

Beiträge zum Vergaberecht

Band 9

**Gemeinsame
grenzüberschreitende Auftragsvergabe
zwischen Deutschland und Österreich**

Von

Marta Paul



Duncker & Humblot · Berlin

MARTA PAUL

Gemeinsame grenzüberschreitende Auftragsvergabe
zwischen Deutschland und Österreich

Beiträge zum Vergaberecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Berlin
Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Band 9

Gemeinsame
grenzüberschreitende Auftragsvergabe
zwischen Deutschland und Österreich

Von

Marta Paul



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2364-8724
ISBN 978-3-428-19364-6 (Print)
ISBN 978-3-428-59364-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Für Benjamin und Fredrik

Vorwort und Danksagung

Die vorliegende Arbeit ist im Februar 2024 am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen worden. Sie entspricht dem Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur im Dezember 2023.

Mein Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Thorsten Siegel. Ich schätze die Freiheit, die er mir beim Schreiben gegeben hat, sowie seine Geduld und Unterstützung sehr. Ebenso danke ich meinem Zweitkorrektor, Herrn Professor Dr. Markus Heintzen, für seine zügige Mitwirkung an der Begutachtung meiner Arbeit. Ein besonderer Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow von der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, der gemeinsam mit Herrn Professor Dr. Siegel die vorliegende Schriftenreihe herausgibt, in die meine Arbeit aufgenommen wurde.

Für die konstruktiven Diskussionen sowie ihre wertvollen Hinweise und Ratsschläge danke ich meinen Kollegen RA Dr. Victor Vogt und RA Max Stanko. Ihre Unterstützung war für den Fortschritt meiner Arbeit von großer Bedeutung.

Das Verfassen dieser Arbeit erfolgt im Gedenken an meinen Vater, dessen Mut, Zuversicht und Durchhaltevermögen im Kampf gegen den Krebs mich tief beeindruckt haben, sowie an meine Großmutter, deren Unabhängigkeit, Entschlossenheit und Tatkraft mich stets ermutigt haben. Ihre Lebensgeschichten haben mich inspiriert und motiviert, immer weiterzumachen. Die Fertigstellung dieser Arbeit erfolgte in liebevoller Erinnerung an die beiden und ist ein Zeichen meiner Wertschätzung.

Nicht unerwähnt bleiben sollen pflegende und trauernde Angehörige, wenn die Kraft auszugehen droht und die nächste Welle kommt; erwerbstätige Mütter, wenn das Hamsterrad wieder durchdreht; und alle Menschen, die sich fokussiert an den Schreibtisch setzen wollen, und dann – ein Schaf, zwei Schafe, Hund, Ente, Kuh, Old MacDonald had a farm, eeehhh Macarena! Es ist möglich.

Ein herzliches Dankeschön gilt der Familie meines Mannes, die mich mit beispielloser Herzlichkeit und Wärme aufgenommen hat und mir mit unendlicher Geduld und noch mehr Liebe durch die gesamte Promotionsphase hindurch verständnisvoll zur Seite stand. Meinem Ehemann und meiner Schwägerin gebührt hier der größte Dank.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Kindern. Die Promotion war mein Traum. Ihnen nicht aufzugeben und auf dem Erfolg jetzt aufzubauen, ist für sie.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung und Problemaufriss	13
--------------------------------------	----

