWB Rn. 159 f., Ruthig/Storr (Fn. 251), 2015, § 7 Rn. 609.

¹³⁹ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 138), 2014, § 99 GWB Rn. 191.

¹⁴⁰ Willenbruch, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht-Kompaktcommentar, 2. Aufl. 2017, § 103 GWB Rn. 9.

¹⁴¹ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private-Partnerschaften v. 01.09.2005, BGBl. 2005, Teil I Nr. 56 v. 07.09.2005.

¹⁴² Uechtritz/Otting: Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, NVwZ 2005, S. 1105 (1106 f.); vgl. Europäische Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen v. 30. 04. 2004, KOM (2004) 327, S. 7.

¹⁴³ Uechtritz/Otting (Fn. 142), NVwZ 2005, S. 1105 (1107).

Für den Bereich der Bundeswehr gestalten sich ÖPP-Modelle insofern als schwierig, als dass sie aufgrund der bereits dargestellten zwingenden Einsatzbereitschaft Abhängigkeitsverhältnisse schaffen, die den bestehenden Angebotsmonopolen der Gesellschaften entspringen.¹⁴⁴

Bei dieser Übertragung der Aufgaben an Private, in der Regel an Industrieunternehmen, ist darauf zu achten, dass eine klare Umgrenzung von Aufgaben stattfindet, die sich außerhalb des hoheitlichen Bereichs befinden. Als Beispiel einer solchen Zusammenarbeit sei hier etwa die Verpflegungsversorgung des Bundeswehrkrankenhauses Hamburg am Markt genannt, die an einen privaten Caterer vergeben wurde.¹⁴⁵ Bei einer Insolvenz des Unternehmens besteht jedoch die Gefahr, dass der Staat, der auf die ausgelagerte Aufgabe angewiesen ist, diese wieder selbst durchführen und dafür das Unternehmen (teuer) zurückkaufen muss.

Die Entwicklung dieser Auslagerung von Aufgaben an Private entstand mit der Entscheidung der Bundeswehr Mitte der 1990er Jahre, sich auf die militärischen Kernaufgaben ihres Handelns zu konzentrieren. Alle darüber hinaus anfallenden Aufgaben sollten ausgelagert und von privatwirtschaftlichen Unternehmen übernommen werden. Sowohl Eigenunternehmen als auch die gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften sind in diesem Fall funktionale Auftraggeber i. S. v. § 97 Nr. 2 GWB.

Diese Tendenz lässt sich auch dem Weißbuch von 1994 entnehmen, welches Rationalisierungen und Privatisierungen zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Bundeswehr vorsah.¹⁴⁶ Dem schlossen sich die Bildung verschiedener Arbeitsgruppen sowie auch das Engagement von Unternehmensberatern an, welche allesamt das Ziel verfolgten, Möglichkeiten der Umstrukturierung und Neukonzeption innerhalb der Bundeswehrorganisation herauszuarbeiten. Dies mündete 1999 in dem geschlossenen „Rahmenvertrag mit der Industrie über Innovation, Investition und Wirtschaftlichkeit in der Bundeswehr.“¹⁴⁷

¹⁴⁴ Vgl. Bundesrechnungshof (Fn. 114), Bemerkungen 2015 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, S. 217.

¹⁴⁵ Rüttler, Inhouse-Beratung und ihr Beitrag zur Neuausrichtung der Bundeswehr, in: Richter, Neuausrichtung der Bundeswehr. Beiträge zur professionellen Führung und Steuerung, 2012, S. 238.

¹⁴⁶ BMVg, Weißbuch 1994. Weißbuch zur Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und zur Lage und Zukunft der Bundeswehr, 1994, S. 98.

¹⁴⁷ Prekop, Modernisierung der Bundeswehr-IuK als Beispiel für komplexe Beschaffungsprozesse, in: Eßig/Glas (Hrsg.) (Fn. 21), 2014, S. 63.

Das erste darauf basierende Projekt war die Gesellschaft für Entwicklung, Beschaffung und Betrieb mbh (g. e. b. b.), seit Januar 2017 BwConsulting GmbH, welche 2000 ins Leben gerufen wurde. Ihre Aufgabe besteht vor allem darin, als Inhouse-Gesellschaft des BMVg Beraterverträge an überwiegend nicht-militärische externe Dienstleister zu vergeben.

Im Jahr 2017 sind die Ausgaben für Betreiberlösungen gegenüber dem Vorjahr erneut gestiegen.¹⁴⁸ Vier dieser Modelle beanspruchten zeitweise über 90% der Ausgaben der Bundeswehr für Betreibermodelle:¹⁴⁹

Das erste Tochterunternehmen, die BwFuhrpark Service GmbH, Mobilitätsmanagerin der Bundeswehr und 2002 als eine Eigengesellschaft des Bundes gegründet, wird zu 75,1 % vom BMVg und zu 24,9 % von der Deutschen Bahn getragen, die ihrerseits aber selbst ein Bundesunternehmen darstellt. Sie ist zuständig für ein wirtschaftliches und logistisch sinnvolles Konzept im Rahmen der Fahrzeugausstattung.¹⁵⁰ Es wurde allerdings Kritik an dem Unternehmen laut. So wurde diesem vom BRH fehlender wirtschaftlicher Erfolg bescheinigt, ebenso gab es Kritik hinsichtlich der Doppelstrukturen der Fuhrparkverwaltung – die eigenen Fuhrparkkapazitäten waren die ganze Zeit über beibehalten worden, sodass im Ergebnis zwei verschiedene Abrechnungsmodelle galten.¹⁵¹

Zum 01.07.2016 wurde auf Empfehlung des BRH ein neuer unbefristeter Rahmenvertrag für die Folgelösung BundeswehrFuhrparkService (BwFPS) als Inhouse-Gesellschaft des Bundes abgeschlossen, der die drei vorherigen Rahmenverträge bündelt. Dies soll neben der Integrierung weiterer auf Effizienzsteigerung angelegter Instrumente die Planungssicherheit erhöhen und so langfristige Optimierungsmaßnahmen

¹⁴⁸ BMVg (Fn. 14), März 2018, S. 80.

¹⁴⁹ Vgl. Bundesrechnungshof (Fn. 114), 2015, S. 215.

¹⁵⁰ BwFuhrpark, unter:

<http://www.bwfuhrpark.de/de/unternehmen/unternehmensstruktur/daten-und-fakten/>
(z. a. am 18.9.2014).

¹⁵¹ *Portugall* (Fn. 88), S. 165 f.; *Leif*, Beraten und verkauft. McKinsey & Co.- der große Bluff der Unternehmensberater, 2006, S. 334 f.

ermöglichen.¹⁵² Inhaltlich sichert der Vertrag die Mobilität im Bereich handelsüblicher Fahrzeuge (mit militärischer Sonderausstattung).¹⁵³

Ein weiteres Tochterunternehmen der g. e. b. b. ist die seit 2002 als ÖPP-Modell betriebene LH Bundeswehr Bekleidungsgesellschaft mbH (LHBw), an welcher der Bund zu lediglich 25,1 % beteiligt war. Als funktionale Auftraggeberin (§ 99 Abs. 1 Nr. 2 GWB) beschaffte sie Güter und Leistungen in Bezug auf den kompletten Zyklus der Ausstattung für die Bundeswehr.¹⁵⁴ Nach der Beendigung der Privatisierung aufgrund massiver wirtschaftlicher Probleme wird seit 2015 als Inhouse-Gesellschaft vom Bund geführt.¹⁵⁵

Zum 01.08.2016 wurde nun der neue bis zum 31.12.2020 befristete Vertrag „Zwischenlösung Bekleidungsmanagement“ zwischen dem BAAINBw und der LHBw geschlossen. Dieser dient der Entwicklung in den Bereichen Versorgungssicherheit, Qualität der Waren und Leistungen, Kundenservice sowie der allgemeinen Wirtschaftlichkeit bei der Leistungserbringung. Dabei ist die Gesellschaft mittlerweile nur für das bundesbezogene Geschäft zuständig.¹⁵⁶

In § 53 Abs. 5 des Vertrags wird dabei, wie im Bericht zur Haushalts- und Wirtschaftsführung 2015¹⁵⁷ gefordert, eine Prüfungsmöglichkeit durch den BRH vorgesehen. Auch die Anpassung an moderne Lieferlogistik wird im Vertrag in Angriff genommen.¹⁵⁸ 2017 wurde eine Verschmelzung mit ihrem Tochterunternehmen, der LHD Group GmbH

¹⁵² BAAINBw, unter:

http://www.baainbw.de/portal/a/baain!/ut/p/c4/LYqxDsIwDAX_yE6BAbGlCgNiqVigbG4bVRauU0UuLHw8icQ76ZZ7 (z. a. am 02.07.2017).

MSC0ptnMk5Kgg_sRz4NHxiIWIFetkURIJGohPf6nyKMSaNVW1Tj4jmTpQxryialbDmXAjxh75rQut3e_dd8vb-Gc3c4unBpb7gui_8BvLOqPg!!/ (z. a. am 13.10.2016).

¹⁵³ BMVg (Fn. 11), Dezember 2017, S. 49.

¹⁵⁴ LHBw, unter: <http://www.lhbw.de/fr/ueber-uns.html> (z. a. am 18.9.2014); zur ÖPP allgemein (knapp): Ruthig/*Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2015, Rn. 328 ff.

¹⁵⁵ S. dazu etwa unter: <http://www.bundeswehr-journal.de/2016/neuer-vertrag-bekleidungsmanagement-mit-der-lhbw/> (Stand 03.10.2016); BMVg (Fn. 114), September 2016, S. 26 f.

¹⁵⁶ BMVg (Fn. 11), Dezember 2017, S. 50.

¹⁵⁷ S. Fn 114.

¹⁵⁸ BAAINBw, unter:

http://www.baainbw.de/portal/a/baain!/ut/p/c4/LYqxDsIwDAX_yG4JC2wpWRBbFyib20aVhetUkQsLH08i8U665R4-saD05oWMk5LgA4eJz-MHRiJWoJftUQRiJCrhvf7nCFPSaNUW1bh4yWQpw5aySS17zqUAzzg0beiag2v-a7_-cvLh5twxXLset3X1PzQ9RBE!/ (z. a. am 03.10.2016).

(LHD) beschlossen, wobei gleichzeitig eine Umfirmierung in die Bw Bekleidungsmanagement GmbH (BwBM) erfolgte.¹⁵⁹

Das dritte Betreibermodell, das Kooperationsprojekt der Heeresinstandsetzungslogistik (HIL), wurde trotz der z. T. sehr schlechten Beurteilungen 2005 als ÖPP-Projekt begonnen. Es war für die Verfügbarkeit und Einsatzfähigkeit von allen Waffensystemen am Boden zuständig. Dazu gehörten auch alle vorgelagerten Aufgaben der Instandhaltung und Reparatur sowie das dafür erforderliche Management bei der Planung und Durchführung.¹⁶⁰ Die HIL hatte danach grundsätzlich eine 70%ige Verfügbarkeit von Landsystemen zu gewährleisten.¹⁶¹ Dem BMVg gehörten davon ursprünglich 49%, die übrigen 51% der Anteile standen der wehrtechnischen Industrie zu. Mit der Übernahme der Geschäftsanteile durch das BMVg 2013 wurde diese ebenfalls eine Inhouse-Gesellschaft des Bundes.¹⁶² Seit Januar 2018 findet eine Ausweitung auf alle eigenbewirtschafteten militärischen Landsysteme sowie auf Einsätze statt.¹⁶³ Nach einem Wirtschaftsvergleich war das BMVg jedoch zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Abgabe an private Betreiber die sinnvollste Weiterführung des Unternehmens darstellt. Im November 2017 wurde daher ein Vergabeverfahren eröffnet, um die HIL-Werke von der HIL-GmbH zu trennen und als Tochtergesellschaften in diese einzubringen. In Form eines sogenannten „Share Deal“ sollten die Gesellschafteranteile sodann an die künftigen Betreiber veräußert werden, um mit ihnen Leistungsverträge mit einer Laufzeit von 20 Jahren zu schließen.¹⁶⁴ Im September 2019 entschloss man sich jedoch, diesen Plan nicht weiter zu verfolgen und die HIL in ihrer bestehenden Struktur zu erhalten, um die Expertise in diesem Bereich bundeswehrintern vorhalten und so auf sicherheitspolitische Herausforderungen flexibel reagieren zu können.¹⁶⁵

¹⁵⁹ BMVg (Fn. 14), März 2018, S. 14.

¹⁶⁰ HIL, unter: <http://www.hilgmbh.de/> (z. a. am 20.08.2015); *Maurer*, Leistungssteigerung des Einkaufs der Bundeswehr durch Lieferantenmanagement, 2013, S. 5.

¹⁶¹ BMVg (Fn. 11), Dezember 2017, S. 46.

¹⁶² S. HIL (Fn. 160).

¹⁶³ BMVg (Fn. 11), Dezember 2017, S. 46.

¹⁶⁴ BMVg (Fn. 14), März 2018, S. 57 f.

¹⁶⁵ BMVg, unter: <https://www.bmvg.de/de/aktuelles/hil-heeresinstandsetzungslogistik-gmbh-bleibt-beim-bund-137410> (z. a. am 30.06.2020).

2006 wurde innerhalb des BMVg eine Abteilung „Modernisierung“ eingerichtet, die eine Gesellschafterfunktion für alle ÖPP-Projekte übernahm. Dies führte zu einer Verlagerung des Aufgabenbereichs der g. e. b. b. hin zu rein beratenden Tätigkeiten.¹⁶⁶ Die Vergabe von Verträgen findet seither nicht mehr direkt durch sie statt. Dies mag auch damit zusammengehangen haben, dass die freihändige Vergabe der Aufträge an Beratungsunternehmen wohl rechtswidrig war.¹⁶⁷

Für das mit einer Laufzeit von zehn Jahren festgesetzte Projekt HERKULES, welches sich mit der Modernisierung und Instandhaltung der Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) der Bundeswehr beschäftigte und bereits 1999 initiiert wurde, gründete sich 2006 schließlich die BWI Informationstechnik GmbH (BWI IT). Diese war zu 49,9% in Bundeshand, während die privaten Unternehmen IBM (0,05%) und Siemens (50,05 %) zusammen die Mehrheit der Anteile hielten.¹⁶⁸ Es war das größte ÖPP-Projekt in Europa und zeichnete für die Beschaffung sämtlicher Dienstleistungen im Bereich der Informationstechnik verantwortlich.¹⁶⁹ Durch die Eigenbeteiligung sollte sichergestellt werden, dass der Bund aufgrund der Übernahme von hoheitlichen Aufgaben durch das Unternehmen hinreichend Einfluss ausüben konnte. Dahinter stand die Idee des BMVg, den Bereich der nichtmilitärischen Informations- und Kommunikationstechnik (IuK) zu modernisieren, indem die erforderlichen IT-Leistungen jeweils nur noch bedarfsabhängig eingekauft werden sollten. Neben einer Vereinheitlichung von IT-Lösungen spielten auch Wirtschaftlichkeitsaspekte eine Rolle. Das HERKULES-Projekt basierte auf einem Hauptvertrag, in welchem die Eckdaten in Bezug auf die technischen Leistungen sowie die Vergütungsregelungen festgelegt waren. Um den Bedürfnissen an Flexibilität gerecht zu werden, enthielt das Vertragswerk zudem Verfahren zum Vertragsmanagement und zur Durchführung von Vertragsänderungen.

¹⁶⁶ *Bernath*, *Beteiligungscontrolling im Bundesministerium der Verteidigung*, in: Richter, *Neuausrichtung der Bundeswehr. Beiträge zur professionellen Führung und Steuerung*, 2012, S. 224; Vgl. auch *Leif* (Fn. 151), 2006, S. 333.

¹⁶⁷ *Leif* (Fn. 151), 2006, S. 340.

¹⁶⁸ *Financial Times Deutschland*, unter: <https://web.archive.org/web/20070108125557/http://www.ftd.de/unternehmen/industrie/145287.html> (abgerufen am 18.9.2014).

¹⁶⁹ *Prekop* (Fn. 147), in: *Eßig/Glas (Hrsg.)* (Fn. 21), 2014, S. 60.

Gemeinsam mit den Tochtergesellschaften BWI Systeme GmbH (IBM) und der BWI Services GmbH (Siemens) bildeten die drei Gesellschaften den BWI Leistungsverbund. Die Kontrolle der Vertragserfüllung oblag dem Bundesamt für Informationsmanagement und Informationstechnik der Bundeswehr (IT-AmtBw). Relevant auf der Auftraggeberseite war zudem der Projektleiter von HERKULES, welcher als entscheidende Schnittstelle agierte und die Gesamtverantwortung für das Projekt trug.¹⁷⁰ Trotz der genauen Planung und der ständigen Kontrolle erzielte HERKULES offensichtlich nicht den gewünschten Erfolg. Nach seiner regulären Laufzeit wurde das Projekt mit Ende 2016 nicht verlängert, die privaten Anteile sind nun an den Bund gefallen und HERKULES wird auf Grundlage eines Wirtschaftlichkeitsvergleichs des BAAINBw als Inhouse-Gesellschaft fortgeführt. Eine erneute Umwandlung in ein ÖPP-Modell wird dennoch nicht ausgeschlossen, sondern von den weiteren zukünftigen Entwicklungen abhängig gemacht.¹⁷¹ Das Projekt erhielt im Rahmen des Bundeskongresses Öffentliche Infrastruktur 2014 den Sonderpreis „Erfolgreicher IT-Betrieb“ des „Innovationspreises PPP“, der vom Bundesverband PPP – Netzwerk Infrastrukturmanagement und dem Behörden Spiegel verliehen wird. Grundlage dafür war eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, bei der das ÖPP-Modell mit einer alternativen optimierten Eigenlösung verglichen und das Ergebnis von Bundesrechnungshof und dem BMF bewertet wurde. Zu den Erfolgsfaktoren gehörten dabei auch Feststellung und Berücksichtigung des Änderungsbedarfs einzelner Leistungen wegen geänderter Anforderungen und ein entsprechendes flexibles Vertragsmanagement.¹⁷² Mit Ablauf des Vertrags zum 27.12.2016 wurden die Geschäftsanteile des BWI Leistungsverbundes (BWI IT GmbH, BWI Systeme GmbH und BWI Services GmbH) durch den Bund erworben und miteinander verschmolzen, sodass dieser Alleingesellschafter der Inhouse-Gesellschaft

¹⁷⁰ Prekop (Fn. 147), in: Eßig/Glas (Hrsg.) (Fn. 21), 2014, S. 64 ff.

¹⁷¹ Tagesschau, unter: <http://www.tagesschau.de/inland/herkules100.html> (z. a. am 18.9.2014); BAAINBw, unter: http://www.baainbw.de/portal/a/baain!/ut/p/c4/LYq7DsIwDEX_yE4fC2xEXRi6oEpQNreNKgvXqSIXFj6eROie6Szn4hMzSm9eyTgqCT5wnPk8fWAIYgV62RFEgESC Et7LfwkwRw1WbEGNs9dEFhPsMZmUcqSUC_CC06s67-rG_Vd9T33th75tm-7qb7hv2-UH5rrXvA!!/ (z. a. am 19.08.2015).

¹⁷² Infrastrukturkongress 2014, Behörden Spiegel, S. 13, unter: http://www.ppp-nrw.org/wp-content/uploads/2015/08/Seiten-aus-2014_November.pdf (z. a. am 04.02.2016).

wurde.¹⁷³ Im August 2017 schließlich wurde zur Weiterentwicklung und Verbesserung der IT-Ausstattung für die Bundeswehr eine Änderungsvereinbarung mit einem Volumen von ca. 500 Mio. Euro beschlossen.¹⁷⁴

Zu den „Betreiberlösungen im Rahmen der Weiterentwicklung der Bundeswehr“, die Kooperationen mit der Industrie beschreiben,¹⁷⁵ zählen neben den Inhouse-Gesellschaften auch die Industriekooperationen hinsichtlich Vorhaltecharter See- und Lufttransport (Gesicherte Gewerbliche Strategische Seetransport, GGSS; Strategic Airlift Interim Solution, SALIS) sowie Betreibermodelle für die Satellitenkommunikation, für unbemannte Luftfahrzeuge (SAATEG) und im Liegenschaftsbereich.¹⁷⁶ Zu den komplexen Dienstleistungen gehören ebenso alle sonstigen Kooperationen mit der Industrie, beispielsweise das Chartern von Transportkapazitäten oder der Betrieb des Simulators NATO-Hubschrauber 90.¹⁷⁷

Insgesamt lässt sich aus den angeführten Beispielen ableiten, dass ÖPP-Modelle nicht immer die optimale Wahl für eine Effektivitätssteigerung in der Beschaffung sind. Trotz dieses enttäuschenden Ergebnisses der ÖPP-Projekte für die Bundeswehr ist die generelle Überlegung, die Möglichkeit der Wahrnehmung von Aufgaben durch Private zumindest anzudenken, aus kostentechnischer Sicht sinnvoll. Im Bereich der Bundeswehr ist aber zu berücksichtigen, dass hier zum Teil spezielle Anforderungen bestehen. Dadurch ist es erforderlich, wie ohnehin verfassungsrechtlich geboten, ein Stück des Know-how in eigenen Händen zu behalten.

Dazu zählt auch der Aspekt, dass durch die Umstrukturierung in Inhouse-Gesellschaften das einheitliche Ziel, das Beste für die Truppe zu erreichen, gewahrt wird, während der Fokus bei der Beteiligung von Privaten zweifellos auf dem Gewinn liegt. So wurde beispielsweise bei der LHBw die Qualitätssicherung durch die Unternehmen selbst durchgeführt. Mit der Fortführung als Inhouse-Gesellschaft 2015 besteht nun wieder ein

¹⁷³ BMVg (Fn.114), September 2016, S. 22; BMVg (Fn. 11), Dezember 2017, S. 51.

¹⁷⁴ BMVg (Fn. 14), März 2018, S. 28.

¹⁷⁵ BMVg (Fn. 114), September 2016, S. 35.

¹⁷⁶ BMVg (Fn. 114), September 2016, S. 38.

¹⁷⁷ BMVg (Fn. 114), September 2016, S. 37.

größerer Zugriff auf diese Bereiche und damit eine bessere Realisierung der Zielsetzung der Bundeswehr durch die eigenständige Überprüfung. Das Projekt HERKULES verdeutlicht jedoch das konkrete Bedürfnis nach klaren Zuständigkeiten, einer nahtlosen Kommunikation sowie einer Kooperation zwischen den einzelnen Parteien und deren vertragliche Flexibilität. Dies sind neben weiteren die entscheidenden Voraussetzungen für eine Beschaffung, die den heutigen Anforderungen und Maßstäben gewachsen ist.

Problematisch erweist sich der Interessenkonflikt des Bundes im Falle der Betreibergesellschaften, da er sowohl auf Auftragnehmer- als auch auf der Auftraggeberseite steht. Dies führt nach dem BRH zu einer unzureichenden Wahrnehmung der Beteiligungsverwaltung durch den Bund. Prekär ist insbesondere die Monopolstellung der Gesellschaft, während die Bundeswehr auf der anderen Seite auf die Gewährleistung der Leistungserbringung in Grundbetrieb und Einsatzfall angewiesen ist. Dies verstärkt die Position der Auftragnehmer umso mehr.¹⁷⁸

Durch die Umwandlung in Inhouse-Gesellschaften besteht für die öffentliche Hand die Möglichkeit, die Gesellschaften trotz des Bestehens privatrechtlicher Strukturen entsprechend wirksam zu steuern und zu kontrollieren. Für die Behandlung zukünftiger Kooperationen sollte die „Strategie Komplexe Dienstleistungen“ die Gestaltungsmöglichkeiten und das Beteiligungsmanagement verbessern, welches der BRH bislang bemängelte und dies insbesondere auf einen bestehenden Interessenkonflikt zurückführte.¹⁷⁹ Ausgangspunkt bildete dabei ein Beschluss des Haushaltsausschusses, in dem eine Fehleranalyse von Seiten des BMVg bzgl. der Beteiligungsgesellschaften gefordert wurde.¹⁸⁰ Wie erfolgreich daher die geplante Umstrukturierung der HIL-GmbH sein wird, muss sich zeigen.

Die weiterhin bestehenden Kooperationen mit privaten Unternehmen werden vom Bundesrechnungshof zum Teil ebenfalls kritisiert. In den

¹⁷⁸ Bundesrechnungshof (Fn. 114), 2015, S. 217.

¹⁷⁹ Bundesrechnungshof (Fn. 114), 2015, S. 216 f.

¹⁸⁰ g. e. b. b., Projektberatung Strategie Komplexe Dienstleistungen 2016, unter: https://gebb.de/de/Beratung/A_Koop-Management/Referenzen/KoopBeratung_KDL.html (z. a. am 22.11.2016).

Bemerkungen 2017 zur Wirtschafts- und Haushaltsführung des Bundes¹⁸¹ wird hinsichtlich der Zusammenarbeit mit Unternehmen im Bereich der Wartung, Inspektion, Instandsetzung und Instandhaltung der Kampfflugzeuge Tornado und Eurofighter sowie der Hubschrauber UH Tiger und NH 90 festgestellt, dass der tatsächliche Nutzen und die Wirtschaftlichkeit diesbezüglich bislang nicht ermittelbar sind und daher fraglich ist, inwieweit die Zusammenarbeit zielführend ist. Der Bundesrechnungshof fordert daher vom BMVg in diesem Zusammenhang die Erarbeitung von Kriterien für eine Erfolgskontrolle sowie eine bedarfsgerechte Organisation dieser Zusammenarbeit.¹⁸²

bb) Dezentrale Beschaffung

Im Gegensatz zur zentralen deckt die dezentrale Beschaffung den Bedarf jeweils lediglich in einem regionalen Teilbereich der Bundeswehr. Sie erfolgt mittels beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe.¹⁸³ Diese Art der Beschaffung erfolgt dann, wenn eine zentrale Beschaffung aufgrund der Natur der Sache nicht zweckmäßig erscheint oder wirtschaftliche Gründe dagegensprechen. Denkbar ist das vor allem bei den täglichen handelsüblichen Versorgungsgütern (wie Lebensmittel, Haushaltsgeräte etc.) sowie den an den jeweiligen Standorten der Dienststellen zu erbringenden Leistungen (etwa die Reparatur von Fahrzeugen).¹⁸⁴ Zuständig für die dezentrale Beschaffung sind die den Bundesoberbehörden nachgeordneten Bundeswehr-Dienstleistungszentren als Ortsbehörden.

Die Bundeswehr wird in diesem Bereich fiskalisch tätig, sie schließt als regulärer Teilnehmer des Rechtsverkehrs Kauf-, Miet-, Werk-, Leasing- und weitere Verträge mit den entsprechenden Vertragspartnern.¹⁸⁵

cc) Zusammenfassung

Zentrale und dezentrale Beschaffung weisen wie gesehen eine ganz unterschiedliche organisatorische Prägung auf. Dies hat unterschiedliche Vor- und Nachteile zur Folge.

¹⁸¹ Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2017 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2017.

¹⁸² Bundesrechnungshof (Fn. 181), 2017, S. 42 ff.

¹⁸³ Maurer (Fn. 160), 2013, S. 66.

¹⁸⁴ Walkiewicz (Fn. 39), 1987, S. 3.

¹⁸⁵ Maurer (Fn. 160), 2013, S. 66.

Um zu bewerten, welche Beschaffungsart zweckmäßig und sinnvoll ist, gilt es danach zu differenzieren was im Einzelfall beschafft werden soll.

Im Falle allgemeiner und standardisierter Produkte bietet sich eine zentrale Beschaffung an. Hier kann durch eine Bündelung - möglicherweise sogar im internationalen Rahmen - das Potential an Kosteneinsparungen durch Mengenrabatte oder ähnliches voll ausgeschöpft werden.

Die dezentrale Beschaffung spielt dagegen eine Rolle, wenn es dem Auftraggeber auf die Entwicklung oder Ausgestaltung bestimmter Produkte geht, bei denen er sich unter Umständen zwischen verschiedenen Optionen entscheiden kann, sodass ein Dialog mit möglichen späteren Auftragnehmern erforderlich ist. So kann explizit auf spezielle Wünsche etc. eingegangen und insbesondere Innovationen vorangebracht werden.

Die Optimierung der öffentlichen Beschaffung erfordert damit auch eine Abwägung im Einzelfall zwischen den jeweiligen Vor- und Nachteilen der dezentralen Beschaffung und der Bündelung von Kompetenzen bei der zentralen Beschaffung.

Erstere fördert die örtliche Nachfrage und verteilt die Einkaufsmacht. Die zentrale Beschaffung beeinflusst dagegen positiv die Nutzung von Synergien und bietet eine bessere Basis zur Verhandlungsführung mit zukünftigen Vertragspartnern. Dazu entfällt die Notwendigkeit der Durchführung kleinschrittiger, sich wiederholender Beschaffungsprozesse, welche die Prozesskosten in die Höhe treiben und zeitliche sowie personelle Kapazitäten in Anspruch nehmen. Auf der anderen Seite fehlt es an dieser Stelle an einem gezielten Blick, an welchen Gütern tatsächlich ein akuter Bedarf besteht. Hier braucht es einen Balanceakt zwischen dem Wunsch nach Kosteneinsparungen einerseits und den daraus resultierenden Kompromisslösungen (insbesondere in Form von Standardisierungen) andererseits, sowie den Erhalt von Produktvielfalt und einer bedarfsorientierten, gezielten Beschaffung.¹⁸⁶

Aufgrund der Vorteile der zentralen Beschaffung bei standardisierten Leistungen, bei denen mithilfe von Skaleneffekten die Produktion erheblich kostengünstiger erfolgen kann, stellt sich hier auch das e-Procurement¹⁸⁷ als sinnvolle Einrichtung dar, welche die Kommunikation

¹⁸⁶ Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi, Gutachten von Januar 2007 bis November 2011, Gutachten Nr. 2/07 v. 12.05.2007, Öffentliches Beschaffungswesen, 2013, S. 2539 (2555).

¹⁸⁷ S. dazu genauer S. 129 ff.

in diesem Bereich erleichtert.¹⁸⁸ Je größer die Abnahmemenge ist, desto höher ist auch die Preisreduktion. Nach Untersuchungen der Europäischen Kommission führt so eine um 25% größere Abnahmemenge bereits zu einer Preisreduktion von durchschnittlich 7%.¹⁸⁹

Ein weiterer Vorteil einer zentralen Beschaffung liegt in der verbesserten Ausbildungs- und Professionalisierungsmöglichkeit der Mitarbeiter, indem diese feingliedriger spezialisiert werden und dabei die Möglichkeit des Austauschs und das Pooling von Wissen und Information nutzen können.¹⁹⁰

II. Der Bevölkerungsschutz

1. Die Krisensituation im Bevölkerungsschutz

Nicht nur die Einsatzfälle der Bundeswehr verlangen besondere Anforderungen an die Beschaffung. Eine entsprechende Situation stellt sich im Falle der Katastrophenbewältigung. Hier handelt es sich ebenso um eine (zumeist) unvorhersehbar eingetretene Krisenlage, auf die schnellstmöglich angemessen reagiert werden muss.

Angesichts der zunehmenden Naturkatastrophen und Pandemien in den letzten Jahren ist der Bevölkerungsschutz verstärkt in den politischen Blickpunkt geraten. Dabei spielt auch die wachsende Bedrohung von Terroranschlägen und die politische Instabilität vieler Länder eine Rolle.¹⁹¹

Durch dieses erweiterte Gebiet müssen die Anforderungen an den Bevölkerungsschutz bestmöglich auf die entsprechenden Bedürfnisse hin konzipiert sein. Von Bedeutung sind gesicherte Infrastrukturen in den Bereichen Lebensmittelversorgung, Informationstechnologie oder Energie. Deren Verlässlichkeit ist von vielerlei Faktoren abhängig, darunter auch Wirtschaftlichkeitsaspekte. Erschwerend kommt hinzu, dass das Katastrophenschutzrecht zwar der Bündelung und Organisation von

¹⁸⁸ Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi (Fn. 186), 2013, S. 2539 (2555).

¹⁸⁹ Europäische Kommission, A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 2004, S. 16, unter: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf (z. a. am 08.06.2016).

¹⁹⁰ Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi (Fn. 186), 2013, S. 2539 (2556).

¹⁹¹ Vgl. Jäger/Thiele, Transformationsprozesse im Vergleich, in: Jäger/Thiele (Hrsg.), Transformation der Sicherheitspolitik, Deutschland, Österreich, Schweiz im Vergleich, 2011, S. 11 f.

Zuständigkeiten dient, es sich dabei selbst aber um eine sehr komplexe Materie handelt, die sich aus Zuständigkeiten von Bund und Ländern sowie der Einbeziehung von Privaten zusammensetzt. Bereits die Kompetenzfrage kann unter Umständen wertvolle Zeit kosten. Erforderlich sind daher klare Regelungen.

Dies gilt vor allem auch deswegen, da sich eine Katastrophe durch ein unerwartetes und plötzliches Auftreten auszeichnet und daher eine gute Vorbereitung sowie trotz des seltenen Eintritts einen sicheren - im besten Fall routinemäßigen - Umgang mit der Situation erfordert. Es bedarf also eines komplett durchorganisierten Systems, welches im Ernstfall direkt und reibungslos funktioniert.

In diesem Zusammenhang schließen sich Fragen nach Lagerungsmöglichkeiten (zentral oder dezentral) und das effektive Vorhalten und Liefern dieser gelagerten Ressourcen sowie das Treffen von organisatorischen Vorkehrungen für das Einnehmen von Leitfunktionen im Katastrophenfall an.¹⁹² In dieser Hinsicht werden viele Parallelen zu den Anforderungen im Rahmen von Auslandseinsätzen sichtbar und verdeutlichen den akuten Handlungsbedarf an diesen Stellen.

Die rechtliche Dimension des Bevölkerungsschutzes in Deutschland umfasst in seiner Gesamtheit zunächst alle rechtlichen Regelungen sowie sonstige Maßnahmen, welche den Staat - genauer seine Bürger, die Umwelt sowie die jeweiligen Vermögenswerte - vor den Folgen einer Katastrophe schützen sollen.¹⁹³ Um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden und die verschiedenen Kompetenzen klar zu unterscheiden, wird vielfach der Oberbegriff des „Bevölkerungsschutz“ gebraucht. Darunter sind alle Maßnahmen und Aufgaben sowohl der Kommunen und Länder im Rahmen des Katastrophenschutzes als auch des Bundes innerhalb des Zivilschutzes umfasst.¹⁹⁴

Der Katastrophenbegriff findet sich im Grundgesetz unter den Bezeichnungen Naturkatastrophe (Art. 11 Abs. 2, Art. 35 Abs. 2, 3 GG), Seuchengefahr (Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 4 GG) oder besonders schwerer Unglücksfall (Art. 11 Abs. 2, Art. 35 Abs. 2 GG). An dieser

¹⁹² Pohlmann, *Rechtliche Rahmenbedingungen der Katastrophenbewältigung*, 2012, S. 70.

¹⁹³ Schwartz, *Das Katastrophenschutzrecht der Europäischen Union*, 2012, S. 18.

¹⁹⁴ BBK und DST, *Drei Ebenen, ein Ziel: Bevölkerungsschutz – gemeinsame Aufgabe von Bund, Ländern und Kommunen*, 2010, S. 10; BBK, *Ausgewählte zentrale Begriffe des Bevölkerungsschutzes*, 2011, S. 7; Pohlmann (Fn. 192), 2012, S. 88.

Stelle kommt bereits das Bedürfnis von Flexibilität in der Definition zum Ausdruck, da nur dadurch eine umfassende Einbeziehung aller Erscheinungsformen katastrophaler Ereignisse möglich ist.¹⁹⁵

In einem objektivierten, juristischen Sinne definiert sich die Katastrophe mittels zweier Kriterien. Zum einen sind nur solche Ereignisse impliziert, bei welchen in einem ungewöhnlich hohen Maß mit Schädigungen oder Gefährdungen gerechnet werden muss. Dies gilt sowohl hinsichtlich des zahlenmäßig betroffenen Personenkreises als auch des entstandenen Schadens.¹⁹⁶ Ein weiteres Merkmal ist eine Überforderung der zuständigen Stellen in dem Sinne, dass die zur Verfügung stehenden Mittel nicht zur Verhinderung der Katastrophe ausreichen. Dies lässt sich auch aus Art. 35 Abs. 3 GG erahnen, welcher ausdrücklich die Erforderlichkeit zur wirksamen Bekämpfung für notwendig erachtet, um die Streitkräfte zur Unterstützung der Polizeikräfte einsetzen zu können.¹⁹⁷ Weitere explizite Nennung findet der Katastrophenschutz auf verfassungsrechtlicher Ebene nicht, alle weiteren Bestimmungen sind einfach-gesetzlich geregelt.

Zwar weisen die Katastrophenschutzgesetze der Länder zum Teil geringfügige Abweichungen von dieser Definition auf. Allerdings besteht ein Bemühen um eine Vereinheitlichung zumindest im Begriffsverständnis, wie das Wörterbuch des Zivil- und Katastrophenschutzes von der „Ständigen Konferenz für Katastrophenvorsorge und Katastrophenschutz“ zeigt.¹⁹⁸ Unterschiede zwischen dem Verfassungsbegriff und den Katastrophenschutzgesetzen ergeben sich hingegen durch die jeweilige Bezugsgröße einer überfordernden Situation: Bei ersterem bezieht sie sich auf die Kräfte der betroffenen Bundesländer, bei den Katastrophenschutzgesetzen hingegen auf die Kräfte der Feuerwehren und Rettungsdienstbereiche.¹⁹⁹

Im deutschen Recht besteht eine grundsätzliche Zweiteilung im Katastrophenrecht. So fallen unter den Katastrophenschutz im engeren

¹⁹⁵ *Stober/Eisenmenger*, Katastrophenverwaltungsrecht. Zur Renaissance eines vernachlässigten Rechtsgebietes, NVwZ 2005, S. 121 (122).

¹⁹⁶ *Kloepfer*, Katastrophenschutzrecht, Strukturen und Grundfragen, VerwArch 2007, S. 163 (167).

¹⁹⁷ *Kloepfer*, Handbuch des Katastrophenschutzrechts, 2015, S. 32; *Pohlmann* (Fn. 192), 2012, S. 55; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 32), 2016, Art. 35 Rn. 8.

¹⁹⁸ Abrufbar unter: http://lv-saarland.drk.de/fileadmin/user_upload/Bereitschaften/Katastrophenschutz/W%C3%B6rterbuch_KatS.pdf (z. a. am 18.03.2015).

¹⁹⁹ *Pohlmann* (Fn. 192), 2012, S. 55.

Sinne nur die Konstellationen, bei denen es sich um eine Katastrophe während Friedenszeiten handelt. Befindet sich der Staat hingegen im Verteidigungsfall, fällt der Bevölkerungsschutz unter den Zivilschutz. Für beide gelten unterschiedliche Zuständigkeiten und somit auch andere Regelungen.²⁰⁰ Diese sollen unter dem jeweiligen Punkt „Zuständigkeiten und Organisation“ genauer erläutert werden, da sich diese Unterschiede auch auf die Beschaffung auswirken.

Der Zyklus des Katastrophenschutzes kann wie folgt eingeteilt werden: Am Anfang stehen Maßnahmen, welche der Katastrophenvermeidung dienen. Im besten Falle kommt es damit gar nicht zu einer Katastrophe, weil die Gefahr von Beginn an ausgeschaltet oder ihr Eintritt verhindert werden kann. Andernfalls schließt sich dieser die Katastrophenvorsorge an, in der die Mittel zur nachfolgenden Katastrophenbekämpfung bereitgestellt und vorbereitet werden, bevor nach Beendigung der Katastrophe die Katastrophennachsorge greift. Diese kümmert sich um alle durch die Katastrophe entstandenen Schäden. Zum Katastrophenschutz gehören damit nicht nur die akute Phase der Katastrophe selbst, sondern auch die zweckgerichteten Maßnahmen im Vor- und Nachhinein.²⁰¹

Im Grundgesetz finden sich zu den Zuständigkeiten im Katastrophenschutzrecht lediglich einige Bestimmungen in Form von Gesetzesvorbehalten (Art. 35 Abs. 2, 3, Art. 1 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 GG), es besteht jedoch keine systematische Zuständigkeitsregelung.

2. Zivilschutz

a) Aufgaben und Zuständigkeiten

Der Bund besitzt die Gesetzgebungskompetenz für den Katastrophenschutz im Verteidigungsfall, Art. 73 Abs. 1. Nr. 1 GG. Der Bevölkerungsschutz nennt sich hier Zivilschutz und weist einen unabhängigen Regelungsbereich zum Katastrophenschutz in Friedenszeiten auf.²⁰²

²⁰⁰ Kloepfer, VerwA 2007 (Fn. 196), S. 163 (169).

²⁰¹ Schwartz (Fn. 193), S. 19 f.

²⁰² Kloepfer (Fn. 197), 2015, S. 131.

Im Bereich des Zivilschutzes ist das Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz (ZSKG) das grundlegende Regelwerk.²⁰³ Nach § 1 ZSKG besteht die Aufgabe des Zivilschutzes darin, „durch nichtmilitärische Maßnahmen die Bevölkerung, ihre Wohnungen und Arbeitsstätten, lebens- oder verteidigungswichtige zivile Dienststellen, Betriebe, Einrichtungen und Anlagen sowie das Kulturgut vor Kriegseinwirkungen zu schützen und deren Folgen zu beseitigen oder zu mildern.“ Militärische Maßnahmen zum Zwecke des Bevölkerungsschutzes gehören hingegen zum Bereich der Verteidigung und sind hiervon nicht umfasst. Die letzte große Änderung des Zivilschutzes gab es 1997, als der Bund mit dem Zivilschutzneuordnungsgesetz die Schutzmaßnahmen als Reaktion auf die verbesserte sicherheitspolitische Lage reduzierte. Durch das Zivilschutzgesetzänderungsgesetz (ZSGÄndG)²⁰⁴ 2009 kam es schließlich zu der neuen Bezeichnung „Zivilschutz und Katastrophenhilfegesetz“ (ZSKG).²⁰⁵

Neben dem ZSKG als normativem Kernstück des Zivilschutzes gibt es weitere ergänzende Gesetze. Dazu zählen das Gesetz über das Technische Hilfswerk (THW-Gesetz)²⁰⁶ und das Gesetz über die Errichtung des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBKG).²⁰⁷ Zudem bestehen verschiedene Sicherstellungsgesetze, welche die Grundversorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern in den Bereichen Ernährung, Verkehr und Energiewirtschaft vor allem im Verteidigungsfall garantieren sollen.²⁰⁸ Bedeutendes Gesetz ist das Bundesleistungsgesetz (BLG)²⁰⁹, welches der Sicherstellung des öffentlichen Bedarfs dient.²¹⁰ Zu beachten ist, dass die Sicherstellungsgesetze erst in dem Moment zur Anwendung kommen, in

²⁰³ BGBl. I v. 25.03.1997, S. 726, zuletzt geändert durch Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes v. 29.07.2009, BGBl. I, S. 2350.

²⁰⁴ BGBl. I v. 25.03.1997, S. 726, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 27.04.2004, BGBl. I, S. 630.

²⁰⁵ BGBl. I v. 25. 03.1997, S. 726, zuletzt geändert durch Art. 2 Nummer 1 des Gesetzes v. 29.07.2009, BGBl. I, S. 2350.

²⁰⁶ BGBl. I v. 22.01.1990, S. 118, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 29.07.2009, BGBl. I, S. 2350.

²⁰⁷ BGBl. I v. 27.04.2004, S. 630 f.

²⁰⁸ *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 134, 196.

²⁰⁹ BGBl. I v. 19.09.1956, S. 815 ff., zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 11.08.2009, BGBl. I, S. 2723.

²¹⁰ *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 198.

dem Art. 80a GG einschlägig ist, das Parlament also den Verteidigungs- oder Spannungsfall festgestellt oder der Anwendung dieses Artikels besonders zugestimmt hat. Dies erfordert nach Art. 80a Abs. 1 S. 2 GG eine Zweidrittelmehrheit im Bundestag und führt zu einer „Entsperrung“ einiger Normen des Grundgesetzes (Art. 12 a Abs. 5 S. 1, Abs. 6. S. 2 GG) sowie einfachgesetzlicher Vorschriften, die speziell für den Fall konzipiert worden sind, dass ein erhöhtes Maß an Verteidigungsbereitschaft erforderlich ist.²¹¹ Neben den Sicherstellungsgesetzen gehören dazu etwa die Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens (§ 95 VwVfG).

Der Bund besitzt außer für den Zivilschutz auch in einigen anderen katastrophenrechtlichen bzw. sicherheitspolitischen Bereichen die Gesetzgebungskompetenz. Dazu zählen beispielsweise die internationale Terrorismusabwehr im Falle eines länderübergreifenden Gefährdungspotentials, Art. 73 Abs. 1. Nr. 9a GG und die Seuchenbekämpfung, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. Ersteres ermöglicht somit eine präventive Gesetzgebungsbefugnis des Bundes im Fall der Gefahrenabwehr.²¹²

b) Organisation

Auf Bundesebene sind insbesondere das oben bereits angesprochenen BBK sowie das THW als Bundesanstalt relevant. 2007 erfolgte die Einrichtung der gesonderten Abteilung für Krisenmanagement und Bevölkerungsschutz im Bundesinnenministerium (Abteilung KM). Weitere Behörden sind das Robert-Koch-Institut (RKI), das Paul-Ehrlich-Institut (PEI) sowie das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) und das Bundeskriminalamt (BKA). Genannt werden können auch das Bundesinstitut für Risikobewertung, der Deutsche Wetterdienst (DWD) sowie das Bundesamt für Strahlenschutz (BfS). Auf Ebene des Bundes ist wie angedeutet der Einsatzbereich der Bundeswehr begrenzt auf Handlungen die auf Grundlage von Art. 35 Abs. 2, 3 GG erfolgen. Von 1996 bis Mitte 2007 erbrachte die Bundeswehr in 64 Fällen Unterstützungsleistungen im Bereich des Zivilschutzes.²¹³

Von den Gesetzgebungszuständigkeiten sind die Verwaltungskompetenzen abzugrenzen. Bei Bundesgesetzen sind die dazu

²¹¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 32), 2016, Art. 80 a Rn. 4; Kloepfer (Fn. 197), 2015, S. 134.

²¹² Kunig, in: von Münch/ Kunig (Fn. 29), 2012, Art. 73 Rn. 40.

²¹³ Kloepfer (Fn. 197), 2015, S. 84.

korrespondierenden Vorschriften die Art. 83 ff. GG. Danach werden die Gesetze grundsätzlich von den Ländern als eigene Angelegenheit vollzogen. Ausnahmen bilden die Fälle der Amtshilfe nach Art. 35 Abs. 2 und 3 GG, bei denen ein bundesstaatliches Zusammenwirken zur Katastrophenbekämpfung möglich ist.²¹⁴

Von besonderer Bedeutung ist hier, dass der Bund Gesetze, die den Zivilschutz betreffen, in bundeseigener Verwaltung ausführen kann, Art. 87b Abs. 2 S. 1 GG. Durchgeführt werden diese nach § 4 Abs. 1 ZSKG durch das Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK). Bei diesem handelt es sich um eine Bundesoberbehörde, welche dem Bundesministerium für Inneres unterstellt ist, § 1 BBKG. Das BBK bildet das zentrale Organisationselement, in dem alle Aufgaben der Zivilen Sicherheit gebündelt werden.²¹⁵

3. Katastrophenschutz (im engeren Sinne)

a) Aufgaben und Zuständigkeiten

Anders als der Zivilschutz fällt der Katastrophenschutz unter das Gefahrenabwehrrecht der Länder. Hier findet sich die Mehrheit der Vorschriften im Bereich des Katastrophenrechts wieder. Dazu gehören unter anderem der Brandschutz sowie der Rettungsdienst. Eine Verlagerung der Kompetenzen ist wegen der Festsetzungen im Grundgesetz nicht vorgesehen. Allerdings besteht eine Absprache zwischen Bund und Ländern, wonach im Falle außergewöhnlicher Gefahrenlagen die Zuständigkeitsbereiche insoweit aufgeweicht werden sollen, als dass auf diese Situation angemessen und vor allem mit den erforderlichen Mitteln reagiert werden kann. Dieses Ziel verfolgt die von Bund und Ländern gemeinsam verabschiedete „Neue Strategie zum Schutz der Bevölkerung in Deutschland“²¹⁶, welche zur verbesserten Kooperation beider beitragen, aber auch die Bedeutung der zivilen Einbindung in diesem Bereich hervorheben soll.²¹⁷ Um dies zu

²¹⁴ *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 143.

²¹⁵ BBK, unter:

http://www.bbk.bund.de/DE/DasBBK/UeberdasBBK/ueberdasbbk_node.html (z. a. am 18.01.2016).

²¹⁶ Beschluss der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 05./06.02.2002.

²¹⁷ *Stober/Eisenmenger* (Fn. 195), NVwZ 2005, S. 121 (124).

verwirklichen, erfolgte 2002 die Einrichtung eines Gemeinsamen Melde- und Lagezentrums des Bundes und der Länder (GMLZ) und - aufgrund von Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG - des BBKs. Das GMLZ stellt Prognosen zu Schadensentwicklungen, indem Informationen gesammelt und koordiniert werden. Dadurch soll insbesondere eine Zusammenarbeit der einzelnen nationalen und internationalen Organisationsebenen erleichtert werden.²¹⁸ Neben dem GMLZ sind das Deutsche Notfallvorsorge-Informationssystem (deNIS) und einige „Kompetenzzentren“ in den Bereichen Krisenmanagement, Zivil- und Katastrophenschutz, kritische Infrastrukturen, Katastrophenmedizin, Zivilschutzforschung und Zivilschutzausbildung grundlegende Eckpfeiler des BBK.

Die Bundesländer besitzen jeweils eigene Katastrophenschutzgesetze. Darin finden sich Regelungen zur Katastrophenvorsorge und -bekämpfung sowie zu Zuständigkeiten der Behörden im Katastrophenfall. Klare Zuweisungen und eindeutige Kompetenzen sind in diesem Bereich von enormer Wichtigkeit, um im Ernstfall schnell reagieren zu können.²¹⁹ Da das Grundgesetz hinsichtlich des Katastrophenschutzes keine Aussage trifft, liegen sowohl Gesetzgebung als auch Verwaltung bei den Ländern.

b) Organisation

Die Organisation auf Länderebene ist in den einzelnen Bundesländern auf unterschiedliche Art und Weise geregelt. Allgemein besteht jedoch zumindest in den Flächenstaaten in der Regel eine dreistufige Verwaltungsgliederung. Auf der vierten Stufe steht dann die gemeindliche Ebene, deren Zuständigkeitsbereich sich allerdings auf den Brandschutz beschränkt.²²⁰ In den Stadtstaaten besteht dagegen in der Regel lediglich ein zweigliedriger Aufbau.

Oberste Katastrophenschutzbehörde ist das jeweilige Ministerium, welches die Aufgabenplanung übernimmt. Die Mittelbehörden werden mehr und mehr abgeschafft - soweit sie bestehen, bilden sie die oberen Katastrophenbehörden. Die Landkreise und kreisfreien Städte bilden

²¹⁸ BKK, unter:

http://www.bkk.bund.de/DE/AufgabenundAusstattung/Krisenmanagement/GMLZ/GMLZ_node.html (z. a. am 18.01.2016).

²¹⁹ Kloepfer (Fn. 197), 2015, S. 47.

²²⁰ Kloepfer (Fn. 197), 2015, S. 86.

schließlich die unteren Katastrophenbehörden, in denen der Katastrophenschutz in der Hauptsache stattfindet.²²¹

Darüber hinaus ist aber die Beteiligung privater Hilfsorganisationen im Katastrophenschutz ein zentraler Aspekt und in den Katastrophenschutzgesetzen der Länder ausnahmslos festgesetzt.²²² Hier besteht, wie im Umweltrecht, ein Kooperationsprinzip zwischen dem Staat und Privaten.²²³ Diese Organisationen entlasten die Verwaltung, indem sie die staatlichen Einrichtungen mit ihrer Infrastruktur unterstützen und insofern auch verpflichtet sind, für Ausbildung, Ausstattung und Aufstellung ihrer Helfer zu sorgen.²²⁴ Dabei sind allerdings verschiedene Organisationsformen zu unterscheiden: Das THW beispielsweise gilt als Bundesanstalt als öffentliche-rechtliche Organisation, gleiches gilt für die Feuerwehr und das Bayerische Rote Kreuz.²²⁵ Andere Einheiten des Roten Kreuzes sowie u. a. die Johanniter-Unfall-Hilfe und der Arbeiter-Samariter-Bund zählen zu den privaten Organisationen. Sie alle haben die Rechtsform des eingetragenen Vereins.

Die Vorsorgepflichten der Katastrophenschutzbehörden umfassen das Aufstellen von Katastrophenschutz- sowie Einsatz- und Alarmplänen, die zum Teil mit Gefahrenabwehrplänen anderer Einrichtungen abgestimmt werden müssen.²²⁶ Zur Ermittlung, welche Ressourcen benötigt werden, sollten im Vorhinein Analysen und Schutzzielbestimmungen erfolgen. Wenngleich in einigen Bundesländern solche Regelungen bestehen, gilt dies nicht für alle Länder. Zudem stellt sich die Frage, ob diese Pläne tatsächlich verlässlich sind, oder dennoch oftmals eine Fehl-, Über- oder Unterausstattung zu verzeichnen ist.

D. Rechtlicher Rahmen des Beschaffungswesens

I. Ziele und Anforderungen in der Beschaffung

Die öffentliche Beschaffung unterliegt der Einhaltung und Berücksichtigung bestimmter Anforderungen. Diese Anforderungen sind im öffentlichen Bereich höher und detaillierter als in der Privatwirtschaft,

²²¹ Kloepfer (Fn. 197), 2015, S. 86 f.

²²² S. bspw. § 14 Abs. 1 NKatSG, § 3 Abs. 1 S. 1 HmbKatSG.

²²³ Kloepfer, VerwA 2007 (Fn. 196), S. 163 (183).

²²⁴ Kloepfer, 2015, (Fn. 197), S. 88.

²²⁵ Kloepfer, 2015 (Fn. 197), S. 253.

²²⁶ Pohlmann, 2012 (Fn. 192), S. 67.

da hier verstärkt rechtliche Vorgaben (insbesondere das Haushalts- und Vergaberecht) in den Mittelpunkt treten, durch die der öffentliche Beschaffungsvorgang letztlich seine entscheidende Prägung erhält.²²⁷ Doch darin erschöpfen sich die Anforderungen nicht. Bei der Beschaffung handelt es sich um einen Gesamtprozess, der sich nicht auf seinen rechtlichen Regelungsrahmen beschränken lässt. Vielmehr müssen daneben auch die Planung und Steuerung sowie die tatsächliche Leistungserbringung betrachtet werden, um einen durchgängigen, vernetzten Beschaffungsablauf zu erhalten, der alle Ebenen des Prozesses umfasst.²²⁸ Wirtschaftliche und auch organisatorische Aspekte bilden daher gemeinsam mit den rechtlichen Rahmenbedingungen die Richtschnur für das Vorgehen innerhalb eines Beschaffungsvorgangs.

Für die Bundeswehr wurde durch das Modernisierungsprojekt „Optimierung der Beschaffung der Bundeswehr“ übergeordnete Ziele des BMVg für den Einkauf bei der Bundeswehr formuliert. Grundlegend ist dabei zunächst die Bedarfsdeckung, also die notwendige Versorgung im Grundbetrieb und im Einsatzfall.

Vorrangig geht es darum, die momentan bestehenden vergaberechtlichen Spielräume bestmöglich zu nutzen, um herauszuarbeiten, mit welchen Methoden man im Status quo zielführend beschaffen kann. In einem nächsten Schritt können die eventuellen Handlungsbedarfe ermittelt werden.

1. Die vergaberechtlichen Ziele

Grundlegend und unumgänglich für die Beschaffung ist zunächst die Einhaltung der Grundsätze und Ziele des Vergaberechts.

Ursprünglich zählte zum Zweck im deutschen Vergaberecht allein eine angemessene - d. h. sparsame und wirtschaftliche - Verwendung der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel, § 55 BHO/LHO. Subjektive Rechte

²²⁷ Vgl. *Eßig/Jungclaus/Scholzen/Vu Thi*, Das Konzept der exzellenten öffentlichen Beschaffung, in: *Eßig/ Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik* (Hrsg.): *Exzellente öffentliche Beschaffung. Ansatzpunkte für einen wirtschaftlichen und transparenten Einkauf*, 2013, S. 13.

²²⁸ *Eßig/Jungclaus/Scholzen/Vu Thi* (Fn. 227), in: *Eßig/Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik* (Hrsg.), 2013, S. 29.

der Bieter fanden bei dieser haushaltsrechtlichen Lösung dagegen keine Berücksichtigung.²²⁹

Mit der europäischen Perspektive ist ein weiteres grundsätzliches Ziel für die Vergaben oberhalb der Schwellenwerte dazu gekommen. Die Gewährleistung eines freien Wettbewerbs zur Schaffung eines europäischen Binnenmarktes innerhalb der EU ist mittlerweile gleichwertiges Ziel des Vergaberechts. Dem Bieter wurde damit die Möglichkeit eingeräumt, eine Verletzung seiner subjektiven Rechte gerichtlich geltend zu machen.²³⁰

Realisiert wurde dies durch die Einführung des Kartellrechts als vierten Teil des Wettbewerbsrechts²³¹, in dem sich nun Regelungen zur Vergabe der öffentlichen Aufträge befinden und die vor allem an den Zielen der Marktöffnung und des freien Marktzugangs orientiert sind.²³²

Die allgemeinen zu beachtenden Grundsätze finden sich in § 97 GWB. Dieser nennt das Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 1 GWB), den Grundsatz der transparenten Verfahrensführung (§ 97 Abs. 1 GWB) und die Gleichbehandlung von Bietern (§ 97 Abs. 2 GWB), außerdem die Wirtschaftlichkeit und die Verhältnismäßigkeit, ebenfalls in § 97 Abs. 1 GWB geregelt.

Aus dem Wettbewerbsgrundsatz ergibt sich die Verpflichtung zur Losaufteilung, von der nur in Ausnahmefällen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen abgewichen werden kann. Darunter fallen zum Beispiel die unwirtschaftliche Zersplitterung des Auftrags, die unverhältnismäßige Kostennachteile zur Folge hat oder in anderer Weise zu erheblichen Nachteilen führt sowie bau- oder sicherheitstechnische Belange.²³³

²²⁹ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht: GWB - VgV - SektVO - VOL/A - VOB/A - VOF - Haushaltsrecht - Öffentliches Preisrecht. Handkommentar, Nomos Verlag, 2. Aufl. 2015, § 97 Rn. 8, 200; BT-Drs 12/4636, S. 12 und BR-Drs 5/1993, S. 21: „Das Konzept hat zum Ziel, individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen zu lassen.“

²³⁰ EuGH, Urt. v. 11.08.1995, Rs C433/93; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 97 Rn. 200.

²³¹ Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz, VgRÄG) v. 26.08.1998, BGBl. I S. 2512.

²³² *Poschmann*, Vertragsänderungen unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, 2010, S. 27 f.

²³³ *Fehling/Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 2 VOL/A, Rn. 19, 21, 24, 27.

Weitere wichtige Prinzipien sind der Grundsatz der Bieterqualifikation, § 97 Abs. 4 GWB, das Gebot, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, § 97 Abs. 5 GWB und das Mittelstandsförderungsgebot (§ 97 Abs. 3 GWB).

Im Laufe der Zeit haben sich durch die Rechtsprechung weitere konkrete Rechtspflichten entwickelt. Dazu zählen die Pflicht zur Begrenzung der Vertragslaufzeit, die durchgängige Dokumentationspflicht des Auftraggebers, der Geheimwettbewerb sowie die Integration vergaberechtsexterner Anforderungen.²³⁴

Bei diesen sich aus § 97 GWB ergebenden Vorgaben handelt es sich um unmittelbar geltendes Recht, welches zugleich aber auch zur Auslegung der konkretisierenden Normen des GWB sowie der Verordnungsvorschriften herangezogen werden soll.²³⁵

Im Unterschwellenbereich finden die §§ 97 ff. GWB keine Anwendung. Die darin normierten Grundsätze erlangen jedoch aufgrund der Vorgaben des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)²³⁶ oder der UVgO sowie über das Haushaltsrecht (§ 30 HGrG, § 55 BHO) in gleicher Weise Geltung.²³⁷

2. Mittelbare Beschaffungsziele („Sekundärziele“)

Insgesamt ist die öffentliche Beschaffung ein Bereich, in dem sich verschiedene Zielvorgaben verknüpfen. So spielen neben den rechtlichen Rahmenbedingungen und einer sparsamen Mittelverwendung auch immer mehr strategische Ziele gesellschaftlicher oder politischer Natur eine Rolle, zu denen Deutschland sich international innerhalb der EU oder

²³⁴ *Burgi*, Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2008, S. 29 (29 ff.).

²³⁵ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 97 Rn. 1; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 138), 2014, § 97 Rn. 1, 3.

²³⁶ Fassung aufgrund des am 01.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 v. 09.05.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 v. 24.04.2012) m. W. v. 01.07.2013.

²³⁷ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 97 Rn. 4; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht. Gesamtdarstellung und Kommentierung zu Vergaben nach GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, VOB/A, UVgO, VOL/A, VO (EG) 1370, SGB V, AEUV, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 6.

anderweitig verpflichtet hat. Dazu zählen vor allem der Umweltschutz, soziale Verbesserungen sowie auch innovationsfördernde Maßnahmen.²³⁸ Diese spielen für die vorliegende Bearbeitung zwar eine untergeordnete Rolle und sind zudem hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit schwer zu messen, sollen aber nicht unerwähnt bleiben, da sie durch die Omnipräsenz des Beschaffungswesens auf den verschiedenen Ebenen der öffentlichen Verwaltung zunehmend wichtiger werden.²³⁹

Neben den genannten verfassungsrechtlichen Grundlagen, aus denen sich Auftrag und Aufgaben der Bundeswehr ergeben sowie den zu beachtenden haushaltsrechtlichen Vorschriften - wie insbesondere die BHO - soll an dieser Stelle der rechtliche Rahmen für die Beschaffung umrissen werden. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem vorgelagerten Vergabeprozess, welcher im Folgenden erläutert werden soll und der sich anschließenden Gestaltung des Vertrags. Für letzteren ist das Zivilrecht und hier insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) eine bedeutende Rechtsgrundlage für die Vertragsparteien Auftraggeber und Auftragnehmer. Dieses stellt den rechtlichen Regelungsrahmen u. a. hinsichtlich der zulässigen Vertragstypen sowie den Inhalt, den Abschluss und die Abwicklung von Verträgen.²⁴⁰

3. Weitere Anforderungen innerhalb des rechtlichen Rahmens

a) Effektivität

Die Effektivität als Leitprinzip verlangt die bestmögliche Erreichung der gesetzten Zielvorgaben.²⁴¹ Im Einsatzfall zeichnet sich effektives Handeln dadurch aus, die Einsatzbereitschaft und -fähigkeit zu garantieren. Eine effektivere Beschaffung kann die Ergebnisse des Beschaffungsvorgangs damit qualitativ verbessern,²⁴² indem beispielsweise ein schnellerer

²³⁸ *Fehling*, Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren, NZBau 2012, S. 673 (674).

²³⁹ S. vertiefend zur zunehmenden Bedeutung dieser strategischen Beschaffung etwa: *Mohr*, Sozial motivierte Beschaffungen nach dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, EuZA 2017, S. 23; *Burgi*, Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, S. 597.

²⁴⁰ *Walkiewicz* (Fn. 39), 1987, S. 13.

²⁴¹ Vgl. *Gallhöfer* (Fn. 7), 2014, S. 205, mit Verweis auf Drucker, Managing for Business Effectiveness, Harvard Business Review, May-June 1963, S. 54.

²⁴² Vgl. *Gallhöfer* (Fn. 7), 2014, S. 36, 128.

Zugriff auf benötigte Güter oder Leistungen oder die Bereitstellung zusätzliche Fähigkeiten ermöglicht werden.

Auch im Bevölkerungsschutz setzt die Effektivität in erster Linie Klarheit hinsichtlich der Bestimmungen von Organisation und Zuständigkeit voraus. Dies gilt insbesondere für die Zweckmäßigkeit in örtlicher, sachlicher und instanzieller Hinsicht.²⁴³ Um diesem hinreichend Rechnung zu tragen, müssen auch Mit- bzw. Notzuständigkeiten im Falle einer Überforderung gesichert sein. Auf nächster Ebene bedarf es sodann auch Steuerungsmechanismen, die zielorientiert die Koordination im Einzelnen übernehmen. Auch im Handeln selbst findet sich der Effektivitätsgedanke wieder. Im Katastrophenschutz ist die Effektivität ein entscheidendes Kriterium, gilt es doch die Auswirkungen des schädigenden Ereignisses schnellstmöglich zu beseitigen. Das Effektivitätsprinzip findet sich daher auch als gesetzlich geregelter Handlungsmaßstab.²⁴⁴

Gleichwohl sind andere Aspekte, insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, höherwertiger als die Effektivität und die Reaktion im Einzelfall an diesem Maßstab auszurichten.²⁴⁵ Gleiches trifft auf die Rechtsstaatlichkeit zu, welche der Effektivität - wie allem staatlichen Handeln - Grenzen setzt.²⁴⁶

b) Effizienz

Neben der Effektivität ist die Effizienz ein wichtiges Ziel des europäischen Vergaberechts. Dies gilt auch in Hinblick auf die kritische Haushaltslage in vielen Mitgliedstaaten.²⁴⁷ In diesem Zusammenhang soll der Begriff „Effizienz“ hier als Kosteneffizienz verstanden werden, also die Gegenüberstellung von Nutzen und Kosten.²⁴⁸

Darunter werden alle anfallenden Kosten im Rahmen des Beschaffungsvorgangs subsumiert, also beispielsweise die Vertragsvorbereitungs- und Produktionskosten oder auch die

²⁴³ Walus, Katastrophenorganisationsrecht, 2012, S. 76.

²⁴⁴ S. etwa § 14 Abs. 1 HmbKatSG, § § 29 Abs. 1 S. 1 HBKG.

²⁴⁵ Walus (Fn. 243), 2012, S. 36.

²⁴⁶ Walus (Fn. 243), 2012, S. 57 f.

²⁴⁷ Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. C 179 v. 01.08.2006, S.1 (Fn. 232), 2010, S. 26.

²⁴⁸ Rodi, Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts, 2014, S. 12.

Risikoübernahmekosten²⁴⁹ Die Beschaffung soll also möglichst ohne die Verschwendung unnötiger Ressourcen oder die Nichtnutzung der zur Verfügung stehenden Leistungen erfolgen.

Zu einer besseren Ausschöpfung ihrer Effizienzpotentiale hat die Bundeswehr nach dem BRH zu analysieren, welche „Kernleistungen“ sie zwingend für ihre Einsatzbereitschaft benötigt und in welchen Bereichen diese am freien Markt verfügbar sind. In einem nächsten Schritt kann darauf aufbauend dann entschieden werden, ob die jeweiligen Leistungen am besten von ihr selbst, durch Inhouse-Gesellschaften oder durch Dritte erbracht werden können.²⁵⁰

II. Vergaberecht

Das entscheidende rechtliche Gerüst für die Beschaffung normiert das Vergaberecht. Das Vergaberecht behandelt allgemein das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe und enthält die verbindlichen Rechtsgrundlagen für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch den Staat, seine Untergliederungen oder sonstige öffentliche Auftragsgeber mittels entgeltlichen Vertrags und bildet daher die Rahmenbedingung für jede öffentliche Beschaffung.²⁵¹ Die Zielsetzung ist dabei zweigeteilt. Ursprünglich diente das Vergaberecht dem in Deutschland tradierten Zweck einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung, §§ 7 BHO, 6 Abs. 1 HGrG, zur Schonung der öffentlichen Ressourcen. Konkretisiert wird dies in §§ 34 Abs. 2 BHO, 19 Abs. 2 HGrG, die festlegen, dass die verwendeten zweckgerichteten Beträge nur in der Höhe und zu dem Zeitpunkt in Anspruch genommen werden dürfen, als sie zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung erforderlich sind²⁵²

Durch die europäische Dimension ist ein weiterer Schutzzweck hinzugetreten, nämlich die Herstellung und Wahrung von Wettbewerb.²⁵³ Dabei geht es auch um die Gewährung von Chancengleichheit und die

²⁴⁹ Vgl. Müller, Organisationsmodelle für Beschaffung, Betrieb und Finanzierung von Lufttransportkapazitäten in der internationalen Katastrophenhilfe, 2016, S. 126.

²⁵⁰ Bundesrechnungshof (Fn. 114), 2015, S. 217.

²⁵¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, S. 161 Rn. 1; Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 1003; Rodi (Fn. 248), 2014, S. 213.

²⁵² Walkiewicz (Fn. 39), 1987, S. 14.

²⁵³ Krönke, Das neue Vergaberecht aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2016, 568 (569).

Vermeidung einer Leistungsvergabe des Staates anhand willkürlicher oder nicht sachgemäßer Maßstäbe.²⁵⁴ Für Beschaffungen im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen der Bundeswehr sind weiterhin die räumliche und kollisionsrechtliche Geltung des Unionsvergaberechts und des nationalen Haushaltsrechts von Belang.

Die Bedeutung eines öffentlichen Auftrags für den Binnenmarkt bestimmt sich grundsätzlich nach seinem Wert. Aufträge unterhalb der sog. Schwellenwerte werden durch das unionsrechtlich geprägte Kartellvergaberecht nicht umfasst. In diesem Fall gelten ausschließlich die Anforderungen aus § 55 BHO sowie die von den öffentlichen Auftraggebern und der Privatwirtschaft in den sog. Vergabeausschüssen vereinbarten Vergabe- und Vertragsordnungen, die im Bereich des Haushaltsvergaberechts als Verwaltungsvorschriften zu qualifizieren sind.²⁵⁵

§ 55 Abs. 1 S. 1 BHO legt dabei fest, dass einem Vertragsabschluss über Lieferungen oder Leistungen grundsätzlich eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorhergehen muss, solange „nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen“. Dabei ist gemäß § 55 Abs. 2 BHO nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren. Nähere Bestimmungen bezüglich der Anwendung finden sich in den vorläufigen Verwaltungsvorschriften zur BHO (Vorl. VV - BHO).²⁵⁶

Die in den Vergabeordnungen vereinbarten Vergabe- und Vertragsordnungen gelten als Verwaltungssinnenrecht, und begründen in der Regel - und anders als das Kartellvergaberecht - keine subjektiven Bieterrechte. Eine Ausweitung des Nachprüfungsverfahrens auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte als Möglichkeit des Primärrechtsschutzes ist ausgeschlossen.²⁵⁷ Der EuGH fordert jedoch die Beachtung allgemeiner primärrechtlicher Grundsätze und Grundregeln (Gleichheitsgrundsatz, Diskriminierungsverbot, Transparenz, Verhältnismäßigkeit) für Aufträge,

²⁵⁴ Ruthig/Storr, (Fn. 251), 2015, S. 457 f. Rn. 1009.

²⁵⁵ Ruthig/Storr (Fn. 251), 2015, Rn. 1011 ff.

²⁵⁶ Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) v. 14.03.2001, GMBL. S. 307, zuletzt geändert durch das RdSchr. vom 20.12. 2016, GMBL 2017, S. 63.

