



FINANZ

PROKURATUR

„Compliance – Saubere Beschaffungen“

Bericht an den Herrn Bundesminister für Landesverteidigung und Sport

Empfehlungen zur nachhaltigen
Verhinderung von unzulässigen
Beeinflussungen bei Beschaffungen

26.05.2017

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Vorbemerkung | 2 |
| 1 Einleitung | 3 |
| 2 Auftrag | 6 |
| 3 Gegenstand | 6 |
| 4 Vorgehensweise | 7 |
| 5 Überlegungen und Empfehlungen | 8 |
| 5.1 Änderung der Ablauforganisation im Beschaffungsprozess | 9 |
| 5.2 Vertragliche Grundlagen | 12 |
| 5.3 Transparenz der Anbieter und der Kontakte zum BMLVS | 13 |
| 5.3.1 Informationen über Anbieter | 14 |
| 5.3.2 Kontakte zwischen Anbietern und Mitarbeitern des BMLVS | 14 |
| 5.4 Gegengeschäfte | 15 |
| 5.4.1 Gegengeschäfte im internationalen Vergleich | 16 |
| 5.4.2 Offset-Geschäfte | 16 |
| 5.4.3 Unionsrechtliche Grundlagen | 17 |
| 5.4.4 Schlussfolgerungen | 22 |
| 5.4.5 Industrielle Kooperation im Interesse der Sicherheit und Verteidigung | 23 |
| 6 Umsetzung der Empfehlungen | 26 |
| 7 Zusammenfassung der Empfehlungen | 28 |

Vorbemerkung

- 1 Der Staat hat sich zur Besorgung der ihm von Gesetzes wegen obliegenden Aufgaben in vielen Bereichen der gleichen Mitteln wie ein Privater zu bedienen. Die Beschaffung von Wirtschaftsgütern, die der Staat zur Aufgabenbesorgung benötigt, erfolgt durch deren Ankauf am freien Markt.
- 2 Die Nachfrage des Staates nach solchen Wirtschaftsgütern sollte vom Interesse bestimmt werden, das bestgeeignete Produkt zum bestmöglichen Preis zu beschaffen. Dieses Interesse der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler erfordert, dass die Beschaffungsentscheidung unbeeinflusst von den Interessen der Anbieter und transparent erfolgt.
- 3 Selbst staatliche Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen, die unbestritten besondere Vertraulichkeit erfordern, können eine intransparente Beschaffungsentscheidung nicht rechtfertigen.
- 4 Um auf staatliche Beschaffungsentscheidungen Einfluss nehmen zu können, suchen die Anbieter seit Jahrhunderten die Nähe von staatlichen Entscheidungsträgern. Die Beziehung zwischen Joseph Gottfried Pargfrieder und Feldmarschall Radetzky illustriert diese Nähe eindrucksvoll.¹

¹ Joseph Gottfried Pargfrieder kam im 19. Jahrhundert durch Lieferung von Lebensmitteln, Schuhen und Stoffen an die österreichische Armee zu einem bedeutenden Vermögen. Nach dem Sieg Feldmarschall Radetzkys bei Custoza und der Niederschlagung der Aufstände in Ungarn ließ Pargfrieder nach dem Vorbild der Walhalla im Park seines Schlosses Wetzdorf insgesamt 169 Standbilder und Zinkbüsten von Generälen, Heerführern, Soldaten und österreichischen Herrschern von Rudolf I. bis Kaiser Franz Joseph aufstellen.

Im Gegenzug dafür, dass Pargfrieder die Schulden von Feldmarschall Maximilian Freiherr von Wimpffen († 1854) und Feldmarschall Radetzky († 1858) bezahlte, ließen sich diese in der Gruft am Heldenberg bestatten. Auch Pargfrieder hat dort (sitzend) seine letzte Ruhestätte gefunden (*Hubert M. Mader, Susanne Mader: Die Helden vom Heldenberg. Pargfrieder und sein „Walhalla“ der k.k. Armee, Verlag Vehling, Graz 2008, ISBN 978-3-85333-154-5*).

- 5 In der modernen arbeitsteiligen und globalisierten Wirtschaftswelt versuchen diese Nähe verschiedene Berater- und Interessensnetzwerke herzustellen, die jeweils durch das gemeinsame Interesse bestimmt werden, den eigenen Vorteil, nötigenfalls auch zu Lasten der staatlichen Interessen, zu steigern.
- 6 Um die Interessen der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler in dieser Auseinandersetzung wirksam zu vertreten, bedarf es nicht nur gesetzlicher Regelungen und Transparenz, sondern gerade auch staatlicher Institutionen, die gegen die Einflussnahme durch Berater- und Interessensnetzwerke immunisiert sind. Dazu wird es allerdings auch erforderlich sein, die für den Staat handelnden Personen vor den Repressionen der Berater- und Interessensnetzwerke, die auch auf politische Entscheidungsträger einwirken, wirksam zu schützen.

1 Einleitung

- 7 Die Republik Österreich hat mit Kaufvertrag vom Juli 2003 von der Eurofighter Jagdflugzeug GmbH („EF“) 18 Stück Kampfflugzeuge „Eurofighter Typhoon“ („**Eurofighter**“) beschafft.
- 8 Diese Beschaffung ist seit der Beschlussfassung im Ministerrat im Jahr 2001 über die Einleitung der Beschaffung und die Interessentensuche Gegenstand von (politischen) Auseinandersetzungen gewesen. Mit dem Parlamentarischen Untersuchungsausschuss hinsichtlich der Beschaffung von Kampfflugzeugen („**Eurofighter-Untersuchungsausschuss**“) wurde im Jahr 2006 die Absicht verfolgt, die Vorgänge rund um die Beschaffung und die Ankaufsentscheidung zu hinterfragen.
- 9 Auch nach Abschluss einer Vereinbarung zwischen der Republik Österreich und EF („**Vergleich 2007**“), durch die unter anderem die auf Grund des Kaufvertrages vom Juli 2003 von EF geschuldete Stückzahl

einvernehmlich von 18 auf 15 Eurofighter reduziert wurde, verstummen die öffentlichen Verdächtigungen nicht, wonach die seinerzeitige Beschaffungs- und Ankaufsentscheidung in den Jahren 2002 und 2003 durch Proponenten eines Berater- und Interessensnetzwerks maßgeblich bestimmt worden war, um sich oder anderen Personen direkt oder indirekt Vermögensvorteile zu Lasten der Republik Österreich zuzuwenden. Diese öffentlichen Verdächtigungen und die 2012 bekannt gewordenen Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft Rom veranlassten den damaligen Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Mag. Norbert Darabos, eine (interne) Untersuchungskommission einzusetzen, um im Wirkungsbereich seines Ressorts den neu hervorgekommenen Verdachtsmomenten nachzugehen und daraus auch allenfalls resultierende zivil- oder strafrechtliche Ansprüche geltend zu machen („**Task Force Eurofighter**“).