A. Untersuchungsgegenstand	14
B. Gang der Untersuchung	15
C. Themeneingrenzung	16
D. Methodik und Rechtsvergleichung	17

Kapitel 2

Kontextueller Hintergrund und Untersuchungsgegenstand	19
--	----

A. Hintergrund und Intention des Vergaberechts	19
I. Zielsetzungen des öffentlichen Vergaberechts	20
1. Primärzwecke	21
2. Strategische Beschaffung: Die Berücksichtigung von Sekundärzielen ..	28
3. Spannungsverhältnis zwischen Primärzielen und strategischer Beschaf- fung	33
II. Systematische Darstellung der Normenhierarchie in Deutschland und Österreich	34
1. Unionsrechtliche Vorgaben	34
2. Rechtsquellen in Deutschland	36
3. Rechtsquellen in Österreich	39
4. Gemeinsamkeiten und Unterschiede des deutschen und österreichischen Vergaberechts	40
B. Die Entwicklung der gemeinsamen Auftragsvergabe: Regelungen, Umsetzung und Vergleich	43
I. Entstehungshistorie	43
II. Reaktion des europäischen Gesetzgebers: Regelung von Sammelbestellun- gen	48
1. Umfassende Inhalte und begrenzte Diskussion: die geringe Resonanz auf den Kommissionsvorschlag	50
2. Sammelbestellungen, zentralisierte und gemeinsame Auftragsvergabe: endgültige Richtlinienregelung	51

a) Zentrale Beschaffungstätigkeiten und zentrale Beschaffungsstellen (Art. 37 RL 2014/24/25 und Art. 55 RL 2014/25/EU)	52
b) Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe (Art. 38 RL 2014/24/EU und Art. 56 RL 2014/25/EU)	55
c) Auftragsvergabe durch (öffentliche) Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedsstaaten (Art. 39 RL 2014/24/EU und Art. 57 RL 2014/25/ EU)	56
III. Umsetzung in Deutschland	60
1. § 120 GWB Besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren	61
2. § 4 VgV Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe; zentrale Beschaf- fung	63
3. § 4 SektVO Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe	67
4. Vergleichbare Vorschriften	69
IV. Umsetzung in Österreich	70
1. § 22 BVergG 2018: Gemeinsame Auftragsvergabe mehrerer öffentlicher Auftraggeber	70
2. § 11 BVergG 2018: Gemeinsame grenzüberschreitende Auftragsvergabe mehrerer öffentlicher Auftraggeber	72
3. § 195 BVergG 2018: Gemeinsame Auftragsvergabe mehrerer Sektoren- auftraggeber	76
4. § 180 BVergG 2018 Gemeinsame grenzüberschreitende Auftragsvergabe mehrerer Sektorenauftraggeber	76

Kapitel 3

Allgemeine Grundsätze der Auftragsvergabe durch (öffentliche) Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedsstaaten	79
A. Anwendungsbereich	79
I. Persönlicher Anwendungsbereich	79
1. Klassische öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber	79
II. Sachlicher Anwendungsbereich	81
1. Auftragsarten	81
a) Keine Anwendbarkeit auf Konzessionsvergabe sowie im Bereich Verteidigung und Sicherheit	81
B. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Grenzen der gemeinsamen Auftragsvergabe ..	82
I. Begründungsbedarf der Zusammenarbeit	82
II. Kartellrechtliche Grenzen	84
III. Vergaberechtliche Beschränkungen bei der gemeinsamen Auftragsvergabe zum Schutz mittelständischer Interessen	94
IV. Umgehungsverbot	96
1. Verbindliche Bestimmungen des öffentlichen Rechts	100
2. Einklang mit dem Unionsrecht	104

Inhaltsverzeichnis	11
--------------------	----

3. Umgehungsabsicht	105
a) Umgehungsabsicht im Zusammenhang mit dem Splittingverbot in der europäischen Rechtsprechung	108
b) Umgehungsabsicht im Zusammenhang mit dem Splittingverbot in Deutschland	109
c) Umgehungsabsicht im Zusammenhang mit dem Splittingverbot in Österreich	110
d) Fazit Umgehungsabsicht in Art. 39 Abs. 1 UAbs. 2 VRL	112
4. Interpretationsvorschlag	113
5. Umsetzungsvorschriften	117
a) Deutschland	117
b) Österreich	118