²⁵⁷ BVerfG, NVwZ 2006, 1396 (1397 f.); *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 209 f.; *Ziekow* (Fn. 251), 2016, S. 201 Rn. 98 f.; Ruthig/Storr (Fn.251), 2015, Rn. 1007, 1061 ff.

an denen trotz des niedrigen Auftragswertes ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.²⁵⁸ Auch deutsche Gerichte haben den Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte eröffnet.²⁵⁹ Momentan liegen diese Schwellenwerte bei 5,350 Mio. Euro für Bauaufträge und Konzessionsvergaben, 214.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, 139.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der Oberen und Obersten Bundesbehörden und 428.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich und in dem Bereich Verteidigung und Sicherheit. Sie werden jedoch alle zwei Jahre auf Übereinstimmung mit dem GPA geprüft und bei Bedarf von der Kommission angepasst²⁶⁰, Art. 6 RL 2014/24/EU.

Die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Geltungsbereich der Europäischen Union und somit oberhalb der Schwellenwerte werden durch die Richtlinien koordiniert. Bislang normierten im europäischen Vergaberecht die RL 2004/18/EG²⁶¹ und für die Versorgung mit Wasser, Energie und Verkehrsleistungen sowie Postdiensten die RL 2004/17/EG²⁶² Mindestanforderungen an die öffentliche Beschaffung in den Mitgliedstaaten, soweit sie für den Binnenmarkt Bedeutung besitzt.

Mit dem neuen Richtlinienpaket vom 17.04.2014 und dessen Umsetzung zum 18.04.2016 haben sich im Zuge der Neuausrichtung enorme strukturelle wie inhaltliche Änderungen und Neuerungen in diesem Bereich ergeben.

²⁵⁸ EuGH Urt. v. 07.12.2000 - C-324/98, NZBau 2001, S. 148 Rn. 60 ff.; EuGH Urt. v. 25.07.2008 - C-237/07, NVwZ 2008, S. 397; EuG Urt. v. 29.05.2013 - T-384/10, NZBau 2013, S. 648; *Byok*, Die Entwicklung des Vergaberechts 2013, NJW 2014, S. 1492 (1496).

²⁵⁹ *Schliesky*, (Fn. 257), S. 209 f.; vgl. z.B. Urt. v. OLG Schleswig 08.01.2013 - 1 W 51/12, ZfBR 2013, S. 308; OLG Saarbrücken, NZBau 2012, 654 ff.

²⁶⁰ Zuletzt mit Stand v. 01.01.2020: Delegierte Verordnung (EU) 2019/1827 v. 30.10.2019 zur Änderung der RL 2014/23/EU, delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 v. 30.10.2019 zur Änderung der RL 2014/24/EU, delegierte Verordnung (EU) 2019/1829 v. 30.10.2019 zur Änderung der RL 2014/25/EU, delegierte Verordnung (EU) 2019/1830 v. 30.10.2019 zur Änderung der RL 2009/81/EU.

²⁶¹ RL v. 31.03.2004 über die Koordinierung von Verfahren der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 Nr. L 134/14.

²⁶² RL v. 11.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004 Nr. L 134/1 v. 30.04.2004. Die RL ging für ihren Anwendungsbereich der RL 2004/18/EG als speziellere Regelung vor.

1. Die Vergaberechtsmodernisierung

Bereits 2004 gab es Bestrebungen einer Modernisierung des Vergaberechts, wie das 7-Punkte-Programm der damaligen Bundesregierung aufzeigt.²⁶³ Dieses fokussierte sich vor allem auf die technologische Seite des Beschaffungsprozesses. Darin wurde die bundesweite Bekanntmachung von Vergabeverfahren durch eine zentrale Stelle vorgesehen.²⁶⁴ Außerdem sollte die Umstellung auf ein elektronisches Vergabesystem erfolgen und ein elektronisches Kaufhaus eingerichtet werden.²⁶⁵ Für Standardleistungen und -produkte sollten Rahmenverträge die übliche Vertragsgestaltungsmaßnahme darstellen, für welche die Vertragskomponenten ebenfalls standardisiert werden sollten. Weitere Punkte waren die Erstellung eines Standardkatalogs für dafür geeignete Leistungen und die Bereitstellung durchgängiger elektronischer Prozessketten zwischen den Beteiligten.²⁶⁶

Erst mittels des neuen Richtlinienpakets erfolgte jedoch tatsächlich eine grundlegende Umstrukturierung.

Mit der neuen Richtlinie über die öffentlich Auftragsvergabe²⁶⁷, der Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste²⁶⁸ und der Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen²⁶⁹ wurde 2014 eine Reform des Vergaberechts eingeleitet, die vor allem die Zielsetzung hatte mehr Übersicht und Klarheit in den vergaberechtlichen Regelungsbereich zu bringen.²⁷⁰

²⁶³ BMI/BMWA, Bekanntmachung des Beschlusses der Bundesregierung zur Optimierung öffentlicher Beschaffungen, 2004, unter: http://www.bescha.bund.de/SharedDocs/Downloads/kabinettsbeschl_Optimierung%20Besch.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (z. a. am 27.05.2016).

²⁶⁴ Abzurufen unter „www.bund.de.“

²⁶⁵ sog. „Einkauf online“.

²⁶⁶ BMI/BMWA (Fn. 263), 2004, S. 2.

²⁶⁷ RL v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014 Nr. 94/65.

²⁶⁸ RL v. 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. 2014 Nr. L 94/243.

²⁶⁹ RL v. 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94/1.

²⁷⁰ Jaeger, Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.2.2014 – ein Überblick, NZBau 2014, S. 259 (259).

Die neuen Richtlinien zielen auf eine Weiterentwicklung des durch eine unübersichtliche Rechtsprechung und Rechtsunsicherheit geprägten Vergaberechts und auf dessen Anpassung an aktuelle Entwicklungen ab.²⁷¹ Neben dem Schutz der Wirtschaftsteilnehmer durch die Grundfreiheiten sollen die Änderungen den Wettbewerb und damit den Binnenmarkt durch bessere Ausschöpfung der Potentiale grenzüberschreitender Auftragsvergaben ankurbeln.²⁷² Mit dem Ziel größerer Effizienz der Beschaffungsvorgänge stärkt der europäische Gesetzgeber außerdem den Praxisbezug des Verfahrensrechts und zielt darauf ab, Vergabe- und Konzessionsverfahren zu vereinfachen und zu flexibilisieren. Außerdem sollen kleine oder mittelständische Unternehmen (KMU) vermehrt in die Lage versetzt werden, sich an öffentlichen Aufträgen zu beteiligen.²⁷³ Einige Neuerungen dienen der Klarstellung oder kodifizieren die zwischenzeitliche Rechtsprechung des EuGHs.²⁷⁴

a) Strukturelle Änderungen

Mit der deutschen Umsetzung der Richtlinien gibt es zwar keine Änderungen in den grundsätzlich gegebenen Regelungsstrukturen, insbesondere in der Zweiteilung des Vergaberechts in einen Ober- und Unterschwellenbereich und in der Aufrechterhaltung des Kaskadenprinzips im Oberschwellenbereich.²⁷⁵ Gleichwohl wurde die Umsetzungspflicht als Anlass genommen, auf Ebene des Unionsvergaberechts und damit im Oberschwellenbereich eine komplette

²⁷¹ RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 2, 10, 31; RL 2014/23/EU, Erwägungsgrund 1, 4; Europäische Kommission, Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge v. 27.01.2011, KOM (2011), 15, S. 4; vgl. auch *Jaeger* (Fn. 270), NZBau 2014, S. 259 (259); *Byok* (Fn. 258), NJW 2014, S. 1492 (1492).

²⁷² Europäische Kommission (Fn. 271), Grünbuch 2011, S. 4.

²⁷³ ABl. Nr. L 94/65 v. 26.02.2014 (2); Europäische Kommission (Fn. 271), Grünbuch 2011, S. 4 f.; Europäische Kommission, Neue Regeln für öffentliche Aufträge und Konzessionen - einfacher und flexibler, Vorwort Michael Barnier, unter: http://ec.europa.eu/internal_market/publications/docs/public-procurement-and-concessions_de.pdf (z. a. am 01.08.2016); *Jaeger*, (Fn. 270), NZBau 2014, S. 259 (259).

²⁷⁴ Bspw. die vom EuGH entwickelten Teckal-Kriterien (C-107/98) zur Inhouse-Vergabe in § 108 GWB, s. dazu genauer *Ziekow*, Neues zum Wesentlichkeitskriterium beim Inhouse-Geschäft?, NZBau 2017, 339.

²⁷⁵ *Krönke* (Fn. 253), NVwZ 2016, 568 (568); *Just*, Die Vergaberechtsnovelle 2016 im Überblick I. Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, Sächs.VBl. 2/2017, S 33 (33 f.).

Neunormierung des vierten Teils des GWB und der dieses konkretisierenden Vorschriften auf untergesetzlicher Ebene vorzunehmen. Grundlage für diese Neustrukturierung war das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergModG)²⁷⁶, dessen wesentliche Neuerungen in der Neufassung des vierten Teils des GWB umgesetzt wurden, sowie die Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModVO)²⁷⁷, die als Mantelverordnung Änderungen der Vergabeverordnung (VgV)²⁷⁸, der Sektorenverordnung (SektVO)²⁷⁹, der Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)²⁸⁰ sowie die neue Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV)²⁸¹ und die Vergabestatistikverordnung (VergStatVO)²⁸² enthält und sich auf die Verordnungsermächtigung in § 113 GWB stützt.

Die Vorschriften der VOL/A und die der VOF sind nunmehr in der VgV aufgegangen, sodass diese Verdingungsordnungen (im Falle VOL/A zumindest im Oberschwellenbereich) weggefallen sind und die Regelungsdichte in Hinblick auf die öffentliche Auftragsvergabe ausgedünnt wird.²⁸³ Die VOB/A 2. Abschnitt hingegen bleibt erhalten.

²⁷⁶ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, VergRModG), BGBl I Nr. 8 v. 23.02.2016, S. 203.

²⁷⁷ Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung, VergRModVO), BGBl. v. 14. 04.2016, Teil I Nr. 16, S. 624.

²⁷⁸ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung, VgV) v. 12.04.2016, BGBl. I, S. 624, zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes v. 18.07.2017, BGBl. I, S. 2745.

²⁷⁹ Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung, SektVO) v. 12.04.2016, BGBl I v. 14.04.2016, S. 624.

²⁸⁰ Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der 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 (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit, VSVgV) v. 12. Juli 2012, BGBl. I S. 1509, zuletzt geändert durch Art. 5 der Verordnung v. 12.04.2016, BGBl. I S. 624.

²⁸¹ Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung, KonzVgV) v. 12. April 2016, BGBl. I S. 624, 683, zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 18. Juli 2017, BGBl. I S. 2745.

²⁸² Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung, VergStatVO) v. 12. April 2016, BGBl. I S. 624, 691.

²⁸³ *Krönke* (Fn. 253), NVwZ 2016, 568 (569); *Just* (Fn. 275), Sächs.VBl. 2/2017, S 33 (33).

Für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 106 GWB hat 2017 schließlich die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)²⁸⁴ die VOL/A von 2009 ersetzt. Die Einführung auf Bundesebene erfolgte zum 02.09.2017 mittels Anwendungsbefehl durch das Bundesfinanzministerium am 01.09.2017, welches die Obersten Bundesbehörden über die Neufassung des § 55 BHO in Kenntnis setzte. Danach ist bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte die UVgO anzuwenden.

Diese Einführungserlasse erfolgen entsprechend - zumindest teilweise - in den jeweiligen landesrechtlichen Regelungen.²⁸⁵

Strukturell wie auch inhaltlich orientiert sich die UVgO in großen Teilen an der VgV. Der Anwendungsbereich der UVgO besteht gemäß § 1 Abs. 1 UVgO für alle Vergaben von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie Rahmenvereinbarungen, die unterhalb der Schwellenwerte des § 106 GWB liegen. Hervorzuhebende Besonderheiten in Abweichung dazu finden sich insbesondere in den §§ 8, 11, 12, 47 UVgO.

Die im Anwendungsbereich der UVgO zulässigen Verfahren legt § 8 UVgO fest. Zur Wahl stehen demnach die Öffentliche Ausschreibung sowie die Beschränkte Ausschreibung und die Verhandlungsvergabe (bislang "Freihändige Vergabe" in der VOL/A), jeweils mit oder ohne Teilnahmewettbewerb. Die Öffentliche Ausschreibung sowie die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb stehen dem Auftraggeber dabei uneingeschränkt ohne weitere Zulassungsvoraussetzungen zur Verfügung. Für die in § 11 UVgO näher geregelte Möglichkeit, das Verfahren der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen, gibt es dabei im Oberschwellenbereich keine Entsprechung, da das nicht offene Verfahren nach § 16 VgV immer mit Teilnahmewettbewerb durchzuführen ist.²⁸⁶

²⁸⁴ Bislang Bekanntmachung unter BAnz AT 07.02.2017 B1.

²⁸⁵ BMWi, Bekanntmachung der Erläuterungen zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung, UVgO), Ausgabe 2017, unter: http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo-erlaeuterungen.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (z. a. am 01.09.2017)

²⁸⁶ BMWi (Fn. 285), 2017, S. 6.

Die in § 12 UVgO normierte Verhandlungsvergabe steht in Parallelität zum Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich. Sie unterscheidet sich von diesem jedoch insoweit, als dass der Auftraggeber hier flexibler agieren kann, indem er - wie im Oberschwellenbereich im Wettbewerblichen Dialog vorgesehen - bereits in Verhandlungen einsteigen kann, ohne dass die Unternehmen zuvor ihre Erstangebote vorgelegt haben müssen. In den Ausnahmefällen des § 8 Abs. 4 Nr. 9-14 UVgO ist zudem die Heranziehung lediglich eines Unternehmens möglich.²⁸⁷

§ 47 UVgO erweitert ebenfalls den Spielraum des Auftraggebers, indem hier auch noch nach erfolgter Vertragsabwicklung Nachbestellungen von bis zu 20% des Auftragswerts ohne erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig sind, wenn der Gesamtcharakter der Vereinbarung erhalten bleibt.²⁸⁸

§ 51 enthält eine Sonderregelung für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen und erklärt § 7 VSVgV für Verschlussaufträge für entsprechend anwendbar. Nach § 1 Abs. 2 UVgO gelten für Vergaben nach der Ordnung zudem die Ausnahmetatbestände der §§ 107 bis 109, 116, 117 und 145 GWB, sodass diese in den einschlägigen Fällen ebenfalls keine Anwendung findet. Weitere Abweichungen von UVgO und VgV bedürfen vorliegend keiner Erwähnung.

Im für diese Bearbeitung interessanteren Oberschwellenbereich erfolgte ebenfalls eine Umstrukturierung. Der neue vierte Teil des GWB „Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen“ enthält ein neues erstes Kapitel „Vergabeverfahren“ und gliedert sich in drei neue Abschnitte: Der erste Abschnitt befasst sich mit den Grundsätzen, Definitionen und den Anwendungsbereichen (§§ 97-114) und bildet damit den Kern des neuen Vergaberechts. Im zweiten Abschnitt (§§ 115-135) sind die Vorschriften zur klassischen Auftragsvergabe geregelt, Abschnitt drei (§§ 136-154) beinhaltet schließlich spezielle Vorgaben zur Vergabe in besonderen Bereichen sowie zu den Konzessionen. Kapitel zwei des vierten Teils beinhaltet das hier nicht relevante Nachprüfungsverfahren (§§ 155-186).

²⁸⁷ BMWi (Fn. 285), 2017, S. 4, 6.

²⁸⁸ BMWi (Fn. 285), 2017, S. 13.

Das GWB enthält nun detaillierte Regelungen zum Vergabeverfahren bei öffentlichen Aufträgen und auch bei Konzessionen. Der gesamte Ablauf lässt sich anhand des Gesetzestextes verfolgen, von der Leistungsbeschreibung über die Prüfung von Ausschlussgründen, der anschließenden Eignungsprüfung und dem Zuschlag bis schließlich zu den Ausführungsbedingungen des Auftrags.²⁸⁹

b) Inhaltliche Änderungen

Die Neuordnung umfasst auch einige elementare inhaltliche Änderungen: Die Vergaberechtsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit sind nun neben dem Wettbewerb und der Transparenz ebenfalls in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB genannt und haben damit auch ihre sekundärrechtliche Verankerung erhalten.

Gesetzlich normiert ist zudem auch die e-Vergabe, § 97 Abs. 5 GWB, für die eine Verordnungsermächtigung nach § 113 Nr. 4 GWB besteht. Den Mitgliedsstaaten ist dabei eine Übergangsfrist von 30 Monaten gesetzt worden, sodass sie erst ab Oktober 2018 verpflichtend ist.

Bei den Auftraggebern wird von jetzt an nach den öffentlichen (klassischen) Auftrags-, § 99 GBW, den Sektorenauftrags-, § 100, und den Konzessionsgebern differenziert, § 101 GWB. Die Definition zum öffentlichen Auftrag findet sich in § 103. Dort sind nun auch die Rahmenvereinbarungen verortet und so klargestellt, dass die Rahmenvereinbarung für alle Leistungen denkbar ist.²⁹⁰

Bedeutung hat zudem die Aufnahme der Konzessionen in das Gesetz. Bislang waren lediglich Baukonzessionen vergaberechtlich relevant. Nun fallen unter den Begriff der Konzessionen in § 105 GWB sowohl Bau- als auch Dienstleistungskonzessionen.

Im Hinblick auf die Anwendung der Verfahrensarten sind das offene und das nicht offene Verfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gleichwertig und zur Disposition des Auftraggebers gestellt, § 119 Abs. 2 GWB.

²⁸⁹ BMWi, Reform des Vergaberechts, unter:

<https://www.bmw.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/reform-des-vergaberechts.html> (z. a. am 23.03.2016).

²⁹⁰ Vor Inkrafttreten der RL 2004/18/EG war dies sehr umstritten und konnte nach den bestehenden Regelungen nur mit Sektorenauftraggebern abgeschlossen werden, s. dazu *Segeth*, Rahmenvereinbarungen, Rechtsentwicklung, Systematische Entfaltung, Vergabe, 2010, S. 44 ff.

Weitere wichtige Neuregelungen werden zu Inhouse-Vergaben (§108 GWB), der Leistungsbeschreibung und Eignung (§ 121 bzw. § 122 ff. GWB) und Auftragsänderungen während der Laufzeit (§ 132 GWB) getroffen. Diese Änderungen sollen konkreter behandelt werden, soweit sie für die folgende Bearbeitung relevant sind.

2. Konzessionen

Abschließend soll die Stellung von Konzessionen innerhalb des Vergaberechts betrachtet werden, die sich durch die beschriebenen Entwicklungen verändert hat. Mit dem neuen Richtlinienpaket und seiner Umsetzung unterliegen nun auch Dienstleistungskonzessionen den verbindlichen vergaberechtlichen Regelungen.²⁹¹ Hintergrund dieser Entwicklung ist, dass sich die öffentliche Hand vielfach nicht mehr nur der Hilfe Privater aufgrund von Dienstleistungsaufträgen oder ähnlichem bedient, sondern - wie oben gesehen²⁹² - vielfach auch eine komplette Auslagerung bestimmter Bereiche vornimmt. Bislang erfolgte die Abwicklung dieser Vorgänge damit allein aufgrund des sog. „Primärvergaberechts“.²⁹³

Nun dagegen regelt das GWB Grundlagen und Ausnahmetatbestände zur Vergabe von Konzessionen und wird dabei durch die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (KonzVgV)²⁹⁴ ergänzt, was Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Oberschwellenbereich zur Folge hat. Inwieweit dies den praktischen Anwendungsbereich von Konzessionen erhöht, bleibt indes abzuwarten.

Bei einer Konzession übernimmt - anders als bei einem klassischen öffentlichen Auftrag - der Konzessionsnehmer die Verantwortung und damit das sich aus dem Vertrag ergebende Betriebsrisiko, § 105 Abs. 2 GWB. Die Konzession definiert sich nach § 105 Abs. 1 GWB als entgeltlicher Vertrag, der die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen umfasst und bei dem i. d. R. die Gegenleistung im Recht zur Nutzung des Bauwerks (§ 105 Abs. 1 Nr. 1) oder der Verwertung der Dienstleistung (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB) besteht.²⁹⁵

²⁹¹ Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Fn. 277), S. 150.

²⁹² S. S. 45 ff.

²⁹³ Krönke (Fn. 253), NVwZ 2016, 568 (574).

²⁹⁴ S. S. 35.

²⁹⁵ S. auch Erwägungsgrund 11 RL 2014/23/EU.

Eine Erteilung des Auftrags an alle interessierten Unternehmen, die bestimmte festgesetzte Voraussetzungen erfüllen, fällt dagegen nicht unter den Konzessionsbegriff, genauso wenig wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, da es hier an einer wechselseitig bindenden Verpflichtung fehlt.²⁹⁶

Bei der Wahl des Verfahrens für die Vergabe sind die Parteien innerhalb der rechtlichen Vorgaben frei und nicht an die Verfahrensarten nach § 119 GWB gebunden, §§ 151 S. 3 GWB, 12 KonzVgV. Es kann sowohl ein- als auch zweistufig ausgestaltet sein. Orientierung bietet bei der Vorgehensweise jedoch wie bislang auch das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb.²⁹⁷

Bei der Zuschlagserteilung wird nach § 152 Abs. 1 S.1 GWB auf den „wirtschaftlichen Gesamtvorteil“ abgestellt, was gegenüber dem Abstellen auf das wirtschaftlichste Angebot nach § 127 Abs. 1 S. 1 GWB bei der regulären Vergabe von Aufträgen insgesamt - wenngleich dieser Begriff noch auszufüllen ist - zu einer erhöhten Flexibilität innerhalb des Verfahrens führt.²⁹⁸

Fraglich ist aber, ob die Neuerungen im Rahmen der gesetzlichen Normierung der Dienstleistungskonzessionen in diesem Zusammenhang überhaupt von Bedeutung sind. Möglicherweise ergibt sich durch diese neuen Regelungen ein erweiterter Spielraum im Bereich der Gestaltung der Beschaffung. Allerdings müsste ein Bedarf an solchen Leistungen bestehen, die mittels Konzessionen beschafft werden.

Ein solcher Anwendungsbereich wird vom Gesetzgeber nicht generell ausgeschlossen. Auch für den Bereich von sicherheits- und verteidigungsspezifischen Aufträgen sind besondere Ausnahmefälle im GWB geregelt, in welchen die Vergabe einer Konzession nicht zulässig ist, § 150 GWB. Die Ausnahmen entsprechen dabei grob denen im Bereich für die Sektorenvergabe (§ 145 GWB) und die klassische Auftragsvergabe (§ 117 GWB).

Typische Bereiche, in denen es zur Vergabe von Konzessionen kommt, sind etwa Verpflegungseinrichtungen wie Betriebs- oder Schulkantinen

²⁹⁶ S. Erwägungsgrund 13, 14 RL 2014/23/EU.

²⁹⁷ Verordnung der Bundesregierung. Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Fn. 277), S. 154.

²⁹⁸ Krönke (Fn. 253), NVwZ 2016, 568 (575).

oder die Übernahme kommunaler Aufgaben wie der Bau und Betrieb von Stromleitungen. Dies sind auf den ersten Blick keine Felder, in denen bspw. die Bundeswehr in Auslandseinsätzen Konzessionen vergibt. Der Anwendungsbereich ist daher in jedem Fall gering. Denkbar ist die Vergabe von Konzessionen hier lediglich in sehr kleinen Teilbereichen, etwa den Betrieb eines Kiosks in den Camps. Hier muss aber in einem nächsten Schritt die Anschlussfrage gestellt werden, wie wirtschaftlich dies tatsächlich wäre. Bei der Einschaltung Privater, welches die Folge einer Konzessionsvergabe wäre, sind erhöhte Sicherheitsbedingungen für die Mitarbeiter zu garantieren, womit auch die Preise steigen.

Innerhalb der Bundeswehr bestand kurzzeitig die Überlegung, die LHD Shops für den Bedarf an Sportartikeln bei der Bundeswehr als Konzessionen an Sportartikelhersteller zu vergeben. Allerdings beläuft sich die Abnahme durch die Bundeswehr mit jährlich etwa 1,2 Mio. Euro pro Jahr auf einen Umsatz, der in wirtschaftlicher Hinsicht keine relevante Rolle spielt.²⁹⁹

Auch diese Idee wurde daher wieder verworfen, sodass momentan kein Einsatzbereich für Konzessionen besteht und sie innerhalb der Beschaffung der Bundeswehr keine Rolle spielen.

3. Internationale vergaberechtliche Organisationen

Sowohl auf EU-Ebene als auch im internationalen Kontext bestehen Übereinkommen oder unverbindliche Richtlinien und Empfehlungen, die im Rahmen der Auftragsvergabe zu berücksichtigen sind. Vor allem diese internationale Ebene des Vergaberechts ist für die vorliegende Bearbeitung von Relevanz, da im Einsatzfall Sensibilität sowohl hinsichtlich der Zuständigkeiten als auch der jeweiligen inhaltlichen Gestaltungsmodalitäten erforderlich ist.³⁰⁰

a) Die World Trade Organisation (WTO) und das GPA

Die WTO und ihre Rechtsordnung binden die EU und die Mitgliedstaaten zwar nicht unmittelbar, es besteht jedoch eine völkerrechtlich

²⁹⁹ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

³⁰⁰ Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/ TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut für Technologie und Management/ Orrick Hölters & Elsing, „Einkäufer Staat“ als Innovationstreiber - Entwicklungspotenziale und Handlungsnotwendigkeiten für eine innovativere Beschaffung im öffentlichen Auftragswesen Deutschlands, Forschungsbericht 2009, S. 193.

verpflichtende WTO-konforme Auslegung des Rechts.³⁰¹ Das WTO-Recht kann daher auch unmittelbare Wirkung im nationalen Recht entfalten und unter Umständen sogar Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehendem innerstaatlichem Recht haben.³⁰²

Unter den Abkommen der WTO kommt die größte Bedeutung dem GPA vom 15.04.1994 zu, welches zuletzt am 06.04.2014, zwanzig Jahre nach seinem Begründen, überarbeitet worden ist.³⁰³ Dabei handelt es sich um eine Vereinbarung von einigen WTO-Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Öffnung der jeweiligen Märkte. Es enthält Regelungen zu Auftraggebern, Schwellenwerten sowie verschiedene Verfahrensarten. Ebenso sind darin Vergabegrundsätze und Regelungen zum Rechtsschutz festgelegt.

Bindungswirkung entfaltet das Abkommen lediglich zwischen den beigetretenen Mitgliedern.³⁰⁴ Dazu zählen neben der Europäischen Union, die mit ihren 28 Mitgliedstaaten als ein Teilnehmer zählt, 14 andere Länder, darunter Wirtschaftsmächte wie die USA und Japan oder Israel. 41 weitere WTO-Mitglieder fungieren darüber hinaus als Beobachter.³⁰⁵

Die EU-Vergaberichtlinien, aber auch bilaterale Beschaffungsabkommen der EU mit anderen Ländern, sind aufgrund dessen anhand der Festsetzungen des GPA auszulegen, sodass das Vergaberecht über die EU-Ebene hinaus eine internationale Ebene erhält.³⁰⁶

Dabei ist allerdings zu beachten, dass das GPA - genauso wie alle unter die RL 2009/81/EG fallenden Aufträge - nach seinem Art. XXIII keine Anwendung auf Beschaffungen im Rahmen von Waffen, Munition und Kriegsmaterial findet, wenn dies für den Schutz der nationalen Sicherheit

³⁰¹ *Bungenberg*, Europäisches Verwaltungsrecht und WTO-Recht, in: Terhechte: Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, S. 390 Rn. 11, S. 396 Rn. 34 f.; EuGH, Urt. v. 10.09.1996, Rs. C 61/94 (Kommission/Deutschland); EuGH, Urt. v. 16.06.1998, Rs. 53/96 (Hermès).

³⁰² *Bungenberg*, in: Terhechte (Fn. 301), 2011, S. 396 f. Rn 35.

³⁰³ In der aktuellen Fassung abrufbar unter: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm (z. a. am 15.07.2015).

³⁰⁴ WTO, unter: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm (z. a. am 29.05.2015).

³⁰⁵ WTO, unter: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm (z. a. am 10.07.2015).

³⁰⁶ *Pünder*, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Müller-Wrede: Kompendium des Vergaberechts- Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (Fn. 137), 2013, S. 77 (92) Rn. 42 f.; *Wollenschläger*, § 19: Europäisches Vergaberecht, in: Terhechte: Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, S. 747 Rn. 97, 100 ff.

oder Verteidigung erforderlich ist. Der Anwendungsbereich des GPA ist daher für viele einschlägige Aufträge nicht eröffnet.

b) Andere internationale Organisationen/Vereinbarungen

Nicht bindenden Charakter weisen die Modellgesetze der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) auf. Das Hilfsorgan der UN-Generalversammlung zielt vor allem auf die Angleichung der nationalen Vergaberechtsregelungen mit Hilfe von Regelungsvorschlägen, um so auch die internationale Beschaffungskoordination zu erleichtern.³⁰⁷

Die Aktivitäten der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) erschöpfen sich in der Unterstützung der Entwicklung effektiver Vergabeverfahren zur effizienteren Nutzung der öffentlichen Mittel durch Empfehlungen.³⁰⁸

Weitere zum Teil bedeutende Abkommen im Rahmen des internationalen Beschaffungswesens stellen etwa das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA) oder MERCOSUR dar, welche jeweils die Öffnung der Märkte durch Einrichtung einer Freihandelszone in Nord- bzw. Südamerika gewährleisten.³⁰⁹

c) Aktuelle EU-Gesetzgebungsprozesse

Im europäischen Gesetzgebungsprozess befindet sich zudem der „geänderte Vorschlag für eine Verordnung über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum EU-Binnenmarkt für das öffentliche Beschaffungswesen und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus der Union zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten von Drittländern.“³¹⁰

Am 29.01.2016 wurde ein Überarbeitungsvorschlag dazu von der EU-Kommission vorgelegt.³¹¹ Dieser hat seinen ursprünglichen Hintergrund

³⁰⁷ *Wollenschläger* (Fn. 306), in: Terhechte (Fn. 306), 2011, S. 746 Rn. 95; *Weiss*, § 5: Internationales öffentliches Beschaffungswesen, in: Tietje (Hrsg.): Internationales Wirtschaftsrecht, 2008, S. 252 Rn. 22 ff.

³⁰⁸ *Weiss*, (Fn. 307), in Tietje (Fn. 307), § 5, S. 249 Rn. 19.

³⁰⁹ *Weiss* (Fn. 307), in Tietje (Fn. 307), § 5, S. 253 Rn. 25, 254 Rn. 27 f.

³¹⁰ COM (2012) 124 final.

³¹¹ EC, 29.01.2016, COM (2016) 34 final, unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0034&from=DE%22> (z. a. am 14.10.2016).

in der Erfüllung der Strategie „Europa 2020“³¹², die zu mehr Wachstum und Innovation beitragen soll und in der die Leitinitiative „eine integrierte Industriepolitik für das Zeitalter der Globalisierung“ enthalten ist.³¹³

Die EU reagiert mit diesem Vorschlag aber vor allem konkret auf die international ungleichen Wettbewerbsbedingungen, wonach öffentliche Vergaben in Drittstaaten ausländischen Wettbewerbern kaum zugänglich sind.

Die Verordnung soll den protektionistischen Maßnahmen, die viele Länder v. a. aufgrund der Wirtschaftskrise eingeführt haben, entgegenwirken und zu einer Öffnung der internationalen Märkte beitragen. Bei den Verhandlungen mit diesen internationalen Handelspartnern verfügte die EU bislang nicht über eine ausreichend starke Position, um Handelsbarrieren abzubauen und Marktzugänge zu erreichen. Darüber hinaus fehlt es an Rechtssicherheit durch einen klaren rechtlichen Rahmen in diesem Bereich.

Auch das GPA gewährt EU-Staaten bislang nur einen eingeschränkten Zugang zu Drittstaatmärkten und dies auch nur dann, wenn diese Vertragsparteien des GPA sind.³¹⁴

Der Anwendungsbereich der Verordnung umfasst nun nach Art. 1 Nr. 2 alle Aufträge, die den RL 2014/23/EU, RL 2014/24/EU und RL 2014/25/EU unterfallen. Ausnahmen gelten nach Art. 4 und 5 für Waren und Dienstleistungen aus den am wenigsten entwickelten Ländern und bestimmten Entwicklungsländern sowie KMU.

Zum Zwecke des verbesserten Zugangs enthält die Verordnung Verfahren, die bei der Vergabe von Aufträgen von Drittländern mit diskriminierenden oder restriktiven Maßnahmen nach Art. 6 ff. zur Anwendung kommen, Art. 1 Nr. 3.

Die Verordnung ermöglicht damit der Kommission, regulierend in den Vergabevorgang einzugreifen, indem unter bestimmten Voraussetzungen Untersuchungen, Konsultationen oder Preisbindungsmaßnahmen vorzunehmen sind.

Jedoch stellt sich die Frage, ob sie zu einer Lösung der eingangs formulierten Probleme beiträgt. Zum einen gelten wiederum Ausnahmen

³¹² COM (2010) 2020 final.

³¹³ COM 2011 (2010) 614.

³¹⁴ S. S. 103 f.

für bestimmte entwicklungsbedürftige Länder, zum anderen geht es in der Verordnung eher um den Umgang mit Reaktionen bei Verweigerung eines Marktzugangs und weniger um die tatsächliche Regelung von Zuständigkeiten und der Vermeidung von Kollisionen im internationalen Vergaberecht.

4. Besonderheiten für den Bereich der Bundeswehr

Für das Beschaffungswesen der Bundeswehr sind - insbesondere im Bereich der verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten öffentlichen Aufträge sowie für Konzessionen - einige Besonderheiten zu berücksichtigen, die durch die Reform nun ebenfalls zum Teil Neuerungen erfahren haben. Die Neustrukturierung des Beschaffungswesens bildet dabei auch einen Schwerpunkt innerhalb der Neuausrichtung der Bundeswehr. Diese umzusetzen und voranzubringen war auch gesetzter Auftrag des 18. Koalitionsvertrags.³¹⁵

Im Bereich der Bundeswehr wurden ebenfalls bereits Anfang der 2000er Jahre erste neue Konzepte für eine Umstellung in der Beschaffung und der Bedarfsorganisation formuliert und entwickelt. 2003 erfolgte die Erstellung eines Konzepts mit dem Titel „Teilkonzeption Bereitstellung und Bevorratung von Versorgungsgütern im Einsatz und im Grundbetrieb.“ Es handelt sich dabei um ein der „Teilkonzeption Logistik (TK Logistik)“ vom 15. Januar 2001 nachgeordnetes Dokument. Die TK Logistik wiederum ist der „Konzeption der Bundeswehr (KdB)“ vom 09. August 2004 nachgeordnet. Grundlage der Transformation sind die diesen Dokumenten übergeordneten „Verteidigungspolitischen Richtlinien (VPR)“ des Bundesministers der Verteidigung als Teil der Bundesregierung vom 21. Mai 2003. Kernaspekt dieses Konzepts war der Übergang von einer „Lagerlogistik“ hin zu einer „Bereitstellungslogistik.“ Diese zeichnet sich dadurch aus, dass die Lagerbestände reduziert werden und vermehrt eine konkrete Bedarfsermittlung anhand von Prognosen erfolgen soll. Die dafür vorgesehenen Mittel innerhalb der Bedarfsorganisation stellen Vorhalteverträge, Mietkäufe, die multinationale Beschaffung sowie Verträge mit privaten Unternehmen dar, welche zum Teil bis zur Lieferung der Waren in die konkreten Einsatzgebiete reichen.

³¹⁵ Bundesregierung, 18. Koalitionsvertrag (Fn. 8), S. 176 ff.

a) Art. 346 AEUV

Ausgangspunkt für die Beschaffung in diesem Bereich ist Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV.³¹⁶ Dieser ermöglicht den Mitgliedstaaten, unter Verweis auf wesentliche nationale Sicherheitsinteressen mit Bezug auf bestimmte Waffen, Munitions- und Kriegsmaterial³¹⁷ oder den damit betriebenen Handel von den Anforderungen der genannten Richtlinien abzuweichen und insbesondere auf Ausschreibungen öffentlicher Aufträge zu verzichten, wenn es sich dabei um einen sensiblen Auftragsgegenstand handelt. Der Ausnahmecharakter der Norm sowie das Erfordernis der Wesentlichkeit der Sicherheitsinteressen verdeutlichen die restriktive Anwendung der Norm.³¹⁸

Der dennoch allzu ausgedehnte Gebrauch dieser Regelung durch die Mitgliedstaaten³¹⁹ und das Ziel einer Stärkung des Binnenmarkts auch für diesen Sektor unter gleichzeitiger Berücksichtigung der besonderen mitgliedstaatlichen Interessen an Vertraulichkeit und Sicherheit führte 2009 zum Erlass der die Beschaffung von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Gütern und Leistungen koordinierenden RL 2009/81/EG,³²⁰ umgesetzt durch Gesetz vom 07.12.2011.³²¹

Die Richtlinie kann damit als eine weitere Ausprägung des bei der Anwendung zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden werden. Bevor sich der öffentliche Auftraggeber auf Art. 346 AUEV berufen kann, ist zu untersuchen, ob evtl. bereits eine Anwendung der RL 2009/81/EG den bestehenden Sicherheitsinteressen gerecht werden kann, da diese ebenfalls bereits verschärfte Anforderungen etwa an die

³¹⁶ Zur Zeit des Inkrafttretens der Richtlinien 2004 Art. 296 Abs. 1 lit. b EG.

³¹⁷ Maßgeblich ist die Warenliste des Rates aus dem Jahr 1958, Ratsentscheidung 255/58 v. 15.4.1958, Art. 346 Abs. 2 AEUV.

³¹⁸ *Höfler*, Beschaffung und Betrieb von Waffensystemen im Spannungsfeld von Vergabe- und Beihilfenrecht, NZBau 2015, 736 (738).

³¹⁹ *Trybus*, Der Einfluss der EU-Richtlinie zur Beschaffung im Verteidigungsbereich, in: *Eßig/Glas*, (Fn. 21), 2014, S. 217 (220 f.); *Roth/Lamm*, Die Umsetzung der Verteidigungsgüter-Beschaffungsrichtlinie in Deutschland, NZBau 2012, S. 609 (609).

³²⁰ RL 2009/81/EG v. 13.7.2009 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. 2009 Nr. L 216/76 v. 20.8.2009.

³²¹ Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit v. 07.12.2011, BGBl. I, S. 2570 v. 13.12.2011.

Eignung des Auftragnehmers oder eine zusätzliche Sicherheitsüberprüfung vorsieht.³²²

Bei der allgemeinen Prüfung, ob der Ausnahmetatbestand des Art. 346 AEUV einschlägig ist, gilt es nach dem EuGH³²³ auf den objektiven Zweck der Leistung abzustellen, nicht auf deren subjektive Verwendung. Ein Gegenstand, der zwar ausschließlich für militärische Zwecke verwendet werden soll, gleichwohl er aber aufgrund seiner Funktionsweise auch genauso auf ziviler Ebene eingesetzt werden könnte, kann nicht unter Art. 346 AEUV subsumiert werden.³²⁴ Damit sind auch dual-use-Güter³²⁵ vom Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen.³²⁶ Seit der Einführung der VSVgV hat sich der Anwendungsbereich der Norm reduziert und tendiert gegen Null. Anwendungsfälle von Art. 346 AEUV, bei denen noch eine Beeinträchtigung wesentlicher Sicherheitsinteressen anzunehmen ist, liegen etwa bei Waffenexporten vor oder bei Bestehen der Gefahr, dass die auswärtigen Beziehungen oder das friedliche Zusammenleben der Völker gestört werden.³²⁷ Zudem ist eine Anwendung bei Beschaffungen im Rahmen geheimer nachrichtendienstlicher oder funktechnischer Tätigkeiten denkbar.³²⁸

b) RL 2009/81/EG

Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst nach Art. 1 Nr. 17 RL 2009/81/EG alle öffentlichen Auftraggeber i. S. der RL 2004/18/EG.³²⁹

³²² Art. 39 Abs. 2 e) RL 2009/81/EG; Erwägungsgrund 43, 67 f. RL 2009/81/EG.

³²³ EuGH, Urt. v. 07.06.2012 – C-615/10-InsTiimi Oy.

³²⁴ Höfler (Fn. 318), NZBau 2015, 736 (738).

³²⁵ Auch sog. gemischte Aufträge, definiert in Art. 3 RL 2009/81/EG. Für sie gilt die – weniger restriktive – RL 2009/81/EG, wenn aus objektiven Gründen die Vergabe eines einzigen Vertrags gerechtfertigt ist. Unterfällt ein Teil des Vertrags weder dieser noch einer der anderen Vergaberichtlinien, so ist die RL 2009/81/EG auf den gesamten Vertrag nicht anzuwenden. Art. 3 Abs. 3 normiert allerdings ausdrücklich ein Umgehungsverbot.

³²⁶ EuGH, Urt. v. 07.06.2012 – C-615/10- InsTiimi Oy (Fn. 323); etwas anderes gilt danach nur dann, wenn die Güter explizit für militärische Zwecke entwickelt wurden.

³²⁷ Jaeckel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 62. EL 2017, Art. 346 AEUV, Rn. 14.

³²⁸ Praxisgespräch mit Herrn Gramlich vom BAANBw am 28.10.2016 in Koblenz, s. dazu Anhang.

³²⁹ Jetzt Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL 2014/24/EU.

Der vergaberechtliche Rahmen für die Beschaffungstätigkeit der Bundeswehr wird dabei auftragsbezogen bestimmt.³³⁰ Für verteidigungs- und sicherheitsspezifische Güter und Leistungen gelten – mit einschlägigen Bereichsausnahmen – die speziellen Regeln der RL 2009/81/EG, andere Güter und Leistungen sind nach allgemeinen Regeln zu beschaffen.

Eine Definition der verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträge findet sich in Art. 2 RL 2009/81/EG, wonach zu diesen die Lieferung von Militärausrüstungen und der dazugehörigen Elemente (Art. 2 a), die Lieferung von Ausrüstung und die jeweiligen Zubehörteile, die durch einen Verschlussauftrag³³¹ nach vergeben werden (Art. 2 b) sowie Bau- und Dienstleistungen und Lieferungen, die mit den erst- und zweitgenannten Leistungen im Zusammenhang stehen (Art. 2 c) oder militärischen Zwecken dienen bzw. als sensibel einzustufen sind (Art. 2 d). Bei der Beschaffung dieser Güter oder Leistungen ist daher der Anwendungsbereich der RL 2009/81/EG eröffnet. Daraus folgen einige Besonderheiten, die hauptsächlich die Wahl des Verfahrens und die Vertraulichkeitsanforderungen betreffen.³³²

Am 21.08.2016 legte die Kommission einen Bericht über die Durchführung der Richtlinie vor, wie es Art. 72 Abs. 2 RL 2009/81/EG vorsieht. Darin sollte untersucht werden, ob bzw. inwieweit die mit der Richtlinie verfolgten Ziele, insbesondere eine Stärkung des Binnenmarktes, der Aufbau eines europäischen Markts für Verteidigungsgüter und die Schaffung einer europäischen rüstungstechnologischen und -industriellen Basis (EDTI), erreicht worden sind. Bis zum 08.07.2016 lief zu diesem Zwecke ein offenes Konsultationsverfahren³³³, in welchen Auftraggebern und -nehmern sowie allen sonstigen juristischen und natürlichen Personen mit Berührungspunkten die Möglichkeit gegeben wurde, sich zu diesem Thema zu äußern. Diese Ergebnisse sind neben weiteren Quellen (wie

³³⁰ *Horstkotte/Hünenmörder*, Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, LKV 2015, 541 (542).

³³¹ Für das GWB definiert in Art. 104 Abs. 3 der RL 2014/24/EU.

³³² *Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 100 GWB Rn. 49.

³³³ Public consultation for the evaluation of Directive 2009/81 on public procurement in the fields of defence and security, unter: http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8675 (z. a. am 25.07.2016). Dort sind mittlerweile auch die Ergebnisse veröffentlicht.

etwa die Tenders Electronic Daily-Datenbank (TED) sowie Konsultationstreffen mit den Mitgliedstaaten) Grundlage eines Berichts der Europäischen Kommission³³⁴ zur Umsetzung der RL 2009/81/EG. Diese kommt im Hinblick auf die Effizienz der Richtlinie bei einer Kosten-Nutzen-Analyse zu dem Ergebnis, dass durch die Einführung der Richtlinie Kosteneinsparungen zu erwarten sind, gleichzeitig allerdings weiterhin eine einheitlichere und gesteigerte Anwendung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten zu fördern ist.³³⁵

c) Nationale Umsetzung

Während Art. 346 AEUV als Primärrecht weiterhin direkte Geltung auch für die von RL 2009/81/EG erfassten Beschaffungsvorgänge beansprucht,³³⁶ erfolgte deren nationale Umsetzung durch Vorschriften im GWB und in dem Erlass der VSVgV.

aa) Regelungen im GWB

Die der Verteidigungsgüterrichtlinie entsprechende Definition verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer Aufträge findet sich in § 104 GWB (§ 99 Abs. 7 GWB a. F.). Zu beachten ist die durch die Richtlinien in Art. 15-17 2014/24/EU und Art. 24-26 RL 204/24/EU eingeführte Kategorie der „Aufträge mit Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekten“. Diese sind von den verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen nach Art. 2 RL 2009/81/EG abzugrenzen, für die nach § 104 GWB die §§ 144 ff. GWB und demnach die VSVgV gelten.³³⁷

Nach dem abschließenden § 104 GWB³³⁸ erfordert ein verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer öffentlicher Auftrag als Leistungsinhalt die Lieferung von Militärausrüstung einschließlich dazugehöriger Teile, § 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB, die Lieferung von Ausrüstung einschließlich

³³⁴ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG zur Vergabe öffentlicher Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit gem. Art. 73 Abs. 2 dieser Richtlinie, COM (2016) 762 final v. 30.11.2016.

³³⁵ COM (2016) 762 final v. 30.11.2016 (Fn. 334), S. 9 f.

³³⁶ Vorbehalt in Art. 2.

³³⁷ Willenbruch, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 104 GWB Rn. 1.

³³⁸ Willenbruch, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 104 GWB Rn. 7.

dazugehöriger Teile, die im Rahmen eines Verschlussauftrags vergeben werden, § 104 Abs. 1 Nr. 2 GWB, Liefer-, Bau- und Dienstleistungen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit den in Nr. 1 und 2 genannten Ausrüstungen stehen, § 104 Abs. 1 Nr. 3 sowie Bau- und Dienstleistungen, die speziell für militärische Zwecke oder im Rahmen eines Verschlussauftrags, definiert in § 104 Abs. 3 GWB, vergeben werden, § 104 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

Während § 144 GWB lediglich den Anwendungsbereich des folgenden Unterabschnitts bestimmt, nämlich die Geltung für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge durch öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, normiert § 145 GWB (§ 100c Abs. 2-4 GWB a. F.) besondere Ausnahmen für diese Aufträge.

Eine Freistellung vom Vergaberecht besteht etwa bei Aufträgen, die den Zwecken nachrichtendienstlicher Tätigkeiten dienen (§ 145 Nr. 1), bei ausgewählten Kooperationsprogrammen (§ 145 Nr. 2) oder bei Militärbeschaffungen in Drittstaaten, § 145 Nr. 3 GWB. Die Norm stellt daher eine besondere Regelung für Vergaben im Einsatzfall dar. Darunter gefasst sind im Ausland stationierte öffentliche Auftraggeber, die Aufträge an dortige Unternehmen vergeben.³³⁹ Die Vorschriften des GWB für die Vergabe von Aufträgen im Rahmen eines Streitkräfte- oder Polizeieinsatzes außerhalb der Europäischen Union finden danach keine Anwendung, soweit der Einsatz die Beauftragung von ansässigen Unternehmen erfordert. Die Vorschrift entspricht § 100c Abs. 3 GWB a. F. und dient der Umsetzung des Art. 13 d) RL 2009/81/EG.³⁴⁰ Diese Ausnahme dient dabei gerade dem Fall eines Kriseneinsatzes außerhalb der Europäischen Union und soll den Truppen die Möglichkeit eröffnen, zeitlich begrenzte Aufträge ohne das Erfordernis der Anwendung des europäischen Vergaberechts zu vergeben.³⁴¹ Sie findet dabei auch für zivile Beschaffungen Anwendung, wenn sie in unmittelbarem

³³⁹ Vgl. *Horstkotte/Hünenmörder* (Fn. 330), LKV 2015, 541 (544); *Willenbruch*, in: *Willenbruch/Wiedekind* (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 145 Rn. 4.

³⁴⁰ *Otting*, in *Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 145 Rn. 11.

³⁴¹ BT-Drs. 17/7275; EU-Komm Guidance Note, S. 8; *Krohn*, in: *Gabriel/Krohn/Neun* (Fn. 237), 2. Aufl. 2017, § 57 Rn. 64; Erwägungsgrund 29 RL 2009/81/EG; *Rosenkötter*, *Die Verteidigungsrichtlinie 2009/81/EG und ihre Umsetzung*, *VergabeR* 2012, 267 (272).

Zusammenhang mit der Durchführung des Einsatzes stehen.³⁴² Darunter fallen nach § 145 Nr. 3 Hs. 3 GWB alle Leistungen, die logistischen Zwecken dienen, also beispielsweise Lagerung, Transport, Vertrieb, Wartung von Material oder die Errichtung und Unterhaltung von Einrichtungen sowie auch die Wasser- und Nahrungsversorgung.³⁴³

Wann diese Erforderlichkeit zu bejahen ist, ist den konkreten Umständen des jeweiligen Einsatzes zu entnehmen. Denkbar ist eine Direktvergabe, wenn etwa unverhältnismäßige Transportkosten, Verzögerungen oder Probleme bei der Nachschublogistik entstehen oder aber das Bedürfnis nach verschärften Sicherheitsmaßnahmen die Kapazitäten der Truppe schwächen könnten.³⁴⁴ Zu beachten ist zudem, dass die Ausnahmeregelung nicht umgangen wird, indem ein Auftrag an die lokale Niederlassung eines EU-Unternehmens erfolgt, letztlich aber faktisch von der Muttergesellschaft im Heimatstaat durchgeführt wird, welcher nicht im Einsatzgebiet ansässig ist.³⁴⁵ Dies würde zu einem direkten Einfluss auf den Wettbewerb in den Binnenmarkt führen und widerspräche damit dem Umgehungsverbot des Art. 11 RL 2009/81/EG.³⁴⁶ In seinem räumlichen Anwendungsbereich ist die Vorschrift ansonsten jedoch eher weit auszulegen, sodass sie sich auch auf angrenzende Staaten erstreckt. Dies hat seinen Grund vor allem in den schwierigen Verhältnissen in den Krisengebieten.³⁴⁷ Wenn ein Einsatz die Vergabe von Aufträgen an ansässige Unternehmen erfordert, gilt dies auch für zivile Beschaffungen im Rahmen von Auslandseinsätzen von Streitkräften oder der Polizei. Eine Bereichsausnahme besteht zudem für Rüstungsaufträge zwischen Regierungen (§ 145 Nr. 4 GWB).

Die zulässigen Verfahrensarten bei der Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen sind in § 146 GWB geregelt. In Betracht kommen demnach das nicht offene Verfahren sowie das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Dies dient der

³⁴² Erwägungsgrund 29 RL 2009/81/EG.

³⁴³ EU-Komm Guidance Note, S. 8.

³⁴⁴ EU-Komm Guidance Note, S. 9; *Krohn*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 237341), 2017, § 57 Rn. 67; *Otting*, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 145 GWB Rn. 13.

³⁴⁵ Erwägungsgrund 39 RL 2009/81/EG.

³⁴⁶ *Otting*, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 145 GWB Rn. 14; *Rosenkötter* (Fn. 341), *VergabeR* 2012, 267 (270, 272).

³⁴⁷ *Otting*, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 145 GWB Rn. 14.

Sicherstellung der Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs, damit sensible Informationen nur an Unternehmen weitergegeben werden müssen, die eine entsprechende Sicherheitsüberprüfung abgelegt haben.³⁴⁸ Aufgrund gesetzlicher Gestattung ist ausnahmsweise auch ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb oder ein wettbewerblicher Dialog möglich, § 136 S. 2 GWB bzw. § 11 Abs. 1 S. 2 VSVgV. Solche Ausnahmefälle normieren dann die §§ 12, 13 VSVgV. Nicht möglich sind in jedem Fall das offene Verfahren, § 119 Abs. 3 GWB sowie die Innovationspartnerschaft, § 119 Abs. 7 GWB.³⁴⁹

§ 117 GWB (§ 100 Abs. 6-8 GWB a. F.) regelt Ausnahmen für Vergaben, die lediglich Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen und dabei nicht als verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge zu qualifizieren sind. In diesen abschließenden Fällen ist von einer Vergaberechtsfreiheit des Auftrags auszugehen. In allen anderen spielt die bloße Berührung von Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekten keine Rolle für die Vergabe und die regulären Regelungen des GWB sind anzuwenden.³⁵⁰

Nach § 117 Nr. 1 GWB fallen darunter Vergaben, in denen der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewährleistet werden kann. Das Gesetz nennt als solche Maßnahmen beispielsweise Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen abzielen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellt.

§ 117 Nr. 2 GWB regelt eine Bereichsausnahme für Aufträge, die unter Art. 346 Abs. 1 lit. a) AEUV fallen. Er ist daher von der allgemeinen Ausnahme des § 107 Abs. 2 GWB zu unterscheiden, der sich auch auf Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV bezieht. Erforderlich ist demnach, dass die Bundesrepublik Deutschland durch ein reguläres Vergabeverfahren zur Erteilung von Auskünften verpflichtet wäre, die ihrer Ansicht nach im Widerspruch zu wesentlichen Sicherheitsinteressen i. S. d. Art. 346 Abs. 1 lit. a) AEUV stehen.³⁵¹

³⁴⁸ *Hölzl*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, 4. Aufl. 2016, § 146 GWB Rn. 2.

³⁴⁹ *Willenbruch*, in: *Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140)*, 2. Aufl. 2017, § 146 Rn. 2.

³⁵⁰ *Willenbruch*, in: *Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140)*, 2. Aufl. 2017, § 117 Rn. 1 ff.

³⁵¹ *Willenbruch*, in: *Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140)*, 2. Aufl. 2017, § 117 Rn. 4.

Ausnahmen gelten zudem für den Fall, dass die Vergabe und Ausführung des Auftrags für geheim erklärt werden oder besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordern, die anders nicht gewährleistet werden können (§ 117 Nr. 3 GWB). Diese Einstufung erfordert jedoch eine gesetzliche Grundlage, die sich insbesondere aus dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG)³⁵² oder der Verschlusssachenanweisung (VSA)³⁵³ ergeben kann.³⁵⁴

Schließlich bestehen Bereichsausnahmen für internationale Vergaben über Liefer-, Bau- und Dienstleistungen, die mit Vertragsparteien geschlossen werden, die sich außerhalb des Übereinkommens des Europäischen Wirtschaftsraums befinden, § 117 Nr. 4 lit. a) GWB, für Übereinkünfte im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen in solchen Staaten, § 117 Nr. 4 lit. b) GWB oder für Vergaben, die sich aus den Vorschriften internationaler Organisationen ergeben, § 117 Nr. 4 lit. c) GWB.

Nach § 117 Nr. 5 GWB erfolgt auch dann keine Vergabe nach den Vorschriften des GWB, wenn es sich bei den Auftraggebern selbst um eine internationale Organisation oder Finanzierungseinrichtung handelt und diese den Auftrag oder Wettbewerb vollständig finanziert.

bb) Regelungen in der VSVgV

Die VSVgV entspricht in weiten Teilen der VgV, relevant sind an dieser Stelle daher lediglich die Unterschiede.

Wie bereits angerissen bestehen einige Besonderheiten in der Wahl des Vergabeverfahrens. Nach § 11 Abs. 2 VSVgV ist das offene Verfahren hier aus verständlichen Gründen nicht zulässig, dafür können die Auftraggeber zwischen dem nichtoffenen und dem Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb wählen, § 11 Abs. 1. In den in § 13 VSVgV genannten Fällen ist ein Wettbewerblicher Dialog möglich. Das Verhandlungsverfahren ist als Regelfall im sicherheitsrelevanten Bereich zu bezeichnen.

³⁵² Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren der Sicherheitsüberprüfung des Bundes (Sicherheitsüberprüfungsgesetz – SÜG) v. 20. April 1994, BGBl. I S. 867, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 18. Juli 2017, BGBl. I S. 2732.

³⁵³ Allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Inneren zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlusssachen (Verschlusssachenanweisung – VSA) v. 31. März 2006 in der Fassung v. 26. April 2010, GMBL 2010, S. 846.

³⁵⁴ *Willenbruch*, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 117 Rn. 5.

Der zweite relevante Punkt, die erhöhten Vertraulichkeitsanforderungen, äußert sich in § 6 VSVgV. Danach sind die Beteiligten zu einer umfassenden Vertraulichkeit über alle Unterlagen und Angaben gehalten. Bei einem Verschlussauftrag können nach § 7 VSVgV zudem zusätzliche zur Geheimhaltung erforderliche Anforderungen gestellt werden.

Weiterhin ist § 8 VSVgV von Bedeutung, dessen Bestimmungen bzgl. der Versorgungssicherheit sowohl bei der Bekanntmachung als auch im Rahmen der Vergabeunterlagen erfolgen können, § 8 Abs. 1 VSVgV. Daraus folgt, dass die Anforderungen an die Versorgungssicherheit sowohl auf Eignungs- als auch auf Zuschlagsebene erfolgen können und damit entweder bieter- oder angebotsbezogen sind.³⁵⁵

Nach § 8 VSVgV kann dem Auftragnehmer auferlegt werden, in einem Krisenfall - auch außerhalb des Staatsgebietes - die für den Leistungserhalt erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Dazu können beispielsweise die Verpflichtungen zählen, auf Bedarfssteigerungen zu reagieren oder Wartungs- und Reparaturarbeiten am Einsatzort vorzunehmen.³⁵⁶ Die Vorschrift hat dabei wohl aber vor allem klarstellende Bedeutung, da die Auftraggeber diese Anforderungen ohnehin stellen dürften.³⁵⁷ Sie lässt jedoch erkennen, dass die Bedeutung dieser Situationen und die mit ihr verbundenen Problematiken offensichtlich sind und versucht wird, ihnen entgegenzuwirken.

Wenngleich an einigen Punkten besondere Regelungen für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge gegeben sind, fällt insgesamt dennoch auf, dass die allgemeinen Vorschriften einander häufig entsprechen. Die Vergaberechtsreform von 2016 hat daher im Bereich Verteidigung und Sicherheit zu wenigen inhaltlichen Änderungen geführt.³⁵⁸ Relevante Regelungen, werden somit an entsprechender Stelle vertieft.

³⁵⁵ Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 8 VSVgV Rn. 3 ff.

³⁵⁶ Horstkotte/Hünemörder (Fn. 330), LKV 2015, 541 (544 f.).

³⁵⁷ Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 8 VSVgV Rn. 2.

³⁵⁸ Conrad, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 237), 2017, § 56 Rn. 9.

d) Preisrecht

Für die Rüstungsbeschaffung von Bedeutung ist auch das Preisrecht³⁵⁹, dessen Grundsatz der Vorrang von Marktpreisen auf Wettbewerbsbasis ist.³⁶⁰ Es dient dazu, eine wettbewerbsorientierte und marktwirtschaftliche Preisbildung zu garantieren.³⁶¹ Seine Schutzzwecke sind zum einen die Stabilität des allgemeinen Preisniveaus in Deutschland und mittelbar zum anderen der Schutz der öffentlichen Haushalte, indem die öffentlichen Auftraggeber im konkreten Beschaffungsverhältnis keinen unangemessenen Preisen ausgesetzt werden sollen.³⁶²

Bei der Preisbildung wird zwischen Marktpreisen (§ 4 PreisVO) und Selbstkostenpreisen (§§ 5-8 PreisVO) unterschieden, wobei vorrangig eine Preisbildung nach ersteren erfolgen soll, § 1 Abs. 1 PreisVO, sog. „Marktpreisvorrang“. Dabei muss ein verkehrsüblicher Preis der jeweiligen Leistung ermittelbar sein, d. h. mehrere Anbieter die Leistung am Markt anbieten.³⁶³ Andernfalls erfolgt die Preisermittlung nach dem Selbstkostenpreis, welcher sich nach den „Leitsätze(n) für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten“³⁶⁴ richtet.

Der Bundeswehr kommt die Preisbindung entgegen, da diese ihr durch den gerade im Rüstungsbereich sehr eingeschränkten Wettbewerb eine angemessene Preisermittlung gestattet. Bei der Bundeswehr liegt aufgrund einer Ressortvereinbarung zwischen dem BMWi und dem BMVg dabei ein hoher Anteil an Beschaffungen auf Selbstkostenpreisen vor. Dies räumt dem BAANBw eine privilegierte, weil flexible Stellung bei der Auftragsgestaltung ein, wodurch Preisprüfungsbefugnisse eigenverantwortlich durchgeführt werden können.³⁶⁵ Dies hat seinen

³⁵⁹ geregelt in der Verordnung PR 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21. November 1953, BAnz. 1953 Nr. 244, zuletzt geändert durch Art. 70 des Gesetzes v. 8. Dezember 2010, BGBl. I, S. 1864 sowie in den Leitsätzen für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP) als Anlage dieser Verordnung.

³⁶⁰ BMVg (Fn.114), September 2016, S. 10.

³⁶¹ Dörr, Preisrecht im Vergabeverfahren - Zum Verhältnis von öffentlichem Preisrecht und Vergaberecht, in: Büscher/Erdmann et al. (Hrsg.): Rechtsdurchsetzung. Rechtsverwirklichung durch materielles Recht und Verfahrensrecht. Festschrift für Hans-Jürgen Ahrens zum 70. Geburtstag, 2016, S. 53 (54).

³⁶² Dörr (Fn. 361), 2016, S. 53 (57 f.)

³⁶³ Dörr (Fn. 361), 2016, S. 53 (54 f.)

³⁶⁴ Diese finden sich nach in Anlage zur PreisVO, § 8 PreisVO.

³⁶⁵ BMVg (Fn. 114), September 2016, S. 10.

Hintergrund in den im Rüstungsbereich bestehenden Monopolstrukturen, die eine marktwirtschaftliche Preisbildung oft nicht ermöglichen.³⁶⁶

Zukünftig soll überprüft werden, inwieweit eine Anpassung des Preisrechts an europäische Anforderungen erforderlich ist, wie sie etwa auch im Rahmen des Vergaberechts stattgefunden hat. Die Anpassung an europäische Strukturen erweist sich als sinnvoll, da dadurch etwa auch bei der multinationalen Beschaffung einheitliche Preise ermöglicht werden.

e) Internationale Organisationen

aa) Die Europäische Verteidigungsagentur (EDA)

Gerade im Bereich der Rüstung soll die internationale Kooperation mehr Bedeutung erlangen, um langfristig gemeinsame Standards festzulegen. Eine entscheidende Rolle wird dabei der Europäischen Verteidigungsagentur (EDA)³⁶⁷ zugesprochen.³⁶⁸ Ihr Aufgabengebiet umfasst gem. Art. 45 Abs. 1 EUV u. a. die Entwicklung der Verteidigungsfähigkeit in Krisensituationen, die Förderung der europäischen Rüstungszusammenarbeit, die Stärkung der Verteidigungsbasis sowie die Schaffung eines wettbewerbsfähigen Marktes für Verteidigungsgüter. Darüber hinaus soll die EDA nach Möglichkeit die Forschung im Bereich strategischer Technologien für die Verteidigungs- und Sicherheitsfähigkeit verbessern.³⁶⁹ Die EDA kann also als erster Schritt hin zu einer Annäherung des Verteidigungssektors an die Liberalisierung der Wirtschaftssektoren innerhalb des Binnenmarkts gedeutet werden.³⁷⁰ Der EDA wird im Rahmen ihrer Befugnisse folgende

³⁶⁶ BMVg (Fn. 104), Oktober 2015, S. 21.

³⁶⁷ Sie basiert dabei auf der gemeinsamen Aktion 2004/551/GASP des Rates vom 12. Juli 2004 (ABl. Nr. L 245/17 v. 17.07.2004, geändert durch Gemeinsame Aktion 2008/299/GASP (ABl. Nr. L 102 v. 12.04.2008)). Ihre wesentliche Aufgabe besteht in der Unterstützung der GSVP, vgl. EDA, unter: <http://www.eda.europa.eu/Aboutus/Whatwedo/pooling-and-sharing>; ABl. Nr. L 245/17 v. 17.07.2004 (5).

³⁶⁸ Bundesregierung, 18. Koalitionsvertrag (Fn. 8), S. 178.

³⁶⁹ ABl. Nr. L 245/17 v. 17.7.2004 (3); BMVg, unter: http://www.bmvg.de/portal/a/bmvg!/ut/p/c4/NU1NC8IwDP1H7XaZ4m0qgiAKgui8jG4LXdiWljSbF3-8rWgCD95HXvRTxyWzoDWCjsyoH7pqcdO8VDMtVgVse-AeUIJ3IwoOCKmA6ReH2rE1hOHLgRTM7LwBDPGunimK-p5-dKDaGJCEAiSpxbIRx8o7ljE5M3N0FHa6yvL9Nsuz_-Tv4noqb7tivTqeDxftp6n8AGmvAUk!/ (z. a. am 15.07.2015).

³⁷⁰ Maurer (Fn. 160), 2013, S. 40; Byok, Reformierter Regelungsrahmen für Beschaffungen im Sicherheits- und Verteidigungssektor, NVwZ 2012, S. 70 (71).

Rolle zugewiesen: Sie stellt das Bindeglied zwischen den EU-Institutionen und Agenturen sowie den nationalen militärischen Akteuren dar („military interface“), harmonisiert die nationalen Interessen der teilnehmenden Mitgliedstaaten („military facilitator“) und koordiniert deren nationale Interessen und Positionen („military coordinator“).³⁷¹

Die EDA betreibt zusammen mit den Mitgliedstaaten die „Pooling and Sharing Initiative“, mit der die Vernetzung der militärischen Leistungspotentiale der EU-Mitgliedstaaten verbessert werden soll. Der 2012 begründete „Code of Conduct on Pooling & Sharing“ zielt auf den Ausbau dieser Potentiale und enthält eine Aufzählung der Maßnahmen zur Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten,³⁷² deren Umsetzung in nationales Recht den Mitgliedstaaten freisteht.³⁷³ Das Konzept der „Effective Procurement Methods“ (EPM) ist darauf angelegt, die Wege zur Entstehung eines europäischen Rüstungsmarktes zu entwickeln und den hierauf gerichteten Bedarf festzustellen. Das in Pilotprojekten erprobte Konzept dient der Harmonisierung, der Effizienzsteigerung zwischen und innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten sowie der Schaffung eines transparenten und offenen europäischen Rüstungsmarktes.³⁷⁴

bb) OCCAR

Die OCCAR (kurz für Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement) ist eine Organisation, welche sich konkret mit der Beschaffung und Koordination von Rüstungsgütern befasst. Eine Zuständigkeit für die Beschaffung durch die OCCAR besteht dann, wenn es sich um eine gemeinsame Beschaffung mehrerer NATO-Staaten handelt.

Die Gemeinsame Organisation für Rüstungsorganisation wurde 1996 von Deutschland, Frankreich, Italien und Großbritannien mit dem Ziel gegründet, gemeinsame Rüstungsprojekte effizienter und effektiver zu gestalten. Mit der Unterzeichnung und Verkündung der „OCCAR

³⁷¹ BMVg (Fn. 11), Dezember 2017, S. 26.

³⁷² Auf dem Code basieren Projekte wie das Air-to-Air Refuelling oder die European Satellite Communications Procurement Cell. S. dazu EDA, unter: <http://www.eda.europa.eu/Aboutus/Whatwedo/pooling-and-sharing> (z. a. am 15.07.2015).

³⁷³ EDA (Fn. 372).

³⁷⁴ EDA, unter: https://www.eda.europa.eu/docs/documents/epm_29062012_factsheet_cs5_1 (Stand 15.07.2015).

Convention“ im Jahr 2001³⁷⁵ wurde die Organisation auch rechtlich anerkannt, wodurch sie befähigt wurde, Verträge zu gestalten. Belgien und Spanien schlossen sich ihr 2003 bzw. 2005 an.³⁷⁶

Darüber hinaus lässt sich dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags über die Rechtsstellung ihrer Truppen (NATO Truppenstatut)³⁷⁷ in Art. IX entnehmen, dass die Truppen der Parteien dazu berechtigt sind, sich die benötigten Ressourcen wie die Truppen des Aufnahmestaates zukommen zu lassen und diese sogar durch die dort ansässigen Behörden beschaffen zu lassen.

Programme in denen OCCAR mittlerweile mitgewirkt hat sind unter anderem das Projekt des Militärtransporters A400M oder des Helikopters TIGER.³⁷⁸ Außerdem zeichnet die Rüstungsagentur beispielsweise verantwortlich für die Beschaffung von 131 Gepanzerten Transport-Flugzeugen (GTK) Boxer in der Variante als Gruppentransportfahrzeug.³⁷⁹

5. Besonderheiten für den Bevölkerungsschutz

Aufgrund der Vielfalt an Regelungen und Zuständigkeiten nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europäischer Ebene und innerhalb internationaler Organisationen und Netzwerke, bestehen zum Teil unübersichtliche, eigene Regelungsbereiche, die unabhängig voneinander entstanden und wirken und dadurch nicht miteinander harmonisieren. Die Folge sind Unstimmigkeiten insbesondere im Rahmen von Zuständigkeitsfragen, worunter insbesondere eine schnelle Einsatzbereitschaft leidet. Als Gebiet, welches von internationaler Bedeutung ist und auch in diesem Rahmen Interaktionen erfordert, bedarf es daher einer Vereinheitlichung von rechtlichen Vorschriften, um verstärkt Kooperationen zu ermöglichen.

³⁷⁵ Gesetz zu dem Übereinkommen v. 09.09.1998 zwischen der Bundesrepublik Deutschland, der Regierung der Französischen Republik, der Regierung der Italienischen Republik und der Regierung des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland zur Gründung der Gemeinsamen Organisation für Rüstungskooperation (Organisation Conjointe de Coopération en Matière d'Armement) OCCAR (OCCAR-Übereinkommen), BGBl. 2000 II 414, in Kraft getreten am 28.01.2000, BGBl. 2001 II 501.

³⁷⁶ OCCAR, unter: <http://www.occar.int/188> (Stand 15.07.2015).

³⁷⁷ BGBl. 1961 II S. 1190; abrufbar unter: http://www.abg-plus.de/abg2/ebuecher/abg_all/index.html (z. a. am 13.07.2015).

³⁷⁸ OCCAR (Fn. 376).

³⁷⁹ BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 32.

Neben den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen gibt es im Bevölkerungsschutz zudem auch die zivile Ebene. Da es sich bei diesem Thema um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe handelt, ist auch die Einbindung dieser vonnöten.

Aus diesen oben benannten Zuständigkeiten ergeben sich zwangsläufig unterschiedliche Grundlagen für die Beschaffung und deren Organisation: Für den Zivilschutz, bei dem eine Zuständigkeit des Bundes besteht, erfolgt die Beschaffung ohne abweichende Besonderheiten nach den oben bereits beschriebenen Regelungen.³⁸⁰ Allerdings sind die Fälle besonders zu behandeln, in denen es zu einer zivil-militärischen Zusammenarbeit mit der Bundeswehr kommt. Beim Katastrophenschutzrecht im engeren Sinne gelten die spezifischen landesrechtlichen Gesetze und Verordnungen, welche die Bundesländer jeweils in eigener Regie erlassen.

Für private Organisationen, die ebenfalls in die Unterstützung mit eingebunden sind, findet das Vergaberecht dagegen gar keine Anwendung. Sie spielen lediglich im Bereich der Koordination im Katastrophenfall eine Rolle, aus der Beschaffung sind sie jedoch innerhalb der Bearbeitung komplett auszuklammern. Gleichwohl sind sie unverzichtbarer Bestandteil des Bevölkerungsschutzes und tragen in vielfacher Weise zu der Bewältigung von Katastrophen bei.