- 10 Die auf Grund der Weisung des Herrn Bundesministers für Landesverteidigung und Sport, Mag. Hans Peter Doskozil, im Jahr 2016 entscheidend intensivierten Untersuchungen der Task Force Eurofighter haben Beweise dafür hervorgebracht, dass die Republik Österreich sowohl bei der Ankaufsentscheidung und beim Abschluss des Kaufvertrages im Jahr 2003 als auch beim Abschluss des Vergleiches 2007 getäuscht und am Vermögen geschädigt wurde.
- 11 Auf Grundlage des Berichts der Task Force Eurofighter vom 12.2.2017 wurde vom Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport („**BMLVS**“) Strafanzeige gegen die Airbus Defence and Space GmbH („**Airbus**“) und gegen EF erstattet. Die Staatsanwaltschaft Wien hat zu 617 St 1/17z unter anderem gegen Airbus und EF ein Ermittlungsverfahren eröffnet.
- 12 In Punkt 5.3 ihres Berichtes vom 12.2.2017 empfahl die Task Force Eurofighter dem Herrn Bundesminister für Landesverteidigung und Sport

zur Bekämpfung von Korruption und zur weiteren Verbesserung der Compliance

„in einem ersten Schritt die Vereinbarung von so genannten Gegengeschäften bei der Beschaffung von Rüstungsgütern kritisch zu hinterfragen, um die missbräuchliche Verwendung von Steuergeld zu verhindern. [...]

Um mittelfristig die Möglichkeit einer missbräuchlichen Verwendung von Steuergeld weitergehend zu verhindern, wird empfohlen, die Compliance-Vorschriften des BMLVS auf Grundlage der Untersuchungsergebnisse und Erfahrungen der Task Force Eurofighter einer nochmaligen kritischen Überprüfung und Anpassung zu unterziehen.

Untersucht werden sollte zudem, ob und gegebenenfalls durch welche weiteren organisatorischen und strukturellen Maßnahmen Entscheidungen zur Vergabe und zum Ankauf von Rüstungsmaterial transparenter gestaltet und der Einflussnahme durch Proponenten eines Berater- und Interessensnetzwerkes entzogen werden kann.

Wie im Rahmen der Untersuchungsergebnisse dargelegt, wäre es zudem geboten, ressortübergreifende einheitliche Standards bei der Vertragsanbahnung und dem Vertragsabschluss sowie der Informationserteilung zwischen den Ressorts festzulegen, um unredliches Verhalten zum Nachteil der Republik Österreich nachhaltig zu verhindern.

Die Task Force Eurofighter empfahl abschließend,

die Überprüfung und die Vorschläge für eine Anpassung der Compliance-Vorschriften im BMLVS durch ein Team aus bundesinternen und externen renommierten Experten vornehmen bzw. erstatten zu lassen, wobei sicherzustellen wäre, dass eine Umsetzung bis spätestens 31.12.2017 erfolgt.“

- 13 Der Bericht der Task Force Eurofighter hat wohl dazu beigetragen, dass in der Öffentlichkeit über die Beschaffung von Rüstungsgütern bzw. Ausrüstungsgegenständen für das Österreichische Bundesheer („ÖBH“) und über die dieser zu Grunde liegenden Vergabeentscheidungen mit besonderem Blick auf die Verhinderung von unzulässigen Beeinflussungen und von Korruption wieder verstärkt diskutiert wird.

2 Auftrag

- 14 Gleichwohl im Wirkungsbereich des BMLVS in den letzten Jahren fortlaufend Maßnahmen gesetzt wurden, um durch neue Vorschriften bei der Vergabe von Leistungen eine missbräuchliche Verwendung von Steuergeldern zu verhindern, haben die Ergebnisse der Untersuchungen der Task Force Eurofighter den Herrn Bundesminister Mag. Hans Peter Doskozil veranlasst, die Finanzprokurator zu ersuchen, **Empfehlungen für eine nachhaltige Verbesserung der Beschaffung im Wirkungsbereich des BMLVS zu erarbeiten.**
- 15 Dazu wurde die **Finanzprokurator beauftragt**, bis spätestens 31.5.2017 konkrete Empfehlungen für Maßnahmen zur nachhaltigen Verhinderung von unzulässigen Beeinflussungen bei Beschaffungen von Rüstungsgütern bzw. Ausrüstungsgegenständen für das ÖBH zu erarbeiten.
- 16 Bei der Formulierung der Empfehlungen sollte darauf geachtet werden, dass die empfohlenen Maßnahmen **bis spätestens 31.12.2017 umgesetzt** werden können.
- 17 Die empfohlenen Maßnahmen sollen zudem geeignet sein, in einem weiteren Schritt auch auf nicht-militärische Beschaffungen umgesetzt zu werden.

3 Gegenstand

- 18 Gegenstand des Auftrags an die Finanzprokurator ist somit die **Formulierung von Empfehlungen** zur nachhaltigen Verhinderung von Verhaltensweisen, durch die die Auftraggeberin Republik Österreich bei der Beschaffung von Rüstungsgütern bzw. Ausrüstungsgegenständen für das ÖBH insbesondere wirtschaftlich geschädigt werden kann („**Empfehlungen**“).

- 19 Die Untersuchungen und die Empfehlungen beziehen sich auf Beschaffungen, die von § 1 des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012), BGBl. I Nr. 10/2012, erfasst sind.² Die Empfehlungen haben sich in einem ersten Schritt somit auf die **Beschaffungen** so genannter klassischer **Rüstungsgüter** zu beziehen. Dafür ist es ohne Belang, ob diese in einem Verfahren nach den Bestimmungen des BVergGVS 2012 oder unter Berufung auf einen dort genannten Ausnahmetatbestand ohne ein solches Verfahren beschafft werden (können).

4 Vorgehensweise

- 20 Zur Umsetzung des Auftrags wurden **in einem ersten Schritt** insbesondere
- (i) die derzeitige Ablauforganisation im Bereich des BMLVS bei der Beschaffung von Rüstungsgütern bzw. Ausrüstungsgegenständen für das ÖBH,
 - (ii) die dabei zu beachtenden (internen) Vorschriften und
 - (iii) die Grundzüge der (inhaltlichen) Vertragsgestaltung evaluiert.

² Nach § 1 Z 1 BVergGVS 2012 sind die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber, deren Leistungsgegenstand

- a) die Lieferung von Militärausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile und/oder Bausätze,
 - b) die Lieferung von sensibler Ausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile und/oder Bausätze,
 - c) Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der in den lit. a und b genannten Ausrüstung in allen Phasen ihres Lebenszyklus, oder
 - d) Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder sensible Bauleistungen und sensible Dienstleistungen,
- umfasst, von diesem Gesetz geregelt.

- 21 In die Evaluierung war auch die Gruppe Interne Revision, die Direktion für Rüstung und Beschaffung sowie die Kaufmännische Abteilung des BMLVS eingebunden.
- 22 In die Umsetzung der Empfehlungen werden auch die weiteren betroffenen Organisationseinheiten einzubinden sein, was bis dato im Hinblick auf den Auftrag und die zeitlichen Rahmenbedingungen weder zweckmäßig noch geboten war.
- 23 Die derzeit im Wirkungsbereich des BMLVS bestehende Ablauforganisation bei der Beschaffung von Rüstungsgütern bzw. Ausrüstungsgegenständen für das ÖBH, die bei der Vergabe zu beachtenden (internen) Vorschriften und die Grundzüge der (inhaltlichen) Vertragsgestaltung wurden anschließend insbesondere unter den Gesichtspunkten der Verantwortungszuweisung, der Effizienz, der Nachhaltigkeit und der rechtlichen Rahmenbedingungen einer kritischen Analyse unterzogen.
- 24 Die mit diesem Bericht ausgesprochenen Empfehlungen beruhen auf einer nachfolgenden Würdigung dieser Analyse, die in die abschließenden Überlegungen zur Struktur und zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für alternative Beschaffungsvorgänge eingeflossen ist.