Kapitel 4

Beschaffung über zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat

A. Begriff der <i>zentralen Beschaffungsstelle</i>	121
I. Merkmal <i>auf Dauer</i>	124
II. Funktionsweisen zentraler Beschaffungsstellen: zentrale Beschaffungstätigkeiten, Großhändlermodell, Zwischenhändlermodell, Mischmodelle	126
III. Nebenbeschaffungstätigkeit	128
B. Vergaberechtsfreiheit zentraler Beschaffungs- und Nebentätigkeiten	130
I. Kein Verbot der Mandatierung einer zentralen Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat	135
II. Mögliche Einschränkung der Mandatierung einer zentralen Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat	136
C. Anwendbares Recht auf zentrale Beschaffungstätigkeiten	136
D. Vermutung der Vergaberechtskonformität	138
E. Verantwortlichkeit für Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen bei Beauftragung einer ausländischen zentralen Beschaffungsstelle	142
F. Zwischenergebnis	151

Kapitel 5

Gemeinsame Vergabe durch mehrere Auftraggeber mit Sitz in unterschiedlichen Mitgliedsstaaten

A. Definition und Merkmale der gelegentlichen (grenzüberschreitenden) gemeinsamen Beschaffung	155
I. Begriffsmerkmal <i>gelegentliche Vergabe</i>	156

II.	Begriffsmerkmal <i>gemeinsame Vergabe</i>	159
III.	Begriffsbestandteil <i>grenzüberschreitend</i>	168
B.	Regelung der Verfahrenszuständigkeiten	168
I.	Regelung durch internationale Übereinkommen	168
II.	Vereinbarungsregelung	170
1.	Zuständigkeiten der Parteien	171
2.	Rechtswahl	173
3.	Weitere Regelungsinhalte	181
4.	Veröffentlichung in den Vergabeunterlagen	182
C.	Gemeinsame Verantwortlichkeit im Vergabeverfahren	184
D.	Zwischenergebnis	200

Kapitel 6

Vergabe durch eine gemeinsame Einrichtung mehrerer Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedsstaaten 203

A.	Vergaberechtsfreiheit im Innenverhältnis gemeinsamer Einrichtungen	203
B.	Mögliche Rechtsformen der gemeinsamen Einrichtung	206
C.	Sitz der gemeinsamen Einrichtung	207
D.	Zweck der gemeinsamen Einrichtung	208
E.	Rechtliche Rahmenbedingungen und Vereinbarungen der gemeinsamen Einrichtung	209
F.	Wahl der anwendbaren nationalen Vergaberegelungen	210
G.	Verantwortlichkeit für die Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen bei Durchführung durch die gemeinsame Einrichtung	214
H.	Zwischenergebnis	215

Kapitel 7

Schlussbetrachtung 218

A.	Zusammenfassung in Thesen	218
B.	Fazit	224

Literaturverzeichnis 229

Stichwortverzeichnis 246

Kapitel 1

Einleitung und Problemaufriss

In Anbetracht der schnelllebigen Digitalisierungs- und Automatisierungsbestrebungen und der nur in ihrer Regelmäßigkeit konstanten Herausforderungen durch fast schon zyklische Krisen, die viele Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden erfahren, suchen öffentliche Auftraggeber dennoch unabhängig voneinander statt gemeinsam nach Lösungen für Probleme, die den gesamten öffentlichen Sektor betreffen.¹ In der Nachkriegszeit war die Entwicklung grenzüberschreitender Zusammenarbeit ein Beispiel für freundschaftliche und nachbarschaftliche Beziehungen zwischen Staaten und Regionen in Europa, aber auch zwischen Völkern und lokalen Gemeinschaften.² Die COVID-19-Pandemie und der Ukraine-Krieg haben gezeigt, wie bedeutsam die Kooperation zwischen öffentlichen Auftraggebern sein kann, insbesondere wenn dringender Handlungsbedarf besteht.³ Aus der Sicht öffentlicher Beschaffer sind Größenvorteile und Synergien, die sich aus der Risiko-Nutzen-Teilung ergeben, die leitenden Motive für eine gemeinsame kostengünstige sowie effiziente Beschaffung und für eine maximale Ausschöpfung des Potentials des Binnenmarkts. Statt mehrerer einzelner Vergabeverfahren erfolgt dabei eine gebündelte Vergabe durch eine Beschaffungskooperation. Dadurch steigt das Beschaffungsvolumen, womit sich am Markt bessere Einkaufspreise und günstigere Vertragsbedingungen realisieren lassen und für die einzelnen Mitglieder der Aufwand eines förmlichen Vergabeverfahrens entfällt.