Zum Zwecke der Übersichtlichkeit wird sich die Bearbeitung im Folgenden auf die bundesrechtlichen Beschaffungsvorgänge konzentrieren. Die gewonnenen Erkenntnisse sind gleichwohl - dort wo möglich - auch auf die landesrechtlichen Beschaffungsvorgänge zu übertragen und bei Bedarf anzuwenden. Das Europarecht und z. T. auch das internationale Recht sind bereits bei der Beschaffung, wie sie oben beschrieben ist, zu berücksichtigen. Daneben gibt es jedoch einige weitere Besonderheiten, auf die an dieser Stelle kurz eingegangen werden soll.

a) Europarecht

Im Zuge der Formen und Gestaltung von Verträgen ist im Bevölkerungsschutz die europäische bzw. internationale Ebene von großer Bedeutung. Die Gründe liegen wie bei Auslandseinsätzen auf der Hand: Die Aufgabenbereiche werden vermehrt vernetzt und Strukturen (vor allem, aber nicht nur innerhalb der EU) miteinander verzahnt. Katastrophen greifen nicht selten über die Staatsgrenzen. Aber selbst,

³⁸⁰ S. S. 61 ff.

wenn dies nicht der Fall ist, besteht zumindest das Bedürfnis, über katastrophale Ereignisse in angrenzenden Staaten informiert zu sein, um Risiken oder Folgen für das eigene Land besser abzuschätzen und entsprechende Vorkehrungen treffen zu können.³⁸¹ Der Gedanke an eine solche Vernetzung in diesen Bereichen kam Ende der achtziger Jahre auf. Ziel war hier eine von den jeweiligen Begebenheiten unabhängige Förderung von Abwehrmaßnahmen, um effektiver auf Katastrophen reagieren zu können.³⁸²

Wenngleich dies zwar ein flexibleres Zurückgreifen auf einen größeren Ressourcenpool ermöglicht, stellen sich damit aber auch erhöhte Anforderungen an die Organisation und Koordination des jeweiligen Bedarfs im Rahmen der Beschaffung. Auf dieser Ebene bedarf es daher klarer Kompetenzfestlegungen und eindeutiger Abgrenzungen innerhalb der jeweiligen Aufgaben- und Zuständigkeitsbereiche.

Das europäische Bevölkerungsschutzrecht hat insbesondere über das Umweltrecht seine heutige Prägung erfahren. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang die Seveso-Richtlinie, welche am 01.07.2015 in ihrer dritten Fassung verabschiedet wurde.³⁸³ Ursprünglich war sie zur Unfallverhütung innerhalb der Industrie und zur Begrenzung von Unfallfolgen in Kraft getreten. In ihrer überarbeiteten Version von 1996 bildeten sich ihre Schwerpunkte im Bereich der Präventivmaßnahmen wie Mitteilungspflichten und Notfallpläne.³⁸⁴ Die nunmehr aktuelle Version verdeutlicht trotz nur geringfügiger Änderungen die anlassbezogene Entwicklung des Katastrophenschutzrechts.

1997 folgte der gemeinsame Schritt ein „Aktionsprogramm der Gemeinschaft für den Katastrophenschutz“³⁸⁵ zu begründen, bei dem erstmalig auch die Europäische Kommission eine Rolle spielte und die Handlungsbefähigung nicht mehr nur bei den Mitgliedstaaten lag. Dieses Programm wurde mehrfach verlängert, bis es 2007 durch die „Schaffung

³⁸¹ Vgl. *Schwartz* (Fn. 193), 2012, S. 15 f.

³⁸² *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 91.

³⁸³ RL 82/501/EWG v. 05.08.1982 über die Gefahren schwerer Unfälle bei bestimmten Industrietätigkeiten, ABl. L 230/1.

³⁸⁴ *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 91.

³⁸⁵ Entscheidung 98/22/EG des Rates v. 19.12.1997 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft für den Katastrophenschutz, ABl. L 8/20 v. 14.01.1998.

eines Finanzierungsinstruments für den Katastrophenschutz³⁸⁶ abgelöst wurde. Hierin werden die finanziellen Grundlagen der Katastrophenschutzmaßnahmen festgelegt, um Maßnahmen zur Bekämpfung und Vermeidung von Katastrophen sowie die Ausnutzung der bestehenden Kapazitäten zu fördern.³⁸⁷

Besondere Bedeutung innerhalb des Bevölkerungsschutzrechts erfährt die Terrorismusbekämpfung. In diesem Bereich hat die EU ihre Ziele und Aufgaben im speziellen Programm „Prävention, Abwehrbereitschaft und Folgenbewältigung im Zusammenhang mit Terrorakten und anderen Sicherheitsrisiken“³⁸⁸ festgelegt, welches einen Teilabschnitt des Programms „Sicherheit und Schutz der Freiheitsrechte“ darstellte. Dieses war jedoch nur bis 2013 gültig und wurde sodann von dem Instrument für die finanzielle Unterstützung der polizeilichen Zusammenarbeit, der Kriminalprävention und Kriminalitätsbekämpfung und des Krisenmanagements („ISF-Polizei“) abgelöst.³⁸⁹

Als konkrete Maßnahmen gegen Bedrohungen aller Art stellte die EU am 28.11.2001 einen Bereitschaftsplan für eventuelle Notfälle auf, welcher der Ergänzung der polizeilichen Maßnahmen zur Gefahrenprävention dient.³⁹⁰

Neben diesen in ihrem Kerngehalt vor allem als Absichtserklärungen zu verstehenden Erläuterungen hat der Katastrophenschutz nach und nach auch Eingang in die rechtlichen Regelungsbereiche gefunden.

Nachdem durch den Vertrag von Maastricht³⁹¹ der Umweltschutz mitsamt des Schutzes der menschlichen Gesundheit innerhalb der Europäischen Gemeinschaft verankert worden war, entwickelten sich Initiativen auf dem Gebiet des operativen Katastrophenschutzes in Form von

³⁸⁶ Entscheidung 2007/162/EG des Rates v. 05.03.2007 zur Schaffung eines Finanzinstruments für den Katastrophenschutz, ABl. L 71/9 v. 10.03.2007.

³⁸⁷ *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 94.

³⁸⁸ Beschluss 2007/124/EG des Rates v. 12.02.2007.

³⁸⁹ Beschluss (EU, Euratom) 2015/457 des Rates v. 17.03.2015.

³⁹⁰ Mitteilung der Kommission v. 29.01.2001, Katastrophenschutz- Bereitschaftsplan für eventuelle Notfälle, COM (2001) 707.

³⁹¹ Vertrag über die Europäische Union, unterzeichnet zu Maastricht, ABl. Nr. C 191 v. 07.02.1992.

Aktionsprogrammen³⁹² und gemeinsamen Verfahren.³⁹³ Diese auf Zusammenarbeit ausgelegten Regelungsinstrumente führten zum Erfordernis einer primärrechtlichen Grundlage für den europäischen Katastrophenschutz, der daraufhin mit dem Amsterdamer Vertrag³⁹⁴ als Zielvorgabe der EU in Art. 3 Abs. 1 lit. u) 2. Var. EGV eingeführt wurde.³⁹⁵ Die Durchführung konkreter Maßnahmen einschließlich einer Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten fanden hingegen erst mit dem Vertrag von Lissabon³⁹⁶ Eingang in die europäische Gesetzgebung.³⁹⁷

Zentrale Norm des Bevölkerungsschutzrechts bildet nun Art. 196 AEUV. Dieser enthält als Befugnisnorm die Rechtsgrundlage für alle Maßnahmen, welche nicht einem spezifischen Bereich (z.B. dem Umweltrecht) zugeordnet werden können und der Koordinierung oder Förderung der Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten dienen.³⁹⁸ Die Primärverantwortlichkeit für die Aufgabenerfüllung liegt dagegen weiterhin bei den Mitgliedstaaten selbst, Art. 6 S. 2 lit. f) i. V. m. Art. 2 Abs. 5 U Abs. 1 AEUV. Die Aufgaben der EU erschöpfen sich in beratende Tätigkeiten und der Schaffung von Anreizen durch Förderprogramme oder ähnliches. In keinem Fall ermächtigt Art. 196 AEUV die EU, verbindliche Vorgaben in diesem Bereich zu treffen. Daraus folgt auch, dass die Einrichtung einer EU-Katastrophenschutztruppe, wie sie innerhalb der EU und einiger

³⁹² Entscheidung Nr. 1998/22/EG des Rates über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft für Katastrophenschutz, ABl. Nr. L 8/20 v. 19.12.1997; Entscheidung Nr. 1999/847/EG des Rates über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft für den Katastrophenschutz, ABl. Nr. L 327/53 v. 09.12.1999.

³⁹³ Entscheidung Nr. 2001/792/EG, Euratom des Rates über ein Gemeinschaftsverfahren zur Förderung einer verstärkten Zusammenarbeit bei Katastrophenschutzmaßnahmen, ABl. Nr. L 297/7 v. 23.10.2001; Entscheidung Nr. 2007/779/EG, Euratom über ein Gemeinschaftsverfahren für den Katastrophenschutz (Neufassung), ABl. Nr. L 314/9 v. 08.11.2007.

³⁹⁴ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. Nr. C 340 v. 10.11.1997.

³⁹⁵ *Walus*, Europäischer Katastrophenschutz – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des Vertrags von Lissabon, EuR 2010, 564 (565 f.).

³⁹⁶ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. Nr. C 306/1 v. 17.12.2007.

³⁹⁷ Vgl. *Walus* (Fn. 395), EuR 2010, 564 (566).

³⁹⁸ *Schwartz* (Fn. 193), 2012, S. 58 f., 63 f.

Mitgliedstaaten in der Diskussion stand, nicht möglich ist.³⁹⁹ Sie widerspricht zudem auch dem Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 AEUV.

Die Solidaritätsklausel des Art. 222 AEUV fordert die Verpflichtung gemeinsam zu handeln und die der EU zur Verfügung stehenden Mittel bereitzustellen. Dies gilt insbesondere auch im Falle terroristischer Bedrohungen. Die Norm hat jedoch keine weiteren Befugnisse und dient insofern vor allem der politischen Klarstellung.⁴⁰⁰

Art. 122 Abs. 2 AEUV regelt die finanzielle Beistandsmöglichkeit durch die EU und bildet den Rechtsgrund für Art. 222 AEUV. Er ist aber nur auf einen jeweiligen Einzelfall anwendbar und bildet keine Rechtsgrundlage für allgemeine Förderleistungen wie etwa die Solidaritätsfonds.⁴⁰¹

Beachtenswert ist die Feststellung, dass der Bevölkerungsschutz gemäß Art. 21 Abs. 2 lit. g) EUV, Art. 43 Abs. 1 EUV Bestandteil der GSVP und dadurch auch in die Ziele der GASP integriert ist, Art. 42 Abs. 1 S. 1 EUV. Ihm stehen damit die dafür bereitgestellten Mittel zur Verfügung, was insbesondere in Hinblick auf den Einsatz militärischer Instrumente von Bedeutung ist.

Von geringer Relevanz sind Art. 214 AEUV, welcher die humanitäre Hilfe normiert und sich im Gegensatz zu Art. 222 und 122 AEUV nur auf Drittländer bezieht, sowie Art. 107 Abs. 2 b) AEUV, der eine beihilferechtliche Regelung für den Katastrophenschutz darstellt.

Sekundärrechtlich ist vor allem das Gemeinschaftsverfahren relevant, welches bereits 2001 geschaffen wurde und momentan in der Fassung von 2013 wirksam ist.⁴⁰² Bevor dessen Rechtsgrundlage des Art. 196 AEUV bestand, stütze es sich auf die Flexibilitätsklausel nach Art. 308 EG (heute Art. 352 AEUV). Das Gemeinschaftsverfahren hat operativen Charakter und dient der effizienten Koordination der Hilfseinsätze und der benötigten Ressourcen im Falle einer Katastrophe.⁴⁰³ Dies erfordert die Möglichkeit der kurzfristigen Bereitstellung der mitgliedstaatlichen

³⁹⁹ *Schwartz* (Fn. 193), 2012, S. 66 f., 98; s. zum Vorschlag *Barnier*, For a European civil protection force: europe aid, Mai 2006, unter: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/031006barnier_/031006barnier_en.pdf (z. a. am 20.03.2018).

⁴⁰⁰ *Schwartz* (Fn. 193), 2012, S. 100 f.; *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 98.

⁴⁰¹ *Schwartz* (Fn. 193), 2012, S. 119 f.

⁴⁰² Entscheidung des Rates v. 08.11.2007 über ein Gemeinschaftsverfahren für den Katastrophenschutz (Neufassung) 1, 2007/779/EG, Euratom (ABl. L 314, S. 9), zuletzt geändert durch Art. 36 ÄndB 2013/1313/EU v. 17.12.2013 (ABl. Nr. L 347, S. 924).

⁴⁰³ S. Erwägungsgrund 4 des Gemeinschaftsverfahrens.

Ressourcen sowie die Kenntnis der Union über die zur Verfügung stehenden Kapazitäten, sodass beide sinnvoll und zweckgerichtet miteinander arbeiten und sich austauschen können.⁴⁰⁴

b) Internationale Organisationen

Im internationalen Recht befasst sich das Völkerrecht im engeren Sinne mit nicht kriegsbedingten Katastrophen. Es setzt sich aus Völkergewohnheitsrecht, Völkervertragsrecht sowie auch bloßem soft law zusammen und weist einige Überschneidungen zum Bereich des Umweltvölkerrechts auf.⁴⁰⁵ Grund für Regelungen in diesem Rahmen bilden die grenzüberschreitenden Dimensionen, die Katastrophen in der Regel einnehmen, sodass eine internationale Zusammenarbeit in den meisten Fällen zwingend erforderlich ist. Selbst wenn Katastrophen nicht grenzüberschreitend auftreten, zeigt etwa das Erdbeben in Nepal im Jahr 2015, dass auf Hilfe aus dem Ausland oftmals gar nicht verzichtet werden kann und Kooperationen dringend erforderlich sind. Dies gilt ebenso, wenn es sich um sogenannte souveränitätsfreie Räume handelt, in denen lediglich völkerrechtliche Bestimmungen Handlungsbefugnisse ermöglichen.⁴⁰⁶

Diese Katastrophenhilfe muss nicht zwingend von anderen Staaten ausgehen, sie kann auch durch Private oder (private) internationale Organisationen erfolgen. Die staatliche Hilfe erfolgt dabei meist ohne konkrete völkerrechtliche Grundlage, jedoch ist grundsätzlich das Einverständnis der betroffenen Länder erforderlich.⁴⁰⁷ Bei den internationalen Organisationen spielt vor allem die UN eine Rolle. Diese gliedert sich in eine Vielzahl an Unterorganisationen, u. a. das Amt für die Koordinierung humanitärer Angelegenheiten (OCHA), welches neben der Aufgabe der Koordinierung von internationaler Hilfe auch für die Organisation der Katastrophenerkundungs- und Koordinierungsteams der UN (UNDAC) zuständig ist. Problematischer ist die Hilfe durch private Organisationen, welche in der Regel mit den Staaten zusammenarbeiten. Hier ist ebenfalls die Einverständniserklärung des hilfsbedürftigen Staates erforderlich.

⁴⁰⁴ *Schwartz* (Fn. 193), 2012, S. 130 f.

⁴⁰⁵ *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 101.

⁴⁰⁶ *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 102.

⁴⁰⁷ *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 104.

Darüber hinaus bestehen auch internationale Katastrophenschutzaktivitäten, wie etwa die im Jahr 2000 von der UN-Generalversammlung beschlossene „Strategie für Internationale Katastrophenreduzierung“, deren Programm bis 2015 durch die UN-Weltkonferenz beschlossen wurde.

Auch die NATO ist auf dem Gebiet des Katastrophenschutzes aktiv, da in ihrem Fall nicht nur die NATO-Länder, sondern seit den neunziger Jahren auch ihre Partnerländer im Bereich der sogenannten „zivilen Notfallplanung“ zusammenarbeiten. Dafür wurde 2013 eine Euro-Atlantische Koordinierungszentrale für Katastrophenhilfe (Euro-Atlantic Disaster Response Coordination Centre, EADRCC) bei den Ländern des Euro-Atlantischen Partnerschaftsrats (Euro-Atlantic Partnership Council, EAPC) eingerichtet. Sie dient als zivile Einrichtung vor allem der Informationsweitergabe und Koordination zwischen den Mitgliedsstaaten bei der Bewältigung von Katastrophen und organisiert Übungen für den Eintritt von Katastrophenfällen.⁴⁰⁸ Dabei pflegt sie engen Kontakt mit anderen internationalen Behörden und Einrichtungen des Katastrophenschutzes.

Schließlich kann die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) genannt werden, welche als Bundesunternehmen in der internationalen Entwicklungshilfe als Dienstleister tätig ist. Sie sieht sich ebenfalls mit dem Bedürfnis einer Vergabepaxis konfrontiert, welche den Anforderungen einer schnellen und effektiven Verfügbarkeit von Gütern gerecht werden kann. Es kann daher sinnvoll sein, diese Vorgehensweise näher zu betrachten, um möglicherweise Synergieeffekte zu erzielen.⁴⁰⁹

Dem internationalen Katastrophenrecht fehlt jedoch weiterhin die rechtliche Ausgestaltung in Form einer Gesamtordnung, die in der Lage ist, Katastrophen auf dieser Ebene hinreichend zu begegnen. Die Folge sind Aktivitäten privater Hilfsorganisationen, deren Handlungsgrundlage

⁴⁰⁸ S. NATO, unter: http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_52057.htm? (z. a. am 26.09.2017).

⁴⁰⁹ GIZ, unter: https://www.giz.de/de/ueber_die_giz/1689.html (z. a. am 27.01.2016); g.e.b.b., unter: <https://www.gebb.de/de/news/2016/Vergaberechtsforum.html> (z. a. am 27.01.2016).

und -befugnisse rechtlich schwer einzuordnen sind.⁴¹⁰ Die Internationale Föderation der Rotkreuz- und Rothalbmondgesellschaften strebt aus eben diesem Grunde ein weltweites effektives Katastrophenhilferecht an.⁴¹¹

⁴¹⁰ *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 106 ff.

⁴¹¹ Sog. "Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance", unter: <http://scm.oas.org/pdfs/2010/CEPCD02642e.pdf> (z. a. am 18.01.2016); *Kloepfer* (Fn. 197), 2015, S. 108.

3. Teil Beschaffungsoptionen des Staates

Der Schwerpunkt der Bearbeitung widmet sich den Optionen der Bedarfsdeckung. Dabei bestehen zunächst zwei grundlegende Möglichkeiten: zum einen die eigenständige Erbringung oder Produktion der benötigten Leistungen und Waren sowie zum anderen die Heranziehung von Privaten für diese Aufgaben.⁴¹² Letzteres bedarf wie gesehen der Anwendung des Vergaberechts, nach dessen Vorgaben regelmäßig eine Ausschreibung erfolgt. Das Vergaberecht ist von der Auftrags- und Vertragsgestaltung an sich also abgekoppelt und dieser vorgelagert. Diese bestehenden Möglichkeiten des Vergaberechts sollen nun im Folgenden genauer analysiert und auf ihre Wirksamkeit hin untersucht werden.

A. Potentiale innerhalb des vergaberechtlichen Rahmens

I. Die Leistungsbeschreibung

1. Allgemeines

Die Leistungsbeschreibung wird allgemein und unstrittig als das Kernelement eines jeden Vergabeverfahrens bezeichnet.⁴¹³ Sie definiert den gewünschten Bedarf, indem sie den Beschaffungsgegenstand beschränkt und stellt damit die grundlegende Richtschnur dar, an denen sich die Bieter bei ihrer Angebotserstellung und auch die Auftraggeber in Bezug auf die dort eingegrenzten Eignungs- und Zuschlagskriterien zukünftig orientieren müssen. Andere, in der Leistungsbeschreibung nicht aufgeführte Merkmale dürfen im Nachhinein nicht mehr berücksichtigt oder eingefügt werden.

Die Leistungsbeschreibung verfolgt neben der Sicherung der Gleichbehandlung aller Bieter sowie der Einhaltung des Transparenzgebotes⁴¹⁴ den haushaltsrechtlich geprägten Zweck, eine

⁴¹² Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, Berlin 2007.

⁴¹³ Reichling/Scheumann, Durchführung von Vergabeverfahren (Teil 1) - Entwicklung der Vergabeunterlagen als „Herzstück“ der Ausschreibung, GewArch 2015, S. 193 (197); Prieß, Die Leistungsbeschreibung - Kernstück des Vergabeverfahrens (Teil 1), NZBau 2004, 20 (21).

⁴¹⁴ Prieß/Simonis, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 121 GWB Rn. 6; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.10.2000 – Verg 14/00.

unklare Beschaffungssituation und damit eine unwirtschaftliche Beschaffung der öffentlichen Hand zu vermeiden.⁴¹⁵ Eine aussagekräftige Leistungsbeschreibung ermöglicht es dem Bieter, seine voraussichtlichen Ausgaben zu planen und dem Auftraggeber, eintreffende Angebote im Rahmen des Auswahlverfahrens miteinander zu vergleichen.⁴¹⁶ Sie soll dabei allen Unternehmen den gleichen unbeschränkten Zugang zum nationalen Beschaffungsmarkt und damit auch den Vergabeverfahren einräumen, § 31 Abs. 1 S. 1 VgV.

Die Leistungsbeschreibung ist nach der Reform für die unterschiedlichen Anwendungsbereiche des Vergaberechts in § 121 GWB, § 31 VgV, § 7 VOB/A, § 28 SektVO, § 15 KonzVgV und § 15 VSVgV geregelt.

a) Die Erstellung der Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung wirkt in den anschließenden Vertragsprozess hinein, da sich aus ihr ergibt, welche Pflichten zu erfüllen sind und damit die Grundlage für etwaige Mängel- und Gewährleistungsansprüche auf beiden Seiten gebildet wird.⁴¹⁷ Gebot einer Leistungsbeschreibung ist es daher, eindeutig und erschöpfend formuliert zu sein, vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 GWB. Inhalt und Umfang der ausgeschriebenen Leistung müssen hinreichend konkretisiert werden, ohne den Leistungsgegenstand dadurch auf ein bestimmtes Produkt oder ein zu erbringendes Unternehmen einzuschränken und zu diskriminieren. Dies ist der Fall, wenn die Bestimmung des Auftragsgegenstands objektiv und sachbezogen ohne Willkür erfolgt ist und die sachlich genannten Gründe tatsächlich vorliegen.⁴¹⁸ Die Einhaltung dieser Grundsätze gilt auf Grundlage des Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatzes (§ 97 Abs. 1, 2 GWB) auch für alle weiteren Vergabeunterlagen, insbesondere soweit sie Aufschluss über den Beschaffungsgegenstand geben.⁴¹⁹

Die strengen Voraussetzungen an die Leistungsbeschreibung gründen auf den Vergaberechtsgrundsätzen des § 97 Abs. 1 und 2 GWB, an denen die Beschreibung zu messen und an denen sie auszulegen ist. Insbesondere der

⁴¹⁵ Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 7 VOL/A Rn. 3.

⁴¹⁶ Krohn, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 237), 2017, § 19 Rn. 1.

⁴¹⁷ Krohn, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 237), 2017, § 17 Rn. 2.

⁴¹⁸ Prieß (Fn. 413), NZBau 2004, S. 20 (21 f.); Reichling/Scheumann (Fn. 413), GewArch 2015, S. 193 (197); Franßen, Das Bestimmungsrecht des Auftragsgebers bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes, AnwZert BauR 16/2015 Anm. 2.

⁴¹⁹ VK Berlin, Beschl. v. 21.08.2013 – VK 1 – 67/13.

Wettbewerbsgrundsatz und der Gleichbehandlungsgrundsatz können in obigem Fall verletzt werden, wenn der Auftraggeber beim Zuschlag von ihr abweicht.⁴²⁰ Eine Verletzung des Transparenz- und des Diskriminierungsverbots besteht auch dann, wenn sich aus der Leistungsbeschreibung die Kriterien für den Zuschlag nicht zweifelsfrei ergeben. Dies ist von großer Bedeutung für den Bieter, da er sein Angebot dementsprechend ausrichten können muss.⁴²¹

Die Erstellung der Leistungsbeschreibung selbst gliedert sich in verschiedene Schritte. Zunächst erfolgt die konkrete Bedarfsermittlung. Im Anschluss daran muss herausgearbeitet werden, in welche Weise dieser Bedarf optimal gedeckt werden kann. Dafür sind die verschiedenen am Markt zugänglichen Modelle zu bewerten. Unter Umständen ist es hier erforderlich, insbesondere im Bereich von nicht üblicherweise am Markt zugänglichen oder ungewohnten Leistungen, auf externes Expertenwissen zurückzugreifen.⁴²² Der daraufhin geschlossene Beratervertrag ist dabei ebenfalls gemäß den vergaberechtlichen Regelungen auszuschreiben.⁴²³ Nachdem ermittelt wurde, wie dem Bedarf entsprechend beschafft werden soll, wird die Leistungsbeschreibung verfasst. Auch dafür geben §§ 31 Abs. 2 VgV, 15 VSVgV bzw. die entsprechenden Regelungen in den anderen Bereichen konkrete Vorgaben.

b) Arten der Leistungsbeschreibung

Es sind verschiedene Arten der Leistungsbeschreibung zu unterscheiden. Die klassische Leistungsbeschreibung ist insbesondere für standardisierte Leistungen geeignet, die regelmäßig benötigt werden und keine speziellen Anforderungen stellen. Sie stellt den Regelfall und damit die häufigste Form der Leistungsbeschreibung dar.⁴²⁴

Im Baubereich werden üblicherweise technisch-konstruktive Beschreibungen vorgenommen, die daher zusätzlicher Anforderungen an die Leistungsbeschreibung bedürfen. Neben der allgemeinen Darstellung

⁴²⁰ Prieß, Die Leistungsbeschreibung- Kernstück des Vergabeverfahrens (Teil 2), NZBau 2004, S. 87 (92); Dreher, in: Imme/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 97 GWB Rn. 28.

⁴²¹ Vergabekammer Sachsen-Anhalt, 3. Vergabekammer, Entscheidung v. 07.01.2016, 3 VK LSA 74/15 Rn. 93 f.

⁴²² Krohn, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 237), 2017, § 19 Rn. 4 f.

⁴²³ s. dazu auch S. 180 f.

⁴²⁴ Krohn, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 237), 2017, § 19 Rn. 8 ff.

besteht entweder ein Leistungsverzeichnis mit Erläuterungen zu den einzelnen Teilleistungen oder alternativ die abgeschwächte Form mit einem sogenannten Leistungsprogramm.⁴²⁵ Letztere Variante wird in anderen Bereichen als dem Baubereich allgemein als funktionale Leistungsbeschreibung bezeichnet und erfolgt durch eine Mitteilung an die potenziellen Auftragnehmer, in welcher die zu erfüllenden Ansprüche der Leistung genannt werden. Die Beschreibung beinhaltet Zweck, Funktion und sonstige Anforderungen an die Leistung, an die aufgrund ihres Ausnahmecharakters strenge Anforderungen zu stellen sind.⁴²⁶ Die Gestaltung, also die Ausführung von Planungsleistungen,⁴²⁷ bleibt hingegen den Unternehmen selbst überlassen, sodass diese einen Teil der zu erbringenden Vertragsleistung darstellen. Durch diese Umverteilung findet auch eine Entlastung des Auftraggebers statt.⁴²⁸ Der Auftraggeber kann von den Gestaltungsvorschlägen der Bieter, die neue Anreize von außen setzen, profitieren und gleichzeitig die Kosten- und Terminalsicherheit durch diese Einbeziehung in die Planungsleistungen des Auftragnehmers erhöhen.⁴²⁹ Auf Auftraggeberseite ist allerdings zu berücksichtigen, dass die bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung erlangte Zeitersparnis aufgrund der unterschiedlichen Lösungsansätze der Bieter in der anschließenden Bewertung der eingehenden Angebote aufgehen kann.⁴³⁰

Durch die neuen Richtlinien und ihre Umsetzung kann die Vornahme der Leistungsbeschreibung nun deutlich flexibler gestaltet werden. Dies äußert sich vor allem darin, dass die Verwendung der funktionalen Leistungsbeschreibung nach § 121 Abs. 1 GWB und § 31 Abs. 2 VgV nicht mehr verpflichtend ist, sondern zur Disposition gestellt wird.⁴³¹ Die

⁴²⁵ *Kenigstein*, Die funktionale Leistungsbeschreibung, *AnwZert BauR* 10/2012 Anm. 1.

⁴²⁶ *Tausendpfund*, Gestaltungs- und Konkretisierungsmöglichkeiten des Bieters im Vergaberecht. Eine systematische Darstellung für Bieter und Auftraggeber, 2009, S. 53; *Krohn*, in: *Gabriel/Krohn/Neun* (Fn. 237), 2017, § 19 Rn. 14.

⁴²⁷ *Tausendpfund* (Fn. 426), S. 52.

⁴²⁸ *Tausendpfund* (Fn. 426), S. 55.

⁴²⁹ *Kenigstein* (Fn. 425), *AnwZert BauR* 10/2012 Anm. 1.

⁴³⁰ *Kenigstein* (Fn. 425), *AnwZert BauR* 10/2012 Anm. 1.

⁴³¹ *Burgi*, Reform des Vergaberechts – Auswirkungen auf das Gesundheitswesen. Vortrag beim Symposium des Instituts für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges), 18.03.2016, Berlin.

Leistungsbeschreibung ist dabei aber weiterhin an den oben formulierten Grundsätzen zu messen.⁴³²

c) Änderungen der Leistungsbeschreibung

Solange die Angebotsfrist noch läuft, ist eine Änderung der Leistungsbeschreibung - wie auch der anderen Vertragsunterlagen - aufgrund des Bestimmungsrechts des Auftraggebers unproblematisch jederzeit möglich, unter Umständen muss er aber die Angebotsfrist entsprechend verlängern.⁴³³

Nach Ablauf der Angebotsfrist und der Öffnung der Angebote bestehen bei nicht geringfügigen Änderungen nur noch zwei Möglichkeiten für den Besteller: das Angebot komplett zurückzuziehen und mit den geänderten Bedingungen erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern oder das Verfahren aufzuheben, was allerdings als ultima ratio⁴³⁴ nur unter den in § 63 VgV geregelten abschließenden Gründen möglich ist.

Etwas anderes gilt für das Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich, definiert in § 119 Abs. 5 GWB. Dieses charakterisiert sich gerade durch die Besonderheit, dass die Parteien über die Vertragsvereinbarungen verhandeln und die konkreten Bedingungen auch erst innerhalb des Verfahrens gebildet oder geändert werden können. Hier muss nur der Kern des Beschaffungsgegenstandes erhalten bleiben, alles weitere, also insbesondere Preis und weitere Inhalte der Leistungsbeschreibung, stehen den Parteien aber zur Disposition und können dem aktuellen Beschaffungsbedarf angepasst werden.⁴³⁵ Die Bieter sind jedoch über die Änderungen zu informieren und ihnen ausreichend Zeit zuzugestehen, ihre Angebote gegebenenfalls anzupassen, vgl. § 17 Abs. 13 S. 2 VgV.⁴³⁶

Die Regelungen hinsichtlich Änderungen der Leistungsbeschreibung sind sehr restriktiv. Dem Auftraggeber wird zwar die Möglichkeit eingeräumt, Änderungen in gewissem Umfang vorzunehmen, aufgrund der Bindung an

⁴³² S. S. 105; Krohn, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 237), 2017, § 19 Rn. 14, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.08.2011, VII Verg 36/11.

⁴³³ Lampert, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 121 GWB Rn. 141, 144.

⁴³⁴ Lampert, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 121 GWB Rn. 146; OLG Schleswig 30.4.2015 – 1 Verg 7/14, BeckRS 2015.

⁴³⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 03.08.201-VII-Verg 16/11; OLG Dresden, Beschluss v. 03.12.2003, W Verg 15/03; OLG Celle, Beschl. v. 16.01.2002-13 Verg 1/02.

⁴³⁶ Lampert, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 121 GWB Rn. 148.

die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze und den Bieterinteressen⁴³⁷ bildet dies keine Option, die dem Auftraggeber Spielräume in der Weise eröffnet, dass die Beschaffung flexibler erheblich gestaltet werden kann.

d) Produktneutralität bei der Ausschreibung

An dieser Stelle wird deutlich, dass mit der Beschaffungsautonomie des Auftraggebers und dem Interesse des Bieters an eindeutigen, klar formulierten und bindenden Aussagen hinsichtlich der Angebotserstellung - sprich einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren - zwei Grundsätze miteinander kollidieren, die es bestmöglich miteinander in Einklang zu bringen gilt.

In diesem Zusammenhang gewinnt das Gebot der produktneutralen Ausschreibung Bedeutung, welches sich aus dem Wettbewerbs- und dem Gleichbehandlungsgrundsatz in § 97 Abs. 1 GWB ableitet. Danach darf die Leistungsbeschreibung nicht in der Art gefasst sein, dass aufgrund der dort gewählten Formulierung bestimmte Verfahrens- oder Produktionsarten, aber auch Patente, Marken oder ähnliches ausgeschlossen oder präferiert und einige Unternehmen dadurch bevorz. bzw. benachteiligt werden. Eine Ausnahme besteht in dem Fall, dass dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Eine solche Rechtfertigung ist anzunehmen, wenn auftrags- oder sachbezogene Gründe eine Eingrenzung auf bestimmte Unternehmen oder Produkte erfordern. Welche dies sind, steht dem Auftraggeber im Rahmen seines Bestimmungsrechts frei, solange sie nicht willkürlichen oder diskriminierenden Entscheidungserwägungen unterfällt.⁴³⁸ Mögliche Gründe sind z. B. technische Zwänge bzgl. Gewicht und Festigkeiten oder die Ermöglichung einheitlicher Wartungs-, Reparatur- und Instandhaltungskosten. Daran sind jedoch stets sehr enge Voraussetzungen zu stellen, um diese nicht auf leichte Weise auszuhebeln.⁴³⁹

Weitere Ausnahmen sind vorgesehen, wenn aufgrund eines einzigen Produzenten am Markt kein Produktwettbewerb besteht, was - wenn überhaupt - sehr selten vorkommt oder mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ auf ein sogenanntes Leitprodukt verwiesen wird, weil eine

⁴³⁷ *Lampert*, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 121 GWB Rn. 142.

⁴³⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2010 – Verg 42/09, Beck RS 2010, 06143.

⁴³⁹ OLG Celle, Beschl. v. 22.05.2008-13 Verg 1/08; *Schwabe*, Gebot der produktneutralen Ausschreibung im Vergabeverfahren - eine „vergaberechtliche never ending story“, AnwZert BauR 6/2012 Anm. 1.

andere Erklärung den Beschaffungsgegenstand nicht bzw. unter unzumutbaren Umständen verständlich machen kann.⁴⁴⁰ Insbesondere fällt darunter aber auch die Wahl auf eine Technologie, wenn damit beispielsweise ein Ausfall oder Beschränkungen von Datenübertragungen im Katastrophenfall verhindert werden sollen.⁴⁴¹

Für den Auftraggeber stellt sich aufgrund dieses Grundsatzes bereits bei der Beschaffungsvorbereitung die Frage, wie weit er von seinem Bestimmungsrecht Gebrauch machen kann und inwieweit sich durch das Vergaberecht in Form der Vergaberechtsgrundsätze und dort insbesondere des Grundsatzes der produktneutralen Ausschreibung Einschränkungen für ein an wirtschaftlichen Maßstäben ausgerichtetes Handeln des Auftraggebers ergeben.

Bei der Erfassung des Beschaffungsgegenstandes ist stets im Einzelfall zu entscheiden, ob dadurch bereits der Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung verletzt ist, oder ob es sich noch um eine zulässige Ausübung dieses Leistungsbestimmungsrechts handelt.⁴⁴² Das Gebot der Wettbewerbsfreiheit ist Leitgedanke des Vergaberechts und entsprechend hoch zu bewerten. Gleichzeitig dürfen die Anforderungen für den Auftraggeber auch nicht zu hoch angelegt sein, ist er der Besteller, welcher dazu befähigt sein sollte, die Leistungsbeschreibung seinen Bedürfnissen entsprechend zu formulieren.⁴⁴³

Die Handhabung dieser Problematik erfolgte in der Rechtsprechung bislang nicht einheitlich. Auf der einen Seite sind bieterfreundliche Urteile zu finden, die den wettbewerbsrechtlichen Grundsatz betonen. Sie stellen zum Teil strenge Dokumentationsanforderungen an den Auftraggeber⁴⁴⁴ und fordern insbesondere, dass sich die öffentlichen Auftraggeber im Vorhinein weiträumig über die technischen Lösungsmöglichkeiten informieren und die Ausschreibung nicht auf bestimmte Vorgehensweisen beschränken dürfen.⁴⁴⁵ Durch diesen engen Spielraum, der den

⁴⁴⁰ S. *Schwabe* (Fn. 439), AnwZert BauR 6/2012 Anm. 1, der dies auch bei der Erstellung unverhältnismäßig umfangreicher oder Leistungsverzeichnisse als gegeben ansieht; *Wittmann*, Gebot produktneutraler Ausschreibung, AnwZert BauR (4) 2015, Anm. 2.

⁴⁴¹ OLG Düsseldorf (Fn. 438), Beschl. v. 17.02.2010 – Verg 42/09, Beck RS 2010, 06143.

⁴⁴² *Tugendreich*, Der Kunde ist König - Umfang des Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, NZBau 2013, S. 90 (91).

⁴⁴³ *Tugendreich* (Fn. 442), NZBau 2013, S. 90 (90).

⁴⁴⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.07.2010, 15 Verg 6/10; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.03.2004, Verg 1/04.

⁴⁴⁵ OLG Jena, NZBau 2006, S. 735; OLG Celle, 22.05.2008, VIII Verg 1/08.

Auftraggebern dabei zugestanden wird, erreicht man in jedem Falle zwangsläufig ein größeres Bieterfeld und trägt damit auch dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz Rechnung.⁴⁴⁶

Auf der anderen Seite vertritt u. a. insbesondere das OLG Düsseldorf⁴⁴⁷ eine stärkere Akzentuierung des Leistungsbestimmungsrechts. Hauptargument für diese Ansicht ist, dass die oben genannten Anforderungen zu einer extremen Verkomplizierung des Verfahrens führten und den Auftraggeber mit einem unverhältnismäßig hohen zeitlichen Aufwand belasteten. In Situationen, bei denen gerade die schnelle und zeitlich flexible Beschaffung benötigt wird, stellt dies weitere Hindernisse auf.

Das OLG Düsseldorf hat in einem Urteil einen Kriterienkatalog aufgestellt, der den Anforderungen an die Vergaberechtsgrundsätze genügen soll. Danach ist es ausreichend, wenn die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und die Entscheidung ohne Willkür aus objektiven und auftragsbezogenen Gründen erfolgt ist, die tatsächlich bestehen und andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminieren. Wenngleich dies einen Maßstab bildet, der einer Orientierung dienen kann, handelt es sich bei den Entscheidungen um Einzelfälle, da das Gericht letztlich entscheiden muss, ob der Auftraggeber bereits eine bestimmte Auswahl für ein Unternehmen vorgenommen hat oder ob er neutral beschaffen will. Eine subjektive gefärbte Bewertung kann daher nicht immer verhindert werden. Hier handelt es sich um eine Gratwanderung. Lässt man die niedrigen Anforderungen des OLG Düsseldorf genügen, ist die Missbrauchsgefahr einer diskriminierenden Leistungsbeschreibung dennoch höher und würde ein Vorgehen benachteiligter Bieter dagegen erschweren. Der Unterschied ist im Ergebnis der jeweilige Beurteilungsspielraum, der den Auftraggebern zugestanden wird und Einfluss auf die Überprüfungsmöglichkeiten der Bieter nimmt.⁴⁴⁸ Letztlich muss dem Auftraggeber zugestanden werden, bei seiner Entscheidung den Weg zu wählen, der den Beschaffungsauftrag sicher und zweckmäßig erfüllt.⁴⁴⁹ Dies gilt im Besonderen für die

⁴⁴⁶ *Tugendreich* (Fn. 442), NZBau 2013, S. 90 (91).

⁴⁴⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012, VII-Verg 10/12.

⁴⁴⁸ *Tugendreich* (Fn. 442), NZBau 2013, S. 90 (92).

⁴⁴⁹ *Münch*, Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers, AnwZert BauR, 10/2013, Anm. 1.

Beschaffung von sicherheitsrelevanten Gütern, da gerade diese besondere Sicherheitsvorkehrungen erfordern.

Mit der Neuregelung in § 31 Abs. 6 S. 1 VgV, die der Umsetzung von Art. 42 Abs. 4 RL 2014/24/EU dient, wurde nun eine Ausnahme vom Grundsatz der Produktneutralität normiert, wenn Gründe des Auftragsgegenstandes dieses rechtfertigen. Damit wird der Grundsatz der Beschaffungsautonomie gesetzlich anerkannt und sein Anwendungsbereich garantiert.⁴⁵⁰

2. Standardisierung bei der Leistungsbeschreibung

Es bietet sich an, den wie gesehen umfangreichen und langwierigen Prozess der Erstellung der Leistungsbeschreibung zu verkürzen oder zu vereinfachen. Dabei kann man an die Standardisierung dieser Prozesse für bestimmte Leistungen denken, die regelmäßig benötigt werden und keinerlei komplexe Elemente beinhalten.

Die Standardisierung ist in einigen rechtlichen Bereichen bereits üblich. Im Zivilrecht existieren zahlreiche Musterverträge, mithilfe derer die Abläufe der Vertragsgestaltung vereinfacht und beschleunigt werden sollen, um Kosten und Aufwendungen zu sparen. Auch die Hinzunahme von AGB-Klauseln können als Hilfestellung zu einer effektiveren und schnelleren Einigung gewertet werden. Zwar schließen diese Vorformulierungen, die fester Bestandteil des Vertrags sind, ein Ausverhandeln im Einzelnen aus. Der Rechtmäßigkeit dieser Bedingungen sind jedoch rechtliche Grenzen gesetzt. Ohne solche Standardisierungen und Vereinfachungen würde das alltägliche Einkaufsverhalten enorm erschwert und verkompliziert.

Im Bereich der Beschaffung sind die zwei Ebenen des Beschaffungsprozesses selbst sowie der sich anschließenden Vertragsgestaltung zu unterscheiden. Die Standardisierung der Leistung setzt dabei zu Beginn des ersten Schrittes an. Die Leistungsbeschreibung, basierend auf dem Beschaffungsgegenstand, stellt den Anfang des Vergabeverfahrens dar und bildet insofern das elementare Grundgerüst für die weitere Gestaltung.

Zu unterscheiden sind die Beschaffung von standardisierten Leistungen, bei denen in der Regel die konventionelle Leistungsbeschreibung

⁴⁵⁰ Burgi (Fn. 431), 18.03.2016, Berlin.

Anwendung findet, sowie eine Standardisierung der Leistungsbeschreibung selbst. In diesem Fall wird die Leistungsbeschreibung für bestimmte Arten von Verträgen vereinheitlicht, um im Bedarfsfall die Leistungen schneller und kostensparender zu beschaffen. Dies lässt den oft langwierigen Vorbereitungsprozess wegfallen, in dem zunächst der Beschaffungsgegenstand herausgearbeitet und formuliert werden muss und ermöglicht so eine Verkürzung des gesamten Beschaffungsablaufs.

Zwar erfordert eine solche Standardisierung selbst zunächst einen hohen Zeitaufwand, langfristig kann jedoch eine enorme Zeitersparnis bei der Beschaffungsplanung damit erreicht werden. Denkbar ist allgemein eine Standardisierung der gesamten Leistungsbeschreibung, zugeschnitten auf bestimmte Bedarfsgegenstände. Genauso möglich sind Maßnahmen oder Regelungen, die nur gewisse Teilbereiche betreffen bzw. konkrete Aspekte simplifizieren. Hier gibt es bereits Mechanismen, die in dieser Weise wirken, die Möglichkeiten sind an dieser Stelle aber wohl noch nicht ausgeschöpft.

a) Die Standardisierung der Leistungsbeschreibung selbst

Die Standardisierung der Leistungsbeschreibung senkt den Aufwand der Erstellung und ermöglicht eine bessere Vergleichbarkeit zwischen den einzelnen Leistungspositionen und den Angeboten. Das Standardleistungsbuch im Baubereich⁴⁵¹ sieht bereits solche Beschreibungen vor. Diese durch Normung und Standardisierung erreichte Vereinheitlichung bietet sich jedoch auch für andere Bereiche an. Bereits durch die gemeinsame Arbeit bei der Entwicklung der Standardisierungen in Normungsgremien oder ähnlichem besteht die Möglichkeit, eigene Bedarfe und Anforderungen bei der Entwicklung zukünftiger Standards mit einzubringen.⁴⁵²

Im Rahmen der Beschaffung der Bundeswehr durch das BAANBw spielt die Standardisierung der Leistungsbeschreibung ebenfalls eine immer

⁴⁵¹ Standardleistungsbuch für das Bauwesen des Gemeinsamen Ausschusses Elektronik im Bauwesen (GAEB) – STL-Bau und STL-BauZ, zu finden unter: <http://www.gaeb.de/de/> (z. a. am 05.03.2018).

⁴⁵² Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut f. Technologie und Management/Orrick Hölter & Elsing (Fn. 300), 2009, S. 198.

größere Rolle und ist als Beschaffungsoption in den Fokus gerückt. Zwar existiert hier noch keine derartige Standardisierung, allerdings ist die Entwicklung einer solchen erklärtes Ziel.⁴⁵³ Es wurde bereits ein spezieller Dienstposten eingerichtet, der die Entwicklung einer Standardisierung zur Aufgabe hat. Als problematisch erweist sich das Erfordernis an öffentliche Auftraggeber, die Leistungsbeschreibung erschöpfend und vollständig zu konzipieren. Es benötigt daher eine gute Verzahnung zwischen den technischen Verantwortlichen und den Erstellern der Leistungsbeschreibung. Dieser Prozess ist noch nicht optimal aufeinander abgestimmt und stellt eine der Herausforderungen für die weitere Entwicklung dar. Die Standardisierung der Leistungsbeschreibung ist in jedem Fall eine Beschaffungsoption mit enormer Bedeutung, die in Zukunft eine noch größere Rolle spielen soll und wird.

b) CPV – Das allgemeine Beschaffungsverzeichnis

Ansätze der Standardisierung von Leistungsbeschreibungen gibt es in Teilbereichen des Vergaberechts bereits. So besteht mit der am 05.11.2002 verabschiedeten Verordnung über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge („Common Procurement Vocabulary“, CPV)⁴⁵⁴ ein gemeinsames Vokabular der Europäischen Union zur Beschreibung des jeweiligen Leistungsgegenstandes in den Vergabebekanntmachungen, welches bei Bekanntmachungen im Amtsblatt der Europäischen Union verpflichtend zu benutzen und bekannt zu geben ist. Damit ist eine einheitliche europaweite Vergabe gewährleistet.⁴⁵⁵

Zielsetzung ist dabei die unionsweite Transparenz und Offenheit in Hinblick auf die Übermittlung von Informationen. Eine Förderung der grenzüberschreitenden Vergabe sowie der Chancengleichheit wird dabei ebenfalls gefordert, da die auf diesem Wege erfolgten Vergabebekanntmachungen mithilfe der Nomenklatur automatisch in alle EU-Amtssprachen übersetzt werden kann.⁴⁵⁶

⁴⁵³ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

⁴⁵⁴ Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.11.2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV), ABl. Nr. L 340, S. 1, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 596/2009 des EP und des Rates v. 18.06.2009, ABl. Nr. L 188, S. 14, 46.

⁴⁵⁵ Frenz, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, EU-Primär- und Sekundärrecht, Rn. 54.

⁴⁵⁶ Frenz, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, EU-Primär- und Sekundärrecht, Rn. 55.

Dadurch erhoffte man sich zum Zeitpunkt der Verabschiedung zudem auch, dass die Entwicklung des elektronischen öffentlichen Auftragswesens weiter vorangetrieben werden könnte.⁴⁵⁷ Im Weiteren bedient sich das EU-Vergabesekundärrecht zur Definition seines Anwendungsbereichs des CPVs.⁴⁵⁸

Das CPV führt zu einer größeren Streuung an potenzielle Auftraggeber, da diese unabhängig von sprachlichen Kenntnissen alle für sie in Frage kommenden Angebote wahrnehmen können, vgl. § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV.⁴⁵⁹ Das Klassifikationssystem führt zu einer Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten, sodass die Aufträge von allen Mitgliedstaaten auf einfachem Wege gefunden und zugeordnet werden können. Der jeweilige Code für den Gegenstand setzt sich aus einem Haupt- und einem Zusatzteil zusammen. Ersterer definiert den Auftragsgegenstand, während der Zusatzteil diesen um weitere qualitative Angaben ergänzt.⁴⁶⁰ Das allgemeine Beschaffungsverzeichnis ermöglicht somit die präzise Nennung des Bedarfs in Form einer allgemein gültigen und verständlichen Standardisierung von Begriffen.

3. Vollständigkeitsklauseln

Eine weitere denkbare Möglichkeit der Optimierung des Beschaffungsvorgangs im Rahmen der Leistungsbeschreibung ist die Aufnahme einer sogenannten Vollständigkeitsklausel in die Vertragsvereinbarung. Diese spielt im Vertragsrecht eine Rolle und legt dabei allgemein fest, dass die Vertragsparteien die abgeschlossene Vereinbarung als vollständig ansehen.⁴⁶¹ Auch über die Vollständigkeit einer erstellten Leistungsbeschreibung lässt sich eine solche Klausel abschließen, um damit eine Verlagerung der Risikosphären zu verwirklichen.

a) Arten von Vollständigkeitsklauseln

Grundsätzlich trägt unstrittig der Auftraggeber das Risiko der Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung. Wenn es zum

⁴⁵⁷ vgl. Pressemitteilung Kommission v. 25.09.2002, IP/02/1368, unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1368_de.htm (z. a. am 02.05.2016).

⁴⁵⁸ S. Anhang 2 RL 2014/24/EU.

⁴⁵⁹ *Rixen*, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 130 GWB Rn. 47.

⁴⁶⁰ *Franzius*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 14 VgV Rn. 7 f.

⁴⁶¹ *Schöne*, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 40. EL Oktober 2017, Rn. 334.

Vertragszeitpunkt noch nicht möglich ist, den Leistungsumfang insgesamt einschätzen zu können, trägt er das sogenannte Vollständigkeitsrisiko, also die Übernahme denkbarer weiterer entstehender Kosten zur Erfüllung der vereinbarten Leistung.⁴⁶² Eine Ausnahme davon gilt bei der funktionalen Leistungsbeschreibung, da hier wie erwähnt Planungsleistungen ohnehin auch vom Auftragnehmer erbracht werden sollen, womit per se bereits eine Verschiebung der ursprünglichen Verantwortungsbereiche einhergeht – allerdings nur für die tatsächlich übernommenen Planungsleistungen.

Der Abschluss von Vollständigkeitsklauseln bietet eine Möglichkeit, dieses Risiko auch in anderen Fällen auf die Bieter zu übertragen und damit Zeit und Kosten bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung einzusparen. Bei der Vereinbarung dieser Klauseln verpflichtet sich der Bieter, auch solche Leistungen zu erbringen und als abgegolten zu behandeln, welche sich nicht aus der Leistungsbeschreibung selbst ergeben, mit einer vollständigen Leistungserbringung letztlich jedoch einhergehen.⁴⁶³

Bei Pauschalverträgen wird ein fester Preis für die Leistungen festgesetzt, welcher in der Regel nicht mehr verändert wird, § 4 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A. Die Parteien haben sich hier endgültig auf eine Vergütung geeinigt, unabhängig von der benötigten Menge oder des erforderlichen Aufwands.⁴⁶⁴ Dies gilt jedoch auch nur dann, wenn der Leistungsgegenstand im Vorhinein hinreichend bestimmt worden ist, wie es bei der Erstellung einer Leistungsbeschreibung durch den Auftraggeber erforderlich ist. Nur in Ausnahmefällen wird die Vergütung im Rahmen eines Pauschalvertrags angepasst.⁴⁶⁵ Bei einem Detailpauschalvertrag, bei dem also eine detaillierte Beschreibung der Bauleistung erfolgt, besteht die Möglichkeit einer Preisänderung nur bei zusätzlichen Leistungen oder bei einer Leistungsänderung. Handelt es sich um eine globale Festsetzung, bedarf es einer Änderung der pauschalierten Leistung. Außerhalb der Vergabe von Bauleistungen existieren keine entsprechenden Regelungen.

⁴⁶² *Roquette*, Vollständigkeitsklauseln: Abwälzung des Risikos unvollständiger oder unrichtiger Leistungsbeschreibungen auf den Auftragnehmer, NZBau 2001, S. 57 (57).

⁴⁶³ *Roquette* (Fn. 462), NZBau 2001, S. 57 (58).

⁴⁶⁴ *Ohlerich*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 237), 2017, § 57 Rn. 64

⁴⁶⁵ *Heddäus*, Probleme und Lösungen um den Pauschalvertrag - Mischformen von Pauschalverträgen - Komplettheitsklauseln -, ZfBR 2005, S. 114 (114).

Es sind verschiedene Formen der Vollständigkeitsklauseln denkbar. Zu unterscheiden sind Bestätigungsklauseln, Widerspruchsklauseln und Schlüsselfertigkeitsklauseln. Der Inhalt der ersten ergibt sich zwangsläufig aus ihrem Wortlaut. Der Auftragnehmer übernimmt hier das gesamte Risiko für das Vorhaben, indem er bestätigt, dass er alle erforderlichen Unterlagen geprüft hat und die Vollständigkeit und Richtigkeit dieser in seine Verantwortungssphäre fällt. Die Schlüsselfertigkeitsklausel ist insofern ähnlich, als sie dem Auftragnehmer aufträgt, alle zur Schlüsselfertigkeit erforderlichen Tätigkeiten zu erbringen, die dabei in dem vereinbarten Pauschalpreis allesamt enthalten sind. Sie stellt eine Form der Vollständigkeitsklausel für Schlüsselfertigbauten dar.⁴⁶⁶ Widerspruchsklauseln schließlich ermöglichen es, alle Unstimmigkeiten oder Widersprüche innerhalb der Leistungsbeschreibung zu Gunsten des Auftraggebers auslegen zu lassen.⁴⁶⁷

b) Anwendungsmöglichkeiten und Beschränkungen

Der tatsächliche Anwendungsbereich der Vollständigkeitsklauseln hält sich jedoch in Grenzen. In der Regel wird davon auszugehen sein, dass solche Vollständigkeitsklauseln nicht wirksam sind, da sie den Grundsatz des Haftungsrisikos für denjenigen, der sie zu verantworten hat, umkehren wollen. Dies steht zunächst in einem Wertungswiderspruch zu den gesetzlichen Regelungen.⁴⁶⁸ In keinem Fall darf das vollständige Planungsrisiko durch die Vollständigkeitsklausel auf den Auftragnehmer abgeschoben werden.⁴⁶⁹ Ist der Auftraggeber derjenige, der für die Planungsleistungen zuständig ist, fallen diese auch in seinen Risikobereich.

Es bestehen jedoch Ausnahmefälle, in denen die Wirksamkeit einer Vollständigkeitsklausel dennoch bejaht wird. Für diese Beurteilung ist danach zu differenzieren, ob es sich um eine formularmäßige oder um eine individuelle Abrede handelt.

⁴⁶⁶ *Kapellmann*, in: *Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV)*, 6. Aufl. 2018, § 2 VOB/B, Rn. 263.

⁴⁶⁷ *Roquette* (Fn. 462), *NZBau* 2001, S. 57 (58).

⁴⁶⁸ *Röttgen*, *Klauseln zur Vervollständigung der Leistungsbeschreibung in IT-Verträgen (Vollständigkeitsklauseln)*, *CR* 2013, S. 628 (628).

⁴⁶⁹ *Heddäus* (Fn. 465), *ZfBR* 2005, S. 114 (117).

Im ersteren Fall setzen die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB diesen Klauseln Grenzen, bei den Individualverträgen ist hingegen § 242 BGB bei der Auslegung der Wirksamkeit heranzuziehen.⁴⁷⁰

Bei einer Festsetzung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen kann man dann von einer Wirksamkeit ausgehen, wenn darin keine bloße Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer zu sehen ist, sondern diese im konkreten Fall vielmehr der Klarstellung dient, dass alle erforderlichen Teilleistungen, die mit der Leistung zwingend einhergehen, als umfasst anzusehen sind. Entscheidend für diesen Ausnahmefall ist die Transparenz für den Auftragnehmer, der die von ihm eingegangene Verantwortung überschauen kann.⁴⁷¹

Gleiches gilt für den Fall, in dem die Leistungsbeschreibung vom Auftragnehmer selbst erstellt wird bzw. es sich um eine funktionale Leistungsbeschreibung handelt. In dieser Konstellation fehlt es an einem Wertungswiderspruch, weil wiederum derjenige das Haftungsrisiko trägt, dem die Verpflichtung über die Erbringung der Planungsleistungen obliegt.⁴⁷²

Eine mangelnde Schutzbedürftigkeit des Auftragnehmers führt ebenfalls zur Zulässigkeit der Vereinbarung. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn dieser über ausreichendes Wissen verfügt, beispielweise weil er bereits auf den Vorgängervertrag der Leistung den Zuschlag erhalten hat.⁴⁷³

Bei Individualverträgen sind die Voraussetzungen für eine Wirksamkeit weniger streng und vor allem an dem genannten § 242 sowie den §§ 134, 138 BGB zu messen. Insofern kann in der Regel von einer Wirksamkeit ausgegangen werden. Allerdings haftet der Auftragnehmer bei einer Übertragung auch hier nicht für eine „planerische Richtigkeit“ der Leistungsbeschreibung, sondern nach dem objektiven Empfängerhorizont nur für die Leistungen, welche erkennbar Teil seiner vertraglich geschuldeten Pflicht sind.⁴⁷⁴

Nach diesen Bewertungen stellt sich die Frage, inwieweit Vollständigkeitsklauseln ein probates Mittel innerhalb der Erstellung der

⁴⁷⁰ *Roquette* (Fn. 462), NZBau 2001, S. 57 (57, 61).

⁴⁷¹ Röttgen (Fn. 468), CR 2013, S. 628 (630).

⁴⁷² OLG Düsseldorf v. 30.09.2003 - 23 U 204/02, BeckRS 2003 30329447; Röttgen (Fn. 468), CR 2013, S. 628 (630).

⁴⁷³ Röttgen (Fn. 468), CR 2013, S. 628 (631).

⁴⁷⁴ Röttgen (Fn. 468), CR 2013, S. 628 (631); *Roquette* (Fn. 462), NZBau 2001, S. 57 (61); OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.09.2003 - 23 U 204/02, BeckRS 2003 30329447.

Leistungsbeschreibung sind, um den Vergabeprozess aus dem Blickwinkel der Auftraggeber zu verbessern und effizienter zu gestalten. Selbst wenn die Vollständigkeitsklausel im Einzelfall als wirksam anzusehen ist, befreit sie den Auftraggeber nicht von der sorgfältigen Erstellung einer Leistungsbeschreibung und gibt ihm keine Garantie dafür, dass etwaige Fehlkalkulationen oder Lücken nun auf den Schultern des Auftragnehmers lasten.⁴⁷⁵ Letztlich kommt es immer auf eine objektive Auslegung an. Insofern kann die Verwendung von Vollständigkeitsklauseln nur im Ausnahmefall zu einer verbesserten Ausgangsposition des öffentlichen Auftraggebers beitragen. Als zuverlässige und dauerhafte zukünftige Lösungsvariante für eine effektivere Beschaffung bietet sie sich jedoch nicht an.

4. Ergänzungen durch Bedarfs- und Alternativpositionen

Die umfangreichen Festsetzungen und Pflichten innerhalb der Entwicklung der Leistungsbeschreibung führen dazu, dass diese das kostspieligste Element innerhalb des Vergabeverfahrens darstellt. Es erscheint also sinnvoll, an der Leistungsbeschreibung anzusetzen und ihren Anwendungsbereich sowie ihre Gestaltung zu hinterfragen.⁴⁷⁶ Dies gilt insbesondere für die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis, welche aufgrund des langen Zeitraums zwischen ihrer Erstellung und der tatsächlichen Realisierung der Vorhaben oftmals nicht auf dem aktuellen Stand ist und bei Änderungen nicht mehr angepasst werden kann. Dies führt zu zusätzlichen Kostensteigerungen.⁴⁷⁷ Es soll daher untersucht werden, inwieweit dieser Problematik mithilfe von Bedarfs- und Alternativpositionen begegnet werden kann, indem diese die Leistungsbeschreibung ergänzen und damit flexibler machen.

Unter Bedarfspositionen (auch Eventualpositionen) sind solche Zusätze zu verstehen, bei denen die Erforderlichkeit und das Ausmaß einzelner Elemente bei der Formulierung der Leistungsbeschreibung noch nicht abschließend festgelegt werden können und daher auf den Zeitraum nach der Auftragserteilung verschoben werden.⁴⁷⁸ In der

⁴⁷⁵ Röttgen (Fn. 468), CR 2013, S. 628 (632).

⁴⁷⁶ So Pils, *Erfordert das Haushaltsrecht eine Flexibilisierung der Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung nach den Verdingungsordnungen?*, 2012, S. 48 ff.

⁴⁷⁷ Pils (Fn. 476), 2012, S. 50, 57.

⁴⁷⁸ Lampert, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 121 GWB Rn. 53; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.02.2010 - Az. Verg 36/09.

Leistungsbeschreibung erfolgt eine Preisabfrage durch den Auftraggeber, um bei Vorliegen eines Bedarfes die Leistungen über diesen Zusatzauftrag ohne eine erneute Ausschreibung in Anspruch nehmen zu können.⁴⁷⁹ Dies erfordert zur Einhaltung der Vergaberechtsgrundsätze jedoch bestimmte Anforderungen: Vor der Festsetzung einer Bedarfsposition ist der öffentliche Auftraggeber gezwungen, sämtliche ihm gebotenen Aufklärungsmöglichkeiten zu nutzen und dies im Vergabevermerk zu dokumentieren.⁴⁸⁰

Darüber hinaus dürfen die Bedarfspositionen sich nur auf einen untergeordneten Teil der Leistung beziehen⁴⁸¹ und müssen klar als solche ausgewiesen werden.⁴⁸² Anders als die vorgezogene Vergabereife, bei der aufgrund von Dringlichkeit eine Beschaffung noch nicht mit Sicherheit benötigt wird, handelt es sich bei den Bedarfspositionen lediglich um untergeordnete Teile einer Leistung, die in jedem Falle beschafft werden soll und bei der allein der Umfang nicht vollständig zu ermitteln ist.

Die Aufnahme von Bedarfspositionen bietet daher eine gute Möglichkeit, den Vorgang der Leistungsbeschreibung flexibler zu gestalten. In zeitlicher Hinsicht bietet sie jedoch nur in geringer Weise Abhilfe, da der Prozess der Leistungsbeschreibung weiterhin in der üblichen Form zu erfolgen hat.

Die Alternativposition (oder Wahlposition) gibt dem Auftraggeber stattdessen die Möglichkeit, einzelne Leistungen noch nicht vollends zum Teil der Leistungsbeschreibung zu machen, sondern die Grundpositionen gegebenenfalls durch diese zu ersetzen.⁴⁸³

Sie stellt damit eine Option des Auftraggebers dar, bei der mehrere Alternativen zur Leistungserbringung in das Leistungsverzeichnis aufgenommen werden, sofern der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse an der Aufnahme vorbringen kann. Mit dem Zuschlag entscheidet er sich sodann für die Alternative, die seinen Bedürfnissen am ehesten gerecht

⁴⁷⁹ *Lampert*, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 121 GWB Rn. 53; OLG Düsseldorf 10.02.2010 – VII-Verg 36/09, ZfBR 2011, 298.

⁴⁸⁰ OLG Düsseldorf 28.02.2008-VII-Verg 57/06.

⁴⁸¹ *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 121 GWB Rn. 101.

⁴⁸² *Lampert*, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 121 GWB Rn. 54.

⁴⁸³ *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 121 GWB Rn. 103; Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut f. Technologie und Management/Orrick Hölters & Elsing (Fn. 300), 2009, S. 166; OLG Düsseldorf 02.08.2002 – VII-Verg 25/02.

wird.⁴⁸⁴ Die Wahl- oder Alternativposition stellt dabei lediglich eine in das Leistungsverzeichnis mitaufgenommene Alternative zum Hauptangebot dar.⁴⁸⁵ Die Abgabe mehrerer technisch unterschiedlicher Hauptangebote durch den Bieter ist ohne weiteres möglich.⁴⁸⁶

Gerade dies erfordert jedoch auch eine kritische Betrachtung und resultiert in strengen Voraussetzungen einer Anwendung, muss die Leistungsbeschreibung doch gerade erschöpfend und eindeutig ausgestaltet sein.⁴⁸⁷ Der Einsatz einer Alternativposition ist daher nur im Ausnahmefall möglich, nämlich nur dann, wenn der Auftraggeber ein gerechtfertigtes Interesse an der Aufnahme dieser belegen kann und sie im Vergleich zu der Hauptleistung lediglich von untergeordneter Bedeutung ist.⁴⁸⁸

Dies erfordert zudem die objektive Feststellung, dass noch nicht absehbar ist, ob weitere Leistungen als die angegebene nötig werden. Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers kann in diesem Fall etwa dann gegeben sein, wenn die Haushaltssituation und damit das zur Verfügung stehende Budget noch nicht endgültig feststehen.⁴⁸⁹ Sie kann daher nicht die Mängelerscheinungen bzw. die mit der Leistungsbeschreibung einhergehenden Probleme aufheben.⁴⁹⁰

In Fällen, bei denen das Verhandlungsverfahren nach §§ 119 Abs. 5 GWB, 17 VgV, 11 Abs. 2, 12 VSVgV Anwendung findet, gilt der Vorrang der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis nicht. Hier treffen den Auftraggeber weniger strenge Voraussetzungen, da eine entsprechende Präzisierung der Leistung zu diesem Zeitpunkt noch nicht möglich ist.⁴⁹¹ Daher wird an dieser Stelle die funktionale Leistungsbeschreibung relevant, die mehr Spielräume bietet, gleichwohl auch sie nicht zu einer elementaren Verkürzung des Prozesses der Leistungsbeschreibung führt.

⁴⁸⁴ Wittmann, Zulässigkeit von Wahl- bzw. Alternativpositionen im Vergabeverfahren, AnwZert BauR (6) 2013, Anm. 2.

⁴⁸⁵ Wittmann (Fn. 484), AnwZert BauR (6) 2013, Anm. 2.

⁴⁸⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2010- VII-Verg 61/09 Rn. 19.

⁴⁸⁷ S. S. 105.

⁴⁸⁸ Vgl. etwa OLG Düsseldorf 02.08.2002 – VII-Verg 25/02, 216; OLG München 22.10.2015 – Verg 5/15, NZBau 2016, S. 63.

⁴⁸⁹ Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut für Technologie und Management/Orrick Hölters & Elsing (Fn. 300), 2009, S. 167.

⁴⁹⁰ Pils (Fn. 476), S. 60.

⁴⁹¹ Pils (Fn. 476), S. 62.

II. Die Gewährleistung der Bieterreignung

1. Allgemeines

Die Überprüfung der Eignung des Bieters bildet einen Schritt des Vergabeverfahrens innerhalb des Prüfungs- und Bewertungsverfahrens. Nachdem die eingehenden Unterlagen entsprechend vermerkt und auf Vollständigkeit sowie rechnerische und fachliche Richtigkeit überprüft wurden, werden in diesem Schritt die Bieter aus dem Verfahren ausgeschlossen, die nicht die erforderlichen Eignungsmerkmale aufweisen.⁴⁹² Die Gewährleistung der Eignung stellt sich als besonders bedeutsam dar, da gerade hier eine zuverlässige und schnelle Leistungsbereitschaft erforderlich ist.

Bislang in § 97 Abs. 4 GWB als sog. Bieterqualifikation⁴⁹³ geregelt, findet sich mit der neuen Ausgestaltung des Vergaberechts in § 122 GWB nun eine eigene Norm, die sich mit der Eignung des Auftragnehmers befasst. Öffentliche Aufträge werden danach „an fachkundige und leistungsfähige (geeignete⁴⁹⁴) Unternehmen vergeben, die nicht nach §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen worden sind“, § 122 Abs. 1 GWB. Der Ausgestaltung der Eignungskriterien wurde dabei ebenfalls ein rechtlicher Rahmen gegeben. Diese dürfen sich demnach nur auf die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (§ 122 Abs. 2 Nr. 1), die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 Nr. 2) sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 Nr. 3) beziehen und sind damit abschließend.⁴⁹⁵ Die vorher bereits geltenden Grundsätze werden damit zur verbesserten Rechtssicherheit und Klarheit nun genau im Gesetz definiert. Auf Verordnungsebene gelten die §§ 42 ff. VgV, wobei § 42 VgV auf die §§ 123 ff. GWB verweist. Es erfolgt, mit Ausnahme beim offenen Verfahren, nur dann die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, wenn die Eignung des Auftragnehmers nachgewiesen und nicht ausgeschlossen wurde, § 42 Abs. 2, 3 VgV. Beim offenen Verfahren ist dies auch anschließend möglich. §§ 45 f. VgV regeln die Voraussetzungen für die wirtschaftliche und finanzielle sowie für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

⁴⁹² Ruthig/Storr (Fn. 251), 2015, Rn. 1079 ff.

⁴⁹³ Ruthig/Storr (Fn. 251), 2015, Rn. 1056.

⁴⁹⁴ Definiert in § 122 Abs. 2 GWB.

⁴⁹⁵ Hausmann/von Hoff, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 119 GWB Rn. 15.

Eine Besonderheit regelt § 47 VgV mit der Eignungsleihe. Danach hat der Bieter bei bestimmten Aufträgen die Möglichkeit, die wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen. Dabei muss er nachweisen, dass ihm diese Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen, beispielsweise durch Verpflichtungserklärungen dieser Unternehmen. Bei kritischen Aufgaben kann der Auftraggeber aber auch verlangen, dass der Bieter diese selbst ausführt, § 47 Abs. 5 VgV. Entscheidend ist dabei nach dem Gesetzeswortlaut das Bestehen eines „sachlichen Zusammenhangs“ zum Auftragsgegenstand. Im Falle von Anforderungen an die Datensicherheit wird dies dann der Fall sein, wenn ein begründetes Interesse des Auftraggebers daran besteht, den Schutz sensibler Daten zu gewährleisten, die für den Schutz des Staates von besonderer Bedeutung sind.⁴⁹⁶ Die vom Auftraggeber geforderten besonderen Ausführungsbedingungen sind in die Leistungsbeschreibung mit aufzunehmen und werden mit Erteilung des Zuschlags automatisch Vertragsbestandteil. Sie unterscheiden sich damit von Eignungsanforderungen insofern, als dass sie als Vertragsbestandteile nach dem Zuschlag ansetzen, die Eignungsanforderungen dagegen bereits an das Angebot anknüpfen. Trotzdem umfasst die Leistungsprognose im Rahmen der Eignungsprüfung auch die Erfüllbarkeit der Auftragsanforderungen, da sich das Verfahren dadurch ansonsten ineffektiv gestalten könnte.⁴⁹⁷ Zu bemerken ist, dass diese Regelung sich in der VSVgV nicht wiederfindet, da diese nicht selten in Widerspruch zu den Sicherheitsbelangen steht. Gerade bei sicherheitsrelevanten Aufträgen kommt es dem Auftraggeber darauf an, in direkten Kontakt mit seinem Vertragspartner zu treten.