5 Überlegungen und Empfehlungen

- 25 Bei der Erarbeitung der Empfehlungen wurden die **Ergebnisse des Berichts der Task Force Eurofighter vom 12. Februar 2017** und die Ausschussfeststellungen des Eurofighter-Untersuchungsausschusses vom 3.7.2007³ berücksichtigt.

³ Ausschussbericht, 192 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXIII. GP, Seite 36 = https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/I/I_00192/fname_082346.pdf.

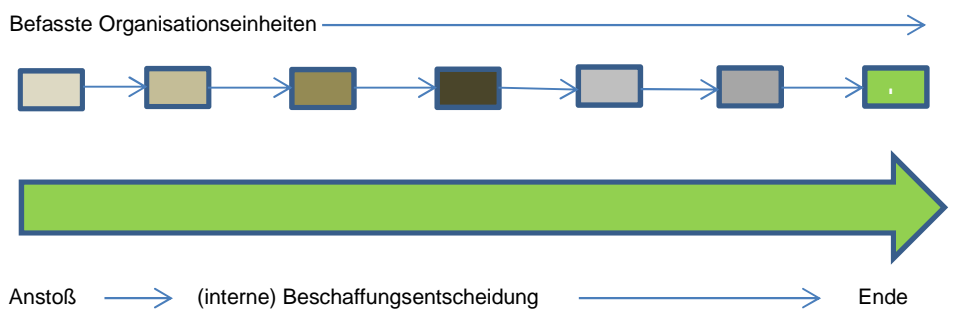
- 26 Die Empfehlungen sollen einen konsequenten und **folgerichtigen Schritt** sowohl zur Verhinderung von **unzulässigen Beeinflussungen** bei der **Vergabeentscheidung und der Beschaffung** von Rüstungsgütern bzw. Ausrüstungsgegenständen des ÖBH als auch zur **Gewährleistung von Transparenz** bilden.
- 27 Bei der Formulierung der Empfehlungen war allerdings gleichfalls dafür Sorge zu tragen, dass mit deren **Umsetzung** für die Republik Österreich **kein bedeutsamer Nachteil am relevanten Markt** verbunden sein soll. Durch die Umsetzung der Empfehlungen sollte es daher für die Republik Österreich zu **keiner Beschränkung** beim **Zugang zum relevanten Markt** der Rüstungsgüter bzw. der Ausrüstungsgegenstände für das ÖBH kommen, um nicht zu Lasten der Republik Österreich in den **(Bieter-) Wettbewerb** einzugreifen.

5.1 Änderung der Ablauforganisation im Beschaffungsprozess

- 28 Der Beschaffungsprozess teilt sich in einen BMLVS-internen Vorgang der **Beschaffungsentscheidung**, in welchem der Gegenstand der Beschaffung und deren Rahmenbedingungen festgelegt werden („**Beschaffungsentscheidung**“), und dem anschließenden Vergabeverfahren.
- 29 Der BMLVS-interne Vorgang der Beschaffungsentscheidung endet mit der **Bekanntmachung der Ausschreibung**. Diese Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe leitet das (öffentliche) **Vergabeverfahren** ein, welches durch die **Zuschlagserteilung** (oder den Widerruf des Verfahrens) abgeschlossen wird („**Vergabeentscheidung**“).
- 30 Die Beschaffungsentscheidung wird derzeit in einem **stark untergliederten und linear organisierten Prozess** von der Sektion II/Militärstrategie angestoßen. In diesen Prozess wird die **Fachabteilung** erst im **fortgeschrittenen Prozesstadium** der Erstellung des Pflichtenheftes

eingebunden. Dem **Nutzer** wird nicht zu Beginn des Prozesses, sondern im Rahmen der Beschreibung der Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand Gehör eingeräumt.

31 Dieser Prozess stellt sich vereinfacht graphisch wie folgt dar:

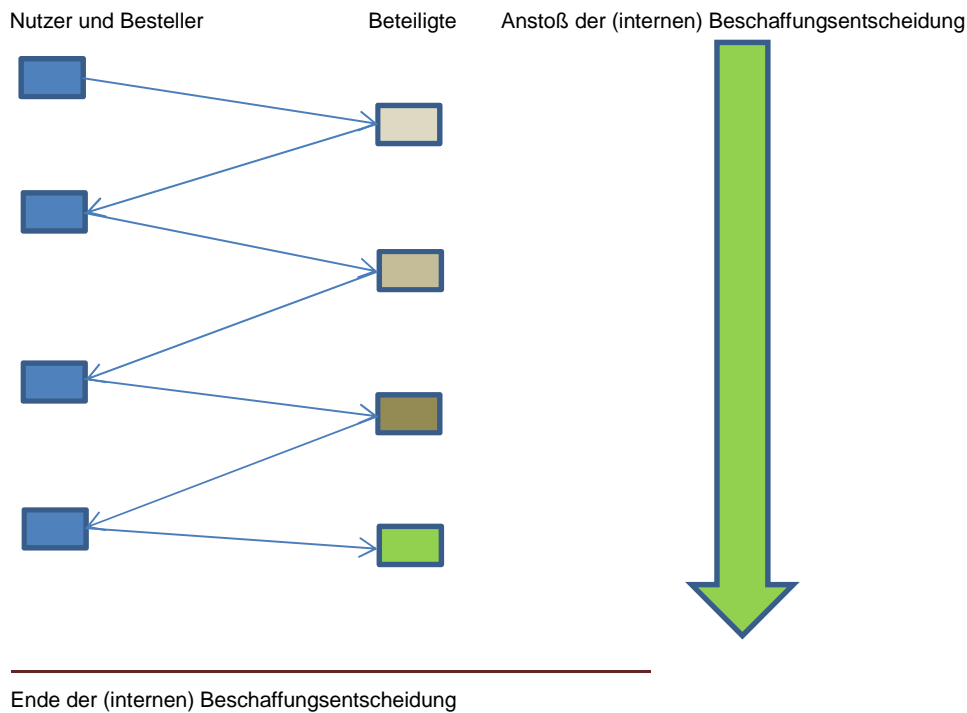


32 Mit dem **derzeitigen Beschaffungsprozess** ist auf Grund seiner stark untergliederten Struktur die Gefahr verbunden, dass die (End-) **Verantwortung für die Beschaffungsentscheidung diffus** bleibt und die **Akzeptanz des Nutzers** in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand **gefährdet** ist.

33 **Empfohlen** wird daher eine **Rekonstruktion der Verantwortung des Nutzers**.

34 Eine solche könnte erreicht werden, indem der **Prozess der Beschaffungsentscheidung** durch den Nutzer in Begleitung der Fachabteilung (beide: „**Besteller**“) anzustoßen ist. Die Besteller haben durch die jeweilige Befassung der einzubindenden Organisationseinheiten die **Voraussetzungen** für die angestrebte Beschaffungsentscheidung und deren Nachfolge-Vorgang, das Vergabeverfahren, zu schaffen. Dabei werden die Besteller durch die **Direktion für Rüstung und Beschaffung** durchgängig beraten und begleitet.