In einer Zeit, in der die öffentlichen Haushalte defizitär sind, unterstrichen durch die jüngste umfassende Haushaltssperre als Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts,⁴ und gleichzeitig die Zahl der den Kommunen auferlegten Aufgaben wächst, sind Effizienzsteigerung und Kostensparnis wesentliche Argumente. Im Verwaltungskontext lässt sich dadurch eine Prozessökonomie konstatieren: Durch die Zusammenlegung von Verfahren sowie die Bündelung

¹ M. Philipp Koch, Die vielfältigen Potenziale öffentlich-öffentlicher Kooperationen am Beispiel von Einkaufsgemeinschaften, VergabeFokus 2020, S. 18 ff.

² Janczak, Die Entwicklung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit nationaler Hoheitsräger aus politischer Perspektive, in: Krzymuski/Kubicki/Ulrich (Hrsg.), Der Europäische Verbund für territoriale Zusammenarbeit, 1. Aufl., (2017) S. 65.

³ M. Philipp Koch, VergabeFokus 2020, S. 18 ff.

⁴ Bundesverfassungsgericht 15.11.2023, 2 BvF 1/22 (Zweites Nachtragshaushaltsgesetz 2021 ist nichtig).

von rechtlichen, fachlichen und technischen Aufwänden werden die erforderlichen Ressourcen und der Verwaltungsaufwand reduziert. Darüber hinaus erleichtern gemeinsame Beschaffungsprojekte die Umsetzung ökologischer, sozialer und innovativer Lösungen. Beschaffungskooperationen können schließlich auch als strategisches Instrument für politische Zwecke eingesetzt werden: Durch ihre Vorbildfunktion gewinnen sie oft die Gunst der Öffentlichkeit, erhalten mehr Unterstützung von den zentralen Akteuren und können daher bei Umsetzungsproblemen vorrangig behandelt werden. Gemeinsame Ansätze und Partnerschaften zwischen öffentlichen Auftraggebern bieten also zahlreiche Potentiale, Synergieeffekte und Effizienzsteigerungen im Vergleich zu zeit- und kostenintensiven Alleingängen⁵ und sind ein vielversprechender Mechanismus für eine innovative Art der öffentlichen Beschaffung.

Gleichwohl werden die Möglichkeiten zur gemeinsamen Beschaffung nur zögerlich in Anspruch genommen. Der Grund hierfür liegt u. a. darin, dass bei einer gemeinsamen Vergabe öffentlicher Aufträge, insbesondere durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedsstaaten, rechtliche Fragestellungen hinsichtlich der Kollision nationaler (Vergabe-)Rechtsvorschriften hinzutreten. Mit dem Inkrafttreten der neuen Richtlinien sollte sich die Situation jedoch zugunsten der gemeinsamen grenzüberschreitenden öffentlichen Auftragsvergabe klären.