Des Weiteren gilt für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen nach § 147 GWB die Besonderheit, dass die Vorschriften der §§ 122 bis 135 GWB mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden sind, dass ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 GWB auch dann möglich ist, wenn das Unternehmen nicht die entsprechende Vertrauenswürdigkeit aufweist, um Risiken für die nationale Sicherheit auszuschließen. Das Erlangen dieser Informationen

⁴⁹⁶ OLG Düsseldorf: Unzulässiger Rahmenvertrag im Verteidigungssektor - BSI, NZBau 2016, 235 (248).

⁴⁹⁷ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 97 GWB Rn. 163 f.

kann danach auch aufgrund geschützter Datenquellen erfolgen. Bislang war dies in § 6 VSVgV selbst unter den Ausschlussgründen geregelt. Die Eignungsanforderungen der Bieter für Vergaben in diesem Bereich regeln die §§ 21 ff. VSVgV. § 21 Abs. 1 VSVgV bestimmt die Wahrung der Eignungsanforderungen nach § 122 Abs. 1 GWB. Nach § 22 Abs. 1 VSVgV müssen die Auftraggeber bekannt geben, mit welchen Belegen ihre Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nachzuweisen ist. Die Auftraggeber können dabei Mindestanforderungen stellen und die Anzahl der Bieter begrenzen. Ansonsten orientieren sich die Vorschriften an den allgemeinen Regeln, hier gibt es insoweit keine zusätzlichen Besonderheiten für Vergaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit. In den § 23 (zwingender Ausschluss) und § 24 (fakultativer Ausschluss) VSVgV sind die Ausschlussgründe festgelegt. Nach § 23 ist ein Unternehmen bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes nach § 147 i. V. m. § 123 GWB jederzeit vom Vergabeverfahren auszuschließen. Dem Auftraggeber steht hierbei die Möglichkeit zur Verfügung, Informationen über die persönliche Lage des Bieters einzuholen. Ein fakultativer Ausschluss nach § 24 VSVgV gemäß § 124 i. V. m. § 147 GWB kann nur unter Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen. §§ 25 bis 28 VSVgV befassen sich mit den Nachweisen der Erlaubnis zur Berufsausübung, der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit sowie der Einhaltung von Normen des Qualitäts- und Umweltmanagements.

2. Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)⁴⁹⁸

Nach § 48 Abs. 3 VgV kann der Eignungsnachweis vorläufig auch durch die Einheitliche Europäische Eigenerklärung erfolgen (EEE), die in § 50 VgV geregelt ist. Sie basiert auf Art. 59 RL 2014/24/EU und begründete die Durchführungsverordnung zur Einführung des Standardformulars für die EEE.⁴⁹⁹

Die EEE dient dazu, das Verfahren der Eignungsprüfung der Bieter zu vereinfachen, indem keine Pflicht mehr besteht, umfangreiche

⁴⁹⁸ Neun/Otting, Die Entwicklung des europäischen Vergaberechts in den Jahren 2015/2016, EuZW 2016, 486 ff.

⁴⁹⁹ Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 05.01.2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl. L Nr. 3 v. 06.01.2016.

Bescheinigungen wie bislang üblich bereits am Anfang des Vergabeverfahrens zu erbringen.⁵⁰⁰ Konkret meint dies die Reduzierung des Verwaltungsaufwands durch ein einheitliches Formular auf europäischer Ebene.⁵⁰¹ Nach einer Übergangsfrist (maximal bis zum 18.04.2018) ist die Einreichung der EEE nur in elektronischer Form möglich,⁵⁰² was wie oben gesehen einer weiteren Beschleunigung des Verfahrens zuträglich ist.

Die EEE ersetzt nun die Nachweise und erfordert lediglich eine Erklärung des Bewerbers bzgl. des Vorliegens bestimmter Anforderungen. Dazu gehört, dass keine Ausschlussgründe nach Art. 57 RL 2014/24/EU vorliegen, die vom Auftraggeber geforderten Eignungsvoraussetzungen nach Art. 58 RL 2014/24/EU hinsichtlich der Befähigung zu Berufsausübung, der wirtschaftlichen und finanziellen sowie der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit erfüllt sind, und dass die Nachweise dafür jederzeit erbracht werden können. Bei einem zweistufigen Verfahren, d. h. im Falle eines mit einem vorgeschalteten Teilnehmerwettbewerb,⁵⁰³ muss der Bieter zudem versichern, dass die objektiven und somit nichtdiskriminierenden Kriterien des öffentlichen Auftraggebers nach Art. 65 RL 2014/24/EU zur Reduzierung der Teilnehmer eingehalten werden.⁵⁰⁴ Die Nachweise müssen zu einem späteren Zeitpunkt i. d. R. nur von dem Unternehmen vorgelegt werden, welches den Zuschlag erhalten soll. Wenn die Durchführung des Verfahrens es erfordert, kann dies aber auch von jedem anderen Bieter gefordert werden. Dabei ist die EEE ebenso für Verfahren anwendbar, die unter die RL 2014/25/EU fallen, hier gelten zudem auch dieselben Ausschluss- und Eignungsmaßstäbe.⁵⁰⁵

Die EEE besteht aus folgenden Abschnitten: Teil I enthält Angaben zu dem Vergabeverfahren und dem öffentlichen (Sektoren-) Auftraggeber.

⁵⁰⁰ BMWi, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts v. 07.01.2015, unter: <https://www.bmw.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (z. a. am 23.03.2016).

⁵⁰¹ Erwägungsgründe 1, 3 f. DurchführungsVO 2016/7 (Fn. 499).

⁵⁰² Vgl. Art. 59 Abs. 2 UA 2 i.V.m. Art. 90 Abs. 3 RL 2014/24/EU.

⁵⁰³ Unterhalb der Schwellenwerte sind dies i. d. R. die beschränkte Ausschreibung und die freihändige Vergabe, im EU-Vergaberecht das nicht-offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog.

⁵⁰⁴ BMWi (Fn. 500), Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, 2015.

⁵⁰⁵ Erwägungsgrund 2 DurchführungsVO 2016/7 (Fn. 499).

Die Teile II bis IV sind vom Wirtschaftsteilnehmer auszufüllen. Teil II enthält dabei die allgemeinen Angaben zu Person und rechtlicher Vertretung des Bieters, Teil III gliedert sich in verschiedene Ausschlussgründe, deren Nichtvorliegen der Bieter zu bestätigen hat, beispielsweise im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung (A.) oder Insolvenz, Interessenkonflikten oder beruflichem Fehlverhalten (C.). Im Teil IV geht es um die Eignungskriterien, für die i. d. R. eine bloße Bestätigung ihres Vorliegens gefordert wird.⁵⁰⁶

Die EEE stellt damit eine Vorlage dar, mit der einheitlich und unkompliziert die Eignungsprüfung durchgeführt werden kann. Der Auftraggeber hat aufgrund dieser identischen Darstellung aller Bieter eine bessere Übersicht und kann das Vergabeverfahren dadurch viel kürzer halten sowie Kosten sparen.

Im Bereich der VSVgV ist die EEE nicht geregelt. Abgesehen davon handelt es sich dabei allerdings um ein Verfahren, welches nach seiner Zielrichtung in Betracht kommt. Der Beschaffungsvorgang wird beschleunigt, der übliche Prozess verkürzt. In Hinblick auf die zunehmende Bedeutung ist daher anzudenken, ein entsprechendes Formular für diesen Bereich zu entwickeln bzw. die erforderlichen Besonderheiten einzuarbeiten.

3. Präqualifikationssysteme

Eine weitere Nachweismöglichkeit besteht mithilfe der Präqualifikation. Das Präqualifikationssystem ist innerhalb des Vergabeverfahrens zulässig, um die Eignung oder das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu beweisen, §§ 122 Abs. 3 GWB, 48 Abs. 8 VgV.⁵⁰⁷ Dadurch wird die bei nahezu jeder Ausschreibung anfallende Prüfung bestimmter Eignungsnachweise vorweggenommen, sodass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines konkreten Vergabeverfahrens nicht mehr alle Einzelnachweise prüfen muss, sondern grundsätzlich der Nachweis der Präqualifizierung ausreichend ist.⁵⁰⁸ Beiden Seiten - Auftraggeber und Bieter - bietet dies erhebliche Einsparungspotentiale bzgl. Kosten und

⁵⁰⁶ Anhang 1 DurchführungsVO 2016/7 (Fn. 499).

⁵⁰⁷ In der VSVgV existiert keine entsprechende Vorschrift.

⁵⁰⁸ *Tugendreich*, Der Anwendungsbereich von Präqualifikationsverfahren im deutschen Vergaberecht, NZBau 2011, S. 467 (468).

Zeit.⁵⁰⁹ Es bietet sich daher in derselben Weise wie die EEE aufgrund seiner Wirkung an.

Die Präqualifizierung findet unabhängig von einer konkreten Ausschreibung statt und ermöglicht potentiellen Bietern, ihre generelle Leistungsfähigkeit nachzuweisen.⁵¹⁰ Aufgrund dieses abstrakten Charakters eignet sich die Präqualifikation nur für Bereiche, in denen gewisse Mindeststandards hinsichtlich der Eignungsprüfung ausreichend sind.⁵¹¹ Dabei ist der Auftraggeber nun anders als der bisherigen Rechtslage verpflichtet, die Präqualifizierung zu akzeptieren, kann andersherum dieses aber nicht vom Bieter verlangen.⁵¹²

Der Eignungsnachweis der Präqualifikation erfolgt daher insbesondere bei standardisierten Anforderungen für bestimmte Auftragsarten, sodass auf individuelle Eignungsprüfungen verzichtet werden kann. Das Ergebnis der Präqualifikation ist eine in der Regel befristete Zertifizierung oder Zulassung als Bewerber oder Bieter, sodass sie als eine Vorstufe für spätere Vergabeverfahren bezeichnet werden kann.⁵¹³

Die Vorteile der Präqualifikation liegen vor allem darin, dass hierdurch der Prozessaufwand für den Eignungsnachweis und die Zeitdauer der Eignungsprüfung im konkreten Vergabeverfahren reduziert werden kann. Auf Auftraggeberseite hat die Präqualifizierung allerdings dann einen beschränkten Nutzen, wenn ohnehin ergänzende Eignungsnachweise zu prüfen sind.⁵¹⁴ Dies ist regelmäßig dann gegeben, wenn aufgrund besonderer Sicherheitsaspekte zusätzliche Eignungskriterien erforderlich sind, die von dem regulären Nachweis nicht umfasst sind. Dies macht ebenfalls das Bedürfnis deutlich, dass es durchaus sinnvoll sein kann, entsprechende Eignungsprüfungen vorzuverlagern und Instrumente zu schaffen – etwa in Form von speziellen Zertifikaten, ausgerichtet auf diese Besonderheiten – welche der Beschaffung in diesen speziellen Situationen genügen.

⁵⁰⁹ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 97 GWB Rn. 130.

⁵¹⁰ *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 122 GWB Rn. 100.

⁵¹¹ *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 122 GWB Rn. 103.

⁵¹² *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, GWB, § 122 Rn 29, 33; Art. 52 Abs. 5 RL 2014/24/EU.

⁵¹³ *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 122 GWB Rn. 101.

⁵¹⁴ *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 122 GWB Rn. 103.

4. „Mehr an Eignung“

In der Regel handelt es sich bei den Eignungskriterien um Zulassungskriterien, nicht um Bewertungskriterien. Eine Eignung liegt also entweder vor oder sie ist zu verneinen und führt in der Folge zum Ausschluss des Wettbewerbers im Vergabeverfahren. Für die weitere anschließende Bewertung darf sie damit keine Rolle spielen.⁵¹⁵ Bislang herrschte daher eine Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien.⁵¹⁶

Es ist jedoch nachvollziehbar, dass der Auftraggeber in bestimmten Bereichen ein Interesse daran hat, auch Kriterien, die eigentlich der Eignung zuzuordnen sind, in die folgende Bewertung und Zuschlagserteilung mit einzubeziehen. Dies können beispielsweise bisherige Erfahrungen mit dem Bieter sein.⁵¹⁷

War diese Berücksichtigung des „Mehr an Eignung“ bislang nicht möglich, finden die persönlichen Eignungsfähigkeiten mit den neuen Vergaberichtlinien nun Beachtung als ein personenbezogenes Zuschlagskriterium. Nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV dürfen als Eigenschaften auch die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals berücksichtigt werden, wenn diese in besonderem Maße in Zusammenhang mit dem Auftrag stehen. Damit wird der wirtschaftliche Wert dieser Kriterien auf die Qualität der Vertragserfüllung anerkannt.⁵¹⁸ Die Zuschlagskriterien dürfen dabei aber selbstverständlich nicht so offen formuliert werden, dass eine willkürliche Auswahl möglich ist, Art. 67 Abs. 4 RL 2014/24/EU.

Auch wenn diese auf Beschaffungen auf Grundlage der VSVgV nicht anwendbar ist, können so besonderen Anforderungen durch auf sie zugeschnittene Eignungskriterien Rechnung getragen werden. Denkbar wäre dies etwa in Form einer über die üblichen Maßstäbe hinausgehenden Zuverlässigkeit oder Besonderheiten hinsichtlich der Schnelligkeit.

⁵¹⁵ Vgl. *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 122 GWB Rn. 22; EuGH Urt. v 12.11.2009 – Rs. C-199/96.

⁵¹⁶ *Byok*, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2015, NJW 2016, 1494 (1495).

⁵¹⁷ Vgl. OLG Karlsruhe: Bieter geeignet? Auftraggeber darf bisherige Erfahrungen berücksichtigen, ZfBR 2016, S. 202.

⁵¹⁸ Erwägungsgrund 94 RL 2014/24/EU.

III. Die Elektronische Beschaffung

Die elektronische Beschaffung, auch e-Procurement oder e-Vergabe genannt, umfasst elektronische Instrumente für alle denkbaren Schritte innerhalb des Vergabeprozesses. Dazu zählen die Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens auf EU- oder nationaler Ebene, die Zurverfügungstellung der erforderlichen Unterlagen für den Bieter, die Kommunikation zwischen Wettbewerbern und Auftraggeber sowie schließlich die Abgabe von Angeboten. Die e-Vergabe ermöglicht theoretisch sogar den vollständigen Ablauf des Vergabeverfahrens über eine digitale Vergabeplattform, wie es etwa die des Bundes vorsieht.⁵¹⁹ Die Digitalisierung des gesamten Prozesses ist die Zielvorgabe für die e-Vergabe innerhalb der EU, wie sie die Strategie der Europäischen Kommission festlegt.⁵²⁰ Diese befasst sich mit der Bedeutung und den zur Umstellung auf diese vorgesehenen Maßnahmen. Die wirtschaftlichen Vorteile der e-Vergabe liegen danach vor allem in der Effizienz des Vergabeverfahrens. Transparenz und Compliance sind beispielsweise nach Ansicht von über 50% der privaten Auftraggeber durch die e-Vergabe stark oder sogar sehr stark erhöht, wodurch sich auch die Zusammenarbeit mit den Auftragnehmern verbessert. Positive Auswirkungen versprechen auch einige europäische Länder, in denen die e-Vergabe bereits gängig ist. Nach der Kommission führt die e-Vergabe in Frankreich etwa zu 10% weniger Verwaltungsaufwand und Aufwand für juristische Dienste. Auch die Beschaffungspreise sind in den ausübenden Ländern oder Einrichtungen nach der Kommission um zum Teil bis zu 20% gesunken.⁵²¹ Diese Verfahrensbeschleunigung wirkt sich positiv aus, indem die e-Vergabe, auch aufgrund der stärkeren internationalen Vernetzung, dazu beiträgt, schneller und effizienter zu beschaffen.

Die elektronische Beschaffung wurde mit diesem Hintergrund über die letzten Jahre stetig weiterbetrieben und -entwickelt, insbesondere anhand von Projekten der öffentlichen Hand:

⁵¹⁹ Unter: www.evergabe-online.de (z. a. am 31.08.2016).

⁵²⁰ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Strategie für die e-Vergabe, Brüssel, den 20.04.2012, COM (2012) 179 final, S. 3.

⁵²¹ Europäische Kommission (Fn. 520), 2012, S. 1, 4.

Das Projekt REPROC (references procurement)⁵²² befasste sich mit der Optimierung der öffentlichen Beschaffung und zielte auf die Schaffung durchgängiger elektronischer Prozessketten, um dadurch Kosteneinsparungen und effizienteres Einkaufen zu ermöglichen. Der Anlass für dieses von Juli 2008 bis April 2012 laufende und vom BMWi geförderte BME-Verbundprojekt war, dass aufgrund der unterschiedlichen Organisationsstrukturen auf Ebene des Bundes, der Länder und der Kommunen bislang kein einheitliches Softwaresystem für die elektronische Beschaffung bestand. Nachdem das Projekt die erforderlichen Projektstufen durchlaufen hatte, war es möglich den Beschaffungsprozess mit weiteren elektronischen Prozessen zu verbinden und die verschiedenen Arbeitsschritte in abgeschlossene Teilprozesse zu untergliedern.⁵²³ Das REPROC zeichnete sich dabei durch die Betrachtung des gesamten Beschaffungsablaufs und dessen Unterteilung aus, d. h. angefangen von der Bedarfsentstehung bis zu seinem Abschluss in der Überwachung, wobei während dieses gesamten Prozesses die Transparenz gegeben war.⁵²⁴

Das Projekt eCertis dient der Information von Unternehmen oder Auftraggebern, in denen das Vergabeverfahren einen Auslandsbezug aufweist. Die Plattform gibt Aufschluss über die erforderlichen Nachweise und Bescheinigungen und bietet damit eine Hilfestellung für die Erstellung der Unterlagen.⁵²⁵

Die sogenannte XVergabe vom Beschaffungsamt des Bundesministeriums für Inneres und des Landes Nordrhein-Westfalen verfolgt das Ziel, einheitliche Standards für die Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber und einen einheitlichen Zugang zu den unterschiedlichen Vergabeplattformen zu entwickeln. Seit Mitte 2016 besteht die Möglichkeit, sich über diese Plattform auszutauschen.⁵²⁶ Durch § 13 VgV,

⁵²² Vgl. *Eßig/Jungclaus/Scholzen/Vu Thi* (Fn. 227), 2013, S. 3.

⁵²³ BMWi (Fn. 125), *Impulse für Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen*, 2010, S. 27 ff.

⁵²⁴ BMWi (Fn. 118), *Impulse für mehr Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen*, Leitfaden 2014, S. 26.

⁵²⁵ *Probst/Winters*, eVergabe - ein Blick in die Zukunft des elektronischen Vergabewesens! Eine Definition von „eVergabe“ und ihre Rahmenbedingungen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers, CR 2015, S. 557 (557 f.).

⁵²⁶ *Probst/Winters* (Fn. 525), CR 2015, 557 (558); Beschaffungsamt BMI, XVergabe verbindet, Stand Mai 2016, unter: http://www.bescha.bund.de/SharedDocs/Downloads/Publikationen/Faltblaetter/faltblatt_xvergabe.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Stand 30.08.2016); Beschaffungsamt

welcher die Bundesregierung ermächtigt Verwaltungsvorschriften in Bezug auf die elektronische Beschaffung zu erlassen, soll dieses Projekt Verbindlichkeit im elektronischen Vergabeprozess erlangen.⁵²⁷

Die internationale Entsprechung dazu ist das eSense Programm der EU, in dem ebenfalls ein passender Schnittstellenstandard zu anderen Ländern aufgebaut werden soll, um den Beschaffungsgegenstand klarer definieren zu können.⁵²⁸ Die Interoperabilität zwischen den einzelnen Stellen herzustellen erweist sich dabei jeweils als äußerst kompliziert, stellt aber die wesentliche Bedingung dar, um ein effektives und funktionierendes elektronisches Verfahren zu gewährleisten.⁵²⁹

1. Rechtliche Entwicklungen

Das Standardinformationssystem, das sich auf EU-Ebene mit der öffentlichen Auftragsvergabe befasst, ist SIMAP. Neben der Informationsbeschaffung zum öffentlichen Auftragswesen in der EU kann man von dort auch auf die EU-Datenbank Tenders Electronic Daily (TED) zugreifen und elektronische Bekanntmachungen einsenden.⁵³⁰ Zur Anpassung an die neuen Richtlinien sowie zur Erweiterung der zur Verfügung stehenden Formular trat 2016 eine neue verbindliche Verordnung⁵³¹ in Kraft, die Neuregelungen zu den Standardformularen für Veröffentlichungen im EU-Amtsblatt trifft. Die elektronisch eingereichten Bekanntmachungen können sodann in der Datenbank TED veröffentlicht werden.⁵³²

BMI, IT-Planungsrat etabliert XVergabe als nationalen Standard, 17.06.2015, unter: http://www.bescha.bund.de/SharedDocs/Aktuelles/Wissenswertes/2015/pm_it_planungsrat_xvergabe_nationaler_standard.html (beides z. a. am 30.08.2016).

⁵²⁷ *Ley/Wankmüller*, Das neue Vergaberecht 2016. Schnelleinstieg: Lieferungen und Dienstleistungen nach GWB und VgV, 3. Aufl. 2016, S. 285 f.

⁵²⁸ *Probst/Winters* (Fn. 525), CR 2015, 557 (558); Beschaffungsamt BMI (Fn. 526), Mai 2016; Beschaffungsamt BMI (Fn. 526), 17.06.2015.

⁵²⁹ *Schäfer*, Perspektiven der eVergabe, NZBau 2015, 131 (133).

⁵³⁰ Näheres dazu unter simap.ted.europa.eu/de (z. a. am 23.09.2016).

⁵³¹ Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 der Kommission v. 11.11.2015 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011, Abl. L 296, S. 1.

⁵³² *Frenz*, in: Willenbruch/Wieddekind, (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, EU-Primär- und Sekundärrecht, Rn. 56 f.; TED stellt dabei die Online-Version des „Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union“ für das europäische öffentliche Auftragswesen dar.

Im September 2017 hat die Bundesregierung zudem die Verordnung über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen des Bundes⁵³³ beschlossen, wonach ab dem 27.11.2018 öffentliche Auftraggeber normentsprechende elektronische gestellte Rechnungen akzeptieren und annehmen müssen. Auch bereits in der bisherigen Praxis verwendete Datenaustauschstandards können bei Konformität weiterhin genutzt werden.⁵³⁴ Grundlage ist die bis dahin umzusetzende RL 2014/55/EU,⁵³⁵ die sich mit der elektronischen Rechnungsstellung, dem sog. „e-invoicing“ befasst und im Rahmen der Strategie Europa 2020⁵³⁶ und dem Ziel einer EU-weiten papierlosen öffentlichen Verwaltung (e-Government) entwickelt wurde.⁵³⁷ Danach besteht eine einheitliche grenzüberschreitende EU-Norm zur Rechnungsstellung, die eine Akzeptanz dieser Rechnungen durch alle öffentlichen Auftraggeber sicherstellen soll. Auch hier ist aber wieder Art. 346 AEUV zu beachten, wonach Aufträge von dieser Notwendigkeit befreit sind, die für geheim erklärt wurden oder besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordern und aufgrund von Art. 10 Abs. 6 RL 204/237/EU, Art. 15 Abs. 3 RL 2014/24/EU, Art. 24 Abs. 3 RL 2014/25/EU vom Anwendungsbereich der Richtlinien ausgenommen sind oder unter RL 2009/81/EG fallen.⁵³⁸

Durch die neu umgesetzten Richtlinien ist die elektronische Vergabe nun i. d. R. verpflichtend geworden, sodass Bieter spätestens seit dem 18. April 2017 ihre Angebote in elektronischer Form einreichen müssen, sofern es sich um die Einreichung bei einer zentralen Beschaffungsstelle handelt, während für alle anderen der 18.10.2018 gilt.⁵³⁹ Ausnahmefälle, in denen

⁵³³ Verordnung über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen des Bundes (E-Rechnungs-Verordnung – E-Rech-VO), verordnet auf Grund des § 4a Abs. 3 des E-Government-Gesetzes eingefügt durch Art.1 Nr. 2 des Gesetzes v. 04.04.2017, BGBl. I S. 770.

⁵³⁴ BMWi, Elektronische Vergabe, unter:
<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/elektronische-vergabe.html>
(z. a. am 25.10.2017).

⁵³⁵ RL 2014/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, Abl. L 133/1 v. 06.05.2014.

⁵³⁶ S. S. 103.

⁵³⁷ *Güßregen*, Vergaberecht: Elektronische Rechnungsstellung (e-invoicing) und durchgängig elektronische Vergabe (end-to-end e-procurement), EuZW 2013, S. 603.

⁵³⁸ Erwägungsgrund 16 RL 2014/55/EU.

⁵³⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts, 2015, S. 69, BT-Drs 18/6281.

ein elektronisches Verfahren entbehrlich ist, werden ebenfalls auf Verordnungsebene in der VgV geregelt und betreffen die seltenen Fälle, in denen Vergabeunterlagen nicht elektronisch abgebildet werden können oder bei denen Sicherheitsbedenken bestehen.⁵⁴⁰

Für den Oberschwellenbereich ist § 97 Abs. 5 GWB die Umsetzung von Art. 29 Abs. 1 RL 2014/23/EU, Art. 22 Abs. 1 UA 1 S. 1 RL 2014/24/EU und Art. 40 Abs. 1 UA 1 S. 1 RL 2014/25/EU. Er sieht vor, dass grundsätzlich elektronische Mittel für das Senden, Weiterleiten, Empfangen und Speichern von Daten im Rahmen eines Vergabeverfahrens vom Auftraggeber und den potentiellen Auftragnehmern zu verwenden sind, welche „insbesondere die elektronische Erstellung und Bereitstellung der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die elektronische Angebotsabgabe sowie die elektronische Vorbereitung des Zuschlags“ erfassen⁵⁴¹, in den Verordnungen allerdings noch näher zu konkretisieren sind. Für allgemeine öffentliche Aufträge, die keinem besonderen Bereich unterfallen, gelten daher die Voraussetzungen der §§ 9 bis 12 VgV.

Für den Unterschwellenbereich finden sich Regelungen zur elektronischen Auftragsvergabe in den §§ 28, 29 und 38 Abs. 1-4 UVgO.

2. Besondere Regelungsinstrumente

Weitere Regelungen zu Methoden und Instrumenten der elektronischen Auftragsvergabe trifft aber auch § 120 GWB, welcher auf den Art. 34 bis 39 RL 2014/24/EU basiert.⁵⁴²

Die Nutzung elektronischer Informations- und Kommunikationsmittel soll nach den Erwägungsgründen der Richtlinie zu einer höheren Effizienz und Transparenz in den Vergabeverfahren führen. Anknüpfend an obige Strategie ist daher mittelfristig geplant, die elektronische Übermittlung von Bekanntmachungen, die Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen sowie nach einer Übergangsfrist von 30 Monaten auch die ausschließliche elektronische Kommunikation in allen Verfahrensstufen verbindlich auszugestalten. Die Verarbeitung und Bewertung sowie die interne

⁵⁴⁰ BMWi, Elektronische Vergabe, unter:

<http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/elektronische-vergabe.html> (z. a. am 31.08.2016).

⁵⁴¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts (Fn. 539), 2015, S. 68, BT-Drs 18/6281.

⁵⁴² *Ley/Wankmüller* (Fn. 527), 2016, S. 115.

Kommunikation der Auftraggeber bleibt davon jedoch unberührt. Durch diese Festsetzungen verspricht man sich die elektronische Kommunikation als Standard in der Beschaffung.⁵⁴³

Die Beschleunigung der Prozesse durch das e-Procurement führt auch zu einer Straffung hinsichtlich der Fristen. Die regulären Fristen betragen für eine europaweite Bekanntmachung fünf Tage. Die Angebotsfrist beträgt im offenen Verfahren nun nicht mehr 52, sondern 35 Tage, § 15 Abs. 2 VgV, und in anderen Verfahren statt 37 bis 40 künftig 30 Tage, § 16 Abs. 5 VgV.

Bei Vergaben auf Grundlage des CPV und bei der elektronischen Vergabe können diese ohnehin nun schon kürzer angesetzten Fristen um weitere fünf Tage reduziert werden, §§ 15 Abs. 4, 16 Abs. 8, 17 Abs. 9 VgV, 14 Abs. 2 SektVO.

§ 120 Abs. 1 GWB regelt die Vergabe mittels eines dynamischen Beschaffungssystems, bislang geregelt in § 101 Abs. 6 GWB. In der VgV finden sich die Vorschriften dazu in den §§ 22-24 VgV. Das dynamische Beschaffungssystem findet ausschließlich elektronisch statt und dient der Beschaffung marktüblicher Leistungen. Es bietet sich daher vor allem für standardisierte Massenverbrauchsgüter an, die keiner individualisierten Anpassung für den Auftraggeber bedürfen.⁵⁴⁴ Nach den Erwägungsgründen der neuen Richtlinie, umgesetzt in § 22 Abs. 2 VgV, soll im Rahmen des dynamischen Beschaffungssystems ein nichtoffenes Verfahren angewendet werden, um das System so zu vereinfachen, dass keinerlei unverbindliche Angebote mehr abgegeben werden können. Die Prüfung der Teilnahmeanträge der Unternehmen, welche die Eignungskriterien erfüllen, soll dabei nicht länger als zehn Tage in Anspruch nehmen.⁵⁴⁵ Dies ist eine enorme Zeiteinsparung im Vergleich zu der vorherigen Regelung und der Beschaffung auf nicht elektronischem Wege, bei dem das Verfahren bis über 50 bzw. nun um die 30 Tage dauert. Dynamische Beschaffungssysteme sind daher auf eine langfristige Beschaffung angelegt, um die Bedarfsdeckung – ähnlich einer Rahmenvereinbarung – während der gesamten Laufzeit zu gewährleisten.

⁵⁴³ Erwägungsgrund 52 RL 2014/24/EU; BMWi, unter: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/elektronische-vergabe.html> (z. a. am 26.04.2016).

⁵⁴⁴ *Hölzl*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß* (Fn. 348), 2016, § 120 GWB Rn. 18, 22.

⁵⁴⁵ Erwägungsgründe 63 f. RL 2014/24/EU.

Damit soll bei diesen regelmäßigen Aufträgen die Flexibilität und Beschaffungsdauer dieser Leistungen optimiert werden.⁵⁴⁶

Die Anwendung des dynamischen Beschaffungssystems gilt entsprechend für Vergaben im Sektorenbereich und nach § 147 GWB auch für die Vergaben von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen, wobei danach neben den Ausschlussgründen des § 124 Abs. 1 GWB zusätzlich auch dann ein Ausschluss eines Teilnehmers erfolgen kann, wenn dieser nicht die erforderliche Vertrauenswürdigkeit aufweist, um Risiken für die nationale Sicherheit auszuschließen.

Außerdem normiert § 120 GWB in Abs. 2 die elektronische Auktion, bei der es sich um ein schrittweise wiederholendes elektronisches Verfahren zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots handelt, sowie in Abs. 3 den elektronischen Katalog, welcher insbesondere bei Rahmenvereinbarungen eingesetzt wird. Während Abs. 2 der Vorgängerregelung des § 101 Abs. 6 GWB weitestgehend entspricht, handelt es sich bei dem elektronischen Katalog um ein Novum, welches ein anhand der Leistungsbeschreibung entwickeltes Verzeichnis der benötigten Liefer-, Bau- und Dienstleistungen in elektronischer Form darstellt.

Die elektronische Auktion findet nur für solche Aufträge Anwendung, die sich für eine automatische Bewertung durch elektronische Mittel anbieten. Dazu zählen beispielsweise geistige Elemente wie Planungsleistungen. Bis zum Beginn der Auktion kann zudem die Teilnehmerzahl durch die Auftraggeber reduziert werden.⁵⁴⁷ Innerhalb der Richtlinie ist die elektronische Auktion in Art. 35 Abs. 4 RL 2014/24/EU geregelt. In dessen Anhang VI findet sich eine Übersicht mit den für die Auftragsunterlagen erforderlichen Angaben. Für die Entgegennahme elektronischer Angebote finden sich Instrumente und Vorrichtungen in Anhang IV.

Elektronische Kataloge führen ebenfalls zu einer Zeit- und Kostenersparnis. Die Bewerber sind jedoch dazu angehalten, ihre Angebote den jeweiligen Ausschreibungen und den konkreten Anforderungen des Auftraggebers anzupassen. Dabei sollte bei

⁵⁴⁶ *Hözl*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 120 GWB Rn. 23; Erwägungsgründe 13, 14 RL 2004/18/EG.

⁵⁴⁷ Erwägungsgrund 67 RL 2014/24/EU.

dynamischen Beschaffungssystemen oder in Fällen, in denen ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb erfolgt, auch die Möglichkeit genutzt werden, unter Berücksichtigung der Vergabegrundsätze - insbesondere der Gleichberechtigung und Transparenz - Angebote früherer Beschaffungen zurückzuverfolgen und bei Bedarf aufzurufen.⁵⁴⁸

3. Bewertung

Der öffentliche Einkauf wird auf Bundesebene von nur wenigen großen Vergabestellen vorgenommen. Dazu zählen das oben genannte BAANBw sowie das Beschaffungsamt des Bundesministeriums für Inneres. Insgesamt existieren jedoch etwa 30.000 weitere Vergabestellen, die für Beschaffungen des Bundes, der Länder und der Kommunen verantwortlich sind und meistens unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich der Angebotsabgabe haben.⁵⁴⁹

Die stärkere Implementierung des e-Procurement in den Vergabeprozess verdeutlicht die Bedeutung wirtschaftlicher Aspekte des Beschaffungsvorgangs, um diesen durch die steigende Effizienz auch flexibler zu gestalten.⁵⁵⁰ Die Erwartungen an das e-Procurement sind daher groß. Man verspricht sich durch die Wiederverwendung von Inhalten und Abläufen des automatisierten Datenflusses, der automatisierten Weiterverarbeitung sowie der automatischen Fehlerkontrolle eine erhebliche Beschleunigung der Verfahrensabläufe, eine einfachere Teilnahme am Verfahren sowie eine Senkung der Verwaltungs- und der Beschaffungskosten durch Einsparungen personeller und finanzieller Ressourcen insgesamt.⁵⁵¹

Das BMWi ermittelte in einer Studie aus dem Jahre 2004, dass mit der Durchführung von inversen Online-Auktionen für standardisierte Güter als Form der elektronischen Vergabe bei Zugrundelegung von 10 bis 15%

⁵⁴⁸ Erwägungsgrund 68 RL 2014/24/EU.

⁵⁴⁹ BMWi, Impulse für Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen, 2006, S. 16, unter:
https://tu-dresden.de/die_tu_dresden/fakultaeten/fakultaet_wirtschaftswissenschaften/bwl/bu/dateien/veroeffentlichungen/impulse_fuer_innovationen.pdf (z. a. am 08.06.2016).

⁵⁵⁰ Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut für Technologie und Management/Orrick Hölter & Elsing (Fn. 300), 2009, S. 37.

⁵⁵¹ Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut für Technologie und Management/Orrick Hölter & Elsing (Fn. 300), 2009, S. 184; Schäfer (Fn. 529), NZBau 2015, 131 (131).

des gesamten Beschaffungsvolumens der öffentlichen Hand jährlich bis zu 1,5 Mrd. Euro Einsparungen für den Staat denkbar sind.⁵⁵² Diese aufgrund der derzeitigen Vergabevorschriften nicht zulässige Methode ermöglicht es dem Bieter, in einem definierten Zeitfenster seine Angebotspreise unter Einsehung der Angebote der Konkurrenten zu variieren. Das günstigste Angebot erhält dabei am Ende den Zuschlag.⁵⁵³

Auch eine Studie der Europäischen Kommission erwartet durch den Verzicht auf die Papierform und von Einsparungen der öffentlichen Hand i. H. v. um die 100 Mrd. Euro.⁵⁵⁴ In ihrem Grünbuch zum Ausbau der e-Beschaffung in der EU betont die Kommission ebenfalls die Vorteile der e-Beschaffung und sieht diese vor allem in einer höheren Transparenz und Zentralisierung von Aufträgen, wodurch ein größerer Wettbewerberkreis angesprochen wird. Gleichzeitig können durch den geringeren Zeit- und Bürokratieaufwand Verwaltungskosten gespart und das gesamte Verfahren schneller und dadurch auch effektiver gestaltet werden.⁵⁵⁵ Gerade für den Einsatzfall ist dies elementar, da auf diese Weise schneller auf akuten Bedarf reagiert werden kann.

Innerhalb der Bundeswehr spielt auch die „Vernetzte Operationsführung (NetOpFü)“ eine Rolle, bei der es darum geht, die neuen Möglichkeiten durch den Einsatz neuer Technologien, vor allem in der Information und der Kommunikation, auch für den militärischen Bereich zu nutzen.⁵⁵⁶

Die Entwicklung in diesem Bereich wurde dabei bislang allgemein jedoch als unzureichend bezeichnet. So waren von den 70 Beschaffungsplänen der Bundeswehr 2010 lediglich sechs netzwerkfähig, elf hatten

⁵⁵² BMWi, AG Inverse Auktionen, Erfahrungsbericht zu Inversen Auktionen im öffentlichen Bereich, 2004, S. 5 f., unter: <http://web43.d2-1066.ncsrv.de/4-04/bmwa-10-2004-erfahrungsbericht-zu-inversen-auktionen-im-oeffentlichen-auftragswesen.pdf> (z. a. am 25.10.2017).

⁵⁵³ BMWi (Fn. 552), 2004, S. 4; Deutsches Vergabeportal, Inverse Auktionen, unter: <https://www.dtv.de/glossar/inverse-auktion> (z. a. am 25.10.2017).

⁵⁵⁴ *Wieland*, Einheitliche Schnittstelle für die elektronische Vergabe, eGovernment Computing, 2013, S. 9.

⁵⁵⁵ Europäische Kommission, Grünbuch zum Ausbau der e-Beschaffung in der EU v. 18.10.2010 KOM (2010) 571 endgültig, S. 4, unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/cc-gruenbuch-e-beschaffung-in-eu,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (z. a. am 26.04.2016).

⁵⁵⁶ BMVg, Vernetzte Operationsführung, unter: https://www.bmvg.de/portal/a/bmvg/!ut/p/c4/bY2xDoJAEET_6I4zNtpJaIyN2ig2ZIHl2HDckWXBxo93KeycTaaYN5m1L6sXYSUPQilCsE9bNnSs36YeV29manrkHknmKQUSGgxEj3USNizQild_Kvsq4qIilk4YfKVrHWBPftAWRvvYvrZomhRRNtdQSN0zSGIzJZawkYVZiaHWlpkr8sxlP7nP4Xlrdlen-Tm_22kcT1-p1Muj/ (z. a. am 22.09.2016).

eingeschränkte Fähigkeiten zur netzwerkbasierter Kriegsführung während der übrigen Programme nicht netzwerkfähig waren.⁵⁵⁷ Die Probleme in der Beschaffung liegen u. a. in der schwachen Stellung des BRH, der trotz seiner Funktion als Überwachungsorgan der Beschaffung des Bundes nicht befugt ist, Sanktionen zu verhängen oder andere verpflichtende Maßnahmen festzusetzen. Gleichzeitig spielt auch der bislang starke militärische Anteil in der Beschaffungsplanung eine Rolle.⁵⁵⁸ Anders als in Bereichen mit zivilen Beschäftigten werden die Posten in der Regel nur stets für einen Zeitraum von zwei Jahren besetzt, sodass es an Kontinuität und dadurch an der Möglichkeit fehlt, Fachkenntnisse und Erfahrungen gewinnbringend in die Beschaffungs- und Entscheidungsprozesse miteinfließen zu lassen.⁵⁵⁹ Die Reform setzt an dieser Stelle an und gestattet es, durch eine stärkere Einbindung des Planungsamtes und eines neuen, von diesem geleiteten integrierten Planungsverfahren (Der integrierte Planungsprozess, IPP), Beschaffungspläne besser miteinander abzustimmen und im Gesamtkontext der Bundeswehr zu erfassen.⁵⁶⁰ Verbesserte externe Kontrollmöglichkeiten gegenüber dem BMVg bietet die Reform jedoch weiterhin nicht.

Wenngleich die Bundeswehr in diesem Bereich seit 2003 verschiedene Maßnahmen getroffen hat, um Anschluss an die vernetzte Operationsführung anderer NATO-Staaten zu bekommen, bleibt sie dennoch weiterhin hinter diesen zurück.⁵⁶¹

Die Untersuchung der EU-Kommission in diesem Rahmen hat ergeben, dass das Potential noch lange nicht ausgeschöpft ist. Basierend auf dem Strategiepapier von 2012 wurden zu diesem Zeitpunkt lediglich 5%-10% aller Aufträge auf europäischer Ebene mittels der e-Vergabe vergeben.⁵⁶² Es bleibt entsprechend abzuwarten, ob die Neuregelungen in diesem Bereich etwas dazu beitragen können, die positiven Effekte der e-Vergabe

⁵⁵⁷ *Dyson*, in: Zohlhöfer (Fn. 103), 2015, S. 605 (608), mit Verweis auf Wiesner, *The Paradoxical Ally. Germany's Decoupling Strategy in the Adoption of NCW*, Paper presented at the 2011 ISA Convention, Montreal, March 2011, S. 15.

⁵⁵⁸ *Dyson*, *Deutsche Verteidigungspolitik - ein Blick von Außen*, in: Wiesner, *Deutsche Verteidigungspolitik*, 2013, S. 375 (382 f.).

⁵⁵⁹ *Dyson*, in: Wiesner (Fn. 558), 2013, S. 375 (382 f.).

⁵⁶⁰ *Dyson*, in: Wiesner (Fn. 558), 2013, S. 375 (385).

⁵⁶¹ *Dyson*, in: Wiesner (Fn. 558), 2013, S. 375 (381 f.).

⁵⁶² Europäische Kommission, *Strategiepapier 2015*, S. 1, unter: https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/strategic_note_issue_4_de.pdf (z. a. am 26.09.2017).

vermehrt und besser auszunutzen. In der Praxis erweisen sich die Vorschriften an vielen Stellen noch als unausgereift und in der Umsetzung als unvollständig, etwa was das Bestehen einer „Datenaustauschstelle“ nach § 10 Abs. 2 VgV oder die oben erwähnten Probleme hinsichtlich der Kompatibilität und Anwendungsanforderungen der unterschiedlichen Vergabestellen angeht.⁵⁶³ Hier sind weitere Entwicklungen wünschenswert.

IV. Die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium

Das Vergaberecht ist grundsätzlich vor allem an einer wirtschaftlichen Beschaffung ausgerichtet, woran sich daher auch die Zuschlagserteilung maßgeblich orientiert. Der Zuschlag erfolgt stets an das wirtschaftlichste Angebot, welches sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis richtet, Art. 67 RL 2014/24/EU bzw. Art. 82, 83 RL 2014/25/EU (mit identischem Wortlaut), 127 Abs. 1 S. 1, 2 GWB. Dieses kann sich neben dem Preis auch aus zusätzlichen qualitativen oder strategischen Kriterien sowie einem Kosten-Wirksamkeits-Ansatz (Lebenszyklus-Kostenansatz) ergeben, wie nun in Art. 68 RL 2014/24/EU explizit geregelt und auch in § 59 VgV bzw. § 34 VSVgV festgesetzt wurde. Die Leistungsqualität orientiert sich damit nun auch am Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes, sodass sowohl interne Kosten wie Herstellung, Instandhaltung oder Entsorgung, als auch externe Kosten, also etwa verursachte Umweltschäden oder die Gewinnung von Rohstoffen, umfasst sind. Den EU-Mitgliedstaaten ist es zur Qualitätsförderung erlaubt, eine Ermittlung allein anhand des Preis- oder Kostenkriteriums zu untersagen. Zur Gewährleistung von Gleichberechtigung sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung transparent zu halten. Die Kriterien zur Bewertung der jeweiligen Angebote hinsichtlich des Auftragsgegenstandes sollen im Einzelnen festgelegt werden, um die Angebote angemessen miteinander vergleichen zu können.⁵⁶⁴ Zudem sind die festgesetzten relevanten Zuschlagskriterien des öffentlichen Auftraggebers bereits in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen zu nennen.⁵⁶⁵ Eine Entscheidung anhand des

⁵⁶³ Vgl. *Stoye*, Die eVergabe - eine Beta-Version?, NZBau 2016, 457 (458).

⁵⁶⁴ Erwägungsgründe 89 ff. RL 2014/24/EU; Erwägungsgründe 94 ff. RL 2014/25/EU.

⁵⁶⁵ Vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 2 VgV, § 43 UVgO, § 34 Abs. 2 VSVgV, § 52 Abs. 3 SektVO.

Lebenszyklus-Ansatzes ist daher bereits am Anfang des Vergabeverfahrens zu treffen.

Nach den Erläuterungen zur RL 2014/24/EU (Ü 1 und 7) können die öffentlichen Auftraggeber ihre Wahl damit an den günstigsten Lebenszykluskosten der Angebote ausrichten, der Zuschlag kann also beispielsweise an die CO₂-Bilanz einer angebotenen Leistung gekoppelt werden. Um die Umweltauswirkungen berücksichtigen zu können, bedarf es einer Bestimmung ihres Geldwerts. Die Berechnungsmethoden hierfür können mangels einheitlicher Vorgaben auf EU-Ebene auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene entwickelt werden.

Die Ermittlung der Wirtschaftlichkeit anhand dieser Lebenszykluskostenrechnung ermöglicht es, vom Preis losgelösten Kriterien wie Qualität und Haltbarkeit des Produkts stärkere Bedeutung innerhalb des Vergabeverfahrens beizumessen und somit zielgerichteter zu beschaffen.

Die Neuregelung trägt dabei der zunehmenden Bedeutung dieser Ansatzes Rechnung, die sich auch bei der Beschaffung innerhalb der Bundeswehr wiederfindet: Anwendung fand er beispielsweise 2015 bei der Anschaffung eines neuen Raketenabwehrsystems, welches das bislang teuerste Beschaffungsvorhaben der Bundeswehr darstellte.⁵⁶⁶ Die Auswahl bestand dabei zwischen der Weiterentwicklung des bis zu diesem Zeitpunkt verwendeten Systems „Patriot“ sowie des neu entwickelten Systems „MEADS“ (Medium Extended Air Defense System), welches sich letztlich durchsetzen konnte. Dabei spielte laut BMVg maßgeblich die Lebenszykluswirtschaftlichkeit eine Rolle,⁵⁶⁷ konkret insbesondere die trotz höherer Anschaffungskosten niedrigeren Nutzungskosten in Höhe von drei Milliarden bei einem Nutzungszeitraum von 30 Jahren gegenüber dem System „Patriot“.⁵⁶⁸ Die erforderliche Vorlegung vor dem

⁵⁶⁶ *Eßig/Amann/Glas*, Lebenszyklus-Ansatz in der öffentlichen Beschaffung, Controlling & Management Review, Sonderheft 2, 2016, S. 64 (65); Zeit online (09.06.2015), unter: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-06/meads-patriot-entscheidung> (z. a. am 12.09.2017).

⁵⁶⁷ Süddeutsche Zeitung (08.06.2015), unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/ruestung-raketen-und-risiko-1.2511132> (z. a. am 12.09.2017).

⁵⁶⁸ Gebauer, Von der Leyens neue Rüstungsprojekte: Ab jetzt sind es ihre eigenen Pannen, unter: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ursula-von-der-leyen-meads-als-erstes-eigenes-projekt-a-1037939.html> (z. a. am 12.09.2017); *Eßig/Amann/Glas* (Fn. 566), 2016, S. 64 (68).

Haushaltsausschuss und der tatsächliche Abschluss des Vertrags sind jedoch bislang noch nicht erfolgt.

Auch aus dem „Bericht des Bundesministeriums der Verteidigung zur materiellen Einsatzbereitschaft der Hauptwaffensysteme der Bundeswehr“⁵⁶⁹ aus 2016 geht hervor, dass die Bundeswehr beabsichtigt, insbesondere die Entwicklung und Beschaffung ihrer Hauptwaffensysteme zukünftig verstärkt an den Lebenszykluskosten auszurichten.⁵⁷⁰

Berücksichtigung findet der Lebenszyklus von Gütern auch beim Performance Based Logistics-Konzept (PBL), welches von den USA insbesondere bei Instandhaltungsverträgen verwendet wird. Das Konzept, zum Teil auch unter anderen Begrifflichkeiten wie etwa Performance Based Contracting (PBC) bekannt,⁵⁷¹ beschreibt ein Beschaffungskonzept, das allein auf das Leistungsergebnis ausgerichtet ist und dementsprechend vergütet wird.⁵⁷² Weitere Spezifika wie technische oder prozessuale Regelungen werden dagegen nicht zum Vertragsinhalt. Der Auftragnehmer kann das gemeinsam festgelegte Ziel damit nach Absprache auch mithilfe alternativer Lösungswege erreichen, wenn gewisse Grenzen eingehalten werden. Können dabei sogar bessere Ergebnisse als erwartet erzielt werden, wirkt sich dies damit ebenso auf die Vergütung im Sinne eines Bieteranreizes aus.⁵⁷³

Dabei werden nutzungsabhängige Preise vereinbart, bei denen sich die Leistung nicht in der bloßen Lieferung erschöpft, sondern zusätzlich Instandhaltungsdienste, wie die Lieferung von Ersatzteilen oder ähnlichem, umfasst sind.⁵⁷⁴ Durch diesen Gewinn an langfristiger Flexibilität im Gebrauch lassen sich die Lebenszykluskosten senken. Die frühzeitige Berücksichtigung dieses Ansatzes als Zuschlagskriterium

⁵⁶⁹ BMVg, Bericht des Bundesministeriums der Verteidigung zur materiellen Einsatzbereitschaft der Hauptwaffensysteme der Bundeswehr, 2016, unter: http://115er.de/uploads/media/Materielle_Einsatzbereitschaft_Hauptwaffensysteme_Bw.pdf (z. a. am 19.02.2018).

⁵⁷⁰ BMVg (Fn. 569), 2016, S. 7.

⁵⁷¹ *Eßig/Glas/Kleemann*, PBL - ein Lösungsansatz für die deutsche Verteidigungsbeschaffung?, in: *Eßig/Glas* (Hrsg.), (Fn. 21), 2014, S. 7.

⁵⁷² *Kleemann*, Supplier Relationship Management im Performance-based Contracting. Anbieter-Lieferanten-Beziehungen in komplexen Leistungsbündeln, 2014, S. 5.

⁵⁷³ *Eßig/Glas/Kleemann* (Fn. 571), in: *Eßig/ Glas* (Hrsg.), 2014, S. 7.

⁵⁷⁴ *Eßig*, Beschaffungsstrategien der öffentlichen Hand in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit am Beispiel der Bundeswehr, *ZfBR* 2016, S. 33 (36).

ermöglicht somit eine auf Dauer angelegte Planung und damit eine optimalere Nutzung von Ressourcen. Sie bietet sich folglich vor allem dann an, wenn es um die Beschaffung größerer Geräte geht, bei denen gerade auch auf langfristige Sicht geprüft werden muss, ob eine Anschaffung in Anbetracht zukünftiger Folge- und Haltungskosten sinnvoll und rentabel ist.

Die Beschaffungsstrategie ist auf längerfristige Partnerschaft zwischen Industrie und Bundeswehr angelegt, bietet dadurch jedoch den Nachteil, dass es auch hier nicht immer konkrete Einschätzungen zu erforderlichen Kosten geben kann und die Haushaltsmittel der Bundeswehr über einen langen Zeitraum gebunden werden.⁵⁷⁵ Möglicherweise kann auch die positive Bewertung der Nutzungskosten dazu führen, dass hohe Anschaffungskosten gerechtfertigt werden. Erforderlich ist daher eine ständige Überwachung des Projektverlaufs und einem Vergleich dieser Entwicklung mit der getroffenen Prognose.⁵⁷⁶

Der Lebenszykluskosten-Ansatz spielt daher insbesondere bei komplexen Beschaffungsvorhaben eine wichtige Rolle, welche langfristig und auf Dauer angelegt sind. Wirtschaftlichkeitsaspekte können dadurch stärkeren Eingang in die öffentliche Beschaffung finden. Gleichzeitig wird dadurch eine langfristige Qualität und damit Verlässlichkeit garantiert. Der Lebenszyklusansatz ist mittlerweile in alle Phasen des CPM (nov.)⁵⁷⁷ integriert und ermöglicht es damit, über den gesamten Projektzeitraum Ausgabentransparenz zu erlangen.⁵⁷⁸

V. Auftragsänderungen während der Laufzeit

Einen Beitrag zu mehr Flexibilität und damit auch zu einer effizienteren Vertragsgestaltung bietet die Möglichkeit, während der Laufzeit inhaltliche Änderungen bzw. Erweiterungen an den entsprechenden Vertragsleistungen vorzunehmen, ohne dass es dazu einer Ausschreibung im Rahmen eines erneuten Vergabeverfahrens bedarf. Diese Möglichkeit reduziert nicht nur den Verwaltungsaufwand und den Einsatz von

⁵⁷⁵ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

⁵⁷⁶ So *Eßig/Amann/Glas* (Fn. 566), S. 64 (68 f.).

⁵⁷⁷ S. S. 103 ff.

⁵⁷⁸ BMVg (Fn. 11), Dezember 2017, S. 35.

Ressourcen des Auftraggebers, sie kann darüber hinaus eine nicht unerhebliche zeitliche Ersparnis darstellen.

Diese unter bestimmten Voraussetzungen gegebene Modifizierungsmöglichkeit von bestehenden Verträgen kann daher dazu beitragen, Sicherheit in Bezug auf kurzfristig geänderte Beschaffungsbedarfe zu erlangen, indem auf diese rechtzeitig reagiert werden kann. Darunter fallen beispielsweise Preisanpassungen, Änderungen oder Erweiterungen der Leistungsinhalte sowie Vertragspartnerwechsel oder auch Laufzeitänderungen.⁵⁷⁹

Im Grundsatz gilt, dass bei einer Änderung eines öffentlichen Auftrags stets eine Neuausschreibung erforderlich ist, um die vergaberechtlichen Regelungen nicht zu umgehen. Andernfalls würde die Änderung ohne jeglichen Wettbewerb erfolgen und damit den vergaberechtlichen Grundsätzen und Zielen entgegenstehen, insbesondere den Prinzipien der Transparenz und Gleichbehandlung.⁵⁸⁰

Die Voraussetzungen, unter denen es dennoch keiner erneuten Ausschreibung bedarf, ergeben sich aus der „Presstext“-Entscheidung des EuGHs.⁵⁸¹ Diese befasst sich mit der Behandlung dieser einvernehmlichen Vertragsänderungen. Darin wird festgelegt, dass eine Neuvergabe dann nicht erforderlich ist, wenn es sich lediglich um als „unwesentlich“ einzustufende Änderungen des Vertrags handelt. Entscheidend für die Zulassung von Auftragsänderungen ohne das Erfordernis eines erneuten Ausschreibungsverfahrens sind daher dieser Begriff der Wesentlichkeit und seine Auslegung.

Nach den vom Gericht entwickelten Grundsätzen ist die Änderung dann als wesentlich zu bezeichnen, wenn sie die Bedingungen in der Weise verändert hätte, dass auch andere Unternehmen als das angenommene oder ein anderes Angebot als das ausgewählte unter diesen anderen Umständen hätte zugelassen werden können.⁵⁸² Bei einem Wechsel des Auftragnehmers handelt es sich ebenfalls um eine wesentliche Änderung, es sei denn sie ist ausschließlich Folge einer internen Neuorganisation des Unternehmens, beispielsweise der Übertragung an eine

⁵⁷⁹ Linke, Auftragsänderungen im Vergaberecht, NVwZ 2017, 510 (510).

⁵⁸⁰ Poschmann (Fn. 232), 2010, S. 27; Greb/Stenzel, Die nachträgliche Vertragsanpassung als vergaberechtsrelevanter Vorgang, NZBau 2012, 404 (404).

⁵⁸¹ EuGH 19.06.2008, Rs. C-454/06.

⁵⁸² EuGH 19.06.2008, Rs. C-454-06 Rn. 35.

Tochterorganisation, der gegenüber eine Weisungsbefugnis besteht.⁵⁸³ Als eine wesentliche Auftragsänderung ist es auch zu bezeichnen, wenn eine erhebliche Erweiterung der ursprünglichen Leistungspflichten erfolgt oder sich das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags zugunsten des Auftragnehmers verändert.⁵⁸⁴

Um diesen Voraussetzungen einer Neuausschreibung mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten, erfolgt mit Erlass des neuen Richtlinienpakets in Art. 72, 73 RL 2014/24/EU eine rechtliche Festsetzung dieser bislang nur durch die Rechtsprechung gefestigten Praxis. Mit der 2016 verabschiedeten Vergaberechtsnovelle wurden diese Regelungen nun im Oberschwellenbereich in den §§ 132, 133 GWB umgesetzt.

Die in § 132 GWB geregelten „Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“ schließen trotz ihres Wortlauts laufzeitbezogene Änderungen, wie etwa Vertragsverlängerungen, nicht aus ihrem Anwendungsbereich aus.⁵⁸⁵

In § 132 Abs. 1 S. 2 GWB findet sich dabei eine Definition des Wesentlichkeitsmerkmals. Eine Neuausschreibung ist vor allem in dem Fall erforderlich, in dem die Änderung auf die Ausgestaltung von gegenseitigen Rechten und Pflichten der Parteien abzielt, die möglicherweise bereits im ursprünglichen Verfahren zu einem anderen Ergebnis geführt hätte.⁵⁸⁶

Weitere Fallgruppen als Ausnahmen von dem Erfordernis einer Neuausschreibung „unbeschadet des Absatzes 1“ regelt § 132 Abs. 2 GWB. In diesen Fällen erfolgt die für Absatz 1 geltende Wesentlichkeitsprüfung nicht.⁵⁸⁷

Nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB zählt dazu der Fall, in dem in den ursprünglichen Vergabeunterlagen bereits durch Überprüfungsklauseln oder Optionen die eindeutige Möglichkeit von Auftragsänderungen vorgesehen ist, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen enthalten und aufgrund derer sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht

⁵⁸³ EuGH 19.06.2008, Rs. C-454-06 Rn. 39 ff.

⁵⁸⁴ EuGH 19.06.2008, Rs. C-454-06 Rn. 36 f.

⁵⁸⁵ Linke (Fn. 579), NVwZ 2017, 510 (511).

⁵⁸⁶ Erwägungsgrund 107 RL 2014/24/EU.

⁵⁸⁷ Linke (Fn. 579), NVwZ 2017, 510 (511).

verändert.⁵⁸⁸ Die europäischen Richtlinien nennen hier explizit etwa die Aufnahme einer Preisüberprüfungsklausel in den Vertrag.⁵⁸⁹ Der Grund für die Befreiung von der erneuten Ausschreibungspflicht liegt darin, dass diese Änderungen im ursprünglichen Vertrag angelegt und damit Teil des bereits Vereinbarten sind.⁵⁹⁰ Generalklauselartige Formulierungen genügen den Anforderungen dabei nicht, da dem Auftraggeber gerade kein uneingeschränkter Spielraum eingeräumt werden soll.⁵⁹¹ Eine abstrakte Orientierung am bestehenden „Bedarf“ reicht damit bei einer Änderung des Leistungsumfangs nicht aus, wenn dieser keine nähere Konkretisierung erfährt.⁵⁹² Aus Gründen der Rechtssicherheit muss die Klausel, um dem Grundsatz der Transparenz gerecht zu werden, zudem auch bereits in der Bekanntmachung durch den Auftraggeber benannt werden.⁵⁹³

Ein weiterer Ausnahmefall gilt, wenn das Erfordernis der Vornahme zusätzlicher Leistungen besteht, ein Wechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen aber nicht erfolgen kann (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 a) GWB) bzw. mit erheblichen Schwierigkeiten oder Kosten für den Auftraggeber einhergeht (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 b) GWB). Außerdem ist ein solcher nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB bei Eintritt unvorhersehbarer Umstände anzunehmen, die nicht dem Auftraggeber zugerechnet werden können und von diesem im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht auch nicht zu erkennen sein mussten.⁵⁹⁴ Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen sich die Ausführung des Auftrags über einen längeren Zeitraum erstreckt. Dadurch wird dem Auftraggeber ein gewisses Maß an Flexibilität eingeräumt, den Auftrag an sich ändernde Gegebenheiten anzupassen, wenn die Umstände trotz Berücksichtigung aller entscheidenden Faktoren,

⁵⁸⁸ *Eschenbruch*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß* (Fn. 348), 2016, § 132 GWB Rn. 84.

⁵⁸⁹ Art. 72 Abs. 1 a) RL 2014/24/EU.

⁵⁹⁰ *Linke* (Fn. 579), *NVwZ* 2017, 510 (513).

⁵⁹¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), BT-Drs. 18/6281, 08.10.2015, S. 119.

⁵⁹² OLG Schleswig, Ausschreibungspflicht bei Aufstockung der Notfallrettung und des Krankentransports-Kreis Schleswig-Flensburg II, *NZBau* 2015, 718 (721).

⁵⁹³ *Hausmann/Queisner*, Auftragsänderungen während der Laufzeit, *NZBau* 2016, 619 (622), OLG Düsseldorf, *NZBau* 2014, 454 (456).

⁵⁹⁴ Erwägungsgrund 109 RL 2014/24/EU.

wie Mittel und Besonderheiten des jeweiligen Projekts, sowie der bewährten Praxis nicht hätten vorausgesagt werden können.⁵⁹⁵

Schließlich kann eine Auftragsänderung auch aufgrund bestimmter Ersetzungsgründe auf Auftragnehmerseite (§ 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB) erfolgen.

Nach § 132 Abs. 3 GWB ist ein neues Vergabeverfahren zudem dann nicht erforderlich, wenn sich der Gesamtcharakter des Vertrags nicht ändert, die Mehrleistung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen maximal 10% und bei Bauaufträgen maximal 15 % des Gesamtauftragsvolumens beträgt und dabei unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte liegen (sogenannte *de-minimis-Grenze*).⁵⁹⁶

Gemäß § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB steht dem Auftraggeber während der Vertragslaufzeit zudem eine Kündigungsmöglichkeit zur Verfügung, wenn eine wesentliche Vertragsänderung die Neuausschreibung erfordert hätte. Erfolgt eine Änderungsvereinbarung, obwohl es sich dabei um eine nach den genannten Grundsätzen wesentliche Abweichung vom Vertragsschluss handelt, kann dies in eine unzulässige *de-facto*-Vergabe münden, die nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam ist.⁵⁹⁷

Im Unterschwellenbereich regelt § 47 UVgO, unter welchen Bedingungen Auftragsänderungen von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen möglich sind. § 47 UVgO sieht dabei die entsprechende Anwendung der §§ 132 Abs. 1, 2 und 4 GWB vor.

Die neuen Festsetzungen tragen in erster Linie zu mehr Rechtssicherheit für Auftraggeber und Auftragnehmer bei, indem die durch die Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen einer Pflicht zur Neuausschreibung in Abgrenzung zu einer vergaberechtsfreien Modifizierung des ursprünglichen Vertrags kodifiziert werden.⁵⁹⁸ Gerade in Hinblick auf etwaige Gerichtsverfahren aufgrund der bislang unklaren Rechtslage stellt diese Vorschrift eine sinnvolle Ergänzung dar.

⁵⁹⁵ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 591), BT-Drs. 18/6281, 08.10.2015, S. 119.

⁵⁹⁶ *Hausmann/Queisner* (Fn. 593), NZBau 2016, 619 (620, 624); vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 591), BT-Drs. 18/6281, 08.10.2015, S. 120.

⁵⁹⁷ *Greb/Stenzel* (Fn. 580), NZBau 2012, 404 (408); *Linke* (Fn. 579), NVwZ 2017, 510 (511).

⁵⁹⁸ Dass dies auch vom Richtliniengesetzgeber als erforderlich angesehen wurde, ergibt sich etwa aus Erwägungsgrund 31 RL 2014/24/EU.

Daneben werden für die Auftraggeber aber auch durch die zusätzlich normierten Ausnahmen Handlungsspielräume eröffnet.⁵⁹⁹ Dies wurde bereits in den Erwägungsgründen der Richtlinie angelegt⁶⁰⁰, hat aber durch die nationale Umsetzung eine noch größere Bedeutung erlangt, indem dort in § 132 Abs. 2 GWB explizit weitere Fälle, in denen es keiner Neuausschreibung bedarf, genannt werden. Dadurch wurde herausgestellt, dass die damit verknüpfte Flexibilität der Auftraggeber gestärkt werden soll. Die neuen Regelungen stellen daher für Auftraggeber und -nehmer eine Verbesserung dar. Dies gilt insbesondere für die Ausnahmetatbestände des § 132 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 GWB:

Durch die Möglichkeit, mithilfe der Einfügung von Optionen oder Überprüfungsklauseln bereits im Vorhinein auf bestimmte Änderungen im Bedarf zu reagieren, werden die Flexibilität und die Handlungsbefugnisse des Auftraggebers in den zulässigen Grenzen des Vergaberechts erweitert. Zwar müssen nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB bereits in der Bekanntmachung entsprechende Klauseln genannt werden, gleichwohl öffnet dies dem Auftraggeber Spielräume, da er diese nun umfassender und zugleich rechtssicher verwenden kann.

Gleiches gilt für den Eintritt von unvorhersehbaren Umständen. Gerade im akuten Einsatz- oder Katastrophenfall fehlt es an dieser Vorhersehbarkeit. Ergeben sich daraus notwendige Änderungen der Vertragsumstände, können diese nun in den rechtlichen Grenzen angepasst werden.

Wenngleich die Neuregelung bzgl. der Zulässigkeit von Auftragsänderungen zu keiner erheblichen Vereinfachung derartiger Änderungen geführt hat und diese zum Schutz der vergaberechtlichen Grundsätze das Vorliegen genau vorgegebener Voraussetzungen verlangt, ermöglicht sie dem Auftraggeber dennoch, diese definierten Freiheiten im Rahmen der Gestaltung des Vergabeverfahrens besser als bislang zu nutzen und gibt ihm dabei die Rechtssicherheit, sich im Rahmen der vergaberechtlichen Handlungsmöglichkeiten zu befinden. Gerade die Definition der „unvorhersehbaren Umstände“ macht es aufgrund ihrer

⁵⁹⁹ Hausmann/Queisner (Fn. 593), NZBau 2016, 619 (619, 626).

⁶⁰⁰ S. etwa Erwägungsgrund 109 RL 2014/24/EU, der die Unvorhersehbarkeit für den Auftraggeber definiert.

Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen dennoch erforderlich, die Rechtsprechung diesbezüglich im Blick zu behalten.⁶⁰¹

VI. Flexibilitätspotentiale bei Dringlichkeit

Die Beschaffung von Gütern oder Leistungen durch die öffentliche Hand erfordert in der Regel das im Gesetz vorgesehene formale Vergabeverfahren, welches durch seine vorgegebenen Fristen und europaweiten Ausschreibungspflichten einen gewissen Vorlauf und dadurch einen längeren zeitlichen Rahmen beansprucht. Während man diese zeitliche Komponente im Regelfall einplanen und dementsprechend vorbereitend tätig werden kann, gestaltet sich dies vorliegend als problematischer. Hier besteht mitunter sofortiger Bedarf und Verzögerungen im Beschaffungsablauf sind zu vermeiden, um eine Handlungsunfähigkeit des öffentlichen Auftraggebers auszuschließen.⁶⁰²

Eine Möglichkeit, diesen grundsätzlich erforderlichen Vorlauf zu umgehen oder schneller an die benötigten Leistungen zu gelangen, bieten die Regelungen zu den Verfahrensvereinfachungen und der Interimsvergabe. Sie können dazu beitragen, den obigen Anforderungen, d. h. einem kurzfristigen Leistungsabruf und zeitlicher Flexibilität, gerecht zu werden, indem der Beschaffungsprozess beschleunigt wird.

Da diese Modifizierungen der vergaberechtlichen Vorgaben jedoch die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz, des Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung der Bieter einengen,⁶⁰³ ist dies nur unter engen Voraussetzungen möglich. Inwieweit dies daher den Bedürfnissen angepasst ist, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

⁶⁰¹ Vgl. *Hausmann/Queisner* (Fn. 593), NZBau 2016, 619 (623); *Pfannkuch*, Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit nach § 132 GWB n. F., KommJur 2016, 448 (452).

⁶⁰² *Marx/Hözl*, Interimsaufträge – Schneller als das Vergaberecht erlaubt? Zu den Voraussetzungen und Möglichkeiten der Vergabe von Interimsaufträgen, NZBau 2010, 535 (535).

⁶⁰³ Vgl. OLG Düsseldorf, VergabeR 2015, 667 – Feldlager Mazar-e-Sharif.

1. Verfahrenserleichterungen

a) Die Regelungen der VgV

aa) Fristverkürzungen

Bei besonderer Dringlichkeit besteht zunächst die Möglichkeit, eine Verkürzung der Mindestfristen des Vergabeverfahrens und damit des gesamten Beschaffungsvorgangs zu erreichen. Mindestfristen bilden eine Erschwernis für die flexible und zugleich effiziente Bereitstellung einsatzrelevanter Güter und Leistungen durch die Bundeswehr, die in einzigartiger Weise bei ihrer Einsatzplanung verfassungsrechtlich gebunden und in der Logistik ihrer Dienstleistungen und ihres Transportwesens auf flexible Beschaffungsvorgänge angewiesen ist. Im Katastrophenfall ergeben sich dieselben Problematiken, da auch dessen Eintritt unvorhersehbar ist und einer unverzüglichen Beschaffung (lebens-)notwendiger Güter bedarf.

Die neuen Richtlinien sehen bei Dringlichkeit nach Art. 27 Abs. 3 sowie Art. 28 Abs. 6 RL 2014/24/EU sowohl im offenen als auch im nichtoffenen ein beschleunigtes Verfahren vor (sogenanntes vereinfachtes Verfahren). Die reguläre Angebotsfrist beläuft sich im offenen Verfahren auf im Regelfall mindestens 35 Tage, § 15 Abs. 2 VgV, im nicht offenen auf 30 Tage, § 16 Abs. 5 VgV.⁶⁰⁴ Im offenen Verfahren kann die Frist auf bis zu 15 Tage bei bestehender Dringlichkeit verkürzt werden, § 15 Abs. 3 VgV. Auch beim nichtoffenen Verfahren ist dies möglich, es ist hier allerdings zwischen der Teilnahme- und der Angebotsfrist zu unterscheiden. Ist die Einhaltung der Teilnahmefrist nicht möglich, kann diese nach § 16 Abs. 3 VgV um bis zu 15 Tage verkürzt werden. Die Angebotsfrist kann im nichtoffenen Verfahren dagegen sogar auf bis zu zehn Tage reduziert werden, § 16 Abs. 7 VgV. Für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb gilt § 17 Abs. 1, 8 VgV, wonach die Angebotsfrist in Abs. 6 in Höhe von 30 Tagen auf maximal zehn Tage verkürzt werden kann. Die hier jeweils verlangte Dringlichkeit erfordert dabei lediglich, dass die vorgetragenen Gründe plausibel und nachvollziehbar dargelegt werden.⁶⁰⁵ Einer strengeren Dringlichkeit aufgrund unvorhersehbarer und

⁶⁰⁴ Diese Mindestfristen, die in Ausschreibungen zur Abgabe der Angebote und Bieteranträge zu setzen sind, wurden durch die neue Richtlinie bereits beschnitten, sie beliefen sich ursprünglich auf 52 Tage bzw. 37 Tage (Art. 38 Abs. 2, 3 RL 2004/18/EG).