- 35 Diese vorgeschlagene (neue) Ablauforganisation kann graphisch vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



- 36 Die **Durchführung des anschließenden Vergabeverfahrens** (ab Bekanntmachung) erfolgt danach durch die Kaufmännische Abteilung des BMLVS. Diese könnte dabei – bei vorab zu definierenden besonders komplexen Beschaffungsvorgängen – von der Finanzprokurator im Rahmen der vorhandenen Ressourcen rechtlich beraten und begleitet werden.
- 37 Der **Vergabeentscheidung** geht eine **Beurteilung** voraus, ob die **Formalitäten**, die **Eignungskriterien** und die **Zuschlagskriterien** eingehalten bzw. mit welcher Bewertung erfüllt werden.
- 38 In die **Beurteilung der Zuschlagskriterien** sollten die Organisationsabteilungen, welche die Beschaffungsentscheidung

mitbestimmt haben, als Mitglied der **Bewertungsjury** bzw. (BMLVS-internen) **Bewertungskommission eingebunden** werden.

5.2 Vertragliche Grundlagen

- 39 Dem Vertragsabschluss als Folge der Zuschlagserteilung sollten **besondere Vertragsbestimmungen („terms of good conduct“)** zu Grunde gelegt werden, durch die zu Gunsten der Republik Österreich insbesondere **gewährleistet** ist, dass ihr Vertragspartner bzw. Anbieter
- a. keine unlauteren Verhaltensweisen gesetzt hat und setzen wird;
 - b. keinen unlauteren Einfluss auf die Vergabeentscheidung der Republik Österreich genommen hat;
 - c. sich das Verhalten aller eigenen und beauftragten Personen (Vertreter, Lobbyisten, Wirtschaftstreuhänder, Rechtsanwälte, etc.) (**„beauftragte Personen“**) zurechnen lassen muss;
 - d. im Falle eines Verstoßes gegen diese Bestimmungen effektiv von der Republik Österreich durch Vertragsstrafen, einer zu hinterlegenden Kautions, etc. verantwortlich gemacht werden kann;
 - e. ausschließlich durch angestellte oder beauftragte Personen, soweit diese zur berufsmäßigen Parteienvertretung berufen sind, mit der Republik Österreich in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten können.
- 40 Dafür muss bereits **vor der Vergabe** sichergestellt sein, dass diese *terms of good conduct* **zwingenden Charakter** haben und **nicht abbedungen** werden können. Dazu wären diese *terms of good conduct* in der Ausschreibung bzw. in einem Verhandlungsverfahren als **unverhandelbar** zu deklarieren.
- 41 Es sollte darüber hinaus in diesen *terms of good conduct*, dass deren Verletzung auch zur Auflösung des Vertragsverhältnisses zur Republik führen kann.

- 42 Um die Akzeptanz der *terms of good conduct* zu stärken und durch diese den für die Republik Österreich relevanten Markt nicht unverhältnismäßig einzuschränken, könnte zudem vorgesehen werden, dass sich der Vertragspartner der Republik Österreich bei **Bekanntwerden eines Verstoßes gegen die *terms of good conduct*** durch die Zahlung von Vertragsstrafen und den Nachweis der nachhaltigen Beseitigung der Ursachen der Verletzung der Vertragsbestimmungen selbstreinigen kann („**Selbstreinigung**“). Die Zulässigkeit einer solchen Selbstreinigung könnte **vor** und **nach** der Vergabe bzw. dem **Zuschlag** vorgesehen werden.
- 43 Bei der Formulierung der *terms of good conduct* ist sicherzustellen, dass sich diese im Sinne des **Best-Practice-Prinzips** am **international akzeptierten Standard** orientieren.

5.3 Transparenz der Anbieter und der Kontakte zum BMLVS

- 44 Gerade auch die Untersuchungen der Task Force Eurofighter bestätigen, dass für die Beurteilung der Frage, ob auf die Vergabeentscheidung unzulässig zu Lasten der Republik Österreich Einfluss genommen werden kann und wurde, Informationen über die Angehörigen eines Berater- und Interessensnetzwerks, das einem Anbieter nahe steht, von wesentlicher Bedeutung sind.
- 45 Bei der Vorbereitung der Beschaffungsentscheidung und der Vergabe im Wirkungsbereich des BMLVS **mangelt** es derzeit an einer **zwingend angeordneten strukturierten Analyse jedes Anbieters** und des diesem zuzurechnenden **Berater- und Interessensnetzwerks**.
- 46 Deswegen ist es dem BMLVS derzeit nicht mit hinreichender Klarheit möglich, zu erkennen, ob und gegebenenfalls welche Personen die Interessen eines Anbieters unterstützen oder ob deren Interessen jenen der Republik Österreich widerstreiten.

- 47 Zur **Beseitigung dieses Informationsdefizits**, durch welches die Beschaffungsentscheidung und die Vergabe aus Sicht der Republik Österreich als intransparent zu qualifizieren sind, werden in Ergänzung zu der zwingenden Vereinbarung von *terms of good conduct* nachstehende Maßnahmen empfohlen.

5.3.1 Informationen über Anbieter

- 48 Um **frühzeitig Risiken für eine Vergabeentscheidung** und die Beschaffung eines Rüstungsgutes bzw. eines Ausrüstungsgegenstandes erkennen zu können, die sich insbesondere aus persönlichen, wirtschaftlichen oder tatsächlichen **Verbindungen eines Anbieters** zu einem Berater- und Interessensnetzwerk ergeben können, das auf die Entscheidungsträger der Republik Österreich Einfluss nehmen kann, wird empfohlen, dass zukünftig das BMLVS bereits bei der Einleitung einer Beschaffungsentscheidung **eigene Recherchen** über die potentiellen Anbieter und deren Einflussnahmemöglichkeiten auf die Vergabeentscheidung vornimmt.
- 49 Durch diese **Recherchen** sollten **potentielle Risiken für unzulässige Beeinflussungen** vorab **erkannt** werden. Gegen diese potentiellen Risiken wären im Rahmen der Beschaffungsentscheidung und im Rahmen des Vergabeverfahrens entsprechende Vorkehrungen zu treffen.

5.3.2 Kontakte zwischen Anbietern und Mitarbeitern des BMLVS

- 50 Zur **Sicherstellung höchstmöglicher Transparenz** und zum Zwecke der **Beweissicherung** für nachfolgende (gerichtliche) Verfahren wären **alle Kontakte zwischen Mitarbeitern des BMLVS**, die in den Beschaffungsprozess involviert werden könnten, mit den Anbietern sowie deren beauftragten Personen zentral zu dokumentieren.

- 51 Zu diesem Zweck wären einerseits **alle Mitarbeiter des BMLVS** zu verpflichten, solche **Kontakte umgehend**, jedenfalls aber innerhalb von 24 Stunden nach dem Kontakt ereignis, in eine elektronisch geführte **zentrale Dokumentationsstelle einzumelden**.
- 52 Die **Einmeldung in die zentrale Dokumentationsstelle** sollte auch bei allen vorbereitenden Kontakten mit Marktteilnehmern im Falle von zulässigen vorherigen Marktkonsultationen⁴ und Einbeziehungen von Bewerbern bzw. Bietern in die **Vorbereitung des Vergabeverfahrens**⁵ vorgenommen werden.
- 53 Diese **BMLVS-interne Dokumentation** sollte die mit den *terms of good conduct* vereinbarten Verpflichtungen der Anbieter, derartige Kontakte im Rahmen der Angebotslegung bekannt geben zu müssen, ergänzen.
- 54 Die empfohlene zentrale Dokumentationsstelle könnte von der **Direktion für Rüstung und Beschaffung** geführt bzw. verwaltet werden. Organisatorisch wäre sicherzustellen, dass vor jeder Beschaffungsentscheidung und Vergabe jeweils zeitnah in das zentrale Register Einsicht genommen wird.

