

## **2. Digitalministerkonferenz (DMK)**

**18.10.2024 in Berlin**

### **TOP 9**

#### **Beschluss**

**Schleswig-Holstein**

---

#### **Beschaffung von Leistungen zur Härtung der Informationssicherheit und Cybersicherheit**

1. Die Digitalministerkonferenz stellt fest, dass angesichts der zunehmenden Digitalisierung Mitgliedstaaten in der Lage sein müssen, Leistungen im Bereich Cybersicherheit einschließlich Informationssicherheit schnellstmöglich zu beschaffen, um ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen zu wahren.
2. Die Digitalministerkonferenz bittet die Bundesregierung, auf europäischer Ebene auf eine Änderung des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union derart hinzuwirken, dass in Artikel 346 des Vertrages die Cybersicherheit und Informationssicherheit mindestens aufgenommen wird.
3. Die Digitalministerkonferenz bittet die Bundesregierung, ergänzend zu prüfen und auf dieser Basis auf europäischer Ebene entsprechend auf eine Änderung 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 derart hinzuwirken, dass Leistungen der Cybersicherheit und Informationssicherheit jedenfalls verlässlich vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG erfasst werden.
4. Die Digitalministerkonferenz bittet die Bundesregierung ferner, Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu prüfen, um die Beschaffung von Leistungen zur Härtung der Cyber- und Informationssicherheit zu beschleunigen.

5. Die Vorsitzländer werden gebeten, diesen Beschluss an die Innenministerkonferenz und Wirtschaftsministerkonferenz zu übermitteln und dort eine Beschlussfassung mit ähnlicher Stoßrichtung anzuregen.

Begründung:

Angesichts der zunehmenden Digitalisierung müssen Mitgliedstaaten in der Lage sein, Leistungen der Cybersicherheit und Informationssicherheit schnellstmöglich zu beschaffen, um ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen zu wahren. So zeigt beispielsweise der Ransomware-Angriff auf die (kommunale) Südwestfalen-IT im Oktober 2023 im Land Nordrhein-Westfalen, dass Cyber- und Informationssicherheit heutzutage aufgrund vielfältiger und fortwährend neuer Bedrohungsszenarien eine immer größere Rolle spielt.

Die bisherigen Vorschriften des Vergaberechts erlauben weitreichende Ausnahmen für militärische Zwecke. Seitens des für Digitalisierung zuständigen Ministeriums in Nordrhein-Westfalen wird daher vorgeschlagen, Änderungen im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorzunehmen, damit auch die Beschaffung von Cyber- und Informationssicherheitsleistungen mit Ausnahmen belegt werden können bzw. jedenfalls gesichert in den Vergabebereich Verteidigung und Sicherheit fallen. Denn nach aktuellem Stand ist es den Mitgliedstaaten (und somit auch den Ländern und Kommunen) verwehrt, in vergleichbarer Art und Weise zu Beschaffungen für militärische Zwecke Beschaffungen zur Härtung der Cyber- und Informationssicherheit tätigen zu können. Den Mitgliedstaaten steht im Bereich Cyber- und Informationssicherheit aktuell keine mit Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b) AEUV vergleichbare Rechtsgrundlage zur Verfügung.

Insbesondere stellt § 117 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden kurz: GWB) keine vergleichbare Rechtsgrundlage dar. Zwar erlaubt § 117 Absatz 1 Nummer 1 GWB seinem Wortlaut nach Ausnahmen vom Vergaberecht auch dann, wenn ein Auftrag nicht der Erzeugung oder dem Handel mit Kriegsmaterial dient, sondern ausschließlich Verteidigungs- und

Sicherheitsaspekte umfasst. Allerdings ist der Prüfungsmaßstab des § 117 Absatz 1 Nummer 1 GWB deutlich strenger.