⁶⁰⁵ *Haak/Sang*, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 16 VgV Rn. 4.

vom öffentlichen Auftraggeber nicht zu verantwortender Ereignisse bedarf es an dieser Stelle hingegen nicht.⁶⁰⁶ Wohl aber darf die Dringlichkeit nicht vom Auftraggeber selbst verursacht sein.⁶⁰⁷ Eine weitere Voraussetzung ist zudem, dass die Verkürzung sich in Hinblick auf die konkret geforderten Leistungen auch noch als angemessen darstellt, um ein entsprechendes, unter Umständen zu änderndes Angebot ausarbeiten zu können, § 20 Abs. 1 S. 1 VgV.⁶⁰⁸

In § 38 Abs. 3 VgV besteht mit der Vorinformation zusätzlich die Möglichkeit, durch die Veröffentlichung einer Vergabeabsicht die Mindestfrist für den Eingang von Angeboten zu verkürzen. Dies bietet sich jedoch nur dann an, wenn lediglich die zeitliche Komponente des Abrufs fraglich ist. Zu beachten ist, dass die Vorschrift zwei verschiedene Formen der Vorinformation regelt. § 38 Abs. 1 bis 3 VgV betreffen die hier relevante frühzeitige Information des Marktes über eine vorgesehene Auftragsvergabe sowie die Verkürzung der Mindestfristen bei der Angebotserstellung. Voraussetzung für diese Beschneidung der Frist auf 15 Tage im offenen und auf zehn Tage im nichtoffenen Verfahren ist, dass die nach Anhang I der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986⁶⁰⁹ erforderlichen Informationen in der Vorinformation enthalten sind, § 38 Abs. 3 Nr. 1 VgV, und im Zeitraum zwischen 35 Tagen und maximal zwölf Monaten vor der Absendung zur Veröffentlichung übermittelt wurden, § 38 Abs. 3 Nr. 2 VgV.

Daneben regelt § 38 VgV in seinen Absätzen 4 bis 6 die Möglichkeit, einen Aufruf zur Interessenbekundung zu setzen und durch die Entbehrlichkeit der Auftragsbekanntmachung nach § 37 VgV eine Verfahrenserleichterung zu erreichen. Dafür ist ebenfalls die Einhaltung bestimmter Anforderungen nötig, insbesondere die frühzeitige Benennung der Liefer- oder Dienstleistung (§ 38 Abs. 4 Nr. 1 VgV), da sich die Vorinformation nur auf die konkrete Leistung beziehen darf.⁶¹⁰ Aufgrund

⁶⁰⁶ Erwägungsgrund 46 RL 2014/24/EU.

⁶⁰⁷ *Hausmann/Kern/Rechten*, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2017, § 15 VgV Rn. 20.

⁶⁰⁸ *Bulla*, Dringlichkeits- und Interimsvergaben (Teil 1), *AnwZert BauR* 2/2018, Anm. 2.

⁶⁰⁹ Durchführungsverordnung der Kommission (EU) 2015/1986 v. 11. November 2015 zu Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung von der Einführung von Standardformularen für die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011, ABl. L 296/1.

⁶¹⁰ *Ley/Wankmüller* (Fn. 527), 2016, § 38 VgV, S. 373.

des damit verbundenen Aufwands und der einhergehenden langfristigen Planung bietet sich diese Alternative aber nicht an.

bb) Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

Wenn die vorrangige Prüfung der Verkürzung der Mindestfristen nicht ausreicht, um die Anforderungen an die Dringlichkeit des Ereignisses zu erfüllen, kommt unter Umständen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht,⁶¹¹ bei dem unmittelbar eine Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten ohne einen öffentlichen Aufruf zur Teilnahme an vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählte Unternehmen erfolgt, § 17 Abs. 5 VgV. Im Ausnahmefall kann er sogar nur mit einem einzigen bezüglich des Auftrags in Verbindung treten.

Zur Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 VgV bedarf es nach dessen Nr. 3 äußerst dringlicher und zwingender Gründe aufgrund von Ereignissen, „die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte (und) es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind (...)“. Erforderlich ist damit eine unerwartete Notlage bzw. Krisensituation⁶¹², deren Eintreten unvorhersehbar ist und infolgedessen zu einer dringenden Leistungsbeschaffung (etwa von Unterbringungsmöglichkeiten) führt. Anwendungsfälle sind Naturkatastrophen oder andere Notstände, die als „akute Gefahrensituationen (...) zur Vermeidung von Schäden für Leib und Leben der Allgemeinheit ein sofortiges die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern“.⁶¹³ In Betracht kommen daher auch Beschaffungen für Einsätze im Bereich der Terrorismusbekämpfung.⁶¹⁴ An die zwingenden und dringenden Gründe sind strenge Anforderungen zu stellen. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut („unbedingt erforderlich“) als auch aus dem Ausnahmecharakter dieser Vergabevariante.⁶¹⁵ Dieses Verfahren kommt daher nur bei

⁶¹¹ *Stumpf/Götz*, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen der Dringlichkeitsvergabe, VergabeR 2016, S. 561 (562).

⁶¹² Zur Definition der Krise s. § 4 VSVgV.

⁶¹³ OLG Celle v. 24.09.2014-13 Verg 9/14, NZBau 2014, 784.

⁶¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.07.2002-Verg 30/02 Rn. 33 ff.

⁶¹⁵ *Stumpf/Götz* (Fn. 611), VergabeR 2016, S. 561 (563).

außergewöhnlichen Umständen in Betracht.⁶¹⁶ Dabei hat jeweils eine Abwägung im Einzelfall zwischen den Vergaberechtsgrundsätzen und den betroffenen Rechtsgütern zu erfolgen, die die Dringlichkeit rechtfertigen.⁶¹⁷ Auch hier dürfen nach dem Gesetzeswortlaut die Umstände nicht vom Auftraggeber selbst verursacht worden oder ihm zuzurechnen sein. Damit soll eine Umgehung der strengen Voraussetzungen dieser Verfahrensart vermieden werden.⁶¹⁸ Eine Zurechenbarkeit ist bereits dann gegeben, wenn es sich um Umstände handelt, die in der Sphäre des Auftraggebers liegen. Ein Verschulden ist dementsprechend nicht erforderlich.⁶¹⁹ Auch bei Hinzutreten von natürlichen Ursachen kann diese Zurechenbarkeit nur in wenigen Ausnahmefällen zu verneinen sein.⁶²⁰ Schließlich muss die Dringlichkeit sich auch gerade aus dem unvorhersehbaren Ereignis ergeben, es bedarf also eines Kausalzusammenhangs.⁶²¹ Dem Auftraggeber wird bei dieser Bewertung zwar ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Er muss die die Dringlichkeit verursachenden Gründe als auch den unzulänglichen Rückgriff auf die verkürzten Fristen aber darlegen können.⁶²²

Auf Wunsch hat der Auftraggeber interessierten Unternehmen im Rahmen seiner Dokumentationspflicht zudem mitzuteilen, aus welchen Gründen der Auftrag im Rahmen einer Direktvergabe erfolgt.⁶²³ Eine ausführliche Dokumentation der Dringlichkeit ist dem öffentlichen Auftraggeber auch aus dem Grund zu empfehlen, um Vergaberechtsverstößen vorzubeugen.⁶²⁴

b) Besonderheiten innerhalb des Anwendungsbereichs der VSVgV

In der VSVgV findet sich die grundlegende Regelung zur Fristverkürzung in § 20 VSVgV. Nach § 20 Abs. 2 VSVgV beträgt die Teilnahmefrist beim

⁶¹⁶ Erwägungsgrund 50 RL 2014/24/EU.

⁶¹⁷ VK Lüneburg, Beschl. v. 18.09.2014-VgK-30/2014.

⁶¹⁸ VK München, Beschl. v. 12.08.2016 - Z3-3-3194-1-27-07-16, Rn. 66.

⁶¹⁹ *Kulartz*, in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß* (Fn. 607), 2017, § 14 Rn. 55 VgV; vgl. auch VK Düsseldorf, Beschl. v. 15.08.2003 – VK-23/2003-L.

⁶²⁰ *Stumpf/Götz* (Fn. 611), *VergabeR* 2016, S. 561 (565).

⁶²¹ *Verordnungsbegründung zur VergRModVO*, BR-Drs. 87/16, S. 169; *Kulartz*, in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß* (Fn. 607), 2017, § 14 VgV Rn. 54; EuGH, *VergabeR* 2010, 57, 63 Rn. 68 ff. m. w. N.

⁶²² Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2016 – Verg 46/15.

⁶²³ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 10.11.2015 – 11 Verg 8/15.

⁶²⁴ *Bulla* (Fn. 608), *AnwZert BauR* 2/2018, Anm. 2.

nichtoffenen Verfahren, beim Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und im wettbewerblichen Dialog in der Regel mindestens 37 Tage. Im beschleunigten Verfahren kann auch hier bei besonderer Dringlichkeit auf 15 Tage oder bei elektronischer Übermittlung sogar auf zehn Tage verkürzt werden, § 20 Abs. 2 S. 2 VSVgV. Auch die üblicherweise auf 40 Tage angesetzte Angebotsfrist beim nichtoffenen Verfahren kann auf zehn Tage verringert werden.

Auch hier existiert mit § 20 Abs. 3 S. 3 VSVgV eine § 38 VgV entsprechende Regelung, wonach bei Veröffentlichung einer Vorinformation nach § 17 VSVgV eine Fristverkürzung auf in der Regel 36 Tage, nicht jedoch weniger als 22 Tage ab Absendung der Aufforderung erfolgen kann. Erforderlich ist dafür, dass sie alle nach Anhang IV der RL 2009/81/EG erforderlichen - verfügbaren - Informationen enthält und spätestens 52 Tage vor dem Tag der Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung übermittelt wurde.

Auch bei elektronischen Bekanntmachungen kann nach § 20 Abs. 4 VSVgV eine Fristverkürzung gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 VSVgV um sieben Tage erfolgen. Die Angebotsfrist kann kumulativ sogar um weitere fünf Tage vermindert werden, wenn sie die in der Norm näher festgelegten Anforderungen erfüllt.

§ 12 VSVgV regelt unter gewissen Voraussetzungen ebenfalls die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb. Die Vorschrift findet dabei ebenfalls sowohl im Rahmen von Beschaffungen der Streitkräfte als auch bei nicht-militärischen Krisenfällen, wie etwa terroristischen Angriffen, Anwendung.⁶²⁵

Dazu zählen nach § 12 Abs. 1 b) aa) VSVgV dringende Gründe im Zusammenhang mit einer Krise⁶²⁶ und nach § 12 Abs. 1 b) bb) VSVgV andere „dringliche, zwingende Gründe(n) im Zusammenhang mit Ereignissen, die die Auftraggeber nicht voraussehen konnte(n)“ und deren Gründe auch nicht in ihren Verantwortungsbereich fallen. Anders als die Parallelvorschrift des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV entfällt hier das Erfordernis der „äußersten“ Dringlichkeit.

⁶²⁵ Haak/Koch, in: Willenbruch/Wieddekind, (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 12 VSVgV Rn. 12; Erwägungsgrund 54 RL 2009/81/EG.

⁶²⁶ Der Begriff „Krise“ ist in § 4 Abs. 1 VSVgV definiert und umfasst neben bewaffneten Konflikten auch Katastrophen im oben verwendeten Sinne (s. S. 103 ff.).

§ 12 Abs. 1 b) aa) VSVgV knüpft dabei allein an das objektive Vorliegen einer Krise an.⁶²⁷ Dabei existiert im Gegensatz zu § 12 Abs. 1 Nr. 1 b) bb) VSVgV - der dieses explizit verlangt - und den Regelungen der VgV die Besonderheit, dass es der Dringlichkeit nicht entgegensteht, wenn diese absehbar war oder der öffentliche Auftraggeber diese sogar selbst (mit-)verursacht hat, da formalrechtliche Argumente, wie ein Verschulden einer Beschaffung bei einer massiven Bedrohung von Rechtsgütern wie der körperlichen Integrität oder sogar des Lebens, nicht entgegenstehen sollen.⁶²⁸ Eine Krisensituation stellen etwa die friedenssichernden Maßnahmen in Afghanistan durch einen Streitkräfteeinsatz dar.⁶²⁹

§ 12 Abs. 1 Nr. 1 b) bb) VSVgV entspricht der Regelung des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, der nach der neuen Rechtslage jedoch die höhere Anforderung einer „äußerlichen Dringlichkeit“ normiert. Für die VSVgV bedeutet dies, dass hier eine beschränkende Anwendung erforderlich ist.⁶³⁰ Die Anforderungen an die Dringlichkeit sind in diesem Ausnahmefall sehr hoch.⁶³¹ Erforderlich ist, dass der Auftraggeber das Vorliegen dieser die Dringlichkeit begründenden Umstände hinreichend belegen kann. Diese müssen durch die Krise hervorgerufen worden sein, d. h. es bedarf in Bezug auf den konkret ausgeschriebenen Beschaffungsbedarf eines Ursachenzusammenhangs zwischen der Dringlichkeit und dem Kriseneintritt.⁶³²

Aufgrund der Dringlichkeit muss dem Auftraggeber zudem die Anwendung der regulären und verkürzten Fristen nach §§ 15 Abs. 3, 16 Abs. 3, 7 VgV bzw. § 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 VSVgV unmöglich sein. Es handelt sich also wiederum um eine zweistufige Prüfung, bei der zunächst festgestellt werden muss, dass ein beschleunigtes Verfahren im konkreten Fall aufgrund der bestehenden Krise oder Ereignisses nicht in

⁶²⁷ Haak/Koch, in: Willenbruch/Wieddekind, (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 12 VSVgV Rn. 16.

⁶²⁸ BKartA, *Beschluss* vom 03.09.2015 – VK 2-79/15 Rn. 2; *Byok* (Fn. 516), NJW 2016, 1494 (1499); OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 13.04.2016 – VII-Verg 46/15*.

⁶²⁹ OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 13.04.2016 – VII-Verg 46/15*; Haak/Koch, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 12 VSVgV Rn. 14.

⁶³⁰ Haak/Koch, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 12 VSVgV Rn. 17.

⁶³¹ OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 13.04.2016 – VII-Verg 46/15*, Vorinstanz VK Bund, *Beschl. v. 03.09.2015 - VK 2-79/15*.

⁶³² OLG Düsseldorf, *VergabeR 2015, 667 – Feldlager Mazar-e-Sharif*; OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 13.04.2016 – VII-Verg 46/15*.

Betracht kommt.⁶³³ Gefordert wird eine Kausalität, die zur Unmöglichkeit der Vornahme eines förmlicheren Vergabeverfahrens geführt hat. Dies verdeutlicht, dass in diesen Fällen durchaus eine flexiblere Beschaffung ermöglicht wird, sich diese aber gleichzeitig innerhalb des vergaberechtlichen Rahmens bewegen und diesen nicht aushebeln soll.⁶³⁴ Im April 2020 ist das „Gesetz zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik“⁶³⁵ in Kraft getreten. Dieses verfolgt unter anderem das Ziel, eine schnellere Bedarfsdeckung unter Nutzung der vergaberechtlichen Spielräume zu fördern.⁶³⁶ Die Voraussetzungen der Dringlichkeit werden hier aufgeweicht und relevante Anwendungsfälle nun direkt normiert. § 12 Abs. 1 Nr. 1 b aa) VSVgV nennt als dringliche Gründe, in denen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht kommt mandatierte Auslandseinsätze oder einsatzgleiche Verpflichtungen der Bundeswehr, friedenssichernde Maßnahmen, die Abwehr terroristischer Angriffe oder eingetretene oder unmittelbar drohende Großschadenslagen auf, wenn diese kurzfristig neue Beschaffungen erfordern oder durch sie bestehende Beschaffungsbedarfe kurzfristig ansteigen. Diese Bildung von Regelbeispielen steigert die Rechtsklarheit hinsichtlich der Anwendung der Norm und führt so zu einer schnelleren Umsetzung der Beschaffung notwendiger Güter in diesen relevanten Fällen.

c) Aktuelle Besonderheiten bei der Versorgung und Unterbringung von Flüchtlingen

Ähnlich gelagerte Probleme ergeben sich aus der aktuellen Flüchtlingssituation der letzten Jahre, die in bestimmten Bereichen zu einem Sondervergaberecht führte.⁶³⁷

Abverlangt werden auch hier die schnelle Verfügbarkeit von Hilfsgütern wie Zelten, medizinischer Versorgung, Lebensmitteln und allen weiteren lebensnotwendigen Gütern. Auch hier besteht ein Spannungsverhältnis

⁶³³ Haak/Koch, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 12 VSVgV Rn. 11.

⁶³⁴ Haak/Koch, in: Willenbruch/Wieddekind, (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 12 VSVgV Rn. 13 ff.

⁶³⁵ BGBl. I 2020, S. 674.

⁶³⁶ Vgl. BT Drs. 19/15603 vom 02.12.2019.

⁶³⁷ Byok (Fn. 516), NJW 2016, 1494 (1499).

zwischen der schnellen, angemessenen Unterbringung und Versorgung der Flüchtlinge und den vergaberechtlichen Anforderungen.⁶³⁸ Die Kommunen und Länder werden dabei als Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB tätig. Um diese Ansprüche miteinander in Einklang zu bringen, wurden in Art. 6 Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz⁶³⁹ erneut Änderungen des Baurechts vorgenommen, wodurch eine vereinfachte Bereitstellung und der Bau von Unterkünften für die Flüchtlinge ermöglicht werden. Diese Neuerung bezweckt insbesondere die bedarfsgerechte und zeitnahe Beschaffung von Unterbringungsmöglichkeiten, welches sich als eines der Hauptprobleme der Flüchtlingskrise darstellt.⁶⁴⁰ Dabei wird die Regelung des § 246 BauGB nach § 34 Abs. 3a S. 1 BauGB für den Zeitraum bis zum 31.12.2019 um die Absätze 11 bis 16 erweitert.⁶⁴¹

Bei der Beschaffung der Unterkünfte sind jedoch auch die vergaberechtlichen Regelungen zu beachten. Das Vergaberecht findet grundsätzlich keine Anwendung, wenn es sich um Anmietung, Pacht oder den Ankauf von bereits bestehenden Gebäuden handelt, § 100 Abs. 5 Nr. 1 und 2 GWB. Anderes gilt für die Beschaffung von Containern oder Zelten, denn diese fallen nicht unter die Definition „Gebäude“ und erfordern daher die Anwendung des Vergaberechts. Haushaltsrechtliche Grundsätze (Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit) sind gleichwohl in beiden Fällen zu berücksichtigen.⁶⁴² Unterschieden werden muss dann erneut, ob es sich um eine Bau- oder Lieferleistung handelt, da die Schwellenwerte für eine europaweite Ausschreibung unterschiedlich hoch ausfallen. Ausschreibungspflichtig sind zudem neu zu errichtende Gebäude oder solche, deren nutzungstypische Funktion durch einen Umbau geändert wird, da hier der Schwerpunkt nicht mehr auf dem Kauf bzw. der Miete

⁶³⁸ Vgl. *Lageder*, Errichtung von Unterkünften für Asylsuchende - eine vergaberechtliche Perspektive, *KommJur* 2015, S. 361 (361).

⁶³⁹ BGBl. I 2015 v. 23.20.2015, S. 1731.

⁶⁴⁰ *Battis/Mitschang/Reidt*, Das Flüchtlingsunterbringungs-Maßnahmengesetz 2015, *NVwZ* 2015, S. 1633 (1633).

⁶⁴¹ Das ursprüngliche Gesetz über Maßnahmen zur Änderung im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen erweiterte § 346 BauGB bereits um die Abs. 8 bis 10, BGBl. I 2014 v. 25.11.2014, S. 1748.

⁶⁴² *Ewer/Mutschler-Siebert*, Die Unterbringung von Flüchtlingen - Bau-, ordnungs- und vergaberechtliche Aspekte, *NJW* 2016, S. 11 (16).

liegt.⁶⁴³ Beschleunigungen und vergaberechtliche Erleichterungen sind nur innerhalb der bestehenden Regelungen denkbar.

Das BMWi hat aufgrund dessen in einem Rundschreiben vom 24.08.2015⁶⁴⁴ die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand der Dringlichkeit weiter konkretisiert. Die öffentlichen Auftraggeber können sich bei der Vergabe von Aufträgen bzgl. der Versorgung und Unterbringung von Flüchtlingen im Regelfall auf den Ausnahmetatbestand der Dringlichkeit berufen und ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchführen. Erforderlich ist aber auch hier zunächst, dass schon ein beschleunigtes Verfahren eben wegen dieser Dringlichkeit ausgeschlossen werden muss.⁶⁴⁵ Unterhalb der Schwellenwerte bestehen sogar Verfahrenserleichterungen in der Form, dass bereits bei Unterschreitung einer bestimmten Wertgrenze eine Direktvergabe erfolgen kann.⁶⁴⁶

Auch die Kommission hat sich angesichts der Flüchtlingsproblematik in einer Mitteilung der Kommission vom 09.09.2015 geäußert.⁶⁴⁷ In dieser Mitteilung verdeutlicht die Kommission zwar erneut die restriktive Auslegung der Vergabe aufgrund besonderer Dringlichkeit. Gleichzeitig hebt sie hervor, dass angemessene Regelungen bestehen, um auf die derzeitigen außergewöhnlichen Umstände und unmittelbaren Bedürfnisse der Asylsuchenden entsprechend zu reagieren. Sie weist daher explizit auf die Möglichkeit der Fristverkürzung und auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb hin.

2. Interimsvergabe

a) Allgemeines

In Einzelfällen ist sogar die sogenannte Interimsvergabe denkbar. Sie findet im Gesetz keine rechtliche Grundlage, ist aber in der

⁶⁴³ *Ewer/Mutschler-Siebert*, NJW 2016, S. 11 (16); *Kleinhenz-Jeannot/Nieschulz*, Beschaffung von Flüchtlingsunterkünften, Kommunale Praxis 2015, S. 151 (152).

⁶⁴⁴ Rundschreiben des BMWi v. 24.08.2015 – Az. IB6 – 270100/14.

⁶⁴⁵ S. dazu bestätigend Vergabekammer Südbayern, Beschl. v. 12.08.2016 - Z3-3-3194-1-27-07-16.

⁶⁴⁶ *Ewer/Mutschler-Siebert* (Fn. 642), NJW 2016, S. 11 (17).

⁶⁴⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zu den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der aktuellen Flüchtlingsproblematik, 09.09.2015, COM (2015) 454 final.

Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt als Reaktion auf akute Notlagen und stellt - wie aus dem Begriff „interim“ bereits abzuleiten ist - nur eine situationsbedingte Übergangslösung dar,⁶⁴⁸ bis es zu einer ordnungsgemäßen Ausschreibung kommt.⁶⁴⁹ Bei der Interimsvergabe handelt es sich trotz mangelnder Ausschreibung um einen öffentlichen Auftrag, da allein der Wille des Auftraggebers, die Leistung zu einem späteren Zeitpunkt entsprechend auszuschreiben, nach dem EuGH nicht ausreicht, um ihn gänzlich dem Vergaberecht zu entziehen.⁶⁵⁰ Der Interimsvertrag soll damit vielmehr einen zusätzlichen Vertrag zu dem ursprünglichen Hauptvertrag darstellen, der auch hinsichtlich seines Auftragswertes unabhängig zu betrachten ist.⁶⁵¹

In Abgrenzung zu der Verfahrenserleichterung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb kommt eine Interimsvergabe auch dann in Betracht, wenn sie dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen ist, etwa aufgrund einer fehlerhaften Risikoprognose.⁶⁵² Es bedarf auch hier einer qualifizierten Dringlichkeit, wie sie beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erforderlich ist.⁶⁵³ Die Interimsvergabe stellt zudem die ultima ratio dar. Sie erfordert daher eine Einzelfallabwägung, bei der einem besonderen Gemeinwohlinteresse ausnahmsweise und zeitweilig der Vorrang gegenüber den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen einzuräumen ist.⁶⁵⁴

Die Interimsvergabe ist nach ihrem Wortlaut auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt. Dieser ist jeweils im Rahmen einer Einzelfallabwägung zu bestimmen, wobei wesentliche Leistungsbestandteile des anschließenden Vertrags jedoch nicht vorgenommen werden dürfen.⁶⁵⁵ Auch bei einer Interimsvergabe ist schließlich der Wettbewerb zu berücksichtigen, sodass mehrere Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern sind und zumindest eine summarische

⁶⁴⁸ *Kleinhenz-Jeannot/Nieschulz* (Fn. 226), *KommunalPraxis spezial* 2015, S. 151 (153).

⁶⁴⁹ *Marx/Hölzl* (Fn. 602), *NZBau* 2010, 535 (536).

⁶⁵⁰ *Eschenbruch*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß* (Fn. 348), 2016, § 103 GWB Rn. 179; OLG Dresden, *Beschl. v. 24.01.2008 – WVerg 10/07*.

⁶⁵¹ OLG Koblenz „*Regio Post*“, *Beschl. v. 24.03.2015 Verg 1/15, NZBau* 2015, 386.

⁶⁵² *Bulla*, *Dringlichkeits- und Interimsvergaben (Teil 2)*, *AnwZert BauR* 4/2018, Anm. 2.

⁶⁵³ *Marx/Hölzl* (Fn. 602), *NZBau* 2010, 535 (536).

⁶⁵⁴ *Bulla* (Fn. 652), *AnwZert BauR* 4/2018, Anm. 2.

⁶⁵⁵ *Bulla* (Fn. 652), *AnwZert BauR* 4/2018, Anm. 2.

Eignungsprüfung aufgrund der zu erstellenden Leistungsbeschreibung zu erfolgen hat.⁶⁵⁶ Dabei sind alle Bieter zu berücksichtigen, die im Rahmen eines vorangegangenen Vergabeverfahrens ein wertbares Angebot abgegeben haben.⁶⁵⁷ Anwendungsbereiche sind insbesondere Versorgungslücken im Bereich der Daseinsvorsorge, zum Beispiel bei der Ausstattung von Krankenhäusern oder bei den Unterbringungsmöglichkeiten im Rahmen der Flüchtlingsproblematik sowie auch akute Notsituationen wie die Flutkatastrophe in Sachsen 2002.⁶⁵⁸ Die Interimsvergabe stellt daher einer Variante dar, die für die Beschaffung in Situationen wie Naturkatastrophen prädestiniert ist. Ihre fehlende gesetzliche Regelung erschwert jedoch ihre Anwendung und führt zu Rechtsunsicherheiten beim öffentlichen Auftraggeber.

b) Abzugrenzende Rechtsinstitute

Abzugrenzen ist die Interimsvergabe zunächst von einer de-facto-Vergabe, zu der sich eine Interimsvergabe aber unter Umständen entwickeln kann. Auch hier handelt es sich um eine Auftragsvergabe nach den §§ 97 ff. GWB, bei der kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt wurde.⁶⁵⁹

Hier wird jedoch im Nachhinein festgestellt, dass diese vergaberechtswidrig erfolgte, also kein Ausnahmetatbestand vorlag, der die Umgehung rechtfertigen würde. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen regelt § 135 GWB. Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 GWB erfolgt die Unwirksamkeitserklärung, wenn ein Auftrag ohne vorhergehende Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union und ohne gesetzliche Gestattung innerhalb von 30 Tagen nach Information der Bieter über den Vertragsabschluss durch den öffentlichen Auftraggeber in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Hat eine solche Bekanntmachung stattgefunden, endet die Frist der Geltendmachung 30 Tage im Anschluss daran.

⁶⁵⁶ OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.01.2014 - 11 Verg 15/13 Rn. 51; *Marx/Hölzl* (Fn. 602), NZBau 2010, 535 (536).

⁶⁵⁷ OLG Hamburg, Beschl. v. 08.07.2008 - Az. 1 Verg 1/08; VK Lüneburg, Beschl. v. 03.07.2009 - VgK-30/2009.

⁶⁵⁸ VK Arnsberg, Beschl. v. 25.08.2008 - VK 14/08; *Bulla* (Fn. 608), AnwBauR 2/2018 Anm. 2; *Marx/Hölzl* (Fn. 602), NZBau 2010, 535 (536 f.).

⁶⁵⁹ *Mentzinis*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 101 b GWB Rn. 7.

Bislang galt ein verkürzter Zeitraum der Unwirksamkeitsfeststellung durch Art. 2d Abs. 4 RL 89/665/EG⁶⁶⁰ (geändert durch Richtlinie 2007/66/EG⁶⁶¹) bei der de-facto-Vergabe, umgesetzt nun in § 135 Abs. 3 GWB. Diese sogenannte „freiwillige ex-ante-Transparenzmachung“ ermöglicht es dem Auftraggeber, den geschlossenen Vertrag von Anfang an als wirksam zu behandeln.⁶⁶² Dies erfordert das kumulative Vorliegen der in § 135 Abs. 3 GWB genannten Voraussetzungen, wonach der Auftraggeber von der Zulässigkeit einer Vergabe ohne europaweite Ausschreibung ausgeht, er die Absicht des Vertragsschlusses im Amtsblatt bekundet und der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Tagen vollzogen wird. Dabei ist nach dem EuGH das subjektive Element von großer Bedeutung. Er fordert, dass der Auftraggeber prüfbare und eindeutige Nachweise vorlegt, aufgrund derer er von einer verzichtbaren Bekanntmachung ausgehen durfte.⁶⁶³

Bei größeren Beschaffungen und Entwicklungsvorhaben kann bereits zu dem Zeitpunkt das Vergabeverfahren eröffnet werden, wenn das Bestehen eines Beschaffungsbedarfs zwar noch von äußeren, nicht beeinflussbaren Faktoren abhängig ist, die Bedarfsdeckung bei einem weiteren Abwarten aber nicht mehr sichergestellt werden kann. Es handelt sich in diesem Fall um eine vorgezogene Vergabereife.

Für die Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise ist es erforderlich, dass die dazu benötigten Haushaltsmittel verfügbar sind und die Unterlagen den bestehenden Beschaffungsvorbehalt deutlich ausweisen.⁶⁶⁴ Weiterhin erforderlich ist eine Dringlichkeit der Beschaffung, wobei auch hier

⁶⁶⁰ RL 89/665/EWG des Rates v. 21.11.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 396/33.

⁶⁶¹ RL 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 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, ABl. L 335/31.

⁶⁶² *Henzel*, Rechtssichere de-facto-Vergabe nur zehn Tage nach ex-ante-Transparenzbekanntmachung, NZBau 2016, 148 ff.; *Püstow/Meiners*, Vorrang des Unionsrechts bei vergaberechtswidrigen Verträgen, EuZW 2016, 325 ff.; EuGH, NZBau 2010, 326 ff.

⁶⁶³ EuGH, 11.09.2014 - C-19/13 - Fastweb.

⁶⁶⁴ OLG Düsseldorf, VergabeR 2015, 667 – Feldlager Mazar-e-Sharif.

wiederum allen anderen Verfahrensarten Vorrang gewährt wird, wenn sie in gleicher Weise zielführend sind.⁶⁶⁵

Die vorgezogene Vergabereife ist von der Markterkundung abzugrenzen. Die Markterkundung dient der Vorbereitung der Auftragsvergabe, indem sie für den öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, sich einen Überblick über die Art der Leistung, die Beschaffungsvarianten und den zur Beschaffung in Frage kommenden Anbietermarkt zu verschaffen. Der Auftraggeber darf bei der Markterkundung beispielsweise die Aufforderung zur unverbindlichen Angebotsabgabe stellen oder Recherchen tätigen. Geregelt ist dies in § 28 VgV, in dessen Absatz 2 sogleich Ausschreibungen allein zum Zwecke der Markterkundung und der Kosten- oder Preisermittlung als unzulässig angesehen werden. Die entsprechende Vorschrift in der VSVgV findet sich in § 10 Abs. 4. Andernfalls würde ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz vorliegen, da den Bietern eine Vergabeabsicht lediglich vorgetäuscht würde.⁶⁶⁶ Die Markterkundung darf daher nur in engen Grenzen betrieben werden und erfordert eine tatsächliche Beschaffungsabsicht des öffentlichen Auftraggebers. Dadurch können sich allerdings Informationsvorsprünge für einzelne Bieter oder in Einzelfällen auch Missverständnisse über den Charakter der Markterkundung ergeben. Dennoch kann diese durch die vorherige Informationsbeschaffung zu einer Entlastung und damit im Bedarfsfall zu einer Zeitersparnis führen.

Eine Alternative besteht in der sogenannten Inhouse-Vergabe, die durch das neue Richtlinienpaket nun ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen wurde, § 108 GWB.⁶⁶⁷ Dieser enthält Vorgaben für sämtliche ausgeschlossenen Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit und umfasst damit neben der Inhouse-Vergabe als vertikale Zusammenarbeit (§ 108 Abs. 1-5 GWB) in § 108 Abs. 6 GWB auch die horizontale Zusammenarbeit.⁶⁶⁸ § 108 Abs. 1 GWB regelt die reguläre Inhouse-Vergabe, während in den Absätzen drei bis fünf weitere besondere Formen festgelegt sind.

⁶⁶⁵ S. S. 157, dahinter steht der Gedanke der ultima ratio der Interimsvergabe.

⁶⁶⁶ *Fehling/Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 10 Abs. 4 VSVgV Rn. 16.

⁶⁶⁷ Dieser dient der Umsetzung von Art. 12 RL 2014/24/EU, Art. 17 RL 2014/23/EU und Art. 28 RL 2014/25/EU.

⁶⁶⁸ Vgl. *Gurlit*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 108 GWB Rn. 7.

Voraussetzung dafür ist zunächst, dass der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person die gleichen Kontrollbefugnisse wie über seine eigene Dienststelle ausüben kann, § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB.⁶⁶⁹ § 108 Abs. 2 GWB stellt diesbezüglich eine Vermutungsregel auf, wonach dies dann anzunehmen ist, „wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt (...)“. Erweiternd zur bisherigen Rechtsprechung gilt dies in gleicher Weise, wenn eine andere juristische Person diese Kontrollinstanz übernimmt, von dem öffentlichen Auftraggeber aber auf gleiche Weise kontrolliert wird. Zudem muss der Auftragnehmer die Tätigkeit im Wesentlichen, das heißt mehr als 80%, für den Auftraggeber erbringen, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Dieser vorgegebene Prozentsatz berechnet sich nach den Vorgaben in § 108 Abs. 7 GWB. Nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB darf schließlich i. d. R. keinerlei private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person bestehen. Die horizontale Zusammenarbeit in § 108 Abs. 6 GWB regelt die Anforderungen an den Ausschluss des Vergaberechts aufgrund einer vertraglichen Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern, die sich im Gegensatz zur Inhouse-Vergabe durch Gleichrangigkeit der beteiligten Partner auszeichnet.⁶⁷⁰

c) Direktvergaben ohne Dringlichkeitserfordernis

aa) Katastrophenschutz

Eine besondere Ausnahme für die Zulässigkeit von Direktvergaben findet sich im Katastrophenschutz. Im Zuge der Reform und der seit dem 18.04.2016 geltenden Neuregelung von Teilen des GWB findet sich in Art. 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nun ein Ausnahmetatbestand, der alle Aufträge und Konzessionen aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausnimmt, welche als „Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die Referenznummern des CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur

⁶⁶⁹ So bislang auch die Rechtsprechung, EuGH, 18.11.1999 - C-107/98 - „Teckal“.

⁶⁷⁰ *Gurlit*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 108 GWB Rn. 33.

Patientenbeförderung fallen (...)“, Art. 10 lit. h) der RL 2014/24/EU bzw. Art. 10 Abs. 8 lit. g) der RL 2014/23/EU. Ein großer Teil der Auftragsvergabe in diesem Bereich unterliegt damit nicht mehr dem Vergaberecht. Dazu zählen im Einzelnen Dienstleistungen von Feuerwehr und Rettungsdiensten, die Zivilverteidigung, Dienstleistungen im Rahmen der nuklearen Sicherheit sowie der Einsatz von Krankenwagen. Dies begründet sich im speziellen Charakter dieser Organisationen.⁶⁷¹ Bestimmte Bereiche der Daseinsvorsorge, in denen Private miteinbezogen werden können, sollen damit ohne die Anwendung des Vergaberechts abgewickelt werden, da die Gemeinwohlinteressen in diesem Fall gegenüber jenen an einer Einhaltung des Wettbewerbsprinzips überwiegen.⁶⁷²

Dieser Ansicht ist nun auch der EuGH⁶⁷³, der die Rechtfertigung für die darin liegende Diskriminierung durch die Bevorteilung der Freiwilligenorganisationen in der wirtschaftlichen Sicherstellung der im allgemeinen Interesse liegenden Rettungsdienstleistungen sieht. Neben der Wirtschaftlichkeit muss auch der soziale Zweck der Solidarität dabei erfüllt werden, wobei maßgeblich ist, dass die Freiwilligenorganisationen keinerlei Gewinn aus der Beauftragung schöpfen.⁶⁷⁴

Die Übertragbarkeit auf Deutschland ist aufgrund anderer nationaler Bedingungen aber fraglich. Hier erfolgt die Vornahme von Rettungsdienstleistungen als Ländersache uneinheitlich nach dem Submissions- oder dem Konzessionsmodell. Bei Ersterem handelt es sich um eine reguläre Auftragsvergabe des jeweilig zuständigen Trägers an eine private Rettungsdienstorganisation im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens. Die Kostenabwicklung erfolgt somit direkt zwischen den Vertragsparteien. Das in einigen Ländern praktizierte Konzessionsmodell zeichnet sich dagegen durch die Einräumung des Rechts auf Nutzung und Verwertung als Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung aus.⁶⁷⁵ Die Konzessionsinhaber erhalten ihr Entgelt von

⁶⁷¹ Erwägungsgrund 28 RL 2014/24/EU.

⁶⁷² *Ruthig*, Vergaberechtsfreier Bevölkerungsschutz. Die Bereichsausnahme des § 107 I Nr. 4 GWB und ihre Konsequenzen für den Rettungsdienst, NZBau 2016, 3 (3 f.).

⁶⁷³ anders bislang in EuGH, ECLI:EU:C2010:230=Slg. 2010, I-3759=NZBau 2010, 450 Rn. 81 ff.

⁶⁷⁴ EuGH, Urt. v. 11.12.2014, C-113/13 (Spezzino); s. auch *Amelung/Janson*, Vergabe von Rettungsdienstleistungen: Keine generelle Freistellung vom Vergaberecht, NZBau 2016, 23 (24).

⁶⁷⁵ Vgl. insoweit die Ausführungen zu Konzessionen auf S. 79 f.

den jeweiligen Leistungsempfängern bzw. den Sozialversicherungsträgern.⁶⁷⁶

Sowohl das Erfordernis einer Begrenzung auf die bloße Kostenerstattung der Leistungen als auch der Einsatz von Erwerbstätigen in sehr begrenztem Umfang, wie es der EuGH als weitere Anforderung vorsieht, treffen im Großteil der Fälle nicht auf Deutschland zu.⁶⁷⁷

Im Gegensatz zur Richtlinie konkretisiert die nationale Vorschrift den Begriff der gemeinnützigen Organisationen und zählt darunter insbesondere alle diejenigen, die „nach Bundes- oder Landesrecht als Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen anerkannt sind.“ Aufgrund dieser zusätzlichen Regelung ist es in Bezug auf die nationale Beschaffungspraxis in Deutschland zum Teil strittig, ob der Ausnahmetatbestand des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auch Rettungsdienstleistungen erfasst, die nicht im Rahmen des Bevölkerungsschutzes und der Gefahrenabwehr erbracht werden.⁶⁷⁸ Dafür spricht, dass bei Ausnahmen vom Anwendungsbereich einer Richtlinie eine enge Auslegung erforderlich ist und insofern Extremsituationen darunter zu verstehen sind.⁶⁷⁹ Der ebenfalls in der Norm genannte Begriff der Gefahrenabwehr würde zwar für eine weite Auslegung in diesem Bereich sprechen, allerdings sind die unter die betreffenden CPV-Codes fallenden Leistungen Bereiche, die nicht unbedingt zum Kernbereich des Verständnisses von Gefahrenabwehr zählen. Die Nennung der Zivilverteidigung, der Feuerwehr und der Dienstleistungen im Bereich der nuklearen Sicherheit spricht eher dafür, dass es sich um Tätigkeiten handelt, die den Randbereich der Gefahrenabwehr betreffen. Insofern liegt der Schluss nahe, üblicherweise in mehr oder weniger großer Regelmäßigkeit stattfindende Rettungsdienstleistungen nicht darunter zu fassen.⁶⁸⁰ Die weiteren Voraussetzungen des Vorliegens einer gemeinnützigen Organisation sowie der entsprechenden CPV-Codes engen den Anwendungsbereich weiter ein. Hält man die in der Norm genannten „Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes

⁶⁷⁶ *Bonhage/Ritzenhoff*, Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen, NZBau 2012, 218 (219); *Amelung/Janson*, NZBau 2016, 23 (25).

⁶⁷⁷ *Prieß*, Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach den neuen Vergaberichtlinien, NZBau 2015, 343 (344).

⁶⁷⁸ *Prieß* (Fn. 677), NZBau 2015, 343 (343).

⁶⁷⁹ EuGH NZBau 2012, 509 Rn. 32; *Prieß* (Fn. 677), NZBau 2015, 343 (346).

⁶⁸⁰ *Prieß* (Fn. 677), NZBau 2015, 343 (346).

und der Gefahrenabwehr“ für kein Tatbestandsmerkmal, kann man dagegen die Ansicht vertreten, auch andere Rettungsdienstleistungen seien von der Vorschrift umfasst.⁶⁸¹

Der EuGH hat nun unter anderem entschieden, dass allein die Gemeinnützigkeit darüber entscheidet, ob eine Bereichsausnahme angenommen werden kann. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Einrichtung im Zivil- oder Katastrophenschutz handelt. § 107 Abs. 1 Nr. 4, Hs. 2 GWB ist damit nicht mit der Richtlinie vereinbar, da dieser keine Prüfung der Gemeinnützigkeit vornimmt. Eine richtlinienkonforme Auslegung sei in Verbindung mit § 52 AO möglich, wenn nach dieser Vorschrift eine Gemeinnützigkeit anerkannt werden kann. Insofern verweist der EuGH aber auf eine Entscheidung durch das Vorlagegericht.⁶⁸²

Ein Großteil der oben betrachteten Leistungen unterliegt somit nicht mehr dem Anwendungsbereich des Vergaberechts. Die Vorschrift erleichtert so ein schnelles, rechtzeitiges und situationsangemessenes Handeln in einer bestehenden Notsituation, da statt eines langwierigen Vergabeprozesses eine zeitsparende Direktvergabe möglich ist. In Fällen absoluter Dringlichkeit besteht diese Option zwar ohnehin bereits. Dennoch wird mit ihr klargestellt, dass es durchaus Fallkonstellationen gibt, in denen auch ohne das Vorliegen absoluter Dringlichkeit das Beibehalten der regulären vergaberechtlichen Regelungen problematisch sein kann.

bb) Eisenbahnverkehrsdienste

Das Erfordernis von Direktvergaben öffentlicher Aufträge besteht auch in anderen Bereichen der Beschaffung: Regelungen zur Direktvergabe finden sich etwa im Bereich der Eisenbahnverkehrsdienste. Einschlägig ist hier der durch die Vergaberechtsmodernisierung eingeführte § 131 GWB, welcher die bisherige Rechtslage gesetzlich normiert.⁶⁸³

So findet sich in § 131 Abs. 2 S. 2 GWB, der sich mit der Vergabe von Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr befasst, ein deklaratorischer Verweis auf Art. 5 Abs. 5 VO Nr. 1370/2007 EG.⁶⁸⁴

⁶⁸¹ Prieß (Fn. 677), NZBau 2015, 343 (347).

⁶⁸² EuGH, Urt. v. 21.3.2019 – C-465/17 Rn. 52 ff.

⁶⁸³ Bungenberg/Schelhaas, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 131 GWB Rn. 5.

⁶⁸⁴ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates.

Danach kann im Fall einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei unmittelbarer Gefahr des Eintretens einer solchen Situation eine Notmaßnahme u. a. in Form einer Direktvergabe für einen Auftragszeitraum von maximal zwei Jahren erfolgen. In diesem Fall kann der nationale Gesetzgeber eine Direktvergabe in Abweichung zu den anderen geregelten Möglichkeiten der Direktvergabe in dieser Verordnung auch nicht untersagen.⁶⁸⁵ So hat der deutsche Gesetzgeber bei der Einräumung weiterer Möglichkeiten der Direktvergabe in diesem Bereich gerade nicht vorgesehen. Dazu zählt etwa die Direktvergabe von Bagatellaufträgen, worunter Vergaben mit einem geschätzten Jahresdurchschnittsvolumen von bis zu 1.000.000 Euro sowie jährliche öffentliche Personenverkehrsleistungen von weniger als 300.000 km fallen.⁶⁸⁶ Hier ist der nationale Gesetzgeber nicht berechtigt, auf eine Direktvergabe zurückzugreifen.

Gleiches gilt für Möglichkeit der generellen Direktvergabe im SPNV-Bereich, wie sie Art. 5 Abs. 6 VO Nr. 1370/2007 EG vorsieht. Auch dies hat der nationale Gesetzgeber nicht in die nationale Regelung aufgenommen, wobei er in der Gesetzesbegründung des GWB⁶⁸⁷ das Urteil des BGH zum SPNV⁶⁸⁸ angeführt hat.⁶⁸⁹ Auch dies verdeutlicht wiederum die strenge Handhabung des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf Direktvergaben.

Bei einer Direktvergabe ist weiterhin grundsätzlich das Erfordernis der Bekanntmachung zu berücksichtigen, § 131 Abs. 2 S. 2 GWB, Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1370/2007 EG, wonach ein Jahr vor der Direktvergabe Mindestinformationen im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen sind. Für die Fälle der Notfallmaßnahmen nach Art. 5 Abs. 5 VO Nr. 1370/2007 EG gilt diese Pflicht aber konsequenterweise zumindest gerade nicht, Art. 7 Abs. 2 S. 5 VO Nr. 1370/2007 EG.

Trotz der zumindest auf Verordnungsebene großzügig eingeräumten Potentiale der Direktvergabe ist eine Besonderheit im Vergleich zu den Regelungen zur Dringlichkeit zu berücksichtigen: Hier bedarf es bereits

⁶⁸⁵ *Fandrey*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 131 GWB Rn. 26.

⁶⁸⁶ *Fandrey*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 131 GWB Rn. 31.

⁶⁸⁷ BT-Drs. 18/6281, S. 117.

⁶⁸⁸ BGH, Beschl. v. 08.02.2011 – X ZB 4/10.

⁶⁸⁹ BT-Drs. 18/6281, S. 117.

deswegen nicht der typischen vergaberechtlichen Strenge, da die beschaffte Leistung in diesem Fall unmittelbar den Fahrgästen und damit der Allgemeinheit zugutekommt.⁶⁹⁰ Aus diesem Grund knüpft die Norm auch lediglich an objektive Kriterien in Bezug auf das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr oder deren baldiges Eintreten an. Inwieweit diese Situation für den Auftraggeber vorhersehbar oder ihm sogar selbst zurechenbar war, spielt dabei gerade keine Rolle.⁶⁹¹

Eine Vergleichbarkeit in Bezug auf die Dringlichkeit, welche der Allgemeinheit i. d. R. nur mittelbar dienen⁶⁹², ist daher nur eingeschränkt möglich. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob allein aufgrund dessen eine Unterscheidung gerechtfertigt erscheint. Denn Dringlichkeitsfragen charakterisieren sich oftmals durch die Betroffenheit elementarer Rechtsgüter, namentlich Leib und Leben anderer. Es erschließt sich daher nicht, warum dem öffentlichen Auftraggeber in diesen Bereichen größere Spielräume durch den europäischen Gesetzgeber eingeräumt worden sind.

3. Bewertung

Die Neuregelungen hinsichtlich der möglichen Fristverkürzungen durch die Vergaberechtsnovelle 2016 machen deutlich, dass das Bedürfnis des öffentlichen Auftraggebers nach einer oftmals kurzfristigen Beschaffung erkannt wurde.

Es bleibt jedoch unverkennbar, dass der Gesetzgeber weiterhin eine sehr restriktive und eingeschränkte Anwendung der Dringlichkeitsvergabe wünscht: Im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung wurden etwa die Anforderungen an das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb weiter verschärft, indem die Neuregelung des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nun die Vorgabe enthält, dass es sich um „äußerst dringliche, zwingende Gründe“ handeln muss.⁶⁹³ Die Intention des Gesetzgebers, den Bietern und Teilnehmern einen optimalen Rechtsschutz zu gewährleisten und eine aushöhlende Anwendung der Norm durch den Auftraggeber zu verhindern, scheint zwar nachvollziehbar, läuft aber in ihrer Strenge dem eigentlichen Sinn und Zweck der Vorschrift entgegen. Es erschwert dem Auftraggeber in tatsächlicher Hinsicht die Durchführung einer bedarfsgerechten Beschaffung in besonderen

⁶⁹⁰ *Fandrey*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 131 GWB Rn. 28.

⁶⁹¹ *Fandrey*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 131 GWB Rn. 28.

⁶⁹² Vgl. *Fandrey*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 131 GWB Rn. 28.

⁶⁹³ *Butler*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 237), 2017, § 10 Rn. 70.

Situationen. Für den Anwendungsbereich des VSVgV besteht dieses Erfordernis einer „äußersten“ Dringlichkeit zwar nicht, allerdings sind Fälle, die eine schnellere Beschaffung erfordern, hier in gleicher Weise denkbar. Die Differenzierung erscheint daher nicht gerechtfertigt.

Ähnliches lässt sich auch für die Interimsvergabe feststellen: Es wird weiterhin auf eine gesetzliche Normierung ihrer Voraussetzungen verzichtet. Auch dies zeigt, dass es sich dabei um keinen Ansatz handelt, den der Gesetzgeber als potenzielle Gestaltungsvariante vorsehen möchte. Aufgrund ihrer hohen Anforderungen durch die Rechtsprechung stellt die Interimsvergabe momentan keinen perspektivischen Ansatz dar.⁶⁹⁴ Die Wichtigkeit, die diese Vorschrift für bestimmte Bereiche der Beschaffung hat, ist auch nach der Vergaberechtsmodernisierung noch nicht ausreichend berücksichtigt worden. Denkbar wäre es allerdings, den Spielraum des öffentlichen Auftraggebers in Bezug auf Interimsvergaben zu erweitern, indem in bestimmten Bereichen weniger strenge Anforderungen zu erfüllen sind, wo sich diese Dringlichkeitsproblematik regelmäßig stellt.

Wenngleich in der Praxis im Rahmen von Einsatzfällen der Bundeswehr oftmals ohnehin ein Rückgriff auf den Ausnahmetatbestand des § 145 Nr. 3 GWB erfolgt, der eine Nichtanwendung des Vergaberechts für solche verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträge vorsieht, die außerhalb der Europäischen Union vergeben werden, wäre es wünschenswert, der Bedeutung der Direktvergabe für diese Fälle auch in gesetzgeberischer Weise expliziter Ausdruck zu verleihen. Anknüpfungspunkt muss dabei die Erforderlichkeit der Direktvergabe sein. Zur effektiven Anwendung der Norm wäre diese danach immer dann zu bejahen, wenn Belange betroffen sind, die unter Einhaltung der gewöhnlichen vergaberechtlichen Regelungen nicht bedarfsgerecht beschafft werden können. Eine Subsumtion derartiger Fälle unter diese Norm ist möglich, da beispielsweise auch Verzögerungen oder Probleme bei der Nachschubslogistik darunter zu fassen sind.⁶⁹⁵

Gleiches gilt für Bereiche, die sich nicht im Anwendungsbereich von Einsatzfällen der Bundeswehr befinden, aber die gleichen

⁶⁹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2016 - VII-Verg 46/15.

⁶⁹⁵ S. bereits S. 86 ff.

Dringlichkeitspotentiale aufweisen. Dazu gehören, wie oben gesehen, etwa Naturkatastrophen oder auch Einsätze im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung. Zwar bestehen auch in diesen Fällen gesetzliche Spielräume, allerdings ist eine Direktvergabe in vielen Bereichen bislang nicht vorgesehen.

Im Rahmen der Flüchtlingskrise wurde der Gesetzgeber schnell tätig, indem zusätzliche Regelungen eingefügt und die Bedingungen aufgeweicht wurden, um die Anforderungen an diese besondere Situation erfüllen zu können. Es wäre daher erstrebenswert, dies auf ähnliche Situationen zu erweitern, die in ihrer Problematik identisch und sich von der Flüchtlingsproblematik allein dadurch unterscheiden, dass sie oftmals außerhalb unseres unmittelbaren erkennbaren Umfelds stattfinden. Die aktuelle Änderung des § 12 VSVgV ist dabei ein Schritt in die richtige Richtung.

B. Vertragliche Beschaffungsinstrumente

I. Die Rahmenvereinbarung als langfristige Vertragsbeziehung

Das Vergabeverfahren bietet auch vertragsgestaltende Elemente, die genutzt werden können, um die Beschaffung zu erleichtern. Eine Möglichkeit, flexibel auf Bedarfssituationen reagieren zu können, ist es, die benötigten Leistungen oder Ressourcen für den Bedarfsfall vorzuhalten. Dadurch können diese kurzfristig abgerufen werden. Insbesondere Rahmenvereinbarungen als langfristige Vertragsbeziehungen bieten in dieser Hinsicht Potentiale im Rahmen der Bedarfsdeckung. Durch sie kann im Bedarfsfall auf die benötigten Leistungen zurückgegriffen werden, ohne kostbare Zeit mit den sonst erforderlichen Schritten im Rahmen einer Beschaffung zu verlieren.

Grundvoraussetzung für eine langfristige Vertragsbeziehung ist es, dass die Vertragsteilnehmer an dem Aufbau eines sicheren und verlässlichen Vertragsverhältnisses interessiert sind. Insofern bietet sich diese Art der Vertragsgestaltung auch an, um die Anforderung an eine stabile, qualitativ hochwertige Möglichkeit des Zugriffes auf Leistungen zu gewährleisten. Das Mehr an Stabilität durch diese Art der Vertragsbeziehung kann gleichzeitig zu einem Mangel an Flexibilität führen, sodass beide Aspekte

in einem Spannungsverhältnis zueinanderstehen.⁶⁹⁶ Mit dieser Vertragsbeziehung gehen zudem gewisse Abhängigkeiten einher, sodass das Vertrauen in den jeweiligen Vertragspartner unerlässlich ist.

Die lange Bindungsdauer einer Vertragsvereinbarung erhöht zudem die Wahrscheinlichkeit sich ändernder (Begleit-)Umstände und damit auch die Gefahr von Vertragsstörungen.⁶⁹⁷ Dies steigert das Bedürfnis nach Neuverhandlungsklauseln oder anderen rechtlichen Regelungen zur Anpassung des Vertrags als Alternative zur Kündigung und dem erneuten Abschluss nach Neuverhandlungen. Diese sollten im besten Falle auch flexibilitäts erhöhend sein. Letztlich führt der Abschluss eines langfristig bindenden Vertrags aber auch dazu, dass im Sinne einer Ausgleichsfunktion hohen Kosten entgegengewirkt werden kann, welche bei dem Vorhalten von Leistungen auf Abruf in jedem Falle problematisch ist.

Als langfristige Vertragsbeziehung – da auf eine dauerhafte Zusammenarbeit angelegt⁶⁹⁸ – können bei einer weiten Definition auch die oben angesprochene ÖPP-Projekte (als Alternative zur konventionellen Beschaffungsvariante, bei der die öffentliche Hand selbst tätig wird) angesehen werden.⁶⁹⁹ Da es sich dabei oftmals um die Einräumung eines Nutzungsrechts für den privaten Vertragspartner handelt, durch den die von ihm eingebrachten Finanzmittel amortisiert werden sollen, besteht eine entsprechend lange Laufzeit. Dem Auftraggeber steht in diesem Fall eine Kündigungsmöglichkeit zu.⁷⁰⁰ Gleichzeitig hat aber auch er ein Interesse daran, die Umstellung eines Versorgungsbereichs in einen privatisierten Teilbereich langfristig zu gestalten, damit sich diese auch für ihn lohnt.

Im Folgenden soll die Rahmenvereinbarung als langfristige Vertragsbeziehung betrachtet werden, bei welcher erst durch einen weiteren Vertragsschluss die konkrete Vertragspflicht des Verkäufers

⁶⁹⁶ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, 1994, S. 25 f.

⁶⁹⁷ Oetker (Fn. 696), 1994, S. 14.

⁶⁹⁸ Vgl. Willenbruch, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 104 GWB Rn. 9.

⁶⁹⁹ So Gehrt, Flexibilität in langfristigen Verträgen. Eine ökonomische Analyse des vertraglichen Nachverhandlungsdesigns bei PPP-Projekten, 2010, S 1, 6.

⁷⁰⁰ Poschmann (Fn. 232), 2010, S. 41.

begründet wird. Die übergeordnete Rahmenvereinbarung stellt damit nur den Rahmen für die Vertragsbeziehung auf.⁷⁰¹ Sie bietet damit trotz ihrer Langfristigkeit Flexibilitätspotentiale, die sich Nutzen gemacht werden können.

Durch die Rahmenvereinbarung werden wiederkehrende Beschaffungen (für eine begrenzte Zeit) einmalig geregelt und bringen somit eine hohe Planungssicherheit in die Beschaffungsstruktur. Dabei werden die äußeren Bedingungen zwar im Vorhinein geregelt, durch die Gestaltungsfreiheit der Einzelverträge besteht für den Auftraggeber jedoch die Möglichkeit, die Leistung stärker bedarfsorientiert und vor allem umgehend abzurufen. Dadurch kann auf nicht vorhersehbare Bedarfe aufgrund unbestimmbarer Ereignisse oder Entwicklungen bestmöglich reagiert werden. Dies führt darüber hinaus zu Kosteneinsparungen und damit zu einer effektiven Beschaffung. Dem gegenüber stehen zwar erhöhte Kosten für die Gestaltung des Verfahrens und die Risikozuschläge auf Seiten der Auftragnehmer für fehlende Abnahmepflichten, gleichwohl können sie die Vorteile einer Rahmenvereinbarung nicht entwerten.

1. Allgemeines

Eine Definition der Rahmenvereinbarung befindet sich seit der Vergaberechtsreform in § 103 Abs. 5 S. 1 GWB. Mit dieser Regelung im GWB wird klarstellend festgestellt, dass die Rahmenvereinbarung allgemein zulässig innerhalb der öffentlichen Auftragsvergabe ist.⁷⁰² Dies entspricht den Vorgaben des Erwägungsgrundes 60 der RL 2014/24/EU, welcher die breite Anwendung der Rahmenvereinbarung als effiziente Beschaffungsmethode vorsieht.

Bei einer Rahmenvereinbarung trifft der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber mit einem oder mit mehreren Unternehmen Vereinbarungen, in denen die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge zwischen ihnen während eines bestimmten, festgelegten Zeitraums geregelt sind, insbesondere hinsichtlich des Preises. Wenngleich die Rahmenvereinbarung selbst kein öffentlicher Auftrag ist,⁷⁰³ gelten für die Vergabe von Rahmenvereinbarungen, soweit nichts anderes bestimmt ist,

⁷⁰¹ Oetker (Fn. 696), 1994, S. 24.

⁷⁰² Biemann, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn. 2.

⁷⁰³ Biemann, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn. 1.

dieselben Vorschriften wie für die Vergabe öffentlicher Aufträge, § 103 Abs. 5 S. 2 GWB.

Zu unterscheiden ist die Rahmenvereinbarung vom Rahmenvertrag. Der relevante Unterschied zwischen beiden besteht darin, dass im Rahmenvertrag bereits alle Vertragselemente konkret festgelegt werden, wie es etwa auch beim Dauerschuldverhältnis der Fall ist. Die Rahmenvereinbarung bietet hingegen weitere Spielräume, indem noch nicht alle Rahmenbedingungen festgelegt, sondern diese zum Teil noch offen sind.⁷⁰⁴ Im Vergaberecht ist i. d. R. von einer Rahmenvereinbarung die Rede.

2. Anforderungen

Die beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch einen öffentlichen Auftraggeber festgesetzten Anforderungen sind auch darin begründet, dass sich der Auftraggeber dabei für einen nicht unerheblichen Zeitraum an einen bestimmten Vertragspartner bindet und der Wettbewerb für diesen Leistungsbereich über einen längeren Zeitraum ausgeschlossen ist.⁷⁰⁵

a) Inhalt und Ausgestaltung der Rahmenvereinbarung

Konkretisierend findet sich eine Regelung zu den Rahmenvereinbarungen in § 21 VgV und für den Anwendungsbereich der VSVgV in deren § 14. Für Rahmenvereinbarungen über Bauleistungen gilt dagegen § 4a VOB/A-EU.

Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung richtet sich zunächst nach den regulären Verfahrensarten der VgV, § 21 Abs. 1 S. 1 VgV.

Das Ausschreibungsverfahren weist allerdings einige Besonderheiten auf. So sind bereits die Anforderungen an die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung geringer, als dies üblicherweise der Fall ist. Zwar muss auch hier der Leistungsgegenstand eindeutig und erschöpfend definiert werden,⁷⁰⁶ es genügt dabei aber, wenn der Vertragsinhalt so präzise wie möglich in den Vergabeunterlagen festgelegt und

⁷⁰⁴ *Biemann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn. 8; Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie, Dok. CC/2005/03_rev1 v.14.07.2015, S. 6, unter: <http://oeffentliche-auftraege.de/1-06/eu-kommission-erlaeuterungen-rahmenvereinbarungen-basisrichtlinie.pdf> (z. a. am 12.10.2017).

⁷⁰⁵ *Poschmann* (Fn. 232), 2010, S. 43.

⁷⁰⁶ *Biemann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn. 12.

veröffentlicht wird, § 21 Abs. 1 VgV. Die Gebote der Bestimmtheit, Eindeutigkeit und Vollständigkeit gelten damit nur eingeschränkt.⁷⁰⁷

In jedem Fall bedarf es jedoch eines konkret definierten Beschaffungsbedarfs. Nötig sind gewisse Mindestanforderungen, wonach die wesentlichen Bedingungen für die Ausführung der Einzelaufträge umrissen sein müssen.⁷⁰⁸ Dazu zählen die Art der Leistung, das vorgesehene Auftragsvolumen, der Leistungszeitraum und nach § 103 Abs. 5 S. 1 GWB insbesondere auch der Preis.⁷⁰⁹ Dies bezieht sich auf die Vergütung des Auftragnehmers.⁷¹⁰ Besteht lediglich eine Preisfestsetzung für die zu erbringenden Leistungen, ist die Rahmenvereinbarung unzulässig.⁷¹¹ Der Preis für die späteren Einzelaufträge muss noch nicht konkret bestimmt sein. Es genügt, wenn die Preisfindungskriterien hinreichend festgelegt und damit die Berechnungsgrundlagen deutlich sind.⁷¹² Auch das Auftragsvolumen muss lediglich „so genau wie möglich“ angegeben werden und erfordert damit nur die Angabe von Rahmendaten, § 21 Abs. 1 S. 2 VgV, § 4 Abs. 2 S. 2 VSVgV.⁷¹³ Sollte es zu Fehlkalkulationen bei der Berechnung des geschätzten Auftragsvolumens kommen, kann der öffentliche Auftraggeber sich u. U. Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen, wenn der er dabei sorgfaltswidrig gehandelt hat.⁷¹⁴ Im Übrigen ist eine Überschreitung der durch den Auftraggeber in der Rahmenvereinbarung festgesetzten abgerufenen Menge noch von dieser gedeckt, soweit es sich nicht um eine wesentliche Überschreitung handelt.⁷¹⁵ Diese Unwägbarkeiten, die auch mit einem Kalkulationsrisiko beim Auftragnehmer verbunden sind, sind beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung in Kauf zu nehmen, da gerade

⁷⁰⁷ Vgl. OLG Düsseldorf: Rahmenvertrag: Bieter muss erhebliche Kalkulationsrisiken tragen, ZfBR 2013, 510; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.2.2013 – VII-Verg 44/12.

⁷⁰⁸ *Fischer/Fongern*, Rahmenvereinbarungen im Vergaberecht, NZBau 2013, S. 550 (553); VK Münster, Beschl. v. 06.03.2013 – VK 2/13; *Schrotz*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, VOL/A § 4 EG Rn. 44.

⁷⁰⁹ *Fischer/Fongern* (Fn. 708), NZBau 2013, S. 550 (553 ff.); *Haak/Koch*, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 21 VgV Rn. 13.

⁷¹⁰ *Biemann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn. 13.

⁷¹¹ OLG Karlsruhe Vergabesenat, Urt. v. 16.11.2012, Az. 11 Verg 9/12.

⁷¹² *Fischer/Fongern* (Fn. 708), NZBau 2013, S. 550 (553).

⁷¹³ *Krohn*, in: Gabriel/Krohn/Neun/Krohn (Fn. 237), 2017, § 19 Rn. 28; *Haak/Koch*, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 21 VgV Rn. 14.

⁷¹⁴ *Segeth* (Fn. 290) 2010, S. 187.

⁷¹⁵ *Haak/Koch*, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 21 VgV Rn. 16.

dies die Besonderheit der Rahmenvereinbarung darstellt.⁷¹⁶ Wann eine solche „wesentliche Überschreitung“ vorliegt, wird unterschiedlich beurteilt, im Interesse der Flexibilität als wesentliches Element der Rahmenvereinbarung nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln sein, wobei insbesondere der Beschaffungsgegenstand selbst, die Dauer der Rahmenvereinbarung sowie die Leistungsfähigkeit des Bieterkreises eine Rolle spielen dürften.⁷¹⁷ Ist die Wesentlichkeitsgrenze überschritten oder wurde eine absolute Höchstmenge in der Rahmenvereinbarung festgelegt, bedarf es einer Neuausschreibung, da weitere Leistungen insoweit nicht mehr von der Rahmenvereinbarung gedeckt sind.⁷¹⁸

Die Leistungsbeschreibung muss den Bieter dazu befähigen, sich eine Vorstellung von der zu erbringenden Leistung zu machen, sodass er die anfallenden Kosten und erforderlichen Mittel prüfen kann und steht damit im Zentrum.⁷¹⁹

Die Zuschlagskriterien sind ebenfalls bereits in der Rahmenvereinbarung festzulegen.⁷²⁰ Auch sogenannte Bedarfspositionen dürfen unter gewissen Voraussetzungen in die Rahmenvereinbarung mit aufgenommen werden. Die Voraussetzungen dafür stellen eine ehrliche Durchführungsabsicht von Seiten des Auftraggebers dar, um Missbrauch etwa zum Zwecke der Markterkundung zu verhindern. Dabei darf es zum Zeitpunkt der Erstellung der Leistungsbeschreibung noch nicht möglich sein, den konkreten Bedarf abschließend zu ermitteln.⁷²¹

Bei der Rahmenvereinbarung handelt es sich um ein zweistufiges Vertragsverhältnis. Sie setzt sich zum einen aus dem Abschluss der Rahmenvereinbarung selbst, dem ein Vergabeverfahren vorhergeht, zum anderen aus der sich anschließenden Vergabe der Einzelaufträge zusammen. Sie wird vor allem dann zur Anwendung kommen, wenn es

⁷¹⁶ Krohn, in: Gabriel/Krohn/Neun/Krohn (Fn. 237), 2017, § 17 Rn. 30.

⁷¹⁷ Segeth (Fn. 290), 2010, S. 185 f.

⁷¹⁸ Segeth (Fn. 290), 2010, S. 185, 191 f.; Haak/Koch, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 21 VgV Rn. 16.

⁷¹⁹ Vgl. Segeth (Fn. 290), 2010, S. 168.

⁷²⁰ Schwabe, Die vergaberechtliche Rahmenvereinbarung, AnwZert BauR 22/2011, Anm. 1.

⁷²¹ S. bereits S. 119 f.

sich um regelmäßig wiederkehrende Leistungen handelt,⁷²² deren konkreter Bedarf ungewiss ist. In diesem Fall kann die tatsächliche Ausgestaltung des Vertrags zu einem späteren Zeitpunkt festgelegt werden. Die einzelnen Bedingungen können damit zeitnah und bedarfsgerecht erfolgen. Es besteht keine Abnahmeverpflichtung, sondern lediglich eine einseitige Abrufoption für den Auftraggeber, soweit durch einseitige vertragliche Verpflichtung vereinbart worden ist, dass er Auftragnehmer den Auftrag auf Abruf auszuführen und dementsprechend Kapazitäten vorzuhalten hat.⁷²³ Dies ermöglicht eine größere Flexibilität, die sich gerade bei kurzfristigem Bedarf als praktisch erweist. So kann das Auftragsvolumen bedarfsgerecht festgelegt werden. Genau dieser Anforderungen bedarf es, da der Leistungsbedarf kurzfristig und in der Regel unvorhersehbar für den Auftraggeber entsteht. Der Rückgriff auf die Rahmenvereinbarung ermöglicht Zeiteinsparungen, indem das Erfordernis einer Neuausschreibung entfällt.

Bei einer zweiseitig verpflichtenden Rahmenvereinbarung hat sich dagegen auch der Auftraggeber zu bestimmten Leistungen verpflichtet, beispielsweise zur Abnahme bestimmter Mindestvolumina.⁷²⁴

Schließlich sind auch beidseitig unverbindliche Rahmenvereinbarungen denkbar. Durch das bestehende Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bietet diese Vertragsgestaltung nicht die bei einer einseitig verpflichtenden Rahmenvereinbarung bestehende Handlungsflexibilität. Sie ist nur dann eine Option, wenn die Rahmenvereinbarung mit mehreren Parteien geschlossen wird,⁷²⁵ da in diesem Fall das Risiko eines Leistungsausfalls minimiert und bei entsprechenden Vereinbarungen sogar nahezu komplett ausgeschlossen werden kann.

⁷²² Vgl. *Biemann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn. 5 f.; Rosenkötter, Rahmenvereinbarungen mit Miniwettbewerb- Zwischenbilanz eines neuen Instruments, VergabeR 2010, S. 368 (368).

⁷²³ *Schwabe* (Fn. 720), AnwZert BauR 22/2011, Anm. 1; *Biemann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn. 7, 14; *Poschmann*, in: Müller/Wrede, VOL/A Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 4 EG Rn. 17.

⁷²⁴ Vgl. *Rosenkötter/Seidler*, Praxisprobleme bei Rahmenvereinbarungen, NZBau 2007, 684 (687); zu den Voraussetzungen einer Mindestabnahmepflicht des Auftraggebers siehe OLG Jena 22.8.2011 – 9 Verg 2/11, NZBau 2011, 771; *Biemann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn 14.

⁷²⁵ *Biemann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn. 14.

Es ist nicht möglich, mit anderen Bietern im Nachhinein einen weiteren Rahmenvertrag über dieselbe Leistung abzuschließen. Dieses bislang in § 4 Abs. 1 S. 3 VOL/A-EG normierte sog. Doppelabschlussverbot findet sich in § 21 VgV nun nicht mehr wieder. Gleichwohl kann man diesen Gedanken aus dem Rechtscharakter der Rahmenvereinbarung schließen.⁷²⁶

Dies gilt indes nur für parallele Rahmenvereinbarungen. Die Ausschreibung von gesonderten Einzelleistungen ist weiterhin möglich.⁷²⁷ Zum Teil wird hingegen auch hier eine teleologische Erweiterung der Vorschrift gefordert, da ein Vertrauensbedürfnis der Vertragspartner und für den Auftraggeber letztlich auch kein Anlass zur erneuten Ausschreibung besteht.⁷²⁸ Letztlich hinterfragt das Vergaberecht jedoch nicht die Sinnhaftigkeit einer Beschaffung. Eine Sperrwirkung lässt sich diesem mit Ausnahme des oben genannten Falls nicht entnehmen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn ein solcher Ausschluss in der Rahmenvereinbarung selbst vereinbart worden ist.⁷²⁹

Die Teilnahme zusätzlicher Vertragsparteien an der ursprünglichen Rahmenvereinbarung ist nach Erwägungsgrund 60 der RL 2014/24/EU ebenfalls nicht vorgesehen. Die Wahl des Vertragspartners ist gerade ein Umstand, der als wesentlich für das Vertragsverhältnis zu bezeichnen ist, sodass die Hinzunahme weiterer Vertragspartner eine Neuausschreibung erfordert.⁷³⁰

b) Der Abschluss der Einzelverträge

Entscheidend für die Vergabe von Einzelaufträgen auf Grundlage der Rahmenvereinbarung ist zunächst, dass diese wirksam ist und den vergaberechtlichen Anforderungen entspricht.⁷³¹ Die weiteren Voraussetzungen richten sich danach, ob es sich um einen oder mehrere Vertragspartner in der Rahmenvereinbarung handelt und finden sich in § 21 Abs. 3 bis 6 VgV.⁷³² Die Rechtsfolge bei einer trotz Unwirksamkeit

⁷²⁶ *Haak/Koch*, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 21 VgV Rn. 26.