5.4 Gegengeschäfte

- 55 Die im Zusammenhang mit der Beschaffung der „Eurofighter“ von der Republik Österreich mit EF vereinbarten **Gegengeschäfte** wurden im Bericht der Task Force Eurofighter vom Februar 2017 kritisch gewürdigt

⁴ Vgl. Art 40 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABI 2014 L 94, 65 bzw. § 24 BVergG 2017 in der Fassung des Begutachtungsentwurfs („Vergaberechtsreformgesetz 2017“).

⁵ Vgl. Art 41 Richtlinie 2014/24/EU bzw. § 25 BVergG 2017 in der Fassung des Begutachtungsentwurfs.

und festgehalten, dass diese „eine **Grundlage** und eine **Quelle für unredliches Verhalten** zu Lasten der Republik Österreich waren“⁶.

- 56 Nicht nur deswegen ist zu hinterfragen, ob bei der Beschaffung von Rüstungsgütern bzw. von Ausrüstungsgegenständen für das ÖBH zukünftig von der Vereinbarung von so genannten **Gegengeschäften** Abstand genommen werden soll, um eine **(denkbare) Möglichkeit** zu **unzulässigen Beeinflussung** im Beschaffungsprozess auszuschließen.

5.4.1 Gegengeschäfte im internationalen Vergleich

- 57 Ein **internationaler Vergleich** zeigt, dass Gegengeschäfte und andere Formen des Countertrade („**Offset-Geschäfte**“) ein (noch) vorhandenes Element bei Verträgen über die Lieferung von Rüstungsgütern bzw. militärischen Ausrüstungsgegenständen sind.
- 58 Insbesondere die Europäische Kommission („**EK**“) bewertet diese **Offset-Geschäfte** aus dem Blickwinkel des Beihilferechts und des Wettbewerbsrechts **äußerst kritisch**. Sie bemängelt, dass diese den Grundprinzipien des AEUV⁷ zuwiderlaufen, da **Wirtschaftsteilnehmer, Waren und Dienstleistungen** aus anderen Mitgliedstaaten dadurch **diskriminiert** und der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr behindert werden.⁸

5.4.2 Offset-Geschäfte

- 59 Bei Gegengeschäften kann zwischen direkten und indirekten Offset-Geschäften unterschieden werden.

⁶ Rz 70 des Berichts der Task Force Eurofighter.

⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Konsolidierte Fassung, ABI 2008 C 115, 47.

⁸ Vgl. KOM(2012) 565 final vom 02.10.2012, Punkt V. sowie die weiteren Ausführungen sogleich unten unter Punkt 5.4.3.

- 60 Von **direkten Offset-Geschäften** wird gesprochen, wenn der Anbieter des Rüstungsguts bzw. des Ausrüstungsgegenstands mit einheimischen Unternehmen einen Vertrag über die Fertigung oder Lieferung einer Komponente des vertragsgegenständlichen Hauptprodukts schließt.
- 61 **Indirekte Offset-Geschäfte** stehen nach Definition in keinem Zusammenhang mit der Erzeugung und Lieferung der Hauptware, sodass mit diesen in der Regel jedenfalls keine sicherheits- oder verteidigungspolitischen Interessen verfolgt werden. Vielmehr ist mit indirekten Offset-Geschäften regelmäßig alleine die Absicht verbunden, einen Beitrag zur Verbesserung der Zahlungsbilanz bzw. der Stützung der Volkswirtschaft zu leisten sowie einheimische Unternehmen zu fördern. Indirekte Nebengeschäfte können in jene mit Bezug zur Rüstungsgüterindustrie (zusammen mit direkten Offset-Geschäften: „militärische Gegengeschäfte“) und jene mit rein „zivilem“ Bezug („zivile Gegengeschäfte“) unterschieden werden.⁹
- 62 Gegengeschäfte dienen in den meisten Fällen nicht der Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen eines Staates, sondern verfolgen rein ökonomische Zwecke.¹⁰

5.4.3 Unionsrechtliche Grundlagen

- 63 Die Richtlinie 2009/81/EG¹¹ und das diese Richtlinie umsetzende BVergGVS 2012 erwähnen Gegengeschäfte nicht. Wiewohl die EK die negativen Effekte von Gegengeschäften – insbesondere im Hinblick auf Verletzungen des Grundprinzips der Nichtdiskriminierung – noch vor Erlass der Richtlinie 2009/81/EG detailliert dargestellt und als mögliche Option

⁹ Vgl. *Trybus*, Buying Defence and Security in Europe – The EU Defence and Security Procurement Directive in Context (2014) 55, 407 ff.

¹⁰ Vgl. *Eisenhut*, Offsets in Defence Procurement: A Strange Animal – at the Brink of Extinction?, ELR 2013, 393 ff.

¹¹ Richtlinie 2009/81/EG 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, ABI 2009 L 216, 76.

auch das Verbot von Gegengeschäften in den Raum gestellt hat¹², blieb dieser Themenkreis im Vergabe-Sekundärrecht unerwähnt.

- 64 Die **EK** nimmt eine **strikte Position** ein und **verneint die Zulässigkeit** von Gegengeschäften bei Vergaben nach den EU-Vergaberichtlinien.¹³
- 65 Das EU-Primärrecht erwähnt Gegengeschäfte ebenfalls nicht. Fest steht jedenfalls, dass **Gegengeschäfte eine Verletzung der Grundfreiheiten** des Binnenmarkts, insbesondere des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs (Artikel 34 und 56 AEUV) darstellen (Marktteilnehmern anderer Mitgliedstaaten bleibt der Zugang zum betreffenden Geschäft verwehrt), sofern sie nicht auf Grundlage der Artikel 36, 52 oder 346 AEUV gerechtfertigt sind.¹⁴
- 66 Artikel 346 Abs. 1 lit b AEUV (ex Art 296 Abs. 1 lit b EGV) nimmt nationale Maßnahmen betreffend die Erzeugung und den Handel von Waffen, Munition und Kriegsmaterial, die in einer vom Rat festgelegten Warenliste

¹² Vgl. Commission staff working document – Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, public supply contracts and public service contracts in the fields of defence and security - Impact Assessment {COM(2007) 766 final}, SEC(2007) 1598 vom 05.12.2007, insbesondere Punkte 3.5.2. und 6.2.3.3.

¹³ Vgl. Europäische Kommission, Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Guidance Note-Subcontracting, Directorate General Internal Markets and Services, Rz 3, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15412/attachments/1/translations/>: „Offset arrangements have thus been used to give local industries access to other defence markets via the supply chain of foreign prime contractors. This practice, however, goes against the principle of non-discrimination and the basic freedoms of the Internal Market. Consequently, the Directive does not allow this practice, but fosters market access for SMEs throughout the entire European Union via competition in the supply chain.“. Vgl auch jüngst Commission staff working document – Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security, SWD(2016) 407 final of 30.11.2016, Punkt 5.1.3.: *“Whatever their form, offsets requirements are, from an EU law standpoint, restrictive measures which go against the basic principles of the Treaty, because they discriminate against economic operators, goods and services from other Member States and impede the free movement of goods and services. They can only be justified on the basis of one of the Treaty-based derogations, in particular Article 346 TFEU. However, these derogations must be limited to exceptional and clearly defined cases, and the measures taken must not go beyond the limits of such cases. They have to be interpreted strictly, and the burden of proof that the derogation is justified lies with the Member State which invokes it.”.*

¹⁴ Vgl. Trybus, Buying Defence and Security in Europe 411 mwN.

ausgewiesen sind¹⁵, von der Anwendung unionsrechtlicher Regelungen aus, wenn dies zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen des betreffenden Mitgliedsstaats erforderlich ist.