A. Untersuchungsgegenstand

Zu Beginn dieser Arbeit im Jahr 2017 bestand eine spezifische Forschungslücke in der deutschsprachigen Kommentar- und Fachliteratur bezüglich der rechtlichen Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Auftragsvergaben innerhalb der EU, die mit dieser Arbeit zu füllen versucht werden soll. Diese Lücke ist teilweise auf eine überhastete Richtlinienumsetzung mancherorts zurückzuführen, in deren Zuge andere Neuerungen und Änderungen vornehmlicher diskutiert und kommentiert wurden. Die Beratungstätigkeit in österreichischen und deutschen Anwaltskanzleien sowie die umfangreichen Recherchen für die vorliegende Dissertationssarbeit haben bis zuletzt das Fortbestehen dieser Lücke einer grundlegenden Untersuchung dieser Materie bestätigt.

Gleichwohl stellt dieses Thema ein wichtiges Forschungsfeld dar, dessen eingehende Untersuchung sich als notwendig erweist. Das Vergaberecht erfasst aufgrund der bezweckten Marktoffnung im Oberschwellenbereich und der nicht nur theoretisch auftretenden Binnenmarktrelevanz im Unterschwellenbereich auch tatsächlich grenzüberschreitende Sachverhalte. Obendrein zählt es zu den wirt-

⁵ M. Philipp Koch, VergabeFokus 2020, S. 18 ff. verweist dabei insbesondere auf die zahlreichen (Groß-)Projekte in den Bereichen e-Government und Online-Zugangsgesetz (OZG).

schaftlich bedeutendsten Rechtsgebieten,⁶ sodass öffentliche Aufträge regelmäßig grenzüberschreitendes Interesse wecken. Grenzüberschreitende Vergabeprojekte haben das Potential, den damit verbundenen Erwartungen und Bedürfnissen zu begegnen und für alle Beteiligten, öffentliche Auftraggeber wie private Unternehmen gleichermaßen, lohnenswerte Partnerschaften zu begründen.

B. Gang der Untersuchung

In der vorliegenden Dissertation werden die rechtlichen Rahmenbedingungen gemeinsamer grenzüberschreitender Auftragsvergaben betrachtet, wie sie in Art. 39 der Richtlinie 2014/24/EU für die Vergabe öffentlicher Aufträge (VRL)⁷ und Art. 57 der Richtlinie 2014/25/EU für die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich (SRL)⁸ geregelt sind, wobei ein besonderer Fokus auf der Umsetzung in Deutschland und Österreich liegt. Der Kern dieser Arbeit liegt in der Systematisierung und Untersuchung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der Umsetzung der gemeinsamen grenzüberschreitenden Auftragsvergabe im jeweiligen Vergaberecht Deutschlands und Österreichs. Ziel ist es, durch eine detaillierte Rechtsvergleichung Erkenntnisse insbesondere darüber zu gewinnen, welche verfahrenstechnischen und rechtlichen Herausforderungen dabei adressiert werden müssen, sowie Regelungslücken und Hindernissen von der legislatorischen Umsetzung bis zur Praxis nachzuforschen.

Die Arbeit beginnt in Kapitel 2 mit einem Abriss von Intention und Hintergrund des Vergaberechts, um sodann die Entstehungsgeschichte und Zielsetzung von Art. 39 VRL und Art. 57 SRL zur Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedsstaaten einordnen zu können.

In Kapitel 3 werden die allgemeinen Grundsätze herausgearbeitet, die für alle Formen der gemeinsamen grenzüberschreitenden Beschaffung gelten. Es wird v.a. auf den Anwendungsbereich und hier insbesondere auf das in der bisherigen Kommentarliteratur kaum diskutierte Umgehungsverbot eingegangen. Zudem werden relevante kartellrechtliche Fragestellungen dargelegt.

Daraufhin wird in Kapitel 4 die Beschaffung über zentrale Beschaffungsstellen mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat betrachtet. Neben der Definition des Begriffs der *zentralen Beschaffungsstelle* werden hier vordringlich die Fragen zu

⁶ Siehe sogleich Punkt 2 A. I. 1.

⁷ 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, ABl. L 94/65 v. 28.03.2014.

⁸ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 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. L 94/243 v. 28.03.2014.