⁷²⁷ *Segeth* (Fn. 290), 2010, S. 233 f.

⁷²⁸ *Schrotz*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, VOL/A § 4 Rn. 79 f. mit weiteren Argumenten und Nachweisen.

⁷²⁹ *Segeth* (Fn. 290), 2010, S. 234 f.

⁷³⁰ S. S. 143 ff.; Vgl. BKartA, Beschl. v. 29.06.2005 – VK 3-52/05; *Rosenkötter/Seidler* (Fn. 724), NZBau 2007, S. 684 (686).

⁷³¹ *Haak/Koch*, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 21 VgV Rn. 31.

⁷³² *Zeise* in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Fn. 607), 2017, § 21 VgV Rn. 40.

erfolgten Vergabe ist die Annahme einer unzulässigen de-facto-Vergabe des Einzelauftrags. Gleiches gilt, wenn die Einzelverträge nicht mit den Bedingungen der Rahmenvereinbarung übereinstimmen.⁷³³

Dafür müssen die jeweiligen Einzelaufträge sowohl inhaltlich als auch zeitlich unter den Anwendungsbereich der jeweiligen Rahmenvereinbarung fallen. Insbesondere die inhaltliche Komponente erfordert im Einzelfall eine Auslegung der Reichweite der Rahmenvereinbarung.⁷³⁴ Fehlt es bereits an einer dieser Anforderungen, bedarf es einer Neuausschreibung der Leistung in einem regulären Vergabeverfahren.

Gleiches gilt für den Vertragspartner. Der Vertragspartner muss nach § 21 Abs. 2 S. 2 VgV mit dem Abschließenden der Rahmenvereinbarung identisch sein. In Hinblick auf diese Personenidentität ist jedoch fraglich, ob eine sogenannte Öffnungsklausel zulässig ist, nach der bereits in der Ausschreibung festgesetzt werden kann, dass ein nachträglicher Beitritt anderer Unternehmen möglich ist, ohne dass es sich dabei um eine wesentliche Änderung der Vertragsbedingungen handelt. Zum Teil wird es für ausreichend erachtet, wenn festgesetzt ist, ob es sich um die Beteiligung eines oder mehrerer Unternehmen handelt.⁷³⁵ Der Auftraggeber ist allerdings an diese in der Rahmenvereinbarung genannten Bieter gebunden. Er muss im Vorhinein festlegen, ob er mit einem oder mit mehreren - und dann mit wie vielen - Partnern zusammenarbeiten möchte, da die Bieter dies in ihre Planung mit einkalkulieren müssen können.⁷³⁶ Dies legt auch Art. 33 Abs. 2 S. 2 RL 2014/24/EU fest, wonach Verfahren zur Vergabe nach Art. 33 Abs. 3 (ein Wirtschaftsteilnehmer) oder Abs. 4 (mehrere Teilnehmer) RL 2014/24/EU nur zwischen Auftraggebern und Unternehmen angewendet werden, die zum Abschlusszeitpunkt Vertragspartei waren. Bei einer Rahmenvereinbarung handelt es sich damit um ein sog. "geschlossenes System", welches nach Vertragsschluss weder auf Auftraggeber- noch auf Auftragnehmerseite

⁷³³ VK Bund, Beschl. v. 20.06.3003 – VK 1-35/03; *Poschmann*, in: Müller-Wrede (Fn. 723), 4. Aufl. 2014, § 4 VOL/A EG Rn. 111.

⁷³⁴ *Poschmann* (Fn. 232), 2010, S. 289.

⁷³⁵ *Schrotz*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 4 Rn. 105 EG VOL/A mit Verweis auf OLG Brandenburg v. 14.01.2013, Verg W 12/12.

⁷³⁶ *Schwabe* (Fn. 720), AnwZert BauR 22/2011 Anm. 1.

erweitert werden darf.⁷³⁷ Unter diesen genannten Teilnehmern findet dann u. U. ein Wettbewerb über die Einzelvertragsvergabe statt.

Eine Einbeziehung unter Vorbehalt in der Leistungsbeschreibung spricht daher gegen das oben genannte „geschlossene System“ und dem Wortlaut der Richtlinie, sodass eine nachträgliche Teilnahme nicht möglich ist bzw. als wesentliche Änderung zu werten ist, die einer erneuten Ausschreibung bedarf. Gerade die beteiligten Parteien sind als wesentliche Elemente des Vertrags zu bezeichnen, sodass ein Beitritt zu einer Rahmenvereinbarung in der Regel ausscheiden muss. Sie müssen vielmehr in der Rahmenvereinbarung von Beginn an selbst erfasst sein.⁷³⁸

Zu unterscheiden ist bei der Vergabe der Einzelverträge schließlich auch, ob es sich um eine Rahmenvereinbarung mit einem (§ 21 Abs. 3 VgV) oder mit mehreren (§ 21 Abs. 4, 5 VgV) Unternehmen handelt.

Eine Vergabe nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneutes Vergabeverfahren erfolgt dann, wenn es sich um eine Vereinbarung mit nur einem Unternehmen handelt oder zwar mehrere Unternehmen an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind, diese jedoch bereits sämtliche Bedingungen der Einzelverträge festlegt. In diesen Fällen kann ein direkter Abruf der Leistung erfolgen, § 21 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 VgV. Die Bedingungen des Angebots des betreffenden Unternehmens sind dabei u. U. auf Aufforderung des Auftraggebers zu konkretisieren, soweit dies in der Rahmenvereinbarung bislang noch nicht erfolgt ist, § 21 Abs. 3 S. 2 VgV.⁷³⁹

Wurde die Vereinbarung mit mehreren Unternehmen geschlossen, ohne dass sämtliche Bedingungen für die Vergabe der Einzelaufträge dort bereits festgelegt wurden, etwa durch konkrete Bestimmung oder Festlegung eines Auswahlmechanismus, bedarf es eines erneuten Vergabeverfahrens, sogenannter „Mini-Wettbewerb“⁷⁴⁰, zwischen den Vertragspartnern, § 21 Abs. 4 Nr. 3 VgV. Dabei ist zu prüfen, ob die Unternehmen fähig sind, den Auftrag auszuführen. Dies wird mittels einer Konsultation in Textform festgestellt. Ihnen muss eine den Umständen

⁷³⁷ Schrotz, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 4 Rn. 85 EG VOL/A; Europäische Kommission (Fn. 704), Dok. CC/2005/03_rev1 v. 14.07.2005, S. 5.

⁷³⁸ Rosenkötter/Seidler (Fn. 724), NZBau 2007, S. 684 (686), mit Hinweis auf BKartA, Beschluss v. 29.06.2005- VK 3-52/05.

⁷³⁹ Poschmann (Fn. 232), 2010, S. 293.

⁷⁴⁰ Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 127 GWB Rn. 69; Rosenkötter/Seidler (Fn. 724), NZBau 2007, S. 684 (689).

angemessene Ausschlussfrist zur Abgabe des Angebots gesetzt werden. Maßgebend dafür sind etwa der Umfang der bereits getroffenen Vereinbarungen oder die Dringlichkeit, vgl. § 21 Abs. 5 Nr. 1 bis 4 VgV. Der Auftraggeber erteilt den Auftrag im Anschluss entsprechend an das wirtschaftlichste Angebot. Die dabei herangezogenen Auswahlkriterien sind dabei die bereits bei Abschluss der Rahmenvereinbarung herangezogenen Kriterien oder u. U. weitere Bedingungen, die dann jedoch bereits ebenfalls im Vorhinein offenzulegen sind, § 21 Abs. 5 VgV.⁷⁴¹

Wenn diese Vertragsgestaltung bereits vorher in den Vertragsunterlagen oder in der Auftragsbekanntmachung offengelegt wurde, besteht bei abschließender Festlegung der Bedingungen für die Leistungen der Einzelverträge in der Rahmenvereinbarung nach § 21 Abs. 4 Nr. 2 VgV zudem die Möglichkeit, diese je nachdem entweder direkt zu vergeben oder ein erneutes Vergabeverfahren durchzuführen. Dabei sind objektive Kriterien zur Bewertung heranzuziehen.

c) Besonderheiten der VSVgV

Für Aufträge die sich nach der VSVgV richten, trifft § 14 Abs. 1 S. 2 VSVgV Vorgaben zu Rahmenvereinbarungen, der hinsichtlich der Definition auf § 103 Abs. 5 S. 1 GWB verweist. Festsetzungen hinsichtlich der Vergabe der Einzelaufträge treffen § 14 Abs. 2 bis 5 VSVgV, die wiederum zwischen Rahmenvereinbarungen mit einem (§ 14 Abs. 3) oder mit mehreren (§ 14 Abs. 4, 5 VSVgV) Unternehmen unterscheiden und sich auch inhaltlich größtenteils entsprechen. Abweichend von § 21 VgV hat der Gesetzgeber in § 14 Abs. 4 VSVgV festgelegt, dass eine Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Auftragnehmern abgeschlossen wird, mindestens aus drei Unternehmen bestehen muss. Hinsichtlich der Vergabe der Einzelaufträge fehlt eine § 21 Abs. 4 Nr. 2 VgV entsprechende Regelung, ansonsten stimmen die Vorschriften jeweils überein.

d) Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung

Die Vergabe der Einzelverträge wird durch die Laufzeit der Rahmenvereinbarung begrenzt, die in der Rahmenvereinbarung

⁷⁴¹ *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 127 GWB Rn. 69.

festzusetzen ist.⁷⁴² Nach § 21 Abs. 6 VgV beträgt die Laufzeit der Rahmenvereinbarung im Regelfall maximal vier Jahre. Im Anwendungsbereich der VSVgV kann die Laufzeit nach § 14 Abs. 6 S. 1 VSVgV dagegen maximal auf sieben Jahre vereinbart werden. Entscheidend ist dabei die Gesamtdauer des Vertrags einschließlich vereinbarter optionaler Verlängerungen.⁷⁴³ Bei entsprechenden Begründungen ist aber eine Abweichung von diesen festgesetzten zeitlichen Grenzen möglich. Darunter fallen etwa längere Nutzungsdauern des Beschaffungsgegenstandes oder Investitionen, die einen längeren Amortisierungszeitraum benötigen.⁷⁴⁴ Dadurch darf es jedoch nicht zu einer Marktverschließung und damit zu einem Missbrauch für den jeweiligen Bereich kommen. Dem Auftraggeber kommt dabei kein Beurteilungsspielraum zu, die Gründe für die Ausnahme müssen vollständig überprüfbar sein.⁷⁴⁵

Zudem kann ein Einzelvertrag auch nach Ablauf der Rahmenvereinbarung weiterlaufen und diese damit zeitlich überschreiten. Andernfalls könnte der Zeitraum der Rahmenvereinbarung nicht effektiv ausgeschöpft werden, sondern bestimmte sich nach den Einzelverträgen. Allerdings gilt auch für die Einzelverträge eine Begrenzung ihrer Laufzeit auf vier bzw. sechs Jahre, da diese auf Grundlage der Bedingungen der Rahmenvereinbarungen vergeben werden.⁷⁴⁶

3. Einsatzbereiche

Aktuelle Anwendungsbereiche im Rahmen der Bundeswehr bilden seit dem 7-Punkte-Programm beispielsweise die Beschaffung von Standardleistungen und -produkten der Bundeswehr.⁷⁴⁷

Im März 2017 wurde zudem der Mehr-Partner-Rahmenvertrag über die „Unterstützungsdienstleistungen für das Projektmanagement im BAAINBw“ mit den drei Unternehmen Ernst & Young, der

⁷⁴² *Biemann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) (Fn. 340), 2017, § 103 GWB Rn. 15.

⁷⁴³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 03.06.2013- VK 2-31/13.

⁷⁴⁴ Vgl. OLG Düsseldorf 11.4.2012 – VII-Verg 95/11, BeckRS 2012, 10051; *Haak/Koch*, in: Willenbruch/Wieddekind (Fn. 140), 2. Aufl. 2017, § 21 VgV Rn. 20.

⁷⁴⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.04.2012, Az. VII-Verg 95/11.

⁷⁴⁶ Vgl. Erwägungsgrund 62 der RL 2014/24/EU und Erwägungsgrund 72 der RL 2014/25/EU; Europäische Kommission (Fn. 704), Dok. CC/2005/03_rev1 v.14.07.2015, S. 5.

⁷⁴⁷ S. S. 69.

Arbeitsgemeinschaft P3 group & ESG und der KPMG geschlossen, der den Abschluss mehrerer, zeitlich begrenzter Rahmenvereinbarungen vorsieht.⁷⁴⁸ Dadurch soll das Projektmanagement des BAANBw unterstützt werden, um bei Bedarf flexibel externe Ressourcen abrufen zu können. Dieser soll es dem BAANBw ermöglichen, weitere personelle Ressourcen durch die Unterstützung von externen Kräften einholen zu können. Dafür werden für 208 Millionen Euro Arbeitsleistungsstunden vorab gekauft. Dies geschieht auf Grundlage einer Empfehlung aus dem KPMG-Gutachten von 2014.⁷⁴⁹ Dahinter steht der Grundgedanke, dass erst beim Abruf im Bedarfsfall, wenn also die Leistung abgerufen wird, eine Zahlungsverpflichtung in Höhe von maximal 208 Mio. Euro für den Gesamtzeitraum besteht.⁷⁵⁰ Eine Heranziehung erfolgt beispielsweise zur Unterstützung bei der Erstellung von Leistungsbeschreibungen oder bei Vertragsvorbereitungen.⁷⁵¹ Die Maßnahme stellt einen Baustein der „Agenda Rüstung“ dar und soll Personalengpässe in den Spitzen ausgleichen. Man verspricht sich damit eine effektivere und schnellere Arbeitsweise und ein verbessertes Projektmanagement. Gleichzeitig sollen die dabei aufgenommenen Erfahrungen und Ideen in den weiteren Prozess implementiert werden, um langfristige Konzepte aufbauen zu können und einen Wissenstransfer zu ermöglichen.⁷⁵² Erklärtes Ziel ist dabei, benötigtes Material schneller zur Verfügung zu stellen und dieses auf qualitativ hochwertigem Niveau einsatzbereit zu halten.⁷⁵³ Innerhalb des Beschaffungswesens der Bundeswehr fehlte es in der Vergangenheit oftmals an einer Ausschreibung dieser Beraterverträge.⁷⁵⁴

⁷⁴⁸ Pressemitteilung des BAANBw v. 24.03.2017 – Schnelle Unterstützung für das Projektmanagement.

⁷⁴⁹ *KPMG/P3Group/TaylorWessing* (Fn. 129), 2014.

⁷⁵⁰ S. dazu *spiegelonline*, von der Leyen engagiert teure Berater-Armee, v. 16.03.2016, unter: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundeswehr-ursula-von-der-leyen-plant-millionenbudget-fuer-berater-a-1082706.html> (z. a. am 24.10.2017).

⁷⁵¹ *BMVg* (Fn. 14), März 2018, S. 18.

⁷⁵² *Praxisgespräch Gramlich* (Fn. 128), *BMVg* (Fn. 114), September 2016, S. 57 f.

⁷⁵³ Pressemitteilung des BAANBw v. 24.03.2017 (Fn. 748).

⁷⁵⁴ S. dazu etwa auch: *Sueddeutsche Zeitung*, Struck zieht Konsequenzen, v. 19.05.2010, unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/beratervertraege-der-bundeswehr-struck-zieht-konsequenzen-1.896047> (z. a. am 23.02.2018); *spiegelonline*, Scharping vergab zahlreiche Beraterverträge ohne Ausschreibung, v. 15.01.2004, unter: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundeswehr-scharping-vergab-zahlreiche-beratervertraege-ohne-ausschreibung-a-281888.html> (z. a. am 23.02.2018).

Rahmenvereinbarungen bieten sich immer dann an, wenn noch Unsicherheit über den Umfang des Lieferbedarfs besteht. Dies können im Zusammenhang mit Einsatzfällen der Bundeswehr vor allem Bekleidung, die IT-Ausstattung, Gewehre und Munition sein.⁷⁵⁵

Sie sind aber auf die Situation aufgrund von akuten Katastrophen vollständig übertragbar. Hier sind sie etwa denkbar für Schutzanzüge, Atemmasken oder ähnlichen Gütern, die schnell und in einer variablen Anzahl (nach-)geliefert werden müssen. Aber sogar für Dienstleistungen, etwa im Bereich der psychosozialen Unterstützung, sind Rahmenvereinbarungen denkbar und sinnvoll, um im Katastrophenfall die Betreuung und Unterstützung von Notfallopfern und Angehörigen flächendeckend gewährleisten zu können. Sie werden daher bereits seit längerem zu diesem Zwecke eingesetzt.⁷⁵⁶ Ein weiteres Beispiel für die Verwendung von Rahmenvereinbarungen stellt etwa eine Rahmenvereinbarung zwischen dem THW und dem Land Brandenburg dar, in der das THW Zugriffsmöglichkeiten auf seine Landeskatastrophenschutzbestände zusichert und bestimmte Einsatzpotentiale, auch in anderen Fällen als dem Katastrophenschutz, vorhält.⁷⁵⁷

Das 2014 gestartete Pilotprojekt „Ersatzbeschaffungen der Länder für ergänzenden Katastrophenschutz über das Kaufhaus des Bundes“⁷⁵⁸ auf Grundlage des § 13 ZSKG vom BBK und dem Kaufhaus des Bundes verfolgte ebenfalls die Zielsetzung, die schnellere Verfügbarkeit von

⁷⁵⁵ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

⁷⁵⁶ Vgl. etwa „Rahmenvereinbarung zur Psychosozialen Unterstützung (PSU) bei Großschadenslagen in Berlin“ von 2007, unter: http://notfallseelsorge-berlin.de/typo3conf/ext/naw_securedl/secure.php?u=0&file=fileadmin/downloads/fachberater/Rahmenvereinb_zur_PSU_in_Berlin.pdf&t=1496944980&hash=2d2d6cf11ac862c8fbd9d864d9ccd4f3 (z. a. am 15.03.2018), basierend u. a. auf: *Beerlage* et al., „Entwicklung von Standards und Empfehlungen für ein Netzwerk zur bundesweiten Strukturierung und Organisation psychosozialer Notfallversorgung“, 2005.

⁷⁵⁷ Rahmenvereinbarung über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Brand- und Katastrophenschutzes sowie der Hilfeleistung, unter: http://www.mik.brandenburg.de/media_fast/4055/Anlage_PM_009_2011_Rahmenvereinbarung%20THW.pdf (z. a. am 15.03.2018); Ministerium des Inneren und für Kommunales Brandenburg v. 07.02.2011, unter: <http://www.mik.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.240767.de?highlight=Ausbildung> (z. a. am 15.03.2018).

⁷⁵⁸ Beschaffungsamt des BMI, Ersatzbeschaffungen der Länder für den ergänzenden Katastrophenschutz über das Kaufhaus des Bundes, unter: http://www.kdb.bund.de/SharedDocs/Aktuelles/Wissenswertes/2014/bbk_kdb_pressemitteilung.html (z. a. am 15.03.2018).

Leistungen sowie eine gebündelte und damit wirtschaftlichere Beschaffung mittels Rahmenvereinbarungen zu ermöglichen. Dabei haben die zuständigen Katastrophenschutzbehörden Zugriff auf die vom Kaufhaus des Bundes abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen. Durch die Möglichkeit der elektronischen Bestellung entsteht eine zusätzliche Zeitersparnis. Es ist nach der Pilotphase mittlerweile für alle Länder zugänglich.⁷⁵⁹

Die Einsatzmöglichkeiten von Rahmenvereinbarungen sind damit aufgrund der damit verbundenen Flexibilität und bedarfsgerechten Beschaffung vielfältig und in hohem Maße sinnvoll. Es ist daher nicht überraschend, dass diese Vertragsgestaltung, auch in anderen Bereichen, immer mehr zunimmt.⁷⁶⁰ Rahmenvereinbarungen bieten der Beschaffung darüber hinaus nämlich auch eine Möglichkeit, nicht genutzte Haushaltsmittel vor ihrem Verfall abfließen zu lassen. Grundsätzlich hat etwa das BAANBw für Standardvergaben zehn Monate zur Verfügung, da die übrige Zeit für die Vorbereitung und Planung benötigt wird. Projekte, deren Vorbereitung länger dauern, sind daher anders als durch eine Rahmenvereinbarung nicht umsetzbar. Um dieses Problem zu beseitigen, werden vermehrt Rahmenverträge genutzt, die keine Vergabe mehr erfordern. Dieser angenehme Nebeneffekt ist aber letztlich nicht die Zielsetzung, welche der Abschluss von Rahmenvereinbarungen ursprünglich verfolgt. Diesem Problem wäre auf sinnvollere Weise abgeholfen, wenn die Möglichkeit bestünde, die Ausgaben in das nächste Jahr zu übernehmen oder ein Doppelhaushalt eingeführt würde.⁷⁶¹

II. Bedarfsbündelung

1. Allgemeines

Die Bedarfsbündelung ist dem eigentlichen Beschaffungsprozess vorgelagert. Gleichwohl sie dazu beitragen, Beschaffungen

⁷⁵⁹ Vgl. Bewirtschaftung von Haushaltsmitteln des Bundes für den Katastrophenschutz im Zivilschutz auf Standortebeine, Haushaltsjahr 2018, Anlage zum Rundschreiben – III.5 - 00 - v. 29.01.2018, unter: https://www.bbk.bund.de/SharedDocs/Downloads/BBK/DE/Downloads/III-5_Download/III5_Bewirtschaftung/III5_Anlage_BewirtRS.pdf?__blob=publicationFile (z. a. am 15.03.2018).

⁷⁶⁰ Vgl. Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

⁷⁶¹ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

anforderungsgerecht zu gestalten: Sie stellt eine Zusammenlegung von Bedarfen mehrerer Auftraggeber in bestimmten Bereichen dar, wodurch diese insgesamt wirtschaftlicher, also vor allem kostengünstiger, beschaffen können. Sie stellt den Oberbegriff zur multinationalen Beschaffung dar, die diese auf internationaler Ebene ausführt.

Die Bedarfsbündelung erfolgt in der Regel mittels zentraler Beschaffung oder durch Kooperationsverträge.

Bei einer zentralen Beschaffungsstelle handelt es sich um eine auf Dauer eingerichtete Institution, die Beschaffungen für mehrere Auftraggeber durchführt, die sich ganz oder in abgrenzbaren Teilbereichen zusammengeschlossen haben. Eine Kooperationsvereinbarung wird hingegen einmalig (wenn auch unter Umständen für eine gewisse Dauer) zwischen verschiedenen Beschaffungsstellen geschlossen, um gemeinsam ganz bestimmte Beschaffungsprojekte durchzuführen.

Die Vorteile dieser Art der Beschaffung liegen auf der Hand: Die gemeinsame Nutzung der Leistungen spart Kosten, außerdem werden die Risiken der einzelnen Beschaffer reduziert, da dieses von allen Beteiligten gemeinsam getragen wird. Dies ermöglicht insbesondere im Bereich von Innovationen die Einsetzung oder Testung auch wenig erforschter oder neu entwickelter Produkte, deren Beschaffung ansonsten eher abwegig wäre. Darüber hinaus können sich die Beschaffer stärker vernetzen und von dem gegenseitigen Wissen profitieren.⁷⁶² Dies führt zu Synergieeffekten und einem verminderten Arbeitsaufwand für alle Beteiligten.

Bevor es zu einer Bedarfsbündelung kommt, ist in jedem Fall genau zu überprüfen, ob sich die Anforderungen des zu beschaffenden Gegenstandes decken. Andernfalls bietet sich ein solche nicht an. Ein gemeinsamer Bedarf ist dabei auch die Anforderung aus haushaltsrechtlicher Perspektive. Ebenso ist darauf zu achten, nur in den Bereichen eine gemeinsame Beschaffung anzustreben, in denen dies in Bezug auf spätere potenzielle Vertragspartner sinnvoll ist, bei denen also keine Abhängigkeit aufgrund einer sehr begrenzten Anbieterzahl und einer dementsprechend starken Verhandlungsposition zu befürchten ist.⁷⁶³

⁷⁶² *Clement/Tepper et al.*, Driving energy efficient innovation through procurement – a practical guide for public authorities, SMart SPP und iClei, 2009, S. 34 f.

⁷⁶³ *Clement et al.* (Fn. 762), 2009, S. 24 f.

Da kurzfristige Einsätze der Bundeswehr und auch Katastrophen nicht vor den Landesgrenzen haltmachen, soll im Folgenden die multinationale Zusammenarbeit betrachtet werden.

Kürzungen in den Verteidigungshaushalten, die insbesondere kleine Länder dazu zwingen, gewisser Fähigkeiten aufzugeben sowie die immer komplexer werdenden Anforderungen und Bedingungen an die einzelnen Einsätze, die oftmals gemeinsames Handeln erfordern, führten verstärkt zu dem Interesse der Entwicklung von Initiativen Projekten in diesem Bereich. Hinter ihnen allen steht das Ziel, gemeinsam effektiver und effizienter handeln und beschaffen zu können.⁷⁶⁴

2. Verteidigungskooperation

Diese Zielsetzung lässt sich auch dem Europäischen Verteidigungs-Aktionsplan entnehmen,⁷⁶⁵ indem kritisiert wird, dass die gemeinsamen Beschaffungen von Gütern auf EU-Ebene für die EDA-Staaten lediglich bei 22% lagen.⁷⁶⁶ Der verabschiedete Verteidigungsplan stellt zukünftig drei Grundziele in den Vordergrund: die Einrichtung eines Europäischen Verteidigungsfonds, die Ankurbelung von Investitionen in Lieferketten im Verteidigungsbereich sowie den Ausbau des Binnenmarkts für Verteidigungsgüter.⁷⁶⁷ Diese Zielsetzungen orientieren sich auch an der Umsetzung der gemeinsamen Erklärung der EU und der NATO⁷⁶⁸, um damit letztlich auch letztere zu stärken.

Die multinationale Beschaffung basiert dabei auf vier handlungsleitenden Prinzipien: Die Gewährleistung standardisierten, einheitlichen Materials zur Reduzierung der Lebenszykluskosten und Steigerung der

⁷⁶⁴ Vgl. z.B. *McKinsey & Company*, *Aerospace & Defence. The Future of European Defence: Tackling the Productivity Challenge*, Preface Ischinger, 2013; *Gallhöfer* (Fn. 7), 2014, S. 128 ff., 139; *Heuinckx*, *The European Defence Agency Capability Development Plan and the European Armaments Cooperation Strategy: Two Steps in the Right Direction*, PPLR 18, 2009, S. 136 (136); *Algieri/Kammel/Pfarr*, *Pooling & Sharing im Rahmen der Europäischen Union*, in: *Felberbauer/Pfarr* (Hrsg.), *Pooling & Sharings und Smart Defense*, 2013, S. 22.

⁷⁶⁵ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Europäischer Verteidigungs-Aktionsplan*, COM (2016) 950 final.

⁷⁶⁶ Europäische Kommission (Fn. 765), 2016, COM (2016) 950 final, S. 5, mit Berufung auf die Verteidigungsdaten der EDA 2014 und 2015 – 07.06.2016.

⁷⁶⁷ Europäische Kommission (Fn. 765), 2016, COM (2016) 950 final, S. 6.

⁷⁶⁸ Pressemitteilung dazu unter: https://ec.europa.eu/germany/news/eu-und-nato-verst%C3%A4rken-ihre-kooperation_de (z. a. am 25.09.2017).

Interoperabilität, einen Lead-Nation-Ansatz⁷⁶⁹, ein arbeitsteiliger Ansatz zwischen den beteiligten Nationen, welcher sich an Erfahrung und Fähigkeiten orientiert sowie eine Berücksichtigung weiterer potenzieller Bereiche der Zusammenarbeit.

Die Einsatzbereiche multinationaler Beschaffung und Kooperation im Verteidigungssektor sind vielfältig. Die Grundidee ist nicht neu, sondern fand schon in einigen Projekten Anklang.⁷⁷⁰ Mittlerweile stehen dahinter jedoch eine Struktur und die Verwendung von Begrifflichkeiten, die dem Ganzen einen höheren Stellenwert in der multinationalen Zusammenarbeit insgesamt einräumen. Zu nennen sind hier die Projekte „Pooling und Sharing“ der EU und das Äquivalent „Smart Defence“ auf NATO-Ebene, welche beide die Interoperabilität der Länder in besonderer Weise stärken wollen.

a) EU-Projekt Pooling und Sharing

„Pooling und Sharing“ ist das aktuelle Projekt der Verteidigungskooperation auf EU-Ebene.⁷⁷¹ Die Pooling und Sharing Idee entwickelte sich dabei maßgeblich durch die EDA, die für Maßnahmen der Koordinierung multinationaler Maßnahmen zuständig ist.⁷⁷²

2008 wurde der „Capability Development Plan“ verabschiedet, welcher den EU-Ländern als Leitfaden für ihre Fähigkeitsplanungen dienen sollte und bereits Themen der Zusammenarbeit durch Unterstützung der EDA enthielt.⁷⁷³ Der tatsächliche Anstoß erfolgte 2010 in Gent, wo die EU-Verteidigungsminister im Rahmen eines inoffiziellen Treffens entschieden, zukünftig stärker im Bereich der Entwicklung und Nutzung militärischer Fähigkeiten zusammenzuarbeiten. Infolgedessen wurden etliche Projekte in Gang gesetzt und im Weiteren sogar ein wettbewerbsfördernder Verhaltenskodex für die Beschaffung von

⁷⁶⁹ S. dazu genauer unten.

⁷⁷⁰ Bspw. bei der Beschaffung des Eurofighters oder des Transporthubschraubers NH-90.

⁷⁷¹ Mölling, Pooling und Sharing in EU und NATO, SWP-Aktuell, 5/2012, S. 1 (1).

⁷⁷² Art. 5 Abs. 3 c) des Beschlusses 2011/411/GASP des Rates v. 12.07.2011 über die Rechtsstellung, den Sitz und die Funktionsweise der Europäischen und zur Aufhebung der Gemeinsamen Aktion 2004/551/GASP, ABIEU v. 13.07.2011, L183/16.

⁷⁷³ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 129; EDA, Future trends from the Capability Development Plan (CDP) 2008, unter: https://www.eda.europa.eu/home/2008/07/07/EU_Governments_Endorse_Capability_Plan_for_Future_Military_Needs_Pledge_Joint_Efforts (z. a. am 18.11.2016).

Verteidigungsgütern aufgestellt, um den Pooling und Sharing-Gedanken als Standardoption bei der Beschaffung zu etablieren.⁷⁷⁴

2011 wurden elf Projekte beschlossen, in denen Pooling & Sharing eine Rolle spielen sollte. Darunter das Helikopter-Trainingsprogramm, die Luftbetankung und die Seeüberwachung. Mit der Verabschiedung des „Code of Conduct on Pooling & Sharing“ 2012 durch die Verteidigungsminister wurden weitere Handlungen festgelegt, die Kooperationen im Verteidigungssektor unterstützen und das „Pooling & Sharing“ als einen wesentlichen Bestandteil der nationalen Verteidigung (auf freiwilliger Basis) etablieren sollten. Um diese Art der Zusammenarbeit auch langfristig zu gewährleisten, wurde er 2014 durch die Verabschiedung politischer Rahmenbedingungen ergänzt.⁷⁷⁵

Man versprach sich hiervon Kostensenkungen, während gleichzeitig der zur Verfügung stehende Standard an Fähigkeiten (mindestens) erhalten bleiben sollte. Das Phänomen an sich ist dabei nichts neues, wohl aber seine Bedeutung als ein Grundkonzept der EU (Gent-Initiative der EU-Staaten im September 2010) und auch der NATO⁷⁷⁶, auf deren Modell im Anschluss eingegangen wird.

Die Begriffe des „Pooling und Sharing“ selbst sind zunächst als zwei unterschiedliche Mechanismen der Kooperation zu verstehen:

Beim Pooling geht es um die gemeinsame Erfüllung von Aufgaben mittels Bündelung dieser. Dafür wird eine multinationale Struktur errichtet, welche Verteilung und Aufgabenwahrnehmung koordiniert.⁷⁷⁷

Das Sharing hingegen möchte sich die konkreten Fähigkeiten des Einzelnen zunutze machen, indem diese von einem Partner zur Verfügung gestellt werden, um dann bei Bedarf gemeinsam genutzt zu werden. Die anderen Partner können diese Fähigkeit bei längerfristigem Einsatz unter

⁷⁷⁴ *Thym*, Europäisches Wehrverwaltungsrecht, in: Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, S. 633 (649 f.); Center for Security Studies (CSS), ETH Schweiz, Pooling and Sharing, Smart Defence und die Schweiz, 2012, S. 2.

⁷⁷⁵ EDA, unter <https://www.eda.europa.eu/what-we-do/eda-priorities/pooling-and-sharing> (z. a. am 18.11.2016).

⁷⁷⁶ U.a. Thema des NATO-Gipfels 2012 in Chicago, Nr. 20, unter: <http://www.nato.diplo.de/contentblob/3545084/Daten/4619455/ChicagoCommuniqueDtDLD.pdf> (z. a. am 11.02.2016).

⁷⁷⁷ *Mölling* (s. Fn. 771), S. 1 (1).

Umständen einsparen.⁷⁷⁸ So kann Sonderwissen bestmöglich ausgeschöpft und die Qualität durch eine Spezialisierung des Einzelnen erhöht werden. Zwar gibt es immer noch keine einheitliche Definition von Pooling und Sharing, dennoch haben sich die folgenden Unterkategorien gebildet, die in den oben genannten Definitionen bereits angedeutet werden und in welche die Projekte jeweils konkret eingeordnet werden können. Dies sind „sharing capabilities“ (Teilen von Fähigkeiten), „pooling capabilities“ (Bündeln von Fähigkeiten), „pooling through acquisition“ (Bündeln bei der Beschaffung) und „role sharing“ (Rollenteilung).⁷⁷⁹

Bei dem Modell der „sharing capabilities“ werden nationale Fähigkeiten der partizipierenden Staaten zur Verfügung gestellt, ohne dass die Einrichtung einer Organisationsstruktur erfolgt. Es handelt sich damit um die schwächste Form der gemeinsamen Beschaffung, die beispielsweise bei der Luftbetankung zwischen Großbritannien und Frankreich erfolgt.⁷⁸⁰ Unter „pooling capabilities“ versteht man hingegen Fähigkeiten, die nicht nur geteilt, sondern auch gemeinsam organisiert werden und dementsprechend eine systematische Abwicklung besteht, die eine effektivere Nutzung garantiert. Die Staaten sind dabei weiterhin die Eigentümer der jeweiligen Posten, die Entscheidung über den Einsatz liegt aber bei den beteiligten Staaten gemeinsam. Auf diese Weise wird die Koordination der Nutzung und deren Effektivität verbessert. Gleichzeitig besteht dadurch ein größerer Erhalt der Autonomie der Staaten,⁷⁸¹ welches dem Interesse der Staaten am größtmöglichen Erhalt ihrer Souveränität entgegenkommt.

Das „pooling through acquisition“ zeichnet sich dadurch aus, dass die jeweiligen Fähigkeiten im Eigentum der Organisation stehen, über die sie dann selbst frei disponieren kann. Diese Form des Pooling findet dabei insbesondere auch im Rahmen der NATO statt, etwa im NATO-Programm „Airborne Warning and Control System (AWACS)“. Hier werden die Rahmen- und Ausführungsbedingungen gemeinsam entschieden und ausgeführt.⁷⁸² Diese Variante führt jedoch dann zu Komplikationen, wenn ein Mitgliedsstaat seine Teilnahme an einer Operation verweigert. Durch

⁷⁷⁸ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 127; Mölling (Fn. 771), S. 1 (1).

⁷⁷⁹ Maulny/Liberti, Pooling of EU member states assets in the implementation of ESDP, 2008, S. 8 f.; Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 128.

⁷⁸⁰ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 128.

⁷⁸¹ Maulny/Liberti (Fn. 779), 2008, S. 8 f.

⁷⁸² Maulny/Liberti (Fn. 779), 2008, S. 9, 21.

das gemeinsame Gefüge begibt man sich in gewisse Abhängigkeiten zueinander, die viele Staaten als Bedrohung sehen.

Das Prinzip des „role sharing“ ähnelt der Smart Defence Initiative, auf die weiter unten noch genauer eingegangen werden soll. Bei dieser ziehen sich die Staaten aus gewissen Bereichen zurück und verlassen sich darauf, dass die jeweilige Fähigkeit von einem anderen Staat bei Bedarf vorgehalten werden kann.⁷⁸³ Dies ermöglicht eine Kostenreduzierung, führt aber darüber hinaus zu einer (unfreiwilligen) Spezialisierung der Länder, die diese Leistungen zukünftig noch anbieten. Es ist daher in jedem Fall darauf zu achten, dass die Fähigkeit auch tatsächlich weiterhin verfügbar ist.

Anwendung findet diese Variante des Pooling und Sharing auf solche Kompetenzen, die nur selten benötigt werden und deshalb eine geringe Nachfrage aufweisen, oder die in ihrer Anschaffung hohe Kosten verursachen.⁷⁸⁴

Neben der Entscheidung darüber, welche Strategie sinnvoll erscheint, stellt sich des Weiteren die Frage, für welche Fähigkeiten und in welchem Umfang diese überhaupt anwendbar ist. Dies kann mitunter unterschiedlich zu bewerten sein und ist nicht lediglich eine Kostenfrage, sondern umfasst als außenpolitische Maßnahme insbesondere auch strategische Aspekte.

Die Beschaffung setzt den gezielten Erwerb von Gütern oder Leistungen voraus. Das Sharing ist hier demnach aus dem Bereich der multinationalen Beschaffung auszuklammern, da es sich dadurch auszeichnet bestehende Fähigkeiten zu teilen. Als Maßnahme einer verstärkten Kooperation spielt es dennoch eine große Rolle.

b) NATO-Projekt Smart Defence

Die langfristige Strategie Smart Defence wurde erstmals vom NATO-Generalsekretär Anders Fogh Rasmussen auf der Münchner Sicherheitskonferenz 2011 erwähnt. Sie zeichnet sich durch Interoperabilität zwischen den NATO-Staaten aus, mithilfe derer die vorhandenen Kapazitäten einer optimalen Nutzung zugeführt werden sollen. Das dahinterstehende Konzept ist also an sich nicht neu.

⁷⁸³ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 128.

⁷⁸⁴ Maulny/Liberti (Fn. 779), 2008, S. 10.

Vielmehr ist diese Begriffsverwendung als eine Abgrenzung für den Wirkungsbereich der NATO zu verstehen. In diesem Zusammenhang ist für Rasmussen entscheidend, dass eine Vereinheitlichung der Systeme erfolgt, um innerhalb dieses Bündnisses zielorientiert und angemessen agieren zu können. Unterteilt werden dabei die drei Arbeitsschritte sofortige, auf lange Dauer angelegte sowie strategische Vorhaben.⁷⁸⁵

In der politischen „Gipfelerklärung zu Verteidigungsfähigkeiten: Auf dem Weg zu NATO-Streitkräften 2020“ im Rahmen des NATO-Gipfels 2012 in Chicago wurde die kollektive Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Verteidigung und die Annäherung der NATO-Staaten als Kernelemente bezeichnet, im Zuge dessen über 20 multinationale Gemeinschaftsprojekte beschlossen wurden. Darunter fallen unter anderem die gemeinsame Beschaffung und Bereitstellung von Präzisionsmunition sowie die Entwicklung gemeinsamer Aufklärungs- und Überwachungsfähigkeiten.⁷⁸⁶ Die übergreifende Organisation der Smart Defence Initiative erfolgt durch die Allied Command Transformation (ACT), die projekteigene Koordination dagegen von dem jeweils leitenden Staat.

Die „Connected Forces Initiative“ (CFI) stellt ein weiteres Element der Smart Defences dar, welches das Zusammenwirken der NATO-Streitkräfte verbessern soll, indem gerade die gemeinsame Ausbildung und Übungen aber auch die Verwendung von Technologien ausgebaut werden soll.⁷⁸⁷

Die Smart Defence Initiative gründet auf den drei Elementen Priorisierung, Spezialisierung und Kooperation.⁷⁸⁸ Die Priorisierung dient der Harmonisierung der jeweiligen nationalen Fähigkeiten mit den strategischen Zielsetzungen der NATO. Die Spezialisierung steht in der

⁷⁸⁵ NATO, unter: <http://www.natolibguides.info/smartdefence> (z. a. am 20.03.2018).

⁷⁸⁶ Hauser, Die NATO-Initiative Smart Defense und deren Auswirkungen auf die Mitglieds- und Partnerstaaten, Wie steht der C-34 Prozess der UN im Verhältnis zu Smart Defense?, in: Felderbauer/ Pfarr (Hrsg.) (Fn. 764), 2013, S. 35 (44 ff.); NATO, unter: <http://www.nato.diplo.de/contentblob/3530796/Daten/2431951/ChicagoGipfelVerteidDtDLD.pdf> (z. a. am 29.09.2015).

⁷⁸⁷ BMVg, Intelligente Verteidigung- ein Thema für den NATO-Gipfel, 2013, unter: https://www.bmvg.de/portal/a/bmvg/!ut/p/c4/NYu7DsIwEAT_yGcjQIguURpahAihcxzLofBLI0to-Hjsgl1pih0tPKE06g2dZkxRe3jAYPA8fsQYNideaaWygXNbGm2yEtOHhmf0NfrZIVJ0XII28hY6EhzIpETsa9mJSpG4ASDVF0rlfxHfU-3XXPv98dDd2mvmkENofk3k_is!/ (z. a. am 16.11.2016).

⁷⁸⁸ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 139.

NATO für das „role sharing“. Die beteiligten Staaten fokussieren sich dabei jeweils auf bestimmte Fähigkeiten, während andere aufgegeben werden. So sollen trotz finanzieller Einsparungen der Erhalt aller Fähigkeiten auf NATO-Ebene gewährleistet werden. Die Kooperation schließlich ist weit gefasst und umfasst sämtliche Zusammenarbeiten der Bündnisländer, etwa bilaterale Abkommen, das gemeinsame Nutzen bestimmter Fähigkeiten („sharing of capabilities“) sowie sonstige Bestrebungen in diesem Bereich.⁷⁸⁹

Smart Defence bietet sich insbesondere für die Erbringung von Unterstützungsleistungen an, da an diesen Stellen kein politischer Konsens erforderlich ist. Dazu zählen etwa Ausbildungs- und Trainingstätigkeiten sowie die Instandhaltung von Geräten. Aber auch die Anwendung in allen anderen militärischen Bereichen ist denkbar, wenn hier ein gemeinsamer Bedarf definiert werden kann.⁷⁹⁰

Effizienteres Handeln durch Kostensenkungen ist aber nur dann gegeben, wenn die Staaten einen Teil ihrer Souveränität tatsächlich abgeben, wie es im Falle der Spezialisierung auf militärische Fähigkeiten erfolgt. Bei gemeinsamen Trainingseinheiten etwa handelt es sich um eine Zusammenlegung von Kompetenzen. Wirkliche Kosteneinsparungen kann man mit diesen Arten von Kooperationen jedoch nicht erzielen, da es dabei an effizienzfördernden Maßnahmen fehlt.⁷⁹¹

c) Rahmennationen-Konzept

Das Rahmennationen-Konzept, das auch als Anlehnungspartnerschaft oder im Englischen als Framework Nations Concept bezeichnet wird, wurde von Deutschland 2013 mit dem Hintergrund entwickelt, eine stärkere Aufgabenteilung und Nutzung militärischer Kapazitäten innerhalb der NATO zu erreichen.⁷⁹² Es wurde auch in das Weißbuch 2016 als internationales sicherheitspolitisches Gestaltungsfeld mit aufgenommen.⁷⁹³

Das Konzept sieht vor, die durch Smart Defence vorgegebene Führung durch eine „lead nation“ noch zu verstärken. Dazu übernimmt die Rahmennation sämtliche koordinative Aufgaben. Durch diese verbesserte

⁷⁸⁹ McKinsey (Fn. 764), 2013, S. 22.

⁷⁹⁰ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 139.

⁷⁹¹ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 141.

⁷⁹² Bundesregierung, 18. Koalitionsvertrag (Fn. 8), 2013, S. 123.

⁷⁹³ BMVg (Fn. 59), Das Weißbuch 2016, S. 68.

Struktur sollen die militärischen Fähigkeiten einer effektiveren Gestaltung zugänglich sein.⁷⁹⁴ Die Initiative stellt eine Reaktion u. a. darauf dar, dass die meisten europäischen Streitkräfte immer weiter reduziert werden und sich dadurch gezwungen sehen, sich auf bestimmte, international relevante Fähigkeiten zu spezialisieren, während große Streitkräfte zwar weiterhin alle benötigten Maßnahmen anbieten, dies jedoch in einem in der Regel viel zu geringen Maße, um tatsächlich einen langfristigen Einsatz durchzuführen.⁷⁹⁵

Der Grundgedanke hinter dieser Verteidigungskooperation ist daher der, vermehrt multinationale Verbände aufzubauen, um weiterhin die militärische Einsatzbereitschaft zu gewährleisten.⁷⁹⁶ Dazu docken sich kleinere Armeen an eine große Rahmennation an, um ihre verbliebenen Fähigkeiten zur Verfügung zu stellen. Die Rahmennation steht als organisatorisches Grundgerüst dahinter. Diese leitet jeweils ein Cluster aus kleineren und größeren Staaten, die sich untereinander absprechen, wie Fähigkeiten und Gerät bereitgehalten werden sollen.⁷⁹⁷ Wenngleich es sich dabei um ein Konzept innerhalb der NATO handelt, geht es hier nur um eine Organisation der europäischen Fähigkeiten gegenüber den USA, die nur 50% jeder Fähigkeit in der NATO zur Verfügung stellen wollen.⁷⁹⁸ Die Rahmennationen behalten dabei ein breites Fähigkeitsspektrum bei, welches durch die kleineren Nationen quasi nur ergänzt wird. Anders als die anderen Initiativen, die eine umfassende Kompetenz- bzw. Fähigkeitsverteilung vorsehen, erfolgt hier nur eine Spezialisierung der kleinen Staaten. Die mit den anderen Modellen der multinationalen Beschaffung verbundenen Probleme bestehen aber auch hier. Dazu zählt insbesondere die entstehende Abhängigkeit zu diesen anderen Staaten, die im Falle einer Umsetzung schwer wieder rückgängig zu machen ist. Diese

⁷⁹⁴ Auswärtiges Amt, Militärische Fähigkeiten, unter: http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Friedenspolitik/NATO/MilitaerischeFaehigkeiten_node.html (z. a. am 24.10.2016).

⁷⁹⁵ Major/Mölling, Das Rahmennationen-Konzept. Deutschlands Beitrag, damit Europa verteidigungsfähig bleibt, SWP-Aktuell 67, November 2014, S. 1 (1).

⁷⁹⁶ BMVg, Was ist eigentlich- das Framework Nations Concept?, 2013, unter: https://www.bmvg.de/portal/a/bmvg/!ut/p/c4/NYU5DsIwEET_yGsXCEFHCAUdRwGhcxzLWeJLm01o-HjsgnhpFfM08ILSqFd0mjFF7eEJncF9_xF9WJ14p4XKKmY0o6XRIs85eWSc4FGvgxUmRcuVbCNjoSPNiUROxL6ahagYgQN0UrWNVPIf9d0dL6frfbNV7bm5QQ7h8AOeiUYx/ (z. a. am 24.10.2016).

⁷⁹⁷ Major/Mölling (Fn. 795), SWP-Aktuell 67, November 2014, S. 1 (1 f.).

⁷⁹⁸ Major/Mölling (Fn. 795), SWP-Aktuell 67, November 2014, S. 1 (1).

Abhängigkeit bedeutet für die andockenden kleineren Länder zudem, dass sie den sicherheitspolitischen Entscheidungsprozessen der jeweiligen Rahmennation ausgesetzt sind. Gleichzeitig wird befürchtet, dass Deutschland als Rahmennation auch seine heimische Verteidigungsindustrie unterstützen möchte und die Wahl der Fähigkeiten auch in großem Maße davon beeinflusst wird.⁷⁹⁹ Es ist daher entscheidend, dass Deutschland als Rahmennation attraktive Angebote unterbreitet, die einen Interessenausgleich der beteiligten Partner ermöglicht.⁸⁰⁰

Rahmennation ist Deutschland mittlerweile u. a. in der Very High Readiness Joint Task Force (VJTF), die sich aus dem Readiness Action Plan ergeben hat. Dieser wurde 2014 auf dem Gipfel-Treffen der NATO in Wales verabschiedet und hat den Zweck, die Reaktionsfähigkeit des Bündnisses weiter zu steigern. Er ermöglicht damit eine noch schnellere Einsatzfähigkeit der Streitkräfte als die NATO Response Force (NRF), die das eigentliche Krisenreaktionsinstrument des Bündnisses darstellt. Bei dieser werden im Rotationsprinzip Truppenkontingente von den Mitgliedstaaten zu Verfügung gestellt, bei denen die Immediate Response Force (IRF) den Kern der Einsatzkräfte bildet, während zudem ein Response Force Pool vorgehalten wird, der variabel einsetzbar ist.⁸⁰¹

Ab 2019 wird Deutschland zudem Rahmennation für die Speerspitze, die Teil des Readiness Action Plans ist.⁸⁰² Sie dient der Erhöhung der Einsatzbereitschaft, indem der NATO eine schnellere und flexiblere Reaktionsfähigkeit auf sicherheitspolitische Entwicklungen ermöglicht werden soll. Konkret steht dahinter die Anforderung, innerhalb von 48 bis 72 Stunden einsatzbereit an jedem Ort zu sein, wo die Truppe jeweils benötigt wird.⁸⁰³

⁷⁹⁹ Major/Mölling (Fn. 795), SWP-Aktuell 67, November 2014, S. 1 (3 f.).

⁸⁰⁰ Major/Mölling (Fn. 795), SWP-Aktuell 67, November 2014, S. 1 (3).

⁸⁰¹ BMVg, NATO Response Force 2015: Deutschland ist Rahmennation, 2015, unter: https://www.bmvg.de/portal/a/bmvg!/ut/p/c4/NYu7DsIwEAT_yGeDFAEdURraUITQOY7IHPilyyU0fDx2wa40xY4WnlAa9Y5OM6aoPTxgNHIZPmlKuxOvtFFZxYpmsbRY5DUnj4xvGOp1tsKkaLmSbWQsdKQ5kciJ2FezERUjclZRqq6VSv6jvud735yG5nDsbm0POYTrDyUxmFY! (z. a. am 24.10.2016).

⁸⁰² BMVg, NATO-Speerspitze: Deutschland wird 2019 Rahmennation, unter: https://www.bmvg.de/portal/a/bmvg!/ut/p/c4/NYs9E4IwEET_UY7oWMQOhsaCxgaXCYETTvm1x4GNP96kcHfmFtm4QmlUR_oNGOK2sMDJoPX-SPmcDjxSjuVVWxoVkurRd5y8sj4hrFeFytMipYr2UbGQkeaE4mciH01O1ExAheYGtl3jWz-kd_2fFHDcFKqv3V3yCG0Pybb5bw! (z. a. am 24.10.2016).

⁸⁰³ BMVg, VJTF - Very High Readiness Joint Task Force – Speerspitze der NATO, 2018, unter: <https://www.bmvg.de/de/themen/dossiers/die-nato-staerke-und-dialog/vjtf-speerspitze-der-nato> (z. a. am 19.02.2018); vgl. auch Zeit online v. 19.02.2018, Für

d) Weitere Kooperationen

Neben diesen großen Initiativen von NATO und UN bestehen subregionale Kooperationen, die zum Teil auch interoperable Fähigkeiten einsetzen.

Die Nordic Defence Cooperation (NORDEFECO) stellt einen Verbund der fünf nordischen Länder Norwegen, Schweden, Finnland, Dänemark und Island dar, die im politischen und militärischen Bereich mit dem Ziel zusammenarbeiten, ihre militärischen Fähigkeiten zu stärken und diese effizienter zu gestalten.⁸⁰⁴ Zwischen den Ländern besteht eine enge Zusammenarbeit, etwa in Form von Rüstungsbeschaffung oder gemeinsamen Trainingseinheiten von Personal und Gerät.⁸⁰⁵ Im Rahmen der einzelnen Projekte herrscht ein Höchstmaß an Flexibilität, bei dem jeweils frei über eine Teilnahme entschieden werden kann. Gerade die Entwicklung und Beschaffung militärischer Güter gestaltet sich im Gegensatz zu anderen Sektoren der Zusammenarbeit jedoch momentan schwierig. Dazu mag insbesondere beitragen, dass Dänemark, Norwegen und Island Gründungsmitglieder der NATO sind, während Schweden, Dänemark und Finnland in der EU sind. Die weiteren sicherheitspolitischen Kooperationen dieser Länder sind also sehr unterschiedlich und nationale Interessen und Prioritäten treffen durch diese Bündnisse aufeinander, limitieren aber vor allem auch deren Möglichkeiten. Einige Projekte der NORDEFECO in diesem Bereich sind daher bereits wenig erfolgreich gewesen, beispielsweise das Nordic Standard Helicopter Project (NH-90) bei dem Schweden, Dänemark, Finnland und Norwegen gemeinsam einen Transporthubschrauber beschaffen wollten, letztlich jedoch jedes Land einen eigenen, jeweils unterschiedlichen Hubschrauber einkaufte. Einige andere

NATO – Einsatz fehlen auch Zelte und Schutzwesten, unter: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-02/bundeswehr-nato-deutschland-einsatzbereitschaft?print> (z. a. am 19.02.2018).

⁸⁰⁴ NORDEFECO, Memorandum of Understanding on Nordic defence cooperation, 2009, unter: <http://www.norden.org/en/om-samarbejdet-1/nordic-agreements/treaties-and-agreements/defence-affairs/memorandum-of-understanding-on-nordic-defence-cooperation-nordefco/nordic-defence-cooperation-2009/view> (z. a. am 11.02.2015).

⁸⁰⁵ *Dahl*, NORDEFECO and NATO: „Smart Defence“ in the North?, NATO Defense College, Research Paper No. 101, 2014, S. 1, 3 unter: <http://www.finlandnato.org/public/download.aspx?ID=130395&GUID=%7BC0F66678-67E4-4B54-9462-5AEF6623EBAF%7D> (z. a. am 16.11.2016).

Gemeinschaftsprojekte scheiterten daran, dass sich ein oder sogar mehrere Staaten sich aus dem Prozess zurückzogen.⁸⁰⁶

Zuständige Organisation für die multinationale Beschaffung auf NATO-Ebene ist die Gemeinsame Organisation für Rüstungskooperation (Organisation Conjointe de Coopération en Matière d'Armement, OCCAR).⁸⁰⁷ Sie ist beispielsweise mit dem Management einer Studie zu einem Projekt eines unbemannten luftgestützten Aufklärungssystems (Medium Altitude Long Endurance, MALE) betraut, welches bis 2025 von Deutschland, Frankreich, Italien und Spanien gemeinsam entwickelt werden soll.⁸⁰⁸

Eine Mitgliedschaft in der OCCAR ist zur Teilnahme an einem Programm nicht erforderlich, vielmehr genügt ein gemeinsamer Bedarf. Gerade dessen einheitliche Formulierung stellt eine Schwierigkeit dar, da es oftmals an einer Einigung der Länder fehlt. Dieses Problem ist innerhalb der EDA noch verschärfter, weswegen ihr Einsatzbereich sogar als noch geringer einzustufen ist.⁸⁰⁹

Im Dezember 2017 wurde zudem mit der „Ständige(n) Strukturierte(n) Zusammenarbeit“ (engl. „Permanent Structured Cooperation“, kurz PESCO⁸¹⁰) eine weitere Kooperation von 25 Mitgliedstaaten der EU im Rahmen der europäischen Verteidigungspolitik beschlossen, welche die Entwicklung gemeinsamer Verteidigungsfähigkeiten durch Investitionen oder anderer gemeinsamer Projekte zum Ziel hat. Zu den dabei geplanten Projekten zählen neben vielen anderen etwa ein europäisches medizinisches Kommando sowie der Vernetzung der Logistik und des Transports im Rahmen von EU-Missionen.⁸¹¹ Die Vereinbarung wird

⁸⁰⁶ Dahl (Fn. 805), S. 6 f., 10.

⁸⁰⁷ S. S. 195.

⁸⁰⁸ BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 20.

⁸⁰⁹ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

⁸¹⁰ Rat der Europäischen Union, Beschl. v. 08.12.2017, Council Decision establishing Permanent Structured Cooperation (PESCO) and determining the list of Participating Member States, 14866/17, unter: <http://www.consilium.europa.eu/media/32000/st14866en17.pdf> (z. a. am 23.02.2018).

⁸¹¹ Bundesregierung, Gemeinsam stärker durch „PESCO“, 13.12.2017, unter: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2017/11/2017-11-13-pesco.html> (z. a. am 23.02.2018); BMVg, PESCO - Permanent Structured Cooperation: Ein Meilenstein auf dem Weg zur Verteidigungsunion, 13.11.2017, unter: <https://www.bmvg.de/de/aktuelles/pesco--ein-meilenstein-auf-dem-weg-zur->

dabei als „Meilenstein“ in der europäischen sicherheitspolitischen Kooperation bezeichnet und weckt insbesondere die Hoffnung, die Verfügbarkeit und Einsatzbereitschaft innerhalb der Bundeswehr zu stärken und zu verbessern.⁸¹² Im Gegensatz zu anderen bestehenden Kooperationen geht ein Mitgliedstaat eine verbindliche Verpflichtung ein, wenn er sich zur Teilnahme an einem Projekt bereit erklärt.

Ihre rechtliche Grundlage bildet dabei der Vertrag von Lissabon von 2009⁸¹³, der in seinen Art. 42 Abs. 6 EU und Art. 46 EU sowie dem Zusatzprotokoll 10 die „Ständige Zusammenarbeit“ bereits vorsieht und entsprechende Vorgaben enthält.⁸¹⁴

3. Kooperationen im Bevölkerungsschutz

Die Pooling und Sharing Initiativen der EU beschränken sich momentan vor allem auf den militärischen Bereich. Gerade innerhalb der EU als Organisation, die auch Mittel für wirtschaftliches und ziviles Krisenmanagement bereitstellen kann, drängt es sich jedoch geradezu auf, interoperable Projekte durchzuführen. Insbesondere im Zivilschutz ist dies naheliegend und zukünftig erforderlich.⁸¹⁵

Als Beispiel für ein derartiges Projekt, welches auch bereits bei Hilfseinsätzen verwendet wurde (etwa bei der Erdbebenhilfe in China 2008⁸¹⁶), kann die Strategic Airlift Interim Solution (SALIS)⁸¹⁷ angeführt werden. Dabei handelt es sich um ein 2006 zustande gekommenes Abkommen über die Verfügbarkeit von Transportflugzeugen sowohl für zivile wie auch militärische Zwecke.⁸¹⁸ Mit dem Ziel einer

verteidigungsunion-19806 (z. a. am 23.02.2018); zu weiteren Projekten s. Europäischer Rat/ Rat der Europäischen Union, Permanent Structured Cooperation (PESCO) first collaborative PESCO projects – Overview, 2017, unter: <http://www.consilium.europa.eu/media/32079/pesco-overview-of-first-collaborative-of-projects-for-press.pdf> (z. a. am 23.02.2017).

⁸¹² Vgl. Bundesregierung (Fn. 10), 2018, S. 8.

⁸¹³ Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2012/C 326/01, ABl. Nr. C 326 vom 26.10.2012, S. 0001 – 0390.

⁸¹⁴ BMVg (Fn. 811), 2017.

⁸¹⁵ *Algieri/Kammel/Pfarr* (Fn. 764), in: Felberbauer/Pfarr (Hrsg.) 2013, S. 29.

⁸¹⁶ Kommando Luftwaffe, Chronik Führungsstab der Luftwaffe von 1955 bis 2012, 2013, S. 224; s. dazu auch bereits S. 92.

⁸¹⁷ S. dazu NATO, unter: http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_50106.htm (z. a. am 25.09.2017).

⁸¹⁸ *Müller* (Fn. 249), 2016, S. 72, 128.

Übergangslösung regelt der 2006 geschlossene und mehrfach verlängerte Vertrag mit einer maximalen Laufzeit bis Dezember 2017 die „Bereitstellung eines gesicherten Zugangs zu strategischen Lufttransportkapazitäten“ zwischen der Nato Maintenance and Supply Agency (NAMSA)⁸¹⁹ und der RUSLAN SALIS GmbH.⁸²⁰

Der Leistungsgegenstand dieser Betreiberlösung sind alle Teildienstleistungen, die den Lufttransport betreffen und umfasst somit unter anderem die Beschaffung, den Betrieb und die Wartung von Flugzeugen. Die Koordination und Auftragszuteilung erfolgt über die multinationale militärische SALIS Coordination Cell (SALCC) mit Sitz in Eindhoven.⁸²¹

Im Bevölkerungsschutz existieren vor allem gemeinsame Krisenmanagement- und Katastrophenschutzeinheiten zur Koordination im Katastrophenfall.

Im Mittelpunkt der Kooperation im Bevölkerungsschutz steht auf nationaler Ebene in Deutschland das GMLZ.⁸²² Dieses ist für die Koordination im Katastrophenfall zuständig, wozu jedoch auch die Vermittlung von Ressourcen gehört, die in einem solchen Fall benötigt werden. So veranlasst es etwa das Entsenden von Einheiten oder Gütern in das betreffende Gebiet. Das Zentrum steht im Austausch mit anderen Bevölkerungsschutzlagezentren sowohl auf EU- als auch auf internationaler Ebene.⁸²³ Hier wird daher auch der Kooperationsgedanke aufgegriffen und umgesetzt.

Auf EU-Ebene besteht mit dem Emergency Response Coordination Centre (ERCC) sogar ein eigenes europäisches Lagezentrum.⁸²⁴ Diesem

⁸¹⁹ Seit 2015 NATO-Support and Procurement Agency (NSPA), vgl. NSPA, unter: <http://www.nspa.nato.int/en/organization/nspa/nspa.htm> (z. a. am 06.04.2018).

⁸²⁰ BMVg, Pressemitteilung v. 17.12.2008 - 18 Nationen - Eine Transportlösung; Müller (Fn. 249), 2016, S. 73.

⁸²¹ Movement Coordination Centre Europe (MCCE), unter: <http://mcce-mil.com/> (z. a. am 25.09.2017); Müller (Fn. 249), 2016, S. 74 f.

⁸²² S. 103 f.

⁸²³ BMI, unter: http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Bevoelkerungsschutz/Zivil-undKatastrophenschutz/Melde-Lagezentrum/melde-lagezentrum_node.html;jsessionid=407E59C383DA1D50C532E3F82BB08E17.1_cid364 (z. a. am 26.09.2017).

⁸²⁴ S. dazu Europäische Kommission, Emergency Response Coordination Centre - ECHO factsheet, 2016, unter: http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/thematic/ERC_en.pdf (z. a. am 26.09.2017).

untersteht die Steuerung des European Commission's Humanitarian Aid and Civil Protection Department (ECHO), welches sich mit der Koordination des Bevölkerungsschutzes (und der humanitären Hilfe) auf EU-Ebene befasst. Die dort vorhandenen Kapazitäten, bspw. Such- und Rettungsdienste, werden allen teilnehmenden Nationen zur Verfügung gestellt. Dazu erfolgte eine Standardisierung dieser vorgehaltenen Leistungen, die den Abruf einzelner Module ermöglicht. Die Leistungen werden hier jedoch nicht gemeinschaftlich vorgehalten, sondern durch die einzelnen Staaten angeboten, um dann bei Bedarf genutzt werden zu können.⁸²⁵

Doch auch die oben angesprochene Zusammenarbeit im Rahmen der PESCO widmet sich in einem der Startprojekte der Entwicklung von Maßnahmen zur Verbesserung des Krisenmanagements als Teil des Bevölkerungsschutzes.⁸²⁶ Im Rahmen des Projekts EUFOR Crisis Response Operation Core (EUFOR CROC) soll dabei ein umfassendes und einheitliches Fähigkeitspaket entwickelt werden, welches die konzentrierte Bereitstellung von Kräften im Krisenfall beschleunigen soll.⁸²⁷

4. Bewertung

Der Grund für eine Fokussierung auf Strategien wie Smart Defence und Pooling und Sharing sind vor allem der Zwang von Haushaltseinsparungen innerhalb des Verteidigungssektors.⁸²⁸ Hohen Entwicklungskosten stehen geringe nationale Beschaffungsmengen gegenüber.⁸²⁹ Auf der anderen Seite wachsen die Herausforderungen und Aufgaben der Verteidigungspolitik zur Bewältigung des Terrorismus und von Cyber-Angriffen sowie die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen.⁸³⁰ Angesichts dieser Entwicklung bedarf es innovativer Wege, diesen beiden Anforderungen gerecht zu werden. Die multinationale Kooperation bildet dabei den Königsweg: Kapazitäten werden besser ausgeschöpft und damit

⁸²⁵ Müller (Fn. 249), 2016, S. 25 f.; Europäische Kommission (Fn. 824), ECHO factsheet, 2016.

⁸²⁶ S. S.194.

⁸²⁷ Europäischer Rat/ Rat der Europäischen Union (Fn. 811), 2017.

⁸²⁸ Ischinger/Schneiderhan et al., Smart Defence - Anspruch, Mehrwert und Auswirkungen für Europa, IP 2012, S. 98 (98).

⁸²⁹ BMVg (Fn. 59), Weißbuch 2016, S. 130.

⁸³⁰ Hauser (Fn. 786), in: Felderbauer/ Pfarr (Hrsg.), 2013, S. 35 (42).

Einsparungen getätigt, gleichzeitig schafft die Zusammenarbeit die Notwendigkeit, gewisse Abhängigkeiten zuzulassen. Dabei ist ein bestimmtes Maß an Vertrauen unumgänglich und bildet den Nebeneffekt, dass in vielen Bereichen an einem Strang gezogen wird und auch muss. Dennoch bestehen auch hier aufgrund unterschiedlicher sicherheits- und industriepolitischer Belange zwangsläufig Grenzen. Dazu zählen vor allem Bereiche, in denen die nationale Souveränität oder sensible Sicherheitsgebiete betroffen sind.⁸³¹ Insbesondere das „role sharing“ führt zu einer sehr starken Abhängigkeit und dem Verlust von nationaler Souveränität.

Nach *Mölling*⁸³² ist es erforderlich, den Anspruch auf nationale Souveränität gegenüber den Zielen des Pooling & Sharing der Effektivität und Effizienz unterzuordnen, da nur durch diese Kompromissbereitschaft tatsächlich Erfolge denkbar sind.

Dies ist aber keineswegs unstrittig. Zweifel werden etwa bei *Danhofer*⁸³³ deutlich, der das Bestehen „grundlegender und verbindlicher strategischer Grundlagen“ fordert, bevor sich etwa Österreich darauf vollumfänglich einlassen sollte. Er weist zwar auf bestehende Chancen durch diese Initiative hin, spricht sich aber gleichzeitig direkt gegen das Eingehen von Abhängigkeiten aus und regt an, bisweilen in hohem Maße auf eigene Kapazitäten zurückzugreifen. Diese Herangehensweise, die auch in anderen Ländern vertreten ist, trägt in nicht unerheblichem Maße dazu bei, dass die multinationale Beschaffung stagniert, statt sich weiterzuentwickeln.

In den letzten Jahren bestand weder ein koordiniertes Verfahren innerhalb der GSVP noch ein gesamteuropäischer Ansatz im Umgang mit Pooling & Sharing.⁸³⁴ Auch die deutsche Regierung schreckt vor einer andauernden Führung der Bündelung und gemeinsamen Nutzung militärischer Kapazitäten im Rahmen der Gemeinsamen Sicherheits- und

⁸³¹ NATO, unter:

http://www.bmvg.de/portal/a/bmvg!/ut/p/c4/NYu7DsIwEAT_yGcjQIguURpahAihcxzLOfBLI0to-Hjsgl1pih0tPKE06g2dZkxRe3jAYPA8fsQYNideaaWyigXNbGm2yEtOHhmf0NfrZIVJ0XII28hY6EhzIpETsa9mJSpG4ASDVF0rlfxHfU-3XXPv98dDd2mvkENofk3k_is!/ (z. a. am 30.09.2015).

⁸³² *Mölling* (Fn. 771), S. 1 (3).

⁸³³ *Danhofer*, Welche Auswirkungen haben Smart Defense sowie Pooling & Sharing auf die Streitkräfteplanung, Führung, Logistik und Ausbildung im öBH?, in: *Felderbauer/Pfarr* (Hrsg.) (Fn. 764), 2013, S. 79 (97).

⁸³⁴ *Algeri/Kammel/Pfarr*, in: *Felderbauer/Pfarr* (Fn. 764), 2013, S. 24.

Verteidigungspolitik der EU (GSVP) und NATO zurück.⁸³⁵ Auch sie übt aber z. T. Kritik an den bisherigen Rüstungsk Kooperationen und nennt an dieser Stelle etwa die Projekte A400M, Eurofighter und NH90, in denen es zu Kostensteigerungen und zeitlichen Verzögerungen kam.⁸³⁶ Die daraus geschlossenen Schlussfolgerungen für die Zukunft benennen insbesondere eine einheitliche Vorgehensweise auf Auftraggeberseite, um Kosten zu reduzieren. Dabei soll der Lead-Nation-Ansatz verfolgt werden, nachdem jeweils ein Staat die Führung und Kontrolle über ein Projekt übernimmt. Die auf diese Art und Weise bereits vollzogenen Projekte gehen dabei als Vorbilder voran.⁸³⁷ Damit diese Lösung funktionieren kann, ist es erforderlich, dass der einzelne Staat einen Teil seiner Souveränität abgibt, um dadurch unter Berücksichtigung der jeweiligen Kompetenzen in Gewinn bringender Weise beschaffen und die Fähigkeiten des Einzelnen erweitern zu können.⁸³⁸ Klingt dies vielversprechend, gilt es diese Ziele auch in naher Zukunft umzusetzen. Insbesondere die Abgabe von Souveränität dürfte dem einzelnen Staat schwerfallen. Die genannten Beispiele, das Weißbuch zählt hier die unbemannten Luftfahrzeuge MALE UAV und Kooperationen bei U-Booten auf, ergeben jedoch ein optimistisches Bild.

Dafür spricht auch, dass die Bereitstellung von Verteidigungsfähigkeiten umso teurer ist, desto mehr nationale Souveränität besteht.⁸³⁹ Insofern wird die Aussage *Möllings* bestätigt, wonach die Länder - in gewisser Weise verständlich - bei der Vornahme in erster Linie auf die Erfüllung ihrer nationalen Ziele ausgerichtet sind. Die Erhaltung der europäischen Verteidigungsfähigkeit wird dabei daher eher in den Hintergrund gedrängt. Auf der anderen Seite muss auch bedacht werden, dass nur die Fähigkeiten geteilt und zusammengefasst werden können, die bereits existieren. Bereiche, in denen noch Forschungsbedarf besteht, verlangen hingegen Investitionen.⁸⁴⁰ In jedem Fall verlangen Smart Defence und das von der EU angetriebenen Pooling and Sharing Projekt eine optimale Abstimmung miteinander, um Synergieeffekte zu erzielen und gemeinsam an einem

⁸³⁵ *Dyson*, in: Zohlhöfer (Fn. 103), 2015, S. 605 (606).