- 67 Für die Frage, ob Offset-Geschäfte unter die Ausnahme des Artikel 346 Abs. 1 lit b AEUV zu subsumieren sind, ist zunächst von Bedeutung, dass **Ausnahmebestimmungen** nach allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen **restriktiv auszulegen** sind. Nach Ansicht des EuGH bedeutet Artikel 346 AEUV auch keineswegs eine „automatische“ Ausnahme von Rüstungsbeschaffungen aus dem EU-Primär- oder Sekundär-Recht.¹⁶ Die **Beweislast** für das Vorliegen einer solchen Ausnahme liegt bei dem betreffenden **Mitgliedsstaat**.
- 68 Die EK hält dazu in ihrer Mitteilung fest, dass das herangezogene, wesentliche Sicherheitsinteresse immer das in Frage stehende Geschäft direkt betreffen muss. Maßnahmen, die unter Berufung auf Artikel 346 AEUV getroffen werden, dürfen *„auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen“*¹⁷. Die Ausnahmebestimmung des Artikels 346 AEUV kann daher nicht für Gegengeschäfte herangezogen werden, bloß weil das Grundgeschäft unter die Ausnahme fällt; vielmehr müssen Gegengeschäfte nach Ansicht der EK getrennt vom sicherheitsrelevanten Grundgeschäft beurteilt werden.¹⁸
- 69 Der betreffende Mitgliedsstaat muss daher in der Lage sein zu beweisen, dass die Ausnahme (i) des Haupt-Beschaffungsvorgangs und (ii) allfälliger

¹⁵ Vgl. Art 346 Abs. 2 AEUV.

¹⁶ Vgl. EuGH 16.09.1999, Rs C-414/97, *Kommission/Spanien*, ECLI:EU:C:1999:417; vgl. auch bestätigend EuGH 07.06.2012, Rs C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, ECLI:EU:C:2012:324.

¹⁷ Art 346 Abs. 1 lit b AEUV.

¹⁸ Vgl. Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM(2006) 779 endg vom 07.12.2006, Punkt 5.

Gegengeschäfte vom EU-Primär- und Sekundärrecht notwendig ist, um die Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen zu gewährleisten.¹⁹

70 **Indirekte Offset-Geschäfte** stehen bereits definitionsgemäß in keinem Zusammenhang mit der Erzeugung und Lieferung der Hauptware. Mit Gegengeschäften dieses Typs verfolgen Staaten in der Regel jedenfalls keine verteidigungs- oder sicherheitspolitischen Interessen. Vielmehr wird mit indirekten Offset-Geschäften zumeist alleine die Absicht verfolgt, einen Beitrag zur Verbesserung der Zahlungsbilanz bzw. der Stützung der Volkswirtschaft zu leisten sowie einheimische Unternehmen zu fördern.

71 Da mit indirekten Offset-Geschäften keine sicherheits- und verteidigungspolitischen Interessen verfolgt werden (können) und diese daher rein wirtschaftlich motiviert sind, fallen solche Gegengeschäfte in der Regel nicht unter die Ausnahme des Artikel 346 Abs. 1 lit b AEUV.²⁰

72 Gleiches gilt auch für Offset-Geschäfte, die Produkte betreffen, die sowohl zivilen als auch militärischen Zwecken zugeführt werden können („**Dual-use“-Güter**“).²¹

73 Nach der Ansicht von *Eilmansberger* liegt sogar weder bei **direkten** noch bei **indirekten Offset-Geschäften** ein enger Zusammenhang mit der Beschaffung militärischer Güter vor. Dass sich Staaten beim Erwerb von Rüstungsgütern regelmäßig auch Gegengeschäfte versprechen lassen, habe mit diesem Beschaffungsgegenstand selbst nichts zu tun. Es sei kein Grund ersichtlich, aus dem sich eine Notwendigkeit für einen Staat ergeben würde, die Lieferung von Rüstungsgütern mit dieser Bedingung zu

¹⁹ Vgl. EuGH 15.12.2009, Rs C-239/06, *Europäische Kommission/Italienische Republik*, ECLI:EU:C:2009:784, Rn 69 und 72.

²⁰ Vgl. zum eingeschränkten Anwendungsspielraum von Art 346 Abs. 1 lit b AEUV für indirekte militärische Gegengeschäfte unten, Rz 80.

²¹ Vgl. *Eilmansberger*, Gegengeschäfte und Gemeinschaftsrecht, wbl 2003, 501.

verknüpfen.²² Danach wären auch direkte Offset-Geschäfte nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.²³

- 74 Die **EK** veröffentlichte weitere **Leitlinien** im Hinblick auf Gegengeschäfte im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG und hielt dezidiert fest, dass **Gegengeschäfte, egal ob** zivilrechtlicher oder militärischer bzw. **direkter oder indirekter Natur**, grundsätzlich den **Grundprinzipien der Verträge der Europäischen Union widersprechen**, da sie Marktteilnehmer, Güter und Dienstleistungen anderer Mitgliedsstaaten diskriminieren und den freien Güter- und Dienstleistungsverkehr verhindern.²⁴
- 75 Nach Ansicht der EK sollte daher den zuständigen öffentlichen Auftraggebern der **Abschluss** sämtlicher Arten von Gegengeschäften **verwehrt bleiben**.²⁵
- 76 Etwas anderes könnte nach Ansicht der EK ausschließlich dann gelten, wenn für das betreffende Gegengeschäft selbst die Ausnahme von

²² Vgl. *Eilmansberger* aaO.

²³ Bedenken bestehen in diesem Zusammenhang insbesondere im Hinblick auf Verletzungen der EU-Grundfreiheiten (insbesondere der Warenverkehrsfreiheit), des Beihilferechts und des Diskriminierungsverbots, vgl. *Eilmansberger* aaO; *Trybus*, *Buying Defence and Security in Europe* 411.

²⁴ Vgl. Europäische Kommission, Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Guidance Note-Offsets, Directorate General Internal Markets and Services, Rz 18, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_en.

²⁵ Vgl. Europäische Kommission, Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Guidance Note-Offsets, Rz 19: *“Consequently, contracting authorities/entities may not require or induce, by whatever means, candidates, tenderers or successful tenderers to commit themselves to:*

- *purchase goods or services from economic operators located in a specific Member State;*
- *award sub-contracts to operators located in a specific Member State;*
- *make investments in a specific Member State;*
- *generate value on the territory of a specific Member State.*

This applies to all kind of works, supplies, services and investments, whether they are military, security-related or civil in nature or purpose, and irrespective of whether they are directly or indirectly related to the subject-matter of the procurement contract in question. Furthermore, tenderers, candidates and successful tenderers may not be required to mobilise other undertakings, be they related to them or not, to make such purchases, subcontracting or investments.“.

Artikel 346 Abs. 1 lit b AEUV erfüllt wäre.²⁶ Dies kann grundsätzlich nur für militärische Gegengeschäfte gelten.