Bereits der Wortlaut des Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b) AEUV („seines Erachtens“) verdeutlicht, dass die Inanspruchnahme des genannten Artikels im besonders weiten Ermessen des jeweiligen Mitgliedstaates steht. In diesem Sinne neigt auch der Gerichtshof der Europäischen Union bei der Prüfung des mitgliedstaatlichen Ermessens zu einer gewissen Zurückhaltung sowohl hinsichtlich der Entscheidung über die Maßnahme als auch hinsichtlich ihrer konkreten Ausgestaltung: Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b) AEUV räumt dem Mitgliedstaat aufgrund seiner subjektiven Formulierung eine eigene Einschätzungsprärogative ein.

Der Wortlaut des § 117 Absatz 1 Nummer 1 GWB hingegen stellt gerade nicht auf das Erachten des Mitgliedsstaats ab. Dieser setzt vielmehr einen strengen objektiven Prüfungsmaßstab fest. Das Vergaberecht ist danach nur nicht anzuwenden, wenn eine objektiv gewichtige Gefährdung oder Beeinträchtigung der Sicherheitslage vorliegt.

Der wegen der zunehmenden Digitalisierung längst überfällige Änderungsbedarf des Artikel 346 AEUV wird noch deutlicher bei einem Blick auf die Liste des Artikel 346 Absatz 2 AEUV, welche die Güter aufführt, für die Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b) AEUV anwendbar ist: Diese Liste umfasst konventionelle, nukleare, biologische und chemische Waffen. Obwohl Artikel 346 Absatz 2 AEUV die Möglichkeit zur Änderung eröffnet, ist die Liste seit ihrem Bestehen (1958) nie erneuert oder ergänzt worden. Sie führt daher wichtiges modernes Kriegsmaterial nicht auf. Selbst bei einer weiten Auslegung verkürzt die zunehmende technologische Überalterung der Liste den Anwendungsbereich des Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b) AEUV in übermäßiger, nicht sachgerechter Art und Weise. Es wird daher diesseits vorgeschlagen, die Liste im Zuge einer Änderung zu streichen.

Nachrichtlich (konkreter Änderungsvorschlag):

Vorgeschlagen wird, Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b), Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) wie folgt neu zu fassen:

<p style="text-align: center;"><b>Geltende Fassung</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Artikel 346 AEUV</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>Vorschlag zur Neufassung</b></p>
<p>(1) Die Vorschriften der Verträge stehen folgenden Bestimmungen nicht entgegen:</p> <p>a) Ein Mitgliedstaat ist nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht;</p> <p>b) jeder Mitgliedstaat kann die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.</p>	<p>Die Vorschriften der Verträge stehen folgenden Bestimmungen nicht entgegen:</p> <p>a) Ein Mitgliedstaat ist nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht;</p> <p>b) jeder Mitgliedstaat kann die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie <b>insbesondere</b> die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit <b>oder die Cyber- und Informationssicherheit</b> betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für <b>vorgenannte</b> Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.</p>

<p style="text-align: center;"><b>Geltende Fassung</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Artikel 346 AEUV</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>Vorschlag zur Neufassung</b></p>
<p>(2) Der Rat kann die von ihm am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Absatz 1 Buchstabe b Anwendung findet, einstimmig auf Vorschlag der Kommission ändern.</p>	<p><del>(2) Der Rat kann die von ihm am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Absatz 1 Buchstabe b Anwendung findet, einstimmig auf Vorschlag der Kommission ändern.</del></p>

Zudem erscheint auf Basis der eingangs dargelegten Erwägungen sinnvoll, ergänzend eine Änderung der Richtlinie 2009/81/EG dahingehend zu prüfen und auf dieser Basis auf EU-Ebene entsprechend auf eine Änderung hinzuwirken, um zu gewährleisten, dass – soweit die Anwendung des Art. 346 AEUV nicht abschließend greifen sollte – die Beschaffung von Leistungen der Cyber- und Sicherheitsinformation jedenfalls verlässlich dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG unterfällt; mithin verlässlich vergleichbar den „klassischen“ Rüstungsgütern beschafft werden können. Gegenwärtig nimmt die Richtlinie 2009/81/EG vor allem die „klassischen“ Rüstungsprodukte in den Blick. Cybersicherheit wird in der Richtlinie gar nicht erwähnt.