⁸³⁶ BMVg (Fn. 59), Weißbuch 2016, S. 130.

⁸³⁷ BMVg (Fn. 59), Weißbuch 2016, S. 130.

⁸³⁸ BMVg (Fn. 59), Weißbuch 2016, S. 130.

⁸³⁹ *Gallhöfer* (Fn. 7), 2014, S. 141.

⁸⁴⁰ *Mölling* (Fn. 771), S. 1 (2 f.).

Strang zu ziehen. Wie genau das in der Praxis allerdings ablaufen soll, ist fraglich.

Die multinationale Beschaffung, genauer die dort vorhandenen Managementstrukturen, ist ein Risikotreiber.⁸⁴¹ Somit ist es entscheidend, die Verantwortungsverteilung innerhalb der multinationalen Beschaffung zu bündeln und klar zu verteilen. Dazu kann der oben genannte Lead-Nation Ansatz in jedem Falle beitragen.

Die Agenda Rüstung strebt strategisch u. a. an, die multinationale Kooperation zu stärken, indem diese in ihrer Steuerung und Gestaltung verbessert wird und so die Einsatzbereitschaft der Streitkräfte gewährleistet ist. Dafür wird momentan ein neues Konzept erarbeitet, welches Kooperationen auf internationaler Ebene aufbaut und bewertet. Die verbesserte Steuerung soll insbesondere durch eine Landkarte verwirklicht werden, mithilfe derer bestehende und potenzielle Kooperationen dargestellt werden. Davon wird sich auch eine Entwicklung im Lieferanten- und Beschaffungsmanagement versprochen.⁸⁴²

Das BMVg konnte durch die Agenda Rüstung die multinationale Beschaffung vertiefen - etwa durch die Übernahme der Lead-Nation Funktion bei der europäischen MALE UAS-Entwicklung - und auch hier mithilfe des Risikomanagements Verzögerungen im Beschaffungsablauf mindern.⁸⁴³ Weitere entscheidende Faktoren für eine effektive Weiterführung multinationaler Kooperationen sind eine Wertschöpfung nach industriellen und technologischen Kompetenzen, Einheitlichkeit in Bezug auf Design und den entsprechenden Fähigkeitsanforderungen sowie einer weiterführenden Zusammenarbeit über den Bereich der Beschaffung hinaus, also etwa auch bei Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten.⁸⁴⁴

Die generelle sinnvolle Zusammenarbeit in der Organisation und Entwicklung beispielsweise innerhalb der NATO oder EU steht außer Frage. Hier soll es aber um die Wirksamkeitseinflüsse gehen. Der Effizienz solcher Vorhaben steht in diesem Fall möglicherweise das

⁸⁴¹ BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 47.

⁸⁴² BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 56 ff.

⁸⁴³ BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 15 f, 33.

⁸⁴⁴ BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 59 f.

Flexibilitätsbedürfnis entgegen. Je mehr Akteure in einem Prozess eingebunden sind, umso länger sind die Wege und umso mehr Interessengruppen gilt es zu berücksichtigen. Gleichzeitig fällt es leichter, Kapazitäten bereit zu halten und dem Bedarf angemessen zur Verfügung zu stellen. Das Vorhalten von Leistungen wird dadurch vereinfacht, indem mehr Ressourcen zur Verfügung stehen, auf die im Bedarfsfall zurückgegriffen werden kann.

Verteidigungskooperationen können zudem zu einer effizienteren Beschaffung beitragen, da die Kostenteilung auch zu einer Kosteneinsparung der einzelnen Beteiligten führt.⁸⁴⁵ Zudem werden durch größere Abnahmemengen die Preise gesenkt werden und außerdem der Wettbewerb angekurbelt, da die sich Unternehmen zur Erhaltung ihrer Konkurrenzfähigkeit auf ihre jeweiligen Wettbewerbsvorteile konzentrieren müssen.⁸⁴⁶ Damit einher geht allerdings auch das Eingehen von Kompromissen. Neben den rein wirtschaftlichen Belangen spielen hier vor allem die nationalen Interessen eine Rolle, die es bestmöglich miteinander in Einklang zu bringen gilt.⁸⁴⁷ Dies bedeutet, dass die Kooperationen - auch aufgrund des zu erwartenden höheren organisatorischen Aufwands - einen längeren zeitlichen Vorlauf benötigen, der im Rahmen der Planung zu berücksichtigen ist.

III. Just-in-time-Verträge

Eine weitere sich anbietende Vertragsgestaltung sind sogenannte just-in-time-Vereinbarungen, die zum Teil auch als produktsynchrone Beschaffung bezeichnet werden.⁸⁴⁸

Die Verwendung solcher Verträge soll vor allem der Einsparung von Lagerkapazitäten auf Herstellerseite dienen. Diese bekommen die bereitgestellten erforderlichen Einzelteile zu einem festen Zeitpunkt oder nach Abruf von den Zulieferern geliefert.⁸⁴⁹ Dadurch kann der Hersteller auf die Materialien zugreifen, ohne die dabei üblicherweise entstehenden

⁸⁴⁵ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 206.

⁸⁴⁶ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 206 f.

⁸⁴⁷ Gallhöfer (Fn. 7), 2014, S. 209.

⁸⁴⁸ Huth/Romeike, Grundlagen des Risikomanagements in der Logistik, in: Huth/Romeike (Hrsg.), Risikomanagement in der Logistik. Konzepte - Instrumente - Anwendungsbeispiele, 2016, S. 40.

⁸⁴⁹ Müller, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch Kommentar, Band 1, 3. Aufl. 2015, § 377 Rn. 115.

Kosten zu haben. Da dem Zeitelement hier besondere Bedeutung zukommt, ist einer Verzögerung der Leistung durch vertragliche Vereinbarungen entgegenzuwirken.⁸⁵⁰ Diese im Zusammenhang mit just-in-time-Verträgen geschlossenen sogenannten Qualitätssicherungsvereinbarungen sollen dem Hersteller eine Garantie dafür geben, dass die Vertragsleistungen pünktlich geliefert werden und die festgesetzten Anforderungen erfüllt werden.⁸⁵¹

Gleichzeitig ist in diesem Fall auch eine vorzeitige Lieferung als mangelhaft und Risiko anzusehen, da durch die oben definierte Gefahr zusätzliche Kosten durch notwendige Auslagerprozesse und zusätzlich die Möglichkeit der Beschädigung der Produkte während der Zwischenlagerung entstehen können.⁸⁵²

Im Einsatz- oder Krisenfall könnte somit gezielt und bedarfsgerecht ein Abrufen der Leistung erfolgen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass es sich dabei in der Regel um Handelsgeschäfte handelt, in denen es um die Konstellation Hersteller- Lieferant geht. Es handelt sich um Zulieferverträge, die insbesondere in der Automobilindustrie, aber auch im Bereich der Elektro-, Maschinenbau- oder Computerindustrie vermehrt genutzt werden.⁸⁵³ Entscheidend ist dabei die Arbeitserleichterung für den Hersteller des Endproduktes.

Hier geht es hingegen um die Vertragsgestaltung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Der Auftraggeber ist hier nicht in einer Funktion als Hersteller tätig. Vielmehr geht es ihm in der Regel um den Erhalt eines Endprodukts oder einer Dienstleistung. Ein direkter Anwendungsbereich für just-in-time-Verträge besteht daher nicht.

Zwar ist die Festsetzung bestimmter fixer Termine und die Lieferung nach Bedarf grundsätzlich eine sehr attraktive Beschaffungsoption, die das Vorhalten von Leistungen ermöglicht. Für den Rüstungsbedarf der Bundeswehr ist allerdings festzustellen, dass die dadurch vorgesehenen Vorteile nicht mehr finanziell tragbar sind. So gibt es etwa für Rüstungsgüter nur sehr wenige Unternehmen und dementsprechend auch

⁸⁵⁰ *Grunewald*, Just-in-time-Geschäfte - Qualitätssicherungsvereinbarungen und Rügelast, NJW 1995, S. 1777 (1777).

⁸⁵¹ *Grunewald* (Fn. 850), NJW 1995, S. 1777 (1778).

⁸⁵² *Romeike/Huth* (Fn. 848), in *Huth/Romeike* (Hrsg.) (Fn. 848), 2016, S. 53.

⁸⁵³ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, 1993, S. 289.

wenig Wettbewerb. Da für die Unternehmen ein hohes Risiko bei diesem Vertragsmodell besteht, sind dementsprechend Kosten zu erwarten, die nicht mehr rentabel für die Auftraggeberseite sind.⁸⁵⁴

Ein Beispiel für die positive Auswirkung von just-in-time-Verträgen zeigt der Beschaffungsprozess und Materialzufluss der Klinik Logistik Eppendorf GmbH. In einem Projekt wurde u.a. die komplette Beschaffung an die bestehende Tochtergesellschaft ausgelagert. Diese entwickelte ein Logistikkonzept, bei dem im Bereich des OP-Zubehörs bei jedem Patienten gesondert nur die tatsächlich gebrauchten Materialien in Rechnung gestellt, alle weiteren ungenutzten dagegen wieder zurückkommissioniert wurden. Auf diese Weise war es möglich, die zukünftigen Beschaffungsmengen präzise zu ermitteln und dementsprechend gebündelt einzukaufen. Dies reduzierte überflüssige Kosten und ermöglichte eine Bestandsenkung bei gleichzeitig steigender Versorgungssicherheit.⁸⁵⁵

Die „Null-Lagerbestand-Konzepte“⁸⁵⁶ in Form der just-in-time-Vereinbarungen stellen gerade das Gegenteil eines Vorhaltens der Leistung durch eigene Lagerbestände oder vertragliche Vereinbarungen dar. Hier muss eine exakt durchdachte Planung der Bedarfe erfolgen. Bei der Entscheidung für dieses Modell ist also sorgsam abzuwägen, ob die eingesparten Kosten die dadurch entstehenden Risiken für Engpässe rechtfertigen können. Rahmenvereinbarungen bilden in Hinblick darauf einen guten Kompromiss, da hier der Auftraggeber nicht selbst zum Bereithalten der Leistung verpflichtet ist, während gleichzeitig jederzeit eine Abrufmöglichkeit von seiner Seite besteht. Dieser Vorhalt ist wiederum zwar ebenfalls mit Kosten verbunden, allerdings schafft er für den Auftraggeber einen nicht zu vergleichenden Vorteil an Flexibilität.

Eine verbesserte Gestaltungsmöglichkeit ergibt sich für just-in-time-Vereinbarungen durch die Verwendung elektronischer Beschaffungssysteme, da dadurch in schnellstmöglicher Zeit eine

⁸⁵⁴ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

⁸⁵⁵ BMWi (Fn. 118), 2014, S. 20.

⁸⁵⁶ Begriffsverwendung so bei *Huth/Romeike* (Fn. 848), in: Huth/Romeike (Hrsg.), 2016, S. 40.

Kommunikation zwischen den Beteiligten Vertragspartnern denkbar ist. So können Beschaffungsbedarfe flexibel und nur mit geringem zeitlichem Vorlauf angemeldet und realisiert werden.⁸⁵⁷

IV. Bieteranreize

Ein weiteres Mittel, den Prozess effektiver und beschleunigter zu gestalten, besteht durch eine Anreizsetzung für die Bieter, etwa der Möglichkeit Alternativlösungen vorzuschlagen oder dem in Aussicht stellen von Erfolgsprämien (sog. Beschleunigungszahlungen).⁸⁵⁸ Dabei ist allerdings stets zu berücksichtigen, dass Schnelligkeit nur ein Aspekt von vielen innerhalb der Beschaffung ist. Die Qualität sollte unter diesen besonderen Erfordernissen nicht (langfristig) leiden. Insofern stellt sich auch hier der Gedanke, mit privaten Anbietern in Form von ÖPP zusammenzuarbeiten, um zu Innovationen anzutreiben oder diese zu fördern.⁸⁵⁹

Bieteranreize bieten sich vor allem dort an, wo durch Verzögerungen die Einsatzbereitschaft beeinträchtigt sein kann.

Bieteranreize führen wohl nicht per se zu einer effektiveren Beschaffung und Erfolge sind in dieser Hinsicht schwer zu messen. Dennoch stellen sie einen Faktor dar, der geeignet ist, das Klima zwischen Auftraggeber und Auftragnehmern zu verbessern und Anreize für die Bewerber zu schaffen, die sich letztlich auch auf die Interessen des Auftraggebers positiv auswirken können. Dem stehen weder haushaltsrechtliche noch preisrechtliche Bedenken gegenüber, da die öffentliche Beschaffung sich an den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu orientieren hat, §§ 6 Abs. 1 HGrG, 7 Abs. 1 S. 1 BHO, und dem somit bei angemessener Zweck-Mittel-Relation im Einzelfall nichts entgegensteht.⁸⁶⁰

⁸⁵⁷ Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/ TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut für Technologie und Management/ Orrick Hölters & Elsing, (Fn. 300), 2009, S. 36 f.

⁸⁵⁸ Ewer/Mutschler-Siebert (Fn. 642), NJW 2016, S. 11 (17 f.).

⁸⁵⁹ Vgl. Lageder (Fn. 638), S. 361 (366).

⁸⁶⁰ Püstow/Meiners, Die Innovationspartnerschaft- Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell, NZBau 2016, S. 406 (411).

1. Beschleunigungs- oder Bonuszahlungen

Beschleunigungs- und Bonuszahlungen als sog. Prämien stellen die üblichste Form der Setzung von Bieteranreizen dar.

Als erfolgreiches Beispiel kann das preisgekrönte Vergabeverfahren des Deutschen Zentrums für Luft- und Raumfahrt (DLR) angeführt werden. Das DLR hat mit dem Ziel der Nutzung von innovativen Ideen und Potentialen auf Bieterseite ein Bonussystem eingeführt, bei dem für jeden Beschaffungsgegenstand Leistungsdaten festgelegt werden. Je nach Leistungssteigerung oder dem Nichterreichen der Vorgaben erhält der Bieter entsprechende Bonuszahlungen oder ist verpflichtet, Rückzahlungen bzw. Nachbesserungen zu tätigen.⁸⁶¹ So wird die Leistungsfähigkeit der Bieter bestmöglich ausgereizt und unter Umständen neue Wege und Optionen eröffnet, von denen die Auftraggeber ansonsten keinerlei Kenntnisse haben würden.

Gerade in den Beschaffungssituationen, in denen die Mobilisierung von Ressourcen und Mitteln kurzfristig erforderlich ist und im Einzelfall Verzögerungen des Prozesses zur Erhaltung der Einsatzfähigkeit zu vermeiden sind, bieten sich Beschleunigungs- oder Bonuszahlungen an, um den Auftragnehmer zusätzlich zu motivieren.

2. Nebenangebote

Möglich wäre der Einsatz von Nebenangeboten. Bei einem Nebenangebot handelt sich um einen eingereichten Vorschlag des Bieters, der eine andere als die in der Leistungsbeschreibung geforderte Leistung enthält.⁸⁶² Entsprechende Bezeichnungen dafür waren bislang etwa auch Änderungs- oder Alternativvorschläge, Änderungen der Vergabeunterlagen oder Varianten (letzteres wurde bisher in den Richtlinien verwendet, Art. 24 RL 2004/18/EG).⁸⁶³ Durch die Reform des Vergaberechts hat sich nun aber endgültig und einheitlich der Begriff der Nebenangebote durchgesetzt.⁸⁶⁴ Geregelt ist das Nebenangebot in §§ 35 VgV, 32 VSVgV.

⁸⁶¹ BMWi (Fn. 125), *Impulse für Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen 2010*, S. 21; BMWi (Fn. 118), *Impulse für Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen*, 2014, S. 20.

⁸⁶² *Tausendpfund* (Fn. 426), S. 72.

⁸⁶³ *Dicks*, Nebenangebote - Erfordern Zulassung, Zulässigkeit, Mindestanforderungen und Gleichwertigkeit inzwischen einen Kompass?, *VergabeR* 2012, S. 318 (318).

⁸⁶⁴ Vgl. §§ 35 VgV, 32 VSVgV, 25 UVgO.

Ein zulässiges Nebenangebot⁸⁶⁵ stellt eine Ausnahme von der Regelung dar, dass Abweichungen von den in der Leistungsbeschreibung formulierten Anforderungen grundsätzlich den Ausschluss vom weiteren Wettbewerb um das Angebot nach sich ziehen. Dies ist ansonsten nur noch bei Abweichungen in der Leistungsbeschreibung von sog. technischen Spezifikation/Anforderungen nach § 7 a VOB/A sowie bei Abweichungen von Vorgaben in den Vergabeunterlagen der Fall, die objektiv nicht erfüllbar oder zumutbar⁸⁶⁶ oder in ihrer Ausgestaltung durch den Auftraggeber nicht eindeutig sind.⁸⁶⁷ Erfolgt im Weiteren nicht die Aufnahme einer Klarstellung, kann sich der öffentliche Auftraggeber nicht darauf berufen, die Vorgaben seien anders zu verstehen gewesen.⁸⁶⁸

Die Zulassung solcher Angebote erscheint insofern als sinnvoll und wünschenswert, als dass dadurch - ähnlich wie bei der Innovationspartnerschaft oder auch der funktionalen Leistungsbeschreibung - dem Auftraggeber neue Anreize gesetzt werden und ihm ein zusätzlicher Blick auf den Beschaffungsbedarf ermöglicht wird, der unter Umständen aufgrund der vorhandenen Expertise und dem Fachwissen der Bieter fachliche Verbesserungen oder Vereinfachungen in der Umsetzung der Angebotsforderung enthält.

Dadurch können sich aktuelle technische Erkenntnisse zunutze gemacht und verwertet werden, wodurch langfristig Formen innovativer Beschaffung und damit auch das Bestreben des Grünbuchs zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens⁸⁶⁹ an einem innovationsbasierten Europa 2020 gefördert werden können.⁸⁷⁰ Wengleich dies auch zu dem zusätzlichen Vorteil eines erhöhten Wettbewerbs führt,⁸⁷¹ ist die damit verbundene Prüfung der Angebote um einiges aufwendiger und zeitintensiver. Hier findet nicht lediglich ein „Abgleich“ mit den in der Leistungsbeschreibung genannten Vorgaben statt, vielmehr muss jedes Nebenangebot eingehend untersucht und mit

⁸⁶⁵ S. S. 119 f.

⁸⁶⁶ *Dicks* (Fn. 863), VergabeR 2012, S. 318 (319); BGH, Urt. v. 01.08.2006 - X ZR 115/04.

⁸⁶⁷ *Stolz*, Die Behandlung von Angeboten, die von den ausgeschriebenen Leistungspflichten abweichen, VergabeR 2008, 322 (325).

⁸⁶⁸ *Stolz* (Fn. 867), VergabeR 2008, 322 (325).

⁸⁶⁹ Europäische Kommission (Fn. 271), Grünbuch 2011, S. 15.

⁸⁷⁰ *Koch*, Flexibilisierungspotentiale im Vergabeverfahren. Nachverhandlungen und Nebenangebote, 2013, S. 266 f.

⁸⁷¹ Vgl. § 35 VgV, § 33 SektVO.

den anderen Neben- und Hauptangeboten verglichen werden. Auch die Wettbewerber benötigen mehr Zeit, Angebote dieser Art zu erstellen, sodass der gesamte Verfahrensablauf durch Nebenangebote verlängert wird.⁸⁷²

Auf der anderen Seite profitieren die Wettbewerber ebenfalls von dieser Möglichkeit, da sie ihre eigenen Kompetenzen in die Angebotserstellung mit einbringen können und dadurch ihre Chancen, den Auftrag zu bekommen, verbessern.⁸⁷³ Die Auswahlmöglichkeiten werden durch Nebenangebote erweitert, indem sowohl auf innovative als auch auf konventionelle Angebote zurückgegriffen, die optimale Lösung ausgewählt und somit auch Innovationen gefördert werden.⁸⁷⁴ Hieraus können sich eine Kostenreduzierung und die Schaffung innovativer Lösungen für den Beschaffungsprozess allgemein ergeben.⁸⁷⁵ Das Instrument des Nebenangebots kann damit als eine Vorstufe der Innovationspartnerschaft angesehen werden,⁸⁷⁶ welche im Rahmen der Modernisierung des Vergaberechts nun umgesetzt worden ist. Die allgemeine Regelung dazu findet sich in § 35 VgV, wo nun explizit die Zulässigkeit von Nebenangeboten festgesetzt wurde, wenn dies vom Auftraggeber vorgesehen wurde. § 35 Abs. 1 S. 1 2. Alt. VgV geht sogar noch einen Schritt weiter und ermöglicht darüber hinaus die Festsetzung einer Pflicht zur Einreichung von Nebenangeboten. Dabei muss der Besteller gewisse Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen festsetzen und die Zuschlagskriterien nach § 127 Abs. 4 GWB so festlegen, dass sie sowohl für die Haupt- als auch die Nebenangebote anwendbar sind, § 35 Abs. 2 S. 1 VgV. Dies soll den Bietern im Vorhinein offenlegen, welche Kriterien die Auftraggeber bei ihrer Zuschlagsentscheidung berücksichtigen und vor allem präferieren, um dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz gerecht zu werden.⁸⁷⁷ Weiterhin muss das

⁸⁷² Koch (Fn. 870), S. 271.

⁸⁷³ Koch (Fn. 870), S. 269; VK Lüneburg (BezR) Beschl. v. 08.01.2010 – VgK-68/09, BeckRS 2010, 10106.

⁸⁷⁴ Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut für Technologie und Management/ Orrick Hölters & Elsing (Fn. 300), 2009, S. 151.

⁸⁷⁵ Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut für Technologie und Management/ Orrick Hölters & Elsing (Fn. 300), 2009, S. 101.

⁸⁷⁶ Koch (Fn. 870), S. 269.

⁸⁷⁷ EuGH, Urt. v. 16.10.2003, „Traunfellner“, Rs. C-421/01, VergabeR 2004, 50, 53; Tausendpfund (Fn. 426), S. 84.

Nebenangebot gleichwertig zu dem eigentlichen Hauptangebot ausgestaltet sein. Den Anknüpfungspunkt für diese Gleichwertigkeit bildet der jeweilige in der Leistungsbeschreibung festgesetzte Beschaffungsbedarf, von dem das Nebenangebot zwar abweichen darf und damit nach der Innovationspartnerschaft die größtmöglichen Spielräume für den Bieter einräumt.⁸⁷⁸ Das Nebenangebot darf jedoch weder in qualitativer noch in quantitativer Weise von dem Hauptangebot abweichen und muss letztlich zu dem gleichen Ergebnis wie dieses kommen.⁸⁷⁹

Die weiteren entsprechenden Vorschriften zu den Nebenangeboten finden sich in § 33 SektVO. In der geänderten VSVgV sind die Nebenangebote nicht eigenständig mit aufgenommen worden, allerdings spricht nichts dagegen diese nach den Regelungen der VgV auch in diesem Bereich anzuwenden. Gerade für die verteidigungs- und sicherheitsspezifische Beschaffung ist es zum Teil entscheidend, innovative und individuelle Lösungen für die besonderen Anforderungen in diesem Bereich zu finden. Der Nutzen von Nebenangeboten ist daher ambivalent. Auf der einen Seite erweitern sie die Angebotspalette der Bieter und ermöglichen den Auftraggebern dadurch eine größere Auswahl, um die für sie in diesem Fall optimale Lösung zu finden. Dies insbesondere in der Hinsicht, dass sie dabei auch Angebote bekommen, die über ihren eigenen Horizont hinausgehen und neue Impulse schaffen. Auf der anderen Seite verzögert sich der Beschaffungsprozess; gerade dies stellt hingegen ein Kriterium dar, dem entgegengewirkt werden soll. Es hat daher jeweils eine einzelfallabhängige Abwägung zu erfolgen, ob die Natur des Beschaffungsgegenstandes die Zulassung von Nebenangeboten anbietet, oder ob es sich um einen Bereich handelt, in dem der Auftraggeber bereits selbst genug Expertise hat, um die Marktmöglichkeiten einschätzen zu können und demnach nicht unbedingt auf Know-how von außen angewiesen ist. Auch hier ist also bei standardisierten, alltäglichen Leistungen davon abzuraten, während es im Bereich der Vergabe neuer Leistungsbereiche oder auch weniger gewöhnlichen Leistungen durchaus Sinn ergibt, Nebenangebote der Bieter zuzulassen. Dem erhöhten zeitlichen Aufwand kann zudem entgegengehalten werden, dass durch die höhere Arbeitsbelastung auf Bieterseite gleichzeitig eine Entlastung auf der Auftragnehmerseite entgegensteht. Zwar bestehen im Anschluss wie

⁸⁷⁸ *Tausendpfund* (Fn. 426), S. 93, 102.

⁸⁷⁹ *Schweda*, Nebenangebote im Vergaberecht, VergabeR 2003, S. 268 (275).

erwähnt umfangreichere Prüfungspflichten und auch die Leistungsbeschreibung muss im Vorhinein konkret ausgearbeitet sein, letztlich stellt diese aber auch einen Orientierungspunkt zur Überprüfung dar. Darüber hinaus können die Bieterangebote evtl. sogar auf andere Bereiche in ähnlicher Weise übertragen werden. Bei bestimmten Beschaffungen kann also der zeitliche Aspekt vernachlässigt werden, um die Vorteile der Nebenangebote wahrzunehmen.

Für die Bieter stellt diese Möglichkeit der Abweichung von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung hingegen einen größtmöglichen Gestaltungsspielraum im Rahmen der von öffentlichen Aufträgen dar, wenngleich auch hier gewisse Vorgaben zu beachten sind.⁸⁸⁰

3. Innovationspartnerschaft bei technischen Neuheiten

Auch die Innovationspartnerschaft kann im weiteren Sinne als Bieteranreiz gewertet werden. Dabei handelt es sich um eine zeitlich begrenzte Zusammenarbeit, bei der ein Forschungs- oder Entwicklungsauftrag durch den öffentlichen Auftraggeber mit einem sich anschließenden Beschaffungsauftrag verknüpft wird.⁸⁸¹ Dies ermöglicht es dem Auftraggeber, innovative und bislang unbekannte Vorschläge von Unternehmen aufzunehmen und für sich zu nutzen, die den technischen oder den konkreten Anforderungen im Einzelfall unter Umständen besser entsprechen als die vom Auftraggeber bislang vorgesehene Lösung. Sie stellt damit ein Marktinstrument dar, welches den Auftraggebern eine weitere Möglichkeit an die Hand gibt, neuartige Dienst-, Liefer- und Bauleistungen zu beschaffen.⁸⁸²

Sie dient dabei vor allem der Rechtssicherheit bei partnerschaftlichem Zusammenarbeiten, die vorher möglich waren, denen aber die rechtliche Grundlage für dieses zweistufige Vertragsmodell - bestehend aus Entwicklung und Ausführung - bislang fehlte.⁸⁸³

Normalerweise ist dieser bei der Vergabe des Zuschlags an die formulierte Leistungsbeschreibung gebunden.⁸⁸⁴ Auch der Bieter darf von den dort genannten Anforderungen nicht abweichen, möchte er sich die Chance

⁸⁸⁰ *Tausendpfund* (Fn. 426), S. 102.

⁸⁸¹ *Fehling*, Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren NZBau 2012, S. 673 (673).

⁸⁸² *Püstow/Meiners* (Fn. 860), NZBau 2016, S. 406 (406).

⁸⁸³ *Püstow/Meiners* (Fn. 860), NZBau 2016, S. 406 (406).

⁸⁸⁴ S. S. 105.

bewahren, sich für den Auftrag zu qualifizieren. Er ist grundsätzlich dazu verpflichtet, ein deckungsgleiches Angebot zur bestehenden Leistungsbeschreibung abzugeben.⁸⁸⁵ Möchte der Auftraggeber in der Ausschreibung die Verantwortung für die Art und Weise der Leistungsgestaltung an den Auftragnehmer übertragen, konnte er dies bis dahin vor allem durch die funktionale Leistungsbeschreibung oder die Zulässigkeit von Nebenangeboten erreichen. Weitere Optionen bzgl. der Verfahrenswahl stellten in dieser Hinsicht der Wettbewerbliche Dialog und das Verhandlungsverfahren dar.⁸⁸⁶

Die Innovationspartnerschaft wurde den bestehenden Verfahrensarten durch die neuen Richtlinien nun hinzugefügt (Art. 31 RL 2014/24/EU, Art. 49 RL 2014/25/EU) und in den §§ 119 Abs. 1, 7 GWB, 19 VgV, 18 SektVO und schließlich für Bauleistungen im Unterschwellenbereich in § 3 b EU Abs. 5 VOB/A in nationales Recht umgesetzt. Die Regelungen entsprechen sich dabei inhaltlich in großen Teilen, sodass einer zusammenfassenden Darstellung nichts entgegensteht.

Sie wurde als neue Form des Verhandlungsverfahrens (§ 17 VgV) aus dem Wettbewerblichen Dialog entwickelt und bezweckt die Verlagerung des Dialogs auf die Entwicklung für Produkte und Dienstleistungen, die noch nicht konstruiert wurden oder am Markt verfügbar sind. Dieses Nichtbestehen der Leistung am Markt ist daher die Grundvoraussetzung, um eine Innovationspartnerschaft einzugehen, § 19 Abs. 1 S. 2 VgV, § 18 Abs. 1 S. 2 SektVO. Dabei soll die Vergabe des Auftrags allein anhand des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses erfolgen, eine Vergabe lediglich anhand des niedrigsten Preises ist nicht erlaubt, § 19 Abs. 7 S. 2 VgV, § 18 Abs. 7 S. 2 SektVO.

Das Verfahren ist auf längerfristige Zusammenarbeit angelegt, daher findet nach § 19 Abs. 2 S. 1 VgV die Vergabe im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs statt, bei dem die Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, bevor im nächsten Schritt einige von den Bewerbern aufgefordert werden, ihre Angebote mittels eines Forschungs- oder Innovationsprojektes einzureichen, § 19 Abs. 4 S. 1 VgV, § 18 Abs. 4 S. 1 SektVO. Anschließend verhandelt der Auftraggeber mit den Bietern

⁸⁸⁵ *Tausendpfund* (Fn. 426), S. 7, 25, 27 f.

⁸⁸⁶ *Püstow/Meiners* (Fn. 860), NZBau 2016, S. 406 (406).

über die eingereichten Angebote, wobei sich im Folgenden auf die Verfahrensregeln gestützt wird, die für das Vergabeverfahren gelten.⁸⁸⁷

Entscheidend ist nach der Richtlinie, dass zwar die Marktnachfrage befriedigt werden kann, allerdings ohne, dass es auf der anderen Seite zur Abschottung dieses Marktes kommt. Um diesem entgegenzuwirken, bietet es sich an, die Innovationspartnerschaft mit mehr als nur einem Unternehmen einzugehen.⁸⁸⁸

Die anschließende Vertragsgestaltung setzt sich ebenfalls aus zwei Phasen zusammen, § 19 Abs. 8 VgV, § 18 Abs. 8 SektVO. Zunächst gibt es eine Forschungs- und Entwicklungsphase, in der die Dienstleistung entwickelt wird und unter Umständen erste Prototypen hergestellt werden. Im Anschluss daran folgt die Leistungsphase, in der die tatsächliche Leistungsvornahme stattfindet. Der Auftraggeber geht damit auch ein gewisses Risiko ein, da die Marktsituation zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht abzuschätzen ist und somit unangemessene Bedingungen oder sogar wettbewerbliche Beeinträchtigungen denkbar sind.⁸⁸⁹ Mangels detaillierter Regelungen der Richtlinien steht den Parteien an dieser Stelle aber eine flexible Handhabung zur Verfügung.⁸⁹⁰ Sinnvoll um Wettbewerbsverzerrungen zu begegnen ist etwa die Festlegung von Zwischenzielen, die dem Auftraggeber darüber hinaus die Möglichkeit der Qualitätssicherung bietet. Diese Formulierung von Zwischenzielen ermöglicht dem Auftraggeber zudem, auch nach Zuschlagserteilung auf den Gestaltungsprozess und die Kostenentwicklung einzuwirken und bei Bedarf die Zusammenarbeit zu beenden. Die Leistungserbringung wird dadurch weiterhin vor allem an qualitativen Kriterien ausgerichtet und orientiert sich nicht an wirtschaftlichen Aspekten des Bieters, die in der Folge - insbesondere bei der funktionalen Leistungsbeschreibung, bei der die Planungskomponente komplett in die Hände des Wettbewerbers gelegt wird – etwa zu Planungsänderungen und dadurch zu Mehrkosten führen können.⁸⁹¹

⁸⁸⁷ Erwägungsgrund 49 RL 2014/24/EU.

⁸⁸⁸ Erwägungsgrund 49 RL 2014/24/EU.

⁸⁸⁹ *Püstow/Meiners* (Fn. 860), NZBau 2016, S. 406 (407).

⁸⁹⁰ *Telles/Butler*, Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU, S. 29, in: *Lichere/Caranta/Treumer*, Novelites in the 2014 Directive on Public Procurement, 2014, unter: <https://ssrn.com/abstract=2443438> (z. a. am 18.10.2017).

⁸⁹¹ *Püstow/Meiners* (Fn. 860), NZBau 2016, S. 406 (407 f.).

Die Innovationspartnerschaft eröffnet aber auch Gestaltungsmöglichkeiten, die sowohl den Bietern als auch den Auftraggebern zugutekommen. Mit ihrer Einführung antwortet der europäische Gesetzgeber auf Bedarfe und Kooperationsformen, die in der Beauftragung technischer Innovationen und komplexer Dienstleistungen, teilweise auch Kombinationen aus beidem, seit längerem bekannt und üblich sind. Insofern können an die eingangs skizzierten Formen und Überlegungen zu längerfristigen Kooperationen, outcome- bzw. performance-orientierten Leistungsbeschreibungen und spezifischen rechtlichen Einhegungen angeknüpft werden. Für den Verteidigungsbereich könnte diese neue Vergabeart von großem Wert sein. Allerdings wurde sie der Beschaffungstätigkeit außerhalb des Anwendungsbereichs der RL 2009/81/EG vorbehalten. Einer Aufnahme der Innovationspartnerschaft als Vergabeverfahren auch für das Gebiet der Rüstungsbeschaffung im engeren Sinne in das nationale Vergaberecht dürfte aber möglich sein. Hier kann sie zu einer schnelleren und zielgerichteten Entwicklung von Innovationen im Bereich der Ausrüstung oder aber etwa auch in technischen Bereichen beitragen. Für den Auftraggeber von Vorteil ist dabei auch die Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer: Nach § 19 Abs. 10 VgV, § 18 Abs. 10 SektVO ist er nur zum Erwerb der Leistung verpflichtet, wenn die festgesetzte Preisgrenze und das Leistungsniveau eingehalten werden. Zwar steht er in der Entwicklungsphase in enger Zusammenarbeit und Rücksprache mit dem Bieter. Die Verlagerung führt jedoch zu erheblichen Einsparungen an Kosten und Arbeitsaufwand für den Auftraggeber und stellt daher ein sehr geeignetes Modell für eine effektive Beschaffung dar. Diese Art der Haftungsverteilung ist somit im Sinne des Bundesrechnungshofes, der ebenso eine angemessene und verursachungsgerechte Verteilung der Risiken fordert, um Verluste beim Einkauf der Bundeswehr zu vermeiden.⁸⁹²

Zur Sicherung der Leistung werden auch bei der Innovationspartnerschaft wiederum selbst regelmäßig die oben bereits beschriebenen

⁸⁹² Vgl. Zeit online v. 20.04.2016, unter: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-04/rechnungshof-bundeswehr-einkauf> (z. a. am 20.04.2016).

Bieteranreize⁸⁹³ der Zielpreisvereinbarungen und der Beschleunigungszahlungen verwendet, vor allem bei ÖPP-Modellen.⁸⁹⁴

Im Bereich der VSVgV ist die Innovationspartnerschaft jedoch nicht zu finden und damit als Verfahrensart auf Vergaben in diesem Bereich nicht anwendbar. Allerdings ist sie im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb abbildbar, sodass sie keinen großen Verlust darstellt. Ohnehin ist die Forschung im vorliegenden Rahmen nicht sonderlich relevant, da vielfach marktverfügbare Produkte gewählt werden.⁸⁹⁵ Denkbar wäre eine Beschaffung mittels einer funktionalen Leistungsbeschreibung, in der Forschungs- und Entwicklungsaspekte ebenfalls miteinfließen können. Allerdings bedeutet diese Alternative zusätzliche Kosten für den Auftragsnehmer, für die er keine adäquate Vergütung erhält und die dementsprechend auch nicht sinnvoll ist, wenn tatsächlich ernster Bedarf an neuen Produkten besteht.⁸⁹⁶

Für die Beschaffung insgesamt kann die Innovationspartnerschaft durch ihre jetzige Normierung an Bedeutung gewinnen und auch die Verfolgung forschungs- und entwicklungsintensiver Vorhaben vereinfachen. Hier gibt es jedoch bessere Methoden, um den Anforderungen an die Beschaffung in diesen Situationen gerecht zu werden, sodass sie jedenfalls keine Priorität darstellt.

Das BMVg hat dies daher zum Anlass genommen, die Ausgaben für wehrtechnische Forschung und Technologie im Jahr 2016 zu senken, um ausreichend Kapazitäten für hochpriorisierte Beschaffungsvorhaben und den regulären Betriebsablauf zu haben.⁸⁹⁷ Nach dem CPM (nov.) sind Kauf- gegenüber Entwicklungslösungen priorisiert, wie sich aus der Ausgabenübersicht für diesen Bereich in den Jahren 2013 bis 2015 entnehmen lässt. Momentan zeigt sich dennoch ein gegenläufiger Trend hin zu einem steigenden Mittelbedarf, der u. a. in dem Vorhaben

⁸⁹³ S. S. 206 ff.

⁸⁹⁴ *Püstow/Meiners* (Fn. 860), NZBau 2016, S. 406 (409 ff.).

⁸⁹⁵ S. bereits S.148 ff.; Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

⁸⁹⁶ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

⁸⁹⁷ Bundesrechnungshof (Fn. 114), 2015, S. 214.

„Taktisches Luftverteidigungssystem“ und seiner Entwicklung begründet liegt.⁸⁹⁸

4. Festlegung von Vertragsstrafen

Nicht nur Beschleunigungszahlungen als Prämien stellen eine Möglichkeit dar, den Auftragnehmer zu einer zügigen und korrekten Leistungserbringung zu motivieren. Auch die Vereinbarung von Vertragsstrafen kann Einfluss auf die Motivation und die Leistungswilligkeit haben.

In dem Bericht zur „(...) Bestandsaufnahme und Risikoanalyse zentraler Rüstungsprojekte“⁸⁹⁹ wird allerdings darauf hingewiesen, dass diese zum Teil zu niedrig ausfallen, um tatsächlich Einfluss auf die Leistungsbereitschaft des Vertragspartners auszuüben. Der Bericht des BMVg zu Rüstungsangelegenheiten von 2015 befasst sich daher mit der Frage, wie eine erfolgversprechendere Ausgestaltung von Vertragsstrafen aussehen müsste.⁹⁰⁰ Allerdings geht aus einer internen Untersuchung hervor, dass Alternativen wie pauschalierter Schadensersatz oder aus Verzug gerade bei dringlichen Fällen keine wirkungsvolle Alternative zu der Vertragsstrafe darstellen. Auch Anreizsysteme wie die oben angesprochenen Beschleunigungszahlungen können zwar eine denkbare ergänzende Option sein, die Vereinbarung einer Vertragsstrafe aber nicht vollständig ersetzen.⁹⁰¹

Definitionstechnisch ist unter einer Vertragsstrafe eine Verpflichtung zur Entrichtung eines Geldbetrags durch den Auftragnehmer zu verstehen, sollte dieser seinen vertraglichen Pflichten nicht fristgemäß oder in anderer nicht entsprechender Weise nachkommen. Dabei handelt es sich um eine beidseitige Abrede der beteiligten Parteien im Vertrag.⁹⁰² Die Vertragsstrafe dient dem Auftraggeber dabei als Druckmittel und kann ihm die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen erleichtern. Andere neue, von einem Sachinteresse des Auftraggebers unabhängige Forderungen sollen dagegen nicht begünstigt werden. Erforderlich ist daher die Verhältnismäßigkeit von vereinbarter Vertragsstrafenhöhe und

⁸⁹⁸ BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 37.

⁸⁹⁹ KPMG/P3Group/Taylor Wessing (Fn. 129), 2014.

⁹⁰⁰ BMVg (Fn. 104), Oktober 2015, S. 23 f.

⁹⁰¹ BMVg (Fn. 104), Oktober 2015, S. 24.

⁹⁰² Müller-Glöge, in: Säcker/Rixecker, MüKoBGB, 2016, § 611 Rn. 1042.

der Schadensgefahr.⁹⁰³ Wenngleich die Vertragsstrafe in den vergaberechtlichen Regelungen lediglich in § 9a VOB/A und über § 29 Abs. 2 VgV in § 11 VOB/B normiert ist und dort nur auf die Überschreitung der Vertragsfristen im Sinne des § 341 BGB bei nichtgehöriger Erfüllung Bezug nimmt, sind andere Strafversprechungen nicht ausgeschlossen.⁹⁰⁴ Nach § 11 VOB/B gelten für die Vertragsstrafen im Weiteren sodann auch die §§ 339 bis 345 BGB.

Die Festlegung einer Vertragsstrafe bietet für den Auftraggeber zwei Vorteile. Auf der einen Seite gibt es ihm ein Druckmittel gegen den Auftragnehmer in die Hand, damit dieser tatsächlich wie vereinbart leistet. Auf der anderen Seite erleichtert sie den Erhalt eines Schadensersatzes, da der Auftraggeber keinen konkreten Schaden nachweisen muss und ein langwieriger Prozess so umgangen werden kann. Andere neue, von einem Sachinteresse des Auftraggebers unabhängige Forderungen sollen dagegen nicht begünstigt werden. Erforderlich ist daher die Verhältnismäßigkeit von vereinbarter Vertragsstrafenhöhe und der Schadensgefahr.⁹⁰⁵ Bereits daraus ergeben sich gewisse Beschränkungen, die bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe zu berücksichtigen sind. So ist eine Vertragsstrafe von über 10% im Vergleich zu der nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung bereits als rechtswidrig einzustufen, eine Vertragsstrafe von 5% dagegen aber in jedem Falle rechtmäßig.⁹⁰⁶

Bei bundesstaatlichen Beschaffungsverträgen besteht darüber hinaus jedoch die Besonderheit, dass nach § 11 Nr. 2 S. 1 VOL/B eine spezielle absolute Höchstgrenze für Vertragsstrafen von maximal acht Prozent festgelegt ist.

Doch gerade in diesem Bereich der Beschaffung von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Gütern oder von Gütern im Bevölkerungsschutz, bei denen zum einen die rechtzeitige als auch die korrekte Leistungserbringung unter Umständen entscheidend sein kann für den Erfolg eines Einsatzes, sind die Auftraggeber darauf angewiesen, sich auf die Leistung der Vertragspartner zu verlassen. Insofern erscheint es nicht unbedingt unbillig, die Vertragsstrafe präventiv etwas höher anzusetzen,

⁹⁰³ BMVg (Fn. 104), Oktober 2015, S. 23.

⁹⁰⁴ *Bitterich*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 9 VOB/A Rn. 78, 87.

⁹⁰⁵ BMVg (Fn. 104), Oktober 2015, S. 23; *Bitterich*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 9 VOB/A Rn. 79.

⁹⁰⁶ BMVg (Fn. 104), 2015, S. 23.

um die Leistungserbringung zu garantieren bzw. die Ausfallwahrscheinlichkeit so niedrig wie möglich zu halten.

Für Beschaffungsverträge der Bundeswehr in dringlichen Angelegenheiten besteht daher über einem Budget von 25 Mio. Euro die Pflicht, im Vertrag eine Vertragsstrafe in Höhe von 8% zu vereinbaren, welche nun auch die oberste Zulässigkeitsgrenze darstellt.

Bei Monopolstrukturen, wie sie im Rüstungsbereich oft vorzufinden sind, besteht jedoch oftmals gar keine Pflicht bzw. noch nicht einmal das Bedürfnis der Annahme einer solchen Vertragsstrafe, da das BMVg auf die Leistungen mangels Wettbewerbssituation angewiesen ist. Auch wenn das BAANBw der Angebotsaufforderung daher bereits eine Klausel zur Vertragsstrafe beifügt, steht diese insoweit weiterhin zur Disposition des anderen Vertragspartners und ist Teil der Verhandlungsbasis.⁹⁰⁷

Bislang konnte die Vertragsstrafe jedoch auch aufgrund einer Marktsituation mit in der Regel wenig Wettbewerbern noch nicht mit einer wünschenswerten Effizienz durchgesetzt werden, da Schwierigkeiten in der Verantwortungsverteilung in Bezug auf Verzögerungen und Kostenüberschüsse bestehen sowie aus politischer Sicht eine Schädigung der deutschen Rüstungsindustrie eher ungern gesehen wurde.⁹⁰⁸

Die Vertragsstrafe stellt insofern einen wichtigen Aspekt dar, die effektive Beschaffung zu gewährleisten. Ein Anwendungsbereich über ihren momentanen Gebrauch hinaus ist aber wohl eher schwierig. Sie stellt insofern mehr eine von vielen Optionen dar, die in Kombination mit anderen Instrumenten in jedem Falle zu einer Verbesserung in diesem Bereich beitragen kann. Als Beispiel kann hier der Serienvertrag UH TIGER genannt werden, der insgesamt zu einer Vertragsstrafe von 25,15 Mio. Euro führte.⁹⁰⁹ Für umfangreiche Verschaffungsverträge, die in ihrem Umfang über 25 Mio. Euro liegen, wurde bereits 2007 festgelegt, dass bei besonders termindringlichen Beschaffungen eine Vertragsstrafe zu vereinbaren ist.⁹¹⁰

⁹⁰⁷ BMVg (Fn. 104), 2015, S. 24.

⁹⁰⁸ *Heidenkamp* (Fn. 106), 2015, S. 28.

⁹⁰⁹ Vgl. Antwort der Bundesregierung in Drucksache des Deutschen Bundestages (BT-Drs) 18/650 auf die kleine Anfrage der Fraktion die LINKE in BT-Drs 18/336 vom 20.02.2014.

⁹¹⁰ BMVg (Fn. 104), Oktober 2015, S. 24.

4. Teil Fazit

Die oben beschriebene Beschaffungssituation bedarf besonderer Anforderungen. Diese gehen über die generellen Voraussetzungen hinaus, die an allgemeine Beschaffungsvorgänge gestellt werden. Im Vordergrund steht dabei die Komponente „Zeit“, an der diese Beschaffung primär auszurichten ist. Die Leistung muss kurzfristig und entsprechend dem jeweiligen Bedarf flexibel und dabei kostengünstig zur Verfügung gestellt werden können. Die Bearbeitung hat aufgezeigt, dass die vergaberechtlichen Regelungen und die der öffentlichen Hand zur Verfügung stehenden Instrumente nicht vollumfänglich genügen. Dies ist bereits erkannt worden, sodass entsprechende gesetzliche Spielräume sowie weitergehende Entwicklungen zu beobachten sind. Der Beschaffungsprozess ist jedoch zukünftig weiterhin zu optimieren, um diesen Gesichtspunkten entsprechend zu begegnen.

Der Grundgedanke, gewisse Bereiche der Beschaffung der öffentlichen Hand komplett von den strengen Regelungen des Vergaberechts auszunehmen, lässt sich in vielen gesetzlichen Regelungen wiederfinden: Bereits die haushaltsrechtliche Norm des § 55 BHO sieht Ausnahmen von dem allgemeinen Erfordernis der Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung zum Zwecke einer sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung finanzieller Mittel des Staates vor.⁹¹¹ Eine solche Befreiung bedarf stets einer Einzelfallabwägung⁹¹² und ist nach dem Gesetzeswortlaut bei besonderen Umständen oder je nach der Natur des Geschäfts denkbar. Darunter sollen zwar vor allem niedrigschwellige Aufträge fallen, während eine Ausweitung auf das Kartellvergaberecht wegen der unterschiedlichen Schutzzwecke verneint wird.⁹¹³ Allerdings wird an dieser Stelle das Bedürfnis nach privilegierenden Abweichungen erkannt, ohne dass diesem eine Abschlussfunktion zukommen muss.

Speziell für den Bereich der nationalen Sicherheit und Landesverteidigung⁹¹⁴ findet sich mit Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV bei

⁹¹¹ *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 55 BHO Rn. 1.

⁹¹² *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 55 BHO Rn. 109.

⁹¹³ *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 55 BHO Rn. 110 f., 115.

⁹¹⁴ *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Rn. 6.

sensiblen Auftragsgegenständen, namentlich bestimmte Waffen, Munitions- und Kriegsmaterial, eine Ausnahmemöglichkeit, den strengen vergaberechtlichen Regelungen zu entgehen. Der Anwendungsbereich der Norm ist jedoch gering. Von größerer Bedeutung hinsichtlich der Vergabe von Rüstungsaufträgen ist die RL 2009/81/EG.⁹¹⁵

Auf Grundlage dieser Richtlinie existiert mit § 145 GWB ein bedeutender Ausnahmetatbestand für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen, in denen eine Freistellung von den vergaberechtlichen Regelungen erfolgen kann. Die Ausnahmetatbestände sind auch hier eng und abschließend auszulegen.⁹¹⁶ Mit § 145 Nr. 3 GWB wird deutlich, dass der Gesetzgeber bereits die Notwendigkeit gesehen hat, den Besonderheiten bei der Bewältigung in Krisen von Drittstaaten entgegenzukommen,⁹¹⁷ indem eine Befreiung für Beschaffungen vor Ort geregelt wird.⁹¹⁸

Allgemeine Ausnahmen finden sich abschließend in § 107 GWB. Weitere, sich nicht aus dem Regelungsbereich der Richtlinien ergebende Ausnahmen dürfen die einzelnen Mitgliedstaaten nicht zulassen.⁹¹⁹ Neu eingeführt mit der Vergaberechtsnovelle 2016 wurde eine Ausnahme für die von gemeinnützigen Organisationen erbrachten Rettungsdienstleistungen nach § 107 Abs. 1 Nr. 4.⁹²⁰ Wenngleich es hierbei - anders als bei den anderen Ausnahmetatbeständen, die den Schutz des öffentlichen Auftraggebers bezwecken - vor allem um den Wettbewerbsschutz der gemeinnützigen Organisationen geht,⁹²¹ erkennt man erneut, dass der Gesetzgeber durchaus flexibel bei der Zulassung von Befreiungen hinsichtlich der vergaberechtlichen Regelungen ist und versucht, sich aktuellen Bedürfnissen und Entwicklungen anzupassen.

Schließlich existiert mit § 117 GWB eine Ausnahmegesamtvorschrift für Aufträge, die wesentliche Sicherheitsinteressen tangieren oder

⁹¹⁵ S. bereits S. 82 ff.

⁹¹⁶ *Otting*, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 145 GWB Rn. 4.

⁹¹⁷ S. bereits S. 86 ff.

⁹¹⁸ *Hözl*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Fn. 348), 2016, § 145 GWB Rn. 16.

⁹¹⁹ BGH, Beschl. v. 08.02.2011 – X ZB 4/10; *Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 229), 2015, § 100 Rn. 11.

⁹²⁰ S. bereits S. 162 ff.

⁹²¹ *Gurlit*, in: Burgi/Dreher (Fn. 340), 2017, § 107 GWB Rn. 6.

geheimhaltungsbedürftig sind, ohne dabei verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge im Sinne der Legaldefinition des § 104 GWB zu sein.

Diese gesetzlichen Ausnahmetatbestände, die einen Verzicht auf die vergaberechtlichen Regelungen ermöglichen, zeigen auf, dass der Gedanke der Befreiung vom vergaberechtlichen Regelungsapparat aus bestimmten Gründen sinnvoll sein kann.

Auch wenn eine Analogie wegen der Abgeschlossenheit dieser Ausnahmetatbestände grundsätzlich nicht vorgesehen ist, ist es aus gesetzgeberischer Sicht nicht ausgeschlossen und durchaus sinnvoll, die Ausweitung einer solche Befreiung zumindest anzudenken.

Dies ist mittlerweile erfolgt. So wurde durch das oben genannte „Gesetz zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik“⁹²² auch § 107 GWB überarbeitet. Dieser wurde dahingehend konkretisiert, dass nunmehr in Satz 2, 3 der Norm Regelbeispiele aufgeführt sind, in denen wesentliche Sicherheitsinteressen im Sinne der Norm vorliegen und daher auf eine Ausschreibung verzichtet werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um sogenannte verteidigungsindustrielle Schlüsseltechnologien handelt.

Darüber hinaus gibt es auch bereits Instrumente, die eine bedarfsgerechte Beschaffung fördern und auf diese angewendet werden (können):

Als ersten Ansatzpunkt, da sie den Beginn des Vergabeverfahrens kennzeichnet, bietet sich die Leistungsbeschreibung an. Besondere Bedeutung kommt hier der Standardisierung von Unterlagen im Rahmen ihrer Erstellung zu. Durch Vorlagen und einheitliche Standards können die Prozesse beschleunigt und vereinfacht werden. In diese Richtung geht bereits das CPV, welches aufgrund einheitlicher Begrifflichkeiten zu einer Verkürzung der Verfahrensabläufe und besseren Verständlichkeit beiträgt. Es sind jedoch noch weitergehende Maßnahmen denkbar, indem die (Teil-) Standardisierung der Leistungsbeschreibung selbst erfolgt. Das Potential dahinter wurde auch erkannt, wie etwa die Einführung von Dienstposten innerhalb des BAANBw für die Erstellung von standardisierten Leistungsbeschreibungen für Rahmenvereinbarungen

⁹²² Vgl. Fn. 635.

zeigt.⁹²³ Diese Vereinheitlichung verspricht vor allem eine schnellere Umsetzung von Vorhaben. Eine sofortige Leistungsbereitschaft ermöglicht sie allerdings nicht.

In Hinblick auf die Gewährleistung der Eignung ist deutlich geworden, dass hier ebenfalls Spielräume bestehen. Sowohl die EEE als auch Präqualifizierungen verfolgen Ziele, die der Beschaffung jedenfalls entgegenkommen. Der Gedanke der effektiveren Beschaffung durch schlankere Prozesse lässt sich auch in dieser gesetzgeberischen Entwicklung finden. Es lohnt sich daher, zumindest den dahinterstehenden Grundgedanken aufzunehmen, der wiederum auch Elemente einer Standardisierung enthält. Neben dem gänzlichen Verzicht auf die Ausschreibung stellt dies eine Methode dar, bereits im Vorhinein Anforderungen zu definieren und den strengen Anforderungen an die Beschaffung anzupassen. Dies muss nicht zwanghaft in Form von EEE oder Präqualifizierung geschehen, sondern ist auch in ähnlicher Form aufgrund von spezifischen Zertifikaten denkbar.

Gleiches gilt auch für die e-Vergabe. Hierbei handelt es zwar nicht um eine spezifische Besonderheit in der Entwicklung des Vergaberechts, sondern stellt vielmehr ein Phänomen der allgemeinen zunehmenden Digitalisierung in jeglichen Bereichen dar. Auch hier ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass derartige Instrumente zu einer Beschleunigung der Prozesse beitragen.

Große Flexibilitätspotentiale versprechen grundsätzlich die besonderen Verfahrenserleichterungen im Rahmen der Dringlichkeitsvergabe. Aufgrund des hohen Begründungsaufwands und der Ausgestaltung als absoluter Ausnahmefall erweisen sich diese in der Umsetzung jedoch als schwierig.⁹²⁴ In der momentanen Strukturierung bieten sie sich daher nicht als standardisierte Form an. Gerade das Erfordernis der Dringlichkeit stellt jedoch ein Kernelement dar, welches die maßgebliche Beschaffung gerade auszeichnet. In diesem Bereich ist es daher denkbar, die Voraussetzungen aufzuweichen oder zumindest an die Beschaffungsanforderungen anzupassen. Im Rahmen der Flüchtlingsproblematik hat sich hier bereits etwas bewegt, gleichwohl bietet sich eine Vereinfachung der Dringlichkeitsanforderungen im Allgemeinen an. Man könnte darüber

⁹²³ Praxisgespräch Gramlich (Fn. 128).

⁹²⁴ Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.04.2016-Verg 46/15.

hinaus auch an eine Übertragbarkeit der vereinfachten Handhabung bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte denken, um diesem Problem zu begegnen.⁹²⁵

Hilfreich wäre in diesem Zusammenhang auch, zumindest die Gesetzesgrundlage eindeutiger zu formulieren. Dies gilt im Besonderen für die Interimsvergabe, die auch mit der Vergaberechtsnovelle 2016 keinerlei gesetzliche Normierung erfahren hat.

Die Dringlichkeitsvergabe weist das größte Potential auf, die gesetzlichen Voraussetzungen verstärkt an die Erfordernisse der Beschaffung auszurichten und dadurch zu einer Verbesserung beizutragen. Dafür spricht umso mehr die Tatsache, dass in Teilbereichen dieses Erfordernis bereits erkannt und umgesetzt wurde. Eine Differenzierung zwischen Leistungen der Daseinsvorsorge und den und den Situationen eines akuten Bedarfs, in denen ebenfalls bedeutende Rechtsgüter betroffen sind, kann nicht überzeugen. Der aktuelle Koalitionsvertrag erkennt dieses Bedürfnis der schnellen Einsatzbereitschaft und versprach Auslegungshilfen zur Anwendung des § 12 VSVgV, die nun auch eine gesetzliche Normierung gefunden haben.⁹²⁶ Gleichzeitig sollen auch die Anwendungsmöglichkeiten des Art. 346 AEUV überprüft werden. Damit wird zumindest verdeutlicht, dass der Bundesregierung an einer effektiveren Nutzung der vergaberechtlichen Spielräume in diesen Situationen gelegen ist. Auch gesetzgeberische Korrekturen werden dabei explizit nicht ausgeschlossen, sondern prognostiziert.⁹²⁷

Durch den Abschluss von Rahmenvereinbarungen wird das gezielte Vorhalten von Leistungen entsprechend dem Bedarf ermöglicht. Diese Beschaffungsvariante trägt zur Effektivität bei, da das Vorhalten von Kapazitäten und damit die schnelle Verfügbarkeit der Leistungen gesichert werden kann. Die Gewährleistung der vorzuhaltenden Leistungen sollte in den Verträgen entsprechend festgehalten werden, um im Abruffall entsprechende Sicherheit bzgl. der Verfügbarkeit zu garantieren.

In Hinblick auf die Effizienz sind bei langfristigen Vertragsbeziehungen hingegen mehr Ausgaben als bei dem Abschluss einzelner Leistungen einzuplanen. Dies ergibt sich bereits aus den umfassenderen, damit

⁹²⁵ Vgl. S. 155 ff.

⁹²⁶ Vgl. Fn. 635.

⁹²⁷ 19. Koalitionsvertrag (Fn. 12), S. 161.

einhergehenden Vertrags- und Ausschreibungsvorbereitungen. Zu einer Steigerung der Effizienz kann es beitragen, den Abschluss von Rahmenvereinbarungen in einen internationalen Kontext zu stellen, um so die Kosten durch die höhere Auslastung infolge von mehreren beteiligten Akteuren möglichst breit zu streuen. Dieser Risikoaspekt, der üblicherweise Teil der Kosten des Auftraggebers ist, kann dadurch minimiert werden. Dabei kann gleichzeitig erneut auch die Effektivität dieser Beschaffungsmaßnahme gesteigert werden, da das Vorhalten der Leistungen ebenfalls vereinfacht wird.⁹²⁸ Ein positives Beispiel, in dem die Kosten der Kapazitätssicherung aufgrund der Auslastung weggefallen sind, ist der SALIS Vertrag, der die Verfügbarkeit von Transportflugzeugen für militärische Zwecke sichert.⁹²⁹ Grund dafür war die Beteiligung mehrerer Akteure. Auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wurde hier im Rahmen der Vertragsgestaltung eingesetzt: Erfolgt die Bereitstellung nicht zum geforderten Zeitpunkt, hat der Auftragnehmer eine Vertragsstrafe von 50.000 Euro pro Tag als Entschädigung zu zahlen.⁹³⁰ Zudem ist die multinationale militärische SALCC hier weisungsbefugt gegenüber dem privaten Betreiber.⁹³¹ Das ursprünglich als Übergangslösung geplante Projekt ist aufgrund seines Erfolgs inzwischen auf eine dauerhafte Zusammenarbeit ausgelegt, sodass es mit Abschluss der neuen Verträge 2017 zur „Strategic Airlift International Solution“ mit momentan zehn Teilnehmern wurde.⁹³²

Diese Entwicklung verdeutlicht die Wirksamkeit der Verzahnung mehrerer Beschaffungsinstrumente, die schnelle Verfügbarkeit und effektive Einsatzmöglichkeiten durch gemeinsame Nutzung ermöglichen. Sie stellen eine optimale Lösung dar, da dabei neben den grundsätzlichen Bedürfnissen an jederzeit bereitstehenden und am Bedarf orientierten Leistungen auch wirtschaftliche Gesichtspunkte Berücksichtigung finden, wodurch wiederum die Finanzierung und die Umsetzung dieser

⁹²⁸ Vgl. Müller (Fn. 249), 2016, S. 128 ff.

⁹²⁹ S. bereits S. 77, 197 f.

⁹³⁰ Müller (Fn. 249), 2016, S. 74 mit Verweis auf das Bundessprachenamt, Vertrag zwischen der NSPA und Ruslan Salis GmbH zur Bereitstellung eines gesicherten Zugangs zu strategischen Lufttransportkapazitäten (SALIS MOU). Übersetzung aus dem Englischen in das Deutsche, 2012.

⁹³¹ Müller (Fn. 249), 2016, S. 75.

⁹³² SALCC, unter: <http://mcce-mil.com/salcc/> (z. a. am 16.03.2018); bislang „Strategic Airlift Interim Solution“, s. o.

Vorhalteoption gewährleistet werden. Dies spiegelt sich auch in den Praxisbeispielen wider, in denen die multinationale Beschaffung mit internationalen Vertragspartnern in der Regel unter dem Einsatz von Rahmenvereinbarungen stattfindet.

Die multinationale Beschaffung ist daher ebenfalls von unumstrittener Bedeutung für eine effektive Beschaffung. Die auf Kooperation zwischen den einzelnen Staaten angelegte Methode wird beständig weiterentwickelt und ihr Anwendungsbereich ausgebaut, wie die vielen Projekte und Einrichtungen in diesem Bereich zeigen - im Rahmen der Bundeswehr beispielsweise die langfristige Zusammenarbeit mit Norwegen nach dem „lead-nation“ - Konzept. Im Vordergrund stehen dabei die gemeinsame Entwicklung und Beschaffung von U-Booten, Zielsetzung ist aber eine grundsätzliche strategische Kooperation im Bereich der Marine.⁹³³

Aus dem Reflexionspapier der Europäischen Kommission von 2017⁹³⁴ geht hervor, dass es sich bei der multinationalen Beschaffung um den Aspekt handelt, auf den im Ausbau der Zusammenarbeit im Verteidigungssektor der Fokus gesetzt werden soll. Dadurch verspricht man sich insbesondere Kosteneinsparungen und damit eine effizientere Beschaffung. Dies soll außerdem die Möglichkeit eröffnen, eine Spezialisierung des Einzelnen zu stärken und auch teure militärische Ausrüstung und technologische Innovationen zum Einsatz kommen zu lassen.⁹³⁵

Bei der multinationalen Beschaffung ist insbesondere die Bedarfsdeckung von Vorteil. Durch die Vielzahl von Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten wird die Ausgestaltung unübersichtlicher und erfordert eine genaue Planung und Organisation. Gleichzeitig eröffnet dies hingegen die Möglichkeit, bestehende Prozesse und Abläufe durch verstärkte Arbeitsteilung zu beschleunigen, sodass einzelne Arbeitsschritte leistungsorientierter und zielgerichteter koordiniert werden können. Dazu gehört auch der Zugang zu einer gesteigerten Ressourcennutzung und vielfältigeren Handlungsperspektiven. Je

⁹³³ BMVg, Bericht des BMVg zu Rüstungsangelegenheiten April 2017, S. 4, 69; BMVg (Fn. 14), März 2018, S. 16.

⁹³⁴ Europäische Kommission, Reflexionspapier über die Zukunft der Europäischen Verteidigung, 2017, unter: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-defence_de.pdf (z. a. am 26.09.2017).

⁹³⁵ Europäische Kommission (Fn. 934), 2017, S. 16 f.

verästelter die Pooling- und Sharing-Optionen sind, desto effektiver und umfangreicher kann auf Ressourcen zurückgegriffen werden.

Auch andere Projekte weisen darauf hin, dass die multinationale Beschaffung zukünftig eine große Rolle im Rahmen der Beschaffung der Bundeswehr spielen wird: Durch die multinationale Beschaffung besteht die Möglichkeit, den Pool von Kompetenzen und Fähigkeiten, auf den die Bundeswehr zurückgreifen kann, länderübergreifend zu erweitern und diese dadurch einfacher vorzuhalten. Das Vorhalten von Leistungen stellt schließlich eine der Grundvoraussetzungen für die Bewältigung des Einsatz- oder Katastrophenfalls dar. Sie ermöglicht die bedarfsgerechte und dabei kostenminimierte Nutzung von Produkten und Leistungen in dringlichen Fällen.

Um sowohl multi- als auch bilaterale Kooperationen besser steuern zu können, wurden für den Bereich der Rüstung konkrete Handlungsempfehlungen formuliert, welche die Umsetzung zukünftiger Kooperationen erleichtern und strukturieren sollen.⁹³⁶ Die entwickelten Grundvoraussetzungen für eine erfolgreiche Zusammenarbeit stellen neben der Gewährleistung standardisierten Materials und der Berücksichtigung nationaler Interessen und Fähigkeiten bei der Arbeitsteilung, die sich lediglich an industrieller und technologischer Erfahrung orientieren darf, eine ganzheitliche Betrachtung der Zusammenarbeit dar. Letztere ist nicht lediglich auf das aktuelle Vorhaben beschränkt, sondern richtet den Blick auch auf zukünftige Kooperationsfelder und Anwendungsmöglichkeiten.⁹³⁷

Dass dieses Ziel nicht nur vom BMVg, sondern auch auf europäischer Ebene verfolgt wird, ergibt sich sowohl aus dem Bericht der Europäischen Kommission zur Umsetzung der RL 2009/81/EG⁹³⁸ sowie aus dem Europäischen Aktionsplan.⁹³⁹ Ersterer verdeutlicht, dass vertiefte Orientierungshilfen insbesondere in Hinblick auf die bestehenden

⁹³⁶ BMVg (Fn. 933), April 2017, S. 69.

⁹³⁷ BMVg (Fn. 933), April 2017, S. 69.

⁹³⁸ Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Umsetzung der RL 2009/81/EG zur Vergabe öffentlicher Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit gem. Art. 73 Absatz 2 dieser Richtlinie, COM (2016) 762 final.

⁹³⁹ Europäische Kommission (Fn. 765), 2016, COM (2016) 950 final.

Optionen gegeben werden sollen, um die in diesem Bereich durch die Richtlinie eingeräumte Flexibilität optimal ausschöpfen zu können.⁹⁴⁰

Alternativ wurde zum Teil der Gedanke von Insellösungen im Rahmen der multinationalen Kooperation ins Spiel gebracht. Diese stellen eine übersichtlichere Form der Kooperation dar, indem sie stärker von regionalen Aspekten geprägt sind oder sich auf bestimmte Fähigkeitsbereiche beschränken, sodass lediglich zwei oder drei Kooperationspartner involviert sind.⁹⁴¹ Denkbar ist, dass dadurch die Risiken und Befürchtungen, die im Rahmen von Projekten mit vielen Kooperationspartnern einhergehen - etwa die Unübersichtlichkeit und Einbußen in der nationalen Unabhängigkeit, insbesondere Kontrollverlust - in den Hintergrund treten. Die Entwicklung solcher subregionaler Zusammenschlüsse ist bereits erfolgt, beispielsweise mit der nordischen Verteidigungskooperation NORDEFKO.⁹⁴² Trotz der erhöhten Flexibilität bzgl. der Kooperationsprojekte und -partner birgt das Konzept der Insellösungen die Gefahr, dass im Zusammenspiel mit weiteren Kooperationsformen einerseits Dopplungen oder Überlappungen entstehen, während auf der anderen Seite andere Fähigkeiten möglicherweise verloren gehen.⁹⁴³ Realitätsnah in der gegenwärtigen Situation ist aber ohnehin die Lage, dass beides nebeneinander besteht: sowohl Insellösungen, bei denen sich zwei oder wenige Staaten in einem bestimmten Bereich zusammentun, als auch Kooperationen im Rahmen von Smart Defence oder Pooling und Sharing. Gerade in sensiblen Bereichen besteht wohl vermehrt die Bereitschaft zum Eingehen von Insellösungen. Diese können unter Umständen auf lange Sicht in andere Kooperationen integriert werden.⁹⁴⁴ Eine Entscheidung für oder gegen Insellösungen muss damit nicht erfolgen, sie stellen vielmehr eine weitere Kooperationsmöglichkeit dar, die in bestimmten Bereichen auch sinnvoll sein kann.

Im Katastrophenschutzrecht bietet es sich in gleicher Weise an, im Vorhinein auf Grundlage von Rahmenverträgen Leistungen vorhalten zu

⁹⁴⁰ Europäische Kommission (Fn. 938), 2016, S. 13.

⁹⁴¹ Vgl. *Zarandi*, Europäische Insellösungen als Fundament einer Stärkung der europäischen Verteidigungsfähigkeiten?, Konrad Adenauer Stiftung, Analysen und Argumente, Ausgabe 130, 2013, S. 1, 3 f.

⁹⁴² S. S. 194 f.; *Zarandi* (Fn. 941), 2013, S. 4 f.

⁹⁴³ *Zarandi* (Fn. 941), 2013, S. 6.

⁹⁴⁴ *Zarandi* (Fn. 941), 2013, S. 7.

lassen, die eine Angebotsknappheit und eine dadurch resultierende ungünstige Verhandlungssituation vermeiden.⁹⁴⁵

Darüber hinaus können Leistungen auch durch Auslagerung bestimmter Leistungsbereiche an ÖPP beschafft werden. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Aufgabenverlagerung. ÖPP-Projekte sollen der öffentlichen Hand neben finanziellen auch zeitlichen Einsparungen und neue entwicklungstechnische Impulse ermöglichen. Das Risiko wird in diesem Fall zwischen den ÖPP-Parteien aufgeteilt.⁹⁴⁶ Dabei ist eine optimale Risikoverteilung in Hinblick auf die Beeinflussbarkeit und die Risikokompetenz anzustreben, da die komplette Übernahme durch den privaten Anbieter wiederum zu extrem hohen Kosten führen würde.⁹⁴⁷ Da der öffentliche Auftraggeber in diesem Fall auch möglichen privaten Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist, ist insbesondere in diesem Bereich eine staatliche Absicherung bzw. ein Risikomanagement vonnöten.⁹⁴⁸

Gleichzeitig sind die als ÖPP geschlossenen Verträge in Hinblick auf den gesetzlich verankerten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit hin zu untersuchen, um Vertragsabschlüsse, die diesen Grundsätzen zuwiderlaufen, zu unterbinden. Der Staat geht trotzdem das Risiko ein, dass finanzielle Verluste, etwa durch die Insolvenz des Betreibers, entstehen können.

Bei Beobachtung der Entwicklung der bei der Bundeswehr als ÖPP-Projekte durchgeführten Aufgabenbereiche wird deutlich, dass es sich dabei nicht um ein sinnvolles Instrument für die Beschaffung der Bundeswehr handelt. Alle auf diese Weise betriebenen Ressorts sind mittlerweile Inhouse-Gesellschaften des Bundes und haben sich damit nicht bewährt. Dies zeigt auch die endgültige Abkehr von der geplanten Umstrukturierung der HIL im September 2019, die nun in den Händen des

⁹⁴⁵ *Schumann-Bölsche*, Katastrophen- und Risikomanagement in der humanitären Logistik, in: Huth/Romeike (Hrsg.) (Fn. 848), 2016, S. 372 f.