77 **Zivile Gegengeschäfte** sind hingegen nach dem AEUV nahezu immer **illegal**.²⁷

78 Auf Ebene des **Unionsrechts** ist jedenfalls eine klare Entwicklung mit dem Ziel eines **generellen Verbots von Gegengeschäften** im Beschaffungswesen erkennbar²⁸, wie auch die EK zuletzt im November 2016 konstatiert hat²⁹.

5.4.4 Schlussfolgerungen

79 Bereits die **Analyse der unionsrechtlichen und nationalen gesetzlichen Rahmenbedingungen** kann die Empfehlung stützen, von der Vereinbarung von Gegengeschäften, wie dies beispielsweise bei der

²⁶ Vgl. KOM(2012) 565 final vom 02.10.2012, Punkt V: Die Kommission „ist überzeugt, dass eine rasche Abkehr von der diskriminierenden Praxis der Kompensationsgeschäfte erforderlich ist, um einen echten europäischen Markt für Verteidigungsgüter zu schaffen. [...] Nach dem EU-Recht können Kompensationsgeschäfte nur auf der Grundlage einer laut Vertrag zulässigen Ausnahme, insbesondere auf der Grundlage von Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b, toleriert werden, also wenn eine Kompensationsforderung für den Schutz grundlegender Sicherheitsinteressen eines Mitgliedstaats erforderlich ist. Die Anwendung einer Ausnahmeregelung ist jedoch vom betreffenden Mitgliedstaat jeweils im Einzelfall zu begründen.“. Siehe hierzu sogleich unten, Punkt 5.4.5.

²⁷ Vgl. Trybus, Buying Defence and Security in Europe 414.

²⁸ Vgl. Trybus, Buying Defence and Security in Europe 424 ff.

²⁹ Vgl. 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 gemäß Artikel 73 Absatz 2 dieser Richtlinie, KOM(2016) 762 final vom 30.11.2016, Punkt 3.1.: „Vor der Verabschiedung der Richtlinie wandten 18 Mitgliedstaaten systematisch Ausgleichsvorschriften an (d. h. für alle Aufträge oder Aufträge ab einem bestimmten Wert), nach denen ein finanzieller Ausgleich durch ausländische Lieferanten bei der Beschaffung von Verteidigungsgütern von diesen verlangt wurde. Diese Vorschriften standen eindeutig weder im Einklang mit EU-Verträgen noch mit der ordnungsgemäßen Umsetzung und Anwendung der Richtlinie. Mittlerweile haben die Mitgliedstaaten ihre Ausgleichsvorschriften entweder außer Kraft gesetzt oder geändert. In den verbliebenen Vorschriften ist festgelegt, dass Ausgleich/Gegenleistungen für die Industrie nur verlangt werden können, wenn zuvor in einer Einzelfallanalyse geprüft wurde, ob die Bedingungen in Artikel 346 AEUV erfüllt sind. Es bleibt jedoch nach wie vor die Frage, wie in der konkreten Beschaffungspraxis sichergestellt werden kann, dass der Rückgriff auf Forderungen nach Ausgleich/Gegenleistungen an die Industrie den strengen Bedingungen für die Anwendung von Artikel 346 AEUV entspricht.“.

Beschaffung der „Eurofighter“ erfolgt ist, **uneingeschränkt Abstand zu nehmen**.

- 80 Insbesondere indirekte und jedenfalls zivile Gegengeschäfte stehen *per definitionem* mit dem Gegenstand, der von der Republik Österreich beschafft wird, in keinem unmittelbaren und produktionsspezifischen Zusammenhang und dienen auch nicht der Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen. Damit **fehlt** es nicht nur an den **rechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit** für eine Ausnahme vom EU-Primär- und Sekundärrecht gemäß Artikel 346 Abs.1 lit b AEUV³⁰, sondern bleibt der konkrete Nutzen eines solchen Gegengeschäftes für die Republik Österreich auch Quelle steter Diskussion. Diese **Intransparenz** bei der Kosten-/Nutzenanalyse kann eine „Quelle für unredliches Verhalten zu Lasten der Republik Österreich“ darstellen. Mit der **Umsetzung der Empfehlung**, von derartigen Gegengeschäften ab sofort Abstand zu nehmen, würde auch ein **wichtiger Beitrag zur Verhinderung von unzulässigen Beeinflussungen und von Korruption bei Beschaffungsvorgängen** geleistet werden.

5.4.5 Industrielle Kooperation im Interesse der Sicherheit und Verteidigung

- 81 Die EK hat bereits 2006 mitgeteilt, dass bei militärischen Beschaffungen die Mitgliedsstaaten ihre Vorrechte und ihre Vertragsverpflichtungen nur in Einklang bringen, indem sie mit großer Sorgfalt jeden Beschaffungsvorgang einzeln daraufhin prüfen, ob die Nichtanwendung der Unionsregeln gerechtfertigt ist oder nicht. Es hat daher nach Ansicht der EK eine Einzelfallprüfung bezüglich der Anwendung des Artikels 346 Abs. 1

³⁰ Vgl. *Trybus*, Buying Defence and Security in Europe 417 f mwN: Indirekte militärische Nebengeschäfte können nur in noch eingeschränkterem Rahmen als direkte militärische Gegengeschäfte auf Grundlage von Art 346 Abs. 1 lit b AEUV gerechtfertigt werden und bleibt für diese Ausnahme nahezu kein Anwendungsspielraum mehr übrig.

lit b AEUV stattzufinden, die in Grenzfällen besonders streng nach folgenden Kriterien zu erfolgen hat:

- a. Welches wesentliche Sicherheitsinteresse ist betroffen?
- b. Worin besteht der Zusammenhang zwischen diesem Sicherheitsinteresse und der speziellen Beschaffungsentscheidung?
- c. Warum ist die Nichtanwendung der Vergaberichtlinie in diesem speziellen Fall für den Schutz dieser wesentlichen Sicherheitsinteressen notwendig?

82 Die EK hält dazu in ihren Leitlinien fest, dass das zur Begründung herangezogene wesentliche Sicherheitsinteresse immer das in Frage stehende Geschäft im Einzelfall direkt betreffen muss, wobei rein wirtschaftliche Interessen nicht zur Rechtfertigung des Ausnahmetatbestands herangezogen werden können, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit einzuhalten und der Ausnahmetatbestand jedenfalls restriktiv auszulegen ist.³¹

83 Dasselbe gilt nach Ansicht der EK auch für Gegengeschäfte auf Basis von Verträgen, die gemäß Artikel 12 oder 13 der Richtlinie 2009/81/EG vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind.³²

84 Soweit nach der Prüfung im Einzelfall auf beabsichtigte Beschaffungen von Rüstungsgütern bzw. Ausrüstungsgegenständen für das ÖBH die Bestimmung des Artikels 346 Abs. 1 lit b AEUV angewandt werden kann und diese beabsichtigten Beschaffungen daher nicht der Anwendung des Unionsrechts unterliegen, wird empfohlen, in sachlich begründeten Einzelfällen im Rahmen der Ausschreibung und der Bewertung der Angebote vorzusehen, dass von den Anbietern die Einbeziehung

³¹ Vgl. KOM(2006) 779 endg vom 07.12.2006, Punkt 5; Europäische Kommission, Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Guidance Note-Offsets, Rz 21 ff; EuGH 16.09.1999, Rs C-414/97, Rn 22.

³² Vgl. Europäische Kommission, Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Guidance Note-Offsets, Rz 24,

einheimischer Produzenten in die Herstellung des ausgeschriebenen Rüstungsguts bzw. Ausrüstungsgegenstands anzubieten ist, sofern dadurch wesentliche Sicherheits- und Verteidigungsinteressen der Republik Österreich gefördert werden und für diese Kooperation (isoliert betrachtet) die oben unter Rz 81 ff dargestellten Kriterien und Prüfschritte erfüllt sind („**industrielle Kooperation**“).

85 Dies könnte **beispielsweise** der Fall sein, wenn das **Rüstungsgut** bzw. der Ausrüstungsgegenstand **in Österreich montiert** oder ein **wesentliches Bauelement** des beschafften Rüstungsgutes bzw. Ausrüstungsgegenstands in Österreich **hergestellt** wird und dadurch die **Versorgungssicherheit im Krisen- oder Verteidigungsfall** nachvollziehbar erhöht werden würde.

86 Mit diesem in einer Ausschreibung vorgesehenen Kriterium der Verpflichtung zu einer industriellen Kooperation könnte unter der Voraussetzung, dass die **Vergabeentscheidung in einem transparenten Verfahren** erfolgt, ein rechtlich zulässiger Beitrag zur **Wahrung wesentlicher Sicherheits- und Verteidigungsinteressen** sowie zur Erhöhung der österreichischen Wertschöpfung geleistet werden. Eine solche Vorgehensweise würde freilich die **vollständige Umsetzung aller anderen Empfehlungen** voraussetzen.

87 Unabhängig davon könnten die Anbieter verpflichtet werden, sich vor Angebotslegung über die möglichen **industriellen Kooperationsmöglichkeiten mit österreichischen Unternehmen** zu informieren und die Erfüllung dieser Verpflichtung mit dem Angebot auch nachzuweisen.

6 Umsetzung der Empfehlungen

- 88 Für die **Umsetzung der Empfehlungen** sind im Wirkungsbereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport **keine Änderungen in der Aufbauorganisation erforderlich**.
- 89 Die **Erarbeitung zwingender besonderer Vertragsbestimmungen** könnte von der Finanzprokurator unter Nutzung der Expertise der im Projekt „Minerva“ beigezogenen Rechtsexperten und unter Einbindung der Experten des BMLVS erfolgen. Es ist davon auszugehen, dass bis **Ende Oktober 2017** ein finaler Entwurf für solche besonderen Vertragsbedingungen – *terms of good conduct* – vorgelegt werden kann.
- 90 Aus Sicht der Finanzprokurator sollten mittelfristig **alle Beschaffungen der Republik Österreich** solchen besonderen Vertragsbestimmungen – *terms of good conduct* – unterworfen werden.
- 91 Die **Etablierung der empfohlenen neuen Ablauforganisation** sollte im Rahmen eines **Projekts**, das dazu im Wirkungsbereich des BMLVS ehestmöglich strukturiert werden sollte, erfolgen. Durch diese Vorgehensweise könnte auch sichergestellt werden, dass alle derzeit an einer Beschaffungsentscheidung und einer Vergabe im BMLVS beteiligten Organisationseinheiten eingebunden werden.
- 92 Mit diesem Projekt wäre auch die **Anordnung der verpflichtenden Meldung** aller Kontakte von **Mitarbeitern des BMLVS**, die auf eine Vergabeentscheidung oder Beschaffung Einfluss nehmen können, vorzubereiten und das **zentrale Dokumentationsregister** einzurichten.
- 93 Die Umsetzung der Empfehlung, von der Vereinbarung der bis dato gepflogenen **Gegengeschäfte** Abstand zu nehmen, kann **umgehend** erfolgen.
- 94 Die Empfehlung, in sachlich begründeten Einzelfällen die **industrielle Kooperation** als **Kriterium in Ausschreibungsunterlagen** vorzusehen

und die Anbieter dazu zu verpflichten, sich nachweislich über die für sie in Frage kommende österreichische Zulieferindustrie zu informieren, sollte **gleichzeitig mit den anderen Empfehlungen** umgesetzt werden. Auch aus diesem Grund ist es angezeigt, die dazu gebotenen Maßnahmen ebenso im Rahmen eines Projekts umzusetzen.

7 Zusammenfassung der Empfehlungen

95 Auf Grund des Ersuchens werden zusammenfassend nachfolgende Empfehlungen abgegeben:

- **„Rekonstruktion der Verantwortung mit dem Know How der Zentralorganisation“** durch **Änderung der Ablauforganisation bei der Beschaffungsentscheidung**. Dadurch wird unter anderem sichergestellt, dass das beschaffte Rüstungsgut bzw. der Ausrüstungsgegenstand vom Nutzer auch akzeptiert wird.
- **„Vereinbarung von *terms of good conduct*“ – Formulierung und Vereinbarung von zwingenden und nicht abdingbaren besonderen Vertragsbestimmungen**, durch die zu Gunsten der Republik Österreich insbesondere **gewährleistet** ist, dass ihr Vertragspartner bzw. Anbieter
 - a. keine unlauteren Verhaltensweisen gesetzt hat und setzen wird;
 - b. keinen unlauteren Einfluss auf die Vergabeentscheidung der Republik Österreich genommen hat;
 - c. sich das Verhalten aller eigenen und beauftragten Personen (Vertreter, Lobbyisten, Wirtschaftstreuhand, Rechtsanwälte, etc.) zurechnen lassen muss;
 - d. im Falle eines Verstoßes gegen diese Bestimmungen effektiv von der Republik Österreich verantwortlich gemacht werden kann (Vertragsstrafe, Kautions, etc.);
 - e. ausschließlich durch angestellte oder beauftragte Personen, soweit diese zur berufsmäßigen Parteienvertretung berufen sind, mit der Republik Österreich in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten können.
- **„Transparenz der Anbieter und ihrer Kontakte zu Mitarbeitern des BMLVS“** durch zielgerichtete Recherchen des BMLVS über die Anbieter und die ihnen zuzurechnenden beauftragten Personen sowie

die „**zentrale Dokumentation aller Kontakte zu Anbietern**“. Dazu ist ein **zentrales Dokumentationsregister einzurichten** und anzuordnen, dass alle Bediensteten ihre Kontakte mit Anbietern innerhalb von 24 Stunden im Register selbst dokumentieren.

- „**Abstandnahme von Gegengeschäften**“ – Ab sofort werden mit Anbietern **keine Gegengeschäfte** mehr **vereinbart**.
- „**Industrielle Kooperation im Einzelfall**“ – Mit der vollständigen Umsetzung aller weiteren Empfehlungen könnte in sachlich begründeten Einzelfällen im Rahmen der Ausschreibungsunterlage und der Bewertung der Angebote vorgesehen werden, dass in den Angeboten die Einbeziehung einheimischer Produzenten in die Herstellung des ausgeschriebenen Rüstungsguts bzw. Ausrüstungsgegenstands vorzusehen ist, sofern dadurch wesentliche Sicherheits- und Verteidigungsinteressen der Republik Österreich gefördert werden, die Vergabe in einem transparenten Verfahren durchgeführt wird und die beabsichtigte Beschaffung nicht dem Unionsrecht unterliegt, weil auf diese sowie auf die industrielle Kooperation selbst Artikel 346 Abs. 1 lit b AEUV zur Anwendung kommt..
- Daneben könnten die Anbieter verpflichtet werden, sich **vor Angebotslegung** über die **möglichen industriellen Kooperationsmöglichkeiten mit österreichischen Unternehmen** zu informieren und dies mit dem Angebot auch nachzuweisen.