⁹⁴⁶ *Schwintowski*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für öffentliche Unternehmen, in: Scholz/Schuler/Schwintowski (Hrsg.): Risikomanagement der Öffentlichen Hand, 2009, S. 223.

⁹⁴⁷ *Brüning*, Risikoverteilung in Modernisierungsprojekten der Bundeswehr, in: Scholz/Schuler/Schwintowski (Hrsg.) (Fn. 946), S. 277.

⁹⁴⁸ BGH Urt. v. 24.01.2006 - VIII ZR 398/03; *Schwintowski* (Fn. 946), in: Scholz/Schuler/Schwintowski (Hrsg.) (Fn. 946), 2009, S. 223.

Bundes verbleibt und für die erhebliche staatliche Investitionen geplant sind.⁹⁴⁹

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Privatisierung zu keinerlei finanziellen Vorteilen führt. Sie lässt die geringsten Einflussmöglichkeiten zu, da die ÖPP-Unternehmen trotzdem weitgehend selbstständig agieren und die Gewinnerzielung über den gesamten Leistungszeitraum im Vordergrund steht.

Die vorrangige Absicht der Gewinnerzielung ist beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit Unternehmen als Auftragnehmern zwar ebenfalls gegeben, hier findet allerdings die Preisfindung mit Abschluss der Rahmenvereinbarung statt. Damit besteht kein Risiko nicht einkalkulierter Kosten für den Auftraggeber. Es bedarf dafür aber eines engen berechneten Bedarfs, da zwar der Abruf flexibel möglich ist, die Kapazitäten insgesamt jedoch nicht unbegrenzt sind. Dies kann in unüberschaubaren Kosten resultieren und eröffnet ein hohes Risikopotential bei einer Insolvenz des Unternehmens.⁹⁵⁰ Auch eine staatliche Beteiligung ändert daran nichts – im Gegenteil: Der Staat kann sich gezwungen sehen, das Unternehmen unter Verlusten selbst zu übernehmen. Die Verantwortung und auch die Konsequenzen bei Engpässen oder Lieferproblemen treffen trotz möglicher Schadensersatzansprüche stets den Staat. Es ist für den Staat hingegen vorteilhaft, wenn er weitgehend unabhängig von Unternehmen entsprechend seines Bedarfs agieren kann.

Auch nach dem Bericht des Wehrbeauftragten 2017 stellt die übermäßige Inanspruchnahme externer Dienstleister keine geeignete Maßnahme dar, der fehlenden Einsatzbereitschaft zu begegnen. Insbesondere im Bereich der Instandhaltung ist es im Einsatz von Bedeutung, diese Fähigkeiten bundeswehrintern zu erhalten, um Verzögerungen zu verhindern. Eine bloße Betrachtung wirtschaftlicher Faktoren darf daher nicht erfolgen.⁹⁵¹ Die fehlenden Instandsetzungskapazitäten und die insgesamt zu langen Beschaffungsprozesse, gerade auch in Bezug auf die

⁹⁴⁹ BMVg (Fn. 165), <https://www.bmvg.de/de/aktuelles/hil-heeresinstandsetzungslogistik-gmbh-bleibt-beim-bund-137410> (z. a. am 30.06.2020).

⁹⁵⁰ Vgl. etwa das Projekt Herkules oder das Projekt LHBw.

⁹⁵¹ Deutscher Bundestag (Fn. 10), 2018, S. 43 f.

Hauptwaffensysteme⁹⁵², aber etwa auch im Bereich der Bekleidung und persönlichen Ausrüstung der Soldaten, wirken sich danach besonders negativ aus. Die Folge ist die fehlende Einsatzbereitschaft im Einsatzfall. Auch dies verdeutlicht, wie wichtig es ist, eine Beschaffung zu gewährleisten, die den entscheidenden Faktor „Zeit“ hinreichend berücksichtigt.⁹⁵³

Der Beschaffung kommt all das entgegen, was die Flexibilität und die Handlungsspielräume der öffentlichen Auftraggeber innerhalb der Beschaffungsvorgänge erweitert. Auch Bieteranreize stellen ein Element dar, mit dem in gewissem Umfang eine Beschleunigung innerhalb des Beschaffungsverfahrens erreicht werden kann.

Allerdings besteht im Bereich der konkreten Vertragsgestaltung die Möglichkeit der Verhängung einer Vertragsstrafe nur in einem begrenzten Umfang. Darüber hinaus wird kritisiert, dass hiervon nicht hinreichend Verwendung gemacht wird.⁹⁵⁴ Dies mag für den Zuständigkeitsbereich der Bundeswehr auch damit zusammenhängen, dass keine ausreichende Kontrollmöglichkeit des BMVg gegenüber der Industrie im Falle von Lieferverzögerungen oder Mängeln existiert.⁹⁵⁵ Auch zwischen den einzelnen Beschaffungsebenen bestehen keine Kontrollinstanzen. Hier besteht daher noch Verbesserungspotential. Der Einsatz von Bieteranreizen stellt damit einen Aspekt dar, der gemeinsam mit anderen Komponenten zu einer schrittweisen Verbesserung der Beschaffung führen kann. Eine Überwindung der strukturellen Probleme bei der Gestaltung der Beschaffung lässt sich damit aber nicht erreichen.

In Großbritannien etwa wird als Gegenstück zu den Bieteranreizen zusätzlich auch auf die Motivation der Mitarbeiter öffentlicher Auftraggeber gesetzt. Durch die sogenannte „Effizienzinitiative“ werden der zentralen Beschaffungsorganisation des Landes, der OGCBuying.solutions⁹⁵⁶, jährliche Einsparziele durch den Finanzminister

⁹⁵² zu den Einzelheiten s. Deutscher Bundestag (Fn. 10), 2018, S. 41 ff.

⁹⁵³ Vgl. Deutscher Bundestag (Fn. 10), 2018, S. 41 f.

⁹⁵⁴ Vgl. BMVg (Fn. 2), April 2016, S. 24.

⁹⁵⁵ *Dyson*, in: Zohlhöfer (Fn. 103), 2015, S. 605 (612); *Heidenkamp* (Fn. 106), 2015, S. 39 f.

⁹⁵⁶ Dabei handelt es sich um eine zentrale Serviceeinheit, die z. B. durch Rahmenverträge standardisierte Leistungen für öffentliche Einrichtungen beschafft.

vorgegeben. Dies soll zu einer eigenverantwortlicheren und selbstständigeren Vornahme von Beschaffungsmethoden, allein orientiert am Maßstab der wirtschaftlichsten Lösung, führen.⁹⁵⁷

Nach dem Bericht des Wissenschaftlichen Beirats sind diese Vorgänge in Deutschland bislang viel stärker reglementiert. Die Beschaffung verkommt daher oftmals zu einer Verwaltungsaufgabe nach altbekannten Mustern, die weniger Spielräume zulässt.⁹⁵⁸ Auch in den Neuregelungen ist festzustellen, dass das deutsche Vergaberecht weiterhin sehr spezifische Regelungsinhalte aufweist und wenig Spielraum lässt. Insbesondere die Berücksichtigung vergabefremder Ziele hat zugenommen und sich nicht etwa reduziert. Wenngleich die Bedeutung innovativer Aspekte nachvollziehbar ist, sollte sich die Vergabe mit dem Ziel der Bedarfsdeckung primär an Wirtschaftlichkeits- und Effektivitätsaspekten orientieren.⁹⁵⁹

Neben einer optimierten Nutzung der zur Verfügung stehenden Instrumente im Vergabeverfahren und möglichen Ansätzen hinsichtlich gesetzgeberischer Änderungen könnte daher auch die Organisationsstruktur den Bedürfnissen der Beschaffung entsprechend besser ausgerichtet werden: Im Rahmen des CPM (nov.) wurde die Notwendigkeit einer Verschlinkung der Prozesse insbesondere in der Analysephase und für besondere Beschaffungsvorhaben bereits erkannt und diese entsprechend überarbeitet.⁹⁶⁰

Auch in anderen Bereichen könnten die Prozesse jedoch gestrafft und zentralisiert werden, um unnötig lange Wege zu vermeiden. Gerade in internationalen Beschaffungsprozessen fehlen Regelungen, die dazu beitragen, diese Vorgänge zu koordinieren und zu organisieren. Hilfreich und erforderlich sind dafür Einrichtungen wie das auf EU-Ebene bestehende Public Procurement Learning Lab, welches einen Austausch der aktuellen Beschaffungsmethoden und neuer Ideen und Konzepte ermöglicht.⁹⁶¹

⁹⁵⁷ Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi (Fn. 186), 2013, S. 2539 (2557).

⁹⁵⁸ Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi (Fn. 186), S. 2359 (2557).

⁹⁵⁹ Vgl. auch Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi (Fn. 186), S. 2359 (2548).

⁹⁶⁰ Vgl. S. 103 ff.

⁹⁶¹ Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi (Fn. 186), S. 2359 (2558).

Auch eine im aktuellen Koalitionsvertrag⁹⁶² vorgesehene Untersuchung der Beschaffungsorganisation und ihrer Organisationsformen an den Standorten der Bundeswehr wurde bereits durch die eingerichtete „Task Force Beschaffungsorganisation“ im Zeitraum von 2018 bis 2019 durchgeführt. Das eingesetzte Expertengremium des BMVg sieht strukturelle und prozessuale Änderungen in der Beschaffungsorganisation vor, die nun einer schrittweisen Umsetzung bedürfen. Dazu zählt insbesondere auch die Einrichtung sogenannter Kompetenzpools, die das bessere Bündeln von Fähigkeiten ermöglichen sollen.⁹⁶³

Eine effektive und kurzfristige Beschaffung ist von großer Bedeutung. Es ist davon auszugehen, dass Situationen dieser Art zukünftig in zunehmendem Maße auftreten werden. Sie erfordern einen Regelungsrahmen, der eine sichere Beschaffung der notwendigen Güter und Leistungen garantieren kann. Nicht selten droht hier die Gefährdung hochrangiger Rechtsgüter.

Zudem ist auch die soziale Komponente nicht zu unterschätzen. Die eingesetzten Soldaten oder die Mitarbeiter der Katastrophenschutzeinrichtungen sind zumeist selbst erhöhten Gefahrensituationen ausgesetzt. Die ordnungsgemäße Versorgung mit der erforderlichen Ausrüstung und Materialien stellt daher auch eine Ausprägung der Fürsorge- und Schutzpflicht des Staates als Arbeitgeber dar und sollte bereits aus diesem Grunde selbstverständlich sein.

⁹⁶² Vgl. S. 3.

⁹⁶³

BMVg,

unter:

<https://www.bmvg.de/resource/blob/112194/e6075c6464529c5817ae4be1c1ac0c03/20190923-download-task-force-beschaffungsorganisation-data.pdf> (z.a. 15.08.2020).

Literaturverzeichnis

Algieri, Franco/Kammel, Arnold/Pfarr, Dietmar: Pooling & Sharing im Rahmen der Europäischen Union. In: Felberbauer, Ernst M./ Pfarr, Dietmar (Hrsg.), Pooling & Sharing und Smart Defense. Herausforderungen für Streitkräfte im 21. Jahrhundert (Schriftenreihe der Landesverteidigungsakademie), Wien 2013, S. 13-34

Appel, Ivo: Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Band 67, De Gruyter Verlag, Berlin 2008, S. 226-285

Amelung, Steffen/Janson, Dominik: Vergabe von Rettungsdienstleistungen: Keine generelle Freistellung vom Vergaberecht, NZBau 2016, S. 23-26

Badura, Peter: Der Verfassungsauftrag der Streitkräfte im Grundgesetz, ZSE 2007 (3-4), S. 358-372

Battis, Ulrich/Mitschang, Stephan/ Reidt, Olaf: Das Flüchtlingsunterbringungs-Maßnahmengesetz, NVwZ 2015, S. 1633-1639

Beck, Daniel: Auslandseinsätze deutscher Streitkräfte. Materiellrechtliche Bindungen aus Völkerrecht und Grundgesetz, insbesondere zum Schutz des Lebens (Verfassungsrecht in Forschung und Praxis), Dr. Kovac Verlag, Hamburg 2008

Beerlage, Irmtraud/Hering, Thomas/ Nörenberg, Liane: Entwicklung von Standards und Empfehlungen für ein Netzwerk zur bundesweiten Strukturierung und Organisation psychosozialer Notfallversorgung, 2005. Online verfügbar unter: https://www.bbk.bund.de/SharedDocs/Downloads/BBK/DE/Publikationen/PublikationenForschung/Netzwerk.pdf?__blob=publicationFile (z. a. am 20.03.2018)

Bernath, Wolfgang: Beteiligungscontrolling im Bundesministerium der Verteidigung. In: Richter, Gregor (Hrsg.), Neuausrichtung der Bundeswehr. Beiträge zur professionellen Führung und Steuerung, Springer Verlag, Wiesbaden 2012, S. 221–231

Böhme, Ralf: Innere Einsätze der Streitkräfte beim Katastrophenschutz im Frieden, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2007

Bonhage, Jan D./Ritzenhoff, Lukas: Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen, NZBau 2012, S. 218-222

Bredow, Wilfried von: Sicherheit, Sicherheitspolitik und Militär, Springer Fachmedien Verlag, Wiesbaden 2015

Brüning, Peter: Risikoverteilung in Modernisierungsprojekten der Bundeswehr. In: Scholz, Frank/ Schuler, Andreas/ Schwintowski, Hans-Peter (Hrsg.), Risikomanagement der Öffentlichen Hand, Physica Verlag, Heidelberg 2009

Bulla, Simon: Dringlichkeits- und Interimsvergaben (Teil 1), AnwZert BauR (2) 2018, Anm. 2

Bulla, Simon: Dringlichkeits- und Interimsvergaben (Teil 2), AnwZert BauR (4) 2018, Anm. 2

Bungenberg, Marc: Europäisches Verwaltungsrecht und WTO-Recht (§ 11). In: Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, Nomos Verlag, Baden Baden 2011, S. 383–397

Burgi, Martin: Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2009, S. 29–34

Burgi, Martin: Verwaltungsorganisationsrecht. In: Erichsen, Hans-Uwe/ Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, S. 253-328

Burgi, Martin: Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, S. 597-602

Burgi, Martin: Reform des Vergaberechts – Auswirkungen auf das Gesundheitswesen. Vortrag beim Symposium des Instituts für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges), 18. März 2016, Berlin. Online verfügbar unter: <http://docplayer.org/48857373-Reform-des-vergaberechts-auswirkungen-auf-das-gesundheitswesen.html> (z. a. am 20.03.2018)

Burgi, Martin/Dreher, Meinrad (Hrsg.): Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4, 3. Aufl., Beck Verlag, München 2017. Online verfügbar unter Beck Online

Byok, Jan: Reformierter Regelungsrahmen für Beschaffungen im Sicherheits- und Verteidigungssektor, NVwZ 2012, S. 70–75

Byok, Jan: Die Entwicklung des Vergaberechts 2013, NJW 2014, S. 1492-1498

Byok, Jan: Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2015, NJW 2016, S. 1494–1500

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: EUV/ AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, C. H. Beck Verlag, 5. Aufl., München 2016

Clement, Simon/Tepper, Phillip et al.: Driving energy efficient innovation through procurement – a practical guide for public authorities, SMart SPP und iClei, 2009. Online verfügbar unter: http://www.smart-spp.eu/fileadmin/template/projects/smart_spp/files/Guidance/Final_versions/SMART_SPP_Guide_2011_EN_FINAL_www.pdf (z. a. am 27.09.2017)

Dahl, Ann-Sofie: NORDEFECO and NATO: "Smart Defence" in the North?, NATO Defense College – No. 101, Rom 2014, S. 1–12

Danhofer, Josef: Welche Auswirkungen haben Smart Defense sowie Pooling & Sharing auf die Streitkräfteplanung, Führung, Logistik und Ausbildung im öBH? In: Felberbauer, Ernst M./ Pfarr, Dietmar (Hrsg.), Pooling & Sharing und Smart Defense. Herausforderungen für Streitkräfte im 21. Jahrhundert (Schriftenreihe der Landesverteidigungsakademie), Wien 2013, S. 79–97

Dicks, Heinz-Peter: Nebenangebote- Erfordern Zulassung, Zulässigkeit, Mindestanforderungen und Gleichwertigkeit inzwischen einen Kompass?, VergabeR 2012, S. 318–333

Dörr, Oliver: Preisrecht im Vergabeverfahren- Zum Verhältnis von öffentlichem Preisrecht und Vergaberecht. In: Büscher, Wolfgang/ Erdmann, Willi et al. (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung. Rechtsverwirklichung durch materielles Recht und Verfahrensrecht. Festschrift für Hans-Jürgen Ahrens zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, Köln 2016, S. 53-64

Dyson, Tom: Deutsche Verteidigungspolitik - ein Blick von Außen. In: Wiesner, Ina (Hrsg.): Deutsche Verteidigungspolitik, Nomos Verlag, Baden - Baden 2013, S. 375-398

Dyson, Tom: Deutsche Verteidigungspolitik in der zweiten Legislaturperiode von Kanzlerin Merkel. In: Zohlhöfer, Reimut (Hrsg.), Politik im Schatten der Krise. Eine Bilanz der Regierung Merkel 2009-2013, Springer Fachmedien Verlag, Wiesbaden 2015, S. 605–624

Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz (Hrsg.): Handelsgesetzbuch – Kommentar, Band 1, Beck Verlag, 3. Aufl., München 2015

Eifert, Martin: Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Band 67, De Gruyter Verlag, Berlin 2008, S. 286-333

Epping, Volker/Hillgruber, Christian: Beck'scher Online – Kommentar Grundgesetz, 28. Edition, Stand: 01.03.2016, Verlag C. H. BECK, München 2016. Online verfügbar unter Beck online

Eßig, Michael/Witt, Matthias (Hrsg.): Öffentliche Logistik. Supply Chain Management für den öffentlichen Sektor, Springer Gabler Verlag, Wiesbaden 2009

Eßig, Michael/Jungclaus, Martina/Scholzen, Felix-Sebastian/Vu Thi, Thu Ha: Das Konzept der exzellenten öffentlichen Beschaffung. In: Eßig, Michael/ Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik (Hrsg.): Exzellente öffentliche Beschaffung. Ansatzpunkte für einen wirtschaftlichen und transparenten Einkauf, Springer Gabler Verlag, Wiesbaden 2013, S. 9-39

Eßig, Michael/Glas, Andreas H. (Hrsg.): Performance Based Logistics - Innovatives Beschaffungsmanagement für die Streitkräfte, Springer Verlag, Wiesbaden 2014

Eßig, Michael/Glas, Andreas H./Kleemann, Florian C.: PBL - ein Lösungsansatz für die deutsche Verteidigungsbeschaffung? In: Eßig, Michael/Glas, Andreas (Hrsg.), Performance Based Logistics - Innovatives Beschaffungsmanagement für die Streitkräfte, Springer Verlag, Wiesbaden 2014, S. 5-20

Eßig, Michael: Beschaffungsstrategien der öffentlichen Hand in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit am Beispiel der Bundeswehr, ZfBR 2016, S. 33-36

Eßig, Michael/Amann, Markus/Glas, Andreas H: Lebenszyklus-Ansatz in der öffentlichen Beschaffung, *Controlling & Management Review*, Sonderheft 2 2016, S. 65-69

Ewer, Wolfgang/Mutschler-Siebert, Annette: Die Unterbringung von Flüchtlingen. Bau-, ordnungs- und vergaberechtliche Aspekte, *NJW* 2016, S. 11–18

Fehling, Michael: Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren, *NZBau* 2012, S. 673-680

Fischer, Thomas/Fongern, Tim: Rahmenvereinbarungen im Vergaberecht, *NZBau* 2013, S. 550–555

Franßen, Gregor: Das Bestimmungsrecht des Auftraggebers bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes, *AnwZert BauR* (16) 2015, Anm. 2

Franzius, Claudio: Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung* 39, 2006, S. 335-371

Franzius, Claudio: Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, C.H. Beck Verlag, 2. Aufl., München 2012, § 4.

Gabriel, Marc/Krohn, Wolfram/Neun, Andreas (Hrsg.): *Handbuch Vergaberecht. Gesamtdarstellung und Kommentierung zu Vergaben nach GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, VOB/A, UVgO, VOL/A, VO (EG) 1370, SGB V, AEUV*, Beck Verlag, 2. Aufl., München 2017

Gallhöfer, Philipp: Effizienz und Effektivität durch Verteidigungskooperation. Auswirkungen innerhalb der Europäischen Union. Univ. Diss.-Köln, 2013, Springer VS, Wiesbaden 2014, unter: <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-658-06359-7> (z. a. am 09.10.2017)

Gehrt, Jirka: Flexibilität in langfristigen Verträgen. Eine ökonomische Analyse des vertraglichen Nachverhandlungsdesigns bei PPP-Projekten. *Techn. Univ.- Diss.*, Berlin 2009, Gabler Verlag, Wiesbaden 2010

Giegerich, Bastian: *Die NATO (Elemente der Politik)*, Springer Verlag, Wiesbaden 2012

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 62. Ergänzungslieferung Juli 2017, C. H. Beck Verlag, München. Online verfügbar unter Beck online

Gramm, Christoph: Die Aufgaben der Bundeswehr und ihre Grenzen in der Verfassung. In: NZWehrR (4) 2005, S. 133–146

Greb, Klaus/Stenzel, Sonja: Die nachträgliche Vertragsanpassung als vergaberechtsrelevanter Vorgang, NZBau 2012, S. 404- 410

Große, Stefanie: Qualität des öffentlichen Schulwesens als Verfassungsgebot? Zugleich zum Institut der schulischen Eigenverantwortung, Nomos Verlag, Baden Baden 2019

Grunewald, Barbara: Just-in-time-Geschäfte - Qualitätssicherungsvereinbarungen und Rügelast, NJW 1995, S. 1777-1784

Güßregen, Verena: Vergaberecht: Elektronische Rechnungsstellung (e-invoicing) und durchgängig elektronische Vergabe (end-to-end e-procurement), EuZW 2013, S. 603

Harling, Georg von: Bereitstellung und Bevorratung von Versorgungsgütern, ES&T 2004, S. 54–57

Hauser, Gunther: Die NATO-Initiative Smart Defense und deren Auswirkungen auf die Mitglieds- und Partnerstaaten. Wie steht der C-34 Prozess der UN im Verhältnis zu Smart Defense? In: Felberbauer, Ernst M./ Pfarr, Dietmar (Hrsg.), Pooling & Sharing und Smart Defense. Herausforderungen für Streitkräfte im 21. Jahrhundert (Schriftenreihe der Landesverteidigungsakademie), Wien 2013, S. 35–77

Hausmann, Friedrich/Queisner, Georg: Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit, NZBau 2016, S. 619-626

Heddäus, Jürgen: Probleme und Lösungen um den Pauschalvertrag - Mischformen von Pauschalverträgen- Komplettheitsklauseln, ZfBR 2005, S. 114-118

Heidenkamp, Henrik: Deutsche Rüstungspolitik. Ein Politikfeld unter Handlungsdruck, Budrich Verlag (Reihe WIFIS aktuell, 50), Opladen 2015

Henzel, Anne Kathrin: Rechtssichere de-facto-Vergabe nur zehn Tage nach ex-ante-Transparenzbekanntmachung?, NZBau 2016, S. 148-152

Heuninckx, Baudouin: The European Defence Agency Capability Development Plan and the European Armaments Cooperation Strategy: Two Steps in the Right Direction, PPLW Vol. 18, Issue 4, 2009, S. 136-143

Höfler, Heiko: Beschaffung und Betrieb von Waffensystemen im Spannungsfeld von Vergabe- und Beihilfenrecht, NZBau 2015, S. 736-743

Horstkotte, Michael/Hünemörder, Olaf: Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, LKV 2015, S. 541-545

Huth, Michael/Romeike, Frank: Grundlagen des Risikomanagements in der Logistik. In: Huth, Michael/Romeike, Frank (Hrsg.): Risikomanagement in der Logistik. Konzepte - Instrumente – Anwendungsbeispiele, Springer Gabler Verlag, Wiesbaden 2016, S. 13-47

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wettbewerbsrecht, C. H. Beck Verlag, 5. Aufl., München 2014. Online verfügbar unter Beck online

Ischinger, Wolfgang/Schneiderhan, Wolfgang/ Gallhöfer, Philipp et al.: Smart Defence - Anspruch, Mehrwert und Auswirkungen für Europa, IP 4, 2012, S. 98-103

Ischinger, Wolfgang: The Future of European Defence. Tackling the Productivity Challenge, Preface Mc Kinsey & Company, 2013

Jaeckel, Liv: Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung, In: Pünder, Hermann/Klafki, Anika (Hrsg.): Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung, Nomos Verlag, 2016, S. 11-28

Jaeger, Wolfgang: Die neuen Basisvergaberichtlinien der EU vom 26.02.2014 - ein Überblick, NZBau 2014, S. 259–266

Jäger, Thomas/Thiele, Ralph: Transformationsprozesse im Vergleich. In: Jäger, Thomas/Thiele, Ralph (Hrsg.): Transformation der Sicherheitspolitik: Deutschland, Österreich, Schweiz im Vergleich, Springer Verlag, Wiesbaden 2011, S. 9-23

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016

Jennert, Carsten: Öffentlich-Private Partnerschaft, einschließlich Dienstleistungs- und Baukonzession. In: Müller-Wrede: Kompendium des

Vergaberechts - Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, Bundesanzeiger Verlag, 2. Aufl. 2013, S. 301-338

Just, Christoph: Die Vergaberechtsnovelle 2016 im Überblick- I. Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, Sächsische VBl. 2/2017, S. 33-37

Kapellmann, Klaus D./Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.): VOB-Kommentar, Teil A/B, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), Beck Verlag, 6. Aufl., München 2018. Online abrufbar unter Beck online

Kenigstein, Sonja: Die funktionale Leistungsbeschreibung, AnwZert BauR 2012, Anm. 1

Kenigstein, Sonja: Vergabeverfahren: Sicherung von Qualitätsvorgaben bei der Beschaffung, AnwZert BauR 2012, Anm. 1

Kirchhof, Paul: Der Verteidigungsauftrag der deutschen Streitkräfte. In: Beyerlin, Ulrich/Bothe, Michael et al. (Hrsg.): Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 120), Springer Verlag, Berlin 1995, S. 797-824

Kleemann, Florian C.: Supplier Relationship Management im Performance-based Contracting: Anbieter-Lieferanten-Beziehungen in komplexen Leistungsbündeln (Supply Chain Management), Springer Gabler Verlag, Wiesbaden 2014

Kleinhenz-Jeannot, Bernhardine/Nieschulz, Silke: Beschaffung von Flüchtlingsunterkünften, KommunalPraxis spezial (3), 2015, S. 151-156

Kless, Thomas: Beherrschung der Unternehmensrisiken. Aufgaben und Prozesse eines Risikomanagements, DStR 1998, S. 93–96

Kloepfer, Michael: Katastrophenschutzrecht. Strukturen und Grundfragen, Verwaltungs-Archiv 98 (2), 2007, S. 163–198

Kloepfer, Michael: Handbuch des Katastrophenrechts, Nomos Verlag, Baden Baden 2015

Koch, Frauke: Flexibilisierungspotenziale im Vergabeverfahren-Nachverhandlungen und Nebenangebote, Nomos Verlag, Baden Baden 2013

Kommando Luftwaffe: Chronik Führungsstab der Luftwaffe von 1955 bis 2012, Köln 2013

KPMG/ P3 Group/TaylorWessing: Umfassende Bestandsaufnahme und Risikoanalyse zentraler Rüstungsprojekte - Exzerpt, 2014

Krönke, Christoph: Das neue Vergaberecht aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2016, S. 568–575

Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans Joachim (Hrsg.): Kommentar zum GWB - Vergaberecht, Werner Verlag, 4. Aufl., Düsseldorf 2016

Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans Joachim (Hrsg.): Kommentar zur VgV, Werner Verlag, Düsseldorf 2017

Lageder, Anna: Errichtung von Unterkünften für Asylsuchende. Eine vergaberechtliche Perspektive, KommJur 2015, S. 361–366

Leif, Thomas: Beraten und verkauft: McKinsey & Co. - der große Bluff der Unternehmensberater, Bertelsmann Verlag, München 2006

Lewinski, Kai von/ Burat, Daniela: Haushaltsgrundsätzegesetz Kommentar, Nomos Verlag, Baden Baden 2013

Lewinski, Kai von: Resilienz der Verwaltung in Unsicherheits- und Risikosituationen. In: Hill, Hermann/Schliesky, Utz (Hrsg.): Management von Unsicherheit und Nichtwissen, Nomos Verlag, Baden Baden 2016, S. 239-252

Ley, Rudolf/Wankmüller, Michael: Das neue Vergaberecht 2016. Schnelleinstieg: Lieferungen und Dienstleistungen nach GWB und VgV, Rehm Verlag, 3. Aufl., Heidelberg 2016

Lieck, Henrik: Die neue Infrastrukturorganisation der Bundeswehr, ES&T 2012, S. 52-55

Linke, Benjamin: Auftragsänderungen im Vergaberecht, NVwZ 2017, S. 510- 516

Major, Claudia/Mölling, Christian: Das Rahmennationen-Konzept. Deutschlands Beitrag, damit Europa verteidigungsfähig bleibt, SWP-Aktuell (67), 2014, S. 1-4

Mangoldt, Hermann von/Starck, Christian/Klein, Friedrich: Kommentar zum Grundgesetz. Vahlen Verlag, 7. Aufl., München 2018. Online verfügbar unter Beck online

Martinek, Michael: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, Beck Verlag (Schriftenreihe der Juristischen Schulung, 120), München 1993

Marx, Fridhelm/Hölzl, Franz Josef: Interimsaufträge – Schneller als das Vergaberecht erlaubt? Zu den Voraussetzungen und Möglichkeiten der Vergabe von Interimsaufträgen, NZBau 2010, S. 535–539

Maulny, Jean-Pierre/Liberti, Fabio: Pooling of EU member states assets in the implementation of ESDP, Studie Europäisches Parlament, 2008, unter:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/381407/EXPO-SEDE_ET\(2008\)381407_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/381407/EXPO-SEDE_ET(2008)381407_EN.pdf) (z. a. am 09.10.2017)

Maunz, Theodor/Dürig, Günter: Grundgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, 81. Ergänzungslieferung, München 2017

Maurer, Andreas: Leistungssteigerung des Einkaufs der Bundeswehr durch Lieferantenmanagement- Ergebnisse und Folgerungen einer Delphi-Untersuchung zum Strategischen Einkauf der Bundeswehr, Univ.-Dissertation, Regensburg 2013

Mohr, Jochen: Sozial motivierte Beschaffungen nach dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, EuZA 2017, S. 23- 46

Mölling, Christian: Pooling und Sharing in EU und NATO. Europas Verteidigung braucht politisches Engagement, keine technokratischen Lösungen, SWP- Aktuell (25) 2012, S. 1–4

Müller, Maximilian: Organisationsmodelle für Beschaffung, Betrieb und Finanzierung von Lufttransportkapazitäten in der internationalen Katastrophenhilfe, Dissertation, Leipzig 2016

Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – VOL/A, Kommentar, Beck Verlag, 4. Aufl., München 2014

Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Beck Verlag, 6. Aufl., München 2012

Münch, Mark: Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers, AnwZert BauR (10) 2013, Anm. 1

Neun, Andreas/Otting, Olaf: Die Entwicklung des europäischen Vergaberechts in den Jahren 2015/2016, EuZW 2016, S. 486–493

Oetker, Hartmut: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik. Univ., Habilitationsschrift Kiel, 1994, Mohr (Jus privatum, 9), Tübingen 1994

Pfannkuch, Benjamin: Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit nach § 132 GWB n. F., *KommJur* 2016, 448 - 452

Pils, Sabine: Erfordert das Haushaltsrecht eine Flexibilisierung der Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung nach den Verdingungsordnungen? Univ.-Diss. Tübingen, 2012

Pohlmann, Kristine: Rechtliche Rahmenbedingungen der Katastrophenbewältigung. Frankfurt Peter Lang Peter Verlag (Europäische Hochschulschriften. Reihe II, Rechtswissenschaft, Band 5356), Frankfurt am Main 2012

Portugall, Gerd: Verwaltungsmodernisierung in der Bundeswehr in den letzten 20 Jahren – eine kurze Entwicklungsgeschichte aus politikwissenschaftlicher Perspektive. In: Kern, Eva- Maria/ Richter, Gregor (Hrsg.): Streitkräftemanagement. Neue Planungs- und Steuerungsinstrumente in der Bundeswehr, Wiesbaden, Springer Gabler Verlag, Wiesbaden 2014, S. 153–176

Poschmann, Verena: Vertragsänderungen unter dem Blickwinkel des Vergaberechts. Eine Untersuchung der Umgehungsmöglichkeiten des Vergaberechts durch Vertragsgestaltung. Dissertationsschrift-HU Berlin, 2008, Duncker & Humblot (Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1162), Berlin 2010

Prekop, André: Modernisierung der Bundeswehr-IuK als Beispiel für komplexe Beschaffungsprozesse. In: Eßig, Michael/ Glas, Andreas (Hrsg.), Performance Based Logistics - Innovatives Beschaffungsmanagement für die Streitkräfte, Springer Verlag, Wiesbaden 2014, S. 59-82

Prieß, Hans Joachim: Die Leistungsbeschreibung- Kernstück des Vergabeverfahrens (Teil 1), *NZBau* 2004, S. 20–27

Prieß, Hans Joachim: Die Leistungsbeschreibung- Kernstück des Vergabeverfahrens (Teil 2), *NZBau* 2004, S. 87–92

Prieß, Hans Joachim: Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach den neuen Vergaberichtlinien, *NZBau* 2015, S. 343–350

Probst, Peter Michael/ Winters, Fabian: eVergabe- ein Blick in die Zukunft des elektronischen Vergabewesens! Eine Definition von „eVergabe“ und ihre Rahmenbedingungen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers, *CR* 2015, S. 557–562

Pünder, Hermann: Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement. In: Müller-Wrede: Kompendium des Vergaberechts - Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, Bundesanzeiger Verlag, 2. Aufl. 2013, S. 71-99

Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.): Vergaberecht: GWB - VgV - SektVO - VOL/A - VOB/A - VOF - Haushaltsrecht - Öffentliches Preisrecht. Handkommentar, Nomos Verlag, 2. Aufl., Baden Baden 2015

Püstow, Moritz/Meiners, Johannes: Die Innovationspartnerschaft- Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell, NZBau 2016, S. 406–412

Püstow, Moritz/Meiners, Johannes: Vorrang des Unionsrechts bei vergaberechtswidrigen Verträgen, EuZW 2016, S. 325–330

Regler, Rainer: Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2010

Reichling, Ingrid/Scheumann, Nina Kristin: Durchführung von Vergabeverfahren (Teil 1) - Entwicklung der Vergabeunterlagen als "Herzstück" der Ausschreibung, GewArch 2015, S. 193–200

Rodi, Michael: Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts, Springer Verlag, Berlin 2014

Romeike, Frank/Huth, Michael: Struktur des Risikomanagements in der Logistik. In: Huth, Michael/ Romeike, Frank (Hrsg.), Risikomanagement in der Logistik. Konzepte – Instrumente –Anwendungsbeispiele, 2016, S. 49-84

Roquette, Andreas J.: Vollständigkeitsklauseln: Abwälzung des Risikos unvollständiger oder unrichtiger Leistungsbeschreibungen auf den Auftragnehmer, NZBau 2001, S. 57-64

Rosenkötter, Annette/Seidler, Ann-Carolin: Praxisprobleme bei Rahmenvereinbarungen, NZBau 2007, S. 684- 691

Rosenkötter, Annette: Rahmenvereinbarungen mit Miniwettbewerb – Zwischenbilanz eines neuen Instruments, VergabeR 2010, S. 368-374

Rosenkötter, Annette: Die Verteidigungsrichtlinie 2009/81/EG und ihre Umsetzung, VergabeR 2012, S. 267-281

Roth, Frank/Lamm, Regina: Die Umsetzung der Verteidigungsgüter-Beschaffungsrichtlinie in Deutschland, NZBau 2012, S. 609- 615

Röttgen, Klaus: Klauseln zur Vervollständigung der Leistungsbeschreibung in IT-Verträgen (Vollständigkeitsklauseln), CR 2013, S. 628–632

Ruthig, Josef: Vergaberechtsfreier Bevölkerungsschutz. Die Bereichsausnahme des § 107 I Nr. 4 GWB und ihre Konsequenzen für den Rettungsdienst, NZBau 2016, S. 3–8

Ruthig, Josef/Storr, Stefan: Öffentliches Wirtschaftsrecht, C.F. Müller Verlag, 4. Aufl., Heidelberg 2015

Rüttler, Martin: Inhouse-Beratung und ihr Beitrag zur Neuausrichtung der Bundeswehr. In: Richter, Gregor (Hrsg.), Neuausrichtung der Bundeswehr. Beiträge zur professionellen Führung und Steuerung, Springer Verlag, Wiesbaden 2012, S. 233–239

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limpberg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Schuldrecht Besonderer Teil II, Band 4, Beck Verlag, 7. Aufl., München 2016

Sauer, Heiko: Das Verfassungsrecht der kollektiven Sicherheit. In: Rensen, Hartmut/Brink, Stefan (Hrsg.): Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Bd. 1), de Gruyter Verlag, Berlin 2009, S. 585-620

Schäfer, Peter: Perspektiven der eVergabe, NZBau 2015, S. 131–140

Scheler, Wolfgang: Der neue Auftrag der Bundeswehr und die Frage seiner demokratischen Legitimation. In: Schönherr, Siegfried: Die Neuausrichtung der Bundeswehr - Position und Opposition, DSS-Arbeitspapiere, 2013, S. 16-29

Schliesky, Utz: Öffentliches Wirtschaftsrecht, C. F. Müller Verlag, 4. Aufl., Heidelberg 2014

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Springer Verlag, Berlin, 2. Aufl. 2006

Schumann-Bölsche, Dorit: Katastrophen- und Risikomanagement in der humanitären Logistik. In: Huth, Michael/Romeike, Frank (Hrsg.): Risikomanagement in der Logistik. Konzepte - Instrumente – Anwendungsbeispiele, Springer Gabler Verlag, Wiesbaden 2016, S. 359-376

Schuppert, Gunnar Folke: Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.): Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Nomos Verlag, Baden-Baden 1993

Schwabe, Christof: (2011): Die vergaberechtliche Rahmenvereinbarung, AnwZert BauR (22), 2011, Anm. 1

Schwabe, Christof: Gebot der produktneutralen Ausschreibung im Vergabeverfahren- eine „vergaberechtliche never ending story, AnwZert BauR (6) 2012, Anm. 1

Schwartz, Fabian: Das Katastrophenschutzrecht der Europäischen Union, Nomos Verlag, Baden Baden 2012

Schweda, Marc: Nebenangebote im Vergaberecht, VergabeR 2003, S. 268-280

Schwintowski, Hans-Peter: Die rechtlichen Rahmenbedingungen für öffentliche Unternehmen. In: Scholz, Frank/ Schuler, Andreas/Schwintowski, Hans-Peter (Hrsg.): Risikomanagement der Öffentlichen Hand, Physica Verlag, Heidelberg 2009

Segeth, Markus: Rahmenvereinbarungen: Rechtsentwicklung, systematische Entfaltung, Vergabe, Nomos Verlag, Baden Baden 2010

Simma, Bruno: NATO, the UN and the use of force: legal aspects, EJIL 1999 (1), S. 1–22

Stober, Rolf/Eisenmenger, Sven: Katastrophenverwaltungsrecht; Zur Renaissance eines vernachlässigten Rechtsgebietes, NVwZ 2005, S. 121–130

Stolz, Bernhard: Die Behandlung von Angeboten, die von den ausgeschriebenen Leistungspflichten abweichen, VergabeR 2008, S. 322-339

Stoye, Jörg: Die eVergabe- eine Beta-Version? NZBau 2016, S. 457–458

Stumpf, Christoph/Götz, Michael: Voraussetzungen und Rahmenbedingungen der Dringlichkeitsvergabe, VergabeR 2016, S. 561-567

Tausendpfund, Axel: Gestaltungs- und Konkretisierungsmöglichkeiten des Bieters im Vergaberecht. Eine systematische Darstellung für Bieter und

Auftraggeber. Univ., Diss.-Speyer, 2009, Nomos Verlag (Nomos Universitätschriften Recht, 635), 1. Aufl., Baden-Baden 2009

Telles, Pedro/Butler, Luke: Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU. In: Lichere, François/ Caranta, Roberto/ Treumer, Stephen: Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement, Djof Publishing, 2014. Online verfügbar unter: <https://ssrn.com/abstract=2443438> (z. a. am 21.03.2018)

Thym, Daniel: Europäisches Wehrverwaltungsrecht (§ 17). In: Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.): Verwaltungsrecht der Europäischen Union, Nomos Verlag, Baden Baden 2011, S. 633–670

Trybus, Martin: Der Einfluss der EU-Richtlinie zur Beschaffung im Verteidigungsbereich. In: Eßig, Michael/ Glas, Andreas (Hrsg.): Performance Based Logistics - Innovatives Beschaffungsmanagement für die Streitkräfte, Springer Verlag, Wiesbaden 2014, S. 217–242

Tugendreich, Bettina: Der Anwendungsbereich von Präqualifikationsverfahren im deutschen Vergaberecht, NZBau 2011, S. 467-471

Tugendreich, Bettina: Der Kunde ist König – Umfang des Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers, NZBau 2013, S. 90–92

Uechtritz Michael/Otting, Olaf: Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“? NVwZ 2005, S. 1105-1111

Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas: Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar in 2 Bänden. Systematische Aufarbeitung der Rechtsprechung des BVerfG, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2002

Voßkuhle, Andreas: Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, C.H. Beck Verlag, 2. Aufl., München 2012, § 1.

Walkiewicz, Dietrich: Dezentrale Beschaffung der Bundeswehr. Mit einem Grundriss über die zentrale Beschaffung, R. v. Decker's Verlag, 2. Aufl., Heidelberg 1987

Walus, Andreas: Europäischer Katastrophenschutz – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des Vertrags von Lissabon, EuR 2010, S. 564-572

Walus, Andreas: Katastrophenorganisationsrecht. Prinzipien der rechtlichen Organisation des Katastrophenschutzes. Bonn: Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (Wissenschaftsforum, 10), Bonn 2012

Weiss, Friedl: Internationales öffentliches Beschaffungswesen. In: Tietje, Christian et al. (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, de Gruyter Verlag, 2. Aufl., Berlin 2015, S. 269–295

Wenzel, Lutz: Integration von Rüstung und Nutzung: Notwendigkeit innovativer bwl-Konzepte. In: Eßig, Michael/ Glas/ Andreas (Hrsg.): Performance Based Logistics - Innovatives Beschaffungsmanagement für die Streitkräfte, Springer Verlag, Wiesbaden 2014, S. 41–57

Wenzel, Lutz: Das neue Ausrüstungs-, Beschaffungs- und Nutzungsmanagement der Bundeswehr. In: Kern, Eva-Maria/ Richter, Gregor (Hrsg.): Streitkräftemanagement. Neue Planungs- und Steuerungsinstrumente in der Bundeswehr, Springer Gabler Verlag, Wiesbaden 2014, S. 85-100

Westphalen, Graf von: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 40. EL Oktober 2017. Online verfügbar unter Beck online

Wieland, Karl-Heinz: Einheitliche Schnittstelle für die elektronische Vergabe, eGovernment Computing 2013, S. 9

Willenbruch, Klaus/Wieddekind, Kristina: Vergaberecht-Kompaktcommentar, Werner Verlag, 2. Aufl., Köln 2017

Wittmann, Ulrich: Zulässigkeit von Wahl- bzw. Alternativpositionen im Vergabeverfahren, AnwZert BauR (6) 2013, Anm. 2

Wittmann, Ulrich: Gebot produktneutraler Ausschreibung, AnwZert BauR (4) 2015, Anm. 2

Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi, Gutachten Nr. 2/07 v. 12.5.2007, Thema Öffentliches Beschaffungswesen. In: BMWi (Hrsg.), Gutachten vom Januar 2007 bis November 2011, Band 18, Lucius Verlag, Stuttgart 2013

Wollenschläger, Ferdinand: Europäisches Vergabeverwaltungsrecht (§ 19). In: Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.): Verwaltungsrecht der Europäischen Union, Nomos Verlag, Baden Baden 2011, S. 711-749

Zarandi, Mark: Europäische Inzellösungen als Fundament einer Stärkung der europäischen Verteidigungsfähigkeiten?, Konrad Adenauer Stiftung, Analysen und Argumente, Ausgabe 130, 2013, S. 1-8

Ziekow, Jan: Öffentliches Wirtschaftsrecht, C.H. Beck Verlag, 4. Aufl., München 2016

Ziekow, Jan: Neues zum Wesentlichkeitskriterium beim Inhouse-Geschäft?, NZBau 2017, S. 339-342

Materialien

Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK)/ Deutscher Städtetag (DTS) (Hrsg.): Drei Ebenen, ein Ziel: Bevölkerungsschutz– gemeinsame Aufgabe von Bund, Ländern und Kommunen, Bonn 2010. Online verfügbar unter: http://www.bbk.bund.de/SharedDocs/Downloads/BBK/DE/Publikationen/Broschueren_Flyer/DreiEbenen-einZiel.pdf?__blob=publicationFile (z. a. am 05.10.2017)

Bundesinnenministerium: Impulse für mehr Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen, Leitfaden, 2014. Online verfügbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/I/impulse-mehr-innovation.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (z. a. am 12.02.2018)

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.): Weißbuch 1994. Weißbuch zur Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und zur Lage und Zukunft der Bundeswehr, Berlin 1994

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.): Das Weißbuch 2006 zur Sicherheitspolitik Deutschlands und zur Zukunft der Bundeswehr, Berlin 2006

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.): Bericht des BMVg zu Rüstungsangelegenheiten, Teil 1, Oktober 2015. Online verfügbar unter: <https://www.bmvg.de/resource/blob/15374/76e8ee4f2b4be5d1a5b97b0f1eab74d0/b-07-01-02-download-2-ruestungsbericht-data.pdf> (z. a. am 20.03.2018)

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.): Bericht des BMVg zu Rüstungsangelegenheiten, April 2016. Online verfügbar unter: <https://www.bmvg.de/resource/blob/15376/49560a85503739b2507d11391144c3d7/b-07-01-02-download-3-ruestungsbericht-data.pdf> (z. a. am 20.03.2018)

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.): Bericht des BMVg zu Rüstungsangelegenheiten, September 2016. Online verfügbar unter: <https://www.bmvg.de/resource/blob/15378/fa614131fc4c41ea34509e756fa8d96c/b-07-01-02-download-4-ruestungsbericht-data.pdf> (z. a. am 24.10.2017)

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.): Das Weißbuch 2016 zur Sicherheitspolitik Deutschlands und zur Zukunft der Bundeswehr, Berlin 2016

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.): Bericht des BMVg zu Rüstungsangelegenheiten, Dezember 2017. Online verfügbar unter: <https://www.bmvg.de/resource/blob/20528/4633a9fb0c1e89c53e41f085034f012d/b-07-01-02-download-6-ruestungsbericht-data.pdf> (z. a. am 20.03.2018)

Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.): Bericht des BMVg zu Rüstungsangelegenheiten, Teil 1, März 2018. Online verfügbar unter: <https://www.bmvg.de/resource/blob/23010/7362820057116c6763aaec84147ce3ea/20180319-7--bericht-des-bmvg-zu-ruestungsangelegenheiten-data.pdf> (z. a. am 02.04.2018)

Bundesrechnungshof: Bemerkungen 2015 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes. Online verfügbar unter: <https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/bemerkungen-jahresberichte/jahresberichte/2015/inhalt/2015-bemerkungen-gesamtbericht-pdf> (20.03.2018)

Bundesrechnungshof: Bemerkungen 2017 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2017, unter: <https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/bemerkungen-jahresberichte/jahresberichte/2017/inhalt/2017-bemerkungen-gesamtbericht-pdf> (z. a. am 20.03.2018)

Bundesregierung: Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode (Berlin, 28.11./16.12.2013). Online verfügbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/20131217koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile (z. a. am 03.08.2016)

Bundesregierung: Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land (Berlin, 12.03.2018). Online verfügbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=943931ED16E54A9F06FCB1B67AE97B4F.s5t1?__blob=publicationFile&v=2 (z. a. am 02.04.2018)

Deutscher Bundestag: Unterrichtung durch den Wehrbeauftragten, Jahresbericht 2017 (59. Bericht), Drs. 19/700 v. 20.02.2018. Online verfügbar unter: <https://www.bundeswehr.de/resource/resource/R05HbUxLZCt4aHRPYZY1eFBDWHZWMIvYVG5lZzZVWTFWbFN2cFRITGdLbzB5U0ZSYn>

lBelFmbFBvTIZ6UkVPNDEzNi9Db0hhVU1zZlBsdXdhNSt6L3FGWV
dGMGFWNkJ4QXZWL0pWTkx5SWs9/Jahresbericht%20Wehrbeauftragter%202016.pdf (z. a. am 20.03.2018)

Europäische Kommission: Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge v. 27.01.2011, KOM (2011), 15. Online verfügbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:DE:PDF> (z. a. am 27.02.2018)

Strukturkommission der Bundeswehr: Bericht der Strukturkommission der Bundeswehr: Vom Einsatz her denken. Konzentration, Flexibilität, Effizienz, 2010. Online verfügbar unter: <http://www.roderich-kiesewetter.de/fileadmin/Service/Dokumente/20101026-weise-kommissionsbericht.pdf> (z. a. am 20.03.2018)

Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/ TU Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut f. Technologie und Management/ Orrick Hölters & Elsing: „Einkäufer Staat“ als Innovationstreiber, Entwicklungspotenziale und Handlungsnotwendigkeiten für eine innovativere Beschaffung im öffentlichen Auftragswesen Deutschlands, Forschungsbericht 2009, unter: https://www.vergabe24.de/fileadmin/dateien/Dokumente/Downloads/Studie_Staat_als_Innovationstreiber.pdf (z. a. am 17.09.2017)

Anhang

Praxisgespräch mit Herrn Gramlich vom Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw) am 28.10.2016 in Koblenz:

1. Allgemeines

Was ist Ihr Aufgabenbereich hier im BAAINBw?

Ich bin Referent in dem Grundsatzreferat für Vergaberecht. Hier werden unter anderem die Arbeitsweisungen zur Anwendung des Vergaberechts im BAAINBw verfasst, die 25 Mio. Euro-Großprojekte vergaberechtlich begleitet und die begleitende Vergaberechtskontrolle über die ÖPP-Gesellschaften der Bundeswehr ausgeübt. Im letztgenannten Bereich bin ich im Schwerpunkt tätig. Alle Abteilungen hier haben Vertragsreferate mit einem Juristen, alle Aufträge darunter führen die Referate jeweils selbstständig durch.

Was sind die Auswirkungen der Neuausrichtung von 2012 mit ihren neuen Strukturen auf die Beschaffung? Gibt es eine Verbesserung bzw. welche Änderungen sind auffällig?

Bislang sind mir keine konkreten Auswirkungen bekannt mit Ausnahme davon, dass die IT-Abteilung nun Teil des BAAINBw ist. Erkennbar sind momentan v. a. Zuständigkeitsprobleme; das Ganze ist noch im Prozess. Eine neue Kernkompetenz ist die Nutzung, dies hat aber keinen konkreten Einfluss auf die Beschaffung.

Thema Auslandseinsatz: Was sind die rechtlichen Grundlagen für eine Vergabe im Ausland?

Grundsätzlich liegt dies im Zuständigkeitsbereich BAIUDBw. Es handelt sich dabei um deutsche Haushaltsmittel, deshalb sind auch die deutschen Regelungen einschlägig. Vor Ort sind aber auch Ausnahmen, insbesondere wegen Dringlichkeit bzw. Krisenanforderungen, denkbar. Dies wird im Einzelfall dann wohl auch sehr pragmatisch gelöst werden.

Wie ist das Verhältnis zu anderen Beschaffungseinrichtungen wie internationalen Organisationen und Agenturen (OCCAR, NATO, EDA...)?

Hier gibt es kein spezielles Verhältnis. Wenn sie beauftragt werden kann, wird der Auftrag weitergegeben; die Fachtechnik ist entscheidend, es muss sich um eine Beschaffung mehrerer NATO-Staaten handeln. Ein Beispiel ist hier der Boxer.

Welchen Anteil hat die Beschaffung der Bundeswehr nach der VSVgV? Was sind typische Anwendungsfälle?

Die VSVgV gilt grundsätzlich für militärische Ausrüstung. Als Auslegungshilfe, was militärische Ausrüstung ist, wird eine Kriegswaffenliste von 1952 herangezogen. Darüber hinaus gilt die VSVgV für zivile Güter, die militärisch verändert beispielsweise Kleidung mit Magazintaschen etc. wurden und für Aufträge mit Verschlussachenbezug. Vor der Einführung der VSVgV wurde über eine Anwendung des Art. 346 AEUV häufig ein Ausstieg aus dem zivilen EU-Vergaberecht begründet. Dieser hat jedoch seit Einführung der VSVgV nur noch einen sehr schmalen Anwendungsbereich – hauptsächlich bei geheimen, nachrichtendienstlichen Tätigkeiten und oder kryptografischem Funk. Außerdem wäre in diesen Fällen weiterhin immer noch das Haushaltsrecht zu berücksichtigen.

Haben die neuen Richtlinien zu Verbesserungen in der Beschaffung des BAAINBw geführt? Wünschen Sie sich weitere (speziellere) Regelungen?

Bislang sind dadurch keine großen Veränderungen für das tägliche Geschäft sichtbar; vieles ist lediglich kodifizierte Rechtsprechung. Durch die zunehmende Verrechtlichung wird der Beschaffungsvorgang jedoch zunehmend für Laien unverständlicher. Den Großteil der Beschaffungen führen Nichtjuristen durch (von den 5000 Mitarbeitern im Haus sind 150 Juristen). Für sie wird es immer schwieriger; weil Vieles individuell begründet werden muss. Insgesamt wird es also doch eher komplizierter. Der Reform wird nun hinterher gearbeitet, da es für das BAAINBw keine Vorlaufzeiten gab, sondern lediglich der Entwurf einsehbar war. Zu dem Kabinettsentwurf wurde zudem um eine Stellungnahme gebeten, diese erfolgte sehr ausführlich. Letztlich hat sich das BMVg dabei aber nicht gegen das BMWi durchgesetzt.

Inwieweit sind Sie mit der Ausschreibung der fünf neuen geplanten Korvetten befasst?

Dafür ist die Fachabteilung See zuständig, aufgrund der Kontrollfunktion ist das Grundsatzreferat aber mit eingebunden. Wenn es in dieser Periode nach Plan entsprechend durchgeführt werden soll, dann muss es ohne Wettbewerber durchgeführt werden und im Juni in den Haushaltsausschuss.

2. Die ÖPP-Projekte der Bundeswehr

Welche ÖPP-Projekte gibt es momentan noch? Sind sie zufrieden mit den ÖPP-Projekten? Warum wurden die Projekte als ÖPP organisiert und warum erfolgt jetzt die Umstellung vieler Projekte?

HERKULES als Projekt ist in der Sache erfolgreich gelaufen. Mitsächlich war hierfür jedoch auch, dass in den ersten Jahren das Vergaberecht rechtswidrig ignoriert wurde.

Auch die BWI existiert als ÖPP-Projekt nur noch bis zum 28.12., dann wird sie ebenfalls in eine Inhouse-Gesellschaft umgewandelt. Das Scheitern der ÖPP-Projekte auf wirtschaftlicher Ebene wirkt sich eher in anderen Bereichen aus, hier waren die Konzepte nicht stimmig. Letztlich wirtschaftet ein Privater immer für sich, nicht für die Bundeswehr!

Wie hat sich die Funktion der g.e.b.b. geändert? Ist sie nur noch beratend tätig und befasst sich nicht mehr direkt mit ÖPP-Projekten?

Ja, sie wird nur noch beratend tätig. Im Rechnungshofbericht schneidet sie sehr schlecht ab. Sie ist mittlerweile nur noch die Inhouse-Beratungsgesellschaft des Ministeriums. Als Inhouse-Gesellschaft hat sie Vergabestellen, über die das BAaINBw die Vergaberechtskontrolle ausübt. Darüber hinaus besteht die Kontrolle des Ministeriums.

Hinsichtlich einer Einschätzung des Erfolgs der Projekte sind die HIL und HERKULES als am erfolgreichsten zu bezeichnen. Wenn sie nicht als Inhouse-Gesellschaft organisiert werden, führt das Bundesamt diese Aufgaben wieder selbst durch. Es ist gut, stets zu prüfen ob Private Aufgaben nicht besser übernehmen können. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Bundeswehr anderen Anforderungen (bspw. Erbringung der Leistungen in Krisen- und Kriegsgebieten unter

Gefährdung von Leib und Leben des Personals) unterliegt. Daher ist es wichtig, dass ein Stück des Know-how immer bei ihr bleibt. Eine Inhouse-Gesellschaft hat normale Arbeitnehmer, sie kann daher grundsätzlich im Rahmen von Strukturierungsmaßnahme und Personalgewinnung effizienter und flexibler arbeiten. Durch die Installation einer ÖPP-Gesellschaft in den Beschaffungsprozess und die damit verbundene Aufteilung von den für den Prozess verantwortlichen Mitarbeitern in unterschiedliche Organisationen ist die Zusammenarbeit dagegen erschwert.

Geht der Trend weg von ÖPP? Worin sehen Sie die Vorteile von Inhouse-Gesellschaften? Gibt es andere/ bessere Lösungen?

Die ÖPP-Projekte wurden hauptsächlich auf Betreiben externer Berater in Gang gesetzt, die einen nicht allzu tiefen Einblick in die behördeninternen Abläufe hatten. Zudem war bei Gründung der ersten ÖPP-Projekte wahrscheinlich auch der Versuch ein Motiv, einen Weg zu finden das Vergaberecht zu umgehen. Insgesamt waren die ÖPP ein Reinfluss, da die versuchten Vergaberechtsumgehungen nicht funktioniert haben und sich die beteiligten Privatunternehmen teilweise die Aufträge selbst zugeschustert haben.

Die Einrichtung von Inhouse-Gesellschaften hat aus haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten keine positiven Auswirkungen. Der einzige Vorteil ist, dass Inhouse-Gesellschaften schneller zu reformieren sind als eine Behörde selbst.

Was hat es mit der „Strategie Komplexe Dienstleistungen“ auf sich? Welche Auswirkungen hatte diese und konnte sie zu Verbesserungen im Bereich ÖPP beitragen?

Die ÖPP sind aus diesem Konzept gewachsen. Die Gesellschaften bilden dabei die Dienstleistungen ab, die man versucht zu bündeln. Mit der neuen Inhouse-Struktur wurde das grundsätzliche Misstrauen gegenüber den Unternehmen besänftigt, da hier nicht wie in einem Unternehmen wirtschaftliche Interessen die vordergründigen Interessen sind. Man weiß, der Bund zahlt sowieso. Ziel ist es, das Beste für die Truppe zu bekommen. Durch die Inhouse-Gesellschaften ist dies nun ein einheitliches Ziel, da diese nicht wie die Unternehmen, auf Gewinn ausgerichtet sind.

Bei LHBw beispielsweise wurde die Qualitätssicherung durch die Unternehmen durchgeführt. Jetzt bestehen ein größerer Zugriff und eine größere Einflussnahme, da die Überprüfung selbst und in Hinblick auf diese Zielsetzung vorgenommen wird

Die Fachabteilung E ist zudem an dem Ansatz dran, Optimierungsmöglichkeiten im Bereich der komplexen Dienstleistungen durchzuführen.

Ist in den neu abgeschlossenen Verträgen bei der BWI IT und der LHBw eine Überprüfungsmöglichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung durch den BRH vorgesehen, wie dieser verlangt hat?

Hier existiert seit Juli ein Zwischenlösungsvertrag. Mit der LHBw wurde dabei nach § 53 Abs. 5 ein explizites Recht diesbezüglich vereinbart. Bei der BWI ist es noch nicht sicher.

3. Das Vergabeverfahren

Welche Rolle spielen Konzessionen im Bereich Verteidigung und Sicherheit? Besteht hier ein Anwendungsbereich? Wo ist ein solcher evtl. denkbar?

Konzessionen spielen keine Rolle, weder im BAAINBw noch im BAIUDBw. Es wurde ein Modell angedacht bei LHD Shops für Sportartikelhersteller, aber dabei handelt es sich mit lediglich 1, 2 Mio. pro Jahr um keine Umsätze, die für die Sportartikelhersteller marktrelevant wären.

Wie wird die Eignung im Einsatzfall gewährleistet? Gibt es besondere Überprüfungsmechanismen?

Es gibt im Verteidigungsbereich keine Besonderheiten, die weiterhin zu beachten sind; relevant sind eher die allgemeinen zivilen Eignungskriterien.

Thema Elektronische Beschaffung: Wird diese bereits verwendet und bietet sie sich für den Einsatzfall überhaupt an? Wie schätzen Sie die Vor- und Nachteile ein?

Die Unterlagen werden bereits elektronisch bereitgestellt. Da dies verpflichtend ist, ist in Arbeit den kompletten Prozess auf diese Weise umzusetzen. Für das BAAINBw bedeutet die Umstellung einen großen Aufwand. Geheimhaltungsinteressen werden dabei durch Teilnahmewettbewerbe gewährleistet. In zivilen Verfahren nach VgV sind

gemäß § 41 I VgV alle Unterlagen mit Bekanntmachung zu veröffentlichen. Soweit § 41 III VgV einschlägig ist, sind dagegen sämtliche Unterlagen erst mit Angebotsaufforderung zu veröffentlichen. Das Problem liegt eher auf der anderen Seite: Neueinsteiger und auch erfahrenere KMU sind vielfach mit den Anforderungen an die e-Vergabe überfordert, schwieriger wird es daher denke ich vor allem für die Auftragnehmer. Grundsätzlich werden Ausschreibungen veröffentlicht auf TED (wenn europaweit) oder bund.de; die ÖPP und Inhouse-Gesellschaften zusätzlich auf einer eigenen Seite.

Sind die Lebenszykluskosten ein verwendetes Zuschlagskriterium?

Dies werden bereits gelegentlich in die Betrachtung mit einbezogen, hier sind wir aber noch in den Anfängen.

Thema Standardisierung der Leistungsbeschreibung: Gibt es hier Projekte oder sind welche geplant?

Es wurde erst etwas verspätet erkannt, dass dies eine großartige Sache ist. Seit einem Jahr ist dies im Rahmen des Projektmanagements ziemlich in den Fokus gerückt! Es existiert noch keine standardisierte Leistungsbeschreibung, dies ist aber definitiv das erklärte Ziel. Hierfür werden spezielle Dienstposten eingerichtet, die sich diesem Ziel widmen sollen. Momentan kann die Technik noch nicht so korrekt formulieren, wie es rechtlich nötig wäre, hier ist das Zusammenspiel noch ausbaufähig. Die Leistungsbeschreibung muss so formuliert sein, dass der Bieter genau weiß, was er leisten muss und erfordert daher sehr genaue Vorgaben. Die entwickelten Lösungskonzepte können vergaberechtlich momentan noch nicht abgebildet werden. Dies zwingt zu Verzahnung und einheitlicher Standards. Es gibt ein Konzept, dies ist aber noch nicht spruchreif.

Es existiert ein vereinfachtes Verfahren bei der Realisierung von Bedarfen bis zu 500.000 Euro, in dem auf einzelne Schritte im Beschaffungsverfahren verzichtet wird. Wird dieses bereits in Referenzprodukten verwendet?

Dieses vereinfachte Verfahren betrifft lediglich das Bedarfsermittlungsverfahren nach CPM (nov.) und soll dieses verkürzen, was insbesondere die internen Abstimmungsverfahren betrifft. Dies hat mit dem darauffolgenden Beschaffungsverfahren selbst nichts zu tun. Das Verfahren ist ein Jahr alt, erste Pilotprojekte, etwa im Rahmen des

Kommandos Spezialkräfte, laufen bereits. Im CPM geht es v. a. darum, wie Fähigkeitslücken geschlossen werden können. Die drei Optionen sind dabei mit in der Bundeswehr bereits eingeführte technische Lösungen weiterzuentwickeln, marktverfügbare, aber noch nicht eingeführte Lösungen, neu zu beschaffen, oder komplett neue technische Lösungen zu entwickeln. Am Ende des CPM-Prozesses steht das haushaltsbegründende Dokument, die Auswahlentscheidung des Inspektors. Mit diesem Dokument ist die Vergabereife hergestellt und das BAAINBw kann das Beschaffungsverfahren einleiten.

4. Vertragsgestaltung

Wo gibt es konkrete Beispiele für Rahmenverträge? Für welche Bereiche stellen diese eine sinnvolle Vertragsgestaltungsmaßnahme dar?

Sie werden immer mehr genutzt in allen Bereichen, in denen der Umfang des benötigten Bedarfs unsicher ist, also etwa Bekleidung, IT, Gewehren, Munition. Der Einsatzbereich ist daher sehr hoch!

Aufgrund der Haushaltsvorgaben hat man für Standardvergaben zehn Monate Zeit. Wegen dieser zeitlichen Beschränkung gab es oftmals Probleme, die Haushaltsmittel rechtzeitig auszugeben. Dieses Problem kann man durch den Abschluss eines mehrjährigen Rahmenvertrages umgehen, da der Einzelabruf einer Leistung aus dem Rahmenvertrag keine erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens erfordert. Dadurch wurden sie daher zuletzt etwas überbewertet.

Wie weit ist es mit dem Rahmenvertrag über die „Unterstützungsdienstleistungen für das Projektmanagement im BAAINBw“?

Es geht dabei um die Gestaltung und Durchführungsunterstützung bei Projekten, d. h. der Einstellung zusätzlichen Personals bei Personalengpässen. Dies kommt aus der Agenda Rüstung, einem Punkt des KPMG Gutachten: es soll kürzere Zyklen geben, um schneller und effektiver zu arbeiten. Die Rahmenvereinbarung soll dadurch nicht nur Spitzen kurzfristig bedienen, sondern in geringer Weise auch beratende Effekte haben. Das Projektmanagement soll effektiv gestaltet werden, Erfahrungen sollen genutzt und implementiert werden, sogenannte „lessons learned“. Es soll langfristige Konzepte geben, Workshops mit Mitarbeitern, Schulungen und neue Methoden entwickelt werden, die übergreifend eingesetzt werden können.

Welche Bereiche eignen sich für die multinationale Beschaffung? In welchem aktuellen Projekt wird diese bspw. verwendet?

Sie eignet sich für viele Bereiche, aber man muss zunächst stets den multinationalen Bedarf generieren. Dies erfordert eine Beteiligung der Politik. Soweit man diesen hat, ist eine Beschaffung nicht mehr schwer. Diese erfolgt dann über die internationalen Beschaffungsagenturen, wie bspw. die OCCAR oder die NSPA.

Die EDA hat nicht viel zu tun, da es an einer einheitlichen Formulierung des Bedarfs fehlt. Man könnte sie öfter nutzen, wenn man sich einig wäre.

Performance Based Logistics in der Verteidigungsbeschaffung: Inwieweit stößt dieser Ansatz auf Interesse und findet vielleicht sogar Anwendung?

Bei Neuentwicklungen neuer am Markt verfügbarer Produkte ist dieser Ansatz schwierig. Die Industrie kann auch nicht immer konkret abschätzen, wie hoch die Kosten sein werden. Das Problem ist daher die praktische Umsetzung. Denkbar ist diese Möglichkeit eher bei Instandhaltungsmaßnahmen, bei Hubschraubern wurde es bereits angedacht. Allerdings bindet es die Haushaltsmittel für lange Zeit, ein Nutzen ist auf der anderen Seite nicht garantiert. Der Anwendung stehe ich daher eher kritisch gegenüber.

Stellen Just-in-time-Verträge eine Option für die Beschaffung dar?

Bei harten Rüstungen passen sie nicht, da sie zu speziell sind. Es gibt immer weniger Wettbewerb, immer weniger Firmen. Sie stellen daher vor allem mehr Risiko und höhere Kosten für das BAaINBw dar.

Ist die Innovationspartnerschaft sinnvoll, bspw. im Bereich technischer Neuheiten? Nach Bericht des BRH sind Forschung und Entwicklung eher zweitrangig bzw. soll hinter anderen Beschaffungsvorhaben zurückstehen, können Sie dies bestätigen?

Sie kommt nicht in Betracht, da sie in der VSVgV nicht vorgesehen ist. Sie ist aber theoretisch abbildbar im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, wenn sie unbedingt eingesetzt werden soll.

Wegen der Dringlichkeit spielt die Marktverfügbarkeit von Leistungen eher eine Rolle. Die Tendenz geht eher in Richtung funktionale Leistungsbeschreibung, aber auch hier ist keine richtige Entwicklung

denkbar. Dies bedeutet nur Kosten für das Unternehmen, für die es keine äquivalente Vergütung erhält. Forschung und Entwicklung kann grundsätzlich nicht nach dem Preis bewertet werden, hier spielen andere Kriterien eine Rolle.

Seit 2014 gibt es ein standardisiertes Risikomanagement. Wie ist dieses organisiert; würden Sie sagen, dass dies schon zu Verbesserungen geführt hat?

Es ist mir nicht bekannt, dass seit 2014 bereits etwas Standardisiertes besteht. Erst mit dem Vertragsmanagementhandbuch ist diese Entwicklung zu beobachten. Entscheidend ist eine ganzheitliche Betrachtung: nicht nur technische, sondern auch rechtliche Risiken sind zu berücksichtigen. Verzögerungen ergeben sich v. a. aus haushaltsrechtlichen Problemen.

Welche Bedeutung hat das Vertragsmanagementhandbuch?

Es ist bindend für alle Verträge ab 25 Mio. Es ist sehr neu und daher schwierig es jetzt schon einzuschätzen. In der Übergangsphase gestaltet sich die Handhabung aufgrund des Umfangs noch schwierig, dies kann sich aber noch mit längerer Anwendungsdauer verbessern.

5. Abschluss

Wo sehen Sie noch Verbesserungsbedarf oder Entwicklungspotentiale? Welche Maßnahmen werden für eine Verbesserung in dieser Hinsicht vorgenommen?

Wichtig ist die Entwicklung standardisierter Leistungsbeschreibungen. Das Vergaberecht muss zudem flächendeckend angewendet werden. Aus haushaltsrechtlicher Perspektive sind zudem die Einführung eines Doppelhaushalts oder die Übernahmemöglichkeiten von Mitteln ins nächste Haushaltjahr erforderlich, um die Ressourcen umfassend zu nutzen! Technisch komplizierte Beschaffungen sind durch die haushaltsrechtlichen Einschränkungen sonst oftmals nicht mehr abbildbar.

Welcher Ansatz hat die größte Bedeutung für die effektive Beschaffung bei der Bundeswehr?

Die Rahmenverträge sind eine gute Option. Die Interimsvergabe ist ebenfalls eine wichtige Beschaffungsmöglichkeit i. V. m. Auslandseinsätzen. Dabei handelt es sich aber nicht um einen perspektivischen Ansatz den man als Beschaffungsoption bezeichnen könnte, da sie einen strengen Begründungsaufwand erfordert

Erklärung gem. § 7 Abs. 4 und Abs. 7 Promotionsordnung

Hiermit erkläre ich an Eides statt, dass ich die Dissertation selbstständig verfasst habe und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe.

Ich versichere, dass der Text auf dem Datenträger mit dem der maschinenschriftlichen Fassung identisch ist. Mit einer elektronischen Plagiatsprüfung meiner Arbeit erkläre ich mich einverstanden.

Ort:

Datum:

Greta Böckmann